

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

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

راهنمای تدوین مقالات

- حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:
- ۱- هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.
 - ۲- زبان غالب نشریه فارسی است؛ ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.
 - ۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۰۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

- ۴- چکیده مقاله (شامل اهداف، روش‌ها و نتایج) به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) الزامی است.
- ۶- هیأت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
- ۷- شکل لاتینی نام‌های خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.
- ۸- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- ۹- ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () بیاید.
- ۹-۱- منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا کد متداول آن است؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)
- ۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)
- ۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.
- ۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتاب‌ها و گزارش‌ها و سایر مراجع به شرح زیر است:
- ۱۰-۱- مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.

- ۱۰-۲- کتاب‌ها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال انتشار.
- ۱۰-۳- گزارش‌ها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.
- ۱۱- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر:۲).
- ۱۴- پرانتز (،) و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:). نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرانتز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـَ و ـِ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ عَرَضه / عَرَضه؛ حَرَف / حَرَف.
- 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 محمدحسن حایری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۳. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۴. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۵. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۶. دکتر حسین صابری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر سیدکاظم طباطبایی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۱۲. سید علی جبار گلباغی ماسوله (عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۳. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۴. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۵. دکتر محسن ملک افضلی (دانشیار دانشگاه قم)
۱۶. آية الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۷. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۸. حسن نقی زاده (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	بررسی مفهوم تعلیل دکتر بی بی رحیمه ابراهیمی
۳۳	قاعده «وجوب تکریم انسان» در فقه و حقوق اسلامی دکتر اردوان ارژنگ - مهدی دهقان سیمکانی
۵۵	ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در وکالت دکتر بیژن حاجی عزیزی - سیده مریم اعتماد
۷۵	نقدی بر نظریه فقهی کفایت پنجاه سوگند توسط مدعی در قسامه حسین حقیقت‌پور - دکتر محمدتقی فخلی - احسان علی‌اکبری بابوکانی - دکتر حسین ناصری مقدم
۹۳	بررسی تطبیقی دو قاعده جبّ و عفو عمومی از منظر فقه و حقوق سید علی غیور باغبانی - دکتر حسین صابری
۱۱۹	بررسی فقهی حقوقی حاجبیت یا عدم حاجبیت «حمل» در حجب اخوه نسبت به مادر دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان - سید جمال الدین موسوی تقی آبادی
۱۴۳	پژوهشی در ماهیت «اصل مُحَرَّر» با تأکید بر دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر هادی مصباح - دکتر محمدحسین حائری - مجتبی الهی خراسانی
۱۶۵	کارکرد طواف وداع سنیان در حلیت زنان از منظر فقه شیعی دکتر مهدی مهریزی - سیدحامدحسین هاشمی
۱۸۵	الگوهای نوین علم‌شناسی اصولیان مهدی ناظمی اردکانی - حامد مصطفوی فرد - احمدعلی امامی
۲۲۰	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹۴، ص ۳۱-۹

بررسی مفهوم تعلیل*

دکتر بی بی رحیمه ابراهیمی

استادیار گروه فقه دانشگاه شهید مطهری، (واحد خواهران مشهد)

Email: ebrahimi_40728@yahoo.com

چکیده

منظور از مفهوم تعلیل آن است که چنانچه در دلیلی به علت حکم اشاره شده باشد، بتوان از فقدان آن علت، انتفاء حکم را نتیجه گرفت؛ آن گونه که از انتفاء حصر، شرط، غایت و ... انتفاء حکم لازم می آید. در این مقاله بررسی این مفهوم با توجه به دیدگاه موافقان و مخالفان مورد توجه قرار گرفته و دیدگاه سومی بر اساس تفصیل میان کلی یا جزئی بودن موضوع، در منطوق و مفهوم، ارائه شده است.

کلیدواژه‌ها: علت، تعلیل، مفهوم تعلیل، منصوص العله، تنقیح مناط.

مقدمه

یکی از مباحث الفاظ علم اصول بحث مفاهیم است. در کتاب‌های اصولی رایج، تعدادی از این مفاهیم مورد بررسی قرار گرفته‌اند، ولی جای مفهوم تعلیل در میان آن‌ها خالی است. البته از «علت» در برخی از مسائل دانش اصول مانند: «قیاس منصوص العلة»، «قاعده العلة تعمیم و تخصص» و «تفیح مناط»، استفاده شده است. این اصطلاحات مشابهت‌هایی با مفهوم تعلیل دارند، لذا شایسته است که تفاوت‌های آن‌ها به صورت دقیق روشن شود.

تبع در کتاب‌های فقهی نشان می‌دهد که در بسیاری از موارد، مفهوم تعلیل، به جای برخی از این اصطلاحات استعمال شده است یا یک فقیه، در استعمالات گوناگون خود، از مفهوم تعلیل، معانی متفاوتی اراده کرده است. این نکته ضرورت بحث مستقل و کامل را نمایان می‌سازد. از این رو در این نوشته پس از اینکه درباره‌ی تعریف علت و راه‌های دستیابی به آن تحقیقی انجام شده است، نقش علت در استنباط احکام، با رویکرد تشخیص دقیق اصطلاحات یادشده و بازشناسی تفاوت‌های آن‌ها از یکدیگر تبیین شده است. آنگاه ثبوت مفهوم تعلیل با دقت در دلایل موافقان و مخالفان مورد توجه قرار گرفته، در نهایت پس از جمع‌بندی آراء و نقد و نظرهای مطرح شده، یک ایده‌ی میانی بر اساس تفصیل میان کلی یا جزئی بودن موضوع در منطوق و مفهوم، ارائه شده است.

تعریف علت

علت را در لغت به «معنایی که به محل حلول نموده، سبب تغییر حال محل می‌شود» تعریف نموده‌اند. از همین جاست که به مریضی، علت می‌گویند؛ زیرا با حلول آن، حال شخص از قوت به ضعف تغییر می‌کند. (زبیدی، ۱۵/۵۱۷)؛ از این رو درباره‌ی علت و معلول در معاجم فقهی، گفته شده است: هر وصفی که به محلی حلول کرده، به وسیله‌ی آن حالش تغییر کند، علت است و محل، معلول، نام می‌گیرد. به عبارت دوم، هر امری که از امر دیگری به استقلال یا به واسطه‌ی انضمام چیز دیگری صادر شود، علت برای آن امر خواهد بود و امر صادر شده، معلول است. (عبد الرحمان، ۲/۵۳۷)

اقسام علت

آنچه به عنوان علل احکام وارد شده، گاهی تنها حکمت تشریح است که در این صورت

مطرد و منعکس نخواهد بود و گاهی تعلیل برای مناط حکم است. این تعلیل خود بر دو قسم است:

الف: از قبیل واسطه در ثبوت است. یعنی همان عنوانی که در لسان دلیل، حکم بر آن وارد شده، در نفس الامر هم موضوع حکم بوده است و اینکه در دلیل، علت منصوص ذکر شده، برای اشاره به مقتضی موضوع قرار گرفتن عنوان مذکور است؛ مثلاً در عبارت «الخمر حرام لانه مسکر» اگر گفته شود موضوع حرمت در واقع، خمر است و بیان علت مسکر بودن، تنها برای اشاره به وجود مقتضی در خمر است؛ از قبیل واسطه در ثبوت خواهد بود.

ب: از قبیل واسطه در عروض است. به این معنا که موضوع حکم در نفس الامر، چیزی است که حکم به آن معلل شده، یعنی در نفس الامر، مورد، موضوع حکم نبوده بلکه عنوان موضوع بوده و مورد یکی از مصادیق آن است. بنابراین اگر در مثال پیشین گفته شود موضوع حرمت، در واقع مسکر بودن است و خمر به دلیل اینکه یکی از مصادیق آن موضوع است، حرام شده؛ از قبیل واسطه در عروض خواهد بود.

علت منصوصه، در جایی که واسطه در عروض باشد، به منزله کبرای کلی است که با یک عنوان جامع، شامل مورد و غیر مورد می‌شود. تعلیل از قبیل احتجاج به حد وسط در ثبوت اکبر برای اصغر، در قیاس شکل اول است و حکم تعلیل شده به منزله نتیجه قیاس مذکور می‌باشد؛ مانند: «العالم حادث لانه متغیر» که حکم، وجوداً و عدماً بر مدار علت می‌گردد و با عموم خود، مطرد و به مفهوم تعلیل، منعکس است، اما واسطه در ثبوت مطرد نیست؛ زیرا واسطه، نشان‌دهنده این نکته است که مورد، اقتضای موضوع قرار گرفتن برای حکم را دارد. بنابراین ممکن است خصوصیت مورد در علت یا در معلول یا هر دو اثر بگذارد، از همین رو مطرد نیست و نمی‌تواند واسطه در غیر مورد هم بشود. (نائینی، ۲۱-۲۳)

راه‌های دستیابی به علت

استنادهای فراوانی در کتاب‌های فقهی به تعمیم دادن علت و ... مشاهده می‌شود، با توجه به این نکته، جای این پرسش است که چگونه می‌توان علت حکم را تشخیص داد؟ در میان اهل سنت که قائل به قیاس هستند، این مسأله به طور کامل بحث شده و در کتاب‌های اصولی شیعه به بخشی از مباحث آنان اشاره شده است. (علامه حلی ۲۲۰-۲۲۷؛ فاضل تونی، ۲۳۸) اصولیان شیعه قیاس را به صورتی که نزد عامه مطرح است، نپذیرفته‌اند. اگرچه با وجود

ضرورت بحث از راه‌های دست‌یابی به علت، فصل مستقلی برای آن نگشوده‌اند، برخی از آنان به اختصار اشاراتی به این مسأله داشته‌اند که در ذیل بیان می‌شود.

محقق حلی با تکیه بر شاهد حال، معتقد است اگر شارع بر علتی تنصیب نمود، بر اساس احوال موجود پیرامون حکم مسأله، می‌توان خصوصیات غیر دخیل را از علت دخیل در ثبوت حکم، تشخیص داد. ایشان با بیان سه مثال مختلف؛ «مورد سؤال»، «خصوصیات سائل» و «خصوصیات واقعه» را غیر دخیل می‌داند. این مثال‌ها برای روشن‌تر شدن منظور ایشان ذکر می‌شود:

مثال اول: عدم دخالت مورد سؤال (خرما): امام (علیه السلام) - وقتی که از ایشان در مورد جواز بیع خرمای تازه به خرمای خشک، سؤال شد- فرمودند: «آیا اگر خشک شود کم می‌شود؟ گفته شد: بله، فرمودند: در این صورت، خیر» در اینجا حکم حرمت، به کم شدن هنگام خشک شدن، تعلیل شده است. شاهد حال اقتضا دارد، غیر از این علت، هیچ یک از اوصاف دیگر اصل، دخالتی در حکم نداشته باشد.

مثال دوم: عدم دخالت خصوصیات سائل: هرگاه سائل بگوید: مالک بیست دینار گشته‌ام و یک سال هم بر آن گذشته و امام (علیه السلام) بفرماید: واجب است زکات پردازی؛ معلوم می‌شود که حکم، متعلق به این مورد است و اوصاف سائل معتبر نیست. یعنی برای هر کسی که چنین اتفاقی بیفتد، همین حکم، ثابت خواهد شد.

مثال سوم: عدم دخالت خصوصیات واقعه: هرگاه در واقعه‌ای، حکمی صادر شود و بر اساس شاهد حال معلوم گردد که این حکم، به اعتبار همین واقعه و نه به اعتبار محل آن بوده است، حکم به وقایع مشابه سرایت می‌کند؛ مثلاً روایت شده که حضرت علی (علیه السلام) در مورد چهارپایی که دو نفر بر سر آن نزاع داشته، هر دو بینه آورده بودند، قضاوت نمود که این چهارپا از آن کسی است که شاهدهای وی، به نتاج او هم شهادت داده باشند. در این صورت حکم بر همان چهارپای خاص، محدود نمی‌شود، بلکه به هر موردی که این معنا در آن حاصل گردد، سرایت می‌کند. (محقق حلی، ۱۸۵-۱۸۶)

علامه حلی می‌گوید: «نصّ بر علت دو گونه است: گاهی صریح است مانند: لَعْنَةُ كَذَا يَأْجُلُ كَذَا يَأْجُلُ كَذَا ... و گاهی ظاهر است؛ مانند: لَكَذَا، يَأْجُلُ كَذَا، يَأْجُلُ كَذَا ...» (علامه حلی، ۲۱۹)

غیر از آنچه برخی از اصولیان به صراحت در این زمینه بیان نموده‌اند، روش عملی فقها در

کتاب‌های فقهی نیز می‌تواند چگونگی دست‌یابی به علت را نشان دهد. بیشتر مواردی که به تعلیل استناد شده است، براساس روایاتی صورت گرفته که در آن‌ها از حروف «لأن» (طباطبایی، ۲۰/۲؛ کاشف الغطاء، ۱۰۴)، «ان» (نراقی، ۲/۲۳۶؛ نجفی، ۶/۱۰۴)، «من اجل» (حسینی عاملی، ۶۷/۱۴) و ... استفاده شده، اما کشف علت، منحصر به وجود حروف علت نشده است. فقها گاه از اینکه مطلبی به صورت یک قضیه کلی مطرح شده باشد و گاه با دیدن صدر و ذیل روایت یا سیاق آن به استظهار علت کوشیده، فتوای خود را بر اساس علت دیده شده، استوار نموده‌اند.

قضیه کلی: در روایت حسین بن خالد آمده که «فإنما هو الذي أقرّ على نفسه» برخی از فقها فرموده‌اند این جمله بیان علت است و مفهوم آن چنین است که اگر اقرار نکرده بود و بینه علیه او اقامه شده بود، باید به گودال سنگسار برگردانده می‌شد. (موسوی گلپایگانی، ۱/۴۱۳)

سیاق روایت: در روایتی که از آن قاعده الزام مخالفان استفاده می‌شود، آمده است: «خذوا منهم كما يأخذون منكم في ستهم و قضایاهم» برخی گفته‌اند، سیاق این معتبره گواهی است بر اینکه جمله مزبور در قوه تعلیل است؛ چراکه امام (علیه السلام) بعد از اینکه در پاسخ شخص سؤال‌کننده، فرمودند که اخذ نصف ترکه خواهر عارفه مؤمنه‌اش جایز است، این جمله را به زبان آوردند، بنابراین هیچ وجهی برای بیان جمله دوم غیر از اینکه تعلیل باشد، باقی نمی‌ماند. (سیفی مازندرانی، ۲/۱۷)

این مطلب نشان می‌دهد که استفاده تعلیل از روایات در عمل، کار چندان مشکلی نیست؛ چراکه قیود مختلفی برای احراز علت قرار داده نشده و به نظر می‌رسد، بیشتر مبتنی بر فهم عرفی است.

نقش علت در استنباط احکام

أ: قیاس منصوص العلة

علامه حلی توضیح می‌دهد: «حکمی که بر علت آن تنصیب شده است، به هر چیزی که ثبوت علت در آن معلوم باشد، سرایت خواهد کرد. این سرایت به وسیله نص بوده، قیاس به شمار نمی‌رود؛ زیرا این سخن که «حرمت الخمر لکونه مسکراً»، نازل منزله این سخن است که «حرمت کل مسکر». دلیل ما بر این مطلب این است که اگر مجرد اسکار علت باشد، لازم می‌آید هر جا که آن تحقق یافت، معلول هم محقق شود. در غیر این صورت علت نیست و اگر

علت، اسکار مقید به خمیریت باشد، آنچه علت فرض کردیم، علت نبوده، بلکه جزء علت است و این خلف است.» (علامه حلی، ۲۱۹)

ب: تنقیح مناط

تنقیح مناط، از شیوه‌های استنباط حکم است که در پرتو اجتهاد و نظر، علت حکم از اوصاف غیر دخیلی که در نص آمده، شناسایی و در نتیجه، حکم به تمامی مواردی که علت در آنها وجود دارد، تعمیم داده می‌شود. (هاشمی، ۲/ ۶۴۴)

محقق بهبهانی می‌نویسد: «دلیلی که بتوان به وسیله آن از نص خارج شد؛ به گونه‌ای که از آن تعدی کرد یا بر خلاف ظاهر حمل نمود، اجماع، حکم عقل یا قاعده تنقیح مناط است. تنقیح مناط مانند قیاس است غیر از اینکه علت مستنبط در آن یقینی است» (۱۴۷)

بنابراین اگر به علت حکم، تنصیب شده باشد، قیاس منصوص العلة خواهد بود، اما اگر به علت حکم تصریح نشده، بلکه از طریق اجتهاد به دست آید؛ علت یا به صورت قطعی استنباط می‌گردد که در این صورت تنقیح مناط نامیده می‌شود یا به صورت ظنی که قیاس مستنبط العلة خواهد بود.

از تنقیح مناط و قیاس منصوص العلة برای تعمیم حکم استفاده می‌شود، البته در مقام بررسی‌های اصولی و چگونگی استفاده تعمیم از تعلیل، اختلاف‌هایی به چشم می‌خورد.

به طور مثال سید مجاهد از قول نه‌ایه و غایة المأمول نقل می‌کند: «احکام شرعی تابع مصالح خفی هستند و شرع آن‌ها را آشکار می‌کند. هرگاه شرع بر علتی تصریح نمود، متوجه می‌شویم که آن علت باعث این حکم شده است؛ از این رو هر جا علت یافت شد، وجود معلول هم لازم می‌آید.»

سپس اشکال می‌کند: اولاً: حداکثر مطلبی که در مثال حُرْمَت الخمر للاسکار، از تعلیل فهمیده می‌شود، این است که مطلق اسکار و حقیقت آن، علت تحریم خمر است، اما بر اینکه علت، برای حرمت هر مسکری باشد، دلالت ندارد. بعید نیست که چیزی علت شیئی خاصی باشد و علت چیز دیگری نباشد همان‌طور که آتش، علت احراق بعضی از اشیاء هست و علت اشیاء دیگری نیست.

ثانیاً: اینکه اسکار علت تامه بوده، لفظ بر آن دلالت دارد را نمی‌پذیریم. علت تامه تنها در صورتی که علل چهارگانه، شرایط و رفع موانع با هم جمع شوند، حاصل می‌شود. ظاهراً اسکار، تنها علت فاعلی به معنای مؤثر است. بنابراین در این صورت تخلف معلول از علت به

اعتبار موانع زیاد، ممکن خواهد بود.

ثالثاً: علل شرعیه مانند علل عقلیه مؤثر نیستند بلکه صرفاً معرفند. (مجاهد، ۶۷۳)

این اشکال، به این دلیل پذیرفتنی نیست که:

آ: وی علل اعتباری و علل تکوینی را همانند انگاشته است و آنچه در علل تکوینی مثل سنخیت در علت و معلول مطرح گردیده را به علل اعتباری نیز سرایت داده، در حالی که در اعتباریات، همه امور به لحاظ معتبر وابسته است.

ب: استفاده تمامیت علت به حسب مقدمات حکمت ممکن است. به این ترتیب که اگر مولا درصدد بیان علت حکم است، در چنین حالتی باید مقصود از علت، علت تامه باشد؛ چون اگر تمامیت علت ملحوظ نشود، باید به نحوی به این قضیه اشاره کند. از آنجا که قرینه‌ای بر خلاف این امر اقامه نگردیده است، تمامیت علت احراز می‌شود.

ج: ادعای معرف بودن علل شرعی در موارد منصوص، فاقد دلیل است.

سید مجاهد از شرح مختصر نقل می‌کند: «عقل میان اینکه شارع بگوید: «حرمت الخمر لاسکاره» یا اینکه بگوید «حرمت کل مسکر» فرقی نمی‌گذارد. همان طور که جمله دوم افاده عموم حرمت برای هر مسکری را دارد، جمله اول هم چنین است.»

وی به این دریافت عقلی نیز چنین اشکال می‌کند: اگر منظور این است که این دو عبارت مانند دو مترادف هستند، این مطلب قطعاً باطل است؛ چرا که به حکم تبادر، معنای مطابقی یکی غیر از دیگری است و اگر منظور این است که از لوازم عقلی تعلیل مذکور این است که چنین کلیتی استفاده شود؛ همان طور که از امر به شیء نهی از ضدش لازم می‌آید، این هم پذیرفتنی نیست. در عقل چیزی که اقتضای این مطلب را داشته باشد، نمی‌یابیم و چنانچه منظور این باشد که تعلیل به التزام عرفی بر ثبوت حکم اصل در همه فروعی که متضمن علت مذکورند دلالت می‌کند؛ مانند: دلالت تعلیق موجود در جمله شرطیه، بر انتفاء حکم هنگام انتفاء شرط، این هم پذیرفتنی نیست؛ زیرا اگر مولایی به عبدش بگوید: «اعط ملک الفلانی لانه عالم» لازم می‌آید که تمام املاک مولا به علما اعطا شود و روشن است که بطلان تالی، قطعی است. خلاصه این که عدم تعدی با تعلیل عادتاً فراوان است. (مجاهد، ۶۷۳)

وی در ادامه می‌افزاید: انصاف این است که دلالت تعلیل بر تعمیم، شایسته انکار نیست. عادت عقلا و اهل لسان بر استفاده تعمیم از تعلیل جاری شده است. آیا چنین نیست که اگر مولا به عبدش بگوید: با زید همنشینی نکن؛ چراکه او مجذوم یا سفیه است و عبد، با عمرو که

دارای همین خصوصیات است همنشین شود، عاصی به شمار می‌رود؟ اگر در مثال «اعط ملک الفلانی لانه عالم» عبد، ملکی از املاک مولا را به عمرو عالم بدهد، نزد عقلا ممدوح و مطیع به شمار می‌رود فقط به این دلیل که تعلیل، چنین دلالتی دارد. خلاصه، مثال‌هایی که تعلیل در آنها افاده تعمیم کند بسیار زیاد است همچنین علما قواعد کلی در فنون مختلف از آن استفاده کرده‌اند. (مجاهد، ۶۷۳)

در این کلام سید مجاهد ناسازگاری‌هایی وجود دارد؛ زیرا از طرفی در مثال «اعط ملک الفلانی لانه عالم» تعمیم را نمی‌پذیرد و از طرفی در همین مثال آن را می‌پذیرد. گاهی می‌گوید عدم تعدی با تعلیل فراوان است و گاهی می‌گوید مثال‌هایی که افاده تعمیم دارند، زیاد است. علاوه بر این، فهم عرفی چنین نیست که اگر مولا گفت ملکی از املاک مرا به فلانی بده زیرا عالم است بتوان سایر املاک او را هم به علمای دیگر داد؛ زیرا مولا تنها نسبت به یک ملک خویش چنین حکمی صادر کرده است.

به هر حال یا باید ضابطه‌ای به دست داد تا بتوان تعلیل‌هایی را که افاده تعمیم دارند از مواردی که افاده تعمیم ندارند، بازشناخت یا اینکه بر اساس مثال گفته‌شده، میزان تعمیم‌بخشی علت را مشخص نمود.

ج: العلة تعمیم و تخصص

چنانچه علت حکمی معلوم باشد، حکم بر مدار آن می‌گردد و باعث تعمیم و تخصیص می‌شود. این مطلب بنای فقها در همه ابواب فقهی است. (منتظری، ۳/ ۲۱۳) تعریف این قاعده به طور خاص در جایی ذکر نشده، اما با توجه به موارد استفاده و مثال‌های مطرح شده می‌توان آن را به صورت ذیل توضیح داد.

این قاعده از دو قسمت تشکیل شده، در قسمت اول به تعمیم‌دهی و در قسمت دوم به تخصیص‌بخشی علت اشاره شده است. در مثال «لا تأکل الرمان لانه حامض»، حامض بودن علت حکم است. تعمیم‌دهی به این معناست که علاوه بر موردی که به عنوان موضوع در دلیل ذکر شده، در هر مورد دیگری که علت در آن یافت شود، حکم جاری خواهد شد. در مثال مذکور، «خوردن هر چیزی که ترش باشد اعم از این که انار باشد یا غیر انار، منهی عنه است». تخصیص‌بخشی به این معناست که چنانچه در دایره موضوع مذکور در لسان دلیل، موردی باشد که علت در آن یافت نشود، حکم در آن مورد نمی‌آید. در مثال پیش گفته، تخصیص به این صورت است که «خوردن انار شیرین جایز است». (شبیری زنجانی، ۱/ ۱۶۶؛ حسینی شیرازی،

(۱۱ / ۲۷۹)

توجه به مثال‌های مختلف فقهی، معنا و نحوه استفاده از این قاعده را روشن‌تر خواهد کرد. برای تعمیم‌دهی می‌توان به حکم وجوب نماز جمعه در عصر غیبت، مثال زد. گفته شده است: نماز جمعه در عصر غیبت به امامت فقیه جایز است. این حکم با استناد به روایت «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا فَإِنَّهُمْ حَجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حِجَّةُ اللَّهِ» صادر شده است. اگرچه مورد سؤال برخی حوادث خاص است و امام (علیه السلام) در آن موارد به فقها ارجاع داده‌اند، اما قائلان به این فتوا معتقدند عبارت «فَأِنَّهُمْ حَجَّتِي عَلَيْكُمْ» در مقام تعلیل و به دست دادن قاعده کلی بوده، بنابراین مقتضای ذیل روایت، تعمیم است. حجت قرار گرفتن از طرف امام (علیه السلام) ظهور عرفی دارد در این‌که هر چه به امام ارجاع داده می‌شود به فقیه ارجاع داده شود، بنابراین اگر فرض شود دلیل داریم بر اینکه اقامه نماز جمعه از مناصب و حقوق امام است، اقتضای حجت قرار گرفتن فقیه بین امام و مردم این است که فقیه نسبت به این حق بر مردم احتجاج کند و اگر مخالفت نمود، مردم با او احتجاج کنند. (حائری، ۱۵۴-۱۵۵)

برای تخصیص بخشی می‌توان به مثال‌های زیر توجه نمود:

مثال اول: در ذیل روایاتی که به طور مطلق دلالت بر حرمت غنا دارند، عبارتی به این صورت بیان شده است: «لأنه لغو و لهو و باطل و زور». بعضی گفته‌اند: بدیهی است که مطلق غنا، لهو و لغو و باطل نیست، مگر به جهت حیثیت خاصی چنین باشد، بنابراین از قبیل منصوص العلة می‌شود و تعمیم و تخصیص می‌دهد. در بعد تخصیص، هر غنایی مانند تغنی به قرآن و دعا که لهو نیست، جایز است. (رضوی کشمیری، ۳۵)

مثال دوم: اگر شخصی پس از اینکه زکات را به شیعه پرداخت کند، مستبصر گردد، نیاز به اعاده ندارد؛ چون علت عدم کفایت، علاوه بر این‌که زکات‌دهنده شیعه نبوده، قرار دادن زکات در غیر موضع است. علت مذکور، حکم را به این صورت تخصیص می‌زند که اگر زکات در جای واقعی خودش قرار گرفت، (لحوق ایمان هم به نحو شرط متأخر کفایت می‌کند) وجهی برای عدم کفایت باقی نمی‌ماند. (منتظری، ۳ / ۲۱۳)

این قاعده در قسمت تخصیص بخشی با مفهوم تعلیل شباهت دارد، اما باید دانست که تخصیص بخشی تنها در دایره موضوع مذکور در لسان دلیل است و مفهوم اعم از آن می‌باشد. در مثال اول، موضوع، «غنا»، علت، «لهو» و حکم «حرمت» است. در تخصیص گفته شده است،

هر «غناپی» مانند تغنی به قرآن و دعا که لهو نیست، جایز است. یعنی تخصیص صرفاً در دایره موضوع صورت گرفته است. اگر مفهوم تعلیل استفاده می‌شد باید گفته می‌شد: هر چیزی (اعم از غنا و غیر غنا) که لهو نباشد جایز است.

در مثال دوم، موضوع، «شخص مستبصر»، علت، «قرار دادن زکات در غیر موضع» و حکم، «عدم کفایت زکات پرداخت شده در زمان سابق»، است. تخصیص به این صورت بیان شد که اگر زکات در جای واقعی خودش قرار گرفت وجهی برای عدم کفایت باقی نمی‌ماند. در حالی که مفهوم تعلیل عبارت است از اینکه اگر زکات در جای واقعی خودش قرار گرفت، (مستبصر یا غیر مستبصر) اعاده نیاز نیست.

همان‌طور که مشاهده می‌شود، حجیت این قاعده مورد پذیرش فقها و اصولیون قرار گرفته است و برخی بر این مسأله تصریح نموده‌اند. (میرزای رشتی، ۲۸۹؛ تبریزی، ۴۳؛ خوئی، ۳/ ۱۶۵)

د: مفهوم تعلیل

مفهوم به معنای انتفاء عند الانتفاء و مفهوم تعلیل به معنای «انتفاء حکم هنگام انتفاء علت»، است. «اگر گفته شود «لا تشرب الخمر، لأنه مسکر»، بی‌تردید اسکار، علت است ... بنابراین چنانچه از مقدمات حکمت استفاده شود که تنها علت حرمت خمر، اسکار است، از انتفاء آن انتفاء سنخ حکم لازم می‌آید و دلیل بر این است که غیر از آنچه در این قضیه ذکر شده، هیچ موجب دیگری، برای حرمت وجود ندارد... و اقتضای مفهوم این است که هر چه مسکر نباشد، حلال است.» (خمینی، سید مصطفی، ۵/ ۱۳۹-۱۴۱)

موارد متعددی^۱ در کتب فقهی می‌توان یافت که مفهوم تعلیل در معنای اصطلاحی به کار رفته است. به طور مثال از امام (علیه السلام) سؤال شد آیا می‌توان از صیدی که محرم کرده است، استفاده نمود. امام فرمودند: «چون صید در حرم است اکلش جایز نیست. مفهوم تعلیل اقتضا دارد که اگر محرم در غیر حرم صید کرده باشد، اکل آن بر محل جایز خواهد بود. (نراقی، ۳۴۳/۱۱)

شیخ انصاری در کتاب الصلاة نگاشته است: «کسی که وضو دارد می‌تواند به کسی که تیمم نموده است اقتدا کند؛ زیرا در روایت آمده: «لکن یتیمم الإمام و يؤمهم؛ فإن الله جعل الأرض

۱ رک. موسوی خمینی، ۱۷۱/۲؛ همدانی، ۱۸۹/۶؛ بیارجمندی، ۳۱۴/۲؛ صدر، ۲۳۴/۱؛ طباطبایی حکیم، ۵۵/۷؛ مصنف این کتابها مفهوم تعلیل را در معنای اصطلاحی خودش به کار گرفته‌اند، اما قائل به حجیت آن نیستند. محقق داماد، ۳۰۸/۱؛ حسینی روحانی، ۱۰۴/۳؛ موسوی قزوینی، ۸۲۵/۲؛ آملی، ۲۳۱/۱؛ موسوی گلپایگانی، ۴۱۳/۱؛ صافی گلپایگانی، ۲۰۳/۳؛ طباطبایی، ۲۰/۲.

طهورا» حال اگر کسی فاقد طهور باشد، نمی‌شود به او اقتدا نمود؛ زیرا اقتضای علت یادشده این است که، اقتدای به متمم از آن جهت که او مستعمل طهور است، صحیح است، بنابراین به مفهوم تعلیل دلالت می‌کند: اگر مستعمل طهور نبود، اقتدای به او صحیح نیست. (أنصاری، ۳۱۷/۲)

عبارت «مفهوم تعلیل» در کلمات فقها فراوان مشاهده می‌شود، اما در موارد زیادی در معنای اصولی به کار نرفته است. گاهی در کلمات فقها از لفظ «مفهوم تعلیل» استفاده شده، اما مراد آنان، «تعمیم‌بخشی» علت بوده است. به طور مثال برخی گفته‌اند: نماز آیات برای هر مخوف سماوی واجب است و یکی از ادله آن را مفهوم تعلیل موجود در روایت «إنما جعلت للكسوف صلاة لأنه من آیات الله تبارك و تعالی» دانسته‌اند. بدیهی است که این استفاده بر اساس مفهوم تعلیل نیست بلکه تعمیم است. (نراقی، ۶/۲۲۶) موارد زیادی در فقه مشاهده می‌شود که مقصود از مفهوم تعلیل، تعمیم‌بخشی علت است. (ر.ک. کاشف الغطاء، ۱۰۴؛ نجفی، ۵/۱۳۰؛ خوانساری، ۱/۵۵۱؛ طباطبایی حکیم، ۷/۵۵؛ حسینی روحانی، ۴/۲۱۷؛ حسینی عاملی، ۱۴/۶۷)

گاهی منظور از مفهوم تعلیل، مدلول تعلیل است و در واقع از مفهوم، «معنای لغوی» آن اراده شده است. مثلاً: یک حکم فقهی به این صورت مطرح شده است که اگر شخصی در نیت یا غیر نیت شک نمود، باید آن و مابعدش را انجام دهد. آیا این حکم برای کثیر الشک هم هست یا او نباید به شک خود اعتنا کند. در پاسخ گفته شده است وی نباید به شک خود اعتنا کند؛ به دلیل نفی عسر و حرج و مفهوم تعلیل موجود در روایت «لا تعودوا الخبيث من أنفسكم نقض الصلاة فتطمعوه، فإن الشيطان خبيث معتاد لما عود، فليمض أحدكم في الوهم ولا تكثرن نقض الصلاة، فإنه إذا فعل ذلك مرأت لم يعد إليك» (نراقی، ۲/۲۳۶) در حالی که کثیر الشک بر اساس معنای مطابقی این روایت نباید به شک خود اعتنا کند و از تعلیل موجود نه تعمیم و نه مفهوم مخالفی استفاده نشده است بلکه صرفاً به معنا و مدلول خود تعلیل استناد شده است.

گاهی اصطلاح مفهوم تعلیل استفاده شده، اما به صراحت قاعده «العله تعميم و تخصص» اراده شده است. در کتاب فقه الصادق آمده: برخی گفته‌اند با استناد به مفهوم تعلیل «کلمة غلب الله عليه فليس على صاحبه شيء» اگر اغماء با فعل خود شخص حاصل شد، قضا بر او واجب است. با این توضیح که همان‌طور که حکم، از مورد [اغماء]، به هر عذر دیگری که از ناحیه خداوند متعال باشد، سرایت می‌کند و قضا لازم نخواهد بود، [تعمیم به اعذار دیگر مانند جنون]

اطلاق سایر نصوص هم با مفهوم آن تقیید می‌خورد. یعنی «ان لم یکن مما غلب الله علیه فالقضاء ثابت علیه» [تخصیص هر عذری که به فعل مکلف حاصل شده باشد] به عبارت دیگر، علت تعمیم می‌دهد و تخصیص می‌زند.

نویسنده در ادامه و در نقد این استدلال نوشته است: «اگر ثبوت مفهوم را برای این جمله بپذیریم، دلالت نخواهد کرد که اگر اعداز دیگر، به فعل مکلف حاصل شد، بر صاحبش قضا واجب است. مسلماً اگر گفته شود «اکرم هؤلاء لانهم علماء» تعلیل دلالت ندارد که اگر غیر این افراد عالم نباشند، اکرامشان واجب نیست. بلکه مفهومش این است که هر کسی از این جمع که عالم نباشد، لزوم اکرام ندارد و هر کسی غیر از این جمع که عالم باشد، لزوم اکرام دارد. بنابراین اگر جمله «کلما غلب الله علیه فلیس علی صاحبه شیء» مفهوم داشته باشد، چنین است که بر مغمی علیه [مورد روایت] در صورتی که اغماء به فعل خودش حاصل شده باشد، قضا لازم است و اگر به فعل خودش نباشد قضا لازم نیست. بر مجنون اگر جنون به فعل خودش حاصل نشده باشد، قضا لازم نیست، [تعمیم] اما دلالت ندارد که اگر جنون [موارد خارج از موضوع روایت] به فعل خودش نباشد، قضا لازم نمی‌شود». (حسینی روحانی، ۸/۳۱۰)

این مطلب دقیقاً معنای قاعده «العله تعمم و تخصص» است. پیش‌تر گذشت که تخصیص، صرفاً در دایره موضوع صورت می‌گیرد، اما مفهوم به معنای انتفاء عند الانتفاء، بوده، محدود به دامنه موضوع نمی‌گردد. نمونه‌های مشابه دیگری در فقه وجود دارد (همدانی، ۱۷/۶۸) که از اصطلاح مفهوم تعلیل، اصطلاح العله تعمم و تخصص اراده شده است.

دلایل موافقان مفهوم تعلیل

آقای نائینی با توضیح انواع تعلیل (توجه به واسطه در ثبوت و واسطه در عروض) و چگونگی اطراد و انعکاس در آنها، درباره مقام اثبات چنین توضیح می‌دهد: «ظهور بسیاری از ادله احکام، اقتضا دارد که علت ذکر شده از قبیل واسطه در ثبوت باشد؛ زیرا ظاهر ادله احکام این است که همان عنوانی که در لسان دلیل حکم بر آن وارد شده است، در واقع و نفس الامر هم موضوع حکم بوده است، نه این که به واسطه انطباق بر عنوان دیگری، موضوع حکم باشد. تعلیل‌ها هم ظهور دارند که بیانی از واسطه در ثبوت و نه واسطه در عروض هستند. اصل هم

بر همین است.» البته ایشان معتقد است با فراهم شدن دو شرط، واسطه در عروض بودن هم ممکن می‌شود:

«شرط اول: علت به نفس عنوان خودش، صلاحیت داشته باشد که در قوت کبرای کلی شامل مورد و غیر مورد با جامع واحدی بشود.

شرط دوم: صحت تعلیل به آن علت، متوقف بر این باشد که علت در قوه کبرای کلی باشد. در این صورت به دلالت اقتضا بر آن کلیت دلالت خواهد کرد و از مدالیل لفظیه خواهد بود.

ضابطه «صلاحیت» این است که علت منصوصه، به وسیله یک عنوان جامع، منطبق بر مورد و غیر آن باشد. یعنی خود عنوان به حمل شایع صناعی، قابل حمل بر مورد و غیر مورد بشود [گفته شود الخمر مسکر، النبیذ مسکر و ...] «حکم معلل» هم اعم از اینکه خبری [مانند: الخمر حرام] یا به صیغه طلب [مانند: لا تشرب الخمر] باشد؛ با عنوان جامعی قابل حمل بر مورد و غیر مورد گردد. [مثلاً گفته شود: الخمر حرام، النبیذ حرام و ...] و هیچ کدام از علت و حکم معلل، اصلاً اختصاصی به مورد نداشته باشد. مانند: «الخمر حرام لانه مسکر» یا «لا تشرب النبیذ لانه مسکر» و از اطلاق علت و معلل و اینکه هر دو عنوان قابل حمل بر مورد و غیر مورد، به جامع واحد هستند و هیچ کدام اختصاص به مورد ندارند، کشف می‌شود که مورد در علت و معلول دخالتی نداشته است و از واسطه در ثبوت خارج می‌شود.

برای مثال منتفی بودن اطلاق علت، این است که مقید به موردش باشد. مثلاً حرمت نبیذ به اسکار خودش و نه به انطباق عنوان مسکر بر آن، تعلیل شده باشد؛ مانند اینکه گفته شود: «لا تشرب الخمر لاسکاره».

از آنجا که جمله معلله به منزله نتیجه و آنچه تعلیل شده به منزله صغری است، با توجه به ضابطه «توقف» تعلیل باید کلی باشد، در غیر این صورت تعلیل صحیح نخواهد بود. [انتاج قیاس شکل اول، مشروط است به اینکه کبری کلی باشد. اگر جزئی باشد؛ مانند الخمر مسکر، بعض المسکر حرام؛ نمی‌توان نتیجه گرفت: الخمر حرام؛ زیرا ممکن است از بعض غیر حرام باشد.] تعلیل [به دلالت اقتضا] بر این کلیت دلالت می‌کند؛ همان‌طور که آیه شریفه «واسئل القرية» دلالت دارد که از اهل قریه سؤال کن! (نائینی، ۲۵-۲۹)

نقد کلام محقق نائینی

امام خمینی به دو قسمت از کلام محقق نائینی اشکال کرده است: اولاً ایشان واسطه در عروض بودن را جهت اطراد نمی‌پذیرد و معتقد است، تعمیم‌دهی علت مذکور در لسان دلیل، به این جهت نیست که حکم، در واقع برای حیثیت علت، باشد. بلکه عنوان موضوع، همان چیزی است که در ظاهر قضیه معلله، موضوع اخذ شده و علت، تنها واسطه ثبوت حکم برای موضوع است. وی توضیح می‌دهد: قضیه‌ای مانند «الخمیر حرام؛ لآنه مسکر»، عرفاً ظاهر در این است که موضوع حرمت، خمر است و اسکار، واسطه تعلق حکم به آن شده است. عرف در این قضایا سه امر می‌بیند: موضوع، حکم و واسطه ثبوت حکم برای موضوع. به حسب فهم عرف، قضایایی که از تعمیم تعلیل فهمیده می‌شود، مانند قضیه اصلی معلل، دارای موضوع، حکم و وسط است، بنابراین اقتضای تعلیل در مثال این است که فقاع و نیبذ هم به عنوان خودشان حرام هستند؛ چراکه مسکرند، لذا حکم در فرع، تابع حکم در اصل است. احتمال اینکه حکم در فرع به جهت حیثیت اسکار باشد، ضعیف بوده، مخالف فهم عرف و عقلا است. (خمینی، ۱۲۷/۲-۱۲۸)

ثانیاً: خصوصیت مورد و وجود ضمیر را مانع تعمیم نمی‌شمارد: ایشان در ذیل این مسأله که «آیا حکم به صحت نماز در صورتی که با تیمم به آن داخل شده باشد، مختص فرائض یومیه است یا مطلق فرائض بلکه نوافل را هم شامل می‌شود؟» می‌فرماید: تعلیل وارد در صحیح زراره و محمد بن مسلم، اقتضا دارد که حکم به این موارد هم تعمیم بیابد. تعلیل چنین است: «لمکان آنه دخلها و هو علی طهر بتیمم» [مرجع ضمیر در کلمه دخلها، فریضه یومیه است. اگر به خصوصیت ضمیر توجه شود، نمی‌توان حکم را به نمازهای غیر یومیه یا هر عمل مشروط به طهارتی تسری داد] ظاهر این تعلیل، نشان می‌دهد که تمام علت عدم نقض و صحیح بودن نماز این است که طهور در حال دخول به عمل، وجود داشته است؛ بدون اینکه نماز فریضه بودن بلکه نماز بودن عمل، دخالتی در حکم داشته باشد. همان‌طور که عرف از «لا تشرب الخمر؛ لآنه مسکر» حکم را به هر مسکری تعمیم می‌دهد و به مورد و ضمیر راجع به آن اعتنا نمی‌کند، در این مقام هم از تعلیل، استفاده می‌شود که دخول با تیمم در هر عمل مشروط به طهارت، اقتضای عدم نقض، صحت عمل و بقای بر طهور را دارد و توجهی به ضمیر راجع به فریضه یا نماز نمی‌شود. (خمینی، ۳۸۳-۳۸۴/۲)

در اجود التقریرات آمده است که «قضیه «لا تشرب الخمر لإسکاره»، ظهور در موضوعیت خمر برای حرمت دارد و حکم به غیر موضوع مذکور تعدی نمی‌کند؛ زیرا احتمال دارد علت

مذکور در این قضیه، خصوصیتی برای جعل حکم برای موضوع مذکور داشته باشد که این خصوصیت در غیر این موضوع از مواردی که در حقیقت و عنوان مشترکند، وجود نداشته باشد»، محقق خوئی به این کلام چنین اشکال کرده است: «این احتمال خلاف چیزی است که در اذهان مردم ارتکاز یافته است. مرتکز در اذهان مردم این است که علت مذکور در کلام، خودش علت حکم است؛ بدون اینکه قیام علت در موضوع خاص، دخالتی داشته باشد. بی تردید مستفاد از کلام امام (علیه السلام) که: «إن الله لم يحرم الخمر لإسمه و إنما حرمة لإسكارة» این است که هر مسکری حرام است. اگر احتمال دخل خصوصیت مورد، مانع از انعقاد ظهور کلام در دوران حکم بر مدار علت مذکور می‌شد، در مثال «لا تشرب الخمر لأنه مسکر» هم مانع می‌شد؛ چون در آنجا هم این احتمال که در صدق مسکر بر خصوص خمر، خصوصیتی که اقتضای حرمت آن را داشته باشد و این خصوصیت در غیر مورد نباشد، وجود دارد.» (نائینی، ۱/ ۴۹۹)

به نظر می‌رسد فهم «صلاحیت» و «توقف»، کار دشواری بوده، از حیطة تعلیل خارج باشد و شاید بتوان گفت بیشتر به فهم عرفی یا ششم فقهاتی وابسته است. محقق نائینی گفته است: صلاحیت در جایی است که علت منصوصه، به وسیله یک عنوان جامع، منطبق بر مورد و غیر مورد باشد، اما از کجا می‌توان به چنین مسأله‌ای دست یافت! البته بیانات ایشان به گونه‌ای است که نمی‌توان هیچ تعلیلی را خالی از این دو ضابطه دانست؛ چراکه معتقدند تنها زمانی عنوان صلاحیت ندارد موضوع کلی باشد که برای بیان مصالح و مفاسد، ذکر شده باشد. مانند: «الصلاة واجبة لأنها تنهى عن الفحشاء والمنكر» و توضیح می‌دهد بیان مصالح و مفاسد که مناط موضوعیت موضوع احکام است، از وسائط ثبوتیه است و تعلیل به آن در غیر موردش ممکن نیست. (نائینی، ۲۹) علاوه بر این با توجه به اشکالات مطرح شده از سوی سایر علما، خصوصیت مورد به گونه‌ای که وی بیان کرده، قابل تشخیص نیست.

بنابراین به نظر می‌رسد این معیار و ضابطه خیلی دقیق نباشد و به راحتی می‌توان از هر تعلیلی مفهوم‌گیری نمود. در حالی که وی در برخی موارد به این نتیجه پایبند نیست. به طور مثال در بحث شهرت فتوایی نگاشته است: «معنای عمل به عموم علت، تسری حکم مذکور به هر موردی است که علت در آنجا باشد. همان طور که از قضیه لا تشرب الخمر فانه مسکر، حرمت هر مسکری ثابت می‌شود، اما نمی‌توان نقیض حکم مذکور را در چیزی که علت در آن نیست ثابت کرد؛ به گونه‌ای که قضیه مذکور دلالت بر حلیت هر چیزی که مسکر نیست، داشته

باشد» (نائینی، ۱۰۱/۲)

سید مجاهد دانشمند دیگری است که مفهوم تعلیل را پذیرفته، اعتقاد دارد: «انتفاء علت مستلزم انتفاء معلول است، علاوه بر این که این مطلب عرفاً فهمیده می‌شود، ظاهراً اتفاق بر آن هم وجود دارد» (مجاهد، ۶۷۸)

اصولی دیگری که این بحث را مطرح نموده، سید مصطفی خمینی است. وی اولین شخصی است که مفهوم تعلیل را در مبحث مفاهیم ارائه می‌کند. البته خود ایشان این مفهوم را نپذیرفته، همه مباحثی که ارائه می‌دهد، مبنایی است و معتقد است، طبق مبنای کسانی که مفهوم شرط یا وصف را قبول دارند، این مفهوم به طریق اولی باید مورد پذیرش باشد.

وی نگاشته است: «اگر گفته شود «لا تشرب الخمر، لأنه مسکر»، بی‌تردید اسکار، علت است و واسطه در ثبوت بودن هم ظاهر است. ارجاع دادن تعلیل‌های شرعی به قیود موضوع و عناوین احکام هم در حالی که اختلاف آثار آنها مشهود است، بی‌وجه می‌باشد. بنابراین اگر از مقدمات حکمت استفاده شود که تنها علت حرمت خمر، اسکار است، از انتفاء آن، انتفاء سنخ حکم لازم می‌آید و دلیلی بر این خواهد بود که غیر از آنچه در این قضیه ذکر شده است، هیچ موجب دیگری، برای حرمت وجود ندارد. به این ترتیب اگر در صورت انتفاء علت حکم، حرمت به جهت دیگری بیاید بین این دو دلیل تعارض به وجود خواهد آمد. به طور مثال اگر استفاده شود که هر خمری حرام است و این حرمت مستند به اسکار بوده، دلیل دیگری غیر از آن وجود ندارد، بین آن و کلام ائمه (علیهم السلام) که «ما کان کثیره یسکر فقلیله حرام» تناقض ایجاد می‌شود؛ زیرا بر اساس مفهوم تعلیل، اگر خمر قلیل، مسکر نباشد، حرام نیست که در این صورت باید به علاج معارضه پرداخت.

ایشان معتقد است: «اثبات انحصار، علیت تامه و اصل استناد در اینجا آسان‌تر از مفهوم وصف و شرط است. مفهوم وصف که واضح است. در مفهوم شرط هم مؤونه زیادی در اثبات اصل استناد و علیت تامه وجود دارد؛ به گونه‌ای که جماعتی از محققان با آن مخالفت نموده‌اند؛ به این ترتیب وضع انحصار روشن است. در مفهوم تعلیل تنها نیاز به اثبات انحصار است و سایر مقدمات در اینجا بسیار واضح است. اگر تقریب‌های زیادی که در مفهوم شرط بیان شده است، در اینجا تمام باشد - به ضمیمه اقرار فقها در کتاب‌های فقهی و البته بر خلاف مذاق اصولی آنان - تمامیت مفهوم در اینجا اولی و اظهر است. (موسوی خمینی، ۱۳۹ / ۵ -

البته در پاسخ ایشان باید گفت، تبعی که در کتاب‌های فقهی صورت گرفت، اقرار فقها به این مطلب را نشان نمی‌دهد؛ چراکه اولاً: در موارد فراوانی، مفهوم تعلیل در معنای اصولی (انتفاء عند الانتفاء) به کار نرفته است بلکه یا در معنای تعمیم‌بخشی یا قاعده العله تعمیم و تخصص یا مدلول لغوی تعلیل است. ثانیاً در مواردی هم که در معنای اصولی به کار رفته، بسیاری از فقها این مفهوم را در حکم خاصی مطرح و رد نموده‌اند و تنها تعداد محدودی آن را پذیرفته‌اند.

به هر ترتیب، سید مجاهد و سید مصطفی خمینی، مفهوم تعلیل را شبیه مفهوم شرط معرفی کرده‌اند در حالی که به نظر می‌رسد، میان حکم جمله شرطیه با حکمی که تعلیل شده است، تفاوت وجود دارد. در تعلیل، حکم منجزاً بیان می‌گردد سپس علت آن مطرح می‌شود، اما در جملات شرطیه تصریح می‌شود که اگر چنین شرطی حاصل شد، حکم می‌آید. تعلیق موجود در جمله شرطیه، در مقدمات حکمت اثر می‌گذارد و کشف انحصار علت را آسان می‌کند. در مقابل در جمله معلل، حکم منجزاً صادر شده، به علتی که باعث حکم شده است اشاره می‌شود، بنابراین نمی‌توان انحصار علت را کشف نمود و نمی‌توان نتیجه گرفت که اگر این علت در جای دیگر نبود در آنجا هم این حکم نمی‌تواند بیاید. به عبارت دیگر از علت بودن امری برای حکمی می‌توان نتیجه گرفت هر جا علت باشد حکم حتماً می‌آید اما هیچ گونه دلالتی ندارد که فقط همین علت، سبب حکم شده است.

علاوه بر این چون در جملات شرطیه تعلیق وجود دارد علت، به یک موضوع خاص با شرایط خاص منحصر می‌گردد. مثلاً در عبارت «ان کان زید عالماً فاکرمه»، شرط، علت را در عالم بودن زید محدود کرده است. این جزئی بودن و خاص بودن منطوق، در مفهوم‌گیری مفید است؛ چراکه موضوع مفهوم هم محدود و جزئی می‌شود و به راحتی می‌توان گفت «ان لم یکن زید عالماً فلا یجب اکرامه»، اما در جملات معلل از آنجا که به علت به طور کلی اشاره می‌شود و حد و مرزی ندارد، در مفهوم هم با یک عنوان کلی و بسیار وسیع روبرو هستیم؛ مثلاً اگر گفته شود: لا تشرب الخمر لانه مسکر، در مفهوم تعلیل باید گفت: کلما لم یکن مسکراً فهو حلال. بدیهی است که این مفهوم قابل قبول نیست. به نظر می‌رسد کلی بودن، یک دلیل اساسی برای عدم اخذ مفهوم است اگر جمله معلل، به این صورت مطرح شده بود که ان کان الخمر مسکراً فلا تشربه، به راحتی می‌شد مفهوم‌گیری کرد به اینکه ان لم یکن الخمر مسکراً فشربه جائز.

به تفاوت‌های میان مفهوم شرط و تعلیل، سید مصطفی خمینی و شهید صدر هم اشاره نموده‌اند که در دلایل مخالفین، بیان می‌گردد.

دلایل مخالفان مفهوم تعلیل

سید مصطفی خمینی که مفهوم تعلیل را مبنایی مطرح کرده است، خود قائل به ثبوت مفهوم تعلیل نیست. وی در مورد تعارض میان مفهوم تعلیل با منطوق معتقد می‌شود که باید اصل مفهوم را انکار نمود به این دلیل که مقدمات اطلاق برای اثبات انحصار علت به طور مطلق فراهم نیست؛ زیرا در قضایای شرطیه، حصر علت از طریق استفاده قضیه حقیقه است. با این ادعا که میان هر مصداق از جزا با مصداقی از شرط ملازمه برقرار است. این نکته در بحث کنونی ممکن نیست. یعنی با اطلاق اینجا نمی‌توان علیت هر امر دیگری را برای تحریم مصداقی از خمر که مسکر نیست، نفی نمود. (موسوی خمینی، ۱۴۱/۵ - ۱۴۲)

شهید صدر مفهوم تعلیل را به صورت کامل نمی‌پذیرد اما معتقد است، به دلیل صیانت عرفی تعلیل از لغویت، می‌توان انتفاء حکم هنگام انتفاء تعلیل را به صورت جزئی پذیرفت. وی درباره تفاوت تعلیل با شرط می‌نویسد: اگرچه تعلیل فی الجمله مفهوم دارد، مفهوم آن اقتضا ندارد که حکم معلل در سایر موارد فقدان علت، منتفی باشد؛ آن گونه که تعلیق در جمله شرطیه اقتضا دارد؛ زیرا چنین انتفائی از شئون علیت انحصاری است و انحصار از مجرد تعلیل استفاده نمی‌شود. بر خلاف تعلیق بر شرط که از آن انحصار فهمیده می‌شود» (صدر، ۲۰۳/۲)

امام خمینی نیز می‌فرماید: «اطلاق تعلیل، اقتضای تمامیت موضوع و علیت تامه را دارد اما اقتضای انحصار علت را ندارد، بنابراین دلالت بر انتفاء عند الانتفاء هم نمی‌کند.» (موسوی خمینی، ۱۷۱/۲)

آقا رضا همدانی نیز نگاشته است: «نهایت چیزی که از تعلیل فهمیده می‌شود تعمیم است اما علت منحصره بودن که به معنای انتفاء عند الانتفاء باشد، فهمیده نمی‌شود. یک انسباق بدوی در ذهن حاصل می‌شود که ناشی از عدم التفات به احتمال مدخلیت خصوصیات در علت است.» (همدانی، ۱۹۰/۶)

بسیاری از علمای اصول در ذیل بحث شهرت فتوایی مفهوم تعلیل را انکار نموده‌اند. در این بحث برخی برای اثبات حجیت شهرت فتوایی به تعلیل موجود در آیه نبأ یعنی «أن تصیبا قوما بجهالة» استناد کرده‌اند. با این توضیح که در آیه شریفه، تبین از خبر فاسق واجب شده است، به این علت که مبدا با قومی از روی جهالت برخورد شود. مفهوم تعلیل مذکور چنین است که اگر از اصابه به جهالت در امان بودید، تبین لازم نیست. در شهرت فتوایی ایمنی از

اصابه به جهالت وجود دارد، پس تبیین لازم نیست. البته استدلال‌کنندگان می‌خواهند به عموم تعلیل استناد کنند، اما معنای سخن ایشان استناد به مفهوم تعلیل است. بسیاری از اصولیان که به این استدلال اشاره نموده‌اند، آن را به دلیل مفهوم نداشتن تعلیل نپذیرفته‌اند. (مظفر، ۱۶۶/۲؛ موسوی، ۹۳/۲؛ عراقی، ۱۰۰/۳؛ خویی، الهدایة فی الأصول، ۱۶۵/۳؛ خویی، مصباح الاصول، ۱۴۵/۲؛ نائینی، ۱۵۵/۳)

نظریه مختار

دلایل موافقان، به طور کامل پذیرفتنی نیست. از طرفی مخالفان، بر عدم فهم انحصار علت، تأکید نموده‌اند. وقتی انحصار کشف نشود، انتفاء عند الانتفاء هم کشف نخواهد شد، اما به هر حال در برخی موارد، عرف از تعلیل، چنین مفهومی را متوجه می‌شود. شاید از همین رو است که شهید صدر می‌گوید به دلیل صیانت عرفی تعلیل از لغویت، می‌توان مفهوم تعلیل را به صورت جزئی پذیرفت. البته این سخن تا این اندازه کمکی به استنباط حکم بر اساس تعلیل نمی‌کند بلکه باید معیاری داشت تا بتوان محدوده مفهوم‌گیری از تعلیل را مشخص نمود. مواردی که فقها در کتاب‌های فقهی‌شان به این مفهوم استدلال نموده‌اند و صحیح هم به نظر می‌رسد، اغلب مواردی است که دامنه موضوع در منطوق و مفهوم محدود بوده است. به این مسأله، هم، در ذیل تفاوت مفهوم شرط و تعلیل اشاره شد و هم، نکته‌ای است که در قاعده «العله تعمم و تخصص» مشاهده می‌شود.

به طور مثال صافی گلپایگانی در فتوایی معتقد شده که اگر مُحرم به همسر خود نگاه کند بدون قصد شهوت و بدون اینکه معمولاً باعث امانت شود، کفاره‌ای بر عهده او نمی‌آید؛ زیرا در روایت آمده است: «اما انی لم اجعل علیه هذا لانه امنی انما جعلته علیه لانه نظر الی ما لا یحل له» مفهوم تعلیل این است که اگر نگاه به کسی که حلال بود می‌کرد، چیزی بر عهده او قرار نمی‌دادم. (صافی گلپایگانی، ۲۰۳/۳) مشاهده می‌شود که محدوده منطوق، نگاه به کسی است که حلال نباشد و نقیض آن یعنی دامنه مفهوم هم نگاه به کسی است که حلال باشد. موسوی گلپایگانی به روایت «فإنما هو الذي أقرّ علی نفسه» استدلال می‌کند که اگر شخصی با استناد به اقرار، در حال تحمل حد باشد و از گودال فرار کند، نباید او را برگرداند. مفهوم تعلیل، دلالت دارد که اگر جاری شدن حد به استناد اقرار نبوده بلکه بینه بر آن اقامه شده باشد، مجرم

برگردانده می‌شود. (موسوی گلپایگانی، ۴۱۳/۱) در اینجا هم دامنه منطوق و مفهوم محدود است.

مسأله جزئی بودن موضوع در منطوق و در نتیجه جزئی بودن موضوع مفهوم در بسیاری از احکامی که در آنها به مفهوم تعلیل استناد شده است، مشاهده می‌شود که برای نمونه به چند مورد اشاره می‌گردد. در جایی که موضوع در منطوق، «خرید قبل از مالک شدن» است، موضوع در مفهوم، «خرید پس از مالک شدن» خواهد شد. (موسوی قزوینی، ۸۲۵/۲)، جایی که موضوع در منطوق، «تیمم با آنچه از زمین خارج نشده» بوده است، موضوع در مفهوم، «تیمم با آنچه از زمین خارج شده است»، می‌شود. (حسینی روحانی، ۱۰۴/۳)، جایی که موضوع منطوق «نماز کسی که با تلاش جهت یافتن قبله به اشتباه به غیر قبله نماز خوانده است» بوده، موضوع در مفهوم، «نماز کسی که بدون تلاش به غیر قبله نماز خوانده است، قرار داده شده است. (محقق داماد، ۳۰۸/۱)

به نظر می‌رسد مفهوم تعلیل در محدوده یاد شده امکان پذیرفته شدن را داشته باشد، اما در مواردی مانند: «لا تشرب الخمر، لأنه مسکر» که مفهوم آن «کلما لم یکن مسکرا فهو حلال» است، یعنی دامنه‌ای وسیع را شامل می‌شود، این امکان وجود ندارد. البته فقهای که مفهوم تعلیل را نپذیرفته‌اند در همین محدوده جزئی هم آن را رد می‌کنند. (موسوی خمینی، ۱۷۱/۲؛ همدانی، ۱۸۹/۶؛ طباطبایی حکیم، ۵۵/۷)

نتیجه‌گیری

- ۱- دستیابی به علت از راههای متعددی ممکن است.
 آ: نص بر علت: استفاده از کلمات تعلیل مانند: لعلة کذا، و حروف تعلیل مانند: لکذا، إن، لأن و...»
- ب: استظهار علت از یک قضیه کلی یا سیاق روایت بر اساس صدر و ذیل آن.
- ۲- علت، در استنباط احکام به صورت تنقیح مناط، قیاس منصوص العلة، قاعده العلة تعمیم و تخصص و مفهوم تعلیل ایفای نقش می‌کند.
- ۳- تفاوت مفهوم تعلیل با تخصیص بخشی در این است که تخصیص بخشی، تنها در دایره موضوع مذکور در لسان دلیل، اتفاق می‌افتد، اما در مفهوم تعلیل، انتفاء حکم به انتفاء علت

صورت می‌گیرد؛ به این معنا که هر جا علت منتفی شود اعم از اینکه در دایره موضوع موجود در حکم اصلی باشد یا غیر آن، حکم منتفی خواهد شد.

۴- مفهوم تعلیل به طور کامل ثابت نیست؛ زیرا:

آ: ضابطه دقیقی برای تشخیص اینکه علت منصوصه، بتواند به وسیله یک عنوان جامع منطبق بر مورد و غیر مورد شود و هیچ کدام از علت و حکم معلل، اصلاً اختصاصی به مورد نداشته باشد، وجود ندارد.

ب: میان مفهوم شرط و مفهوم تعلیل تفاوت‌های مهمی وجود دارد لذا نمی‌توان این دو را با هم مقایسه نموده، نتیجه گرفت که مفهوم تعلیل هم ثابت است. اولین تفاوت، وجود «تعلیق» در جمله شرطیه و عدم آن در جمله معلل است. تعلیق در مقدمات حکمت اثر می‌گذارد و کشف انحصار علت را آسان می‌کند، اما در جمله معلل، انحصار علت کشف نمی‌شود. دومین تفاوت، مربوط به جزئی بودن موضوع در جملات شرطیه است. جزئی بودن منطوق، باعث محدود شدن موضوع مفهوم می‌شود، اما در جملات معللی که به علت به طور کلی اشاره می‌شود، در مفهوم هم یک عنوان بسیار وسیع وجود دارد که مفهوم‌گیری را ناممکن می‌سازد.

ج: فهم عرفی و نظر بسیاری از اصولیان این است که تعلیل، دلالت بر انحصار علت ندارد.

۵- مفهوم تعلیل در مواردی که دامنه موضوع در منطوق و مفهوم محدود باشد، پذیرفتنی است.

منابع

- اصفهانی، محمد حسین، *نهایة الدراية*، انتشارات سید الشهداء (ع)، ۱۳۷۴.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب الصلاة*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- آملی، محمد تقی، *مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی*، تهران، مؤلف، ۱۳۸۰ق.
- بجنوردی، حسن، *منتهی الأصول*، بی‌جا، کتابفروشی بصیرتی، بی‌تا.
- بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل، *الفوائد الحائریة*، بی‌جا، مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۱۵ق.
- بیارجمندی، یوسف، *مدارک العروة*، عراق، مطبعة النعمان، بی‌تا.
- تبریزی، غلام حسین، *الاصول المهدیة*، بی‌جا، چاپ طوس، بی‌تا.
- حائری یزدی، مرتضی، *صلاة الجمعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- حسینی روحانی، سید صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، بی‌جا، بی‌تا.

- حسینی شیرازی، محمد، *ایصال الطالب إلى المكاسب*، منشورات اعلمی، تهران، بی تا.
- خمینی، روح الله، *کتاب الطهارة*، بی جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الأصول*، بی جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٤١٨ق.
- خویی، ابو القاسم، *الهدایة فی الأصول*، بی جا، مؤسسه صاحب الأمر (ع)، ١٤١٧ق.
- _____، *فقه الشیعة - کتاب الطهارة*، قم، مؤسسه آفاق، ١٤١٨ق.
- _____، *مصباح الأصول*، بی جا، کتابفروشی داوری، ١٤١٧ق.
- رشتی، حبیب الله بن محمدعلی، *بدائع الأفكار*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٣١٣ق.
- رضوی کشمیری، محمد باقر، *الروضه الغناء فی عدم جواز استماع الغناء*، قم، مرصاد، ١٤١٨ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، *ضیاء الناظر فی أحكام صلاة المسافر*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ١٤١٨ق.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر، *مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الأساسية*، قم، بی تا.
- شیرازی زنجانی، موسی، *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ١٤١٩ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، دار إحياء التراث العربی، لبنان، بی تا.
- صافی گلپایگانی، لطف الله، *فقه الحج*، قم، مؤسسه حضرت معصومه سلام الله علیها، ١٤٢٣ق.
- صدر، محمد باقر، *بحوث فی شرح العروة الوثقی*، قم، مجمع الشهد آیه الله الصدر العلمی، ١٤٠٨ق.
- طباطبایی حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر، ١٤١٦ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤١٨ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٩ق.
- عبد الرحمان، محمود، *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة*، بی جا، بی تا.
- عراقی، ضیاء الدین، *نهاية الأفكار*، دفتر انتشارات اسلامی، بی جا، ١٤١٧ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مبادئ الوصول*، بی جا، چاپخانه علمیّه، ١٤٠٤ق.
- فاضل تونی، محمدحسین، *الوافیة فی الأصول*، بی جا، مجمع الفكر الإسلامی، ١٤١٥ق.
- کاشف الغطاء، حسن، *أنوار الفقاهة - کتاب الزکاة*، نجف، ١٤٢٢ق.
- گلپایگانی، محمد رضا، *الدر المنضود فی أحكام الحدود*، قم، دار القرآن الکریم، ١٤١٢ق.
- مجاهد، سید محمد، *مفاتیح الأصول*، بی جا، مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *معارض الأصول*، بی جا، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤٠٣ق.
- محقق داماد، محمد، *کتاب الصلاة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٦ق.

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ق.

مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، بی جا، انتشارات اسماعیلیان، بی تا.

منتظری، حسینعلی، *کتاب الزکاة*، قم، مرکز جهانی مطالعات اسلامی، ۱۴۰۹ق.

موسوی قزوینی، علی، *ینابیع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ق.

موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.

نائینی، محمد حسین، *أجود التقريرات*، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۶۸.

_____، *رسالة الصلاة في المشكوك*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.

_____، *فوائد الأصول*، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشيعة في أحكام الشريعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۵ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام*، قم، مؤسسه دائرة

المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ق.

همدانی، رضا بن محمد هادی، *مصباح الفقيه*، قم، مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسه النشر

الإسلامی، ۱۴۱۶ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹۴، ص ۵۴-۳۳

قاعده «وجوب تکریم انسان» در فقه و حقوق اسلامی*

دکتر اردوان ارژنگ

استادیار دانشگاه بین المللی امام خمینی قزوین

Email: arzhang@mail.yu.ac.ir

مهدی دهقان سیمکانی

دانشجوی دکتری دانشگاه یاسوج

Email: mmdehghan@mail.yu.ac.ir

چکیده

کرامت ذاتی، عطیه‌ای الهی از جانب پروردگار به انسان است و از آن جهت که ذاتی و جزء هویت انسان است، سلب آن ممکن نیست. بر اساس برخی آیات شریف قرآن می‌توان کرامت ذاتی را به عنوان نوعی شرافت که حاکی از برخورداری از نعمت تعقل، اراده آزاد، نفخه الهی، قدرت انتخاب و... است و همه انسان‌ها به طور یکسان از آن برخوردارند، اثبات نمود و قاعده‌ای با عنوان «تکریم‌الانسان» را در تدوین قوانین حقوقی به کار گرفت. یکی از حوزه‌های تاثیرگذاری این قاعده، حوزه وضع مجازات، برای جرائم دارای مجازات غیر حدی است؛ بر اساس این قاعده، تا جایی که شیوه‌های غیر کیفری، از حفظ ارزش‌ها ناتوان نمانده‌اند، رفتن به سوی ابزارهای کیفری، آن هم با وضع و اعمال مجازات‌های غیرمتناسب با جرم، خدشه‌ای بر کرامت انسانی است و تکیه افراطی، بر مصالحی چون؛ پیش‌گیری عمومی و خصوصی، بازدارندگی و اصلاح بزهکار و... به جای معیارهای تناسب جرم و مجازات، با این قاعده سازگار نبوده و استفاده ابزاری از مجرم برای رسیدن به اهداف دیگر محسوب می‌شود. نمونه‌هایی از احکام فقهی از جمله ارتداد، محدودیت‌های مربوط به کافر ذمی، و نیز نمونه‌هایی از حقوق انسان از جمله حق تعیین سرنوشت، بر اساس این اصل، از حکم متعادل‌تری برخوردار خواهند شد. محدودسازی بهره‌جویی از مجازات اعدام و پرهیز از اجرای علنی آن از دیگر هشدارهای این قاعده بوده و لزوم بازنگری در برخی از احکام فقهی و حقوقی را نشان می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: انسان، کرامت ذاتی، رویکرد اسلامی، حقوق، تکریم انسان.

مقدمه

هر مکتب حقوقی که ادعای عرضه عالی‌ترین بینش فکری، منش و روش زندگی و تعیین تکلیف حقوقی برای انسان را دارد ضرورتاً باید انسان را معنا و تعریف کند و به سؤالاتی که درباره ابعاد وجودی او مطرح است پاسخ گوید. در واقع تا انسان تعریف نشود، هیچ یک از مسائل مرتبط با انسان، به نتیجه روشن و غایت آفرین نخواهد رسید. یکی از مسائل خاص و ویژه در مورد انسان، بحث کرامت انسان^۱ است. این مسأله در مباحث انسان‌شناختی، اخلاقی، فقهی و حقوقی مورد بحث واقع می‌شود و آثار و پیامدهایی خاص را خواهد داشت. آیا اساساً انسان به صورت بالفعل برخوردار از کرامت ذاتی است یا اینکه در صورت فعلیت بخشیدن به استعدادهای الهی از کرامت برخوردار خواهد شد؟ رویکرد عمده اندیشمندان مسلمان درباره کرامت ذاتی و پیامدهای آن در حقوق اسلامی چیست؟ مبنای ذاتی بودن کرامت انسان در نگرش اسلام، چیست؟ نقش کرامت انسانی در تبیین و ارائه احکام فقهی و قواعد حقوقی چیست و آیا بر روند و فرآیند صدور احکام فقهی و حقوقی و فتاوی تأثیرگذار است؟ اندیشمندان مسلمان پاسخ‌های متفاوتی به این سوالات داداند. برخی کرامت ذاتی را در حد برخوردار بودن انسان از استعدادهای الهی و فطری بالقوه تقلیل داده و آثار بالفعل برای آن قائل نیستند. پاره‌ای دیگر، انسان را در حالت بالفعل برخوردار از کرامت ذاتی دانسته و پیامدهایی را برای کرامت وی در مباحث فقهی و حقوقی قائلند. مبانی، دلایل و پیامدهای هر کدام از نظرات و دیدگاه پذیرش کرامت ذاتی در حقوق اسلامی چیست؟ آیا می‌توان از بین دیدگاه‌های مختلف، یکی را برگزید؟ چگونه؟ دغدغه این نوشتار یافتن پاسخ یا پاسخ‌ها به این پرسش‌ها است.

چیستی کرامت

واژه کرامت، معنای عامی دارد و هر چیزی را که در جای خودش شرافت و بزرگی داشته باشد دارای کرامت می‌گویند. (راغب اصفهانی، ۷۰۷) حرمت، حیثیت، ارزش، درجه، عزت، انسانیت و بزرگواری، همگی برای معنای لغوی کرامت بیان شده‌اند. (دهخدا، ۱۶۷۰/۱۱)

به لحاظ اصطلاحی، در یک تقسیم بندی، کرامت به دو قسم ذاتی و ارزشی یا اکتسابی تقسیم شده است و تعاریف متعددی از این دو نوع کرامت شده است. کرامت ذاتی حیثیتی

1. Human dignity.

است که تمامی انسان‌ها به صرف انسان بودن، بی‌هیچ‌گونه استثنایی از آن برخوردارند و رنگ، نژاد، گویش، جنسیت، وضعیت سیاسی - اجتماعی و... در آن دخالتی ندارد. حدیث شریف «الْخَلْقُ كُلُّهُمْ عِبَادُ اللَّهِ وَ أَحَبُّهُمْ إِلَيْهِ أَنْفَعُهُمْ لَهُمْ؛ همه مردم دودمان خداوند هستند و محبوب‌ترین آن‌ها نزد خداوند، سودمندترین آن‌ها برای دودمان خداوند است» (نهج البلاغه، نامه ۵۳)، ناظر به همین نوع کرامت است. این نوع از کرامت در بند الف از ماده ششم و در بند ب از ماده نهم اعلامیه حقوق بشر اسلامی که در ۱۴۱۱ قمری در قاهره تصویب گردید، ذکر شده است. (عبادی، ۷۰) کرامت ذاتی در واقع، مبنای حقوق فطری بشر بوده و قواعد حقوق فطری، از فطرت و طبیعت انسان نشأت گرفته و از طریق عقل انسان، کشف و استنباط می‌گردد اما کرامت اکتسابی مربوط به اموری است که انسان با تلاش و کوشش خویش به دست می‌آورد. (جعفری، ۲۷۹) علامه جعفری معنای اصطلاحی کرامت چنین تبیین می‌کند:

کرامت ذاتی، حیثیتی طبیعی است که همه انسان‌ها مادامی که با اختیار خود به جهت ارتکاب به خیانت و جنایت بر خویشان و دیگران آن را سلب نکنند، از این صفت شریف برخوردارند و کرامت ارزشی از به کار انداختن استعدادها و نیروهای مثبت در وجود آدمی و تکاپو در مسیر رشد و کمال ناشی می‌شود و البته ارزش نهایی و غایی انسان به همین کرامت اکتسابی است. (جعفری، ۲۷۹)

بر اساس کرامت ذاتی، انسان علاوه بر حیات نباتی و نفس حیوانی از روح انسانی و نفخه الهی بهره‌مند است و تکریم او به جهت برخورداری از روح انسانی است که به هیچ‌موجود دیگری داده نشده است و این روح، منشاء قوای عالمه و عامله، دانایی و توانایی، شور و شعور انسانی، اراده آزاد، و حق انتخاب در انسان است و نعمت آگاهی و معرفت و حرکت مسئولانه انسان در جهت کسب فضایل و انجام تکالیف از این روح برمی‌خیزد. انسان به خاطر داشتن روح انسانی که در حقیقت، نفخه الهی است، از ظرفیت بالای علمی و شناختی که بزرگ‌ترین ظرفیت علمی یک ممکن‌الوجود است، برخوردار گردیده است. علامه طباطبایی می‌فرماید:

«تکریم انسان به نعمت عقل است که تنها به انسان عطا شده است و او با عقل نیک را از بد و خیر را از شر تشخیص می‌دهد و مسائل دیگری مانند نطق، خط و تسلط و تسخیر موجودات دیگر بر عقل انسان متفرع می‌شود و تفضیل انسان به این است که از نعمت‌هایی که به دیگر موجودات داده شده، سهم بیشتری دارد. (طباطبایی، ۱۵۶/۱۳)

همچنین در جهت فهم معنای اصطلاحی کرامت بیان شده است که: حقیقت انسان جلوه

تام حق است و هر کمالی که حق بالذات دارد، او نیز به تبع حق (بالعرض) دارد و این به خوبی کرامت ذاتی انسان را بیان می‌دارد... حقیقت انسان آئینه تمام نمای حق است و به درستی خلیفه و جانشین اوست و هر انسانی باید خودش را به اندازه توان به این حقیقت نزدیک کند و خودش را به این جانشینی تعالی بخشد و آئینه جانش را چنان صیقل دهد که آن زیبایی‌ها و کمالات را در خود ببیند. (حسن‌زاده آملی، ۲۳-۲۴)

رویکردهای مختلف به کرامت انسان

به‌طور کلی می‌توان سه رویکرد عمده را در مورد کرامت از هم متمایز ساخت. یک رویکرد، مبتنی بر اندیشه فاشیستی است که بر اساس آن، ارزش انسان در وابستگی او به دولت است و فرد انسان در خدمت دولتی است که نسبت به مرگ و زندگی انسان تصمیم‌گیری می‌کند. در حقیقت، این دولت است که با اقتدار حاکمانه خود آزادی‌های عمومی را به افراد بخشیده است. (هاشمی، ۱۴۸) بر اساس این اندیشه، انسان از هیچ‌گونه کرامت ذاتی برخوردار نبوده و در حقیقت این دولت هست که کرامت را به انسان می‌دهد. انسان به خودی خود، هیچ‌گونه اصالت و ارزشی ندارد و از این رو، دولت می‌تواند به راحتی آزادی‌ها را از افراد سلب کند. به یک معنا می‌توان تمام منکران حقوق طبیعی را ذیل این نگرش قرار داد. این نگاه به طور خاص در پوزیتویست‌های حقوقی دیده می‌شود که معتقدند تنها حقوق واقعی، حقوق موضوعه‌ای هستند که توسط کنشگران حقوقی یعنی پارلمان، مقامات حقوقی و قضایی وضع شده باشد. اینان برآنند که همه حقوق تحت نظارت حکومت و مقامات دولتی تعیین می‌گردند. (شستاک، ۱۴۴) نتیجه طبیعی و منطقی چنین رویکردی، مشروعیت تمام قوانین موضوعه است. هرچند که این قوانین، ظالمانه، غیرانسانی و مغایر با حقوق و آزادی‌های و حقوق اساسی افراد باشد.

رویکرد دوم مبتنی بر نوعی نگرش اومانستی و غیر دینی است، و بر اساس آن، انسان از آن جهت که انسان است دارای کرامت، حرمت و ارزش است. این کرامت، در انسان یک امر ذاتی است چرا که انسان‌ها آزاد آفریده شده‌اند تا سرنوشت خود را خود به دست گیرند و مسئول اعمال خویش باشند. در این نگاه، هیچ‌گونه توجهی به منشأ کرامت انسان و عوامل ماورائی از جمله خداوند، که در شکل دادن به حقیقت انسان نقش اساسی دارند، نمی‌شود. در حقیقت، خود انسان، محور عالم است. مبنای کرامت انسان در رویکرد سکولار، برخوردار

بودن انسان از توانایی‌های خاص از جمله توانایی تفکر، قدرت انتخاب، آزادی اراده می‌باشد. بسیاری از اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشر، از جمله سازمان ملل متحد (۱۹۴۵)، اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، بر اساس این نوع نگرش به کرامت انسانی تنظیم و تصویب شده‌اند. (مجموعه آثار همایش امام خمینی، ۱۷۵/۶)

رویکرد سوم که مورد توجه ماست، رویکرد اسلامی و دینی سنتی است که در متون اصیل اسلامی و اندیشه غالب اندیشمندان مسلمان به چشم می‌خورد. منظور از این رویکرد، نگرش متون اصیل اسلامی از جمله آیات شریف قرآن و نیز نگرش اسلام‌گرایان سنتی است که بر مبنای توحید و در چارچوب ضوابط فقهی کلاسیک و بر اساس مبانی و پیش‌فرض‌های کلامی، فلسفی و انسان‌شناختی خاصی، ابتناء یافته است و با تفصیل بیشتری به تبیین آن پرداخته می‌شود.

رویکرد اسلامی به کرامت انسان

به مقتضای برخی از آیات شریف قرآن، می‌توان گفت که انسان، مادامی که عنوان انسان بر او صدق کند، از نوعی حرمت و کرامت ذاتی برخوردار است. چند وجه درباره وجود انسان مطرح است که درباره دیگر موجودات مطرح نشده و خود این امر سبب شرافت نوع انسان بر دیگر موجودات می‌باشد. یکی از آن وجوه، برخورداری انسان از روح الهی است. خداوند پس از آنکه انسان را از گل آفرید، از «روح» عظیمی در آن دمید و آن را به خود منسوب کرد و «روح خدا» نامید (حجر: ۲۹) در آیه‌ای دیگر از این مرحله (دمیدن روح)، به «نشئه جدیدی از خلق» تعبیر می‌کند که خداوند به جهت اهمیت خلقت آن، خود را ستایش می‌کند (مومنون: ۱۴).

برخورداری از مقام خلیفه الهی، از دیگر وجوهی است که بر اساس آن، نوع انسان از کرامت و شرافت برخوردار است (بقره: ۳۰) در این آیه شریفه، خداوند هنگام خلق نوع انسان، این بیان شریف را فرموده است که نشان شرافت و کرامت نوع انسان و ناشی از نفخه الهی است و در همه انسان‌ها به گونه‌ای یکسان موجود است. علاوه بر اینکه، خداوند انسان را به

صورت خویش آفریده^۱ و «در واقع ذات انسان به عنوان آینه اسماء الهی... و عالی‌ترین صورت برای هویت حق است». (ابن عربی، ۱۵۱-۱۵۲) در اندیشه صدرالمتألهین «انسان موجودی ملکی، ملکوتی و فطرت‌دار است.» (ملاصدرا، ۴۰۶/۱) و استاد مطهری می‌گوید: «از نظر قرآن انسان موجودی است برگزیده از طرف خداوند، خلیفه و جانشین او در زمین، نیمه ملکوتی و نیمه مادی، دارای فطرتی خود آشنا، آزاد، مستقل، امانت‌دار خدا و مسئول خویشتن و جهان... ظرفیت علمی و عملی‌اش نامحدود است» (مطهری، ۲۷۲/۲)

برخورداری انسان از نیروی تعقل و اینکه انسان ذاتاً این توانایی را دارد که خوب و بد را تشخیص داده و با نیروی اراده و انتخاب خود، اعمال شایسته و خوب را برگزیند، نیز مبنایی برای برخورداری وجود انسان از نوعی شرافت ذاتی است. برخی از مفسرین، در تفسیر آیه شریفه «ولقد کرمنا...» بر این امر تأکید کرده‌اند که «خداوند به واسطه قوه تعقل، قدرت تمییز حق از باطل و تدبیر دنیا و آخرت، به انسان کرامت بخشیده است.» (طریحی، ۱۵۲)

به طور کلی، جانشین خداوند در روی زمین بودن (فاطر: ۳۹؛ انعام: ۱۶۵؛ بقره: ۳۰؛ یونس: ۱۴ و ۷۳)، مسجود ملائکه بودن (اعراف: ۱۱؛ اسراء: ۶۱) اعطای موهبت عقل و... همه و همه نشان از کرامت ذاتی انسان دارد که در بین تمام انسان‌ها وجود دارد. تساوی در داشتن یک خالق، موضوع آیات ابتدایی سوره الرحمن و نیز آیه ۴۰ سوره روم است. آیات ۱۱۸ و ۱۱۹ سوره هود، بعد از اینکه به تفاوت و اختلاف عقیدتی آدمیان می‌پردازد، علت خلقت را رحمت تامه خداوند می‌داند که در میان همه انسان‌ها مساوی است. اولین آیه سوره نساء به تساوی در منشأ خلقت که همان نفس واحده است، اشاره دارد. همه انسان‌ها در ماده اصلی خلقت که خاک است، مساوی‌اند و همگی از یک ماده آفریده شده‌اند. (حجر: ۲۶) علاوه بر اینکه انسان‌ها در سیر تحوّل خلقت و اخذ روح الهی با هم مساوی‌اند. (سجده: ۷-۹) و این‌ها همه نشان از آن است که انسان، به نفس انسان بودن، برخوردار از نوعی شرافت است که حداقل حقوق انسانی را برای او اثبات می‌کند.

این نوع شرافت و حرمت، ذاتی انسان است و همه انسان‌ها و همه افراد انسانی باید این کرامت و حیثیت را به عنوان یک حق، شناخته و ضمن اینکه خود را از این حق برخوردار

۱. حتی در آموزه‌های سایر ادیان آسمانی نیز، برخوردار بودن انسان از وجهه الهی مورد اکید واقع شده است. «شما همگی مقدس هستید؛ من به عنوان پروردگار شما، مقلّتم...». (لاویان، ۱۹: ۲)؛ «خدا آدم را بصورت خود آفرید. او را بصورت خدا آفرید. ایشان را نر و ماده آفرید.» (پیدایش، فصل اول، آیه ۲۷)

می‌دانند، خود را در برابر آن، مکلف نیز بدانند. برخوردار از این نوع کرامت، حاکی از عنایت ویژه پروردگار به آدمی است و به اختیار انسان ربطی ندارد. انسان چه بخواهد و چه نخواهد، از این کرامت، حداقل به صورت بالقوه برخوردار است، یعنی از نیروها و استعدادهایی برخوردار است که او را بر حرکت به سوی کمال قادر می‌سازد.

«ما بنی آدم را کرامت بخشیدیم و آنان را بر صحرا و دریا مسلط کردیم و بر بسیاری از مخلوقات خویش برتری دادیم». (اسراء: ۷۰)

خداوند متعال با بیان احکام مختلف اخلاقی، از مقام کرامت انسان، حراست نموده و به بندگان خویش نیز دستور می‌دهد که مبدا برخلاف شأن و کرامت خود و دیگر انسان‌ها عملی انجام دهند. امر به احسان و نیکوکاری (نحل: ۹۰؛ نساء: ۳۶؛ بقره: ۸۳؛ انعام: ۱۵۱؛ اسراء: ۲۳) و خیر دیگران را به خیر بیشتری تلافی کردن یا شر آنان را با شر کمتری مجازات کردن؛ مایه اصلاح جامعه و گردش ثروت و تامین امنیت عمومی در سطح اجتماع است (طباطبایی، ۱۲/۳۳۰) و... از جمله مواردی است که به آن‌ها توصیه شده است. اجتناب از تکبر و پرهیز از تحقیر مردم در احوال و اقوال (نساء: ۳۶؛ اسراء: ۳۷) لزوم وفای به عهد و پیمان (مائده: ۱) دوری جستن از ستم و تعدی و تجاوز به حقوق دیگران (بقره: ۲۲۹؛ مائده: ۴۵) نیز، از جمله فرمان‌های خداوند در قرآن کریم است که مبتنی بر شرافت عمومی ذات انسان می‌باشد و تمام انسان‌ها با هر رنگ، نژاد، جنس، اعتقاد و طرز نگرش را شامل می‌شود.

به اقتضای این حرمت ذاتی، آیات متعددی از قرآن بر تساوی نوع بشر با یکدیگر تاکید کرده است. (آشوری، ۸۴؛ جعفری، ۳۴۳) همچنین، لازمه ارزشمندی و کرامت ذاتی انسان، تحفظ کیان، شخصیت و حقوق خاص برای همه انسان‌هاست که هیچ کسی نمی‌تواند آن را سلب کند. این کرامت به گروه، قشر، مذهب و منطقه جغرافیایی و نژادی و رنگ پوست اختصاص ندارد و شامل همه انسان‌ها می‌شود امنیت، عدالت، رضایت خاطر و تأمین نیازهای معیشتی و اقتصادی و آسایش از لوازم حفظ کرامت انسان است. این امور در فرهنگ اسلامی مقدمه رشد و تعالی و برطرف کردن موانع داخلی برای رسیدن به مقصود است.

توجه به این نکته نیز لازم است که برخی از اندیشمندان در رویکرد اسلامی، قائل به کرامت ذاتی بالفعل برای انسان نیستند؛ هرچند که بالقوه، انسان را گوهری شریف می‌دانند. از نظر آنان عقیده، ایمان و آزادی معنوی است که منشا کرامت بالفعل انسان قرار می‌گیرد. معیار اساسی در نگرش این بزرگواران، تقوا است و مقام و موقعیت انسان متوقف بر میزان کسب

فضایل و کمالات الهی است و از این رو حقوق واقعی انسان‌ها به جایگاه دینی و ایمانی آنان باز می‌گردد. (نجفی، ۴۱/۴۱۳) علامه جعفری، در این زمینه معتقد است که: خداوند سبحان فقط زمینه ارزش و کرامت را در وجود انسان به وجود آورده است... نه اینکه انسان در همه موقعیت‌ها و شرایط دارای شرف و کرامت ذاتی باشد. لذا اگر انسانی در صدد هواپرستی و خودکامگی برآید و استادهایی که در وجودش نهاده شده است را در جهت اهداف پلید بکار گیرد نه فقط حق کرامت ذاتی ندارد بلکه بدان جهت که مخل حیات و آزادی دیگران بوده باید مواخذه شود. (جعفری، ۲۷۹)

برخی دیگر از اندیشمندان اسلامی برآنند که: کرامتی که به انسان بخشیده شده است، کرامتی نیست که برای همه انسان‌ها افتخار بیافریند. شرافتی که موجب افتخار می‌شود، در گرو اعمال و رفتار اختیاری انسان است و این‌که چگونه از نعمت‌های خداوند در جهت کمال انسانی سود جوید. عده‌ای از کرامت خویش دور می‌گردند و همانند ماری که پوست می‌اندازد اینان نیز از پوسته کرامت خویش دور می‌افتند. این عده، از بندگی خدا خارج می‌گردند و بنده شیطان می‌شوند (مصباح یزدی، ۲۵۴-۲۵۵)

درست است که قرآن کریم برای انسان، حرمت و کرامت ذاتی قائل است ولی انسان‌های بد را هم در حد حیوان تنزل داده است.. کرامت و حرمت ذاتی، تا وقتی است که خوی انسانیت و شرافت انسانی وجود داشته باشد. (مصباح یزدی، ۲۸۵)

با توجه به بیان این اندیشمندان، گرچه برخی از انسان‌ها از کرامت برخوردار بوده‌اند، اما با اختیار خود، این کرامت را در مرحله بالقوه متوقف نموده و خود را از هر گونه حرمت و شرافت بالفعل محروم ساخته‌اند. به بیان دیگر، آنان با اختیار خود، کرامت بالقوه و ظرفیت‌های وجودی خود را نادیده گرفته و به فعلیت نرسانده‌اند. به تعبیر آقای جوادی آملی، کرامت انسانی در قرآن آن است که در قلمرو دین می‌گنجد. قلمرو دین آن است که انسان، دین‌شناس، دین‌باور و همچنین دین‌دار باشد. معرفت، گرایش و منش او، دینی است. اگر شخصی هوی مدار بود، نه خدامحور این خلیفه الله نیست؛ وقتی خلیفه خدا نبود (کرمانا) شامل او نمی‌شود. (جوادی آملی، فلسفه حقوق بشر در اسلام، ۴) و نیز ایشان در بیان خلافت الهی با تصویر سه وجه از خلافت شخصی و نوعی و جمعی تنها خلافت نوعی را صحیح می‌دانند یعنی همه انبیا و اولیای خدا خلیفه خدای سبحان هستند و بر پایه نحوه وجودی، همگی دارای وحدت نوعی هستند؛ از این رو می‌توان گفت که در سراسر آفرینش یک حقیقت نوعی، خلافت الهی را

عاهده‌دار است و از این حقیقت واحد نوعی در هر عصری، شخصی ظهور می‌کند و به مرتبه جانشینی خدای سبحان می‌رسد. (همان، ۱۷۶)

کسی که به مقتضای خلیفه‌اللهی عمل نمی‌کند، انسانیت وی مصداق حقیقی خود را از دست می‌دهد و در پی آن کرامت و شرافتی هم مطرح برای وی مطرح نیست؛ زیرا همه کرامت‌های انسان به پاس خلافت اوست، وقتی قانون خلافت رعایت نشود، اصل کرامت نیز منتفی است... چنین کسی از مقام انسانی تنزل کرده و در ردیف بهایم و شیاطین قرار می‌گیرد. (جوادی آملی، حق و تکلیف در اسلام، ۱۱۲)

در قرآن کریم، غافلان بی‌خبر به چهارپایان و حیوانات بی‌شعور تشبیه شده‌اند. وجه تشبیه آن‌ها به چهارپایان این است که تنها به خور و خواب و شهوت می‌پردازند. امام علی (ع) می‌فرماید:

«کالبهمیه المربوطة همها علفها أو المرسله شغلها تقمها؛ همانند حیوانات پروری که تنها به علف می‌اندیشند و یا حیوانات دیگری که در چراگاه رها شده‌اند و از این طرف و آن طرف خرده علفی بر می‌گیرند». (نهج البلاغه، نامه ۴۵)

علامه جعفری معتقد است که «همه انسان‌ها، مادامی که با اختیار خود، به جهت ارتکاب خیانت و جنایت بر خویشان و دیگران آن را از خود سلب نکنند، از کرامت ذاتی برخوردار خواهند بود». (جعفری، ۲۷۹) آقای مطهری نیز بیان می‌کند: «انسان حقیقی که خلیفه‌الله است، مسجود ملائکه است، همه چیز برای او است و بالاخره دارنده همه کمالات انسانی است، انسان به علاوه ایمان است، نه انسان منهای ایمان. انسان منهای ایمان، کاستی گرفته و ناقص است. چنین انسانی حریص، خونریز، بخیل و از حیوان پست‌تر است». (مطهری، ۲/۲۷۳)

بر اساس نگرش این اندیشمندان، تنها انسان مؤمن الهی و اخلاقی است که به سبب ایمان آوردن به ذات اقدس الهی و پشت کردن به شهوات ظلمانی، کرامت ذاتی خود را به مرحله فعلیت رسانده و باید تمام حقوق او را به عنوان یک انسان رعایت نمود.

در هر صورت، در رویکرد اسلامی، انسان یا به صورت بالقوه و یا به صورت بالفعل از نوعی شرافت و حرمت ذاتی برخوردار است. خلافت الهی، که به انسان اعطاء شده؛ نظیر وکالت و وزارت دنیایی نیست که امری اعتباری و جدای از شناسنامه حقیقی و هویت اصلی انسان باشد. (جوادی آملی، حق و تکلیف در اسلام، ۱۱۲) در نگرش برخی از اندیشمندان اسلامی، اساساً انسانیت انسان به خلافت الهی اوست؛ یعنی انسان یا خلیفه‌الله است یا

«کالانعام بل هم اضل» (جوادی آملی، حق و تکلیف در اسلام، ۱۱۳) این امر می‌تواند مبنایی برای قاعده‌ای که می‌توان از آن به قاعده «کرامت انسان» یاد کرد، واقع شود. حال که روشن شد نوع انسان از کرامت ذاتی برخوردار است، این مسأله باید روشن شود که آیا این کرامت و حرمت، از انسان قابل سلب است؟

عدم امکان سلب کرامت ذاتی

آیا اساساً کرامت ذاتی انسان، قابل زوال و سلب شدن است؟ آیا امری که «ذاتی» است، ممکن است سلب شود؟ از آنجا که امر ذاتی قابل سلب نیست، این حرمت و شرافت نیز از انسان قابل سلب نیست؛ چرا که جزء هویت و حقیقت اوست و اگر امر ذاتی را از شئی بگیریم در واقع، حقیقت آن را گرفته و هویت آن را تغییر داده‌ایم. بر همین اساس، انسانی که کرامت ناشی از فطرت و وجود او سلب شده باشد، در حقیقت دیگر انسان نیست و احکام انسانی بر او بار نمی‌شود. به بیان دیگر، ذاتی بودن کرامت برای انسان از نوع ذاتی باب ایساغوجی بوده و هنگامی که گفته می‌شود «انسان کرامت ذاتی دارد»، محمول در تعریف موضوع اخذ شده و از مقومات موضوع محسوب می‌شود؛ یعنی چیزی است که تصور انسانیت انسان، بدون آن ممکن نیست. علاوه بر اینکه، همانگونه که در بخش قبل بیان شد، کرامت ذاتی انسان، از برخوردار بودن انسان از وجهه و نفخه الهی، نیروی تعقل و تفکر، آزادی اراده و اختیار و... ناشی می‌شود که در حقیقت وجودی انسان ریشه داشته و امری عارضی نیست تا بتوان آن را از انسان سلب نمود. کرامت ذاتی انسان، و حقوق ناشی از آن، چیزی نیست که قابلیت و امکان تقیید از طرف قانون‌گذار را داشته باشد؛ چون قانون‌گذار آن را به انسان اعطا نکرده که بتواند آن را از انسان سلب نموده و یا آن را محدود سازد.

بر این اساس، کرامت ذاتی انسان، هیچ‌گونه ارتباطی با رفتارها و اعمال انسان ندارد و حتی تعدی به حقوق دیگران و ارتکاب جرم و جنایت نیز، باعث سلب کرامت ذاتی از انسان نمی‌شود. بلکه تنها مجازات خاص طبیعی، الهی و یا قراردادی را برای انسان در پی خواهد داشت. به بیان دیگر، چنین نیست که اگر فردی حقوق دیگران را پایمال کرد و ستم و خونریزی کرد و امنیت جامعه را به خطر انداخت، اساساً کرامت از او سلب شود؛ بلکه کرامت ذاتی او در حد خود باقی است و او تنها در برابر حقوقی که از دیگران سلب نموده و ظلم‌هایی که به دیگران روا داشته است، باید مجازات شود. از این رو، آیه شریفه قرآن، آنان را که از

حدود الهی تجاوز می‌کنند، ظالم دانسته است و بیان می‌کند به اندازه جرمی که مرتکب شده‌اند، باید مجازات شوند؛ «وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (بقره: ۲۲۹) و البته فرموده است که چنین افرادی، اساساً انسان نیستند و هر نوع رفتاری را می‌توان با آن‌ها انجام داد. قرآن کریم در حوزه مسائل اجتماعی و برخوردهای جمعی و گروهی برای پیش‌گیری از ناامنی هم باز تأکید می‌کند که به همان اندازه‌ای که تجاوز می‌شود، باید برخورد کرد؛ «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره: ۱۹۴). این شیوه نشان می‌دهد که افزون بر عدالت‌گرایی در مجازات، مسئله کرامت انسان، اهمیت زیادی در رعایت حقوق مجرمان و محدود شدن مجازات آن‌ها به قوانین تعیین شده شرعی یا قراردادی، دارد.

یکی از دلایل‌های که نشان می‌دهد کرامت ذاتی انسان، ارتباطی با اعمال و رفتارهای ناشایست او ندارد، گفتگوی بین خداوند و ملائکه در آیه ۳۰ سوره بقره است. در این آیه هنگامی که ملائکه به خداوند در مورد آفرینش انسان به عنوان جانشین خداوند در روی زمین، اعتراض می‌کنند و فساد و خونریزی را به عنوان دلیل خود اقامه می‌کنند، خداوند به این دلیل توجهی نداشته و می‌فرماید: «من چیزی می‌دانم که شما نمی‌دانید». این پاسخ، بیانگر آن است که مقام ذاتی جانشینی و خلافت الهی، با افعالی نظیر فساد و خونریزی سلب نمی‌شود. در حقیقت باید بین ذات انسان و رفتار انسان تفکیک قائل شد، چرا که در آیه فوق، آنچه به جهت ارتکاب فساد و خونریزی در معرض سرزنش قرار گرفته، وجود انسان نیست، بلکه رفتار و فعلی است که از او سر می‌زند و فعل انسان از ذات او جداست. (ابن عربی، ۱۶۸) در صورتی که این تفکیک صورت نگیرد، ممکن است برخی انسان‌ها فاقد کرامت ذاتی تلقی شوند که موجب تبعیض طبقاتی میان انسان‌ها در عرصه‌های مختلف حقوقی، سیاسی اجتماعی را در پی خواهد داشت. در صورت تفکیک نکردن ذات انسان از اعمال و رفتارهای او، حرمت برخی از گناهان از جمله غیبت، تهمت و... مطلق نخواهد بود؛ یعنی ارتکاب آن‌ها نسبت به مومنان معصیت است، ولی نسبت به کفار و مشرکان جایز و مباح شمرده خواهد شد. بر اساس این نگرش، غیرمومنان در حقیقت فاقد حق احترام هستند. (نجفی، ۴۱/۴۱۳؛ خوئی، ۱/۲۸۱)

اقتضای عدم امکان سلب کرامت ذاتی این است که، تمام انسان‌ها از حقوق فطری و طبیعی به گونه‌ای مساوی برخوردارند. به بیان بهتر، کرامت ذاتی برای انسان‌ها، از یک سو حق و از سوی دیگر تکلیف محسوب می‌شود. کرامت انسان به عنوان حق، به این معناست که انسان، موجودی مختار و دارای استقلال ذاتی است و دیگران در جهت ایفای این حق برای او

مکلف هستند. از طرف دیگر، کرامت انسان به عنوان تکلیف به این معناست که هر انسانی مکلف است عزت نفس خود را حفظ کرده و بر اساس به‌کارگیری نیروی تعقل و تفکر عمل کند. کرامت ذاتی، شامل همه انسان‌ها می‌شود و به دنبال خود حقوقی را متوجه افراد و جامعه می‌کند. این نکته را قرآن با زبان دیگری به صراحت بیان می‌کند و حفظ حیثیت و کرامت انسان را منحصر به مسلمان و مؤمن نمی‌کند، بلکه نسبت به حفظ آبرو و حیثیت همه انسان‌ها حتی غیرمسلمانان تأکید می‌کند و بیان می‌دارد که: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ؛ خدا شما را از کسانی که در کار دین با شما نجنگیده و شما را از دیارتان بیرون نکرده‌اند باز نمی‌دارند که با آنان نیکی کنید و با ایشان عدالت و زید، زیرا خدا دادگران را دوست می‌دارد.» (ممتحنه: ۷)

بر اساس این آیه شریفه، معیار برخورداری از شرافت و حرمت، نیکی کردن، با عدالت برخورد کردن، مسلمان بودن، موحد بودن و یا اهل کتاب بودن و... نیست، بلکه هر انسانی که با مسلمانان نجنگد و مزاحمت ایجاد نکند و آن‌ها را از شهر و دیارشان بیرون نکند، به نفس انسان بودن، برخوردار از کرامت بوده و مسلمانان موظفند به او نیکی کرده و در باب او عدالت ورزند. این آیه از محکمت قرآن است و هر سخنی که این کلام را نفی کند یا محدود کند، معارض قرآن تلقی می‌شود، چرا که این آیه، مساوق و معاضد با آیات کرامت انسان است. کرامت ذاتی، از وجود انسان غیر قابل انفکاک بوده و هیچ‌گونه ارتباطی با عقیده، نژاد، مذهب و اموری از این قبیل ندارد و حتی با ارتکاب جرم و جنایت نیز از انسان سلب نمی‌شود چرا که باید بین ذات انسان و رفتار او تفکیک قائل شویم. به بیان دیگر باید بین ذات مکلف و عمل مکلف تفکیک قائل شویم. بر این اساس، مفاد آن دسته از آیات شریفه (محمد: ۱۲؛ اعراف: ۱۷۹) که انسان را به جهت استفاده نکردن از نیروی تعقل از حیوان هم پست‌تر می‌داند، به معنای زایل شدن وصف کرامت ذاتی انسان نیست؛ بلکه بیانگر این است که این قبیل انسان‌ها در فرایند تکامل، از حیات نباتی و حیوانی فراتر نرفته و در خور و خواب و شهوت مشغول و از حیات انسانی بی‌خبرند.

پیامدهای حقوقی کرامت ذاتی

آنچه از مطالعه منابع شریعت به دست می‌آید، این است که مقررات کیفری در دین اسلام، جنبه ثانوی و تبعی داشته است؛ سنت به تبع قرآن، بیش از هر چیز بر مفاهیمی متعالی نظیر، توحید، تقوی، اخلاق، عدل احسان و... تکیه کرده و به احیای کرامت نوع بشر و محو وجوه امتیاز افراد و طبقات اجتماعی پرداخته است. در سنت نبوی، تمایلی برای تدوین و توسعه مقررات کیفری وجود نداشته و نشانی از توسل به نهادهای کیفری برای تسلط بر اوضاع و تثبیت و تضمین بقای قدرت سیاسی وجود ندارد. و ایشان از راه تقویت آموزه‌های اخلاقی و باورهای دینی و بازدارنده‌های وجدانی در صدد کنترل رفتار اجتماعی شهروندان و حفظ نظم و امنیت بوده است. محدودیت استفاده از ابزار کیفری در سنت، در مقایسه با دین آسمانی یهود نیز اعجاب بر انگیز است؛ از ده فرمان نازل بر موسی، پنج فرمان به طور مطابقی و سایر فرمان‌ها به شکل تضمینی، پیام کیفری دارد (سلیمانی، ۲۸۲)

بر اساس قاعده «تکریم الانسان» می‌توان حداقل در بخشی از احکام، به جای «مسلمان بودن»، «انسان بودن» فرد را مبنا قرار داد. این در حالی است که در مراجعه به آراء فقهاء، کمتر موردی را می‌بینیم که تکریم انسان به عنوان یک اصل، مبنا قرار گرفته باشد. شاید مهم‌ترین نگرانی فقهاء از پذیرش این قاعده، نقض‌هایی باشد که در احکام فقهی وجود دارد و در ظاهر قابل جمع با کرامت ذاتی نیست در حالی که با قاعده‌مند کردن موارد نقض، می‌توان اصل کرامت ذاتی را ثابت نگه داشت و تاثیراتش را در فقه و حقوق شاهد بود. البته کسانی چون مطهری به تبیین و اثبات حقوق قبل از ایمان پرداخته‌اند.

۱. حدود و تعزیرات

یکی از حوزه‌های تأثیرپذیر از قاعده «تکریم الانسان»، مباحث حقوق کیفری است. در فقه اسلامی برای جرائم دو صورت مجازات وجود دارد: مجازات حدی و مجازات تعزیری؛ مجازات حدی، مجازاتی است که نوع و میزان و کیفیت آن در شرع بیان شده (شهید ثانی، ۳۲۵/۱۴) و در قانون مجازات اسلامی در ماده ۶۳ تا ۲۰۳ بیان شده است. این گونه مجازات‌ها قابلیت کمتری برای دخل و تصرف و اظهار نظر فقیه و حقوق‌دان داشته و کمتر دستخوش تغییرند. اما مجازات‌های تعزیری، مجازات‌هایی است که مقدار آن در شرع معین نشده، (نجفی، ۲۵۴/۴۱) و این «مقدر نبودن» رکن اصلی تعزیر است که بر آن ادعای اجماع شده است. (جبلی عاملی، ۱۷۴/۴) فقیهان اهل سنت نیز همانند فقیهان امامیه معتقدند که قاضی می‌تواند با در نظر گرفتن «میزان جرم» و «مقدار تحمل مجرم» کیفر تعزیر را معین و اجرا کنند (الجزیری،

۴۰۰۹/۵). در قانون مجازات اسلامی نیز شبیه این بیان ذکر شده است (قانون مجازات، ماده ۴۳).

بر اساس تعریف مزبور، تعزیرات کیفرهای نامعین هستند، اما حدود مجازات معین و منصوص بر اساس کتاب و سنت می‌باشند. یکی از شاخص‌های اصلی تعزیر، کمتر بودن آن نسبت به حد است؛ مقدار و کیفیت تعزیر در صلاح دید حاکم شرع است، بر خلاف حد. در تعزیر شخصیت مجرم، وضع روحی و جسمی و زمان و مکان دخالت دارد، در حالی که حد، تابع صدق عنوان است. در تعزیر، امید به اصلاح و تأدیب مجرم شرط است، اما فلسفه اجرای حد دفاع از مصالح بنیادین جامعه است. در تعزیر، حاکم حق عفو دارد، برخلاف حدود. تعزیرات احصائی نیستند، اما در حدود اصل، احصائی بودن است. در موارد مشکوک، مجازات غیر حدی جاری می‌شود (عاملی، ۲۸۸). بر اساس مشخصه‌های مذکور در باب حوزه تعزیرات، قاعده تکریم که بر کرامت ذاتی انسان مبتنی است، می‌تواند مانع مناسبی برای پرهیز از اعمال سلیق و وضع مجازات‌های خودسرانه محسوب شود.

۲. مجازات‌های تعزیری متناسب و غیرمتناسب

کرامت ذاتی انسان اقتضاء می‌کند که ایشان از حق «قرار نگرفتن در معرض مجازات‌های نامتناسب» برخوردار شود. انسان همواره در معرض مجازات‌های غیرمتناسب با جرم ارتكابی است و شاید پیش‌بینی مقررات حدود در اسلام نیز کوششی در جهت جلوگیری از این پدیده و اجتناب از واکنش انتقام جویانه افراد و برقراری تناسب میان جرم و مجازات باشد. بررسی تاریخ تحولات قوانین کیفری، نشان می‌دهد که یکی از معیارهای قدیمی برای ارزیابی مجازات متناسب، توجه به میزان خسارت وارده و نتایج حاصل از عمل مجرمانه بوده بدون اینکه نوع تقصیر و انگیزه مجرم، تأثیری در میزان مجازات داشته باشد (کلارکسون، ۱۷) در اواخر قرن دوازدهم، عنصر قصد و انگیزه مجرم و نوع تقصیر مرتکب نیز مورد توجه قرار گرفت (همان). قاعده تکریم انسان حکم می‌کند در چنین مواردی، احکام باید متناسب با انسانیت انسان باشد، هرچند سطح جرم و جنایت، سطح سنگین و قابل توجهی باشد. از دیگر معیارهای تناسب میان جرم و مجازات، فایده اجتماعی (پیش‌گیری) است. بر اساس این معیار، مجازات متناسب، مجازاتی است که با ایجاد رعب و وحشت بیشتر و بهتر، از ارتكاب دوباره جرم پیشگیری کند (پرادل ژان، ۹۶). نکته قابل توجه در این ملاک و شاخص این است که تنبیه و اصلاح مجرم و پیش‌گیری در پاره‌ای موارد، آن قدر جلب توجه می‌کند که اهمیت جرم ارتكابی و درجه

تقصیر مرتکب را تحت الشعاع قرار داده و حق فرد، برای نیل و رسیدن به اهداف دیگر، قربانی می‌شود. بنابراین مجازات متناسب، مجازاتی است که با توجه به میزان خسارت وارده، قصد و انگیزه مجرم و خصوصیات شخصیتی، تربیتی و فرهنگی مجرم وضع شده باشد و نوعی تعادل و توازن را میان حقوق فرد و اجتماع برقرار کند. در مقابل، مجازات نامتناسب، مجازاتی است که تنها با نگاه خاص به موضوع منافع و پیش‌گیری عمومی و خصوصی، وضع شده و فرد مجرم را به عنوان وسیله‌ای برای نیل به اهداف دیگر قلمداد کند و انسانیت و کرامت او را به عنوان یک انسان، نادیده بگیرد.

۳. تکریم الانسان و وضع مجازات تعزیری

علت اصلی ممنوعیت مجازات‌های نامتناسب در حوزه تعزیرات، مغایرت آن‌ها با کرامت ذاتی انسان است، هرگاه میزان مجازاتی که بر مجرم اعمال می‌شود، به دلیل اثر بازدارندگی عمومی‌اش بر دیگران، ارتباطی با شدت و اهمیت جرم ارتكابی نداشته باشد، در این صورت از مجرم به عنوان ابزاری برای نیل به هدف مصالح عمومی استفاده شده است، حال آنکه کرامت ذاتی این انسان، اقتضاء می‌کند که ایشان حق داشته باشد از عملی که غایت بودن وی را نادیده گرفته و او را در حد ابزار تنزل می‌دهد، مصون باشد. (قادری سیدفاطمی، ۱۱۱) ادعاهای حمایت عمومی و مصالح اجتماعی یا ادعاهای پدرمآبانه و دلسوزانه نسبت به بزهکار، نمی‌تواند محمل مناسبی برای افزایش میزان مجازات باشد، چرا که این موجب می‌شود، گاه به استناد مصلحت عمومی، کشتن، حبس کردن و هتک آبرو و حیثیت افراد مجاز شمرده شود، در حالی که این‌ها از امور مهمی هستند که با توجه به قانون قاعده تکریم الانسان، باید مورد توجه جدی قرار گیرند. بررسی قوانین کیفری کشورمان، بیانگر این مطلب است که عمدتاً مجازات‌های سنگین، با توجه به معیار پیش‌گیری عمومی و خصوصی وضع شده و طبیعت جرم و میزان خسارت و ضرر ناشی از آن در نظر گرفته نشده است و از مجرم به عنوان وسیله استفاده شده است. این در حالی است که مطالعه تاریخ تحولات قوانین کیفری نشان می‌دهد که سیاست پیشگیری از جرم با تشدید مجازات‌ها، سیاستی شکست خورده و ناکارآمد است و بر فرض که چنین نباشد، باز هم هدف، وسیله را توجیه نمی‌کند.

از باب نمونه مجازات اعدام در ماده ۴ قانون مبارزه با مواد مخدر، برای کسی که با انگیزه مصرف شخصی و نه با قصد توزیع و فروش مقدار بیش از ۵ کیلوگرم مواد مخدر را وارد کشور نمود، چه تناسبی با قصد و انگیزه وی دارد؟ هر چند قانون‌گذار، جرائم را با توجه به

انگیزه مرتکبان، به جرایم عمدی، شبه عمدی و خطایی، تقسیم کرده، اما در موارد متعددی، مجازات پیش بینی شده، با میزان صدمه وارده و انگیزه و نوع تقصیر همخوانی ندارد. برای مثال، پیش بینی مجازات محارب، برای جرایمی چون، خودداری از رفتن به مأموریت، در حین جنگ، یا خوابیدن ارادی در حین نگهبانی یا خودزنی و فرار از خدمت در زمان جنگ در ۴۲، ۴۴ و ۵۱ و ۶۵ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح بیشتر با استفاده ابزاری از مجرم تا تناسب با جرم ارتکاب یافته سازگارتر است. پیش بینی قصاص برای قتل اکراهی در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی، چه تناسبی با قصد و انگیزه مرتکب دارد؟ تعیین مجازات زندان برای کسی که در اثر خستگی مفرط، دچار حالت بی احتیاطی و بی‌مبالاتی شده چه اثری دارد؟ آیا در تعیین و اعمال مجازات محارب، برای زورگیران، به سوابق و سن و سال متهمان هم توجه شده است؟ آیا به انگیزه ارتکات جرم متهمان هم دقت شده است؟ برخی از اینان افرادی هستند که از مواد روانگردان استفاده می‌کنند. چنین افرادی عموماً به درجاتی از توهم رسیده‌اند و نمی‌توانند درست تعقل کنند. اینان حتی از قتل بستگان خود برای تهیه مواد مصرفیشان ابایی ندارند. بنابراین برای این افراد، نمی‌توان گفت که مجازات قاطع بازدارنده است. برخی برای تامین هزینه‌های اضافی یا هزینه‌های درمانی که از راه مشروع قادر به تامین آن نبودند، به این کار واداشته شده‌اند. هر چند این موضوع، توجیه کننده ارتکاب جرم نمی‌باشد، اما حداقل می‌تواند در صدق عنوان جرم و تعیین مجازات آن‌ها تأثیر گذار باشد.

این چنین افرادی بیشتر سزاوار اصلاحند تا لایق محکوم به مرگ. کسی را که اعدام می‌کنند، اصلاح نمی‌کنند. بلکه با اعدام وی آن هم به صورت علنی، آثار اجتماعی و روانی از جمله ایجاد روحیه خشونت و قساوت قلب در مردم جامعه ایجاد شده و چهره‌ای خشن از جامعه به نمایش گذاشته می‌شود. به نظر می‌رسد در پیش‌بینی این دسته از مجازات‌ها، در نظر گرفتن اصل سودمندی و پیش‌گیری و بی‌توجهی به معیارهای اصلی تناسب جرم و مجازات، کرامت ذاتی انسان را نادیده انگاشته و از وی به عنوان ابزاری بهره جسته است.

۴. تکریم انسان و حفظ امنیت عاطفی

از جمله اقتضائات و آثار قاعده تکریم انسان، حفظ امنیت عاطفی افراد است. آیا با فردی که مجرم است و متخلف، می‌توان هرگونه برخورد کرد؟ آیا فرد مهدورالدم را که به مجازات اعدام محکوم شده، قبل از اجرای حکم، می‌توان مورد اذیت و آزار قرار داد؟ برخی در باب اسیر محکوم به قتل، چنین کاری را جایز شمرده و دستورات ائمه درباره خوشرفتاری با اسیر

را حمل بر استحباب نموده‌اند با این استدلال که مشرک هیچ‌گونه احترام و ارزشی نداشته، و پست‌ترین موجودات زیان‌آور است که باید از بین برود. (نجفی، ۱۳۰/۲) امام علی (ع) در نامه به فرمانروای مصر، ضمن ارایه راهکارهای رسیدن جامعه به سعادت و کرامت به او سفارش می‌کند:

«أَشْعُرُ قَلْبِكَ الرَّحْمَةَ لِلرَّعِيَّةِ وَالْمَحَبَّةَ لَهُمْ وَاللُّطْفَ بِهِمْ وَلَا تَكُونَنَّ عَلَيْهِمْ سَبْعًا ضَارِيًا تَعْتَنِمُ أَكْلَهُمْ فَإِنَّهُمْ صِنْفَانِ إِمَّا أَخٌ لَكَ فِي الدِّينِ وَإِمَّا نَظِيرٌ لَكَ فِي الْخَلْقِ...؛ مهربانی با مردم را پوشش دل خویش قرار ده و با همه دوست و مهربان باش. مبدا هرگز، چونان حیوان شکاری باشی که خوردن آنان را غنیمت دانی؛ زیرا مردم دو دسته‌اند؛ دسته‌ای برادر دینی تو، و دسته دیگر همانند تو در آفرینش می‌باشند.» (نهج‌البلاغه، نامه ۳۵)

در حقیقت آنچه امام در این عبارت مورد تأکید قرار داده است، توجه به کرامت انسان‌ها (چه مسلمان و چه غیر مسلمان) است. ایشان به مالک اشتر توصیه فرمود که کرامت انسان، چه مسلمان باشد و چه غیرمسلمان، را به گونه‌ای پاس بدار که دوست داری با تو چنان برخورد شود. (نهج‌البلاغه، نامه ۳۵) امیرالمؤمنین (ع) پس از ضربت ابن ملجم، دستور داد که در دوران بازداشت، غذای مناسب برای او تهیه کرده و با او خوش‌رفتاری کنند. (جامع‌الاحادیث، ۱۷۹/۱۳). اعتنا و اهتمام اسلام به رعایت عواطف انسانی در حدی است که حتی در سخت‌ترین شرایط جنگ، هم اجازه نمی‌دهد که دشمن را به این وسیله مورد شکنجه روانی قرار دهند؛ لذا وقتی بلال، یکی از زنان یهودی اسیر را به کنار جنازه بستگان او آورد، آن زن اسیر، به شدت، ناراحت و سر و صورت خود را مجروح کرد، بلال، مورد اعتراض رسول اکرم (ص) قرار گرفت و حضرت فرمود: بلال! آیا رحم و مهربانی از دل تو زدوده شده است؟! (مجلسی، ۵/۲۱)

۵. ارتداد و حق تعیین سرنوشت

یکی از مبانی برخورداری انسان از کرامت ذاتی، برخورداری از تعقل و تفکر و پذیرش مسئولیت‌های ناشی از تصمیمات خویش بود. انسانی که حق تعیین سرنوشت خود را ندارد سیادت بر خود را ندارد و گویی تابع و محکوم دیگران است. وی مانند صغیر است که دیگران درباره او تصمیم می‌گیرند. انسان‌ها در طبیعت و فطرت به دو گونه حاکم و محکوم آفریده نشده‌اند. هر کسی حاکم خود است و منشأ خلقت همه مردم یکی است و فلسفه تفاوت‌ها و اختلاف‌ها، تعارف و شناسایی یکدیگر است. (حجرات: ۱۳) البته آفریدگار جهان سیادت و

فرمانروایی مطلق بر انسان دارد، اما این فرمانروایی را به خودش احاله داده است و انتخاب و تدبیر را از طریق قانون‌گذاری به تطبیق قانون به موضوعات به خود انسان‌ها واگذار کرده است. آیات مشورت (آل عمران: ۱۵۹، شوری: ۳۷-۳۸)؛ آیات خلافت انسان و وراثت زمین برای صالحان (بقره: ۳۰، فاطر: ۳۹، نور: ۵۵، انبیاء: ۵) آیات وفای به عهده و عقد (مائده: ۱) و آیاتی که خطاب آن‌ها به تکلیف‌های عمومی نسبت به مردم است، نشان‌می‌دهند که انسان حق حاکمیت بر سرنوشت خود را دارد.

حق تعیین سرنوشت با اراده و اختیار انسان انجام می‌گیرد و کسی را نمی‌توان مجبور کرد، زیرا معنای خلافت عمومی مردم آن است که خود بر خود حکم برانند و این راهی جز انتخابات ندارد. زیرا همان طور که لازمه کرامت انسان حق تصمیم‌گیری هر انسانی در امور خانوادگی، مسکن، ازدواج، انتخاب شغل و... است، در حوزه اجتماعی، در تدبیر اداره جامعه و چگونگی حل مشکلات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی آنان به صورت جمعی و مهم‌ترین و شناخته شده‌ترین آن‌ها به وسیله انتخابات انجام می‌گیرد. جامعه‌ای که افرادی حق تصمیم‌گیری در زندگی شخصی و اجتماعی خود نداشته باشد، و برای مسائل خود مجبور به پذیرش سلیقه‌های دیگران است، نه انسانیت، نه کرامت، نه معنویت و نه از کمال برخوردار است.

بر همین اساس در بیان ائمه علیهم‌السلام آمده است که مقصود از مرتدی که مشمول حکم قتل می‌شود، مرتدی است که علاوه بر ارتداد و کفر، در مقام سست کردن آموزه‌های دینی و اهانت برآمده باشد (حر عاملی، ۱/۳۶)؛ که در این صورت از باب محاربه و ایجاد اختلال در حقوق دیگران و نظم اجتماعی مهدورالدم خواهد گردید. از این رو برخی از اندیشمندان با تفصیل قائل شدن بین مرتد محارب و مرتد غیر محارب، حکم قتل را مربوط به مرتد محارب دانسته‌اند. (مرعشی، ارتداد و احکام آن از منظر منابع حقوق در اسلام، ۳۸) ابوصلاح حلبی، اعتقاد به جبر، تشبیه، انکار امامت را هرچند کفر تلقی می‌کند، اما بیان می‌دارند که به هیچ وجه نمی‌توان معتقد به این امور را مرتد دانست. (حلبی، ۳۱۱) برخی برآنند که احکام مربوط به مرتدان، مربوط به آن دسته از مرتدان است که عمداً و عناداً اسلام را نمی‌پذیرند. (مرعشی، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ۹۲) امام خمینی به عنوان یک فقیه و مرجع شیعی با به رسمیت شناختن آزادی انسان، پلورالیسم نجات را می‌پذیرند: «کسانی که بدون تقصیر مسیری را طی می‌کنند، به نتیجه‌ای معتقد می‌شوند و بر طبق آن عمل می‌کنند، اهل نجات هستند هرچند که مسیر باطلی پیموده باشند» (خمینی، ۱/۱۳۳)

ایشان در بعضی موارد از ارتداد عده‌ای، آگاه بود و در بعضی از موارد با استناد به سخنان و اعمال سران برخی گروه‌ها، به آنان نسبت ارتداد داد، ولی هیچگاه در صدد اجرای مجازات ارتداد برنیامد. (خمینی، ۱۴/۴۶۱-۴۶۲) برخی از نواندیشان جهان اسلام نیز آزادی عقیده و انتخاب عقیده حتی باطل را مادامی که باعث اختلال در نظم اجتماعی نشود پذیرفته‌اند. (الغنوشی، ۳۳۶) جوادی آملی معتقد است: ارتداد، در مورد کسی معنا می‌یابد که یقین منطقی و معرفت‌شناختی [نه یقین روان‌شناختی و تقلیدی] به حق بودن عقیده و دین دارد اما با این حال دین را به بازی می‌گیرد و از آن اعلام بیزاری می‌جوید (حکومت دینی؛ پرسش‌ها و پاسخ‌ها، حکومت اسلامی، شماره ۲۴، ص ۴۰)

بر همین اساس می‌توان گفت در حوزه دین و تکالیف الهی و مسائل معنوی، پیامبران نمی‌خواستند کاری کنند که مردم از ترس، وحشت و خشونت، خوب شوند. «فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ * لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ؛ پیامبر تو یادآوری کن که تو یادآورنده هستی و تو سلطه‌جو بر آن‌ها نیستی» (غاشیه: ۲۲-۲۱) «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ» (بقره: ۲۵۶)

بنابراین، باید اجازه داد که افراد، خود عقیده را برگزینند. اگر آزادی نباشد، فرد مجبور خواهد شد تا خود را از دیگران پنهان سازد و عقاید خود را مخفی کند. و هر چه فشار و ترس بیشتر باشد، تظاهر، تملق، ریاکاری و مسکنت و ذلت بیشتر خواهد شد، تا جایی که هویت و شخصیت خود را از دست می‌دهد و کرامت او دچار آسیب می‌شود. از یک سو، سلب اصل آزادی و اختیار واز دیگر سو آثار و عواقب ذکر شده که ناشی از سلب اختیار و آزادی است با کرامت انسان سازگار نیست.

نتیجه‌گیری

کرامت انسانی، در تبیین و ارائه احکام فقهی و قواعد حقوقی، تأثیر و نقش قابل توجه و غیر قابل انکاری دارد و بر اساس آن، می‌توان قاعده‌ای با عنوان قاعده «وجوب تکریم الانسان» در فقه و حقوق اسلامی تدوین نمود. آزادی اراده، قدرت تعقل و تفکر، داشتن وجهه و نفخه الهی از مهم‌ترین مبانی نظری این قاعده محسوب می‌باشند و می‌توان از آن‌ها به مستندات این قاعده تعبیر نمود. به نظر می‌رسد با توجه به برخورداری انسان از کرامت ذاتی و قابل سلب نبودن این حقیقت و نیز با عنایت به اینکه فقه امامیه در قرون گذشته در بخش احکام جزایی

کمتر مجال اجرا یافته، اموری از جمله؛ حفظ امنیت عاطفی افراد، استفاده‌ی ابزاری نکردن از مجرم جهت نیل به اهداف و مصالح عمومی اجتماعی و سیاسی، محدود دانستن حکم ارتداد به مرتدان معاند و محارب و به طور کلی مبتنی ساختن احکام صادر شده در فقه و حقوق بر انسانیت و کرامت ذاتی انسان، می‌تواند از نوآوری‌های فقهی و موارد قابل تأمل در اندیشه فقهی و حقوقی معاصر محسوب شوند. از این رو، قاعده تکریم‌الانسان را می‌توان بیانگر دستور دین به پرهیز از توسل به نهادهای کیفری برای تسلط بر اوضاع و تثبیت و تضمین بقای قدرت سیاسی دانست از این رو شایسته است به راهکار تقویت آموزه‌های اخلاقی و باورهای دینی و بازدارنده‌های وجدانی و استفاده از اهرم اخطار و تحذیر به معنای آگاهی بخشی عمومی نسبت به قوانین و کیفیت جرایم و مجازات‌ها توجه بیشتری نموده و از این ابزار، در جهت کنترل رفتار اجتماعی شهروندان و حفظ نظم و امنیت استفاده کرد. می‌توان با حفظ اصول و مبانی فقهی و عدم اکتفا به نگرش‌هایی که در اثر تکرار نویسندگان کتب فقهی و حقوقی، جنبه مبنایی پیدا کرده است، برای حل معضلات و مشکلات انبوه اجتماعی قدمی برداشت. بنابراین این قاعده، مانع مناسبی برای پرهیز از اعمال سلاقی و وضع مجازات‌های مخالف با انسانیت انسان، است.

منابع

قرآن کریم

نهج البلاغه، تهران، موسسه نشر اشرفی، ۱۳۷۵.

ابن عربی، محمد بن علی، *فصوص الحکم*، بیروت: دارالکتب العربی، بی تا.

ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، نشر مکتبه امیرالمومنین، ۱۴۰۳ ق.

آشوری، محمد، *حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول، ۱۳۸۳.

بروجردی، حسین، *جامع الاحادیث*، تهران، ۱۳۸۰ ق.

پرادل، ژان، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی. تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۸.

جزیری، عبدالرحمان، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.

جعفری، محمد تقی، *حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب*، تهران، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰.

- جوادی آملی، عبدالله، «حکومت دینی؛ پرسش‌ها و پاسخ‌ها»، حکومت اسلامی، ش ۲۴، تابستان ۱۳۸۱
- _____، *حق و تکلیف در اسلام*، قم: نشر اسراء، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- _____، *فلسفه حقوق بشر در اسلام*، قم: نشر اسراء، چاپ پنجم، ۱۳۸۶
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۴۷-۱۳۴۲.
- حسن‌زاده آملی، حسن، *ممد الهمم در شرح فصوص الحکم*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۳۷۸.
- خمینی، روح‌الله، *صحیفه نور*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۳۶۹.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، قم: انتشارات وجدانی، ۱۳۷۴ ق.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات القرآن*، تحقیق عدنان داوودی، قم: ذوی القربی، ۱۳۸۴.
- شستاک، جروم، «نظریه حقوق بشر»، ترجمه جواد کارگزاری، *مجله حقوقی و قضایی دادگستری*، ش ۴۰، سال ۱۳۸۱.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم: موسسه معارف الاسلامیه، ۱۳۸۰.
- شیخ بهائی، محمد بن حسین، *جامع عباسی*، تهران: فراهانی، بی‌تا.
- صاحب‌جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸.
- صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، *شرح اصول کافی*، باب عقل و جهل، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، تهران، ۱۳۸۳.
- طباطبائی، محمد حسین، *تفسیر المیزان*، تهران: مؤسسه مطبوعاتی اسمائیلیان، ۱۳۷۰.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تحقیق سید احمد الحسینی، بیروت- لبنان، مکتب النشر الثقافه الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- عبادی، شیرین، *تاریخچه و اسناد حقوق بشر در ایران*، تهران: انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۸۳.
- الغنوشی، راشد، *الحریات العامه*، بیروت، مرکز داراسات الوحده العربیه، ۱۹۹۲ م.
- فخر رازی، محمد بن عمر، *التفسیر الکبیر*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ ق.
- قاری سید فاطمی، سید محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهردانش، ۱۳۸۸.
- کلارکسون، کریستوفر، *تحلیل مبانی حقوق جزا*، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، تهران، جهاد دانشگاهی (دانشگاه شهید بهشتی)، معاونت فرهنگی، ۱۳۷۱.

- گنون، رنه، *بحران دنیای متجدد*، ترجمه ضیاءالدین دهشیری، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۲.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار*، بیروت: موسسه الوفاء، ۱۳۵۵.
- مجموعه آثار همایش امام خمینی، *مجموعه مقالات کرامت انسان در ادیان و مکاتب*، تهران: چاپ و نشر عروج، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- مرعشی، محمد حسن، «ارتداد و احکام آن از منظر منابع حقوق در اسلام»، *مجله قضایی و حقوقی دادگستری*، ش ۹، زمستان ۱۳۷۲.
- _____، *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۳.
- مصباح یزدی، محمد تقی، *نظریه حقوقی اسلام*، قم: موسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۰.
- مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار*، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۷۲.
- نصر، حسین، *معرفت و معنویت*، ترجمه انشالله رحمتی، تهران، دفتر نشر سهروردی، ۱۳۸۰.
- هاشمی، محمد، *حقوق بشر و آزادی‌های سیاسی*، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹۴، ص ۷۳-۵۵

ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در وکالت*

دکتر بیژن حاجی عزیزی
استادیار دانشگاه بوعلی سینا

Email: haji598@basu.ac.ir

سیده مریم اعتماد

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه بوعلی سینا

Email: etemad1987@yahoo.com

چکیده

عقد وکالت از جمله عقود معینی است که در جامعه و روابط حقوقی اشخاص کاربرد وسیعی دارد، زیرا از جهتی اشخاص ناچار به استیفای حق خود به مباشرت نمی‌باشند و از جهت دیگر، عقد مزبور در دعاوی و کمک به احیای حق زیان دیده در محاکم دادگستری دارای اهمیت فراوانی است. با انعقاد عقد وکالت، وکیل و موکل در برابر یکدیگر حق و تکلیف یافته، دارای روابط حقوقی، وظایف و مسئولیت‌های متقابلی می‌شوند. از جمله این تعهدات رعایت مصلحت موکل است. از آنجا که این تعهد بر سایر تعهدات وکیل سایه افکنده و به نوعی شالوده و زیربنای کلیه تعهدات وی محسوب می‌شود از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. علی‌رغم تصریح به تعهد مزبور در ماده ۶۶۷ قانون مدنی، ضمانت اجرای نقض آن در فروض مختلف مبهم است. سکوت قانون، ضعف تألیفات و مبتلابه بودن قضیه ما را به جستجوی پاسخی واداشت که خلاصه آن بدین شرح است: اعمال حقوقی که بدون رعایت مصلحت موکل انجام شده‌اند - به استثنای فرضی که در آن با طرف معامله تبانی صورت گرفته است - نافذ تلقی می‌شوند، هرچند موکل در صورت وجود خیار می‌تواند از خود رفع ضرر نماید.

کلیدواژه‌ها: وکالت، مصلحت، ضمانت اجرا، عدم نفوذ.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۳/۱۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۱.

مقدمه

احکام عقد وکالت در فصل سیزدهم از باب سوم از جلد اول قانون مدنی آمده است. مندرجات این فصل ناظر به مقررات وکالت در قراردادهاست. وکالت در دعاوی^۱ که از مصادیق قرارداد وکالت است دارای مقررات ویژه‌ای است که در قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین مرتبط^۲ بدان اشاره شده است.

از عمده‌ترین مسائلی که در باب وکالت مطرح می‌شود موضوع تعهدات وکیل و موکل نسبت به یکدیگر است. می‌دانیم اختیاراتی که در نتیجه عقد وکالت برای تصرف در امور موکل ایجاد می‌شود مطلق نیست و مشروط به تعهدات و الزاماتی است که وکیل باید آن‌ها را رعایت کند. یکی از عمده‌ترین این تعهدات، رعایت مصلحت موکل است، زیرا در بسیاری امور موکل یا نمی‌داند یا فرصت آن را نمی‌یابد تا درباره همه جزئیات کار وکالت تعلیم لازم را بدهد و یا ضرورتی نمی‌بیند، پس چگونگی اجرای وکالت را به امانت و کاردانی و مراقبت وکیل وا می‌گذارد.

در این مقاله به دنبال پاسخ این پرسش هستیم که چنانچه مصلحت موکل رعایت نشود اعتبار قراردادی که وکیل منعقد می‌کند به چه نحو است؟ آیا عمل مزبور نافذ و وکیل ضامن جبران خسارت ناشی از عدم رعایت مصلحت است یا غیر نافذ است و فقط در صورت تنفیذ، موکل مسئول اجرای تعهدات ناشی از آن خواهد بود؟ یا اینکه باید بین فروض مختلف قائل به تفصیل شد؟

معنای مصلحت

«مصلحت» واژه‌ای عربی است که وارد زبان فارسی شده است، این واژه در کتب لغت عربی با تعبیری نزدیک به هم معنا گردیده که در بیشتر این معانی عنصر «نقیض افساد و ضد فساد» به چشم می‌خورد (راغب اصفهانی، ۱/۶۳۶؛ ابن منظور، ۳/۳۳۵؛ بستانی، ۱۰۶؛ قرشی، ۱۷۵/۵).

«مصلحت» در زبان فارسی در معانی مختلفی به کار رفته است، از جمله: ۱- مقابل مفسده. ۲- مناسب، مقتضی، درخور، آنچه صلاح شخص یا جمعی در آن باشد. ۳- نیکی، خلاف

1. Mandat ad litem

۲- از جمله قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ و قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری سال ۱۳۷۶.

مفسدت. (دهخدا، ۱۳۹۱)^۱

درخصوص معنای اصطلاحی مصلحت^۲ باید گفت در کتاب‌های حقوقی کمتر به تعریف مصلحت به نحوی که مرتبط با بحث ما (مصلحت موکل) باشد، پرداخته شده است. برخی معتقدند مصلحت در ماده ۶۶۷ ق.م.ا^۳ به معنای منافع به کار رفته است (کاشانی، ۲۱۸). برخی نیز هر آنچه باعث خیر و صلاح، نفع و آسایش موکل شود را مصلحت موکل گویند که امری نسبی است (السنهوری، ۱۳۸۳؛ و نیز ر.ک: انصاری، ۱۳۸۸)

اعتقاد بر این است که وکیل باید در انجام وظایف وکالتی با دلسوزی عمل کند (امامی، ۲۲۴/۲). چنان‌که براساس رأی شماره ۵۴۲-۷۲/۱۰/۲۸ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور حتی درجایی که طی وکالت نامه اختیار انتقال موضوع معامله با قید «به هرکس ولو به خود و به هر قیمت و شرط و کیفیت» به صلاح دید وکیل واگذار شده، وکیل هم‌چنان ملزم به رعایت مصلحت موکل می‌باشد^۴ زیرا وکالت عقدی امانی است و رعایت ضوابط مربوط به امان مانع از انجام عمل به ضرر موکل است (زندى، ۲۴). البته نباید این تصور کرد که درج «شرط صلاح‌دید وکیل» در عقد وکالت به‌طور کلی بی‌اثر و بدون نتیجه است.^۵

برخی هم مصلحت را درجه‌ای بالاتر از «متعارف» می‌دانند و معتقدند وکیل نه تنها باید مثل یک انسان متعارف عمل کند بلکه باید مصلحت خاص موکلش را نیز رعایت کند (ره‌پیک، ۹۷).

۱- در برخی فرهنگ‌ها به توضیحی مختصرتر بسنده کرده‌اند: آن‌چه که باعث خیر و صلاح و نفع و آسایش انسان باشد (عمید، ۱۳۵۸). یا مصالح جمع. مقابل فساد، نیکی کردن، شایستگی و اهلیت (معین، ۱۳۷۱؛ انوری، ۱۳۸۱).

۲- مصلحت در اصطلاح فقهی عبارت است از: «محافظت بر مقصود شرع و مقصود شرع نیز حفظ پنج چیز است؛ حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال مردم. بنابراین هر آن چه موجب حفظ و نگهداری این اصول باشد مصلحت و آن چه موجب از بین رفتن این اصول گردد مفسده و جلوگیری از آن مصلحت است» (غزالی، ۱۷۴/۱).

۳- ماده ۶۶۷ ق.م.ا: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید ...».

۴- رأی شماره ۱۳۶۸، مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۷ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران دقیقاً همین نظر را تأیید کرده است (زندى، ۲۳-۲۵).

۵- در حقیقت در تأثیر خود این شرط هم بین سه وضعیت تفاوت وجود دارد: الف) زمانی که وکیل به عمد مصلحت موکل خویش را رعایت نمی‌نماید و به عبارت دیگر سوء نیت دارد. در چنین موردی قطعاً نمی‌توان به ظاهر «شرط صلاح‌دید وکیل» استناد نمود و معامله را با هر قیمتی که توسط وکیل انجام شده نافذ شمرد. در حقیقت شرط مخالف حکم ماده ۶۶۷ ق.م.ا باطل است. ب) بدون تردید مورد عمل قرار در حدود متعارف رفتار کرده ولی با این حال معامله به مصلحت موکل واقع نشود، «شرط صلاح‌دید وکیل» بدون تردید مورد عمل قرار می‌گیرد، و عمل نافذ تلقی می‌شود (حتی برخی در صورت عدم وجود چنین شرطی، حکم به نفوذ معامله می‌کنند، بنابراین شرط مزبور تقویت چنین حکمی است). ج) آخرین مورد جایی است که وکیل با حسن نیت رفتار نموده ولی در حدود متعارف عمل نکرده و اقدام انجام شده مطابق با مصلحت موکل وی نمی‌باشد. در این رابطه اختلاف نظر وجود دارد. اگر زمانی که «شرط صلاح‌دید وکیل» در عقد درج نشده باشد، قائل به نفوذ باشیم، در صورت وجود چنین شرطی به طریق اولی باید حکم به نافذ بودن عقد نمود. در حقیقت شخص ثالثی که طرف معامله با وکیل قرار گرفته است به ظهور چنین شرطی اعتماد نموده است و موکل با پذیرش این شرط موجب اعتماد بیشتر شخص ثالث به اختیارات وکیل را فراهم نموده است. در چنین شرایطی مشکل می‌توان به عدم نفوذ عقد حکم نمود (کریمی، ۱۳۷۸).

اما صحیح تر آن است که وکیل را متعهد به رعایت آن چیزی بدانیم که موکل مصلحت خود می‌داند (که ممکن است متفاوت از صلاح واقعی وی باشد)، بنابراین وکیل باید به گونه‌ای عمل نماید که اگر موکل قصد داشت اصالتاً اقدام نماید، آن طور عمل می‌نمود (زنجانی، ۱۲/ ۴۳۸۱). البته این موارد حالتی را که موکل امور را به صلاح دید وکیل وا می‌گذارد در بر نمی‌گیرد.

آثار عدم رعایت مصلحت

پس از احراز لزوم رعایت مصلحت موکل، مسأله حائز اهمیت آن است که اگر وکیل در قلمرو اختیارات خویش، مصلحت موکل را رعایت نکند، وضعیت اعمال حقوقی انجام شده توسط وی چگونه خواهد بود؛ آیا اقدام او فضولی است یا باید موکل را در برابر طرف قرارداد پای‌بند و وکیل را مسئول جبران خسارت بدانیم؟ در ادامه نظرات مختلف در این زمینه را بیان و ارزیابی خواهیم کرد.

در ماده ۶۶۷ ق. م. وکیل ملزم به مراعات مصلحت و حدود وکالت گردیده است و ماده ۶۷۴ تجاوز وکیل از حدود اختیارات را موجب فضولی شدن اعمال مذکور می‌داند. اما در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت سخنی به میان نیامده است. در این باب دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱- تنوری بطلان

آ) دیدگاه فقها: در فقه به شکل‌های مختلف از بطلان قراردادهای خلاف مصلحت موکل حمایت شده است که بیشتر به صورت ذکر حکم مصادیق مختلف است نه ارائه قاعده‌ای کلی. مثلاً آمده است فردی که (به اطلاق) وکیل در خرید کالایی شده، مجاز نیست عامدانه کالای معیوب خریداری کند (شیخ طوسی، ۳۸۹/۲).

گاهی هم فقها حکمی کلی آورده‌اند: «ان الوکیل لا یصح فعله إلا فیما فیه صلاح لموكله، و کل ما لا صلاح فیه لموكله، فلا یلزمه منه شیء، و أنه باطل غیر صحیح» (ابن ادریس حلی، ۹۰/۲).

ب) دیدگاه حقوق‌دانان: بعضی از اساتید حقوق هم، معاملات برخلاف مصلحت موکل را، مشروط به شرایطی باطل می‌دانند. برخی به شرط آنکه، معامله عالماً عامداً صورت گرفته باشد

(حائری شاه باغ، ۶۰۰/۲)، برخی هم به شرط تبانی با طرف معامله (اسدالله امامی، ۱۴۴).^۱ اما باید دانست ضمانت اجرایی بطلان نزد اکثر حقوق دانان پذیرفته نشده است زیرا قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهی، عناصر قصد و رضا را از یکدیگر تفکیک نموده است. اعمال حقوقی پس از اعلام اراده محقق می‌گردند. اما نفوذ آن‌ها مشروط به رضایت مستحق است (امامی، ۳۰۰/۱). اعتبار معاملات فضولی از همین حیث است (مواد ۲۴۷ تا ۲۶۳ ق.م.). پس اراده وکیل، حتی اگر خارج از حدود مصلحت باشد منشا اثر است و نمی‌توان آن را به کلی فاقد اثر دانست.

از جهت دیگر، ممکن است چنین استدلال شود که اهلیت استیفای وکیل مقید به رعایت مصلحت است، و خارج از حدود آن وکیل فاقد اهلیت استیفا می‌باشد. پس عمل حقوقی انجام شده به لحاظ فقدان شرایط مندرج در بند دوم ماده ۱۹۰ ق.م. باطل است. در بحث راجع به عدم اعتبار معامله قیم با صغیر از اصطلاح «عدم اهلیت خاص» استفاده شده است (کاتوزیان، ۹/۲). شاید بتوان گفت در معاملات خلاف مصلحت هم این نقص وجود دارد. اما قانون مدنی بطلان را فقط در مواردی پذیرفته است که شخص انشا کننده بالغ یا عاقل نباشد (ماده ۲۱۲ ق.م.). پس این استدلال هم نمی‌تواند مورد قبول قرار گیرد.

تلقی عمل برای وکیل - برخی ضمانت اجرای تلقی عمل برای وکیل را از عواقب بطلان تصرف وی در امور موکل دانسته‌اند (صفرنیا شهری، ۱۳۸۷) زیرا در این فرض هم، رابطه حقوقی بین موکل و طرف معامله برقرار نمی‌شود. فقها در باب تلقی عمل برای وکیل عباراتی نظیر «فان تعدی لزمه و لم یلزم موکله»^۲ یا «وقع له دون موکله»^۳ (یحیی بن سعید، ۳۲۱-۳۲۳)، «کان ذلک له دونه» (شیخ طوسی، ۳۸۹/۲)^۴ را مطرح کرده‌اند.

با کمی دقت، متوجه می‌شویم که تمام عبارات مذکور در باب تجاوز وکیل از حدود اختیاراتش آمده است، لذا برخلاف نظر برخی (صفرنیا شهری، ۱۳۸۷) نمی‌توان آن را به عنوان ضمانت اجرایی در عدم رعایت مصلحت موکل به شمار آورد.

۱- البته باید توجه داشت ایشان بطلان را تنها در صورت تبانی با ثالث مطرح کرده‌اند، و در جایی که وکیل بدون تبانی با ثالث مصلحت موکل را به عمد نادیده می‌گیرد، معتقدند علی‌رغم این که معامله فضولی است، بهتر است در راستای استواری معاملات و حفظ حقوق اشخاص ثالث معامله وکیل را فضولی ندانسته، بلکه او را مسئول جبران خسارت بدانیم (اسدالله امامی، ۱۴۵).

۲- فاذا وكل في شراء شيء معين: كهذه الدار و هذا العبد لم يتعده، فان تعدی لزمه و لم یلزم موکله.

۳- و إذا وكل في الشراء بالعین فاشتری في الذمة، وقع له دون موکله و ان وكله في الشراء في الذمة، فاشتری بالعین، لم یصح لموکله.

۴- و اذا تصرف الوکیل تصرفاً لم یاذن له فیه موکله کان ذلک له دونه.

بر فرض هم که افرادی تلقی عمل برای وکیل را درخصوص عمل خلاف مصلحت مطرح کرده باشند، یا با اعتقاد به این مطلب که عدم رعایت مصلحت نوعی خروج از حدود وکالت است،^۵ این ضمانت اجرا را به طور یکسان بر هردو عمل قابل انطباق بدانیم، باید امکان تلقی عمل برای وکیل در چنین شرایطی را از نظر حقوقی بررسی کنیم. براساس ماده ۱۹۷ ق.م. که بیان می‌کند: «در صورتی که ثمن یا مثنی معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود» در می‌یابیم، در هر حال، چه وکیل قصد انعقاد معامله برای خود را داشته باشد، چه معامله را برای موکل منعقد سازد، در هر دو صورت معامله مزبور برای موکل واقع می‌شود.

۲- تنوری عدم نفوذ

راجع به ماهیت عدم نفوذ بین حقوق دانان اختلاف نظر است. مشهور حقوق دانان، تفکیک اراده به دو عنصر قصد و رضا را مایه توجیه ماهیت عمل حقوقی غیر نافذ قرار داده‌اند. ایشان عقد غیر نافذ را عقدی ناقص دانسته و نقص آن را ناشی از فقد رضای معتدل معرفی نموده‌اند^۶ که با رضای مالک قابل تکمیل است (امامی، ۱۳۷۷/۱-۱۳۷۸).

(آ) دیدگاه فقها: نظریه مشهور در فقه بر این مبتنی است که معاملاتی که وکیل به صورت غیر عمدی مصلحت موکل را نادیده می‌گیرد، غیر نافذ هستند^۷ و موکل فقط در صورت تنفیذ، مسئول اجرای تعهدات ناشی از آن است (صاحب جواهر، ۳۶۷/۲۷؛ یزدی، ۱۳۰/۱).

(ب) دیدگاه حقوق دانان: در میان حقوق دانان برخی عمل خلاف مصلحت موکل را در تمام فروض (چه از روی عمد و چه از روی بی احتیاطی و یا حتی بدون هیچ قصوری) فضولی و غیر نافذ می‌دانند (کریمی لاریمی، ۱۳۶۲؛ فلاح گلی، ۱۳۷۷).

این نظر که به طور کلی و در تمام فروض (چه از روی عمد و چه از روی بی احتیاطی و یا حتی بدون هیچ قصوری) قائل به فضولی بودن معامله باشیم صرف نظر از اینکه برخلاف استواری معاملات، و حفظ حقوق اشخاص ثالث است، و باعث ایجاد بی‌اعتمادی نسبت به نهاد وکالت در جامعه می‌شود، در برخی فروض هم غیر منطقی است (مثل فرضی که وکیل تمام احتیاطات لازمه را انجام داده ولی نتیجه به مصلحت واقع نشده)، در ادامه به راهکاری که

۵- البته قانون مدنی با بکار بردن عناوین مستقل برای هر یک از این تعهدات، این دیدگاه را نمی‌پذیرد (مواد ۶۶۷، ۶۷۴، ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ ق.م. نشان دهنده این تفکیک است).

۶- منظور از رضای معتدل اشتیاقی است که طرفین تعهد با توجه به نفع و ضرر شخصی خود در حال اعتدال پیدا می‌نمایند.

۷- درخصوص سایر فروض در ادامه توضیح داده خواهد شد.

در این زمینه منطقی‌تر به نظر می‌رسد، اشاره خواهیم کرد.

بدو^۱ لازم است باتوجه به صراحت ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی مبنی بر عدم نفوذ نکاح مغایر مصلحت موکل و تأثیر این ماده در موضع‌گیری حقوق‌دانان، به این مقوله پرداخته و امکان یا عدم امکان تسری حکم مزبور به سایر موارد عدم رعایت مصلحت بررسی شود.

درخصوص «تزوید موکل» (از حیث بررسی امکان چنین توافقی)، گفته شده است: «طبق قاعده هر امری که مباشرت شخص را قانون لازم ندانسته باشد می‌توان برای انجام آن نماینده اختیار نمود که آن امر را واقع سازد و عقد نکاح یکی از آن امور است. زیرا منظور از عقد نکاح ایجاد رابطه زوجیت بین زن و مرد است که با رضایت آنان باید به وجود آید و ایجاد به وسیله هر کسی که باشد صحیح خواهد بود، بنابراین هر یک از نامزدها می‌تواند از طرف خود کسی را وکیل کند که او را برای شخص معین تزوید کند این است که ماده ۱۰۷۱ قانون مدنی می‌گوید: «هریک از زن و مرد می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر بدهد» در این صورت وکیل به عنوان نماینده از طرف موکل عقد را منعقد می‌سازد پس زن می‌تواند به مردی وکالت دهد که او را برای خود تزوید نماید و متحد بودن طرفین عقد موجب بطلان آن نمی‌شود زیرا عقود اعتباری برای تحقق دو اراده کافی است (ماده ۱۹۸ قانون مدنی) گرچه ماده اخیر در مورد معاملات است و مبتنی بر کافی بودن عقود اعتباری طرفین عقد برای تحقق دو اراده مختلف است ولی عقد نکاح خصوصیتی ندارد که از قاعده مزبور مستثنی باشد» (امامی، ۴/۳۵۵).

پس از بررسی امکان چنین توافقی، باید به مباحثی که از نظر عملی و در رابطه با مصلحت موکل مطرح می‌شود، پردازیم؛ البته این بحث در حقیقت متفرع بر بحث اطلاق و تقیید وکالت است^۲ و میان موردی که وکالت مطلق باشد یا مقید، تفاوت وجود دارد.

در صورتی که وکالت مقید باشد، عمل وکیل صرفاً به کیفیتی که موکل تصریح نموده، صحیح و نافذ است. و چنانچه وکیل ماذون باشد، بدون تردید اقدام مزبور صحیح و نافذ است (شیخ طوسی، ۳۸۱/۲؛ صاحب جواهر، ۴۲۹/۲۷؛ مقدس اردبیلی، ۵۶۱/۹). در صورت اطلاق صیغه عقد وکالت و عدم بیان جواز در عقد برای معامله وکیل با خود، در این باره اختلاف نظر وجود دارد (شهید ثانی، ۳۸۵/۴). ابوحنیفه معتقد است که اگر وکالت در نکاح مطلق باشد؛ وکیل می‌تواند موکل را (مرد باشد یا زن) به هرکس ولو غیر هم‌کفو تزوید کند - مگر اینکه

۱- ماده ۶۶۰ ق.م. «وکالت ممکن است به طور مطلق و برای تمام امور موکل باشد یا مقید و برای امر یا امور خاصی».

وکیل در موضع تهمت قرار گیرد- زیرا قاعده این است که مطلق بر اطلاقش حمل می‌شود. اما سایر مذاهب گفته‌اند وکیل مقید به عرف است زیرا اطلاق مقید به عرف و عادت و کفایت و مهر متعارف است - المعروف عرفاً کالمشروط شرعاً - (الزحیلی، ۶۷۲۹/۹).

به نظر می‌رسد قانون‌گذار از خطرهای ناشی از طرف معامله قرار گرفتن نماینده آگاه بوده و هر جا این خطر را شدید می‌دانسته، موانعی را در قانون پیش‌بینی کرده است. ماده ۱۰۷۲ ق.م.ا. در نکاح از جمله این موارد است که قانون‌گذار وکیل در وکالت مطلق را به علت حفظ مصالح اجتماعی و مهم بودن شخصیت قرارداد در نکاح از انعقاد عقد با خود ممنوع ساخته است.^۹

اما در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در نکاح، گرچه برخی قائل به عدم نفوذ هستند^{۱۱} (جعفری لنگرودی، ۱۱۵-۱۱۷؛ محقق داماد، ۲۰۳؛ کاتوزیان، ۳۲۸/۲) اما عده‌ای غیرنافذ بودن عقد را، به علت عدم امکان وقوف نکاح بر اجازه، ممکن ندانسته و حکم به بطلان را صحیح‌تر می‌دانند (فخرالمحققین، ۳۴۸/۲) شافعی و حنبلی هم بر این عقیده‌اند (الزحیلی، ۶۷۲۹/۹). بعضی هم، با توجه به اینکه نمی‌توان ازدواجی را که برخلاف مصلحت موکل منعقد شده را برای خود وکیل تلقی کرد؛ وکیل را ملزم به پرداخت تمام مهر یا نصف آن دانسته‌اند (یحیی بن سعید، ۳۲۱^{۱۲}؛ فخرالمحققین، ۳۴۸/۲^{۱۳}؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۱/۶^{۱۴}).

برخی هم معتقدند قانون‌گذار تفاوتی میان عدم رعایت مصلحت موکل و عدم رعایت حدود وکالت، از حیث ضمانت اجرا، قائل نیست (فلاح گلی، ۱۳۷۷). در این راستا به مواد ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ در باب نکاح مورد استناد شده، بدین توضیح که براساس ماده ۱۰۷۳ ق.م.ا. «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف

۹- ماده ۱۰۷۲ ق.م.ا. در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند، مگر این‌که این اذن صریحاً به او داده شده باشد.

۱۰- جایی که شخصیت طرف علت عمده عقد است (مثل نکاح) و منظور موکل ازدواج با هر کسی نیست، ظاهر آن است که وکیل می‌تواند در حدود وکالت موکل را برای غیر تزویج کند و نمی‌تواند او را به نکاح خود درآورد (امامی، ۴/ ۳۵۶-۳۵۷).

۱۱- مذهب مالکی نیز عقد نکاح را غیرنافذ می‌داند (الزحیلی، ۶۷۲۹/۹).

۱۲- و ان عین له المرأة فزوجه غیرها فعليه نصف مهرها.

۱۳- و لو اذن له فی تزویج امرأة فزوجه غیرها أو زوجه بغير اذنه فالأقرب الوقوف علی الإجازة فإن أجاز صح العقد و الا فلا و الأقرب إلزام الوکیل بالمهر أو نصفه.

۱۴- و لو اذن له فی تزویج امرأة فزوجه غیرها أو زوجه بغير اذنه فالأقرب الوقوف علی الإجازة، فإن أجاز صح العقد و إلاً فلا، و الأقرب إلزام الوکیل بالمهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة. أمّا لو عرفت الزوجة أنه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا.

کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود». ماده ۱۰۷۴ قانون مزبور هم حکم ماده ۱۰۷۳، یعنی فضولی بودن عقد را، به مورد عدم رعایت مصلحت تسری داده است: «حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد»^{۱۰}. این عده معتقدند این ماده اجرای قاعده در مصداق خاصی از آن است و لزومی ندارد این حکم را ویژه وکالت در نکاح تلقی نماییم، بلکه باید به سایر موارد تعمیم داده شود (فلاح گلی، ۱۳۷۷).

براساس یک تقسیم‌بندی کلی درخصوص مصلحت، مصلحت را به دو نوع تقسیم کرده‌اند: یک نوع آن راجع است به اذن مقید در وکالت، طوری که خلاف آن، وکالت داده نشده است. نوع دوم تکلیف شرعی (قانونی) است، بدون اینکه قید اذن در وکالت باشد (صاحب جواهر، ۲۷/۳۶۷).

مورد اول بحث رعایت حدود وکالت را مطرح می‌کند و مورد دوم به تکلیف وکیل مبنی بر رعایت مصلحت موکل (در معنای خاص آن) اشاره دارد.

به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی مذکور در باب نکاح نیز توسط قانون‌گذار مطرح شده، بدین توضیح که مقنن دو مسأله را درخصوص وکالت در نکاح در ۲ ماده به صورت مجزا آورده است:

۱- ماده ۱۰۷۳ ق. م.: «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود». به نظر می‌رسد این تکلیف، راجع است به آنچه که در قرارداد وکالت آمده، به گونه‌ای که خلاف آن وکالت داده نشده است. همان‌طور که گفته شد این قسم را می‌توان ذیل تعهد به رعایت حدود وکالت آورد، در نتیجه تجاوز از این حدود موجب فضولی شدن عمل خواهد شد.

۲- اما در ماده ۱۰۷۴ ق. م. آمده است: «حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد» که تکلیف مندرج در این ماده همان قسم دوم یعنی تکلیف شرعی (قانونی) وکیل به رعایت مصلحت موکل است. با این تفاوت که قانون‌گذار برخلاف مبحث عقد وکالت، که در آن ضمانت اجرای تخلف وکیل از این تکلیف را مقرر نکرده، در عقد نکاح آن را صراحتاً تابع ماده ۱۰۷۴ ق. م. و در نتیجه غیرنافذ دانسته.

۱۰- از جمله کسانی که براساس ماده ۱۰۷۴ ق. م. قائل به عدم نفوذ اعمال وکیل هستند می‌توانید رک.: حاجیانی، ۱۳۸۶: ۹۹ و ۱۳۰.

نهایتا باید گفت، حکم مندرج در ماده ۱۰۷۴ ق.م. حکمی است استثنایی^{۱۶} و مختص عقد نکاح، که ویژگی‌های خاص و منحصر به فرد این عقد، آن را ایجاب می‌کند، و اتفاقا به علت همین استثنایی بودن، قانون‌گذار لازم دانسته آن را صراحتا مشمول حکم تجاوز از حدود اختیارات قرار دهد.

۳- تئوری تفصیل

اکثریت در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت نظری را که قائل به تفصیل شده است، تأیید می‌کنند (حاجیانی، ۱۳۰؛ باریکلو، ۲۲۷؛ ابراهیمی، ۱۳۸۴؛ لطفی، ۱۴۳؛ طاهری، ۴/۴۰۶)، با این توضیح که میان عمدی و غیرعمدی بودن اقدامات خلاف مصلحت موکل، تفاوت قائل شده‌اند (صاحب جواهر، ۲۷/۳۶۶-۳۶۷) که ذیلا به بیان هریک خواهیم پرداخت.

آ) عدم رعایت مصلحت موکل به صورت غیر عمدی

در جایی که وکیل در حدود متعارف رفتار کرده باشد و با وجود این معامله به مصلحت موکل واقع نشود، باید معامله را نافذ شمرد (السنهوری، ۱۳۸۳؛ کاتوزیان، ۱۸۲/۳ و ۷۶/۲)^{۱۸} زیرا، تعهد وکیل در اجرای وکالت را تعهد به مراقبت و تمهید وسیله می‌دانند لذا از او جزاین نمی‌توان انتظار داشت که «به قصد نیابت و رعایت مصلحت موکل، در حدود عرف کوشش کند». پس، اگر به نتیجه نرسد نباید در نفوذ معامله تردید کرد. ولی، از سوی دیگر، موکل نیز می‌تواند با استفاده از اختیار غبن و عیب و مانند این‌ها از خود رفع ضرر کند (امامی، ۲۲۴/۲؛ طاهری، ۴/۴۰۶؛ یزدی، ۱/۱۲۷)^{۱۹}

در جایی که وکیل قصد خیانت یا تجاوز ندارد، ولی در نتیجه عدم مراقبت و احتیاط لازم عمل حقوقی انجام می‌دهد که به مصلحت موکل نیست، بیشتر نویسندگان فضولی بودن معامله را ترجیح داده‌اند (یزدی، ۱/۱۲۷؛ صاحب جواهر، ۲۷/۳۶۶-۳۶۷).

با این حال نافذ دانستن عمل عادلانه‌تر و از نظر حقوقی قوی‌تر دانسته شده است

۱۶- برای دیدن نظری که این فرض را مطرح کرده، رک. لطفی، ۱۳۹۰: ۱۴۴.

۱۷- فالمتمجه جعل المدار في ذلك على كون العيب و الغبن في خصوص ذلك المبيع مما يخفى على أهل النظر بعد البحث و النظر- و عدمه، فإن كان، وقع للمالك و ثبت الخيار، و إلا كان فضوليا، فما في قواعد الفاضل- من الفرق بين المعيب و الغبن فحكم بالفضولية في الثاني مع العلم و الجهل، بخلاف الأول- في غير محله، خصوصا بعد تصريحهم على ما قيل في مسألة تلقي الركبان التي أخبارها هي الأصل في خيار الغبن بعدم الفرق بين الوكيل و الأصل.

۱۸- از جمله کسانی که این نظر را پذیرفته‌اند: طباطبایی، ۱۳۶۲؛ حاجیانی، ۱۳۸۶: ۹۹.

۱۹- برای مطالعه در باب رابطه نماینده و اصیل در همین فرض رک. امیرمعزی، ۱۳۸۸: ۲۴۸-۲۴۹.

(السنهوری، ۱۳۸۳؛ کاتوزیان، ۱۸۳/۳). زیرا وکیل به قصد نیابت و رعایت مصلحت موکل معامله را انجام داده، بنابراین باید آن را نافذ شمرد. با این حال اگر موکل زیانی ببرد، می‌تواند برای جبران ضرر خود به وکیل رجوع کند (نونین، ۱۰۴) یا با استفاده خیار فسخ معامله ضرری را برهم زند (کاتوزیان، ۱۸۲/۳).

ب) عدم رعایت مصلحت به صورت عمدی

جایی که وکیل به عمد مصلحت موکل را ندیده می‌گیرد و به سود خود اقدام می‌کند، با اینکه برخی معتقدند، در صورتی که موکل نتواند با استفاده از اختیارات معامله را فسخ کند، تنها برای جبران ضرر خود می‌تواند به وکیل رجوع کند (امیر معزی، ۱۷۴)، اما اکثر حقوق دانان عمل وکیل را فضولی می‌دانند (ماده ۱۰۷۴ ق.م.ا) (امامی، ۲/۲۲۴). گرچه وکالت بدون قید بوده باشد (السنهوری، ۱۳۸۳). زیرا به مقتضای امانت رفتار نکرده و هنگام انجام وکالت به مصلحت موکل و نیابت نمی‌اندیشیده و به آن عنوان تصمیم نگرفته است. او، معامله را به سود خود انجام داده و از حدود نیابت تجاوز کرده است. به همین جهت، طبیعی است که باید کار او نفوذ حقوقی نداشته باشد، به ویژه اگر با طرف معامله برای سوءاستفاده از اختیار تبانی کرده باشد (کاتوزیان، ۱۸۱/۳).

۴- نظر پیشنهادی

تا کنون ضمانت اجراهای گوناگون مطرح شده در خصوص عدم رعایت مصلحت موکل تا حد امکان بیان شد. حال دیدگاه خود، در خصوص ضمانت اجرای تعهد مندرج در ماده ۶۶۷ ق.م. مبنی بر رعایت مصلحت موکل را، در قالب مثالی بیان می‌کنیم. فرض کنید وکیلی بدون اینکه اختیار خرید مالی را داشته باشد، آن را بخرد، در این صورت عملی خارج از حدود اختیاراتش انجام داده است، اما اگر موکل این حق را به وکیل اعطا کرده باشد و وکیل هم آن مال را بخرد درحالی که بیشتر از قیمت بازار است، عمل مزبور در چارچوب وکالت انجام شده اما رعایت مصلحت در آن نگردیده، اعم از اینکه وکیل عمد داشته باشد، یا سهل‌انگاری کرده و یا علی‌رغم تمام اقدامات لازم، نتیجه به مصلحت موکل واقع نشده باشد. بدین توضیح که؛

الف) جایی که وکیل عمدی در نادیده گرفتن مصلحت موکل ندارد، چه مرتکب سهل‌انگاری شده باشد، چه تلاش‌هایش منتج به مصلحت نشده باشد، باید عمل را نافذ تلقی کرد، چراکه اعتقاد به عدم نفوذ، نه تنها برخلاف ثبات معاملات و حفظ حقوق اشخاص ثالث می‌شود، و اعتبار نهاد وکالت را خدشه دار می‌کند، در برخی فروض غیرمنطقی هم هست (مثل

حالت اخیر که تلاش‌های وکیل به مصلحت اصابت نکرده^۱، در چنین مواردی فصولی دانستن دانستن هیچ مبنایی ندارد.

همان طور که این امکان وجود دارد که شخص موکل، مصلحت خود را به صورت غیر عمدی نادیده بگیرد، وکیل هم ممکن است چنین عملی را مرتکب شود، و چون وکیل به نیابت از موکل اقدام کرده، و اعمالش برای او تلقی می‌شود (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۳۰/۲)، لذا همان طور که اگر فرضاً خود شخص اقدام به معامله می‌کرد و مغبون می‌شد، خیار غبن می‌داشت، حال که معامله مذکور نیابتاً توسط وکیل صورت گرفته نیز، همین ضمانت اجرا وجود خواهد داشت. چراکه تفاوتی بین انجام عمل توسط خود شخص یا انجام آن توسط وکیل، از این حیث وجود ندارد. و از آنجا که این عمل، اقدامی است که در چارچوب اختیارات وکیل انجام پذیرفته، از عنوان عمل فصولی خارج است.

بنابراین، زمانی که وکیل در حدود متعارف رفتار کرده و اقدامات لازم را انجام داده، و با این وجود معامله به مصلحت موکل واقع نشده باشد، موکل تنها در صورت وجود خیار می‌تواند از خود رفع ضرر کند (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۲۴/۲)^۲، نه اینکه به وکیل رجوع نماید، چون تقصیری که شرط مسئولیت مندرج در ماده ۶۶۶ ق.م. است در اینجا وجود ندارد.

اما در فرضی که وکیل بدون قصد خیانت، در نتیجه عدم مراقبت عملی خلاف مصلحت موکل انجام می‌دهد، علاوه بر امکان استفاده از حق خیار^۳، می‌تواند برای جبران ضرر خود به وکیل بی‌مبالات هم رجوع کند^۴، چرا که برخلاف مورد پیش که وکیل تمام احتیاط‌های لازم را در نظر داشت، در فرض اخیر کوتاهی و بی‌احتیاطی‌هایی از جانب وکیل رخ داده. و در هر حال تحمیل نتایج بی‌مبالاتی یا ناآگاهی وکیل بر موکل، که خود او را برگزیده است و بر

۱- حتی اگر عدم رعایت مصلحت را باعث فصولی شدن معامله بدانیم، در چنین فرضی چون اصلاً وکیل خلاف مصلحت موکل رفتار نکرده، نمی‌توان معامله را فصولی دانست.

۲- در تکمله عروة الوثقی چنین آمده: «إذا مشى الوکیل في مراعاة المصلحة علی المتعارف فتبین الخلاف لخصاء جهاتها لا یحکم ببطلان معامله بل غایه ما یكون ثبوت الخیار مع وجود موجه (یزدی، ۱/ ۱۲۷).

۳- همان طور که میرزای قمی در پاسخ به سوالی که درخصوص «زوجه‌ای است که قطعه ملک داشته، و زوج خود را وکیل نموده در فروختن ملک مزبور، و زوجه مسطوره از قیمت آن ملک بلدیت (آگاهی) نداشته، و زوج او هم نامقیدی نموده و ملک را، به قیمت وقت فروخته و زوجه، متوفی شده و ورثه، او عالم به مراتب مرقومه شده که غبن فاحش داشته، و به ثبوت هم می‌رسانند که در وقت فروختن، مغبون بوده‌اند». ایشان در این که آیا می‌توانند ملک را از ید مشتری منتزع کنند یا نه، با این که امثال این مسائل را محتاج به مرافعه حاکم شرع می‌دانند (مستلزم حکم قضایی است نه فتوایی)، در فرضی که مراتب مرقومه صحت داشته باشد و در نزد حاکم شرع به ثبوت شرعی برسد ورثه را مجاز به دعوی غبن دانسته‌اند... (میرزای قمی، ۱/ ۳۵).

۴- مسئولیت وکیل به جبران خسارت، سبب سلب اختیار فسخ توسط موکل نخواهد شد.

کارش نظارت دارد، منطقی‌تر از بی‌اعتبار ساختن معامله‌ای است که طرف قرارداد با اعتماد به ظاهر انجام داده است (کاتوزیان، ۱۳۳/۳).^۱

ب) و اما فرضی که وکیل به عمد مصلحت موکل را نادیده می‌گیرد، فرق این حالت با حالت‌های پیشین در آن است که چون در موارد پیش، عدم رعایت مصلحت از روی عمد نبوده، همان ضمانت اجرایی در نظر گرفته شد که برای انجام عمل توسط خود شخص جاری است. اگر بخواهیم با قیاس با موارد فوق، حالتی را که وکیل عامدانه مصلحت موکل را رعایت نکرده مثل حالتی بدانیم که شخص موکل، مصلحت خود را رعایت نکرده، به این نتیجه می‌رسیم که خیاراتی که در صورت جهل برای شخص پیش‌بینی شده‌اند، قابل استناد نیستند. در حالی که این نتیجه درست به نظر نمی‌رسد و وکیل حق اقدام به ضرر موکلش را ندارد. چنان که در فقه نیز در مورد خرید به غبن آمده است «اگر وکیل از غبن آگاه باشد، درباره موکل اثر ندارد مگر با اجازه او» (عاملی، ۷/ ۵۹۱ به بعد).

لذا در چنین فرضی، چون هم چنان شرایط ماده ۲۴۷ ق.م. جاری نیست، نمی‌توان آن را به خاطر فصولی بودن غیرنافذ دانست، مگر اینکه عمل مزبور را از جهات دیگر غیرنافذ تلقی کنیم. ذیلاً این مسأله را بررسی می‌کنیم:

۱- عدم نفوذ به علت فصولی بودن - یکی از استدلال‌های پرتفرداری که پیش از این بیان شد و به موجب آن، معامله را غیرنافذ می‌دانستند (امامی، ۲/ ۲۲۴)، بدین شرح است: «جایی که وکیل به عمد مصلحت موکل را نادیده می‌گیرد و به سود خود اقدام می‌کند، عمل او فصولی است (ماده ۱۰۷۴ ق.م) ۲، زیرا به مقتضای امانت رفتار نکرده و هنگام انجام وکالت به مصلحت موکل و نیابت نمی‌اندیشیده و به آن عنوان تصمیم نگرفته است. او، معامله را به سود خود انجام داده و از حدود نیابت تجاوز کرده است. به همین جهت، طبیعی است که باید کار او نفوذ حقوقی نداشته باشد، به ویژه اگر با طرف معامله برای سوءاستفاده از اختیار تبانی کرده باشد» (کاتوزیان، ۳/ ۱۸۱).

همان‌طور که می‌بینیم با استناد به ماده ۱۰۷۴ ق.م. عمل مزبور فصولی دانسته شده، در حالی که اگر این ماده را مختص عقد نکاح ندانیم، باید آن را در کلیه موارد قابل استناد بدانیم،

۱- در این زمینه گفته شده است «معنی اعطای نیابت این است که تمیز نماینده در رعایت مصلحت برای اصیل اعتبار دارد و کافی است که او از حدود اختیار خود تجاوز نکند» (کاتوزیان، ۲/ ۷۷).

۲- برخی هم به‌رغم قبول فصولی بودن معامله در این فرض، معتقدند در راستای استواری معاملات و حفظ حقوق اشخاص ثالث، بهتر است معامله وکیل را در این مورد فصولی ندانیم، بلکه او را مسئول جبران خسارت بدانیم (اسدالله امامی، ۱۴۵).

چون قانون مدنی در حکم به عدم نفوذ نکاح مغایر با مصلحت موکل، تفکیکی بین تخلف وکیل به صورت عمد یا غیرعمد قائل نشده است. ضمن اینکه مواد ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ ق.م.، سخنی از فضولی بودن به میان نیاورده‌اند چراکه اقدام وکیل را علی‌رغم تخلف و عدم رعایت مصلحت هم چنان داخل در چارچوب اختیارات می‌داند و بحث غیرنافذ بودن را مطرح کرده‌اند.

نکته دیگری که در نظر فوق دیده می‌شود آن است که، توضیحات داده شده حکم حالتی را بیان می‌کند، که وکیل هنگام انجام وکالت به نیابت نمی‌اندیشیده و به آن عنوان تصمیم نگرفته است. او، به مقتضای امانت رفتار نکرده و معامله را به سود خود انجام داده و از حدود نیابت تجاوز کرده است. چنین فرضی از جنبه‌های حقوقی دیگری قابل بررسی است. بنابراین، فرضی که وکیل به عنوان نیابت اقدام می‌کند، اما در آن عامدانه مصلحت موکل را نادیده می‌گیرد، بیان نشده است.

۲- عدم نفوذ به علت وجود مانع- منطقی‌تر آن است که اگر می‌خواهیم حکم به عدم نفوذ چنین عملی دهیم، چنین استدلال کنیم که، علی‌رغم اینکه عمل مزبور از نظر ساختمان داخلی کامل است ولی نفوذ آن مانعی بر سر راه خود دارد، مانند تصرفی که راهن بدون اذن مرتهن در مورد رهن می‌کند (ماده ۷۹۳ ق.م.) و وصیت زاید بر ثلث (ماده ۸۴۳ ق.م.). اما موارد پیش‌بینی شده در قانون جایی است که نافذ دانستن عمل به حقوق اشخاص ثالث ضرر وارد کند، نه شخصی مثل موکل که ثالث محسوب نمی‌شود.

در هر حال تاکنون دیده نشده، عمل خلاف مصلحت موکل از این جهت غیرنافذ دانسته شود، بلکه همیشه از باب فضولی بودن حکم به عدم نفوذ چنین عملی داده شده است. این طور به نظر می‌رسد که نادیده انگاشتن عمدی مصلحت موکل، در میزان مسئولیت وکیل موثر باشد، زیرا زمانی که اقدام وکیل از باب تسبیب بررسی می‌شود، معلوم می‌گردد که به موجب قاعده تسبیب، عمد عام شرط مسئولیت است و با فقدان عمد عام، مسئولیت منتفی و یا کمرنگ خواهد شد. لذا به نظر می‌رسد در این فرض هم، آنچه با قواعد حقوقی سازگارتر است، نافذ دانستن عمل وکیل است. ضمن اینکه قانون‌گذار در قانون تجارت همین نظر را در خصوص حق العمل کار (که اصولاً در حکم وکیل دانسته شده) پذیرفته است، و می‌بینیم «اعمال حقوقی که حق العمل کار به حساب دیگری ولی به نام خود ائشا می‌کند، نسبت به آمر

نافذ است ولی در صورت وقوع تخلف از جانب حق العمل کار، طبق مواد ۳۶۳، ۳۶۴ و ۳۶۵ ق.ت.، او در برابر امر مسئول خسارات وارده خواهد بود» (شهیدی، ۱/ ۱۴۱).

آخرین فرض هم، حالتی است که وکیل با طرف معامله تبانی می‌کند، همان‌طور که پیش از این دیده شد، برخی میان این فرض با موردی که وکیل به عمد مصلحت موکل را نادیده می‌گیرد، تفاوتی قائل نشده‌اند (کاتوزیان، ۳/ ۱۸۱؛ و نیز امامی، ۲/ ۲۲۴). برخی راه حل عادی را در این موارد طرح دعوا به استناد ماده ۶۶۷ ق.م. و مطالبه زیان‌های وارده بیان کرده‌اند (کاشانی، ۲۳۹).

عده‌ای هم معاملات برخلاف مصلحت موکل را، به شرط تبانی با طرف معامله باطل دانسته‌اند (اسدالله امامی، ۱۴۴). از آنجا که تبانی وکیل و طرف معامله برای عدم رعایت مصلحت، به وضوح جهت معامله را منحرف نموده و غیرمشروع می‌سازد (صفرنیا شهری، ۱۳۸۷)، پس فاقد شرط مندرج در بند چهارم ماده ۱۹۰ ق.م. بوده، بنابراین حسب ماده ۲۱۷ آن قانون، معامله باطل است. البته در شرایطی که این مسأله صریحا در معامله اعلام نشود یا حداقل مشترک بین هردو طرف نباشد (کاتوزیان، ۲۰۷)، ماده قانونی اخیر جریان نمی‌یابد. از امام باقر علیه السلام روایت می‌شود که فرمود: «کسی که دیگری را برای فروختن کالایی وکیل کند و او آن را ارزان بفروشد، معامله علیه موکل لازم است، مگر آن‌که قصد خیانت وکیل ثابت شود یا معلوم شود او بخشی از بهای کالا را به خریدار بخشیده است» (نوری، ۱۴/ ۴۲).

نتیجه‌گیری

۱. درخصوص کاربرد دو واژه «مصلحت» و «غبطه» باید به دو نکته دقت داشت. اول آنکه قانون مدنی در بیان تعهدات وکیل به وظیفه وی مبنی بر رعایت «مصلحت» تصریح نموده است. دوم آنکه تعهد به رعایت «مصلحت» صرفاً مصلحت موکل، در موضوع مورد نیابت را شامل می‌شود و هیچ‌گاه وکیل مکلف به بررسی اوضاع و احوال موکل به صورت کلی و تأثیر

۱- ماده ۳۶۳ ق.ت.: «اگر حق العمل کار مال التجاره‌ای را به کمتر از حداقل قیمتی که امر معین کرده به فروش رساند مسئول تفاوت خواهد بود مگر این‌که ثابت نماید از ضرر بیشتری احتراز کرده و تحصیل اجازه امر در موقع مقدور نبوده است.»

۲- ماده ۳۶۴ ق.ت.: «اگر حق العمل کار تقصیر کرده باشد باید از عهده کلیه خساراتی نیز که از عدم رعایت دستور امر ناشی شده برآید.»

۳- ماده ۳۶۵ ق.ت.: «اگر حق العمل کار مال التجاره را به کمتر از قیمتی که امر معین کرده بخرد یا به بیشتر از قیمتی که امر تعیین نموده است به فروش رساند حق استفاده از تفاوت نداشته و باید آن را در حساب امر محسوب دارد.»

اقدامات خودش در همه امور مربوط به وی نیست. در حالی که وظیفه حفظ غبطه وسیع و همه جانبه است. در نمایندگی‌هایی که نماینده وظیفه حفظ غبطه را دارد، معمولاً اصیل توانایی استیفای حقوق خود را نداشته و نماینده می‌بایست در هر اقدام خود، همه جوانب را در نظر گرفته تا ببیند رفتار وی به طور کلی غبطه مولی علیه را تأمین می‌سازد یا نه. بنابراین باتوجه به دامنه و بار معنایی متفاوت این دو واژه، می‌بایست از خلط آن‌ها پرهیز نمود.

۲. میان دو مفهوم «غیر نافذ بودن» و «فضولی بودن» تمایز وجود دارد. هرچند ممکن است رایج‌ترین حالتی که حکم به عدم نفوذ داده می‌شود درخصوص معاملات فضولی باشد، اما این به معنای هم پوشانی این دو مفهوم نیست. لذا باید توجه داشت این مفاهیم خلط نگردند، چرا که تنها یکی از مواردی که حکم عدم نفوذ جاری می‌شود، در معاملات فضولی است.

۳. میان تعهد وکیل به «رعایت مصلحت موکل» و تعهد وی به «رعایت حدود وکالت» تمایز وجود دارد. بدین ترتیب تجاوز وکیل از حدود اختیارات متمایز از نقض مصلحت موکل است که می‌تواند در چارچوب اختیارات اتفاق بیفتد. ضمن اینکه قانون مدنی صراحتاً ضمانت اجرای تجاوز از حدود وکالت را بیان کرده، در حالی که درخصوص عدم رعایت مصلحت موکل سکوت کرده است.

این تفاوت اثر خود را بر وضعیت اعمال مغایر این تعهدات نیز باقی می‌گذارد. بدین توضیح که؛ اعمالی که در حدود وکالت انجام می‌شود، در برابر موکل قابل استناد است. اما اقدامات خارج از حدود وکالت، در صورتی که جزو اعمالی باشند که فضولی در آنجاری است - مانند عقود - صحت آن موقوف به اجازه موکل است و در غیر این اعمال می‌تواند موجب مسئولیت مدنی شود و وکیل، مسئول زیان‌های ناشی از اقدامات خارج از حدود اختیارات خود نیز خواهد بود. اما عدم رعایت مصلحت در فروض مختلف آثار متفاوتی به دنبال خواهد داشت؛

درجایی که علی‌رغم رعایت حدود متعارف توسط وکیل، معامله به مصلحت موکل واقع نشده است معامله نافذ است و موکل تنها در صورت وجود خیار می‌تواند از خود رفع ضرر کند، و نمی‌تواند به وکیل رجوع کند، چون تقصیری که شرط مسئولیت مندرج در ماده ۶۶۶ ق.م. است در اینجا وجود ندارد.

اما در فرضی که وکیل بدون قصد خیانت، ولی در نتیجه عدم رعایت احتیاطات لازم، عملی خلاف مصلحت موکل انجام می‌دهد، هرچند کماکان معامله نافذ است لیکن موکل

علاوه بر امکان استفاده از حق خیار، می‌تواند برای جبران ضرر خود به وکیل بی‌مبالات هم رجوع کند. زمانی هم که وکیل به عمد مصلحت موکل را نادیده می‌گیرد، چون کماکان شرایط ماده ۲۴۷ ق. م. جاری نیست، نمی‌توان عمل را به خاطر فصولی بودن غیرنافذ دانست بنابراین نادیده انگاشتن عمدی مصلحت موکل در میزان مسئولیت وکیل موثر خواهد بود.

منابع

- ابراهیمی، محمد، «عقد وکالت»، نشریه دانش پژوهان، سال چهارم، شماره ۷، ۱۳۸۴، ۶۸ - ۷۳.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، موسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت - لبنان، دارصادر، ۱۴۱۴ ق.
- امامی، حسن، *جزوه مدنی ۷*، تهیه و تنظیم احسان زرخ، دانشکده علوم قضایی، ۱۳۷۴.
- _____، *حقوق مدنی ۱*، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۵۱.
- _____، *حقوق مدنی ۲*، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۶۲.
- _____، *حقوق مدنی ۴*، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۵۰.
- امیر معزی، احمد، *نیابت در روابط تجاری و مدنی*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸.
- انوری، حسن، *فرهنگ بزرگ سخن*، تهران، سخن، ۱۳۸۱.
- باریکلو، علیرضا، *حقوق مدنی ۷*، تهران، مجد، ۱۳۸۸.
- بستانی، فؤاد افرام و رضا مهیار، *فرهنگ ابجدی عربی-فارسی*، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق خانواده*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حاجیانی، هادی، *حقوق نمایندگی*، تهران، دانش نگار، ۱۳۸۶.
- حائری شاه باغ، علی، *شرح قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه*، بی‌جا، طبع قدیمیه، بی‌تا.
- دهخدا، علی اکبر، *نرم افزار لغت نامه دهخدا*، ویرایش پنجم، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، بیروت، دارالعلم - الدار الشامیه، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- ره پیک، حسن، *حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷.
- زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۱۸ ق.

- زندى، محمد رضا، *و كالت*، تهران، جاودانه، ۱۳۸۹.
- سنهورى، عبدالرزاق احمد، *و كالت*، ترجمه بهرام بهرامى، تهران، نشر آريان، ۱۳۸۳.
- شبيرى زنجانى، موسى، *كتاب نكاح*، قم، موسسه پژوهشى راي پرداز، ۱۴۱۹.
- شهيدى، مهدى، *حقوق مدنى - تشكيل قراردادها و تعهدات*، تهران، مجد، ۱۳۸۶.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام*، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ۱۴۰۰ ق.
- صفرنيا شهري، محمدرضا، *رعايت غبطه و مصلحت اصيل در نمايندگى*، پايان نامه كارشناسى ارشد چاپ نشده، دانشگاه قم، ۱۳۸۷.
- طاهري، حبيب الله، *حقوق مدنى ۶ و ۷*، قم، دفتر انتشارات اسلامى، بى تا.
- طوسى، محمد بن حسن، *المبسوط فى فقه الاماميه*، تهران، المكتبة المرتضويه لاحياء الآثار الجعفريه، ۱۳۸۷ ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف، *تذكرة الفقهاء*، بى جا، بى تا.
- _____، *مختلف الشيعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ق.
- عميد، حسن، *فرهنگ فارسى عميد*، تهران، اميركبير، چاپ سيزدهم، ۱۳۵۸.
- غزالي، محمد بن محمد، *المستصفى من علم الاصول*، بيروت، احياء التراث، ۱۴۱۳ ق.
- فخرالمحققين، محمد بن حسن، *مسائل ايضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد*، قم، موسسه اسماعيليان، ۱۳۸۷ ق.
- فلاح گلى، صمد، *مطالعه تطبيقى تعهدات و كليل در حقوق ايران و انگليس*، پايان نامه كارشناسى ارشد چاپ نشده، دانشگاه قم، ۱۳۷۷.
- قرشى بنايى، على اكبر، *قاموس قرآن*، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ۱۳۷۱ ق.
- كاتوزيان، ناصر، *دوره عقود معين ۳*، تهران، به نشر، ۱۳۶۴.
- _____، *قانون مدنى در نظم حقوق كنونى*، تهران، ميزان، ۱۳۸۶.
- _____، *قواعد عمومى قراردادها - انعقاد و اعتبار قرارداد ۲*، تهران، به نشر، ۱۳۶۶.
- كاشانى، محمود، *قراردادهای ویژه*، تهران، ميزان، ۱۳۸۸.
- كريمى لاريمى، عليرضا، *مسئوليت مدنى و كليل دادگستري*، پايان نامه كارشناسى ارشد چاپ نشده، دانشگاه تهران، مجتمع آموزشعالى قم، ۱۳۶۲.
- كريمى، عباس، *نقد آراى قضايى*، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۸، ۵۵-۵۹.
- لطفى، اسدالله، *عقد و كالت*، تهران، جاودانه، ۱۳۹۰.
- محقق داماد، سيدمصطفى، *حقوق خانواده*، تهران، علوم اسلامى، ۱۳۶۵.

- معین، محمد، *فرهنگ معین*، تهران، موسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات*، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۹ ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، لبنان، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۸ ق.
- نوبین، پرویز، *حقوق مدنی ۷*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *تکمله العروه الوثقی*، بی جا، بی تا.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹۴، ص ۹۱-۷۵

نقدی بر نظریه فقهی کفایت پنجاه سوگند توسط مدعی در قسامه* (مبانی فقهی ماده ۳۷۷ لایحه قانون مجازات سال ۱۳۹۰)

حسین حقیقت پور

دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

Email: husainhaghighat@yahoo.com

دکتر محمدتقی فخلعی^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@um.ac.ir

احسان علی اکبری بابوکانی

دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

Email: 22aliakbari@gmail.com

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

چکیده

قسامه یکی از ادله اثبات جرم قتل است که در صورت وجود لوث، قابل استناد خواهد بود. در شیوه اجرای آن دو نظریه عمده وجود دارد. به طور خلاصه نظریه نخست ادای پنجاه سوگند توسط پنجاه نفر را لازم می‌داند لکن نظریه دوم ادای همان پنجاه سوگند را توسط شخص مدعی برای اثبات جرم کافی می‌پندارد. نظریه دوم فتوای مشهور و نظریه اول مضمون فتوایی نادر می‌باشد.

به موجب ماده ۲۴۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نظریه مشهور حاکم بود لکن در سال ۸۱-۱۳۸۰ با اصلاح قانون مجازات اسلامی این حکم بر اساس فتوای مقام معظم رهبری نسخ گردید و قانون‌گذار برای اثبات قتل عمدی، سوگند ۵۰ نفر را بدون تکرار قسم، ضروری دانست. در قانون مجازات مصوب سال ۹۰ نیز همین مبنا حاکم است.

در این مقاله سعی شده است تا مبنای فقهی و حقوقی ماده ۳۷۷ قانون اصلاح شده، بررسی گردد. نگارنده معتقد است با توجه به برخی قرائن موجود در ادله، حتی اگر نظریه دوم مبانی محکمی داشته باشد، قسامه یک نهاد تبعیدی محض نیست بلکه به نحو طریقت منظور شارع بوده و در صورت لزوم، حاکم اسلامی می‌تواند کیفیت آن را تغییر دهد.

کلیدواژه‌ها: قتل، قصاص، قسامه، ماده ۳۷۷ ق. م. ا.

* تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۷/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۲/۱۶.
۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

در مبحث قسامه مسائل غامض چندی وجود دارد. بطور مثال:

- از جمله شرایط سوگند خورندگان، وجود علم است. حال این سوال مطرح می‌گردد که اگر ایشان علم به ماجرا دارند چرا به شهادت دو نفر اکتفا نشود؟! - آیا قسامه یک دلیل تعبدی صرف و به اصطلاح توقیفی است؟ - مسأله‌ای دیگر که محل اختلاف است این که آیا در صورتی که تعداد پنجاه قسم خورنده کامل نباشد، مدعی می‌تواند قسم‌های تعداد مفقود و یا حتی تمام پنجاه قسم را بر عهده گیرد؟ آنچه در این مقاله مجال پرداختن بدان را داشته‌ایم، تنها مسأله سوم است. هر چند در مقاله حاضر به‌طور گذرا به دو مسأله نخست نیز اشاره‌ای شده است.

بنابراین با توجه به اهمیت دماء و نفوس انسان‌ها که در قالب بحث قتل و در مقاله حاضر تحت عنوان ماده ۳۷۷ قانون مجازات اسلامی آمده است به دنبال شفاف سازی برخی زوایای پنهان قسامه و بررسی مبانی فقهی ماده مربوطه هستیم.

در سال ۱۳۸۰ براساس فتوای مقام معظم رهبری ماده ۲۴۸ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های آن اصلاح گردید. در آخرین اصلاحات انجام شده در ماده مذکور در سال ۹۰ نیز همان ماده با تغییر بسیار جزئی آورده شده است. در شرایطی که پیش از این اصلاح، مدعی قتل می‌توانست برای فراهم آوردن پنجاه قسم، خود پنجاه سوگند یاد کند، با اصلاح ماده ۲۴۸ قانون مجازات اسلامی لازم است مدعی برای اجرای قسامه پنجاه نفر را معرفی نماید که هر کدام یک قسم ادا نمایند. در حقیقت با انجام این اصلاح دیگر مدعی نمی‌تواند شخصا پنجاه بار سوگند یاد کرده و از این طریق تقاضای اجرای قصاص نماید.

اما عکس این قضیه صادق نیست. یعنی مدعی علیه می‌تواند برای اثبات بی‌گناهی خود شخصا پنجاه سوگند یاد کرده و تبرئه گردد.^۱

۱. بر مبنای ماده ۲۴۸ سابق در موارد لوث، قتل عمد با پنجاه قسم ثابت می‌شود و قسم خورندگان باید از خویشان و بستگان نسبی مدعی باشند و شرط است که مرد باشند.

تبصره ۱: ماده ۲۴۸ تغییر نکرده است؛ اما تبصره ۲ و ۳ ماده قبل از اصلاح این گونه بوده است:
تبصره ۲: چنانچه تعداد قسم خورندگان کمتر از ۵۰ نفر باشند هر یک از قسم خورندگان مرد می‌تواند بیش از یک قسم بخورد. به نحوی که ۵۰ قسم کامل شود.

تبصره ۳: چنانچه هیچ مردی از خویشان نسبی مدعی برای قسامه وجود نداشته باشد، مدعی می‌تواند ۵۰ قسم بخورد هر چند زن باشد.
در سال ۱۳۸۰ ماده ۲۴۸ سابق و تبصره‌های آن (بجز تبصره ۱) بدین شرح اصلاح گردید:
ماده ۲۴۸ (اصلاحی ۱۳۸۰/۱۰/۲۳): در موارد لوث، قتل عمد با قسم ۵۰ نفر مرد ثابت می‌شود و قسم خورندگان باید از خویشان و بستگان نسبی مدعی باشند.

بررسی مبانی اصلاح قانون مجازات اسلامی و نیز فتوای مقام معظم رهبری که بی‌تردید نقش اساسی‌ای در این اصلاح داشته است؛ موضوع اصلی این مقاله را تشکیل می‌دهد. در این جهت قواعدی فقهی مانند قاعده درء و احتیاط در دماء به عنوان مبنای این اصلاحات و نیز سایر مبانی فقهی این نظریه در این مقاله مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

همچنین ضروری است به این موضوع پرداخته شود که آیا فتوای مقام معظم رهبری که مبنای اصلاح قانون مجازات اسلامی قرار گرفته است از احکام اولیه است یا ثانویه؟ بر اساس مبانی اصولی و قواعد فقهی از جمله درء و احتیاط صادر شده یا مبتنی بر مصالح اجتماعی و احکام حکومتی؟ این موضوعات نیز در این مقاله مورد بررسی اجمالی قرار خواهند گرفت.

تعاریف و اصطلاحات

از جمله امارات و قواعد فقهی که در اثبات قتل عمد و قطع عضو مورد استفاده قرار می‌گیرد اماره لوث و قسامه و قاعده درء می‌باشد. در آغاز تعریف لغوی و اصطلاحی لوث و قسامه را پی می‌گیریم:

الف) لوث: به فتح لام در لغت به معنای قوت و شدت، شرّ، جراحات، آلوده شدن و نیز مطالبه از روی کینه آمده است. مثلاً «ناقة ذات لوثة» به معنای شتر فربه و پر گوشت است. لوث به ضم لام نیز به معنای ضعف و حماقت استعمال شده است. (ابن منظور، ۲/ ۱۸۶) اما در اصطلاح، لوث به چیزی گفته می‌شود که حاصلش غلبه ظن به وقوع مدعا باشد. (سعدی، ۳۳۴) در تاج العروس آمده: لوث نزد شافعی شبه دلالت بوده و بینه تام محسوب نمی‌گردد. در حدیث قسامه کلمه «لوث» ذکر شده و به معنای آن است که شاهد واحدی بر اقرار مقتول مبنی بر معرفی قاتل شهادت دهد یا اینکه دو نفر به دشمنی مقتول و مظنون و یا تهدید مقتول توسط مظنون و یا امثال این موارد شهادت دهند. (واسطی زبیدی، ۳/ ۲۵۷) برخی دیگر در تعریف آن گفته‌اند: هر اماره ظنی‌ای که بر صدق سخن مدعی مبنی بر قتل، قطع و یا جرح قائم شود در حالی که مدعی از اقامه بینه عاجز باشد. (مشکینی، ۴۵۹)

تبصره ۲ (اصلاحی ۱۳۸۰/۱۰/۲۳): چنانچه تعداد قسم خورندگان مدعی علیه کمتر از ۵۰ نفر باشد هر یک از قسم خورندگان مرد می‌توانند بیش از یک قسم بخورند به نحوی که ۵۰ قسم کامل شود.

تبصره ۳ (اصلاحی ۱۳۸۰/۱۰/۲۳): چنانچه مدعی علیه نتواند کسی از خویشان و بستگان نسبی خود را برای ادای قسم حاضر کند، می‌تواند خودش ۵۰ قسم بخورد و تبرئه شود.

ماده ۳۷۷ اصلاحی لایحه قانون مجازات سال ۹۰ نیز از این قرار است: نصاب قسامه در اثبات قتل عمدی سوگند پنجاه مرد از خویشاوندان و بستگان مدعی است. با تکرار سوگند، قتل ثابت نمی‌شود.

مناسبت معنای اصطلاحی با معنای لغوی نیز پوشیده نیست چه اینکه به کمک مصادیق لوث مدعای مدعی قوت گرفته و فربه می‌گردد. یا اینکه به وسیله لوث و جاهت و آبروی مدعی علیه آلوده شده است.

بنابراین لوث عبارتست از یک سلسله امارات در جریان قتل یا قطع عضو مثل وجود یک شاهد، و یا انسانی شرور و فاسق معلوم الهویت در محل جنایت. که این امارات مفهوم لوث را تشکیل می‌دهند و منشا اجرای قسامه می‌گردند. به عبارت دیگر با وجود این امارات شبهه در مورد قتل عمد قوت می‌گیرد. (قانون مجازات اسلامی (۱۳۸۵)، برگرفته از ماده ۲۴۸) به‌طور کلی هر اماره ظنی‌ای موجب ثبوت لوث است بدون آنکه در این مورد فرقی میان اسباب مفید ظن وجود داشته باشد. بنابراین لوث با اخبار صبی ممیز و مورد اعتماد و یا فاسق ثقه و حتی کافر حاصل می‌شود. (فاضل لنکرانی، ۲۱۷)

ب) قسامه: سوگندهایی است که مدعی به هنگام نداشتن بینه برای اثبات جنایت مدعی علیه اقامه می‌کند. در «معنی المحتاج» می‌خوانیم: قسامه به فتح قاف نام سوگندهایی است که بر اولیای دم تقسیم می‌شود و از قسم که همان سوگند است اخذ شده است و گفته شده: قسامه، نام اولیایی است که برای اثبات قتل بر مدعی علیه سوگند ادا می‌کنند. (شربینی، ۴/ ۱۰۹)

حکمت تشریح قسامه

در روایات معصومان (ع) علت تشریح قسامه، جلوگیری از بطلان و هدر رفتن خون مسلمین ذکر گردیده است. در کتاب شریف کافی آمده:

«...از امام صادق در مورد قسامه پرسیدم که چگونه است؟ فرمود: حکم حقی است و اگر نبود برخی از مردم دیگران را (پنهانی) به قتل می‌رساندند و قسامه حفاظی است که جان مردم با آن حفظ می‌شود.» (کلینی، ۳۶۰ / ۷)

«... زراره می‌گوید حضرت صادق فرمود: قسامه از جهت احتیاط در جان مردم تشریح شده تا اینکه وقتی یک فرد فاسق اراده کشتن (رو در رو یا غافلگیرانه) دیگری را کرد - در حالی که هیچ کس شاهد او نیست - بترسد و از این کار صرف نظر نماید.» (همان)

از اینگونه روایات می‌توان فلسفه تشریح قسامه از دیدگاه شارع را استنباط نمود. باتوجه به آنچه در حکمت تشریح قسامه ذکر شد و اینکه امروزه نیز ممکن است چنین قتل‌های مرموزی

اتفاق بیفتند، به‌ویژه که پیشرفت تکنولوژی و سرعت در رفت و آمد و... انجام قتل‌های مخفیانه را ساده‌تر کرده است و از طرفی یافتن امارات و قرائن ظنی به سبب همین تکنولوژی، راحت‌تر شده و لوث که اساس قسامه است، قابل تحقق است، می‌توان گفت که حکم قسامه ادامه دارد و یکی از بهترین طرق اثبات این گونه قتل‌ها می‌باشد. پس چون موضوع قسامه باقی است، حکم آن نیز قابل اجرا است.

اگرچه مسأله احتیاط در دماء اقتضا دارد که نسبت به متهم نیز احتیاط کنیم تا خون او ریخته نشود، باید گفت شرایط اجرای قسامه به گونه‌ای است که اگر تمام آن شرایط رعایت شود جای هیچ شبهه‌ای نیست که اثبات حق کند و در این مورد احتیاط جایز نیست و باید حکم اسلامی درباره قاتل اجرا شود و به عبارت دیگر می‌توان گفت که اسلام درباره خون متهم نیز با جعل شرایط سنگین برای قسامه، احتیاط را رعایت کرده است.

نکته‌ای که اشاره به آن خالی از فایده نیست اینکه در مورد قسامه حداقل سه دیدگاه وجود دارد: ۱. قسامه یک حکم جاهلی بوده و اسلام آن را امضاء کرده است. ۲. قسامه حکم تأسیسی اسلام است و مبدأ تشریح آن در زمان پیامبر اسلام (ص) و بعد از فتح خیبر بوده است. (صاحب جواهر، ۴۲/۲۲۶) ۳. قسامه حکم تأسیسی اسلام است و مبدأ تشریح آن در زمان خلافت عثمان بن عفان بوده است. (طبری، ۴/۲۷۲) در بطلان دیدگاه سوم همین بس که اولاً مخالف با روایات وارد در کتب معتبر اهل سنت می‌باشد (ر.ک: بخاری، ۵/۴۲؛ نسائی، ۸/۲) و ثانیاً مستلزم تشریح توسط خلیفه سوم بوده که لاجرم واکنش صحابه کباری چون علی بن ابی‌طالب را در پی می‌داشت در حالی که چنین چیزی در تواریخ گزارش نشده است.

و اما درباره نظریه اول و دوم باید بگوییم اختلاف در این باره در بین دانشمندان امامیه به اختلاف در قرائت در لفظ حدیث باز می‌گردد. روایت از این قرار است: «سألت أبا عبد الله (ع) عن القسامه، أين كان بدؤها؟ فقال: كان من قبل رسول الله (ص)» (جرع‌عاملی، ۱۹/۱۱۸) اختلاف در تأسیسی یا امضایی بودن این نهاد ناشی از اختلاف در قرائت کلمه «قبل» است (صاحب جواهر، ۴۲/۲۲۶) چه اینکه اگر به کسر قاف خوانده شود «من قبل» به معنای از جانب) نشان از تأسیسی بودن و اگر به فتح قاف باشد (قبل) دلالت بر امضایی بودن خواهد داشت. هرکدام از این دو وجه، قائل نیز دارد.^۱

۱. مشهور به امضایی بودن تمایل دارند و برخی به تأسیسی بودن (ر.ک: فاضل لنگرانی، ۷۹).

اقوال فقها

قول مشهور: جواز تکرار سوگند

براساس دیدگاه مشهور^۱ فقها اگر ولی دم نتوانست پنجاه نفر برای سوگند فراهم آورد بلکه تعداد کمتری آورد یا فقط خود او بود، قسم تکرار می‌شود تا به عدد قسامه برسد سپس به نفع او حکم صادر می‌شود. به طور کلی معیار اساسی در قسامه، تعداد سوگند است نه تعداد سوگند یاد کنندگان. اگر مدعی قسم نخورد و قسم به مدعی علیه منتقل شود، باز همین گونه است.

محقق در شرائع می‌نگارد: قسامه در قتل عمد، پنجاه سوگند است. اگر ولی دم به تعداد افراد قسامه (پنجاه نفر) گروهی را داشته باشد، هرکدام یک سوگند یاد می‌کنند و اگر از این تعداد کمتر باشند، باید سوگند را تکرار کنند تا عدد قسامه تکمیل شود... اگر مدعیان جماعتی باشند، پنجاه سوگند در قتل عمد و بیست و پنج سوگند در قتل خطا میان آن‌ها به طور مساوی تقسیم می‌شود. اگر متهمان بیش از یک نفر باشند حکم آن مردد است و روشن تر آن است که - همانند حالت انفراد - علیه هر یک باید پنجاه سوگند اقامه شود؛ زیرا هر یک از این افراد به صورت منفرد مورد اتهام هستند. اما اگر متهم یک نفر باشد و پنجاه نفر از خویشان خود را حاضر کند که به براءت او شهادت دهند، هر یک از ایشان باید یک بار سوگند یاد کند؛ ولی اگر کمتر از پنجاه نفر باشند با تکرار سوگند باید عدد تکمیل شود.

اگر ولی دم افرادی را برای قسم نداشته باشد و خود او نیز قسم یاد نکند، می‌تواند متهم را پنجاه بار قسم دهد و اگر متهم افرادی داشته باشد که برای او سوگند یاد کنند، خود او نیز مانند یکی از ایشان سوگند داده می‌شود. (محقق حلی، ۴/ ۲۲۵)

امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله می‌نویسد: اگر مدعی به تعداد افراد قسامه خویشاوندانی داشته باشد، هر یک از ایشان یک بار سوگند یاد می‌کند و اگر تعداد، کمتر از عدد قسامه باشد، قسم تکرار می‌شود تا عدد قسامه تکمیل شود. اگر خویشاوندان او بیش از عدد قسامه باشند، مختارند که در قتل عمد پنجاه نفر و در قتل غیر عمد بیست و پنج نفر از میان خود تعیین کنند. مسأله ۲ - اگر مدعی افرادی برای قسامه نداشته باشد یا داشته باشد، ولی همه یا بعضی از آنان از ادای سوگند امتناع ورزند، خود مدعی و موافقان او سوگند داده می‌شوند و سوگند ایشان تکرار می‌شود تا عدد قسامه تکمیل گردد و اگر هیچ کس جز خود او نباشد، سوگند او تکرار می‌شود تا عدد به اتمام برسد.

۱. «و أمّا تکرّر الیمین مع عدم القسامة بالعدد المذكور فهو المشهور» (خوانساری، ۷/ ۲۵۸)

مسأله ۳ - اگر خود مدعی یا خویشان او سوگند یاد نکنند، می‌تواند سوگند را به مدعی علیه برگرداند و مدعی علیه نیز باید پنجاه نفر از خویشان خود را حاضر کند که به براءت او شهادت دهند و باید هریک بر براءت او سوگند بخورد و اگر کمتر از پنجاه نفر باشند، برای تکمیل عدد، سوگند تکرار می‌شود و حکم به براءت او از قصاص و دیه می‌شود. اگر مدعی علیه خویشاوندی برای سوگند نداشته باشد، خود او پنجاه سوگند یاد می‌کند و حکم به براءت او از قصاص و دیه خواهد شد. (خمینی، ۲/ ۴۷۸)

محقق خوبی در کتاب «مبانی تکملة المنهاج» بین قسامه مدعی و قسامه مدعی علیه تفصیل داده است و در قسامه مدعی موافق مشهور و در قسامه مدعی علیه خلاف مشهور نظر داده و گفته است:

مگر اینکه اجماع باشد بر اینکه در مورد مدعی علیه سوگند پنجاه مرد معتبر است و گرنه ظاهراً پنجاه سوگند مدعی علیه کافی است و نیازی به آوردن اشخاص دیگر نمی‌باشد. (خوبی، ۲/ ۱۱۱)

نقد و بررسی ادله قول مشهور

آ) روایات

۱- معتبره مسعدة بن زیاد از امام باقر (ع): هرگاه مدعیان، بینه بر قتل کشته خویش اقامه نمی‌کردند و سوگند نیز نمی‌خوردند که این متهمان او را کشته‌اند، پدرم متهمان به قتل را پنجاه بار به اسم جلاله به این صورت سوگند می‌داد که: «ما او را نکشتیم و قاتل او را نمی‌شناسیم»؛ سپس دیه را به اولیای مقتول می‌پرداخت. این در صورتی است که مقتول در محدوده یک قبیله پیدا شود؛ اما اگر کشته‌ای در میان لشکر یا بازار شهری پیدا شد، دیه او از بیت المال به اولیای او پرداخت می‌شود. (حر عاملی، ۱۹/ ۱۱۸) برخی گفته‌اند که مقتضای اطلاق عبارت «خمسین یمیناً» در این روایت آن است که حتی اگر مدعی یک نفر باشد پنجاه سوگند او کفایت می‌کند. اشکال این استدلال آن است که روایت مزبور اساساً از محل بحث ما خارج است. زیرا بحث ما درباره کفایت تکرار سوگند در طرف مدعی برای اثبات قتل عمدی و قصاص است اما موضوع حدیث مذکور، تکرار سوگند از سوی مدعا علیه برای رفع مسؤولیت پرداخت دیه می‌باشد. بنابراین حدیث مورد نظر اصلاً در این مورد در مقام بیان نیست و مقدمات حکمت مهیا نمی‌باشد.

ممکن است مستدل ادعای الغای خصوصیت کند به اینکه مدعا علیه خصوصیتی ندارد و

می‌توان جواز تکرار سوگند را به مدعی نیز سرایت داد. لکن این سخن نیز فاسد است زیرا قبول نداریم که مدعا علیه خصوصیتی نداشته باشد. بلکه به نظر ما بین این دو تفاوت جوهری وجود دارد؛ زیرا قول مدعا علیه مطابق اصل است و تسامح و تخفیف در مورد آن اشکالی ایجاد نمی‌کند اما قول مدعی خلاف اصل بوده نمی‌توان حکم مدعا علیه را به آن سرایت داد.

وانگهی اطلاق روایت مزبور با تقییدی که در روایات دیگر وارد شده متنافی است؛ زیرا برخی روایات دیگر که در همین مضمون وارد شده‌اند، ظهور در شرطیت پنجاه نفر دارند. مثلاً روایت معتبره ابو بصیر چنین است: «و إن لم یقسموا فإن علی المدعی علیهم أن یحلف منهم خمسون ما قتلنا و لا علمنا له قاتلاً» (همان، باب ۱۰، ح ۵). یا مثلاً روایت علی بن فضیل از این قرار است: «إذا وجد رجل مقتول فی قبيلة قوم حلفوا جميعا ما قتلوه و لا یعلمون له قاتلاً، فإن أبوا أن یحلفوا أغرموا الدية...» (همان، باب ۹، ح ۵) به نظر می‌رسد اگر اطلاق روایت صحیح مسعده را بر تقیید این‌گونه نصوص حمل کنیم عرفاً به ذهن نزدیک‌تر است تا اینکه بخواهیم از اطلاق این روایت در مورد مدعا علیه استفاده کرده سپس از آن الغای خصوصیت نموده و حکم جواز تکرار سوگند را برای مدعی نیز اثبات نماییم.

بنابراین امکان عمل به روایت مسعده حتی در مورد خودش مشکوک است چه رسد به اینکه از آن در مورد مدعی نیز استفاده کنیم.

۲- روایاتی که در باب قسامه جراحات آمده است. در این روایات در مورد زخم‌هایی که دیه آن‌ها هزار دینار است حکم به قسامه شش نفر شده، و در مورد زخم‌هایی که دیه آن‌ها کمتر از این مقدار است به همان نسبت نیز افراد قسامه آن‌ها تعیین شده است.

درخصوص همین روایات که مربوط به بحث ماست، طریق معتبری وجود دارد^۱ و آن روایت یونس بن عبدالرحمن از امام رضا (ع) است:

امیرالمومنین (ع) جنایات وارد بر جسم را به شش قسم تقسیم کردند: نفس، بینایی، شنوایی، تکلم و نقص در صوت (مانند گرفتگی یا خشونت صدا)، از کار افتادن دست و پاها؛ سپس برای هر یک از این‌ها به ترتیب تعلق دیه، قسامه‌ای مقرر داشت: قسامه نفس را در صورت عمد پنجاه نفر و در صورت خطا بیست و پنج نفر، و قسامه زخم‌هایی که دیه آن‌ها به هزار دینار می‌رسد، شش نفر قرارداد. در زخم‌هایی که دیه آن‌ها کمتر از هزار دینار است، نیز به

۱. سلسله روایت از این قرار است: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي فَضَّالٍ وَ مُحَمَّدَ بْنَ عِيسَى عَنْ يُونُسَ جَمِيعاً عَنِ الرَّضَاعِ وَ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ ظَرِيفٍ عَنْ أَبِي ظَرِيفٍ بْنِ نَاصِحٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ أَبِي عَمْرٍو الْمُتَطَّبِّبِ قَالَ ... (تهذيب الأحكام، ۱۰/۱۶۹)

همان نسبت از شش نفر کاسته می‌شود.

توضیح این نکته آن است که هرگاه انسانی از ناحیه یکی از این اجزاء شش‌گانه آسیب ببیند، اگر یک ششم بینایی یا شنوایی یا قدرت گفتار یا هر عضو دیگر خود را از دست داده باشد، خودش به تنهایی باید سوگند یاد کند. اگر یک سوم بینایی‌اش آسیب دیده، خود او به همراه یک نفر دیگر باید سوگند یاد کند. اگر نصف بینایی‌اش آسیب دیده، خود او به همراه دو نفر دیگر باید سوگند یاد کند. اگر دو سوم بینایی‌اش آسیب دیده خود او به همراه سه نفر دیگر باید سوگند یاد کند. اگر چهار پنجم بینایی‌اش آسیب دیده خود او به همراه چهار نفر دیگر باید سوگند یاد کند و اگر تمام بینایی خود را از دست داده خود او به همراه پنج نفر دیگر باید سوگند یاد کند. قسامه همه جراحات به همین ترتیب است. اگر شخص آسیب دیده کسی را نداشته باشد که با او سوگند یاد کند، خود او باید سوگند را تکرار کند. بنابر این اگر یک ششم بینایی‌اش آسیب دیده باید یک بار سوگند بخورد و اگر یک سوم آن آسیب دیده باید دو بار و اگر نصف آن آسیب دیده باید سه بار و اگر دو سوم آن آسیب دیده باید چهار بار و اگر پنج ششم آن آسیب دیده باید پنج بار و اگر تمام بینایی‌اش آسیب دیده باید شش بار سوگند بخورد، سپس دیه به او پرداخت شود. (طوسی، ۱۶۹/۱۰)

همانند این روایت را صدوق و شیخ مفید نیز نقل کرده‌اند. در ذیل روایت صدوق و شیخ مفید آمده است: «در صورتی که از سوگند خوردن سرباز زند فقط دیه آنچه که بر آن سوگند خورده و به صدق او اطمینان وجود دارد به او داده می‌شود. در این زمینه حاکم می‌تواند به کمک سوال و تحقیق و تفحص به حقیقت مطلب پی برد.» (صدوق، ۸۰/۴)

در این دسته از روایات تصریح شده که اگر کسی همراه مدعی نباشد خود او می‌تواند سوگند را تکرار کند؛ اما این روایات در باب دیه جروح آمده‌اند. مستدل معتقد است این روایات اگر چه در باب جروح و اعضا وارد شده‌اند، اما با الغای خصوصیت و عدم احتمال فرق، موارد قتل نفس را نیز در بر می‌گیرند.

استدلال به این حدیث نیز از چند جهت قابل مناقشه به نظر می‌رسد:

اولاً توضیحی که در ذیل حدیث نخست آمده و محل استناد است، خارج از روایت بوده و عبارت راوی است نه عبارت امام (ع). صاحب جواهر بر اساس توجه به متن کتاب کلینی و شیخ طوسی چنین استظهار می‌کند که عبارت مذکور، جزئی از حدیث نبوده و کلینی برای توضیح حدیث آن را اضافه کرده است. (صاحب جواهر، ۲۲۵/۴۲) چه اینکه لسان این قسمت

از روایت که با عبارت «توضیح ذلک» شروع می‌شود، با متن حدیث کاملاً متفاوت به نظر می‌رسد. وانگهی گرچه مرحوم شیخ طوسی این روایت را در جایی از کتاب تهذیب خود، همراه با جملات مورد نظر آورده، لکن در جایی دیگر از همان کتاب این روایت را خالی از عبارات مذکور ذکر کرده است. صدوق نیز در کتاب «من لایحضره الفقیه» این حدیث را بدون جملات بعد از «توضیح ذلک» آورده است. (برای دیدن دیدگاه مخالف ر.ک: مدنی کاشانی، ۱۴۶)

ثانیاً الغای خصوصیت در این مورد ممکن نیست و احتمال فرق میان مورد این روایات - که جروح و اعضا است - و مورد قتل نفس، بسیار زیاد است؛ چرا که قتل نفس اهمیت بیشتری دارد و از این رو کمتر از پنجاه سوگند در مورد عمد، و بیست و پنج سوگند در مورد خطا، پذیرفته نمی‌شود؛ برخلاف اعضا که اگر دیه آن صد دینار باشد سوگند شش نفر پذیرفته می‌شود و هرچه میزان دیه آن کمتر باشد، به همان نسبت از تعداد شش نفر کاسته می‌شود. ثالثاً در نهایت، آنچه در این دسته از روایات با قسامه شش نفر ثابت می‌شود، دیه است نه قصاص، بلکه در ذیل برخی از این روایات آمده است:

«در صورتی که از سوگند خوردن سرباز زند فقط آنچه که بر آن سوگند خورده و به صدق او اطمینان وجود دارد به او داده می‌شود. در این زمینه حاکم می‌تواند به کمک سوال و تحقیق و تفحص به حقیقت مطلب پی برد.» (صدوق، ۸۰/۴)

ب) اجماع

در این مسأله با آنکه هیچ نص صریحی در مورد کفایت تکرار قسم در قسامه قتل وجود ندارد، از هیچ یک از فقها سخنی خلاف آن نقل نشده است. علاوه بر این در کتاب‌های خلاف (طوسی، ۳۰۸/۵) و ریاض (طباطبائی، ۲۷۹/۱۶) بر کفایت تکرار قسم از سوی مدعی، ادعای اجماع شده است.

برخی پس از رد تمامی دلایل اثبات کفایت پنجاه سوگند توسط افرادی کمتر از پنجاه نفر، در برابر این دلیل سر تعظیم فرو آورده و گفته‌اند: اعراض از این اجماع خصوصاً با وجود ادعای عدم خلاف از سوی شیخ طوسی و دیگران مشکل است... مضافاً اینکه دست کشیدن از این اجماعات مستلزم خروج از دین یا مذهب است. بنابراین تکیه بر این ادله (اطلاق روایات) برای صدور فتوا مشکل و اعراض از اجماع مشکل‌تر است. در نتیجه احتیاط در آن است که از صدور فتوا پرهیز کنیم. (مدنی کاشانی، ۱۴۶)

لکن در پاسخ به این دلیل نیز می‌توان گفت اولاً اصل وجود اجماع یا اتفاق آرا در این مسأله چندان روشن نیست. عبارت شیخ مفید در مقنعه ظاهر در آن است که با تکرار سوگند اولیای دم در صورت فقدان پنجاه نفر فقط دیه ثابت می‌شود نه قصاص. همچنین عبارت شیخ طوسی در نهاییه نیز ظهور دارد در اینکه تکرار سوگند یک نفر فقط در طرف مدعی علیه است نه در طرف مدعی. در کلام شیخ، فرض فقدان پنجاه نفر برای ادای سوگند و تکرار سوگند یک نفر، به طرف مدعی علیه اختصاص داده شده است نه مدعی. این سخن شیخ جای تأمل دارد چرا که تخصیص یاد شده هیچ وجهی ندارد مگر آنکه کلام ایشان حمل بر غفلت و اجمال شود و اینکه مراد او از جمله «لا قسامه لهم من أنفسهم» این باشد که طرف مدعی نیز به همین ترتیبی که در مورد طرف مدعی علیه گفته شد عاجز از اقامه قسامه باشد و از تکرار سوگند نیز امتناع ورزد که آن‌گاه قسم به مدعی علیه منتقل می‌شود؛ ولی کلام او ظهور در چنین معنایی ندارد.

ثانیاً، اگر بپذیریم که این رأی، مورد پذیرش فقها یا مورد اجماع باشد، با این وصف نمی‌توان به طور قطع گفت که این اجماع، اجماع تعددی بوده و متأثر از روایاتی که مبنای صدور فتوای مشهور شده، نیست بلکه به نظر می‌رسد چنین اجماعی مدرکی است که نمی‌تواند مدرک و مستند مستقلی برای اثبات یک فتوا باشد.

ج) دلیل عقل

محقق خوئی در «مبانی تکمله» پس از نقل روایت مسعده و مانند آن نتیجه می‌گیرد که اکتفا به تکرار سوگند از سوی مدعی بسیار مشکل است. اما سپس می‌نویسد:

آری در تأیید این مطلب (جواز اکتفا به تکرار سوگند) می‌توان گفت قسامه فقط برای احتیاط وضع شده است تا هر فاسقی نتواند کسی را مخفیانه و غافل‌گیرانه به قتل برساند. بنابراین هرگاه علت وضع قسامه این نکته باشد، چگونه ممکن است قصاص معلق بر سوگند پنجاه نفر باشد؟! سوگند پنجاه نفر، بسیار کم اتفاق می‌افتد. چگونه چنین امر نادری می‌تواند موجب ترس و بازداشتن فاسق از ارتکاب مخفیانه قتل شود؟ عقل با پی بردن به این مطلب که قسامه از جهت احتیاط وضع شده و اینکه تشریح آن برای ترس و اضطراب در قتل است در میان این دو نظریه جانب جواز تکرار را خواهد گرفت. چه اینکه سنگینی چنین حکمی دلیل بر ندرت وقوع آن بوده و با غرض شارع مبنی بر صیانت دماء سازگار نخواهد بود. (خوئی، ۱۳۳)

در نقد این استدلال نیز می‌توان گفت: از آنجا که سوگند قسامه از روی حدس قطعی و بر

اساس لوث است در نتیجه همان طور که می توان به افراد کم اکتفا کرد نیز می توان به افراد زیاد نیز اکتفا نمود و همین برای ترس و نگرانی فرد فاسق کافی است تا برای حفظ جاننش به جنایت دست نزند. در غیر این صورت می توان گفت چنان که شارع اهتمام به جلوگیری از وقوع جنایت دارد، به حفظ جان متهم نیز اهتمام می ورزد و این گونه نیست که حفظ جان او از اهمیت کمتری برخوردار باشد. وانگهی فراهم آوردن پنجاه نفر برای قسامه با فرض لوث و وجود تهمتی از قبیل دشمنی و غیره میان متهم و مقتول فرض نادری نیست، خصوصاً که در قسامه شرط نشده که علم متصدی سوگند علم حسنی باشد بلکه کافی است سوگند خورنده وثوق به قتل داشته باشد هر چند به صورت حدسی.^۱

قول دوم: عدم جواز تکرار سوگند و لزوم تعدد متصدیان سوگند در قسامه

چنانچه در مباحث پیشین اشاره شد قولی در برابر مشهور وجود دارد که می گوید در طرف مدعی، قسامه پنجاه نفر شرط است اما در طرف مدعی علیه فقط پنجاه سوگند شرط است حتی اگر مدعی علیه تمکن از فراهم آوردن افرادی دیگر برای ادای سوگند همراه خود داشته باشد.

در راستای قول به عدم توزیع قسم، مقام معظم رهبری (ر. ک: گلدوزیان، ۱۲۳) و آیت الله شاهرودی (۵۳/۱) قائل به عدم توزیع قسم از طرف مدعی می باشند. صاحب جامع المدارک نیز جواز تکرار سوگند را مشکل دانسته است. (خوانساری، ۲۵۸/۷)

نقد و بررسی ادله

آ) مهم ترین دلیل برای قول به عدم کفایت تکرار سوگند توسط مدعی عبارتست از اینکه قسامه، بر خلاف اصول اولیه در باب قضا و شهادت می باشد. اصل اولیه در این باب آن است که بینه بر عهده مدعی و سوگند بر ذمه منکر باشد. لکن در نهاد قسامه، از همان ابتدا حق ادای سوگند به مدعی داده شده است. در موارد خلاف اصل، باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قدر متیقن در این باب، ادای سوگند توسط پنجاه نفر است. تا این اندازه مورد اتفاق می باشد و مدعی کفایت پنجاه سوگند توسط تعدادی کمتر از پنجاه نفر باید قول خویش را با دلیل اثبات

۱. یکی از شبهات جدی در بحث قسامه آن است که اگر در قسم خوردگان وجود علم شرط است، چرا به شهادت دو نفر از ایشان اکتفا نشود؟ ممکن است در جواب گفته شود فرض تمسک به قسامه در مواردی است که هر پنجاه نفر حالف، از فساق باشند که در این صورت شهادت ایشان پذیرفته نخواهد بود. لکن برخی با بعید دانستن این فرض، در جهت حل اشکال مزبور گفته اند: اگرچه در قسم، علم و قطع به متعلق قسم شرط است و ظن کافی نیست اما همین که منشأ قطع به متعلق قسم، مبادی حدسی باشد کافی است. اگرچه این گونه علم در مورد شهادت پذیرفته نیست. (مکارم شیرازی، ۳۴۶/۲)

نماید.

ب) دلیل دوم اینکه به عقیده ما قاعده معروف «درأ الحدود»، شامل شبهات حکمی در موضوع قصاص نیز هست. (محقق داماد، ۴ / ۸۱) بنابراین محل بحث ما مشمول قاعده درأ است و باید گفت اثبات قطعی حکم قصاص در این مورد ممکن نیست. با نظر به آنچه گفتیم به نظر ما اصلاح ماده ۲۴۸ قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ مبنایی صحیح داشته و کاملاً قابل توجیه است.

علاوه بر این می‌توان گفت در ذیل برخی از روایات قسامه چنین آمده است: «در صورتی که از سوگند خوردن سرباز زند فقط آنچه که بر آن سوگند خورده و به صدق او اطمینان وجود دارد به او داده می‌شود. در این زمینه حاکم می‌تواند به کمک سوال و تحقیق و تفحص به حقیقت مطلب پی برد.» (صدوق، ۴ / ۸۰) عبارت مذکور قرینه‌ای است بر این معنا که قسامه اماره‌ای تعبدی نیست. بنا بر این والی اسلامی چنان‌که در شرایطی در کارایی و طریقت سوگندهای مکرر شک کند، حتی اگر مبنای تکرار را به درستی بتوان از روایات به‌دست آورد باز می‌تواند با قانون‌گذاری مشخص، به آن اکتفا نکند. محدث نوری در ذیل روایت و در توضیح عبارت «و الوالی یستعین فی ذلک بالسؤال و النظر» می‌فرماید: این عبارت دلالت می‌کند بر اینکه قاضی در [استفاده از] آنچه که آن را در به‌دست آوردن حقیقت موثر بداند، اختیار دارد. بنابراین از عبارت مذکور دلیل بسیاری از مطالبی که در کتاب قضاوت و غیر آن ذکر شده و نصی بر آن وجود ندارد، استخراج می‌گردد. (نوری، ۱۶ / ۷۸۵)

برخی از معاصران نیز گفته‌اند: در ذیل روایات چنین آمده: «والی در موارد حدود و قصاص باید به قسامه اکتفا نکند و واجب است تأمل و رزد و با دقت به سوال و تحقیق پردازد». این تعبیر اگر دلالت بر عدم اکتفا به قسامه در مورد قصاص - حتی در قصاص اعضا تا چه رسد به قصاص نفس - و لزوم حصول یقین یا اطمینان برای قاضی نداشته باشد، دست کم دلالت بر یکسان نبودن مورد قصاص و مورد دیه دارد. اگر چه این روایت در مورد اثبات دیه‌ی جراحات با قسامه شش نفر است، ولی شاید بتوان گفت: تعبیر صدر روایت که می‌فرماید: «در صورتی که از سوگند خوردن سرباز زند فقط دیه آنچه که بر آن سوگند خورده و به صدق او اطمینان وجود دارد به او داده می‌شود.» دلالت بر آن دارد که حصول وثوق و اطمینان به صدق گفتار سوگند خورنده، مطلقاً درباب قسامه شرط شده است و اختصاص به قسامه جراحات ندارد. بنابراین اگر سوگند خورنده در سوگند خود متهم باشد، براساس سوگند او حتی دیه

پرداخت نمی‌شود. با این بیان روشن شد که قصاص اعضا و جروح با قسامه شش نفر ثابت نمی‌شود؛ اما ثبوت آن با قسامه پنجاه نفر مبتنی است بر استفاده اولویت و عدم احتمال فرق فقهی میان قصاص نفس و قصاص اعضا و چنین استفاده و احتمالی بعید نیست. (هاشمی شاهرودی، ۱/ ۶۵)

ج) نقد دیدگاه آقای خوئی: چنانکه گفتیم محقق خوئی در مورد مدعی علیه فتوای مشهور را نپذیرفته و ادای پنجاه سوگند بدون ضمیمه از همان ابتدا را توسط مدعی علیه جایز می‌داند. وی می‌نویسد: «و علی الجملة: فإن تم إجماع علی اعتبار حلف خمسين رجلاً بالإضافة إلى المدعی علیه فهو، و إلا فالظاهر كفاية خمسين يميناً من المدعی علیه، بلا حاجة إلى ضم حلف شخص آخر إليه». به طور خلاصه باید بگوییم مستند این فتوا یک جنبه اثباتی و یک جنبه نفی دارد. اولاً از آنجا که در دعاوی اصل بر آن است که خود مدعا علیه با ادای سوگند خویش را تبرئه کند، بنابراین اثبات خلاف این اصل کلی نیاز به دلیل معتبر دارد. البته در قسامه این مطلب به اثبات رسیده که سوگند متعدد می‌باشد لکن اینکه سوگندهای متعدد باید از سوی افراد متعدد ادا شوند، مطلب دیگری است که نیاز به اثبات جداگانه دارد. ثانیاً استظهار ایشان از روایت صحیحه برید بن معاویه که می‌فرماید: «و إلا حلف المدعی علیه قسامة خمسين رجلاً ما قتلنا و لا علمنا قاتلاً» و بر اساس عبارت «قسامه خمسين رجلاً» این است که این تعبیر یک مرکب اضافی است و معنایش این است که مدعی علیه باید سوگند پنجاه مرد را ادا کند نه اینکه پنجاه مرد باید از جانب مدعی علیه سوگند یاد کنند. و البته عبارت مزبور مطلق است بنابراین باید گفت طبق این اطلاق، منکر می‌تواند بدون نیاز به ضم ضمیمه، ابتداءً پنجاه سوگند را شخصاً ادا کرده خویش را تبرئه نماید. این استظهار قبل از ایشان از سوی مرحوم صاحب جواهر مطرح شده است. (صاحب جواهر، ۴۲/ ۲۴۶)

لکن به نظر می‌رسد این استظهار خلاف ظهور روایت است چه اینکه در روایت مزبور تعبیر «ما قتلنا و لا علمنا قاتلاً» به صیغه جمع به کار رفته است. وانگهی در روایات دیگری که آوردیم، این اطلاق تقیید خورده و سخن از پنجاه نفر است نه صرف پنجاه سوگند.

قول سوم: قول به تفصیل

آقای شیرازی می‌نویسد: اگر قسم خورندگان عادل باشند، قسامه قابل قبول است، اما ادله توزیع قسم، صورتی را که قسم خورندگان عادل نباشند شامل نمی‌شود. به دلایل زیر:

۱. وجوب احتیاط در حفظ دماء مردم و چون اگر با قسم‌های مکرر چند نفر که فاسق

هستند، حکم به قصاص مدعی علیه داده شود، بی احتیاطی روشنی درباره حفظ دماء مردم شده است.

۲. حدیث رضوی که می‌فرماید: قسم خورندگان باید از خیار باشند. یعنی انسان‌های برگزیده و عادل (حسینی شیرازی، ۲۱۳) لازم به یادآوری است ایشان این وجه را به عنوان «مؤید» می‌آورد.

این قول گرچه در صورت پذیرش جواز تکرار سوگند، مطابق با احتیاط است، لکن با آنچه گفتیم روشن شد که اساساً تکرار سوگند توسط مدعی و افراد وابسته به او مبنای محکمی ندارد. آری اگر این قول را بپذیریم، فتوای مطابق احتیاط همان چیزی است که آقای شیرازی مرقوم فرموده است.

نتیجه‌گیری

با نظر به آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که قول به جواز تکرار سوگند از سوی مدعی، که یک فرض خارج از اصل می‌باشد دلیل محکمی ندارد. آنچه با استفاده از ادله قابل اثبات است، اینکه قسامه تنها در یک فرض می‌تواند از ادله اثبات دعوی مدعی قتل باشد و آن، صورتی است که مدعی پنجاه قسم را در قالب پنجاه قسم خورنده ارائه دهد. حتی با توجه به نظر آقای روحانی، می‌توان گفت تنها دلیل توزیع قسم، اجماع است که آن را رد کردیم، و ادله روایی دلالت بر پنجاه نفر قسم خورنده دارد. (روحانی، ۹۹ / ۲۶)

بنابراین فتوای مقام معظم رهبری نیز از احکام حکومتی محسوب نشده و مقتضای ادله، این فتوا و نیز اصلاح مذکور در قانون مجازات اسلامی را یاری می‌نماید.

نکته پایانی که شایان توجه است این‌که با دقت در برخی روایات به نظر می‌رسد قسامه یک نهاد تبعیدی محض نیست. بلکه حاکم اسلامی مأذون است تا با در نظر داشتن شرایط موجود جامعه و در جهت تحصیل حق، این نوع ادله را مطلق گذارد و یا مقید نماید. بنابراین حتی اگر قول به تکرار سوگند از سوی مدعی، اثبات شود باز هم مبنای موجود در قانون مجازات کنونی موجه خواهد بود.

منابع

ابن ادریس، محمدبن احمد، *السرائر الحاوی*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۸.

- ابن بابويه، محمد بن علي، *من لا يحضره الفقيه*، قم: بی نا، ١٣٨٥.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، بی جا: نشر ادب الحوزه، ١٣٦٣.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، قم: دارالفکر، ١٣٦٠.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، بیروت: دارالمعرفه، ١٣٠٠.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: اسلامی، ١٣٦٧.
- حسینی شیرازی، محمد، *الفقه*، باب قصاص، قم: دارالقرآن الحکیم، بی تا.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم: مؤسسه فقه الشیعه، ١٣٧٥.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، محمدباقر موسوی، قم: دارالعلم، ١٣٦٦.
- خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، قم: دارالزهراء، ١٣٠٠.
- _____، *مستند العروه الوثقی*، تهران: لطفی، ١٣٠٠.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق*، قم: دارالکتاب، ١٣٧١.
- سعدی، ابو حبیب، *القاموس الفقهی*، دمشق: دارالفکر، ١٤٠٨ق.
- شربینی، محمد بن احمد، *معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*، بی جا: بی نا، ١٣٦٩.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ١٣٦٠.
- طباطبایی، علی، *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٨ق.
- طبری، محمد بن جریر، *تاریخ طبری*، ابوالقاسم پاینده، تهران: اساطیر، ١٣٦٢.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، قم: المکتبه المرتضویه، ١٣٦٣.
- _____، *تهذیب الاحکام*، قم: دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٤.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار علیهم السلام، ١٣٧٩.
- قانون مجازات اسلامی*، تهران: طرح نوین اندیشه، ١٣٨٥.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، قم: دارالحديث، ١٤٢٩ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، *بحار الانوار*، بیروت: مؤسسه الطبع و النشر، ١٤١٠ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ق.
- مدنی کاشانی، رضا، *کتاب القصاص للفقهاء و الخواص*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٠ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس*، بیروت: دارالفکر، ١٤١٤ق.
- مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، قم: بی نا، بی تا.

- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهية*، قم: مدرسه امام امیرالمومنین، ۱۴۱۱ق.ا.
- موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم: مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵.
- نسائی، احمد بن علی، *السنن الصغیر*، حلب: مکتب المطبوعات، ۱۹۸۶م.
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل*، بیروت: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، *قوانین فقهية معاصرة*، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۰.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹۴، ص ۹۳-۱۱۸

بررسی تطبیقی دو قاعده جبّ و عفو عمومی* از منظر فقه و حقوق

سید علی غیور باغبانی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق پردیس بین الملل دانشگاه فردوسی مشهد

Email: Seidalighayour1@gmail.com

دکتر حسین صابری^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@um.ac.ir

چکیده

یکی از قواعد فقهی برای کفاری که مسلمان می‌شوند قاعده جبّ است این قاعده مبنای رحمت و رأفت اسلامی برای نفی مجازات از کافرانی است که مسلمان می‌شوند. از سوی دیگر عفو عمومی اقدامی است که به منظور محو کردن و زدودن از حافظه قانون نسبت به برخی از جنبه‌های رفتار مجرمانه ارتكابی توسط مجرم صورت می‌گیرد، این عفو غالباً به گروه‌هایی از مردم اعطا می‌شود که مرتکب جرایم سیاسی شده باشند. این دو مقوله از ادبیات نظری متفاوت برخوردار هستند، اما تشابه‌هایی نیز بین این دو مفهوم وجود دارد. لذا در این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و با هدف، مقایسه و بررسی تطبیقی قاعده جبّ با عفو عمومی از جنبه‌های مختلف فقهی و حقوقی، به بررسی آن‌ها در سه حوزه اصلی تعاریف و مفاهیم، ادله و مستندات و قلمرو پرداخته‌ایم. نتایج حاصله در این پژوهش نشان می‌دهد که رابطه این دو از منظر اشکال چهارگانه منطقی، عموم و خصوص من وجه می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: قاعده جبّ، عفو عمومی، ولی امر، دیون و ضمانات، امور کیفری.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۹/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۱/۲۰.
۱. نویسنده مسئول

مقدمه

با عنایت به اینکه در عصر حاضر افراد زیادی از سایر مکاتب و ادیان به دین مقدس اسلام گرایش می‌یابند ولی این سؤال مطرح است که اعمال گذشته آنان که انطباق با تکالیف اسلامی نداشته چه حکمی دارد؟ در اینجا قاعده جبّ پاسخگوی آنان است. از سوی دیگر با توجه به بحران‌ها، آشوب‌ها، تغییر رژیم‌ها و همچنین بزهکاری‌ها و تخلفات فراوان در کشورهای مختلف تعداد زیادی از مخالفان و مجرمان بازداشت و مورد محاکمه قرار می‌گیرند اما به لحاظ تشنج، مقاومت و ناآرامی‌ها ممکن است مجازات آنان عواقب بدتری را در پی داشته باشد، لذا حکومت‌ها برای رهایی از این موقعیت در این‌گونه موارد اقدام به عفو عمومی می‌کنند، بنابراین شرایط جوامع کنونی اقتضا دارد که هر دو نوع عفو در قالب قاعده جبّ و عفو عمومی به مقدار زیاد واقع شود. ما در این مقاله سعی داریم در ابتدا به بررسی اجمالی، جامع و مستند هریک از آن دو بپردازیم و سپس مقایسه‌ای بین آن دو از جهات مختلف داشته باشیم تا بتوانیم به سوالات زیر پاسخگو باشیم.

قاعده جبّ و عفو عمومی به چه معنایی هستند؟

جایگاه آن‌ها در اسلام کجاست و در مورد چه کسانی قابل اجرا هستند؟

ادله و مستندات آن‌ها در اسلام چیست؟

قلمرو آن‌ها در موضوعات مختلف در چه حدی است؟

وجوه اشتراک و افتراق آن‌ها چیست و چه نسبتی از نسبت‌های چهارگانه منطقی را با

یکدیگر دارند؟

آ- مفهوم لغوی و اصطلاحی دو قاعده جبّ و عفو عمومی

جبّ در لغت به معنای قطع کردن، بریدن و نادیده گرفتن است (جوهری، ۹۶/۱؛ فراهیدی، ۲۴؛ ابن اثیر جزری، ۲۳۴/۱؛ طریحی، ۲۱/۲). و عفو در لغت به معنای دفع سوء یا بلاء، از گناه کسی درگذشتن و مغفرت و ساقط کردن عذاب آمده است (ابن منظور، ۳۷۸/۴؛ معلوف، ۵۱۷؛ معین، ۲۳۱۹/۲؛ دهخدا، ۱۵۹۷۲/۱۰).

جبّ در اصطلاح به قاعده‌ای گفته می‌شود که براساس آن چنانچه کافر مسلمان گردد، قضای عباداتی که در حال کفر به‌جا نیاورده مانند نماز و روزه، پرداخت زکات و همچنین اجرای حدود و مجازات نسبت به تخلفات دوران کفر از او ساقط می‌گردد و مورد مؤاخذه

واقع نمی‌شود پس اسلام ماقبلش را قطع می‌کند یعنی کفر و معصیت‌ها و گناهانی را که از قبل بوده محو می‌نماید (ابن اثیر جزری، ۲۳۶/۱؛ موسوی بجنوردی، ۵۰/۱؛ طریحی، ۳۳۷/۱). عفو عمومی در اصطلاح به معنای نوعی اسقاط حق است مانند حق قصاص یا اجرای حدّ و یا حق جبران خسارت و اقدامی مبتنی بر اغماض و یا مصالح جامعه و فرد است که با تصویب نهادهای حکومتی اعمّ از نهاد رهبری یا مجلس قانون‌گذاری به منظور موقوف ماندن تعقیب متهمان و یا بخشودن تمام یا قسمتی از مجازات محکوم صورت می‌گیرد (طوسی، ۲۹۱؛ خوئی، تکملة المنهاج، ۲۱۵؛ امام خمینی، ۱۸۵/۴-۱۸۷؛ ابن عبد الکریم، ۱۸۲/۳).

اهمیت دو قاعده جبّ و عفو عمومی

قاعده در لغت به معنای ضابطه یا امر کلی است که بر جزئیات بار می‌شود و در اصطلاح به معنای احکام کلی هستند که به وسیله آن مسائل شرعی مشابه هم، از باب‌های مختلف و با احاطه به این قواعد و مقدمات دیگر اجتهاد، برای فقیه ملکه اجتهاد حاصل می‌شود. در جامعه کنونی قاعده جبّ کاربرد فراوان دارد، با توجه به عنصر ارتباطات موارد گوناگونی وجود دارد که کفار با دین اسلام آشنا شده و جذب آن می‌شوند، گاهی کفار از گذشته خود هراس دارند، اما این قاعده با توجه به حالت امتنانی بودن آن باعث گرایش کفار به دین اسلام شده و اعلام می‌دارد که کافرانی که به دلیل اعمال زشت و گناهان گذشته خود ترس این دارند که اگر مسلمان شوند در آسایش و امنیت نخواهند بود و نسبت به اعمال بد خود بازخواست می‌شوند مطمئن باشند این طور نیست بلکه چنانچه مسلمان شوند مجازات، کفاره، قضاء عبادات و... از عهده آن‌ها برداشته می‌شود (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۱۷۸/۲).

از سوی دیگر برای مجازات به عنوان واکنش در مقابل جرم، اهداف مختلفی بیان شده، ولی به یقین از مهم‌ترین اهداف آن بازگرداندن ثبات، آرامش و امنیت به جامعه، اصلاح مجرم و بازگرداندن او از راه خطا به مسیر درست است. اما نمی‌توان گفت که همیشه و در هر شرایطی پیگرد و محاکمه مجرمان بهترین شیوه ایجاد امنیت در جامعه است، بلکه گاهی به فراموش سپردن جرم‌هایی معین که در شرایطی خاص انجام شده‌اند، مصلحت جامعه را بهتر تأمین می‌کند، در چنین شرایطی که مجازات کارایی خویش را از دست می‌دهد و گاه مفساسدی را نیز در پی دارد، نوبت اعمال موارد دیگری چون تعلیق، آزادی مشروط و عفو می‌رسد که به کار بردن درست و به‌جای آن‌ها می‌تواند اهدافی را که از اعمال مجازات انتظار می‌رود به گونه بهتری تأمین کند، از موارد یاد شده عفو کهن‌ترین آن‌هاست که از گذشته بسیار دور در جوامع

مختلف، ادیان و قبایل مطرح بوده و به صورت‌های مختلف اعمال می‌شده است. حضرت علی (ع) درباره اهمیت عفو عمومی فرمودند: «رُبَّ ذَنْبٍ مَقْدَارُ الْعُقُوبَةِ عَلَيْهِ وَ الْمُذْنِبُ بِهِ» یعنی چه بسا جرمی که صرف اعلام و گوشزدکردن به مرتکب برای مجازات‌کردن وی کافی است (لیثی، ۲۶۷) در این‌گونه موارد حفظ شخصیت اجتماعی و عزت و احترام او در جامعه آثار اصلاحی بهتری دارد و شخص (با توجه به تخلفاتی که مرتکب شده) خود را در مقابل مدیریت جامعه و سازمان بدهکار می‌بیند (رجایی، ۵۸). همچنین حضرت علی (ع) به امام حسن (ع) فرمودند: اگر یکی از شما خطایی مرتکب شد عفو همراه با عدالت ضربه‌اش مؤثرتر از مجازات است البته نسبت به کسانی که دارای عقل هستند (رفیعی، ۱۴). امام علی (ع) در این توصیه دو قید آورده‌اند:

اول: عدالت، زیرا عفو زمانی شایسته است که موجب تضییع حقوق دیگران نباشد.
دوم: درک ارزش عفو است، کسی که نمی‌تواند ضربه عفو را درک کند باید ضربه مجازات او را به خود آورد.

ماهیت عفو عمومی

عفو عمومی به معنی نادیده گرفتن جرم است نه اباحه فعل، عفو عمومی اقدامی قانونی است که هدف آن تعطیل نمودن دعوی کیفری است که از وقوع جرم خاصی ناشی شده است با باقی ماندن فعل بر صفت مجرمانه نسبت به غیر کسانی که عفو نسبت به آن‌ها صادر شده است، لذا عفو عمومی وصف جرم بودن را از فعل بر نمی‌دارد بلکه صرفاً ساقط کردن دعوی عمومی است نسبت به گروهی خاص که در مقطع زمانی خاص مرتکب جرم خاصی شده‌اند، با استمرار فعل بر همان حالت که خارج از قلمرو عفو، تعقیب کیفری را در پی دارد (فوده، ۴۳).

ویژگی‌های عفو عمومی

۱- صلاحیت قانون‌گذار در اعطای آن: از نظر حقوق عرفی قریب به اتفاق حقوق‌دانان معاصر، عفو عمومی را از اختیارات قوه مقننه می‌دانند و این مطلب در قوانین بسیاری از کشورهای جهان تصریح شده است (بوشهری، ۱۷۷-۱۷۸) حتی بعضی از نویسندگان حقوق، ملاک عمومی بودن عفو را تصویب قانون دانسته‌اند (گلدوزیان، ۴۰؛ کاتبی، ۲۷) البته این سخن جای تأمل دارد، زیرا در نهایت می‌توان تصویب قانون‌گذار را از شرایط و مختصات آن دانست نه معرف ماهیت.

اما در نظام حقوقی اسلام حق قانون‌گذاری و تعیین مجازات با خداوند است و حق عفو در حقوق الله نیز با اوست که این حق به پیامبر و ائمه علیهم‌السلام و در زمان غیبت به فقیه جامع‌الشرایط به عنوان ولی‌امر مسلمین تفویض شده است و ایشان (پیامبر و امام) در زمان حکومت خویش در مواردی عفو عمومی اعلام کرده‌اند مانند عفو عمومی پیامبر (ص) پس از فتح مکه و عفو عمومی حضرت علی (ع) پس از جنگ جمل، در جامعه اسلامی که نظام امامت و ولی‌امر حاکم است حتی اگر تفکیک قوا مطرح باشد، اعمال هر یک از قوا در صورتی مشروع است که به نحوی به ولی‌امر منتسب شود (منتظری، ۱۱۴/۲).

بر همین اساس در نظام جمهوری اسلامی انتصاب رئیس قوه قضائیه با ولی‌امر است و مصوبات مجلس شورای اسلامی در صورتی معتبر است که به تأیید فقهای شورای نگهبان که از سوی ولی‌امر انتخاب می‌شوند برسد و حکم ریاست قوه مجریه پس از رأی مردم به تنفیذ رهبری نیاز دارد (قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۸، اصل یکصد و دهم بند ۶ و اصل پنجاه و هفتم و اصل هفتاد و دوم و نود و یکم و اصل یکصد و دهم بند ۹). بنابراین عفو (اعم از عمومی و خصوصی) در صورتی مشروعیت دارد که به نحوی به ولی‌امر منتسب شود. عبدالقادر عوده نویسنده برجسته مصری و زید ابن عبدالکریم نیز حق عفو اعم از عمومی و خصوصی را در شریعت اسلامی از آن ولی‌امر می‌دانند (عوده، ۸۱/۱؛ زیدبن عبدالکریم، ۸۸).

۲- نوعی بودن اعمال عفو عمومی: عفو عمومی بدون در نظر گرفتن شخص معین و به صورت نوعی اعمال می‌شود، در عفو عمومی آنچه مورد توجه قرار می‌گیرد جرم است نه شخصیت مجرم از این‌رو، همه جرایم یا برخی از جرایمی را که در برهه زمانی خاصی ارتکاب یافته است بدون توجه به شخصیت مجرمان شامل می‌شود (مدنی، ۱۱۰؛ گارو، ۷۷۹/۲؛ ملک اسماعیلی، ۲۴۷).

۳- ناظر بودن عفو عمومی به جرایم سیاسی یا جرایم عادی در اثنای انقلاب‌های سیاسی: ماده ۵۴ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ مقرر می‌داشت: جنحه و جنایات سیاسی مطلقاً و همچنین جنحه و جنایات عادی که در اثنای انقلابات سیاسی واقع می‌شود ممکن است مورد عفو عمومی گردد (کمانگیر، ۳۶). البته در زمان حاضر، عفو عمومی در جرایم عمومی نیز پذیرفته شده است و اختصاص به جرایم سیاسی ندارد. در قوانین ایران، اولین بار در قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ قید جرایم سیاسی از عفو عمومی حذف شد (مجموعه قوانین سال ۱۳۵۲ نشریه روزنامه رسمی، ص ۶۳ و ۶۴ ماده ۵۵ و ۵۶).

با توجه به بیان ماهیت و ویژگی‌های عفو عمومی شایسته است به طور اجمالی به ذکر وجوه افتراق و اشتراک آن با عفو خصوصی بپردازیم.

وجوه افتراق عفو عمومی و عفو خصوصی

۱- عفو عمومی نوعی است و شخص معین را در نظر ندارد برخلاف عفو خصوصی که ناظر به وضعیت شخص معین و معلوم است. (مدنی، ۱۱۰؛ گارو، ۷۷۹/۲؛ ملک اسماعیلی، ۲۴۷)

۲- عفو عمومی ناظر به گذشته است و جرم ارتكابی را نادیده می‌گیرد اما عفو خصوصی ناظر به آینده است و مجازات قطعی را که باید اعمال شود می‌بخشد و یا تخفیف می‌دهد. (گارو، ۷۸۵/۲)

۳- عفو خصوصی محکومیت را از میان نمی‌برد و محکومیت با تمام آثارش در سبج کيفری محکوم علیه باقی می‌ماند و در صورت تکرار به آن توجه می‌شود اما در عفو عمومی برای محکوم سبج کيفری تنظیم نمی‌شود و اگر شخص مرتکب جرم جدید شود مشمول مقررات مربوط به تکرار جرم نمی‌شود. (اردبیلی، ۲۶۴؛ بوشهری، ۱۱۵)

وجوه اشتراک عفو عمومی و عفو خصوصی

۱- در هر یک از آن دو چنانچه شاکی خصوصی وجود داشته باشد و حق الناس مطرح باشد طبق مواد ۳۲۸ و ۳۳۰ و ۳۳۱ قانون مدنی قابل پیگیری است.

۲- در شریعت اسلام و نظام جمهوری اسلامی حق عفو اعم از عمومی و خصوصی از آن ولی امر می‌باشد. (اردبیلی، ۲۶۱؛ عوده، ۸۱/۱)

۳- اگر عفو اعم از عمومی و خصوصی با نظامات و احکام شرعی تعارض نمایند احکام شرع مقدم می‌شوند مثل اینکه اگر عفو در خصوص حدود باشد چنانچه حدّ توسط بینه اثبات شده باشد امام نمی‌تواند از اقامه حدّ مجرم بگذرد و عفو نماید مگر اینکه مجرم قبل از اقامه بینه شرعی توبه کرده باشد اما اگر مجرم و متهم خود به خطایش اقرار و اعتراف نماید می‌تواند او را مورد عفو و گذشت قرار دهد، البته در مجازات‌های تعزیری امام مبسوط الید است و اختیارات گسترده‌ای در جهت عفو دارد. (اردبیلی، ۲۶۱؛ هاشمی، ۱۰۰)

اقسام عفو عمومی

۱- **عفو مطلق و مقید:** در عفو مطلق، قانون‌گذار هیچ‌گونه شرطی برای استفاده ذی‌نفع از آن در نظر نمی‌گیرد، ولی در عفو مقید و با هدف فردی کردن قانون عفو، شرایطی مانند

پرداخت جزای نقدی، جبران خسارت مجنی علیه یا گرفتن رضایت او، شرط استفاده از عفو عمومی قرار داده می شود.

۲- عفو واقعی و شخصی: در عفو عمومی واقعی تنها نوع جرایم ارتكابی و یا مجازات های تعیین شده برای آن ها را بدون توجه به خصوصیات بهره مندان از آن مدنظر می گیرند. حال آنکه در عفو شخصی قانون گذار، فرد خاص یا شهروندانی را که دارای ویژگی هایی هستند (اسیر جنگی، رزمنده، فاقد سابقه کیفری و...) مشمول عفو عمومی قرار می دهد. لایحه قانونی عفو عمومی متهمان و محکومان جزایی مصوب ۱۳۵۸/۲/۱۹ را می توان نمونه قانون عفو واقعی و مقید دانست. از آن رو واقعی بود که همه کسانی را که تا تاریخ تصویب آن در مراجع قضایی مورد تعقیب قرار گرفته بودند، اعم از اینکه حکم قطعی درباره آن ها صادر شده یا نشده بود (مشروط بر اینکه ذی نفع مرتکب جرایم مندرج در تبصره ۲ آن نشده باشد) حسب مورد از تعقیب یا مجازات معاف کرده بود و از سویی مقید بود، زیرا گذشت شاکی خصوصی را در صورت وجود، شرط بهره مندی از قانون عفو قرار داده بود (آشوری، ۱۸۰).

نتیجه بحث در حوزه معنا و ماهیت

از مقایسه قاعده جبّ و عفو عمومی در معنا و ماهیت نتایج ذیل حاصل می شود:

- ۱- بخشش و گذشت در قاعده جبّ و عفو عمومی نسبت به حق الله صحیح است اما نسبت به حق الناس جایز نمی باشد.
- ۲- در قاعده جبّ بخشش حق الله در زمینه مسائل اعتقادی، اقتصادی، عبادی و کیفری است، اما در عفو عمومی فقط در زمینه کیفری است.
- ۳- بخشش و گذشت در قاعده جبّ مربوط به تخلفات و مجازات های دوران کفر کسی است که مسلمان می شود، اما در عفو عمومی تخلفات و مجازات های او در حال مسلمان بودن یا کافر بودن بخشیده می شود.
- ۴- بخشش شخص گناهکار و متخلف در قاعده جبّ و عفو عمومی براساس مصالح فرد و جامعه صورت می گیرد.
- ۵- قاعده جبّ با توجه به حالت امتنانی بودن آن باعث گرایش کفار به دین اسلام می شود و از سوی دیگر عفو عمومی مجرمان و گناهکاران آثار اصلاحی بهتری بر آنان داشته و خود را در مقابل مدیریت جامعه بدهکار می بیند.
- ۶- عفو عمومی در میان مسلمانان و عفو در بخش کیفری قاعده جبّ در صورتی قابل اجرا

و مشروعیت دارند که به نحوی به ولی امر منتسب شوند.

۷- معیار بخشش در عفو عمومی جرم معین و مشخص است بدون در نظر گرفتن شخص معین لذا عفو به صورت نوعی اعمال می‌شود، اما در قاعده جبّ معیار شخصی است که از کفر به اسلام گرایش می‌یابد اگر اعتقاد قلبی و زبانی به خدا و رسول (ص) داشته باشد مشمول قاعده جبّ قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر در عفو عمومی افراد متعدد با جرم واحد مورد عفو و بخشش قرار می‌گیرند، اما در قاعده جبّ یک فرد با جرم‌های متعدد مورد عفو قرار می‌گیرد.

۸- عفو عمومی در جرایم عمومی و سیاسی اجراء می‌شود، اما قاعده جبّ علاوه بر این‌ها در جرایم اعتقادی و عبادی نیز جاری می‌شود.

۹- در دو مقطع زمانی به جرم و تخلف مجرمان و متخلفان خاص رسیدگی نمی‌شود و مورد بخشش قرار می‌گیرند، یکی زمانی که حکم عفو عمومی صادر شود و دیگر زمانی که کافر مسلمان گردد، در غیر این دو مورد به جرم دیگر اشخاص که مرتکب همین تخلفات و جرائم گردند رسیدگی، تحت تعقیب و مجازات قرار می‌گیرند، به عبارت دیگر عفو عمومی و قاعده جبّ، وصف جرم بودن را از فعل بر نمی‌دارد و ماهیت آن را تغییر نمی‌دهند بلکه صرفاً باعث می‌شوند دعوی عمومی ساقط و مجازات در مقطع زمانی خاص نسبت به گروهی خاص منتفی گردد.

ب- ادله و مدارک دو قاعده جبّ و عفو عمومی

برای قاعده جبّ و عفو عمومی مدارکی ذکر شده است که عبارتند از آیات، روایات، سیره پیامبر و ائمه اطهار علیهم السلام و عقل.

آیات دلالت کننده بر قاعده جبّ

۱- «قُلْ لِلدِّينِ كَفَرُوا ان يَتَّهَوُا يُغْفَر لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ و ان يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ» (انفال: ۳۸) به آن‌ها که کافر شدند بگو: چنانچه از کفر و مخالفت باز ایستند و ایمان آورند گذشته آن‌ها بخشوده خواهد شد و اگر به اعمال سابق بازگردند سنت خداوند در گذشتگان درباره آن‌ها جاری می‌شود.

بر مبنای این آیه قبول و پذیرش اسلام موجب محو و از بین رفتن هر پیشینه‌ای است، پس هر عمل گناهی که انسان انجام داده و حتی واجباتی را که پیش از اسلام خود ترک کرده با پذیرش اسلام قضای آن‌ها از عهده او برداشته می‌شود و عمومیت مای موصوله (ما قد سلف)

در آیه دلیل بر غفران تمام مواردی است که در حال کفر از شخص صادر شده است (مکارم شیرازی، المثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، ۱۷۱/۲).

۲- «و لا تنکحوا ما نکح آباؤکم من النساء الا ما قد سلف انه کان فاحشه و مقتاً و ساء سبیلاً» (نساء: ۲۲) با زنانی که پدران شما با آنها ازدواج کرده‌اند هرگز ازدواج نکنید مگر آنهایی که در گذشته (پیش از نزول این حکم) انجام شده است، زیرا این کار، عملی زشت و تنفرآور و راه نادرستی است.

در زمان جاهلیت رسم بود زمانی که مردی فوت می‌شد و همسر و فرزندان داشت، فرزندان همانگونه که متاع و مال را ارث می‌بردند، همسر پدر را هم به ارث می‌بردند و با او ازدواج می‌کردند، اما خداوند این آیه را نازل کرد و از این نوع ازدواج‌ها نهی کرد و فرمود اگر کسی چنین کاری انجام دهد مورد بازخواست قرار می‌گیرد، اما با جمله (الا ما قد سلف) مگر آنچه در گذشته انجام شده، استثناء صورت گرفته است. اگر این عمل پیش از مسلمان شدن شخص انجام شده باشد مجازات بر این عمل به جهت لطف و امتنان الهی بر شخص برداشته می‌شود و این معنای قاعده جبّ است (همان، ۱۶۷/۳؛ مصطفوی، ۳۸).

۳- «عفا الله عما سلف و من عاد فینتقم الله منه و الله عزیز ذو انتقام» (مائده: ۹۵). خداوند از آنچه در گذشته واقع شده است (عما سلف) انسان را عفو نموده و با الغای خصوصیت از مورد (شأن نزول ممنوعیت صید در حال احرام است) و اینکه مورد مخصص قرار نمی‌گیرد، این آیه می‌تواند دلیل بر قاعده جبّ باشد (مکارم شیرازی، همان).

از بررسی آیات فوق به اعتبار جمله (ما سلف) بدست می‌آید که گناهان و تخلفاتی که از شخص کافر قبل از اسلام سرزده است قابل بخشش و گذشت می‌باشد لذا این آیات می‌توانند دلیل بر قاعده جبّ باشند.

آیات دلالت کننده بر عفو عمومی

۱- «و ما خلقتنا السماوات و الارض و ما بینهما الا بالحق و ان الساعة لآتیه فاصفح الصفح الجمیل» (حجر: ۸۵) و ما آسمان‌ها و زمین و هر چه بین آنهاست به جز برای مقصودی صحیح و حکمتی بزرگ خلق نکرده‌ایم و البته قیامت حقیقت است و خواهد آمد. اکنون توای رسول ما از این منکران، نیکو در گذر با روی خوش آنها را به حق دعوت کن و اگر نپذیرند دلتنگ نباش.

همان‌گونه که مشهود است در آیه شریفه فوق خداوند به پیامبرش دستور می‌دهد که در

برابر اجابت‌ها، تعصب‌ها، مخالفت‌ها و کارشکنی‌های منکران ملائمت و محبت نشان بدهد و از گناهان آن‌ها صرف‌نظر کند و آن‌ها را مورد عفو قرار دهد. با توجه به اینکه این آیه در خصوص بخشش و عفو پیامبر (ص) در مورد منکران و کافران در زمان کفرشان است، بنابراین عفو و گذشت در اینجا ارتباطی به گذشته آن‌ها ندارد و این آیه به قاعده‌جبّ مربوط نمی‌شود. (همان، ۵/۵۴۴)

۲- «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» (اعراف: ۱۹۹) ای رسول ما طریقه عفو و بخشش پیش گیر و امت را به نیکوکاری امر کن و چنانچه نپذیرند از مردم نادان روی بگردان که بر تو جز دعوت و اتمام حجت نیست.

این آیه، شرایط تبلیغ و رهبری و پیشوایی مردم را به صورتی جالب و فشرده بیان می‌کند و با آیات گذشته که به مسأله تبلیغ مشرکان اشاره می‌کند نیز تناسب دارد. نخست به سه قسمت از وظایف رهبران و مبلغان به صورت خطاب به پیامبر (ص) اشاره می‌کند و در آغاز می‌گوید: در طرز رفتار با مردم سختگیر مباش، عذرشان را بپذیر و بیش از آنچه قدرت دارند از آن‌ها مخواه و به هر حال نسبت به آن‌ها طریق عفو و اغماض و مدارا پیشه کن، سپس دومین دستور (امر به معروف) و در مرحله سوم دستور (تحمل و بردباری در برابر جاهلان) را صادر می‌کند. همان‌گونه که مشهود است سخن از عفو و بخشش جاهلان است و صحبتی از عفو پس از هدایت شدن به اسلام نیامده است تا به جبّ مربوط شود (سبحانی، ۲/۳۲۷).

۳- «فَبِمَا نَقَضْتُمْ مِيثَاقَهُمْ لَعْنًا هُمْ وَ جَعَلْنَا قُلُوبَهُمْ قَاسِيَةً يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَن مَوَاضِعِهَا وَنَسُوا حَظًّا مِمَّا ذُكِّرُوا بِهِ وَ لَا تَزَالُ تَطَّلِعُ عَلَى خَائِنَةٍ مِنْهُمْ إِلَّا قَلِيلًا مِنْهُمْ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَ اصْفَحْ أَنْ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ» (مائده: ۱۳). پس چون (بنی اسرائیل) پیمان شکستند آنان را لعنت کردیم و دل‌هایشان را سخت گردانیدیم (که موعظه در آن‌ها اثر نکرد) کلمات خدا را از جای خود تغییر می‌دادند و از بهره آن کلمات که به آن‌ها پند داده شده (در تورات) نصیب بزرگی را از دست دادند و توای رسول ما دائم بر خیانتکاری و نادرستی آن قوم مطلع می‌شوی جز قلیلی از آن‌ها (مانند عبدالله سلام) که مردمی با ایمان و نیکوکارند پس تو از آن‌ها در گذر و از کار بدشان عفو کن که همانا خدا نیکوکاران را دوست می‌دارد. در این آیه نیز سخن از عفو پس از اسلام آوردن نیست تا شامل قاعده جبّ شود بلکه مربوط به عفو عمومی است. (همان، ۱/۵۰۰)

۴- «الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَ الْكَاطِمِينَ الْغَيْظَ وَ الْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ» (آل عمران: ۱۳۴)

کسانی که از مال خود به فقرا در حال وسعت و تنگدستی انفاق می‌کنند و خشم و غضب خود فرو نشانند و از بدی مردم درگذرند چنین مردمی نیکوکارند و خدا دوستدار نیکوکاران است.

خداوند در این آیه پرهیزکاران را معرفی و چند صفت از اوصاف عالی و انسانی آن‌ها را ذکر می‌کند. یکی از این صفات عفو و اغماض نسبت به دیگران و رأفت در مقابل بدی آن‌هاست. جالب آنکه در این آیه خداوند به مرحله عالی عفو اشاره دارد و آن نیکی بعد از عفو به طرف دیگر یعنی معفو عنه است در واقع اگر با رعایت مقتضیات و شایستگی معفو عنه، مقام اعطا کننده عفو، بدی‌ها و اعمال ناشایست او را به نیکی جبران کند و زمینه مادی و معنوی بازگشت شخص به مسیر خیر را فراهم آورد این عفو و گذشت ارزش بسیار والایی خواهد داشت و زمینه دشمنی و عداوت، زوده و مهربانی و عطوفت جایگزین آن خواهد شد (مکارم شیرازی، المثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، ۳/۲۳۰). در این آیه نیز سخن از عفو عمومی است و صحبتی از عفو پس از اسلام نیست تا شامل قاعده جبّ گردد. همچنین آیات ۸۶ سوره حجر و ۳۳ و ۳۴ سوره شوری نیز بیانگر عفو عمومی هستند که به لحاظ طولانی شدن مطلب از ذکر آن‌ها خودداری می‌کنیم.

روایات دلالت کننده بر قاعده جبّ

حدیث نبوی معروف (الاسلام یجبّ ما قبله) اسلام ماقبلش را قطع می‌کند (ابن ابی جمهور، ۵۴/۲) این حدیث مهم‌ترین مدرک قاعده جبّ به حساب می‌آید به طوری که حتی اسم این قاعده از آن گرفته شده است. حدیث جبّ در بیشتر نقل‌ها، مرسل بوده و به دلیل ارسال ضعیف شمرده شده است، اما بسیاری از فقها بیان داشته‌اند که به دلیل شهرت آن در بین اصحاب و عمل فقها معتبر بوده و ضعف آن جبران شده است. (حکیم، ۵۱/۷)

عمل مشهور به حدیث جبّ: مشهور فقیهان به مفاد این حدیث عمل نموده و فتوا داده‌اند و شهرت، ضعف سند را جبران می‌کند. (حسینی مراغی، ۴۳۰/۱) این دیدگاه را برخی از فقیهان نپذیرفته و به همین دلیل حدیث جبّ در معرض کنکاش قرار گرفته است. (خوئی، مستند العروة الوثقی، ۱/۱۳۴)

کثرت نقل حدیث جبّ: این حدیث در منابع متعدد به طرق گوناگون و با عبارات متنوع نقل شده است:

«اما علمت أنّ الاسلام یجبّ ما کان قبله» (ابن حنبل، ۲۰۵/۴). «اما علمت أنّ الاسلام یهدم

ما کان قبله» (متقی هندی، ۶۷/۱)، «الاسلام یجب ما قبله» (ابن ابی جمهور، ۵۴/۲)، «الاسلام یجب ما کان قبله» (نوری، ۲۲۱/۱۸). کثرت نقل حدیث تا حدی است که برخی از فقیهان مانند میرزای قمی فرموده‌اند: کثرت نقل مضمون حدیث (الاسلام یجب ما قبله.....) در حدی است که مورد قبول واقع شده و حدیثی مستفیض و ادعای تواتر معنوی آن نیز شده است که از مجموع آن‌ها به صدور مضمون حدیث از پیامبر اکرم (ص) قطع حاصل می‌شود. (قمی، ۵۲/۴)

تأیید حدیث جب با حدیث صحیح: مرحوم کلینی، شیخ صدوق و شیخ طوسی با سند صحیح از محمد بن یحیی عن محمد بن احمد بن یحیی عن جعفر بن رزق الله نقل نموده‌اند که در زمان متوکل مرد نصرانی با زن مسلمان مرتکب زنا شد، وقتی می‌خواستند بر او حد جاری کنند او مسلمان شده و قاضی آن زمان (یحیی بن اکثم) گفت: اسلام او کفر عصیان او را از بین برد. امام علی النقی (ع) در پاسخ با استناد به آیه «فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحَدُّهُ وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا» (غافر: ۸۴) می‌فرماید: یضرب حتی یموت (کلینی، ۲۳۸/۷) ترجمه: آنگاه که شدت قهر و عذاب ما را به چشم دیدند در آن حال از کفر و شرک پشیمان شده و گفتند ما به خدای یکتا ایمان آوردیم و به همه بتهایی که شریک خدا گرفتیم کافر شدیم اما ایمانشان پس از دیدن مرگ و مشاهده عذاب ما بر آن‌ها هیچ سودی نبخشد. اگر چه این حدیث صحیح مطابق مضمون حدیث جب نیست، اما برای تأیید آن ثمره‌ای مهم دارد و از جامعه‌ای با حضور معصوم (ع) به ما شناخت می‌دهد که در آن روزگار قاعده جب به صورت آشکار رایج بوده است، به طوری که حتی غیرمسلمانان از وجود چنین قاعده‌ای آگاهی داشته که به صورت درست و یا نادرست به آن پناه می‌برده‌اند و از سوی دیگر اولین چیزی که در دادگاه به ذهن قاضی می‌رسد قاعده جب بوده است. بدون تردید امام (ع) با استناد به آیه قاعده جب را رد نکرده، بلکه یکی از شرایط آن را یادآور می‌شوند که اسلام آوردن باید پیش از برپایی دادگاه باشد و پس از آن، قاعده جب کاربردی ندارد.

روایات دلالت کننده بر عفو عمومی

در مورد جواز عفو، روایات زیادی وارد شده است که به بعضی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

(حر عاملی، ۳۰۳/۱۸-۳۲۱)

۱- روایت صحیح ضریس کناسی: ضریس کناسی نقل می‌کند امام باقر (ع) فرمود: به جز شخص امام، کسی نمی‌تواند از اجرای حدود مربوط به حق‌الله گذشت کند، اما اگر اجرای حدود مربوط به نقض حق‌الناس باشد، کسان دیگری غیر از امام نیز می‌توانند از اقامه آن

چشم پوشی کنند. زنجیره سند این روایت تا ضریس کناسی صحیحه است ولی شخص ضریس کناسی در بین رجال حدیث ناشناخته است. مگر اینکه این نقص را با بودن ابن محبوب در سلسله سند روایت که از اصحاب اجماع است جبران کنیم.

۲- روایت حمران از امام باقر (ع): امام باقر (ع) فرمود: پشیمانی از گذشت (عفو) بهتر و آسان تر است تا پشیمانی از کیفر. در شرح این روایت باید گفت که اگر در عفو اشتباهی رخ دهد و بعد مشخص شود که این عفو مورد نداشته است، این پشیمانی بهتر و آسان تر است از موردی که ستمگر مجازات شود و آنگاه مشخص شود که اگر او مورد عفو قرار می گرفت، بهتر بود. عبدالقادر عوده می نویسد: مبنای این اصل سخن رسول خدا (ص) است. امام اگر در عفو اشتباه کند، بهتر است از اینکه در مجازات خطا کند. معنای این اصل آن است که حکم به مجازات صحیح نیست مگر در صورتی که ارتکاب جرم از سوی مجرم ثابت شود و نیز ثابت شود که نص تحریم کننده بر جرم منطبق است. پس هرگاه در ارتکاب جرم توسط شخص و یا در انتخاب نص تحریم کننده بر فعلی که به متهم نسبت داده می شود، شک وجود داشته باشد، عفو آن شخص یعنی، حکم به برائت او واجب است، چون برائت متهم در حالت شک از مجازات برای اجتماع بهتر است و به تحقق عدالت دعوت می نماید. مبدأ خطا در عفو، بر تمام جرایم منطبق می شود، لذا بر جرایم مستوجب حدود، قصاص، دیه و جرایم تعزیری منطبق می شود. (عوده، ۲۱۷/۲) روایت های مرسل برقی و حسن بن علی بن شعبه و مالک بن عطیه نیز بیانگر عفو هستند.

از بررسی این دسته از روایات می توان اینگونه نتیجه گرفت، روایاتی که مربوط به قاعده جبّ است جمله (یجبّ ما قبله) در همه آنها مشهود است یعنی گناهان و خطاهای کفار قبل از اسلام بخشیده می شود اما روایات مربوط به عفو عمومی این قید را ندارند و صرفاً به نیکو بودن عفو و گذشت در حقوق الله و ملاک و معیار این بخشش پرداخته اند.

سیره در قاعده جبّ

از جمله مواردی که بر این قاعده دلالت می کند برخورد پیامبر (ص) با کفاری است که اسلام آوردند. همچون نمونه زیر: در تفسیر قمی در ذیل آیه «وَقَالُوا لَنْ نُؤْمِنَ بِكَ حَتَّى تُفَجِّرَ لَنَا مِنَ الْأَرْضِ يَنْبُوعًا» (اسراء: ۹۰) آمده است، این آیه در خصوص عبدالله بن ابی امیه برادر ام سلمه نازل گشته و ماجرا چنین بوده که برادر ام سلمه، رسول خدا (ص) را به شدت تکذیب می کرد و از حضرت می خواست که در صورت صحت ادعای نبوتش از زمین برای آنها

چشمه آبی ایجاد نماید تا اینکه پس از فتح مکه در حضور پیامبر اظهار اسلام کرد. پیامبر اکرم (ص) از وی روی بازگرداند و اسلام او را نپذیرفت سپس پیامبر اکرم (ص) داخل شد و ام سلمه گفت: پدر و مادرم فدای تو بادای رسول خدا آیا شما نفرمودید: اسلام ماقبلش را قطع می‌کند. پیامبر فرمودند: بله و در نهایت اسلام عبدالله بن ابی امیه را قبول کردند (قمی، ۲۶/۲؛ مجلسی، ۱۱۴/۲۱) دلیل بودن سیره، برای قاعده جبّ از این رو مهم است که سیره در واقع نقطه مشترک دو دیدگاه موافق و مخالف است. آنان که حدیث جبّ را به دلیل ضعف در سند آن مورد نقد قرار می‌دادند از باب سیره قطعیه پیامبر (ص) می‌پذیرند (خویی، مستند العروه الوثقی، ۲۶۴/۱) به نظر می‌رسد اگر حجیت قاعده جبّ را از باب سیره بدانیم دیدگاه‌های متفاوت تأمین شده و توافق کامل حاصل می‌گردد. تعدادی از فقیهان درباره حدیث دیدگاه خاص دارند و در همان چارچوب تعریف شده حرکت کرده و خارج از آن دایره را بر نمی‌تابند و از آنجایی که حدیث جبّ مرسل بوده آن را نمی‌پذیرند ولی از باب سیره متسالم دانسته‌اند.

سیره در عفو عمومی

۱- در ماجرای جنگ احد که مسلمانان در آغاز جنگ با اتحاد و شجاعت خاص جنگیدند و در مدت کوتاهی پیروز شدند ولی به علت نافرمانی جمعی از تیراندازان که سنگر خود را رها کردند و مشغول جمع‌آوری غنائم شدند، جنگ مغلوب شد و شکست سختی به لشکر اسلام وارد آمد. خداوند در آیه ۱۵۲ سوره آل عمران علل شکست را توضیح می‌دهد. و در آیه ۱۵۹ همین سوره فرمان عفو عمومی را صادر فرمود، زیرا پس از مراجعت مسلمانان از احد کسانی که از جنگ فرار کرده بودند اطراف پیامبر (ص) را گرفتند و ضمن ابراز ندامت تقاضای عفو و گذشت کردند و پیامبر با آغوش باز، خطاکاران توبه کار را پذیرفت. (مکارم شیرازی، المثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، ۳۱۳/۳)

۲- مصلحت اندیشی پیامبر اکرم (ص) در غزوه بنی المصطلق که به چیره‌شدن سپاه اسلام بر قبیله بنی المصطلق و اسارت عده زیادی از مردان و زنان و کودکان آن‌ها انجامید جالب توجه است، چرا که ایشان با حویری، دختر رئیس این قبیله که در میان اسیران بود ازدواج کردند و در نتیجه مسلمانان به پاس حرمت همسری او با پیامبر (ص) کلیه اسرای خود را آزاد کردند و بدین ترتیب عملاً شورشیان از مزایای عفو عمومی بهره‌مند شدند و با این تدبیر حارث بن ابی‌ضرار رئیس قبیله و عده‌ای از نزدیکان او نیز به مدینه آمدند و مسلمان شدند.

۳- پیامبر اکرم (ص) پس از فتح مکه در سال هشتم هجرت عفو عمومی اعلام کردند.

پیامبر (ص) در این روز فرمودند: شما مردم، هموطنان بسیار نامناسبی بودید، رسالت مرا تکذیب کردید و مرا از خانه‌ام بیرون راندید و در دورترین نقطه که من به آنجا پناهنده شده بودم با من به نبرد برخاستید، ولی من با این جرایم همه شما را بخشوده‌ام و اعلام می‌دارم که بروید، همه شما آزاد هستید. (سبحانی، ۳۳۸/۲)

۴- علاوه بر سیره پیامبر (ص) سیره سایر ائمه (ع) نیز می‌تواند در این زمینه مورد توجه قرار گیرد. ابن ابی‌الحدید در شرح نهج‌البلاغه می‌نویسد: علی (ع) بر مردم بصره چون چیره شد، تیغ از آنان برگرفت و منادی آن حضرت در محل اجتماع بصریان ندا می‌داد که هر کس از میدان کارزار عقب نشسته، تعقیب نمی‌شود و بر هیچ مجروحی حمله نمی‌شود و هیچ اسیری کشته نخواهد شد و هر کس که سلاح خود را بر زمین گذارد در امان است و آن کس که خود را به جمع لشگریان امام برساند در امان می‌ماند و از جرم آنان چشم پوشی می‌شود. (منتظری، ۶۰۷/۳)

بنابراین همانگونه که مشاهده شد از برخورد پیامبر (ص) و حضرت علی (ع) در چهار ماجرای جنگی فوق بدست می‌آید که همه آن موارد مربوط به عفو عمومی است، زیرا در هیچ یک سخن از اسلام آوردن پس از کفر نشده است بلکه عفو انجام شده یا در خصوص مسلمانان است یا کفار.

عقل در عفو عمومی

در برخی از مواقع عفو، گذشت و تسامح، به حکم عقل کارسازتر از انتقام و مجازات است. چه در مواردی که مصلحت جامعه اقتضا می‌کند عفو صورت بگیرد اعطای عفو، کینه توزی، عداوت و دشمنی را در افراد بشر از بین می‌برد و آثار تربیتی و اصلاحی فراوانی را نیز به دنبال دارد.

ادله عفو در حقوق موضوعه

در نظام حقوقی اسلام که نظام جمهوری اسلامی برگرفته از آن است، اختیار عفو اعم از عمومی و خصوصی با امام جامعه و ولی‌امر است و در قانون اساسی نیز این اختیار از وی سلب شده است، بنابر اصل ولایت مطلقه فقیه که در قانون اساسی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۶۸ نیز پذیرفته شده است، اختیار عفو عمومی با ولی‌امر است و ایشان می‌توانند این اختیار را به دیگری تفویض کنند. اما اینکه حقوق‌دانان، صلاحیت وضع و تصویب قوانین عفو را در انحصار قوه مقننه می‌دانند برپایه این اندیشه است که هیچ مرجع دیگری جز قانون‌گذار، که

خود تعیین کننده جرایم و مجازات‌هاست نمی‌تواند وصف مجرمانه را از اعمالی که در گذشته جرم بوده است بگیرد، ولی اقدام به عفو عمومی به معنای اسقاط اعتبار قانون کیفری و مباح جلوه دادن اعمال مشمول عفو نیست. (اردبیلی، ۲/۲۶۸)

با این حال به نظر می‌رسد قوه مقننه نیز می‌تواند به عفو عمومی اقدام کند، زیرا اگرچه در قانون اساسی در باب اختیارات مجلس شورای اسلامی سخن از عفو عمومی به میان نیامده است، ولی اصل هفتاد و یکم به مجلس شورای اسلامی اختیار داده است که در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی، قانون وضع کند. مشروط بر اینکه قوانین مذکور با اصل و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت نداشته باشد. (همو، ۲/۲۶۸)

حال چنانچه مجلس شورای اسلامی بنا به مصلحت، قانونی مبتنی بر عفو عمومی تصویب کند و سپس به تصویب شورای نگهبان برسد آن قانون لازم‌الاجرا خواهد بود. بنابراین می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که بخشش و عفو در قاعده جبّ در اختیار خداوند است و آثار مربوط به این عفو در دنیا در اختیار ولی فقیه است. اما بخشش و گذشت در عفو عمومی در اختیار ولی فقیه یا قوه مقننه است.

ج- بررسی قلمرو دو قاعده جبّ و عفو عمومی

قلمرو قاعده جبّ

برای بیان قلمرو قاعده جبّ و به دست آوردن معیار کلی و درست، این قاعده را در سه محور حقوق الله، حقوق الناس و حقوق مشترک بررسی می‌کنیم.

۱- **حقوق الله:** تمامی احکام شرعی مانند نماز و روزه که از فروعات دین بوده و جزء حق الله می‌باشند با قاعده جبّ ساقط می‌گردد و هر چیزی که وضع آن به دست شارع باشد رفع آن هم به دست اوست. شارع قاعده جبّ را وضع نموده تا حق الله را با تمام مصادیق آن از تازه مسلمانان بردارد و آنان را عفو نماید. (حسینی مراغی، ۲/۴۹۶)

۲- **حقوق الناس:** در کاربرد رایج آن بر دو دسته‌اند: حقوق الناس با منشأ عقل و بنای عقلاء، حقوق الناس با منشأ شرع و دین.

دسته اول همواره در جامعه بشری موجود بوده و شرع در به وجود آمدن آن نقشی نداشته مانند: دیون، ضمانت‌ها، تعهدهای مختلف مدنی و اجتماعی که همه این گونه حقوق از قلمرو قاعده جبّ بیرون است. این قاعده حق الناس را از بین نمی‌برد به دلیل امتنانی بودن آن لذا در

جایی که خلاف امتنان لازم آید جاری نمی‌شود و نادیده‌گرفتن حق الناس خلاف امتنان است. دسته دوم که منشأ شرعی داشته و خداوند این حق را برای مردم قرارداد در قلمرو این قاعده قرارداد و با آن ساقط می‌گردد مانند خمس و زکات. (موسوی بجنوردی، ۲۶۲/۳)

۳- حقوق مشترک: شاخه سوم، حقوق نه بلکه حق الله و حق الناس در یک موضوع جمع شده است. (نجفی، ۶۲/۱۵) پس بسیاری از فقها تأکید کرده‌اند که اگر فعلی از دو جنبه حق الله و حق الناس برخوردار باشد فقط جنبه حق الله آن مورد شمول قاعده جبّ قرار می‌گیرد اما جنبه حق الناس به قوت خود باقی است مثلاً اگر کافری سرقت در حال کفر کرده باشد و قبل از برگرداندن مال به مالک مسلمان گردد حد سرقت از او برداشته می‌شود ولیکن ضمان او و اخذ مال از او برای صاحب مال باقی است.

تطبیق قلمرو قاعده جبّ در ابواب مختلف فقه

برای بیان موارد شمول و عدم شمول قاعده جبّ ابتدا مهم‌ترین افعالی را که از کافر صادر می‌شود در تطبیق با احکام اسلامی ذکر می‌کنیم.

آ) در مسائل اعتقادی

آنچه معصیت الهی است همانند ظلم و کفر و شرک و فساد در زمین و مانند آن، شرک و کفری که از سوی کافر واقع شده با مسلمان شدن کافر برداشته می‌شود و بی‌شک مشمول قاعده جبّ واقع می‌گردد و این طور فرض می‌شود که گویا شخص کافر نبوده است، بنابراین عذاب اخروی هم نسبت به کفر پیش از اسلام مترتب نمی‌گردد، زیرا این مورد اعتقادی و حق‌الله محسوب می‌شود.

ب) در مسائل عبادی

۱- نماز و روزه: افعالی که در اثر ترک آن قضا وجود دارد، عبادت‌هایی هم چون نماز و روزه که کافر در حال کفر انجام نداده است با اسلام آوردن کافر قضای این عبادات از عهده او برداشته می‌شود.

۲- حج: اعمالی که قضا ندارد بلکه با وجود شرایط، دائمی است همانند حج، هرگاه کافر مستطیع باشد و حج را انجام ندهد، سپس فقیر شود آنگاه مسلمان شود در وجوب حج از نظر امامیه دو دیدگاه وجود دارد مشهور فقها معتقدند که انجام حج واجب شده در حال کفر از او ساقط است. اگر استطاعت پس از اسلام باقی بماند ظاهراً انجام حج واجب است، زیرا وجوب پس از اسلام به شخص متوجه شده است (فاضل لنگرانی، ۲۶۳/۱). برخی از فقها نیز معتقدند

کافری که مستطیع بوده، اما حج را به‌جا نیاورده سپس فقیر شده و در آن حال اسلام آورده است به دلیل استصحاب، انجام حج دوران کفر، واجب است (نراقی، ۱۱/۸۶).

مشهور فقها برای اثبات نظریه خود استدلال کرده‌اند که حج از جمله حقوق خداوند است و آن فرقی نمی‌کند که حق بدنی تنها باشد مانند نماز یا مالی تنها مانند زکات یا از هر دو ترکیب یافته باشد مانند حج زیرا حق انسان‌ها در آن داخل نیست و با اسلام آوردن فرد این وجوب نیز برداشته می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱/۵۳).

۳- خمس و زکات: بحث در مواردی است که نسبت به آن‌ها حق شرعی تعلق گرفته است سپس موضوعش از بین رفته یا از بین نرفته است در حالی که کافر در حال کفرش انجام نداده باشد و آنگاه مسلمان شود مانند اموالی که بر آن زکات تعلق می‌گیرد. امامیه و اهل سنت در مورد خمس و زکات کافری که مسلمان شده یک نظر دارند و معتقدند که خمس و زکاتی که در حال کفر بر کافر واجب شده با اسلام آوردن کافر این وجوب برداشته می‌شود.

برخی از فقها اشکال کرده‌اند که زکات سهم فقراست پس از حقوق مردم می‌باشد بنابراین زکات از معیار قاعده خارج است. پاسخ این است: مراد از حقوق مردم براساس عرف، حقوقی است که عقلاً آن را به وجود آورده‌اند و شارع آن را امضاء کرده مانند ضمانات و دیون پس این حقوق متعلق عفو و مورد قاعده نیستند. اما حقوق مردم که شارع آن‌ها را به وجود آورده مانند زکات همان‌گونه که وضعش به دست شارع است رفعش هم به دست اوست پس داخل قاعده است. (مصطفوی، ۴۲)

۴- طهارت‌های سه‌گانه: شرط صحت نماز طهارت است (غسل، وضو، تیمم) بنابراین کسی که در زمان کفر محدث به حدث اکبر یا حدث اصغر شده باشد آیا به استناد قاعده جبّ وجوب غسل یا وضو یا تیمم بدل از آن دو از وی ساقط می‌شود یا خیر؟ در این مورد فقهای امامیه اختلاف نظر دارند، قول مشهور آن‌ها این است که آثار حدث در دوران کفر با مسلمان شدن برطرف نمی‌گردد و مشمول قاعده جبّ نمی‌شود پس بر کافر واجب است پس از مسلمان شدنش برای نمازهایش، از این موارد پاک شود و طهارت داشته باشد (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲/۱۸۴). لازم به ذکر است اگر کافر پاکیزه شد و یا غسل از جنابت کرد سپس اسلام آورد به غسل و وضوی قبل از اسلام اعتنا نمی‌شود و نیاز است که مجدد طهارت و غسل نماید، زیرا طهارت و غسل نیاز به قصد قربت دارد و کافر نمی‌تواند قصد بکند (طوسی، ۱/۱۲۷).

ج) در مسائل کیفری

۱- حدود و تعزیرات: از جمله مواردی که امتنان بر کفار مسلمان شده به شمار می آید، عفو و بخشش نسبت به حدود الهی است، از جمله حدود الهی، حد به خاطر زنا، لواط، دزدی، شرب خمر و... می باشد. هرگاه کافر در زمان کفر خود مرتکب زنا، لواط، دزدی و یا عملی شود که حدی از حدود الهی بر او واجب شده باشد و پیش از قیام بینة توبه نماید حد با توبه ساقط می شود و اسلام، توبه از کفر است. (مروارید، ۵۷/۴۰) کسی که مرتکب زنا، لواط، سرقت و شرب خمر و انواع گناهان شده باشد با اسلام آوردن همه محو می شود گویا عملی مرتکب نشده است. (فاضل لنکرانی، ۲۶۲/۱)

۲- قصاص و دیات: اگر کافری در زمان کفر خود فعلی را انجام دهد که قصاص یا دیه برای آن ثابت شده و بعد از آن اسلام بیاورد، آیا اسلام او قصاص و دیه ای را که بر او واجب شده است، جبّ می کند یا خیر؟ با توجه به اینکه امامیه و اهل سنت بر این باورند که قاعده جبّ حق الله را ساقط می کند اما حق الناس را ساقط نمی کند و قصاص و دیات حق الناس هستند پس ساقط نمی شوند، همچنین با توجه به اینکه قصاص از جمله مواردی است که در جوامع بشری به حکم عقل و بنای عقلا همواره وجود داشته و از احکام تأسیسی اسلام نبوده است پس قاعده جبّ قصاص را در بر نمی گیرد. (همو، ۲۶۸/۱؛ موسوی بجنوردی، ۴۴/۱) بنابراین هرگاه یک ذمی شخص ذمی دیگر را عمدتاً بکشد و سپس اسلام آورد، قصاص از او ساقط نمی شود و چنانچه از روی خطا بکشد و سپس اسلام آورد بنابر قول صحیح کفار و دیه از او ساقط نمی شود. (بورنو، ۴۱۴/۱۲)

د) عقود و ایقاعات

عقود و ایقاعات اگر حکم عقل و بنای عقلا باشد تخصصاً از دایره قاعده جبّ خارج و لازم الاتباع است اما عقود و ایقاعاتی که آثاری در شرع داشته و با توجه به دین و شرع آن آثار قابل ارائه باشد مشمول قاعده جبّ قرار می گیرد مثلاً اگر در دوران کفر، تجارت ربوی و خرید و فروش انجام داده که بعضی شرایط صحت در اسلام را نداشته باشد مثل اینکه منزل یا محصول خود را به قیمت نامعلوم فروخته، پس از مسلمان شدن بنابر قاعده جبّ حکم به بطلان چنین معاملات داده نمی شود، بلکه از روی امتنان مورد گذشت قرار می گیرد و حکم به صحت خرید و فروشهای دوران کفر می گردد. (فاضل لنکرانی، ۲۶۹/۱)

۱- عقد نکاح: صحت نکاحی که در حال کفر از او واقع شده و شرایط لازمه را نداشته به

این معناست که نسبت به گذشته کالعدم است اما در بقای آنجا ندارد. برای نمونه به چند مورد اشاره می‌کنیم.

- هرگاه مجوسی با خواهر یا مادرش ازدواج کرده و سپس مسلمان شود، اقتضای قاعده جبّ این است که به خاطر آن ازدواج باطل، عقاب نشده و عمل او فعل حرام به شمار نیاید، اما از این پس این نکاح صحیح نیست و باید از هم جدا شوند. (همو، همان)

- کافری با دو خواهر ازدواج نموده و سپس مسلمان شده، گذشته او براساس قاعده جبّ نادیده گرفته می‌شود و در آینده باید به دستورات اسلامی عمل نماید و درباره یکی از این خواهران نکاح فسخ می‌شود. (علامه حلی، ۶۶۰/۲)

- کافری مهر همسرش را خوک، شراب و یا چیز دیگری که در اسلام مالیت ندارد، قرار داده و در دوران کفر همه مهر را پرداخت نموده و سپس مسلمان شود بنا بر قاعده جبّ دیگر مهری برای زن نیست. (نجفی، ۷۷/۳۰)

۲- ایقاعات (طلاق): در کتاب شرح الاخبار (قاضی، ۳۱۸/۲) از ابوعثمان بدری و در مناقب (ابن شهر آشوب، ۱۸۶/۲) و در بحارالانوار (مجلسی، ۲۳۰/۴۰) داستان مردی را نقل می‌کند که همسرش را در دوران کفر یکبار طلاق داده و در اسلام دو طلاق داده «فیمن طلق زوجته فی الشکر تطلیقه و فی الاسلام تطلیقتین، قال علی (ع) هدم الاسلام ما کان قبله هی عندک علی واحده» به نظر می‌رسد امام علی (ع) حکم به بطلان طلاق دوران کفر نکرده باشد بلکه امام (ع) طلاق دوران کفر را به شمار نیاورده است و آن را با دو طلاق که در دین اسلام واقع شده قابل جمع نمی‌داند اگر طلاق در دین اسلام به سه برسد نیازمند محلل است، پس برای محلل یک طلاق دیگر در دین اسلام لازم است. بنابراین اگر در دوران کفر طلاق انجام گرفت که بعضی شرایط صحت در اسلام را فاقد بوده مثلاً بدون حضور دو شاهد عادل طلاق داده است به مقتضای قاعده جبّ، نبودن شرایط صحت نادیده گرفته می‌شود و حکم به صحت طلاق‌های دوران کفر می‌گردد. (فاضل لنگرانی، ۲۶۹/۱)

ح) در مسائل مالی

۱- جزیه: پرداخت جزیه برای کافران ذمی مقرر شده و چگونگی دریافت آن با وصف صغار (حقیر شمردن آنان) است. با مسلمان شدن ذمی به دلیل تبدیل موضوع، پرداخت جزیه منتفی می‌گردد. برخی از فقیهان به دلیل قاعده جبّ و برخی دیگر به دلیل حدیث (لاجزیه علی مسلم) آن را ساقط می‌دانند (شیخ مفید، ۲۷۹) و اگر ذمی پس از سال (مهلت پرداخت جزیه)

مسلمان گردد و بعضی از سال‌های گذشته را جزیه نپرداخته لازم نیست جزیه آن سال‌ها را پرداخت نماید. (شیخ طوسی، ۴۲/۲) جزیه ندادن، ذمیان را به اسلام تشویق می‌کند و هدف شارع از آن اسلام آوردن بوده و جزیه را در واقع برای تحقیر کافران وضع نموده و با مسلمان شدن، پرداخت آن مفهومی ندارد. (ابن فهد، ۳۰۸/۲)

۲- دیون و ضمانات: اگر فردی در زمان کفرش به برخی از دیون و ضمانات مشغول بوده باشد، آیا اسلام آوردن این فرد باعث می‌شود که ذمه‌اش از این دیون و ضمانات بری شود یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت: احکامی که وابسته به دیون مالی و اتلاف، بلکه تمام ضمانات است قطعاً با اسلام مرتفع نمی‌شود و این امور پس از اسلام به حال خود باقی می‌ماند، زیرا قاعده جبّ در مقام رفع آثاری است که در حال کفر اثری بر آن مترتب نبوده است ولی به سبب اسلام آوردن این آثار مترتب می‌شود و مشخص است که باب ضمانات و دیون مسأله‌ای صرفاً عقلایی است و در تمام جوامع بشری بر آن‌ها اثر بار می‌شود.

قلمرو عفو عمومی

عفو عمومی پیش از محکومیت قطعی، دعوی عمومی را ساقط می‌سازد. بنابراین چنانچه دعوی عمومی تعقیب نشده باشد پس از آن دیگر تعقیب نخواهد شد و یا اگر تعقیب شروع شده و منتهی به صدور حکم نشده باشد موقوف می‌گردد. (اردبیلی، ۲۷۲/۲؛ گلدوزیان، ۴۱۲)

هرگاه متهم تعقیب شده باشد و دعوی عمومی به صدور حکم قطعی منتهی شود با عفو عمومی آثار محکومیت زایل می‌گردد. این آثار عبارتند از:

- ۱- سقوط مجازات اصلی و نیز مجازات‌های تتمیمی (تکمیلی) و تبعی، بنابراین محرومیت از حقوق اجتماعی، تبعید و غیره همراه با سقوط مجازات اصلی از بین می‌رود.
- ۲- برای محکوم، سبب کیفری تنظیم نمی‌شود و اگر قبلاً تنظیم شده باشد سابقه محکومیت از آن پاک می‌شود.
- ۳- چنانچه شخص مرتکب جرم دیگری در گذشته شده باشد یا بعداً مرتکب شود جرم عفو شده مانعی برای بهره‌مند شدن از تعلیق مجازات و آزادی مشروط نمی‌شود.
- ۴- در صورتی که محکومیت کیفری در مرحله اجرا باشد متوقف و یا اگر قبلاً اجرا شده باشد آثار تبعی آن متوقف می‌شود.
- ۵- همچنین ارتکاب جرم جدید مشمول مقررات مربوط به تکرار جرم نمی‌شود. (شریف،

اگر چه عفو عمومی علی‌الاصول محکومیت و آثار آن یعنی مجازات‌های سالب آزادی، جزای نقدی و از این قبیل را از بین می‌برد ولی واقعیت این است که برخی از آثار ناشی از واقعه ارتكابی به قوت خود باقی می‌ماند و خارج از قلمرو عفو عمومی قرار می‌گیرد. این آثار عبارتند از:

- ۱- چنانچه قبلاً تمام یا قسمتی از کیفر اجرا شده باشد، محکوم نمی‌تواند به خاطر تحمل قبلی مجازات تقاضای جبران ضرر و زیان کند.
- ۲- اگر قبلاً تمام یا قسمتی از کیفر نقدی را پرداخت کرده باشد نمی‌تواند استرداد آن را بخواهد.
- ۳- همچنین هزینه‌های دادرسی پرداخت شده به وسیله محکوم مسترد نمی‌شود.
- ۴- عفو عمومی مسؤولیت حقوقی را از بین نمی‌برد و در یک تعبیر کلی می‌توان گفت عفو عمومی تأثیری در حقوق زیان‌دیدگان از جرم ندارد.
- ۵- عفو عمومی دعاوی دیگر ناشی از رفتار مجرمانه را از بین نمی‌برد و در اکثر موارد خود عمل و نتایج حقوقی آن باقی است. به عنوان مثال اگر مرد متأهلی به اتهام رابطه نامشروع و یا اعتیاد به مواد مخدر محکوم گردد و بعد جرم او مشمول عفو عمومی قرار گیرد همسر او می‌تواند به استناد اعمال فوق وی تقاضای طلاق کند (افراسیابی، ۳۷۳/۲)
- ۶- دپه نیز از شمول عفو عمومی مستثنی است. (اردبیلی، ۲۷۳/۲)
- ۷- عفو عمومی، شامل تعقیب انضباطی و انتظامی کارمندان دولتی نمی‌شود.
- ۸- عفو عمومی، به‌طور عموم به اقدامات کیفری به معنی خاص محدود می‌شود و تدابیر دیگر از جمله اقدامات تأمینی و تربیتی را شامل نمی‌شود. (قاسمی، ۷۴)

نتیجه‌گیری

الف) قلمرو قاعده جبّ:

- ۱- حقوق‌الله مانند کفر و شرک، نماز و روزه، حد زنا، لواط، شرب خمر و....
- ۲- حقوق‌الناس با منشأ شرع و دین نه با منشأ عقل و بنای عقلاء مانند خمس و زکات و....
- ۳- حقوق مشترک (که حق‌الله و حق‌الناس در یک موضوع جمع شده‌اند) در این صورت فقط جنبه حق‌الله آن مورد شمول قاعده جبّ قرار می‌گیرند مثلاً حد سرقت برداشته می‌شود

ولیکن ضمان سارق به شخص مالباخته باقی است.

ب) قلمرو عفو عمومی:

عفو عمومی محکومیت‌های کیفری و آثار آن مثل مجازات‌های سالب آزادی و جزای نقدی را از بین می‌برد ولی آثار دیگر جرم از قبیل مسئولیت‌های حقوقی و حق تعقیب مدعی خصوصی از جهت وصول خسارات که حق الناس محسوب می‌شوند به قوت خود باقی است. همچنین به‌طور خلاصه می‌توان نتیجه گرفت که در مسائل کیفری اگرچه در قاعده جبّ حدود الهی مورد عفو قرار می‌گیرد و آثار تخلف نیز از بین می‌رود اما در عفو عمومی فقط حدود الهی برداشته می‌شود ولی آثار عمل خلاف باقی می‌ماند. مثلاً اگر مردی با زن شوهردار زنا کرده است و بعد مسلمان شود هم حد زنا برداشته می‌شود و هم اثر آنکه حرمت ازدواج با آن زن یا مادر او باشد. اما در عفو عمومی فقط حد زنا برداشته می‌شود ولی ازدواج با آن زن و مادرش امکان‌پذیر نیست.

در خاتمه با توجه به وجوه اشتراک و افتراق قاعده جبّ و عفو عمومی می‌توان نتیجه گرفت که رابطه بین این دو عنوان از منظر اشکال چهارگانه منطقی عموم و خصوص من وجه می‌باشد.

منابع

قرآن کریم.

ابن ابی الحدید، عبدالحمید بن هبةالله، شرح نهج البلاغه، دار الاحیاء التراث العربی، چاپ چهارم، ۱۳۸۵ق.

ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین، عوالمی اللالی، قم، مطبعة سید الشهداء، ۱۴۰۳ق.

ابن حنبل، احمد بن محمد، مسند احمد، بیروت، دارصادر، بی تا.

ابن حیون، نعمان بن محمد، شرح الاخبار، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.

ابن شهر آشوب، محمد بن علی، مناقب آل ابی طالب، نجف، المكتبة الحیدریه، ۱۳۷۶ق.

ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، المهذب البارع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دارصادر، الطبعة الاولى، ۱۹۹۷م.

ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهاية فی غریب الحدیث، قم، انتشارات اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۳۶۷.

ابن عبدالکریم، زید، العفو عن العقوبة فی الفقه الاسلامی، النشر الاولى، الرياض، دارالعاصمه،

۱۴۱۰ق.

ابو حارث غزی، محمد صدقی بن احمد، *موسوعة القواعد الفقهیه*، بیروت، بی‌نا، چاپ اول، ۱۴۲۴ق.

اردبیلی، محمد علی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ اول انتشارات میزان، ۱۳۷۷.

افراسیابی، محمد اسماعیل، *حقوق جزای عمومی*، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۷.

آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۷۵.

بوشهری، جعفر، *مسائل حقوق اساسی به انضمام ترجمه قوانین اساسی فرانسه، آلمان، انگلستان، آمریکا و شوروی*، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶.

جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح*، بیروت، دارالعلم الملايين، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، تصحیح و تطبیق ربانی شیرازی، العلمیه الاسلامیه، الطبعة السابعة، بی‌تا.

حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، بی‌جا، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.

حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌ا... مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.

خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، مکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۹۰.

خوئی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، نجف، مطبعة الاداب، ۱۹۷۶م.

_____، *مستند العروة الوثقی*، قم، لطفی، چاپ دوم، ۱۳۶۴.

دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۷.

رجایی، حسین، *اختیار ولی فقیه در عفو محکومان*، قم، مرکز پژوهش‌های اسلامی صداوسیما، چاپ اول، ۱۳۸۴.

رفیعی، عطاءالله، *بررسی جایگاه عفو در تنبیه*، روزنامه رسالت، شماره ۱۹۱۴، مورخ ۱۳۷۱/۶/۵.

سبحانی، جعفر، *فروع ابدیت*، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۷.

شریف، علی اصغر، «تأثیر عفو در تکرار جرم»، *مجله علمی، حقوقی انتقادی کانون وکلا*، چاپ بانک ملی ایران، سال نهم، شماره ۲، خرداد و تیر، ۱۳۳۶.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۹۲ق.

طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، چاپ المکتبه المرتضویه، ۱۳۶۵.

طوسی، محمد بن حسن، *الامالی*، قم، دارالتقافه، ۱۴۱۴ق.

- علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ مصر، افست قم، بی تا.
- عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۹۹۳م.
- فاضل لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهية*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۱۶ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم، مؤسسه دارالهجره، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- فوده، عبد الحکیم، *انقضاء الدعوى الجنائية و سقوط عقوبتها*، منشأة المعارف باسکندرية، ۱۹۹۴م.
- قاسمی، ناصر، *اقدامات تأمینی و تربیتی در حقوق کیفری ایران*، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۴.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، قم، سازمان چاپ مهر، ۱۳۵۸.
- کاتبی، حسینقلی، *فرهنگ حقوق: فرانسه- فارسی*، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۳.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ پنجم، ۱۳۶۷.
- کمانگیر، احمد، *قوانین جزایی*، مجموعه شماره ۲، سال ۱۳۵۱، ص ۳۶.
- گارو، رنه، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*، مترجم: ضیاءالدين نقابت، انتشارات ابن سینا، بی تا.
- لیثی واسطی، علی بن محمد، *عیون الحکم و المواعظ*، قم، دارالحدیث، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- متقی، علی بن حسام‌الدین، *کنز العمال*، بیروت، مؤسسه الرسالة، ۱۴۱۳ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، *بحار الانوار*، بیروت، مؤسسه الوفاء، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.
- مجموعه قوانین*، نشریه روزنامه رسمی، ۱۳۵۲.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی الحلال و الحرام*، چاپ سنگی، مکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۷۷ق.
- مدنی، جلال‌الدین، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، انتشارات پایدار، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- مروارید، علی اصغر، *الینایع الفقهیه*، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- مصطفوی، محمدکاظم، *القواعد*، بی جا، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ق.
- معلوف، لویس، *المنجد فی اللغة و الاعلام*، بیروت، دارالمشرق، بیروت، الطبعة الحادية و العشرون، بی تا.
- معین، محمد، *فرهنگ معین*، انتشارات امیرکبیر، چاپ دوم، ۱۳۵۳.
- مفید، محمد بن محمد، *المقتعه*، قم، مؤسسه النشر الاعلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، انتشارات مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، چاپ سوم، ۱۴۱۱ق.

_____، *المثل فی تفسیر کتاب الله المنزل*، بی جا، بی نا، بی تا.

ملکاسماعیلی، عزیزالله، *حقوق جزای عمومی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۲۵۳۵.

منتظری، حسین علی، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، چاپ هاشمیون، چاپ سوم، بی تا.

موسوی بجنوردی، محمد حسن، *القواعد الفقهیه*، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *غنائم الایام*، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آلالبیت، ۱۴۱۷ق.

نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل*، قم، مؤسسه آلالبیت، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

هاشمی، محمد هاشم، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، قم، مجتمع آموزشی عالی قم،

چاپ دوم، ۱۳۷۵

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹۴، ص ۱۴۲-۱۱۹

بررسی فقهی حقوقی حاجیت یا عدم حاجیت «حمل»* در حجب اخوه نسبت به مادر

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان^۱

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghaboli@um.ac.ir

سید جمال الدین موسوی تقی آبادی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: sa.mousavitaghiabadi@stu.um.ac.ir

چکیده

برادران و خواهران متوفی با شرایطی می‌توانند موجب حجب نقصانی و نیز حجب از رد، نسبت به مادر متوفی گردند. مسأله حاجیت اخوه نسبت به مادر در فقه امامی مستند به آیه شریفه یازده سوره مبارکه نساء بوده و در حقوق موضوعه ایران نیز به موجب بند ب ماده ۸۹۲ قانون مدنی مقرر گردیده است. در این میان با توجه به عدم تصریح مستندات مزبور در مورد حاجیت یا عدم حاجیت حمل، این سؤال از نظر فقهی و حقوقی مطرح و محل اختلاف است که آیا حمل نیز می‌تواند به عنوان برادر یا خواهر حاجب مادر گردد؟ این جستار با بررسی استدلالی موضوع به روش توصیفی تحلیلی در فقه امامیه و حقوق ایران، ضمن ارائه و نقد ادله ارائه شده برای هر دو احتمال حاجیت و عدم حاجیت حمل نسبت به مادر، به این نتیجه دست یافته است که نظریه عدم حاجیت حمل نسبت به مادر به‌ویژه با توجه به تردید در صدق عنوان برادر یا خواهر (اخوه) بر حمل و تمسک به اصل عدم حجب در فقه امامی و نیز حقوق ایران اقوی به نظر می‌رسد.

کلیدواژه‌ها: ارث، حجب نقصانی، حجب از رد، اخوه، حمل، مادر.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۹/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۲/۰۹.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از موارد مواجهه با مسأله حجب در حقوق ارث، حجب برادران و خواهران متوفی نسبت به مادر است. در واقع وجود اخوه با شرایطی می‌تواند موجب شود مادر از بردن سهم اعلیٰ خویش و نیز بردن زیادت در صورت تحقق تعصیب^۱، محروم گردد. این نوع حجب که مستند به ادله فقهی (به ویژه آیه یازده سوره مبارکه نساء^۲) است، در قانون مدنی به تبع فقه امامی راه یافته و در بند ب ماده ۸۹۲ قانون مدنی منعکس شده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «حجب از بعض فرض در موارد ذیل است: ... ب- وقتی که برای میت چند برادر و خواهر باشد در این صورت مادر میت از بردن بیش از یک سلس محروم می‌شود مشروط بر این‌که: اولاً- لااقل دو برادر یا یک برادر با دو خواهر یا چهار خواهر باشند. ثانیاً- پدر آن‌ها زنده باشد. ثالثاً- از ارث ممنوع نباشد مگر به سبب قتل. رابعاً- ابوینی یا ابی تنها باشند.»

به‌رغم این‌که در مورد اصل حاجبیت اخوه نسبت به مادر تردیدی نیست (در این خصوص به عنوان نمونه رک. سبزواری، ۸۰۹/۳۰؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۳۹۸/۹؛ خوانساری، ۳۲۳/۵؛ آل بحر العلوم، ۲۷۵/۴؛ نجفی، ۸۳/۳۹؛ حسینی عاملی، ۱۰۲/۸) لیکن در مورد برخی از جزئیات آن میان اندیشمندان فقهی و حقوقی اختلاف‌هایی به چشم می‌خورد. یکی از این موارد مسأله حاجبیت حمل است. در واقع این سؤال اساسی مطرح است که چنان‌چه در زمان فوت متوفی، حملی^۳ وجود داشته باشد که در صورت زنده متولد شدن به عنوان برادر یا خواهر متوفی شناخته خواهد شد، آیا می‌تواند در بحث حجب مادر نقشی داشته باشد؟ در این مورد در آیات راجع به حاجبیت اخوه، مسأله مورد تصریح قرار نگرفته است. در قانون مدنی ایران نیز تصریحی به حاجبیت حمل نشده است و همین امر زمینه‌ساز بروز اختلاف در این مورد گردیده است.

این جستار در صدد است با بررسی فقهی حقوقی موضوع پاسخی مناسب برای سؤال

۱- مقصود از تعصیب این است که به رغم اعطای سهام و فروض متعلق به هر یک از ورثه، ترکه دارای زیادت باشد. از آنجایی که در فقه عامه بر حسب نظر مشهور در چنین حالتی زیادت مزبور به خویشاوندان ذکور پدری (عصبه) داده می‌شود، از آن تحت عنوان تعصیب یاد می‌شود (برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک. جعفری لنگرودی، ارث، ۵۲-۷۹/۲). البته در فقه امامی و به تبع آن در حقوق ایران، زیادت مزبور بر حسب مورد به تمام ورثه موجود در صحنه ارثی یا گروهی از ایشان داده می‌شود و رد به عصبه مورد پذیرش قرار نگرفته است (برای توضیح بیشتر در این خصوص در متون فقهی رک. نجفی، ۹۹-۱۰۵/۳۹؛ فیض کاشانی، ۳۲۶/۳-۳۲۴؛ صدر، ۲۶۵-۲۷۸/۸ و برای ملاحظه موضوع در کتب حقوقی رک. کاتوزیان، ارث، ۱۷۱-۱۶۸؛ مصلحی عراقی، حقوق ارث، ۱۲۵-۱۲۳).

۲- «... فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرَثَهُ أَبَوَاهُ فَلَأُمُّهُ الثَّلَاثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلَأُمُّهُ السُّدُسُ...»

۳- برای ملاحظه معانی حمل در عرف و لغت رک. (جعفری بهزاد کلاتی، ۱۹-۱۷) و برای دیدن معنای اصطلاحی آن رک. (قبله‌ای خوبی، بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین، ۶۰-۵۸؛ جعفری بهزاد کلاتی، ۱۹-۱۷).

مزبور بیابد. در این راستا ابتدا موضوع را از نظر فقهی مورد مطالعه قرار داده، سپس به بررسی آن در حقوق موضوعه و دکترین حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

بررسی آرای فقهی

از نقطه نظر فقهی، در مورد حاجبیت حمل در بحث حجب مادر توسط اخوه، دو احتمال قابل تصور است. از سویی، ممکن است اجرای حجب مختص به برادران و خواهران تولد یافته دانسته شود. از سوی دیگر، احتمال دارد برای حمل نیز چنین قابلیتی مورد شناسایی قرار گیرد. در این راستا هر چند برخی از فقیهان (نجفی، ۹۰/۳۹-۸۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ محقق سبزواری، ۸۱۱/۲) اعتبار شرط لزوم تولد برای تحقق حجب را از شهرت عظیم فتوایی برخوردار دانسته‌اند و حتی برخی از ایشان (نجفی، ۹۰/۳۹-۸۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ مجلسی، ۲۴۹/۱۵؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ صیمری، ۱۷۵/۴) مدعی شده‌اند که برای احتمال دوم قائلان شناخته نشده است؛ لیکن در هر حال مسأله از مسائل غیر قابل تردید نیز به حساب نمی‌آید. به همین دلیل احتمال حاجبیت حمل در مسأله مورد بررسی توسط برخی از فقیهان (به عنوان نمونه رک. محقق حلی، شرائع، ۸۲۱/۴؛ شهید ثانی، مسالک، ۸۲/۱۳) مطرح شده است. علاوه بر این، همان‌گونه که برخی فقیهان (حسینی عاملی، ۱۰۶/۸؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹) بیان داشته‌اند، عدم لزوم تولد برای حاجبیت (یا به تعبیری منفصل بودن اخوه) در مسأله مورد بررسی از ظاهر عبارت مرحوم شهید اول در کتاب دروس (۳۵۷/۲)^۱ قابل استنباط است. به علاوه احتمال داده شده است (حسینی عاملی، ۱۰۶/۸) کسانی که حاجبیت اخوه نسبت به مادر را مطرح، اما به لزوم تولد یا انفصال اخوه به عنوان شرط حاجبیت تصریح نکرده‌اند، از قائلان حاجبیت حمل باشند.^۲ با این وصف برای پایان دادن به هرگونه تردیدی در پاسخ مسأله، لازم است ادله ارائه شده برای هر دو احتمال مورد نقد و بررسی قرار گیرد. بنابراین ابتدا به نقد و بررسی ادله ارائه شده برای احتمال حاجبیت حمل پرداخته، سپس ادله نظریه اختصاص حاجبیت به برادران و خواهران تولد یافته مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- عبارت شهید اول بدین ترتیب است که «فالحمل لا یحجب علی قول». از ظاهر عبارت مذکور که عدم حاجبیت حمل را به گفته‌ای نسبت داده‌اند استنباط می‌شود که حاجبیت حمل نزد ایشان قوی‌تر است.

۲- البته باید توجه داشت، احتمال مزبور ضرورتاً احتمال راجح به شمار نمی‌آید زیرا صرف عدم ذکر شرط انفصال دلیلی بر شرط ندانستن آن نیست و می‌توان آن را از سایر شروط مانند وجود اخوه یا زنده بودن اخوه استنباط نمود کما این که برخی از فقیهان (خمینی، تحریر، ۳۷۳/۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- الطلاق و الموارث، ۳۶۲) به صراحت همین امر را از شرط زنده بودن اخوه استنباط نموده‌اند.

نقد و بررسی ادله حاجبیت حمل

مهم‌ترین ادله‌ای که برای حاجبیت حمل احتمال داده شده است از سوی صدق عنوان برادر یا خواهر (اخوه) بر حمل و از سوی دیگر تمسک به اصل عدم اشتراط است. در ذیل، ضمن تبیین هر یک از دو دلیل مذکور به نقد و بررسی آن می‌پردازیم.

آ- صدق عنوان اخوه بر حمل

یکی از ادله‌ای که برای پذیرش نظریه حاجبیت حمل احتمال داده شده (نجفی، ۹۰/۳۹-۸۹)، این است که بر حمل عنوان برادر یا خواهر (اخوه) صادق است. در این راستا نه تنها به اعتبار تولد در آینده می‌توان عنوان برادر یا خواهر را بر حمل نهاد بلکه چه بسا در زمان حال نیز حقیقتاً بر حمل عنوان برادر یا خواهر صادق باشد. طبیعی است اگر عنوان برادر یا خواهر یا به تعبیری اخوه بر حمل صادق باشد مسلماً مشمول ادله حاجبیت اخوه نسبت به مادر خواهد بود. اطلاق و عموم لفظ اخوه در ادله حجب^۱ نیز ممکن است استدلال مزبور را تقویت نماید. به نظر می‌رسد، در همین راستا است که برخی (نراقی، ۱۳۳/۱۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ صیمری، ۱۷۵/۴؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱) عموم ادله و یا آیه حجب را به عنوان یکی از ادله محتمل ذکر نموده‌اند. زیرا، از توجه به عبارات مذکور چنین استنباط می‌گردد که منظور از «عموم» عموم لفظ اخوه است.

نقد: در نقد این دلیل می‌توان گفت، از سوی صدق عنوان «اخوه» به «حمل» به اعتبار آینده مجاز بوده و از این حیث نمی‌تواند، امکان تمسک به ادله حجب اخوه را فراهم نماید. زیرا استعمال لفظ اخوه در ادله حجب، اصولاً استعمالی حقیقی بوده و نمی‌توان موارد استعمال مجازی لفظ را مشمول آن دانست. به ویژه که حجب در زمان فوت متوفی مطرح می‌گردد و طبیعتاً در همین هنگام باید عناوین لازم برای تحقق آن وجود داشته باشد. در واقع نمی‌توان عنوانی را که در آینده احتمال تحقق دارد، عطف به ماسبق نمود. هم‌چنین صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل به صورت حقیقی و بالفعل، محل تردید بوده و محرز نیست. بدیهی است با ورود احتمال استدلال مخدوش می‌گردد و به همین دلیل نیز قابل استناد نخواهد بود. به‌علاوه حتی در مقابل برخی از فقیهان (محقق حلی، شرائع، ۸۲۰/۴؛ اردبیلی، ۵۵۹/۱۱-۵۵۸؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۰/۹؛ آل بحر العلوم، ۲۷۹/۴؛ شهید ثانی، مسالک، ۸۲/۱۳؛ محقق سبزواری، ۸۱۱/۲؛ خوانساری، ۳۲۷/۵؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- الطلاق و الموارث،

۱- به عنوان نمونه در آیه شریفه ۱۱ سوره نساء: «... فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوهُ فَلِأُمِّهِ الثَّلَاثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ...».

(۳۶۲) بیان داشته‌اند، ظاهر این است که به «حمل» عنوان برادر یا خواهر صدق نمی‌کند. بنابراین نزاع شایسته نیست. به‌ویژه که برخی (قبله‌ای خوبی، بررسی احکام فقهی و حقوقی حجب و حاجبین و محجوبین، ۱۳۲؛ قبله‌ای خوبی، ارث، ۱۰۹) بیان داشته‌اند، با وجود شرط نخست، یعنی وجود اخوه در حد نصاب، نیازی به اعتبار شرط لزوم تولد نیست. زیرا به حمل مادامی که متولد نشده است «اخوه» صدق نمی‌کند.

البته ممکن است گفته شود، عدم صدق عنوان اخوه بر حمل نیز خود ادعا است. لیکن باید توجه داشت، همین که چنین ادعایی مطرح شده، نشان می‌دهد صدق عنوان اخوه بر حمل نیز امر مسلمی نیست و همین تردید برای کنار گذاشتن دلیل مورد بحث، کافی به نظر می‌رسد. همچنین ممکن است گفته شود، اگر عنوان اخوه بر حمل صادق نیست پس چگونه حکم به ارث بری حمل به عنوان ولد یا اخوه و مانند آن می‌گردد. در پاسخ باید گفت، همان‌گونه که برخی فقیهان محقق (اردبیلی، ۵۵۸/۱۱؛ حسینی عاملی، ۱۰۶/۸) نیز بیان داشته‌اند، ارث بری حمل مبتنی بر نصوص ویژه^۱ است^۲ و چنان‌چه نصی در این زمینه وجود نداشت، پذیرش ارث بری حمل نیز پسندیده و مورد پذیرش نبود. بنابراین نمی‌توان با تمسک به قیاس از ارث بری حمل، حاجبیت وی نسبت به مادر را استنتاج نمود.

از سوی دیگر در پاسخ به استدلال عموم و اطلاق لفظ اخوه، نیز می‌توان گفت تمسک به اطلاق و عموم ادله در شبهات مفهومی و مصداقیه امکان‌پذیر نیست (مظفر، ۱۹۹-۲۰۶/۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۵۰/۱-۱۴۲؛ محمدی، مبانی استنباط، ۱۰۱-۱۰۰؛ قافی و شریعتی فرانی، ۲۱۵/۱-۲۱۲). در واقع وقتی که صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل، محل تردید باشد نمی‌توان با تمسک به اطلاق و عموم واژگان اخوه، احکام ناظر به اخوه را به مصداق مشکوک تسری داد (رک. سبزواری، ۷۴/۳۰، زیرنویس شماره ۳۰؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱) به ویژه این‌که برخی از فقیهان (به عنوان نمونه رک. نجفی، ۸۹-۹۰/۳۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ نراقی، ۱۳۳/۱۹) به درستی عمومیت لفظ اخوه را نپذیرفته و آن را نهایتاً مفید اطلاق دانسته‌اند^۳. مطابق این نظر

۱- برای ملاحظه روایات مزبور رک. حرعاملی، وسائل الشیعه، بَابُ أَنْ الْحَمْلُ بَرْتٌ وَ يَوْرَثُ إِذَا وُلِدَ حَيًّا.

۲- به دلیل همین نصوص نیز ادعا شده (جمعی از پژوهشگران، ۸۰/۹) است که ارث بری حمل مورد اتفاق نظر همه فقیهان است.

۳- گفتنی است که لفظ «اخوه» مذکور در ادله حجب نکره است و لفظ نکره تنها در سیاق نفی و نهی مفید عموم است (در این خصوص به عنوان نمونه رک. مظفر، ۱۹۲/۱؛ میرزای قمی، ۲۲۵-۲۲۳؛ قافی و شریعتی فرانی، ۱۸۷/۱).

از آن جا که تمسک به اطلاق مستلزم وجود و احراز مقدمات حکمت می باشد^۱ که در این جا احراز نگردیده، اطلاق مزبور نیز قابل تمسک نیست.

ب- اصل عدم اشتراط

یکی دیگر از ادله ای که برای تقویت نظریه حاجبیت حمل احتمال داده شده (حسینی عاملی، ۱۰۶/۸؛ نراقی، ۱۳۳/۱۹-۱۳۲؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ نجفی، ۸۹/۳۹؛ صیمری، ۱۷۵/۴؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱)، اصل عدم اشتراط می باشد. توضیح این که، هنگامی که در خصوص اشتراط یا عدم اشتراط انفصال دچار تردید گردیم، اصل عدم اشتراط، اصل راهنما خواهد بود. نتیجه این که انفصال (تولد) شرط نبوده، حمل در بحث حاجبیت اخوه نیز حاجب مادر می شود. نقد: در مقام نقد دلیل مذکور می توان گفت، استناد به اصل مزبور هنگامی می تواند مفید باشد که صدق عنوان اخوه بر حمل مسلم باشد و برای رفع این تردید که آیا منفصل بودن یا به تعبیری تولد اخوه شرط حاجبیت ایشان است یا خیر، به اصل عدم اشتراط انفصال استناد نمود. لیکن چنانچه صدق عنوان اخوه بر حمل محل تردید باشد دیگر اصل عدم اشتراط انفصال معنا نخواهد داشت بلکه باید از اصل عدم حاجبیت حمل سخن گفت. به دیگر سخن، هنگامی می توان به اصل عدم اشتراط تمسک نمود که مقتضی (اخوه بودن) مسلم باشد؛ حال آن که در بحث ما، مقتضی ثابت نیست (نراقی، ۱۳۳/۱۹-۱۳۲؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱).

در واقع در مسأله مورد بررسی آنچه مسلم است این است که برادران و خواهران منفصل و تولد یافته موجب حجب می گردند ولی آنچه مورد تردید است حاجبیت حمل است و به دلیل تردید در صدق عنوان اخوه بر آن معلوم نیست آیا می تواند حاجب مادر باشد یا خیر. در فرض اخیر استناد به اصل عدم حجب می تواند راهگشا باشد. بنابراین تمسک به اصل عدم اشتراط انفصال جایز نیست.

نقد و بررسی ادله عدم حاجبیت حمل (لزوم تولد هنگام وفات)

مشهور فقیهان (به عنوان نمونه رک. محقق حلی، شرائع، ۸۲۱/۴؛ همو، المختصر، ۲۶۸/۲؛ علامه حلی، تحریر، ۱۲/۵؛ همو، قواعد، ۳۵۶/۳؛ همو، تبصره، ۲۱۸؛ ابن علامه، ۲۰۹/۴؛ شهید اول، الدروس، ۳۵۷/۲؛ همو، اللمعه، ۲۲۳؛ انصاری، ۷۰/۲؛ اردبیلی، ۵۵۸-۵۵۹/۱۱؛ فاضل

۱- برای ملاحظه مباحث تفصیلی در خصوص لزوم وجود مقدمات حکمت برای امکان استناد به اطلاق رک. آخوند خراسانی، ۲۴۷ به بعد؛ حائری، درر الفوائد، ۲۳۳/۱ به بعد؛ عراقی، تنقیح الأصول، ۳۲؛ عراقی، مقالات الأصول، ۵۰۰/۱ به بعد؛ عراقی، نهاية الأفكار، ۵۶۷/۲ به بعد؛ اصفهانی، ۴۲۷ به بعد؛ حکیم، ۵۵۵/۱ به بعد؛ مظفر، ۱۹۱/۱ و ۲۴۴-۲۳۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۶۷/۱-۱۶۴.

هندی، کشف اللثام، ۴۰۰/۹؛ آل بحر العلوم، ۲۷۹/۴؛ شهید ثانی، مسالك، ۸۲/۱۳؛ زین الدین، ۳۴۱/۷؛ نجفی، ۸۹/۳۹؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۲۸۸/۲؛ محقق سبزواری، ۸۱۱/۲؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲۴/۲۶-۱۲۳؛ همو، هداية الأمة، ۳۱۵/۸؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ آل بحر العلوم، ۲۸۰/۴-۲۷۹؛ خوانساری، ۳۲۳/۵؛ نراقی، ۱۳۳/۱۹-۱۳۱؛ حسینی عاملی، ۱۰۶/۸؛ سبزواری، ۷۲/۳۰؛ فاضل آبی، ۴۵۲/۲؛ ابن فهد حلی، ۳۸۵/۴؛ علی یاری غروی، ۷۳؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱؛ فیض کاشانی، ۳۲۷/۳؛ تستری، النجعة، ۳۸۳/۱؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ مجلسی، ۲۴۹/۱۵؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- الطلاق و الموارث، ۳۶۲؛ آل عصفور بحرانی، ۴۸۳/۱۴؛ موسوی خمینی، حاشیه بر رساله ارث، ۶۷؛ گنجوی، ۱۸) منفصل بودن برادر یا خواهر (حمل نبودن یا در بطن مادر نبودن) را به عنوان شرطی مستقل برای حاجبیت اخوه بیان نموده‌اند. مطابق این نظر حتی در صورتی که برای تکمیل نصاب اخوه برای حاجبیت مادر به حمل نیاز باشد وی نمی‌تواند نصاب را تکمیل نماید. در راستای تبیین و توجیه نظر مشهور توجه به ادله زیر بایسته است.

آ- اجماع منقول

برخی از فقیهان (حسینی عاملی، ۱۰۶/۸) از اجماع منقول به عنوان یکی از ادله عدم حاجبیت حمل یاد نموده‌اند.

در مقام نقد دلیل مزبور باید گفت، از سویی وجود اجماع محل تردید است، زیرا از عبارات برخی از فقیهان این گونه استنباط می‌شود که نظر مخالف دارند (رک. شهید اول، الدروس، ۳۵۷/۲).

از سوی دیگر بر فرض وجود اجماع، اجماع مزبور مبتنی بر ادله دیگری است که در این مورد ارائه شده و اجماعی مدرکی به شمار می‌آید. اجماع مدرکی نیز با توجه به این که به طور مستقل کاشف از رأی معصوم (ع) نمی‌باشد، در ابواب مختلف فقهی دلیلی مستقل به شمار نیامده (به عنوان نمونه رک. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- الإجارة، ۵۵۸؛ همو، القواعد الفقهیه، ۴۲۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۸۵/۴؛ جمعی از پژوهشگران، ۲۳۸/۹؛ انصاری شیرازی، ۵۴۰/۱؛ سیفی مازندرانی، ۳۵/۳) و در کتب اصولی تصریح بر فقدان اعتبار و حجیت آن شده است (در این خصوص رک. مظفر، ۱۱۷/۳؛ قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۴/۲-۱۳۳). به علاوه گفتنی است همان گونه که برخی از فقیهان (مکارم شیرازی، ۷۱/۲) نیز بیان داشته‌اند احراز این امر که مجمعی به مدارک دیگری غیر از اجماع استناد نموده‌اند، لازم نیست، بلکه صرف

احتمال کافی است. زیرا شرط حجیت اجماع، کاشفیت از رأی معصوم است و کاشفیت مزبور زمانی محقق می‌یابد که احتمال مدرک دیگری در مسأله داده نشود. این در حالی است که در مسأله مورد بحث، مستندات دیگری وجود دارد که به احتمال قوی، مدرک مجمعین بوده است (برای مطالعه تفصیلی در مورد اجماع مدرکی رک. امامی، ۱۱۶/۳).

بر مطالب فوق می‌توان این نکته را افزود که اعتبار اجماع منقول به خبر واحد^۱ نیز محل اختلاف است (برای ملاحظه بحث تفصیلی در این خصوص رک. میرزای قمی، ۳۸۴ به بعد؛ شیخ انصاری، ۱/ ۱۷۹ به بعد؛ آخوند خراسانی، ۲۸۸ به بعد؛ حائری، درر الفوائد، ۳۷۱/۲ به بعد؛ عراقی، تنقیح الأصول، ۳۲؛ همو، مقالات الأصول، ۶۵/۲ به بعد؛ غروی اصفهانی، ۱۷۹/۲ به بعد؛ مظفر، ۱۲۱/۳ به بعد؛ موسوی بجنوردی، ۲۴۳/۱-۲۴۲).

ب- شهرت فتوایی

برخی از فقیهان (نجفی، ۹۰/۳۹-۸۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲) برای تقویت اعتبار شرط لزوم انفصال به شهرت عظیم فتوایی استناد نموده‌اند.

در مقام نقد این دلیل باید گفت، هر چند شهرت نظریه عدم حاجیت حمل به اندازه‌ای است که در برخی کتب روایی (به عنوان نمونه رک. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲۳/۲۶؛ همان، ۴۵۹/۱۷) بابی تحت عنوان «باب انه یشرط فی حجب الإخوة الام کونهم منفصلین لا حمل» وجود دارد، لیکن صرف شهرت یک نظر نمی‌تواند دلیلی مستقل به شمار آمده و دارای حجیت باشد (در تأیید گفته اخیر رک. مظفر، ۲۵۲/۳). به علاوه، در مورد ضعف سند روایات برخی از فقیهان (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۳۹/۵) معتقدند عمل فتوایی مشهور فقیهان موجب جبران ضعف سند روایت نخواهد شد. بنابراین برای اثبات نظریه عدم حاجیت باید به ادله ارائه شده توسط مشهور فقیهان توجه داشت و قابلیت یا عدم قابلیت پذیرش آن را مورد بررسی قرار داد.

ج- عدم صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل

گروهی از فقیهان (به عنوان نمونه رک. محقق حلی، شرائع، ۸۲۰/۴؛ اردبیلی، ۵۵۹/۱۱-۵۵۸؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۰/۹؛ آل بحر العلوم، ۲۷۹/۴؛ شهید ثانی، مسالک، ۸۲/۱۳؛

۱- گفتنی است که اجماع در یک تقسیم بر دو قسم است: اجماع محصل و اجماع منقول در مورد اعتبار اجماع محصل اختلافی میان اصولیان شیعه مشاهده نمی‌گردد. لیکن اصولیان برای بررسی دقیق‌تر اعتبار اجماع منقول آن را به اجماع منقول به خبر متواتر و اجماع منقول به خبر واحد تقسیم نموده و قسم اول را از حیث اعتبار در حکم اجماع محصل می‌دانند لیکن در اعتبار قسم دوم میان ایشان اختلاف وجود دارد (در این خصوص و برای توضیح بیش‌تر رک. مظفر، ۱۲۱/۳-۱۲۰؛ محمدی، اجماع، ۱۵۶؛ محمدی، مبانی استنباط، ۱۸۴-۱۸۳؛ قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۲/۲-۱۳۱). نکته قابل توجه دیگر این‌که هنگامی که اجماع منقول به نحو مطلق به کار برده می‌شود مقصود از آن اجماع منقول به خبر واحد است (مظفر، ۱۲۱/۳).

محقق سبزواری، ۸۱۱/۲؛ خوانساری، ۳۲۷/۵؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- الطلاق و الموارث، ۳۶۲؛ طباطبایی قمی، ۸۱۹/۱۰) برای اثبات عدم حاجبیت حمل به ظهور استناد نموده و بیان داشته‌اند، ظاهر این است که عنوان برادر یا خواهر بر «حمل» صادق نیست. در همین راستا حتی برخی (قبله‌ای خویی، بررسی احکام فقهی و حقوقی حجب و حاجبین و محجوبین، ۱۳۲؛ قبله‌ای خویی، ارث، ۱۰۹) نیازی به ذکر شرط انفصال به عنوان شرطی مستقل برای حاجبیت اخوه ندیده و برخی دیگر (خوانساری، ۳۲۷/۵) ذکر شرط انفصال را از باب تسامح دانسته‌اند.

گفتنی است که در مورد ارث بری حمل نیز ادعا شده (اردبیلی، ۵۵۸/۱۱؛ حسینی عاملی، ۱۰۶/۸) چنانچه در این خصوص نصی وجود نداشت، امکان حکم به ارث بری حمل نیز متفی بود.

د- روایت علاء بن فضیل

گروهی از فقیهان (به عنوان نمونه رک. محقق سبزواری، ۸۱۱/۲؛ آل بحر العلوم، ۲۷۹/۴؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۰/۹؛ نجفی، ۹۰/۳۹-۸۹؛ حسینی روحانی، ۲۸۴/۲۴-۲۸۵؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ آل‌عصفور بحرانی، ۴۸۳/۱۴؛ سبزواری، ۷۳/۳۰-۷۲؛ فیض کاشانی، ۳۲۷/۳؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ علی‌یاری غروی، ۷۴) در این ارتباط به خبر علاء بن فضیل از امام صادق علیه السلام استناد نموده‌اند. در این روایت آمده است که «طفل و ولید مادامی که از طریق گریه وجود خویش را اعلام ننموده است نه حاجب می‌گردد و نه ارث می‌برد و آنچه در شکم پنهان است مادامی که بر آن روز و شب نگذرد، چیزی از آن نقطه نظر ارث بری یا حجب { به شمار نمی‌آید هرچند دارای حرکت باشد}»^۲.

نقد و بررسی اشکالات وارد بر حدیث: حدیث مورد بررسی، هم از نظر سند و هم از نظر دلالت مورد انتقاد قرار گرفته است. در مورد سند حدیث، برخی از فقیهان (رک. اردبیلی، ۵۵۹/۱۱) از ضعف سند آن سخن گفته‌اند.

در پاسخ به این اشکال گفته شده است (حسینی روحانی، ۲۸۴/۲۴) که سند حدیث مزبور صحیح است توضیح این که اشکال وارد بر ضعف سند به دلیل وجود شخصی به نام محمد بن سنان خزائی در سلسله راویان حدیث است لیکن شخص مزبور به رغم این که مورد تضعیف

۲- متن روایت: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانَ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ فَضِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنَّ الطِّفْلَ وَالْوَلِيدَ لَا يَحْجِبُكَ وَلَا يَرِثُ إِلَّا مَنْ أَذَنَ بِالصَّرَاحِ - وَلَا شَيْءٌ أَكْثَرُ الطُّبْنِ وَإِنْ تَحَرَّكَ إِلَّا مَا اخْتَلَفَ عَلَيْهِ اللَّيْلُ وَالنَّهَارُ» (ابن بابویه، ۲۷۴/۴؛ طوسی، تهذیب، ۲۸۲/۹؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۲۳/۲۶؛ حر عاملی، هداية الأمة، ۳۱۵/۸؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴۵۹/۱۷؛ مجلسی اول، ۲۶۸/۱۱).

برخی قرار گرفته، شخصی ثقه و مقبول الروایه است. در راستای پذیرش روایات منقول از محمد بن سنان خزائی، برخی از محققان رجالی (موسوی خویی، معجم رجال الحدیث، ۱۶۹/۱۷-۱۶۸؛ تستری، قاموس، ۳۰۶/۹ به بعد؛ نمازی شاهرودی، ۱۲۴/۷-۱۲۱) نیز ضمن بیان و بررسی تضعیف و توثیق‌های صورت گرفته نسبت به وی، تضعیف‌های صورت گرفته را رد و علاوه بر معتبر دانستن روایات محمد بن سنان، توثیق صورت گرفته از راوی مزبور را مورد پذیرش قرار داده‌اند.

البته لازم به ذکر است که ادعا شده (طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ حسینی روحانی، ۲۸۴/۲۴) بر فرض ضعیف دانستن سند حدیث فوق، استناد و عمل فقیهان امامی بر اساس حدیث مزبور (شهرت عملی)، موجب جبران ضعف سند است. طبیعی است ادعای مزبور در صورتی می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد که شهرت عملی، جابر ضعف سند احادیث دانسته شود ولی اگر از نظر مبنایی هم‌چون برخی از فقیهان (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۳۹/۵) شهرت را جابر ضعف سند احادیث به شمار نیاوریم، ادعای مزبور قابل پذیرش نخواهد بود.

در مورد دلالت حدیث نیز گفته شده است (اردبیلی، ۵۵۹/۱۱؛ تستری، النجعة، ۳۸۳/۱۰)، متن حدیث مزبور دارای تشویش است. توضیح این‌که برخی از فقیهان در مقام نقد دلالت حدیث بیان داشته‌اند که اولاً حدیث مزبور متضمن اشتراط گریه طفل متولد برای ارث‌بری است حال آن‌که ممکن است طفل مزبور فاقد قدرت تکلم باشد. طبیعی است در فرض اخیر تحرک طفل پس از تولد کافی است. ثانیاً در حدیث مورد بررسی از لزوم گذشت شب و روز بر طفل متولد سخن گفته شده است حال آن‌که برای ارث‌بری صرف تولد کافی است. (تستری، النجعة، ۳۸۳/۱۰)

به علاوه، احتمال داده شده (نراقی، ۱۳۲/۱۹) که بتوان از حدیث مزبور حاجیت حمل را استنباط نمود. توضیح این‌که در خصوص استثناء مندرج در حدیث (جز در صورت اعلام وجود از طریق گریه)^۳ بعد از دو جمله نخست (طفل و ولید حاجب نمی‌شود و ارث نمی‌برد)^۴ این سؤال مطرح است که استثناء مزبور به کدام جمله بازگشت می‌نماید. آیا بازگشت آن صرفاً به جمله ماقبل آن است یا به هر دو جمله بازگشت می‌نماید. پاسخ سؤال مذکور این است که هرچند ممکن است بر اساس قواعد اصولی ابتدا این‌گونه به نظر برسد که استثناء

۳- إِلَّا مَنْ أَدَانَ بِالصَّرَاحِ....

۴- إِنْ الطُّفْلُ وَالْوَلِيدُ لَا يُحْجِبُكَ وَ لَا يَرِثُ....

صرفاً ناظر به جمله ماقبل آن (یعنی بحث ارث‌بری) است؛ لیکن پذیرش این امر به این معنا خواهد بود که مادامی که طفل و ولید به سن بلوغ نرسیده و از حالت کودکی خارج نشده است، نمی‌تواند نقش حاجب را ایفا نماید. این در حالی است که نتیجه مزبور مورد پذیرش هیچ فقهی نیست. بنابراین قرینه مزبور بیانگر بازگشت استثناء به هر دو جمله پیش‌گفته است. در نتیجه همان‌گونه که حمل جزء ورثه بوده و ارث‌بری وی با تولدش از حالت مراعی خارج می‌شود، در مورد حاجبیت وی نیز چنین است. به دیگر سخن حمل حاجب مادر قرار می‌گیرد، ولی تا زمان تولد وی حجب مزبور مراعی و متزلزل است.

در مقام پاسخ به انتقادات وارد بر دلالت حدیث از سوی همداستان با برخی از فقیهان (طباطبایی، ۵۳۴/۱۲) می‌توان گفت، گریه نمودن در حدیث از باب غالب ذکر گردیده و مقصود از آن زنده متولد شدن طفل است و خود گریه موضوعیتی ندارد تا اشکال کفایت تحرک در مورد کودکان فاقد تکلم مطرح گردد. از سوی دیگر، قسمت اخیر حدیث مزبور نیز بیانی دیگر از لزوم تولد طفل برای حاجبیت و ارث‌بری است و از آن استنباط نمی‌شود که برای ارث‌بری کودک گذشت مدت زمانی از تولد وی لازم است. در واقع حدیث مورد بررسی، در مقام بیان این است که تا کودک متولد نگردد و تا زمانی که صرفاً در رحم مادر جای داشته باشد حاجب قرار نگرفته و ارث نمی‌برد.

در پاسخ به اشکال آخر (مبنی بر دلالت حدیث بر حاجبیت مراعی حمل قبل از تولد) نیز می‌توان گفت ارث‌بری حمل قبل از تولد از این حدیث استفاده نمی‌شود تا بتوان در مورد حاجبیت حمل نیز آن را تسری داد بلکه تنها مسأله‌ای که -در خصوص ارث‌بری- از آن قابل استنباط است ارث‌بری بعد از تولد است. به دیگر سخن ارث‌بری حمل قبل از تولد -البته به نحو مراعی و مشروط- مبتنی بر ادله دیگری^۵ است که مسأله حاجبیت را در بر نمی‌گیرد و قابل تسری به آن نیست.^۶

ه- اصل عدم حجب

یکی دیگر از ادله‌ای که برای عدم حاجبیت حمل نسبت به مادر متوفی، توسط گروهی از فقیهان (فاضل هندی، کشف‌اللاثام، ۲۸۸/۲؛ همان، ۴۰۰/۹؛ نراقی، ۱۳۳/۱۹-۱۳۱؛ سبزواری، ۷۴/۳۰؛ علی‌یاری غروی، ۷۴) مورد استناد قرار گرفته است، اصالت عدم حجب است. در واقع

۵- ادله ارث‌بری حمل در متون فقهی اجماع محصل و مقول و نصوص متواتری است که در این زمینه وجود دارد (در این خصوص به عنوان نمونه رک. نجفی، ۷۰-۷۱/۳۹؛ نراقی، ۱۰۷/۱۹-۱۰۵).

۶- مرحوم نراقی (نراقی، ۱۳۲/۱۹) نیز ضمن طرح اشکال همین پاسخ را برای آن احتمال داده‌اند.

هنگامی که حکمی عام وجود داشته باشد که دلالت بر سهم یک سوم از ترکه برای مادر داشته باشد و دلیل عام مزبور در مواردی تخصیص یافته و بردن بیش از یک ششم نفی شده باشد، طبیعی است باید به میزان متیقن استثناء اکتفا نموده^۷ و در موارد تردید اصل عدم حاجیت را اجرا نمود. در مسأله مورد بررسی آنچه مسلم است این که برادران و خواهران منفصل و تولد یافته موجب حجب می گردند ولی آنچه مورد تردید است حاجیت حمل است و به دلیل تردید در صدق عنوان برادر یا خواهر بر آن معلوم نیست آیا می تواند حاجب مادر باشد یا خیر. در فرض اخیر استناد به اصل عدم حجب می تواند راهگشا باشد.

در مقام نقد این دلیل به اصالت عدم زیادت استناد شده است (حسینی روحانی، ۲۴/۲۸۴). توضیح این که هنگامی که دلیلی عام از طریق استثنائی متصل تخصیص می یابد، چنانچه منحصص متصل مزبور به دلیلی دارای اجمال گردد، اجمال آن به دلیل عام نیز سرایت نموده و دیگر نمی توان به عمومیت دلیل عام استناد نمود.^۸ در مسأله مورد بررسی نیز دلیلی که سهم الارث مادر را یک سوم می داند از طریق استثناء متصل تخصیص یافته است. توضیح این که در مقام بیان سهم الارث مادر از اموال متوفی در آیه شریفه یازده سوره مبارکه نساء آمده است: «چنانچه برای متوفی فرزند نباشد و پدر و مادر او وارثش باشند، مادر یک سوم از ترکه را به ارث می برد» و بلافاصله در مقام تخصیص آن گفته شده است: «لیکن چنانچه برای متوفی اخوه وجود داشته باشد، سهم مادر یک ششم خواهد بود». با این وصف چنانچه در مفهوم اخوه از جهت این که آیا حمل از مصادیق آن است یا خیر شبهه پیش آید، منحصص، مجمل خواهد شد و از آنجا که منحصص مزبور متصل به دلیل عام است، دلیل عام مزبور نیز دچار اجمال می گردد و معلوم نیست که آیا مادر در فرض وجود حمل و در صورت اجتماع سایر شرایط حاجیت اخوه، آیا دارای سهم الارث یک سوم است یا یک ششم. در چنین فرضی قدر متیقن این است که یک ششم از ترکه به مادر می رسد و در ارث بری بیش از یک ششم تردید وجود دارد به همین جهت از اصل عدم زیادت از سدس سخن به میان می آید (رک. حسینی روحانی، ۲۴/۲۸۳).

در پاسخ این نقد می توان گفت ادعای سرایت اجمال در فرض مورد بررسی، از دلیل منحصص به دلیل عام و مطلق که دلالت بر سهم الارث یک سوم برای مادر می نماید، ادعایی

۷- در خصوص لزوم اکتفا به قدر متیقن در موارد استثنائی و تفسیر مضیق استثناء رک. (نویخت، ۶۹).

۸- در خصوص سرایت اجمال منحصص به عام رک. (مظفر، ۱/۲۰۶-۱۹۹؛ محمدی، مبانی استنباط، ۱۰۰-۹۵؛ قافی و شریعتی فرانی، ۲/۲۱۵-۲۰۷)

بیش نیست. در واقع ابتدا به موجب قسمت نخست آیه شریفه به نحو مطلق سهم الارث مادر یک سوم دانسته شده است سپس به موجب حکمی علی حده در فرض وجود اخوه از سهم یک ششم برای مادر سخن گفته شده است. بنابراین آنچه بر اساس متفاهم عرفی یقینی است سهم یک سوم برای مادر است و طبیعی است خروج از این حکم نیازمند دلیل یقینی است و جز در موردی که اخوه تولد یافته‌اند چنین دلیل یقینی وجود ندارد. امری که تمسک به اصالت عدم حجب را به خوبی تأیید می‌نماید (در تأیید این نظر رک. نراقی، ۱۳۲/۱۹).

و- فقدان علت حاجبیت اخوه در مورد حمل

دلیل دیگری که برای تقویت عدم حاجبیت حمل ارائه شده است، تمسک به علت حاجبیت اخوه است. توضیح این که علت حاجبیت اخوه نسبت به مادر آن است که حجب مزبور موجب ازدیاد سهم پدر می‌گردد و ازدیاد سهم پدر نیز به خاطر نقشی است که در تأمین نفقه اخوه دارد حال آن که پدر نقش مزبور را در مورد حمل ایفا نمی‌نماید. بنابراین علت حجب در مورد حمل منتفی است (در این خصوص رک. نجفی، ۹۰/۳۹-۸۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ علی‌یاری غروی، ۷۴).

در پاسخ همان‌گونه که برخی از اندیشمندان فقهی (نراقی، ۱۳۲/۱۹؛ حسینی روحانی، ۲۸۲/۲۴) بیان داشته‌اند باید گفت: از سویی، نقش پدر در تأمین نفقه اخوه متوفی علت حکم حاجبیت اخوه نیست زیرا اگر علت حجب، چنین امری بود اولاً می‌بایست حاجبیت اخوه ناظر به اخوه فقیر دانسته می‌شد. چرا که نفقه اخوه در فرضی بر عهده پدر است که اخوه دارای توان مالی نباشند حال آن‌که هیچ کس حاجبیت را مقید به فقر اخوه ننموده است. ثانیاً می‌بایست اولاد اخوه در فرضی که نادر بوده و نفقه ایشان بر عهده پدر متوفی است، نیز حاجب مادر به شمار می‌آمدند حال آن‌که چنین امری مورد پذیرش نیست. بنابراین نقش پدر در تأمین نفقه اخوه را می‌توان به عنوان حکمت در نظر گرفت. طبیعی است حکمت بودن امری نمی‌تواند توسعه یا تضییق حکم را به دنبال داشته باشد.

از سوی دیگر چنانچه نقش پدر در نفقه اخوه علت حکم به شمار آید، نمی‌توان به گونه‌ای قطعی علت مزبور را در مورد حمل منتفی دانست زیرا برخی از فقیهان (طوسی، المبسوط، ۲۱۱/۵ و ۲۷۵؛ همو، المبسوط، ۲۱/۶ و ۲۸؛ علامه حلی، مختلف، ۳۲۴/۷؛ سیوری حلی، ۲۱۸/۲) فتوا به ثبوت نفقه برای حمل داده‌اند.

بررسی حقوق موضوعه و نظرات حقوقی

قانون مدنی ایران به صراحت و به طور مستقل متعرض حاجبیت یا عدم حاجبیت حمل در بحث حاجبیت اخوه نسبت به مادر نگردیده است. همین امر موجب اختلاف نظر میان اندیشمندان حقوقی شده به گونه‌ای که گروهی از حاجبیت حمل سخن گفته و گروهی حاجبیت وی نسبت به مادر را نفی کرده‌اند. برای نقد و بررسی نظرات مزبور ابتدا به نقد و بررسی نظریه حاجبیت حمل پرداخته سپس نظریه عدم حاجبیت حمل را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

نقد و بررسی ادله حاجبیت حمل

برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۲۵۴/۳؛ کاتوزیان، ارث، ۶۷-۶۹؛ همو، درس‌هایی از شفعه - وصیت - ارث، ۱۹۲-۱۹۱) در بحث حاجبیت اخوه، از حاجبیت حمل دفاع نموده‌اند. ذیلاً ضمن بیان ادله این نظر به نقد و بررسی هر یک از ادله ارائه شده در این خصوص می‌پردازیم.

آ- ملاک واحد در مورد ارث بری و حاجبیت حمل

برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۲۵۴/۳) برای اثبات حاجبیت حمل به قیاس و وحدت ملاک متمسک شده و معتقداند، همان‌گونه که حمل می‌تواند وارث باشد، باید بتواند حاجب نیز قرار گیرد.

در نقد این استدلال می‌توان گفت از سویی، معلوم نیست ادعای ملاک واحدی که در این استدلال آمده مبتنی بر چیست و از کجا به دست آمده است. به ویژه این‌که حاجبیت و ارث بری دو امر مختلف می‌باشند و میان آن دو ملازمه‌ای وجود ندارد^۹. بنابراین صرف ادعا نمی‌تواند اثبات‌کننده امری باشد. قانون‌گذار نیز علت ارث‌بری حمل را مشخص ننموده است تا بتوان از آن در مورد بررسی حاجبیت وی در خصوص مادر استفاده نمود.

ب- اطلاق ماده ۸۹۲ قانون مدنی و شمول آن نسبت به حمل

استدلال دیگری که برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۲۵۴/۳؛ کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۵۵۴-۵۵۵، ماده ۸۹۲، زیرنویس شماره ۶) برای حاجبیت حمل بدان تمسک نموده‌اند، این است که ماده ۸۹۲ برادر و خواهر را به نحو مطلق به کار برده است و اطلاق آن شامل حمل نیز می‌گردد.

۹- در تأیید این نظر رک. عدل، ۴۰۵؛ کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۵۵۴، ماده ۸۹۲، زیرنویس شماره ۳.

مشابه این استدلال در ادله فقهی ارائه شده برای حاجبیت حمل مطرح گردید و بدان پاسخ داده شد. در این قسمت نیز می‌توان گفت صدق برادر یا خواهر بر حمل امری مشتبه است و طبیعی است که استناد به اطلاق لفظ برادر یا خواهر در شبهات مصداقیه امکان‌پذیر نیست. به علاوه تمسک به اطلاق مستلزم این است که قانون‌گذار در مقام بیان بوده و موضوع را به اجمال برگزار ننموده باشد، حال آن‌که در موضوع مورد بحث اجمال وجود دارد و از این رو استناد به اطلاق موجه نیست.

جالب توجه است که برخی از حقوق‌دانان که در مسأله مورد بررسی صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل را پذیرفته و به اطلاق بند ب ماده ۸۹۲، برای حاجبیت حمل استناد می‌نمایند، در مسأله‌ای مشابه هنگام پاسخگویی به این سؤال که آیا حمل می‌تواند عنوان پسر بزرگ‌تر را داشته و از حبه استفاده نماید یا خیر، اطلاق ماده ۹۱۵ قانون مدنی^{۱۰} را مورد پذیرش قرار نداده و از لزوم تفسیر استثنائی ماده مزبور سخن گفته‌اند (رک. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۵۶۱، ماده ۹۱۵، زیرنویس شماره ۵)، حال آن‌که حجب نیز نهادی استثنائی به شمار می‌آید و لازم است در موارد مشابه استدلال‌های مشابهی داشت.

ج- استناد به ماده ۸۷۸ قانون مدنی

یکی دیگر از استدلال‌های ارائه شده (کاتوزیان، ارث، ۶۹-۶۷؛ همو، درس‌هایی از شفعه - وصیت - ارث، ۱۹۲-۱۹۱)، استناد به ماده ۸۷۸ قانون مدنی است. به موجب این ماده «هرگاه در حین موت مورث حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می‌گردد تقسیم ارث بعمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و...». شیوه استدلال به این ماده بدین ترتیب است که مانع در این ماده به معنای حاجب است و از این رو امکان حاجبیت حمل مورد پذیرش قرار گرفته است. بنابراین در بحث اخوه نیز باید حاجبیت حمل مورد پذیرش قرار گیرد.

در پاسخ به ادعای مزبور می‌توان گفت هر چند ماده مذکور، امکان حاجب شدن حمل را پذیرفته است ولی در مقام بیان جزئیات و قلمرو حاجبیت حمل نبوده است. بنابراین نمی‌توان چگونگی و قلمرو حاجبیت حمل را از ماده مزبور استنباط نمود. به ویژه این‌که ماده مزبور ناظر به فرضی است که حمل خود در زمره ورثه بوده و می‌تواند ارث ببرد حال آن‌که بحث

۱۰- ماده مزبور مقرر می‌دارد: «انگشتی که میت معمولاً استعمال می‌کرده و همچنین قرآن و رخت‌های شخصی و شمشیر او به پسر بزرگ او می‌رسد بدون اینکه از حصه او از این حیث چیزی کسر شود مشروط بر اینکه ترکه میت منحصر به این اموال نباشد».

حاجبیت اخوه کاملاً متفاوت با آن است زیرا اخوه به دلیل وجود طبقه اول ارثی خود دچار حاجب حرمانی گردیده‌اند (در تأیید این نظر رک. مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۴).

د- استناد به ماده ۹۵۷ قانون مدنی

بر اساس ماده ۹۵۷ قانون مدنی «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط براین که زنده متولد شود». برخی از اساتید حقوق ایران (کاتوزیان، ارث، ۶۹-۶۷؛ همو، درس‌هایی از شفعه - وصیت - ارث، ۱۹۲-۱۹۱) با استناد به ماده پیش‌گفته، معتقدند قانون‌گذار برای حمل وجود حقیقی در نظر گرفته است. وجود حقیقی امری نسبی نیست بنابراین نه تنها حمل از نظر بهره‌مندی از حقوق موجود به شمار می‌آید بلکه از نظر حاجبیت نیز موجود است. بنابراین حمل می‌تواند نقش حاجبیت را در مسأله مورد بررسی ایفا نماید.

در پاسخ می‌توان گفت در ماده ۹۵۷ قانون مدنی، سخن از «حقوق» برای حمل به میان آمده است حال آن‌که همان‌گونه که برخی از حقوق‌دانان (شهیدی، ۱۲۹؛ مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۳) به درستی بیان داشته‌اند، حاجبیت اخوه نسبت به مادر برای ایشان یک «حق» نمی‌باشد، بلکه در زمره احکام قانونی قرار دارد. در واقع اگر «حاجبیت اخوه» در زمره حقوق و از آن جمله در زمره حقوق مدنی قرار داشته باشد، استدلال به ماده مزبور موجه خواهد بود زیرا می‌توان گفت با توجه به حکم ماده ۹۵۷ نیاز به تصریح حاجبیت حمل در ماده ۸۹۲ نبوده است. لیکن پذیرش این مسأله با توجه به مفهوم واژگان «حق» امکان‌پذیر نیست. توضیح این‌که مقصود از «حق» امتیاز و نفع متعلق به شخص است^{۱۱} حال آن‌که حجب اخوه نسبت به مادر امتیازی برای ایشان به ارمغان نمی‌آورد تا عنوان حق مدنی بر آن صادق باشد و حکم مندرج در ماده ۹۵۷ در مورد آن اجرا گردد.

نقد و بررسی ادله عدم حاجبیت حمل

گروهی از نویسندگان حقوقی (شهیدی، ۱۲۹؛ جعفری لنگرودی، ارث، ۱۴۴/۱-۱۴۳؛ همو، مجموعه محشی قانون مدنی، ۴۵۳؛ همو، وصیت - ارث، ۳۲۷؛ مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱-۱۸۰؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۴-۱۰۳؛ جوری، ۱۲۹) معتقدند برادر یا خواهر در صورتی که «حمل» باشد جزء نصاب شمارش نمی‌شود. بنابراین در زمان فوت متوفی باید

۱- برای ملاحظه تعریف حق رک. (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۴۴۲/۳؛ پور مولا، ۷۲-۷۰).

از مادر متولد شده باشد. برای تبیین این نظر ادله‌ای ارائه شده که به گونه‌ای متناظر با ادله ارائه شده توسط قائلان به حاجبیت حمل است. در ذیل اشاره مختصر به ادله مزبور صورت می‌پذیرد:

آ- عدم صدق عرفی عنوان «برادر و خواهر» بر حمل

برخی از نویسندگان حقوقی (شهیدی، ۱۲۹؛ مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱-۱۸۰؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۳؛ جوری، ۱۲۹) نیز هم‌چون گروه پیش‌گفته از فقیهان برای اثبات عدم حاجبیت حمل، از عدم صدق عرفی عنوان «برادر و خواهر» بر حمل سخن گفته‌اند. حتی برخی از ایشان (مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱-۱۸۰؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۳) احتمال داده‌اند دلیل این‌که قانون مدنی نیز این شرط را صراحتاً مورد تنصیب قرار نداده همین باشد که شرط انفصال از شرط نخست، یعنی وجود برادر یا خواهر، استنباط می‌گردد. طبیعی است این استدلال نقطه مقابل استدلال قائلان به حاجبیت حمل است که ادعای اطلاق عنوان برادر و خواهر بر حمل را نموده‌اند. بنابراین حداقل این است که قرار گرفتن حمل در زمره مصادیق برادر و خواهر در ماده ۸۹۲ قانون مدنی محل تردید و شبهه است و همین شبهه استدلال به عموم و اطلاق ماده مزبور برای حاجبیت حمل را منتفی می‌نماید. البته لازم به ذکر است برخی از حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ارث، ۱۴۴/۱-۱۴۳) برای تقویت استدلال مبتنی بر عدم صدق عنوان برادر و خواهر (منعکس در ماده ۸۹۲ قانون مدنی) بر حمل، این نکته را افزوده‌اند که در بحث ارث و وصیت در مواردی که سخن از حمل و حقوق وی یا نقش آفرینی او است، شیوه و رسم قانون‌گذار تصریح به امر مزبور است؛ بنابراین سکوت قانون‌گذار و عدم تصریح وی در خصوص حاجبیت حمل بیانگر این است که ماده ۸۹۲ قانون مدنی نظر به حمل نداشته و منصرف از آن است.

ب- عدم شمول ماده ۹۵۷ بر مسأله حجب و ممنوع بودن قیاس حاجبیت با بهره‌مندی

از حقوق مدنی

قائلان به نظریه عدم حاجبیت برای احتراز از تسری حکم ماده ۸۹۲ قانون مدنی در مورد حمل، از سویی به عدم شمول ماده ۹۵۷ قانون مدنی (که بهره‌مندی حمل از حقوق مدنی را مورد شناسایی قرار داده) بر مسأله حجب تصریح می‌نمایند. به اعتقاد ایشان (شهیدی، ۱۲۹؛ مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۳) حجب اخوه نسبت به مادر در زمره «حقوق مدنی» نیست تا حکم مندرج در ماده ۹۵۷ در مورد آن اجرا گردد. از

سوی قیاس حاجبیت حمل با بهره‌مندی وی از حقوق مدنی را ممنوع و فاقد وجه شبه معرفی می‌نمایند (رک. شهیدی، ۱۲۹).

البته علاوه بر ادله فوق می‌توان همان‌گونه که در قسمت ادله فقهی بیان گردید، در حقوق ایران نیز به استثنائی بودن حجب و اصل عدم حجب استناد نمود.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های به عمل آمده در این پژوهش مشخص گردید که مهم‌ترین ادله ارائه شده برای نظریه حاجبیت حمل نسبت به مادر در بحث حاجبیت اخوه، صدق عنوان برادر یا خواهر (اخوه) بر حمل و اصل عدم اشتراط تولد برای حاجبیت اخوه است. لیکن ادله مزبور توان اثبات حاجبیت برای حمل را دارا نیست زیرا صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل، محل تردید است و تمسک به اطلاق و عموم ادله در شبهات مفهومی و مصداقیه امکان‌پذیر نیست. استناد به اصل عدم اشتراط نیز با توجه به مسلم نبودن صدق عنوان اخوه بر حمل امکان‌پذیر نیست. ادله ارائه شده برای نظریه عدم حاجبیت حمل عبارت است از: اجماع منقول، شهرت عظیم فتوایی، عدم صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل، روایت علاء بن فضیل، اصل عدم حجب و فقدان علت حاجبیت اخوه در مورد حمل. در این میان استناد به اجماع، شهرت و فقدان علت حاجبیت در مورد حمل به عنوان دلیل مستقل قابل پذیرش نیست زیرا علاوه بر اینکه وجود اجماع محل تردید است، اجماع مزبور بر فرض وجود، اجماع مدرکی است و از این حیث دارای اعتبار مستقل به شمار نمی‌آید، شهرت نیز به به تنهایی دلیل معتبری نیست و آنچه به عنوان علت در مورد حجب اخوه بیان شده است، حکمتی بیش نیست. بنابراین از نظر فقهی آنچه بیشتر می‌تواند نظریه عدم حاجبیت حمل نسبت به مادر را به اثبات رساند، علاوه بر تردید در صدق عنوان اخوه بر حمل، استناد به روایت علاء بن فضیل و نیز تمسک به اصل عدم حجب است. با این وصف نظریه عدم حاجبیت حمل که با شهرت عظیم فقهی نیز تأیید می‌گردد، اقوی به نظر می‌رسد. از نظر حقوق موضوعه ایران نیز به نظر می‌رسد نظریه عدم حاجبیت از قوت استدلالی بیشتری برخوردار است زیرا از سویی، صدق عنوان برادر و خواهر بر حمل و نیز تمسک به اطلاق ماده ۸۹۲ در این خصوص مشکوک است و همین امر استناد به موارد مزبور را با اشکال روبرو می‌نماید. از سوی دیگر، استناد به ماده ۹۵۷ قانون مدنی نیز روا نیست زیرا حاجبیت برای حمل حقی مدنی به شمار نمی‌آید تا از رهگذر اجرای آن امتیازی

برای حمل پدید آید. به علاوه حاجبیت مسأله‌ای استثنائی است و در موارد استثنائی باید به قدر متیقن اکتفا نمود. هم‌چنین شهرت نظریه عدم حجب و ادله آن در فقه امامی به گونه‌ای است که دست برداشتن از آن دشوار است. به ویژه این‌که بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، در موارد سکوت و اجمال قوانین باید به منابع معتبر اسلامی مراجعه نمود و همان‌گونه ملاحظه گردید با مراجعه به منابع معتبر فقهی و ملاحظه ادله اقامه شده برای هر دو نظریه، جای شک و تردید باقی نمی‌ماند که نظریه حاجبیت از اعتبار لازم برخوردار نبوده و عدم حاجبیت حمل مطابق با اصول است. در عین حال پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران برای برطرف نمودن هرگونه تردید در مورد حاجبیت یا عدم حاجبیت حمل، به وضوح عدم حاجبیت حمل در بحث حاجبیت اخوه را مورد تصریح و تنصیص قرار دهد.

منابع

قرآن کریم.

- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
- اراکي، محمد علی، *رسالتان فی الإرث و نفقة الزوجة*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۳ق.
- اصفهانى، ابوالحسن، *وسيلة الوصول إلى حقائق الأصول*، تقریرات توسط حسن سیادتى سبزواری، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *نهاية الدراية فی شرح الكفاية*، قم، انتشارات سید الشهداء (ع)، ۱۳۷۴.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۶.
- امامی، مسعود، «اجماع مدرکی»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، شماره ۶۰، زمستان ۱۳۸۸، صص ۱۳۲-۱۱۰.
- انصاری، محمد علی، *الموسوعة الفقهية الميسرة*، بی‌جا، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- انصاری شیرازی، قدرت الله و دیگران، *موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ق.
- آبی، حسن بن ابی طالب، *كشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی،

۱۴۱۰ق.

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۹ق.

آل عصفور، حسین بن محمد، *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتيح الشرائع*، قم، مجمع البحوث العلمية، بی تا.

بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغه الفقيه*، تهران، انتشارات مكتبة الصادق، ۱۴۰۳ق.
پورمولا، سيد محمد هاشم، «حق و حکم در فقه امامیه»، *پژوهش نامه حقوق الاسلامی*، دانشگاه امام صادق (ع)، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰، صص ۸۶-۶۵.
ترجینی عاملی، سيد محمد حسين، *الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية*، قم، دارالفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ق.

جعفری بهزادکلای، محسن، *شرط وجود وارث در تحقق ارث*، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (عليه السلام)، ۱۳۸۹.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دوره حقوق مدنی: ارث*، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.
_____، *مجموعه محشی قانون مدنی*، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.

_____، *وصیت- ارث*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
جمعی از پژوهشگران، *موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام*، زیر نظر سيد محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت عليهم السلام، ۱۴۲۳ق.

جوری، محمد اسحاق، *ارث با نگاهی تطبیقی (حقوق، مذاهب پنجگانه اسلام، مسیحی، کلیمی، زرتشتی)*، تهران، انتشارات دفتر علم، ۱۳۹۰.

حائری، عبد الکریم، *درر الفوائد*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا.
_____، *هدایة الأمة إلى أحكام الأئمة (ع)*، مشهد، انتشارات آستان قدس

رضوی، ۱۴۱۴ق.

حکیم، محسن، *حقائق الأصول*، قم، مكتبة بصیرتی، ۱۴۰۸ق.
خمینی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
_____، *حاشیه بر رساله ارث ملاهاشم خراسانی*، بی جا، انتشارات مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۸۵.

- خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- _____، **معجم رجال الحديث**، بی‌جا، بی‌نا، ۱۴۱۳ق.
- روحانی، محمدصادق، **فقه الصادق علیه السلام**، قم، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ق.
- زین‌الدین، محمد امین، **کلمة التقوی**، قم، بی‌نا، ۱۴۱۳ق.
- سبزواری، عبد‌الأعلى، **مهذب الأحكام**، قم، مؤسسة المنار، ۱۴۱۳ق.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر، **مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهية الأساسية**، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ق.
- شوشتری، محمدتقی، **النجمة فی شرح اللمعة**، تهران، کتابفروشی صدوق، ۱۴۰۶ق.
- _____، **قاموس الرجال**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، **الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
- _____، **اللمعة الدمشقیة**، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، بی‌جا، انتشارات جامعه النجف‌الدینیة، بی‌تا.
- _____، **مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- شهیدی، مهدی، **ارث**، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- صاحب‌جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، تهران، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸.
- صدر، محمد صادق، **ماوراء الفقه**، بی‌جا، المحبین للطباعة والانتشر، ۱۴۲۷ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، **غایة المرام فی شرح شرایع الإسلام**، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی قمی، تقی، **مبانی منهاج الصالحین**، قم، منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، **ریاض المسائل**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.
- طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
- _____، **تهذیب الأحكام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، **مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة**، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی‌تا.
- عدل، مصطفی، **حقوق مدنی**، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۸۵.

عراقی، ضیاء الدین، **تنقیح الأصول**، تقریرات توسط سید محمد رضا طباطبائی، نجف، المطبعة الحیدریة، ۱۳۷۱ق.

_____، **مقالات الأصول**، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.

_____، **نهاية الأفكار**، تقریرات توسط محمد تقی بروجردی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، **تبصره المتعلمین**، تهران، انتشارات فقیه، ۱۳۶۸.

_____، **تحریر الاحکام**، بی جا، مؤسسة امام صادق (ع)، ۱۴۲۲ق.

_____، **قواعد الاحکام**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.

_____، **مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة**، قم، دفتر انتشارات الاسلامی، ۱۴۱۳ق.

علی یاری غروی، مولی علی، **ایضاح الغوامض فی تقسیم الفرائض**، قم، بنیاد فرهنگ اسلامی، ۱۴۲۱ق.

فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة- الطلاق و الموارث**، قم، مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع)، ۱۴۲۱ق.

_____، **القواعد الفقهیة**، قم، بی نا، ۱۴۱۶ق.

_____، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة- الإجارة**، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۴ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، قم، انتشارات مرتضوی، ۱۴۲۵ق.

فاضل هندي، محمد بن حسن، **كشف اللثام**، قم، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي و مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، **ایضاح الفوائد**، بی جا، مؤسسة اسماعیلیان، ۱۳۸۹ق.

فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، **مفاتیح الشرائع**، بی جا، مجمع الذخائر الاسلامیة، ۱۴۰۱ق.

قافی، حسین و سعید شریعتی فرانی، **اصول فقه کاربردی**، قم و تهران، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات سمت، ۱۳۹۰.

قبله ای خوبی، خلیل، «بررسی احکام فقهی و حقوقی حجب و حاجبین و محجوبین»، **فصلنامه دیدگاه های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری**، شماره ۲۳ و ۲۴، ۱۳۸۰، صص ۱۳۵-۱۱۳.

_____، «بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین»، **فصلنامه دیدگاه های**

- حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۲، تابستان ۱۳۷۵، صص ۸۶-۵۷.
- _____، ارث، تهران، سمت، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از شفعه - وصیت - ارث، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶.
- _____، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ ارث، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹.
- _____، فلسفه حقوق، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹.
- کاشف الغطاء، عباس، الفوائد الجعفریة، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- گنجوی، محمد تقی، ارث در اسلام، بی‌جا، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۰.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، قم، مکتبه آیه الله المرعشی، ۱۴۰۷ق.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ق.
- _____، شرائع الإسلام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایه الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.
- محمدی، ابوالحسن، «اجماع»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۱۰ و ۱۱، تابستان و پائیز ۱۳۵۱، صص ۱۵۸-۱۴۸.
- _____، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
- مصلحی عراقی، علی حسین، «حجب در قانون مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۶۴، تابستان ۱۳۸۳، صص ۱۸۵-۱۵۵.
- _____، حقوق ارث، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
- مظفر، محمدرضا، أصول الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.

مکارم شیرازی، ناصر، **کتاب النکاح**، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ق.

موسوی بجنوردی، محمد، علم اصول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.

موسوی اردبیلی، عبد الکریم، **فقه الحدود و التعزیرات**، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله، ۱۴۲۷ق.

موسوی خوانساری، احمد، **جامع المدارک**، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **قوانین الأصول**، بی جا، بی نا، بی تا.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، **مستند الشیعه**، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۹ق.

نمازی شاهرودی، علی، **مستدرکات علم رجال الحديث**، تهران، ۱۴۱۵ق.

نوبخت، حسین، **شیوه های تفسیر قوانین مدنی**، تبریز، انتشارات فروزش، ۱۳۸۸.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰

بهار ۱۳۹۴، ص ۱۶۴-۱۴۳

پژوهشی در ماهیت «اصل مُحَرَز»* با تأکید بر دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر

هادی مصباح

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس بین‌الملل دانشگاه فردوسی مشهد

Email: h.mesbaholhoda@gmail.com

دکتر محمدحسین حائری^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

مجتبی الهی خراسانی

استادیار دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی

Email: moj_elahi@yahoo.com

چکیده

گرچه علامه حلی و شیخ انصاری به خصوصیت احراز در برخی از اصول عملیه اشاره کرده‌اند، ولی تنقیح آن از ابتکارات میرزای نائینی بوده است. وی اصول عملیه را به «محرز و غیر محرز» تقسیم می‌کند. «اصل محرز» وظیفه عملی مکلف را با نظر به واقع تعیین می‌کند، مانند: استصحاب، اصل صحت و قاعده فراغ و تجاوز؛ اما اگر واقع در نظر گرفته نشود «اصل غیرمحرز» نامیده می‌شود، مانند: براءت و تخییر. محقق نائینی در مورد اصول محرزه معتقد است، اصلی که امر مشکوک را به منزله واقع قرار می‌دهد، اصل تنزیلی است، مانند: اصالت طهارت و اصالت حلیت و هنگامی که مانند استصحاب، شک و احتمال را به منزله یقین قرار می‌دهد، آن اصل، اصل محرز خواهد بود. اشکالات متعددی به نظریه محقق نائینی وارد شده که از جمله آن‌ها اشکالات محقق خوئی و علامه شهید صدر می‌باشند. شهید صدر اصل محرز نائینی را نمی‌پذیرد و این اصطلاح را در معنای دیگری به کار می‌برد. او که تمایز میان اصول و حجیت امارات را نیز به تفاوت در ملاک جعل آن‌ها می‌داند، اصل محرز را نیز به همین شکل تفسیر می‌کند. مهم‌ترین ثمره اصل محرز، تقدم آن بر اصل غیر محرز در تعارض است. نگارندگان با بیان تمایز اصول و امارات از دیدگاه نائینی و شهید صدر در پی تبیین ماهیت «اصل مُحَرَز» و ثمره آن از منظر این دو اندیشمند اصولی هستند.

کلیدواژه‌ها: اصل مُحَرَز، اصل تنزیلی، اصل عملی، اماره.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۸/۱۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۰/۲۸.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

بیشترین کاربرد اصول فقه در استنباط احکام شرعی، زمانی است که مجتهد، قطع یا ظن معتبر به تکلیف ندارد. در این هنگام است که اصول فقه، پا به میدان گذاشته و جهت حصول قطع به تکلیف، وظیفه عملی مکلف را مشخص می‌نماید. اما نسبت به میزان واقع‌نمایی آن از احکام، دیدگاه‌های مختلفی میان اصولیان وجود دارد که از جمله اصول مورد اختلاف فقها در این خصوص «اصل مُحَرِّز» می‌باشد. (علامه حلی، ۲۳/۲؛ مشکینی، ۵۴-۶۱) مهم‌ترین مطالب مطرح در خصوص اصل محرز آن است که آیا اساساً چنین اصلی وجود دارد یا نه؟ بر فرض وجود اصل محرز، میزان واقع‌نمایی آن چقدر است؟ نسبت آن با امارات و نیز با دیگر اصول عملیه چیست؟ چه نتایجی بر پذیرفتن اصل محرز مترتب می‌شود؟ در نوشتار پیش روی تلاش شده پاسخ این پرسش‌ها را با تاکید بر دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر بیابیم.

اصول عملیه و تمایز آن با امارات

تقسیم ادله به ادله اجتهادی (امارات) و اصول عملیه از اختصاصات فقه شیعه است (علامه حلی، ۲۱/۲) و مراجعه به اصول عملیه از تمایزات اساسی فقه شیعه با فقه سنی به‌شمار می‌رود. (حائری، ۱۹/۳) نام دیگر اصول عملیه ادله فقاهتی است و در طول «اصول لفظی عقلائی» و «ادله اجتهادی» هستند. (انصاری، ۱۰/۲؛ مظفر، ۵۰/۳؛ فضلی، ۴۶۵/۲-۴۶۶؛ حائری، ۲۲/۳)

«آماره» از ریشه «امر» مصدر دیگر باب تفعیل بر وزن «فعاله» است. در لغت، به‌معنای علامت و نشانه و جمع آن امارات است. (ابن منظور، ۳۱/۴؛ جوهری، ۵۸۲/۲؛ فیومی، ۲۲/۲) در اصطلاح، به طریقی گفته می‌شود که ظن به حکم واقعی را افاده می‌نماید، مانند: خبر واحد. کاربرد رایج آماره در کلمات اصولیان، در آماره معتبر است که کاشفیت از واقع داشته و شارع آن را برای کشف حکم واقعی اعتبار نموده است. (خمینی، ۳۱۶/۱) اغلب اصولیان، «آماره» را مترادف «دلیل» و «طریق» (مظفر، ۱۵/۳) و در مقابل «اصل عملی» به‌کار برده‌اند. در کتاب‌های اصولی، آماره علاوه بر طریق، در معنای ظن حاصل از کاربرد آماره نیز به‌کار می‌رود، مانند: ظن حاصل از خبر واحد. این کاربرد دوم مسامحی بوده و به سبب وجود علاقه. میان سبب (آماره) و مسبب (ظن) حاصل شده است. (مظفر، ۱۶/۳) سخن اصولیان در مورد مفاد امارات مختلف است. هنگامی که مفاد آماره را حکم ظاهری می‌دانند، گاه نظر به محکی آماره داشته و کاشفیت

آن را قصد کرده‌اند و گاه نظر به دلیل حجیت اماره داشته و ظنی بودن آن را توجه نموده‌اند. (اسلامی، ۴۳)

«اصل»، در لغت به معنای پایه و ریشه و جمع آن «اصول» است (جوهری، ۱۶۲۳/۴؛ فیومی، ۱۶/۲) و در علم اصول، به دو قسم اصول لفظی و اصول عملی تقسیم می‌گردد. (مشکینی، ۵۶؛ موسوعة الفقه الاسلامی، ۳۳۲/۱۳-۳۳۳) «اصول عملیه» تکالیفی عملی هستند که شارع مقدس به هنگام شک مکلف در حکم واقعی شرعی و برای رهایی او از سرگردانی، مقرر کرده است. (کاظمی، ۴۸۶/۴؛ فیروزآبادی، ۲/۴) این اصول عملی، به حکم شرع یا به حکم عقل مقرر می‌شوند و در صورت اول، اصل عملی شرعی و در صورت دوم، اصل عملی عقلی نامیده می‌شوند. (مشکینی، ۵۹)

اصول عملیه خود بر دو نوع است: عامه و خاصه. اصول عملیه عامه در جمیع ابواب فقه از طهارت تا دیات قابلیت جریان دارند و حسب استقرا عبارتند از: «اصل برائت، اصل احتیاط، اصل تخییر و اصل استصحاب». (علامه حلی، ۲۲/۲؛ مظفر، ۲۷۱/۴) در مقابل، اصول عملیه خاصه، فقط در باب معینی از فقه کاربرد و جریان دارند و در همه جا قابل اجرا نیستند؛ مثل «اصل طهارت، اصل حلیت، اصل عدم تذکبه». (کاظمی، ۵/۳؛ مظفر، ۲۷۱/۴)

بی شک اصل، مانند اماره (اسلامی، ۴۴) حکم ظاهری است و برای هنگام جهل به موضوع واقعی جعل شده و بر خلاف امارات، صرفاً برای تعیین وظیفه عملی مقرر گردیده، هیچ سهمی از کشف احکام شرعی ندارند. (کاظمی، ۴۸۶/۴؛ فیروزآبادی، ۲/۴؛ مشکینی، ۵۹)

اما برخی از اصولیان. معتقدند، تعدادی از اصول عملی، دارای نوعی خصوصیت کشف و احراز نیز می‌باشند و نام این اصول را «اصول محرزه» گذارده‌اند که اصل عملی استصحاب یکی از آن اصول می‌باشد. (علامه حلی، ۲۳/۲؛ کاظمی، ۱۱۰/۳؛ حکیم، ۴۳۵؛ بجنوردی، ۲/۴۹۵).

نظریه «اصل مُحَرَز»

اگرچه از «اصل مُحَرَز» در کلام شیخ انصاری (انصاری، ۳۳/۱ و ۳۳/۳-۲۳؛ طباطبایی حکیم، ۲۰/۱؛ مروجی، ۵۱/۱-۵۲ و ۳۳۲/۸-۳۳۹) و حتی قبل از آن، در کتاب نه‌ایة الوصول الی علم الأُصول علامه حلی ذکری به میان آمده است (علامه حلی، ۲۳/۲-۲۴)، اما این محقق نائینی بود که ایده اصل محرز را به نظریه تبدیل کرد. (کاظمی، ۳۸۰/۳ و ۴۸۶/۴ و ۶۹۲؛ حلی، اصول الفقه، ۱۱ و ۳/۶)

«محرز» از ریشه «حرز» و در لغت به معنای جای مطمئن (ابن منظور، ۳۳۴/۵؛ جوهری، ۸۷۳/۳؛ فیومی، ۱۲۹/۲) و اسم فاعل ثلاثی مزید از باب افعال به معنای «صیانت کننده» است. در اصطلاح، «اصل محرز»، اصلی است که وظیفه عملی مکلف را هنگام سرگردانی به صورت تبعیدی تعیین کرده و با قرار دادن بنای عملی به یکی از دو طرف شک، تلاش در جلب واقع دارد (کاظمی، ۴۸۶/۴ و ۶۹۲؛ طباطبایی حکیم، المحکم فی أصول الفقه، ۶۸/۵) در حالی که «اصل غیرمحرز»، (علامه حلی، ۲۳/۲؛ کاظمی، ۴۸۶/۴ و ۶۹۲؛ حلی، اصول الفقه، ۳/۶ و ۱۱) تنها نوعی حکم ظاهری^۱ است که نظر به واقع نداشته و فقط معذر و منجز است. (کاظمی، ۴۸۶/۴) در این تبیین و رویکرد، اصل استصحاب، قاعده تجاوز و فراغ، اصل صحت، قاعده عدم اعتبار شک امام و مأموم با حفظ دیگری و عدم اعتبار شک کثیرالشک، اصل محرز به حساب می آید و اصولی مانند برائت، تخییر، احتیاط، طهارت و حلیت^۲ اصل غیرمحرز محسوب می شوند. (علامه حلی، ۲۳/۲؛ حلی، اصول الفقه، ۲۳۹/۹؛ بجنوردی، ۷۹/۲-۸۰ و ۴۹۵ و ۵۷۲؛ حکیم، ۴۳۵؛ آملی، ۲۹۹؛ روحانی، ۲۵۳/۵ و ۲۲۹/۷ و ۲۷۲؛ مشکینی، ۵۹؛ سبحانی، ۳۳۶/۲) پس از محقق نائینی، این نظریه با نقدها و اصلاحاتی روبرو گردید و کسانی چون شهید صدر، آن را برای معنای دیگری وام گرفتند. (صدر، ۲۳/۲)

بررسی هویت متمایز اصل محرز در نظریه محقق نائینی

اماره در اندیشه نائینی، صرف نظر از مقام عمل، نظر به کشف واقع دارد و به لحاظ همین کاشفیت حجّت می باشد. (کاظمی، ۱۱۰/۳؛ حکیم، ۴۳۵؛ واعظ حسینی، ۱۰۵/۱) در حالی که اصل، هیچ نظری به واقع و کشف آن ندارد، بلکه فقط برای رهایی مکلف از سرگردانی در هنگام شک وضع گردیده است. و اگر نظری به واقع داشته باشد، شارع این جهت را معتبر ندانسته است. این همان ادعایی است که در استصحاب و تجاوز و فراغ مطرح شده است. در

۱. البته برخی اصل غیرمحرز را حکم ظاهری مستقل نمی دانند، بلکه معتقدند وظیفه عملی است که شارع مقدس برای رهایی مکلف از سرگردانی هنگام شک در تکلیف، مهیا کرده است. (آملی، ۲۹۹)

۲. ولی آقا ضیاء الدین عراقی - بر خلاف نائینی - دو اصل طهارت و حلیت را اصل تنزیلی می داند. (ضیاء الدین عراقی، ۲۸۳/۱)

واقع، جهل و شک در دلیل اصول عملیه اخذ شده ولی در دلیل امارات اخذ نشده است.^۳ (انصاری، ۱۱/۲-۱۲؛ فیروزآبادی، ۳-۲/۳؛ حکیم، ۴۳۵؛ خوبی، ۹/۲)

به بیان دیگر، براساس دیدگاه نائینی آنچه در امارات جعل شده احراز کردن است و به دنبال آن، تطبیق عمل با مؤدی. اما آنچه در باب اصول عملیه جعل شده صرف تطبیق عمل با مؤدای اصل است، زیرا در اصول عملیه چیزی که مقتضی کشف و احراز باشد وجود ندارد، بلکه فقط وظیفه تعبدی است و در این خصوص، فرقی میان اصول محرزه و غیر محرزه نیست! (کاظمی، ۴۸۵/۴-۴۸۶)

نام دیگر اصل محرز، «اصل تنزیلی» است؛ به این معنا که در مقام عمل، مؤدای اصل را به منزله واقع در نظر می‌گیرد و اثبات می‌کند. (کاظمی، ۳۸۰/۳ و ۶۹۲/۴؛ حلی، اصول الفقه، ۱۱/۳ و ۱۱/۳؛ سبزواری، ۲۰۰/۲) البته به نظر نویسندگان، از منظر محقق نائینی اصل محرز و تنزیلی، در نوع تنزیل با یکدیگر تفاوت دارند.

تمایز امارات و اصول در بیان نائینی

گرچه واژگان و بیان محقق نائینی و بعضی از شاگردان ایشان در مورد تمایز اصول و امارات اندکی متفاوت است اما آنچه از مجموع نگارش‌های آنها استفاده می‌شود، نفی جعل طریقت و کاشفیت از واقع در اصول عملیه. محرزه و غیر محرزه است. (بنگرید به: کاظمی، ۱۱۰/۳؛ صدر، دروس فی علم الاصول، پانوش علی اکبر حائری، ۷۲) البته مجعول امارات، احراز مفاد آن در مقام کشف است و مجعول اصول محرزه و تنزیلیه، احراز مفاد آن در مقام وظیفه و جری عملی می‌باشد. (کاظمی، ۱۱۰/۳؛ واعظ حسینی، ۱۰۵/۱) بعضی از اصحاب مکتب نائینی فرق اصول عملی (از جمله تنزیلی) با اماره را موضوع بودن شک، در اصول عملیه و «ظرف» بودن آن در امارات دانسته‌اند. از این رو فعلیت اصول عملیه وابسته به شک خواهد بود در حالی که در امارات چنین نیست. (کاظمی، ۱۱۰/۳؛ حلی، اصول الفقه، ۶۳/۶؛ خوبی، ۴۱۵/۲)

۳. برخی مدعی هستند که نائینی به این ترتیب در صدد انکار جعل دو گونه حکم (ظاهری و واقعی) می‌باشد و تلاش دارد حکم شرعی را یکی بداند ولی تلاشی نافرجام است، و دیگر اصولیان اماره و اصل را دو نوع حکم ظاهری می‌دانند. (رک: اسلامی، ۳۷؛ مقایسه کنید با: انصاری، ۱۱/۲-۱۲؛ فیروزآبادی، ۳-۲/۳)

بنابراین اگر مفاد جعل و اعتبار حکم ظاهری، طریقت و کاشفیت در مقام واقع‌نمایی باشد، حجیت اماره مورد نظر خواهد بود و مستلزم نوعی تنزیل و مجازگویی عقلی است - مثل حجیت خبر ثقه - و چنانچه مفاد جعل در حکم ظاهری، ناظر به مقام عمل باشد اصل عملی جعل خواهد شد. (کاظمی، ۴/۸۵-۴۸۶؛ حلی، اصول الفقه، ۲/۳۷۶ و ۱۰/۸۶)

در مجموع، مهمترین تفاوت‌های اصل و اماره را در دیدگاه نائینی چنین می‌توان برشمرد:

۱. در موضوع اصول، شك اخذ شده است، اما در موضوع امارات شك اخذ نشده است، هر چند عمل به آن، در فرض شك و جهل به واقع صورت می‌گیرد. ۲. در امارات صرف نظر از حجیت آنها حیث کشف از واقع وجود دارد، بر خلاف اصول که غالباً چنین حیثیتی در آنها وجود ندارد. ۳. هنگام جعل حجیت برای امارات، صفت کشف و احراز آن از واقع مورد نظر بوده است، اما در اصول تنها تطبیق عمل بر طبق آن لحاظ شده است. ۴. امارات حاکم و مقدم بر اصول هستند و با وجود اماره، موضوع اصل تعبدا و یا وجدانا منتفی است. بنابراین، مرتبه اصل بعد از اماره است. ۵. مثبتات اماره حجّت است؛ به این معنا که اثر شرعی مترتب بر لازم عقلی یا عادی مؤدای آن، به اماره ثابت می‌شود، بر خلاف اصل که مثبتات آن نزد اکثر اصولیان حجّت نیست و تنها مؤدای خود اصل یا حکم شرعی که بدون واسطه عقلی یا عادی بر آن مترتب می‌شود، بدان ثابت می‌گردد. (کاظمی، ۴/۸۱-۴۹۱؛ حسینی شاهرودی، ۳/۱۱۶ و ۱۴۸؛ خوئی، ۲/۴۱۵-۴۱۶؛ واعظ حسینی، ۲/۱۵۱-۱۵۵؛ موسوعه الفقه الاسلامی، ۱۶/۴۵۱)

تفاوت میان اصل محرز با اماره در نگاه نائینی

با توجه به اینکه به نظر می‌رسد در مجعول هر دو «علمیت» وجود دارد، تفاوت گونه‌ی محرز از اصول عملیه با امارات، نیازمند توضیح بیشتری است. نائینی خاطر نشان می‌کند: هر قطعی چهار خصوصیت است^۴ که دو خصوصیت آن چنین است: ۱. کاشف از واقع و محرز آن است. ۲. در مقام عمل باید مطابق آن عمل شود. به طور مثال کسی که به وجود حیوان درنده‌ای در جای مشخصی قطع دارد مانند این است که با چشم‌اش حیوان را در آن مکان می‌بیند (کاشف واقع). به سبب همین ویژگی فرار می‌کند (عمل طبق قطع). با توجه به این نکته، اماره و اصل محرز اگرچه در جعل علمی با یکدیگر مشترک‌اند ولی اماره از جهت خصوصیت اول نشانه و علم قرار می‌گیرد، بنابراین از روی تعبد کشف از واقع می‌کند. حال آنکه در اصل محرز ویژگی

۴. که ذیل عنوان «هویت متمایز اصل محرز» در همین مقاله می‌آید.

دوم علم و نشانه قرار می‌گیرد، لذا عمل بر طبق آن جاری می‌شود. فرقی که میرزای نائینی بیان می‌کند، مبتنی بر الفاظ دلیل و چگونگی ساختار و لسان آن است؛ اگر تعبیر به لسان «جعل علمیت» باشد مورد اماره خواهد بود، اگر به بیان «جعل وظیفه عملی» باشد، اصل خواهد بود. (کاظمی، ۱۱۰/۳-۱۱۲؛ حلی، اصول الفقه، ۸۶/۱۰؛ حکیم، ۴۳۵)

به بیان دیگر، احراز در امارات، قطع نظر از مقام عمل، احراز واقع است، اما احراز در باب اصول محرزه، احراز عملی مطابق با مودی است. همچنان که مجعول در اصول غیر محرزه تنها تطبیق عمل بر یکی از دو طرف شک، بدون بنای بر واقع است، که از آن به «تنجیز و تعذیر تکلیف» تعبیر می‌شود. یعنی چنانچه مفاد اصل عملی، تکلیفی مطابق با واقع بود، عقاب منجز و در صورتی که مفاد اصل عملی، عدم تکلیف اما مخالف با واقع از کار درآمد، عذرآور برای مکلف است. (کاظمی، ۱۱۰/۳-۱۱۱ و ۴۸۶/۴؛ حلی، اصول الفقه، ۶۴/۶ و ۸۶/۱۰)

انواع اصل از نظر نائینی

برخی معتقدند، نائینی اصول عملیه را سه قسم می‌داند: ۱. اصل تنزیلی ۲. اصل محرز ۳. اصل عملی محض، (ایروانی، ۷۸/۱ و ۱۱۰/۳-۱۱ و ۳۳-۳۴؛ روحانی، ۱۵۷/۷-۱۶) ولی این نسبت دقیق به نظر نمی‌رسد و فاقد شواهد کافی است، (رک: کاظمی، ۴۸۶/۴ و ۶۹۲؛ حلی، اصول الفقه، ۱۱ و ۳/۶ و ۱۱۱/۱۱-۵۳۸/۱۱-۵۳۹؛ بجنوردی، ۶۹۱/۲؛ سبزواری، ۲۰۰/۲) بلکه به نظر می‌رسد نائینی اصل را دو قسم می‌داند: اصل عملی غیر محض و اصل عملی محض. اصل عملی غیر محض یا اصل تنزیلی است یا اصل محرز. در هر صورت تبیین اصل از نظر نائینی چنین می‌شود:

الف) هنگامی که با قرار دادن مشکوک به منزله واقع، وظیفه عملی مشخص شود؛ در این صورت اصل تنزیلی است، مانند: اصالت طهارت و اصالت حلیت که مشکوک به طهارت یا حلیت، به مثابه طاهر و حلال واقعی است. به عبارت دیگر مفاد «کل شیء لک حلال حتی تعرف أنه حرام» انشای معذور بودن از ناحیه حرمت واقعی محتمل است، ولی به لسان نازل منزله حلال واقعی قرار دادن چیزی که در حلیت آن شک وجود دارد.

۵. تفاوت دو برداشت در مقسم خواهد بود؛ در برداشت اول یک مقسم است «اصل» و سه قسم، در برداشت دوم دو مقسم: «اصل» و «اصل عملی غیر محض» و مقسم دوم خود دو قسم دارد؛ اگرچه در نهایت در هر دو برداشت سه قسم وجود دارد.

ب) هنگامی که با در نظر گرفتن شک و احتمال به منزله یقین، وظیفه عملی مشخص شود اصل محرز است. همان طور که در استصحاب، «احتمال بقا» به منزله یقین به بقاست یا خود استصحاب به منزله یقین است و برای آن جعل طریقت می شود.

ج) هنگامی که منجز و معذور بودن انشا شود و وظیفه عملی را بدون مشکوک به منزله واقع یا احتمال به منزله یقین جعل نماید؛ در این صورت، اصل عملی محض است. مانند: اصل براءت.

(رک: نائینی، ۶۹۲/۴؛ حلی، اصول الفقه، ۵۳۶/۱۱-۵۳۹؛ حسینی سیستانی، ۵۷؛ حسینی

شاهرودی، ۲۲۵/۶)

هویت متمایز اصل محرز و تنزیلی و مصادیق آن در نظر نائینی

نائینی در بیان ماهیت اصل محرز و غیر محرز، برای قطع چهار ویژگی می شمارد: ۱. صفت و حالت نفسانی^۶ که برای انسان آرامش، استقرار و ثبات می آورد، ۲. کاشفیت ۳. جری عملی هنگام پیدا شدن قطع، ۴. منجزیت و معذرت. وی سپس خاطر نشان می سازد که ویژگی اول قابل اعطا نیست و مختص قطع تکوینی است، اما صفت دوم، قابل اعطاست و شارع علمیت را برای اماره جعل، و آن را در طریقت و کاشفیت نازل منزله علم و کشف صددرصد قرار می دهد. همچنین خصوصیت سوم را به اصول محرز اعطا کرده است. ویژگی چهارم در اصل غیر محرز وجود دارد و اعطایی شارع نیست. این اصل چیزی را جعل می کند که نتیجه اش منجزیت باشد مثل حلیت و طهارت و رفع. (کاظمی، ۱۶/۳-۱۷؛ حلی، اصول الفقه، ۶۰/۶ و ۲۴۰/۹ و ۸۶/۱۰؛ هاشمی شاهرودی، ۱۶/۵)

برخی از محققان همچون علامه شهید صدر نظریه محقق نائینی را چنین تحلیل کرده اند که وی فرق این دو اصل را تنها به عالم اثبات و «لسان دلیل» بر می گرداند. (رک: هاشمی شاهرودی، ۱۸/۵) به این ترتیب اگر در دلیل اعتبار و اثبات اصل عملی، فقط اثبات منجزیت یا معذرت عملی بیان شده باشد، در این صورت غیر تنزیلی است، همانند براءت که در دلیل آن چنین لسانی است (رفع ما لایعلمون). اما در اصل تنزیلی و محرز، عنایت تنزیل به لسان دلیل افزوده می شود. (کاظمی، ۱۱۰/۳-۱۱۲؛ حلی، اصول الفقه، ۸۶/۱۰؛ بجنوردی، ۵۷۲/۲-۵۷۳)

۶. با توجه به روانشناسی جدید که افراد را شخصیت بندی می کند و حالات روانی آنها را طیفی از حالات می داند (قطع و یقین روانی در افراد طیفی از حالات است، نه یک حالت مشخص و منحصر به فرد)، پس آیا می توان از یک ویژگی با نام قطع سخن گفت و اینکه قابل اعطا نیست؟

این عنایت نیز به یکی از دو صورت ممکن است: ۱. حکم ظاهری تعبدی نازل منزله حکم واقعی باشد، مثل «کل شیء طاهر»، که در اینجا طهارت تعبداً همان طهارت واقعی است. هنگامی که دلیل اعتبار، متکفل این تنزیل نباشد اثر عملی اش مترتب شدن آثار حکم واقعی منزل در جایی است که موضوع آن واقع شود در این حالت اگر تنزیل ذکر شده واقعی و توسعه در موضوع آن اثر باشد، به صورت واقعی بوده و حکومت واقعی است و اگر صرف تعبد به آن در مورد شک باشد ظاهری است و حکومت هم ظاهری می باشد. ۲. اصل یا در کاشفیت یا به لحاظ جری عملی نازل منزله علم و یقین قرار گیرد. اصطلاح نائینی در اصل تنزیلی بیشتر در این مورد به کار رفته است. به طور مثال این عنایت در دلیل استصحاب (لا تنقض الیقین بالشک) وجود دارد، چون احتمال مسوق به یقین را نازل منزله یقین در مقام عمل - بیان کرده است. (کاظمی، ۱۱۰/۳؛ حلی، اصول الفقه، ۸۸/۱۰؛ هاشمی شاهرودی، ۱۸/۵). میرزای نائینی و خوبی تا اینجا متفق اند که آنچه در استصحاب جعل شده نوعی تنزیل شک به جای یقین است، اما اینکه آیا «احتمال» به لحاظ عمل جانشین «یقین» شده یا به لحاظ کشف اختلاف دارند. محقق نائینی اولی را برگزیده، در این صورت استصحاب را اصل محرز می داند، ولی محقق خوبی دوم را برمیگزیند، لذا استصحاب را از جمله امارات به حساب می آورد. (کاظمی، ۴۸۶/۴-۴۸۷؛ حلی، اصول الفقه، ۸۸/۱۰)

در مجموع، اصل محرز در دیدگاه نائینی، حکم ظاهری ای است که از جهت عملی، نازل منزله علم و یقین قرار گرفته است. (حلی، اصول الفقه، ۳۷۶/۲ و ۸۶/۱۰؛ بجنوردی، ۵۷۲/۲-۵۷۳) و اصل تنزیلی وظیفه عملی است که با قرار دادن مشکوک به منزله واقع، اثر واقع را بر آن مترتب می شود. نهایت اینکه این اثر به عنوان ثانوی جعل شده است (در مقابل اثر واقعی که به عنوان اولی جعل شده است)؛ مانند: اصالت طهارت و اصالت حلیت که آنچه در طهارت یا حلال بودن آن شک شود به مثابه طاهر و حلال واقعی است. پس در هر دو «اصل محرز و تنزیلی» تنزیل واقع وجود دارد، ولی در اصل محرز شک و در اصل تنزیلی مشکوک نازل منزله واقع قرار می گیرد. دیگر اینکه اصل محرز از این جهت که در «کشف نوعی» و احراز «ظنی نوعی» با اماره مشترک است و شارع این احراز را برای اصل محرز قرار داده است، بر بقیه اصول چه تنزیلی و چه غیر تنزیلی، حاکم و مقدم است، همان طور که در حاکم بودن، اصول تنزیلی همانند اصول غیر تنزیلی اصل محرزاند. (حلی، اصول الفقه، ۵۳۶/۱۱-۵۳۹)

«اصول تنزیلی محرزه» مانند استصحاب، در اطراف علم اجمالی جاری نمی‌شود (کاظمی، ۱۴/۴ و ۶۹۳؛ حلی، اصول الفقه، ۹/۷؛ خویی، ۴۳۰/۲) چه لازمه آن، مخالفت عملی باشد چه نباشد. (کاظمی، ۷۸/۳ و ۲۳۶ و ۵۱۵/۴ و ۶۹۳؛ حلی، اصول الفقه، ۵۴۴/۱۱-۵۵۴؛ بجنوردی، ۸۰/۲-۸۲)

جهتی که مانع از جریان آن می‌شود، این است که آنچه جعل شده شامل اطراف علم اجمالی نمی‌شود، زیرا اصول تنزیلی نسبت به بعضی از اطراف شبهات بدویی که با علم اجمالی همراه است یا همراه نیست، قابل جعل است ولی نسبت به تمامی اطراف چنین جعلی ممکن نیست، زیرا نقض شدن حالت سابق در بعضی اطراف علم وجود دارد و احراز حالت سابق در تمامی اطراف، تبدیل به احراز دیگری شده است. (کاظمی، ۱۴/۴؛ حلی، اصول الفقه، ۹/۷)

لذا در ظرفی که از سویی علم اجمالی به طهارت آنها هست، اما از سویی دیگر علم به مسبوق النجاسه بودن یکی از آنان نیز وجود دارد، استصحاب نجاست جاری نمی‌شود، همان‌گونه که در صورت علم به نجاست یکی از آنها و مسبوق به طهارت بودن هر کدام از آن دو، استصحاب طهارت جاری نیست. با وجود اینکه از جاری کردن دو استصحاب در فرض اول، مخالفت عملی با تکلیف معلوم اجمالی لازم نمی‌آید، زیرا تعدد به بقای واقع در هر کدام از دو ظرف با علم به عدم بقای واقع در یکی از آن دو ظرف منافات دارد. و این برخلاف اصول غیر تنزیلی (مانند اصل برائت و حلیت و احتیاط) است که جاری شدن آنها در اطراف علم اجمالی دائر مدار لزوم مخالفت عملی و عدم مخالفت عملی است، لذا اگر از جاری شدن آنها مخالفت عملی لازم نیاید جاری می‌شود و عمل بر طبق مقتضای آنها لازم است. (کاظمی، ۷۸/۳ و ۶۹۳/۴؛ حلی، اصول الفقه، ۵۴۴/۱۱-۵۵۴)

نتایج نظریه اصل محرز و تنزیلی

پذیرفتن اصول عملی متمایزی به نام اصل محرز، با ویژگی‌های تبیین شده توسط محقق نائینی، نتایج زیر را به دنبال خواهد داشت:

آ) ترتب آثار قطع موضوعی بر اصل محرز: اثر عملی تنزیل مورد ادعای محقق نائینی در اصل محرز و تنزیلی، مترتب شدن آثار قطع موضوعی بر اصل مذکور به صورت حکومت واقعی است. برای این کبرای کلی دو مورد تطبیق ذکر می‌شود: ۱. این اصل تنزیلی به خاطر

اینکه تعبداً علم به شمار خواهد آمد، بر دیگر اصول عملی به سبب حکومت مقدم می‌شود، لذا موضوع اصل عملی برداشته می‌شود. ۲. بر اساس اینکه آنچه در اماره جعل شده طریقت و علمیت است، اثر عملی این عنایت تنزیلی بطلان تقدم امارات بر اصول تنزیلی می‌شود، زیرا علمیت در هر دو جعل شده است. (هاشمی شاهرودی، ۱۸/۵) بنابراین اصل غیرمحرز به جای قطع قرار نمی‌گیرد و برای مکلف جاهل در مقام عمل به صورت شرعی یا عقلی مقرر شده است، اما اصول محرزه جایگزین قطعی می‌شود که به صورت طریقی در موضوع اخذ شده است. (کاظمی، ۳/۱۶-۱۷ و ۴/۶۹۳؛ حلی، اصول الفقه، ۶/۶۵؛ بجنوردی، ۲/۴۹۵ و ۵۷۲ و ۶۹۲؛ خویی، ۲/۳۶۴)

ب) تقدم اصل محرز و تنزیلی بر اصول غیر تنزیلی: تمایز محقق نائینی بین طریقتی که در باب امارات و اصول تنزیلی جعل شده سبب می‌شود جعل اماره، به دلیل این که شک، در لسان دلیل حجیت‌اش اخذ نشده، موضوع اصل تنزیلی را دربر دارد، نه برعکس. بنابراین اصول تنزیلی بر اصول غیر تنزیلی مقدم می‌شود و اماره بر آن مقدم می‌شود. (حلی، اصول الفقه، ۲/۳۷۵ و ۳۰۴/۶ و ۱۱/۱۴۹ و ۱۲/۲۲) به عبارت دیگر حکومت به لحاظ آنچه شرعاً موضوع قرار می‌گیرد، تحقق می‌یابد، نه به لحاظ آنچه عقلاً موضوع قرار گرفته است؛ همان‌طور که این مطلب در مخصص عقلی نیز جاری است، زیرا حکومت از اقسام قرینیت و از شئون لفظ می‌باشد. (هاشمی شاهرودی، ۱۹/۵)

به این ترتیب از نظر نائینی اصل محرز و تنزیلی مقابل اصل عملی محض، قرار می‌گیرد. اگرچه در اصل محرز و تنزیلی نظر به واقع هست، ولی اصل تنزیلی به صورت در نظر گرفتن حکم ظاهری به منزله حکم واقعی می‌باشد، مثل «اصالت حل» که در آن، حلال مشکوک جانشین حلال واقعی می‌گردد، و در اصل محرز، اصل احتمال جانشین یقین گردیده و برای آن طریقت جعل می‌شود، مانند آنچه در اصل استصحاب جاری است. (حلی، اصول الفقه، ۲/۳۷۶ و ۱۰/۸۶-۸۸ و ۱۱/۵۳۸-۵۳۹؛ بجنوردی، ۲/۵۷۲-۵۷۳؛ صدر، ۲/۳۰۵-۳۰۶)

ج) تقدم اصل محرز بر اصل غیر محرز از باب حکومت: اصل تنزیلی بر اصول غیر تنزیلی مقدم می‌شود و اماره بر اصل تنزیلی مقدم می‌شود. (نائینی، ۴/۵۹۹؛ بجنوردی، ۲/۲۱۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۹/۵) بنابراین هر اصل محرز که تنزیل را بر عهده داشته باشد بر اصل برائت و اشتغال حاکم است، لذا اگر در حلال گوشت بودن حیوانی شک شود، از این جهت که

آیا این حیوان تذکيه پذیر هست يا نه؟ - به دليل اصل عدم تذکيه، حکم به حرمت آن می‌شود و اصالت حلیت و برائت در آن جاری نمی‌گردد. (کاظمی، ۳۸۰/۳)

د) ظاهری بودن حکومت امارات و اصول بر احکام واقعی: حکومت طرق و امارات و اصول بر احکام واقعی، حکومت ظاهری است. با این توضیح که در اصول عملی، بنای عملی بر واقع گذاشتن است بدون اینکه جهت کشف و طریقت وجود داشته باشد زیرا شکی که در اصول موضوع قرار می‌گیرد، برای کشف از واقع نیست همان‌طور که در ظن چنین است، لذا مجعول در اصول نمی‌تواند موجب طریقت و کاشفیت باشد، بلکه در عمل مجعول در اصول جری عملی و بنا گذاشتن بر ثبوت واقع است لذا در جایی که علم پیدا می‌شود، قهری است اما در اصول تبعدی می‌باشد. بدین جهت است که حکومت طرق و امارات و اصول بر احکام واقعی، مثل «الطواف بالبيت صلاة» و «لا شك لكثير الشك»، حکومت واقعی نیست، بلکه حکومت ظاهری است. (کاظمی، ۱۹/۳؛ حلی، اصول الفقه، ۲۲/۱۲؛ خوبی، ۹/۲-۱۱)

ه) مترتب شدن آثار واقعی: بنابر اینکه اصالت حلیت، اصل تنزیلی باشد، هنگامی که حیوانی بر اساس اصل حلیت، حلال گوشت فرض شود، نازل منزله حلال واقعی قرار می‌گیرد و به دنبال آن آثار واقعی برای آن تثبیت می‌شود که یکی از آنها پاک بودن ادرار آن حیوان است.^۷ (نائینی، ۱۳۲/۳؛ حلی، اصول الفقه، ۵۳۶/۱۱-۵۳۸؛ صدر، ۳۰۵/۲-۳۰۶)

بررسی و نقد نظریه محقق نائینی

نقد و بررسی نظریه نائینی در دو بخش «نقد مبنای وی در اصول عملیه» و «نقد نظریه اصل محرز نائینی» ارائه می‌گردد:

۱- نقد مبنای اساسی محقق نائینی در تفسیر اصول عملیه

اشکالات مطرح بر اصل محرز نائینی، سه نوع است: برخی در واقع نوعی انکار مبنای اصلی وی در تفسیر اصول عملیه است و بعضی قابل پذیرش نبودن اثر مترتب بر آن تفسیر و دیگری بر تبیین نظر او می‌باشد:

آ) محقق نائینی فرق اصول را در حد لسان دلیل دانسته است و حال آنکه مقام اثبات تابع مقام ثبوت است و تفاوت بایستی جوهری و در مرحله ملاک جستجو و بیان شود، نه در مقام

۷. بر اساس حدیثی که ابن سنان از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند، هر حیوانی که واقعاً از نظر شرع خوردن گوشت آن حلال باشد، ادرارش پاک است: ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: «اغسل ثوبك من بول كل ما لا يؤكل لحكمه»؛ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲، باب ۶ من أبواب النجاسات، حدیث ۳).

اثبات و لسان دلیل؛ لذا فرقی که میرزای نائینی بیان می‌کند، مبتنی بر الفاظ دلیل و چگونگی ساختار و لسان آن است (حکیم، ۴۳۵) و اینکه اگر تعبیر به لسان «جعل عملی» باشد مورد اماره خواهد بود و اگر به بیان «جعل وظیفه عملی» باشد اصل خواهد شد. (کاظمی، ۱۱۰/۳-۱۱۲؛ حلی، اصول الفقه، ۸۶/۱۰؛ بجنوردی، ۵۷۲/۲-۵۷۳) این نمی‌تواند فرق اساسی بین اماره و اصل باشد زیرا حقیقت اصل عملی «قوت احتمال» است نه «جعل وظیفه عملی» که نائینی بیان می‌کند، اگرچه در مقام تعبیر مناسب بود گفته شود: «جعلت الحلیة وظیفتك العملية»، زیرا این جمله برای در نظر گرفتن خصوص حلیت مناسب بود. (هاشمی شاهرودی، ۷۸/۴؛ ایروانی، ۸۲/۱)

ب) همچنین برخی از نتایج مترتب بر تفسیر نائینی از اصول عملیه نیز قابل تصدیق و پذیرش نیست، از جمله:

دلالت ادله‌ای مانند اصالت حل، بر این که مشکوک الحلیه به منزله حلال واقعی قرار داده شود؛ زیرا این اصل، حلیت ظاهری مستقل را ثابت می‌کند، بدون اینکه چیزی را نازل منزله حلیت واقعی قرار دهد.^۸ (ایروانی، ۷۸/۱ و ۳۳/۳-۳۴)

ج) فرق اساسی اصول و امارات در این دانسته شده است که مجعول در باب امارات طریقت، علم و کاشفیت است و در اصول جری و بنای عملی است، و بر این اساس از زمان شیخ انصاری تا زمان نائینی مثبتات اماره را بر خلاف مثبتات اصول عملیه حجت می‌دانستند، تا آنجا که نائینی چنین استدلال می‌کند: اماریت اماره به خاطر این است که مجعول در آن علم است و علم به چیزی مستلزم علم به لوازم آن می‌باشد، اما مجعول در اصل عملی جری و بنای عملی است و از جری عملی بر طبق اصل، جری عملی بر طبق لوازم آن لازم نمی‌آید؛ این سخن نائینی قابل پذیرش نیست، زیرا موجب خلط مقام اثبات و ثبوت می‌شود. اگرچه علم وجدانی به چیزی مستلزم علم وجدانی به لوازم آن می‌شود، اما علم تعبدی، مستلزم علم تعبدی به لوازم آن نمی‌شود. لذا ثبوت و عدم ثبوت لوازم تابع اطلاق دلیل اعتبار آن دو است. از اینرو، این مورد فرق اماره و اصل به‌شمار نمی‌آید. (حائری، ۳۷/۳-۳۸)

۸. البته گفتنی است بنا بر دیدگاه برخی همچون محقق خراسانی، اثبات پاک بودن ادرار ممکن نیست؛ زیرا پاک بودن ادرار مترتب بر حلیت واقعی حیوان است، نه حلیت ظاهری. چراکه ظاهر «حلال گوشت» وارد شده در حدیث، حلال واقعی است، زیرا هر عنوانی که در موضوع حکم قرار داده شود، ظاهر است در اینکه به وجود واقعی اش در موضوع اخذ شده است. و روشن است که بنابر دیدگاه آخوند، اصل حلیت، حلیت ظاهری را ثابت می‌کند، بدون اینکه حیوان را نازل منزله حلال واقعی قرار دهد تا به خاطر آن طهارت بول حیوان ثابت شود. (ایروانی،

۲- نقد نظریه اصل محرز نائینی و تطبیقات و نتایج آن

الف) آنچه از «جری عملی و بناء بر واقع گذاشتن» در اصل محرز نائینی برداشت می‌شود، تقابل اصل غیر محرز با این اصل در تنجیز آثار واقع است، زیرا ما در اصل غیر محرزی مثل براءت، بر خلاف اصل محرز به تمامی آثار عدم تکلیف متعبد نمی‌شویم. این مطلب با مبنای ایشان سازگار نیست؛ چون وی معتقد است تا شارع ما را به صورت وجدانی یا تعبدی، همانند امارات عالم به واقع قرار ندهد، محال است واقع منجز شود؛ (کاظمی، ۲۰/۳) زیرا براساس قاعده قبح عقاب بلا بیان عقلا تا بیان برای واقع وارد نشود، عقاب بر واقع قبیح است. (شهیدی پور، تقریرات اصول)

ب) اگر منظور نائینی از «بناء بر واقع گذاشتن در اصل محرز» این است که: «شارع بنا می‌گذارد بر اینکه مفاد آن واقع است»، این سخنی معقول اما ناسازگار با مبنای ایشان است؛ چراکه وی در مبحث قطع و در خصوص جایگزینی امارات و اصول به جای قطع موضوعی (کاظمی، ۲۱/۳) تصریح کرده که تنزیل مشکوک به منزله واقع مقطوع و جعل آثار واقع برای مشکوک، جعلی می‌باشد که مستلزم تصویب باطل است. (شهیدی پور، تقریرات اصول)

ج) تعبیر «احراز در مقام عمل» تناقض آمیز است، چراکه احراز مربوط به مقام عمل نیست بلکه مربوط به مقام علم و ظن است و آنچه در مقام عمل وجود دارد بنا گذاشتن بر یکی از دو طرف است. در این صورت، بنا بر اینکه کشف از واقع نمی‌کند، فرقی بین اصل استصحاب و غیر آن نیست. به بیان دیگر، اینکه «علم جعل و اعتبار شده اما نه از حیث کاشف بودن بلکه از حیث جری عملی»، (کاظمی، ۴۸۶/۴) معقول نیست، زیرا کاشف بودن عین علم است. معنا ندارد گفته شود: استصحاب را علم به واقع اعتبار کرده ولی کاشف از واقع قرار نداده است، بلکه از نظر اقتضای جری عملی، علم قرار داده است. مثل اینکه گفته شود اعتبار شده این انسان باشد البته نه از حیث انسانیت. این بی‌معناست و سلب الشئ عن نفسه لازم می‌آید. (شهیدی پور، تقریرات اصول)

بنابراین، تقسیم‌بندی نائینی به اصل محرز و غیر محرز نتیجه‌ای در بر ندارد، زیرا در استصحاب هم، جعل آن یا ناشی از کشف از واقع است یا نیست. در صورت اول اماره و در صورت دوم اصل خواهد بود. اینکه گفته شده استصحاب عرش الاصول و فرش الأمارات است سخن دقیق علمی نیست. و اینکه نائینی بیان کرد احراز در باب اصول محرزه با احراز در باب امارات متفاوت است، حاصلی ندارد. (مکارم شیرازی، انوار الاصول ۲۷۸/۳-۲۷۹)

ه) از نظر نائینی اصول محرزه قائم مقام قطع موضوعی می‌شود (کاظمی، ۲۱/۳) چنانچه وی در اصول محرزه بگوید مجعول در اصول محرزه احراز علمی نیست، بلکه احراز عملی است؛ این پرسش مطرح می‌شود پس چگونه ملتزم می‌شوید که اصول محرزه قائم مقام قطع موضوعی می‌شود؟ اگر مجعول در استصحاب علم نباشد بلکه صرف اقتضاء جری عملی باشد، دلیلی ندارد قائم مقام قطع موضوعی شود.

و) محقق نائینی معتقد است که ویژگی سوم قطع بنا و جری عملی مطابق علم است و آنچه در اصول محرزه جعل شده این ویژگی می‌باشد و اصول محرزه جایگزین تمامی اقسام قطع می‌شود. (کاظمی، ۱۶/۳-۱۷) اشکال این سخن این است که صرف بنا بر وجود گذاردن موجب این نمی‌شود که اصل محرز قائم مقام قطع موضوعی گردد. از ادله نیز استشمام نمی‌شود که در این ویژگی، جایگزین قطع شدن، جعل گردیده باشد و مشترک بودن اصل محرز [یا هر قاعده‌ای] و قطع در این اثر و ویژگی موجب نمی‌شود نازل منزله قطع قرار گیرد. (سبحانی، ۳۴۲/۲) بلکه باید گفت اساساً جری عملی اقتضاء ذاتی علم نیست، بلکه دواعی نفسانی و انگیزه‌های درونی موجب آن است. چه اینکه ممکن است انسان به صرف احتمال همچون موارد احتیاط جری عملی کند، مانند زمانی که احتمال دهد غریق فرزند اوست، در این صورت سریعاً اقدام به نجات می‌کند. گاهی هم علم دارد ولی جری عملی نمی‌کند، چون داعی ضعیف است، مثل اینکه تشنه است و می‌داند آب در یخچال می‌باشد اما برای اقدام به آب خوردن تنبلی می‌کند. یا علم به عدم آزار مرده اقتضاء جری عملی برای خوابیدن کنار او را ندارد. (شهیدی پور، تقریرات اصولی) دیگر اینکه بنای عملی، فعل مکلف است و فعل مکلف قابل جعل نیست، بلکه مجعول «امر به بنای عملی» است و منشاء آن هم امر به معامله واقع کردن با موضوع مشکوک است. این درست مانند بازگشت مفاد هیئت «لاتنقض» به «امر به ابقا در مقام عمل» می‌باشد. (کاظمی، ۱۱۰/۳)

ز) آیت الله خوئی در خصوص تطبیق شاخص‌های اصل محرز در استصحاب: معتقد است آنچه جعل شده یکی از دو ویژگی را دارد: ۱. کاشف و طریق به واقع است، در این صورت اماره یا اصل محرز خواهد بود. ۲. وظیفه عملیه در حال شک را بیان می‌کند که اصل غیر محرز می‌شود. ویژگی اول در استصحاب وجود دارد، لذا اماره می‌باشد زیرا در واقع شارع با «لا تنقض الیقین بالشک» می‌گوید در اعتبار من تو هنوز یقین داری با اینکه وجدانا یقین به وجود

مشکوک نداریم؛ همان‌طور که در قاعده تجاوز و فراغ این گونه است. (خویی، ۳۴۳/۲؛ واعظ حسینی، ۱۵۵/۲؛ شهیدی پور، تقریرات اصول)

با اشکال‌های وارد شده به تفسیر نائینی از اصول عملیه و نظریه اصل محرز ایشان، به نظر می‌رسد دیدگاه وی در این مسأله قابل پذیرش نباشد و باید در جستجوی تبیین دیگری از مسأله برآمد.

هویت اصل محرز در نظریه علامه شهید صدر

اصول عملیه و تمایز آن با امارات از نگاه علامه شهید صدر

با عنایت به چالش‌ها و اشکال‌هایی که در تفسیر نائینی از اصول عملیه و نظریه اصل محرز مطرح است، شهید صدر در صدد تبیین دیگری از مسأله برآمده است. از دیدگاه مبتکرانه شهید صدر، تفاوت اساسی اصول عملیه با امارات مبتنی بر فهم حقیقت حکم ظاهری می‌باشد. وی احکام ظاهری و ادله را به احکام ظاهری محرز واقع (اصل محرز) و احکام ظاهری وظیفه عملی حکم مشکوک (اصول عملیه) تقسیم کرده است. اگر مطلوب از دلیل، احراز واقع و کشف آن باشد ادله محرز نامیده می‌شود و اگر مطلوب از دلیل مشخص کردن وظیفه عملی شاک باشد ادله عملیه (اصول عملیه) نامیده می‌شود. (صدر، ۲۳/۲)

وی معتقد است مولی برای حفظ غرض خویش هنگام تزامم بین اغراض لزومیه و ترخیصیه، امارات و اصول را جعل کرده است و مقدم کردن یکی از دو غرض بر دیگری گاهی به خاطر محتمل است و گاهی به خاطر احتمال گاهی نیز مولی از باب اهمیت یکی از دو مصلحت غرض ترخیصی را بر لزومی مقدم می‌کند و یا برعکس، گاهی از باب قوت احتمال یکی را بر دیگری مقدم می‌کند. مثلاً اگر خبر ثقه احتمال صدق‌اش بیشتر از کذب باشد مولی ما را متعبد به تصدیق خبر ثقه می‌کند نه اینکه مخیر بین تصدیق و تکذیب یا متعبد به جانب کذب. لذا وی منشأ حکم ظاهری را یکی از این دو ملاحظه می‌داند:

۱. ملاحظه قوی بودن و ترجیح جانب احتمال، با صرف نظر از اینکه محتمل چیست. در این شکل حکم ظاهری، حجیت اماره است؛ مانند خبر ثقه هنگامی که فرد ثقه‌ای نسبت به چیزی خبر دهد.

۲. ملاحظه قوت محتمل؛ مثلاً ملاک مباحات اقتضائی را مهمتر از ملاک واجبات بدانند، در این صورت، حکم ظاهری شارع، اصل و وظیفه عملی خواه بود. اما ملاحظه یادشده خود به دو

صورت است:

۱-۲) ملاحظه قوت محتمل صرف نظر از درجه احتمال در این صورت حکم ظاهری، اصل عملی محض است؛ مانند: اصل حلیت. بر اساس این اصل کسی که در حلال یا حرام بودن چیزی شک کند، شارع به حلال بودن آن حکم می‌کند، و فرقی میان درجه احتمال حلال بودن از حیث قوت و ضعف، نسبت به احتمال حرمت نیست.

۲-۲) ملاحظه قوت محتمل به همراه ملاحظه جانب احتمال حکم ظاهری در این صورت «اصل عملی تنزیلی» یا «محرز» است، مثل قاعده فراغ. (حائری، ۳/۲۵-۳۵؛ ایروانی، ۱/۸۰-۸۱؛ موسوعة الفقه الاسلامی، ۱۶/۴۵۱)

هویت متمایز اصل محرز و مصادیق آن در نظر شهید صدر

شهید صدر برای اصل محرز - متفاوت با آنچه نائینی می‌گوید - تعریفی ارائه می‌دهد که با مبانی وی در تمایز امارت و اصول نیز سازگار است؛ و آن این است که هرگاه اهمیت محتمل و احتمال هر دو لحاظ شود آن اصل محرز است، مانند: قاعده فراغ. از نظر ایشان حجیت قاعده فراغ از دو امر ناشی می‌شود: ۱. قوت کشف به اعتبار اینکه مکلف هنگامی که از عمل فارغ شد، نفس فراغت از عمل کاشف از به‌جا آوردن آن کار با تمامی اجزا و شرایط است که یکی از آن‌ها وضو است، زیرا معمولاً مکلف از عمل و کاری فارغ نمی‌شود مگر اینکه با تمامی اجزا و شرایط آنرا به‌جا می‌آورد. ۲. قوت منکشف به این معنا که خود فراغت از عمل در اعتنا نکردن به شک دخالت دارد، لذا هنگامی که مکلف از نماز فارغ نشده و نسبت به وضو شک کند به محقق شدن آن حکم نمی‌شود، اگرچه احتمال تحقق آن قوی باشد. بنابراین هر یک از قوت کشف و قوت منکشف به تنهایی کفایت نمی‌کند. لذا اگر مکلف از عمل خود فارغ شود ولی قوت در کشف وجود نداشته باشد، مانند زمانی که با غفلت وارد نماز شود و ناگهان متوجه شود که سلام نماز می‌گوید، در این صورت فراغت از نماز کاشف از به‌جا آوردن با وضو نیست. از همین جاست که خوئی و شهید صدر معتقدند در مواردی که قوت کشف در آن نیست، قاعده فراغ جاری نمی‌شود، و فقط در مواردی که قوت کشف وجود دارد، جاری می‌شود. به این صورت که احتمال التفات و توجه در هنگام به‌جا آوردن عمل وجود داشته است. (صدر، ۲/۳۰۶؛ ایروانی، ۳/۳۷-۳۸) بنابراین شهید صدر به درستی تبیین خود در اصل محرز را سامان یافته می‌یابد و بیان نائینی را در این اصطلاح نمی‌پذیرد.

تفکیک اصل محرز از اصل غیر محرز ممکن است در هر کدام از دو عالم ثبوت یا عالم اثبات مطرح شود. فرق دو اصل در مرحله ثبوت، به «ملاک نوعی محتمل» برمی‌گردد. ملاک نوعی محتمل، ملاکی است که در نوع موارد (نه در مطلق و همه آنها) وجود دارد، مثلاً وقتی شارع اصل برائت را جعل می‌کند، می‌داند که با این جعل و تشریح، نوع یا بیشتر ملکفان به ملاک محتمل این حکم دست خواهند یافت. هنگامی که ترجیح حکم ظاهری فقط براساس اهمیت نوع ملاک محتمل باشد، اصل غیر تنزیلی است. هنگامی که ترجیح علاوه بر نوع ملاک محتمل، اهمیت کشف احتمالی باشد، اصل تنزیلی است. از آثار این فرق ثبوتی این است که اگر قوت احتمال از بین برود، اصل تنزیلی حجت شمرده نمی‌شود. از همین جاست که قاعده فراغ در جایی که احتمال اذکریت نباشد حجت نیست. بر خلاف هنگامی که اصل غیر تنزیلی باشد. (هاشمی شاهرودی، ۱۷/۵)

از نظر شهید صدر اصل محرز و اصل تنزیلی فرقی با یکدیگر ندارند، زیرا وی تمایزات را در مقام ثبوت مهم می‌داند و لسان جعل و تنزیل، تفاوتی میان آنها ایجاد نمی‌کند. اما از نظر میرزای نائینی با یکدیگر متفاوت اند زیرا بحث در مورد آنها را به مقام لسان دلیل و اثبات می‌برد. (هاشمی شاهرودی، ۱۷/۵-۱۸؛ موسوعة الفقه الاسلامی، ۳۳۳/۱۳)

تفاوت میان اصل محرز با اماره در نگاه شهید صدر

از آنچه در مورد اصل محرز و اماره در نگاه شهید صدر بیان شد تمایز آنها با یکدیگر آشکار گردید. اماره صرفاً ناشی از قوی بودن احتمال و اصل محرز ناشی از قوی بودن احتمال و محتمل است. (ایروانی، ۸۰/۱-۸۱؛ موسوعة الفقه الاسلامی، ۴۵۱/۱۶) دیگر اینکه هرگاه دلیل محرز قطعی بر حکمی دلالت کند، شکی نیست که اصول عملی مخالف با آن جاری نمی‌شود چون شك در موضوع دلیل اصول عملی اخذ شده است و شك به سبب ورود دلیل محرز قطعی حقیقتاً منتفی می‌شود. اما در صورتی که دلیل محرز، اماره ظنی مانند خبر ثقة باشد، باز هم شکی نیست که مقدم می‌گردد و بحث تنها در چگونگی این تقدیم و تفسیر آن است. (صدر، ۴۶۸/۱)

ثمره اصل محرز

ثمره اصل محرز در موارد گونه‌گون هویدا می‌شود:

آ) یک نتیجه در بحث تقدیم امارات و اصول آشکار می‌گردد که اصل محرز و تنزیلی بر

غیر محرز و غیر تنزیلی مقدم است و حکومت دارد، چون در اصل محرز شارع شاک را واجد یقین اعتبار می‌کند. مثلاً در زمان غیبت در وجوب نماز جمعه شک می‌کنیم. مقتضای اصل برائت عدم وجوب است، در حالی که مقتضای استصحاب وجوب است. در چنین موردی استصحاب مقدم می‌شود، زیرا اصل محرز است. وقتی استصحاب جاری می‌کنیم گویا علم به وجوب نماز جمعه داریم و با وجود علم شکی که موضوع اصل برائت است منتفی می‌شود، چون در اصل محرز شارع شاک را واجد یقین اعتبار می‌کند. ولی جایی که ابتدا اصل برائت را جاری می‌کنیم علم به برئ الذمه بودن پیدا نمی‌کنیم زیرا برائت اصل محرز نیست که به سبب آن عالم به شمار آییم. (بجنوردی، ۶۹۱/۲؛ ابروانی، ۳۶/۳)

ب) اصل محرز در اثبات لوازم غیر شرعی حجت نیست، زیرا حجیت اصل محرز فقط از قوت کشف ناشی نشده است تا اینکه گفته شود قوت کشف و لوازم آن در یک درجه هستند، زیرا قوت کشف، به انضمام قوت منکشف ناشی شده و نوع محتمل در لوازم آن حضور ندارد. بنابراین دلیل در صورتی در لوازم غیر شرعی حجت است که حجیت آن فقط از قوت کشف ناشی شده باشد. دلیل اینکه قاعده فراغ طهارت را برای نماز بعدی اثبات نمی‌کند همین است که لوازم غیر شرعی به واسطه آن ثابت نمی‌شود، زیرا حجیت قاعده فراغ فقط از قوت کشف ناشی نمی‌شود. و روشن است که به جا آوردن نماز با وضو لازمه شرعی فراغت از نماز نیست، چراکه آیه و روایتی نداریم که بگوید کسی که از نماز فارغ شد حتماً نماز را با وضو به جا آورده است. لذا محرزیت به واسطه قاعده فراغ در مثبتات آن حجت نخواهد بود، ضمن اینکه از دلیل قاعده استظهار می‌شود که بعضی از آثار بر آن مترتب می‌گردد، نه همه آثار؛ مانند اینکه در موردی هیچ گونه اماریت و کشفی وجود نداشته باشد، در چنین جایی دلیل قاعده فراغ، قاعده را حجت نمی‌کند. از همین جا است که گفته می‌شود: قاعده فراغ در موارد علم به عدم تذکر در هنگام عمل جاری نمی‌شود. (صدر، ۳۰۶/۲؛ ابروانی، ۳۸/۳)

ج) اگر «اماره» و «اصل» با یکدیگر تعارض کنند، این تعارض بدوی است، زیرا با وجود اماره نوبت به اصل نمی‌رسد و دلیل اماره بر اصل حکومت دارد. مثلاً اگر قاعده اصالت صحت که بسیاری آنرا اماره می‌دانند با استصحاب فساد تعارض کند (مثلاً شك کنیم فلان معامله که انجام شده صحیح بوده یا فاسد)، اصالت صحت - به دلیل اماره شمرده شدن - بر استصحاب یعنی اصل عدم انعقاد معامله - به دلیل اصل بودن و منتفی شدن شك به سبب ورود دلیل محرز قطعی - مقدم است. (هاشمی شاهرودی، ۱۹/۵)

نتیجه‌گیری

۱. بیان محقق نائینی و شاگردان ایشان در مورد تمایز اصول و امارات، متفاوت است. ولی آنچه از مجموع نگارش‌های آنها استفاده می‌شود، در اماره حیثیت کاشفیت علم جعل می‌شود و کشف ناقص و ظنی دارد که شارع برای آن تتمیم کشف می‌کند، لذا چیزی که کشف نوعی ندارد، قابل جعل اماریت هم نیست، اما در اصول عملیه آنچه جعل می‌شود فقط جری عملی و بناء عملی بر یکی از دو طرف شک است. حال اگر بیان احراز واقع و تنزیل شک به جای متیقن است، اصل محرز خواهد بود و اگر تنزیل مشکوک به منزله واقع باشد، اصل تنزیلی خواهد بود، ولی اگر بنای بر واقع گذاشتن نباشد و فقط وظیفه مکلف در حال شک را بیان کند، اصل غیر محرز می‌شود.

۲. ادله احکام یا قطع است یا اماره (ظن معتبر) که ناظر به واقع است یا اصول عملیه که فقط برای رهایی از سرگردانی است و نظر به واقع ندارد. از نظر نائینی قطع دلیل حکم واقعی است و امارات و اصول عملیه دلیل حکم ظاهری می‌باشد. اما از نظر شهید صدر قطع و ظنون معتبره دلیل حکم واقعی است و آنها را «ادله محرز» نام می‌نهد و اصول عملیه را دلیل حکم ظاهری می‌داند و «ادله غیر محرز» نام نهاده است.

۳. شهید صدر اصطلاح اصل محرز را برای معنای دیگری وام گرفته است و با آنچه نائینی به کار می‌برد متفاوت، می‌باشد، اما بنا بر تعریف نائینی، از نظر شهید صدر اصل محرز و اصل تنزیلی یکی است و مقابل اصل عملی قرار می‌گیرد، ولی میرزای نائینی بین آن دو فرق می‌گذارد و بحث در مورد آنها را به مقام لسان دلیل و اثبات می‌برد و شهید صدر بحث را در مقام ثبوت طرح می‌کند.

۴. ثمره اصل محرز در هر صورت، تقدیم اصل محرز بر غیر محرز است. همچنین ثمره اصل تنزیلی بنابر دیدگاه میرزای نائینی که قائل است اصالت حلیت، اصل تنزیلی است، اثبات آثار مترتب بر واقع است.

۵. با توجه به اشکالات متعدد نظریه محقق نائینی، دیدگاه ایشان در اصل محرز و بلکه ملاک تمایز اصول و امارات، قابل پذیرش نیست و در عوض نظریه مبتکرانه شهید صدر، مستحکم و منسجم به نظر می‌رسد.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت - لبنان، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، دار صادر، ۱۴۱۴ق.
- اسلامی، رضا، *بررسی تطبیقی ماهیت حکم ظاهری با تکیه بر آرای شهید صدر*، قم، مؤسسه بوستان کتاب (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)، چاپ اول ۱۳۸۰.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
- ایروانی، باقر، *الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثاني*، تهران، قلم، الطبعة الأولى، ۲۰۰۷ م.
- بجنوردی، حسن، *منتهی الأصول*، تهران چاپ اول ۱۳۸۰.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية*، بیروت - لبنان، دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم - ایران، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
- حسینی شاهرودی، محمود، *نتائج الأفكار فی الأصول*، قم، چاپ اول ۱۳۸۵.
- حکیم، محمد تقی، *الأصول العامة فی الفقه المقارن*، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.
- حلی، حسین، *أصول الفقه*، قم، چاپ اول ۱۴۳۲ق.
- خمینی، روح‌الله، *تهذیب الأصول*، مقرر جعفر سبحانی تبریزی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۳ق.
- _____، *مناهج الوصول الی علم الاصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴ق.
- خویی، ابوالقاسم، *اجود التقريرات*، تقریرات درس آیت‌الله میرزا محمدحسین نائینی، قم، چاپ اول ۱۳۵۲.
- _____، *مصباح الاصول*، مقرر محمد سرور واعظ الحسینی البهسودی، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۷ق.
- روحانی، محمدحسین، *منتقى الأصول*، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، *المحصول فی علم الاصول*، مقرر سید محمود جلالی مازندرانی، قم، مؤسسه الإمام الصادق، ۱۴۱۴ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، *تهذیب الأصول*، مؤسسه المنار، قم، بی تا.
- سیستانی، علی، *الرافد فی علم الأصول*، مقرر سیدمنیر سیدعدنان قطفی، قم، چاپ اول ۱۴۱۴ق.
- شهیدی پور زنجانی، محمدتقی، *الفرق بین الأمارات والاصول*، تقریرات اصول ۹۱-۹۲، سایت شخصی <http://shahidipoor.ir>

- صدر، محمدباقر، *بحوث في علم الاصول*، مقرر محمود هاشمي شاهرودي، قم، ١٤٠٥ق.
- _____، *دروس في علم الاصول، الحلقة الثالثة (پانوشت على اڪبر حائري)*، قم، طبع مجمع الفكر، ١٤٢٣ق.
- _____، *دروس في علم الاصول*، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ١٤١٨ق.
- _____، *مباحث الاصول*، مقرر سيد كاظم حائري، قم، ١٤٠٨ق.
- طباطبایي حكيم، محمدسعید، *المحكم في أصول الفقه*، قم، چاپ اول، ١٤١٤ق.
- _____، *التفتيح*، بيروت، چاپ اول، ١٤٣١ق.
- عراقي، ضياء الدين، *بدائع الافكار في الاصول*، مقرر هاشم آملی، نجف اشرف، ١٣٧٠ق.
- _____، *مقالات الاصول*، تحقيق الشيخ محسن العراقي و السيد منذر الحكيم، المحققة الاولى، مجمع الفكر الاسلامي، ١٤١٤ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف، *نهاية الوصول الى علم الاصول*، قم، چاپ اول، ١٤٢٥ق.
- فضلي، عبدالهادي، *دروس في اصول فقه الإمامية*، بيروت - لبنان، الغدير، الطبعة الثانية، ١٤٢٧ق.
- فيروزآبادي، مرتضى، *عناية الاصول*، قم، انتشارات فيروزآبادي، ١٤٠٠ق.
- فيومي، احمد بن محمد، *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي*، قم - ايران، منشورات دارالرضي، بي تا.
- قرشي، علي اڪبر، *قاموس قرآن*، تهران - ايران، دار الكتب الإسلامية، چاپ ششم، ١٤١٢ق.
- مشكيني، علي، *اصطلاحات الاصول*، قم، دفتر نشر الهادي، الطبعة الخامس، ١٤١٣ق.
- مظفر، محمدرضا، *أصول الفقه*، قم، طبع انتشارات اسلامي، چاپ پنجم، ١٤٣٠ق.
- مكارم شيرازي، ناصر، *انوار الاصول*، مقرر احمد قدسي، قم، چاپ دوم، ١٤٢٨ق.
- نائيني، محمدحسين، *فوائد الاصول*، مقرر محمدعلي كاظمي، قم، جامعه مدرسین، ١٤٠٤ق.
- هاشمي شاهرودي، محمود، *موسوعة الفقه الاسلامي طبقا لمذهب اهل البيت ع*، قم، موسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامي، ١٤٣٠ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹۴، ص ۱۸۴-۱۶۵

کارکرد طواف وداع سنیان در حلیت زنان از منظر فقه شیعی*

دکتر مهدی مهریزی

دانشیار دانشکده علوم حدیث

Email: toosi217@gmail.com

سیدحامدحسین هاشمی

دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: hamedhashemi91@yahoo.com

چکیده

از جمله مهم‌ترین اختلافات میان اهل سنت و شیعه، وجوب طوافی به عنوان «طواف نساء» در انتهای مناسک حج و پی‌آمدهای حاصل از عدم انجام آن است. فقه اهل سنت بر خلاف شیعه، با کنار گذاردن طواف نساء، به وجوب طواف دیگری به نام «طواف وداع» رای داده است. نوشتار حاضر نقش طواف وداع اهل سنت را در حلیت زنان به منزله جایگزینی برای طواف نساء از منظر فقه امامیه به بحث نشسته است. جستجو در منابع فقهی و برشماری مواردی از سنت و برخی دیگر از قواعد و ادله فقهی که توان اثبات وحدت و یگانگی این دو طواف و یا دست کم کفایت عمل اهل سنت را دارند، پیکره اصلی این جستار را سامان داده است. موثقه اسحاق بن عمار، سیره متشرعه، تأثیر ناپذیری صحت و ترتب آثار طواف نساء از نام و عنوان آن و قاعده الزام، مواردی است که نگارنده بدان‌ها دست یازیده است.

کلیدواژه‌ها: طواف وداع، طواف نساء، اهل سنت، حلیت زنان.

مقدمه

از جمله مهم‌ترین مشکلات دامن‌گیر جامعه اسلامی در دنیای امروز، بروز اختلافات مذهبی میان هر یک از مذاهب و مکاتب مسلمان است. این مشکلات گاه آن‌چنان پررنگ می‌گردد که تا مرز تکفیر و نامسلمان دانستن دیگر جریان‌های غیر موافق نیز پیش می‌رود. برخی از این باورها، ریشه در اختلافات کلامی و عقیدتی هر یک از مذاهب مسلمان دارند. اما شمار زیادی از آن‌ها به آموزه‌های فقهی آنان باز می‌گردد. این مطلب به معنای نفی نقش فقه در ایجاد وحدت میان جریان‌های فکری مسلمان نیست که نه این جستار مجال بحث آن و نه نگارنده قائل بدین مسأله است اما اینکه پاره‌ای از اختلافات میان مذاهب اسلامی از باورهای متفاوت فقهی آنان نشأت می‌گیرد، امری بدیهی و زدودن آن نیز، مسأله‌ای نیازمند تأمل و پژوهش است.

صرف نظر از اختلافاتی که در حوزه فقه عبادات وجود دارد، در زمینه فقه حج، که به عکس، بستر مناسبی برای تحقق وحدت اسلامی به شمار می‌رود، و در خصوص عمل طواف نساء که در میان امامیه معروف است و طواف وداع که اهل سنت به وجوب آن فتوا می‌دهند، اختلاف به ظاهر عمیقی وجود دارد که شاید نتوان در هیچ کتاب معتبر امامیه و یا اهل سنت سراغ از آثار آن گرفت اما اذهان عموم پیروان این مکاتب با انگاره‌ای کاملاً متفاوت بدان می‌نگرند. شماری از نسبت‌های در حال رد و بدل میان این مذاهب به همین مسأله مربوط می‌گردد.

با عنایت بدین مشکل و تبدیل آن به مسأله‌ای در خور پژوهش، چند سوال مجال طرح و بررسی پیدا می‌کند؛ نخست آنکه به واقع آنچه در میان اهل سنت و در ضمن مناسک حج انجام می‌گیرد، از منظر فقه امامیه چه وضعیتی خواهد داشت؟ دو دیگر آنکه آیا اهل سنت با انجام ندادن طواف نساء از دست یابی به آثاری که پیروان مکتب امامیه با انجام آن به دنبال آن هستند، باز مانده‌اند؟ و در نهایت اینکه چه نسبتی میان طواف نساء امامیه و آنچه که در فقه اهل سنت عنوان طواف وداع به خود می‌گیرد، وجود دارد و آیا این عمل می‌تواند جایگزینی برای طواف نساء امامیه تلقی گردد؟

پیش از هر چیز ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که به باور فقیهان سنی مذهب، اموری همچون جواز بهره‌مندی‌های جنسی که مهم‌ترین اثر انجام طواف نساء در امامیه به شمار می‌رود، با انجام طواف زیارت حاصل شده و از این رو طواف وداع در عین وجوب،

چنین خاصیتی ندارد (شافعی، ۲۱۵/۷؛ سرخسی، ۴۶۵/۴؛ ابن عبدالبر، ۳۹۲/۴)

با عنایت به این مطلب، در این مجال نخست در جهت بررسی و صحت فرضیه یگانگی و وحدت عمل اهل سنت و امامیه، که ظهور ابتدایی برخی روایات نیز آن را تایید می‌کند، قدم برداشته و با جستجو در ادله ممکن برای اثبات درستی این فرضیه که شامل سنت و سیره و برخی دیگر قواعد فقهی می‌شود، به طرح و بررسی آن‌ها پرداخته و در نهایت بر اساس میزان دلالت هر یک، به قضاوت خواهیم نشست.

گام بعدی در این زمینه با صرف نظر از وجود این نظریه، و با پیش‌فرض تفاوت ماهوی این دو خواهد بود. این مرحله با بهره‌گیری از قواعد موجود در فقه امامیه همچون قاعده الزام و به منظور ارائه پاسخی روشن به سوالات آغازین این نوشتار و حل مشکلات زیربنایی که زمینه‌ساز پژوهش حاضر بوده‌اند، ارائه خواهد شد.

نقد و بررسی ادله

دلیل اول: سنت

در میان روایات نقل شده از ائمه (ع) در منابع حدیثی امامیه، موارد زیادی از وارد شدن عبارت طواف الوداع را مشاهده می‌کنیم. در اکثر این استعمالات، این اصطلاح به همان معنای طواف وداعی که امامیه آن را در پایان سفر حاج و معتمر مستحب می‌داند، به کار رفته است. از این میان اما، دو مورد از کاربردهای این اصطلاح است که با دیگر موارد کمی متفاوت است. در این دو مورد، اگر چه نام طواف وداع آمده است اما این استعمال به همان معنای طواف وداع نزد امامیه نبوده بلکه شباهت‌هایی با طواف وداع اهل سنت دارد و یا دست کم شبیه داشتن این معنا را می‌رود.

۱- موثق اسحاق بن عمار

این روایت در کتاب تهذیب الاحکام شیخ طوسی، بدین شکل آمده است:

«مُوسَى بْنُ الْقَاسِمِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ لَوْ لَأَمَّا مِنَ اللَّهِ بِهِ عَلَى النَّاسِ مِنْ طَوَافِ الْوَدَاعِ لَرَجَعُوا إِلَيَّ مَنَازِلَهُمْ وَ لَأَيَّبُغِي لَهُمْ أَنْ يَمْسُوا نِسَاءَهُمْ.» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۵۳/۵)

همین روایت با تفاوت‌هایی در الفاظ و واژه‌ها، در کتاب کافی به شکل زیر آمده است.

«عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْوَشَّاءِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانَ

عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: لَوْ لَأَ مَا مِنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى النَّاسِ مِنْ طَوَافِ النِّسَاءِ لَرَجَعَ الرَّجُلُ إِلَى أَهْلِهِ وَ لَيْسَ يَحِلُّ لَهُ أَهْلُهُ» (کلینی، ۵۱۳/۴)

مهم‌ترین تفاوت این دو روایت در عبارت طواف الوداع در روایت اول و جابجایی آن با طواف النساء، در روایت دوم است.

اگر چه از نظر قدمت و سابقه، کتاب کافی مقدم بر کتاب تهذیب است، با این حال بسیاری از شارحان و محشین، به قرینه آمدن این روایت در کتاب شریف تهذیب و روایت شیخ صدوق که در ادامه خواهد آمد، عبارت درست در این روایت را، همان طواف الوداع دانسته‌اند (مازندرانی، ۴۸۰/۵؛ مجلسی، مرآة العقول، ۲۰۳/۱۸؛ فیض کاشانی، ۱۲۳۱/۱۴؛ صدوق، ۳۹۱/۲).

با توجه به اشتراک دو راوی اول این دو روایت، به نظر می‌رسد که این دو نقل در واقع یک روایت بوده که به دو طریق به هر یک از صاحبان کتب کافی و تهذیب رسیده است.

از این رو این تصور که ممکن است این دو نقل، دو روایت مستقل از یکدیگر بوده باشد، که هر یک از مولفان این دو کتاب یکی از آنها را نقل کرده‌اند، چندان درست به نظر نمی‌رسد. علاوه بر اشتراک در دو راوی اول روایت، موارد دیگری همچون نوع شروع روایت و نحوه بیان آن می‌تواند مویذات دیگر این مطلب باشد.

احتمالی که بیش از هر امکان دیگری، در این زمینه می‌رود، اشتباه نساخ و نویسندگان نسخه‌های کافی است که این عبارت را به اشتباه، طواف النساء، نگاشته‌اند (مازندرانی، ۴۸۰/۵).

بر اساس روایت کافی، اسحاق بن عمار از امام صادق (ع)، چنین روایت می‌کند که: اگر آنچه که به وسیله آن خداوند بر مردم منت نهاد، که عبارت از طواف وداع باشد، نبود، هر آینه آنان به منازلشان باز می‌گشتند در حالی که برای آنان جایز نبود تا همسرانشان را لمس کنند.

همچنین در روایت تهذیب، اسحاق بن عمار از قول امام صادق (ع)، نقل می‌کند که: اگر آنچه که خداوند بر مردم منت نهاد، که عبارت از طواف وداع باشد، نبود، هر آینه مرد، به سوی خانواده‌اش باز می‌گشت در حالی که همسرش برای او حلال نبود.

چنان‌که از معنای اجمالی این نقل مشهود است، حلال بودن زنان بر مردان پس از انجام مناسک حج، از اثرات انجام طواف وداع و همچنین منت الهی بر مردمان دانسته شده است.

در اینکه مراد از «الناس»، در این روایت و مطلبی که در مقام بیان آن است، چیست؛ میان فقها و محدثان امامی، اختلاف نظر وجود دارد که احتمالات، اقوال و آراء پیرامون آن خواهد آمد.

اما پیش از آن لازم است تا سند این روایت را مورد بررسی قرار دهیم.

بررسی سندی

شاید مهم‌ترین مشکل در سند این روایت، وجود نام اسحاق بن عمار در سند آن باشد. پیرامون معتبر بودن اسحاق بن عمار، فی الجمله اختلافاتی وجود دارد و رجالیان آراء متفاوتی دارند.

شیخ طوسی در فهرست پیرامون او چنین می‌نویسد: «له أصل. و كان فطحيا إلا أنه ثقة و أصله معتمد عليه.» (باب همزه، ۴۹) همو در کتاب رجال خویش می‌گوید: «ثقة له كتاب» (۳۳۱).

همچنین ابن داود حلی در رجال چنین می‌نگارد: «مولی بنی تغلب أبو یعقوب الصیرفی ثقة هو و إخوته فطحی و لكنه ثقة معتمد عليه.» (۵۲)

شخص دیگری که پیرامون اسحاق بن عمار، قلم‌فرسایی کرده، علامه حلی در «الخلاصه» است. تعبیر او که نزدیک به تعابیر دیگر رجالیان امامیه است، بدین شکل است: «كان شيخا من أصحابنا ثقة روى عن الصادق عليه السلام و الكاظم عليه السلام و كان فطحيا.» (۲۰۰) گویا بر اساس همین مطالب است که وی به خاطر نشان دادن عدم اعتبار و اعتنا به مضمون این روایت، می‌فرماید: «... إن فی إسحاق بن عمار قولاً...» (مختلف، ۲۰۳/۴)

اما بر پایه اقوال فوق اگر چه اسحاق بن عمار شخصی فطحی مذهب معرفی می‌گردد، با این حال ثقة و مورد اعتماد و روایات او مورد پذیرش امامیه است.

از سوی دیگر، برخی محققان از رجالیان امامیه، نه تنها او را فطحی مذهب ندانسته بلکه حتی او را یکی از مشایخ روایی در آن زمان و فردی جلیل القدر معرفی می‌کند. (خوئی، ۶۱/۳) این مطلب همان گزارشی است که نجاشی در رجال خویش آن را چنین می‌نویسد: «شيخ من أصحابنا ثقة و إخوته یونس و یوسف و قیس و إسماعیل و هو فی بیت کبیر من الشیعة و ابنا أخیه علی بن إسماعیل و بشر بن إسماعیل کانا من وجوه من روى الحدیث.» (۷۲)

به نظر می‌رسد جمع بین اقوال رجالیان، بدین گونه باشد که بگوییم، عنوان اسحاق بن عمار، مشترک میان فردی فطحی مذهب و البته ثقة و فردی دیگر از مشایخ و ثقات امامیه بوده است، که آنچه که در سند این روایت موجود است، همان فرد جلیل و بزرگ از مشایخ امامیه است.

به هر صورت، چه این فرد را همان اسحاق بن عمار فطحی مذهب بدانیم و یا اسحاق بن عمار که یکی از اجلاء امامیه است، باز هم این روایت قابل اخذ معتبر خواهد بود، چه اینکه

چنان که گذشت، حتی کسانی که بر باور فطوحی بودن او هستند، او را فردی مورد اعتماد و تقه معرفی نموده‌اند. و حتی کسانی چون علامه حلی که در جایی او را ضعیف قلمداد کرده‌اند (مختلف، ۲۰۳/۴)، در جای دیگر همین روایت را صحیح دانسته‌اند (متهی المطلب، ۳۶۴/۱۱).

بررسی دلالی

در مورد دلالت این روایت و اینکه مراد امام (ع)، از این تعبیر چه بوده است، احتمالات مختلفی مطرح است. این معانی محتمل، ریشه در مفهومی دارد که از دو فقره «الناس» و «طواف الوداع» برداشت می‌گردد. احتمالات ممکن در معنای این روایت به شرح زیر است:

احتمال اول: این است که امام (ع)، در مقام بیان اثر طواف نساء و این واقعیت که پس از انجام این طواف زنان بر مردان حلال می‌گردند، است.

از دیدگاه نگارنده، این احتمال با وجود برخی قرائن و شواهد پیش گفته، همچون آمدن این روایت در تهذیب با عبارت طواف الوداع، چندان درست به نظر نمی‌رسد.

از این اشکال که بگذریم نوع بیان امام (ع) و سیاق روایت، نشان از مطلبی جدید و متنی که خداوند بر مردم گذارده است، دارد؛ بدین معنا که عملی که اثر خاصی بر آن مترتب نبود، با منت و لطف ایزد متعال، موثر در تحلیل نساء گردیده است و امام صادق (ع) در مقام گزارش این امر است. این در حالی است که با طواف نساء انگاشتن این عبارت، چنان که برخی از محققان نیز بدان اشاره کرده‌اند، ثمره قابل توجهی برای این روایت، مترتب نخواهد بود (فاضل هندی، ۴۸۰/۵؛ شوشتری، ۳۱/۶).

بر اساس این احتمال، مراد از ناس در این روایت، شیعیان و حجاج امامیه است.

احتمال دوم: بر مبنای همان طواف وداع بودن عبارت موجود در روایت، این است که این روایت حکم مجزی بودن طواف وداع از طواف نساء را، در صورت جهل و نسیان و در میان خود امامیه ابلاغ می‌کند (همان؛ بحرانی، ۱۸۶/۱۶).

برخی این احتمال را به شکل قول و فتوا به شیخ صدوق، آن هم بر اساس روایتی که در ادامه این بحث به آن خواهیم پرداخت، نسبت داده‌اند (حلی، ۳۲۱).

از این رهگذر اگر کسی از حجاج امامیه، طواف نساء انجام ندهد اما طواف وداعی را که مستحب است انجام دهد، این طواف وداع از او پذیرفته و کفایت از انجام طواف نساء، خواهد نمود.

این احتمال از جانب افرادی نظیر علامه حلی، نقل و سپس رد شده است (مختلف،

۲۰۳/۴). استدلال ایشان در این باره، عدم اجزاء انجام عملی مستحب از انجام فعل واجب است. (همان) گوئی علامه این مسأله را به شکل یک قاعده کلی در فقه امامیه مطرح می‌کند که هیچ‌گاه انجام یک عمل مستحب نمی‌تواند جای انجام یک عمل واجب را بگیرد. همین مطلب باعث گشته است تا برخی دیگر از فقهای امامیه، پا به میدان گذاشته و با آوردن نمونه‌هایی در فقه امامیه، در پی اثبات اجزاء و کفایت عمل مستحب از واجب در برخی موارد باشند (شوشتری، ۳۱/۶).

دو مورد از این نمونه‌ها عبارتند از:

نخست در روزه روز آخر ماه شعبان (یوم الشک) که مستحب است، اما در صورتی که کشف شود که آن روز، روز اول رمضان بوده است، کفایت از روزه اول ماه رمضان می‌کند (مجلسی، ملاذ الاخیار، ۱۰۸/۸؛ بحرانی، ۱۸/۱۶).

دو دیگر در غسل واجبی که بر عهده مکلف است و او خود غافل است و یا فراموش کرده است، اما با انجام غسل مستحبی، از انجام آن غسل واجب بی‌نیاز می‌گردد (شوشتری، ۳۱/۶). بر طبق این احتمال، مراد از واژه ناس در این روایت شیعیان و مراد از طواف وداع نیز، طواف وداع مستحب نزد آنان است.

احتمال سوم: درست نبودن این روایت به‌طور کلی، احتمال سوم است. استدلال این احتمال، نخست ضعف راوی حدیث یعنی اسحاق بن عمار و پس از آن معارضه این روایت با روایات طواف نساء که انجام این طواف از ناحیه خود شخص و یا نایب او را واجب و ضروری می‌داند، است (حلی، مختلف الشیعه، ۲۱۳/۴؛ شاهرودی، ۴۳۳/۴).

این احتمال بر اساس این پیش‌فرض که این روایت در مقام بیان حکمی از احکام طواف در امامیه است، ارائه شده است. حال آنکه به نظر می‌رسد با وجود دیگر احتمالات موجود و معتبر بودن روایت، دیگر نیازی به معنا کردن روایت به این شکل نیست.

همچنین چنان‌که گذشت، آنچه که در مورد راوی این روایت یعنی اسحاق بن عمار صحیح‌تر به نظر می‌رسد، مورد پذیرش بودن روایات اوست حتی بر این فرض که او را شخصی فطحی مذهب بدانیم.

از این رو به نظر می‌رسد، کنار گذاردن این روایت به‌طور کلی، راه درستی در مواجهه با آن نباشد.

گفتنی است که واژه‌های ناس و طواف الوداع در این احتمال نیز همانند احتمال قبل به

معنای شیعیان و طواف وداع مستحب نزد آنان است.

احتمال چهارم: این احتمال، تعبیر طواف وداع در این روایت را طواف وداع واجب نزد اهل سنت معرفی می‌کند، اما مراد از کلمه‌ی ناس را شیعیان می‌داند.

بر اساس این معنا، خداوند با واجب کردن طواف وداع برای اهل سنت، بر شیعیان منت گذاشته است، چه اینکه بدون انجام این کار، شیعیان مجبور به تقیه بوده و از انجام طواف نساء واجب در مناسک خویش باز می‌ماندند (فاضل هندی، ۴۸۱/۵؛ نجفی، ۳۹۰/۱۹؛ روحانی، ۲۹۴/۱۱).

از دیدگاه نگارنده، ضعف موجود در این احتمال از آن جهت است که مفهوم این روایت این است که در صورت عدم وجود این منت خداوند متعال، بی‌درنگ زنان برای مردان حلال نمی‌بود. حال آنکه چنین چیزی صرف یک احتمال است که در صورت سخت شدن کار برای شیعیان، آنان ناچار رو به تقیه بیاورند، نه اینکه نتیجه انحصاری این شرایط، چنین چیزی باشد؛ از آن رو که ممکن است با وجود سختی انجام طواف نساء، شیعیان آن را انجام دهند.

با صرف نظر از این اشکال نکته دیگری که پیرامون این احتمال وجود دارد این است که بسیاری از اعمال و عبادات دیگر در فقه امامیه و اهل سنت وجود دارد که با یکدیگر تفاوت‌های بزرگی در نحوه انجام دارند، حال آنکه در مورد هیچ‌یک از آنان چنین چیزی آورده و یا گفته نشده است. اعمالی که شیعیان آن‌ها را هر روزه و حتی چندین مرتبه در روز در مقابل اهل سنت انجام داده و هیچ‌گاه مجبور به تقیه نگشته‌اند.

شاید با عنایت به همین اشکالات است که برخی محققان معاصر، این احتمال را بسیار بعید دانسته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۹۰).

احتمال پنجم: معنای دیگری که امکان وجود آن برای این روایت می‌رود، عبارت است از اینکه خداوند متعال با واجب نمودن طواف وداع برای اهل سنت، بر آن دسته از شیعیانی که، همسرانشان از جمله اهل سنت هستند، منت گذاشته است چه اینکه پس از انجام طواف وداع توسط همسران این افراد، خود آنان جواز بهره‌گیری و استمتاع جنسی از زنانشان را کسب می‌کنند (فاضل هندی، ۴۸۱/۵؛ نجفی، ۳۹۰/۱۹؛ روحانی، ۲۹۴/۱۱).

چنان‌که هویداست، این احتمال با مفروض انگاشتن، کفایت طواف وداع اهل سنت از انجام طواف نساء امامیه، ارائه شده است.

بر اساس این احتمال، مراد از تعبیر ناس در روایت، گروه خاصی از امامیه که دارای

همسران سنی مذهب هستند، می‌باشد. همچنین این احتمال، مراد از طواف وداع در این روایت را، طواف وداع واجب نزد اهل سنت می‌انگارد.

احتمال ششم: آخرین احتمال موجود در این زمینه، معنایی است که بسیاری از فقها و محدثان امامیه آن را محتمل شمرده‌اند.

بر اساس این احتمال، این روایت پیرامون عمل اهل سنت در طی مراسم حج و انجام طواف وداع توسط آنان است که خداوند بر آنان منت گذاشته است و این طواف را به جای طواف نساء از آنان پذیرفته است (عاملی، ۴۰۴/۱؛ فاضل هندی، ۴۸۱/۵؛ نجفی، ۳۹۰/۱۹؛ بحرانی، ۱۸۵/۱۶). این در حالی است که اگر چنین نمی‌بود، حجاج اهل سنت پس از سفر حج به منازل خود باز می‌گشتند در حالی که زنان برای آن‌ها حلال نبود. این مطلبی است که برخی فقهای امامیه، مفروض بودن و بدیهی انگاشتن آن را به صاحب جواهر، نسبت می‌دهند (حلی، ۳۲۱).

تفسیر فوق، این روایت را نه بیانی برای حکم شرعی در فقه امامیه، که آن را گزارشی از لطف و عنایت خداوند متعال در پذیرش طواف وداع، به جای طواف نساء در فقه اهل سنت، معنا می‌کند.

بر طبق این معنا، امام صادق (ع) در این روایت، به خوبی نحوه صحیح بودن عمل اهل سنت و مجزی بودن طواف وداع آنان از طواف نساء را تبیین می‌کنند (همان).

شاهدی که بر درستی این گونه تفسیر کردن روایت وجود دارد، تعبیر ناس در این روایت است که در بسیاری از موارد در لسان اهل بیت (ع)، برای اشاره کردن به اهل سنت، از آن استفاده می‌گردد (همان).

بر اساس این تفسیر از روایت، مصداق واژه ناس، اهل سنت و مراد از تعبیر طواف الوداع، همان طواف وداع واجب نزد ایشان می‌باشد.

بر مبنای پذیرش این روایت از منظر سندی و دلالی، یکی از مهم‌ترین ادله صحت عمل اهل سنت در مناسک حج، همین روایت خواهد بود. اما نکته‌ای که توجه به آن لازم است، این است که این روایت تنها جواز استمتاع و بهره‌مندی‌های جنسی را برای حجاج اهل سنت، بیان می‌کند اما چگونگی آن را روشن نمی‌سازد.

چنان‌که پیش از این و در مورد دیگر معانی این روایت هم گذشت، تعبیر منت و لطف در این روایت، بیشتر در جایی معنای واقعی خود را به‌دست می‌آورد که آن مورد در واقع

صلاحیت اثری را نداشته باشد، با این حال این اثر به آن بخشیده شود. با توجه به این مطلب این نتیجه بدست می آید که شارع با دوگانه انگاشتن این دو طواف، اثر یکی از آن دو را برای دیگری نیز، حاصل دانسته است.

حاصل آنکه، این روایت اگر چه بر درستی عمل عامه در جریان مناسک حج، صحه می گذارد اما وحدت و یگانگی آن دو را به صراحت بیان نمی کند.

۲- روایت شیخ صدوق

دومین روایت در «من لا یحضره الفقیه» آمده است که در آن عنوان طواف الوداع ذکر شده است، اما با آموزه های فقهی امامیه پیرامون طواف وداع هم خوانی ندارد.

نوع نقل این روایت، کمی متفاوت تر از نقل دیگر روایات در این کتاب است چه اینکه شیخ صدوق ابتدا روایتی را پیرامون حکم انجام ناقص طواف نساء در امامیه ذکر می کند و پس از آن با لفظ «رَوَى»، روایت مورد بحث را بدون اشاره به راوی آن و معصومی که این روایت از او نقل گشته است، بیان می کند. این روایت بدین شکل است:

«و رَوَى ابْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمَزَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ نَسِيَ طَوَافَ النِّسَاءِ قَالَ إِذَا زَادَ عَلَى النِّصْفِ وَ خَرَجَ نَاسِيًا أَمَرَ مَنْ يَطُوفُ عَنْهُ وَ لَهُ أَنْ يَقْرَبَ النِّسَاءَ إِذَا زَادَ عَلَى النِّصْفِ وَ رَوَى فِيمَنْ تَرَكَ طَوَافَ النِّسَاءِ أَنَّهُ إِنْ كَانَ طَافَ طَوَافَ الْوَدَاعِ فَهُوَ طَوَافُ النِّسَاءِ»

آنچه از نوع بیان شیخ صدوق، بر می آید این است که قسمت ذیل روایت، ارتباطی با قسمت نخست ندارد و یک روایت مستقل محسوب می گردد. و اینکه در ادامه آن روایت ذکر شده است تنها به خاطر اشتراک در عدم انجام طواف نساء، است.

برخی مراد از این روایت را همان روایت تهذیب دانسته اند و از جمله قرائتی که برای تعبیر طواف وداع بودن روایت کافی ذکر کرده اند، همین نقل شیخ صدوق است (مازندرانی، ۴۸۰/۵؛ مجلسی، مرآة العقول، ۲۰۳/۱۸؛ فیض کاشانی، ۱۲۳۱/۱۴). اما به نظر می رسد، این روایت بر اساس قرائن و شواهدی که خواهد آمد، با روایت یاد شده متفاوت باشد.

بررسی سندی

این روایت به لحاظ سندی از جایگاه چندان بالایی برخوردار نیست چه اینکه در آن تنها مضمون روایت نقل شده و هیچ گونه اشاره ای به سند و حتی معصومی که این روایت از ایشان نقل گردیده، نشده است.

بنا بر این روایت از یک سو موقوفه محسوب می‌گردد آن هم به خاطر عدم ذکر نام معصوم و از سوی دیگر به خاطر حذف راویان آن مرفوعه به شمار می‌رود.

بررسی دلالتی

چنان‌که گفته شد، بسیاری بر این باورند که این روایت همان روایت تهذیب است که شیخ صدوق با این تعبیر بدان اشاره کرده است (اردبیلی، ۱۳۳/۷؛ مازندرانی، ۴۷۸/۵؛ شوشتری، ۳۰۲/۵).

همچنین برخی فتوای اجزای طواف وداع از طواف نساء در امامیه را از هر دوی صدوق پدر و پسر نقل کرده‌اند (حلی، مختلف الشیعه، ۲۰۳/۴؛ عاملی، ۴۰۴/۱؛ مازندرانی، ۴۸۰/۵؛ شوشتری، ۳۱/۶).

بر اساس درست بودن این نسبت و فتوا به صدوقین و اینکه مراد از این روایت، همان روایت تهذیب باشد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که معنای این روایت نیز مانند یکی از معانی محتمل در روایت پیشین، پیرامون کفایت طواف وداع از طواف نساء در امامیه است و از همین رو ارتباطی با طواف وداع اهل سنت ندارد.

از دیدگاه نگارنده اما، این نسبت و اینکه مراد از روایت صدوق همان روایت شیخ طوسی در تهذیب باشد، با ابهامات و اشکالات زیر همراه است:

نخست آنکه در روایت تهذیب مستقیماً به ترک طواف نساء اشاره‌ای نشده است، و تنها به کفایت طواف وداع از انجام طواف نساء، اشاره شده است حال آنکه در روایت صدوق، تنها به ترک اشاره شده است.

در صورتی که تنها فرض کفایت طواف وداع از طواف نساء در امامیه، فرض ترک آن از سوی شخص می‌بود، می‌توانستیم به وسیله آن بدین اشکال پاسخ دهیم، اما صورت‌های دیگری در مسأله وجود دارد که عموم روایت می‌تواند شامل آن‌ها هم گردد. باطل بودن طواف نساء به خاطر عدم رعایت برخی شرائط و واجبات طواف و یا ترک آن در حالتی که هنوز نیمی از آن هم انجام نشده است، شماری از فروض ممکن در مسأله است که در این صورت‌ها هم بر اساس پذیرش دلالت روایت، بایستی به اجزای طواف وداع از طواف نساء حکم کنیم.

نکته دیگر در روایت فقیه، تردید در انجام طواف وداع است که اگر شخص آن را انجام داده باشد، این طواف از طواف نساء کفایت می‌کند، حال آنکه در روایت تهذیب نشانی از تردید وجود ندارد.

مطلب دیگر در بیان صدوق، تعبیر «فهو طواف النساء» است که نشان‌گر واحد و یگانه انگاشتن طواف نساء و وداع در این فرض است. این نوع بیان، این تصور را به خواننده القاء می‌کند که طواف وداع انجام شده توسط شخص، همان طواف نساء است؛ و این مسأله‌ای است متفاوت با اجزاء یک طواف از دیگری و اینکه خداوند با پذیرش یکی به جای دیگری بر حاجیان، منت گذارده است.

بر این اساس، اگر این روایت را اشاره شیخ صدوق به همان روایت تهذیب بدانیم، ابهامات و اشکالات فوق، دامنگیر آن خواهد بود و از همین رو و با توجه به شیوه برخورد محدثان امامی با روایات و حساسیت آنان، این مطلب بسیار بعید به نظر می‌رسد که این تعبیر همان روایت تهذیب باشد.

معنای دیگری که این روایت می‌تواند داشته باشد، همان ظاهر الفاظ این روایت و صرف نظر از هر گونه ارتباط آن با روایت تهذیب است. بر اساس این ظاهر، هر آن کس که طواف نساء را ترک گوید، اما طواف وداع انجام دهد، این طواف وداع، همان طواف نساء او تلقی می‌گردد. این گونه معنا کردن روایت مورد بحث، دامنه‌ای وسیع داشته که شامل طواف وداع امامیه و اهل سنت، هر دو می‌گردد، از آن رو مسأله مورد بحث در این قسمت را نیز ثابت می‌نماید.

دلیل دوم: سیره متشرعه

دلیل دیگری که می‌توان برای تصحیح عمل اهل سنت، در طی مناسک حج از آن بهره برد، روش و سیره متشرعه در تعامل با اهل سنت است. این تعامل که برخی آن را بسیار شدید توصیف نموده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۹۰)، در تمامی زمینه‌ها از جمله مسائل مربوط به زنان جاری بوده است. علی‌رغم ارتباط زیاد میان امامیه و اهل سنت، و آگاهی آنان از نحوه عمل یکدیگر، هیچ‌گاه امامیه به خاطر عدم انجام طواف نساء، آثار آن را بر حجاج اهل سنت، مترتب ندانسته و در امور مربوط به زنان همچون نکاح و جواز عقد و... همواره حکم به صحت می‌کرده‌اند.

این در حالی است که این سیره در مقابل هر یک از ائمه معصوم امامیه انجام می‌گرفته است و از ناحیه ایشان هم هیچ‌گونه ردع و ردی بر این سیره، نقل و شنیده نشده است. این عدم انکار تا بدان جاست که در هیچ‌یک از روایات وارده از جانب ایشان، نشانه‌ای بر ردع و یا ممانعت از این نوع تعاملات به چشم نمی‌خورد. این مطلب آن‌گاه چهره جدی‌تری

به خود می‌گیرد که می‌بینیم، هیچ‌یک از اصحاب ائمه (ع) هم، سوالی پیرامون این مطلب نکرده‌اند و گویی این امر مسئله‌ای مفروض نزد آنان تلقی می‌گشته است، حال آنکه در بسیاری از مسائل جزئی، شاهد سوال و جواب‌های مفصلی از سوی اصحاب ائمه (ع)، در روایات امامیه هستیم.

این عوامل همگی دست به دست هم داده‌اند تا برخی از فقهای امامیه، از این عدم ردع و رد عمل اهل سنت توسط پیشوایان معصوم امامیه، به امضای عمل آنان تعبیر کنند (حلی، ۳۱۹). نکته‌ای که در این دلیل بر صحت عمل عامه وجود دارد این است که از سیره مشرعه در میان امامیه تنها می‌توان به درستی عمل عامه و جواز تعامل با ایشان دست یافت، اما اینکه این سیره بر چه پایه‌ای استوار است، مشخص نیست.

احتمال می‌رود که این حکم به صحت به خاطر یگانه انگاشتن طواف وداع اهل سنت و طواف نساء امامیه باشد. چنان‌که ممکن است به خاطر امتنان خداوند و کفایت انجام طواف وداع از طواف نساء باشد بدون اینکه آن دو را متحد بدانیم. همچنین این امکان وجود دارد که صحت عمل اهل سنت از قواعد فقهی معتبر نزد پیروان امامیه، همچون قاعده الزام استفاده شده باشد. در نهایت ممکن است، مستمسک این سیره، دلیل و یا ادله‌ای باشد که در دسترس آنان بوده است اما با گذشت زمان از میان رفته است و دست ما از آن کوتاه شده است.

دلیل سوم: عدم تأثیر نام و عنوان در صحت عمل

یکی از تفاوت‌های میان دو طواف نساء و وداع، تفاوت در نام و عنوان این دو طواف است. حال این سوال مطرح است که آیا طواف وداع اهل سنت در عین وجود این تفاوت در عنوان، می‌تواند جایگزینی برای طواف نساء در امامیه باشد؟

به نظر می‌رسد که تفاوت در عنوان، نمی‌تواند مانعی برای جایگزینی طواف وداع برای طواف نساء، باشد. چنان‌که برخی محققان نیز بدان اشاره کرده‌اند، چنین تفاوتی باعث تغییر در مسمی نمی‌گردد (شوشتری، ۳۱/۶). و همچنین تغییر ماهوی و حتی شکلی را در عمل ایجاد نمی‌کند.

با گردش در میان کتب فقهی، به مسأله‌ای از مسائل فقهی بر نمی‌خوریم که به خاطر نبرد نام یک عمل در نیت آن و یا حتی اشتباه گفتن نام آن، حکم به بطلان عمل شده باشد. بلکه به عکس، مواردی وجود دارد که در عین اشتباه، حکم به صحت عمل شده است. نمونه‌ای از احکام فقهی که موید مطلب فوق است از این قرار است:

در روزه روز آخر ماه شعبان (یوم الشک)، فقهای امامیه، حکم به جواز روزه مستحبی می‌کنند. این در حالی است که هم ایشان در صورت کشف خلاف آن و اینکه بعدها معلوم گردد که آن روز، روز اول رمضان بوده است، حکم به کفایت آن روزه مستحب و با عنوان روزه آخر شعبان از روزه رمضان می‌کنند (مجلسی، ملاذ الاخیار، ۱۰۸/۸؛ بحرانی، ۱۸/۱۶). حال آنکه در نیت این دو روزه، تفاوت بسیاری مشاهده می‌شود.

همچنین کسی که در ماه مبارک رمضان، با نیتی غیر از روزه ماه رمضان روزه بگیرد، فقهای قوم حکم به اجزاء این روزه از روزه ماه رمضان می‌کنند. این حکم به گونه‌ای است که نشانگر تبدیل و تغییر خود به خودی عمل از روزه غیر به روزه رمضان است (اردبیلی، ۱۳۳/۷).

مورد دیگری که در این زمینه می‌توان بدان اشاره کرد، شخصی است که غسل واجب بر عهده او می‌باشد، اما شخص در عین غفلت از این غسل واجب، غسل مستحبی را انجام می‌دهد که در چنین موردی هم علما حکم به کفایت این غسل مستحب از غسل واجب او می‌کنند (شوشتری، ۳۱/۶).

این موارد به خوبی نشان می‌دهد که نه تنها اختلاف در عنوان ماتی به و مامور به، بلکه اختلاف در جهت مشروعیت آنکه مستحب و یا واجب است و یا حتی در مواردی که شخص نسبت به وجوب مامور به غافل است، صدمه‌ای به کفایت عمل انجام شده از مامور به نمی‌زند. در این میان، اشکالی که می‌تواند دامنگیر استدلال فوق گردد، تفاوت میان موارد مذکور و مسأله مورد بحث در این جستار و فارق بودن قیاس آن‌ها بر یک دیگر است چه اینکه در این مثال‌ها، اشتباه شخص، از جمله شبهات موضوعیه به شمار می‌رود و سوال از اشتباه فرد است، حال آنکه در بحث حاضر از حکم طواف وداع و جایگزینی آن برای طواف نساء سخن به میان می‌آید در حالی که شخص سنی مذهب از روی عمد نیت طواف وداع می‌کند.

شاید در پاسخ بتوان چنین گفت که اگر چه از دریچه نوشتار پیش رو، این مسأله از جمله موارد شبهات حکمیه به شمار می‌رود اما به نظر می‌رسد، ملاک در موضوعی یا حکمی بودن اشتباه، حالت خود شخص مورد سوال باشد. به بیانی دیگر، شخص سنی مذهب نیز از آن رو که طواف خویش را واجب می‌داند و شبهه‌ای در حکم آن ندارد اما نام آن را طواف وداع می‌انگارد، همانند مثال‌های اشاره شده، جاهل به موضوع به شمار می‌رود و این امر باعث نمی‌گردد تا او را عامد بدانیم و بر همین اساس است که تفاوتی از این جهت میان آن‌ها وجود ندارد.

صرف نظر از این مطلب و با فرض نپذیرفتن این پاسخ، حتی اگر نتوانیم بگوییم که در تمامی افعال و عبادات شرعی، نام و عنوان تاثیری در صحت و یا عدم صحت آنها ندارند و متعلق احکام، تنها همان وجود خارجی افعال به شمار می‌رود - آن‌چنان‌که برخی اصولیون امامیه بدان قائلند (خراسانی، ۳۳/۲) - دست‌کم می‌توان ادعا کرد که پاره‌ای از عبادات این چنین‌اند و برخی دیگر برای حصول آثار خویش، نیازمند لحاظ نام و عنوان عمل و توجه بدان هستند. این بدان معناست که در شماری از اعمال شرعی، آنچه حائز اهمیت و مطلوب شارع است انجام عمل و نه نام و عنوان آن است. بر این اساس به نظر می‌رسد، طواف نساء از دسته نخست این تقسیم‌بندی باشد.

عدم ذکر نام و عنوان طواف نساء در برخی از روایات پیرامون وجوب این طواف (کلینی، ۲۹۵/۴)، مویدی بر عدم تاثیر این امر است. چه اینکه اگر عنوان و توجه به آن اهمیتی در ثمر بخشی طواف می‌داشت، هر آینه بر امام (ع) لازم بود تا بدان تذکر دهند.

دلیل چهارم: عدم تأثیر نام و عنوان در ترتب آثار عمل

مانع دیگری که می‌تواند فراروی حکم کفایت طواف وداع اهل سنت از طواف نساء قرار گیرد، امکان تاثیر تفاوت در عنوان این دو طواف، در حصول اثر مترتب بر آن است که در دو قسمت آثار تکوینی و تشریعی خواهد آمد.

آثار تکوینی: هر عمل عبادی دارای آثاری مخصوص به خود است. این آثار گاهی جنبه تکوینی دارند، بدین معنا که با انجام عمل به صورت خودکار و بدون دخالت و لحاظ شارع و یا هر کس دیگری، آن اثر بر عمل انجام شده، مترتب خواهد شد. و گاهی این اثر، با عنایت و دخالت شارع، برای عمل حاصل می‌شود. از دسته اول به آثار تکوینی یک عمل و از دسته دوم به آثار تشریعی آن، تعبیر می‌گردد.

در قسمت آثار تکوینی نام و عنوان یک عمل هیچ‌گونه اثری در حصول آن آثار ندارد، چه اینکه رابطه علی و معلولی میان اثر و موثر، تنها به انجام شدن آن عمل منوط است. و نه تنها نام و عنوان بلکه هیچ‌گونه تغییر دیگری که ماهیت خارجی فعل را به هم نزنند، نمی‌تواند مانع از حصول اثر آن عمل گردد.

آثار تشریعی: همان‌طور که ذکر شد، دسته‌ای از آثار هر عمل عبادی، آثار شرعی آن هستند. هر چند اصولیان امامیه، صحت یک عمل را تمامیت و تام الاجزاء و الشرائط بودن آن، تفسیر می‌کنند (خراسانی، ۵۴/۱؛ مظفر، ۴۰/۱) و این تفسیر به لحاظ مفهومی مغایر با حصول

آثار یک فعل عبادی است، اما به نظر می‌رسد، زمانی می‌توان حکم به صحت یک عمل نمود که آثار شرعی مترتب بر آن نیز حاصل گردد. از این رو و با فرض وحدت معنایی و یگانگی دو تعبیر صحت و حصول آثار شرعی مترتب بر یک عمل، بحث از تأثیر نام و عنوان در حصول آثار شرعی، با بخش پیشین نوشتار پیش رو یکسان خواهد بود.

با گذر از این مسأله، مثال‌های فقهی پیش گفته و همچنین تقسیم‌بندی افعال که در بخش پیشین این جستار بدان اشاره شد، به همراه روایات دال بر وجوب طواف نساء، نشانگر عدم تأثیر نام در حصول آثار مترتب بر اعمال است.

از سوی دیگر، برخی از محققان معاصر امامیه با اثبات این مطلب که دو طواف نساء و وداع در امامیه، تفاوت ماهوی و قصدی ندارند، در جهت درست نشان دادن انجام طواف وداع مستحب در امامیه به جای انجام طواف نساء واجب، گام برداشته‌اند (محقق داماد، ۵۵۳/۳).

بر پایه این مطلب می‌توان، همین اجزاء را نسبت به عمل اهل سنت و کفایت طواف وداعی که نزد آنان واجب هم هست، از طواف نساء امامیه قائل شد.

بر این اساس می‌توان بدین نتیجه دست یافت که تفاوت در نام و عنوان دو طواف نساء و وداع، پس از لحاظ اشتراک ماهوی و شکلی که میان آن دو وجود دارد، صدمه‌ای به امکان و جواز کفایت طواف وداع از طواف نساء، نمی‌زند و آنچه مهم است این است که عنوان طواف نساء نام دومین طواف واجب است و امامیه از آن رو که چنین اثری بر آن مترتب است آن را طواف نساء و اهل سنت به خاطر قرارگیری آن در پایان اعمال طواف وداعش می‌خوانند.

دلیل پنجم: عدم اشتراط توجه به آثار عمل

نکته دیگری که توجه به آن در رهیافت به پاسخ‌های هر چه صحیح‌تر در این مسأله موثر است و یکی دیگر از موانعی که می‌تواند بر سر راه صحت عمل اهل سنت و کفایت طواف وداع آنان از طواف نساء قرار بگیرد را رفع می‌کند، عدم توقف حصول آثار یک عمل به متوجه بودن و توجه داشتن انجام دهنده آن عمل به آن آثار است. به دیگر بیان، اگر شخص مکلف در طی انجام عمل عبادی که انجام می‌دهد، توجهی به آثار مترتب بر عمل خویش نداشته باشد، ضرری به حاصل آمدن آن آثار نمی‌زند.

این مطلب در اعمال و واجبات توصلی بسیار روشن‌تر و واضح‌تر است. چه اینکه در این گونه واجبات به صراحت بر عدم اشتراط نیت و یا هر گونه توجه دیگر به عمل انجام شده، نفی می‌گردد.

از سوی دیگر، در امور تعبدی که تفاوتشان با امور توصلی در نیازمندیشان، به قصد قربت است، با عنایت به تعاریف مختلف (مظفر، ۶۷/۱) از این قصد قربت، اینکه شخص مکلف بایستی نسبت به اثر موجود در عمل خویش هم، توجه داشته باشد، و بداند که عملش چه پیامدهایی را به دنبال خواهد داشت، در هیچ یک از تعاریف ارائه شده، مشاهده نمی‌گردد.

دلیل ششم: قاعده الزام

آنچه تا کنون به عنوان راه‌های ممکن برای تصحیح عمل اهل سنت بدان‌ها اشاره شد، نخست در جهت اثبات عینیت و یگانگی طواف وداع اهل سنت و طواف نساء امامیه ارائه گشته تا بتوان آثار مترتب بر طواف نساء امامیه را با انجام همان طواف وداع نتیجه گرفت. در مرحله بعد و پس از عدم توفیق در هدف پیشین، با تمسک به مستندات روایی و فقهی سعی در جهت اثبات این مطلب که طواف وداع اهل سنت، از ناحیه شارع، تلقی به قبول گشته است و همان آثار مترتب بر طواف نساء را داراست، تلاش کردیم. این بدان معناست که ما این دو طواف را، علی‌رغم تفاوت‌های یاد شده، در ناحیه آثار یکسان بدانیم؛ آن‌سان که از فقهای امامیه نیز بدان اشاره کرده‌اند (حلی، ۳۱۹).

حال در این قسمت با صرف نظر از اهداف پیش گفته، و با رویکردی کلی به عمل حج اهل سنت به خصوص حلیت آنان نسبت به نساء و اثری که امامیه آن را متوقف بر انجام طواف نساء می‌داند، نگریسته و حصول و یا عدم حصول آثار را به بررسی خواهیم نشست. آخرین راه ممکن برای تصحیح عمل اهل سنت در طی مراسم حج، و حکم به ترتب آثار و احکامی که در امامیه منوط به انجام طواف نساء هستند، قاعده الزام است. مفاد این قاعده، جواز تعامل با فرق غیر امامی در مسائلی که از ناحیه فقه امامیه، درست نبوده ولی از جانب خود آن گروه‌ها صحیح است، می‌باشد (بجنوردی، ۱۸۲/۳).

این بدان معناست که اگر چه بر اساس فقه امامیه، عمل حجج اهل سنت، بدون طواف نساء ناقص بوده و هنوز حلیت نساء برای آنان امکان‌پذیر نشده است، با این حال از آن رو که بر اساس فقه خود آنان این عمل صحیح به شمار می‌رود و بهره‌مندی‌های جنسی و... برای آنان امکان‌پذیر است، لذا از سوی امامیه نیز این تصور، مورد قبول واقع می‌شود.

شماری از فقهای امامیه، با استناد به این قاعده به حصول حلیت زنان برای اهل سنت پس از انجام دیگر مناسک حج و عدم اتیان طواف نساء، حکم کرده‌اند (حلی، ۳۱۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۸۹)، چه اینکه ایشان خود این حلیت را با انجام طواف زیارت حاصل می‌دانند.

نکته‌ای که در جریان قاعده الزام در بحث حاضر وجود دارد و می‌تواند به عنوان مانعی در سریان این قاعده به این موضوع، قرار بگیرد، امکان عدم جواز تمسک به این قاعده در مواردی است که به سود فرد مخالف امامی، تمام گردد.

به دیگر بیان، یکی از قیودی که در بیان مفهوم قاعده الزام و دامنه به کارگیری آن اخذ می‌شود این است که، این قاعده در مواردی که به ضرر شخص مخالف باشد و فرد امامی بتواند از آن به سود خود بهره‌برد نظیر بحث شفعه و سه طلاق در یک مجلس و... جریان پیدا می‌کند (بجنوردی، ۱۸۲/۳). از این رو در مواردی که تمسک به این قاعده، فایده و سودی برای شخص مخالف داشته باشد همانند بحث پیش رو که در نتیجه آن، امکان بهره‌مندی‌های جنسی برای او ثابت می‌گردد، همراه با اشکال خواهد بود.

این مسأله باعث گشته است تا برخی فقهای معاصر، با وجود میل ابتدایی به جریان این قاعده در بحث طواف نساء، با تعبیر «اللهم الا ان یقال»، و بیان اینکه ممکن است ضرری بودن در تمسک به این قاعده لازم باشد، در کاربست این قاعده در این بحث تردید کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۸۹).

از دیدگاه نگارنده، آنچه در قاعده الزام حائز اهمیت بیشتری است منفعت و سود آن برای شخص امامی مذهب است چه اینکه از جمله مقاصد و اهداف اولیه تاسیس این قاعده، خروج از بن بست‌های اجتماعی و تعاملی شیعیان در برخورد با پیروان دیگر مذاهب است. از همین رو در صورتی که بتوان بر طبق حکمی فقهی از احکام فقهی اهل سنت، نتیجه‌ای گرفت که در جهت منفعت و سهولت شیعیان کارآمد است، قاعده الزام جاری خواهد بود.

از سوی دیگر، در باب نکاح، بنای شرع بر سهل‌گیری حتی نسبت به دیگر ادیان است. این مطلب که از روایات فراوانی که پیرامون پذیرش ازدواج پیروان ملل مختلف وارد شده‌اند به سهولت قابل دریافت است، موید دیگری در صحیح بودن کارکرد این قاعده در موضوع پژوهش حاضر است.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که یکی از مهم‌ترین ادله تصحیح عمل عامه در جریان مناسک حج و خصوص عمل طواف نساء، علی‌رغم اشکال‌ها و احتمالات موجود، همان روایات ذکر شده در کتب تهذیب و فقیه است.

پس از آن، سیره متشرعه امامیه، از قرون ابتدایی ظهور اسلام تا به اکنون، و تعامل آنان با اهل سنت، بدون آنکه حساسیتی نسبت به این مسأله داشته باشند، و عدم طرح این مسأله نزد ائمه معصوم خویش، دلیل دیگری بر درستی و صحت عمل آنان است.

همچنین برخی از موانعی که می‌توانستند بر سر راه فقیه امامی، در حکم کردن به اجزای طواف وداع اهل سنت، از طواف نساء امامیه باشد، مواردی از قبیل تأثیر نام و عنوان در صحت عمل و یا حصول آثار عمل بودند که هیچ‌کدام چنین خصوصیتی نداشته و تأثیری در صحت و یا حصول آثار عمل ندارند.

در نهایت، و با صرف نظر از موارد یاد شده در جهت تصحیح عمل عامه، تمسک به قاعده الزام می‌تواند منجر به حکم نمودن به جواز کفایت طواف وداع از طواف نساء، شود.

منابع

- ابن عبدالبر، یوسف بن عبدالله، *الاستذکار*، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- تقی‌الدین حلی، حسن بن علی، *الرجال*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
- حلی، حسین، *بحوث فقهیه*، قم، موسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *معجم رجال حدیث*، قم، مرکز نشر آثار شیعه، ۱۴۱۰ ق.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- شافعی، محمد بن ادریس، *الام*، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۹۳ ق.
- شاهرودی، محمود، *کتاب الحج*، قم، موسسه انصاریان، چاپ اول، ۱۴۰۲ ق.
- شمس‌الائمه سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- شوشتری، محمد تقی، *النجعة فی شرح اللمعة*، تهران، کتاب فروشی صدوق، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین

- حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- طوسی، محمدبن حسن، *الرجال*، نجف، انتشارات حیدریه، ۱۳۸۱ق.
- _____، *الفهرست*، نجف، المكتبة المرتضویة، بی تا.
- _____، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *خلاصة الاقوال*، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ق.
- _____، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- _____، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهیة*، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فاضل هندی، محمدبن حسن، *کشف اللثام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- مازندرانی، محمد صالح بن احمد، *شرح فروع الکافی*، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
- _____، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی (ره)، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- محقق داماد، محمد، *کتاب الحج*، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول، ۱۴۰۱ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ پانزدهم، ۱۴۲۷ق.
- مقدس اردبیلی، احمدبن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- نجاشی، احمدبن علی، *الرجال*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹۴، ص ۲۰۷-۱۸۵

الگوهای نوین علم‌شناسی اصولیان*

مهدی ناظمی اردکانی

استادیار و مسئول گروه اندیشه و مطالعات فرهنگی دانشکده فرهنگی اجتماعی دانشگاه جامع امام حسین (ع)

Email: dr.mnazemi@yahoo.com

حامد مصطفوی فرد^۱

دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

Email: Hamed_amf@yahoo.com

احمدعلی امامی

مری و دانشجوی دکتری مدیریت آموزش عالی دانشگاه علامه طباطبایی

Email: emamimeybodi.ali@gmail.com

چکیده

این ایده که تمایز علوم باید بر اساس موضوعات باشد، با انتقادات و ایرادات جدی روبروست؛ چراکه هم استدلال‌های پیروان این رویکرد قابل خدشه است و هم تاریخ علم پر است از مثال‌های فراوانی که در این چارچوب و حصار تنگ نمی‌گنجند. این شد که برخی همچون محقق خراسانی به سوی تمایز بر اساس غرض رفتند. اما این رویکرد نیز با مشکلاتی روبرو بود و انتقاداتی را به همراه داشت و لذا اصولیان معاصر الگوهای دیگری را پیشنهاد داده‌اند؛ برخی به ارائه تبیینی نو از چیستی موضوع علوم پرداخته‌اند، برخی سنخیت قضایا را مطرح کرده‌اند و در نهایت بسیاری از آن‌ها از حصرگرایی دست برداشته و به سوی مدل‌های تلفیقی گرایش پیدا کرده‌اند، و تکیه بر فقط موضوع و یا فقط غایت و... را کافی نمی‌دانند و جملگی بر این مطلب پای می‌فشارند که التزام به اینکه تمایز علوم باید به تمایز موضوعات باشد، التزامی بدون ملزم است و هیچ داعی‌ای برای این التزام وجود ندارد. و کم‌کم به این نظریه گرایش پیدا کردند که تمامی اموری که در وحدت اعتباری‌ای که در مجتمع عقلایی معتبرند، دخیلند را باید لحاظ کرد و یکی از آن‌ها به تنهایی کفایت نمی‌کند و لذا مدار وحدت و کثرت، اعتبار ناشی از مراعات مصالح عقلایی و جهات دخیل در آن است، نه غرض شخصی بدون و نه موضوع، محمول، غایت و... (هریک به تنهایی).

کلیدواژه‌ها: الگوی علم‌شناسی، اصول فقه، چیستی موضوع، سنخیت قضایا، تلفیق‌گرایی،

قراردادگرایی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۰/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۱/۳۰.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

تمایز بر اساس موضوع، کهن‌ترین شیوه تمایز علوم بوده، برخی که آن را تنها شیوه می‌دانند (رک: رازی، ۲۲؛ تفتازانی، ۱/ ۱۶؛ لاهیجی، ۶) ادعا کرده‌اند که متکلمان اتفاق دارند که تمایز علوم، به حسب ذات به تمایز موضوعات است. از این رو مشهور، تمایز علوم را به تمایز موضوعات (ولو به حیثیات) می‌دانند و غرض از اخذ حیثیات نیز، حیثیت استعداد موضوع برای ورود محمول بر آن است. البته حکما با بیان دقیق‌تری گفته‌اند: در علوم حقیقی و برهانی، آنچه که وحدت یک علم را حفظ می‌نماید، عبارت است از موضوع و علامه طباطبایی (اصول فلسفه و روش رئالیسم، ۳/ ۶) با صراحت اذعان می‌کند که معیار تمایز در علوم حقیقی و برهانی بر اساس موضوع و در علوم اعتباری بر اساس هدف و غایت است.

در مقابل، به عقیده منتقدان الگوی «تمایز موضوعی علوم»، سیر و تتبع در علوم نشان می‌دهد که علوم عبارتند از قضایایی اندک که به مرور زمان تکمیل شده‌اند و لذا موضوع در نزد موسس و مدون علم مشخص نبوده است تا چه رسد که درباره احوال آن بحث کند و حتی بر فرض پذیرش الگوی علم‌شناسی ارسطویی، باید گفت: بسیاری از مشاجرات در باب تمایز علوم از باب خلط بین علوم حقیقی و اعتباری و سرایت احکام علوم حقیقی به علوم اعتباری است. اما به مرور زمان استدلال‌های ارسطویان درباره لزوم وجود موضوع، حتی برای علوم حقیقی، نیز زیر سوال رفت.

از این رو ناکارآمدی الگوی علم‌شناسی ارسطویان روز به روز برای عالمان مسلمان، خصوصا اصولیان و در رتبه بعد متکلمان، منطقیان و... آشکار شد؛ تا آنجا که محقق خراسانی الگوی غایت‌محور را مطرح کرد. وی مبنای تقسیم‌بندی علوم و تمایز آن‌ها را نه اختلاف موضوعی، بلکه بر مبنای هدف و غایت می‌داند. ایشان به دو دلیل عمده به سوی این رهیافت آمدند: یکی اینکه یافتن موضوع واحد و قدر جامع برای یک علم را تکلف‌آمیز می‌دانند؛ خصوصا اگر این علم از سنخ علوم اعتباری (و نه حقیقی و برهانی) باشد و دوم اینکه در برخی موارد تمایز موضوعات مشکل‌گشایی نمی‌کرد، نه اینکه باطل باشد.

این دیدگاه به دلیل نقصان الگوی علم‌شناسی ارسطویی شکل گرفت، اما هر یک از این الگوهای انحصارگرا نقاط ضعفی را داشتند و این سبب شد که الگوهای نوینی از جمله الگوی تلفیقی و رویکرد قراردادگر مطرح شود. به عقیده ایشان علم بودن یک علم نه به وحدت در موضوع است، نه روش و نه غایت (هر یک به تنهایی)، بلکه علم عبارت است از مجموعه‌ای

از مسائل متشکته، که جامع آنها گاه ممکن است به دلیل سنجیت در ذات باشد (مثل موضوع، محمول، حیثیت) و گاه نیز ممکن است به دلیل امری عرضی باشد (مثل غایت). از این‌رو مبنای تمایز علوم با توجه به غرض تدوین متفاوت خواهد بود و حتی تمامی جهاتی که در نزد عقلا معتبرند، نیز در این وحدت و تمایز دخیلند و ممکن است لحاظ شوند، مثل مدت زمان فراگیری علم، امور زیبایی‌شناسی، نیازهای جامعه، مرجحات تاریخی و... در اینجا قصد داریم تا به تبیین این الگوهای نوین علم‌شناسی در نزد اصولیان بپردازیم و سیر تطور این الگوهای علم‌شناسی بعد از محقق خراسانی را نشان دهیم:

آ) ارائه تبیینی جدید از چیستی موضوع علم

مشهور بر این عقیده‌اند که «موضوع کل علم ما یبحث فیه عن عوارضه الذاتیه» (رازی، ۱۴؛ شیرازی، ۳۰/۱، لاهیجی، ۵/۱) و لذا موضوع علم باید از عوارض ذاتی مسائل آن باشند، حال اینکه با توجه به اشکالاتی که در رویکرد مشهور وجود داشت، بسیاری اگرچه اصل نیاز علوم به موضوع را منکر نشدند، اما در چگونگی رابطه موضوع علم با مسائل آن تبیینی دیگر خلاف رای فلاسفه را ارائه دادند، که در اینجا به گفتار برخی از ایشان اشاره می‌شود:

۱. نظریه صاحب کفایه: موضوع علم، نفس موضوعات مسائل است. به تعبیر برخی دیگر: موضوع علم عبارت است از آنچه که در آن از احوال و اوصافش بحث می‌شود. بر این اساس موضوع هر علم، نفس موضوعات مسائل است (عینا و مفهوما)، پس وحدت علم به وحدت فائده مترتب بر آن است، مثل: حفظ زبان از خطا در گفتار (در علم نحو)، استنباط (در علم اصول فقه)، صیانت فکر از خطا (در علم منطق)، صیانت بدن (در علم طب)، صیانت روح (در علم اخلاق) و تعدد موضوع به وحدت علم ضرری نمی‌رساند، زیرا برهانی بر استحاله آن اقامه نشده است (جزائری، ۲۰/۱-۲۵).

۲. موضوع هر علم عین موضوعات مسائل آن و آنچه که با آن متحد است می‌باشد (حکیم، ۵/۱).

۳. موضوع علم، محمولات مسائل و جامع بین آنان است (منتظری، ۱۰).

۱ مرحوم بروجردی تمایز علوم را به تمایز جامع بین محمولات مسائل می‌دانند و معتقدند که مراد مشهور از «موضوعات»، همین «جامع بین محمولات» است و در حقیقت، ایشان مبنای خود را به مشهور نیز نسبت داده است (جلالی، ۳۰/۱). برخی نیز با جمع بین دیدگاه بروجردی و رویکرد مشهور، بر این عقیده‌اند که: در آنجا که بین دو موضوع تباین نوعی باشد، تمایز علوم به موضوع است، مثل دو علم هندسه و حساب، و به جهت مشترك بین محمولات مسائل، در آنجا که موضوع واحد باشد، مثل دو علم صرف و نحو، و علوم طب و تشریح و وظائف

۴. موضوع امری دیگر غیر از آنچه که مقابل محمول است، می‌باشد و هیچ برهانی وجود ندارد که موضوع به معنای واحدی (نفس موضوعات مسائل یا جامع محمولات مسائل) باشد، بلکه موضوع «جامع رابط بین مسائل گوناگون و قضایای متباین» است و متعلم باید به دنبال اعراض و... باشد که با موضوع ربط و سنخیت دارند؛ که گاهی نفس موضوعات مسائل است، گاهی جامع محمولات، گاهی دو عنوان (مثل کلمه و کلام)، گاهی محتاج قید حیثیت، گاهی محتاج ذکر دو قید بعد از ذکر حیثیت (مثل اعراب و بناء) و... (خمینی، تحریرات فی الأصول، ۱۸/۱).

۵. در هر علمی از آنچه که دخلی در غرض آن علم دارد، بحث می‌شود، خواه از عوارض ذاتیه باشد و یا از غریبه (فیاض، ۲۹/۱؛ جواهری، ۱۰۰/۱). و به تعبیری دیگر: موضوع هر علمی آن چیزی است که در آن علم از احوال آن و از آنچه مربوط به آن است و دخالتی در غایت آن علم دارد، بحث شود، نه آن چیزی که در آن علم منحصر از تمام عوارض ذاتیه‌اش بحث گردد^۲ (حیدری، ۴۷؛ مکی عاملی، ۴۷).

۶. موضوع هر علم، جامع متنوع از جزئیات موضوعات مسائلش است. و در هر علمی از جامع متنوع از محمولات این مسائل بحث می‌شود. بر این اساس تمام قضایای وارده بر متن موضوع از مسائل علم است، خواه بحث از ماهیت موضوع باشد، یا از وجودش، یا از عوارض ذاتی آن، یا عوارض غریبش (ایروانی، ۳/۱).

۷. موضوع هر علمی آنچه است که در آن از عوارض ذاتی‌اش، یا از عوارض ذاتی برای نوعش یا برای عوارض ذاتی‌اش بحث می‌کند؛ چراکه اکثر موضوعات یا انواع آن است و یا

الأعضاء. أمّا تمایز به أغراض متأخر از مائز جوهری موجود بین مسائل است، و در زمانی که غرضی واحد بر عدّه‌ای از مسائل (غیر از برخی دیگر) مترتب شود، این کاشف از تمایز جوهری بین دو علم است، پس نوبت به تمایز به أغراض با وجود تمایز جوهری نمی‌رسد (حاج عاملی، ۲۹/۱؛ جلالی، ۳۲/۱). و به تعبیر برخی دیگر، امتیاز علوم یا به موضوع است، یا به محمول است و یا به هردوی آنها (ایروانی، ۳/۱).
 ۲ دلیل این مدعا این است که از عوارض ذاتیه موضوع یک علم یا از عوارض ذاتیه نوع موضوع، اگر دخلی در غایت آن علم نداشته باشند، در آن علم بحث نمی‌شود. مثلاً «قرآن مجید» درحالی که یکی از مصادیق موضوع علم اصول فقه است، بسیاری از عوارض ذاتیه‌اش در علم اصول فقه مورد بحث قرار نمی‌گیرد. و نیز بسیاری از مسائل تجوید و قرائت و قاریان و اعجاز قرآن و کاشفیت قرآن از امور غیبی و بلاغت و فصاحت و... آن مورد بحث واقع نمی‌شود، بلکه در علوم دیگری بحث می‌شوند. و در علم اصول فقه، جز از حجیت ظواهر آیات قرآن بحث نمی‌شود، چرا که بعضی از احکام شرعیه را می‌توان از ظواهر آیات قرآن استنباط کرد. عوارض غیر ذاتی - یعنی عوارضی که با یک یا چند واسطه بر موضوع عارض می‌شوند - اگر دخلی در غایت آن علم داشته باشند، از آنها در آن علم بحث می‌شود؛ مثل بسیاری از مسائل علم اصول فقه و بخصوص پس از توسعه قلمرو اصول فقه، بسیاری از این مسائل، از عوارض ذاتیه موضوع اصول فقه نیستند ولی در این علم از آنها بحث می‌شود چرا که گاهی در غایت این علم یعنی استنباط احکام، دخالت دارند. کما اینکه سیره مصنفین این علم در روزگار ما همین است و این‌ها مجموعه همه مسائلی را که تدوین می‌کنند، به نام اصول فقه نامگذاری می‌کنند (حیدری، ۴۷).

اعراض ذاتی آن^۳ (نراقی، ۳۴/۱).

۸. موضوع هر علم عبارت است: آنچه که در آن از احوال عرفی‌اش بحث می‌شود؛ چراکه تعریف مشهور باعث خروج اغلب مسائل علم از آن و در نتیجه استطرادی بودن آن‌ها می‌شود (تقوی اشتهاوردی، ۱۲/۱).

۹. موضوع علم عبارت است از: آنچه که در آن از عوارض مقصوده‌اش بحث می‌شود، خواه ذاتی باشند یا غریب، و خواه حقیقی باشند و یا مجازی. معیار این است که عوارض مقصوده برای مدون علم باشد (خرازی، ۹۶/۱).

۱۰. در علم از احکام عارضه برای موضوعات مسائلس بحث می‌شود، خواه از عوارض ذاتی باشند و خواه غریب و خواه تالیفی از آندو (فقیه، ۲) و....

ب) توجه به سنخیت و ذات قضایا

۱. تبیین رویکرد امام خمینی به تمایز علوم

این رویکرد متعلق به امام خمینی است. به عقیده ایشان: دلیلی برای لزوم وجود موضوع واحد برای هر علم اقامه نشده است، بلکه آنچه که در هر علم باید به آن ملتزم بود، وجود سنخیت و ارتباط بین اکثر مسائل علم در ترتب اثر واحد سنخی بر آن است؛ اگرچه بین موضوعات و محمولات آن اختلاف است. مثلاً مسائل فقهی در این امر مشترکند که از قوانین و مقررات الهی بحث می‌کنند، اگر چه مسائل آن مثل وجوب نماز، حرمت خمر، طهارت آب و... از حیث موضوع و محمول با هم متفاوتند (مرتضوی لنگرودی، ۲۸/۱).

لذا در وحدت علم سنخیت عده‌ای از قضایای متشتمه و وجود ارتباط خاص بین آن‌ها (اگرچه موضوعشان واحد نباشد) کفایت می‌کند. و دلیلی ندارد تا ملتزم به این مطلب شویم که موضوع علم فقه عمل مکلف است، حال آنکه بر بسیاری از مسائل فقهی مثل مسائل نجاسات و مطهرات، بسیاری از احکام ضمان و ارث، احکام وضعی و... منطبق نیست؛ چراکه نجاست سگ و یا مطهر بودن آب، حکم‌هایی براسه هستند، چه مکلفی باشد یا نه و اینکه این مسائل

۳ طبق این مبنا موضوع علم اصول أدلة شرعیة است؛ چراکه یا از نفس عوارض ذاتی بحث می‌کند، مثل «الکتاب حجّة»، «السنة حجّة»، «الإجماع حجّة» و...؛ یا از عوارض ذاتی برای انواع بحث می‌کند، مثل «المحکم من الکتاب کذا»، «الناسخ منه کذا»، «أخبار الأحاد حجّة»، «العامّ او الخاصّ کذا»، «المطلق أو المقید أو المبیّن کذا»، «الإجماع المنقول کذا» و...؛ یا از عوارض ذاتی برای عوارض ذاتی‌اش بحث می‌کند، مثل «العموم کذا»، «الخصوص کذا»؛ این دو از عوارض ذاتی برای أدلة شرعی هستند و بحث از حال ایندو، بحث از عوارض ذاتی برای عوارض ذاتی برای أدلة شرعی است.

متعلق به عمل مکلف هستند، این از فوائد مترتب بر آنهاست، نه اینکه به نفس عمل مکلف تعلق گرفته باشند. و اینکه این مسائل را استطرادی بدانیم نیز -به دلیل بدیهی بودن تعلق این مسائل به علم فقه- غیر وجیه است (مرتضوی لنگرودی، ۲۸/۱).

از این رو همانگونه که منشا وحدت علوم، سنخیت قضایا است و این سنخیت و تناسب در جوهر این قضایا و حقیقت آنها موجود است و نیاز به تعلیل ندارد؛ تمایز علوم و اختلافشان نیز به ذات قضایا است و قضایای هر علمی مختلف و متمایز از قضایای علم دیگر است. و لذا نیازی به نفس موضوع نیست، چه رسد به اینکه تمایز علوم به آن باشد (سبحانی، ۴/۱). بنابراین اختلاف علوم به ذات آنهاست، نه به غرض؛ و وحدت علم امری اعتباری به لحاظ سنخیت مسائل آن و تناسب بعضیشان با دیگری است. و تداخل دو علم یا علوم در بعضی مسائل به این وحدت اعتباری ضرر نمی زند، خصوصاً اگر کم باشد. زیرا مجموع مرکب این مسائل و دیگر مسائل این علم، غیر از مجموع مرکب این مسائل و دیگر مسائل علم دیگر است. مثل مباحث الفاظ در اصول و ادبیات، که اصولی برای فهم کلام شارع از آن بحث می کند و ادیب از این لحاظ که با ادبیات مرتبط است (مرتضوی لنگرودی، ۵۳/۱).

امام نیز همچون غروی اصفهانی (رک: غروی اصفهانی، ۳۲/۱) بحث مرکب اعتباری بودن علم را مطرح کرده اند. وی می فرماید: «مرکب بما أنه مرکب» واحد اعتباری است و به ذات خودش از غیر خود مختلف و متمیز است. چون اکثر اجزاء آنها با هم اختلاف دارند. اگرچه ممکن است که در بعضی از اجزاء هم متحد باشند. ولی در اینجا ما به مرکب نظر داریم. اینجا نظر به مرکب و ترکیب آن است نه به اجزاء. پس مرکب بما هو مرکب، از غیر خود ممتاز است، اگرچه در برخی از اجزاء با هم مشترکند (سبحانی، ۴/۱). ایشان با این تدبیر سعی دارند تا بیان کنند که قضایای هر علمی را از علم دیگر «بذاتها» ممتاز است.

آری، محقق اصفهانی پیش تر از امام خمینی این مطلب را مطرح کرده بودند که: هر علم، مرکبی است اعتباری، که بگونه ای وحدت بالعرض دارد. ترکیب در مرکبات اعتباری، ترکیب اعتباری است؛ برخلاف مرکبات حقیقی همچون جنس و فصل که نوع را تشکیل می دهند. و در اینجا مراد از اعتباری بودن نیز آن است که وحدت موجود در آنها مجازی (و نه حقیقی) است. هر مرکب اعتباری (از جمله هر یک از علوم) به خودی خود از مرکب اعتباری دیگر متمایز است. لذا علوم به اختلاف مجموعه قضایای تشکیل دهنده خود از یکدیگر، متمایزند. البته در عین حال هر مرکب اعتباری (و هر علم) برای اینکه یک مرکب اعتباری شود، به یک

عامل وحدت‌بخش نیز نیاز دارد و این جهت وحدت عبارت است از غرض. بنابراین اگر دو غرض متلازم باشند و مرکب اعتباری واحدی را بسازند، دو علم تدوین نمی‌شود؛ زیرا اولاً علم یک مرکب اعتباری است و ثانياً مرکب اعتباری مفروض، متعدد نیست، پس علم‌های متعدد هم نداریم^۴ (رک: غروی اصفهانی، ۳۲/۱).

بنابراین امام خمینی با نفی موضوع و بلکه نفی هر نوع وجود حقیقی برای علوم، اسناد تمایز علوم را به موضوعات آن‌ها نفی و در برابر قول صاحب کفایه بیان می‌کردند که تمایز علوم به تمایز سنخیت مسائل آن‌هاست؛ زیرا سنخیت مسائل، مقدم بر اغراض مترتب بر آن‌هاست (جوادی‌آملی، ۲۲۱/۱/۱). البته ممکن است کسی بگوید: سنخیت موجود بین مسائل به لحاظ غرض واحدی است که بر این‌ها مترتب است. جواب این است که: آنچه در سنخیت مسائل دخالت دارد، مسأله وحدت غرض نیست، زیرا سنخیت مذکور در هر صورت وجود دارد، حتی اگر فرض شود علمی هیچ غرض و فایده‌ای ندارد و یا غرضی بر آن مترتب است ولی کسی علم به آن غرض ندارد، باز هم سنخیت بین مسائل وجود دارد (ملکی اصفهانی، ۶۷/۱).

فاضل لنکرانی نیز با همراهی با امام خمینی می‌گوید: به نظر می‌رسد آنچه امام خمینی در باب تمایز علوم فرمودند، راجح‌تر از سایر اقوال است، آن‌هم با حفظ دو جهت. جهت اول: سنخیت بین مسائل هر علمی، در رابطه با ذات مسائل است. این مطلب را مرحوم بروجردی نیز تأیید کرده و تصریح کرد که مسأله غرض و مدوّن و سایر امور، نقشی در این سنخیت ندارد و سنخیت در رابطه با ذات مسائل است. جهت دوم: این سنخیت ذاتی، بر غرض تدوین - به وجود ذهنی‌اش - مقدم است. البته غرض تدوین - به وجود خارجی‌اش - متأخر از علم است. ولی غرض تدوین - به وجود ذهنی‌اش - قبل از تدوین علم، تحقق پیدا کرده است. به همین جهت، غرض تدوین، از نظر رتبه، مقدم بر این سنخیت است ولی آنچه ما را به سوی غرض هدایت می‌کند و در برخورد اولیه با مسائل، با آن روبرو می‌شویم، همان مسئله سنخیت است. اگرچه سنخیت بین مسائل هر علم بعد از تشکیل مسائل پیدا شده است - چون اگر موضوع مسائل نباشد سنخیت تحقق پیدا نمی‌کند - و غرض تدوین - به وجود ذهنی‌اش - قبل از تشکیل مسائل مطرح است، ولی آنچه ما را به همه امور هدایت می‌کند، همین سنخیتی است

۴ چنان‌که ملاحظه می‌شود، محقق اصفهانی و امام خمینی هر دو علم را مرکب اعتباری می‌دانند؛ اما در تبیین جهت وحدت‌بخش علوم با هم اختلاف نظر دارند.

که بین مسائل و در جوهره ذات این مسائل تحقق دارد و اگر کشفی باشد در رابطه با همین سنخیت است. باید به این نکته توجه داشت که مسأله سنخیت، غیر از مسئله جامع است. در سنخیت، فرقی بین قلت و کثرت مسائل نیست، ولی در مورد جامع بین موضوعات - که مشهور معتقد بودند- و جامع بین محمولات - که مرحوم بروجردی عقیده داشت- دخول و خروج مسائل مشکوک، نقش دارد (ملکی اصفهانی، ۱/ ۱۳۲).^۵

۲. تفاوت رهیافت امام خمینی با پیشینیان

امام خمینی در مناہج الوصول به جای طرح اینکه «هر علمی موضوعی دارد که از عوارض ذاتی آن بحث می‌کند»، به طرح این مطلب می‌پردازد که «هر علمی عبارت از مجموعه‌ای از قضایای مرتبط است. خصوصیتی آن‌ها را گرد آورده و غرض و فایده‌ای واحد - به وحدت سنخی - بر آن‌ها مترتب است» (خمینی، مناہج الوصول ۱/ ۳۵). تفاوت رهیافت وی با سلف در اینست که وی به علم اصول فقه در مقام تحقق نظر دارد؛ علم اصول آنگونه که در کتاب‌های اصولی وجود تاریخی می‌یابد و نه اصول در مقام تعریف. به نظر وی وحدت علم مانند وجود آن، اعتباری است و نه حقیقی.

مهم‌ترین دلیل امام خمینی دعوت به تأمل تاریخی در ظهور و توسعه علوم است. «همه علوم، چه عقلی و چه غیر عقلی، از نقص به کمال رشد می‌کنند و هر علمی در آغاز امر، جز چند قضیه‌ای که تعداد آن‌ها از انگشتان دست بیشتر نیست، نبوده است». شاهد ایشان بر این ادعا این است که شیخ الرئیس در مورد علم منطق از معلّم اول نقل می‌کند: آنچه از گذشتگان در مورد قیاسات به ما ارث رسیده است، ضوابطی مختصر و مجمل است که ما با تلاش خودمان آن‌ها را تفصیل داده و به این صورت درآورده‌ایم و ممکن است آیندگان، مباحث بیشتری را اضافه کنند یا اگر به نقص و خللی در سخنان ما برخورد کردند به جبران آن بپردازند (خمینی، مناہج الوصول ۱/ ۳۵).

به عقیده ایشان سیر و تتبع در علوم نشان می‌دهد که علوم عبارت بودند از قضایایی اندک که به مرور زمان تکمیل شده‌اند، لذا موضوع در نزد موسس و مدون علم مشخص نبوده است تا چه رسد که درباره احوال آن بحث کند. بهترین شاهد بر این مدعا علم جغرافیاست و یا علم فقه که فقیه هنگام تاسیس علم فقه ناظر فعل مکلف نیست تا آن را موضوعی برای آنچه که

۵ البته به رویکرد امام خمینی اشکالات متعددی گرفته شده است، برای مطالعه رک: جوادی آملی، ۱/ ۲۲۲؛ قدسی، ۱/ ۴۱؛ فرامرزی قراملکی، ۲۵؛ حاج عاملی، ۱/ ۲۹؛ خرازی، ۱/ ۱۰۲.

می‌خواهد بر آن حمل کند و یا از آن سلب کند، قرار دهد. علاوه بر این آنچه را که به عنوان موضوع علم فقه می‌پندارند، منطبق بر اکثر مسائل باب ضمان و ارث و مطهرات و نجاسات و سایر احکام وضعیه که ضرورتاً از فقه هستند، نیست و قول به استطراد نیز غیر تام می‌باشد (سبحانی، ۳/۱).

در علم‌شناسی منطقی، شناخت علوم به مقام تعریف علم متعلق است و نه مقام تحقق تاریخی آن، زیرا در علم‌شناسی منطقی چگونگی شیوه کار عالمان توصیف نمی‌شود، بلکه بیان می‌گردد که شیوه آنان چگونه باید باشد. توضیح مطلب اینک:

آیا قاعده «موضوع کل علم...» یک سخن توصیفی است و یا یک امر ضابطه‌ای منطقی؟ باید گفت: درباره قاعده علم‌شناسی دو صورت متصور است:

۱. رویکرد فلاسفه متقدم، که این قاعده را ضابطه‌ای منطقی می‌دانستند و لذا این فیلسوفان علم از موضع توصیه‌گری با عالمان سخن می‌گفتند (علم‌شناسی پیشین).

۲. رویکرد علم‌شناسان متأخر، که با مراجعه به تاریخ علم به مطالعه آن می‌پردازد و در شناخت هویت علم به عالمان می‌نگرند^۶ و سعی می‌کنند عمل آن‌ها را همانگونه که رخ می‌دهد تفسیر کنند (علم‌شناسی تجربی و پسین). علم‌شناسان متأخر همچون «لاکاتوش» از علم‌شناسی منطقی به علم‌شناسی تاریخی گرائیده‌اند.

اما آیا قاعده مذکور امری است توصیفی و محصول مطالعه تجربی حکما و منطقیان از آنچه به نام علم در جوامع بشری و تاریخ اندیشه آدمی مطرح بوده است، یا اینکه قاعده‌ای است منطقی و محصول تأملات پیشین از ساختار منطقی علوم؟ بر مبنای اول ادعا این است که مطالعه علوم نشان می‌دهد که علوم رایج بشری هرکدام دارای موضوع واحدی هستند و موضوع همه آن‌ها امری است که در آن علم از عوارض ذاتی‌اش بحث می‌شود. اما بر مبنای دوم، هر چیزی که بخواهد علم باشد، منطقی‌اً می‌بایست موضوعی داشته باشد که از عوارض ذاتی آن بحث کند. فرق این دو تلقی در معنای قاعده این است که در تلقی اول قاعده شکل قضیه

۶ به عنوان مثال: «کوهن» می‌گوید ما راهی برای چستی علم، جز تاریخ علم نداریم و روشی منطقی، در تبیین علم وجود ندارد و ملاک فقط کارکرد آن است. لذا وی با استفاده از مباحث کارکردگرایی، نظریه‌ای تحت عنوان پارادایم‌ها را ارائه دادند. کوهن می‌گوید: هر نظریه علمی یک پارادایم و چارچوب است که از چالش‌ها و پرسش‌های قبلی به دست آمده است و توسط چالش‌ها و پرسش‌های بعدی، به پارادایم دیگری تبدیل می‌شود. او نام این فرآیند را «انقلاب علمی» گذاشت. «فایرابند» نیز مبتنی بر تاریخ علم که در طول تاریخ، همه با هم اختلاف دارند و هیچ معیاری برای سنجش وجود نداشته است، نظریه نسبی‌گرایی را مطرح می‌کند و می‌گوید هیچ نظریه‌ای بر نظریه دیگر ترجیح ندارد (نه به لحاظ کشف و نه از لحاظ کارکرد) و فقط مقبولیت نزد علما و دانشمندان آن عرصه ملاک است که آن مقبولیت ممکن است از مبادی و مقدمات روان‌شناختی، جامعه‌شناختی و ... نشأت گرفته باشد.

خارجیه پیدا می‌کند و در تلقی دوم صورت قضیه حقیقیه و داوری در باب هرکدام از این دو تلقی، دو روش ارزیابی خاص می‌طلبد. اگر قاعده فوق توصیفی باشد، باید بررسی کرد که تا چه اندازه فراگیر است؟ آیا جامعی است درخور هر علمی؟ آیا با واقعیت معرفت‌ها و دانش‌های بشری مطابق است یا خیر؟ ولی اگر امری توصیه‌ای منطقی باشد، باید مبانی و دلایل منطقی را مورد ارزیابی قرار داد.

و اما ارزیابی قاعده «موضوع کل علم...»: اگر این قاعده را به‌عنوان یک امر ضابطه‌ای بدانیم، باید گفت: عموم حکما این قاعده را یک اصل منطقی-برهانی می‌دانند که مقتضای ادله عقلی است و کسانی مثل شیخ الرئیس و شارحان وی از جمله خواجه طوسی به تفصیل در باب ادله آن سخن گفته‌اند. اما اگر این قاعده به عنوان یک امر توصیفی باشد، باید گفت: اگر مراد از علم در این سخن که «موضوع کل علم مایبخت فیه عن عوارضه الذاتیه» حقیقتاً کل علم باشد، پرواضح است که آن فراگیر نمی‌باشد؛ چرا که علوم بسیاری وجود دارند که در آن‌ها از عوارض ذاتی امری بحث نمی‌شود، یا به این دلیل که مسائل آن علوم بسیاری وجود دارند که در آن‌ها از جملات بسیطند و یا به دلیل اینکه آن‌ها از امری واحد بلکه از امور گوناگون سخن می‌گویند مانند تاریخ، جغرافیا، نجوم، فرهنگ‌شناسی، مردم‌شناسی، زمین‌شناسی و... و یا به دلیل اینکه موضوع آن‌ها امور حقیقی و متأصل نیستند، بلکه امور اعتباری‌اند مانند فقه، حقوق، اصول و... به نظر می‌رسد که این قاعده (الگوی علم‌شناسی ارسطویی) جنبه توصیفی داشته است که بعدها به‌دست متأخرین و شارحین جنبه ضابطه‌ای هم به خود گرفته است (فرامرز قراملکی، ۵۳-۵۴).

ج) رویکرد تلفیق‌گرا

چنانکه پیش‌تر گذشت، پژوهشگران معاصر از حصرگرایی دست برداشته و به سوی مدل‌های تلفیقی گرایش پیدا کرده‌اند، و تکیه بر فقط موضوع و یا فقط غایت و... را کافی نمی‌دانند و جملگی بر این مطلب پای می‌فشارند که التزام به اینکه تمایز علوم باید به تمایز موضوعات باشد، التزامی بدون ملزم است و هیچ داعی‌ای برای این التزام وجود ندارد. و کم‌کم به این نظریه گرایش پیدا کردند که تمامی اموری که در وحدت اعتباری‌ای که در مجتمع عقلایی معتبرند، دخیلند را باید لحاظ کرد و یکی از آن‌ها به تنهایی کفایت نمی‌کند و لذا مدار وحدت و کثرت، اعتبار ناشی از مراعات مصالح عقلایی و جهات دخیل در آن است. بنابراین

چنانکه مشهود است، تلفیق‌گرایان، خود در این زمینه یک‌صدا نیستند و دارای آراء و اندیشه‌های مختلفی‌اند که به آن می‌پردازیم:

۱. الگوهای تلفیق‌گرایان

صاحبان این رویکرد بر این عقیده‌اند که: هیچ دلیل منطقی وجود ندارد که هر علمی ضرورتاً باید دارای موضوعی باشد که هویت و ماهیت واحدی داشته باشد، بلکه دقیق‌تر این است که علم را مرکبی اعتباری بدانیم که وحدت‌بخش آن یا موضوع، یا غرض، یا تناسب ذاتی مسائل یا محمولات (رک: طهرانی حائری، ۱۱؛ انصاری، ۱/ ۲۴؛ آملی، ۱/ ۱۹؛ موسوی بجنوردی، ۱/ ۱۱) و... است؛ از این رو نمی‌توان گفت لزوماً وحدت موضوع را باید عامل وحدت‌بخش علم بدانیم، بلکه نه دلیلی منطقی بر وحدت حقیقی موضوع علم وجود دارد و نه در عمل همه علوم موجود از چنین وضعیتی برخوردارند. بنابراین تمایز علوم وابسته به اغراضی است که علوم به دنبال آن‌ها تدوین شده و لذا منحصر در علل ذاتی نیز نمی‌باشد، بلکه ممکن است عرضی و اعتباری نیز باشد.

ایشان بر این عقیده‌اند که: التزام به اینکه تمایز علوم باید به تمایز موضوعات باشد، التزامی بدون ملزم است و هیچ داعی‌ای برای این التزام وجود ندارد. و از طرفی با این اشکال مواجه می‌شویم که برخی از مسائل که بحث از آن‌ها در یک علم مسلم است، لازم است به مقتضای این التزام از مسائل علم خارج شوند و دخولشان در علم نیازمند تکلف شدید است. همچنین گاهی نیز با وجود آنکه آگاهی به موضوع علم وجود ندارد، از مسائل علم بحث می‌شود و حال آنکه بر طبق این التزام، این رویکرد از قبیل تصدیق بدون تصور است. بلکه ممکن است تمایز به موضوع بدین صورت باشد که جهتی جامع که موجب امتیاز گروهی از مسائل از گروهی دیگر می‌شود، مبنای اتحادشان در موضوع باشد و بحث درباره این گروه از مسائل از جهت رجوعشان به این موضوع باشد؛ اگرچه بحث از عوارض ذاتیشان نباشد، بلکه از امری باشد که در نهایت به آن باز می‌گردد. و گاهی نیز ممکن است که تمایز به محمول باشد، بدینصورت که جهت جامعی که موجب تمایز گروهی از مسائل از گروهی دیگر می‌شود، اتحادشان در محمول باشد و بحث در جمیع این گروه‌ها از جهات راجع به این محمول باشد. و گاهی نیز ممکن است که تمایز به غرض باشد، بدین صورت که جهت جامع بین این گروه از مسائل اتحادشان در غرض خاصی باشد که این علم برایش وضع شده است (سبزواری، ۲۱).

به عقیده صاحبان این رویکرد: این ادعا که تمایز علوم به تمایز موضوعات است، هیچ

دلیلی بر آن وجود ندارد. و جهت جامع در علوم همان گونه که ممکن است به دلیل وحدت موضوع باشد، همین طور ممکن است به اعتبار وحدت محمول یا غرض باشد. البته این درباره علمی است که به صورت مستقل تدوین شده‌اند، نه علمی مثل علم اصول فقه که مجموعه‌ای از مسائل متفرقه علوم گوناگون است که در مقام استنباط احکام کارایی دارند. (سبزواری، ۷۰۴). بنابراین تمایز علوم منحصر به تمایز موضوعات و محمولات و اغراض نیست، بلکه ممکن است که تمایز به یکی از این امور سه‌گانه باشد (سبزواری، ۲۲؛ مکی عاملی، ۴۷).

با پذیرش این مطلب که تمایز علوم منحصر در تمایز به موضوعات نیست، بلکه به تمایز محمول یا غرض است و تمایز علم اصول فقه از دیگر علوم نیز از جهت غرض است (که قول برگزیده در مورد علم اصول و بلکه غالب علوم نیز همین است)، این اشکال دیگر وارد نیست (تا نیاز به جواب داشته باشد) که بعضی از مسائلی که در کتب اصولی ذکر شده، خارج از مسائل علم اصول است و نیازی نیست که آن‌ها را استطرادی بدانیم؛ زیرا بر طبق این قول مسائل علم عبارتند از هرآنچه که در استنباط دخیل است و رسیدن به غرض متوقف بر بیان آن است، حال چه موضوعش واحد باشد یا خیر (سبزواری، ۲۴).

خوبی نیز در این زمینه می‌نویسد: تمایز در مقام تدوین علم، اگر برای علم غرضی خارجی باشد که بر آن مترتب شده، تمایز به غرض است؛ کما اینکه حال بسیاری از علوم متداوله بین مردم اینگونه است، مثل علم فقه، اصول، نحو، صرف و... زیرا انگیزه‌ای که باعث شده تا مدون تعدادی از قضایای متباین را گردآوری کند، اشتراک این قضایا در غرضی خاص است. پس اگر این، ملاک تمایز این علوم از یکدیگر در مرحله تدوین نباشد، بلکه موضوع باشد، بر مدون لازم می‌آید که هر بابی را، بلکه هر مسئله را، به دلیل وجود ملاک علمی مستقل قرار دهد. اما اگر برای علم غرض خارجی‌ای جز شناخت و احاطه به آن، که بر آن مترتب شود، نباشد، همچون فلسفه اولی؛ امتیاز این علم از دیگری یا به ذات است، یا به موضوع و یا به محمول همین طور که اگر بخواهیم علمی را تدوین کنیم که موضوعش انسان، زمین و... باشد، تمایز این علم از دیگری یا به ذات است و یا به موضوع و اگر قصد مدون تعلق گرفته باشد به شناخت (مثلاً) آنچه که حرکت بر آن عارض می‌شود، تمایز این علم فقط به محمول خواهد بود. با این بیان آشکار می‌شود، که تمایز علوم نه منحصر به موضوع است و نه غایت، بلکه همانگونه که ممکن است به هردو باشد، این احتمال نیز وجود دارد که به شیء سومی باشد. لذا محتمل است که مراد مشهور این نباشد که تمایز منحصر در موضوع است، بلکه شاید مرادشان این

است که موضوع تقدم رتبی بر محمول و غرض دارد (فیاض، ۳۰/۱).
 به عقیده ایشان: هیچ دلیلی وجود ندارد که هر علمی ضرورتاً باید موضوع داشته باشد، بلکه حقیقت علم عبارت است از «مجموعه‌ای از قضایا و قواعد مختلف به حسب موضوع و محمول که آن‌ها را اشتراک در غرض واحد به دور خود جمع کرده است.» (فیاض، ۲۹/۱) و نه تنها به صورت عام دلیلی بر لزوم وجود موضوع برای هر علمی وجود ندارد، بلکه به صورت خاص دلیل بر عدم آن در برخی از علوم وجود دارد، مثل علم فقه و اصول (فیاض، ۲۸/۱). از برخی دیگر نیز نقل شده است که: تمایز در مقام تدوین به وحدت موضوع یا محمول و یا غرض نیست (گرچه دارای جامع حقیقی باشد)؛ زیرا علاوه بر وجود جمعی حقیقی، اینجامع از جهت سعه و ضیق مختلف است. پس ملاک غرض شخصی مصنف است، مثلاً غرضش تعلق می‌گیرد به علمی که بر آن غرضی یا موضوعی یا محمولی یا... خاص مترتب شده باشد (روحانی، زبدة الأصول، ۱۵/۱). از این رو علمیت علم و تمایزش همان‌گونه که ممکن است گاهی به موضوع باشد و گاهی به محمول همچنین ممکن است به غرض باشد، و مانعی ندارد تا در علم از عوارض غریب موضوعش بحث شود، اگر دخیل در غرض باحث باشند (هاشمی شاهرودی، ۱۸/۱).

هاشمی شاهرودی نیز با رویکردی مشابه می‌گوید: بعد از اینکه تمایز علوم به موضوعات (به دلیل اشتراک برخی علوم در موضوع، مثل علوم عربی) ثابت نشد و حیثیتی نیز که صاحب فصول ذکر کرد و قابلیت هم که نائینی بیان کرد، تمامیت نداشت؛ می‌گوییم: اگر موضوعات علوم متباین باشد (مثل نحو و طب)، تمایز از دو جهت است: موضوع و غرض، و اگر موضوعات علوم متحد باشند (مثل علوم عربی)، تمایزشان به غایات و فوائد مقصود از آن‌هاست. این امری وجدانی است، زیرا هنگامی که موضوع در علوم واحد باشد، وجدان قاضی است که جهت مغایر موجب به تعدد علم، فوائد و غایات مطلوب از علم است، کما اینکه اگر موضوع متعدد باشد، تغایر علوم از ناحیه موضوع و غایت است. بنابراین تمایز علوم گاهی از جهت موضوع و فائده است، کما اینکه در علومی که موضوعاتشان متباین است، اینگونه است؛ و گاهی فقط از جهت فائده است، کما اینکه در علومی که موضوعاتشان متحد است، اینگونه است (جزائری، ۲۵/۱).

۲. ریشه یابی رویکرد تلفیق‌گرا

ریشه این رویکرد را می‌توان در منحصر کردن الگوی علم‌شناسی ارسطویی و قاعده

«موضوع کل علم...» در حد علوم برهانی جستجو کرد. توضیح اینکه: درباره عبارت «موضوع کل علم ما بیحث فیه عن عوارضه الذاتیه» دو تفسیر وجود دارد: اخص و اعم. بر طبق تفسیر اخص از این عبارت، آنگونه که از عبارت شیخ الرئیس در اشارات و محقق طوسی در شرح اشارات و تفتازانی در اوائل شرح مقاصد و برخی از متأخرین در حواشی بر اسفار استفاده می‌شود که این تعریف برای علوم برهانی است که محمولاتشان از امور واقعی است و لذا بر علوم اعتباری منطبق نمی‌شود (قطیفی، ۱۰۲).

بهترین تبیین در این زمینه از آن علامه طباطبایی است. ایشان با اقامه برهان، لزوم وجود موضوع را برای علوم برهانی به اثبات می‌رسانند و در پایان می‌افزایند: «این احکام همگی تنها در علوم برهانی صدق می‌کند و علوم اعتباری که موضوعاتشان علوم اعتباری و غیر حقیقی است، دلیلی بر جریان هیچ یک از این احکام در موردشان وجود ندارد.» (رک: طباطبائی، تعلیقات اسفار، ۱/ ۳۰). بنابراین به عقیده ایشان وجود حقیقی تنها برای علوم برهانی اثبات می‌شود، زیرا مقدمات برهان، ضروری، ذاتی، کلی و دائمی هستند و این چهار ویژگی تنها برای قضایایی ثابت است که محمولات آن‌ها عرض ذاتی موضوعاتشان باشد و لذا اثبات وجود و وحدت حقیقی و در نتیجه اثبات موضوع واحد تنها برای علوم حقیقی و برهانی و نه اعتباری (و آن هم تنها از طریق مبانی حکمت متعالیه) ممکن است. از این رو بسیاری از مشاجرات در باب تمایز علوم از باب خلط بین علوم حقیقی و اعتباری و سرایت احکام علوم حقیقی به علوم اعتباری است.

علامه طباطبائی همچنین در حاشیه خود بر کفایه الاصول بحث مبسوطی درباره تمایز علوم از یکدیگر دارد. در آنجا، پس از بیان اینکه تمایز علوم برهانی به موضوعات آن‌هاست، تمایز علوم اعتباری را همانند وجود اعتباری آن‌ها وابسته به اعتبار دانسته، و چون اعتبار برای اغراض گوناگونی است که معتبر در نظر دارد، این تمایز را به اغراض اسناد داده‌اند (جوادی آملی، ۱/ ۲۱۸). این نظر با نظر آخوند صاحب کفایه مطابق است، با این تفاوت که محقق خراسانی تمایز علوم و از جمله علوم حقیقی را هم به اغراض آن‌ها نسبت داده است.

۳. دفاع از تلفیق گرایی با رویکردی تاریخی

مکارم شیرازی با رویکردی تاریخی به مبانی تمایز علوم، می‌نویسد: برای رسیدن به جواب صحیح باید به تاریخ تدوین علوم بشری رجوع کرد (نه به حکم عقل، زیرا مسأله‌ای عقلی نیست). پس می‌گوییم: زمانی که به تاریخ تدوین علوم رجوع می‌کنیم، می‌بینیم که در بدو

پیدایش بسیط و مختصر بودند، کما اینکه (به عنوان نمونه) از ملاحظه فلسفه افلاطون این مطلب پیداست که آن متشکل از مسائل کمی در أبواب الهیات و مسائلی در طبیعیات و مسائل دیگری در فلکیات و مباحثی در سیاست مدن بوده است که همه آن‌ها در علمی واحد و کتابی واحد درج می‌شدند، سپس بعد از توسعه آن‌ها و احتیاجشان به تفکیک از یکدیگر، توسعه دهندگان و مدونان در ادوار بعدی قصد کردند تا مسائلی را که علاقه خاصی بینشان وجود دارد را به عنوان علمی جداگانه و مستقل تدوین و تالیف کنند، و معیار در این علاقه و ارتباط گاهی وحدت موضوع است؛ مثل علم زمین‌شناسی در طبیعیات که موضوع در جمیع مسائلی شایسته واحدی است (زمین و حالت‌های آن) و أغراض مترتب بر مسائل آن نیز مختلف است؛ و گاهی نیز وحدت محمول است، مثل علم فقه که محمول در تمام مسائلی، حکمی از احکام شرعی است و معیار در آن وحدت موضوع نیست، زیرا موضوع در آن شیئی واحدی نیست (موضوع علم فقه، خصوص أفعال مکلفان نیست، به دلیل عدم شمول آن برای احکام وضعی و ارجاعش به أفعال مکلفان به واسطه خالی از تکلف نیست). و گاهی نیز وحدت غرض است، مثل علم منطق، زیرا غرض حاصل از مسائلی، حصول تفکر صحیح و صیانة از خطا است؛ و شاید علم اصول نیز به دلیل وحدت غرض در جمیع قضایایش (تحصیل قدرت بر استنباط احکام شرعی فرعی از أدله آن‌ها) از این قسم باشد. همچنین ممکن است که ملاک وحدت، دوتا از این امور سه‌گانه یا جمیع آن‌ها باشد (قدسی، ۳۷/۱).

بنابراین تمایز علوم مثل وحدت آن‌ها، گاهی به موضوعات و گاهی به محمولات و گاهی نیز به أغراض است و دلیل این مطلب نیز تحلیل تاریخی تدوین علوم و تالیف آن است. ملاک وضع علوم و تمییز آن‌ها از سائر علوم، وجود تناسب و تناسب بین مسائلی و دخول آن‌ها تحت عنوانی جامع است، و ایشکالی ندارد که تناسب مسائل گاهی به وحدت موضوع، گاهی به وحدت محمول و گاهی به وحدت غرض باشد و تمایز نیز این‌گونه باشد (قدسی، ۴۱/۱).

د) الگوی علم‌شناسی قرار دادگرا

۱. چرایی ناکارآمدی الگوهای علم‌شناسی پیشین

تمامی الگوهای ارائه شده از جانب اصولیان تا بدین جا شامل الگوی مشهور (موضوع محور)، الگوی محقق خراسانی (غرض محور)، الگوی تلفیق‌گرا و نیز رویکرد محقق اصفهانی و امام خمینی-فارغ از اشکالات متعددی که بدان‌ها گرفته شده است، مثل: انکار اصل

ضرورت وجود موضوع جامع برای علوم و... - از یک نقص مشترک رنج می‌برند و آن عبارت است از این مطلب که: «انتخاب غرض و موضوع به عنوان سرّ وحدت علوم با مشکل تعیین مرتبه غرض و موضوع، مواجه است، و محقق اصفهانی و امام خمینی نیز به معیار و سرّ وحدت علوم پاسخ نگفته‌اند.» مثلاً اینکه چرا در علم نحو، «فاعل»، «منصوبات» و... هر یک به تنهایی یک علم قلمداد نشده‌اند؟ و یا مثلاً اگر یک علم آنقدر گسترده بود که حتی تمام عمر انسان هم کفاف آموزش آن را نداد، چه باید کرد؟ و... و لذا برخی به این نظریه گرایش پیدا کردند که تمامی اموری که در وحدت اعتباری‌ای که در مجتمع عقلایی معتبرند، دخیلند را باید لحاظ کرد و یکی از آن‌ها به تنهایی کفایت نمی‌کند و بنابراین مدار وحدت و کثرت، اعتبار ناشی از مراعات مصالح عقلایی و جهات دخیل در آن است، نه غرض شخصی مدون و نه موضوع، محمول، غایت و تسانخ ذاتی (هریک به تنهایی).

باید توجه داشت که سوال اساسی در بحث تمایز علوم این نیست که چرا علوم از یکدیگر متمایزند؛ زیرا طبق مبانی فلسفی حکمت متعالیه، هر موجودی، خواه حقیقی و یا اعتباری، دارای تشخص و تمایز ذاتی از دیگر موجودات است. بلکه سوال اصلی در بحث تمایز علوم، پرسش از چگونگی ایجاد تمایز و در واقع کشف سرّ وحدت علوم از یکدیگر است که هیچ‌یک از این رویکردها بدان پاسخی نگفته‌اند (علی‌پور و حسینی، ۱۶۱). از این رو مبنای تمایز علوم با توجه به غرض تدوین متفاوت خواهد بود و حتی تمامی جهاتی که در نزد عقلا معتبرند، نیز در این وحدت و تمایز دخیلند و ممکن است لحاظ شوند، مثل مدت زمان فراگیری علم، امور زیبایی‌شناسی، نیازهای جامعه، مرجحات تاریخی و...

۲. چیستی الگوی قراردادگرا

در رویکرد قراردادگرا مقصود از علم «مجموعه‌ای از مسائل» است. در همه نظریات مطرح شده نیز این نکته مفروغ‌عنه است که علم متشکل از مجموعه‌ای از مسائل است که بنحوی گرد هم جمع آمده‌اند. صاحبان این رویکرد نیز با تمسک به قدر متیقن، خود را از دیگر قیود رها نیده‌اند و دیگر الزامی نمی‌بینند که باید به یکی از مولفه‌های موضوع، محمول، غایت، روش، سنخیت، حیثیت و... تمسک کرد و نیز لزومی نمی‌بینند که تمایز باید حتماً به امری ذاتی باشد، بلکه تمسک به عرضیات را نیز ممکن می‌دانند. حرف این دسته این است که تقسیم‌بندی علوم بر پایه هر یک از این امور به تنهایی دقیق و نافذ نیست و ما پارامتری را لازم داریم که از عهده تفسیر تقسیم‌بندی‌های علوم به طور دقیق و نافذ برآید و لذا هر مولفه‌ای که

ما را در این زمینه یاری کند و دقت امر را بالا ببرد، می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. آملی لاریجانی با نقد الگوی علم‌شناسی ارسطویی می‌نویسد: «هیچ دلیل عمده منطقی وجود ندارد که علوم باید بر همین شکل که هستند تقسیم‌بندی شوند و از یکدیگر متمایز گردند. بعید نیست که اختلاف علوم تا حدی به امور ذوقی و زیباشناختی یا ترجیحات تاریخی و امثال آن برگردد. اینکه علم اصول یک علم باشد نه سه علم، که یکی از مباحث الفاظ بحث کند و دیگری از حجج و سومی از اصول عملیه (و شاید امور دیگر)، دلیل متقن منطقی ندارد. بعید نیست ترجیحات تاریخی، امور ذوقی، تناسبات زیباشناختی، نیازهای مبرم عینی و خارجی و... اموری باشند که چنین وحدتی را برای علم اصول از باب دخالت مسائل آن در استنباط احکام، فراهم آورده‌اند. و همین طور بسیاری از علوم دیگر. بنابراین ما در کل این سخن را می‌پذیریم که هر علمی مرکبی اعتباری است که غالباً وحدت آن به خاطر وحدت غرض است. ولی اینکه این مرتبه از مرکب اعتباری فراهم آمده از این مرتبه غرض، یک علم را تشکیل دهد نه مراتب دیگر، هیچ دلیل منطقی ندارد، بلکه تابع ترجیحات دیگری است که نام بردیم.» (لاریجانی، ۹).

آقای سیستانی نیز درباره رویکردهای پیشین می‌گویند: وحدت و کثرت علوم اعتباری است. زیرا امر واقعی شیء ثابتی است، چه انسان به آن علم داشته باشد یا نه، برخلاف امر اعتباری که واقعیتش به اعتبار معتبر است و لذا با اختلاف آراء مختلف می‌شود. از این رو می‌بینیم که علم واحدی مثل طب و هندسه، به علوم متعددی تبدیل می‌شوند و یا چند علم متعدد در یک علم واحد جمع می‌شوند، مثل علم معرفت و علم وجود در حکمت متعالیه. اما باید توجه داشت که مصنف و مدوّن باید در وحدت علم تمام مصالح و جهات دخیل در این وحدت را مثل هدف یا وجود سنخیت ذاتی در موضوع یا محمول بین مسائل علم، یا مدت زمان فراگرفتن علم و... را لحاظ کند؛ نه اینکه فقط جهات معینی را مثل موضوع و محمول و هدف را. به عنوان مثال زمان قدیم علم طب گسترده نبود و لذا کتاب‌های طبی به بیان تمام مسائل طبی می‌پرداختند؛ اما امروزه با گستردگی علم پزشکی دیگر عمر آدم کفاف پرداختن به همه‌ی آن‌ها را نمی‌دهد و لذا باید شاخه شاخه شوند (قطیفی، ۱۱۰). از این رو وحدت موضوع یا محمول یا غایت کلی مشککند و لذا به علت تفاوت بسیار بین مصادیق و افرادشان ممکن نیست که معیار برای وحدت قرار گیرند. از طرف دیگر این معیارها بدون در نظر گرفتن مدت زمان فراگیری علم کفایت نمی‌کند (همان، ۱۱۳).

مصباح یزدی نیز می‌گوید: تمایز علوم کاملاً قراردادی است و بستگی دارد به اینکه عرف علمی زمان چه مطالب و مسائلی را در کنار هم به‌عنوان یک علم مستقل بپذیرد. البته این قرارداد گزارف نیست و تابع شرایط و علل خاصی می‌باشد. در واقع برای نامیدن احکامی که در علوم مطرح می‌شوند، هیچ معیاری بهتر از عرف دانشمندان نیست. هر مجهولی که ذهن آدمی را می‌فشارد، می‌تواند در قالب یک سؤال مطرح شود و هر پاسخی که به نحو روشمند و برطبق ضوابط منطقی و روش‌شناختی به آن داده شود، یک مسأله یا قضیه علمی -اعم از برهانی یا تجربی- خواهد بود. علوم متعددی را که هرازچندی یکی پس از دیگری سر از خاک ذهن و ضمیر آدمیان بر می‌آورند، چطور می‌توان در قالب عوارض ذاتی گنجانند؟ و اصلاً مگر تولیدگران علم می‌دانند که عوارض ذاتی چیست تا مواظب باشند که از مرز قلمرو آن خارج نشوند؟ گذشتگان هم که ممیزی عوارض ذاتی را پذیرفته بودند، دقیقاً به همین خاطر همواره با مشکل مواجه بودند و هر بار بالاجبار تبصره‌ای الحاقی بر آن قاعده می‌زدند (حسن‌زاده، ۳).

۳. دفاع از تلفیق‌گرایی با رویکردی تاریخی

در دفاع از رویکرد قراردادی‌گرایی با بررسی سیر تاریخی پیدایش مرزبندی علوم می‌توان گفت:

پیش از پیدایش علوم به شکل مألوف آن، بشر ابتدا به تک‌گزاره‌های محدودی معرفت پیدا کرده بود و به تدریج با افزایش تدریجی معارف بشری تشابهات و تمایزات گوناگونی بین این گزاره‌ها و معارف بشری مشاهده شد. البته این توجه در ابتدا به صورت اجمالی بود، اما به تدریج، التفات تفصیلی به تمایزات و اشتراکات، بسترساز مرزبندی و دسته‌بندی معرفت‌ها و دانش‌های بشری شد. البته پدیداری این مرزبندی بر اساس معیارها و ملاک‌های متفاوتی صورت گرفته است. اولین گام در راستای مرزبندی علوم، توجه و التفات بشر به وجود تفاوت‌ها و تشابهات ظاهری در میان گزاره‌های معرفتی به دست آمده بود. اولین نکته‌ای که در برخورد با هر گزاره مشاهده می‌شود، موضوع و محمول گزاره است. از این‌رو این احتمال بسیار قوی خواهد بود که نخستین دسته‌بندی در بین گزاره‌های موجود را تقسیماتی بر اساس موضوعات و محمول‌های مشابه تصور کنیم.

اما دومین گام در چگونگی شکل‌گیری دانش‌های بشری، الزاماتی است که دستیابی به غایات بشری و رفع نیازهای مختلف بشر و تلاش انسان در راستای تامین این اهداف مختلف به گونه‌ای علمی پدید می‌آورد. بدین منظور توجه به گزاره‌های مشابهی که در حل مشکلی

خاص و رفع آن، کاربرد مشترکی داشته و همچنین توجه به گزاره‌های متفاوتی که در عین تفاوت، در تامین اهداف واحدی کارگشا بودند، وصول به دانش‌های متمایز از هم بشری را تسهیل بخشید. سومین گامی که در این راستا (شکل‌گیری و طبقه‌بندی علوم) موثر بوده است، مشاهده این نکته بوده است که معرفت به برخی از گزاره‌ها با روش‌های مشابهی صورت می‌گیرد؛ روش‌هایی که با روش‌های دستیابی به دیگر گزاره‌ها متفاوت است. اما گام بعدی توجه به تمایزات و تشابهات بین علوم از حیث منبع معرفتی دستیابی به آن‌ها (دیدن، شنیدن، تعقل و...) است.

بنابراین روند مرزبندی و طبقه‌بندی علوم در طی یک فرایند واقعی پیموده شده است و از همه ملاک‌های گوناگون بهره گرفته شده است؛ البته گاهی با اغراض کلی‌تر و گاهی با اغراض جزئی‌تر، گاهی با ملاحظه موضوعات کلان‌تر و گاهی با توجه به موضوعات خردتر و... همچنین روابط میان معیارهای گوناگونی که در اعتبار معتبران برای تمایز علوم، تاثیر داشته، از روابط پیچیده و دارای برهم‌کنشی برخوردار بوده‌اند و هر یک موجب ایجاد تقسیم‌بندی‌های جدیدی برای دیگری شده‌اند. لذا سرّ وحدت علوم، موضوع جامع، محمول جامع، غرض یا ترکیبی از آن‌ها (با تعاریفی که از آن‌ها ارائه شده است) نمی‌تواند باشد. بلکه از این مقدمات می‌توان نتیجه گرفت که:

آنچه به علوم، وحدت بخشیده و آن‌ها را از یکدیگر متمایز می‌سازد، و به بیان دیگر، آنچه یک علم را یک علم می‌کند، این است که عقلا و جامعه علمی به حسب نیازها «وحدت» را برای آن در نظر گرفته و یک علم را «یک علم» اعتبار می‌کنند. البته این اعتبارات، گزاف و بر اساس سلیقه محض و به‌طور شخصی صورت نمی‌گیرد، بلکه موضوعی خاص، غرضی خاص، وجود تناسب قضایا، یا دیگر امور می‌توانند به ایجاد یک اعتبار کمک کنند، ولی در نهایت این «اعتبار» دانشمندان و جامعه علمی است که به یک علم، وحدت بخشیده و آن را یک «علم» می‌کند. این اعتبار به مثابه امری عقلانی برای تنظیم روابط اجتماعی عقلا و رفع نیاز جوامع علمی قرار داده می‌شود. از این‌رو به روشنی مشاهده می‌شود که هرگاه نیاز به تقسیم علوم پیش آمده، این کار صورت گرفته است (رک: علی‌پور و حسینی، ۱۶۲).

نتیجه‌گیری

۱. برای رفع کاستی‌های الگوی علم‌شناسی ارسطویی، برخی با ارائه تبیینی جدید از چیستی

موضوع بر این عقیده‌اند که هیچ برهانی وجود ندارد که موضوع باید حتماً از عوارض ذاتی مسائل علم باشد، بلکه ممکن است غیر آن باشد، مثل: «جامع رابط بین مسائل گوناگون و قضایای متباین»، «جامع منتزع از جزئیات موضوعات مسائل»، «ما یُبَحِّثُ فِيهِ عَنْ أَحْوَالِ الْعُرْفِيَّةِ»، «الذی یبَحِّثُ فِيهِ عَنْ عَوَارِضِ الْمَقْصُودَةِ» و....

۲. متکلمان، فقها، اصولیان و نحویان در انطباق علم خود با الگوی علم‌شناسی ارسطویی با معضلات گوناگونی روبرو شدند و لذا محقق خراسانی ایده تمایز بر اساس غرض را مطرح کردند. طبق این رویکرد اینکه هر علمی بدلیل موضوع و مسائلیش، ساختاری متمایز از دیگر علوم دارد، درست است، اما این موضوعات متعدد و مسائل متشتمت، نیاز به یک جامع (خواه عرضی و خواه ذاتی) دارند؛ و از آنجا که پیدا کردن جامعی ذاتی یا ناممکن است و یا نیاز به تکلفاتی بعید دارد، به سراغ تمایز به جهتی عرضی رفتند.

۳. محقق اصفهانی و امام خمینی با نظر به مقام تحقق تاریخی علوم، در وحدت علم سنخیت عده‌ای از قضایای متشتمت و وجود ارتباط خاص بین آن‌ها (اگرچه موضوعشان واحد نباشد) را کافی می‌دانند. و لذا نیازی به نفس موضوع نیست، چه رسد با اینکه تمایز علوم به آن باشد.

۴. انتقادات و ایراداتی که بر نظریات تمایز موضوعی، تمایز روشی و تمایز غایی علوم از یکدیگر وارد شد، ثمره‌اش این شد که پژوهشگران معاصر از حصرگرایی دست برداشته و به سوی مدل‌های تلفیقی گرایش پیدا کرده‌اند، و تکیه بر فقط موضوع و یا فقط غایت و... را کافی نمی‌دانند.

۵. از درجه نگاه صاحبان رویکرد تلفیقی در تمایز علوم، علم عبارت است از مجموعه‌ای از مسائل متشتمت، که جامع آن‌ها گاه ممکن است به دلیل سنخیت در ذات باشد (مثل موضوع، محمول حیثیت) و گاه نیز ممکن است به دلیل امری عرضی باشد (مثل غایت).

۶. تمامی الگوهای ارائه شده (موضوع محور، غرض محور، تسانخ ذاتی و تلفیق گرا) - علی‌رغم اشکالات متعدد آن‌ها- از یک نقص مشترک رنج می‌برند و آن عبارت است از اینکه: «انتخاب غرض و موضوع به عنوان سرّ وحدت علوم با مشکل تعیین مرتبه غرض و موضوع، مواجه است». و لذا برخی به این نظریه گرایش پیدا کردند که تمامی اموری که در وحدت اعتباری‌ای که در مجتمع عقلایی معتبرند، دخیلند را باید لحاظ کرد و یکی از آن‌ها به تنهایی کفایت نمی‌کند و بنابراین مدار وحدت و کثرت، اعتبار ناشی از مراعات مصالح عقلایی است؛

و بعید نیست که اختلاف علوم تا حدی به امور ذوقی و زیباشناختی یا ترجیحات تاریخی و امثال آن نیز برگردد؛ و لذا تمایز علوم کاملاً قراردادی است.

منابع

- أصفهانی، أبوالحسن، *وسيلة الوصول إلى حقائق الأصول*، مقرر: میرزاحسن سیادت سیبزواری، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- أصفهانی، محمدحسین، *نهاية الدراية في شرح الكفاية*، قم، انتشارات سيد الشهداء (ع)، ۱۳۷۴ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم، مجمع الفكر الإسلامي، ۱۴۱۹ق.
- ایروانی، علی، *الأصول في علم الأصول*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق.
- بجنوردی، حسن، *منتهی الأصول*، قم، بی‌نا، ۱۳۷۹ق.
- بروجردی، حسین، *نهاية الأصول*، مقرر: حسین علی منتظری نجف‌آبادی، قم، مطبعة الحكمه، ۱۳۷۵ق.
- تفتازانی، مسعود بن عمر، *شرح المقاصد في علم الكلام*، پاکستان، دار المعارف النعمانية، ۱۴۰۱ق.
- جوادی آملی، عبدالله، *رحیق مختوم* (شرح حکمت متعالیه)، قم، نشر اسراء، ۱۳۷۵ق.
- حائری اصفهانی، محمد حسین بن عبدالرحیم، *الفصول اللغوية في الاصول الفقهية*، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.
- حسن‌زاده، صالح، «موضوع علم و معیار تمایز علوم»، *آینه معرفت*، تابستان، شماره ۳، ۱۳۸۳ق.
- حسینی سیستانی، علی، *الرافد في علم الأصول*، مقرر: منیر قطیفی، قم، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۴ق.
- حسینی شاهرودی، محمود، *نتائج الأفكار في الأصول*، مقرر: محمدجعفر جزائری، قم، آل مرتضی علیهم السلام، ۱۳۸۵ق.
- حکیم، محسن، *حقائق الأصول* (تعلیق بر کفایه محقق خراسانی)، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ق.
- حیدری، علی نقی، *اصول الاستنباط*، قم، مرکز مدیریت حوزه علمیه، ۱۴۱۲ق.
- خرازی، محسن، *عمدة الأصول*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۲۲ق.
- خمینی، روح الله، *تهذیب الأصول*، مقرر: جعفر سبحانی تبریزی، قم، دار الفکر، ۱۳۶۷ق.
- _____، *جواهر الأصول*، مقرر: محمدحسن مرتضوی لنگرودی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۶ق.
- _____، *مناهج الوصول إلى علم الأصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۳ق.

- _____، **تنقیح الأصول**، مقرر: حسین تقوی اشتهاردی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۸ق.
- خمینی، مصطفی، **تحریرات فی الأصول**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۶.
- خوئی، ابوالقاسم، **محاضرات فی أصول الفقه**، مقرر: محمداسحاق فیاض، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- روحانی، محمد صادق، **زبدة الأصول**، قم، مدرسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۲ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، **ارشاد العقول الی مباحث الأصول**، مقرر: محمدحسین حاج عاملی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۲ق.
- صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، **الحکمة المتعالیة فی الأسفار العقلیة الأربعة**، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۸۱م.
- طباطبایی، محمد حسین، **اصول فلسفه و روش رئالیسم**، مقدمه و پاورقی: مرتضی مطهری، تهران، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- _____، **تعلیقات اسفار**، قم، دار المعارف الاسلامیه، ۱۳۷۹.
- عراقی، ضیاءالدین، **بدائع الافکار**، مقرر: هاشم آملی، بی جا، بی تا.
- _____، **نهایة الأفكار**، مقرر: محمد تقی بروجردی نجفی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- علی پور، مهدی و سیدحمیدرضا حسنی، **پارادایم اجتهادی دانش دینی «پاد»**، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۰.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، **اصول فقه شیعه**، مقرر: محمود ملکی اصفهانی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۸۱.
- فرامرزی قراملکی، احد، «الگوی علم شناسی اصولیان»، **مقالات و بررسی ها**، بهار و تابستان، شماره ۷۵، دفتر ۳، ۱۳۸۳.
- _____، «قاعده موضوع کل علم یبحث فیہ عن عوارضه»، **مقالات و بررسی ها**، زمستان و بهار، دفتر ۵۳-۵۴، ۱۳۷۱-۱۳۷۲.
- فقیه، محمدتقی، **البدایة و الکفایة** (شرح کفایه الاصول)، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۱۸ق.
- قطب الدین رازی، محمد بن محمد، **شرح الشمسیة**، قم، زاهدی، بی تا.
- لاریجانی، محمد صادق و مصطفی ملکیان، «اقتراح؛ کلام در روزگار ما در نظر خواهی از دانشوران»، **نقد و نظر**، زمستان، شماره ۹، ۱۳۷۵.
- لاهیجی، عبدالرزاق، **شوارق الالهام**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۵ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الأصول*، مقرر: احمد قدسی، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.

مکی عاملی، حسین یوسف، *قواعد استنباط الأحكام*، قم، بی‌نا، ۱۳۹۱.

نراقی، مهدی بن ابی‌ذر، *انیس المجتهدین فی علم الأصول*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۸.

هاشمی شاهرودی، علی، *دراسات فی علم الأصول*، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۱۹ق.

faced some problems and came under criticisms. Therefore, the contemporary legal theorists proposed other patterns; some have undertaken to present a new explanation of the quiddity of the subject of science, some have brought up the similitude of propositions and finally most of them have given up exclusivism and tended toward integrative patterns, not regarding as sufficient reliance on just topic or just ultimate objective and unanimously insisting that the obligation for the distinction of sciences to be in terms of the distinction of topics is an unobligated commitment and there is no incentive for this commitment. Little by little, they inclined toward the theory that all the affairs involved in conceptual unity that are valid in rational integration have to be included and one of them alone would not be sufficient; therefore, the axis of unity and multiplicity is the validity resulting from observing the rational expediencies and the aspects involved in them and not the personal codified objective, nor the topic, predicate, desired object (*ghāyat*), etc. (alone).

Keywords: pattern of epistemology, principles of jurisprudence, quiddity of topic, similarity of propositions, eclecticism, conventionalism.

mpressionability of the soundness and the successive order of the effects of *ṭawāf al-nisā* from its name and title, and the principle of obligation (*ilzām*) are among the instances the writer has dealt with.

Keywords: *ṭawāf al-nisā'*, *ṭawāf al-nisā*, the Sunnīs, lawfulness of women.

The New Patterns of Epistemology of Legal Theorists (*Uṣūlīs*)

Mahdi Nazemi Ardakani, Assistant Professor and Head of the Cultural Thought and Studies Department, Socio-Cultural Faculty of Imam Hussayn (A.S.) Comprehensive University

Hamed Mustafavi Fard, Ph.D. Student, Ferdowsi University of Mashhad

Ahmad Ali Emami, Lecturer and Ph.D. Student of Higher Education Management, Allama Tabataba'i University

The idea that the distinction of sciences has to be based on topics is facing serious criticisms and objections, since both arguments of the followers of this approach are violable and the history of science is replete with many examples that do not fit into this tight framework. This issue prompted some scholars such as Muḥaqqiq Khurāsānī to move toward distinction based on objective. This approach, however,

principle, denotation.

**The Function of the Sunnīs' Farewell Circumambulation for
the Lawfulness of Women from the Shī'ī Jurisprudence
Perspective**

Dr. Mahdi Mehrizi, Associate Professor, College of Hadith Sciences

Sayyid Hamed Husayn Hashemi, Ph.D. Student of Jurisprudence and
Fundamentals of Islamic Law, Tehran University

Among the most important differences between the Sunnīs and Shī'as is the legal obligation of the circumambulation called *ṭawāf al-nisā'* in the end of the Ḥajj pilgrimage and the consequences of its non-performance. Contrary to the Shī'as, the Sunnīs' jurisprudence the have opined the necessity of another circumambulation called *ṭawāf al-widā'* (farewell circumambulation) by putting aside *ṭawāf al-nisā'*. The present writing discusses the role of *ṭawāf al-widā'* in the lawfulness of (intimacy with) women as a substitute to *ṭawāf al-nisā'* from the viewpoint of Imāmī jurisprudence. Searching into the legal sources and enumeration of some instances of the *sunna* and some other legal rules and evidences that are able to prove the sameness of these two circumstances and/or at least the sufficiency of the Sunnīs' practice has been dealt with mostly in this research. The reliable *ḥadīth* of Iṣḥāq b. 'Ammār, *sīra* of the religionists, the non-

ccountable (*mukallaf*) in view of reality, such as: *istiṣhāb* (presumption of continuity), principle of soundness (*ṣiḥḥat*), and the principle of leisure and violation (*firāq wa tajāwuz*); however, if reality is not taken into consideration, it is called “non-confirming principle, such as: *barā’at* (disavowal) and *takhyīr* (choosing between two or more alternatives). Concerning these principles, Muḥaqqiq Nā’inī maintains that the principle that represents something dubious as real is *tanzīlī* (substituted) principle, such as principality of ritual purification (*ṭahāra*) and principality of lawfulness; and when, it maintains doubt, and probability as certitude, like *istiṣhāb*, it would be regarded as confirming principle. There are many objections posed against the views of Muḥaqqiq Nā’inī, among which are the objections by Muḥaqqiq Khū’ī and ‘Allāma Shahīd Ṣadr. The latter does not accept Nā’inī’s confirming principle and uses this term in another sense. Knowing the distinction between the principles and authority of denotations (*amārāt*) as the difference in their provision criteria, he interprets the confirming principle as such. The most important outcome of the confirming principle is its precedence over non-confirming principle in contradictions. Stating the distinction between the principles and denotations from the viewpoint of Nā’inī and Ṣadr, the writer seeks to elucidate the nature of “confirming principle” and its outcome from the viewpoints of these two scholars.

Keywords: confirming principle, non-confirming principle, practical

pregnancy and in regard to the principle of non-exclusion in Imāmī jurisprudence as well as the Iranian law.

Keywords: inheritance, *ḥajb-i naqṣānī* (partial exclusion from inheriting), *ḥajb az radd* (exclusion from restoration of inheritance), *ikhwa* (siblings), pregnancy, mother.

A Research on the Nature of *Aṣl-i Muḥriz* (Confirming Principle) with an Emphasis on the Perspectives of Muḥaqqiq Nāʾinī and Shahīd Ṣadr

Hadi Mesbah, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, International Pardis

Dr. Muhammad Husayn Haʿeri, Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Mujtaba Elahi Khorasani, Assistant Professor, Khorasan Razavi Islamic Propagation Office

Although ‘Allāma Ḥillī and Shaykh Anṣārī have pointed out the feature of confirmation (*iḥrāz*) in some of the practical principles, its refinement has been one of Mīrzā-yi Nāʾinī’s initiatives. He divided the practical principles into “confirming and non-confirming. The confirming principle determines the practical duty of the religiously

erdowsi University of Mashhad

Sayyid Jamaluddin Mousavi Taqiabadi, M.A. Student of Private Law,
Ferdowsi University of Mashhad

The brothers and sisters of the deceased person can, under certain conditions, cause partial exclusion or exclusion from restoration of inheritance for the deceased person's mother. The issue of the siblings' exclusion of mother from inheritance in Imāmī jurisprudence is attributed to the noble *āya* eleven of the blessed *sūrat al-Nisā'* and is maintained in the Iranian statutory law according to clause B of article 892 of civil law. Meanwhile, given the non-assertion of the above documents concerning the exclusion or non-exclusion of pregnancy, the legally and judicially controversial question arises as to whether pregnancy can, like brother or sister, exclude mother from inheritance. Through argumentative examination of the subject with descriptive-analytical method in Imāmī jurisprudence and Iranian law and by presenting and criticizing the provided evidences for both possibilities of exclusion and non-exclusion of pregnancy concerning mother, the present research has concluded that the view of non-exclusion of pregnancy concerning mother seems more solid, particularly with respect to the uncertainty about the verity of the title of brother or sister (*ikhwa*) to

clemency for denial of punishment of the disbelievers who welcome Islam. On the other hand, general amnesty is an action taken in order to efface some aspects of the criminal conducts of a perpetrator of crime from the law's memory. This amnesty is most often granted to those groups of people who perpetrate political crimes. Although these two categories enjoy different types of theoretical literature, there are some similarities between their concepts. Thus, with a descriptive-analytical method and aiming at making a comparison and doing a comparative study of the principle of *jubb* and general amnesty from various legal and judicial aspects, we have undertaken to study them in three main fields of definitions and concepts, evidences, and dominion. The findings of this research indicate that from the viewpoint of the four logical types, the relation between these two is of "partial inclusion" type.

Keywords: principle of *jubb*, general amnesty, guardian jurist, debts and guarantees, penal affairs.

The Legal-Judicial Study of Exclusion (*Hājibiyyat*) or Non-exclusion of "Pregnancy" in *Hujb* (Exclusion from Inheritance) of Brothers concerning Mother

Dr. Sayyid Myhammad Mahdi Qabuli Durafshan, Assistant Professor,

proving homicide, the legislator deemed as necessary the swearing oaths by fifty people without repeating the oath. In the penal code passed in 1390 sh/2011, this same basis dominates.

It is attempted in this article to examine the legal and judicial basis of article 377 of the ameliorated law. The writer believes that, with respect to some proofs existing in the evidences, even if the second view has strong foundations, *qasāma* is not a merely devotional institution; rather, the legislator has intended it in terms of intermediation and, if necessary, he can change its quality.

Keywords: homicide, retaliated punishment (*qiṣās*), article 377 of the Islamic penal code.

Comparison and Comparative Examination of the Principle of *Jubb* (Acquittance from Previous Obligations) and General Amnesty from the Viewpoint of Jurisprudence and Law

Sayyid Ali Ghayour Baghbani, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, International Pardis

Dr. Husayn Saberi, Professor, Ferdowsi University of Mashhad

One of the legal principles for the disbelievers who convert to Islam is the principle of *jubb*. This principle is the basis of Islamic mercy and

(The Legal Principles of Article 377 of the Penal Code Bill of 1390
sh/2011)

Husayn Haqiqatpour, Ph.D. Student, Ferdowsi University of
Mashhad

Dr. Muhammad Taqi Fakhla'i, Professor, Ferdowsi University of
Mashhad

Ehsan Aliakbari Baboukani, Ph.D. Student, Ferdowsi University of
Mashhad

Dr. Husayn Naseri Muqaddam, Associate Professor, Ferdowsi
University of Mashhad

Qasāma is one of the proofs for homicide, which will be reliable in case of the existence of *lawth* (strong suspicion). There are two major views on how it is implemented. In sum, the first view deems as necessary swearing fifty oaths by fifty people; however the second view deems as sufficient swearing of fifty oaths by the claimant for proving the crime. The second view is a generally accepted *fatwā* and the first one is a rare *fatwā* theme.

According to article 248 of the Islamic penal code passed in 1370 sh/1991, the generally accepted view dominated; however, in 1380-81 sh/2001-2002 upon the amelioration of the Islamic penal code, this rule was annulled by the *fatwa* of the Supreme Leader, and for

importance in lawsuits and restoring the victim's rights in courts of law. Through signing contract of PA, the attorney and the client reciprocate obligation and right and hold judicial relations and mutual commitments and responsibilities. Among these commitments is the observance of the client's expediency. Since this commitment overshadows other commitments of the attorney and is somehow regarded as the foundation of all his commitments, it is of special importance. Despite the assertion on the above-mentioned commitment in article 667 of the civil law, the legal sanction for its violation in various obligations is ambiguous. Silence of the law, weakness of the writings, and being involved in this issue has made us search for an answer whose summary is as follows: the legal actions that have been carried out without observing the client's expediency is regarded as effective – except for the obligation in which the client has connived with the party of contract – although, in case of availability of options, the clients can remove loss from themselves.

Keywords: power of attorney, expediency, legal sanction, non-influence.

A Critique on the Legal Theory of the Sufficiency of Swearing Fifty Oaths by the Claimant in *Qasāma* (Compurgation)

punishment are not compatible with this principle and are regarded as instrumental use of criminal for achieving other goals. Some examples of the legal rulings including heresy, the restrictions concerning the non-Muslim (*dhimmi*) infidel as well as some examples of human rights including self-determination would enjoy more moderate rulings according to this principle. Restriction of using capital punishment and prevention of its open execution are among other warnings of this principle and indicates the necessity of revising some of the legal and judicial rulings.

Keywords: human being, inherent dignity, Islamic approach, law, dignifying human being.

Legal Sanction for Non-observance of Expediency in Power of Attorney

Bizhan Haji Azizi, Assistant Professor, Abu Ali Sina University

Sayyideh Maryam Etemad, M.A. Student of Private Law, Abu Ali Sina University

Power of attorney (PA) contract is among the specified contracts that are widely used in society and people's legal relations, because on one hand, people are not compelled to directly vindicate their rights and, on the other hand, the above-mentioned contract is of high

**The Principle of “Obligation for Dignifying Human Being” in
Islamic Jurisprudence and Law**

Dr. Ardavan Arzhang, Assistant Professor, International University of Imam Khomeini, Qazvin

Mahdi Dehqan Simkani, Ph.D. Student, Yasuj University

The inherent dignity is a Divine bounty from God to Man and since it is inherent and intrinsic in human nature, its dispossession is not possible. According to some of the noble verses of the Qur’ān, human dignity can be proved as a type of honor that denotes enjoyment of the bounty of reasoning, free will, Divine Breath, power of choice, etc. and all human beings equally enjoy it and a principle entitled *Takrīm al-Insān* (Dignifying Human Being) can be used in codification of judicial laws. One of the fields of efficacy of this principle is the field of devising punishments for the crimes having non-legal (*ḥadd*) punishments. According to this principle, so far as the non-penal procedures have not been incapable of preserving the values, moving towards penal devices through devising and imposing punishments disproportionate to the crime, would violate human dignity and the exaggerated reliance on such experiences as public and private prevention, restraining and correcting the delinquent, etc. instead of the criteria for the conformity of crime with the

ABSTRACT

Examination of the Concept of *Ta'īl* (Causal Inference)

Bibi Rahimeh Ebrahimi, Assistant Professor, Jurisprudence

Department, Shahid Mutahhari University (Girls' Branch, Mahshad)

What is meant by *ta'īl* is that if in a reason the cause of the judgment has been mentioned, the denial of the judgment can be concluded from the lack of that judgment; in such a way that from the denial of restriction (*ḥaṣr*), condition, desired object, etc, the denial of the judgment is necessitated. In this article, the study of this issue is dealt with respect to the viewpoints of the proponents and opponents and a third viewpoint is presented on the basis of distinction between the generality or partiality of topic, both in the enunciated and the concept.

Keywords: cause, causal inference, concept of causal inference, *manṣūṣ al-illa* (explicitly mentioned cause), *tanqīḥ manāṭ* (refining reason).

Table of Contents

Examination of the Concept of Ta'īl (Causal Inference)	9
Dr. Bibi Rahimeh Ebrahimi	
The Principle of "Obligation for Dignifying Human Being" in Islamic Jurisprudence and Law	33
Dr. Ardavan Arzhang - Mahdi Dehqan Simkani	
Legal Sanction for Non-observance of Expediency in Power of Attorney	55
Dr. Bizhan Haji Azizi - Sayyideh Maryam Etemad	
A Critique on the Legal Theory of the Sufficiency of Swearing Fifty Oaths by the Claimant in Qasāma (Compurgation)	75
Husayn Haqiqatpour- Dr. Muhammad Taqi Fakhla'i- Ehsan Aliakbari Baboukani- Dr. Husayn Naseri Muqaddam	
Comparison and Comparative Examination of the Principle of Jubb (Acquittance from Previous Obligations) and General Amnesty from the Viewpoint of Jurisprudence and Law	93
Sayyid Ali Ghayour Baghbani - Dr. Husayn Saberi	
The Legal-Judicial Study of Exclusion (Hājibiyat) or Non-exclusion of "Pregnancy" in Hujb (Exclusion from Inheritance) of Brothers concerning Mother	119
Dr. Sayyid Myhammad Mahdi Qabuli Durafshan- Sayyid Jamaluddin Mousavi Taqiabadi	
A Research on the Nature of Aşl-i Muhriz (Confirming Principle) with an Emphasis on the Perspectives of Muhaqqiq Nā'inī and Shahīd Şadr	143
Hadi Mesbah - Dr. Muhammad Husayn Ha'eri - Mujtaba Elahi Khorasani	
The Function of the Sunnis' Farewell Circumambulation for the Lawfulness of Women from the Shī'i Jurisprudence Perspective	165
Dr. Mahdi Mehrizi - Sayyid Hamed Husayn Hashemi	
The New Patterns of Epistemology of Legal Theorists (Uşūlis)	185
Mahdi Nazemi Ardakani- Hamed Mustafavi Fard- Ahmad Ali Emami	

In the Name of Allah