



انفقه و انصاف

فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892

سال ۵۳ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲۷
زمستان ۱۴۰۰



مناوین مقالات

- تأملی بر ارث پسرعموی ابوینی باوجود عموی ابی از دیدگاه امامیه
دکتر اعظم ابراهیمی - دکتر عباس کلانتری خلیل آباد
- ناروایی اعمال قاعده اذن در امور کیفری
موردپژوهی لوازم حقوقی جواز شرب مسکر برای اقلیت‌های دینی
دکتر اردوان ارژنگ - سید امیرعلی صادقی
- پارادایم‌های حاکم بر مفهوم حق (مطالعه رویکرد فقه و فقه‌های اسلام)
دکتر مهدی رضایی - دکتر محسن قائمی خرق
- بررسی فقهی شرط عجز از تفصی در تحقق اکراه با تکیه بر نظر شیخ انصاری
دکتر محمدمهدی زارعی - فرشید رجبی - دکتر عارف بشیری
- اخذ به عمومات و اطلاعات در مسائل مستحدث فقهی در پرتو تبیین ملاک مستحدث بودن
سیدرضا شیرازی - دکتر محمدتقی کریمی
- اعتبارسنجی مطهریت «غیبت مسلمان»، «ظاهر حال مسلمان» و «وصف مسلمانی»
طاہره قدسی - دکتر طاہر علی محمدی - دکتر سیدمحمدصادق موسوی
- بررسی مصادیق ارتفاعی طواف بیت در آیه «وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ» بر مبنای مرجعیت عرف
دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی - حسین مهدوی دامغانی - دکترسید محسن رزمی
- نقد انگاره حرمت گوشه‌سپاری به غیبت
حمیدرضا کامل نواب
- بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ربات
حمزه نظریور - دکترعلی اکبر ایزدی فرد - دکتر محمد محسنی دهکلانی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۳ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲۷ - زمستان ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

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

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

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

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

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

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است.

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

مترجم چکیده به انگلیسی: علیرضا کتابدار

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

ویراستار: سیده مرضیه خالقی میران

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و

فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی

نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد).
- 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 هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶- نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

شیوه‌نامه تدوین مقالات

بخش اول: ملاحظات کلی

۱. زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.
۲. حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه با فرمت صفحات مجله بیشتر باشد (حداکثر ۸۵۰۰ کلمه).
۳. چکیده مقاله (شامل: بیان موضوع، اهداف، روش و نتایج) به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر (حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۲۰۰ واژه) ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه) به دنبال چکیده بیاید.
۴. نام کامل نویسنده (نویسندگان)، 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 شود.
۵. مدیریت مجله در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
۶. ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروف چینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد، سامانه مجله فقه و اصول اقدام شود.
۷. پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن وابسته به تأیید داوران و هیئت تحریریه است.
۸. مقاله‌های ارسال شده پس از شروع فرایند بررسی بازگردانده نمی‌شود.

بخش دوم: شیوه نگارش

رعایت «دستور خط فارسی»^۱، مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است. پیشنهاد می‌شود نویسندگان محترم از «فرهنگ املائی خط فارسی»^۲ و افزونه «ویراستیار» و یا سامانه برخط «ویراست لایو»^۳ استفاده کنند. عدم رعایت شیوه‌های نگارشی پیشنهادی می‌تواند موجب تأخیر جدی در چاپ و یا بازگرداندن مقاله به نویسنده در مرحله تولید شود. نکات اهم مربوط به شیوه نگارش به شرح زیر است:

۱. علائم نگارشی و فاصله‌گذاری نشانه‌ها

- ۱.۱. نشانه‌های . ، : ... ؟ ! با قبل بی‌فاصله و با کلمه بعد با فاصله کامل می‌آیند.
- ۱.۲. نشانه‌های دربرگیر مانند پرانتز و گیومه « () » با درون بی‌فاصله و با بیرون با فاصله کامل می‌آیند.
- ۱.۳. برای درج نشانه‌های احترام، پرانتز اول بدون فاصله با نام آن شخص می‌آید: حضرت محمد(ص).
- ۱.۴. شماره ارجاع پاورقی (عدد تُک) بعد از نشانه‌ها (، ،) می‌آید نه پیش از آن‌ها.
- ۱.۵. نقطه پایان جمله بعد از پرانتز ارجاع همیشه گذاشته می‌شود: مشهور فقها معتقدند تعیین مدت در قرض الزام‌آور نیست (صاحب‌جواهر، ۳۲/۲؛ طباطبایی، ۵۴/۳).
- ۱.۶. در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی، گذاردن تنوین (کَ ـ و ـ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضاف‌الیه، بعبارة آخری)، مدّ روی الف (نظیر آب، مآخذ) و یای کوتاه روی‌های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیه موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است، مگر آنکه موجب ابهام شود: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ عرضه/ عرضه؛ حرف/ حَرَف.
- ۱.۷. برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در پرانتز می‌آید و میان آن دو، دو نقطه قرار می‌گیرد: (کوثر: ۲).
- ۱.۸. پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی»، مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند»، ترکیب اسم و حرف به‌صورت نیم‌فاصله می‌آیند: می‌روم، خسته‌ام، کتاب‌ها.
- ۱.۹. استفاده از گیومه غیرفارسی نظیر «» و "" ممنوع است (گیومه فارسی به این صورت «») است).
- ۱.۱۰. برای ایجاد نیم‌فاصله باید منحصرأً از کلیدهای ctrl+shift+2 استفاده کرد، البته اگر از صفحه کلید استاندارد استفاده می‌شود، می‌توان با shift+ sppac آن را درج کرد.

^۱. <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/D-1394.pdf>

^۲. <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/F-E-1394.pdf>

^۳. <http://www.virastlive.com/>

۲. لایه‌بندی

۱. ۲. مقاله از چند جزء اصلی تشکیل شده که شامل چکیده، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع است.

۲. ۲. بدنه اصلی حاوی تعدادی عنوان اصلی است و لازم است حتی المقدور از فزونی تیتراها خودداری شود و اگر ناگزیر، تقسیمات فرعی وجود دارد باید از صورت تیترا درآمده و عنوان بولد شود و پیوسته بدان دونقطه گذاشته شود و متن در ادامه ذکر شود؛ به طور مثال اگر ادله‌ای مثل آیات و روایات و... ذکر می‌شود در ادامه آن دلیل دو نقطه گذاشته و در ادامه توضیح بیان شود؛ مثل: ۱. آیات: ...

۲. ۳. چکیده، مقدمه، نتیجه‌گیری و منابع شماره گذاری نمی‌شود.

۲. ۴. عناوین و تیتراهای بدنه اصلی با اعداد و در صورت ناگزیری از عناوین فرعی، با اعداد متوالی نشانه‌گذاری می‌شود.

۲. ۵. برای شماره‌گذاری در لایه تیتراها فقط از نقطه استفاده می‌شود. به طور مثال: ۱. ۲. ۳.

۳. شیوه ارجاع استنادی و تنظیم کتابنامه

ارجاع به منابع، باید حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود باشد که بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () می‌آید.

۳. ۱. شیوه درون‌متنی

در ارجاع به کتاب یا مقاله (فامیل پدیدآورنده بر اساس مستند مشاهیر^۱، شماره جلد و شماره ص و اسلش در میان آن دو):

۱. پرانتز باز با فاصله از کلمه قبل + فقط فامیل نویسنده تا دو نفر بی فاصله با پرانتز + کاما + صفحه بدون حرف ص + پرانتز بسته + نقطه پایان جمله.

۲. در صورت استفاده از جلدهای متعدد فقط شماره جلد بدون حرف ج می‌آید: (طباطبایی، ۲۵۰/۳؛ شهیدثانی، ۱۱/۲).

۳. برای نوشتن صفحات آغاز و پایان منبع مدنظر به هیچ وجه خط تیره نمی‌آید: ۱۷۹ تا ۱۸۰.

^۱. <https://www.tebyan.net/newindex.aspx?PageSize=10&PageIndex=0&PID=102833>

۴. در ارجاع به منابع لاتین، اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی می‌آید: (از نظر شلایرماخر نیز معنا به وسیله سیاق تعیین می‌یابد و از آن تأثیر می‌پذیرد Schleiermacher, 1998, p. 233).

۵. در صورتی که چند اثر از نویسنده‌ای استناد شود، با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود: (شهید اول، لمعه، ۲۲؛ همو، دروس، ۲: ۳۰) و در صورت وجود چند مؤلف با نام مشابه، اسم اثر نیز می‌آید.

۶. نام منبع در همه جا به صورت ایرانیک درج می‌شود.

۷. یادداشت‌های توضیحی و توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری است، با قراردادن توک در محل آن در پاورقی همان صفحه می‌آید. در این یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، به همان شیوه ارجاع درون‌متنی می‌آید.

۸. در منابع تقریر درس، اسم صاحب درس (صاحب رأی و نظر) لازم است به عنوان پدیدآورنده ذکر شود (به طور مثال: صدر، بحوث فی علم الاصول، مقرر: هاشمی شاهرودی؛ نائینی، اجود التقریرات، مقرر: ابوالقاسم خونی).

۲.۳. کتابنامه

ضروری است فهرست منابع جز کتب مقدس، به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی باید به شرح زیر، در کتابنامه قید شود:

کتاب: فامیل نویسنده اول، اسم نویسنده اول، عنوان کتاب (ایرانیک، غیربُلد و بی‌گیومه)، ترجمه یا به تحقیق یا به تصحیح اسم فامیل، ج عدد، چ عدد، شهر: ناشر (بدون واژه ناشر، انتشارات، مؤسسه مگر اینکه ثبت شده باشد مانند به نشر یا نشر دانشگاهی)، سال انتشار.

۱. فقط برای نویسنده اول در کتابنامه فامیل پیش از اسم می‌آید.

۲. بیش از دو نفر: نام نفر اصلی + و دیگران

۳. در پایان همه مؤلفه‌های کتاب‌شناختی نقطه گذاشته شود.

نمونه: مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۱۰، چ ۳، بیروت: احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.

مقاله: فامیل و اسم نویسنده اول و دوم، عنوان مقاله داخل گیومه، نام نشریه به صورت ایرانیک، سال نشریه، شماره نشریه، سال انتشار، صفحات آغاز و پایان مقاله.

نمونه: حاج‌زاده، هادی، «فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات اسلامی، س ۴۷، ش ۱۰۲، ۱۳۹۴، صص ۸۷ تا ۵۹

۴. تاریخ‌نویسی

تاریخ‌های ذکرشده در مقاله اگر هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای می‌آیند، در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری، علامت اختصاری ق و برای میلادی، نشانه م می‌آید.

نکته: همیشه و در همه جا در صورت لزوم ماه به حروف و چسبیده به روز و سال می‌آید: ۱۲ فروردین ۱۳۹۰.

۵. قلم متن

توصیه می‌شود، حتی المقدور از قلم استاندارد «IRLotus»، تولیدشده توسط شورای عالی اطلاع‌رسانی^۱، استفاده شود.

^۱<http://earmin.com/files/Standard-IRFonts-eArmin.com.zip>

مشاوران علمی این شماره

۱. حجت الاسلام مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی)
۲. دکتر علی الهی خراسانی (استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی و علوم انسانی)
۳. دکتر جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۴. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. دکتر حسین حقیقت پور (استادیار دانشگاه یزد)
۶. دکتر محمدعلی راغبی (دانشیار دانشگاه قم)
۷. دکتر علی شفیعی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر حسن غوث (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی بیرجند)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۱۲. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۳. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر غلامرضا یزدانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

فهرست مندرجات

صفحه

عنوان

۱۱	تأملی بر ارث پسرعموی ابوینی باوجود عموی ابی از دیدگاه امامیه دکتر اعظم ابراهیمی - دکتر عباس کلانتری خلیل آباد
۲۹	ناروایی اعمال قاعده اذن در امور کیفری موردپژوهی لوازم حقوقی جواز شرب مسکر برای اقلیت‌های دینی دکتر اردوان ارژنگ - سید امیرعلی صادقی
۴۹	پارادایم‌های حاکم بر مفهوم حق (مطالعه رویکرد فقه و فقه‌های اسلام) دکتر مهدی رضایی - دکتر محسن قائمی خرق
۶۹	بررسی فقهی شرط عجز از تفصی در تحقق اکراه با تکیه بر نظر شیخ انصاری دکتر محمد مهدی زارعی - فرشید رجبی - دکتر عارف بشیری
۸۹	اخذ به عموماً و اطلاعات در مسائل مستحدث فقهی در پرتو تبیین ملاک مستحدث بودن سیدرضا شیرازی - دکتر محمدتقی کریمی
۱۰۹	اعتبارسنجی مطهریت «غیبت مسلمان»، «ظاهر حال مسلمان» و «وصف مسلمانی» طاہره قدسی - دکتر طاہر علی محمدی - دکتر سیدمحمدصادق موسوی
۱۳۱	بررسی مصادیق ارتفاعی طواف بیت در آیه «وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ» بر مبنای مرجعیت عرف دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی - حسین مهدوی دامغانی - دکتر سید محسن رزمی
۱۵۱	نقد انگاره حرمت گوشه‌سپاری به غیبت حمیدرضا کامل نواب
۱۷۱	بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ربات حمزه نظریور - دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر محمد محسنی دهکلانی



HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/		Vol. 53, No. 4: Issue 127, Winter 2022, p.11-28	
Online ISSN 2538-3892			Print ISSN 2008-9139
Receive Date: 01-05-2020	Revise Date: 28-06-2020	Accept Date: 20-10-2020	
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86677		Article type: Original Research	

A reflection on the inheritance of "Abuini" cousin in spite of "Abi" uncle from the Imamiyya point of view

Dr. Azam Ebrahimi, Assistant Professor of Payame Noor University (**corresponding author**)

Email: aebrahimi56@yahoo.com

Dr. Abbas Kalantari Khalilabad, Associate Professor of Meybod University

Abstract

The heir is divided into relative and causal. The relative heir has three classes, which despite even a person from the previous class, none of the people of the next class inherit. In each class, people with a closer degree and less mediation deprive people with more mediation to the dead of inheritance. Imami jurists believe that if the heir of the deceased is an Abi uncle and an Abuini cousin, the inheritance goes to the Abuini cousin and the Abi uncle is deprived of the inheritance. Some consider it according to the rule and because an Abuini cousin is closer to the dead, and some consider it against the rule and for a special reason. In this article, the evidences mentioned on this saying are examined and proved that this ruling is against the rule and it is possible to inherit the Abi uncle despite the abuini cousin; the suspicion of the connection between this ruling and the issue of the heredity of the caliphate is then answered.

Keywords: Inheritance, Abi uncle, Abuini cousin, the closest rule forbids water



سال ۵۳ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲۷ - زمستان ۱۴۰۰، ص ۲۸ - ۱۱	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۲	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۴/۰۸
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86677

تأملی بر ارث پسرعموی ابوینی باوجود عموی ابی از دیدگاه امامیه

دکتر اعظم ابراهیمی (نویسنده مسئول)

استادیار دانشگاه پیام نور

Email: aebrahimi56@yahoo.com

دکتر عباس کلانتری خلیل آباد

دانشیار دانشگاه میبد

چکیده

وارث به نسبی و سببی تقسیم می‌شود. وارث نسبی سه طبقه دارد که باوجود فردی از طبقه قبل به هیچ‌یک از افراد طبقه بعد ارث نمی‌رسد. در هر طبقه نیز افراد دارای درجه نزدیک‌تر و واسطه کمتر، افراد دارای واسطه بیشتر تا میت را از ارث محروم می‌کنند. فقهای امامیه قائل‌اند در صورتی که وارث میت یک عموی ابی و یک پسرعموی ابوینی باشد، ارث به پسرعموی ابوینی می‌رسد و عموی ابی از ارث محروم می‌شود. برخی آن را طبق قاعده و به دلیل اقرب‌بودن پسرعموی ابوینی به میت و برخی آن را برخلاف قاعده و به دلیل خاص می‌دانند. در این مقاله ادله ذکر شده بر این قول، بررسی و اثبات می‌شود که این حکم برخلاف قاعده است و امکان ارث‌بردن عموی ابی باوجود پسرعموی ابوینی وجود دارد؛ سپس به شبهه ارتباط این حکم با مسئله موروثی بودن خلافت پاسخ داده می‌شود.

واژگان کلیدی: ارث، عموی ابی، پسرعموی ابوینی، قاعده الاقرب یمنع الابعاد.

مقدمه

در قرآن و سنت سهم هریک از وارثان به طور دقیق مشخص شده است و طبق آیه «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (انفال: ۷۵) افرادی که از نظر طبقه و درجه به میت نزدیک ترند، سایر افرادی را که از لحاظ این دو ویژگی دورترند، از ارث محروم می کنند؛ اما در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق موضوعه در ماده ۹۳۶ آمده است: «در صورتی که وارث متوفا عموی ابی و پسرعموی ابوینی باشد، ارث به پسرعموی ابوینی داده می شود و عموی ابی از ارث محروم می شود.» این در حالی است که پسرعمو در درجه بعد از عمو قرار دارد. بنابراین لازم است اولاً ادله فقها بر محروم بودن عموی ابی بررسی شود؛ ثانیاً ارتباط بین این حکم و موروثی بودن خلافت که ادعای عباسیان بوده است، مشخص شود.

مراد از عموی ابی یا پدری، برادر پدر است که مادرشان متفاوت ولی پدرشان یکی است. عموی ابوینی یا پدر و مادری، برادر پدر است که پدر و مادرشان یکی است و مراد از پسرعموی ابوینی اولاد ذکور این عمو است. عموی امی یا مادری به برادر پدر گفته می شود که پدرشان متفاوت است، ولی مادرشان یکی است.

۱. دیدگاه فقهای امامیه

فقهای امامیه قائل اند که باوجود پسرعموی ابوینی به عموی ابی ارث نمی رسد؛ ولی درباره علت ارث پسرعموی ابوینی دو نظر دارند:

۱. برخی قائل اند که علت ارث پسرعموی ابوینی این است که او از عموی ابی به میت نزدیک تر است. بنابراین ارث بردن او طبق قاعده «الأقرب یمنع الأبعد» بلامانع است. شیخ مفید گفته است: «دلیل ارث بردن پسرعموی ابوینی این است که به دو سبب به میت نزدیک است، درحالی که عموی ابی با یک سبب تقرب دارد.» (مفید، ۶۹۲ تا ۶۹۳) شیخ صدوق نیز گفته است: «دلیل ارث بردن پسرعموی ابوینی این است که او بین کلاله ابی و کلاله امی را جمع کرده است (ابن بابویه، الفقیه، ۲۹۲/۴؛ همو، المقنع، ۵۰۰).

۲. برخی قائل اند که این استثنا تعبدی است (ابن ادریس، ۲۴۱/۳).

اما قانون مدنی درباره تعبدی یا طبق قاعده بودن این حکم ساکت است.

ماده ۹۳۶ مقرر می کند: «باوجود اعمام یا احوال اولاد آن ها ارث نمی برند؛ مگر در صورت انحصار وارث به یک پسرعموی ابوینی یا یک عموی ابی تنها که فقط در این صورت پسرعمو، عمو را از ارث محروم می کند؛ لیکن اگر با پسرعموی ابوینی دایی یا خاله باشد، یا اعمام متعدد باشند، ولو ابی تنها، پسرعمو ارث نمی برد».

فرق این دو قول این است که اگر براساس تعلیل ذکرشده، این حکم طبق قاعده باشد، امکان سرایت حکم مذکور در روایات به مسائل مشابه وجود دارد؛ مثل جایی که وارث میت پسردایی ابوینی و دایی ابی باشد که در این

صورت ارث به پسردایی ابوینی می‌رسد؛ اما اگر حکم مذکور تبعیدی باشد، به خاطر اینکه این حکم خلاف قاعده است، باید به مورد مذکور در نص یا محل وفاق در اجماع اکتفا کرد و امکان سرایت آن به مسائل مشابه وجود ندارد. فقهای اهل سنت معتقدند، اگر وارث عمومی ابی و پسرعموی ابوینی باشد، ارث به عمومی ابی می‌رسد، نه پسرعموی ابوینی (مغنیه، ۵۵۵/۲).

۲. حکم فرض تغییر صورت مسئله

در فقه و حقوق درباره اینکه آیا حتماً باید یک عمو و یک پسرعمو باشد یا در صورت تعدد بودن هریک نیز این حکم صادق است یا خیر و نیز درباره اینکه اگر با عمو و پسرعمو وارثان دیگر باشند، حکم ثابت است یا تغییر می‌کند، اختلاف نظر وجود دارد.

در قانون مدنی، ماده ۹۳۶ حکم را منحصر به صورت اجتماع عمومی ابی و پسرعموی ابوینی دانسته و تعمیم آن به صورت تعدد هریک یا صورت اجتماع عمه و دایی و خاله ابی با پسرعمو یا اجتماع دایی ابی با پسر یا دخترعمه و دایی و خاله ابوینی و... را منتفی دانسته است.

مسئله صورت‌های مختلفی دارد که ذکر همه آن‌ها در اینجا ممکن نیست. به پنج صورت کلی اشاره می‌شود:

صورت اول: وارث عمومی ابی و پسرعموی ابوینی باشد، اما عمو یا پسرعمو یا هر دو چند نفر باشند. حال آیا

در این صورت هم پسر یا پسران عمومی ابوینی بر عمو یا عموهای ابی مقدم می‌شوند یا خیر؟

علامه حلی گفته است که اگر یکی متعدد شود، حکم تغییر می‌کند و عمومی ابی حاجب پسرعمو می‌شود (قواعد الاحکام، ۱۷۵/۲). اما عده‌ای گفته‌اند که در فرض تعدد نیز پسرعمو بر عمو مقدم می‌شود (شهید اول، الدرر، ۳۳۶/۲). شهید ثانی گفته است این عده سه دلیل دارند: «۱. مقتضی برای تقدم پسرعمو در صورت تعدد نیز موجود است و آن وجود پسرعموی ابوینی در کنار عمومی ابی است. اگر پسرعموی واحد مانع عمو شود، پس پسرعموی متعدد به طریق اولی مانع می‌شود؛ زیرا اسبابی که سبب تقدم می‌شوند، متعدد می‌شوند؛ ۲. سبب ارث بردن دو عمو و بیشتر، عموبودن است و وجود پسرعمو مانع این سبب است و مانع یکی از دو سبب که در عرض هم‌اند، مانع دیگری نیز هست؛ ۳. کلمه 'ابن العم' به دلیل اینکه ابن به عم اضافه شده، مفید عموم است و همه فروع را شامل می‌شود» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۹/۱۳).

بر هر سه دلیل اشکال وارد شده است: ۱. شاید پسرعمو با قید وحدت، مقتضی (حاجب) باشد، نه به طور مطلق. در صورت اتحاد اگر سبب نفس عنوان پسرعموی ابوینی باشد، در صورت تعدد بودن نیز سبب متعدد خواهد بود؛ اما اگر سبب عنوانی مرکب از پسرعمو و قید وحدت باشد، در صورت تعدد، سبب منتفی می‌شود نه اینکه متعدد شود؛ ۲. مانع بودن پسرعمو هم ممکن است صرفاً در صورت وحدت سبب باشد، نه در صورت تعدد

آن؛ ۳. در نصوص، مفرد مضافی وجود ندارد تا مفید عموم باشد. زیرا در روایات آمده است: «اعیان بنی الام...» که شامل صورت تعدد نیز می‌شود (نراقی، ۳۲۳/۱۹).

برخی گفته‌اند مدرک منحصر در اجماع است و چون این حکم خلاف اصل است، بر محل وفاق که وجود پسرعموی ابوینی تنها با عموی ابی تنه‌است، اکتفا می‌شود و در صورت‌های دیگر به قاعدة الاقرب یمنع الابعد مراجعه می‌شود و اجماع دلالت لفظی ندارد تا به اطلاق آن برای صورت‌های تعدد عمو و پسرعمو تمسک شود یا از آن خصوصیت الغا شود؛ اما اگر یقین کردیم که فرقی بین وحدت و تعدد وجود ندارد، الحاق صورت تعدد به وحدت صحیح است، و این هم بعید نیست (هاشمی شاهرودی، ۲۳۳/۹).

صورت دوم: گاهی در کنار عموی ابی و پسرعموی ابوینی، زوج یا زوجه هم وارث هستند. در این صورت شهید ثانی گفته است: چون زن و شوهر مانع ارث هیچ‌کس در هیچ‌یک از طبقات نمی‌شوند، مانع ارث پسرعمو هم نمی‌شوند؛ زیرا مقتضای برای ترجیح وجود دارد (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۹/۱۳). در این صورت ابتدا سهم زن یا شوهر داده می‌شود و بعد تکلیف بقیه وارث روشن می‌شود. اما کسانی که قائل‌اند در خروج از نص باید به قدر متیقن اکتفا کرد، در این صورت هم پسرعموی ابوینی را حاجب عموی ابی می‌دانند.

صورت سوم: گاهی به جای عمو که مذکر است، عمه یا به جای پسرعمو، پسرعمه قرار می‌گیرد. مثلاً وارث میت عموی ابی و پسرعمه ابوینی است یا پسرعموی ابوینی و عمه ابی است یا عمه ابی و پسرعمه ابوینی است. برخی گفته‌اند: اگر به جای عموی ابی، عمه ابی باشد، حکم تغییر می‌کند؛ یعنی ارث به عمه می‌رسد، نه پسرعمو؛ زیرا اجماع بر مسئله اجتماع عموی ابی و پسرعموی ابوینی صورت گرفته، نه مسئله دیگر (ابن ادریس، ۲۴۱/۳). به عبارت دیگر حکم در دلیل مختص به عمو است و الحاق عمه به عمو نیازمند دلیل است که وجود ندارد. اما شیخ طوسی قائل است که اگر به جای عمو، عمه قرار گیرد، حکم تغییر نمی‌کند، زیرا عمو و عمه در سبب بودن اشتراک دارند (نک: طوسی، الاستبصار، ۱۷۰/۴). شهید ثانی علت مشترک بودن این دو را این‌گونه تفسیر کرده است: «چون در اصل ارث بردن مشترک‌اند و در یک طبقه و درجه قرار دارند و هر دو فی الجمله حاجب می‌شوند. بنابراین نباید حکم آن‌ها تغییر کند.» (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵۶/۸).

اشکال استدلال ایشان این است که اشتراک در سبب بودن ملازم با اشتراک در مانع بودن نیست؛ چون ممکن است یکی از دو مسبب مدخلیتی در ممنوعیت داشته باشد که دیگری نداشته باشد. بنابراین با تغییر مرد به زن حکم ثابت نمی‌ماند؛ به خصوص اگر تغییر مرد به زن در طرف مانع، یعنی پسرعمو، باشد. از طرفی روایات نیز شامل زنان نمی‌شود (نراقی، ۳۲۳/۱۹).

صورت چهارم: گاهی درجه یک طرف متفاوت است؛ مثلاً به جای عمو پسرعمو است یا به جای پسرعمو، پسر پسرعمو است. شهید ثانی در مسالک گفته است اقوی این است که حکم تغییر می‌کند و پسر پسرعمو ارث نمی‌برد

(۱۵۹/۱۳).

شاید دلیل ایشان این باشد که حکم در روایت به عنوان عمو تعلق گرفته است و عمو قطعاً شامل پسرعمو نمی‌شود یا پسرعمو شامل پسر پسرعمو نمی‌شود.

اگر بگویند به پسر پسرعمو هم حقیقتاً پسرعمو اطلاق می‌شود، درست نیست؛ زیرا ادله مسئله شامل آن نمی‌شود و دلیل خاص دیگری هم وجود ندارد (نراقی، ۳۲۴/۱۹).

صورت پنجم: گاهی در کنار عموی ابی و پسرعموی ابوینی دایی یا خاله یا هر دو هستند. یعنی در کنار عمو و پسرعمو فردی است که جنسش از مانع و ممنوع نیست، درخصوص این مسئله فقها دیدگاه‌های متفاوتی دارند:

دیدگاه اول: پسرعمو از ارث محروم می‌شود و ارث به عمو و دایی می‌رسد؛ بدین‌سان که به عمو دوبرابر دایی یا خاله داده می‌شود. زیرا عمو سهم پدر را می‌برد و دایی یا خاله سهم مادر را (همان، ۳۲۵/۱۹). این قول در مختلف الشیعه (علامه حلی، ۴۵/۹) به عمادالدین طبری نسبت داده شده و در سرائر (ابن‌ادریس، ۲۴۱/۳)، شرائع الاسلام (محقق حلی، ۲۴/۴)، قواعد الاحکام (علامه حلی، ۷۰/۳)، الدروس الشرعیه (شهید اول، ۳۳۶/۲) و مسالک الافهام (شهید ثانی، ۱۶۱/۱۳) پذیرفته شده است. شهید ثانی (همان، ۱۶۰) و بعدها فاضل نراقی آن را به جمهور متأخران نسبت داده‌اند (۳۲۴/۱۹).

ادله ایشان به این قرار است:

۱. پسرعمو به وسیله دایی یا خاله از ارث محروم می‌شود و وقتی او محروم شود، مانع ارث‌بردن عمو منتفی می‌شود؛ بنابراین عمو با دایی یا خاله ارث می‌برد (هاشمی شاهرودی، ۲۳۶/۹).

۲. بر اساس آیه شریفه «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (انفال: ۷۵) قاعده این است که نباید باوجود خویشاوند نزدیک‌تر، دورتر ارث ببرد. اما به دلیل نص و اجماع، چاره‌ای جز عمل برخلاف قاعده نیست و در چنین موقعیتی باید به محل وفاق یا نص اکتفا کرد. پس سرایت حکم به مسائل دیگر جایز نیست (سبزواری، ۱۸۶/۳۰).

۳. اطلاق روایاتی که دلالت دارد عمو و دایی در همه حالات در ارث شریک‌اند، اینجا حاکم است؛ چنان‌که در خبر سلمه بن محرز از امام صادق (ع) آمده است: «أَنَّه قَالَ: فِي ابْنِ عَمٍّ وَ خَالَةٍ قَالَ الْمَالُ لِلْخَالَةِ، وَقَالَ فِي ابْنِ عَمٍّ وَ خَالٍ، قَالَ الْمَالُ لِلْخَالِ، وَقَالَ فِي ابْنِ عَمٍّ وَ ابْنِ خَالَةٍ، قَالَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ؛ امام صادق (ع) در حدیثی در مورد پسرعمو و دایی فرمود: همه مال از آن خاله است و درباره پسرعمو و دایی گفت: همه مال از آن دایی است و درباره پسرعمو و پسرخاله گفت: 'لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ' (نساء: ۱۱)» (حرعاملی، ۱۹۳/۲۶). این روایت اطلاق دارد و شامل محل بحث که عموی ابی حضور دارد هم می‌شود (سبزواری، ۱۸۶/۳۰).

دلیل اینکه این روایت به خبر توصیف شده این است که در سند آن عمران بن موسی وجود دارد که توثیق نشده

است. همچنین در آن حسن بن ظریف وجود دارد که او هم توثیق نشده، هر چند پدرش ثقه است. همچنین در سند آن سلمه بن محرز است که توثیق نشده است؛ اما دلالتش کامل است، زیرا اطلاق دارد (اراکی، ۱۹۰).

۴. پسرعمو وقتی حاجب عمو می شود که ارث ببرد و فرض ما این است که وی از ارث محروم می شود، چنان که اگر پسرعمو قاتل یا کافر بود، حاجب نمی شد؛ بنابراین حاجب نخواهد بود. ضمن اینکه آنچه با دلیل ثابت شده، محروم شدن عمو توسط پسرعمو است تا اینکه خودش مال را ببرد؛ اما اینکه او حاجب عمو شود تا مال را دیگری، مثل دایی ببرد، دلیلی ندارد. بنابراین دلیلی بر حاجب بودن پسرعمو برای عمو نیست و بر اساس قاعده، عمو هم ارث خواهد برد؛ یعنی دوسوم به عمو و یک سوم به دایی داده می شود (همو، ۱۸۹ تا ۱۹۰).

ایراد این دلیل این است که شرط حاجب بودن ارث بری نیست؛ زیرا اگر ارث بردن شرط بود، برادران حاجب مادر نمی شدند (فاضل مقداد، ۱۸۲/۴).

دیدگاه دوم: برخی قائل اند عموی ابی و پسرعموی ابوینی هر دو از ارث محروم می شوند و مال به دایی یا خاله یا هر دو داده می شود. شهید اول این قول را به سدیدالدین محمود حمصی نسبت داده است (الدروس، ۳۳۷/۲). دلیل این قول چنین مطرح شده است که اولاً عمو به وسیله پسرعمو، و پسرعمو به وسیله دایی یا خاله از ارث محروم می شود (ابن فهد حلی، ۳۹۵/۴)؛ ثانیاً خبر سلمه بر محروم شدن پسرعمو به وسیله دایی یا خاله دلالت دارد. پس کسی که از او ضعیف تر است (عمو) در محروم شدن اولویت دارد.

ایراد استدلال اول این است که پسرعمو به طور مطلق عمو را از ارث محروم نمی کند؛ بلکه اگر ارث بر باشد، او را محروم می سازد و اگر ارث نبرد، مانع دیگران نمی شود. در اینجا نیز فرض این است که او از ارث به وسیله دایی محروم است؛ بنابراین نمی تواند عمو را از ارث محروم کند. دیگر اینکه چنین استدلالی بیشتر شبیه قیاس و استحسان است. ایراد استدلال دوم هم این است که اولویت پسرعمو بر عمو در ارث بردن، ملازم با اولویت او بر عمو در همه احکام نیست. به همین دلیل کسی قائل نیست که اگر دایی یا خاله با عموی ابی جمع شدند، عمو محروم می شود؛ در حالی که اگر اولویت تام بود، در فرض مذکور نیز باید محروم می شد (روحانی، ۳۶۲/۲۴ تا ۳۶۴).

دیدگاه سوم: مال برای پسرعموی تنهاست. این احتمال را علامه در مختلف الشیعه مطرح کرده است (۴۵/۹). توضیح اینکه عمو و دایی در یک مرتبه و در عرض هم قرار دارند و مانع یکی از دو امر هم عرض، مانع دیگری نیز هست؛ و الا این دو در عرض هم نخواهند بود (ابن فهد حلی، ۳۹۶/۴).

جواب علامه حلی به این احتمال این است که عمو و دایی بر اساس دلیل فقط در اصل ارث بردن و در مرتبه باهم مساوی اند، نه در همه احکام. به عبارتی این استدلال قیاس امور اعتباری شرعی با علل و موانع تکوینی است که فسادش روشن است (هاشمی شاهرودی، ۲۳۶/۹)؛ زیرا ممکن است امری محکوم به حکمی باشد که مساوی آن امر، محکوم به آن نباشد. جواب نقضی نیز این است که اگر این استدلال صحیح بود، باید حاجبان مادر در مازاد

بر سددس، یعنی برادران، حاجب پدر نیز می‌شدند، زیرا پدر و مادر در درجه مساوی‌اند؛ در حالی که حاجب مادر حاجب پدر نخواهد بود (فاضل مقداد، ۱۸۲/۴).

علاوه بر این دلیلی نداریم که پسرعمو حاجب دایی شود؛ بلکه برعکس، دلیل داریم که دایی حاجب پسرعمو می‌شود. چنان که در خبر سلمة بن محرز آمده است.

دیدگاه چهارم: مال برای خاله و پسرعمو است. این قول را شهید اول به شیخ معین الدین مصری (دروس، ۳۳۷/۲)، و علامه در مختلف الشیعه به قطب الدین راوندی (۴۵/۹) نسبت داده است. صاحب جواهر نیز آن را قوی دانسته، هر چند اعتراف کرده کمتر فقیهی به آن حکم کرده است. دلیل ایشان این است که مقتضی، یعنی وجود پسرعمو، برای محروم بودن عمو از ارث موجود است و مانع هم مفقود است. برای محروم شدن دایی و پسرعمو هم مقتضی موجود نیست؛ زیرا عمو مانع دایی نیست. بنابراین به طریق اولی پسرعمو مانع نخواهد بود، هر چند پسرعمو در اینجا بر عمو در ارث اولویت دارد (صاحب جواهر، ۱۷۹/۳۹). همچنین برای اینکه فقط در صورتی پسرعمو باوجود دایی از ارث محروم می‌شود که در درجه او از طرف عموها کسی نباشد؛ اما باوجود یکی از آنها نمی‌توان گفت که پسرعمو باوجود دایی از ارث محروم شده است. او فقط به وسیله کسی از ارث محروم می‌شود که از طرف عمو باشد؛ زیرا نصیب ارث او را می‌گیرد، به خلاف دایی؛ زیرا سهم او با بودن یا نبودن پسرعمو تغییری نمی‌کند و حال آنکه حجب تنها با گرفتن نصیب محجوب محقق می‌شود، نه با آنچه از دیگری می‌گیرد (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۶۱/۱۳).

ایراد دلیل اول این است که اولاً این قیاس است و قیاس باطل است. به علاوه، لازمه اش این است که هرگاه دایی با پسرعمو باشد و عمو نباشد، پسرعمو حاجب او شود؛ در حالی که احدی به این قائل نیست (هاشمی شاهرودی، ۲۳۶/۹)؛ ثانیاً محروم شدن عمو توسط پسرعمو دلیل بر این نیست که پسرعمو بر عمو در همه جا اولویت دارد؛ حتی در محروم نشدن به وسیله دایی و خاله، در حالی که دلیل بر محروم شدن او دلالت دارد که شامل مسئله مفروض نیز می‌شود. اشکال دلیل دوم این است که ما هم دلیل خاص (روایات) و هم دلیل عام «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ» (انفال: ۷۵) داریم که پسرعمو باوجود دایی از ارث محروم می‌شود. اطلاق این ادله همچنین صورتی را شامل می‌شود که از ناحیه عموها وارثی باشد و تخصیص دادن حکم به وضعیتی که عمومی نباشد، بدون دلیل است (روحانی، ۳۶۲/۲۴؛ سبزواری، ۱۸۶/۳۰).

۳. مقتضای ادله

اگر دلیل تقدم پسرعمو ابوینی بر عموی ابی صرفاً اجماع باشد، باید به قدر متیقن اکتفا کرد و صرفاً در صورت اجتماع عمو و پسرعمو به تقدم پسرعمو حکم کرد و در دیگر موارد پنج‌گانه، اولویت اقرب را مبنای حکم قرار داد؛

زیرا اجماع دلیل لبی است و نمی‌توان به اطلاق آن تمسک کرد و آن را به وضعیت تعدد سرایت داد. اما اگر دلیل صرفاً روایات باشد، ممکن است عرف در صورت تعدد هریک از طرفین با الغای خصوصیت، پسرعمو را حاجب عمو بداند و فرقی بین واحد یا متعدد بودن عمو یا پسرعمو نباشد. همچنین فرقی بین وجود داشتن یا نداشتن زن یا شوهر نباشد؛ زیرا زن و شوهر با همه طبقات جمع می‌شوند. بنابراین در این دو صورت نیز پسرعمو مانع عمو خواهد بود؛ اما اگر به جای پسرعمو، پسر پسرعمو باشد، یا به جای عمو عمه ابی باشد، سرایت دادن حکم روایت مستلزم دلیل معتبر یا اولویت قطعی است که در اینجا وجود ندارد.

اما در صورتی که با پسرعموی ابوینی و عموی ابی، خاله یا دایی یا هر دو باشد، باید روایات را بررسی کرد. روایات سه دسته‌اند: دسته اول به اطلاقیان دلالت دارند که عمو و دایی یا خاله ارث می‌برند؛ مثل صحیحہ ابوبصیر که در آن آمده است: «للعمة الثلثان وللخال الثلث» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۳۲۶/۹؛ حرعاملی، ۵۰۶/۱۷). این روایت اطلاق دارد و صورت حضور پسرعمو با آن‌ها را نیز شامل می‌شود. دسته دوم دلالت دارد که اگر پسرعمو با دایی و خاله جمع شوند، پسرعمو از ارث محروم می‌شود و همه ارث برای دایی و خاله است؛ مثل خبر سلمه از امام صادق (ع): «فی ابن عم و خالة قال: المال للخاله و فی ابن عم و خال قال: المال للخال» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۳۲۵/۹؛ حرعاملی، ۵۰۵/۱۷). دسته سوم نیز دلالت دارد بر اینکه اگر پسرعموی ابوینی با عموی ابی جمع شوند، همه مال از آن پسرعمو است (همو، ۱۸۳/۲۶ و ۱۹۲) که مفصلاً بررسی خواهیم کرد.

حال اگر بگوییم که روایات دسته سوم محل بحث ما نیست، مسئله روشن است: مقتضای روایات دسته اول این است که عمو و دایی و خاله ارث را بین خودشان تقسیم می‌کنند و روایات دسته دوم نیز با آن منافاتی ندارد؛ اما اگر قائل شویم که اطلاق روایات دسته سوم شامل فرض ما هم می‌شود، دو حالت وجود دارد: ۱. قائلیم که پسرعمو، چه وارث باشد و چه نباشد، عمو را از ارث محروم می‌کند؛ در این صورت عمو از ارث محروم می‌شود و ارث به خاله یا دایی می‌رسد؛ ۲. قائلیم فقط در صورتی عمو از ارث محروم می‌شود که پسرعمو وارث باشد و چون در اینجا پسرعمو وارث نیست، مانع ارث بردن عمو نمی‌شود. در این صورت ارث بین عمو و خاله یا دایی تقسیم می‌شود.

۴. ادله اولویت پسرعموی ابوینی بر عموی ابی

فتها برای اولویت پسرعموی ابوینی بر عموی ابی به ادله زیر استناد جسته‌اند:

۴. ۱. قاعدة الاقرب يمنع الاعد

معنای قاعده این است که هرکس از نظر نسب، به میت نزدیک‌تر باشد، مانع ارث‌بری دورتر از خود می‌شود (جعفری لنگرودی، ۴۲۷). از این قاعده به قاعده «الاقرب فالاقرب» نیز تعبیر می‌شود. این قاعده علاوه بر ارث در ابواب دیگر فقه، مانند دیه عاقله، نفقه، حضانت و... نیز به کار می‌رود.

بر اساس این قاعده در باب ارث باوجود خویشاوندان طبقه اول، یعنی پدر و مادر و فرزندان و فرزندان آنها، ارث به اقوام طبقه دوم یعنی اجداد و خواهران و برادران و فرزندان آنها نمی‌رسد و باوجود حتی دورترین خویشاوند در طبقه دوم، ارث به اقوام طبقه سوم یعنی عموها و دایی‌ها و فرزندان آنها نمی‌رسد.

همین‌طور باوجود افراد در یک درجه، ارث به افرادی نمی‌رسد که در درجه بعد قرار دارند و باوجود خویشاوندان نسبی ارث به خویشاوندان سببی نمی‌رسد. فقط زن و شوهر با وارثان در همه طبقات ارث می‌برند.

برای این قاعده به ادله متعددی از قرآن و سنت و عقل استناد شده است. مهم‌ترین دلیل آیه ۷۵ سوره انفال است: «وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»؛ کسانی که بعداً ایمان آوردند و هجرت کردند و با شما جهاد نمودند، از شما هستند و خویشاوندان برخی نسبت به برخی دیگر، در احکامی که خدا مقرر داشته، سزاوارترند؛ خداوند به همه چیز داناست. بر اساس این آیه برخی از خویشاوندان بر برخی دیگر در ارث مقدم‌اند. این آیه فقط اولی بودن برخی را ثابت کرده و مصادیقش را بیان نکرده است.

برخی روایات نیز ملاک اقریبیت را بیان کرده است، مانند: صحیحہ ابی‌ایوب خزاز از امام صادق (ع): «قَالَ إِنَّ فِي كِتَابِ عَلِيٍّ أَنَّ كُلَّ ذِي رَحِمٍ بِمَنْزِلَةِ الرَّحِمِ الَّذِي يَجُزُّ بِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ وَارِثٌ أَقْرَبَ إِلَى الْمَيِّتِ مِنْهُ فَيَحْجُبُهُ» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۶۹/۹)؛ همانا در کتاب علی (ع) هر خویشاوندی که در طبقه بعدی قرار بگیرد، به منزله آن خویشاوندی است که میراث‌میت را از راه خویشاوندی به‌سوی خود می‌کشد؛ اما اگر طبقه قبل زنده باشند، طبقه بعدی را محروم می‌کنند.

در این روایت، وجود وارث اقرب به میت، مانع ارث‌بردن شخص ابعد دانسته شده است. روایاتی نیز وجود دارد که افراد هر طبقه را بیان کرده؛ اما ذکر و بررسی آنها از حوصله این نوشتار خارج است (نک: کلینی، ۷/۷۵ تا ۷۷).

در فقه و حقوق، فرد دارای دو سبب بر فرد دارای یک سبب، اگر هم طبقه و هم درجه باشند، بر اساس این قاعده مقدم می‌شود؛ چنان‌که باوجود برادر و خواهر ابوینی، برادر و خواهر ابی از ارث محروم می‌شوند (موسوی اردبیلی، ۳۹۰/۱۱).

برخی نظیر شیخ مفید یکی دیگر از مصادیق این قاعده را پسرعموی ابوینی دانسته‌اند که بر عموی ابی در ارث مقدم می‌شود؛ زیرا متقرب ابوینی دارای دو سبب است و این موجب اقریبیت او بر متقرب ابی می‌شود که دارای یک سبب تقرب است (۶۹۳).

ایراد استدلال ایشان این است که در برخی مسائل باوجود این علت، حکم مذکور ثابت نیست؛ مثل مسئله‌ای که وارث میت، پسر برادر ابوینی و برادر ابی باشد. در این صورت فقها به اتفاق قائل‌اند که ارث به برادر ابی می‌رسد.

شیخ مفید برای فرار از این ایراد گفته است علت ارث نبردن پسر برادر ابوینی این است که برادر ابی به فرض ارث می برد، ولی پسر برادر ابوینی به رحم. و کسی که به فرض ارث می برد، بر کسی که به قرابت ارث می برد، مقدم است. اما پسرعمو و عمو هر دو به قرابت ارث می برند. بنابراین از بین آن ها کسی که به دو سبب ارث ببرد، بر وارث یک سببی مقدم می شود (۶۹۲ تا ۶۹۳).

پاسخ این است که دلیلی بر مقدم بودن متقرب دوسببی بر متقرب یک سببی وجود ندارد؛ زیرا اگر چنین تقدیمی در کار بود، برادر ابوینی هم بر برادر امی مقدم می شد.

برخی این گونه توجیه کرده اند که ممکن است اقرب بودن ابوینی بر ابی به این دلیل باشد که ملاک صدق عرفی اقربیت است، خواه به خاطر کمتر بودن واسطه یا محکم تر بودن ارتباط و انتساب، و بدون شک متقرب ابوینی عرفاً اقرب است؛ زیرا ارتباط و انتسابش به میت شدیدتر است و جهت قرابتش هم بیشتر از متقرب ابی تنها یا امی تنهاست. بنابراین فقط مانع ابی می شود و متقرب امی با دلیل (اجماع) خارج می شود، لذا متقرب ابی باقی می ماند. براین اساس مسئله مطابق قاعدة الاقرب یمنع الابعد است. شاید نظر شیخ مفید هم همین باشد (نراقی، ۱۹/۲۷۰).

پاسخ این است که اولاً بر فرض که دارا بودن دو سبب عرفاً موجب اقربیت باشد؛ چنان که برادر ابوینی بر برادر ابی مقدم می شود و این فقط در صورتی است که هر دو در یک درجه باشند؛ اما در صورتی که درجه ابی مقدم بر ابوینی باشد، عرفاً تعدد سبب باعث اقربیت نمی شود؛ بر عکس، عرف کسی را که در درجه جلوتر است مقدم می دارد. هر چند صاحب درجه نزدیک تر یک سبب تقرب داشته باشد؛ ثانیاً اگر این گونه باشد، در جایی که پسرعمه ابوینی با عمه ابی وارث است نیز باید پسرعمه ابوینی بر عمه ابی مقدم شود؛ حال آنکه هیچ کس چنین ادعایی نکرده است. بنابراین تقدم پسرعموی ابوینی بر عموی ابی طبق قاعدة الاقرب یمنع الابعد نیست.

۲.۴. سنت

در سنت به روایاتی استناد شده است. عده ای روایات ذکر شده در این باب را مستفیض می دانند (فیض کاشانی، ۳۰۲/۳). صاحب ریاض می گوید: «این گونه نیست.» ضمن اینکه روایات ذکر شده را از نظر سند، ضعیف می داند (طباطبایی، ۱۴/۳۵۴). ابن بابویه می گوید: «این حکم به دلیل خبر صحیح منقول از ائمه است» (الفقیه، ۴/۲۹۲). لازم است روایات بررسی سندی و دلالی شوند:

أ. روایت حسن بن عماره: «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَيُّمَا أَقْرَبُ ابْنُ عَمٍّ لِأَبٍ وَأُمٍّ أَوْ عَمٌّ لِأَبٍ قَالَ قُلْتُ: حَدَّثَنَا أَبُو إِسْحَاقَ السَّبْعِيُّ عَنِ الْحَارِثِ الْأَعْوَرِ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ (ع) أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ أَغْيَانُ بَنِي الْأُمِّ أَقْرَبُ مِنْ بَنِي الْعَلَاتِ قَالَ فَاسْتَوَى جَالِسًا ثُمَّ قَالَ جِئْتُ بِهَا مِنْ عَيْنٍ صَافِيَةٍ إِنَّ عَبْدَ اللَّهِ أَبَا رَسُولِ اللَّهِ (ص) أَخُو أَبِي طَالِبٍ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ» (حرعاملی، ۱۸۳/۲۶ و ۱۹۲).

حسن بن عماره می گوید: «امام صادق (ع) فرمود: 'پسرعموی پدر و مادری نزدیک تر است یا عموی پدری؟'

عرض کردم: 'ابواسحاق سبّعی از حارث اعور برای ما خبر آورده که امیر مؤمنان علی (ع) می فرمود: کسانی که پدر و مادر واحدی دارند از آنان که فقط پدر واحدی دارند، نزدیک ترند.' امام (ع) در نشستن خود تغییری داد و سپس فرمود: 'آن را از چشمه زلالی آوردی. به راستی که عبدالله پدر پیامبر (ص) برادر پدرومادری ابوطالب بود.'^۱

عَلَّةٌ بر وزن صَرَّةٍ از عَلَّ گرفته شده است. عَلَّ، آشامیدن پشت سر هم شتر است، در مقابل نَهَلَ. نَهَلَ این است که شتر بعد از آشامیدن توقف کند تا آب از گلوش پایین برود و دوباره بنوشد. عَلَّ و نَهَلَ درباره رضاع نیز استعمال می شود و «بَنَى الْعَلَّاتِ» به فرزندان یک مرد از زنان متعدد (برادران ابی) گفته می شود (نک: ابن منظور، ۴۶۷/۱۱ تا ۴۷۰)؛ اما اگر مادرشان یکی و پدرشان مختلف باشد، اخیاف می گویند (ابن اثیر، ۲۹۱/۳ و ۳۳۳).

اعیان از عین گرفته شده است. مراد از عین چیزی، قسمت ارزشمند آن است. بنابراین مراد از اعیان برادرانی است که پسران یک پدر و یک مادر هستند (جوهری، ۲۱۷۱/۶). عین صافیه نیز کنایه از امیر المؤمنین علی (ع) است. هر چند روایت دلالت دارد که برادران ابوینی نسبت به برادران ابی اقرب اند. اما چون در آخر امام صادق (ع) فرمودند که عبدالله پدر پیامبر (ص) برادر پدرومادری ابوطالب بود و این را در جواب سؤال از اقرب بودن پسرعموی ابوینی نسبت به عموی ابی ذکر کرده اند، مشخص می شود که پسرعموی ابوینی، بر عموی ابی مقدم است.

بررسی سندی روایت: برخی قائل اند که روایت ذکر شده ضعیف است (محقق سبزواری، ۸۴۷/۲)؛ زیرا این روایت را شیخ صدوق از کتاب حسن بن محمد بن سماعه گرفته (نجاشی، ۴۶۲) که از شیوخ واقفی است (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۴۰۵/۵). حسن بن محمد هم از محمد بن بکر جناح نقل کرده که ثقة بوده است (نجاشی، ۳۴۶)؛ اما شیخ طوسی او را واقفی دانسته است (رجال، ۳۴۵). نام صفوان بن خالد و ابراهیم بن محمد بن مهاجر نیز در هیچ یک از کتب رجال یافت نمی شود. البته حسن بن عماره را شیخ طوسی در کتاب رجالش نام برده و گفته است که وی سنی، اما از اصحاب امام محمد باقر (ع) و امام جعفر صادق (ع) بوده است (سبحانی تیریزی، ۲۷۰). یونس بن ابی اسحاق سبّعی نیز از اصحاب امام صادق (ع)، اما سنی متعصب بوده است (تفرشی، ۱۰۶/۵).

بر همین اساس شهید ثانی در مسالک گفته است: «اخباری که در مورد ارث پسرعمو وارد شده، معتبر نیست» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۸/۱۳). اما برخی قائل اند که به این روایات بر فرض ضعف سند نیز می توان استناد کرد؛ زیرا فقهای امامیه به آن عمل کرده اند و این گونه ضعف سند جبران می شود (نراقی، ۲۷۰/۱۹).

بررسی دلالتی روایت: تقدم در روایت مذکور را بر فرض صحت سند، تنها در صورت هم درجه بودن می توان پذیرفت؛ مثل تقدم عموی ابوینی بر عموی ابی. عبارت «أَعْيَانُ بَنَى الْأُمِّ أَقْرَبُ مِنْ بَنَى الْعَلَّاتِ» بر مقدم بودن مطلق ابوینی بر ابی دلالت ندارد.

اگر گفته شود ممکن است فرمایش امام علی (ع) را، بدون سؤال و جواب، بر اولی بودن متقرب ابوینی بر ابی، در صورت اتحاد درجه، حمل کنیم؛ اما چون در این روایت امام (ع) از راوی خواسته که از میان عموی ابی و پسرعموی

ابوینی یکی را معین کند و راوی در جواب امام(ع) روایت مذکور از حضرت علی(ع) را نقل کرده است، پی می‌بریم که روایت عام است و شامل صورت اختلاف درجه هم می‌شود.

می‌گوییم: اولاً ایرادی که بر استدلال به روایت وارد است، همین است که سخن امام علی(ع) را جواب سؤالی که از امام صادق(ع) نقل شده است، قرار داده‌اند و نتیجه گرفته‌اند که پسرعموی ابوینی از عموی ابی نزدیک‌تر است و حال آنکه عباس، عموی پیامبر، وارث پیامبر(ص) نبود؛ نه به سبب وجود امیرالمؤمنین علی(ع)، بلکه به سبب وجود حضرت فاطمه(س)، حتی حضرت علی(ع) هم وارث مال پیامبر(ص) نبود و توجیه روایت ممکن نیست؛ ثانیاً چون در روایت اسمی از میراث نیست، بر فرض صحت، بر اقرب بودن پسرعموی ابوینی فرد نسبت به عموی ابی او از جهات دیگر دلالت دارد، نه از جهت ارث بردن مال و مقام. بنابراین منظور روایت این است که امیرالمؤمنین(ع) به مقام پیامبر(ص) اولی از عباس عموی پیامبر(ص) است.

ب. روایت دیگر: شیخ طوسی در تهذیب الأحکام از امام علی(ع) نقل کرده است: «أَعْيَانُ بَنِي الْأُمِّ يَرِثُونَ دُونَ بَنِي الْعَلَاتِ»؛ برادران پدر و مادری ارث می‌برند، نه برادران پدری (۳۲۷/۹). ابن بابویه نیز در کتاب من لا یحضره الفقیه این روایت را به صورت مرسل نقل کرده و به این تعبیر آورده است: «اولاد بنی الام أحق من بنی العلات» (۲۷۳/۴). این روایت، نیز بر فرض صحت سند، از نظر دلالتی همان ایرادات روایت اول را دارد. به علاوه در این روایت، مانند روایت گذشته، از ارث پسرعموی ابوینی و عموی ابی سؤال نشده تا مسئله مذکور را شامل شود.

۳.۴. اجماع

سیاری از فقها تقدم پسرعموی ابوینی بر عموی ابی را اجماعی دانسته‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۱/۴۱۶؛ سبزواری، ۱۸۵/۳۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۳/۱۵۸). عده‌ای بر این حکم نقل اجماع کرده‌اند، از جمله ابن زهره (۳۲۶)، ابن ادریس حلی (۲۶۲/۳)، فاضل مقداد (۴/۱۸۱) و محقق سبزواری (۳۰۱). صاحب ریاض قائل است که نقل اجماع در حد تواتر است و این اجماع مخصص قاعدة الاقرب است (۳۵۴/۱۴). برخی ادعای نبود اختلاف کرده‌اند (روحانی، ۲۴/۳۶۲) و برخی نیز آن را مسلم دانسته‌اند (مجلسی، محمدتقی، ۱۱/۳۰۲). برخی مهم‌ترین دلیل را اجماع دانسته‌اند (فاضل هندی، ۹/۴۴۷).

پاسخ این است که اجماع چه منقول و چه محصل هر دو مردود است؛ زیرا اگر بتوان به روایات وارد شده در این باب استناد کرد، این اجماع مدرکی است و مشهور قائل‌اند که اجماع مدرکی حجت نیست (آخوند خراسانی، ۱۲۳؛ میرزای قمی، ۲/۴۶۲، خویی، ۲/۹۸). حتی اگر قائل شویم که اجماع مدرکی حجت است یا نتوان به روایت استناد کرد و اجماع تبعیدی باشد، در صورتی اعتبار دارد که کاشف از نظر معصوم باشد (شیری زنجان، ۱/۲)؛ اما کشف نظر معصوم در اینجا مشکل است، زیرا کلینی در کتاب کافی اولویت پسرعموی ابوینی بر عموی ابی را ذکر نکرده است. همچنین ما اطلاعی از دیدگاه فقهای قبل از شیخ صدوق نداریم. حتی شیخ صدوق (الهدایة، ۳۳۷) قائل

شده است که با وجود مطلق عمو، مطلق پسرعمو ارث نمی برد. بنابراین اولاً اصل وجود اجماع و ثانیاً کشف نظر معصوم از آن بسیار مشکل است.

۵. ارتباط ارث پسرعموی ابوینی با مسئله ارث جانشینی پیامبر(ص)

حضرت علی(ع) پسرعموی ابوینی پیامبر(ص) و عباس عموی ابی ایشان بود. حال این سؤال مطرح می شود که آیا قائل بودن شیعه به ارث بری پسرعموی ابوینی با وجود عموی ابی با اعتقاد آن ها به جانشینی امام علی(ع) پس از پیامبر(ص) و رد ادعای بنی عباس به خلافت عباس پس از پیامبر(ص) ارتباط دارد؟

هنگامی که حکومت امویان سرنگون شد و عباسیان به قدرت رسیدند، ابتدا خود را اهل بیت پیامبر(ص) و ذوی القربی نامیدند (عمر، ۱۰۹)؛ اما بعد از مواجه شدن با مخالفت علویان، مدعی شدند که هنگام رحلت پیامبر(ص) تنها کسی که استحقاق ارث بری از پیامبر(ص) را داشته، عباس عموی ایشان بوده است، با این دلیل که علی(ع) پسرعموی پیامبر و عباس عموی پیامبر(ص) بود و با وجود عمو ارث به پسرعمو نمی رسد. بنابراین حق جانشینی پیامبر(ص) به علی(ع) نمی رسد، بلکه به عمویش عباس می رسد. طبق این قول، علویان هیچ حقی در خلافت نداشتند. اما ائمه شیعه در مواقع متعدد به شدت در مقام رد ادعای بنی عباس برآمده اند (طبرسی، ۳۳۶/۲).

اما قائل شدن فقهای شیعه به ارث پسرعموی ابوینی در صورت وجود عموی ابی برای اثبات موروثی بودن خلافت حضرت علی(ع) یا دیگر ائمه(ع) نبوده است؛ زیرا اولاً آن قدر دلایل محکم و متقن نظیر حدیث ثقلین بر ولایت حضرت علی(ع) و دیگر امامان(ع) وجود دارد که نیازی به چنین ادعاهایی نیست؛ ثانیاً به دلیل حضور حضرت فاطمه(س) در زمان فوت پیامبر(ص) وارث ایشان حضرت فاطمه(س) بوده است. بنابراین دست کم بر مبنای خود امامیه، حضرت علی(ع) وارث نبوده تا خلافت پیامبر(ص) به ایشان ارث برسد؛ چنان که در روایت فضیل بن یسار از امام باقر(ع) آمده است: «لَا وَاللَّهِ مَا وَرَثَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) الْعَبَّاسُ وَلَا عَلِيُّ (ع) وَلَا وَرِثَتُهُ إِلَّا فَاطِمَةُ (ع) وَمَا كَانَ أَخَذَ عَلِيُّ (ع) السَّلَاحَ وَغَيْرَهُ إِلَّا لِأَنَّهُ فَضَى عَنْهُ دَيْتُهُ ثُمَّ قَالَ (ع) وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (ابن بابویه، الفقیه، ۲۶۱/۴)؛ نه به خدا قسم، نه عباس و نه علی(ع) هیچ یک از رسول خدا(ص) ارث نبرده اند، پیامبر(ص) جز فاطمه(س) وارثی نداشته است و برداشتن سلاح و دیگر اشیای متعلق به پیامبر(ص) از سوی علی(ع) جز برای آن نبوده است که او دین پیامبر(ص) را ادا کرده است. سپس امام(ع) فرمود: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (انفال: ۷۵). البته ارث نبردن امام علی(ع) مربوط به مال دنیوی بوده است و بر اساس روایات، آن حضرت برخی اشیا را که از ودایع نبوت بوده به ارث برده است که سپس به ائمه بعد از ایشان رسید؛ مانند شمشیر و زره و رحل و... (نک: کلینی، ۲۳۴/۱). ثالثاً از نظر شیعه مناصب و از جمله جانشینی پیامبر(ص) به ارث نمی رسد و ائمه(ع) هرگز به این دلیل که منتسب به پیامبر(ص) می باشند، خود را سزاوار رسیدن

به امامت نمی‌دانستند؛ بلکه براساس شایستگی‌هایی که داشته‌اند، با تصریح امام قبل از خود، به امامت رسیده‌اند و این امر دربارهٔ پیامبران هم مصداق دارد: بسیاری از پیامبران فرزندان پیامبران قبلی بودند؛ مانند یوسف پیامبر که فرزند یعقوب بود و یعقوب فرزند اسحاق، و اسحاق و اسماعیل فرزندان ابراهیم (ع) بودند. از طرفی فرزند برخی امامان مانند امام حسن (ع) به امامت نرسیدند؛ چنان‌که فرزند نوح (ع) به پیامبری نرسید و اگر موروثی بود، استثنا نداشت. بنابراین اگرچه از طرف بنی‌عباس ادعای موروثی بودن خلافت پیامبر (ص) برای عباس شده است، اما قول به ارث‌بردن پسرعموی ابوینی باوجود عموی ابی در مذهب امامیه، بر فرض تمام‌بودن ادله، به دلایل پیش‌گفته، ارتباطی با موروثی بودن جانشینی پیامبر (ص) برای حضرت علی (ع) ندارد؛ بلکه بر اولویت پسرعموی ابوینی بر عموی ابی در ارث‌بردن اموال دلالت می‌کند.

نتیجه‌گیری

دلیل معتبری بر مقدم‌بودن پسرعموی ابوینی بر عموی ابی در وراثت وجود ندارد؛ زیرا اولاً اجماع ادعا شده، مدرکی است و حجیت ندارد؛ ثانیاً پسرعمو نسبت به عمو در درجهٔ دورتر از میت قرار دارد؛ هرچند پسرعمو که دارای درجهٔ دورتر است، با دو سبب و عمو که دارای درجهٔ نزدیک‌تر است، با یک سبب به میت تقرب دارد. چون قطع نداریم که قید مزبور یعنی دارای دو سبب بودن دخالتی در اقریبیت داشته باشد و حداقل نمی‌دانیم که اقریبیت باوجود داشتن یا نداشتن دو سبب فرق کند؛ بنابراین حکم به‌خاطر داشتن دو سبب تغییر نمی‌کند. ضمن اینکه در باب‌های دیگری جز ارث، مانند: عاقله، حضانت، قیومیت و امثال آن، مطلق عمو بر پسرعمو به‌دلیل نزدیک‌تر بودن مقدم داشته می‌شود و فرق قائل‌شدن بین آن‌ها از حیث اقریبیت ترجیح بلامرجح است و ترجیح بلامرجح عقلاً قبیح است؛ ثالثاً روایت حسن‌بن‌عمار، بر فرض معتبر بودن از نظر سند و کامل بودن از نظر دلالت، با روایات دیگر در تعارض است. روایات مزبور بر چند دسته‌اند:

۱. روایاتی که حکم ارث مطلق عمو و پسرعمو را بیان می‌کند، مانند روایت یزید کناسی از امام باقر (ع) که فرمود: «...أَبْنُ أَخِيكَ مِنْ أَبِيكَ أَوْلَى بِكَ مِنْ عَمِّكَ قَالَ وَ عَمُّكَ أَخُو أَبِيكَ مِنْ أَبِيهِ وَ أُمُّهُ أَوْلَى بِكَ مِنْ عَمِّكَ أَخِي أَبِيكَ مِنْ أَبِيهِ قَالَ وَ ابْنُ عَمِّكَ أَخِي أَبِيكَ مِنْ أَبِيهِ وَ أُمُّهُ أَوْلَى بِكَ مِنْ ابْنِ عَمِّكَ أَخِي أَبِيكَ لِأَبِيهِ قَالَ وَ ابْنُ عَمِّكَ أَخِي أَبِيكَ مِنْ أَبِيهِ أَوْلَى بِكَ مِنْ ابْنِ عَمِّكَ أَخِي أَبِيكَ لِأُمِّهِ» (کلینی، ۷/۷۶).

در این روایت، امام (ع) در مقام بیان است و احکام ارث مرتبط با عمو و پسرعمو را ذکر می‌کند و اگر حکم پسرعموی ابوینی با عموی ابی متفاوت بود، باید ذکر می‌کرد؛ بنابراین نمی‌توان آن را با روایت حسن‌بن‌عمار تخصیص زد و برعکس می‌توان قائل شد که این روایت تفسیر آیهٔ اولوا الارحام (انفال: ۷۵) است و دلالت دارد که

در همه مسائل، اگر ابوینی با ابی در یک طبقه و یک درجه باشند، ابوینی بر ابی مقدم می‌شود؛ وگرنه فرد در درجه مقدم، هرچند ابی باشد، مقدم است.

۲. روایاتی که دلالت دارد در ارث مطلقاً نباید آنچه خدا مقدم داشته، مؤخر و آنچه مؤخر داشته، مقدم داشت و هیچ استثنایی ندارد، مانند روایت یونس بن یعقوب از امام صادق (ع): «قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَا مُقَدِّمَ لِمَا آخَرَ وَلَا مُؤَخَّرَ لِمَا قَدَّمَ ثُمَّ ضَرَبَ بِإِحْدَى يَدَيْهِ عَلَى الْأُخْرَى ثُمَّ قَالَ يَا أَيُّهَا الْأُمَّةُ الْمُتَحَيَّرَةُ بَعْدَ نَبِيِّهَا لَوْ كُنْتُمْ قَدَّمْتُمْ مَنْ قَدَّمَ اللَّهُ وَآخَرْتُمْ مَنْ آخَرَ اللَّهُ وَجَعَلْتُمْ الْوِلَايَةَ وَالْوَرَاثَةَ حَيْثُ جَعَلَهَا اللَّهُ مَا عَالَ وَلِيُّ اللَّهِ وَلَا عَالَ سَهْمٍ مِنْ قَرَانِصِ اللَّهِ وَلَا اخْتَلَفَ اثْنَانِ فِي حُكْمِ اللَّهِ وَلَا تَنَازَعَتِ الْأُمَّةُ فِي شَيْءٍ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ...» (کلینی، ۷/۷۸)؛ حضرت علی که درود خدا بر او باد فرمود: حمد و سپاس خداوندی را که آنچه به تأخیر انداخته پیش نمی‌افتد و آنچه پیش انداخته به تأخیر نمی‌افتد. سپس یک دست خود را روی دست دیگر زد و گفت ای امتی که بعد از پیامبرش سرگردان شدید، اگر آنچه خدا مقدم داشته، مقدم بدانید و آنچه به تأخیر انداخته، به تأخیر اندازید، و ولایت و وراثت را در جایی قرار دهید که خداوند قرار داده است، نه بر ولی خدا نقصی وارد می‌شود و نه نقصی (عولی) در سهمی که خداوند برای وارثان قرار داده پیش می‌آید و هرگز دو نفر در حکم خدا با هم اختلاف پیدا نمی‌کنند و امت در هیچ امری از خدا با هم جدال نمی‌کنند....

در این روایت وراثت و ولایت جداگانه ذکر شده است و معنایش این است که باید حساب این دورا از هم جدا کرد. در ولایت، حضرت علی (ع) بر عباس مقدم است، و نباید عباس را بر علی (ع) مقدم داشت، اما در وراثت هیچ‌کدام بر فاطمه (س) مقدم نیستند و در ارث باید طبق قاعده‌ای که خداوند در آیه اولو الارحام فرموده، عمل کرد. این روایت هم می‌تواند بیانی برای روایت حسن بن عماره باشد.

۳. روایاتی که دلالت دارد بر اینکه ارث‌بردن حضرت علی (ع) دلیل خاص دارد (نک: محمدباقر مجلسی، ۳۳۷/۱۰۱ و ۳۳۸)؛ بنابراین بر فرض که حضرت علی (ع) طبق روایت حسن بن عماره ارث ببرد، این حکم مختص ایشان است و نمی‌توان روایات عامی را که دلالت بر مقدم‌بودن مطلق عمو بر مطلق پسر عمو دارد تخصیص زد و هر پسر عمو ابوینی را بر عمو ابی مقدم داشت.

بر فرض که ادله بر ارث پسر عمو ابوینی باوجود عمو ابی دلالت کند، به دلایل پیش‌گفته هیچ ارتباطی بین آن و اعتقاد امامیه به جانشینی حضرت علی (ع) بعد از پیامبر (ص) وجود ندارد.

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد، چاپ اول، تهران: مؤسسة الطبع و النشر التابعة

لوزارة الثقافة و الارشاد الاسلامی، ۱۴۱۰ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، المقنع، چاپ اول، قم: مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ق.

_____، الهدایة فی الاصول و الفروع: هداية المتعلمين، چاپ اول، قم: مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۸ق.

_____، کتاب من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهاية فی غریب الحديث و الاثر، چاپ اول، قم: اسماعیلیان، بی تا.

ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.

ابن زهره، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، به تصحیح احمد عبدالغفور عطار، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ق.

ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، به تحقیق مجتبی عراقی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار الصادر، ۱۴۱۴ق.

اراکي، محمد علی، رسالة فی الارث، چاپ اول، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ق.

تفرشی، مصطفی بن حسین، نقد الرجال، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۳.

جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية، چاپ اول، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.

خویی، ابوالقاسم، اجود التقريرات، چاپ اول، قم: عرفان، ۱۳۵۲.

روحانی، محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، چاپ اول، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۲ق.

سبحانی تبریزی، جعفر، نظام الإرث فی الشریعة الإسلامية الغراء، به تقریر سید رضا پیغمبرپور کاشانی، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۵ق.

سبزواری، عبدالاعلی، مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم: دفتر آیت الله سبزواری، ۱۴۱۳ق.

شیرازی زنجانی، موسی، کتاب نکاح، به تحقیق مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ق.

شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعية فی فقه الإمامية، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، چاپ اول، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.

_____، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، به تحقیق گروه پژوهش معارف اسلامی، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، به تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی،

- چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، به تصحیح محمد بهره مند و دیگران، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.
- طبرسی، احمد بن علی، الاحتجاج، به تحقیق شیخ ابراهیم بهادری و شیخ محمد هادی، قم: دارالاسوة، ۱۴۱۶ق.
- طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، چاپ اول، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۳۹۰ق.
- _____، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- _____، رجال الشیخ الطوسی: الابواب، به تصحیح جواد قیومی اصفهانی، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ق.
- _____، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- عمر، فاروق، العباسیون الأوائل، چاپ دوم، بغداد: جامعه، ۱۹۷۷م.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، التفتیح الرائع لمختصر الشرائع، به تصحیح سید عبداللطیف حسینی کوه کمری، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، الوافی، به تصحیح ضیاء الدین حسینی اصفهانی، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع)، ۱۴۰۶ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، به تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، بحار الانوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام، چاپ اول، بیروت: مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ق.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، به تصحیح سید حسین موسوی کرمانی و دیگران، چاپ دوم، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، به تصحیح عبدالحسین محمد علی بقال، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحکام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
- مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسة، چاپ دهم، بیروت: دار التیار الجدید-دار الجواد، ۱۴۲۱ق.
- مفید، محمد بن محمد، المقنعة، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.

مقدس اردبیلی، احمدبن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان، به تصحیح آقامجتبی عراقی و دیگران، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، القوانين المحکمه فی الاصول، چاپ اول، قم: احیاء الکتب الاسلامیه، ۱۴۳۰ق.
نجاشی، احمدبن علی، رجال النجاشی: فهرست أسماء مصنفی الشيعة، به تصحیح سیدموسی شبیری زنجانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

نراقی، احمدبن محمد مهدی، مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۵ق.
هاشمی شاهرودی، محمود و جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)، به تصحیح جمعی از پژوهشگران مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۳ق.



Inadmissibility of applying the permission rule in criminal matters

Case study of legal requirements of intoxicants for religious minorities

Dr. Ardavan Arjang, Associate Professor of Meybod University (corresponding author)

Email: arzhang@meybod.ac.ir

Seyyed Amir Ali Sadeghi, Master student of criminal law at Meybod University

Abstract

Shiite jurisprudence and the Iranian constitution recognize some rights for religious minorities, including the non-execution of the Khmer drinking punishment for religious minorities. The law, from which the permission to use intoxicants is derived, has created this misconception that based on the rule of "permission in an object is permission in its requirements" that minorities are also allowed in the requirements of this permission, ie transportation, construction, maintenance, and sale. Regardless of the fact that the validity of the rule of permission is seriously questionable, the provisions of various evidences show that this rule is not enforceable in criminal matters.

Evidence such as assignment (in various formulations), often implication of non-criminal matters, upstream and social-legal rules, legal applications, inability of the rule to remove the obstacle and that it has only involved effects, inefficiency and limitation of relief caused due to urgency are some of the alleged documents of this essay. This is an analytic descriptive study based on library resources.

Keywords: Permission Rule, Permission Supplies, Criminal Affairs, Intoxication, Religious Minorities.



HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۳ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲۷ - زمستان ۱۴۰۰، ص ۴۸ - ۲۹
شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲	شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۰۷	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۵/۱۱
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v54i1.87715	نوع مقاله: پژوهشی

ناروایی اعمال قاعده اذن در امور کیفری موردپژوهی لوازم حقوقی جواز شرب مسکر برای اقلیت‌های دینی

دکتر اردوان ارژنگ (نویسنده مسئول)

دانشیار دانشگاه میبد

Email: arzhang@meybod.ac.ir

سید امیرعلی صادقی مقدم

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا دانشگاه میبد

چکیده

فقه شیعه و قانون اساسی ایران، حقوقی را برای اقلیت‌های دینی به رسمیت شناخته است که اجرانشدن حد شرب خمر بر اقلیت‌های دینی از این جمله است. قانون مزبور که اذن در استعمال مسکر از آن نتیجه گرفته شده، این تلقی نادرست را مبتنی بر قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است» ایجاد کرده است که اقلیت‌ها در لوازم این اذن؛ یعنی حمل، ساخت، نگهداری، خریدوفروش نیز مأذون هستند. صرف‌نظر از اینکه اساساً قاعده بودن قاعده اذن به طور جدی محل تردید است، مفاد ادله متعدد نشان می‌دهد که این قاعده در امور کیفری قابلیت و صلاحیت اجرا ندارد. دلایلی چون تخصیص دلیل عام اذن (با صورت‌بندی‌های مختلف)، انصراف به امور غیرکیفری، قواعد بالادستی و حاکمیتی حقوقی اجتماعی، اطلاق‌های قانونی، ناتوانی قاعده در رفع مانع و خلاصه شدن در تأثیر اقتضائی، ناکارایی و محدودیت گشایش حاصل از اضطرار، بخشی از مستندات مدعای این جستار است. این مطالعه، توصیفی تحلیلی و مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای است.

واژگان کلیدی: قاعده اذن، لوازم اذن، امور کیفری، مسکر، اقلیت‌های مذهبی.

مقدمه

مصرف مسکرات، عوارض جبران‌نشدنی جسمی، روانی، خانوادگی و اجتماعی دارد. از بین رفتن اراده و کنترل بر اعمال و رفتار و به دنبال آن، جرایم دیگر از جمله قتل که شدیدترین و شنیع‌ترین جرم است، به وجود می‌آید. به همین دلیل مصرف این مواد که افزون بر مشکلات فردی، بر اجتماع و مردم تأثیر دارد، با نهی و منع شدید شرع و قانون روبه‌رو شده است. در اجرای اصل ۴ قانون اساسی در کتاب حدود و تعزیرات از قانون مجازات اسلامی، مصرف، حمل، نگهداری، تهیه، خرید و فروش مشروبات الکلی جرم‌انگاری شده است.

از سوی دیگر باید این واقعیت را پذیرفت که هر کشوری دارای اقلیت‌هایی در مقابل اکثریت است. در کشور ما نیز اقلیت‌هایی وجود دارد که فقه رسمی ما و به تبع آن، قانون اساسی، آنان و حقوق (انجام مراسم دینی خود، استقلال در احوال شخصیه) را برای ایشان به رسمیت شناخته است (اصل ۱۳ ق.ا). از طرف دیگر در آیین آن‌ها یکی از رفتارهای مجاز، نوشیدن مسکرات است. از سوی سوم، قاعده‌ای با عنوان «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است» وجود دارد. در نگاه اول چنین به نظر می‌رسد حال که به اقلیت‌ها، اذن در شرب مسکرات داده شده است، با استناد به این قاعده، رفتارها و اعمالی که لازمه آن است (مانند حمل و نگهداری، خرید و فروش) نیز مأذون و جایز باشد.

پرسش اساسی این است که اصولاً قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است» تا چه اندازه‌ای شامل موضوعات کیفری می‌شود؟ قلمرو قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است» در خصوص حدود اختیارات اقلیت‌های دینی در حمل، نگهداری و خرید و فروش مسکرات تا چه حد است؟ آیا می‌توان به استناد قاعده اذن در شیء، اذن در شرب مسکرات به اقلیت‌ها را بالملازمه شامل جواز حمل، نگهداری و خرید و فروش مشروبات الکلی توسط آنان دانست؟ یعنی آنگاه که قانون‌گذار اذن داده است که این گروه شرب خمر کنند، آیا نظرش این بوده است که لوازم آن از قبیل خرید و فروش، حمل، نگهداری مأذون باشد؟

این جستار در صدد واکاوی گستره امور کیفری این قاعده به‌ویژه اعمال اقلیت‌های مذهبی به خصوص لوازم شرب مسکر است. مدعای اصلی این است به‌اندازه کافی ادله‌ای وجود دارد که اجازه استناد به قاعده اذن را در این موضوع نمی‌دهد و ناروایی آن را اثبات می‌کند.

۱. مسکر؛ چیستی، آثار، حکم

۱.۱. مسکر

مسکر چیزی است که انسان را مست کند و سُکر نیز به معنای عدم هوشیاری و مستی است (ابن منظور، ۳۷۶/۴؛ فراهیدی ۳۰۹/۵؛ ازهری، ۳۴؛ راغب اصفهانی، ۲۳۶ تا ۴۱۶). مصرف مسکرات یعنی استعمال موادی که منجر به زوال عقل و قوه تمیز می‌شود. بر پایه این معنا، مسکرات شامل هر نوع مست‌کننده‌ای از قبیل مشروبات الکلی، مواد

افیونی و روان گردان و مواد مخدر می شود. تعمیم مسکر به غیر نوشیدنی و غیر خمر ادله خاصی دارد (نک: حرعاملی، ۱۷/۲۶۰). منظور از مسکرات، مایعات مست کننده اعم از خمر و نبید و... است که می توان آن را شامل سایر مسکرات مانند مشروبات الکلی دانست.

۲.۱. عوارض مسکرات

مصرف مشروبات منجر به زوال شخصیتی و بروز فسادهای اخلاقی، زوال عقل، از بین رفتن عاطفه، بی توجهی به نظافت و ظاهر و دوری از خانواده می شود (ایزدی و دیگران، ۱۱۹) و هماهنگی در سیستم مغزی را از بین می برد و هذیان گویی را به دنبال دارد. در برخی حالات، قدرت تفکر و اندیشیدن از بین می رود و ممکن است حالت اغما ایجاد کند (ناظر، ۶۷). از دیدگاه جرم شناسی، مصرف مسکرات، منشأ بسیاری از جرایم علیه فرد، جامعه و نسل های بعد می شود (کی نیا، ۱۹).^۱

۳.۱. حکم مسکرات

باتوجه به آیه ۶۷ سوره نحل و آیه ۹۰ سوره مائده و آیه ۴۳ سوره نساء و روایاتی از معصومان که در این باب وارد شده است (ابن بابویه، ۵۴۵ و ۴۸۴؛ مجلسی، ۱۲۶/۷۹)، مصرف مسکرات از جمله گناهان کبیره و موجب حد است (صاحب جواهر، ۳۷۳/۶۰). قانون مجازات اسلامی در ماده ۲۶۴ مصرف مسکرات را موجب حد می داند.

۲. اقلیت؛ چیستی، کیستی و حقوق

۲.۱. واژه شناسی (چیستی)

اقلیت در لغت به معنی کم بودن، اندک و قسمت کمتر که در مقابل اکثریت است (حبیب زاده و هوشیار، ۶۳). اصطلاح اقلیت در برگرفته آن دسته از گروه های انسانی است که در شرایط حاشیه ای و در موقعیتی ناشی از فرودستی کمیتی و در عین حال اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی به سر می برند (ژرژ، ۵). به عبارت دیگر اقلیت، گروهی از شهروندان یک کشور هستند که از نظر عددی بخش کمتر جمعیت را تشکیل داده و در حاکمیت کشور شرکت ندارند و دارای خصوصیات زبانی، مذهبی، قومی متفاوت از اکثریت جامعه هستند (ترنبری، ۱۲ و ۵۶).

۲.۲. انواع اقلیت

در ایران به دلیل اتکای حاکمیت بر مذهب، فقط اقلیت های دینی در قانون شناخته شده اند و قومیت های مختلف زبانی و قومی، همانند دیگران، جزء اکثریت بوده و اقلیت محسوب نمی شوند (پروین و سپهری فر، ۷۴). از همین رو تکیه بحث بر اقلیت های دینی است. اقلیت دینی، دو نوع رسمی و غیر رسمی است. اقلیت رسمی در دیدگاه فقهی، اهل کتاب یعنی یهودیان، نصرانیان (مسیحیان) و مجوسیان هستند (حرعاملی، ۹۶/۱۱). اندراج مجوس (زردشتی)

۱. برای اطلاع بیشتر از عوارض مصرف مسکرات نک: صدیق سروسستانی، ۱۸۱؛ قائمی، ۹۶.

در عنوان اهل کتاب، مستند به آیه ۱۷ سوره حج است.

نوع دوم، اقلیت غیررسمی است. غیر از سه دسته بیان شده، سایر فرقه‌ها اقلیت‌های غیررسمی به شمار می‌روند. این گروه حق زندگی در ایران را دارند، اما از حقوق اقلیت‌های رسمی برخوردار نیستند. در بحث حد مسکر، قانون آن را از غیرمسلمان برداشته است؛ اما به نظر می‌رسد انصراف به اقلیت‌های مصرح داشته باشد.

۲.۳. حقوق اقلیت‌های دینی

قانون اساسی ایران و سایر قوانین، اقلیت‌های دینی را برخوردار از حقوق خاص آیین خود و برخی حقوقی که ممکن بوده به جهت اقلیت بودن شامل حال آن‌ها نشود، دانسته است. این حقوق در قوانین مختلف به صورت پراکنده وجود دارد.^۱ البته شرط برخورداری اقلیت‌ها از حقوق، مغایر نبودن با حقوق ملی کشور (قوانین داخلی بالخصوص قانون اساسی) است. اینان در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزاد بوده و می‌توانند در حدود قانون در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل کنند. یکی از مواردی که به عنوان حقی برای آن‌ها شناخته شده است، اجرانکردن حد در صورت تظاهر نکردن به شرب مسکرات است (ماده ۲۶۶ ق.م.ا) که از آن جواز شرب مسکر برداشت شده است.

۳. قاعده اذن؛ پیشینه، مفاد، مستند

اولین فقیه‌ای که از گزاره «اذن در شیء، اذن در لوازم یا توابع آن است» با عنوان قاعده نام برده است، شهید اول در القواعد و الفوائد (۱/۲۳۰) است، البته آن هم نه در فهرست قواعد اصلی، بلکه ذیل یکی دیگر از قواعد دیگر (قاعده شماره ۷۰) آورده است. فقهای دیگر بدون اینکه عنوان قاعده را به کار ببرند، آن را مستند و دلیل برخی احکام فقهی قرار داده‌اند (نک: طوسی، ۱۶۷/۴؛ ابن ادریس، ۶۳۶/۱؛ علامه حلی، ۱۵۳/۶؛ شهید ثانی، الروضة، ۳۴۰/۴؛ همو، مسالک، ۱۸۶/۵؛ حلی، ۳۱/۳؛ بحرانی، ۲۹۸/۲۳؛ صاحب‌جواهر، ۱۹۹/۲۶؛ خمینی، ۶۲۳/۱).

البته تعبیر شهید ثانی در مسالک (۱۱/۳۰۴): «الإذن فی الشیء اذن فی لوازمه أو مستلزم للإذن فی لازمه و تابعه» محتمل است که نشان از تردید وی یا بیانگر نگاه ایشان در توسعه قلمرو قاعده باشد. آنجا که اذن در شیء را «اذن در لوازم» یا «مستلزم اذن در لوازم» می‌داند. حتی تعبیر به توابع در اینجا و در مکتوبات دیگر شهید ثانی (مانند کتاب النکاح در مسالک، ۱۷۵/۸؛ الروضة، ۱۴۴/۵) می‌تواند حاکی از این دو حالت باشد. قواعدنویسان معاصر مانند بجنوردی، فاضل لنکرانی و مکارم نیز در شمار قواعد خود، سخنی از آن به عمل نیاورده‌اند. از بین معاصران فقط فقیه (محمدتقی فقیه) سیدمصطفی محقق داماد^۲ و آن را در شمار قواعد مکتوبه خود ذکر کرده‌اند و حتی

۱. نک: کتاب‌های مجموعه قوانین.

۲. فقیه، ۶۶؛ محقق داماد، ۲۳۵/۱.

دانشور اخیر مدعی است که بسیاری از فقها با این عبارت به عنوان قاعده‌ای برخورد کرده‌اند که بررسی‌های ما این ادعا را تأیید نمی‌کند.

بنا بر نظر برخی، این گزاره (قاعده) علی‌رغم شهرت، هیچ مدرکی از آیات یا روایات ندارد (فقیه، ۶۶). این گروه بر این باورند که مدرک آن استقرار روش عقلا و تقریر این روش از سوی شارع است. تحلیل مبتنی بر ضوابط دانش اصول فقه هم این است که از باب صغرویات اصالة الظهور است (همو، ۶۶). از این قاعده در زندگی اجتماعی و روابط اشخاص از گذشته تا حال استفاده شده و شارع هم با توجه به کاربرد این قاعده و عقلایی بودن آن، منعی نکرده است (نک: محقق داماد، ۱/۲۳۵). البته برخی دیگر، روایاتی را دالّ برای قاعده (گزاره) می‌دانند (مصطفوی، ۳۱). بر این مبنا می‌توان برخی استدلال‌های ناظر به ادله لفظی (مانند دلیل انصراف و بحث دلالت التزامی) را مطرح کرد. بنا بر خوانش حقوقی (غیرکیفری) از این قاعده، هرگاه صاحب مال یا قائم مقام شرعی او به دیگری به نحوی اذن در تصرف بدهد، این شخص در تمامی لوازم آن، اذن، مأذون و مجاز خواهد شد (بجنوردی، ۶/۲۶؛ محقق داماد، ۱/۲۳۵). برای مثال اگر به دیگری اجازه چند روز سکونت و خواندن نماز را در خانه‌اش دهد، این شخص، حق استفاده از آب آن خانه را برای طهارت و وضو نیز دارد.

۴. اذن؛ چیستی، اقسام و آثار

۴.۱. چیستی اذن

اذن از مفاهیم اساسی این قاعده (گزاره)، به معنای اجازه انجام فعل و کاری است که بدون چنین اجازه‌ای، انجام دادن آن فعل مجاز نیست. به عبارت دیگر اذن، گونه‌ای اعلام رضایت از طرف شخصی است که صلاحیت دادن آن را داشته باشد. این عمل حقوقی، ناشی از آزادی اراده بوده و عمل غیرارادی محسوب نمی‌شود. اذن همیشه به تصرفی تعلق می‌گیرد که هنوز واقع نشده باشد؛ چراکه رضایت پس از وقوع تصرف به اجازه نام‌بردار است. (حسینی مراغی، ۵۰۸/۲). به دیگر سخن، اذن همانا رضایت، رخصت دادن و برداشتن مانع یا اعلام رضایت به انجام تصرف است.

۴.۲. انواع اذن

اذن گونه‌های مختلفی دارد. نوعی از اذن که مفاد عبارت اذن‌دهنده، صراحتاً و به شکل دلالت مطابقی بر آن دلالت دارد، به اذن صریح موسوم است؛^۱ به دلیل اینکه اعلام رضایت صریح، حالت منتظره‌ای وجود ندارد و بنابراین کاملاً منشأ اثر است. گونه‌ای دیگر از اذن را می‌توان اذن شاهد حال دانست؛ یعنی حالتی که نشان از اذن در امری دارد؛ مثلاً دوستی بین دو نفر به گونه‌ای که دلالت بر استفاده هر دوی آن‌ها از خانه یکدیگر داشته باشد (نراقی، عوائد الایام، ۳۳). در این گونه اذن، قرائن کاشف از رضایت است. اذن فحوی، گونه‌ای دیگر است که لفظ به دلالت التزامی

۱. ماده ۱۰۷۲ ق.م.

و از باب مفهوم موافقت (اولویت) بر آن دلالت کند. در این مورد، عبارت اذن‌دهنده به صراحت دلالت بر اذن نداشته ولی به گونه‌ای است که اذن از لوازم آن است؛ مثلاً اگر به دیگری بگوید در منزل من باش، این دعوت به معنای اذن فحوی در استفاده از آب خانه برای طهارت شرعی دارد (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱۶۷؛ نراقی، عوائد الایام، ۳۳؛ حسینی مراغی، ۵۰۴/۲).

۳.۴. آثار مترتب بر قاعده اذن

مرحوم نراقی می‌گوید: هرآنچه اذن در آن شرط است، با تحقق اذن در هریک از اقسام از نظر شرعی، مؤثر و آثار صحیح بر آن مترتب می‌شود (نراقی، عوائد الایام، ۳۳). در اذن صریح، مراد از ظاهر لفظ، آشکار بوده و دلالتش مطابقی است. اذن فحوی نیز دلالت التزامی علم‌آور بر مقصود دارد؛ چراکه ملاک همانا علم‌زایی است. در نوع دیگر هم علم به مقصود اذن‌دهنده ایجاد می‌شود. پس اذن‌های سه‌گانه از نظر شرع معتبر و آثار اذن‌ها بر آن‌ها جاری است (همان).

۵. ناپذیرفتنی بودن انگاره سلب کلی قاعده اذن

ممکن است این تلقی به وجود آید قاعده اذن که از هیچ پشتوانه روایی یا قرآنی برخوردار نیست و صرفاً در گفته‌های فقهای متأخر آمده است، نباید آن را معتبر شمرد. این تلقی و اندیشه، پذیرفتنی نیست؛ چراکه کنش و واکنش فقها در مقابل این قاعده، منفی نبوده است. دلیلی وجود داشته تا فقها با آن مخالفت نکنند. گویا دلیل آن، باور به ملازمه حکم شرع و عقل است؛ یعنی قاعده ملازمه. بنابراین رأی به اعتبارنداشتن این قاعده به نحو سلب کلی با سیره فقها سازگار نیست.

۶. گستره قاعده اذن

۱.۶. فقه

قاعده اذن هرچند عقلی و عقلایی است، اما با اقبال شارع روبه‌رو شده و فقهای متکفل فهم کلام شارع از آن بهره برده‌اند و اجمالاً فتاوایی را بر آن استوار ساخته‌اند، به نحوی که گویی این قاعده در مسائل حقوقی (غیرکیفری) امری مسلم و مفروغ‌عنه است. نمونه‌هایی فقهی درباره گستره قاعده اذن در مسائل حقوقی این مدعا را تأیید می‌کند؛ مثلاً اگر ولی به صغیر ممیز اذن دهد که معامله معینی را واقع سازد، برخی به همین استناد بر این باورند که صغیر ممیز در بقیه انواع معاملات نیز مأذون است (علامه حلی، ۴۵۴/۵ به بعد) یا رأی برخی راجع به اجاره دادن عین مستأجره توسط مستأجر، جواز است؛ چراکه مستأجر، مالک منافع شده و اذن مالک در تسلیم عین مستأجره به شخص ثالث در ضمن عقد اجاره اول مستتر و از لوازم آن است؛ زیرا بنا بر قاعده اذن، با تملیک منافع توسط موجر لزوماً اذن هر

نوع تصرفی از جمله انتقال آن به غیر را نیز داده است و چون انتقال منافع بدون تصرف مادی در عین ناممکن است، پس لازمه اذن و رضایت مالک در انتقال منافع به غیر و بهره‌برداری او از عین، اذن و رضایت به تصرف در عین است (شهید ثانی، الروضة، ۳۴۰/۴؛ صاحب‌جواهر، ۱۲۵/۷).

۲.۶. امور حقوقی (قوانین)

ماده ۶۷۱ قانون مدنی: «وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست.» منشأ این حکم قاعده اذن است. همچنین ماده ۸۵ قانون امور حسبی اشاره دارد که ولی یا قیم می‌تواند به محجور در اشتغال به کار یا پیشه اذن دهد. لذا اذن ولی، باتوجه به قاعده اذن، شامل اذن در لوازم آن پیشه نیز خواهد بود. ماده ۵۷۷ قانون مدنی نیز اشاره می‌کند شریک مأذون (ضمن عقد) به اداره کردن اموال مشترک، می‌تواند هر عملی را که لازمه اداره کردن است، انجام دهد و این خود نشان از روایی و جواز اجرای قاعده در مسائل حقوقی دارد.

ماده ۱۰۴ قانون مدنی بیان می‌دارد که حق الارتفاق، مستلزم وسائل انتفاع از آن نیز خواهد بود، مبتنی بر همین قاعده اذن است. موارد بسیار دیگری نیز وجود دارد که نشانگر استناد به این قاعده در مسائل حقوقی است. شهرت و اعتبار این قاعده به گونه‌ای است که حتی دادگاه عالی انتظامی در حکم شماره ۳۹۱۵ مورخ ۱۳۲۵/۴/۱۵ آن را از مسلمات تردیدناپذیر می‌شمارد: «... و این امر از مسلمات تردیدناپذیر می‌باشد که اذن در شیء اذن در لوازم آن خواهد بود...» رویه قضایی نیز همین است. در دادنامه شماره ۲۱/۲۶۱ به تاریخ رسیدگی تاریخ رسیدگی: ۶۷/۳/۲۵، شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور چنین انشای رأی کرده است: «... نظر به ماده ۶۷۱ قانون مدنی و قاعده عقلی اذن در شیء اذن در لوازم آن هم هست...»

۳.۶. امور کیفری

آیا قاعده اذن، در امور کیفری کاربرد دارد؟ تحلیل برخی نمونه‌ها ما را به پاسخ نزدیک خواهد کرد. نمونه نخست: تقاص و تفرع برخی از امور بر آن، یک نمونه است. اجمالاً و اجماعاً فقها بر این باورند که اگر به صورت متعارف، امکان دستیابی به حق متعذر باشد، تقاص جایز است (شهید ثانی، الروضة، ۲۷۶/۱۰؛ گلپایگانی، ۳۱۰/۱؛ بحرانی، ۳۹۷/۲۰). دلیل مشروعیت تقاص این است که به دفع ظلم از مظلوم می‌انجامد؛ چراکه حق به صاحب واقعی می‌رسد (نراقی، مستندالشیعه، ۴۲۲/۱۷).

حال آیا قاعده اذن را می‌توان درباره تقاص اجرا کرد؟ آیا طلبکار می‌تواند از باب تقاص و برای وصول طلب خود، دیوار منزل مدیون را تخریب کرده و به آن ملک، ورود غیرمجاز کند؟ یا می‌تواند سندی جعل کند و از آن استفاده کند؟ آیا می‌تواند لباس مأموران دولتی را بر تن کرده و با تهدید فرد مدیون، مال خود را وصول کند؟ آیا طلبکار می‌تواند با استناد به قاعده اذن، مبادرت به برداشتن (سرقت) از مال بدهکار کرده و طلب خود را بردارد (اذن در شیء: تقاص و اذن در لوازم: لازمه رسیدن به حق خود، فقط سرقت است)؟ مسئله دو صورت دارد:

صورت نخست: گاه شخص، مال معین خود را که دیگری غصب کرده، بر می‌دارد. در این فرض، وی عمل ناروایی مثلاً سرقت (اخذ مال الغیر خفیه) انجام نداده است. از همین رو عدم مجازات این شخص، ناشی از اعمال قاعده اذن نیست، بلکه ناشی از نبودن وصف مجرمانه است؛ صورت دوم: اگر طلبکار به قصد تقاص از مال مدیون (نه از مال خودش که در دست مدیون است) سرقتی انجام دهد. چرایی عدم کیفر این شخص، مستند به قاعده درأ (تدرأ الحدود بالشبهات) است، نه قاعده اذن.

نمونه دوم: با عدم ایفای دین از سوی مدیون و ناتوانی طلبکار دائن در اثبات حق، اگر مالی از مدیون در دست وی به عنوان امانت قرار دارد، آیا وی با استناد به قاعده اذن مجاز است از امانت بردارد؟ (اذن در شیء: تقاص، اذن در لوازم: برداشتن مال مورد امانت به عنوان آخرین راه)؟ در اینجا عدم مجازات به دلیل قاعده اذن نیست، بلکه عنصر معنوی جرم خیانت در امانت که قصد اضرار به غیر است (ماده ۶۷۴ قانون تعزیرات) در اینجا وجود ندارد.

۷. ناروایی استناد به مفهوم اولویت

در برخی امور به‌ویژه در پاره‌ای امور حقوقی می‌توان از طریق مفهوم موافق (اولویت)، اذن در شیء اذن در لوازم را نتیجه گرفت؛ مثلاً اگر به دیگری اذن در فروش کالای خود را بدهد، به طریق اولی شامل اذن در جابه‌جایی و تحویل کالا را داده است. اما در مسئله ما اصلاً نمی‌توان گفت که حال که غیرمسلمان در نوشیدن مسکرات مجاز است؛ پس در حمل و خریدوفروش آن نیز مجاز است. حمل و خرید نه تنها اولی‌تی نسبت به شرب ندارند (نفی قیاس اولویت)، بلکه از نظر ملاک حکم نیز مساوی نیستند؛ حتی به‌گونه‌ای است که مفاسدشان بیشتر از شرب است.

۸. ادله ناروایی و نادرستی تمسک به قاعده اذن در امور کیفری

اکنون این سؤال رخ می‌نماید که چرا نمی‌توان در امور کیفری و مجازات‌ها به قاعده اذن استناد کرد؟ چرا اذن در شرب مسکرات به اقلیت‌ها، اذن در لوازم آن یعنی حمل، نگهداری و خریدوفروش به حساب نمی‌آید؟ چرا به استناد قاعده اذن نمی‌توان گفت آنگاه که شارع و قانون‌گذار اذن شرب خمر داده، نظرش این بوده است که لوازم آن از قبیل خریدوفروش، حمل، نگهداری نیز مآذون باشد؟ ادله پیش‌رو، ناروایی استناد به قاعده اذن در امور کیفری و به‌ویژه اعمال اقلیت‌ها و غیرمسلمانان و به‌خصوص در مسئله لوازم شرب مسکرات را ثابت می‌کند.

دلیل اول. ناروایی استناد به دلالت التزامی در امور کیفری: اگر اذن در اصل شیء بر اذن در لوازم آن دلالت کند، از باب دلالت التزامی خواهد بود. به نظر می‌رسد در امور کیفری نتوان به دلالت التزامی استناد کرد؛ چراکه کشف مراد قانون‌گذار و شارع مهم است. دلالت التزامی ممکن است به امری منجر شود که شارع به آن راضی نیست، اما در مسئله ما چگونه می‌توان کشف کرد که شارع و قانون‌گذار به لوازم اذنش نیز راضی نیست؟ پاسخ

روشن است: شارع اصولاً به شرب خمر راضی نیست. اذن به شرب خمر از باب ناچاری و اضطرار است؛ چراکه اصل این است که همه شهروندان جامعه اسلامی مسلمان هستند و وجود اقلیت‌ها خلاف این اصل و مبنا است یا اصل، عمل به احکام شریعت است. قرائن و اماراتی وجود دارد که نشان می‌دهد در قضیه شرب مسکر، بنا بر محدودسازی برای اقلیت است؛ عدم جواز شرب علنی، ناروایی حضور در ملا در زمان باقی ماندن آثار شرب و مستی، به رسمیت نشناختن مالیت آن در بازار مسلمانان (وده‌ها حکم و اثر فقهی که مترتب بر عدم مالیت آن است) نمونه‌های محدودسازی هستند که از آن‌ها عدم رضایت شارع نسبت به لوازمی از قبیل حمل و نگهداری مسکرات به دست می‌آید. افزون بر این به نظر می‌رسد که حتی ممنوعیت شرب خمر توسط اقلیت‌ها از جانب شارع و قانون‌گذار مشکلی نه از جهت نظری و مبنایی و نه از جهت عملی نداشته باشد، همچنان‌که برای مسلمانان، این حرمت و ممنوعیت وضع شده است. البته گویی صحت این دلیل منوط به لفظی دانستن قاعده اذن است که گفتیم برخی (مصطفوی، ۳۱) به این مبنا متمایل شده‌اند.

افزودنی است رابطه اذن و لوازمش، حکم وضعی است. از آنجاکه ما به دنبال آثار شرعی هستیم، پس وضع و رفعش می‌تواند به دست شارع باشد. مقام ثبوت می‌تواند به دست شارع باشد، اما آیا واقعاً شارع در این مسئله نظری دارد: نص یا ظاهر (مقام اثبات ۱) و آیا اگر سکوت کرده است ما می‌توانیم از برخی راه‌ها نظر او را کشف کنیم (مقام اثبات ۲)؟ این دلیل و برخی ادله دیگر، پاسخ این پرسش‌ها هستند.

دلیل دوم. اقتضای لبی بودن قاعده: اگر قاعده اذن را دلیل عقلی بدانیم از آن‌رو که دلیل لبی است، باید به قدر متیقن از مدلول آن اکتفا کرد. تبیین این دلیل مقدماتی دارد.

مقدمه اول: قاعده اذن، دلیل لبی است. لبی بودن قاعده را می‌توان از تصریح دانشوران به عقلی یا عقلایی بودن آن دریافت. از همین رو در شمار دلایل لبی قرار می‌گیرد.

مقدمه دوم: در دلیل لبی باید به قدر متیقن اکتفا کرد (مظفر، ۱۰۰/۲ و ۱۴۰). دلیل لبی، اطلاق و عموم ندارد و به قدر متیقن از مفاد آن اخذ می‌شود (همو، ۱۴۰/۲). دلیل اصلی این است که دلیل لبی زبان ندارد و از همین رو قدرت تصرف در شمولیت و فراگیری اطلاق و عام را ندارد. اما اینکه مکانیسم دلیل لبی همین است، نظر جمعی و اجماعی فقها است که معمولاً با عباراتی شبیه به هم مقصود خود را بیان می‌کنند: «إذ الدلیل اللبی يقتصر فیه بالقدر المتیقن» (نک: خویی، مصباح الأصول، ۲/۲۶۴؛ مظفر، ۱/۱۴۰).

مقدمه سوم: مقدار یقینی از مدلول قاعده اذن، امور حقوقی است، نه کیفری. با بررسی انجام شده مشاهده شد که هیچ فقهی بر اساس مفاد این قاعده در حوزه کیفری فتوا نداده است. مثال‌ها و استنباط‌های فقها نشان می‌دهد هیچ کدام تمایلی به استعمال قاعده اذن در امور کیفری نداشته‌اند. چرایی این مسئله، از سوی هیچ فقهی نه تصریحاً و نه تلویحاً بیان نشده است. البته در این مقدمه درصدد استنباط و بیان چرایی آن نیستیم؛ بلکه فعلاً هدف این است که

از عدم آن این نتیجه را بگیریم که ظاهراً فقط در حوزه حقوقی این قاعده را به کار گرفته‌اند. به عبارت دیگر قدر متیقن، امور حقوقی است.

دلیل سوم. انصراف: در تعریف انصراف گفته‌اند: «انصراف، انس ذهنی خاص است که نتیجه برخی ملازمات و ارتباطات است بین لفظ و حصه‌ای معین از معنای موضوع له آن» (صدر، ۵۹/۲). می‌توان ادعا کرد که قاعده اذن، انصراف به امور حقوقی دارد. مستند این ادعا، تحلیل ذیل است:

یک: از نظر آخوند خراسانی انصراف سه‌گونه است (۲۴۹)، البته برخی نوع چهارمی را افزوده‌اند (شبییری زنجانی) و بعضی دیگر آن را شش نوع دانسته‌اند (حکیم، ۵۶۱/۱).

قسم اول، انصراف بدوی است. این انصراف با تأمل از بین می‌رود. انصراف بدوی از مقوله خطور ذهنی و ظهور تصویری است، نه ظهور تصدیقی و مراد استعمالی؛ از این رو با اندکی درنگ از بین می‌رود. انصرافی که ما ادعای آن را درباره قاعده اذن داریم از نوع بدوی نیست که با اندکی تأمل زایل شود.

قسم دوم، انصراف مستقر است. گویی تسالم و هم‌گرایی دانشوران در این است که انصراف اگر از نوع مستقر باشد، موجب دست‌کشیدن از اطلاق و عموم می‌شود. اما در اینکه چه چیزی موجب و منشأ این نوع انصراف می‌شود، هر چند انگاره مشهور، منشأ آن را ظهور لفظ می‌دانند؛ دست‌کم دو تلقی دیگر هم وجود دارد؛ یکی دیدگاه موسوم به انصراف ترکیبی است؛ بدین معنا اگر جزئی از جمله (چه حکم، چه موضوع و چه متعلقاتشان) به جهت تناسب حکم و موضوع، انصراف به معنایی خاص داشته باشد، انصراف ترکیبی است که در مقابل انصراف افرادی قرار دارد و آن در جایی است که کلمه‌ای به‌تنهایی بدون اینکه در جمله واقع شود، به معنایی خاص انصراف داشته باشد (شبییری زنجانی). نگرش دیگر این است که کثرت افراد می‌تواند موجب (منشأ) انصراف شود.

نظر مشهور کثرت افراد را موجب و منشأ انصراف نمی‌داند؛ اما پذیرش اینکه در برخی حالات می‌تواند منشأ انصراف شود، نه دشواری نظری دارد و نه دشواری عملی. با این توضیح اگر فراوانی افراد مصداقی (از مصادیق مطلق) به‌اندازه‌ای باشد که عنوان قرینه بر تقیید بر آن صادق باشد، عقلای عالم به این قرینه توجه کرده و آن را بر ذی‌القرینه مقدم می‌دارند (کلانتری، ۱۶)؛ زیرا در این صورت، متکلم در مقام بیان می‌تواند بر آن به‌عنوان قیدی تکیه کند و این امر از نظر عرف و عقلا پذیرفتنی است. به‌دیگر سخن، حجیت مطلق و جواز تمسک به آن مادامی است که قرینه‌ای عقلایی برخلاف آن یافت نشود. با پیدایش قرینه هر چند ناشی از کثرت وجودی، لازم است که ظهور قرینه بر ظهور ذی‌القرینه مقدم داشته شود (همان). تحلیل مسئله این است که فراوانی افراد برخی از مصادیق مطلق، موجب ظهور عرفی شده است؛ به‌گونه‌ای که می‌توان آن را از مجاری اصالة‌الظهور و قرینه بر تقیید دانست. نراقی می‌نویسد: «انصراف لفظ مطلق به مصداقی که به‌لحاظ وجودی، شایع است، در جایی پذیرفتنی است که شیوع بتواند قرینه‌ای بر اراده آن مصداق باشد و آن را بفهماند (نراقی، مستندالشیعه، ۲۲۱/۲)؛

نک: خویی، ۲۷۲/۵). در قاعده اذن به نظر می‌رسد کثرت وجود موارد حقوقی، موجب می‌شود که این قاعده منصرف به موارد حقوقی باشد و شامل امور کیفری نشود.

قسم سوم، انصراف اجمالی است که وضعیتی است لفظ مطلق گرچه در معنای مقید ظهور پیدا نمی‌کند، اما ظهور آن در اطلاق از بین می‌رود. گویی مجمل و مردّد بین اقل و اکثر می‌شود (آخوند خراسانی، ۲۴۹). برخی این نوع را «انصراف موجب شک ماندگار» نامیده و نتیجه آن را اجمال دانسته‌اند (نائینی، ۵۳۲/۱). در این حالت انصراف فی نفسه مدعای ما را ثابت نمی‌کند؛ اما به جهت اینکه این اجمال سبب دوران امر بین اقل و اکثر شده است و وظیفه ما در این حالت اخذ به قدر متیقن است، سرانجام باید به امور حقوقی به عنوان قدر متیقن از قاعده اذن پسندیده کرد و تسری آن به اکثر به نحوی که شامل امور کیفری شود، با اجمال (ناظهوری) سازگار نیست. به دیگر سخن درباره قاعده اذن می‌توان گفت انصراف اجمالی دارد.

گونه دیگر، انصرافی است که باعث ظهور جدید می‌شود. بدین معنا که کلام با قطع نظر از این انصراف در اطلاق ظهور دارد؛ ولی به سبب انصراف، ظهور در مقید می‌یابد که بی‌شک، قرینه بر تقیید است. این ظهور بر اصالة الاطلاق، رجحان تعیینی (و نه تفضیلی) دارد و در نتیجه، کلام از باب حمل مطلق بر مقید، ظهور در مقید پیدا می‌کند. ادعای اینکه قاعده اذن حامل این نوع انصراف است، نه در ناحیه صغرا گرفتار نبود انطباق است و نه در ناحیه کبرا دچار ناشمولی؛ یعنی می‌توانیم بگوییم قاعده اذن به امور حقوقی انصراف دارد و شامل امور کیفری نمی‌شود. گفتنی است پذیرش کارایی دلیل انصراف در اثبات مدعا، بر اساس تمایل برخی به ذکر ادله لفظی برای این قاعده است (نک: مصطفوی، ۳۱).

دلیل چهارم. تخصیص: تقریر نخست؛ اگر بتوان مفاد فراگیرانه قاعده اذن را عام دانست، به نظر می‌رسد که بتوان گفت بر قاعده اذن تخصیص وارد شده است؛ یعنی امور کیفری از شمول این قاعده خارج شده است. اما در اینکه مخصص چیست، می‌توان صورت‌بندی‌های مختلفی پیش‌رو گذاشت. گفتنی است پذیرش تخصیص بر ساخته‌ای بر مقدمات ذیل است:

الف. امکان‌سنجی تخصیص قاعده اذن: به جهت اینکه هیچ‌کدام از موانع تخصیص در اینجا وجود ندارد، قاعده اذن می‌تواند تخصیص بخورد. به عبارت دیگر ضوابط و قواعد حاکم بر مباحث عام و خاص و حتی مباحث مطلق و مقید مانع تخصیص این قاعده نیستند و خود قاعده نیز مشکلی ندارد که آبی از تخصیص باشد.

ب. روایی و جواز تخصیص قاعده عقلی اذن از سوی شارع: بعد از پذیرش عقلی بودن قاعده اذن، آیا شارع می‌تواند در حدود و ثغور آن دخالت کند. به نظر می‌رسد بعد از پذیرش اثربخشی و اثرگذاری این قاعده در امور شرعی از سوی شارع و به رسمیت شناختن آن، شارع این حق را دارد که محدوده اثربخشی آن را تعیین کند. به عبارت دیگر بعد از ورود این قاعده عقلی به حوزه تشریع، این صاحب شریعت و اختیاردار تشریع است که بگوید قاعده در

کجا اثر بگذارد و در کجا اثر نگذارد؛ چراکه امر تشریع به ید شارع و در اختیار او است. به عبارت دیگر این گونه نیست که شارع قاعده عقلی بما هی قاعده عقلی را تخصیص زده باشد تا اشکال تداخل نادرست حوزه های نامربوط پیش آید، بلکه از آن جهت که این قاعده در فضای تشریع وارد شده است، شارع می تواند آن را با اهداف و مقاصد خودش بسنجد و تخصیص های مناسب و متناسب این اهداف بزند.

ج. لبی بودن مخصص: تخصیص وارده، اجماع است. به دیگر سخن اجماع فقها، مخصص این قاعده است. از سوی دیگر باید دانست که اجماع نوعی دلیل لبی است (نائینی، ۱۳۹۵/۱؛ مظفر، ۱۴۰۰/۲) و باید ملتزم به قدر متیقن بود. به عبارت دیگر اینکه اجماع بر این است که این قاعده مختص حوزه حقوقی است و نه کیفری، خود گونه ای از تخصیص وارده بر این قاعده است و لبی بودن دلیل اجماع نیز همین اقتضا را دارد.

تقریر دوم: می توان از اهداف شریعت و روح قانون، گونه هایی از تخصیص را در حوزه کیفری و حقوقی بر این قاعده وارد کرد. باید پذیرفت سلامت روان و جسم افراد و سلامت معنوی جامعه از اهداف شریعت به شمار می رود. رفع موانع حقوقی و شرعی از شرب خمر و لوازم آن با روح و مقاصد شریعت سازگار نیست. بنابراین باید به نوعی در آزادی عمل در لوازم شرب خمر محدودیت قائل شد. نتیجه این محدودیت، نداشتن جواز حمل و خرید و فروش است.

دلیل پنجم. بازخوانی اصل: دلیل دیگر را می توان با این پرسش آغاز کرد که اجازه به اقلیت ها در شرب خمر، قاعده است یا تخصیصی است بر گزاره ممنوعیت شرب خمر؟ یعنی آیا اصل بر ممنوعیت شرب خمر است و اجازه به اقلیت ها، تخصیص بر آن ضابطه و گزاره کلی است یا اصل جواز بهره مندی اقلیت ها از امور مجاز خودشان است و شرع، برخی محدودیت ها و ممنوعیت ها (در غیر شرب خمر) را اعمال کرده است و شرب خمر داخل در اصل جواز بهره مندی اقلیت ها از امور مجاز شرعی خودشان است؟ ثمره بحث آنجا آشکار می شود که اگر اصل بر بهره مندی اقلیت ها از تمام امور حلال نزد خودشان باشد (ولی شرع برخی آن ها را اجازه نداده باشد)، هنگام شک در خروج از اصل، خروج ناروا و ناصحیح خواهد بود. اما اگر جواز شرب خمر، تخصیص بر اصل ممنوعیت شرب خمر باشد، باید آن را محدود و منحصر به عنوان شرب دانست و لوازم آن را نمی توان پذیرفت. از سوی دیگر می توان گفت که قاعده اذن فقط در عمومات (عموم ممنوعیت شرب خمر در جامعه اسلامی)، ساری و جاری است، ولی در مخصص ها (جواز شرب توسط اقلیت ها) قابلیت اجرا ندارد.

دلیل ششم. مدلول قاعده اذن؛ فقط وجود مقتضی است نه رفع مانع: به نظر می رسد با فرض پذیرش امکان اجرای قاعده اذن در امور کیفری، باور به اینکه این قاعده فقط بیانگر مقتضی جواز پذیرش لوازم اذن است، نه دشواری ثبوتی دارد و نه دشواری اثباتی. از امور بدیهی دانش اصول این است که برای تحقق هر امری علاوه بر وجود مقتضی، فقدان مانع هم لازم است. بنابراین با وجود مانع شرعی که نبود جواز شرب خمر به نحو کلی است، می توان

چنین گفت که این قاعده در امور کیفری مانع دارد؛ یعنی مقتضی جواز است اما با بودن مانع، قابلیت اجرا ندارد. آیا می‌شود وجود مقتضی را عقل بگوید ولی رفع مانع را شرع بگوید؟ یا هر دو را باید یک مرجع بگوید؟ در پاسخ باید گفت: لزومی به یکی دانستن و انحصار مرجع صدور مقتضی و رفع مانع نیست. بر همین پایه است که وجود مقتضی می‌تواند محصول عقل باشد، ولی رفع یا عدم رفع مانع در اختیار شرع. پس عدم اجازه شرع، این مانع را موجود می‌کند؛ یعنی مانعش مفقود نیست. مفاد قاعده اذن در شیء، رضایتی است که جزء العله (مقتضی) است و جزء دیگر (رفع مانع) با دستور شرع صورت می‌گیرد و شرع همان گونه که گفته شد، اصل و بنا را بر ممنوعیت شرب خمر و افعال محدودیت‌ها می‌گذارد.

دلیل هفتم. هدف‌گرایی: هدف از طرح لوازم اذن، کشف رضایت اذن‌دهنده است. در مسئله مدّ نظر آیا می‌توان رضایت شارع و قانون‌گذار در تسری جواز به لوازم کشف کرد؟ شارع اصولاً به شرب خمر راضی نیست، چه رسد به لوازمش. کشف رضایت شارع به چند صورت است: باید مبتنی بر صراحت نصّ یقین‌آور باشد که در اینجا وجود ندارد؛ باید مبتنی بر ظهور لفظ گمان‌زای معتبر باشد که ادعای آن در این مسئله بدون دلیل است؛ بر اساس اصول عملی (دلیل فقهاتی) است که در این مسئله مجرای ندارد.

دلیل هشتم. اضطرار؛ موسعی ناموسع: اضطرار از جهتی نوعی ارفاق و توسعه در عمل مکلف است؛ اما به جهت اینکه خلاف اصل ممنوعیت شرب خمر است، باید گستره آن را منحصر در محدوده همین شرب تلقی کرد و به حمل و نگهداری آن تسری نیابد. هرچند اضطرار رافع تکلیف و مبیح برخی معاذیر است؛ تقدیر به اندازه و به حد ضرورت (تَقْدَرُ بِقَدَرِهَا)، آن را محدود کرده و حاکم بر آن است. اگر اصل را بر ممنوعیت شرب خمر بدانیم که حتماً این چنین است، اذن شارع به شرب خمر توسط اقلیت‌ها را می‌توان از باب ناچاری و اضطرار دانست؛ یعنی پذیرفتن اجرای احکامی مغایر با مذهب حاکم بر جامعه اسلامی از سر ناچاری و اضطرار است. از سوی دیگر به دلیل اینکه اضطرار، حکم و عنوانی ثانوی و در واقع گونه‌ای تخصیص (هرچند نه تخصیص مصطلح) است، باید به همان مفاد خودش که در مسئله ما فقط شرب خمر است (و نه لوازمش از قبیل تولید و حمل)، بسنده کرد.

دلیل نهم. خوانشی دیگر از قاعده و استثنا: می‌توان گفت اجازه به اقلیت‌ها، اصل و قاعده باشد (اصل این باشد که هرکسی بتواند از حق‌ها و لوازم حقوقش استفاده کند)، مگر اینکه تخصیص بخورد. مخصص هم سیره (دلیل لبی) است؛ یعنی اینکه سیره شارع این بوده و هست که به ترویج و مقدمات آن راضی نیست. از آنجا حرمت شرب خمر از ضروریات فقه و حتی دین اسلام است، پس شارع بنا را بر محدودیت گذاشته است. بنابراین فقط شرب برای نامسلمان موجب حد نیست، اما سیره شارع، حمل، نگهداری و خرید و فروش آن را بر نمی‌تابد.

دلیل دهم. عقل؛ مانع جدی اجرای قاعده اذن: قاعده اذن بر مبنای عقل است، اما همان عقل نیز درک می‌کند مواد مستی‌زا و مشروبات الکلی، مضر به منافع فردی، خانوادگی و اجتماعی است؛ در نتیجه بین دو گزاره

عقلی، ناسازگاری به وجود می‌آید. در ترجیح یکی بر دیگری به نظر می‌رسد انطباق و هماهنگی، حال یا از باب ملازمه و یا صرف هم‌سویی با گزاره‌های شرعی می‌تواند مرجح حکم دوم به حساب آید و مآلاً مانع اجرای قاعده اذن شد. در تکمیل دلیل باید گفت آنگاه که عقل به مصرف مواد مستی‌زای روی خوش نشان نمی‌دهد، پس لوازم آن هم با ادبار عقل مواجه می‌شود.

ملازمه در عبارت پیشین به معنای آن است که بین سلامتی جامعه اسلامی و آحاد آن (دریافت عقلی) با منع مصرف شراب و حرمت آن (حکم شرعی)، ملازمه وجود دارد؛ چراکه ملزومی به این مهمی نیاز به لازمه‌ای جدی همچون منع مصرف شراب دارد. به‌دیگر سخن، با تصور ملزوم، عقل به تصور لازم پی می‌برد و آن، منع مصرف شراب و لوازم آن است.

دلیل یازدهم. ناسازگاری با اصل قانونی بودن جرم و مجازات: بر اساس ماده ۲ ق.م.ا که بیان می‌دارد هر رفتار اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌گردد و بر اساس ماده ۱۲ ق.م.ا و اصل ۳۶ ق.ا، اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها اصلی پذیرفته شده و ناظر به همه حقوق کیفری است. این اصل ایجاب می‌کند که قاعده اذن، وارد قلمرو حقوق کیفری نشود؛ زیرا پذیرش قاعده اذن در حقوق کیفری به معنای عدول از اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها است که مبنا و پایه حقوق کیفری را شکل می‌دهد؛ چراکه مثلاً جرم‌ندانستن مبادرت به تخریب ملک یا ساخت سند مجعول و استفاده از آن یا سوءاستفاده از لباس مأموران دولتی برای استیفای طلب که قبلاً توضیح داده شد یا حمل و همچنین ساخت، نگهداری، خرید و فروش مشروبات را برای مصارف اقلیت‌ها، برخلاف اصول حقوق کیفری و قانون اساسی است. بنابراین پذیرش قاعده اذن در ماده ۲۶۶ ق.م.ا، با اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها سازگاری ندارد.

دلیل دوازدهم. ناسازگاری با تفسیر مضیق: اصل تفسیر مضیق در قوانین کیفری ما را ملزم می‌کند فقط به صراحت قانون اکتفا کنیم و راه چنین تفسیر موسع و دخالت دادن اموری را که معلوم نیست در مراد قانون‌گذار دخالت داشته باشد، سد می‌کند؛ چراکه هدف تفسیر مضیق، عدم تجاوز از مقصود و مراد قانون‌گذار است. دخالت قاعده اذن در امور کیفری با این اصل سازگار نیست به سبب اینکه ممکن است به نتیجه‌ای برسد که خلاف نظر مقنن باشد. متفرع برای این سخن باید گفت پذیرش لوازم بر اساس قاعده اذن نیاز تصریح قانون‌گذار دارد و با نبود این تصریح باید به همان مدلول مطابقی اذن اکتفا کرد. افزون بر این، تفسیر موسع در این خصوص موجب اشاعه فساد و فحشا است.

دلیل سیزدهم. اذن مطلق؛ چالش و برون‌رفت: در ظاهر امر، اذن به شرب، مطلق است و قید و شرطی ندارد و ممکن است مستمسک جواز لوازم شرب قرار گیرد. اما آیا اذن مطلق همیشه استنادشده‌نی است؟ در پاسخ باید گفت: اذن مطلق، امری مخالف اصل است. هریک از اقسام سه‌گانه اذن، در آنچه مطلق اذن مؤثر باشد دارای اعتبار است؛

اما در مواردی که مطلق اذن کافی نیست، باید اذن صریح صورت بگیرد. افزون بر این به فرض پذیرش اذن مطلق، باید دید مطلقیت اذن مثلاً در شرب، اذن در گونه‌های مختلف شرب است، نه اذن به لوازم؛ یعنی اطلاق اذن در شرب، ناظر به مطلق بودن خود شرب است، نه ناظر به لوازم شرب.

دلیل چهاردهم. ضابطه و بایسته قانون‌گذاری: مسئله شرب مسکرات از نظر قانون‌گذار مخفی نبوده و مسکوت نمانده است، اما نمی‌توان گفت قانون‌گذار از مسئله حمل، نگهداری و خرید و فروش مسکرات از سوی اقلیت‌ها غافل بوده تا نیاز به استنتاج‌های عقلی و استناد به قاعده اذن باشد. اگر نیاز بود و اگر قانون‌گذار نگاه جوازگرایانه می‌داشت، خود در چنین موارد مهمی اذن حمل، نگهداری و خرید و فروش آن را به صورت صریح بیان می‌کرد؛ چراکه قانون‌گذار عاقل است و با در نظر گرفتن جوانب، قانون وضع می‌کند.

دلیل پانزدهم. حکومت قاعده لاضرر در بعد اجتماعی بر قاعده اذن: نابسندگی به جنبه فردی قاعده لاضرر، امری خردپذیر و با روح لاضرر سازگاری کامل دارد. بر همین اساس قاعده لاضرر در امور اجتماعی کاربرد مؤثر خواهد داشت. شارع و قانون‌گذار تا جایی شرب مسکرات از سوی غیرمسلمان را مشمول حد نمی‌داند که مضر به خود او و خانواده او، اجتماع، دین اسلام و انقلاب اسلامی نباشد و موجب اشاعه فساد و فحشا در سطح جامعه نشود؛ چون از فروع قاعده اذن می‌توان این قاعده را ذکر کرد «الاذن فی مال الشئ اذن فی هو اقل ضرر منه»؛ به این معنا که اذن در شیء مستلزم اذن در چیزی است که ضرر آن به اذن دهنده کمتر است (نک: عاملی ترحینی، ۱۳۱۳/۵؛ یثربی، ۱۴۹). تقریر دیگر اینکه قاعده لاضرر از قواعد حاکم بر قاعده اذن است و گستره آن را به عدم وقوع ضرر ناشی از شرب، و در مسئله ما عدم پیدایش ضرر اجتماعی ناشی از حمل، نگهداری و خرید و فروش، مشروط و محدود می‌کند.

حق برخورداری تمام سکنه از حقوق مشروع، در قالب لاضرر و قواعد حاکم دیگر است. اصل ۴۰ قانون اساسی مقرر داشته است: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» بنابراین بهره‌مندی هر سکنه ایرانی اعم از اقلیت و غیراقلیت از حق خود نباید خلاف اصل مذکور باشد. حال این ضرر چه به شخص مصرف‌کننده وارد شود، چه به خانواده او و چه به اجتماع، ممنوعیت کامل دارد. افزودنی است که اگر نوشیدن، این قیود را دارد، تسری جواز به لوازم آن (مانند تولید، حمل) با قاعده لاضرر به جد محدودیت و بلکه ممنوعیت دارد.

دلیل شانزدهم. دلالت اطلاق گزاره‌های قانونی بر ممنوعیت کامل:

الف. تفسیر نخست از اطلاق‌های حقوقی

قانون‌گذار در اصول ۲۶، ۲۴، ۱۳، ۹، ۴، ۳ و... قانون اساسی و مواد ۷۰۲ و ۷۰۳ تعزیرات و ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، از واژه هرکس استفاده کرده است و هیچ فردی را از شمول آن، خارج نساخته و تخصیص نزده

است؛ یعنی قانون‌گذار عاقل در جای جای قوانین کیفری، حمل و متعاقب آن، ساخت، نگهداری، خرید و فروش مشروبات الکلی را بدون هیچ تخصیصی برای تمام شهروندان ممنوع کرده است. نحوه بیان قانون در ماده ۲۶۵ و ۲۶۶ ق.م.ا نیز حاکی از این است که مصرف مشروبات از سوی هرکسی ممنوع بوده و موجب حد است. اما در اقلیت‌ها، تظاهر به آن را موجب اجرای حد دانسته است، ولی از این ماده برداشت نمی‌شود که قانون‌گذار از حکم عام و مطلق حرمت مشروبات دست برداشته یا تخصیص زده باشد. به عبارت دیگر مفهوم گزاره قانون این است که در خفا خوردن آن، رافع حکم حد و (و نه رافع حرمت و ممنوعیت) است، همچنان که مثلاً در حالت اضطرار هم این چنین است. ظاهراً رویه عملی دادگاه‌ها بر همین قرار گرفته است. رأی شعبه چهار دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تأیید ماده ۷۰۲ تعزیرات که فروش مشروبات الکلی توسط اقلیت‌های دینی را مجرمانه دانسته است (۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۰۲۷۳) تاریخ ۱۳۹۳/۳/۷) نمونه این رویه است.

ب. اطلاق‌های حقوقی و قانونی از نگاهی دیگر: وظیفه هر شهروند پرهیز از امور تهدیدکننده نظم و امنیت عمومی است. خطرات مواد الکلی بر سلامت مصرف‌کننده و احتمال وقوع جرایم خطرناک که تهدیدکننده نظم و امنیت عمومی شهروندان است، از امور بسیار روشن و انکارنشدنی است. در هیچ جای قانون، استثنایی برای برخی افراد در عمل به این اصل بیان نشده است. حمل، نگهداری، ساخت، فروش، در اختیار دیگران قراردادن مشروبات الکلی توسط هرکسی حتی اقلیت‌ها، محل نظم و امنیت عمومی شهروندان است.

نتیجه‌گیری

ادله‌ای کافی وجود دارد که اجازه نمی‌دهد قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است» در امور کیفری اجرا شود؛ بلکه با صورت‌بندی‌های مختلف، محدود به امور حقوقی (غیرکیفری) است. اطلاق یا عموم ظاهری قاعده به دلایل مختلف، محدود به حوزه حقوقی (غیرکیفری) شده است. انصراف قاعده به امور حقوقی، تخصیص با تقاریر متعدد، حاکمیت قاعده لا ضرر در بُعد اجتماعی، اجازه اطلاق‌گیری و شمول را به این قاعده نمی‌دهد. برخورد نکردن جزایی (عدم اجرای حد در خصوص استعمال مسکر از سوی نامسلمانان «اقلیت‌های مذهبی» که ممکن است جواز شرب از آن نتیجه گرفته شود)، می‌تواند امر اضطراری (اضطرار حاکمیت) تلقی شود. به همین جهت، توسعه ظاهری ناشی از اضطرار با ضابطه عدم جواز فرارفتن از محدوده آن (تقدر بقدرها)، منتج به ناروایی حمل و نگهداری و خرید و فروش به مثابه لوازم شرب مسکرات می‌شود. عقلی بودن قاعده هر چند عدم تخصیص و عدم تقیید را اقتضا می‌کند؛ به جهت اینکه وارد حوزه تشریع شده است، می‌تواند با تخصیص‌ها و تقییدهای از ناحیه صاحب شریعت روبه‌رو شود. این تخصیص‌ها از نوع لبی (اجماع و سیره) است. علاوه بر این خود عقل بعد از پی‌بردن به مضرات فراوان مسکرات، در تعارض با قاعده اذن که عقلی تلقی می‌شود، قرار گرفته است و ما هماهنگی و هم‌سوایی ممنوعیت

مسکرات و لوازم آن را مقاصد دین و شریعت، مرجح عدم جواز آن تلقی کردیم. افزودنی است اطلاق‌ها و عمومیت‌های قانونی ناظر به حمل، نگهداری و خرید و فروش این گونه مواد، شامل نامسلمانان و اقلیت‌ها نیز می‌شود. به لحاظ قاعده عقلی است که در هنگام رویارویی با قاعده لاضرر منتفی می‌شود. همچنین قواعد بالادستی (مانند الزام هر شهروند به پرهیز از رفتارهای مخالف امنیت و سلامت جامعه) نیز جواز لازمه‌های استعمال مسکر را بر نمی‌تابد.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الأصول، چاپ اول، قم: آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
- ابن‌ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، علل الشرائع، قم: کتاب فروشی دآوری، ۱۳۸۶.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- ازهری، محمد بن احمد، تهذیب اللغة، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۱ق.
- ایزدی، سیروس و دیگران، روانپزشکی، چاپ اول، تهران: سهامی، ۱۳۵۱.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیة، چاپ اول، قم: الهادی، ۱۴۱۹ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- پروین، خیر الله و سیما سپهری فر، «حقوق اقلیت‌ها در قانون اساسی»، مجله مطالعات حقوق بشر اسلامی، س ۳، ش ۶، ۱۳۹۳، صص ۷۳ تا ۹۶.
- ترحینی عاملی، محمد حسن، الزبده الفقهیة، چاپ اول، قم: دارالفقه، ۱۴۲۷ق.
- ترنبری، پاتریک، حقوق بین‌الملل و حقوق اقلیت‌ها، ترجمه آریتا شمشادی و علی‌اکبر آقایی، چاپ اول، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۷۹.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر، مهدی هوشیار، «موقعیت اقلیت‌های دینی در حقوق کیفری ایران در پرتو اصل برابری در برابر قانون»، مجله پژوهش‌نامه حقوق کیفری، س ۵، ش ۲، ۱۳۹۳، صص ۶۱ تا ۷۸.
- حرعاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعة، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۳ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

- حکیم، سیدمحسن، حقائق الاصول، قم، انتشارات بصیرتی، ۱۴۰۶ق.
- حلی، محمدبن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، قم: بی نا، ۱۳۸۹.
- خمنی، روح الله، تحریر الوسیله، تهران: الاعتماد، ۱۴۰۳ق.
- خویی، ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، قم: دارالهادی، ۱۴۰۱ق.
- _____، مصباح الأصول، به تقریر بهسودی، چاپ اول، قم: داوری، ۱۴۱۳ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، لبنان: دارالعلم، ۱۴۱۲ق.
- ژرژ، پی‌یر، ژنوپلیتیک اقلیت‌ها، ترجمه سیروس سهامی، تهران: سهامی نشر، ۱۳۷۴.
- شهید اول، محمدبن مکی، القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم: کتابفروشی مفید، ۱۴۰۰ق.
- _____، اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة، قم: داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، مسالک الافهام، چاپ اول، قم: المعارف، ۱۴۱۳ق.
- شیرازی زنجانی، سیدموسی، «مقاله انصراف»، ۱۳۹۳،
- <http://www.zanjani.ir/index.aspxpid=99&articleid=70668>
- صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهرالکلام، بیروت: دارالاحیاء التراث، ۱۴۰۶ق.
- صدر، محمد باقر، الدروس (شرح الحلقة الثانية)، کمال حیدری، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۴۲۸ق.
- صدیق سروسرستانی، رحمت‌الله، جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی، تهران: سمت، ۱۳۷۸.
- طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۸۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة، چاپ سوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- فاضل موحّدی لنکرانی، محمد، القواعد الفقهیة، چاپ اول، قم: مهر، ۱۴۱۶ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، قم: هجرت، ۱۴۱۰ق.
- فقیه، محمدتقی، قواعد الفقیه، چاپ دوم، بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۷ق.
- قائمی، علی، آسیب‌ها و عوارض اجتماعی، ریشه‌یابی، پیشگیری، درمان، چاپ دوم، تهران: امیری، ۱۳۷۷.
- کلاترزی، علی‌اکبر، «انصراف و نقش آن در استنباط»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، س ۴۴، ش ۲، ۱۳۹۰، صص ۱۱ تا ۳۱.
- کلینی، محمدبن یعقوب، اصول کافی، چاپ اول، قم: دارالحدیث، ۱۴۲۹ق.
- کی‌نیا، مهدی، مبانی جرم‌شناسی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- گلپایگانی، محمدرضا، مجمع المسائل، چاپ چهارم، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۳۷۲.

- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، بحارالانوار، بیروت: الوفاء، ۱۴۳۳ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۴.
- مصطفوی، محمد کاظم، مائة قاعدة فقهیه، چاپ چهارم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۱ق.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ چهارم، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ چهارم، تهران: ادنا، ۱۳۸۶.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ق.
- ناظر، مینا، روان پزشکی افراد غیر عادی و بیماران روانی، چاپ چهارم، تهران، انتشارات شرق، ۱۳۷۶ش
- نائینی، محمد حسین، اجودالتقریرات، چاپ اول، قم: عرفان، ۱۳۵۲.
- _____، فوائد الاصول، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت نراقی، ۱۴۱۹ق.
- _____، عوائد الایام، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- یثربی، سید علی محمد، «قاعدة اذن، کلیات و تعاریف»، مجله پژوهش های فقهی، س ۱، ش ۱، ۱۳۷۴، صص ۱۲۷ تا ۱۵۲.



The paradigms that govern the concept of right

A study of the approach of jurisprudence and jurists of Islam

Dr. Mehdi Rezaei, Assistant Professor Allameh Tabataba'i University (corresponding author)

Email: m.rezaei@atu.ac.ir

Dr. Mohsen Ghaemi Kharq, PhD student in Public Law, Allameh Tabataba'i University

Abstract

Right is a meaningful, logical and justified category in the field of human issues and related to his dignity and honor and has been understood in a range of different and sometimes conflicting theories. Depending on the paradigms that are not generally discussed, these jurisprudential theories have considered the concept of right to be inferior or higher than the ruling.

Leading research seeks to analyze the causes and factors of developments occurring to the understanding of jurists on the subject of truth. In fact, the fatwa approach in jurisprudence (in the general sense) as a well-formed and common identity that presents the correct criterion and introduces the traditional and technical way in the atomic jurisprudential propositions (subject and ruling), recognizes the dignity of the fatwa in the meaning of truth. It is a static concept but influenced by several paradigms such as: the meaning of man, the presuppositions involved in understanding the texts (such as rational propositions, intentions, the scope of expectation from religion, etc.), nature, independent approval of truth, and also the possibility of emptiness of the event from the verdict. This article uses analytical descriptive and library methods to identify areas and their impact on differences in understanding of truth.

Keywords: concept of truth, Islamic jurisprudence, paradigms governing the interpretation of truth, nature of truth.



پارادایم‌های حاکم بر مفهوم حق (مطالعه رویکرد فقه و فقهای اسلام)

دکتر مهدی رضایی (نویسنده مسئول)

استادیار دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

Email: m.rezaei@atu.ac.ir

دکتر محسن قائمی خرق

دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

چکیده

حق مقوله‌ای معنادار و منطقی و موجه در گستره مسائل انسانی و مرتبط با منزلت و شرافت اوست و در طیفی از نظریات متفاوت و گاه متعارض فهم شده است. این نظریه‌های فقهی بسته به پارادایم‌هایی که عموماً از آن سخن گفته نشده است، مفهوم حق را از جنس فروتر یا بالاتر از حکم دانسته‌اند. تحقیق پیش‌رو در صدد تحلیل علل و عوامل تحولات عارض بر فهم فقها در موضوع حق است. درحقیقت، رویکرد فتوایی در فقه (به معنای عام) به عنوان هویتی کاملاً شکل یافته و رایج که معیار درستی را حجیت و در پیمایش طریق سنتی و فنی در اتم گزاره‌های فقهی (موضوع و حکم) معرفی می‌کند، شأن فتوا را متوجه معنایی از حق می‌داند که عمدتاً مفهومی است ایستا ولی متأثر از پارادایم‌های متعددی چون: معنای انسان، پیش فرض‌های دخیل در فهم نصوص (نظیر عقلانیت گزاره‌ای، مقاصد، گستره انتظار از دین و...)، فطرت، جعل استقلالی حق و نیز امکان خلو واقعه از حکم. این نوشتار به روش توصیفی تحلیلی و کتابخانه‌ای به شناسایی زمینه‌ها و تأثیر آن‌ها بر تفاوت فهم از حق می‌پردازد. واژگان کلیدی: مفهوم حق، فقه اسلامی، پارادایم‌های ناظر به تفسیر حق، ماهیت حق.

مقدمه

«حق» از مفاهیم برجسته در دانش حقوق است که بسیاری از مباحث حقوقی بر آن مبتنی است. در کنار اهمیت مفهومی و مصداقی حق، اختلافات بسیاری در تاریخ دانش حقوق، درباره مفهوم حق، گستره، منبع و همچنین تاریخ آغاز آن درگرفته است. به نظر می‌رسد بتوان ریشه‌ها و علل تحول و اختلاف و دگرپرسی در مفهوم حق را تحت عنوان پارادایم‌های ناظر به مفهوم حق تحلیل کرد. این پارادایم‌ها مبانی اختلاف میان رویکردهای اشعری و اعتزالی در فلسفه حق و رویکردهای فقه امامیه و عامه در فهم حق را روشن می‌سازد. بنابراین می‌توان پرسش اصلی تحقیق را چنین مطرح ساخت: مفهوم حق در ساحت فقه از چه پارادایم‌هایی پیروی می‌کند؟ با نگره پیش‌رو، بی‌آنکه در پژوهش‌های پیشین سابقه داشته باشد، نخست به مفهوم حق در مدارس فقهی امامیه و عامه می‌پردازیم و سپس ترتیب پارادایم‌های حاکم بر مفهوم حق را از حیث دلالت مفهومی و دلالت مصداقی بررسی می‌کنیم.

۱. مفهوم حق^۱ در مدارس فقهی

گذشته از دیدگاه‌های قائل به تعریف‌ناپذیری مفهوم حق، فقها رویکردهای متفاوتی در تعریف حق داشته‌اند که از جمله آن‌ها می‌توان به مسلک‌های زیر اشاره کرد:

۱. حق عبارت از سلطنت بر فعل است، اعم از اینکه به عین یا عقد یا شخص یا غیر آن تعلق گیرد (انصاری، ۲۰؛ خونی، ۳۳۳).

۲. حق ملکیت نارسیده (غیرناضجه) و از ضعیف‌ترین مراتب ملکیت و تحت عنوان اختصاص است (یزدی، ۵۴).

۳. حق امری کلی است که آثاری، از جمله سلطنت، داشته باشد (آخوند خراسانی، ۶).

۴. حق حکم ثابت شرعی یا امری است که شرع به استحقاق آن، حکم داده باشد (زحیلی، ۲۲/۳).

۵. حق مصلحتی است که [شخص] شرعاً مستحق آن است (رافعت عثمان، ۱۳).

۶. حق رابطه اختصاصی میان صاحب حق و مصلحت است (زحیلی، ۲۳/۳).

۷. حق چیزی نیست جز همان حکم یا فعلی که متعلق حکم است (الأسطل، ۸؛ قراقی، ۱۷۹/۱)؛ [لذا] هیچ

حکم شرعی‌ای خالی از حق الهی نیست و این همان جهت تعبد است (شاطبی، ۳۱۷/۲).

در خصوص این تعاریف باید گفت برخی از آن‌ها شرح الاسمی است که غبار ابهام از ذات حق نمی‌زداید؛ از جمله تعریف حق به آثاری همچون اختصاص یا تعریف حق به سلطنت. در تعاریف دیگر نیز حق به ملک و مراتبی از ملک تعریف شده که چنین الگویی نیز به دو دلیل نمی‌تواند تبیین‌کننده ویژگی‌های ممیز حق باشد: ۱. چنین

1. Conception of right.

تعریفی از قبیل تعریف متباین در ذیل متباین است؛ چه آنکه متعلق حق افعال است، درحالی که ملکیت، افزون بر افعال، به اموال نیز تعلق می گیرد و چنین نیست که حق جنبه خفیف تر ملکیت و قسمی از این مقسم باشد؛ ۲. خود مفهوم ملک، که حق با آن تعریف شده، چندان روشن نیست و به نسبت میان مالک و مملوک یا سلطه مالک بر مملوک یا علقه خاصی که منشأ سلطنت مذکور است (یزدی، ۵۴) معنا شده. از این رو واژگان سلطنت و ملکیت و حق همواره در تعریف یکدیگر استفاده می شود.

نوشته حاضر در پی ارائه نظریه ای دقیق و بی پیرایه در خصوص مفهوم حق نیست، بلکه در پی یافت و تحلیل پارادایم های حاکم بر مفهوم حق است؛ اما ذکر این نکته خالی از فایده نیست که می توان نقد و تحلیل های پیشین را نشان دهنده نیافتگی مفهوم ذاتی حق از نوع حد و رسم منطقی دانست. در حقیقت، ارائه تعریف منطقی کلی که واجد شرایط تام و مطلق تعریف منطقی باشد یا اصطلاحاً جامع و مانع باشد،^۱ در عالم حقوق، لازم نیست و همین که تعریف بتواند ابعادی از مقوله را روشن سازد یا معیار و ضابطه تشخیصی به دست دهد، کافی است (Walker, 1973; Planetey, 31)؛ هرچند در قالب حد تام نباشد و بیانگر تمایز عرضی باشد.

نیافتگی مفهوم اصطلاحی حق به این معناست که «تعریف اصطلاحی آن از راه حدگذاری و تحدید ماهوی ممکن نیست، بلکه نیازمند تنبیه است. این از آن روست که حق به معنای مصطلح از مفاهیم است؛ آن هم از مفاهیم اعتباری در اجتماع و نه در منطق. اگر حق ماهیت بود و دارای حد و رسم، آنگاه تحدید یا ترسیم پذیر بود» (جوادی آملی، ۷۵). به تعبیر دیگر، حق از معقولات ثانی فلسفی است؛ یعنی مفهومی که اتصافش خارجی و عروضش ذهنی است و نمی توان از آن ماهیت فهمید (جوادی آملی، ۳۲۳ تا ۳۲۴؛ همو، ۴۲۳/۱).

محقق اصفهانی ادله متعددی برای اثبات وجود اعتباری حق مطرح می کند؛ از جمله اینکه اگر حق عرض فلسفی (وجودی حقیقی) باشد، باید مطابقی در اعیان خارجی یا حیثیتی از وجود خارجی داشته باشد؛ حال آنکه هرکس صاحب حق می شود، با زمانی که صاحب حق نبوده است، هیچ تفاوتی به لحاظ وجودی نمی کند (اصفهانی، ۲۳/۱).

در ناحیه اعراض اگرچه ممکن است شخص اشتباه کند، چون عرض نوعی وجود خارجی دارد، تفاوت در انتظار وجود ندارد؛ اما برخی آن ها را در حق اعتبار می کنند و برخی اعتبار نمی کنند. همچنین ممکن است امری به عنوان حق در عرف اعتبار داشته باشد، ولی شرع به آن اعتباری ندهد. علاوه بر این، عرض نیازمند موضوع است تا تحقق یابد؛ حال آنکه فقها به بعضی حق ها که موضوع خارجی ندارد نیز قائل اند؛ مانند حق دریافت زکات توسط فقیر، هرچند فقیری وجود نداشته باشد. همه این ها نشان می دهد حق امر عرضی یا انتزاعی از خارج نیست. بنابراین به لحاظ اثباتی، باتوجه به تعدد دارنده حق و موضوع حق، روشن می شود این روابط اعتباری اند (حکمت نیا، ۸).

حق به اعتبار جای داشتن در زمره مفاهیم اعتباری، واجد ویژگی‌هایی است:

۱. تابع احساس و خواست اعتبارکننده است و در نتیجه به جهت عدم وابستگی به خارج، تغییرپذیر است؛ امری که برای کسی حق است ممکن است برای دیگری ناحق باشد. زمانی ممکن است انسان دارای حق طبیعی رفتار برابر، محفوظ ماندن حرمت و شرافت انسانی و آزادی وجدان و بیان انگاشته شود و زمانی تنها واجد تکلیف تبعیت از دولت.

۲. این مفهوم یکسره از نیستی سر بر نیاورده است. وجود حق مالکیت منعکس کننده حقیقت نیاز به مایحتاج زندگی است؛ حق زوجیت بر حقیقت نیاز جنسی استوار است. از طرفی ماده اولیه اعتبار حقایق است. اعتبار ریاست شوهر در خانواده و ام‌دار حقیقت «رأس» است.

۳. واجد اثری واقعی است؛ چنان‌که وجود نظام حقوقی واقعیتی خارجی است که می‌توان آن را اثر حقیقی برخی مفاهیم اعتباری دانست.

۴. با برهان ارتباطی ندارد؛ چون صدق و کذب درباره اش جاری نیست. بنابراین تقسیم‌بندی‌های مفاهیم حقیقی به بدیهی و نظری یا محال و ممکن در خصوص مفاهیم اعتباری صدق نخواهد کرد. با این وصف، به لحاظ متافیزیکی وجود هر حقیقی نه ضروری است و نه محال؛ همان‌طور که نه بدیهی است و نه نظری (طباطبایی، ۱۳۳۷/۲). به بعد، به نقل از: باقری، (۳۳).

بنابراین محکی مفهوم حق سنخ ماهیت نیست؛ بلکه حقیقتی است که ذهن آن را با مقایسه کردن واقعیت‌ها می‌سازد و آن واقعیت را به آن مفهوم متصف می‌کند؛ به‌طوری‌که ذهن ظرف عروض و جهان خارج ظرف اتصاف آن قرار می‌گیرد.^۱ این واقعیات نیز عبارت‌اند از موجود و غایت مطلوب. بر این اساس، «حق هر موجودی متناسب با هویت آن موجود است و هرگاه از حق انسان سخن به میان می‌آید، مقصود حقوق متناسب با هویت اوست» (جوادی آملی، ۳۵). «در حقیقت، حقوق انسان مطابق بود [شایستگی] اوست و لازم تعیین حق برای هر موجودی هستی‌شناسی اوست» (همان، ۱۶۷).

۲. پارادایم‌های حاکم بر مفهوم حق: دلالت‌های مفهومی

پارادایم^۲ اصطلاحی است که در فلسفه علم به کار گرفته می‌شود و مقصود از آن اصولی است که بر بینش ما درباره چیزها و جهان حکومت دارد (مورن، ۱۶). بر اساس ایده توماس کوهن، پارادایم آن چیزی است که اعضای هر

۱. البته این به معنای اعتباری و قراردادی محض نیست؛ به بیان دیگر، حق، هرچند مابازای خارجی ندارد، منشأ انتزاع خارجی دارد. از همین جاست که تفاوت اساسی منشأ حق نزد فلاسفه اسلامی و اندیشمندان پوزیتیویست روشن می‌شود؛ چراکه پوزیتیویست‌ها هیچ منشئی جز قرارداد انسانی در عالم واقع برای حق قائل نیستند و بدین ترتیب آن را امری نسبی می‌پندارند؛ نسبیتی که هیچ‌گونه نسبیتی با واقع ندارد (جاویدی، ۱۳۵؛ حسینی، ۴۶).

2. Paradigm.

جامعه علمی با هم و هرکدام به تنهایی در آن سهیم اند. مجموعه‌ای از مفروضات، مفاهیم، ارزش‌ها و تجربیات که روشی را برای مشاهده واقعیت جامعه‌ای که در آن سهیم‌اند، ارائه می‌کند (کوهن، ۱۸۱). در نظر کوهن، پارادایم چارچوبی را فراهم می‌سازد که دانشمندان برای حل مسائل علمی در آن محدوده استدلال کنند. کوهن تئوری جاری را پارادایم نمی‌نامد؛ بلکه جهان‌بینی موجود را که آن نظریه در قالب آن شکل گرفته و همه کاربردهایی را که از آن حاصل شده است پارادایم می‌نامد. این مجموعه قضایا، به عنوان مبانی بنیادین نزد یک اندیشمند، چگونگی فهم و تبیین و تفسیر جهان را در اندیشه وی توضیح می‌دهد (خیری، ۸)؛ به گونه‌ای که اگر تصور دانشیان از دانش خاص، که یک پارادایم است، عوض شود همه نظریات آن علم دستخوش تغییر خواهد شد (شفیعی، ۳۴۰). پارادایم‌ها عموماً به عنوان اصولی تاریخی، برخلاف نظریات، برهان‌پذیر یا به تعبیر دقیق‌تر نیازمند اقامه برهان نیستند (مبلغی، ۱۴۰).

نگاه پارادایمی به مفهوم حق به این معناست که در مقاطع مختلف سیر اندیشه در باب این موضوع، الگوهای متفاوت و گوناگونی برای فهم و درک شکل گرفته است. این الگوها مفروضات بنیادینی را شامل می‌شوند که پاسخ‌های اندیشمندان در ذیل آن‌ها معنا می‌یابد (میراحمدی، ۳). در واقع، این مبانی «شرط تحقق» مفهوم حق است و عمده‌ترین دلیل تفاوت نظام‌ها و مکاتب حق را باید در همین دلالت بنیادین خاص آن نظام‌ها و مکاتب جست‌وجو کرد. با یک استقرای ناقص می‌توان این مبانی را این گونه برشمرد: معرفت‌شناسی، هستی‌شناسی، انسان‌شناسی، دولت (مدینه)‌شناسی، ارزش‌شناسی و فرجام‌شناسی (منوچهری، ۵). البته این فهرست حصر و بسندگی ندارد و با استدلال می‌توان از آن کاست یا به آن افزود. به هر روی، اکنون می‌توان گفت حق سنتی، حق مدرن و تحول از معنای نخست به معنای دیگر، متأثر از پارادایم‌هایی در خصوص انسان، متن، ایمان و... بوده است و ثبات یا تغییر این مفهوم در ثبوت یا تغییر پارادایم‌ها ریشه دارد. بنابراین تا زمانی که پارادایم‌های حاکم بر مفهوم حق فهم نشود، در تفسیر صحیح مفهوم حق، طرفی نمی‌توان بست.

۳. پارادایم‌های حاکم بر مفهوم حق: رویکرد مصداقی

۳.۱. مفهوم و جایگاه انسان

جدال بر سر مفهوم حق جدالی برخاسته از تعریف انسان است؛ مناقشات معنوی و دنیوی مینوی/مفهومی و تاریخی در فهم انسان به مثابه یک نگره معنایی، مفهوم حق را بسیار متأثر ساخته است. بر همین اساس، عوض کردن حقوق بشر، مستلزم دگرگون کردن تعریف آدمی است و این دگرگونی امری کوچک و آسان نیست. بنابراین با تعریفی خاص از انسان، حقوقی خاص برای وی شکل خواهد گرفت. برای نمونه، عزیمت و تحویل پارادایم‌های

ایدئولوژیک و ارزشی درباره مفهوم انسان به تعریف بیولوژیک انسان، رأس هرم حق‌ها را از حق رستگاری و کمال^۱ تهی می‌سازد. نیز در رویکرد پیشامدرن به مفهوم حق، سخن از حق‌های تعریف‌شده با مرزهای ازپیش تعیین شده است (قاری سیدفاطمی، ۵۱)؛ ولی پس از تحول، اختصاص حق به فرهنگ یا جامعه مؤمنان یا زمان خاص از میان می‌رود و «مؤمن بودن نه مقتضی چیزی بیش از انسان بودن است و نه چیزی کمتر از انسان بودن را اقتضا دارد؛ بلکه مؤمن بودن همان انسان بودن است» (کونگ، ۲۵۳۰).

می‌توان در خصوص این تمایز چنین سخن گفت که در رویکرد نخست به انسان، به هنجارهای فارق‌بنیاد توجه می‌شود، درحالی‌که رویکرد بیولوژیکی به انسان، درصدد ارائه فهرست اطمینان‌آوری از اشتراکات انسانی با هم‌روی و پذیرش دید استعلایی به جای نگره استعبادی به انسان است.^۲

افزون بر تحولات در بینش فلسفی درباره انسان، جایگاه انسانی نیز متأثر از استعاره‌های متعددی است. از جمله، تمثیل قدرتمند «بندگی و بردگی» در فهم‌شناسی اسلامی و دستگاه عمومی فقه بسیار مؤثر بوده است. شهید صدر (۱۳۵۰-۱۴۰۰ق) مبتنی بر موازنه «مولویت» و «حق الطاعة» می‌نویسد: «مولویت عبارت است از حق الطاعة، و عقل حق الطاعة را به ملاک خاصی چون شکر منعم، خالقیت یا مالکیت، درک می‌کند. حق الطاعة مراتبی دارد که هر چه ملاک قوی‌تر باشد، حق الطاعة وسعت بیشتری خواهد داشت... گاهی منعم بودن چنان وسیع است که نه تنها در خصوص تکالیف معلوم، بلکه حتی در تکالیف محتمل و ظنی نیز حق الطاعة ثابت می‌شود» (صدر، ۳۹). در این نظریه، حق در ارتباط با مولا ارتباط می‌یابد و عباد در مواجهه با احکام صادرشده از شارع، نباید هیچ توجهی به مناسبات عقلایی جامعه داشته باشد و باید تنها، شخصیت مولا و کمال احترام به او را در نظر بگیرد (الهی خراسانی، ۱۷).

در نظریه شهید صدر، بنابه اقتضانات کلامی و اصولی، اولویت عقلی با تکالیف است و مناطق الفراغ شریعت با احکام مولوی شرعی پر می‌شود. در حقیقت، کسانی که از اصالة الحظر یا حق الطاعة سخن می‌گویند، جای کمی برای حقوق قائل‌اند و آن را به حکومت واگذار می‌کنند و اگر سخن از حق و حقوق می‌کنند، بیشتر ناظر به حقوقی است که از ناحیه حکومت به فرد یا مردم داده می‌شود؛ درحالی‌که «در رویکرد نائینی به مفهوم حق، خداوند انسان را چنان موجودی آفریده است که آزاد و مختار و مسئول است و جهان را به عنوان موقوف که اصل آن غیرانتقال ولیکن منافعش مختص انسان است، چونان ملک غیرطلق به انسان وانهاده و گویی مثل هر فرآیند معمول وقف، برای همیشه از مالکیت خود خارج و رها کرده و به تملیک انسان آزاد درآورده است» (فیرحی، ۲۲۰).

۱. تصور هرمی می‌تواند به معنای گونه‌ای سلسله‌مراتب هنجاری و نه ترتب هنجاری مدنظر باشد؛ به این معنا که حق بنیادین در رأس این سلسله قرار دارد و حق‌های ذیل آن تنها در صورتی موجه خواهند بود که در تعارض با حق کلان قرار نگیرد.

2. Kung, 530.

۳. همان طور که آکویناس و بعدها اسپینوزا تلاش کرده است با استفاده از تعریف منطقی فلسفی انسان به جنس و فصل و عرض و بررسی اشتراکات انسان با جسم و حیوان، به قواعد یکسان دست یابد.

در برابر شخصیت‌گرایی، تئوری «اعتبار قانونی» پوششی در گزینش میانه‌راهی بین قبح عقاب بلایان و سیاق حق الطاعه است. طبق این دیدگاه، راه بر «مشروعیت حق نهاد و تکلیف نهاد توسط دولت عقل» گشوده می‌شود و ارتکاز شخصیت‌گرایی در اذهان اندیشمندان به قانون‌گرایی تغییر سیاق می‌دهد. توسعه عقلانیت در تحلیل «سازه‌های محتمل» به یکی از دو طرف «حق» یا «تکلیف» سیر منطقی در خورتوجهی را می‌پیماید. به این معنا که ارزشمندی احتمال نه بر اصالت اباحه استقرار می‌یابد و نه بر وجه حظر و شخصیت‌گرایی قانون‌گذار، بلکه بر اساس تحلیل عقلایی احتمال، توسعه می‌یابد. نظریه اعتبار قانونی بر این باور است اگر ارزش احتمال و محتمل هر دو قوی باشد، خاصیت بشری و تکوینی انسان، که ارتکاز عقلایی نیز بر همین اساس است، این حالت را جانشین علم قرار می‌دهد. اگر احتمال قوی باشد و ارزش محتمل ضعیف، احتمال قوی کم‌ارزشی محتمل را جبران می‌کند و شخص برانگیخته می‌شود و همچون علم با آن رفتار می‌کند. همچنین اگر محتمل پرارزش و مهم و احتمال کم‌ارزش باشد، شخص به انجام آن مانند علم وادار می‌شود (الهی خراسانی: ۲۱۴).

۳.۲. پیش‌فهم‌ها از متون دینی

۳.۲.۱. باورهای بنیادی،^۱ میانه‌ای^۲ و حاشیه‌ای^۳

بر پایه دخالت عقلانیت ابزاری در دین، چنین تقسیم‌تربیتی‌ای از باورها ارائه شده است: باورهای بنیادی، میانه‌ای و حاشیه‌ای. باورهای میانی، پس از باورهای بنیادی (اعتقاد به آفریدگار و پیامبر و معاد) و مقدم بر باورهای حاشیه‌ای است. در این رسته از باورها، عقلانیت نظری کمتر و عقلانیت عملی برجسته‌تر است. در این هرم، باورهای بنیادی، مبتنی بر عقلانیتی برون‌دینی و ادراکات بدیهی و نظری عقلی و پذیرفته نزد همه انسان‌هاست (قربانی، ۷۴ تا ۷۸)، ولی باورهای میانی و بیش از آن، باورهای حاشیه‌ای، کمتر عقلانی و بیشتر متأثر از موقعیت‌های متفاوت، ذهنیت و پیش‌فرض‌های دین‌داران در نحوه فهم است. بر همین اساس، می‌توان نمودی از «تقلیدی، تعبدی و تجربی بودن» را در حق‌های مندرج در این باورها یافت. برای مثال، باتوجه به حجیت قرآن به‌عنوان نص تغییرناپذیر و دارای منشأ الهی، حقوق در زمره باورهای میانی که به آن مستند می‌شوند می‌توانند عقلانیت بیشتری داشته باشند از باورهایی که بر سنت اسلامی مبتنی‌اند؛ زیرا سنت نیز اعتبار خود را از قرآن اخذ می‌کند. همچنین ماهیت حق‌های مندرج در دسته سوم نیز به دلیل ابزاری بودن عقلانیت، نه از قبیل «مقصد»، که در زمره «وسایل» خواهند بود.

۳.۲.۲. تأثیر استنباط بشر در دین

این پارادایم نیز بدون نقد آن، متأثر از تفکیک نهادن میان شیء و تصور از شیء است. محمد قطب می‌نویسد:

1. Fundamental Beliefs.

2. Intermediate Beliefs.

3. Marginal Beliefs.

«آنچه شریعت پنداشته می‌شود، فهم بشر از نص وارد در شریعت است و از این رو خود تشریعی بشری است که زعم قداست نفسی آن می‌رود، تا حدی که بر معارض و منکر آن اتهام خروج از دین انگاشته می‌شود» (۵۶). این کلام گویای باور به دادوستد و دیالوگ مستمر میان معارف بشری غیردینی و معارف دینی است و از عامل انسانی در پشت داده‌های ساختاری کشف‌ناشده تقدیر می‌کند.

بنابر این نظریه، همواره فهمی از دین داوری می‌کند و نه خود دین، و فهم دینی حق برخلاف دین، مقدس نیست؛ همچنان‌که این فهم ممکن است خطا باشد (Hume, 161). در نتیجه می‌توان برای زیست حق در فقه سیاسی، ممانلی با زیست مدرن حق یافت و راه را برای مؤلفه‌های معرفتی مدرن حق هموار کرد.

اما در مقابل، طارق البشری گفته است این تفکیک نمی‌تواند چنین نتیجه دهد که اسلام را «شریعت اجتهادهای بشری بدانیم که به مصلحت دنیوی جامعه توجه دارد؛ زیرا قانون‌گذاری اسلامی با اقرار به وجوب رعایت اقتضائات زمان و مکان و جلب مصالح و دفع مفساد، ملاک شرعیت را اعتراف به احکام منابع اولیه و استنتاج از کلیات آن می‌داند» (توفیق، ۴۹۱ تا ۵۰۹). بنابراین، حق ماهیتی سیال و نامقدس نخواهد داشت.

۳.۲.۳. متن محوری^۱ و شخص محوری^۲

وحی در منابع اسلامی از مقوله قول و گفتار است و خداوند خود را به واسطه زبانی قابل فهم برای بشر، آشکار می‌سازد؛ اما کاتولیک وحی را از مقوله فعل و واقعه می‌داند که خدا برای ارتباط با بشر در قالب یک شخص انسانی (مسیح) تجسد پیدا می‌کند (Bloesch, 47). از جمله تفاوت‌های متن محوری و شخص محوری این است که در اولی امکان تفسیرهای ظاهری و نادرست از متن وجود دارد، همچنان‌که زمینه توجیه برخی نابرابری‌ها به استناد متن وجود خواهد داشت (اسپیلکا، ۷۳۰)؛ اما در دومی، با ورود خدا به قلمرو تجربه بشری، دیگر میان انسان و ایمانش، قضایا و مفاهیم، حاکم نیست؛ بلکه در واقع، «شخص مؤمن همواره احساس می‌کند که با خدا می‌زید» (هیک، ۱۵۵). البته در این رویکرد نیز نظریه نمایندگی و سایه خداوند و مرجعیت تجسیدی مسیح زمینه مشروعیت‌دهی به حق‌ها و سلب مشروعیت از آن را فراهم ساخت.

پیش‌درآمد دیگر با قاعده «اگر F آنگاه FS» به‌خوبی توضیح داده می‌شود. در این قاعده، اگر متن کتب مقدس فعالیت انسانی تلقی شود، به این معنا که الهام معنا از خدا و لفظ از بشر باشد، تاریخ‌مندی نتیجه نخست خواهد بود، به معنای تجلی گفتمان دیالکتیکی با واقعیت‌های عینی زمان در متن (ابوزید، ۱۱۳). نتیجه دوم پذیرش قواعد هرمنوتیک در فهم متن است. زمانی و مکانی دیدن خطابات، خطاب را به‌صورت «ابژه» و «مجهول علمی» درمی‌آورد تا فهمیده شود.^۳

1. Textocentric.

2. Person-centered.

۳. برای مطالعه تفصیلی هرمنوتیک متن و نقد و تحلیل آن، نک: رهبر، ۷۷-۱۰۴.

۳. ۲. ۴. معنایی پیرامون متن: لفظ الهی یا فعالیت انسانی

تلقی کردن آیات به مثابه فعالیت انسانی اقتضانات و استلزامات خاص فعالیت‌های انسانی را در پیش خواهد داشت؛ از جمله دیدن متون دینی در زمینه و به صورت زمانمند (تاریخی)، پیش از متوقف شدن در دلالت‌های سمانتیکی الفاظ. از این رو در این فرض همان گونه که شرفی گفته است: «احکام نازل شده در قرآن مختص حل مشکلات زمان نبوت است که مسلمانان معاصر نباید به شکل و صورت آن تمسک جویند، بلکه باید حکمت آن را بشناسند؛ به ویژه آنکه قرآن، خود بر نسخ احکام به وسیله احکامی دیگر، به جهت رعایت مسئله تدریجی بودن و تطور آن، تأکید ورزیده است» (شرفی، ۱۲۷ و ۱۲۸).

در این رویکرد، عقل آدمی که آفریده خدا برای آدمی است و علم که خداوند انسان را از آن برخوردار ساخته، خود از حقیقت تغییر اساسی حکایت دارد که هیچ پدیده بشری از آن مستثنا نیست و نصوص نیز از آن جمله است (قرضاوی، ۱۵۰). یکی از شخصیت‌های اندیشه‌پرداز نیز نوشته است: «امت تغییر و تحول می‌یابد... امت امروزی غیر از امت دیروز است [و این تغییر و تحول] و لازمه این انسان متغیر و متحول، رهایی از گرایش استصحابی است» (امین‌العالم، ۱۱۸). مراد او از این گرایش این است که به رغم تغییر پارادایم‌های ناظر بر انسان، همان رفتار پیشین و نافی حق درباره او اجرا شود.

۳. ۲. ۵. متن: پارادایم‌های ناظر به تفسیر

در صورت اختلاف اهل اجتهاد در حکم فقهی یک موضوع آیا می‌توان همه آرای مطرح شده را صائب و قابل انتساب به شارع دانست و آن را نظر الهی خواند یا باید گفت حقیقت واحدی وجود دارد و رأی همساز با آن صائب است و مابقی غیر منتسب به شارع؟ به عبارت دیگر، کثرت‌پذیری و پیروی حقیقت از اجتهاد مجتهدان را باید پذیرفت یا یگانگی حقیقت را؟ جمهور اصولیان اهل سنت و عموم امامیه قائل به یگانگی حقیقت‌اند. در مقابل، برخی از معتزله و نیز اشاعره، حقیقت را ماهیتی کثرت‌پذیر می‌دانند (علم‌الهدی، ۷۶۸/۲؛ سبحانی، ۲۲۳/۲).

اشاعره مصالح و مفاسد را در پی حکم الهی، محقق می‌دانند؛ اما معتزله و اصولیان و متکلمان شیعی حکم الهی را مسبوق به مصالح و مفاسد نفس‌الامری می‌شمارند (واعظ‌الحسینی، ۹۷/۲؛ کاسانی، ۲۴۹/۱). بنابراین در حالی که مفهوم حق از منظر مصوبه، تابع مصلحت‌پیشینی نیست، حق و مصلحت مبنای آن، همزاد و مقارن رأی مجتهد است. مصوبه این حق را چنین ترسیم می‌کند: مثلاً معتقدند رفتن به دریا برای فرد، اگر به سلامت خود ظن غالب داشته باشد، مجاز و اگر ظن هلاک داشته باشد ممنوع است و پیش از حصول ظن، حکم شرعی ندارد. حکم شرع تابع ظن فرد است و بعد از حصول ظن معلوم می‌شود. در اینجا مطلوب تحصیل ظن است، نه اباحه یا تحریم (غزالی، ۱۹۳/۲ به نقل از: امیدی، ۲۷ تا ۴۷).

اما در مقابل، با رویکرد تخطئه، اعتقاد به تصویب مستلزم تناقض حق‌هاست (حکیم، ۶۲۰/۱). برای مثال، مجتهدی که با دو دلیل متعارض مواجه است از نظر اهل تصویب میان یک حکم و نقیض آن مخیر می‌شود؛ نیز اگر

مجتهد و مجتهدهای با هم ازدواج کنند و متعاقباً واقعه‌ای رخ دهد که زوجۀ مجتهد به استناد آن نکاح را منحل و زوج مجتهد نکاح را مستصحب و مستمر بداند، زوج حق مطالبۀ حقوق زوجیت دارد و زوجۀ وظیفۀ امتناع از ادای آن‌ها. نظریۀ تصویب، افزون بر تساهل در آموزه‌های دینی، نظیر مدارا با اهل ذمه، زمینه‌ای برای تسامح می‌گشاید. شعرانی می‌نویسد: «چون هیچ‌کس به شناخت همه شئون شریعت توانا نیست، حق ندارد مذهبی را نادرست و اشتباه انگارد و به نکوهش آن بپردازد؛ زیرا راه رسیدن به شریعت پیامبر، فراوان و گوناگون است و هر فقه‌پژوهی بر یکی از آن راه‌ها ایستاده است» (شعرانی، ۲۵/۱).

۳. ۲. ۶. گسترۀ انتظار از دین

ترسیم گسترۀ انتظار از دین به این معناست که باید مشخص کرد آیا دین به تمامی نیازهای آدمی پاسخ می‌دهد یا اینکه صرفاً برای پاسخ‌گویی به بخشی از آن‌ها نازل شده و حقی خارج از دایرۀ شریعت برای وی قائل نیست؟ اندیشه‌های فقها را در سه دسته زیر می‌توان پی‌جویی کرد:

۱. اقرار به شمولیت و انکار منطقه‌الفراغ (نظریۀ اعتدال): طرف‌داران این نظریه از یک سو شمولیت شریعت نسبت به همه وقایع را می‌پذیرند و از طرفی دیگر وجود منطقه‌الفراغ را انکار می‌کنند؛

۲. اقرار به شمولیت و اقرار به منطقه‌عفو و فراغ؛

۳. انکار شمولیت (نظریۀ انعزال). گروهی از طرف‌داران این نظریه حوزه شریعت را به اخلاق فردی و عبادات منحصر کرده و گروهی دیگر شریعت را مسئول بیان اصول کلی و عام، و نه مسائل شکلی و خرد، می‌دانند (حب‌الله، ۲۶۹).

اثر این پارادایم تا بدان‌جاست که گاه موجب می‌شود فقیه برای قراردادن حق‌ها در قلمرو تشریع، از هر کلمه‌ای در نصوص، حداکثر استفاده را به عمل آورد. نوع انتظار از دین، در میزان بهره‌گیری از عقل، به‌عنوان مبنا و منبعی برای ترسیم دایرۀ حقوق و نیز چالش تمثیلی یا حصری بودن حقوق منصوص در اسناد دینی مؤثر است. همچنین، در نگرش حداقلی برخلاف رویکرد حداکثری، معرفت دینی امری بشری تلقی می‌شود و از دیگر معارف بشری تغذیه می‌کند. تعدد تفسیر و برداشت‌ها از متون دینی بر مبنای حداقلی، امری ممکن، ولی طبق مبنای حداکثری، حذف این تکرار و بازگرداندن آن‌ها به وحدت، نه ممکن است و نه مطلوب (سروش، ۶).^۱

۳. ۲. ۷. توجه به اهداف و مقاصد

در نصوص متقدم، تعریفی از «مقاصد الشریعة» به چشم نمی‌خورد و تنها تقسیمات آن بیان شده است؛^۲ اما در آثار متأخران، تعاریف متعددی از این اصطلاح مطرح شده است. ابن‌عاشور با تقسیم مقاصد شریعت به دو دسته کلی و خاص، مقاصد کلی شریعت را همان معانی و حکمت‌هایی می‌داند که شارع آن‌ها را در همه یا غالب

۱. نک: مصباح یزدی، ۱۳۷۸.

۲. نک: غزالی، ۲۸۶/۱.

تشریعات خود در نظر داشته است، به نحوی که مختص نوع ویژه‌ای از احکام شریعت نیست (فاسی، ۱۵۴). علل فاسی نیز مقاصد شریعت را به «غایت شریعت و رازهایی که شارع در هریک از احکامش نهاده» تعبیر کرده است (فاسی، ۳). زحیلی نیز در تعریفی جامع‌تر از دو تعریف پیشین، در کتاب اصول الفقه الاسلامی نگاشته است: «مقاصد شریعت همان معانی و اهدافی است که شرع در تمامی احکام یا قسمت عمده احکام لحاظ کرده است یا همان نهایت و غایت شریعت و اسراری است که شارع برای هر حکمی وضع کرده و شناخت آن امری ضروری برای همگان است: برای مجتهد هنگام استنباط احکام و فهم متون، و برای غیرمجتهد به جهت شناخت اسرار قانون‌گذاری» (زحیلی، ۱۰۱۷).

برخی از دانشیان به جهت تحفظ بر اسناد دینی، از توجه به مقاصد شریعت بازمانده‌اند؛ برخی دیگر، با محور قراردادن نصوص، مقاصد عام شریعت، از قبیل ایجاد عدالت و آزادی، را نیز مدنظر قرار داده و باتوجه به موقعیت زمان و مکان و اقتضای فطرت انسانی، به استنباط احکام پرداخته‌اند (علیدوست، ۳۶۶/۲؛ صاحب‌جواهر، ۱۵/۱۵). دسته سومی با معیار قراردادن و مقدم دانستن مقاصد کلی شرع، نصوص متعارض با مقاصد را اجرا نمی‌کنند (ملکیان، ۱۰۰).

بازخوانی فتاوا و اظهارات رسمی و علنی آخوند خراسانی موجب تقویت این نظر است که اجتهاد شیعی می‌تواند بر محور اصول عقلانی عدالت و کرامت بشری انجام شود؛ به این معنی که برای به‌دست آوردن احکام شرعی، اصول مزبور در طول دیگر دلایل قرار گیرند نه در عرض (محقق داماد، ۱۰). شهید مطهری نیز اصل عدالت را در طول قواعد فقهی می‌داند و نه در عرض آن‌ها (مطهری، ۱/ ۵۲). به تعبیری دیگر، عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلولات. نه این است که آنچه دین گفت عدل است، بلکه آنچه عدل است، دین می‌گوید. این معنی مقیاس بودن عدالت است برای دین (همان، ۱۴). تأثیر این بازخوانی در یافت مباحث حقوق بشری نسبت به اقلیت‌های دینی مطرح است.^۱ همچنین ملاعبدالرسول کاشانی (۱۲۸۰-۱۳۶۶ق) نیز در رساله توجیه مشروطه خود به نام انصافیه، تمکین به مشروطه را تمکینی عقلی می‌داند؛ از آن‌رو که معنای مشروطیت، عموماً، جز تمکین به عدالت نیست (زرگری‌نژاد).

مغنیه در این خصوص می‌نویسد: «کسی که با آیات و احادیث سروکار داشته باشد، متوجه می‌شود که شریعت اسلامی بر چند پایه بنیان نهاده شده است: ... احترام به آرا و عقاید...، عدالت...، برابری همه مردم...» (مغنیه، ۳۷۰/۲).

البته دستگاه ارزشی فقیه، تلقی‌های انسان‌شناسانه او، دیدگاه او درباره آزادی و خودمختاری انسان و سلطه آدمی بر جان و تن خویش هم بخشی از عناصر دستگاه اجتهادی است. اهمیت دادن به این عناصر و ترسیم جایگاه مناسب

۱. درخشش مفهوم حق در تعابیر اندیشمندان، دقیقاً در مفهومی به نام «عدل و انصاف» است. طهطاوی می‌نویسد: «آنچه را که ما آن را آزادی [حق] می‌دانیم و بدان رغبت داریم عین آن چیزی است که نزد ما بدان عدل و انصاف اطلاق می‌شود» (بلقزیز، ۱۹).

برای آن‌ها سبب می‌شود تا روش مقاصدی به منبعی برای تحدید و تصبیق حق‌ها تبدیل نشود. پس فقه مقاصدی، به‌عنوان یک روش، هم می‌تواند محدودکننده آزادی‌های فردی باشد و هم توسعه‌دهنده آن. البته این خاصیت باور مقاصدی، با ابزار دیگری در دستگاه استنباطی فقه مهارشدنی است. دانشیانی که به اصل اباحه و خودمختاری انسان باور نداشته باشند، با همان رویکرد لفظ‌گرایی و نص‌گرایی نیز دامنه حق‌های انسان را محدود می‌کنند.

۳.۳. فطرت

فطرت در مقابل امور اکتسابی و به‌معنی آن چیزی است که نوع خلقت و آفرینش انسان اقتضایش را دارد و بین همه انسان‌ها مشترک است (جوادی آملی، ۲۳). خصلت اصلی فطرت فراگیری و همگانی بودن آن و نیز در این است که چون بینش و گرایش انسان متوجه هستی محض و کمال مطلق است، از ارزش حقیقی برخوردار بوده و ملاک تعالی اوست. در مقابل، رویکرد اجتماعی به انسان یا اعتقاد به تاریخی‌بودن انسان فطرت را نفی می‌کند و هویت انسان را سیال نشان می‌دهد. رویکرد نخست تطابق دستگاه تشریع با دستگاه تکوین یا فطری‌بودن حق‌ها را جزو روح حاکم بر شریعت می‌داند (رحمانی، ۲۵ تا ۴۸). همچنین نظریه فطرت در تعیین حدود آزادی و حق نیز می‌تواند نقشی شایان داشته باشد. در همین راستا باید گفت که اگر مبنای تعیین حدود حق و آزادی، من سفلی یا طبعی باشد، به‌دلیل تفاوت طبایع افراد، نمی‌توان به اصول ثابت و فراگیر در این زمینه دست یافت؛ ولی اگر بر اساس من علوی و فطری، ملاک برای حدود آزادی و حق، به دست بیاید، حدود مقبولی برای اصل آزادی حاصل خواهد شد. برخلاف نگاه فطرت‌گرایانه به حق، تقید به «طبع»، نتیجه‌ای جز سرکشی و به‌خدمت‌کشاندن دیگران ندارد. همچنین مقدم‌داشتن حق بر تکالیف، به‌لحاظ جایگاه‌های مساوی آن دو در فطرت بشری، توجیه‌ناپذیر است.

۳.۴. ماهیت حق

از جمله مباحث فلسفه زبان در خصوص مفهوم حق در متون کهن اسلامی این است که آیا حق مجعول شرعی است و استقلال دارد یا خیر.

حق ممکن است منتزع یا مستقل پنداشته شود. اگر حق در فقه، به سلطه‌ای مجعول (قراردادی) معنا شود، امتیازی خواهد بود که مقامی همچون خداوند یا سلطان به انسان لطف کرده است؛ حال ممکن است لطف شارع در اعطای حق شامل برخی شود و برخی دیگر را شامل نشود؛ چنان‌که شیخ طوسی نوشته است کافر ذمی به‌ضرر مسلمان، از حق شفعه برخوردار نمی‌شود (طوسی، ۱۳۹/۳). اما برخی دیگر تحلیل کرده‌اند که حق در معنای غیر مجعول، یعنی حق در معنای عدالت، لازمه دیدگاه تساوی در حقوق است (تساوی ریاضی گونه)؛ برخلاف حق مجعول، که به‌طور غالب در تاریخ فقه و حقوق به‌صورتی نامساوی توزیع شده است (تساوی هندسی).

درون رویکرد مجعول نیز برخی نظیر شیخ انصاری با تحویل اصالت شرع به «تکالیف»، حق‌ها را مجعولاتی شرعی و احکام وضعی، از قبیل حق، را منتزع از تکالیف می‌دانند (۱۲۵/۳). برخی نیز نظیر آخوند خراسانی، فی‌الجمله برای احکام وضعی قابلیت جعل استقلالی قائل‌اند (آخوند خراسانی، ۴۵۹؛ خمینی، ۲۸/۴).

رویکرد استقلالی به جعل حق با حق‌گرایی همسوتر است؛ زیرا در تحدید مفهوم و تعیین مصادیق آن، جز در مواقع خاص، به عرف عقلا مراجعه می‌شود، در حالی که لازمه شرعی دانستن آن رجوع به شارع در تعریف و مصادیق و تحدید حق به‌طور کلی است.

۳. ۵. مرتکزات عقلا در توسعه مفهوم حق

در حجیت مرتکزات ذهنی عقلا، استدلال، تکرار رویه‌ای و حتی بنابر نظر متأخران از جمله امام خمینی (۱۲۳/۲)، اتصال به عصر معصوم و امضای شارع یا عدم ردع او نیز لازم نیست. از این‌رو ارتکاز عقلایی در هر زمان و جامعه‌ای استقرار یابد، گرچه در این زمان‌های متأخر، در برابر دید معصوم و مورد تأیید است.

تحلیل ماهیت کنش امضای حق‌ها نیز بر مفهوم حق اثر دارد. توضیح اینکه برخلاف نظریه رایج، به نظر می‌رسد امضا صرف اخبار از عرف و سیره عقلا و به معنای واگذاری آن امر به عرف نیست؛ بلکه در چنین نمونه‌هایی، شارع انشایی مماثل حکم عرف داشته و ارشاد صرف به حکم عرف نیست. تحدید و تقیید برخی از حق‌ها دلیل بر این ادعاست که موضع شارع درباره کار عرفی عقلایی، لایشرط نیست. هویت این کنش مانع از آن می‌شود که با تغییر عرف، حکم از میان رود؛ مگر آنکه اثبات شود عرف سابق مقوم موضوع بوده و امضای شرع مقید به آن ظرف زمانی خاص بوده است.

بنابراین به‌طور کلی رواج عرفی و سیره عقلا حیثیت تقییدی برای احکام امضایی محسوب نمی‌شود تا با از دست‌دادگی رواج عرفی و سیرگی در بستر زمان، حکم متروک شود؛^۱ نظیر جواز برده‌داری که حیثیتی تعلیلیه نیز در آن نهفته نیست. نهایت اینکه می‌توان این پیوستار را از نوع قضیه حینیه و رواج عرفی را ظرفی برای امضا دانست. در حقیقت، علت امضا رواج عرفی نیست، بلکه مصلحتی در آن نهفته است که شارع آن را صحیح دانسته است. از این‌رو اگر سیاق امضای شارع آن‌گونه باشد که برای همیشه، تا روز رستاخیر، امضایش کرده باشد، چنین خواهد بود؛ همچنان‌که اگر قید توقیت در آن باشد، عکس آن برقرار است.

۳. ۶. امکان خلق واقعه از حکم

واقعه پس از تضارب مصالح و مفاسد، یکی از این وجوه را دارد: یا ذات مصلحت است یا ذات مفسده یا خالی از یکی از این دو ملاک مفروض است که این خود دو قسم دارد: یا رأساً و از ابتدا خالی از مصلحت یا مفسده است یا بعد از تعارض مصلحت و مفسده هر دو متساقط شده و در فرض عدم رجحان یکی بر دیگری، واقعه خالی از هر دو ملاک شده است (قمی، ۱۸۹).

وجه سوم با هر دو قسمش، دو قسم دیگر نیز می‌تواند باشد: گاهی مقتضی برای جعل اباحه برای آن واقعه یافت می‌شود که در این حالت به اباحه مجعول اباحه اقتضایی گفته می‌شود، مانند مصلحت تسهیل امر بر بندگان و

۱. برای دیدن نظر مخالف، نک: محمضانی، ۲۲۷.

اطلاق عنان آنان در این واقعه، و گاهی چنین مقتضی‌ای یافت نمی‌شود و اباحه لاقتضایی است. اشکالی که بزرگانی نظیر کاشف الغطا و نراقی و امام خمینی مطرح کرده‌اند این است که جعل اباحه در اینجا معنا ندارد؛ زیرا وقتی فعل خالی از هر ملاکی باشد، مجالی برای تحقق اراده و کراهت وجود ندارد؛ چون این دو از توابع علم به مصالح و مفاسدند و مصلحت و مفاسده‌ای نیز در بین نیست. لذا جعل اباحه معنا ندارد و اباحه در اینجا عقلی است (خمینی، ۱۸/۲؛ نراقی، ۳۶۸).

اگر بتوان حوزه اباحه (خالی از حکم) را از ملاکات و مناطات موجود در احکام خالی دانست،^۱ این میراث فکری مجهز به عناصری از اندیشه عقلانی است که از منظر هستی‌شناسی، جهان را به دو جهان دینی و غیردینی منقسم می‌داند. جهان غیردینی در این دوگانه، می‌تواند امکان گفت‌وگو با عقلانیت‌های دیگر در مفهوم حق و بهره‌مندی از منابع مادی و غیراستعلایی را تسهیل کند. توضیح اینکه بنا بر این مدعا، از حق دین‌زدایی نمی‌شود و این گونه‌ای از سکولاریزم نخواهد بود؛ بلکه صرفاً از اموری که واقعاً فردینی است دین‌زدایی می‌شود و دین به قلمرو واقعی خود بازگشت می‌یابد. این نیز مقتضای تقسیم کار اجتماعی میان پیامبر درون و پیامبر بیرون (عقل و دین) خواهد بود (نک: فنایی، ۲۷۹ تا ۳۱۲).

نتیجه‌گیری

مفهوم حق، به‌عنوان مفهومی اعتباری، به نظر می‌رسد تحت تأثیر پارادایم‌های اجتهادی گوناگونی قرار دارد: پارادایم معنای انسان، پارادایم‌های مربوط به نص، پارادایم فطرت، پارادایم استقلال یا تبعیت جعل حق و امکان خلو واقعه از حکم.

گرچه فقه اسلامی به تکلیف‌گرایی متهم شده، محتوای مقاله حاضر این اتهام را رد می‌کند. درست است که حق به‌عنوان یک لایه زبانی در لایه‌لای نصوص مطرح بوده و به گفتمان غالب در برخی اعصار فقه اسلامی تبدیل نشده؛ اما این نفی‌کننده این فرضیه نخواهد بود که فقه اسلامی مشحون از حق‌هاست. به هر روی پارادایم‌هایی که در طول این مقاله بدان اشاره شد، بر اثر تحول از یکی به دیگری، گاه فقه اسلامی را به حق‌گرایی و گاه به جانب تکلیف سوق داده است.

این پارادایم‌ها همچنین نشان از آن دارد که مفهوم حق دارای تاریخ است؛ یعنی از خلأ برنخاسته و پارادایم‌هایی، به‌شرح گذشته، وجود داشته که به تکوین آن مفهوم منجر شده است. البته در میان هم‌پرسه‌های فقه سیاسی، سهم برخی اندیشه‌ها درباره حق، بیش از برخی دیگر است. مبنای اصالة الاباحه، به طرزی قریب به مفهوم حق در معنای

۱. البته این نزاع مبتنی بر مجموعه‌ای از مقدمات و مسلمات است، از جمله اینکه اباحه به‌عنوان حکمی مجعول در نظر گرفته شود؛ زیرا در صورتی که اباحه، در هر دو قسم اقتضایی و لاقتضایی، چیزی جز جعل احکام اربعه نباشد، این نزاع بی‌مقصود خواهد بود. در این صورت، امکان خلو واقعه از حکم خواهد بود و بلکه واقع هم شده است (قمی، ۱۶۲).

مدرن، نقطه آغاز را «فرد» تلقی می‌کند و با ذاتی‌پنداشتن حق‌ها، دامنه آن را وسعت می‌دهد؛ اما اصالة‌الحظر به حق‌ها ماهیت اعطایی و تصریحی می‌بخشد؛ همچنان‌که الهیات نجف (در مقابل الهیات سامرا [غالباً]) با تعریف حق به سلطنت و تزریق محتوایی همچون توانایی اعمال انتخاب یا اسقاط آن، یا مفهوم مالکیت درون حق، مبنایی جدی‌تر برای حق‌گرایی بر هم می‌زند.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن حسین، حاشیه‌المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن حسین، کفایة الاصول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ق.
- ابوزید، نصر حامد، نقد گفتمان دینی، ترجمه حسن یوسفی اشکوری و محمد جواهر کلام، تهران: یادآوران، ۱۳۸۳.
- اسپیلکا، برنارد، روان‌شناسی دین، ترجمه محمد دهقانی، تهران: رشد، ۱۳۹۰.
- الأسطل، اسماعیل احمد، حقوق الإنسان فی الشریعة والقانون، مكتبة الامل التجارية للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۹۹۶م.
- اصفهانى، محمدحسین، حاشیه‌المکاسب، به تحقیق شیخ عباس محمد آل سیبغ، قم: چاپخانه علمی، ۱۴۱۸ق.
- الهی خراسانی، علی، «بنگرة شخصیت‌گرایی در اصول فقه و هویت‌یابی نظریه حق الطاعة»، جستارهای فقهی و اصولی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، س ۱، ش ۱، زمستان ۱۳۹۴، صص ۹ تا ۳۴.
- امین‌العالم، محمد، مفهوم الزمن فی الفكر العربی الاسلامی قديماً و حديثاً در کتاب "دراسات فی الاسلام"، بیروت: دارالفارابی، ۱۹۸۱م.
- انصاری، مرتضی‌بن محمد امین، کتاب‌المکاسب، به تحقیق سید محمد کلاتر، بیروت: مؤسسه النور، ۱۴۱۰ق.
- _____، المکاسب، قم: الهادی، ۱۴۱۸ق.
- _____، فرائد الاصول، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.
- باقری، سعید، بررسی تاریخی مفهوم حق، به راهنمایی دکتر حسن جعفری‌تبار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، ۱۳۸۶.
- بلقریز، عبداللہ، الدولة فی الفكر الاسلامی المعاصر، بیروت: مرکز دراسات الوحدة العربیة، منتدى إقرأ الثقافي، ۲۰۰۴م.
- توفیق، خالد، رسالة التشیع فی العالم المعاصر، قراءة فی اطروحة الطباطبائی: الثابت والمتغیر فی حركة الفقه الاسلامی، مؤسسه ام‌القری، ۱۴۱۸ق.
- جاویدی، مجتبی، «حق طبیعی یا حق پوزیتیویستی: بازتعریف مفهوم حق در حقوق اسلامی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، س ۱۶، ش ۲، ۱۳۹۴، ۱۱۵ تا ۱۳۷.
- جوادی آملی، عبدالله، تفسیر موضوعی قرآن کریم، فطرت در قرآن، قم: اسراء، ۱۳۷۸.
- _____، حق و تکلیف در اسلام، قم: اسراء، ۱۳۸۴.

- _____، رَحِیقِ مَخْتُوم، قم: اسراء، ۱۳۸۶.
- _____، فلسفه حقوق بشر، قم: اسراء، ۱۳۷۵.
- _____، جامعه در قرآن، قم: اسراء، ۱۳۸۹.
- حب‌الله، حیدر، شمول الشریعه، بیروت: دار روافد، ۱۴۳۹ق.
- حسینی، عبدالرحیم، رساله‌ای در باب حق و حکم، تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل، ۱۳۸۷.
- حکمت‌نیا، محمود، «نظریه حق از دیدگاه محمدحسین غروی اصفهانی (محقق اصفهانی)»، حقوق اسلامی، س ۹، ش ۳۴، ۱۳۹۱، ۷ تا ۳۸.
- حکیم، محمدتقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، بیروت: دار الاندلس، ۱۹۷۹.
- خمینی، روح‌الله، الرسائل، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- _____، تنقیح الاصول، تقریر: حسین اشتهااردی، تهران: تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ۱۴۱۹ق.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الاصول، به تقریر محمدسرور واعظ الحسینی، قم: داور، ۱۴۱۷ق.
- _____، مصباح الفقاهه فی المعاملات، بیروت: دار الہادی، ۱۴۱۲ق.
- خیری، حسن، «مقایسه پارادایم دینی (اسلامی) با پارادایم‌های اثباتی، تفسیری و انتقادی»، فصلنامه معرفت فرهنگی اجتماعی، س ۱، ش ۴، ۱۳۸۹، ۷ تا ۲۱.
- رأفت عثمان، محمد، الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية فی الاسلام، بیروت: دارالضیاء، بی‌تا.
- رہبر، عباسعلی، «فہم ہرمنوتیکی عقل و دین در ساحت گفتمانی تجدید حیات اسلام»، فصلنامه پژوهش‌های راہبردی سیاست، س ۱، ش ۴، ۱۳۹۲، ۷۷ تا ۱۰۴.
- زحیلی، وہبہ، اصول الفقہ الاسلامی، بیروت: دارالفکر المعاصر، ۱۴۲۱ق.
- _____، اصول الفقہ الاسلامی، بیروت: دارالفکر المعاصر، ۱۴۱۲ق.
- زرگری‌نژاد، حسن، رسائل مشروطیت، تهران: کویر، ۱۳۷۴.
- سبحانی، جعفر، الوسیط فی اصول الفقہ، قم: امام الصادق، ۱۴۲۲ق.
- سروش، عبدالکریم، قبض و بسط تئوریک شریعت، تهران: صراط، ۱۳۷۱.
- شاطبی، ابراہیم بن موسی، الموافقات، بیروت: دار المعرفة، بی‌تا.
- شرفی، عبدالمجید، اسلام و مدرنیته، ترجمه مهدی مہریزی، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۳.
- شعرانی، عبدالوہاب بن احمد، المیزان الکبری الشعرانیہ، بیروت: دار الکتاب العلمیہ، ۱۹۷۱م.
- شفیعی، علی، گفت‌وگوهای نظریہ‌پردازی در فقہ و اصول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۵.
- صدر، سید محمد باقر، قاعدة لاضرر و لاضرار، تقریر سید کمال حیدری (بدون مشخصات کتابشناختی) / به نقل از نرم افزار جامع فقہ اہل البیت).

- طباطبایی، محمدحسین، اصول فلسفه و روش رئالیسم، تهران: صدرا، ۱۳۸۵.
- طوسی، محمدبن حسن، المبسوط، تهران: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۱.
- علم الهدی، علی بن حسین، الذریعة الى اصول الشريعة، به کوشش ابوالقاسم گرگی، تهران: بی نا، ۱۳۴۸.
- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰.
- غزالی، محمدبن محمد، المستصفی فی علم الأصول، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۳ق.
- _____، المستصفی من علم الاصول، بیروت: مؤسسه الرساله، ۱۴۱۷ق.
- فاسی، علال، مقاصد الشريعة الاسلامية و مکارمها، بیروت: دار البیضاء، ۱۳۸۲ق.
- فناپی، ابوالقاسم، انتظار بشر از دین؛ درنگی در صورت مسئله، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵.
- فیرحی، داود، «استعاره‌های دولت در فقه سیاسی معاصر شیعه»، فصلنامه سیاست، س ۱۰، ش ۳، ۱۳۹۰، ۲۰۵ تا ۲۲۶.
- قاری سیدفاطمی، محمد، «قلمرو حق‌ها در حقوق بشر معاصر، جهان‌شمولی در قبال مطلق‌گرایی»، فصلنامه مفید، س ۵، ش ۲، ۱۳۸۱، ۳، ۴ تا ۲۰.
- قراقی، احمدبن ادريس، الفروق، المملكة العربية السعودية: وزارة الشؤون الإسلامية و الاوقاف و الدعوة و الارشاد، ۱۳۰۲.
- قربان‌نیا، ناصر، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، تهران: پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلام، ۱۳۹۰.
- القرضاوی، یوسف، الاسلام والعلمانية وجهاً لوجه، القاهرة، مكتبة وهبه، ۱۹۹۵.
- قطب، محمد، العلمانيون و الاسلام، القاهرة، بیروت: دار الشروق، ۱۹۹۴م.
- القمی، محمد حسن (مقرر)، «قاعدة نفی الخلو، تقریراً لأبحاث الأستاذ الحجة الشيخ صادق اللاریجانی»، مجله دراسات اصولیة، السنة الثالثة، العدد التاسع، ۱۴۲۸ق، ۱۶۰ تا ۱۹۵.
- قنبری، حسن، «نگاهی به مکتب‌های الهیاتی جدید»، مجله پژوهش و حوزه، س ۷، ش ۲۶، ۱۳۸۹، ۱۱۷ تا ۱۴۲.
- کاسانی، ابوبکر، بدائع الصنائع، قاهره: بی نا، ۱۴۰۶ق.
- کوهن، توماس، ساختار انقلاب‌های علمی، ترجمه احمد آرام، تهران: سروش، ۱۳۶۹.
- مبلغی، احمد، «النظرية الفقهية؛ امکانيته‌ها و مکنونات‌ها»، فصلنامه پژوهش‌های اصولی، س ۳، ش ۱۱، ۱۳۹۰، ۲۲ تا ۴۵.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۳.
- محمصانی، صبحی، فلسفة التشريع فی الإسلام، بیروت: دار العلم للمائین، ۱۳۷۱.
- مصباح، مجتبی، فلسفه اخلاق، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمة الله علیه)، ۱۳۷۸.
- مطهری، مرتضی، یادداشت‌های استاد مطهری، تهران: صدرا، بی نا.
- مغنیه، محمدجواد، الشیعة فی المیزان، قم: دارالکتب الاسلامی، ۱۴۲۷ق.
- ملکیان، مصطفی، راهی به رهایی، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱.

منوچهری، عباس، «اندیشه سیاسی به مثابه دانشی میان‌رشته‌ای: روایتی دلالتی‌پارادایمی»، مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، س ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۴، ۲۲-۱.

مورن، ادگار، درآمدی بر اندیشه‌ی پیچیده، ترجمه افشین جهان‌دیده، تهران: نشر نی، ۱۳۷۹.

میراحمدی، منصور و میثم قهرمان، «امکان‌سنجی تحلیل پارادایمی در فلسفه سیاسی فارابی»، دوفصلنامه سیاست نظری، س ۷، ش ۱۵، ۱۳۹۳، ۱ تا ۲۸.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، به تحقیق مرکز الأبحاث و الدراسات الاسلامیه، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵.

هیک، جان، اسطوره تجسد خدا، ترجمه عبدالرحیم سلیمانی و محمدحسن محمدی مظفر، قم: دانشگاه ادیان و مذاهب، ۱۳۷۶.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه بر مکاسب، قم: موسسه طيبة لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ق.

_____، حاشیه علی مکاسب، کتاب بیع، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا.

1. Bloesch, D (1994), *Holy Scripture: Revelation, Inspiration and Interpretation*, Carlisle: The Paternoster Press.
2. Gert, Bernard (1995), "*Rationality*" in The Cambridge Dictionary of Philosophy, ed. by Robert Audi, Cambridge: Cambridge University Press.
3. Hobbes, Thomas (1949), *The Citizen*, edited by S. P. Lambrecht. New York: Dover Publication.
4. Hume, D (1975), "*Enquiry concerning Human Understanding*", in Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals, ed. by L.A.Selby-Bigge, 3rd ed. revised by P. H. Nidditch. Oxford: Clarendon Press.
5. Kung, H (1980), *Christianity and the Worid Religions*, London: Doubleday and Company.
6. Planetey, Alain (1996), *Definition et principes de l'ordre public*, PUF.
7. Walker, M. Divid (1980), *The Oxford Companion to Law*, Oxford: Clarendon Press.



Jurisprudential study of the condition of inability to dispose of the realization of compulsion based on the opinion of Sheikh Ansari

Dr. Mohammad Mehdi Zarei, Assistant Professor of Mazandaran University (**corresponding author**)

Email: m.zarei@umz.ac.ir

Farshid Rajabi, PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Mazandaran University

Dr. Aref Bashiri, Ph.D. Graduate of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Mazandaran University

Abstract

Relief of compulsion, that is, to escape and get rid of compulsion, has been mentioned by Sheikh Ansari as one of the conditions for compulsion. He claims the evidence implies that in the realization of compulsion, there is a difference between relief through *toryeh* (half truth) and relief through *non-toryeh*, and in relief with *toryeh*, compulsion is still achieved, despite the possibility of relief for the compelled person. This *ijtihad* of the Sheikh on the issue of conditionality of relief has led to the presentation of various views and sometimes objections by the jurists. By examining the conditionality of relief in compulsion and explaining Sheikh Ansari's point of view and analyzing the viewpoints of the agreeing and disagreeing jurists in this regard, the authors have reached the conclusion that the oppositions' views that the real satisfaction in the conditions of the contractors is a correct criticism on the words of the Sheikh, but it does not prevent the acceptance of the conditionality of relief in compulsion, and the possibility of relief with *toryeh*, which the opponents have proposed, is nothing more than a claim. The criterion for the realization of compulsion in relief with *non-toryeh* is also different due to the lack of customary rules in this regard, considering the mental differences of individuals from one person to another.

Keywords: relief, compulsion, *toryeh* (half truth), Sheikh Ansari



HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۳ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲۷ - زمستان ۱۴۰۰ ص ۸۷-۶۹
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۱۵	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۳/۱۸
نوع مقاله: پژوهشی	تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۲۹
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86257	

بررسی فقهی شرط عجز از تفصی در تحقق اکراه با تکیه بر نظر شیخ انصاری

دکتر محمد مهدی زارعی (نویسنده مسئول)

استادیار دانشگاه مازندران

Email: m.zarei@umz.ac.ir

فرشید رجبی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

دکتر عارف بشیری

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

چکیده

تفصی به معنای فرار و خلاصی از اکراه را شیخ انصاری به عنوان یکی از شروط تحقق اکراه بر شمرده است. به ادعای ایشان از ادله چنین بر می آید که در تحقق اکراه، بین تفصی از طریق توریه و غیرتوریه تفاوت است و در تفصی با توریه ولو با وجود امکان تفصی برای مکره باز هم اکراه محقق است. این اجتهادورزی شیخ در مسئله شرطیت تفصی منجر به ارائه دیدگاه‌های متنوع و گاه اشکالاتی از سوی فقها شده است. نگارندگان با بررسی شرطیت تفصی در اکراه و تبیین دیدگاه شیخ انصاری و تحلیل دیدگاه فقه‌های موافق و مخالف در این باره، به این نتیجه دست یافته‌اند که دیدگاه مخالفان مبنی بر رکنیت طیب نفس در شروط متعادلین، مناقشه صحیحی بر کلام شیخ است، ولی مانع پذیرش شرطیت تفصی در اکراه نیست و قید امکان تفصی با توریه که مخالفان مطرح کرده‌اند، ادعایی بیش نیست. ملاک تحقق اکراه در تفصی با غیرتوریه نیز به دلیل نبودن ضابطه‌ای عرفی در این خصوص، با توجه به تفاوت‌های روحی روانی اشخاص از شخصی به شخص دیگر متفاوت است.

واژگان کلیدی: تفصی، اکراه، توریه، شیخ انصاری.

مقدمه

بر اساس قواعد عمومی باب معاملات، رکن اختیار یکی از شروط صحت معاملات و از شرایط متعاقدين به شمار می‌رود. مطابق با این رکن، چنانچه معامله‌ای با رضایت یکی از طرفین منعقد نشود، باطل است و نه تنها ملکیتی صورت نمی‌گیرد، بلکه مصداقی از تکسب حرام است و متعاقباً هرگونه تصرف در آن نامشروع و حرام محسوب می‌شود. آیه ۲۹ سوره نساء در این باره می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...». بر این اساس، علما وجود طیب نفس در هریک از طرفین معامله را به عنوان شرطی ضروری در صحت معامله قلمداد کرده‌اند.

بسیاری از فقها اذعان داشته‌اند که مستفاد از شرط اختیار در معامله برای اینکه معامله‌ای اکراهی تلقی شود، تحقق مجموعه شرایطی است در حالات و اوصاف متعاقدين تا بتوان حکم اکراه را بر آن بار کرد. عجز از تفصی در اکراه یکی از این شروط است که به صورت برجسته، شیخ انصاری در کتاب مکاسب ذیل شرایط متعاقدين به عنوان شرط لازم در تحقق اکراه بر شمرده است. از نگاه شیخ، از آنجایی که تفصی عقلاً یا از طریق توریه محقق می‌شود یا غیرتوریه، بنابراین وقتی فردی در حین معامله مورد اکراه واقع می‌شود، برای اثبات تحقق آن باید احراز کرد که آیا امکان تفصی برای او فراهم بوده است یا خیر؟ تأسیس این ضابطه در باب اکراه در معاملات از سوی شیخ منجر به ارائه دیدگاه‌ها، نظرات متنوع و گاه اشکالاتی از سوی فقها شده است که تا امروز مدّ نظر علما قرار گرفته است. آنچه در این مجال درخور توجه و بررسی است این است که؛ اولاً آیا عجز از تفصی می‌تواند در تحقق اکراه شرط شود؟ ثانیاً چه مناقشاتی می‌توان بر کلام شیخ در اعتبار شرط تفصی وارد کرد؟ ثالثاً مستندات دیدگاه‌های مختلف تا چه اندازه پذیرفتنی است؟ رابعاً با توجه به اینکه شرایط تحقق اکراه به خصوص در تفصی از طریق غیرتوریه بنا بر تفاوت روحیات افراد از شخصی به شخصی دیگر متفاوت است تا چه اندازه می‌توان در این زمینه ضابطه‌مند عمل کرد؟

به طور کلی دو دیدگاه در این مسئله از سوی فقها وارد شده است که هر دیدگاه مسئله محل بحث را از نگاه مجزا و متفاوتی بررسی و به مبانی استناد جسته است که به نظر نگارندگان به جنبه ویژه‌ای نظر دارد که هریک به تفکیک بررسی شده است. علمایی نظیر محقق ایروانی، مامقانی، جزایری، طباطبایی قمی، سبزواری و... بر تفصیل شیخ، صَحّه گذاشته و به شرطیت تفصی در تحقق اکراه از طریق توریه (به صورت مطلق) و غیرتوریه (به شرط تمکن) قائل شده‌اند و شماری دیگر از فقها نظیر نائینی، خویی، طباطبایی یزدی، امامی خوانساری و امام خمینی (ره)، تفصیل مذکور را نپذیرفته و به شرطیت نداشتن تفصی برای تحقق اکراه قائل شده‌اند.

مسئله مذکور به صورت کلی پیرامون اکراه و احکام آن از دیرباز در ابواب مختلف فقهی مطرح شده است، اما درباره شرط تفصی در اکراه با نقش توریه و نبود آن، پژوهش مستقلی همراه با تحلیل و بررسی صورت نگرفته است. پژوهش حاضر تلاش اجتهادی نویسندگان در ارزیابی و تحلیل دیدگاه‌های فقها درباره مسئله تفصی و شرایط آن

است که با اثبات آن تحول عظیمی در باب اکراه در معاملات ایجاد می‌شود و همچنین در حقوق جزا نیز می‌تواند نقش آفرین باشد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱. اکراه

اکراه از مادهٔ کَرِه (به فتح و ضم اول و سکون ثانی) است، هر چند اهل لغت تصریح کرده‌اند که کَرِه (به فتح) مفهومی غیر از کَرِه (به ضم) در بر دارد. در لسان العرب به نقل از فراء، از لغویان و نحویون بزرگ گفته شده است: «کَرِه (با ضمه)؛ آنچه نفس تواز آن کراهت دارد. کَرِه (با فتحه)؛ آنچه که دیگری تو را بر آن وادار می‌کند» (ابن منظور، ۸۰/۱۲). در تاج العروس از راغب اصفهانی نقل شده است: کَرِه (با فتحه) مشقتی است که از خارج به انسان می‌رسد و بر او با اکراه تحمیل می‌شود و کَرِه (با ضمه) کراهتی است که از درون، انسان را آزار می‌دهد، اما خود لفظ اکراه از باب افعال و از مصادر متعدی به معنای واداشتن شخصی به انجام کاری است که برای وی ناخوشایند باشد. البته این واداشتن باید مقرون به قهر و تهدید باشد. اکثر اهل لغت در این خصوص می‌نویسند: «فلانی را بر امری اکراه کردند؛ یعنی او را به نحو قهر و اجبار بر آن کار وادار کردند» (مرتضی زبیدی، ۳۸۳/۱۳).

معنای اصطلاحی این کلمه نزد فقیهان همان معنا و مفهوم مدّ نظر اهل لغت است؛ یعنی واداشتن دیگری به کاری که بدان مایل نیست در صورتی که همراه با تهدید باشد. بنابراین اکراه به صورتی اختصاص دارد که شخص از رسیدن ضرر به خود یا متعلقان خود همچون پدر و فرزند خائف باشد (انصاری، ۹۰/۲) و همین نکته نزد دیگر فقها نیز تصریح شده است (ابن ادریس، ۳۳۵/۲؛ علامه حلی، ۵۰/۴؛ شهید ثانی، ۲۲۷/۳).

۱.۲. تفصی

واژه تفصی از ریشهٔ «فصی» و بر وزن تَفَعَّل به معنای تخلص و رهایی از سختی و بلایا آمده (مرتضی زبیدی، ۵۰/۲۰؛ جوهری، ۴۵۵/۶) و در کتب فقهی نیز در همین معنای لغوی آن استعمال شده است. شیخ انصاری در کتاب مکاسب و در بحث اختیار، تفصی از اکراه را به دو بخش تفصی از طریق توریه و تفصی از طریق غیر توریه تقسیم کرده و سایر فقها و محشّین کتاب مکاسب (طباطبایی یزدی، ۱۰۷/۱؛ ایروانی، ۱۴۶/۱) نیز به تبع ایشان به همین تفصیل اکتفا کرده‌اند، از این رو تفصی از اکراه به معنای راه فرار و خلاصی از اکراه است.

۱.۳. توریه

توریه عبارت است از اینکه متکلم کلامی را بر زبان جاری سازد که در صورت ظاهر، معنایی به غیر از آنچه اراده کرده است، داشته باشد؛ مثل اینکه کسی در مقام اعتراض بگوید: شما در حق فلان شخص این سخن را گفته‌ای و مخاطب جواب بدهد: «علم الله ما قلنا» و مرادش از «ما» در کلام، مای موصوله باشد، گرچه ظاهر کلام این

است که مراد از «ما»، مای نافیه است (نائینی، ۱۸۷/۱). توره غالباً در اخبار و حکایات به کار می‌رود ولی در بستر انشائیات نیز تحقق‌یافتنی است؛ مثل آنکه در انشای عقد، فروشنده بگوید: «بعتُ»، درحالی‌که قصد وی از این لفظ حکایت از عقد دیگری در سابق باشد که برای مثال روزی با شخص دیگری واقع ساخته است.

۲. شرط تفصی در اکراه از دیدگاه شیخ انصاری

قبل از ورود به بحث، تبیین این نکته لازم است که تفصی و خروج از معرکه توسط مکزه به دو صورت امکان دارد: به‌وسیله توره و غیرتوره. با بررسی دیدگاه شیخ می‌توان گفت: به‌طورکلی دو نظر از سوی ایشان در خصوص شرط عجز از تفصی در اکراه وارد شده است؛ دیدگاه اول امکان‌نداشتن تفصی به توره و غیرتوره شرط تحقق اکراه نیست؛ دیدگاه دوم شیخ مبنی بر نوعی عدول از نظریه خویش است؛ به این بیان که بین توره و غیرتوره تفاوت وجود دارد.

۲.۱. تحلیل دیدگاه اول شیخ انصاری

همان‌طور که اشاره شد دیدگاه نخست می‌گوید در صدق اکراه تفاوتی بین عجز از تفصی در توره و غیرتوره وجود ندارد. اثری که بر نظر نخست شیخ مترتب می‌شود این است که اساساً چنین شخصی مکزه به شمار رفته و همین مقدار که شخص را وادار بر انجام فعلی کردند به‌طوری‌که وی راضی به آن نباشد اکراه از نظر موضوع یا از جهت حکم، تحقق پیدا می‌کند؛ اعم از آنکه قدرت بر تفصی و خلاصی از ضرری که بر ترک فعل مترتب است حاصل بوده یا چنین قدرتی وجود نداشته باشد. روشن است که طبق این نظر، شخص با توانایی بر توره و غیرتوره درعین حال مکزه بوده و حکم مکزه بر آن مترتب است. مؤید بیان‌شده ایشان این است که اگر ما شخصی را که امکان تفصی به غیر از توره را دارد مکزه ندانیم، باید امکان تفصی به توره را نیز مکزه ندانیم؛ چون هر دو ملاک واحد دارند و آن وحشت از خطر در صورت انجام‌ندادن امر مکره است. به عبارت دیگر اگر در نظر عرف، شخص مکزه به‌سبب قدرت داشتن بر فرار از ضرر با راهی غیر از توره از اکراه خارج شود، در صورت قدرت بر توره نیز از اکراه خارج خواهد شد؛ زیرا در این صورت، ملاک تحقق اکراه این است که راه فرار و نجات از ضرر موعود منحصر در انجام کار درخواست‌شده مکره باشد. بنابراین تفاوتی نیست بین اینکه مکزه به‌وسیله گفتن سخنی دیگر (غیر از سخن مورد اکراه) یا انجام کاری دیگر (غیر از کار مورد اکراه) نجات یابد یا به‌وسیله تکلم به کلام مورد درخواست ولی با در نظر گرفتن معنای دیگر (یعنی با توره) نجات یابد (انصاری، ۴۵۳/۱). ایشان برای اثبات مدعای خویش ابتدا دلایلی بر بی‌اعتباری تفصی به توره را ذکر می‌کند و سپس به برشماری دلایل بی‌اعتباری تفصی به غیرتوره می‌پردازد که در ادامه به بیان دلایل ارائه‌شده توسط شیخ می‌پردازیم.

۲.۱.۱. دلایل توره

روایات: روایت «رفع عن امتی ما استکرها علیہ...» و فتاوی علمای در این خصوص مطلق بوده و به‌طورکلی

حکم به عدم لزوم معامله‌ای می‌کنند که توسط شخص مکروه صورت می‌پذیرد و مقید ساختن این اطلاعات به صورت امکان‌نداشتن توره به دلیل آنکه حمل مطلق بر فرد نادر است، بسیار بعید است. جهت این حکم آن است که حمل عموماً رفع اکراه و نیز خصوص نصوصی که در باب طلاق و عتق مکروه وارد شده است و همچنین اجتماعات و شهرت‌هایی که در حکم مکروه ادعا شده است بر صورتی که به سبب جهل یا وحشت و ترس از توره کردن عاجز باشد بعید به نظر می‌رسد، بلکه می‌توان گفت: اساساً حمل مزبور نسبت به بعضی از این ادله صحیح نیست. افزون بر این قدرت بر توره، کلام را از حیث اکراه خارج نکرده بلکه عرفاً این معنا نیز صادق است (همو، ۴۵۲/۱). شیخ درباره روایات می‌گوید: «بعضی از این روایات در مواردی است که توره برای شخص مقدور بوده است؛ از جمله روایت عمار که در قضیه عمار، ابونینش مکروه به کفر و سب پیغمبر (ص) شدند، ایشان حاضر به این کار نشده و کشته شد، ولی عمار حرف آن‌ها را گوش و نجات پیدا کرد و سپس خدمت پیغمبر (ص) رسید که حضرت راجع به این کار به او فرمود: «اگر باز هم در چنین شرایطی قرار گرفتی، همین کار را انجام بده» (همو، ۴۵۳/۱).

بررسی دلالتی روایت عمار: شیخ انصاری و برخی فقها نظیر یزدی (۱۲۲/۱) به این خبر استدلال کرده و فرموده اند: اگر توره راهی برای تفصی و تخلص از اکراه بود باید پیغمبر (ص) توره را به عمار یاد می‌داد، در حالی که این کار را نکرده است؛ از این رو معلوم می‌شود که حتی اگر امکان توره نیز وجود داشته باشد شارع مقدس انسان را ملزم نکرده که برای تخلص از اکراه توره کند، بلکه می‌تواند توره نکند و به احکام مکروه علیه تن دهد. به عبارتی گویا عمار توره را می‌دانسته ولی شارع او را الزام به توره نکرده است. طبق این مبنا امکان توره بوده ولی عندالتمکن چنین کاری لازم نبوده است و به سبب اشتراک حکم هر دو صورت، فرقی بین متمکن و غیر متمکن وجود ندارد و شارع توره را به او یاد نداده است؛ در نتیجه معلوم می‌شود که با توره مشکل حل می‌شود، ولی لازم نیست توره شود (انصاری، ۳۱۶/۳).

این استدلال (با فرض پذیرش دلالت روایت عمار بر استشهاد شیخ) نیکو است، لیکن به نظر می‌رسد استشهاد شیخ درخور تأمل باشد؛ زیرا اولاً جریان عمار موردی است که نمی‌شود در آن توره کرد؛ چون توره در جایی است که ما لفظی را می‌گوییم و از آن معنای خاصی را اراده می‌کنیم و مخاطب معنای دیگری را می‌فهمد، ولی در قضیه عمار اصلاً توره ممکن نیست؛ زیرا گفتن آن الفاظ کفر و گناه است و توره پذیر نیست و نمی‌توانیم به جریان عمار استشهاد کنیم؛ چرا که حتی اگر تفصی و تخلص از اکراه با توره ممکن باشد، لازم نیست توره کنیم و همان طور که بیان شد به نظر می‌رسد باتوجه به معنای توره تحقق آن برای عمار مشکل بوده است؛ ثانیاً قضیه عمار به تقیه شباهت بیشتری دارد تا توره و در وسائل الشیعه باب الأمر و النهی و ما یناسبها (حرعاملی، ۴۷۶/۱۱) که خبر مربوط به عمار در آن ذکر شده است، اخبار زیادی درباره تقیه ذکر شده و به نظر می‌رسد خبر مذکور نیز در زمره این اخبار است؛ از جمله این روایات، اخباری است که درباره ابوطالب است به اینکه وی نزد کفار مکه تقیه و از همین طریق

پیامبر (ص) را حمایت می کرده است. بر این اساس روایت درباره تکیه است نه توریه (نوری همدانی، ۳).

عرف: از نظر عرف با وجود قدرت بر توریه همچنان اکراه باقی است؛ لذا عجز از توریه در تحقق اکراه نقشی ندارد. بر این اساس چنان که می بینید ادعای جریان حکم اکراه در صورت قدرت بر توریه به دلیل تعدی بودن آن است نه به دلیل صدق حقیقت اکراه، پذیرفتنی نیست (انصاری، ۳/۳۱۳).

۲. ۱. ۲. دلایل غیرتوریه

روایت ابن سنان: دلیلی که شیخ انصاری برای غیرتوریه بیان می کند روایت ابن سنان است. عن ابی عبدالله (ع): «قال لا یمین فی قطیعة رحم ولا فی جبر ولا فی اکراه قلت اصلحك الله و ما الفرق بین الجبر و الاکراه. قال الجبر من السلطان و یكون الاکراه من الزوجه و الام و الاب و لیس ذلک بشی» (حرعاملی، ۳/۴۲۴). در این حدیث امام صادق (ع) می فرماید در چند مورد قسم اعتبار ندارد: ۱. در قطع پیوندهای خویشاوندی؛ ۲. درباره جبر ۳. در زمینه اکراه. چون راوی فرق جبر و اکراه را می پرسد حضرت می فرماید: جبر از ناحیه سلطان و اکراه از سوی کسانی مثل زن، پدر و مادر صورت می گیرد. طبیعی است که در برابر خواسته های سلطان ظالم چاره ای جز اطاعت وجود ندارد و از این رو عنوان جبر بدان داده شده است، اما چنین الزامی در مقابل خواسته های زن و فرزند و پدر و مادر وجود ندارد و شخص می تواند در برابر تقاضاهای آنها بایستد و لذا کلمه اکراه به کار رفته است، نه جبر. به کاربردن کلمه اکراه توسط حضرت نشانگر بی اعتباری عجز از تفصی در تحقق اکراه است؛ یعنی با وجود امکان تفصی (در ما نحن فیه) امام اکراه را به کار برده اند (انصاری، ۱/۱۲).

بررسی دلایلی روایت ابن سنان: برخی از فقها بر استشهاد شیخ انصاری به روایت مذکور مناقشه وارد کرده اند به اینکه روایت عبدالله بن سنان ربطی به بحث معامله ندارد؛ زیرا «لا یمین فی قطیعة رحم و لاجبر و لا اکراه» یمینی که برای قطع رحم است باطل یا یمینی که اجبار و یا اکراه از ناحیه سلطان یا پدر، مادر و زن باشد نیز باطل بوده و از ابتدا منعقد نشده است و در حقیقت مورد این روایت امری اختصاصی راجع به یمین است مبنی بر اینکه اگر به اجبار و اکراه امری را در ذمه فردی با قسم قرار دادند، حکمی نداشته و باطل است، اما اینکه به عنوان قانونی کلی قلمداد شود که هرکس مورد اکراه قرار بگیرد منشأ اثر در نداشتن حکم باشد، صحیح نیست (شبیری زنجانی، ۳) و اینکه روایت اختصاص به یمین دارد، در کلام نائینی در منیة الطالب نیز هست: «نعم قد یورد علیه أنّ الزّوایة مختصّة بمسئلة الإکراه فی مورد الیمین لا مطلقاً» (۱/۱۸۸). خدشه وارد دیگر بر استناد به روایت مذکور جوابی است که امام در البیع در خصوص ضابطه صدق عرفی ارائه می دهد. ایشان علاوه بر اشعار به ضعف سند روایت می گوید: «صدق عرفی، تعدی ناپذیر است و هیچ شبهه ای در صدق نداشتن اکراه در صورت امکان تفصی نیست؛ در نتیجه از روایت مذکور نمی توان حکم مطلوب را اثبات کرد» (خمینی، ۲/۸۹). این گفته امام به دلیل آن است که از نظر وی ملاک تحقق اکراه در همین صدق عرفی است؛ به این صورت که هرگاه دفع فعل اکراهی عرفاً با سهولت همراه باشد، اکراه

محقق نمی‌شود (تفصیل نظر مذکور در پی خواهد آمد).

۲.۲. دیدگاه دوم شیخ انصاری

دیدگاه دوم شیخ که به تصریح فقها نوعی عدول از نظریه خویش است مبنی بر تفکیک بین تفصی از طریق توریه و غیرتوریه است؛ یعنی با وجود آنکه شیخ قبلاً مؤیدی ذکر کرد که شخص متمکن از غیرتوریه نیز تحت شمول ادله اکراه وارد می‌شود، اما در ادامه می‌گوید: «انصاف آن است که می‌شود بین این دو مورد این طور فرق گذاشت؛ به این صورت که اگر قدرت بر تفصی وجود داشته باشد، هیچ‌کدام از این دو مورد اکراه نخواهد بود؛ زیرا اکراه عبارت است از اینکه امتناع از مورد الزام، برای شخص خطر داشته باشد و در صورتی که شخص راه تفصی داشته باشد، امتناع خطر ندارد و قهراً با وجود امکان تفصی، موضوعاً از تحت اکراه خارج خواهند بود. منتهی در صورتی که شخص قدرت بر توریه داشته باشد، از عموم کلمات فقها و موارد خاص روایات این طور استفاده می‌شود که شارع مقدس نخواست است که اشخاص توریه کنند؛ زیرا توریه نزدیک به دروغ است، بلکه نظر شارع این است که حتی اگر امکان تفصی با توریه وجود داشته باشد، مانعی برای عمل کردن به مورد الزام وجود ندارد» (انصاری، ۲۷۷/۳). بر اساس این دیدگاه، تفاوت بین امکان تفصی با توریه و امکان تفصی با غیرتوریه در صدق اکراه، تفاوتی تخصصی و موضوعی می‌شود؛ به این بیان که شخص در توریه مکروه محسوب می‌شود ولی در غیرتوریه مکروه محسوب نمی‌شود؛ زیرا تفسیر اکراه از نظر شیخ عبارت است از: «الزام از ناحیه شخصی به شخص دیگر به همراه تهدید به عقوبت در صورت انجام ندادن آن و مکروه هم ظن و گمان دارد که اگر انجام ندهد، دچار ضرر می‌شود». به باور شیخ مخالفتی که منجر به ضرر می‌شود دایرمدار تلقی مکروه (خطر اعتقادی مکروه و باورکردن یا نکردن او) است، نه دایرمدار واقع و به همین دلیل این خطر اعتقادی در توریه هست ولی در غیرتوریه وجود ندارد. در غیرتوریه شخص مکروه، دیگری را برای رفع اکراه واسطه قرار داده است و حتی اگر هم مکروه علم پیدا کند که او قصد امتناع دارد، با وجود این مخالفت خطری برای شخص مکروه ندارد و خلاصه اینکه در تفصی با توریه، خطر اعتقادی مکروه وجود دارد، ولی در تفصی به غیرتوریه، خطر اعتقادی مکروه وجود ندارد. می‌توان چنین نتیجه گرفت که از نظر موضوع بین توریه و غیرتوریه فرق وجود دارد؛ زیرا در صورت امکان تفصی با غیرتوریه شخص مکروه نیست ولی در صورت امکان تفصی با توریه، شخص مکروه به شمار می‌رود (انصاری، ۳۱۶/۳). بر این اساس مختار نهایی شیخ انصاری این است که حتی اگر توریه نیز ممکن باشد باز اکراه صادق است؛ زیرا از سوی روایات هیچ اشاره‌ای به این نشده است که توریه کنید تا از اکراه رهایی پیدا کنید؛ درحالی که اگر واقعاً توریه مشروع بود و راهی برای تخلص از اکراه وجود داشت، باید در همه نصوص وارد شده به این مطلب اشاره‌ای می‌شد، بنابراین حتی با امکان توریه نیز اکراه محقق می‌شود.

تعریف شیخ انصاری از اکراه از سوی امام محل تردید واقع شده است و بعید نیست دیدگاه امام مبنی بر شرطیت نداشتن تفصی (که در ادامه خواهد آمد) به سبب ایرادی باشد که از تعریف شیخ می‌گیرد؛ زیرا شیخ در این

تعریف سه قید را در اکراه معتبر دانسته که امام در هر سه مورد آن مناقشه می‌کند. اولین قید این بود که باید از طرف اکراه‌کننده توعید و تهدید صورت گیرد. امام می‌گوید: همین‌قدر که اکراه‌کننده شخصی باشد که انسان از شرّ او در امان نباشد، کافی است. قید دوم این بود که مُکرّه علم یا ظن داشته باشد که شخص اکراه‌کننده به او ضرر خواهد زد. امام می‌گوید: این قید نیز لازم نیست، بلکه فقط وجود احتمال عقلایی به ضرر رساندن کافی است. قید سوم نیز این بود که حتماً باید ضرر متوجه مُکرّه شود که در اینجا نیز امام بر این اعتقاد است که ضرر مراتب زیادی دارد و لازم نیست که ضرر حتماً به مرتبه حرج و شدت برسد، بلکه عدم النفع نیز خودش نوعی ضرر است و همین کافی است (خمینی، ۸۴/۲).

می‌توان بر کلام شیخ احتجاج کرد که ایشان یکی از ادله در تحقق اکراه را عرف دانسته و در چندین جا محوریت عرف مبنای تحلیل وی در تحقق اکراه بوده است و وقتی عرف را مبنا قرار دادیم، شاید معنای اکراه اعم از تعریف شیخ با بعضی از این قیود شود (مثل این قید امام که فرمود: فقط وجود احتمال عقلایی به ضرر رساندن کافی است). چنان‌که خویی در بیان تعریفی که شیخ از مجموع قیودی که برای اکراه در نظر گرفته اشکال می‌کند که توعید و تهدید به ضرر حتماً لازم نیست از طرف مُکرّه باشد، بلکه ممکن است شخصی که از طرف مُکرّه منسوب است ضرر برساند؛ مثلاً سلطان تهدید کند ولی در صورت تخلف، فرزند یا برادر یا وزیر او ضرر برسانند که همین نیز در تحقق معنای اکراه کافی است (۳۰۳/۳).

۳. شرط عجز از تفصّی در اکراه از دیدگاه موافقان

برخی از فقها با ارائه قیدهایی امکان تفصّی را در تحقق اکراه شرط دانسته و سعی کرده‌اند بر شرطیت تفصّی البته با قیدهایی توجیهاتی ارائه دهند و این برخلاف فقه‌های مخالف است که برای تفصّی هیچ‌گونه اصالتی قائل نیستند. از جمله آن‌ها محقق اصفهانی است که نظریه اجتهادی خویش را در خصوص شرطیت تفصّی ارائه می‌کند. وی معتقد است باید منشأ تفاوت را در مراتب اکراه دانست نه در انواع اکراه (تکلیفیات و وضعیات) که مبنای شیخ است. پس تفصّی در جایی است که عدول از مکروه به غیر مکروه باشد و در این مثال اگر این شخص از محل خودش بیرون برود، عدول از مکروه به مکروه است، لذا اینجا اصلاً تفصّی محقق نشده است. اما در مثال دیگر که مکروه می‌گوید باید مثلاً کتابت را بفروشی، اگر خدمه‌اش در حضور باشند و نه در مکان دیگر، باید امر به خدمه کند که این مکروه را از اینجا دور کنید، اگر نکرد این می‌شود مکروه الی غیر مکروه و اینجا دیگر صدق اکراه نمی‌کند (اصفهانی، ۴۷/۲). بنا بر پذیرش شرط تفصّی می‌توان گفت نظر محقق اصفهانی با تحقق عرفی اکراه مناسب‌تر باشد. براینده کلی گفته محقق را می‌توان در این کلام وی یافت که می‌فرماید: «بخلاف باب المحرمات، فإنّ الإکراه الرافع لها ما يساوق الاضطراب، فکون المتفصّي به ما يكرهه طبعاً لا يوجب العدول من المضطر إليه إلى المضطر إليه،

حتی لایمّن من صدق الاضطراب؛ این مطلب برخلاف باب محرمات است، اکراه ناشی از آن همراه با اضطراب است. در محرمات اگر متفصی به (یعنی آن کاری که به سبب آن تفصی پیدا می کند) ملائم با طبعش نیست، در این حالت عدول از مضطرّالیه به مضطرّالیه واجب نیست. لذا در اینجا اگر عدول از مضطرّالیه به مضطرّالیه باشد باز صدق تفصی نمی کند؛ چراکه تفصی در باب اضطراب این است که عدول از مضطرّالیه به غیر مضطرّالیه باشد» (همو، ۴۷/۲). ایشان در این زمینه استدراکی می آورد و می گوید: وقتی مراتب اکراه سبب اختلاف در مراتب تفصی می شود باید به اختلاف افراد و مصادیق و شرایط ببیند کدام اضعف است و کدام غیر اضعف؟ (همو، ۴۸/۲). طبق این نظر، ملاک این است که تفاوت در مراتب اکراه سبب تفاوت در مراتب تفصی است و از نظر ایشان در جمع بندی می توان گفت: در صورت عدول از مکروه به مکروه و نیز عدول از مضطر به مضطر تفصی نیست، اما در صورت عدول از مکروه به غیر مکروه و از مضطر به غیر مضطر، تفصی است.

یکی دیگر از موافقان با نظر شیخ، محقق ایروانی است. وی ملاک شرطیت تفصی را تحقق عرفی آن می داند. ایشان راجع به شرط تفصی می فرماید: «نمی توان بر عدم اعتبار عجز از تفصی به طور مطلق قائل شد. آنچه که مسلم است این است که هرگاه تفصی سخت و دشوار باشد، عجز از تفصی اعتبار ندارد و حصول عجز عرفی کافی است» (ایروانی، ۴۱/۱). اطلاق کلام محقق ایروانی با توجه به عبارت بعدی وی مشخص می کند که منظور ایشان از حصول عجز عرفی در خصوص تفصی با غیرتوریه است؛ زیرا ایشان با وجود اینکه قید عدم سهولت را برای تحقق اکراه به کار می برد ولی در نهایت قول شیخ انصاری را مبنی بر اعتبار نداشتن عجز از تفصی در توریه تأیید می کند. لذا می گوید: «قول حق، عدم اعتبار عجز از تفصی (به وسیله توریه) است همان گونه که فقها در اینجا به همین نظر فتوا داده اند و در این صورت اگر مکروه در صورت تمکن از توریه دروغ بگوید یا الفاظی بدون قصد معنا را ذکر کند، کار حرامی صورت نگرفته و همین طور هرگاه در صورت توانایی از تفصی چیزی را بفروشد یا کسی را طلاق دهد در حالی که قصد معانی آن ها را نیز دارد، نقل مال و انقطاع علقه زوجیت مؤثر واقع نمی شود (یعنی اکراه تحقق می یابد)» (ایروانی، ۴۱/۱). صاحب عمدة المطالب نیز قول شیخ را تأیید می کند و می گوید: ظاهر آن است که با امکان تفصی ولو با توریه، عنوان اکراه صدق نمی کند (طباطبایی قمی، ۲۶۳/۲). محقق سبزواری نیز قائل بر شرطیت نداشتن امکان توریه در تحقق اکراه است و معتقد است: «در صدق اکراه، عدم امکان تفصی با توریه معتبر نیست (یعنی اراده خلاف ظاهر لفظ) و مراد از ضرر متوقع در اکراه، اعم از ضرر واقع بر خودش، مالش، شأنش و بر کسانی است که متعلق به او هستند» (سبزواری، ۲۷۱). مرحوم جزایری نیز استدلالی شبیه سبزواری دارد و بر این اعتقاد است که تفصی از امر اکراهی گواه بر عدم تحقق قصد مدلول عقد است و به عبارت دیگر همین که مکروه در معامله تفصی می کند، نشانه عدم اراده بر انشای عقد از سوی وی است؛ زیرا توریه فرع بر قصد است و در واقع هنگامی که شخص در ضمن معامله، اقدام به تفصی از طریق توریه می کند گویی معنای دیگری از لفظ «بعث» که

غیر از انشای تملیک عین با مال است، قصد شده است. لذا اگر انشای مکره، صوری و خالی از قصد مضمون عقد باشد، موضوع برای وجوب توره یا عدم وجوب آن نمی‌شود؛ زیرا فرض بر آن است مقتضی که همان اراده و قصد جدی برای عقد باشد، منتفی است. بنابراین نفی وجوب توره کاشف از تحقق قصد مقوم برای انشا است (جزائری، ۱۶۳/۴). در توضیح مقصود جزائری می‌توان به تعبیر محقق ایروانی اشاره کرد که اشعار داشت آثار معاملات و ایقاعاتی که مترتب بر انشای آن‌ها می‌شود، لاجرم بایستی از سوی شخص مکره معانی آن‌ها نیز قصد شده باشد و نمی‌توان صرفاً به مجرد الفاظ یا به مجرد قصد معانی آن‌ها اکتفا کرد و اگر اکراه به مجموع این دو تعلق بگیرد، اثر آن معامله یا ایقاع مدّ نظر به استناد به حدیث رفع اکراه بر طرف می‌شود (ایروانی، ۴۱/۱). امام نیز می‌گوید: در جایی که مکره قصد به مضمون عقد ندارد، بطلان به دلیل اکراه نیست، بلکه به دلیل عدم قصد مضمون عقد است (خمینی، ۷۷/۲).

۴. شرط عجز از تفصی در اکراه از دیدگاه مخالفان

مخالفان با شرط تفصی در اکراه تفصیل شیخ را بی‌اثر می‌دانند؛ زیرا مناط در بطلان معامله مکره صرفاً منتفی شدن طیب نفس و رضا است و همین مناط در آیه «أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» آمده است؛ بنابراین ملاک بر داشتن تراضی طرفینی است نه تفصی، لذا مطلوب حاصل شده و دیگر دلیلی وجود ندارد تا ما قائل به محوریت تفصی بر صحت معاملات اکراهی شویم. ادعای مخالفان آن است که طیب نفس درباره کسی که امکان تفصی با توره را دارد نیز محقق می‌شود؛ بنابراین وقتی که طیب نفس وجود داشته باشد، خواه امکان تفصی باشد و خواه نباشد، معامله صحیح است و تفصی در اکراه شرط نیست؛ زیرا می‌توان فرض‌هایی را مدّ نظر قرار داد که تفصی با توره انجام بگیرد و شخص با کمال طیب نفس و رضا معامله را انجام دهد و این همان استدلالی است که بنا بر ادعای مخالفان در واقع نوعی تعارض را در کلام شیخ انداخته است که بالآخره آیا مناط برای رفع اکراه، داشتن طیب نفس و رضا است یا تفصی؟ زیرا این دو در وجوهاتی می‌توانند جمع‌شدنی باشند و به‌ناچار بایستی یکی از این دو مناط کنار زده شود و دیگری اخذ شود.

از نظر خوبی کسی که بتواند با توره از شرایط اکراه‌آمیز خارج شود ولی توره نکند، چنین فردی با طیب نفس اقدام به ایجاد معامله کرده است و معامله‌اش محکوم به صحت و نفوذ می‌باشد و عدم تفصی به توره و غیرتوره در تحقق اکراه شرط نیست. ایشان در پاسخ به رأی شیخ می‌گوید: «آن چیزی که درحقیقت مناط در بطلان معامله مکره می‌باشد، صرفاً منتفی شدن طیب نفس و رضا است و از ادله و روایات نیز همین‌قدر مسلم است؛ بنابراین همین نیز باید مبنا برای ترتیب اثر در معاملات قرار بگیرد نه چیزی دیگر و واضح است که طیب نفس درباره کسی که امکان تفصی با توره را دارد محقق می‌شود و در این صورت چگونه اکراه محقق می‌شود؟» (خوبی، ۳۰۶/۳).

محقق خوانساری نیز معتقد است از آنجا که ملاک در صت عقد بر وجود طیب نفس یا عدم آن است، بر تفصیل شیخ ثمره‌ای مترتب نمی‌شود؛ چون بر فرض وجود تفاوت بین اطلاع مکره از امتناع مکره از طریق توریه یا غیرتوریه، در اولی اکراه صدق می‌کند ولی در دومی اکراه صدق نمی‌کند. باوجود این فرق، نتیجه آن رهایی از ضرر در صورت تمکن از تفصی با غیرتوریه و رهانشدن از آن در صورت تمکن از تفصی با توریه است و صرف این نمی‌تواند فرق بگذارد و ثمره نیز داشته باشد؛ چراکه ملاک در صدق اکراه، قصد وقوع مضمونی است که از روی طیب نفس نباشد (خوانساری، ۱۹۹). ایشان نتیجه می‌گیرد که هرکس تفصی برایش امکان داشته و قصد مضمون عقد داشته باشد، بعید نیست که عقد از روی طیب نفس واقع شده باشد بی‌آنکه فرقی بین امکان تفصی به توریه و غیر آن باشد. امام خمینی (ره) نیز از جمله مخالفان با نظر شیخ است. دیدگاه امام را باید حد وسطی بین دیدگاه نائینی و محقق ابروانی دانست. ایشان نیز قید سهولت و عدم سهولت را در تحقق اکراه شرط می‌داند و ملاک تحقق را عرف می‌داند و از این لحاظ دیدگاهش به ابروانی شباهت دارد، لکن امام همچون نائینی توریه را نیز مشمول این قید می‌داند و به همین منظور برای تفصی و تفصیل آن به توریه و غیرتوریه اعتبار مستقلی قائل نیست. تفاوتی آشکار در استدلال امام با استناد شیخ مبنی بر تحقق صدق عرفی وجود دارد. چنان‌که دانسته شد شیخ انصاری یکی از دلایل خویش را عرف دانست که طبق آن، متفاهم عرفی آن است که عجز از توریه در تحقق اکراه مؤثر نیست، ولی امام (ره) بر این اعتقاد است که مستفاد از صدق عرفی، عدم تحقق اکراه در صورت امکان تفصی با توریه است. ایشان ضمن رد تفصیل شیخ انصاری در البیع می‌گوید: «در صورتی که توریه برای خود مکره یک امر ساده و سهلی بود و از این عمل هراسی به دل نداشت، بایستی توریه کند و در غیر این صورت مکره نبوده و معامله‌اش محکوم به صحت و نفوذ خواهد بود، ولی اگر در اجرای توریه هراس پیدا کرد، مکره تلقی می‌شود و حکم آن مترتب خواهد شد. همین طور در صورتی که مکره امکان تفصی به فعل خارجی را نیز داشته باشد؛ بدین صورت که برای او ممکن باشد که در باطن تفصی کند بی‌آنکه آن را علنی نماید و از آشکارشدن وضعیت حال و وقوع در ضرر هراسی داشته باشد، اکراه صدق نمی‌کند» (خمینی، ۸۷/۲).

همین نظر را محقق نائینی با بیانی دیگر مطرح می‌کند. وی معتقد است که ما در خصوص شرط تفصی ابتدا باید به این حقیقت توجه کنیم که محل نزاع در خصوص اعتبار و اعتبارنداشتن تفصی در اکراه بعد از مفروض‌گرفتن این نکته است که باید همواره با مخالفت فعل اکراهی، ضرر مترتب شود و اگر گفتیم مجرد حمل غیر باعث تحقق اکراه می‌شود و در نتیجه رافع اثر معامله است، دیگر بحث از اعتبار و عدم اعتبار تفصی و این تفصیل‌ها بی‌معناست؛ چراکه با صرف عدم رضایت مکره اکراه صدق می‌کند، خواه امکان تفصی باشد و خواه نباشد و در صورتی که مسلم شود که مکره امکان تفصی ولو به وسیله توریه داشته باشد، مکره محسوب نمی‌شود» (نائینی، ۱۸۸/۱)؛ زیرا طیب نفس و رضایت متعاملین مقتضی برای صحت معامله است، حال خواه تفصی وجود داشته باشد یا نباشد. طبق گفته

نائینی در امکان تفصی به توره و غیرتوره اکراه موضوعاً تحقق پیدا نمی‌کند، برخلاف شیخ (انصاری، ۳، ۳۲۹) و صاحب غایة الآمال (مامقانی، ۱۷۵) که فرمود: فقط در غیرتوره اکراه موضوعاً تحقق پیدا نمی‌کند.

۵. نقد و بررسی آرای مخالفان

به نظر می‌رسد قول نائینی اندکی محل تأمل است؛ زیرا نائینی معتقد است که در صورت قدرت مکروه بر تفصی ولو با توره، ضرر مترتب بر ترک فعل اکراهی نمی‌شود، بلکه بر ترک آن و ترک تفصی با هم می‌شود. این استدلال مبتنی بر الزام کردن شخص مکروه بر تفصی با توره در صورت صدور تهدید از سوی مکروه است؛ به این بیان که شخص مکروه در صورت امکان تفصی با توره باید توره کند وگرنه اکراه تحقق پیدا نکرده و توره نکردن دلیل بر رضایت و طیب نفس مکروه خواهد بود و حال که شخص مکروه به شمار نمی‌رود، اکراه مستند به فعل اکراهی و ترک توره قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر امام و نائینی هر دو قائل بر این هستند که مکروه در صورت امکان تفصی با توره از اکراه خارج خواهد شد، در حالی که می‌توان به اشکالی که امام بر قید دوم شیخ در تعریف اکراه گرفت، علیه قول نائینی احتجاج کرد که امام (ره) در آنجا فرمود که صرف وجود احتمال عقلایی به ضرر رساندن کفایت از اکراه می‌کند، بی‌آنکه نیاز به قید دیگری در تحقق اکراه باشد. از سویی دیگر از آنجا که در جای خود ثابت خواهد شد که در صورت امکان تفصی از طریق توره، باز هم اکراه وجود دارد و توره نکردن هیچ دلیلی بر رضایت و طیب نفس مکروه نیست، لذا جایی برای این ادعا باقی نمی‌ماند که اکراه مستند بر ترک توره مکروه محقق شود.

مقصود مخالفان این است که از آنجا که معامله از روی طیب نفس نیست، پس معامله صحیح نیست و دیگر کاری نداریم که شخص مکروه شده است و سپس امکان تفصی دارد؛ یعنی همین که طیب نفس نیست، پس معامله باطل است. این مدعا محل تأملی جدی است؛ زیرا اینکه معامله طیب نفس نداشته باشد، در مقام تحقق یا به صورت معامله‌ای است که از روی اشتباه انجام شده یا به صورت اکراه محقق شده و هر کدام از این موارد در مقام تحقق لوازم و شروطی دارند و عدم تفصی از نگاه شیخ جزء یکی از همین شروط در تحقق اکراه است. در واقع برای احراز عدم طیب نفس می‌بایست اکراه یا اشتباهی تحقق یابد و از همین جا می‌توان ایرادی بر کلام خود شیخ نیز وارد کرد که چرا در شروط متعاقبین به جای اختیار از تعبیر طیب نفس که در لسان شارع به عنوان رکن صحت معامله عنوان شده، به جهت شمولیت هر دو مورد مذکور استفاده نکرده است و شاید منشأ مناقشاتی که فقها بر کلام شیخ گرفته‌اند نیز از همین جهت باشد که آیه شریفه، قید «أن تراض» آورده و همین نیز بایستی شرط باشد.

رکن تهدید و عدم قدرت بر تفصی از لوازم تحقق اکراه هستند و شرط است که مکروه امکان تفصی نداشته باشد؛ یعنی شخص در غیرتوره باید مکروه را دور سازد وگرنه معامله‌اش محکوم به نفوذ است؛ زیرا اکراه زمانی محقق است که شخص امکان و قدرت دفع آن را نداشته باشد وگرنه هیچ تفاوتی بین عصبانیت و خشم متعاملان با اکراه نیست و

هیچ‌کس قائل نشده که خشم غاضب، رافع اثر معامله باشد. فقهایی که معتقدند همین امکان داشتن تفصی با توره در تحقق اکراه کافی است؛ بازگشت این گفته بر الزام شخص بر انجام توره است وگرنه ما باید معامله‌ای از روی عدم طیب نفس را نافذ بدانیم. شیخ می‌گوید: دلیلی بر الزام به توره نداریم و بلکه چه‌بسا دلیل داشته باشیم که توره توصیه نمی‌شود به دلیل اقرب‌بودن به کذب، اما بر غیرتوره عقلاً دلیل وجود دارد؛ زیرا در صورت وجود تفصی با غیرتوره اکراه موضوعاً تحقق پیدا نمی‌کند (و صرفاً تهدید و خشم است). واضح‌ترین سؤال در این مقام آن است که ملاک احراز تحقق اکراه شخصی است یا نوعی؟ در صورتی که ملاک احراز اکراه خصوصیات نوعی یک انسان متعارف و معمولی باشد ممکن است در برخی حالات به دلیل کم‌اهمیت‌بودن موردتهدید، شخص مکروه تلقی شود اما در همین مورد چنانچه ملاک اکراه، خصوصیات شخصی مکروه باشد و مکروه از نظر روحی، انسانی ترسو، احساساتی یا بیمار باشد چه‌بسا او را مکروه تلقی کنیم. برعکس ممکن است شرایط به‌نوعی باشد که انسان، مکروه شمرده شود اما شخصی به دلیل شجاعت زیاد و روحیه قوی به‌طور شخصی مکروه دانسته نشود (سنه‌وری، ۱/۳۳۵). برای صحت این ادعا تنها وجدان آدمی کافی است بی‌آنکه نیازمند دلیلی دیگر باشیم. به نظر می‌رسد اگر بخواهیم تلقی و خطر اعتقادی مکروه را اساس برای شرط‌گذاشتن تفصی قرار دهیم، استدلال شیخ درخور توجه است؛ زیرا اولاً آنگاه که شخص مکروه اقدام به تهدید نسبت به ضرر موعود می‌کند و به اعتقاد مکروه امکان عملی ساختن آن را نیز داشته باشد، همین احتمال‌دادن مکروه و خوف وی مبنی بر وقوع ضرر در آینده مجهول برای او کافی است تا گواهی بر صدق اکراه باشد و این احتمال‌دادن، چیزی نیست جز تلقی مکروه و خطر اعتقادی مکروه مبنی بر عملی‌ساختن متوعده. جای تأمل است که امام باوجود آنکه قیودی را که شیخ برای تحقق اکراه لازم دانسته را نیز شرط نمی‌داند و بلکه فقط وجود احتمال عقلایی به ضرررساندن را کافی از تحقق اکراه دانسته، باز ملاک نوعی را برگزیده و طبق تعاریف ارائه‌شده از اکراه قاعداً می‌بایست امام شایسته‌تر به پذیرش ادعای شرطیت تفصی باشد تا شیخ. از سویی دیگر گویا امام بر این ادعا هستند که ممکن است شخص مکروه شود و طیب نفس نیز داشته باشد و این صحیح نیست؛ زیرا اکراه چنان‌که مفهوم آن قبلاً گذشت یعنی اینکه شخص رضایت به انجام فعل نداشته باشد و وقتی میل و رضایت داشته باشد دیگر اکراه کامل نیست و بلکه صرف عصبانیت و صدور تهدید بلاثری است که از جانب شخص مکروه صادر شده است.

در همین راستا قید امکانیت که در دیدگاه برخی فقها ذکر شده اگر به‌معنای مقدوریت تام و بدون خوف مکروه باشد به‌گونه‌ای که تصور اکراه در آن خلاف عقل باشد، در این بحثی نیست. البته شاید بتوان گفت که همان نظر فقها مبنی بر صدق عرفی نزدیک به صواب باشد (طباطبائی یزدی، ۱/۱۲۲)، اما به نظر می‌رسد عرف هم نمی‌تواند مبنا باشد؛ زیرا امکانیت و سهولت از هر شخصی به شخص دیگر متفاوت است و عرف در اینجا هیچ ضابطه‌ای ندارد و به‌ناچار بایستی مقصود از امکان‌داشتن، امکانیت از نظر مکروه باشد. بنابراین قول محقق همدانی به صواب نزدیک‌تر

است. وی می‌گوید: «مناطق در امکان تحقق تفصی آن است که ارتکاب فعلی که تفصی به واسطه آن حاصل می‌شود برای مکره آسان‌تر باشد از ارتکاب آنچه که بدان اکراه شده است. آنچه که معلوم است این است که آسان‌تر بودن ارتکاب در نظر فاعل معتبر است نه در نظر عرف» (همدانی، ۱۶۳). این گفته چنان‌که پیدا است به گونه‌ای است که اولویت اثبات اکراه را بر ملاک شخصی بودن نهاده است. به همین سبب نمی‌توان نظر کسانی همچون آیت‌الله بهجت نیز که امکانیت را مقید به سهولت توریه کرده را پذیرفت (بهجت، ۴۳۵). در اینجا باید دقت کرد که امکان داشتن توریه و احتمال ضرر با یکدیگر جمع‌شدنی هستند؛ زیرا تلقی و خطر اعتقادی، امری نفسانی است که در افق نفس جاری می‌شود و چگونه می‌توان با تصور ذهنی و استدلال‌های عقلی که به ظن و گمان شباهت بیشتری دارد، آن هم در خارج از آن فضا درباره حالاتی که در آن فضای اکراه‌آمیز بر نفس مکره (همچون پریشانی و اضطراب) عارض می‌شود، قضاوت کرد؛ زیرا فرض آن بود که شخص امکان تفصی با غیرتوریه را نداشته است و تفصی با توریه هم چیزی نیست جز کلامی همراه با تأویلی نفسانی و کلام به‌خودی‌خود برخلاف غیرتوریه هیچ‌گونه مانعیت جسمانی بین مکره و مکره ایجاد نمی‌کند و صرف ادای الفاظی است که با خطر اعتقادی مکره (که آیا باور می‌کند یا نه) همراه است. به همین دلیل است که برخی از فقها معتقدند: «به سبب برداشت دو معنی از توریه؛ اولاً نمی‌تواند این عمل کار عوام‌الناس باشد؛ ثانیاً در اکراه معمولاً انسان تمرکز ندارد و حواسش جمع نیست و با اضطراب و پریشانی حرف می‌زند، لذا کار سختی است و اغلب موارد توریه هم به‌صورتی هستند که امکان آن وجود ندارد و حتی گاهی اگر مکره بفهمد که مکره توریه کرده امکان دارد ضرر بیشتری بر مکره وارد کند و نوعاً هم طوری هست که شخص اکراه‌کننده می‌فهمد و به تعبیر خود شیخ خطر اعتقادی مکره وجود دارد» (نوری همدانی، ۸). نمی‌توان مناقشه امام بر قید دوم شیخ در تعریف اکراه را پذیرفت؛ زیرا امام و خوانساری با این قید خواسته‌اند مطلق امکانیت را بدون در نظر گرفتن هیچ قیدی (حتی توریه) منشأ عدم اکراه بر شمارند و حال آنکه مکره شدن امری درونی است و توریه این امکانیت و قابلیت نوعی را ندارد که رافع این امر باشد، برخلاف غیرتوریه؛ چراکه در غیرتوریه خطر اعتقادی مکره وجود ندارد. با فرض اینکه امکانیت به معنای این باشد که مکره کاملاً قادر بر توریه باشد از کجا معلوم می‌شود که مکره باور کند یا نکند، در حالی که در بسیاری اوقات حالات چهره و طبایع، اماراتی را برخلاف مدعای آدمی نشان می‌دهد و از کجا معلوم که عقل با استناد به خطر اعتقادی مکره، حکم به وجوب عدم توریه نکند، مگر آنکه بگوییم امکان پی‌بردن به اعتقاد مکره نیز وجود داشته باشد که این البته تصویری بیش نیست چنان‌که تصور محال نیز محال نیست. سؤالی که در اینجا به نظر می‌رسد آن است که حال که طبق ادعای شیخ تفصی با توریه اثری ندارد، چرا شیخ قائل به این تفصیل شده است؟ آیا تعارضی در ادعای شیخ وجود ندارد؟

در پاسخ می‌توان گفت که به لحاظ عقلی توریه نیز راهی است که گاهی از طریق آن برای دفع ضرر متوعده به آن عمل می‌شود و به نتیجه مقصود می‌رسد ولی با خطر همراه است. برای همین، تفصیلی که شیخ داده مبنی بر هرگونه

راه و چاره‌ایی است که به ذهن هر شخص عاقلی برای فرار از اکراه می‌رسد و چنان‌که پیداست تفصی نیز عنوانی است که جز با دخالت مستقیم عقل به سرانجام نمی‌رسد و کار شرع هم ترتیب اثر دادن یا ندادن بر چنین راه‌های عقلی است. حال اینکه چرا شرع مقدس مکروه را ملزم به توره نمی‌کند؟ به نظر می‌رسد استناد به همان استدلال شیخ ذیل استشهاد به روایت عمار بهترین پاسخ باشد؛ زیرا مانعیت جدی از سوی شرع وجود دارد که شخص را ملزم به توره کند؛ چراکه ولو اثبات بر عدم قبح توره شود، دلیلی بر ضرورت الزام به آن نیست. چه‌بسا شارع چیزی را قبیح نمی‌داند اما توصیه هم نمی‌کند. از سویی دیگر توره به لحاظ شکلی (نه حکمی) به کذب نزدیک است و چنان‌که آیت‌الله نوری بیان کرد توره امری دشوار است که کار هرکسی نیست و به تعبیر مرحوم یزدی شاید حذر از داخل شدن توره در کذب، یکی از موانع الزام شارع به شرطیت تفصی از طریق توره باشد.

نتیجه‌گیری

شیخ انصاری یکی از شروط متعاقدين را نبود اکراه بیان می‌کند و سپس برای اکراه بین تفصی با توره و تفصی از طریق غیرتوره فرق می‌گذارد. عده‌ای از فقها نظیر محقق ایروانی با صحه گذاشتن بر تفصیل شیخ قید عدم سهولت را برای تحقق اکراه با توره به کار می‌برد، ولی درنهایت قول شیخ انصاری را مبنی بر اعتبار نداشتن عجز از تفصی در توره تأیید می‌کند. جزایری نیز هم‌نظر با شیخ انصاری است و توره را فرع بر قصد انشای عقد می‌گذارد و معتقد است تفصی از امر اکراهی گواه بر تحقق قصد مدلول است، بنابراین همین که مکروه تصمیم بر تفصی می‌کند دال بر عدم اراده وی بر انشای عقد است و در نتیجه اکراه تحقق پیدا می‌کند. فقهای نظیر مرحوم طباطبایی، سبزواری، مامقانی و محقق اصفهانی نیز موافق با نظر شیخ هستند، لکن تلاش کرده‌اند با ارائه قیدهایی بر شرطیت تفصی استدلال کنند. باین حال فقهای نظیر نائینی، خویی، یزدی، خوانساری و امام خمینی (ره) تفصیل شیخ را بی‌اثر می‌دانند؛ زیرا از نظر ایشان مناط در بطلان معامله مکروه صرفاً منتفی شدن طیب نفس و رضا است (که البته خود شیخ قبلاً به آن اشاره کرده است) و واضح است که طیب نفس درباره کسی که امکان تفصی با توره را دارد نیز محقق می‌شود؛ بنابراین وقتی که طیب نفس وجود داشته باشد، خواه امکان تفصی باشد و خواه نباشد، معامله صحیح است و تفصی در اکراه شرط نیست.

از آنجاکه ملاک برای صحت معاملات با توجه به نص شرعی و آیه قرآن داشتن طیب نفس و رضا است؛ به نظر می‌رسد اگر شیخ انصاری در ذیل شرایط متعاقدين به جای واژه اختیار از عبارت طیب نفس بهره می‌برد نه اکراه و عدم اکراه؛ این چنین منشأ غالب مناقشات از سوی فقها نمی‌شد؛ زیرا اگر معامله بر اساس طیب نفس نباشد، در مقام تحقق یا از روی اشتباه انجام شده یا به صورت اکراه محقق شده و نمی‌توان مستفاد از رکن اختیار، رافعیات اثر را به دلیل اشتباه در معامله دریافت کرد و اتفاقاً یکی از ریشه‌های مناقشات و اختلافات در موضوع تفصی در اکراه

بازگشت به همین مسئله دارد که از شروط متعاقدين اختيار است يا داشتن طيب نفس و رضا؟

انصاف آن است که دیدگاه نهایی شیخ انصاری مبنی بر اینکه امکان عجز از تفصی با توریه، نقشی در تحقق اکراه ندارد نظری متقن است؛ زیرا آنگاه که شخص مکروه اقدام به تهدید نسبت به ضرر موعود می‌کند و به اعتقاد مکروه، امکان عملی ساختن آن نیز وجود دارد، همین احتمال دادن مکروه و خوف وی مبنی بر وقوع ضرر در آینده مجهول برای او جهت صدق اکراه کفایت می‌کند و آن چیزی نیست جز تلقی مکروه و خطر اعتقادی مکروه مبنی بر عملی ساختن متوعده که آن هم امری است نفسانی، لذا چگونه می‌توان با تصور ذهنی و استدلال‌های عقلی نزدیک به ظن و گمان، راجع به حالاتی همچون پریشانی و اضطراب که بر مکروه عارض می‌شود قضاوت کرد؛ چون فرض آن بود که شخص امکان تفصی با غیرتوریه را نداشته است و تفصی با توریه هم چیزی نیست جز کلامی همراه با تأویلی نفسانی و کلام به‌خودی‌خود برخلاف غیرتوریه هیچ‌گونه مانعیت جسمانی بین مکروه و مکروه ایجاد نمی‌کند و صرفاً ادای الفاظی است که با خطر اعتقادی مکروه همراه است. از این گفته نیز اگر بگذریم از سویی دیگر الزام شارع به مبادرت به توریه با مانعیت جدی همراه است؛ چراکه ولو اثبات بر عدم قبح توریه شود، دلیلی بر ضرورت الزام به آن در دست نیست و از جهتی جدا از دشواربودن توریه، چنین عملی به کذب نزدیک است و به تعبیر مرحوم یزدی شاید یکی از موانع الزام شارع به شرطیت تفصی از طریق توریه، پیشگیری از داخل شدن توریه در کذب باشد و بنا به فرض هم امکانیت به معنای این باشد که مکروه کاملاً قادر بر توریه باشد، از کجا معلوم می‌شود که مکروه باور کند یا نکند؛ درحالی‌که در بسیاری اوقات حالات چهره و طبایع، اماراتی را برخلاف مدعای آدمی نشان می‌دهد تا جایی که حتی عقل با استناد به خطر اعتقادی مکروه، حکم به وجوب عدم توریه کند. به نظر می‌رسد در تفصی از طریق غیرتوریه عرف هم نمی‌تواند مبنا برای تحقق اکراه باشد؛ زیرا امکانیت و سهولت در افراد نسبت به یکدیگر متفاوت بوده و در اینجا هیچ ضابطه‌ای نداشته باشد و به ملاک شخصی نه نوعی، امکانیت در طرف شخص مکروه باشد؛ یعنی چنانچه ملاک اکراه خصوصیات شخصی مکروه باشد و مکروه از نظر روحی، انسانی ترسو، احساساتی یا بیمار باشد، چه بسا او را مکروه تلقی کنیم. برعکس ممکن است شرایط به‌گونه‌ای باشد که انسان، مکروه شمرده شود اما فرد به دلیل شجاعت زیاد و روحیه قوی شخصی مکروه دانسته نشود. از آنجاکه در تعریف فقها از اکراه محرز شد که اکراه عبارت است از: واداشتن دیگری به کاری همراه با تهدید که بدان راضی نیست، لذا اکراه اختصاص دارد به‌صورتی که شخص از لحوق ضرر به خود یا وابستگان خود همچون پدر و فرزند خائف باشد، اما آنگاه که میل و رضایت داشته باشد دیگر اکراه کامل نیست، بلکه صرف عصبانیت و تهدید بلااثری است که از سوی مکروه صادر شده است. بر این اساس نتیجه می‌گیریم که یکی از شروط متعاقدين، طیب نفس است و امکان نداشتن تفصی در غیرتوریه یکی از شرایط تحقق اکراه و نفوذداشتن معامله است.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
- اصفهانی، محمد حسین، حاشیه کتاب مکاسب، چاپ اول، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
- امامی خوانساری، محمد، الحاشیه الأولى على المكاسب، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۳۷۳.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب مکاسب، چاپ اول، قم: دارالذخائر، ۱۴۱۱ ق.
- ایروانی، علی، حاشیه مکاسب، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- بهجت، محمد تقی، وسیلة النجاة، چاپ دوم، قم: شفق، ۱۴۲۳ ق.
- جزائری، محمد جعفر، هدی الطالب فی شرح مکاسب، چاپ اول، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح- تاج اللغة و صحاح العربية، چاپ اول، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
- حراملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، چاپ اول، قم: آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- خمینی، روح الله، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۸.
- سبزواری، عبدالاعلی، جامع الأحکام الشرعیة، چاپ نهم، قم: المنار، ۱۳۷۳.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، بیروت: الحلبي، ۲۰۰۹ م.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
- طباطبایی قمی، تقی، عمدة المطالب فی التعليق على المكاسب، چاپ اول، قم: کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الأحکام الشرعیة على مذهب الإمامیة، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
- مامقانی، محمد حسن بن عبدالله، غایة الآمال فی شرح کتاب مکاسب، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۱۶ ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
- معلوف، لويس، المنجد فی اللغة، چاپ اول، تهران: اسلام، ۱۳۸۷.
- نائینی، محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، چاپ اول، تهران: المكتبة المحمدية، ۱۳۵۸.
- همدانی، رضابن محمد هادی، حاشیه کتاب مکاسب، چاپ اول، قم: مؤلف، ۱۴۲۰ ق.
- پایگاه اینترنتی مراجع عظام
- پایگاه اینترنتی آیت الله حسین نوری همدانی، ۱۳۸۹، درس خارج فقه مبحث بیع، جلسه ۵۱۲ ص ۸،

پایگاه اینترنتی آیت الله سید موسی شبیری زنجان، ۱۳۹۲، درس خارج فقه مبحث بیع، <https://zanjani.ir>



Acting upon generalities and applications in emerging jurisprudential issues in the light of explaining the criterion of innovation.

Seyed Reza Shirazi, Assistant Professor of Razavi Research Institute of Islamic Sciences (corresponding author)

Email: srshirazi@islamic-rf.ir

Dr. Mohammad Taghi Karimi, Assistant Professor of Razavi Research Institute of Islamic Sciences

Abstract

Each special phenomenon requires its own jurisprudential rules. With the completion of religion, new narrative premises are not issued in Shari'a, however, in order to determine the jurisprudential ruling of new phenomena, religious scholars must place it in the subject of one of the Shari'a cases and then face the question of whether they can relay on the application or generality of the subject of ruling of that jurisprudential premise. Also, the question that must be answered before is what is the criterion of the novelty of the phenomenon and the emergence of the feature?

In this article, which is a library in terms of data collection and a descriptive analytic in terms of method and developing in terms of purpose, two types of emerging issues are introduced. In the first place, the new phenomenon is such that it makes the implementation of at least one of the religious cases difficult. Secondly, when corresponding the title of the subject of the Shari'a case on a new phenomenon, we encounter the problem that the correspondence of the Shari'a issue on the new phenomenon is doubtful and sometimes the character or activity of the phenomenon is new despite its correspondence on the new phenomenon and sometimes new phenomenon appears in the religious subject. Reliance on these species is definitely faced with theoretical forms of the feature and follows the ruling expressed in this article.

Keywords: Emerging jurisprudential issue, emerging case, generality and application in emerging issues, emerging topic.



HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۳ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲۷ - زمستان ۱۴۰۰، ص ۸۹ - ۱۰۷
شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲	شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۰۵	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۸/۰۳
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v54i1.87998	نوع مقاله: پژوهشی

اخذ به عمومات و اطلاقات در مسائل مستحدثت فقهی در پرتو تبیین ملاک مستحدثت بودن

سیدرضا شیرازی (نویسنده مسئول)

استادیار پژوهشکده علوم اسلامی رضوی

Email: srshirazi@islamic-rf.ir

دکتر محمدتقی کریمی

استادیار پژوهشکده علوم اسلامی رضوی

چکیده

هر پدیده جدیدی احکام فقهی ویژه خود را می‌طلبد. با کامل شدن دین قضایای نقلی جدیدی در شریعت صادر نمی‌شود، در این حال پژوهشگران دینی برای تعیین حکم فقهی پدیده جدید، بایستی آن را در موضوع یکی از قضایای شرعی جای دهند و در پی آن با سؤالی روبه‌رو می‌شوند که آیا برای پی‌بردن به حکم آن پدیده می‌توان به اطلاق یا عموم موضوع یا حکم آن قضیه شرعی تمسک کرد؟ نیز پرسشی که قبل از آن باید پاسخ دهند این است که ملاک جدیدبودن پدیده و معیار مستحدثت‌بودن مسئله چیست؟

در این مقاله که از لحاظ شیوه گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و از لحاظ روش، توصیفی تحلیلی و از لحاظ هدف توسعه‌ای است، دو گونه مسئله مستحدثت معرفی می‌شود. در گونه اول پدیده نو به صورتی است که اجرای حداقل یکی از قضایای شرعی را با مشکل روبه‌رو می‌کند. در گونه دوم، هنگام صدق عنوان موضوع قضیه شرعی بر پدیده جدید با این معضل روبه‌رو می‌شویم که گاه صدق موضوع مسئله شرعی بر پدیده جدید مشکوک است و گاه با وجود احراز صدق آن بر پدیده جدید، ماهیت یا کارکرد پدیده، جدید است و گاه پدیده جدید، عرضی است که بر موضوع شرعی عارض شده است. تمسک به اطلاق در این گونه‌ها با اشکال نظری خاصی روبه‌رو است و حکم خاصی را در پی دارد که در این مقاله بیان شده است.

واژگان کلیدی: مسئله فقهی نوپیدا، مصداق نوظهور، عموم و اطلاق در مسائل مستحدثه، موضوع نوپدید.

مقدمه

از جمله مسائلی که به تازگی در اصول فقه مدّ نظر پژوهشگران واقع شده است، مسئله تمسک به اطلاعات و عمومات در مسائل جدید است. با ابلاغ دین و اتمام شریعت، قضایای نقلی جدیدی در شریعت صادر نمی شود؛ بنابراین پژوهشگران دینی با مقدار معین و محدودی از احکام شرعی و موضوعات آن ها روبه رو هستند. فقها برای تعیین حکم پدیده ای جدید باید آن را در موضوع یکی از قضایای شرعی داخل کنند. در اینجا پژوهشگران با سؤالی روبه رو می شوند که آیا می توان به اطلاق یا عموم موضوع یا حکم آن قضیه شرعی تمسک کنند؟ برخی از اندیشمندان معاصر تلاش کرده اند که بدین پرسش پاسخ دهند، اما تلاش آن ها با کاستی ها و اشکالاتی همراه بوده است. در ادامه پس از بیان پیشینه پژوهشی مسئله، آن تلاش ها گزارش شده و سعی در برطرف کردن کاستی ها و نقد اشکالات می شود.

در خصوص پیشینه تحقیق باید گفت: موضوع شکار صید با تفنگ (شیخ بهایی، ۷۳۹؛ مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، ۳۸۹/۷؛ کرمانشاهی، ۲۹۲/۲؛ طباطبایی، ۲۷۴/۱۳؛ سبزواری، ۵۷۶/۲؛ مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، ۲۷۶/۶۲؛ نراقی، مستندالشیعة، ۳۱۶/۱۵ تا ۳۱۸؛ صاحب جواهر، ۱۶/۳۶) و عقدهای جدید (میرزای قمی، ۴۱/۲؛ طباطبایی، ۲۱۹/۸؛ نراقی، عوائد الایام، ۱۹؛ نایینی، ۱۰۴/۱ تا ۱۰۵؛ مکارم شیرازی، ۲۵۴/۲۲ تا ۲۵۵؛ علی دوست، فقه و حقوق قراردادها، ۷۶) از اولین مسائل مطرح شده در فقه درباره تمسک به اطلاق در مسئله مستحدثت است.

در اصول فقه گاهی به صورت محدود (صدر، لاضرر، ۲۷۰ تا ۲۷۳؛ خرازی، ۴۱۴/۱) و گاهی با اضافه کردن زاویه های جدیدی به بحث مانند ملاک مستحدثت بودن مسئله چیست؟ و اشکالات مطرح شده، موضوع با وسعت بیشتری (قائمی، المبسوط، ۱۷/۱ تا ۲۷؛ لجنة الفقه المعاصر، ۱۴۹ تا ۱۷۴) بررسی شده است.

پایان نامه سطح چهار با عنوان «حجیت عمومات و اطلاعات در مسائل مستحدثه» (موسوی)، دفاع شده به سال ۱۳۹۶ در حوزه علمیه قم با ارائه اشکالات متعددی به این نتیجه رسیده است که تمسک به عمومات و اطلاعات نسبت به برخی از مصادیق مستحدثت جایز نیست. در این پژوهش، ماهیت مسئله مستحدثه و اقسام آن به صورت گذرا مطرح شده و ارتباط اشکالات به اقسام مدنظر قرار نگرفته است.

مقاله «تمسک به عمومات و اطلاعات در مسائل مستحدثه» در سال ۱۳۹۳ فقط در صدد طرح دو اشکال نسبت به تمسک به عمومات و مطلقات در مسائل مستحدثه است و در نهایت عدم جواز تمسک، نتیجه گیری شده است (اعلایی).

در مقاله «روش بهره گیری از عمومات و اطلاعات در حل مسائل مستحدثه» به سال ۱۳۹۹ (خادمی کوشا)، دو روش برای شناخت صدق عنوانی عمومات و مطلقات بر موضوعات جدید ارائه شده است. سپس حالت های مختلف عمومات و اطلاعات در مواجهه با موضوعات جدید بر شمرده و بیان شده است که از کدام یک از دو روش فوق بنا بر مبانی مختلف باید بهره گرفت. مقاله فوق در صدد تعیین انواع مسائل مستحدثه بر نیامده و نیز در جهت

بیان اشکالات وارد بر تمسک به عمومات و اطلاعات و تعیین اینکه هر اشکال به کدام یک از حالات ارتباط پیدا می‌کند و در نهایت پاسخ به آن‌ها تلاشی نشده است.

باتوجه به جدید بودن موضوع بحث، پژوهش‌های مذکور نیازمند حکم و اصلاح و ابرام و تعمیق است. برخی پاسخ‌های ارائه شده به سؤالات فرعی موضوع در آن‌ها قانع کننده نیست؛ برای مثال مستحدث بودن مسائلی چون بیمه و سرقتی و فروش زمانی محل اتفاق است، بنابراین ملاکی که این گونه مسائل را از بحث خارج می‌کند پذیرفتنی نیست. نمی‌توان مسائل مستحدثه را بدون ملاک به انواع مختلف تقسیم کرد. بایسته است ضابطه و ملاک معینی برای تقسیم ارائه شود. برای تمسک به عموم و اطلاق در گونه‌های مختلف مسائل مستحدثه با مشکلات و موانع متفاوتی برخورد می‌شود. بنابراین نمی‌توان اشکال ایراد شده به تمسک را به همه انواع مسائل مستحدثه تسری داد یا در مقام جواب، حکم کلی نسبت به تمامی انواع مسائل مستحدثه داد.

شایسته است پس از ارائه تعریفی پذیرفتنی از مسئله مستحدثه، ملاکی برای تقسیم ارائه داده و مسائل مستحدثه را دسته بندی کرد. سپس اشکالات وارد شده به تمسک به اطلاق یا عموم و مانع موجود، به هر کدام از انواع مسائل مستحدثه را مطرح و در نهایت برای پاسخ بدان‌ها تلاش کرد. این امور مدنظر این مقاله است و در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم.

۱. ملاک مستحدث بودن مسئله

۱.۱. معقول نبودن وجود موضوع در عصر تشریع

برخی اندیشمندان در مقام بررسی فقهی مسائل مستحدثه، موضوع بحث خود را تمامی مسائلی قرار داده اند که فقهی به مقدار دیگر موضوعات فقهی، متعرض آن‌ها نشده اند و بنابراین حتی اگر قداما به طور مجمل و گذرا متعرض مسئله ای شده باشند و حق مسئله ادا نشده باشد، به عنوان مسئله ای مستحدث از آن بحث می‌کنند (قائمی، پژوهشی در مسائل فقه پزشکی، ۲۱/۱ و ۲۲).

تمسک به عمومات و اطلاعات در مسائل مستحدثه در این اندیشه تنها شامل برخی از مسائل می‌شود و عمومیت ندارد (همو، ۲۰/۱). «آنچه بایستی به عنوان ملاک و ضابطه در مستحدث بودن یک موضوع مطرح شود این است که وجود خارجی موضوع آن در عصر تشریع معقول نبوده است».

صاحب این اندیشه بین مستحیل بودن و نامتعارف بودن موضوع در زمان گذشته تفاوت می‌گذارد و می‌گوید: «گاه می‌بینیم که در زمان‌های گذشته وقوع مسئله ای نامتعارف و ناشناخته بوده است و بنابراین، در احادیث و متون دینی از آن‌ها سؤالی مطرح نشده است؛ باین وجود نبایستی آن را جزء مسائل جدید به شمار آورد [...] بین ناشناخته و نامتعارف بودن وجود خارجی چیزی و محال بودن وقوع آن، به نظر عرف تفاوت وجود دارد؛ به عنوان مثال [...] موضوع، قراردادهای جدیدی است که در گذشته وجود نداشته است، باین وجود این امر موجب نمی‌شود که

قراردادهای جدید را داخل در مسائلی بدانیم که در شمول عمومات عقود نسبت به آنها ابهام وجود دارد» (قائمی، ۱/ ۲۲-۲۳)؛ ازاینرو ایشان تمسک به عموم و اطلاق «احل الله البيع» و «اوفوا بالعقود» در عقودهای جدید مانند بیمه، سرقفلی، فروش زمانی و مانند آنها را داخل در محل نزاع نمی‌داند، چه اینکه این عقود تصورش‌شدنی بوده‌اند اگرچه واقع نشده یا با تفصیل تصور نشده‌اند.

نمونه دیگری که در این دیدگاه موضوع جدید نیست، مواردی است که شکل وجود کنونی آنها با آنچه در سابق وجود داشته متفاوت است، اگرچه وجه مشترکی بین آنها موجود است؛ برای مثال اقرارها و شهادتهایی که به صورت صوت یا فیلم در ابزارهای مختلف ذخیره می‌شود، در گذشته به صورت کتابت وجود داشته است. پر واضح است که بین آنها و بین نوشتار، جامعی وجود دارد و احتمال جعل و تحریف در آنها مانند کتابت وجود دارد و فرقی بین آنها نیست (قائمی، المبسوط، ۱/ ۱۷)؛ ازاینرو جستجو در نصوص دینی در جهت پیدا کردن نظائر و شبیه‌هایی برای مسئله به ظهور مطلق در شمول موضوع آن مسئله یاری می‌کند (همو، المبسوط، ۱/ ۲۰). در این نگاه، انواع پیوند اعضا از آن جهت که در پزشکی قدیم قابلیت این گونه اعمال وجود نداشته، موضوعی مستحدثت است.

به نظر ایشان و از نگاه سوم؛ یعنی انواع مسائل مستحدثی که فقیه با آنها روبه‌رو می‌شود، موضوعات مستحدثه به سه نوع تقسیم می‌شوند:

۱. موضوعاتی که در قدیم از آن جهت که محل ابتلای مسلمانان نبوده به آنها التفات نشده و بنابراین حکم آنها مورد سؤال واقع نشده است، اگرچه وقوع آنها در عصر تشریع امکان داشته است؛ مانند نماز در قطب شمال و جنوب یا تزریق خون و...

۲. موضوعات غیر ممکن در تصور قدما حتی اگر به آنها ملتفت بودند مانند پیوند اعضا؛

۳. موضوعاتی که فقها متعرض آنها نشده‌اند، اگرچه در نصوص دینی موجود است؛ مانند استفاده از بی‌حسی یا بی‌هوشی برای جلوگیری از احساس درد قبل از اجرای حد (همو، ۱/ ۲۰ تا ۲۱).^۱

نقد دیدگاه اول: در نقد آنچه ذکر شد باید گفت: روشن است که مراد از مسائل مستحدثه، تمامی موضوعاتی که بحث‌های فقهی در آنها تام و کامل نیست، نمی‌باشد؛ چه اینکه مسئله‌ای مستحدثت است که موضوعش جدید باشد و نه محمول آن؛ بنابراین اگر سخنان و دیدگاه‌های جدیدی در موضوعات قدیمی مطرح شود، مسئله مستحدثت نمی‌شود. با اینکه مشهور علما قبل از علامه حلی قائل به نجاست آب چاه با افتادن نجاست در آن بودند و نزح آب

۱. نوشته کتاب مبهم است و آنچه در بالا از کتاب گزارش شده است بر اساس فهم نگارنده از مذاکره شفاهی با مؤلف محترم است. درحقیقت ایشان موضوع مسائل مستحدثه را با نگاه به غایت موردنظر سه‌گونه مطرح می‌کنند: گاهی هدف مطرح کردن مسائل فقهی است که موضوع را گسترده‌اخذ می‌کنند و گاهی هدف بحث درباره تمسک به عمومات و اطلاعات است که موضوع را مضیق‌اخذ می‌کنند و گاهی نگاه به عالم واقع و موضوعات مستحدثه موجود است که انواع مختلف موضوعات مستحدثه بحث می‌شود.

چاه را واجب می دانستند، قول به طهارت آب چاه توسط علامه حلی باعث نمی شود کسی این مسئله را جزء مسائل مستحدثه حتی در زمان علامه حلی بداند. بر اساس این دیدگاه باید تمامی درس های خارج فقه و اصول که دارای نوآوری هستند را بحث از مسائل مستحدثه دانست.

در جواز تمسک به اطلاق و عموم آیات وفای به عقود و حلّیت بیع در عقود مستحدثه، اختلاف وجود دارد (نک: علی دوست، فقه و حقوق قراردادها، ۱/ ۷۵ تا ۹۴)؛ از این رو دیدگاه انحصار محل نزاع در مواردی که در عصر تشریع معقول نبوده و تصور آن ها در آن زمان محال بوده، پذیرفته نیست. همان گونه که مسائلی که در روایات ذکر شده، اما به عللی در فقه به آن ها پرداخته نشده است را نمی توان مسئله جدیدی پنداشت.

۲.۱. استقرا

در این دیدگاه موضوعات مستحدثه به انواع مختلفی تقسیم شده است:

۱. برخی موضوعات جدید مانند انرژی هسته ای قابل درک و تصور توسط قدما نبوده است؛
۲. برخی موضوعات توسط قدما قابل درک بوده و آن را تصور کرده اند، اما قابلیت پیاده سازی آن در آن زمان وجود نداشته است؛ مانند پرواز در فضا و جابه جایی های بسیار سریع بر روی زمین، چه اینکه داستان معراج پیامبر (ص) و جابه جایی تخت بلقیس در قرآن کریم ذکر شده است؛
۳. برخی موضوعات قابل درک برای آن ها بوده است، اما آن را تصور نکرده اند؛ مانند عقدهای گوناگون جدید مثل بیمه و سرقتی و...؛
۴. برخی موضوعات در قدیم بوده اما صفتی بر آن عارض شده است که در عصر تشریع برای آن ثابت نبوده و بنابراین موضوع جدید تفاوت فاحشی با موضوع قدیم دارد؛ مانند اینکه در قدیم انواع دیه (شتر، گاو، گوسفند، حله یمانی، درهم و دینار) تفاوت قیمت چندانی نداشتند، اما در زمانه کنونی تفاوت فاحشی در قیمت دارند؛
۵. مواردی که به تازگی محل ابتلای مسلمانان شده، اگرچه در عصر معصومان (ع) وجود داشته است؛ مانند اوقات نماز و مدت زمان روزه در مکان هایی که خورشید غروب یا طلوع نمی کند (لجنة الفقه المعاصر، ۱۴۹ تا ۱۵۰).

در این اندیشه، تمسک به اطلاق لفظی و عمومات وضعی در تمامی موضوعات مستحدثه موجود در تقسیم جایز است و تمسک به عام و مطلق را تنها در دو مورد جایز نمی دانند (همو، ۱۷۳)؛ خطباتی که در مقام پاسخ به پرسش های صحابه است به همراه قیدهایی دیگر؛ اطلاق مقامی.

بررسی دیدگاه دوم: در این دیدگاه برای مستحدث بودن مسئله، ملاکی ارائه نشده است. ظاهر ارائه تقسیم مذکور این است که هر مسئله ای که در یکی از قسم ها داخل شود، مستحدث خواهد بود، اما برای تقسیم فوق نیز ملاکی ذکر نشده است. به نظر می رسد که این تقسیم برحسب استقرا بوده است. بدیهی است که تقسیم بندی باید مفید فایده ای و احکام مترتب بر هر قسم باید متفاوت از قسم دیگر باشد، اما در این دیدگاه در طول بحث به ندرت به

تقسیم ابتدایی ارجاع داده می‌شود و اشکالات مطرح شده در تمسک به اطلاقات و عمومات را بدون توجه به اقسام مطرح شده پاسخ می‌دهند، در نهایت نیز نتایجی که گرفته می‌شود ارتباط خاصی با تقسیم گذشته ندارد.

۱. ۳. اندیشه مختار در ملاک مستحدثت بودن مسئله

قبل از وارد شدن به بحث ضروری است که اصطلاحات حکم، موضوع و مصداق روشن شود، چه اینکه خلط بین این مفاهیم موجب سردرگمی و اشتباه در بحث و خلط موضوع با مصداق می‌شود (علی دوست، فقه و عرف، ۳۵۹). مراد از حکم، قانون صادر شده از جانب خداوند به جهت تنظیم زندگی انسان (صدر، دروس، ۶۱/۱) است که به تکلیفی و وضعی تقسیم می‌شود. احکام تکلیفی به وجوب، استحباب، اباحه، کراهت و حرمت تقسیم می‌شوند. احکام وضعی، حالت و وضعیت شیء را معین می‌کند؛ مثل طهارت، زوجیت، مانعیت، شرطیت و... تعداد احکام وضعی زیاد اما در مجموع محدود است.

در بسیاری از کاربردهای اصولی و فقهی، مراد از موضوع حکم معنای منطقی آن است؛ یعنی یکی از دو طرف نسبت در قضیه که به آن محکوم علیه نیز اطلاق می‌شود و در مقابل محمول قرار می‌گیرد (گنابادی، ۲۰). مراد از موضوع، معروض حکم است؛ یعنی آنچه حکم بر آن مترتب شده است. در قضایای شرعی، محمول قضیه، حکم شرعی است و موضوع آن، معروض حکم است.

مراد از مصداق، هرگونه تعینی، ذهنی یا خارجی برای موضوع است؛ مثلاً در قضیه شرعی غیبت مؤمن حرام است، مصداق موضوع می‌تواند غیبت زید، عمرو و... که مصادیقی خارجی هستند، باشد و مصداق آن می‌تواند گروه، طایفه، ساکنان شهر خاص و... که مصادیقی ذهنی هستند، باشد. همچنان که پدیده جدید می‌تواند مصداقی از موضوع قضیه شرعی باشد؛ مثلاً عقود مستحدث بیمه و سرقتی مصداقی برای قضیه شرعی «اوفوا بالعقود» است.

روشن است که با انقطاع وحی و انقضای عصر تشریع و آغاز غیبت کبری، موضوعات و احکام شرعی لفظی^۱ صادر شده به نهایت رسید. موضوعات و احکام شرعی، معین و محدود هستند؛ از این رو همان گونه که پیدایش حکم جدید در شریعت متصور نیست، پیدایش موضوع جدید در شریعت و قضایای شرعی متصور نیست.

البته برخی موضوعات شرعی کلی می‌توانند مصادیق مستحدثی داشته باشند و امکان دارد که پدیده مستحدث، مصداقی برای موضوع دو قضیه شرعی باشد؛ مثلاً سلاح اتمی می‌تواند مصداقی برای کریمه «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ»^۲ واقع شود، چنان که ممکن است مصداقی برای مبارکه «وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»^۳ باشد.

۱. البته موضوعات و احکام عقلی به نهایت نرسیده‌اند، اما آن‌ها از موضوع بحث خارج هستند؛ چه اینکه دلیل عقل، دلیلی لبی است و اطلاق و عموم ندارد.

۲. انفال: ۶۰.

۳. بقره: ۲۰۵.

باتوجه به مقدمات مذکور باید گفت: ا. ملاک مستحدث بودن مسئله، استدلال جدید بر حکم مسئله شرعی نیست، به گونه ای که حکم مختار مجتهد تغییر یابد یا قیدی بدان اضافه شود، البته با فرض ثابت بودن موضوع آن؛ ب. ملاک مستحدث بودن مسئله، درک جدید از موضوع مسئله شرعی با فرض ثبات حکم آن نیست؛ برای مثال موضوع قضیه «در سفری که هشت فرسخ و بیشتر پیموده شود، نماز شکسته است» با موضوع قضیه «در سفری که مسافت پیموده شده یک روز طول بکشد، نماز شکسته است»، متفاوت است. اگر قدمای اصحاب، موضوع شکسته شدن نماز را موضوع قضیه اول بدانند و به سبب اختراع وسایط نقلیه تندرو، فقیه معاصری موضوع شکسته شدن نماز را موضوع قضیه دوم بدانند، مسئله مستحدثه نمی شود. مثال دیگر؛ اگر قضیه شرعی «کل مسکر مایع بالاصالة نجس» فرض شود و برحسب اجتهاد فقیه معاصری، فهم از موضوع حکم تغییر کند و به «کل مسکر» تبدیل شود، مسئله مستحدثی پدید نیامده است.

در دو حالتی که منشأ آن اجتهاد جدید است و منجر به بازشناسی حکم شرعی یا موضوع آن شود، با مسئله ای مستحدث روبه رو نمی شویم؛ مثلاً با تغییر نظر مجتهد در سن بلوغ دختران به سیزده سالگی یا حلیت شطرنج، مسئله ای مستحدث پدیدار نمی شود.

۲. گونه اول از مسائل مستحدثه

اگر موضوع مسئله شرعی در شرایط جدیدی واقع شود که نحوه اجرای آن معلوم نباشد یا موضوع منتفی شود و با این وجود، شک در بقای حکم آن مسئله شود، در این صورت مسئله ای مستحدث به وجود آمده است؛ مثلاً نسبت به کریمه «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ»^۱، باتوجه به اینکه «الشهر»، سی گردش کره ماه به دور زمین است، این موضوع در خصوص مکان هایی مثل قطب جنوب و قطب شمال نیز متحقق است. ساکنان قطب شمال و جنوب نیز ماه های مختلفی دارند، از این رو در ماه رمضان باید روزه بگیرند، اما موضوع آیه شریفه «وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ»^۲ در این مکان ها محقق نمی شود؛ چه اینکه در این مکان ها چون خورشید غروب یا طلوع نمی کند، غروب آفتابی یا صبح صادق وجود ندارد.

قاعده این است که «فعلیت حکم، متوقف بر فعلیت یافتن موضوع حکم است» (صدر، درس، ۱/۱۲۲)، بنابراین حکم حرمت خوردن و آشامیدن در این مکان ها در ماه رمضان به فعلیت نمی رسد. باتوجه به این تغییرات، آیا می توان به اطلاق مبارکه «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ» در این مکان ها تمسک کرد؟ یا از آن جهت که متعلق «تَبَيَّنَ» در آیه دوم، یعنی خیط الابيض و خیط الاسود و متعلق اتمام صیام یعنی لیل، وجود خارجی ندارند، دیگر نمی توان به اطلاق آیه اول تمسک کرد؟ در همین مثال اگر سکونت در کرات دیگر مانند مریخ برای انسان امکان پذیر

۱. بقره: ۱۸۵.

۲. بقره: ۱۸۷.

شود و باتوجه به وجود صبح و شب در مریخ و گردش نداشتن ماه به دور آن، آیا می توان به اطلاق آیه دوم در مریخ تمسک کرد و بر اساس ماه رمضان در کره زمین در روزهای کره مریخ روزه گرفت؟

مثال دیگر؛ اگر در آیه شریفه «فَالأُمَّه السُّدُسُ»^۱ مراد از «ام» مادر طبیعی باشد، مادر طبیعی نیز چنین تعریف شود: «زنی که تخمک از او است و جنین در شکم او رشد کرده و زایمان کرده است»، بنابراین ارث به مادر طبیعی می رسد. حال اگر تخمک از زنی باشد (مادر زیستی) و بچه در شکم زنی دیگر رشد کرده و زایمانش از او بوده (مادر حملی)، حکم ارث چیست؟ آیا به سبب از بین رفتن موضوع (مادر طبیعی)، مادر جزء وراثت نیست؟ یا می توان به اطلاق آیه شریفه تمسک کرد و گفت: ارث مادر به یکی از دو مادر زیستی و مادر حملی می رسد؟ یا ارث مادر به هر دو بالمناصفه می رسد؟

تمسک به اطلاق در گونه اول از مسائل مستحدثه: آیا می توان به اطلاق آیه شریفه «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ»^۲ یا «أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُوداً»^۳ در قطب شمال و جنوب که خورشید غروب یا طلوع نمی کند، تمسک کرد؟ نسبت به آیه «فَالأُمَّه السُّدُسُ»^۴ وضع به چه شکلی است؟

به نظر می رسد در مواردی که موضوع محقق است، مانعی در برابر تمسک به اطلاق وجود ندارد. بنابراین می توان به اطلاق آیه اول تمسک و حکم به وجوب روزه ماه رمضان در قطبین کرد. تنها مشکلی که موجود است اجمال در کریمه «وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ»^۵ است، به عبارتی نحوه اجرای تکلیف مشخص نیست و این ربطی به حکم وجوب روزه ماه رمضان ندارد و به مسئله اصولی دیگری مرتبط است که عبارت است از اینکه در تکالیفی که نحوه اجرای تکلیف از سوی شارع بیان نشده است، براءت یا احتیاط یا تخییر (زمانی) جاری است؟ که جواب آن خارج از بحث مقاله است.

تنها اشکالی که ممکن است در این گونه موارد مطرح شود، در مقام بیان نبودن شارع نسبت به شرایط و حالات جدید است. بیان نکردن چگونگی اجرای قضیه شرعی در شرایط جدید، می تواند قرینه در مقام بیان نبودن باشد.

در جواب باید گفت: اصل، در مقام بیان بودن متکلم است (آخوند خراسانی، ۲۱۷) و چه بسیار احکام کلی که شیوه اجرای آن به صورت منفصل و در ادله دیگر آمده است. برای مثال شیوه اجرایی نمازهای یومیه در آیات قرآن ذکر نشده و این امر مانع از تمسک به اطلاق آیات مربوط به وجوب صلات نمی شود، بنابراین ذکر نکردن شیوه اجرایی در دلیل مطلق، دلیلی بر مقام بیان نبودن نیست. در این حالات با بیان اصل حکم در دلیلی لفظی، برای شناخت شیوه

۱. نساء: ۱۱.

۲. بقره: ۱۸۵.

۳. اسراء: ۷۸.

۴. نساء: ۱۱.

۵. بقره: ۱۸۷.

اجرای حکم، به ادله دیگر مراجعه می شود و در صورت نبودن شیوه اجرایی باید به اصول عملیه رجوع شود. نسبت به مواردی که موضوع منتفی است، دیگر مجالی برای تمسک به اطلاق وجود ندارد و باید به ادله دیگر مانند اجماع در صورت وجود، رجوع کرد. برای مثال نسبت به ارث مادر باید گفت: چون موضوع «مادر طبیعی» بوده و بر هیچ کدام از «مادر زیستی» و «مادر حملی» اطلاق نمی شود، بنابراین موضوع منتفی است و مادری طبیعی وجود ندارد و سهمی ندارد.

در خصوص نمازهای یومیه در قطبین در فصلی که همیشه روز است می توان به اطلاق «دلوك الشمس» تمسک و به وجوب نمازهای ظهر و عصر حکم کرد، اما از آنجایی که «غسق اللیل» و «فجر» وجود ندارد، موضوع منتفی است و تمسک به اطلاق آن ها نتیجه نمی دهد. در فصلی که همیشه شب است، وضعیت برعکس است، دلوك شمس و فجر صادق منتفی است و تنها باید به اطلاق «غسق اللیل» تمسک کرد. ادعای اجماع بر وجوب پنج نماز بر مکلف در هر گردش زمین به دور خودش (۲۴ ساعت) دلیل مستقلى است و ارتباطی به اطلاق آیه مبارکه ندارد، همان طوری که منافاتی با آن ندارد.

راجع به روزه در کره مریخ از آنجایی که «شَهْدٌ مِنْكُمْ الشَّهْرِ» محقق نمی شود، بنا بر آیه شریفه روزه ای واجب نمی شود^۱ و دیگر مجالی برای تمسک به اطلاق آیه «وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَّامَ إِلَى اللَّيْلِ» وجود ندارد.

۳. گونه دوم مسائل مستحدثه

اگر افراد جدیدی برای موضوع مسئله شرعی به وجود آید که منجر به شک در حکم آن مسئله شود، در این صورت نیز مسئله مستحدث است.

بنابراین در دو حالت، مسئله مستحدث می شود: اول اینکه قضیه شرعی با حفظ موضوع و حکم، در فضا و شرایط جدیدی واقع شود. در این حالت شرایط و فضای اجرای پیرامون قضیه شرعی تغییر یافته است، اما تغییرات به گونه ای نیست که اجرائشدن قضیه به طور یقینی منتفی شود؛ برای مثال رمی جمرات و طواف خانه خدا از طبقه دوم و سوم، مسئله مستحدث است؛ دوم اینکه پدیده ای جدید حادث شود و برای استنباط حکم آن، تلاش بر داخل کردن عنوان آن پدیده در ذیل یکی از موضوعات قضایای شرعی شود.

تمسک به اطلاق در گونه دوم از مسائل مستحدثه: از آنجایی که بنا بر اندیشه مختار نگارنده، برای تمسک به عموم لفظ نیاز به اطلاق گیری در مدخول ادات عموم وجود دارد و نیز هدف در مقالات، تعمیق بعضی از جهات بحث و نه استیعاب تمامی جوانب است، برای رعایت اختصار بحث، تمسک به عموم و اطلاق با هم پیگیری

۱. دقت شود که چه بسا بنا بر ادله دیگر، روزه بر مکلف واجب باشد.

می‌شود.

با مقایسه پدیده‌های جدید با موضوع قضایای شرعی چندین حالت وجود دارد.

۴. حالات مسائل مستحدثه

۴.۱. عدم قابلیت تطابق با موضوعات مسائل شرعی

اگر پدیده جدید، مصداقی برای هیچ‌یک از موضوعات شرعی نباشد و درباره حکم وجوبی یا تحریمی آن شکی پدید آید، بین اصولیان ظاهراً اختلافی در تمسک به اصالة البرائة وجود ندارد. مثال مشهور آن تمسک به اصالة البرائة درباره حکم استفاده از قلیان و سیگار است. حلیت استفاده از هواپیما، خودرو، بلندگو و هزاران موضوع مستحدثت بر همین اساس است، اما اگر شک در حکم وضعی شود به قواعد فقهی یا استصحاب ارجاع می‌شود؛ مثلاً در صورت شک در نجاست آن، به اصالة الطهارة و در صورت شک در حجیت، به عدم حجیت رجوع می‌شود.

۴.۲. تطابق مشکوک با موضوع مسئله شرعی

گاهی پدیده جدید به گونه‌ای است که صدق موضوع قضیه شرعی بر آن، محل شک است. با توجه به اینکه صدق عنوان بر موضوع جدید مشکوک است؛ از آنجایی که تمسک به عام یا مطلق در شبهات مفهومی خود عام یا مطلق جایز نیست، تمسک به عام یا مطلق در مصداق جدید جایز نیست؛ مثلاً صدق مادر بر زنی که نطفه در رحم او کاشته شده است و رحمش اجاره‌ای است محل شک است.^۱ البته این صدق نسبت به احکام مختلف متفاوت است؛ مثلاً ممکن است در خصوص حکم «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ»،^۲ با توجه به حرمت ازدواج با مادر رضاعی، صدق عنوان مادر بر صاحب رحم اجاره‌ای در عرف راحت‌تر باشد تا مسئله ارث بردن مادر از فرزند. تمسک به عام یا مطلق در برخی موارد محل اختلاف است؛ توضیح اینکه صدق أم بر صاحب رحم اجاره‌ای، مشکوک است و نمی‌توان به اطلاق موضوع آیه شریفه: «إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ»^۳ تمسک کرد و او را شریک در سهم مادر دانست.

باید دقت کرد که در این گونه موارد، اصل صدق عنوان بر مصداق، محل شک است؛ نه اینکه مثل عقود جدید سرقتی و بیمه صدق عقد بر آن‌ها یقینی است، اما با توجه به ماهیت مستحدثت، شک در ما وضع له لفظ عقد کنیم و احتمال داده شود که ما وضع له آن فقط به عقدهای موجود در زمان شارع محدود شود یا عقود مستحدثت را شامل می‌شود.

۱. تفاوت این مثال با مثال گونه اول از مسئله مستحدثت در این است که در گونه اول فرض بر این بود که یقین به عدم صدق «مادر طبیعی» بر «مادر حملی» وجود داشت، اما در این مثال شک در صدق مادر بر مادر اجاره‌ای وجود دارد.

۲. نساء: ۲۳.

۳. نساء: ۱۱.

تعجب از برخی اساتید است که درصدد گسترش کلمه اُم بر آمده و نگاشته‌اند: «چرا نتوان گفت، بلکه باید گفت معنای مدنظر واضع در واژه اُم به گونه‌ای منعطف بوده که مادران جایگزین و جانشین را نیز فرا می‌گیرد و این انعطاف، موزن اجمالی واضع یا واضعان قدیم نیز بوده است. ابن فارس درباره این واژه می‌گوید: «ام و أما الهمزة والميم فأصل واحد يتفرع منه أربعة ابواب، وهى الأصل والمرجع والجماعة والدين وهذه الأربعة متقاربة» و خلیل می‌گوید: «إن كل شيء يضم إليه سائر ما يليه فإن العرب تسمى ذلك الشيء أمًا». مطابق این دو متن، لفظ اُم به تنهایی ظرفیت اطلاق بر مادر صاحب رحم یا تخمک را دارد. ضمن اینکه نباید وضع را عملی شخصی، صادر از فرد معین و با تعیین و برنامه ای رسمی؛ نظیر وضع در اعلام شخصیه تلقی کرد. وضع الفاظ عموماً با دیدن مصادیق شروع شده و با الغای خصوصیت از مورد و مصداق در بستر زمان و در قالب استعمال مکرر وسعت یافته و وضع تعینی یافته است» (علی دوست، فقه و حقوق، ۹۰ تا ۹۱).

با تمام تلاش نگارنده و قبول وجود چنین ظرفیتی در کلمه اُم، آیا امکان دارد به اطلاق واژه اُم در آیه ارث تمسک کرد و قائل به نصف کردن ارث مادر بین صاحب تخمک و صاحب رحم شد؟ اگر قائل به چنین اطلاقی شویم، چرا قائل به اطلاق در خصوص مادر رضاعی نشویم و ارث مادر را به سه قسمت تقسیم نکنیم؟ تعبیر قرآن درباره ارث زوجات می‌تواند در روشن کردن اشتباه چنین دیدگاهی راهگشا باشد: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ»^۱. ملاحظه می‌شود که با توجه به اینکه زوجة قابل تعدد است، سهم زوجة در کل آیه به صورت جمع آمده است، اما سهم مادر در تمامی موارد به صورت مفرد آمده است. بنابراین در این گونه موارد نمی‌توان به اطلاق یا عموم موضوع یا حکم تمسک کرد.

۴.۳. مطابقت با موضوع مسئله شرعی برخوردار از ماهیت جدید

گاهی صدق موضوع شرعی بر مصداق جدید محل شک نیست، اما به سبب ماهیت جدید، مصداق شمول حکم موضوع بر مصداق جدید محل شک است؛ برای مثال ماهیت عقدهای جدید سرقتی و بیمه و امثال آنها با انواع عقدهای دیگر یکسان نیست، اما صدق عقد بر آنها محل شک نیست. تمسک به عموم و اطلاق کریمه «اوفوا بالعقود» در این گونه مصادیق مستحدثه محل اختلاف است.

باید دقت کرد گاهی پیدایش ماهیت جدید برای موضوع، موضوع حکم مسئله شرعی را منتفی می‌کند، بنابراین دیگر مسئله‌ای باقی نمی‌ماند که در آن به عموم یا اطلاق دلیل تمسک شود؛ برای مثال در مسئله استصحاب با روغن نجس در زیر سقف در وسائل روشنائی جدید، جایی برای مسئله باقی نمانده است. کارکرد چراغ‌های جدید و چراغ‌های قدیم نوردهی است، اما ماهیت آنها یکسان نیست؛ چه اینکه نوردهی قبلاً با سوختن روغن و پيله بود و

اکنون با جریان برق و لامپ است. از آن جهت که تغییر ماهیت موضوع، مسئله شرعی را منتفی کرده، مسئله شرعی منتفی شده است. بنابراین عدم سرایت حکم، به سبب عدم جواز تمسک به عموم یا اطلاق دلیل نیست.

بحث شهادت و اقرار توسط ضبط صدا یا تصویر نیز این گونه است. باید دقت کرد که حکم در مسئله شرعی بر چه موضوعی حمل شده است. اگر موضوع حکم شرعی کتابت باشد و به عبارتی مسئله شرعی چنین باشد: «اقرار و شهادت، نوشتاری مورد تأیید شرعی نیست»، دیگر موضوع بر ضبط صدا و تصویر صدق نمی کند. به عبارتی دیگر، این دو مصداق جدید ربطی به این مسئله شرعی ندارند، بلکه نوشتارهای چاپی جدید مثل دستگاه تایپ یا پرینت و مثل نوشتارهای الکترونیکی که در رایانه و اینترنت موجود است، مصداق جدیدی برای آن است. اما اگر موضوع اقرار شفاهی باشد؛ یعنی حکم شرعی چنین باشد: «اقرار و شهادت باید شفاهی باشد»، چه بسا بتوان به صحت اقرارها و شهادت‌های ضبط شده قائل شد، حتی اگر اقرار و شهادت نوشتاری قبول کردنی نباشد.

باید دقت کرد که موضوع مسئله شرعی چیست و آیا بر اثر تغییر ماهیت در مصداق موضوع مسئله شرعی، آن مسئله باقی می ماند یا خیر؟

برخی اندیشمندان در تمسک به اطلاق در این گونه مصداق اشکال کرده و گفته اند: «نهایت چیزی که در توان یک لفظ عام وجود دارد، این است که همه مصداق موضوع له آن لفظ را در برگیرد؛ برای مثال آنچه در توان واژه الشعراء هست، این است که شامل همه شاعران بشود و فردی خارج از دایره آن، فرض نشود؛ لکن باید توجه داشت که الفاظ برای مصداق قابل تصور برای واضع وضع شده نه آنچه در ذهن واضع خطوط هم نکرده است و از آنجا که مصداق جدید مدنظر واضع قدیم نیست، الفاظ وضع شده توسط چنین وضعی برای انطباق بر مصداق پدیدآمده بعد از وضع لفظ، صلاحیت ندارد» (قائمی، المبسوط، ۴۲/۱، علی دوست، فقه و حقوق، ۷۸/۱).

روشن است که اگر مصداق پدیدآمده، ماهیت و کارکردی مانند ماهیت و کارکرد گذشته داشته باشد و فقط از حیث زمانی جدید باشد بحثی در میان نمی ماند. ادله اشتراک احکام بین مکلفان پاسخ گوی این موارد است. این اشکال نسبت به موضوعاتی مانند بیمه و سرقتی که صدق عنوان عقد بر آنها در عصر کنونی محل شک و شبهه نیست، مطرح است. در این گونه موضوعات، صدق عقد بر آنها بلا اشکال است اما به جهت ماهیت اختراعی جدید آنها، چنین اشکالی مطرح می شود.

در پاسخ بدین اشکال گفته شده است که واضع هنگام وضع، مفهوم را به صورت اجمالی تصور و لفظ را برای آن وضع می کند. بنابراین همین مقدار که لفظ ظرفیت صدق بر مصداق جدید را داشته باشد، چون واضع مفهوم را به صورت کلی و مجمل تصور کرده است، مصداق جدید داخل در موضوع له واضع است.

به بیانی دیگر وضع، اختصاص لفظ به مفهوم مقید نیست. همچنان که وضع، اختصاص لفظ به مفهوم مطلق نیست؛ بلکه وضع، اختصاص لفظ به مفهوم بدون ملاحظه هیچ قیدی است. حال که چنین است، اگر مصداق جدید مقید به ماهیت جدیدی شد مشمول موضوع له واضع می شود (قائمی، المبسوط، ۴۳/۱؛ لجنة الفقه المعاصر،

۱۵۲ تا ۱۵۳).

به بیان سوم گفته شده است: «در بیان رابطه الفاظ با معانی، به طور عمده دو احتمال وجود دارد: أ. الفاظ را برای معانی روشن وضع کرده اند و مصادیق معنا نیز برای واضع معلوم بوده است [...]؛ ب. احتمال دیگر آن است که معانی الفاظ واقعیت‌هایی امتدادپذیر و توسعه‌پذیر است؛ از این رو بر مصادیق نوپدید بدون خروج از موضوع له منطبق است [...]». بدون تردید هر چند باید در وضع و کاربرد الفاظ محدودیتی قائل شد، لکن وجود این محدودیت مانع تصور و پذیرش نوعی شمول و انعطاف در انطباق معانی بر مصادیق، بدون خروج از وضع اولیه لفظ نیست [...]». وسعت و ظرفیت اشاره شده در معنا مستلزم وجود نوعی ارتکاز نزد کسانی است که با آن معنا سروکار دارند؛ بدان معنا که منطبق معنایی بر مصادیق مختلف حاکی از ارتکاز وسیعی است که اهل زبان نسبت بدان معنا دارند [...]». ممکن است مصداق یا مصادیقی در زمان وضع الفاظ حتی صدها سال بعد و زمان صدور ادله و نزول آیات نیز وجود نداشته باشد. طبیعتاً مورد توجه تفصیلی اهل زبان در آن زمان‌ها نبوده، لکن به صورت کلی، اجمال و ملکه در ارتکاز واضع و اهل زبان وجود داشته است و این مقدار از حضور در صدق حقیقی معنا بر مصداق یا مصادیق جدید کفایت می‌کند» (علی دوست، فقه و حقوق، ۸۶/۱ تا ۸۸).

آنچه از بیان‌های مذکور مشهود است این است که تمام تلاش اندیشمندان، داخل کردن ماهیت جدید در موضوع له واضع قدیمی است، اما تلاش این اندیشمندان بیراهه است و نتیجه نمی‌دهد، چه اینکه هیچ شکی نیست که لفظ عقد بر مصداق جدید بیمه و سرقفلی صدق می‌کند. اشکال این نیست که لفظ عقد به وضع جدید بر بیمه و سرقفلی صدق می‌کند؛ بنابراین با لفظ عقد در معنای قدیم خود مشترک لفظی است و چون این گونه است آیه شریفه وفای به عقد شامل آن نمی‌شود، مگر مسئله این است که به دلالت لفظی وضعی تمسک شود که چنین تلاش‌هایی می‌شود؟ بله، آیه شریفه بر عقد بیعی که در عصر کنونی منعقد شود به دلالت لفظی وضعی صدق می‌کند، همان گونه که خطابات قرآنی «یا ایها الناس» بر مردم این روزگار به دلالت وضعی صدق می‌کند. واضح است که در مصادیق قدیمی که یقین داریم در موضوع له داخل اند، اگر در مقام تقیید بودن متکلم یا حیثیت مقام بیان متکلم را بدانیم، تمسک به اطلاق در آن‌ها جایز نیست، چه برسد به مصادیق جدید و مستحدث. کدام فقیه به اطلاق «فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ» در حلیت خوردن گوشت موش صحرائی یا خرگوشی که توسط سگ شکار شده است، تمسک کرده یا می‌کند؟!

اشکال اصلی در این مانع این است که اگرچه موضوع له بر مصداق جدید صدق می‌کند؛ نمی‌توان به اطلاق کلام گوینده به دلیل نبودن در مقام بیان مصداق جدید، تمسک کرد. این اندیشمندان تلاش کرده‌اند با روش‌هایی قائل به در مقام بودن شارع در آیه کریمه شوند. به این عبارت‌ها دقت کنید: «تصور کنید قانون‌گذاری که بنای او بر بیان قوانین به تدریج است؛ به مرور زمان بر عقود به طور خاص انگشت نهاد و اقتضای آن‌ها را از جواز و لزوم یا عدم جواز و عدم لزوم بیان کرده است. در این مدت مکرراً از عمل به عهد و وعده و عقد سخن گفته و وفای به عهد را

شاخص مؤمنان و خلف از عهود را نشان منافقان دانسته است، برنامه‌اش جامع، جاودانه و جهانی است؛ در اواخر قطع و انقضای تشریع، وفای به عقود را دستور می‌دهد و نوع تشریعاتش در معاملات نیز امضایی و تأسیساتش اندک است. با این پیشینه، آیا می‌توان دیدگاه او را به چند عقد رایج در آن زمان و مکان، با آن شکل محدود کرد؟! قطعاً چنین نیست» (علی دوست، فقه و حقوق، ۸۶/۱؛ نک: ل جنة الفقه المعاصر، ۱۵۶).

تلاش محقق در متن مذکور بر اثبات در مقام بیان بودن شارع نسبت به وفای به عقود در تمامی زمان‌ها است؛ لذا به عمد یا سهو، تشریع عدم وفای به عقد ربا، قمار، نکاح شغار و انواع عقودهای دیگر در زمان تشریع را متذکر نمی‌شوند. به‌راستی آیا می‌توان به عموم یا اطلاق آیه مبارکه در عقودهای جدیدی مانند گلدکویست تمسک جست و آن‌ها را واجب‌الوفا دانست؟

باید گفت در صورت احراز در مقام بیان بودن متکلم نسبت به مصداق جدید، تمسک به اطلاق و عموم در این موارد جایز است و در صورت نبود احراز یا شک در آن نمی‌توان به اطلاق یا عموم لفظ تمسک کرد (نک: اعلامی، سرتاسر). آنچه از گفتارها و نوشته‌های اندیشمندان مشهود است تمایل آنان به اندیشه در مقام بیان بودن شارع نسبت به مصادیق مستحدثه است.

۴.۴. مطابقت با موضوع مسئله شرعی با تغییر کارکرد

گاهی با اینکه صدق موضوع بر مصداق، یقینی است و ماهیت مصداق نیز تغییر نکرده است، اما چون مصداق قدیمی کارکرد مقصود خود را از دست می‌دهد، شمول حکم در مسئله بر موضوع قدیمی محل شک می‌شود؛ توضیح اینکه هر شئی می‌تواند کارکردهای متفاوتی داشته باشد، معمولاً یکی از کارکردهای آن اصلی است؛ اما همیشه کارکرد اصلی، کارکرد مقصود نیست؛ برای مثال کارکرد اصلی پارچه، پوشیدن آن بعد از بریدن و دوختن آن است، اما چنین کارکردی مقصود پارچه‌فروشان نیست. آن‌ها به ارزش و قیمت پارچه نگاه می‌کنند و به عبارتی دیگر مقصودشان کارکرد سرمایه‌ای پارچه است. همین امر در مثل طلا وجود دارد. می‌توان به طلا به عنوان نگهدارنده سرمایه نگریست (کارکرد سرمایه‌ای) و می‌توان از آن برای زینت زنان بهره برد (کارکرد زینتی).

باتوجه به این توضیح به حکم شرعی دیه که می‌تواند دویست حله یمانی باشد دقت شود. روشن است که موضوع تغییر نکرده است؛ یعنی پارچه یمنی الان نیز وجود دارد. اگر پذیرفته شود که دلیل اینکه یکی از انواع دیه دویست حله یمانی است، کارکرد قیمتی حله است، باتوجه به پایین آمدن قیمت پارچه در عصر کنونی، دیگر حله یمانی کارکرد خود را از دست داده است و بنابراین در حکم آن شک می‌شود.

باید توجه کرد هویت و ماهیت پارچه عوض نشده، بلکه کارکرد آن عوض شده است.

اما برخی اندیشمندان گفته‌اند: «کارکرد پارچه مثل کارکرد شتر عوض نشده، حتی گسترده‌تر شده است. معنای حله هم تغییر نکرده است، ولی در گذشته برای بافتن پارچه زحمت زیادی کشیده می‌شد و به همین سبب کالای ارزشمندی بود.... پس هویت و چیستی پارچه در واقع آن هویت سابق نیست و به تعبیر دیگر در مانند حله فرایند آن

کلاً تغییر کرده است» (علی دوست و اباجلو، ۱۵ تا ۱۶). منشأ اشتباه گفتار فوق در منحصرکردن کارکرد حله در کارکرد اصلی آن است. با اینکه نسبت به حکم دیه کارکرد اصلی حله مهم نیست و کارکرد سرمایه‌ای آن اهمیت دارد؛ هویت و ماهیت^۱ پارچه تغییر نکرده و کارکرد آن دچار تغییر شده است.

این گونه مسائل قدیمی است؛ اما صدق عنوان مسئله مستحدثه بر این گونه موارد بدین سبب است که آثار و پیامدهای آن مستحدث است.

در موضوعات قدیمی نیز گاهی کارکردهای جدیدی ایجاد می‌شود؛ مثلاً برای خون کارکردهای جدیدی حادث شده است. اگر با این کارکردهای جدید مصداقی برای موضوعات مسائل شرعی قرار بگیرد، آیا اطلاق یا عموم حکم یا موضوع شامل آن می‌شود؟

به نظر می‌رسد که در این موارد باید قائل به تفصیل شد. در مواردی که کارکرد، علت حکم شرعی باشد، با توجه به تغییر کارکرد دیگر مجالی برای تمسک به اطلاق نیست، اما در مواردی که کارکرد به مانند حکمت حکم باشد، تمسک به اطلاق با مانعی مواجه نیست؛ بنابراین در مواردی مانند دیه قتل خطا از آن جهت که کارکرد حله کارکرد قیمتی و علتی برای حکم است، نمی‌توان به اطلاق یا عموم دلیل تمسک کرد.

۴. ۵. عروض صفتی بر موضوع قدیمی

گاهی با اینکه در صدق موضوع بر مصداق شکی نیست و ماهیت و کارکرد مصداق نیز تغییر نکرده است، اما بر مصداق موضوع مسئله قدیمی صفتی عارض می‌شود که سبب تردید در حکم می‌شود. به عبارتی دیگر، تغییراتی در موضوع مسئله قدیمی رخ می‌دهد که سبب شک به حکم مسئله می‌شود؛ از این رو مسئله، مستحدث می‌شود؛ برای مثال در قضیه شرعی «در سفری که هشت فرسخ و بیشتر پیموده شود، نماز شکسته است» نسبت به این زمانه شک پدید آید. دلیل پیدایش شک را می‌توان هماهنگ نبودن ملاک هشت فرسخ با حکمت جعل حکم فرض کرد؛ زیرا آن گونه که از روایات بر می‌آید، شارع مقدس از جعل حکم کم کردن رکعات نماز هدف داشته و آن هدف، سبک کردن و برداشتن بخشی از عبادت روزانه در برابر رنج و دشواری و خستگی پیمودن راه است. بسیار روشن است که در این زمان، پیمودن راه با عادی‌ترین وسایل مسافرتی به درازای چهار یا هشت فرسخ، رنج و خستگی بسیار اندکی دارد.

نمونه دیگر شک در عده خانم غیر یائسه‌ای است که رحم او برداشته شده است. شک در وجوب عده بر او از آن جهت است که علت جعل حکم عدم اختلاط نسب باشد که در حق او منتفی است. حال آیا می‌توان به آیه کریمه «وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ»^۲ برای وجوب عده بر او تمسک کرد؟

به نظر می‌رسد که مانعی از تمسک به اطلاق در این گونه موارد وجود ندارد. نهایت چیزی که می‌توان گفت این

۱. ایشان هویت را برابر با ماهیت می‌گیرند و می‌گویند: «وقتی از هویت حرف می‌زنیم گویی از ماهیت شیء سخن می‌گوییم. هویت یعنی هستی یک پدیده» (نک: علی دوست و اباجلو، ۱۶).

۲. بقره: ۲۲۸.

است که صفت عارض شده بر موضوع قدیمی سبب دخول موضوع در مسئله شرعی دیگری می شود، در نتیجه باید بین دو مسئله شرعی به نحوی جمع کرد؛ برای مثال می توان به کریمه «و السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا»^۱ در اختلاس های اینترنتی تمسک کرد و در صورتی که حکم به قطع دست دزد اینترنتی منجر به وهن مذهب شود و فرض این باشد که قضیه شرعی دیگری با مضمون وهن مذهب جایز نیست وجود داشته باشد باید بین دو قضیه شرعی جمع کرد. قضیه شرعی دوم مانع تمسک به اطلاق در قضیه شرعی اول نمی شود.

نتیجه گیری

برای مستحدثت بودن مسئله یا باید شرایطی پیش آید که اجرای قضیه شرعی دچار مشکل شود یا باید پدیده جدیدی به وجود آید که با یکی از موضوعات مسائل شرعی در ارتباط باشد. بنابراین دو گونه مسئله مستحدثت وجود دارد: در گونه اول، نحوه اجرای آن در وجود شرایط جدید از سوی شارع بیان نشده است؛ از این رو حکم مسئله مشکوک است. در این مورد به شرط بقای موضوع مانعی از تمسک به اطلاق وجود ندارد.

در گونه دوم، گاهی صدق موضوع مسئله شرعی بر پدیده جدید مشکوک است و نمی توان به اطلاق یا عموم تمسک کرد. گاهی صدق آن بر پدیده جدید یقینی است، با این وجود چون ماهیت موضوع تغییر یافته است، تمسک به اطلاق مشکوک است. در این موارد در صورت احراز در مقام بیان بودن شارع، تمسک به اطلاق منعی ندارد. گاهی کارکرد موضوع در پدیده جدید عوض شده است. در این موارد اگر کارکرد علت حکم باشد، نمی توان به اطلاق تمسک کرد و اگر حکمت باشد، می شود. گاهی پدیده جدید صفتی است که بر موضوع شرعی عارض شده است. در این مواقع مانعی از تمسک به اطلاق یا عموم وجود ندارد.

منابع

قرآن کریم

اعلایی، علیرضا، «تمسک به عمومات و اطلاقات در مسائل مستحدثه تا اجتهاد»، پیش شماره ۱۱، تیر ۱۳۹۳، صص ۲۷ تا ۵۰.

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الأصول، عباسعلی زارعی سبزواری، چاپ ششم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق.

خادمی کوشا، محمدعلی، «روش بهره گیری از عمومات و مطلقات در حل مسائل مستحدثه»، جستارهای فقهی و اصولی، سال ششم، ش ۶، تیر ۱۳۹۹، صص ۹ تا ۳۲.

- خرازی، محسن، عمدة الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۸ق.
- سبزواری، محمدباقر، کفایة الفقه، مرتضی واعظی اراکی، چاپ اول، جامعه مدرسين، قم: ۱۳۸۱.
- شیخ بهایی، محمدبن حسین، جامع عباسی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام، ابراهیم سلطانی نسب، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۲.
- صدر، محمدباقر، دروس فی علم الأصول، چاپ دوم، قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۲۴ق.
- _____، لاضرر و لاضرار، چاپ اول، قم: دارالصادقین، ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.
- علی دوست، ابوالقاسم و هادی جهانگشای اباجلو، «اسمگرای، کارکردگرایی و هویتگرایی در فقه هنر»، فصلنامه الهیات هنر، دوره ۹۶، ش ۱۰، پاییز ۹۶، صص ۲۳-۵.
- علی دوست، ابوالقاسم، فقه و حقوق قراردادها: ادلة عام قرآنی، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۸.
- _____، فقه و عرف، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
- قائمی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع)، ۱۴۲۴ق.
- _____، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة: المسائل الطبية، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع)، ۱۳۸۲.
- _____، پژوهشی در مسائل فقه پزشکی، ترجمه احمد رخی و دیگران، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۹۴.
- کرمانشاهی، آقا محمدعلی، مقام الفضل، چاپ اول، قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، ۱۴۲۱ق.
- گنابادی، سیدجعفر، عوامل مؤثر در تشخیص موضوعات احکام، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۱.
- لجنة الفقه المعاصر، الفائق فی علم الاصول، قم: مرکز مدیریت حوزه های علمیه، ۱۴۱۴ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الأنوار، یحیی عابدی زنجانی، چاپ اول، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۸.
- مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی، روضة المتقين فی شرح من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، ایران: بنیاد فرهنگ اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ق.
- مرکز مدیریت حوزه های علمیه، الفائق فی الاصول: حجة السیر العقلانية المعاصر والمستحدثه، قم: مرکز مدیریت حوزه های علمیه، ۱۳۹۷.
- مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه، چاپ اول، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۰.
- موسوی، سید محمدسجاد، حجیت عمومات و اطلاعات در مسائل مستحدثه، پایان نامه سطح ۴ دانشگاه، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه، ۱۳۹۶.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، چاپ اول، تهران: کیهان، ۱۳۷۱.

نایینی، محمد حسین، منیة الطالب، چاپ اول، تهران: المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵.

_____، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۵ ق.



Validation of the purity of "a Muslim's absence", "a Muslim's present appearance" and "a Muslim's description"

Tahereh Ghodsi, PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Research Sciences Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Dr. Taher Alimohammadi, Associate Professor and Faculty Member, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ilam University, Ilam, Iran (**corresponding author**)

Email: t.alimohamadi@ilam.ac.ir

Dr. Seyed Mohammad Sadegh Mousavi, Associate Professor, Department of Private Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

Abstract

One of the topics that is considered as Motahharat (purifying factors) in Imami jurisprudence and has attracted various views about the conditions of Motahharat (purifying factors) and their limits and limitations, is the Muslims' absence; This means that if a Muslim disappears for a while, if his body and other belongings such as clothes, carpets, dishes, etc. are *motenajjess* (contaminated), their purity will be ruled. Many jurists, while believing in the ruling on the purity of a Muslim on the basis of his absence and under certain circumstances, or on the basis of the purity of the appearance of a Muslim, have serious doubts about their being subjectivity and even method for ruling on purification. While many jurists believe in the ruling of Muslim purity based on his absence and under special circumstances, or on the apparent purity of the present Muslim, there are very serious doubts about their being subject and even method for ruling on purification. In this research by descriptive analytical method, after examining the sayings and reasons of jurists about the purity of a Muslim's absence and its conditions and also about the purity of a Muslim's appearance, it has been concluded that these two have no independent role in the purity of his body and belongings, but purity is the consequence of describing a person as a Muslim which covers more than the two mentioned titles.

Keywords: purity, purity, a Muslim's absence, a Muslim's appearance, a Muslim's description.



HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

سال ۵۳ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲۷ - زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۲۹ - ۱۰۹

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۲۹

تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۵/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۲۰

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86791>

نوع مقاله: پژوهشی

اعتبار سنجی مطهریت «غیبت مسلمان»، «ظاهر حال مسلمان» و «وصف مسلمانی»

طاهره قدسی

دانشجوی مقطع دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی واحد علوم تحقیقات،

دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

دکتر طاهر علی محمدی (نویسنده مسئول)

دانشیار و عضو هیأت علمی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران

Email: t.alimohamadi@ilam.ac.ir

دکتر سید محمدصادق موسوی

دانشیار گروه فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

چکیده

یکی از موضوعاتی که در فقه امامیه از جمله مطهرات محسوب شده و دیدگاه‌های متنوعی را درباره شرایط مطهریت و حدود و ثغور آن متوجه خود یافته، غیبت مسلمان است؛ بدین معنا که اگر شخص مسلمان برای مدتی غایب شود، در صورتی که بدن و سایر متعلقات او مثل لباس، فرش، ظرف و... متنجس باشد، به طهارت آن‌ها حکم می‌شود. بسیاری از فقها در حالی به حکم طهارت مسلمان بر اساس غیبت او و ذیل شرایطی خاص یا بر پایه مطهریت ظاهر حال مسلمان باور آورده‌اند که در موضوعیت و حتی طریقت این دو عنوان برای حکم به تطهیر، تردید جدی وجود دارد. در این تحقیق به‌روش توصیفی تحلیلی، پس از بررسی اقوال و ادله فقها در خصوص مطهریت غیبت مسلمان و شروط آن و نیز درباره مطهریت ظاهر حال مسلمان این نتیجه به دست آمده که این دو عنوان نقشی مستقل در مطهریت بدن و متعلقات او ندارند، بلکه مطهریت برآیند اتصاف شخص به وصف مسلمانی است که شمولش از دو عنوان مذکور بیشتر است.

واژگان کلیدی: طهارت، مطهریت، غیبت مسلمان، ظاهر حال مسلمان، وصف مسلمانی.

مقدمه:

یکی از مطهرات در فقه امامیه، غیبت مسلمان است (طباطبایی، ۱۰۷/۱ تا ۱۴۸؛ مشکینی، ۴۹۷ تا ۵۰۰). مقصود از مطهریت غیبت مسلمان آن است که اگر بدن یا لباس یا وسایل دیگر مسلمان نجس شود و آن مسلمان مدتی غایب شود، بعد از حضور و استفاده او از آن وسایل در اموری که طهارت در آن‌ها شرط است، مسلمانان مرتبط با او که قبلاً از متنجس بودن بدن، لباس و سایر متعلقات او مطلع بوده‌اند، مجازند به طهارت وی و اشیای متعلق به او حکم کنند. در این مسئله که باوجود اعتقاد برخی از فقها مبنی بر عدم خلاف یا اجماعی بودنش، موضوعی کاملاً چالشی است، دیدگاه‌های مختلفی در حدود و ثغور و شرایط مطهریت آن مطرح شده است.

نکته مهم این است که با اندکی تأمل در اقوال مطروحه و دلایل اقامه‌شده و کیفیت مطهریت آن، تردیدی جدی در موضوعیت و حتی طریقت غیبت مسلمان به وجود می‌آید. پژوهش حاضر به‌روش توصیفی تحلیلی در پی آن است که روشن سازد چه چیزی در این خصوص موضوعیت دارد و چه عاملی سبب حکم به مطهریت بدن و متعلقات مسلمان می‌شود؟ آیا همان گونه که فقها مطرح و تلقی به قبول کرده‌اند، غیبت مسلمان مطهریت دارد یا عنوان و موضوع دیگری مؤثر در این مسئله است؟

۱. طهارت در لغت و اصطلاح

طهارت در لغت، نقیض نجاست (مرتضی زبیدی، ۱۴۹/۷؛ ابن منظور، ۵۰۴/۴) و به معنای پاکیزگی (ابن فارس، ۴۲۸/۳) و پاک شدن از چرک (صاحب بن عباد، ۴۳۱/۳) است، اما در اصطلاح فقها به معنای استعمال طهور^۱ مشروط به نیت است (شهیدثانی، الروضة البهیة، ۲۴۶/۱)؛ این نوع طهارت، طهارت حدثیه است، اما طهارت دیگری نیز وجود دارد که نسبت به خبث؛ یعنی نجاست صورت می‌گیرد (نک: مشکینی، ۳۵۷). واژه مطهر که اسم فاعل از همین ریشه است، هم در آب و خاک یعنی در طهارت حدثیه به کار می‌رود و هم در اموری که باعث طهارت اشیای خارجی از خبث و نجاست می‌شود (نک: همو، ۴۹۷). مقصود از طهارت در این مقاله، طهارت خبثیه؛ یعنی رفع نجاست از بدن، لباس و سایر متعلقات مربوط به مکلف است و طبیعتاً مراد از مطهر نیز رافع نجاست خواهد بود.

۲. مطهریت غیبت مسلمان

از جمله مطهراتی که برخی از فقها باوجود اختلاف در شرایط آن مطهریتش را پذیرفته‌اند، غیبت مسلمان است (نراقی، ۳۴۴/۱؛ طباطبایی، ۱۴۷/۱؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۱۳۲/۱). مراد از مطهریت غیبت مسلمان آن است که در صورت نجس شدن بدن، لباس و سایر متعلقات مسلمان، غایب شدنش به میزانی که امکان تطهیر در آن زمان

۱. مقصود از طهور که صیغه مبالغه طاهر و به معنای پاک و پاک کننده می‌باشد، آب و خاک است (جعبی عاملی، ۱۴۱۰، ۴۲۶/۱ تا ۴۲۷).

باشد، سبب حکم به طهارت او و متعلقش شود (حسینی عاملی، ۲/۲۲۷). این زمانی است که ببیند نجاست از او زائل شده یا برای آن نجاست، جرمی نباشد (شهید ثانی، المقاصد العلیة، ۱۵۶)؛ بنابراین با علم به بقای نجاست، غیبت به هیچ وجه مطهر نخواهد بود (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۶۶۲). در اینکه آیا واقعاً می‌توان غیبت مسلمان را مطهر تلقی کرد یا اینکه عنوان دیگری در مطهریت نقش دارد و در فقه امامیه مغفول مانده است، نیاز به طرح و بررسی اقوال فقها درباره غیبت مسلمان و ادله آن‌ها است.

۲. ۱. اقوال در مطهریت غیبت مسلمان

درباره اینکه آیا غیبت مسلمان از جمله مطهرات محسوب می‌شود یا خیر و در فرض مطهریت چه شرایطی دارد، اقوالی وجود دارد:

الف. عدم مطهریت آن به طور مطلق؛ به این معنا که صرف غیبت مسلمان کفایت نمی‌کند و باید علم به رفع نجاست پیدا شود. بنابراین، صاحب حدائق این قول را ظاهراً مشهور دانسته است (بحرانی، ۱/۴۳۴ تا ۴۳۵). به نظر می‌رسد این انتساب به مشهور صحیح نیست؛ زیرا آنچه فقها گفته‌اند اصل منوط کردن طهارت شیء متنجس شده به علم به زوال است بدون اینکه موضوع را از زاویه غیبت مسلمان بررسی کرده باشند، اما اندک فقهای هستند که قائل به این قول شده‌اند. ملا محسن فیض کاشانی که از این گروه است، غیبت مسلمان را کافی در حکم به ازاله نجاست ندانسته و شرط کرده که علم یا ظن معتبر شرعی بر ازاله حاصل شود (۷۷/۱). آیت الله شبیری نیز بعد از اینکه می‌گوید فقهای عظام با شش شرط، غایب شدن مسلمان را از مطهرات محسوب می‌کنند، در رد آن چنین گفته است: «بنا بر احتیاط واجب، غایب شدن مسلمان از راه‌های ثابت شدن طهارت نیست، مگر موجب اطمینان شخصی یا نوعی شود» (۵۲). طبق این دیدگاه، علم یا حصول اطمینان یا ظن شرعی به طهارت سبب حکم به طهارت می‌شود. بنابراین، مطهریت غیبت مسلمان نه موضوعیت دارد و نه طریقت؛ به این معنا که نه حصول غیبت مسلمان سبب حکم به طهارت می‌شود و نه طریق و راهی است برای رسیدن به حکم به طهارت؛ آنچه که موضوعیت دارد، حصول علم یا اطمینان یا اقامه ظن معتبر شرعی دال بر ازاله نجاست است.

باتوجه به دلایلی که بیان خواهد شد چنین قولی بدون دلیل، خلاف سیره ائمه و مسلمانان، حرج‌آور و مختل‌کننده نظام است که صحیح نیست.

ب. مطهریت آن به طور مطلق و بدون هیچ شرطی؛ امام خمینی در این باره می‌گوید: «غیبت، مطهر انسان، لباس، فرش، ظروف و غیر آن‌ها از توابع او است و با او معامله طهارت می‌شود، مگر آنکه علم به بقای نجاست باشد و بعید نیست که چیزی در آن شرط نباشد؛ بنابراین حکم جاری می‌شود، خواه عالم به نجاست باشد یا نباشد، معتقد به نجاست آن چیزی باشد که به او رسیده یا معتقد نباشد، در دینش متسامح باشد یا خیر» (خمینی، تحریر الوسیلة، ۱/۱۳۲). ظاهر این سخن آن است که خود غیبت، مطهر است و به اصطلاح موضوعیت دارد. برخی فقها با وجود قبول این قول آن را از شمار سایر مطهرات نمی‌دانند، بلکه طریقی برای کشف طهارت در فرض شک

می‌دانند (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۶۶۲ تا ۶۶۴). بر این اساس، غیبت طریقت دارد. از ظاهر کلام بعضی فقهای دیگر بر می‌آید که موافق با این قول هستند؛ زیرا به شرایطی چون علم مسلمان به نجس شدن بدن یا متعلقاتش و نیز به اشتراط به کارگیری آن در امری که طهارت در آن شرط است، اشاره نکرده و فقط گفته‌اند: انسان احتمال بدهد که آن چیز را آب کشیده (مکارم شیرازی، ۴۵) یا به سبب آنکه مثلاً آن چیز در آب جاری افتاده، پاک شده است (بهجت، ۴۷ تا ۴۸؛ سبحانی، ۱۴۲).

همان گونه که خواهد آمد هر چند حکم به طهارت مسلمان محدود به شرایط خاصی نیست؛ اما دلیلی هم بر منحصركردن حکم طهارت به غیبت مسلمان؛ چه به عنوان مطهر و چه کاشف و طریق طهارت نیست و افزون بر دلایلی که خواهد آمد، تعمیم حکم و تقیدداشتن آن به شروطی خاص مؤیدی برای مطهریت عنوان دیگری به نام وصف مسلمان است.

ج. مطهریت مطلق غیبت نسبت به بدن و مشروط آن نسبت به متعلقات مسلمان؛ قائل به این قول ابن فهد حلی است (۶۱) که در حکم به طهارت غیر بدن (لباس و سایر متعلقات او)، علم او را به نجاستش شرط کرده و در حکم به طهارت آن، مشاهده استفاده از آن را توسط مسلمان کافی دانسته است (صیمری، ۴۳۴).

گذشته از نبودن دلیلی بر اختصاص حکم به مورد غیبت مسلمان، نقدی که بر این نظریه وارد است تفصیل بدون پشتوانه علمی و دلیلی است که داده شده است.

د. مطهریت مشروط؛ شهیدثانی ظاهر مذهب امامیه را مطهریت غیبت مسلمان می‌داند، هرگاه مدتی که امکان طهارت در آن می‌رود از زمان غیبت گذشته باشد (تمهیدالقواعد، ۳۰۸). قائلان به این قول، مطهریت غیبت را مشروط به شرایطی چون علم مسلمان به نجاست خود یا متعلقاتش (انصاری، الطهارة، ۳۳۲/۵)، مکلف بودن (شهیداول، ۱۳۲/۱) یا اهلیت ازاله را داشتن^۱ کرده‌اند (شهیدثانی، المقاصد العلیة، ۱۵۶). صاحب جواهر حکم به مطهریت غیبت را مشروط به مکلف بودن مسلمان، علم او به نجاست و به کارگیری آن در عملی که طهارت در آن شرط است، دانسته و این قول را بدون خلافی درخور توجه، تلقی و ادعای اجماع منقول بر آن کرده است (۳۰۱/۶). سید یزدی با پنج شرط غیبت را مطهر می‌داند. آن شرایط عبارت‌اند از: ۱. علم مسلمان به ملاقات بدن و متعلقاتش با نجاست؛ ۲. علم به نجس یا متنجس بودن آن شیء از روی اجتهاد یا تقلید؛ ۳. به کارگیری آن شیء در چیزی که طهارت در آن شرط است؛ ۴. علم به اشتراط طهارت در شیء به کارگرفته شده؛ ۵. محتمل دانستن تطهیر آن شیء (طباطبایی، ۱۴۷/۱ تا ۱۴۸). فقیهی دیگر با چهار شرط، غیبت مسلمان را موجب طهارت بدن و متعلقات او می‌داند: «اول. آنکه به نجاست آگاه و متوجه باشد؛ دوم. بداند که طهارت بدن و لباس در نماز شرط است و خوردن

۱. یعنی ممیز معتقد به وجوب یا استحباب ازاله نجاست باشد.

و آشامیدن نجس جایز نیست؛ سوم. از کسانی نباشد که به طهارت و نجاست بی اعتنا باشد؛ چهارم. آنکه وسایل را در کارهایی که باید با چیز پاک انجام داد، استعمال کند» (نک: اشتهازی، ۴۱۴/۳).

به عقیده مفتاح الکرامه از سخنان برخی صاحبان این قول فهمیده می شود که غیبت نزد آن ها مطهر حقیقی نیست، بلکه در حکم مطهر است؛ زیرا گفته اند: حکم به طهارت می شود، نه اینکه تطهیر می کند (حسینی عاملی، ۲۲۸/۲)؛ همان گونه که شیخ انصاری (الطهارة، ۳۲۵/۵)، سید یزدی (طباطبایی، ۱۴۸/۱) و محقق خویی (التقیح، ۲۶۸/۳) مطهر دانستنش را نوعی تسامح می دانند؛ این در حالی است که صاحب جواهر به مطهریت آن تصریح کرده است (۳۰۱/۶).

ه. تردید در مطهریت؛ محقق اردبیلی بعد از اینکه حکم به طهارت عضو انسان مسلمانی را که عدم تقیدش به شرع آشکار نشده، به صرف غایب شدنش و احتمال تطهیر مشکل دانسته است و احتمال داده که ممکن است در فرض به کارگیری عضو نجس در جایی که طهارت شرط است، قائل به طهارت شد؛ هر چند نباید به هیچ وجه احتیاط را ترک کرد (مقدس اردبیلی، ۲۹۷/۱ تا ۲۹۸). صاحب مدارک نیز با مشکل دانستن مطهریت غیبت مسلمان، قول اصح را حکم ندادن به طهارت مسلمان و متعلقاتش به سبب غیبت او می داند، مگر اینکه از آن ها در مواردی که مشروط به طهارت اند، استفاده کند؛ ضمن آنکه در این فرض هم دچار تردید شده است (موسوی عاملی، ۱۳۴/۱). تردید در این حکم موردی ندارد، بلکه چنان که مفصلاً و مستدلاً بیان می شود، جای هیچ شکی برای حکم به طهارت مسلمان بر اساس دارا بودن وصف مسلمانی نیست.

۲.۲. دلایل مطهریت غیبت مسلمان

مهم ترین دلایل مطهر بودن غیبت به شرح ذیل است:

۱. اجماع منقول (صاحب جواهر، ۳۰۱/۶)؛ البته اجماع به گونه ای ثابت نشده که بتوان بر آن اعتماد کرد (حکیم، ۱۳۸/۲)، حتی در کتاب مستند الشیعه ادعای شهرت بر نجاست شده است تا زمانی که علم به ازاله پیدا نشده باشد (نراقی، ۳۴۳/۱). به نظر می رسد اجماع دلیل بر مطهریت نیست، به خصوص اینکه محتمل المدرکیه است.
۲. سیره قطعی مستمره (انصاری، الطهارة، ۳۳۱/۵) بر ترتیب آثار طهارت (حکیم، ۱۳۸/۲)؛ این سیره هم نسبت به طهارت بدن مسلمان و هم نسبت به غیر بدن او جاری است (بحرالعلوم، ۵۷؛ صاحب جواهر، ۳۰۱/۶)، هر چند مشغول به عملی نباشد که در آن طهارت شرط است (همو، ۳۰۱/۶). نراقی می گوید: «اجماع قطعی و علمی، بلکه ضرورت دینی واقع شده بر جواز اقتدا، مباشرت و مصافحه با مردم و خریدن آنچه که دست آن ها به صورت مرطوب با آن برخورد می کند، با اینکه علم به نجاست آن ها به سبب بول و غائط در هر روز وجود دارد» (۳۳۴/۱). از این رو، معمولاً سؤالی از ازاله نجاست مسلمان نمی شود با اینکه قطع به عارض شدن نجاسات بر افراد هست، بلکه گاهی سؤال از ازاله نجاست، منکر محسوب می شود (صاحب جواهر، ۳۰۱/۶). عمده دلایل مطروحه، همین سیره است (حکیم، ۱۳۸/۱). محقق خویی نیز در این باره می گوید: «دلیل در حکم به طهارت به سبب غیبت

مسلمان، سیره قطعی متصل به زمان معصومان (ع) بر معامله با مسلمان، لباس‌ها و ظروفشان و غیر آن است از آن چیزهایی که به آنان تعلق دارد که به هنگام شک در طهارتشان مثل اشیای پاک مورد معامله قرار می‌گیرند با اینکه به ناچار علم عادی (اطمینان) به متنحس شدن آن‌ها هست، به‌ویژه در پوست‌ها، گوشت‌ها و شلوارها؛ زیرا بی‌شک هنگام ذبح یا در زمانی، علم به متنحس شدن آن وجود دارد و با این وجود مردم به سبب استصحاب بنا را بر نجاستشان نمی‌گذارند (التنقیح، ۲۶۸/۳).

۳. اگر به طهارت مسلمان در صورت غیبت او حکم نشود، حرج لازم می‌آید (حکیم، ۱۳۸/۱). فقیهی در این باره می‌گوید: «شرط کسب علم به طهارت کسی که علم به نجاست او یا چیزی از متعلقاتش از قبیل لباس و مثل آن حاصل شده، برای جواز رفت‌وآمد با او یا خواندن نماز پشت سر او یا مثل آن‌ها از چیزهایی که مشروط به طهارت‌اند، موجب حرج می‌شود» (همدانی، ۳۱۶/۸). بر این دلیل اشکال شده که کامل نیست؛ زیرا لزوم حرج، کلیت ندارد. افزون بر آن اگر کلیت آن پذیرفتنی باشد، مقتضای آن جواز ارتکاب به لحاظ تکلیفی است، نه بنا گذاشتن بر حکم وضعی آن؛ یعنی طهارت و بارشیدن تمامی آثار طهارت بر آن به طور مطلق، مگر اینکه مقصود حرجی باشد که در عصر معصومان (ع) منجر به هرج و مرج می‌شود. در این صورت انتفای هرج و مرج قطعاً دلیل بر طهارت خواهد بود (حکیم، ۱۳۸/۲). این اشکال با توضیحاتی که در استدلال بر مطهریت «وصف مسلمانی» خواهد آمد، پاسخ داده می‌شود.

۴. ظاهر مسلمان اقتضا می‌کند که بر نجاست باقی نمی‌ماند (شهید ثانی، المقاصد العلیه، ۱۵۶)؛ مسلمانی که عدم تقیدش به شرع ظاهر نشده است، عضو نجس خود را بدون تطهیر رها نمی‌سازد (مقدس اردبیلی، ۲۹۷/۱ تا ۲۹۸)؛ بدین معنا که مسلمان به سبب پابندی به مقررات اسلامی مرتکب عملی که برخلاف احکام شرعی باشد، نمی‌شود. بنابراین اگر بدن یا لباسش نجس شود، برای طهارت آن اقدام می‌کند و همین که مشاهده می‌شود با همان عضو یا شیء نجس شده اقدام به انجام کاری می‌کند که در آن طهارت شرط است، معلوم می‌شود آن را تطهیر کرده است.

در رد این دلیل گفته‌اند: اولاً دلیلی بر حجیت ظهور حال مسلمان نیست (حکیم، ۱۳۸/۲)؛ ثانیاً زوال علم به نجاست، نیازمند علم به طهارت است و استناد به ظهور حال مسلمان در صورتی صحیح خواهد بود که علم یا اطمینان‌آور باشد؛ ثالثاً چه بسیار اتفاق می‌افتد که شخص، تطهیر عضو خود را تا هنگام نیاز رها می‌کند (مقدس اردبیلی، ۲۹۸/۱)؛ بنابراین هیچ علم یا اطمینانی نسبت به تطهیر او حاصل نمی‌شود.

به نظر می‌رسد این اشکالات وارد نیست؛ زیرا چنان‌که از نظر عقلاً ظاهر سخن دیگران حجیت دارد و اصولیان بر مبنای آن، ظواهر قرآن و سنت را حجت می‌دانند، ظاهر رفتار دیگران و از جمله مسلمانان نیز حجت است. بنابراین، دلیل بر حجیت ظاهر حال مسلمان بنای عقلاً است؛ هر چند در ادامه، مطهریت وصف مسلمانی که هم شامل ظاهر تنزه مسلمان از نجاست و هم غیر آن می‌شود، اثبات خواهد شد و نیازی به اثبات مطهریت ظاهر حال

مسلمان نیست. از طرفی دیگر باتوجه به دلایلی که تفصیلاً خواهد آمد، زوال علم به نجاست نیازمند حصول علم به طهارت نیست. بنا بر همان دلایل نیز صرف احتمال اقدام نکردن مسلمان به تطهیر خود تا زمان نیاز سبب حکم به نجاست مسلمان نمی‌شود؛ زیرا چنین احتمالی در غالب اوقات وجود دارد و غیر از مخالفت با سیره قطعی مستمر مسلمانان، اختلال نظام، هرج و مرج و حرج آوردن را به دنبال خواهد داشت. نکته لازم به ذکر این است که برخی از فقهای که ظاهر حال مسلمان را سبب حکم به طهارت تلقی کرده‌اند، در طهارت کودک غیر ممیز دچار تردید شده و درنهایت، بعید ندانسته‌اند که جزء توابع انسان مثل فرش و ظروفش محسوب شود (انصاری، الطهارة، ۳۳۴)، درحالی که اگر ملاک، ظاهر حال مسلمان باشد، کودک غیر ممیز مشمول حکم طهارت نخواهد شد؛ زیرا بنا بر این فرض نمی‌توان کودک را مثل اشیای ساکن، محسوب کرد و تسلط و نظارت مسلمان را بر او تام دانست، بلکه به تبع وصف مسلمانی خانواده و از باب تعبد است.

۵. روایات

الف. روایات سؤر حائض و جنب: مطابق برخی روایات خوردن سؤر^۱ حائض متهم به رعایت نکردن جایز است و وضو ساختن با آن کراهتی ندارد (حرعاملی، ۲۳۶/۱ تا ۲۳۸)؛ چنان که وضو ساختن با سؤر جنب غیر متهم جایز بدون کراهت است (همو، ۲۳۴/۱ تا ۲۳۶)؛ از جمله اینکه از امام صادق (ع) نقل شده که فرموده است: «اَشْرَبَ مِنْ سؤْرِ الْحَائِضِ وَ لَا تَوَضَّعَ مِنْهُ» (همو، ۲۳۶/۱)؛ از پس ماندۀ حائض بنوش و از آن وضو نساز. در روایتی دیگر عیص بن قاسم می‌گوید از امام صادق (ع) درباره سؤر حائض سوال کردم، فرمود: «لَا تَوَضَّعَ مِنْهُ - وَ تَوَضَّعَ مِنْ سؤْرِ الْجُنُبِ إِذَا كَانَتْ مَأْمُونَةً» (همو، ۲۳۴/۱)؛ از آن وضو نساز و از سؤر جنب وضو بگیر هرگاه مورد اطمینان باشد. شیخ انصاری با اشاره و به استناد این احادیث می‌گوید: «ظاهر حال مسلمان این است که با نجاست آبی که در خانه برای نوشیدن و تطهیر مهیا شده، مباشرت ندارد. بنابراین، استفاده او از آب مذکور در حکم خیر دادن او به تطهیر دستش است» (الطهارة، ۳۳۲/۵).

ب. روایت در باب عصیر

عمر بن یزید می‌گوید به امام صادق (ع) عرض کردم: حکم می‌پخته‌ای که شخصی از غیر شیعیان به من هدیه می‌دهد چیست؟ فرمود: «إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْتَحِلُّ الْمُسْكِرَ فَلَا تَشْرَبُهُ وَ إِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَسْتَحِلُّ فَاشْرَبْهُ» (حرعاملی، ۲۹۳/۲۵)؛ اگر از کسانی است که مسکر را حلال می‌شمرد، از آن بنوش و اگر از کسانی است که حلال نمی‌داند، بنوش. طبق این حدیث اگر فرد از کسانی است که از نجاست اجتناب می‌کند، به احتمال نجاست او ترتیب اثر داده نمی‌شود.

۱. مقصود از سؤر، فقط باقیمانده مایعی که انسان یا حیوان از آن نوشیده، نیست؛ بلکه چنان که ابن ادریس حلی گفته شامل هر مایعی می‌شود که عضوی از بدن حیوان (یا انسان) با آن تماس پیدا کرده باشد (ابن ادریس، ۸۵/۱).

تا اینجا روشن شد بعضی از فقها بر مطهریت غیبت تصریح کرده‌اند (صاحب‌جواهر، ۳۰۱/۶؛ خمینی، ۱۳۲/۱؛ فاضل لنکرانی، رساله توضیح المسائل، ۲۷ تا ۳۸؛ بهجت، ۳۵ تا ۴۷) و برخی با وجود پذیرش این موضوع، غیبت را مطهر حقیقی نمی‌دانند (حسینی عاملی، ۲۲۸/۲). به عبارت دیگر، نام‌گذاری غیبت مسلمان را به مطهر، مجاز و تسامح شمرده (انصاری، الطهارة، ۳۲۵/۵؛ طباطبائی، ۱۴۸/۱؛ خویی، التنقیح، ۲۶۸/۳) و آن را صرفاً طریق برای اثبات طهارت و کاشف از طهارت دانسته‌اند؛ همان گونه که اخبار ذوالید و خبر واحد به طهارت دیگری و متعلقاتش، از راه‌های اثبات طهارت مسلمان هستند (همو، ۲۶۸/۳؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۶۶۲). از طرفی دیگر، از سخنان عده‌ای از فقها نیز می‌توان برداشت کرد که غیبت مسلمان مثبت طهارت او نیست، بلکه ظاهر منزّه بودن مسلمان از نجاست سبب حکم به طهارت شخص مسلمانی است که انسان از نجاست او یا متعلقاتش قبل از غیبتش خبر دارد؛ یعنی مکلفان موظف‌اند در برخورد با مسلمان، البسه، ظروف و وسایلی که استفاده از آن‌ها مشروط به طهارت است، حکم به طهارت او و متعلقاتش دهند. چیزی که سبب این حکم می‌شود، ظاهر تنزه مسلمان و اجتناب او از نجاسات است نه چیز دیگری؛ از جمله اینکه شهید اول با نفی مطهر بودن غیبت گفته است: «اگر مکلف، عالم به نجاست باشد، سپس زمانی بگذرد که از آن ممکن باشد، به دلیل ظاهر تنزه مسلمان از نجاست، حکم به طهارت می‌شود (۱۳۲/۱). پس ایشان، مطهر را همراه با غیبتی که در آن امکان تطهیر وجود دارد، ظاهر تنزه مسلمان از نجاست با علم او به نجاستش قرار داده است (صیمری، ۴۳۴/۱). صیمری که خود از نفی‌کنندگان مطهریت غیبت است و محسوب کردن غیبت از جمله مطهرات را مجاز شمرده (همو، ۴۳۶/۱)، مدعی شده است که ابن‌فهد حلی نیز غیبت را از مطهرات نمی‌داند؛ زیرا بنا بر فرض غیبت و گذشتن زمانی که در آن امکان تطهیر وجود دارد، نگفته که غیبت مطهر است، بلکه گفته است حکم به طهارت می‌شود (همو، ۴۳۴ تا ۴۳۵). عبارت ابن‌فهد چنین است: «و یحکم بطهارة حیوان^۱ تنجس إذا غاب زماناً یمكن طهره مطلقاً» (۶۱). بنابراین، فتوای شهید اول و ابن‌فهد در حکم به طهارت به سبب ظاهر تنزه مسلمان نه به دلیل غیبت، یکسان است (صیمری، ۴۳۵).

۳. مطهریت «وصف مسلمانی»

از این سخنان به دست آمد که نام‌گذاری غیبت مسلمان به مطهر، نام‌گذاری حقیقی نیست و نمی‌توان غیبت مسلمان را جزء مطهرات محسوب کرد. بالاتر از آن، ظاهر تنزه مسلمان از نجاست نیز سبب حکم به طهارت نخواهد شد، بلکه آنچه که به نظر می‌رسد مطهریت دارد، داشتن وصف مسلمانی و متدین بودن به دین اسلام است نه چیز دیگر. این مطهر، گستردگی و شمولش بیشتر از ظاهر تنزه مسلمان از نجاست است؛ زیرا اگر ظاهر تنزه

۱. مقصود از حیوان، آدم و غیر او است (صیمری، ۴۳۳).

مسلمان از نجاست مطهر باشد، در جایی مطهر خواهد بود که؛ اولاً آن مسلمان عالم به نجاست خود باشد تا انگیزه طهارت در او ایجاد شود؛ ثانیاً در عبادتی که طهارت در آن شرط است، از آن متنجس استفاده کند و الاً نیازی فوری و ضرورتی در رفع نجاست نیست و انگیزه‌ای جدی در آن مسلمان برای رفع نجاست به وجود نمی‌آید؛ ثالثاً از مسلمانان بی‌مبالات و یا کم‌مبالات نباشد و گرنه ظاهر چنین مسلمانی هرگز مقتضی تنزه نیست. اما اگر وصف مسلمانی مطهر باشد، محدود به هیچ‌کدام از این شرایط نخواهد بود؛ یعنی همین که شخص، مسلمان باشد، باید حکم به تنزه او از نجاست کرد؛ خواه شخصی مقید به طهارت و معتقد به ازاله نجاست باشد، خواه بی‌مبالات یا کم‌مبالات محسوب شود؛ عالم به نجاست باشد یا نباشد؛ آن شیء متنجس را در عبادت مشروط به طهارت به کار برد یا چنین نکند؛ ازاله نجاست او رؤیت شود یا نشود و فقط مدتی غیبت کند. بر این اساس، همان‌گونه که در این فرض مشاهده ازاله نجاست توسط مسلمان مطهر نیست، غیبت نیز چنین خواهد بود. نقش غیبت در این باره صرفاً در عدم تحقق قطع به نجاست است. به عبارت دیگر در حکم به طهارت مسلمان و متعلقاتش کافی است که علم به نجاست مسلمان و متعلقاتش حاصل نشود و غیبت زمینه‌ساز این موضوع می‌شود؛ همان‌گونه که در صورت مشاهده رفع نجاست و حصول شک در شستن صحیح و تحصیل طهارت، ضرری متوجه حکم به رفع نجاست نخواهد شد.

۳. ۱. دلایل مطهریت «وصف مسلمانی»

مطهر بودن وصف مسلمانی دلایلی دارد که عبارت‌اند از:

الف. سیره معصومان(ع)؛ آنچه از روش و سیره پیامبر(ص) و ائمه بر می‌آید این است که در برخورد با مسلمانان حکم به طهارت می‌کردند؛ زیرا هرگز از گفتار یا رفتار آنان موردی نقل نشده که در ارتباط با مسلمان احتیاط و اجتناب کرده یا مسلمانان را منع از برخورد طهارت‌گونه کرده باشند. معاشرت پیامبر(ص) و امامان(ع) با مسلمانان در مساجد، منازل، بازار و به‌طور کلی در رفت‌وآمدها گویای آن است که با وجود علم اجمالی به نجاست بدن یا متعلقات مسلمانان به دلیل آلوده شدن قطعی آنان به نجاست (بول و غائط)، نجس شدن مقداری از بدن حیوانات ذبح‌شده، چاقو و ابزار مورد نیاز ذبح، زخمی شدن مسلمانان در جنگ‌ها و گاه در شرایط عادی و... هیچ‌گاه پرسشی از تطهیرشان نشده و با همه رفتار طهارت‌گونه داشته‌اند. اگر غیر از این بود، قطعاً روایات یا روایتی دال بر رفتار احتیاط‌آمیز معصومان(ع)، سؤال و جواب و تحقیق و تفحص آن‌ها به دست ما می‌رسید، با وجود اینکه مسلمانان اهتمام ویژه‌ای در بیان اقوال و سیره معصومان داشته‌اند. شاهد بر مطلب، ورود احادیث زیادی است که در خصوص طهارت و نجاست بدن انسان، لباس و لوازم او، حیوانات، تعیین عباداتی که در آن‌ها طهارت بدن و لباس مسلمان شرط است و... آمده است، در حالی که در میان آن‌ها هیچ حدیثی که اشاره‌ای به اجتناب معصومان(ع) از بدن یا لباس و سایر متعلقات مسلمانان داشته باشد، دیده نمی‌شود. این نشان می‌دهد که هرکسی مسلمان بوده، حکم به طهارت او می‌شده است نه اینکه به سبب غیبت آن مسلمان و استعمال آن شیء متنجس در

امری که طهارت در آن شرط است، چنین حکمی داده شده باشد. محدودکردن طهارت مسلمان به این موضوع نیازمند دلیل است و دلیلی بر این مسئله وجود ندارد. ظاهر تنزه مسلمان از نجاست هم سبب حکم به طهارت نبوده است؛ زیرا هیچ نقل قولی از گفتار یا رفتار معصومان(ع) نیست مبنی بر اینکه میان مسلمانان مقید، بی‌مبالا و کم‌مبالا فرق گذاشته و از کم‌مبالاها و بی‌مبالاها اجتناب کرده باشند و مدرکی نیز دال بر تفاوت‌گذاری بین مسلمانان شیعی مذهب و سایر فرق اسلامی وجود ندارد و چنان‌که برخی فقها نیز گفته‌اند، مسلمانان غیرشیعی‌ای که در عصر امامان(ع) زندگی می‌کرده‌اند یا حالشان از مسلمانان غیرشیعی امروز، بدتر یا مثل هم بوده و بسیاری از نجاست قطعی نزد امامیه، پیش آنان و نیز روستاییان و بادیه‌نشینان محکوم به طهارت بوده است، باین حال از رفت‌وآمد و هم‌غذایی با آنان باوجود علم به متنجس بودن ظروف، لباس‌ها یا دستانشان در برخی زمان‌ها خودداری نمی‌شده است (خوئی، التنقیح، ۳/۲۷۰). این مطلب نشانگر این است که جریان سیره ائمه(ع) مشروط به شرایطی چند و محدود به موردی خاص نبوده است. نکته ذکرشدنی این است که حکم به طهارت در این فرض قطعاً به دلیل تمسک به اصل برائت نبوده؛ زیرا فرض ما جایی است که علم اجمالی به نجاست وجود دارد نه شک بدوی و علم اجمالی مانع از اجرای اصل برائت خواهد بود؛ زیرا بر فرض اجرای اصل برائت در همه اطراف علم اجمالی، مخالفت قطعی با علم اجمالی پیش می‌آید و بر فرض اجرای آن در برخی موارد، ترجیح بلامرجع می‌شود. بنابراین، علت برخورد طهارت‌گونه با مسلمانان، نه اجرای اصل برائت بوده نه غیبت مسلمان (چون فرض ما اعم است از موارد غیبت و حضور مسلمان) و نه ظاهر تنزه مسلمان (به دلیل اینکه باوجود علم اجمالی، ظهوری در طهارت حاصل نمی‌آید؛ ضمن آنکه فرض ما شامل طهارت کودکان غیر ممیز و افراد کم‌مبالا و بی‌مبالا نیز می‌شود که به هیچ وجه ظاهر آن‌ها تنزه از نجاست نیست، بلکه چه بسا عکس آن باشد).

مؤید جریان سیره معصومان(ع) در مطهریت وصف مسلمانی، مطابقت کامل آن با ضرورت حفظ پیوندهای اجتماعی مسلمانان است که مستلزم تقویت ارتباطات و تماس‌های فیزیکی و... است و بحث نجاست بر فرض اجتناب شیعیان از یکدیگر و نیز از سایر فرق اسلامی که معتقد به نجاست برخی اشیای نجس نیستند، چالشی مهم برای آن محسوب می‌شود.

شاهد دیگر بر وجود این سیره، عدم ممانعت الزامی معصومان(ع) از دیوانگان و کودکان ممیز و غیر ممیز مسلمان در ورود به مساجد است، باوجود اینکه علم به نجاست بدن و لباس آن‌ها موقع تخلی و برخی موارد دیگر داشته‌اند و همچنین به دلیل تکلیف‌نداشتن کودکان به تطهیر خود و متعلقاتشان برای عبادات مشروط به طهارت، عدم درک این موضوع و اهمیت آن توسط کودکان (به خصوص غیر ممیزان) و دیوانگان و نیز نداشتن آگاهی کافی آنان به چگونگی تطهیر بدن و متعلقات خود، هیچ‌گاه علم به ازاله نجاست از بدن و لوازم آنان حاصل نمی‌شده یا غالباً چنین علمی نبوده است؛ باین وجود و علی‌رغم خبرداشتن از متأثر شدن فرش و دیوار مسجد از بدن و لباس آن‌ها در شرایط مختلف جوی و لزوم حفظ طهارت مسجد و رفع فوری نجاست از آن (نک: صاحب‌جواهر، ۹۳/۶ و ۹۷)

هیچ توصیه‌ای و جوبی از سوی حضرات معصومان(ع) درباره جلودگیری کردن از ورود کودکان و مجانین به مساجد وارد نشده و صرفاً درباره کراهت ورود آنان دو روایت نقل شده است (طوسی، ۲۴۹/۳ و ۲۵۴) که این نشان می‌دهد معصومان(ع) آن‌ها را محکوم به طهارت دانسته‌اند. با چشم‌پوشی از ایراداتی که متوجه سند این دو حدیث شده،^۱ به اجماع فقها دخول کودکان در مسجد جایز است (حسینی عاملی، ۹۸/۲) و حداکثر حکمی که از این روایات فهمیده می‌شود، کراهت راه‌دادن کودکان، آن هم به عقیده تعدادی از فقها کودکان غیر ممیز به مسجد است (نک: مقدس اردبیلی، ۱۵۳/۲؛ صاحب‌جواهر، ۱۱۳/۱۴) و به تعبیر برخی از فقها راه‌دادن کودکان به مسجد، مستحب است (شهید اول، ۱۲۴/۳؛ موسوی عاملی، ۴۰۱/۴)، اما کودکان ممیزی که مورد اطمینان هستند و از نجاسات دوری می‌کنند، راه‌دادنشان به مسجد نه تنها مکروه نیست، بلکه تمرین دادن آن‌ها بر انجام نماز در مسجد مستحب است (محقق کرکی، ۱۴۹/۲). بسیاری از فقها دلیل دورکردن کودکان و دیوانگان از مساجد را ظن به نجس بودن آن‌ها دانسته‌اند؛ زیرا از نجاست دوری نمی‌کنند (علامه حلی، النهایة، ۳۵۶/۱؛ شهید ثانی، روض الجنان، ۶۲۸/۲).

از این فتاوا به دست می‌آید که راه‌دادن کودکان ممیز اگر مستحب نباشد، حداقل کراهت ندارد و حکم کراهت تنها متوجه کودکان غیر ممیز و دیوانگان می‌شود. بنابراین، به همراه بردن کودکان و دیوانگان به مسجد حرام نیست، هر چند احتمال نجس بودنشان می‌رود. از اینجا معلوم می‌شود نمی‌توان حکم به نجاست آنان داد والا می‌بایست راه‌دادنشان به مساجد حرام می‌شد. این عدم حکم به نجاست آنان با وجود علم به متنجس شدن بدن و لباسشان در طول شبانه‌روز، به تبع خانواده مسلمان آنان و تعبیدی است. این مسئله قطعاً در زمان ائمه(ع) هم رخ داده و منعی از سوی آن حضرات صورت نگرفته و حکم به نجاست آنان نشده است، در غیر این صورت باید در روایات و سیره آنان منعکس می‌شد. باتوجه به شرایط مطهریت غیبت مسلمان، سیره ائمه(ع) درباره برخورد با افراد نابالغ منحصر به آن نیست، چنان‌که ظاهر تنزه مسلمان از نجاست نیز قابل صدق بر کودکان نیست؛ زیرا نه تکلیفی دارند و نه درک و فهم کاملی از نجاست و طهارت. تنها چیزی که می‌تواند سبب حکم به طهارت افراد نابالغ شود، مسلمان بودن اولیا و خانواده آنان است. در واقع همان گونه که بدن مسلمان، لباس و ظروف او به تبعیت از مسلمان محکوم به طهارت است، فرزندان نابالغ آنان نیز به سبب همین تبعیت و از باب تعبد، محکوم به طهارت خواهند بود.

ب. سیره قطعی مستمره مسلمانان و تقریر معصومان(ع)؛ چنان‌که گفته شد عمده دلیل بر مترتب ساختن آثار طهارت بر بدن مسلمان و متعلقات او سیره مستمره‌ای است که مسلمانان از زمان معصومان(ع) داشته و تاکنون ادامه پیدا کرده است. مطابق این سیره، اقتدا، مباشرت و مصافحه با مردم و خریدن اطعمه و اشربه از آن‌ها از صدر اسلام تاکنون جایز بوده و هست و هیچ منعی از آن نشده است، با اینکه علم عادی به نجاست آن‌ها در برخی زمان‌ها وجود دارد. این عدم منع و سکوت در برابر حکم مسلمانان به طهارت همدیگر، نشان از تأیید و پذیرش آن

۱. به دلیل مرسله بودن یکی از روایات (نک: صاحب‌جواهر، ۱۱۱/۱۴ تا ۱۱۲) و وجود عبدالله دهقان در یکی دیگر از آن‌ها که تضعیف شده است (نک: نجاشی، ۲۳۱؛ خوئی، معجم رجال‌الحديث، ۴۱۱/۱۱).

از سوی معصومان (ع) است. مسئله این قدر روشن است که حتی مسلمانان معمولاً از همدیگر سؤالی درباره طهارت و ازاله نجاست بدن، لباس، ظروف و سایر متعلقات نمی‌کنند. اگر کمی تأمل شود، معلوم خواهد شد که این سیره مسلمانان و تقریر معصومان (ع) محدود به غیبت مسلمان و بالاتر از آن به سبب حکم بر اساس ظاهر تنزه مسلمان از نجاست نیست؛ بلکه آن به سبب متصف بودن اشخاص به صفت مسلمانی است. طبق این سیره و تقریر هیچ‌گاه مسلمانان در ارتباطاتشان با هم لزومی در رعایت جانب احتیاط ندیده یا تفاوتی میان مسلمانان مقید و بی‌مبالات قائل نبوده‌اند؛ هرچند به طور قطع مسلمانان از حیث تقید به طهارت و نجاست مثل هم نبوده و نیستند و همواره احتمال عدم ازاله نجاست از سوی کم‌مبالات‌ها و یا بی‌مبالات‌ها می‌رفته و می‌رود. از این رو برخی فقها تصریح کرده‌اند که این سیره در میان مسلمانان جاری بوده است، بدون اینکه تفاوتی گذاشته باشند بین مسلمانانی که علم قبلی به نجاست آن‌ها حاصل شده یا نشده باشد و نیز بدون اینکه فرقی میان مسلمانان اجتناب‌کننده از نجاست با مسلمانان بی‌مبالات یا مجهول الحال یا معتقد به طهارت اشیایی که نجس‌اند، قائل شده باشند (همدانی، ۳۱۸/۸). نکته دیگر اینکه این سیره شامل نابالغان؛ خواه ممیز و خواه غیر ممیز هم می‌شود؛ یعنی در معامله و رفتار مسلمانان با هم تفاوتی میان بالغ و نابالغ گذاشته نشده؛ زیرا هیچ دلیلی بر اجتناب از نابالغان به دست ما نرسیده است. حکم برخی از فقها بر طهارت کودکان ممیز با استفاده از سیره (خوئی، التنقیح، ۲۷۲/۳؛ همدانی، ۳۲۰/۸) یا احتمال طهارت همه کودکان (صاحب‌جواهر، ۳۰۲/۲) شاهی بر شمول سیره و تقریر معصومان (ع) است. البته برخی از این فقها، کودکان غیر ممیز را استثنا کرده و با تقسیم آن‌ها به دو دسته مستقل و تابع اولیا، در طهارت مستقلان تشکیک کرده و برخی از آن‌ها طهارت کودکان تابع را مثل سایر متعلقات مسلمانان پذیرفته‌اند (خوئی، التنقیح، ۲۷۲/۳؛ همدانی، ۳۲۰/۸)؛ در حالی که استثنای آن‌ها بدون دلیل است و شمول سیره و تقریر نسبت به آن‌ها انکارنشدنی است. شاهد آن نیز مراوده مستمر مسلمانان همراه با کودکانشان و هم‌غذایی و ارتباط زیاد آنان با هم است، بدون اینکه کسی از طهارت کودکان سؤال یا از بدن و لباس آن‌ها اجتناب کند یا مجبور به تطهیر لباس‌ها، فرش‌ها و ظروف شوند و بدون اینکه معصومان (ع) منعی کرده یا دستوری مبنی بر رعایت احتیاط صادر فرموده باشند. روشن است که تقریر معصومان (ع) دلیل بر تعبدی بودن این مسئله است که با وجود علم اجمالی به نجاست، برخورد طهارت‌گونه مسلمانان با یکدیگر را تأیید کرده‌اند.

عجیب این است که برخی از فقها که بر مبنای غیبت مسلمان، حکم به طهارت او و متعلقاتش داده و این حکم را تعبدی تلقی کرده‌اند، سیره ائمه (ع) و تابعانشان را در عصر آن‌ها و در غیر آن عصر به موردی خاص نیز محدود نکرده و شامل همه موارد شک هرچند فاقد شرایط دانسته‌اند (خوئی، التنقیح، ۲۶۹/۳)، در حالی که بنا بر فرض شمول سیره، دلیلی بر اختصاص حکم به موارد غیبت مسلمان نیست و سیره، مثبت مطهریت وصف مسلمانی است که شامل موارد غیبت مسلمان می‌شود.

ج. جلوگیری از به وجود آمدن حرج؛ اگر مسلمانان در معاملات میان خود، رفت و آمدهایشان با یکدیگر، حضورشان در مجالس مختلف و... مبنا را بر طهارت همدیگر و متعلقات خود نگذارند، حرج لازم می آید. اینکه برخی فقها لازمه این حرج را صرفاً رفع حکم تکلیفی و جواز ارتکاب به لحاظ تکلیفی دانسته اند (حکیم، ۱۳۸/۲)، معنای روشنی ندارد؛ زیرا اگر منظور این باشد که به لحاظ تکلیفی می توان مثلاً از لباس، ظروف و غذای سایر مسلمانان استفاده کرد و حرمتی تکلیفی ندارد؛ اما به لحاظ حکم وضعی باید بنا را بر نجاست گذاشت و خود را باید تطهیر کرد، در این صورت جواز ارتکاب تکلیفی هیچ فایده ای در رفع حرج ندارد؛ زیرا مسلمانی که با پذیرش دعوت مسلمانی دیگر به خانه او برود و با علم به اینکه قبلاً آن مسلمان یا ظروف، البسه و فرش خانه اش متنجس بوده و نمی داند ازاله کرده یا خیر؛ به خصوص اینکه مسلمانی کم مبالات یا بی مبالات باشد، اگر استفاده از اطعمه و اشربه و سایر لوازم آن به لحاظ تکلیفی جایز باشد اما به لحاظ وضعی، او و متعلقاتش پاک نباشد، در آن صورت باید تطهیر کند که چیزی جز حرج را به دنبال نخواهد داشت. اگر قضیه برعکس شود، قطعاً حرج بیشتر خواهد شد؛ به این معنا که اگر آن مسلمان متنجس شده یا بی مبالات به خانه او بیاید و از آب و غذا و فرش و امکانات آن خانه استفاده کند، اگر به لحاظ وضعی پاک نباشد، آیا میزبان در شستن خانه و لوازم آن در هر بار ورود آن مسلمان و مسلمانان به خانه اش دچار حرج نخواهد شد؟ اگر هم مراد این باشد که به لحاظ تکلیفی مسئولیتی ندارد؛ به این معنا که هم مجاز به استفاده است و هم مجاز به تطهیر نکردن، آیا این چیزی غیر از حکم ظاهری به تطهیر مسلمان است؟ اینکه مسلمان و متعلقاتش در واقع و به لحاظ وضعی نجس باشد اما به لحاظ تکلیفی باید مطابق شیء پاک با او رفتار کرد، چه فرقی دارد با اینکه در ظاهر، حکم به طهارت وضعی او شود؟ چنین دیدگاهی در عمل هیچ فرقی با قول به طهارت مسلمان و متعلقاتش ندارد؛ زیرا بنا بر قول به طهارت نیز احتمال نجاست واقعی مسلمانی می رود که قبلاً علم عادی به نجاست او و یا متعلقاتش بوده است، اما در عمل به آن توجه نمی شود و حکم به طهارت او داده خواهد شد. بنابراین، وصف مسلمانی در حکم به طهارت او کفایت می کند تا مسلمانان دچار حرج و مشقت در ارتباطات نشوند.

د. جلوگیری از اختلال نظام؛ حفظ نظام از واجبات مؤکد و اختلال در امور مسلمانان از امور مبغوض است (خمینی، البیع، ۶۱۹/۲) و فقها در کتب فقهی به لزوم حفظ آن اشاره کرده و آن را به عنوان اصلی مسلم دانسته اند (نک: انصاری، المکاسب، ۱۳۷/۲ تا ۱۴۰ و ۲۰۲؛ حسینی عاملی، ۲۷۰/۸؛ ۱۵/۱۲ و ۳۳۱؛ صاحب جواهر، ۴۰۴/۲۱؛ ۱۱۹/۲۲؛ ۴۳۴/۲۷؛ خمینی، البیع، ۶۶۵/۲؛ ۵۹۰/۳). اگر مسلمانان در برخورد و ارتباطات میان خود بر مبنای طهارت رفتار نکنند، نظم جامعه به هم می خورد و هرج و مرج پیش می آید و چنان که امام خمینی می گوید، معقول نیست که خداوند به هرج و مرج و اختلال نظام راضی شود (البیع، ۶۱۹/۲). بنابراین، باتوجه به پذیرش کبرای قضیه از سوی فقها (و جوب حفظ نظام و جلوگیری از اختلال نظام) و صغرویت و مصداقیت برخورد طهارت گونه با مسلمانان برای آن، نتیجه ای جز حکم به طهارت مسلمانان به دلیل وصف مسلمانی نخواهد داشت.

ه. مطابقت با اهداف و مقاصد دین؛ از بسیاری احکام شرعی به دست می‌آید که به وجود آمدن وحدت، همدلی، برادری و صمیمیت میان مسلمانان از اهمیت فراوانی برخوردار است. روایات زیادی که در توصیه به صلۀ رحم (حرعاملی، ۸۴/۷؛ ۲۵/۹، ۵۱، ۲۴۷، ۳۸۴ و ۳۹۶)، صلۀ اخوان و ملاقات با آن‌ها (همو، ۱۵۳/۸؛ ۴۱۱/۹ و ۴۴۴؛ ۱۴۲/۱۰)، استحباب اطعام مسلمان و تکریم مهمان (کلینی، ۲۰۰/۲ تا ۲۰۴؛ حرعاملی، ۱۲۶/۱۲، ۲۲۶ و ۲۹۰)، مصافحه معصومان (ع) با مسلمانان (حرعاملی، ۵۴/۵؛ ۱۴۳/۱۲ تا ۱۴۴)، استحباب افطاری دادن به مسلمانان (همو، ۱۵۳/۸؛ ۱۳۹/۱۰ تا ۱۴۲ و ۴۴۴)، استحباب مصافحه با یکدیگر (همو، ۴۴۵/۱۰؛ ۴۴۵/۱۱ تا ۴۴۷؛ ۷۳/۱۲؛ ۱۴۳/۱۲ و ۲۱۸ تا ۲۲۵) و استحباب پذیرش دعوت به طعام (کلینی، ۲۷۴/۶ تا ۲۷۵؛ ابن بابویه، ۳۶۱/۴؛ حمیری، ۱۶۰) و مواردی از این قبیل وارد شده است که نشان‌دهنده هدف اسلام، تقویت ارتباطات گوناگون میان مسلمانان است. روشن است که لازمه عمل به چنین سفارش‌هایی، ایجاد برقراری ارتباط بیشتر با مسلمانان و استحکام روابط با آن‌ها بدون پرسش از نجاست و طهارت و تجسس در این خصوص است. اگر بنا باشد انسان در برخورد با اقوام و دوستان مسلمان در مهمانی‌ها، مراسم عقد و عروسی، تشییع جنازه، استقبال از حجاج و مسافران، مصافحه با آنان، هم‌غذا شدن با آنان و موارد دیگر جانب احتیاط را رعایت کند و برای حکم به طهارت مسلمان و متعلقات او به هنگام علم به نجاست، نیاز به حصول علم به ازاله باشد، تمامی این احکام استجابی که مورد تأکید اسلام است، زیر سؤال می‌رود و هیچ‌گاه تحقق نمی‌پذیرد.

و. روایاتی داریم که بر وجوب تصدیق مسلمان و عدم اتهام به او وارد شده است (نک: کلینی، ۳۶۱/۲ تا ۳۶۲؛ حرعاملی، ۸۰/۱۹، ۸۱، ۸۵، ۸۷ و ۹۳). این روایات برای حکم به طهارت بر اساس غیبت مسلمان استناد شده است (انصاری، الطهارة، ۳۳۱/۵؛ همدانی، ۳۱۸/۸)؛ اما به نظر می‌رسد اختصاص به غیبت مسلمان ندارد و اگر دلالتشان پذیرفته شود، بر مطهریت وصف مسلمانی دلالت خواهند داشت. برای روشن شدن دایرة دلالتشان به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. امام صادق (ع) می‌فرماید: «إِذَا اتَّهَمَ الْمُؤْمِنُ أَخَاهُ اِئْمَانًا مِنَ الْإِيمَانِ مِنْ قَلْبِهِ كَمَا يَنْمَاتُ الْمَلْحُ فِي الْمَاءِ» (کلینی، ۳۶۱/۲)؛ هرگاه مؤمن به برادرش تهمت بزند، ایمان در قلب او آب می‌شود، همچنان که نمک در آب حل می‌شود. این حدیث اطلاق دارد و شامل هر نوع تهمتی از جمله تهمت نجاست خواهد شد که نشانه بدگمانی انسان به برادر دینی خودش است. آنچه در این حدیث موضوع حرمت اتهام قرار گرفته، مسلمان است. بر این اساس اگر کسی در برخورد با مسلمانی، او را متنجس فرض و در ارتباط با او احتیاط کند، در واقع او را متهم به نجاست و بی‌مبالاتی او در رعایت طهارت و نجاست کرده است؛ خواه قبلاً علم به نجاست او داشته و سپس مدتی غایب شده، خواه اصلاً یقین به نجاست پیشین او نداشته باشد؛ چه آن مسلمان در حضور او اقدام به ازاله نجاست کرده و وی شک در صحت تطهیر او کرده باشد، چه شک نکرده باشد؛ خواه مسلمانی مقید به احکام شرعی باشد یا نباشد. اگر کسی ایراد بگیرد که ظاهر این حدیث، اتهام قولی است نه عملی، تأمل درست در آن

شهادت می‌دهد که تفاوتی میان اتهام در گفتار با اتهام در اعتقاد و اخبار به آن یا ظاهر حال مسلمان نیست (انصاری، الطهارة، ۳۳۱/۵).

در حدیث دیگری آمده است که از امام صادق (ع) درباره شخصی که چیزی نزد او به امانت گذاشته شده، سؤال شد که هرگاه موثق نباشد آیا ادعایش (در تلف آن امانت و دخالت نداشتن او در اتلافش) پذیرفته می‌شود؟ امام فرمود: «نَعَمْ وَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ» (حرعاملی، ۸۰/۱۹)؛ بله و یمینی بر عهده او نیست. اشکال قبلی مبنی بر اینکه مقصود این حدیث و احادیث مشابه، تکذیب قولی است نه تکذیب اعتقاد یا ظاهر حال مسلمان، به همان بیان پیشین نیز وارد نیست.

از نظر شیخ انصاری احادیث دال بر جواز شرب سؤر حائض و جنب متهم و عدم کراهت سؤر غیر متهم نیز مؤید بلکه دال بر مطلوب (حکم به طهارت مسلمان به سبب غیبت) است (انصاری، الطهارة، ۳۳۱/۵). اگر دلالت این نوع احادیث پذیرفته شود، به همان بیانی که در سایر احادیث گذشت، نمی‌توان اطلاق آن‌ها را مقید به غیبت مسلمان کرد؛ زیرا عامل جواز شرب سؤر حائض و شخص جنب، مسلمانی او است نه غیبت او و گر نه می‌بایست سؤر حائض و جنب نامسلمان هم جایز الشرب بود. بنابراین، شرط اصلی در حکم به طهارت، وصف مسلمانی است و غیبت مسلمان صرفاً در تبدیل یقین به شک در تطهیر تأثیر دارد.

۳. ۲. ثمره قول به مطهریت وصف مسلمانی

چنان‌که تا حدودی از مباحث گذشته معلوم شد، بنا بر اینکه وصف مسلمانی مطهر باشد، کودکان نابالغ مسلمان هم محکوم به طهارت‌اند؛ خواه ممیز باشد یا غیر ممیز. در واقع همان گونه که مسلمان و متعلقاتش از قبیل لباس، ظروف و سایر لوازم مورد استفاده‌اش در زمان شک در طهارت آن‌ها محکوم به طهارت هستند، کودکان مسلمان نیز به تبع مسلمان همین حکم را دارند؛ چنان‌که بی‌مبالا بودن مسلمان تأثیری در این حکم ندارد. بنابراین، حکم بعضی از فقها بر طهارت مسلمان مشروط به مکلف بودن مسلمان (شهید ثانی، ۱۳۲/۱) یا به احتیاط واجب، بالغ و مقید بودن او به رعایت طهارت و نجاست (فاضل لنکرانی، رساله توضیح المسائل، ۳۸) یا ممیز بودن او (انصاری، الطهارة، ۳۳۳/۵؛ همدانی، ۳۱۹/۸؛ حکیم، ۱۴۱/۲) پذیرفتنی نیست؛ زیرا چنان‌که برخی از فقهای قائل به شرط تمیز نیز معترف‌اند، در سیره مسلمانان چیزی به عنوان بلوغ لحاظ نشده است (صاحب‌جواهر، ۳۰۲/۶؛ خوئی، التتقیح، ۲۷۲/۳؛ همدانی، ۳۱۹/۸) و این سیره درباره همه مسلمانان چه بالغ و نابالغ از آن‌ها جاری بوده و اجتناب از کودکان مسلمان معهود نیست. افزون بر جریان عام سیره، استثنای کودکان یا کودکان غیر ممیز، حرج‌آور و مختل‌کننده نظام‌اند. این در حالی است که طبق نظریه فقهای که غیبت مسلمان را باعث حکم به طهارت می‌دانند و علم به نجاست، احتمال ازاله نجاست و استفاده از آن شیء در جایی که از شرایطش طهارت است را لازم شمرده‌اند، مکلف و بالغ بودن مسلمان شرط خواهد بود؛ زیرا علم مسلمان نابالغی که تکلیف و الزامی ندارد و به کارگیری شیء منتجس در محل نیازمند به طهارت، انگیزه‌ای کافی برای رفع نجاست در زمان غیبتش

نخواهد بود. از سوی دیگر، لازمه مطهریت ظاهر حال مسلمان و اشتراط علم به نجاست و شهادت حال مسلمان به ازاله نجاست نیز بلوغ مسلمان است (نک: انصاری، الطهارة، ۳۳۳/۵)؛ زیرا هیچ‌گاه ظاهر مسلمان نابالغ حتی ممیز، بر طهارت او شهادت نمی‌دهد و تبعیت او از مسلمان هم به دلیل داشتن اراده و متحرک بودن کامل نیست تا از این راه حکم به طهارت او داد.

۴. علت عدم اعمال اصل استصحاب و ثمره آن

از آنجایی که انسان علم عادی به عروض نجاست مسلمان و متعلقاتش دارد، قاعداً هنگام شک در طهارت و نجاست او می‌بایست مطابق اصل استصحاب، نجاست متیقنه را برقرار دانست. با این وجود، فقهای قائل به مطهریت غیبت مسلمان یا ظاهر حال مسلمان به این اصل عمل نکرده و حکم طهارت را جاری ساخته‌اند. سؤالی که در اینجا خودنمایی می‌کند این است که آیا حکم به طهارت از باب تقدیم ظاهر بر اصل است؛ زیرا حال مسلمان ظهور در این دارد که از نوشیدن نجس، نماز خواندن با آن و بیع آن بدون اعلام نجاست خودداری می‌کند یا اینکه این حکم حکمی صرفاً تبعیدی مانند قاعده طهارت است که ارتباطی با حال مسلمان و ظهور آن ندارد؟ در فرض اول، از باب نقض حالت سابقه به وسیله اماره و در فرض دوم از باب تخصیص ادله اصل استصحاب است (خوئی، التتقیح، ۲۶۸/۳).

ثمره این دعوا در آنجا آشکار می‌شود که اگر حکم به طهارت از باب تقدیم ظاهر باشد، در آن باید بر موارد ثبوت ظهور حال مسلمان اکتفا شود. در این صورت، در جایی که مسلمان جاهل به نجاست است، حال او ظهور در دوری از نجاست و منزّه شدن از آن ندارد؛ همان گونه که در فرض عدم اعتقاد به نجاست چیزی که به او سرایت کرده نیز ثابت نخواهد شد؛ زیرا در این صورت احتراز از نجاستی که معتقد به آن نیست، معنا ندارد (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۶۶۳). در این صورت باید به بی‌مبالاتی او نسبت به نجاست علم نباشد؛ زیرا با قطع به بی‌توجهی شخص به نجس بودنش، از ظهور حال مسلمان طهارت کشف نمی‌شود (خوئی، التتقیح، ۲۶۹/۳). اما اگر حکم به طهارت مستند به ظهور و تقدم ظاهر بر اصل نباشد، بلکه مثل قاعده طهارت حکمی تبعیدی باشد، باید دلیل این حکم تبعیدی را ملاحظه کرد که آیا به صورت مطلق، مقتضی ثبوت حکم طهارت درباره شک است؛ خواه شرایطی که در برخی سخنان آمده موجود باشد یا نباشد یا اینکه مقتضی ثبوت حکم طهارت در صورت وجود آن شرایط یا بعضی از آن شروط خواهد بود (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۶۶۳). به نظر می‌رسد فقهایی که حکم به طهارت را ناشی از ظاهر حال مسلمان می‌دانند (شهید اول، ۱۳۲/۱؛ شهید ثانی، المقاصد العلیة، ۱۵۶)، آن را از باب تقدیم ظاهر بر اصل دانسته‌اند که در این صورت، لازمه‌اش اعتبار پاره‌ای از شرایط است (نک: همو، تمهید القواعد، ۳۰۸؛ انصاری، الطهارة، ۳۳۱/۵ تا ۳۳۲؛ همدانی، ۳۱۷/۸)؛ زیرا بدون آن شرایط، ظهور محقق نمی‌شود (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۶۶۴). محقق خوئی، شیخ انصاری را از قائلان به این قول می‌داند (التتقیح، ۲۶۸/۳)؛ همان گونه که صاحب جواهر نیز از جمله معتقدان به این قول است (۳۰۲/۶). برخی دیگر از فقها معتقدند که حکم به

طهارت، حکمی تعبدی و غیر مستند به تقدیم ظاهر بر اصل است و دلیل حکم به طهارت به صورت مطلق، مقتضی طهارت است؛ زیرا چنان که گفته شد، عمدۀ در این مسئله، سیرۀ متصل به زمان ائمه (ع) است و این سیره ظهور دارد در اینکه اختصاص به فرض وجود آن شرایط ندارد؛ زیرا شیعیان با سایر مسلمانان موجود در زمانشان با وجود وضوح عدم التزام آن‌ها یا بعضی از آن‌ها به نجاست تعدادی از نجاسات ثابت نزد امامیه؛ مثل نجاست پوست میته با وجود دباغی و منی رفت و آمد داشتند و نیز با همه مسلمانان حتی فاسقان آن‌ها با وجود توجه نداشتن آنان به نجاسات و متنجسات معاشرت می کردند (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۶۶۴). محقق خوئی این احتمال را بعید ندانسته است (التنقیح، ۲۶۹/۳).

از آنجایی که نتیجه نقد و بررسی دو دیدگاه مطهریت غیبت و ظاهر حال مسلمان این شد که هیچ کدام مطهریت ندارند و مطهریت محدود به این دو مورد نیست و شامل موارد دیگری هم می شود که در ذیل عنوان وصف مسلمانی قرار می گیرند، به نظر می رسد حکم به طهارت وصف مسلمانی حکمی تعبدی است و دلایل اقامه شده بر مطهریت آن اطلاق دارند و محدود به شرایط و افراد خاصی نیستند؛ زیرا سیرۀ معصومان (ع) در برخورد طهارت گونه با مسلمانان مقید به هیچ قیدی نیست؛ چه شیعه معتقد به لزوم ازالۀ نجاست باشد و چه کم مبالات یا بی مبالات نسبت به طهارت و نجاست؛ چه سایر فرق اسلامی که قائل به طهارت برخی نجاسات و عدم لزوم اجتناب از آن‌ها هستند و گرنه از طریق خبر متواتر یا لاقط خبر واحد به دست ما می رسید. سیرۀ مسلمانان در تمامی ادوار تاریخ نیز همین اطلاق را دارد. سایر ادله نیز فراگیرند و این گونه نیست که عسرو حرج یا اختلال نظام یا ایراد اتهام به مسلمان فقط در فرض اجتناب از شیعیان معتقد به لزوم تطهیر پیش بیاید؛ بلکه نه تنها در موارد اجتناب از مسلمانان کم مبالات یا بی مبالات، کودکان ممیز و غیر ممیز و نیز سایر فرق اسلامی محقق می شوند که به علت کثرت چنین افرادی و کثرت ارتباطات با آن‌ها صدق بیشتری خواهد کرد.

نتیجه گیری

از مباحث مطروحه نتایج ذیل به دست آمد:

- الف. اکثر فقها، مطهریت غیبت مسلمان را امری مجازی و تسامحی می دانند و معتقدند که غیبت، موضوعیت ندارد؛ بلکه یکی و طرق رسیدن به طهارت و کاشف از آن است.
- ب. از سخنان برخی فقها بر می آید که ظاهر حال مسلمان که گویای تنزه او از نجاست است، مطهریت دارد.
- ج. عمدۀ دلایلی که بر محکوم بودن مسلمان به طهارت بدن و متعلقاتش دلالت دارند؛ سیرۀ ائمه (ع)، سیرۀ مستمرۀ مسلمانان و تقریر معصومان (ع)، جلوگیری از حرج و اختلال نظام هستند که مطهریت عنوانی غیر از غیبت مسلمان و ظاهر حال مسلمان را که عبارت است از برخورداری از وصف مسلمانی، ثابت می کنند.

د. مطهریت وصف مسلمانی، تعبدی است نه از باب تقدم ظاهر بر اصل؛ از این رو شامل هر مسلمانی با هر عقیده و مذهبی، چه امامیه و چه غیر آن، مقید به رعایت طهارت و نجاست یا کم مبالات و بی مبالات، مکلف و بالغ یا نابالغ، می شود و محدود به شرایطی خاص نیست.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقانیس اللغة، به تحقیق عبدالسلام محمد هارون، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، الرسائل العشر، به تحقیق سید مهدی رجائی، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، به تحقیق احمد فارس صاحب الجوانب، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
- اشتهاردی، علی پناه، مدارک العروة، چاپ اول، تهران: دارالأسوة، ۱۴۱۷ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات، به تحقیق گروه پژوهش در کنگره، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- _____، کتاب الطهارة، به تحقیق گروه پژوهش در کنگره، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- بحر العلوم، محمد مهدی بن مرتضی، الدرة النجفیة- الدرة البهیة، چاپ دوم، بیروت: دار الزهراء، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة، به تحقیق محمد تقی ایروانی و عبدالرزاق مقرر، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۵ ق.
- بهجت، محمد تقی، رساله توضیح المسائل، چاپ نود و دوم، قم: شفق، ۱۴۲۸ ق.
- حراعلی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة، به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد، مفتاح الکرامة، به تحقیق محمد باقر خالصی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، چاپ اول، قم: دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، قرب الاسناد، به تحقیق مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۳ ق.

- خمینی، روح الله، تحریر الوسیلة، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
- _____، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
- خونی، ابوالقاسم، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، به تقریر علی غروی، چاپ اول، نجف: تحت اشراف لطفی، ۱۴۱۸ق.
- _____، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، بی جا: بی نا، بی تا.
- سبحانی، جعفر، رساله توضیح المسائل، چاپ سوم، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۹ق.
- شیرازی زنجانی، موسی، رساله توضیح المسائل، چاپ اول، قم: سلسبیل، ۱۴۳۰ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، ذکر الشیعه، چاپ اول، جمعی از پژوهشگران در مؤسسه آل البیت (ع)، قم: آل البیت، ۱۴۱۹ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة (المحشی - کلاتر)، چاپ اول، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، المقاصد العلیة، به تحقیق گروه پژوهش مرکز تحقیقات و پژوهش های اسلامی، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۰ق.
- _____، روض الجنان، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۲ق.
- _____، تمهید القواعد الأصولية و العربية، به تحقیق عباس تبریزیان و دیگران، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، به تحقیق محمد حسن آل یاسین، چاپ اول، بیروت: عالم الکتاب، ۱۴۱۴ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، کشف الالتباس، چاپ اول، قم: مؤسسه صاحب الامر (ع)، ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی، محمد کاظم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه الأعلمی، ۱۴۰۹ق.
- طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، نهاية الأحکام، چاپ اول، قم: آل البیت (ع)، ۱۴۱۹ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، رساله توضیح المسائل، چاپ صد و چهاردهم، قم: بی نا، ۱۴۲۶ق.
- _____، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیلة: غسل الجنابة، التیمم، المظهرات، چاپ اول، تهران: مؤسسه عروج، ۱۴۱۹ق.
- فیاض کابلی، محمد اسحاق، رساله توضیح المسائل، چاپ اول، قم: انتشارات مجلسی، ۱۴۲۶ق.
- فیض کاشانی، محسن، مفاتیح الشرائع، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، به تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس، به تحقیق علی شیر، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.

مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، بی جا: بی نا، بی تا.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، به تحقیق: آقامجتبی عراقی و دیگران، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر، رساله توضیح المسائل، چاپ دوم، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ق.

موسوی عاملی، محمد بن علی، مدارک الأحکام، چاپ اول، بیروت: آل البيت (ع)، ۱۴۱۱ق.

نجاشی، احمد بن علی، رجال النجاشی: فهرست أسماء مصنفی الشیعه، به تحقیق موسی شبیری زنجانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۵ق.

همدانی، رضابن محمد هادی، مصباح الفقیه، به تحقیق محمد باقری و دیگران، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۶ق.



Examination of the height examples of Tawaf of the House (circling Kaaba) in the verse "وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ"

Dr. Mohammad Reza Kazemi Golvardi, Associate Professor, Faculty of Theology, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran (**corresponding author**)

Email: mr_kazemigolvardi@yahoo.com

Hossein Mahdavi Damghani, PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran

Dr. Sayyed Mohsen Razmi, Assistant Professor, Faculty of Theology, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran

Abstract

In the present article, by relating verse 29 of Surah Al-Hajj, known as the verse of Tawaf and documenting the authority of custom in applying the concept of Tawaf to its example, three possible examples for Tawaf of the Kaaba from its height dimension have been proposed and the subject of research: 1. Tawaf around Kaaba; 2. Tawaf in front of the space above Kaaba to the sky; 3. Tawaf from the first floor of the Kaaba. Finally, it is concluded that Tawaf from around Kaaba as the first example of Tawaf of the Kaaba is certain. The second possibility has no defensible evidence for Shiite jurists and is not acceptable. However, popular jurists and a small group of later Imami jurists have accepted it. Regarding the third possibility, which is the new word of this research, evidence on the permission of Tawaf from the first floor of the Holy Mosque by choice has been presented as another example of Tawaf of the House.

Keywords: Kaaba, floors of the Holy Mosque, Tawaf of the House, customary authority.



بررسی مصادیق ارتفاعی طواف بیت در آیه «وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ» بر مبنای مرجعیت عرف

دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی (نویسنده مسئول)

دانشیار دانشکده الهیات دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مشهد، مشهد، ایران

Email: mr_kazemigolvardi@yahoo.com

حسین مهدوی دامغانی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

دکترسید محسن رزمی

استادیار دانشکده الهیات، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

چکیده

در نوشتار حاضر با محور قراردادن آیه ۲۹ سوره مبارکه حج، معروف به آیه طواف و مستند به مرجعیت عرف در تطبیق مفهوم طواف بر مصداق آن، سه مصداق احتمالی برای طواف بیت از بُعد ارتفاعی آن مطرح شده و موضوع تحقیق قرار گرفته است: ۱. طواف از محاذی بیت؛ ۲. طواف مقابل فضای بالای بیت تا آسمان؛ ۳. طواف از طبقه اول مسجدالحرام. در نهایت این نتیجه حاصل شده که طواف از محاذی بیت به عنوان اولین مصداق طواف بیت، قدر متیقن است. احتمال دوم نزد فقهای شیعه ادله قابل دفاعی ندارد و پذیرفتنی نیست؛ هرچند فقهای عامه و گروه اندکی از فقهای متأخر امامیه آن را پذیرفته اند. درباره احتمال سوم که سخن تازه این تحقیق است، قرآنی بر جواز طواف از طبقه اول مسجدالحرام در حالت اختیار به عنوان مصداق دیگری از طواف بیت ارائه شده است.

واژگان کلیدی: کعبه، طبقات مسجدالحرام، طواف بیت، مرجعیت عرف.

مقدمه

حج به عنوان یکی از فروع مهم دین اسلام، احکام و شرایط ویژه و مبسوطی دارد. انجام اعمال و مناسک حج در ظرف مکانی مشخص و معین یکی از شرایطی است که حدود کلی آن توسط شارع مقدس تعیین شده است، اما بر اساس برخی روایات برای شناخت حدود جغرافیایی دقیق اماکنی که حجاج می‌بایست اعمال حج را در آن اماکن انجام دهند، باید به اهل همان سرزمین مراجعه کرد؛ چنان‌که در روایت صحیحۀ معاویة بن عمار از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: «برای تشخیص وادی عقیق (یکی از میقات‌ها) باید از اعراب و مردم آن وادی سؤال کرد» (حرعاملی، ۳۱۵/۱۱).

همان گونه که نظر عرف در بسیاری از موضوعات احکام شرعی دخالت دارد، در شناخت محدوده اماکن مناسک حج نیز از جایگاه ویژه و پررنگی برخوردار است؛ از این رو فقها در موارد متعددی حکم فقهی مرتبط با این اماکن را مشروط به نظر عرف دانسته‌اند.

در قرآن کریم فقط آیه «وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ» (حج: ۲۹) است که امر به طواف پیرامون بیت و کعبه کرده است. حال با توجه به ازدحام جمعیت حجاج و توسعه ارتفاعی مسجدالحرام این سؤال مستحده رخ می‌دهد که آیا معنا و مفهوم طواف بیت گستردگی دارد که طواف از طبقات فوقانی مسجدالحرام را شامل شود یا خیر؟ مفروض ما این است که در آیه شریفه، حکم وجوب به صورت مطلق بر طواف بیت که موضوع حکم است، حمل شده است و هیچ قیدی در آیه دیده نمی‌شود. ادله روایی متقن نیز در تعیین مصداق طواف بیت و تقیید آن وجود ندارد؛ از این رو به دنبال کشف نظر عرف عقلا هستیم.

فقه‌های امامیه و عامه در اصل وجوب طواف به عنوان یکی از ارکان عمره و حج و صحت طواف حول بنای کعبه اختلافی ندارند، اما در وضعیت کنونی و بر اساس آخرین تخریب‌ها و بازسازی‌ها که ارتفاع طبقه اول مسجدالحرام از سطح مسجدالحرام حدود ۱۳ متر بوده و حدود ۲۷ تا ۳۰ سانتی متر از سقف کعبه معظمه بالاتر است، فتاوی گوناگونی از فقه‌های معاصر درباره جواز و صحت طواف از طبقه اول و بالاتر مطرح شده است.

از نخستین کسانی که به بررسی این موضوع پرداخته‌اند می‌توان از ابوالقاسم رافعی قزوینی شافعی در «فتح العزیز فی شرح الوجیز» (۳۰۲)، محیی‌الدین نووی در «المجموع فی شرح المذهب» (۳۹/۸)، سرخسی در «المبسوط» (۴۸/۴)، محمد بن احمد الشربینی در «مغنی المحتاج» (۴۸۷/۱) و ابن عابدین حنفی در «رد المختار» (۵۴۷/۲) نام برد. آن‌ها در پاسخ به این پرسش که آیا کعبه، بقعه محسوب می‌شود یا خیر؟ و آیا فضای بالای آن حکم بیت را دارد؟ حکم به جواز یا عدم جواز صادر کرده‌اند. همچنین در میان فقه‌های امامیه نخستین مرتبه علامه حلی در کتاب «تذکره الفقهاء» (۹۳/۸) قول به جواز را رد کرده و پیرو او فاضل هندی در «کشف اللثام» (۴۲۲/۱۵) به این موضوع تنها با نقل قول شافعی اشاره کرده است. بر این اساس به دست می‌آید که طواف از طبقات فوقانی کعبه چندان پیشینه مدیدی نداشته و از مسائل مستحده است.

از میان پژوهش‌های علمی انگشت‌شماری که در خصوص طواف از طبقات فوقانی انجام شده است، تنها آیت الله فاضل لنکرانی در مقاله «پژوهشی فقهی درباره طواف از طبقه اول مسجدالحرام» (۱۱۰) با مقایسه طواف و قبله، قائل به جواز اختیاری آن شده است و سایر محققان یا اصل جواز طواف از طبقات را رد کرده‌اند یا صرفاً در هنگام ازدحام و معذوریت، جواز را پذیرفته‌اند؛ اما نگارنده در این مقاله ضمن نقد مقایسه طواف و قبله، تفاوت میان طبقه اول و سایر طبقات مسجدالحرام را به‌عنوان نظری جدید بررسی کرده و قرائنی فقهی و قرآنی برای جواز اختیاری طواف از طبقه اول ذکر کرده است. دیدگاهی که در نشست علمی «طواف از طبقات فوقانی مسجدالحرام» (نک: hzrc.ac.ir) توسط آیت الله ابوالقاسم علیدوست از اساتید شاخص حوزه علمیه قم به‌صورت کلی مطرح شده و نگارنده در این مقاله به تبیین و تفصیل آن پرداخته است.

۱. تفاوت عرف عام و خاص و مقصود عرف در مصداقیابی طواف بیت

عرف به‌اعتبار شیوع و گستردگی به دو قسم عرف عام و عرف خاص تقسیم می‌شود. منظور از عرف عام، عرفی است که عموم یا اغلب و اکثریت مردم (صرف‌نظر از پابندی به شریعت الهی از قدیم و جدید، چه در زمان وحی و رسالت و چه پس از آن باوجود همه اختلافات در سطوح زندگی، فرهنگ، محیط، زبان و نژاد) آن را پذیرفته‌اند؛ مانند رجوع جاهل به عالم، نبود نقض یقین به وسیله شک، عادت به استعمال دخانیات، عادت به پوشیدن لباس خاص و طرز پذیرایی از مهمان و صدها نمونه دیگر از عادات و روش‌های اجتماعی. این عرف که در آن بسیاری از پدیده‌ها و نهادهای اجتماعی عمومی نیز نظم به خود می‌گیرد، گاه در پاره‌ای از نوشته‌ها با عنوان بنای عقلا یا طریقه و سیره عقلا نام برده می‌شود (نک: نائینی، ۱۹۳/۳).

در مقابل، عرف خاص عبارت است از عادت و روشی که گروه خاصی در آن اشتراک دارند؛ به‌طوری که وحدتی خاص همچون وحدت زمان، مکان، شغل، هنر و... آن‌ها را گرد هم جمع می‌کند؛ مانند عرف‌ها و عاداتی که در شهر یا منطقه‌ای خاص بر مردم آن شهر یا ناحیه حاکم است.

بنابراین عرف خاص اختصاص به ناحیه‌ای محدود یا گروهی از مسلمانان دارد و دایره حجیتش نیز در همان گروه یا ناحیه است. تعداد عرف‌های خاص نیز به مراتب بیشتر از عرف‌های عام است؛ زیرا امکان حصول چنین عرفی مهیا و دایره آن محدودتر است (نک: زرقا، ۵۶۲).

معنای مدنظر از عرف در اینجا عرف عام است و باید موقعیت عرف در فهم و تشخیص موضوع و مصداق طواف، مبنا و اساس پژوهش قرار گیرد. بر این اساس بررسی می‌شود که برداشت عموم عقلا برداشت از مفهوم طواف حول چیزی، چیست؟ آیا فقط چرخیدن مقابل آن شیء را مصداق طواف می‌دانند یا طواف به چرخش از بالای آن نیز صدق می‌کند؟ این حالت دوم آیا مطلق است یا مقید به ارتفاع معینی؟

۲. مرجعیت عرف در تعیین مصداق طواف بیت

حکم شرعی، متعلق و موضوع خاص خود را دارد. گاه شارع مقدس علاوه بر تشریع حکم، حدود، قلمرو و موضوع آن را نیز تعیین می‌کند؛ همچون نماز، روزه، زکات و...، اما گاه تشخیص مفهوم و تعیین قلمرو موضوع حکم شرعی را به عرف واگذار کرده است.

شهید ثانی در تشریح مفهوم غنا می‌گوید: «در این مورد رجوع به عرف اولویت دارد. پس آنچه غنا نامیده می‌شود، حرام است؛ زیرا ضابطی از سوی شرع واصل نشده است؛ پس مرجع شناخت آن، عرف است» (۳۴/۷). از این عبارت روشن می‌شود که اگر در موردی شارع مفهوم واژه‌ای را بیان نکرد، لازم است به معنای عرفی مراجعه شود. صاحب مفتاح الکرامه در این باره می‌نویسد: «از قواعد فقیهان استفاده می‌شود واژه‌هایی که در سخنان ائمه (ع) وارد شده است، باید برابر عرف زمان خود آنان تفسیر شود؛ از این رو اگر عرف زمان آنان را در این باره بدانیم، باید بر همان اساس عمل شود و در مواردی که عرف زمان ائمه (ع) روشن نیست، در فهم واژگان به کاررفته در سخنان ائمه (ع) باید به عرف عام رجوع کرد؛ همان گونه که در اصول فقه این مطلب ثابت شده است» (۳۵/۱۳). صاحب جواهر نیز نسبت به بعضی از احکام در مراجعه به عرف می‌فرماید: «بنابراین مرجع مقدار شیردهی، عرف است؛ همان عرفی که مرجع برای فهم هر لفظی است که شارع حد مضبوطی برای آن قرار نداده است» (۲۹۰/۲۹).

حضرت امام (ره) در کتاب البیع می‌فرماید: «اما رجوع به عرف در تشخیص موضوع و عنوان صحیح است و گریزی از آن نیست، هنگامی که موضوع در یک دلیل لفظی یا اجماعی قرار گرفته باشد» (۳۸۱/۱). در بسیاری از موارد نیز شارع مقدس تحدید حدود موضوع را به عرف واگذار کرده است؛ مثلاً مطابق فرموده شیخ انصاری ملاک شرعی جواز معامله اعیان نجسه از قبیل آلات موسیقی، میته، خون و...، داشتن منافع حلال است و تنها داور آن عرف است که می‌تواند میزان منفعت حلال یا حرام و صحیح و فاسد را مشخص کند (انصاری، ۱۴۷/۱).

سخن دیگر در مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق آن‌ها است. به عبارتی در موضوع محل بحث آیا عرف می‌تواند مرجع تعیین مصداق طواف بیت باشد یا خیر؟ در این خصوص دو اندیشه موافق و مخالف وجود دارد. امام خمینی (ره) به عنوان یکی از موافقان این مرجعیت می‌فرماید: «معیار در تبیین همه مفاهیم [عرفی] و کیفیت انطباق آن‌ها بر موارد، عرف است؛ زیرا شارع در محاوره و گفت‌وگو با دیگران، اصطلاح خاص و روش ویژه‌ای ندارد» (الرسائل، ۲۲۸).

اندیشه مخالفی نیز همچون آیت الله خویی (ره) نقدهایی را مطرح می‌کند. برای تبیین و تشریح کامل این موضوع می‌توان به مقاله «مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق» تألیف ابوالقاسم علیدوست مراجعه کرد. وی در این مقاله ضمن نقد و بررسی هر دو دیدگاه چنین بیان می‌کند: «نه اصرار بر مرجعیت عرف در امر تطبیق صحیح است و

نه اصرار بر رد آن و نه عقل و امثال آن را جایگزین عرف کردن پایه علمی دارد، بلکه آنچه صحیح است اصرار بر دقت در تطبیق ورد تسامح و اغماض در آن است» (۱۱ تا ۳۲).

مقصود در این تحقیق، بررسی مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق آن‌ها نیست که خود مقاله‌ای مفصل می‌طلبد، لیکن مفروض، پذیرش مرجعیت آن در بحث تعیین مصداق طواف بیت است؛ از این رو می‌توان گفت که موضوع حکم و جوب در آیه شریفه، طواف بیت است و در صورت فقدان ادله نسبت به طواف از طبقات فوقانی مسجدالحرام لازم است به نظرگاه عرفی مراجعه کرد که تنها مرجع تعیین و تشخیص مصداق طواف بیت است.

۳. راه کشف نظر عرف در تعیین مصداق طواف بیت

در عصر معصومان (ع) چندان نیازی به توسعه اماکن حج وجود نداشته و طرح طواف از طبقات فوقانی در لسان روایات به صراحت دیده نمی‌شود؛ هرچند برخی روایات معدود، شناسایی و مورد استناد فقها قرار گرفته که محل مناقشه است و در ادامه بدان اشاره می‌شود. لذا تنها راه در تعیین مصداق طواف بیت در آیه طواف، مراجعه به عرف است و باید عرفاً به این معنا دست یافت که چرخیدن اطراف پدیده و نهادی ولو اگر موازی و محاذی آن هم نباشد صدق طواف می‌کند یا خیر؟ برای کسب دیدگاه عرف چند راه وجود دارد؛ اول مراجعه به معنای لغوی طواف، متون لغوی موضوعیت ندارند، ولی طریقت دارند به خصوص وقتی بخواهیم به عرف زمان صدور ادله برسیم؛ دوم مراجعه به استعمالات طواف نزد شارع و متشرعان که از کاربردهای طواف در قرآن کریم و روایات می‌توان به این مقصود دست یافت. این استعمالات بر اساس معنای متعارف و متداول میان مردم به کار رفته است، مگر در مواردی که شارع به صراحت معنای خاصی را بیان کرده باشد؛ سوم مراجعه به نظرات فقها که از آن تعبیر به عرف فقها می‌شود؛ به عبارتی فقیه خود یکی از مردم است که بهتر از همه، نظر عرف و بنای عقلا را می‌شناسد.

بر این اساس در ادامه بحث ضمن بیان احتمالات عرفی در مصداق طواف بیت، معنای لغوی، قرآنی و فقهی آن در لابه لای بحث اشاره شده و در نهایت با نقد و بررسی هریک از احتمالات، احتمال اقوی را برمی‌گزینیم.

۴. احتمالات در تعیین مصداق طواف بیت

از حدود پنجاه سال پیش و با افزایش جمعیت حجاج، موضوع ساخت طبقات فوقانی مسجدالحرام در دولت سعودی بحث شده است و اکثریت قریب به اتفاق مؤسسه «رابطة العالم الاسلامی» و نیز «اللجنة الدائمة للبحوث العلمیة و الافتاء» فتوا به جواز طواف از طبقات بالا داده‌اند. در مقابل، اکثر فقهای معاصر امامیه اجمالاً قائل به عدم جواز شده‌اند با تفصیل مسئله به حالت اختیار و اضطرار. همچنین برخی معتقد به جواز طواف تا ارتفاع معینی شده‌اند. بر این اساس سه احتمال در مصداق طواف بیت از بُعد ارتفاعی بر اساس آیه طواف متصور می‌باشد که هرکدام

قائلانی دارد.

۴. ۱. مصداق اول: طواف صرفاً مقابل بنای کعبه

معتبرترین و شایع‌ترین نظریه میان فقهای امامیه و برخی از اهل سنت این است که طواف بایستی پیرامون بنا و ساختمان کعبه صورت بگیرد. در این صورت طواف از طبقات بالای مسجدالحرام تا اندازه‌ای مجاز است که از سقف کعبه بالاتر نباشد. برخی از مراجع معظم تقلید چون حضرات آیات خامنه‌ای، سیستانی، صافی گلپایگانی، نوری همدانی، وحید خراسانی و موسوی اردبیلی از قائلان این نظریه هستند (پژوهشکده حج و زیارت، ۷۷۲).

مالکیه معتقدند که طواف همواره باید در مسجد قدیم که در عصر پیامبر (ص) بوده انجام شود و خروج از چه در عرض و چه در ارتفاع مجاز نیست؛ بنابراین طواف در محدوده توسعه‌یافته فعلی را عرضاً و ارتفاعاً در حال عادی و نبودن ازدحام جایز نمی‌دانند (صاوی، ۳۴۸/۲؛ مبارک، ۷۸۴/۲).

صاحب کتاب مواهب الجلیل از علمای مالکی می‌نویسد: «از شرایط طواف آن است که داخل مسجدالحرام باشد؛ پس اگر خارج از آن طواف کند مجزی نیست. ابن‌رشد گوید: اختلاف نظری در این مسئله نیست. می‌گوییم: اگر کسی بر بام مسجد طواف کند مانند آن است که خارج از مسجد طواف کرده و مجزی نیست و این مطلبی روشن است که نصی بر آن نیاز نیست» (حطاب، ۴۱۲/۳).

قائلان این نظریه برای ادعای خود به آیه ۲۹ سوره مبارکه حج استناد کرده‌اند که می‌فرماید: «وَلْيَطُوفُوا...»؛ به این بیان که خداوند متعال امر به طواف بیت کرده و کسی که بالای بنای کعبه طواف کند طائف بیت محسوب نمی‌شود (مبارک، ۷۸۴/۲).

۴. ۲. مصداق دوم: طواف مقابل فضای فوق بیت تا آسمان

معدودی از فقهای متأخر امامیه، طواف از طبقات فوقانی را به دلیل اینکه عرفاً بر آن طواف بیت اطلاق می‌شود، جایز دانسته‌اند. اینان معتقدند که نظر عرف در این مسئله محدود به نفس بنای کعبه نیست و همان گونه که در نماز، استقبال به سمت بالای کعبه صحیح است، در طواف نیز این استقبال بدون مسامحه جایز بوده و برای امثال آیه «وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ» (حج: ۲۹) کافی است (فاضل لنکرانی، ۱۱۰).

این نظریه فتوای مشهور فقهای اهل سنت است و بر اساس همین مسئله اقدامات توسعه‌ای کنونی صورت گرفته است و دو طبقه فوقانی مسجدالحرام که از بام مسجد بالاتر می‌باشد، بنا شده است و حجاج غیرشیعی از آنجا طواف می‌کنند. عبدالله بن ابراهیم الزاحم در مقاله شروط الطواف چنین می‌نویسد: «طواف بر بام مسجدالحرام جایز است، هرچند بلندتر از خانه کعبه باشد و حنفیه و شافعیه این قول را صحیح دانسته و حنابله آن را توجیه‌بردار می‌دانند» (۶۳).

مستند قائلان این احتمال عمدتاً چهار مطلب است: تشبیه طواف به نماز در جواز استقبال؛ جواز طواف حول عرصه کعبه در صورت انهدام بنای آن؛ قاعده «الهواء تابع للأرض» و جواز افزایش ارتفاع کعبه. در ادامه به طرح

هریک از ادله و نقد آن خواهیم پرداخت.

دلیل اول. تشبیه طواف به نماز در جواز استقبال: برخی از فقها برای جواز طواف از طبقات بالای مسجدالحرام که از سطح بام کعبه بالاتر است، به شباهت موجود میان نماز و طواف استناد کرده‌اند. آن‌ها ظاهراً این شباهت میان نماز و طواف را از عمومیت حدیث مرسله پیامبر خدا (ص) که فرمود: «الطَّوْفُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ» استخراج کرده‌اند.

وجه شبه نماز و طواف را در مسئله قبله بایستی جستجو کرد؛ توضیح اینکه دسته‌ای از روایات در باب قبله به امتداد قبله در جهت فوقانی اشاره دارد و نماز بر کوه ابوقبیس که بلندتر از کعبه و مشرف بر آن است را صحیح می‌دانند. در برخی از این روایات محدوده قبله را کعبه و مافوقش دانسته‌اند؛ مثلاً در روایت عبدالله بن سنان چنین آمده است: «مردی از امام صادق (ع) پرسید: نماز عصر را بالای کوه ابوقبیس خواندم، درحالی که کعبه پایین قرار گرفته بود، آیا مجزی است؟ حضرت فرمود: آری، کعبه از جایگاه فعلی‌اش تا آسمان قبله محسوب می‌شود» (طوسی، تهذیب الأحکام، ۲/۳؛ حرعاملی، ۳۳۹/۴).

نبوی مذکور از طریق شیعه جز در کتاب عوالی اللئالی (احسائی، ۱۶۷/۲) نیامده و صاحب مدارک در این باره با آنان مخالفت ورزیده و این روایت را از نظر سند قاصر و از نگاه متن مجمل می‌داند (موسوی عاملی، ۱۲/۱)، اما عده ای از بزرگان فقها همچون علامه حلی در کتاب المختلف (۱۸۵/۴) و شیخ طوسی در کتاب الخلاف (۳۲۳/۲)، ذیل باب «وجوب قیام در طواف» به آن استناد جسته‌اند.

دلیل عمومیت حدیث، استثنایی است که در ادامه روایت صورت گرفته است؛ به طوری که آن حضرت در ادامه تصریح به حلیت سخن گفتن هنگام طواف کرده، برخلاف نماز که سخن گفتن در آن مبطل است؛ لذا فرمود: «إِلَّا أَنْ اللَّهَ أَحَلَّ فِيهِ النُّطْقَ»^۱.

شاهد ثانی در کتاب مسالک الأفهام ضمن استناد به این روایت تصریح به اطلاق آن داشته و می‌نویسد: «مستند این حکم، اطلاق حدیث نبوی است که فرمود: «الطَّوْفُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ» و از تحت این اطلاق، آنچه بر مشارکت نداشتن طواف با نماز، اجماع قائم شده است خارج و بقیه باقی می‌مانند» (۳۳۹/۲). این در حالی است که به اعتقاد صاحب‌جواهر از ابتدای روایت کلمه «فی» حذف شده است و اساساً نبوی مذکور در مقام مقایسه و تشبیه میان نماز و طواف نیست (۱۴/۱). ممکن است که استثنای ذکر شده در ادامه روایت قرینه‌ای بر وجود مماثلت و تشبیه میان آن دو باشد؛ بنابراین می‌توان گفت که روایت مذکور عمومیت داشته و شامل تمام مصادیق مشترک میان نماز و طواف می‌شود و مواردی که ادله صراحتاً حکمی را اختصاص به نماز داده باشند یا حکمی خلاف احکام نماز برای طواف صادر شده باشد، از این عمومیت خارج خواهند بود.

۱. روایت مذکور در منابع اهل سنت با عبارات گوناگون و به پنج طریق از ابن عباس از پیامبر اکرم (ص) آورده شده که در یکی از آن‌ها چنین آمده است: حَدَّثَنَا قُتَيْبَةُ حَدَّثَنَا جَرِيرٌ عَنْ عَطَاءِ بْنِ السَّائِبِ عَنْ طَاوُسٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ (ص) قَالَ: «الطَّوْفُ حَوْلَ الْبَيْتِ مِثْلُ الصَّلَاةِ إِلَّا أَنْكُمْ تَتَكَلَّمُونَ فِيهِ فَمَنْ تَكَلَّمَ فِيهِ فَلَا يَتَكَلَّمُ إِلَّا بِخَيْرٍ» (ترمذی، ۶۳۲/۳).

یکی از محققان با طرح ادله مبسوطی در مقاله «پژوهشی فقهی درباره طواف از طبقه اول مسجدالحرام» به این جمع بندی رسیده است که طواف از طبقات فوقانی حتی در حالت اختیار جایز می باشد. وی در بخشی از این مقاله چنین می نویسد: «ما به صحت طواف از بالا ملتزم هستیم». در ادامه نیز آورده است: «مستفاد از ادله قبله و طواف و وحدت تعبیر در هر دو، آن است که همان طوری که فوق کعبه صالح برای استقبال است، همین طور صلاحیت برای طواف نیز دارد» (فاضل لنکرانی، ۱۱۰).

در مقام نقد و بررسی نبوی مذکور باید گفت که ظاهراً چنانچه اشاره شد، این روایت حتی در منابع عامه نیز ضعیف شمرده شده و این ضعف جبران نشده است؛ زیرا اطمینان نداریم که فقها در مقام افتا به این روایت تمسک کرده باشند؛ چنان که محقق اردبیلی این روایت را ناصحیح و ناصریح دانسته است (مقدس اردبیلی، ۶۵/۱)، اما بر فرض صحت سند، دلالت روایت توان اثبات مدعای مذکور را نخواهد داشت؛ زیرا اولاً اگر به متن نبوی توجه شود، آنچه تشبیه به نماز شده «طواف بالبيت» است نه مطلق طواف و از آنجایی که فضای خالی بالای کعبه به خصوص اگر ارتفاع زیاد باشد عرفاً بیت به شمار نمی رود یا لاقلاً صدق عرفی آن محل شبهه است، لذا موضوعاً نیز در دایره تشبیه قرار نخواهد گرفت. ممکن است گفته شود که عرف، طواف از طبقات بالاتر را طواف بالبيت می داند، ولی این سخن پذیرفته نیست؛ زیرا این عرف تسامحی است و عرف حقیقی خلاف آن است و اگر از کسی که در فاصله چندین متری بالاتر از کعبه طواف می کند، سؤال کنیم دور خانه طواف می کنی یا دور فضای بالای آن؟ به طور صریح پاسخ می دهد که دور فضای بالای آن طواف می کنم. در احتمال سوم اشاره خواهیم کرد که به قرائنی می توان فهمید که عرف طواف از طبقه اول را حقیقتاً مصداق طواف حول البيت می داند، اما طواف از طبقات دوم و بالاتر را خیر؛ ثانیاً اگر تشبیه میان طواف بالبيت و نماز را ثابت بدانیم، با استناد به آیه شریفه «وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ» (حج: ۲۹) که صراحتاً طواف را مقید و منحصر در اطراف خانه کعبه کرده است، طواف بالاتر از کعبه تخصیص خواهد خورد؛ چراکه مطابق دیدگاه اهل لغت اصل در معنای طواف، چرخیدن حسی یا معنوی دور چیزی است (جوهری، ۱۳۹۶/۴)، نه چرخیدن دور فضای خالی بالای آن چیز.

به عبارت واضح تر بر اساس آیه قبله، استقبال به سمت جهت کعبه کفایت می کند و عرف استقبال به سمت جهت کعبه را اعم می داند از اینکه مقابل نفس کعبه باشد یا فوق کعبه؛ بدون اینکه بخواهد ادعا کند که فوق الکعبه جزء کعبه است یا خیر، اما در آیه طواف تصریح می کند که طواف باید حول بیت باشد و در صورتی می توان طواف از طبقات فوقانی به خصوص طبقات بسیار بالا را صحیح دانست که فضای بالای کعبه را جزء کعبه بدانیم نه فوق الکعبه و عرف هیچ گاه چنین ادعایی نمی کند. بنابراین در صورت جواز طواف از فوق المطفاف، دلیلی نداشت که شارع مقدس نفس بیت را تعیین کند و می توانست مانند قبله، رعایت جهت را ملاک قرار دهد.

دلیل دوم. جواز طواف حول عرصه کعبه در صورت انهدام بنای آن: علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء می نویسد: «شافعی گوید: اگر سقف مسجد بلندتر از کعبه بود، طواف بر سطح مسجد جایز نیست. لازمه این

سخن شافعی آن است که اگر العیاذ باللہ روزی کعبه ویران شد، طواف پیرامون عرصه آن درست نباشد و حال آنکه چنین چیزی بعید است و کسی چنین فتوایی نداده است» (۹۳/۸). این تنها عبارتی است که در منابع شیعی پیرامون این موضوع یافت می‌شود.

محیی‌الدین نووی از علمای اهل سنت قرن هفتم، در کتاب المجموع فی شرح المذهب می‌نویسد: «اصحاب ما وقوع طواف در مسجدالحرام را شرط می‌دانند... و همچنین گفته‌اند: طواف بر سطح و طبقه بالای مسجد، اگر خانه کعبه بلندتر از بنای مسجد باشد، همچنان که امروز چنین است، جایز می‌باشد؛ ولی صاحب عده گفته است: اگر سقف مسجد بلندتر از سطح کعبه باشد، طواف بر سطح مسجد جایز نیست. رافعی این سخن را قبول ندارد و گفته است: اگر این سخن درست باشد، لازمه‌اش آن است که اگر العیاذ باللہ خانه کعبه خراب شود، طواف بر عرصه آن صحیح نباشد و این بعید است» (۴۲/۸).

در پاسخ می‌توان چنین مناقشه کرد که بر اساس صریح آیه قرآن موضوع حکم، طواف بیت است؛ یعنی باید بیتی وجود داشته باشد تا طواف بیت صدق کند؛ بنابراین طواف مقابل فضای تخریب‌شده از آیه مذکور به دست نیامده و نیازمند دلیل دیگری است نه اینکه مستندی باشد بر جواز طواف مقابل فضای فوق کعبه؛ ازاین‌رو شاید بتوان از برخی روایاتی که در باب وجوب بنای کعبه در صورت تخریب آن وارد شده است، مؤیدی بر این مناقشه جست به اینکه چون طواف باید حول کعبه انجام شود، وقتی تخریب شد تجدید بنای آن از باب شرط تحصیل واجب، واجب است (نک: حرعاملی، ۲۳۶/۱۳).

دلیل سوم. قاعدة الهواء تابع للأرض: این دلیل از مستندات خاص فقهای اهل سنت است که هرچند به دلیل مستحدثه بودن طواف از طبقات فوقانی در منابع متقدمشان تصریح مستقیمی بر استناد به آن در مسئله طواف نشده است؛ عمومیت قاعده به صورت ارتکازات ذهنی در میان فقهای اهل سنت جریان دارد و به صورت ضمنی اشاره شده است.

شرف‌بن‌علی الشریف می‌نویسد: «برای من روشن است که طواف بر بام مسجدالحرام به خاطر عذر جایز است؛ به دلیل قیاس با صحت نماز بر بام مسجد و کوه ابوقبیس و غیر آن و نیز به دلیل اینکه هوای کعبه حکم خود آن را دارد، همان‌گونه که هوای خانه‌های مردم حکم خود آن را دارد» (۲۲۳/۴۴).

این قاعده خالی از مناقشه نیست؛ زیرا در این عبارت با مقایسه تبعیت هوا از زمین در مسئله ملکیت، حکم به جواز طواف مقابل هوای بیت کرده است؛ درحالی‌که در بحث ملکیت، تبعیت هوا از زمین وابسته به نحوه عقد است و چون عرفاً زمین به همراه هوا منتقل می‌شود، شبهه تبعیت هوا از زمین القا شده است. به عبارت دیگر کسی که ملکی را خریداری می‌کند، عرفاً زمین را به همراه هوای بالای آن و نیز زمین زیرین آن می‌خرد، اما اگر قید کند که فقط هوا را خریداری کند بدون زمین زیر آن جایز است؛ مانند آپارتمان‌های عصر حاضر یا فروش سرقفلی ملک؛ بنابراین زمین و هوای بالای آن دو شیء جدا از هم هستند که بسته به نوع عقد و معامله صورت گرفته تعیین می‌شوند

و این به معنای تبعیت هوا از زمین نیست.

استناد به تبعیت هوا از زمین در مسئله قبله نیز صحیح نیست و به عبارتی اساساً در بحث قبله تبعیتی در کار نیست؛ بلکه بر اساس آیه شریفه «وَ حَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ» (بقره: ۱۴۴) آنچه موضوع حکم استقبال قرار گرفته، جهت قبله است نه خود بیت و این جهت قبله فقط شامل هوای کعبه و بالای آن می‌شود و حتی زمین کعبه را شامل نمی‌شود؛ به این دلیل که اگر کسی بخواهد به صورت افقی و خوابیده بر پشت بام کعبه نماز بخواند، به اجماع فقها باطل است (نک: صاحب جواهر، ۳۵۳/۷). از طرفی به اتفاق فقها در مسئله قبله، بنای کعبه موضوعیت ندارد و عرصه آن قبله است؛ چراکه در صورت تخریب کعبه العیاذ باللّه یا جابه‌جایی آن، قبله تغییری نمی‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۱۲).

دلیل چهارم. جواز افزایش ارتفاع کعبه: از مسائل مرتبط با این احتمال، بحث افزایش بنای کعبه است؛ به طوری که به اعتقاد برخی اگر افزایش ارتفاع کعبه مجاز دانسته شود و طواف بر دور قسمت افزوده شده صحیح باشد، نشانگر این است که زمین کعبه و بنای فعلی موضوعیت ندارد و آنچه معیار صحت طواف است محل کعبه و فوق آن خواهد بود.

ظاهراً بر اساس نظر فقها افزودن بر ارتفاع کعبه جایز است؛ زیرا اصل اولی جواز است و کعبه نیز مانند دیگر اماکن و ساختمان‌ها است؛ همان‌گونه که افزودن بر مسجد جایز است، افزایش بنای کعبه نیز چنین بوده و نباید آن را مانند احکام تعبدیه از امور توقیفیه پنداشت. دلیل و گواه جواز آن، سه روایت ذیل است که جملگی محل مناقشه است.

روایت منقول از امام صادق (ع) یکی از روایاتی است که اولاً و بالذات در ارتباط با توسعه ارتفاعی کعبه و ثانیاً و بالعرض در ارتباط با جواز طواف از طبقات فوقانی استناد شده است که فرمود: «أَسَاسُ الْبَيْتِ مِنَ الْأَرْضِ السَّابِعَةِ السُّفْلَى، إِلَى الْأَرْضِ السَّابِعَةِ الْعُلْيَا» (ابن بابویه، ۲۴۶/۲؛ حرعاملی، ۳۳۹/۴).

یکی از فقهای معاصر امامیه در مقاله مبسوطی به بررسی ارتباط قبله با طواف پرداخته و ضمن اشاره به روایت مذکور و استعانت از بعضی روایات دیگر که ذیل آیه شریفه: «اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَمِنَ الْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ» (طلاق: ۱۲) آمده، مقصود از «الْأَرْضِ الْعُلْيَا» را زمین هفتم دانسته که بر فراز آسمان ششم قرار دارد و به همین جهت کعبه نیز تا آسمان هفتم امتداد دارد (فاضل لنکرانی، ۱۱۳).

وی در ادامه به روایتی از امام رضا (ع) استناد می‌کند که می‌فرماید: «هذه أرض الدنيا والسماء الدنيا عليها قبة، و الأرض الثانية فوق السماء الدنيا، والسماء الثانية فوقها قبة، والأرض الثالثة فوق السماء الثانية، والسماء الثالثة فوقها قبة، حتى ذكر الرابعة والخامسة والسادسة، فقال والأرض السابعة فوق السماء السادسة، والسماء السابعة فوقها قبة».

وعرش الرحمن فوق السماء السابعة...»^۱ (بحرانی، یوسف بن احمد، ۴۱۴/۵).

باید گفت که این روایت هیچ ارتباطی با روایت «أساس البيت» ندارد؛ زیرا اولاً در یک راستا قرار دادن زمین مادی و زمین هفتم و عرش الرحمن به معنای مادی بودن زمین هفتم است و این عقلاً و نقلاً باطل می باشد؛ ثانیاً ابتدای روایت امام کاظم (ع) از زمین اول تعبیر به «أرض الدنيا» می کند، ولی نسبت به سایر زمین ها چنین تعبیری دیده نمی شود که این نشان دهنده تفاوت مقام و عوالم زمین های مذکور است و برای انسان مادی درک شدنی نیست؛ ثالثاً از نظر جغرافیایی با چرخش زمین، عرصه کعبه هر لحظه در جهتی از آسمان قرار می گیرد و نمی توان به طور مطلق مقداری از آسمان را همیشه جهت کعبه دانست و این ناقض مدعای مذکور است. از طرفی در خصوص روایت «أساس البيت» از دو منظر سندی و دلالی مناقشاتی می شود:

الف. از نظر سند، این روایت مرسله است و علمای حدیث نظرشان راجع به مرسلاتی که شیخ صدوق نقل می کند، سه گونه است:

۱. برخی مطلقاً این مرسلات را ضعیف می دانند؛ اعم از اینکه این مرسلات با لفظ «رُوی» نقل شده باشد یا مانند روایت فوق با لفظ «قال» باشد (محقق خوانساری، ۴۶/۱؛ بحرانی، یوسف بن احمد، ۱۹۷/۴؛ خمینی، سید مصطفی، ۳۹۷/۲؛ خویی، ۴۲۰/۱۱)؛

۲. عده ای از فقها فقط مرسلاتی را که با لفظ «رُوی» نقل شده است، ضعیف دانسته اند (خمینی، روح الله، ۱۱۴/۳)؛ بنابراین روایت مذکور ضعیف نیست؛

۳. گروهی نیز همچون تفریسی و محقق بحر العلوم، مطلقاً مرسلات صدوق را مانند مقبوله می پذیرند (نک: سبحانی تیریزی، ۳۸۳).

ب. از نظر دلالی نیز بر فرض اینکه مرسلات صدوق را مقبوله بدانیم، این روایت توان اثبات طواف از طبقات فوقانی را نخواهد داشت؛ زیرا روایت در مقام بیان اساس کعبه است؛ یعنی نحوه شکل گیری کعبه و امتدادش تا اعماق زمین. شاهد سخن آن است که شیخ صدوق روایت مذکور را در بابی با عنوان «ابتداء الکعبه و فضلها و فضل الحرم»، آورده و در این باب، مجموع روایاتی را که چگونگی بنای کعبه و ارتباطش با دحوالأرض را بیان می کند، گردآوری کرده است (ابن بابویه، ۲۴/۱).

بنابراین مطابق نظر عمده فقها، مقصود از «الأرض السابعة العلیا» سطح همین زمین مادی است که ریشه اش تا اعماق زمین ادامه دارد و لایه های زیرین زمین جزء کعبه محسوب می شود و این روایت هیچ ارتباطی با طواف از طبقات فوقانی ندارد؛ همان طور که صاحب تفصیل الشریعة نیز به این موضوع تصریح دارد (نک: فاضل لنکرانی،

(۵۰۴)

۱. این زمین پایین است که آسمان اول در بالای آن قبه است و زمین دوم روی آسمان اول است که آسمان دوم روی آن قبه است، تا اینکه همین طور زمین چهارم و پنجم و ششم را نیز بیان کرد. سپس فرمود: و زمین هفتم روی آسمان ششم است که آسمان هفتم عرش رحمان است.

سومین روایت در جواز توسعه کعبه، روایت سعید بن جناح از امام صادق (ع) است که فرمود: «كَانَتْ الْكَعْبَةُ عَلَى عَهْدِ إِبْرَاهِيمَ تِسْعَةَ أَذْرُعَ وَكَانَ لَهَا بَابَانِ فَبَنَاهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ فَرَفَعَهَا ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ذِرَاعاً فَهَدَمَهَا الْحَجَّاجُ وَبَنَاهَا سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ذِرَاعاً» (کلینی، ۲۰۷/۴؛ فیض کاشانی، ۶۲/۱۲). حضرت در این روایت اشاره به ارتفاع نه ذراعی کعبه معظمه در عصر ابراهیم خلیل (ع) و افزایش آن به ۱۸ ذراع توسط ابن زبیر و نیز افزایش مجدد آن به ۲۷ ذراع در عصر حجج داشت و نهایتاً ظهور روایت دلالت بر این مطلب دارد که افزودن بر ارتفاع کعبه منعی ندارد؛ زیرا اگر منعی بود، امامان بزرگوار بیان می کردند و در صورت بیان به دلیل دواعی بر نقل، حتماً به دست ما می رسید.

بر این اساس عده ای معتقدند که جواز افزایش ارتفاع کعبه به معنای این است که هوای بالای کعبه در حکم کعبه و مصداق بیت است؛ بنابراین طواف حول فضای بالای کعبه حتی در صورت افزایش نداشتن کعبه نیز جایز است، اما این روایت معتبر نیست؛ زیرا ذکر احمد بن محمد در سند آن با جمعی اشتراک اسمی دارد که معلوم نیست راوی خبر، کدام یک از آن ها است و نیز اگرچه نجاشی، سعید بن جناح را توثیق کرده و در اسناد کامل الزیارات هم وارد شده است؛ ولی کسی که از او روایت می کند، معلوم نیست چه کسی است. از طرفی به نظر می رسد مسئله جواز افزایش بنای کعبه بنا بر فرض صحت روایت فقط دلالت بر جواز طواف مقابل میزان افزایش یافته داشته باشد؛ چرا که «وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ» مطلق است و شامل آن مقدار اضافه می شود، اما این حکم ارتباطی با هوای بالای کعبه پیدا نمی کند و از این جهت استناد به این روایت همان طور که برخی از فقها استناد کرده اند، برای اثبات جواز طواف مقابل فضای خالی بالای کعبه صحیح نخواهد بود.

۳.۴. مصداق سوم: طواف از طبقه اول مسجد الحرام

این مصداق در واقع جزئی از مصداق دوم به شمار می آید، ولی به دلیل تفاوت ادله محل استناد به عنوان مصداق سوم مطرح می شود.

اشاره شد که عمده فقهای شیعه طواف از طبقات فوقانی را در حال اختیار جایز ندانسته و فقط معدودی از باب توسعه معنوی کعبه، طواف از طبقات فوقانی را حتی اگر ده طبقه باشد، جایز می دانند. در این میان احتمال سومی وجود دارد که می تواند باب جدیدی را در این خصوص بگشاید؛ توضیح اینکه وقتی به معنای لغوی طواف مراجعه می شود، لغویان عمدتاً فقط اشاره به چرخش دور شییی کرده اند. راغب اصفهانی در معجمش می گوید: «الْمَشْيُ حَوْلَ الشَّيْءِ وَمِنْهُ: الطَّائِفُ لِمَنْ يَدُورُ حَوْلَ الْبَيْتِ حَافِظاً» (۵۳۱) و برخی همچون مصباح المنیر (فیومی، ۳۸۰/۲) احاطه داشتن را نیز در معنای طواف دخیل دانسته است. به نظر می رسد لغت با جواز توسعه معنوی کعبه موافق نباشد، اما ممکن است بتوان مستفاد از برخی آیات کریمه قرآن در ماده طاف یطوف و عبارات فقهای عظام، پذیریم طواف از طبقه اول مسجد الحرام نیز مصداقی از طواف بیت است؛ اما طواف از طبقات بالاتر را خیر. برای این احتمال چند مؤید یا به تعبیری قرینه ارائه می شود:

قرینه اول. بررسی دقیق تر معنای «باء» در آیه طواف: از سی و پنج موردی که ریشه «ط و ف» در قرآن آمده،

بسیست مرتبه با لفظ «طائفه»، دو مرتبه با کلمه «طوفان» و سیزده مرتبه از ماده «طاف یطوف» استعمال شده است که این سیزده مورد، هشت مرتبه با «علی»، دو مرتبه با «باء» و سه مرتبه بدون «علی» و بدون «باء» به کار رفته است. موارد به کار رفته با «باء» یکی مربوط به طواف است (حج: ۲۹) و دیگری مربوط به سعی (بقره: ۱۵۸). در تفاوت بین «طاف علی» با «طاف ب» باید گفت که قاعدتاً «علی» برای استعلا و احاطه و «باء» برای الصاق به کار می‌رود. در اینجا این اشکال به وجود می‌آید که قرآنی که هشت مرتبه ماده طاف را با علی به کار برده است، در آیه طواف هم می‌توانست بگوید: «وَالْيَطُوفُوا عَلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ» و حال آنکه چنین استعمالی نکرده است؛ بنابراین احتمالاً طواف از طبقات فوقانی مقصود و مطلوب آیه شریفه نیست.

با دقت بیشتر به دست می‌آید که در هفت مورد از مواردی که با «علی» به کار رفته، استعلا معنا ندارد؛ زیرا همه آنها مربوط به غلامان و خدمت‌گزارانی است که به دور انسان چرخیده و در حال خدمت‌رسانی هستند (نور: ۵۸؛ صافات: ۴۵؛ زخرف: ۷۱؛ طور: ۲۴؛ واقعه: ۱۷؛ انسان ۱۵ و ۱۹) فقط یک آیه راجع به نزول عذاب و طواف گردباد عذاب به دور باغ است که می‌توان استعلا را از آن برداشت کرد (قلم: ۱۹).

از طرفی به نظر می‌رسد «باء» در دو مورد به کار رفته نیز دو معنای متفاوت دارد؛ زیرا در آیه طواف که بسیاری «باء» را الصاق معنا کرده‌اند و نخستین و مشهورترین معنای حرف جر «باء» نیز همین معنا است و بیان می‌کند که فعل قبل به وسیله فاعل متصل به مجرور واقع شده است؛ اما ابن هشام (۱۳۷/۱) سیزده معنای دیگر را نیز برای آن ذکر کرده و ممکن است بآه زانده یا تأکید باشد. از طرفی در آیه سعی که می‌فرماید: «إِنَّ الصَّفَاَ وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِمَا» (بقره: ۱۵۸)، «باء» بیّتیت است که ابن هشام آن را ذکر نکرده است؛ چراکه اگر «باء» به معنای الصاق یا سایر معانی مذکور ابن هشام باشد، لاجرم بر اساس تعاریف اهل لغت که طواف را چرخیدن دور چیزی معنا کرده‌اند، در سعی زمانی طواف صدق می‌کند که چرخش، دور کوه صفا و مروه صورت گیرد؛ در حالی که فقها فقط سعی بین صفا و مروه را مجزی می‌دانند و چرخش تنها با «بیّن» معنا کردن «باء» اتفاق می‌افتد؛ یعنی بین کوه صفا و مروه در حال چرخیدن و طواف هستند. این بیّتیت را در آیه «يَطُوفُونَ بَيْنَهَا وَ بَيْنَ حَمِيمِ آدَمَ» (الرحمن: ۴۴) به صراحت مشاهده می‌کنیم.

از این که بگذریم در برخی تعبیر اهل لغت یا فقها، طواف بیت با «علی» نیز به کار رفته است (مرتضی زبیدی، ۳۵۹/۱۲) که نشان می‌دهد «باء» و «علی» تفاوت معنایی در بحث طواف بیت ندارند و نه طواف با «علی» به معنای استعلا است و نه طواف با «باء» به معنای الصاق.

این مطالب عرض شد که محاذی بودن بیت در طواف از «باء» استفاده نشود؛ همان‌طور که اگر به معنای الصاق نیز باشد، لازمه اش محاذات بیت بودن نیست؛ بلکه یعنی کعبه در طواف باید محور باشد و طواف از طبقه اول مسجد الحرام نیز می‌تواند به قرائن دیگری که اشاره می‌شود شامل الصاق بیت باشد.

قرینه دوم. لحاظ احاطه و تسلط در معنای طواف: عده‌ای از اهل لغت در معنای طواف، چرخیدن و دور زدن

حول چیزی را همراه با احاطه و تسلط داشتن بر آن ذکر کرده‌اند (فیومی، ۳۸۰/۲) که این احاطه داشتن در طواف از طبقه همکف نیز صدق می‌کند؛ اما در طواف از طبقه اول اشراف و احاطه بیشتر شده و به نوعی تحقق صدق طواف به طرق اولی اتفاق می‌افتد. البته به نظر می‌رسد که هرچه ارتفاع بیشتر شود، احاطه کمتر خواهد شد. از طرفی کلمه طوفان هم ریشه طواف است که ابن فارس در معنای آن می‌گوید: «یقال لما يدور بالأشیاء ويغشيها من الماء الطوفان» (۴۳۲/۳)؛ به عبارتی طوفان آن است که آب، اطراف چیزی دَوَران داشته باشد و آن را فرا بگیرد و بپوشاند و به نظر می‌رسد. لذا ممکن است بگوییم پوشاندن، احاطه و تسلط زمانی صدق می‌کند که از ارتفاع کمی، شیئی احاطه شود وگرنه آبی که شیئی را از ارتفاع بالا مانند آب درون ابرها احاطه کرده باشد، طوفان نمی‌گویند. همان‌طور که اگر طواف از ارتفاع بالایی انجام شود، احاطه و تسلط به دلیل چرخش زمین و بُعد مسافت صورت نخواهد گرفت، اما اگر طواف از طبقه اول انجام شود به نوعی احاطه و پوشاندن و تسلط بر بیت مدّظّر عرف خواهد بود.

قرینه سوم. صدق طواف دور چاه یا قبور: قرینه دیگری که به نوعی تأیید قرینه دوم نیز می تواند باشد این است که در برخی روایات یا تعبیرات فقهی، بحث طواف دور چاه یا دور قبور مطرح شده است (نک: نووی، ۲۷۵/۸)؛ در حالی که چاه و قبر در کف زمین قرار دارد و طواف از بالای آن ها انجام می شود. فقهای متعددی از شیعه و عامه راجع به حکم طواف دور قبور فتوا داده اند؛ بنابراین می توان گفت که اگر از طبقه اول که تقریباً مقابل و محاذی بام کعبه است طواف انجام شود، مانند آن است که طواف دور قبر یا دور چاه انجام شده است و عرفاً طواف بیت صدق خواهد کرد؛ هر چند طواف از بالاتر از آن محل مناقشه باشد.

[illegible]

در ابتدای مقاله یادآور شدیم که طبقه اول ۲۷ تا ۳۰ سانتی متر از پشت بام کعبه بالاتر است که تقریباً می‌توان گفت محاذی بالای کعبه است و این محاذی بالای کعبه بودن یعنی همانند محاذی بالای قبر یا بالای چاه که صدق طواف می‌کند و محزی است.

لازم به ذکر است وقتی تصویر گرفته شده از طبقه اول مسجد الحرام را مشاهده می کنیم، کاملاً تصدیق می شود

که طواف دور کعبه و بیت انجام می‌شود نه فضای خالی بالای آن.



نتیجه‌گیری

بر مبنای پذیرش مرجعیت عرف در تطبیق مفهوم بر مصداق، وقتی برای تعیین مصداق طواف بیت در آیه «وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ» به عرف مراجعه می‌شود؛ فهمیده می‌شود که عرف، طواف از کف مسجدالحرام و مقابل بنای کعبه را قطعاً مصداق طواف می‌داند؛ طواف از طبقات دو به بالا نیز به دلایلی که گذشت نمی‌تواند مطلوب نظر عرف و به تبع نظر شارع در آیه مذکور باشد؛ ولی طواف از طبقه اول که فاصله کمی تا سطح بام کعبه دارد به استناد قرائنی از جمله معنای «باء» در آیه شریفه که دلالت بر محاذات بیت بودن ندارد یا احاطه و تسلطی که در معنای طواف وجود دارد و نیز صدق طواف مقابل قبور یا چاه، می‌تواند از نظر عرف مصداق طواف بیت باشد؛ لذا با طواف از طبقه اول حتی در حال اختیار، امثال امر شارع در آیه طواف صورت می‌گیرد. البته این فرضیه، ادعای تازه‌ای است که در هیچ تحقیق علمی دیده نشده و نیازمند تنقیح و تفصیل بیشتر است.

منابع

قرآن کریم

ابن بابویه، محمد بن علی، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
ابن عابدین، محمد امین، رد المختار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار، الطبعة الأولى، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.

احسايي، محمد بن علي، عوالي اللثالي العزيزية، چاپ اول، قم: دار سيد الشهداء، ۱۴۰۵ق.

-٨٥%٩D%٩AD%DA%A%A/%D٢٥٩٥١٩<https://article.tebyan.net/>

-\B%AF%D%\-%D\^%\D%VA%D%\^%\D%\VB%\%D

-ΛΔ%ΔD%ΛΛ%ΔAF%D%Λ-%DΔΥ%ΔD%ΛΥ%ΔD%ΛΛ%ΛD%ΥB%Λ%Δ

D%VA%AD%\B%AD%D%AD%Λ%9D%VA%AF%D%AC%D%AD%B%AD%Λ%9%D

.(tebyan.net) ۛۛ%ۛ

الزاحم، عبدالله بن إبراهيم، شروط الطواف، رياض: مجلة البحوث الاسلامية، ١٤١٩ق.

سید احمد حسینی، جاب اول، قم: دارالذخائر، ۱۴۱۴ق.

بحرانی، هاشم بن سلیمان، المہمان فی تفسیر القرآن، جاب اول، تہران: بنیاد بعثت، ۱۴۱۶ق.

حوزة علمية، ١٤٠٥ق.

هنري مشعر، ۱۳۹۳.

ترمذی، محمد بن عیسیٰ، سنن ترمذی، بیروت: دارالکتب العلمیہ، ۱۹۹۴م.

جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، به تحقیق احمد عبد الغفور، چاپ اول، بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۰۷ق.

حر عاملی، محمدبن حسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، جاب اول، قم: آل البيت، ۱۴۰۹ ق.

١٤١٩ ق.

حطاب، محمد بن محمد، مواهب الحليل، شرح مختصر خليل، چاپ اول، بيروت: دار الكتب العلمية، ۱۹۹۵م.

خمینی، روح‌الله، الرسائل، چاپ اول، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۵.

، کتاب الیوم، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.

_____، کتاب الطهارة، بی، حا: بی، نا، بی، تا.

خمینی، مصطفی، مستند تحریر الوسيلة، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.

خوبی، ابوالقاسم، موسوعة الإمام الخوئی (ره)، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، به تحقیق صفوان عدنان داودی، چاپ اول، دمشق: دارالشماع، ۱۴۱۲ق.

رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، فتح العزیز فی شرح الوجیز، بیروت: دارالفکر، بی تا.
زرقا، مصطفی، المدخل الفقہی العام، چاپ اول، دمشق: دارالقلم، ۱۴۱۸ق.
سبحانی تبریزی، جعفر، کلیات فی علم الرجال، چاپ اول، بیروت: دارالمیزان، ۱۴۱۰ق.
الشریف، شرف بن علی، الطواف و أهم احکامه: دراسة فقهية مقارنة، ریاض: مجلة البحوث الإسلامية، ۱۴۱۶ق.
شمس الانمہ سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، بیروت: دارالمعرفة، بی تا.
شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرایع الإسلام، به تحقیق: عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
صاوی، احمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، به تحقیق محمد عبدالسلام شاهین، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۵ق.

صنقور، محمد، المعجم الاصولی، چاپ دوم، قم: الطیار، بی تا.
طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
_____، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم: آل البيت، بی تا.
_____، مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
علیدوست، ابوالقاسم، «فصلنامه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی»، ۱۳۸۰، ش ۲، پاییز ۱۳۸۳، صص ۱۱ تا ۳۲.
فاضل لنکرانی، محمد جواد، «پژوهشی فقهی درباره طواف از طبقه اول مسجد الحرام»، مجلة میقات حج، ۱۳۷۱، ش ۴۸، ۱۳۸۲، صص ۷۸ تا ۵۶.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة: الصلاة، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۴۰۸ق.
فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام، چاپ اول، قم: جامعه مدرّسین حوزه علمیه، ۱۴۱۶ق.
فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، الوافی، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی، ۱۴۰۶ق.
فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر، چاپ اول، قم: دارالرضی، بی تا.
کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
مبارک، مبارک بن علی، هداية السالك الى مذهب الامام مالک، چاپ دوم، بیروت: ابن حزم، ۱۴۲۲ق.
محقق خوانساری، حسین بن محمد، مشارق الشموس فی شرح الدروس، بی جا: آل البيت، بی تا.

- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- الشربینی، محمد بن أحمد، مغنی المحتاج، چاپ دوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- موسوی عاملی، محمد بن علی، مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الاسلام، چاپ اول، بیروت: آل البيت، ۱۴۱۱ق.
- نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، به تقریر محمد علی کاظمی خراسانی، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۳۷۶.
- نوی، یحیی بن شرف، المجموع فی شرح المهدب، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۹۹۴م.



HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/		Vol. 53, No. 4: Issue 127, Winter 2022, p. 151-170	
Online ISSN 2538-3892			Print ISSN 2008-9139
Receive Date: 18-05-2020	Revise Date: 09-09-2020	Accept Date: 31-10-2020	
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v54i1.86949		Article type: Original Research	

Critique of the idea of the sanctity of listening to backbiting

Hamid Reza Kamel Nawab, Professor of higher levels of Khorasan seminary and PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Email: h.kamelnavab@mail.um.ac.ir

Abstract

Since the Holy Shari'a has highly respected the honor of individuals, it has also made various rulings to support it. One of these rulings is the unlawfulness of backbiting. The issue of hearing backbiting is one of the issues that, although it has been raised for a long time, has been less addressed. Some scholars have cited a number of rational and narrative arguments to prove the unlawfulness of listening to backbiting. According to the author's findings, none of these evidences, even the most up-to-date ones, cannot prove the unlawfulness of listening to backbiting. This article includes jurisprudential innovations in various ways, the most important of which is reliance on a rational reason to prove the impossibility of the unlawfulness of listening in backbiting. Of course, that listening to backbiting is not unlawful means that listening to backbiting is not forbidden just because it is listening to backbiting, and this does not contradict the fact that listening to backbiting is forbidden due to the correspondence of other titles on it.

Keywords: listening to backbiting, backbiting, assisting in backbiting, consent to haram(something unlawful), auditory sin



HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۳ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۲۷ - زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۷۰ - ۱۵۱
شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲	شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۱۰	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۶/۱۹
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v54i1.86949	نوع مقاله: پژوهشی

نقد انگاره حرمت گوش سپاری به غیبت

حمیدرضا کامل نواب

استاد سطوح عالی حوزه علمیه خراسان و دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: h.kamelnavab@mail.um.ac.ir

چکیده

از آنجاکه شارع مقدس عرض افراد را بسیار محترم شمرده، احکام مختلفی نیز برای حمایت از آن جعل کرده است. یکی از این احکام، حرمت غیبت است. مسئله استماع غیبت از جمله مسائلی است که گرچه از دیرباز مطرح بوده، ولی کمتر به آن پرداخته شده است. برخی از محققان برای اثبات حرمت استماع غیبت، ادله عقلی و نقلی متعددی ذکر کرده‌اند. بر اساس یافته‌های نگارنده هیچ‌کدام از این ادله حتی به‌روزترین آن‌ها توان اثبات حرمت استماع غیبت را ندارد. این نوشتار از جهات مختلفی شامل نوآوری‌های فقهی است که مهم‌ترین آن تمسک به دلیل عقلی برای اثبات عدم امکان حرمت استماع غیبت است. البته حرام‌نبودن استماع غیبت بدین معناست که استماع غیبت به خودی خود حرمت ندارد و این با حرام‌بودن استماع به سبب انطباق عناوین دیگر بر آن منافاتی ندارد.

واژگان کلیدی: استماع غیبت، اعانه بر غیبت، رضایت به حرام، گناه شنیداری.

مقدمه

با تتبع در متون دینی و در راستای تأکید روح شریعت به اینکه انسان خلیفه خدا^۱ و اشرف مخلوقات^۲ است، می‌توان به دلایل اهتمام شارع به اموری چون جان، مال^۳ و آبروی انسان پی برد تا جایی که در نظر وی حرمت انسان بالاتر از حرمت کعبه ارزش‌گذاری شده است.^۴

بر این اساس، غیبت یکی از رفتارهایی است که شرع مقدس آن را حرام دانسته و در قرآن با تشبیه بسیار ویژه، قباح و زشتی این رفتار را بیان کرده است. آنجا که می‌فرماید: وَلَا يَتَّبِعْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا يُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ (حجرات: ۱۲).

باتوجه به صراحتی که آیه مذکور و روایات درباره حرمت غیبت دارد (طوسی، الامالی، ۵۳۷؛ ابن بابویه، الفقیه، ۱۵/۴؛ حرعالملی، ۲۸۳/۱۲)، مجالی برای سخن و تشکیک در حرمت غیبت وجود ندارد و لذا اجماع فریقین بر این حکم، مستقر شده (علامه حلی، منتهی المطلب، ۳۸۲/۱۵؛ ابوحیب، ۲۸۰؛ بیهقی، ۲۴۵/۱۰ تا ۲۴۷؛ غزالی، ۴۲۹/۳)، بلکه از ضروریات دین به شمار آمده است (خونی، مصباح الفقاهة، ۳۱۸/۱). آنچه که مجال واسعی برای بحث و کنکاش فقهی دارد، مسئله استماع غیبت است؛ زیرا هرچه که به عقب بر می‌گردیم از آن کمتر اثری در متون فقهی به چشم می‌خورد.

در تمام آثاری که تاریخچه این بحث مطرح شده است، علامه یا فقهای متأخر از ایشان به عنوان اولین قائل به حرمت استماع ذکر شده (طباطبائی، ۲۶۱؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۱۹/۱۲؛ شهیدی‌پور، جلسه محرمات)؛ ولی بر اساس یافته‌های نگارنده در میان فقهای اولین کسی که مسئله حرمت استماع غیبت را مطرح کرده، ابوالصلاح حلبی در قرن پنجم هجری است (۲۸۰) و بعد از ایشان، ابن سعید در قرن هفتم هجری در دو قسمت از کتاب خود (حلی، الجامع للشرائع، ۳۹۸ و ۶۲۵) و بعد از ایشان، علامه حلی در قرن هشتم هجری است. وی در

۱. وَ إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَ نَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَ نُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ (بقره: ۳۰)؛ (به‌خاطر بیابور) هنگامی را که پروردگارت به فرشتگان گفت: من در روی زمین، جانشینی (نماینده‌ای) قرار خواهم داد. فرشتگان گفتند: پروردگار! آیا کسی را در آن قرار می‌دهی که فساد و خون‌ریزی کند؟! (زیرا موجودات زمینی دیگر که قبل از این آدم وجود داشتند نیز به فساد و خون‌ریزی آلوده شدند. اگر هدف از آفرینش این انسان، عبادت است) ما تسبیح و حمد تو را به جا می‌آوریم و تو را تقدیس می‌کنیم. پروردگار فرمود: «من حقایقی را می‌دانم که شما نمی‌دانید.

۲. وَ لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَ خَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَ النَّبَرِ وَ زَوَّجْنَاهُمْ مِنْ طَهَّاتٍ وَ فَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا (اسراء: ۷۰)؛ ما آدمیان را گرامی داشتیم و آن‌ها را در خشکی و دریا (بر مرکب‌های راهوار) حمل کردیم و از انواع روزی‌های پاکیزه به آنان روزی دادیم و آن‌ها را بر بسیاری از موجوداتی که خلق کرده‌ایم، برتری بخشیدیم.

۳. فَضَالَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَكْرٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ: سَبَّابُ الْمُؤْمِنِ فُسْقٌ وَ قَتَالُهُ كُفْرٌ وَ أَكْلُ مَالِهِ مَعْصِيَةٌ وَ خُرْمَةُ مَالِهِ كُحُومَةٌ ذَمٌّ؛ پیامبر (ص) می‌فرماید: دشنام‌گویی به مؤمن، فسق و جنگ با او، کفر و خوردن مالش، معصیت و حرمت مالش مانند حرمت خون اوست (اهوازی، ۱۱).

۴. حَدَّثَنَا أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ حَدَّثَنَا سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ حَفَافِ بْنِ عَيْسَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَمَرَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: الْمُؤْمِنُ أَكْثَرُ حُرْمَةٍ مِنَ الْكُتْبَةِ؛ امام صادق (ع) می‌فرماید: مؤمن حرمتش بیشتر از کعبه است. (ابن بابویه، الخصال، ۲۷/۱).

رُوي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) نَظَرَ إِلَى الْكُتْبَةِ فَقَالَ مَرْحَبًا بِأَبْنَيْتِ مَا أَغْطَلَكِ وَ أَكْثَرُ حُرْمَتِكَ عَلَى اللَّهِ وَ وَاللَّهِ لِلْمُؤْمِنِ أَكْثَرُ حُرْمَةٍ مِنْكَ لِأَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ مِنْكَ وَاجِدَةً وَ مِنَ الْمُؤْمِنِ ثَلَاثَةٌ مَالُهُ وَ دَمُهُ وَ أَنْ يُمْكَلَّ بِهِ ظُلُّ السَّوْءِ؛ روایت شده است که پیامبر اکرم (ص) نگاه کردند به کعبه پس فرمودند: مرحبا به کعبه! چقدر عظیم هستی و چقدر حرمت تو برای خدا عظیم است، ولی به خدا قسم مؤمن حرمتش از تو بیشتر است به‌خاطر اینکه خدا نسبت به تو یک چیز را حرام کرده و نسبت به مؤمن سه چیز را حرام کرده: مالش و خونس و گمان بد نسبت به او (فتال نیشابوی، ۲۹۳/۲).

دو کتاب خود تصریح به حرمت استماع غیبت کرده است (علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة، ۲/۲۶۰؛ همو، منتهی المطلب، ۳۸۳/۱۵)، البته قبل از ابن سعید، ورام بن ابی فراس در کتاب اخلاقی خود این مطلب را آورده است (۱۱۹/۱).

با فاصله زمانی زیادی پس از علامه، شهید ثانی در قرن دهم به تبیین مفصل تری از این بحث پرداخته (کشف الریة، ۲۹۱) و به تدریج ادله حرمت استماع غیبت به کتب فقهی ورود پیدا کرده است (همو، مسالک الافهام، ۴۱۶/۲؛ مجلسی، روضة المتقین، ۵۰۱/۵؛ فیض کاشانی، ۲۵/۲؛ بحرانی، ۱۵۹/۱۸؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۲۱۹/۱۲؛ کاشف الغطاء، جعفر، ۲۱۹/۱۲؛ کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهة، ۳۲۷/۴؛ همو، کشف الغطاء، ۴۰/۶؛ صاحب جواهر، ۷۱/۲۲؛ آل کاشف الغطاء، سؤال و جواب، ۱۳۸؛ همو، وجیزه الاحکام، ۱۳/۲؛ اراکی، ۲۳۱؛ سبزواری، ۱۲۸/۱۶؛ صدر، ماوراء الفقه، ۱۲۳/۳) و حتی بعضی قائل به کبیره بودن استماع غیبت شده اند (لاری، ۱۸۰/۱؛ قزوینی، ۲۸۶/۲؛ آل کاشف الغطاء، احکام المتاجر، ۱۸۶)، گرچه محل مناقشه واقع شده است (انصاری، ۳۵۹/۱؛ سبزواری، ۱۲۸/۱۶؛ خمینی، ۴۴۷/۱).

نظریه مقابل آن، یعنی مسئله نبودن حرمت استماع غیبت در قرن سیزده محل توجه مجاهد طباطبائی حائری قرار گرفت (طباطبائی، ۲۶۱) و پیرو ایشان بزرگان دیگری نیز قائل به این نظریه شده اند (خوئی، مصباح الفقاهة، ۳۵۷/۱؛ تبریزی، ۲۱۰/۱؛ طباطبائی قمی، الدلائل، ۲۹۹/۴؛ همو، عمدة المطالب، ۲۸۶/۱؛ سیستانی، ۹۶/۹/۳۰) بررسی دلایل اختلاف نظر در آرای فقها و نبودن پژوهشی مستقل در این زمینه، نگارنده را بر این داشته است که به تبیین دقیق این مسئله در تمام جهات بپردازد.

۱. مفهوم شناسی

۱.۱. مفهوم غیبت

غیبت در لغت، مصدر از ماده (غاب، یغیب، غیاباً و غیبة) است (صاحب بن عباد، ۱۴۴/۵) و به معنای بیان عیوب و بدی های شخص است (جوهری، ۱۹۶/۱). در اصطلاح نیز میان فقها اختلافاتی وجود دارد (صدر، ماوراء الفقه، ۱۰۳/۳)؛ اما غالباً آن را به معنای بیان عیوب واقعی پنهان شخص در غیاب او تفسیر کرده اند (عاملی، الاصطلاحات الفقهية، ۳۹). البته بعضی، بیان عیوب آشکار به قصد تنقیص را نیز داخل در معنای غیبت دانسته اند (مشکینی، ۳۹).

۱.۲. مفهوم استماع و تفاوت آن با سماع

باتوجه به اینکه در بعضی از ادله و کلمات فقها عنوان «سماع» مطرح شده، این موضوع از اهمیت خاصی برخوردار است. در ارتباط با تفاوت میان این دو، دو نظر است: بعضی معتقدند شنیدن یا از روی اراده و اختیار است که به آن استماع گفته می شود و یا غیراختیاری که سماع نام دارد، پس استماع به معنای گوش فرادادن و سماع به معنای

شنیدن است (هاشمی شاهرودی، ۱/۴۵۴).

بعضی از محققان سماع را اعم از استماع دانسته‌اند؛ یعنی قائل شده‌اند که استماع به معنای گوش‌فرادادن و سماع اعم از شنیدن و گوش‌فرادادن است (مطهری، ۱/۲۷۲؛ اشرفی شاهرودی، سایت مدرسه فقاہت) و همین به نظر صحیح می‌رسد؛ زیرا بعضی از لغویان سماع را به معنای رسیدن اصوات به گوش دانسته‌اند (ابن منظور، ۸/۱۶۲؛ جوهری، ۱۱/۲۲۱) و این تعبیر طبعاً اعم از ارادی و غیرارادی است، لذا کلام لغویان نیز همین معنا را تأیید می‌کند. افزون بر آنکه بعضی از لغویان به صحت معنای فوق تصریح کرده‌اند (فیومی، ۲/۲۸۹).

۲. امکان تعلق حکم به سماع

باتوجه به دو نظری که درباره تفاوت میان سماع و استماع بیان شد، معلوم می‌شود که اگر نظر اول را بپذیریم، طبعاً امکان ندارد که حکم شرعی به سماع تعلق گیرد؛ زیرا موضوع احکام شرعی، افعالی است که تحت اختیار مکلف باشد، در صورت پذیرش نظر دوم، امکان تعلق حکم به سماع نیز ممکن است؛ زیرا باتوجه به این نظر، سماع مشترک معنوی میان شنیدن اختیاری و شنیدن بدون اختیار می‌شود و به اعتبار مصداق اختیاری، قابلیت تعلق حکم را دارد. بر این اساس اینکه بعضی از بزرگان افزون بر حرمت استماع، حرمت سماع را پذیرفته (آل کاشف الغطاء، سؤال و جواب، ۱۳۸؛ همو، وجیزۃ الاحکام، ۲/۱۳) یا اینکه بعضی مطلقاً امکان تعلق حکم به سماع را انکار کرده‌اند (صاحب‌جواهر، ۲۲/۷۱)، صحیح نیست؛ مگر اینکه صاحب‌جواهر بر اساس مبنای اخص سماع این چنین حکم کرده باشد.

۳. تحریر محل نزاع

محل نزاع، حرمت استماع و گوش‌سپاری به غیبت با قطع نظر از عروض هر عنوان دیگری است؛ یعنی آیا استماع غیبت از این جهت که استماع غیبت است، حرام است یا خیر؟ زیرا همان طور که خواهد آمد بسیاری از بزرگان در این مبحث به ادله‌ای تمسک کرده‌اند که حرمت استماع را به جهات دیگری اثبات می‌کند و این درحقیقت غلط است؛ زیرا ممکن است بسیاری از مباحات در بعضی از مواقع باتوجه به عناوین دیگری حرمت پیدا کنند ولی این به مباح بودن آن لطمه‌ای نمی‌زند. لذا این مسئله ازجمله مسائلی است که در بررسی ادله حرمت استماع غیبت باید به طور جدی دقت شود و باتوجه به این مطلب حتی بعضی از بزرگان که ازجمله قائلان اولیه حرمت استماع غیبت شمرده شده‌اند، از این دایره خارج می‌شوند؛ برای مثال شهید ثانی ازجمله کسانی است که از ایشان در شمار قائلان به حرمت استماع غیبت نام برده می‌شود، درحالی که ایشان استماع غیبت را از باب رضایت به فعل حرام و تشویق به آن، حرام می‌داند (شهید ثانی، رسائل، ۲۹۱).

موضوع سخن نیز بررسی حکم استماع غیبت در فرض حرمت بیان آن برای غیبت‌کننده است وگرنه در مواردی

که غیبت برای غیبت‌کننده جایز باشد، بر اساس نظر مشهور متأخران، شنیدن آن برای مستمع نیز جایز خواهد بود (اراکي، ۲۳۱؛ سبزواری، ۱۲۸/۱۶؛ انصاری، ۳۵۹/۱).

۴. نقد ادله حرمت استماع

قائلان به حرمت استماع غیبت به ادله مختلفی تمسک کرده‌اند که در ادامه به نقد و بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۴. ۱. ادله نقلی

ادله‌ای که برای حرمت استماع غیبت به آن استدلال شده، ادله‌ای است که یا مستقیماً به این مسئله پرداخته و یا ادله‌ای است که غیرمستقیم با این مسئله مرتبط است.

۴. ۱. ۱. دسته اول: روایاتی که مستقیماً بر حرمت استماع دلالت دارد.

دسته اول نه روایت به شرح ذیل است:

۱. پیامبر اکرم (ص) می‌فرمایند: سامع غیبت یکی از غیبت‌کنندگان است^۱ (علامه حلی، منتهی المطلب، ۳۸۳/۱۵) یا اینکه می‌فرمایند: شنونده یکی از غیبت‌کنندگان است^۲ (شهید ثانی، رسائل، ۲۹۱).
۲. پیامبر اکرم (ص) می‌فرمایند: ساکت، شریک غیبت‌کننده است^۳ (ورام، ۱۱۹/۱).
۳. امیرالمؤمنین (ع) می‌فرمایند: پیامبر (ص) نهی کرده‌اند... از غیبت و شنیدن آن...^۴ (ابن بابویه، الفقیه، ۷/۴).
۴. حضرت علی (ع) می‌فرمایند: شنونده غیبت یکی از غیبت‌کنندگان است^۵ (شهید ثانی، رسائل، ۲۹۱).
۵. امام صادق (ع) می‌فرمایند: غیبت کفر است و مستمع آن و راضی به آن مشرک است. سؤال شود که اگر چیزی بگوید که در آن شخص نیست؟ پس فرمودند: آن، بهتان است^۶ (نوری، ۱۳۳/۹).
۶. پیامبر اکرم (ص) می‌فرمایند: هرکس بشنود غیبت را و غیرت نرزد، مانند کسی است که غیبت کرده است و هرکسی غیبتی را از برادر مؤمنش رد کند، برایش هفتاد حجاب از آتش می‌شود^۷ (همو).
۷. پیامبر اکرم (ص) می‌فرمایند: آباد نشده است مجلسی با غیبت مگر اینکه از دین خراب شده است، پس گوش‌های خودتان را از شنیدن غیبت منزه بدارید؛ چراکه گوینده و شنونده غیبت شریک در گناه هستند^۸ (فتال نیشابوی، ۴۷۰/۲).

۱. قال رسول الله (ص): «السامع للغيبة أحد المغتابين».

۲. قال رسول الله (ص): «المستمع أحد المغتابين».

۳. قال رسول الله (ص): «الساکت شریک المغتاب».

۴. علی بن ابی طالب (ع) قال: نهی رسول الله (ص)... عن الغيبة والاستماع إليها...

۵. قال علی (ع): السامع للغيبة أحد المغتابين.

۶. عن أبي عبد الله (ع) أنه قال: الغيبة كفر و المستمع لها و الراضی بها مشرک قلت: فان قال: ما لیس فیہ فقال: ذاک بهتان.

۷. عن النبي أنه قال من سمع الغيبة و لم یغیر کان کمن اغتاب و من ردّ عن عرض أخیه المؤمن کان له سبعون ألف حجاب من النار.

۸. عن النبي (ص): ما عمر مجالس (مجلس) بالغيبة ألا خرب من الدين فتزوها اسماعکم من استماع الغيبة فان القائل و المستمع لها شریکان فی الاثم.

۸. از امیرالمؤمنین (ع) روایت شده که ایشان نگاه کردند به شخصی که از دیگری نزد فرزند ایشان امام حسن غیبت می‌کرد، پس حضرت فرمودند: ای فرزندم! منزّه بدار گوشت را از مثل این؛ چراکه او نظر کرد به بدترین چیزی که در ظرفش داشت و آن را در ظرف تو خالی کرد^۱ (مفید، الاختصاص، ۲۲۵).

۹. زمانی که پیامبر اکرم (ص) شخصی را راجع به زنا رجم کرد، شخصی به دیگری گفت: این شخص قصاص شد همان طور که سگ قصاص می‌شود، پس پیامبر اکرم (ص) مرداری را نزد آن‌ها بردند پس به آن‌ها گفتند: از این مردار بخورید. آن‌ها گفتند: از این مردار بخوریم؟! پیامبر فرمودند: آنچه که از بردارتان به شما رسید از این مردار متعفن‌تر بود^۲ (ورام، ۱۱۶/۱).

از آنجایی که غیر از یک روایت، تمام روایات مذکور به صورت مرسل به ما رسیده است، امکان تمسک به هیچ یک از آن‌ها وجود ندارد و مجالی برای صحبت از وجه دلالت و اشکالات دلالتی آن‌ها نیست.

روایتی که به طور مستند ذکر شده، روایت سوم است که بخشی از حدیث مشهور به «مناهی النبی (ص)» است و سند این روایت نیز از طریق صدوق به شعیب بن واقد^۳ و از جهت خود شعیب مخدوش است؛ زیرا حمزه بن محمد (خوئی، معجم رجال الحديث، ۲۸۱/۶) و عبدالعزیز بن محمد (همان، ۳۴/۱۰) مجهول‌اند و شعیب بن واقد (همان، ۳۴/۹) نیز توثیق نشده است.

بعضی خواسته‌اند اعتبار این روایات را بر اساس عمل مشهور (قزوینی، ۲۸۵/۲؛ روحانی، منهاج الفقاهة، ۷۰/۲؛ لاری، ۱۸۰/۱)، حصول استفاضه (آل کاشف الغطاء، احکام المتأجر، ۱۸۶؛ خمینی، ۴۴۴/۱؛ مکارم شیرازی، ۲۹۳؛ روحانی، فقه الصادق، ۳۸۸/۱۴)، مضامین خاص موجب وثوق به صدور (سبحانی تبریزی، ۶۲۴) یا تعبیر به «قال» در برخی مراسیل (خمینی، ۴۴۳/۱) اثبات کنند، ولی هیچ کدام از این چهار روش در این مقام کارآمد نیست.

توضیح ضعف چهار طریق مذکور این است که؛ اولاً باتوجه به پیشینه‌ای که برای این مطلب بیان شد، اصلاً شهرتی محقق نشده تا جابر ضعف سند باشد؛ ثانیاً ادعای استفاضه اخبار ضعیفه زمانی می‌تواند سبب قطع اجمالی به صدور بعضی از آن‌ها شود که احراز کنیم سند اخبار از آخرین راوی تا امام (ع) مستقل و بدون اشتراک است، اما اگر در برخی طبقات، سند اخبار به یک راوی رسیده و مشترک شود یا حتی احتمال اشتراک باشد، نه تنها قطع بلکه اطمینان به صدور بعض نیز حاصل نخواهد شد؛ زیرا حتی کمترین حد استفاضه یعنی تعدد راوی در تمام طبقات

۱. قال نظر أمير المؤمنين (ع) الى رجل يغتاب رجلاً عند الحسن ابنه (ع) فقال: يا بني نزه سمعك عن مثل هذا فانه نظر الى اخبث ما في وعانه فارغه في وعانك.

۲. ولما رجم رسول الله (ص) الرجل في الزنا قال رجل لصاحبه هذا اقتص كما يقتص الكلب فمرّ النبي (ص) معهما بجيفة فقال لهما انهما انهما فقالا يا رسول الله نهش جيفة فقال ما أصبهما من أخيكما أنتن من ذلك.

۳. طریق صدوق به شعیب بن واقد به شرح ذیل است:

ما كان فيه عن شعيب بن واقد في المناهي فقد رويته عن حمزة بن محمد بن أحمد بن جعفر بن محمد بن زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب (ع) قال: حدثني أبو عبد الله عبد العزيز بن محمد بن عيسى الأنهری قال: حدثنا أبو عبد الله محمد بن زكريّا الجوهريّ الغلابي البصري قال: حدثنا شعيب بن واقد قال: حدثنا الحسين بن زيد، عن الصادق جعفر بن محمد، عن أبيه، عن أبيه، عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب (ع) (ابن بابويه، الفقيه، ۵۳۲/۴).

(وگرنه حتی اگر در یک طبقه هم راوی واحد باشد، خبر واحد می‌شود)، رعایت نشده است. افزون بر این بر فرض که قطع به صدور بعضی از این روایات حاصل شود، احتمال دارد که قیدی در این روایات مذکور بوده که به دست ما نرسیده است؛ مثلاً استماع غیبت فقط در فرض رضایت حرام بوده یا... و چون وثاقت راویان ثابت نیست، اصل نبودن خطا و نسیان و... جاری نمی‌شود تا مقدمه جریان اصالة الاطلاق شود، پس هیچ حکمی با این روایات برای نفس استماع اثبات نمی‌شود (تبریزی، ۲۱۰/۱). به عبارت دیگر، از آنجایی که اصول مذکور از اصول عقلانی به شمار می‌آیند، با رجوع به سیره عقل در می‌یابیم که آن‌ها اصول مذکور را فقط در اخبار ثقات جاری می‌دانند نه مطلق اخبار، لذا نمی‌توان نبودن قید را در اخبار مذکور اثبات کرد.

ثالثاً تنها روایتی که بعضی از طریق متن آن خواسته‌اند به اطمینان به صدور آن برسند، روایت مناهی النبی (ص) است (سبحانی تبریزی، ۶۲۴) که آن هم العهدة علی مدعی‌ها؛ چراکه قوت مضمون این چنینی در آن یافت نمی‌شود.

رابعاً تعبیر به «قال» در روایت اختصاص نیز خصوصیتی برای آن ایجاد نمی‌کند، زیرا بر فرض که مرسلات جزمیه شیخ صدوق (ربانی بیرجندی، ۳۴۱) را بپذیریم، شیخ مفید به خلاف شیخ صدوق که صرفاً محدث بود، اهل اجتهاد بوده و ممکن است مبانی ایشان در حجیت اخبار با مبانی ما متفاوت باشد. افزون بر اینکه در آن روایت به امام مجتبی (ع) مطلبی نسبت داده شده که با ساحت عصمت ایشان ناسازگار است (خمینی، ۴۳/۱؛ خوئی، مصباح الفقاهه، ۳۵۸/۱).

نتیجه تا اینجا این می‌شود که هیچ‌یک از روایاتی که مستقیماً به مسئله استماع پرداخته‌اند، قابل استفاده برای اثبات حرمت استماع نیست.

۴. ۱. ۲. دسته دوم: روایاتی که غیرمستقیم بر حرمت استماع دلالت دارد.

دسته دوم، هفت طائفه از ادله است:

۱. ادله‌ای که بر حرمت غیبت دلالت دارد (طوسی، الامالی، ۵۳۷؛ ابن بابویه، الفقیه، ۱۵/۴؛ حرعاملی، ۲۸۳/۱۲). بعضی قائل به این هستند که نفس ادله‌ای که بر حرمت غیبت دلالت دارد بر حرمت استماع آن نیز دلالت دارد و این به سه بیان است:

بیان اول. استماع غیبت در معنا، همان غیبت است؛ زیرا تصدیق غیبت نیز غیبت به شمار می‌رود (شهید ثانی، رسائل، ۲۹۱؛ مجلسی، مرآة العقول، ۴۱۲/۱۰). جواب این بیان این است که ادعای بدون دلیل است (طباطبائی، ۲۶۱).

بیان دوم. وقتی گفتن و بیان غیبت حرمت دارد، طبعاً شنیدن آن نیز حرمت دارد زیرا قول منکر است (همو). پاسخ این است که سخنان منکر زیادی وجود دارد که گفتن آن حرام است ولی شنیدن آن حرام نیست؛ مثل اینکه انسان بشنود کسی به دیگری فحش و ناسزا می‌دهد یا اینکه او را مسخره می‌کند یا اینکه دروغ می‌گوید (همو)؛

طباطبائی قمی، الدلائل، ۳۰/۴).

بیان سوم. از آنجایی که غیبت متقوم به دو رکن است و تا غیبت‌کننده و مستمع آن نباشند، غیبت محقق نمی‌شود، ادله حرمت غیبت شامل مستمع نیز می‌شود همان طور که حرمت بیع، مشتری را نیز در بر می‌گیرد (لاری، ۱۸۰/۱؛ شهیدی تبریزی، ۹۳/۱؛ نجفی تبریزی، ۱۵۸).

اشکال این بیان نیز این است که در اصول در جای خودش ثابت شده که متلازمین در وجود، متلازم در حکم نیستند (انصاری، مطارح، ۵۷۳/۱؛ آخوند خراسانی، ۱۳۲؛ هاشمی شاهرودی، ۲۹۴/۲)؛ یعنی درست است که تحقق غیبت در خارج بدون وجود مستمع امکان ندارد، ولی این دلیل نمی‌شود که استماع غیبت نیز حرام باشد (روحانی، فقه الصادق، ۳۹۰/۱۴). افزون بر آن اگر این طور بود، استماع غیبت به سبب رد کردن نیز جایز نبود، درحالی که بسیار از قائلان به حرمت استماع، قائل به جواز استماع به سبب رد هستند (خوئی، مصباح الفقاهه، ۳۶۰/۱).

به نظر نگارنده قیاس محل کلام به مسئله بیع نیز صحیح نیست؛ زیرا در مثال مذکور اگر مقصود از حرمت، حرمت وضعی باشد به سبب این است که از آنجایی که معاملات معاوضه هستند، اثر معامله باید برای هر دو طرف باشد و نمی‌توان مثلاً قائل شد معامله نسبت به بائع صحیح و نسبت به مشتری باطل است یا بالعکس و اگر دلیلی اثر وضعی معامله را نسبت به یکی از طرفین معامله نفی کرد برای هر دو طرف نفی می‌شود. مسئله غیبت و استماع آن، این چنین نیست و این محذور عقلی را ندارد و اگر مقصود، حرمت تکلیفی است، در بسیاری از موارد، معامله برای یکی از دو طرف حرام و برای دیگری مباح است؛ مانند شخصی که به قصد استفاده حرام از مبیع آن را به دیگری می‌فروشد که در این صورت فروش بائع حرام ولی خرید مشتری حرام نیست.^۱

۲. ادله‌ای که بر حرمت رضای به فعل حرام دلالت دارد (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۷۰/۶).

اولین کسی که به صراحت استدلال به این طائفه از روایات را بیان کرده، میرزای شیرازی در حاشیه‌اش بر مکاسب است. ایشان حرمت استماع را به این جهت که شخص مستمع راضی به عمل مغتاب است، ثابت کرده است (۱۱۸/۱) و بعد از ایشان دیگران نیز تبعیت کرده‌اند (قزوینی، ۲۸۶/۲)، البته از کلمات شهید ثانی نیز این وجه برداشت می‌شود.^۲

در همین راستا بعضی به آیه «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نور: ۱۹) تمسک کرده و گفته‌اند: چون مستمع داخل در کسانی است که

۱. شاهد بر این مطلب این است که ادله‌ای که بزرگان برای حرمت عمل بائع بیان کرده‌اند مثل اعانه بر اثم، در حق مشتری صادق نیست. (انصاری، ۶۶/۱).

۲. ایشان بعد از اینکه روایت «السامع للغيبة احد المغتابين» را ذکر می‌کنند، می‌فرمایند: مراده السامع على قصد الرضا والإيثار لا على وجه الاتفاق ومع القدرة على الإنكار ولم يفعل ووجه كون المستمع والسامع على ذلك الوجه مغتابين مشاركتهم للمغتاب في الرضا وتكليف ذهنهما بالتصور المذمومة التي لا تبتغي وإن اختلفا في أن أحدهما قائل والآخر قابل لكن كل واحد منهما صاحب آله عليه. (شهید ثانی، رسائل، ۲۹۱)

محبت شیوع قبیح نسبت به فرد مؤمن را دارد، استماع حرام است (خمینی، ۴۴۶/۱).

پاسخ این کلام این است که این استدلال درحقیقت خروج از محل کلام است؛ زیرا همان طور که قبلاً بیان شد، محل نزاع بیان حکم استماع با قطع نظر از عناوین دیگر است و اینکه حکمی برای رضایت به عمل غیبت ثابت شود، ارتباطی به حرمت استماع ندارد (همو، ۴۴۸/۱؛ سبحانی تبریزی، ۶۲۸).

افزون بر اینکه این دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا باتوجه به اینکه رضا و نبودن رضا امری درونی است، موارد زیادی وجود دارد که مستمع راضی به عمل غیبت کننده نیست، پس دلیل اخص از مدعاست (شهیدی تبریزی، ۹۳/۱). همین دو جواب راجع به استدلال به آیه نیز وجود دارد.

۳. ادله‌ای که بر حرمت اعانه بر اثم دلالت دارد (مانده: ۲)؛ به این تقریب که اگر مستمع نمی‌بود، اصلاً غیبتی محقق نمی‌شد؛ پس باتوجه به اینکه بدون حضور مستمع، غیبت محقق نمی‌شود پس او غیبت کننده را در تحقق غیبت کمک کرده است و اعانه بر اثم بر عمل او صادق است (کاشف الغطاء نجفی، کشف الغطاء، ۴۰/۶؛ شهیدی تبریزی، ۹۳/۱؛ مکارم شیرازی، ۲۹۲).

باتوجه به اینکه جمعی از محققان حرمت اعانه بر اثم را قبول ندارند و قائل اند به اینکه آنچه که در ادله موضوع حرمت قرار گرفته، تعاون بر اثم است (ایروانی، ۱۵/۱)، این نکته تذکرداری است که حتی اگر تعاون بر اثم را موضوع حرمت بدانیم، باز هم بر محل بحث منطبق است؛ زیرا تعاون به معنای اشتراک در به وجود آوردن عمل است و غیبت کننده و مستمع باتوجه به توقف تحقق غیبت بر وجود مستمع، هر دو با هم غیبت را به وجود می‌آورند. جواب این استدلال دقیقاً همان دو جوابی است که در ارتباط با استدلال قبل بیان شد. افزون بر این در مواردی که مستمع متعددی وجود دارد بر استماع یک نفر اعانه بر اثم صادق نیست؛ زیرا اگر او گوش نمی‌داد باز هم اثم محقق می‌شد (روحانی، فقه الصادق، ۳۸۹/۱۴).

۴. ادله‌ای که بر حرمت اعانه بر ظلم دلالت دارد.^۱ بعضی به این جهت که اعانه بر اثم را حرام نمی‌دانند، به این دلیل تمسک کرده و گفته‌اند: در محل بحث حتی اگر اعانه بر اثم را حرام ندانیم (به این جهت که موضوع ادله حرمت را تعاون بر اثم می‌دانیم)، اعانه بر ظلم صادق است و اعانه بر ظلم حرام است (شهیدی پور، ۹۶/۹/۸، جلسه ۵ محرمات).

پاسخ از این دلیل به نظر نگارنده این است که؛ اولاً در بسیاری از موارد از آنجاکه مستمع منحصر به یک فرد نیست یا حتی در یک مجلس اتفاق نمی‌افتد، بلکه در سایت‌ها و فضاهای مجازی منتشر می‌شود و حتی اگر شخصی استماع نکند، غیبت کننده گناه و ظلم خود را مرتکب شده است، اعانت صدق نمی‌کند؛ ثانیاً بر فرض که مستمع منحصر به یک شخص و در یک مجلس باشد، ایجاد موضوع ظلم که اعانت بر ظلم نیست؛ به طور مثال

۱. حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ الْوَلِيدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ الصَّفَّارُ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَعْرُوفٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ (ع) قَالَ كَانَ عَلِيٌّ (ع) يَقُولُ الْعَاوِلُ بِالظُّلْمِ وَالْمُعِينُ عَلَيْهِ وَالرَّاضِي بِهِ شُرَكَاءُ فَلَانَّةُ. (ابن بابویه، خصال، ۱۰۷/۱).

فرزند می‌داند که اگر نزد پدر برود، پدر از روی ظلم او را کتک خواهد زد؛ رفتن او نزد پدر اگرچه ایجاد موضوع ظلم است، اعانت بر ظلم به‌شمار نمی‌رود. همچنین باید توجه داشت که وجه استدلال نکردن محقق معاصر مذکور به ادله حرمت تعاون بر اثم نیز معلوم نیست.

۵. ادله‌ای که بر وجوب رد غیبت دلالت دارد (برقی، ۱۰۳/۱؛ ابن بابویه، امالی، ۴۳۰).

بعضی گفته‌اند: باتوجه به اینکه در ادله وجوب رد نسبت به کسی که غیبت را رد نمی‌کند عقاب‌های متعددی ذکر شده، پس معلوم می‌شود مستمع غیبت عقاب می‌شود؛ زیرا کسی که رد نمی‌کند، غیبت را قطعاً شنیده است (نجفی تبریزی، ۱۵۸؛ مکارم شیرازی، ۲۹۳؛ سبحانی تبریزی، ۶۲۸).

پاسخ این استدلال معلوم است؛ زیرا موضوع عقاب‌های مختلف در این ادله، نبود رد است؛ یعنی نبود رد حرام است و نبود رد غیر از استماع است؛ با این توضیح که وقتی نبود رد حرام می‌شود به این معنا نیست که استماع نیز حرام است؛ زیرا اولاً این دو باهم ملازمه‌ای ندارند و ممکن است شخص بدون استماع از غیبت شخصی نسبت به دیگری مطلع شود و ثانیاً بر فرض که ملازمه داشته باشند، قبلاً نیز توضیح داده شد که متلازمین فی الوجود متلازم در حکم نیستند، پس این ادله اصلاً از جهت استماع در مقام بیان نیست (شهیدی تبریزی، ۹۳/۱؛ خمینی، ۴۴۹/۱؛ روحانی، فقه الصادق، ۳۸۹/۱۴) و حتی بعضی از بزرگان از این ادله، جواز استماع به سبب رد را برداشت کرده‌اند (آل کاشف الغطاء، احکام المتاجر، ۱۸۶؛ خونی، مصباح الفقاهه، ۳۵۹/۱).

۶. ادله‌ای که بر وجوب دفع منکر دلالت دارد (خمینی، ۲۰۲/۱)؛ به این بیان که همان طور که نهی از منکر واجب است، دفع منکر نیز واجب است؛ زیرا قطع داریم که شارع مقدس به اصل وجود منکر در جامعه رضایت ندارد پس استماع غیبت حرام است تا اینکه اصلاً غیبت محقق نشود (سبحانی تبریزی، ۶۲۸).

جواب از این مطلب این است که دلیلی بر وجوب دفع منکر وجود ندارد و اگر قائل به وجوب دفع منکر باشیم، تأسیس فقه جدید لازم می‌آید (اشرفی شاهرودی، سایت مدرسه فقهات).

افزون بر این به نظر نگارنده بر فرض که دفع منکر وجوب داشته باشد، عنوان مستقلاً است که موضوع وجوب قرار گرفته و ارتباطی با حرمت استماع غیبت ندارد؛ زیرا ممکن است دفع منکر به جلوگیری از بیان غیبت محقق شود نه ترک استماع و در بعضی موارد نیز به سبب تعدد مستمع به صرف ترک استماع شخص، دفع منکر صورت نمی‌پذیرد.

۷. ادله‌ای که بر حرمت کشف ستر و اذاعه سرّ مؤمن دلالت دارد.^۱

بعضی از بزرگان و محققان معاصر، تنها دلیلی که دلالت آن بر حرمت استماع غیبت را پذیرفته‌اند، همین دلیل است و وجه دلالت آن را این طور توضیح داده‌اند که نکته حرمت غیبت، فاش شدن و اذاعه سرّ مؤمن است؛ یعنی

۱ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مُوسَى بْنِ الْمُتَوَكِّلِ قَالَ حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ الْجُمَيْرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَسَّانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ قَالَ لَهُ (عَزَّ وَجَلَّ) الْمُؤْمِنُ عَلَى الْمُؤْمِنِ حَرَامٌ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ يَغْنِي سَفْلِيهِ قَالَ لَيْسَ هُوَ خَيْثُ تَذْهَبُ إِنَّمَا هُوَ إِذَاعَةُ سِرِّهِ (ابن بابویه، معانی الاخبار، ۲۵۵).

فاش شدن سرّ مؤمن نزد مستمع، نزد شارع مبغوض است و شخص با استماع غیبت در ایجاد این فعل مبغوض شریک غیبت کننده است؛ چراکه اگر مستمع غیبت نمی بود، اذاعه سرّ مؤمن نسبت به او محقق نمی شد و متفاهم عرفی این است که مستمع در تحقق این عنوان مبغوض مولا با غیبت کننده شریک است (خمینی، ۴۴۴/۱؛ شهیدی پور، ۹۶/۹/۸، جلسه ۵ محرمات).

بله، استماع قول حرام نظیر کذب، حرام نیست. نگاه کردن فعل حرام نظیر رقص حرام حرمتی ندارد؛ چراکه ملازمه ای بین حرمت فعل و حرمت استماع و نظر به آن فعل نیست، اما در مقام، نکته عرفیه وجود دارد به اینکه ملاک حرمت غیبت، اذاعه سرّ مؤمن است و مستمع با استماعش نزد عرف شریک در تحقق این عنوان مبغوض است.

در روایت معتبره داریم که: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَجْلِسُ مَجْلِسًا يُنْتَقَصُ فِيهِ إِمَامٌ أَوْ يُعَابُ فِيهِ مُؤْمِنٌ» (کلینی، ۳۷۷/۲)؛ «کسی که ایمان به خدا دارد نباید در مجلسی بنشیند که علیه امام مسلمان غیبت می شود یا یک مؤمنی ذکر عیث می شود». متفاهم عرفی این است که نشین تا نشنوی. بله، ممکن است نفس نشستن نیز حرام باشد اما ملازمه عرفیه دارد که شنیدن هم جایز نیست (شهیدی پور، ۹۶/۹/۸، جلسه ۵ محرمات).

اشکال این بیان این است که بسیاری از اوقات تحقق عنوان حرام بر عمل شخص دیگری غیر از فاعل آن متوقف است؛ ولی چون عرفاً عمل فقط به شخص فاعل نسبت داده می شود، حرمتی که در ادله آمده نیز فقط بر همان شخص حمل شدنی است؛ برای مثال حتی ضرب و امثال آن تا زمانی که مضروب نباشد محقق نمی شود، ولی نمی توان حرمت را به مضروب نسبت داد.

در محل بحث نیز تحقق اذاعه سرّ مؤمن و افشای سرّ او بر شنیدن مستمع متوقف است؛ ولی عرفاً اذاعه و افشا به گوینده نسبت داده می شود، لذا حرمت بر عمل او بار می شود (تبریزی، ۲۱۰/۱).

بعضی از معاصران در مقام دفاع از استدلال مذکور گفته اند: اذاعه به معنای مصدری منتسب به متکلم است؛ ولی اذاعه به معنای اسم مصدری منتسب به متکلم و مستمع است و آنچه که موضوع حرمت است، اذاعه به معنای اسم مصدری است (سبحانی تبریزی، ۶۲۷).

به نظر نگارنده، اثبات حرمت اذاعه به معنای اسم مصدری بسیار مشکل و خلاف فهم عرفی از روایات این باب است؛ زیرا از جهت عرفی اگر به سرّ گوش دهیم، بعداً نمی گوئیم که من سرّی را فاش کردم، حتی نمی گوئیم من به همراه آن متکلم سرّی را فاش کردیم، بلکه می گوئیم فلانی برای من سرّی را فاش کرد و من گوش دادم.

در خصوص استناد به نهی از جلوس در مجلس غیبت که گفته شده عرف، نهی را به سبب جلوگیری از افشا سرّ می داند، این مطلب چه شاهی دارد؟ ظاهر حدیث این است که خود حضور در چنین مجلسی منتهی عنه است و ممکن است وجه آن، جلوگیری از رونق این مجالس یا تحذیر از عقوبتی که خوف آن نسبت به چنین مجالسی می رود باشد، چه افشای سرّی بشود چه نشود. لذا اگر ما از عیب مؤمنی آگاه باشیم و افشای سرّ نسبت به ما منتفی

باشد، آیا این حدیث دیگر دال بر حرمت حضور ما در چنین مجلسی نخواهد بود؟!

ممکن است کسی به این وجه (استدلال به ادله حرمت اذاعه و افشای سرّ مؤمن) اشکالی که در استدلال به اعانه گفته شد را نیز وارد سازد؛ یعنی می‌توان گفت: چنانچه مستمع منحصر در یک نفر نباشد، اذاعه سرّ مؤمن متوقف بر استماع شخصی خاص نیست تا بتوان حرمت را در حق او اثبات کرد، اما دقت نظر نشان می‌دهد که این کلام تام نیست؛ زیرا اذاعه سرّ غیر از ظلم است. در فرض ظلم اگر مستمع منحصر نباشد، چه زید غیبت از عمرو را بشنود و چه نشنود، ظلمی در حق عمرو محقق شده است، اما در بحث اذاعه اگر زید مستمع غیبت از عمرو نباشد، اگرچه مستمعان هم متعدد باشند، اذاعه سرّ نسبت به دیگران صادق است؛ نسبت به زید صادق نیست. به تعبیر دیگر در صدق اذاعه سرّ، هر شخصی به تنهایی موضوعیت دارد.

۴. ۲. دلیل عقلی

بعضی برای اثبات حرمت استماع این چنین گفته‌اند: «اگر استماع غیبت جائز باشد، لازمه‌اش آن است که ادله حرمت غیبت هدم شود و این همه روایات که منع از غیبت کردن بلامصدق یا قلیل المصدق باشد، چراکه اگر برای شنونده شنیدن غیبت جائز باشد و رد واجب نباشد، غیبت حرامی که از آن نهی شده به راحتی تحقق پیدا می‌کند» (اشرفی شاه‌رودی، سایت مدرسه فقهات).

پاسخ نگارنده از این دلیل این است که ملازمه‌ای میان حرمت نداشتن استماع غیبت و هدم ادله حرمت غیبت وجود ندارد؛ زیرا همان طور که گفتیم حرمت نداشتن استماع بماهواستماع محل کلام است و اشکالی ندارد که شارع مقدس غیبت را حرام بداند ولی صرفاً استماع را حرام نداند و درعین حال رد غیبت، نهی از منکر، نارضایتی به عمل غیبت‌کننده و مسائل دیگر را حرام اعلام کند، پس صرف حرمت نداشتن استماع غیبت سبب هدم ادله غیبت نمی‌شود.

۴. ۳. اجماع

دلیل دیگر از ادله قائلان به حرمت، اجماع (صاحب‌جواهر، ۷۱/۲۲؛ انصاری، ۳۵۹/۱؛ میرزای شیرازی، ۱۱۸/۱؛ قزوینی، ۲۸۵/۲؛ آل کاشف‌الغطاء، احکام المتاجر، ۱۸۶؛ سبزواری، ۱۲۸/۱۶؛ خمینی، ۴۴۱/۱)، بلکه اتفاق فریقین (خوئی، مصباح الفقاهه، ۳۵۷/۱) است. بر اساس یافته‌های نگارنده اولین کسی که برای اثبات حرمت استماع به اجماع تمسک کرده، مجلسی اول است. ایشان در کتاب روضة المتقین در ذیل عبارت حدیث نبوی «ونهی عن الغيبة والاستماع اليها»، فرموده: هما حرامان اتفاقاً؛ غیبت و استماع آن به اتفاق علما حرام است (۳۴۲/۹).

آنچه مهم است این است که چطور در مسئله‌ای که جز معدود از قدما که قبلاً بیان شد سخنی از آن به میان نیاورده‌اند، می‌توان ادعای اجماع کرد.

بر این اساس معلوم می‌شود در محل کلام مجالی برای تمسک به اجماع (بر فرض حجیت آن) نیست. البته

سیدجواد عاملی ذکر نکردن حرمتِ استماع غیبت در کتب اصحاب را به سبب وضوح و ظهور آن دانسته است (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۲۱۹/۱۲)، ولی به نظر نگارنده ادعایی بی دلیل است؛ چراکه علمای متقدم مسائل بسیار بدیهی تر از این حکم مانند حرمت دروغ و غیبت و... را در کتبشان ذکر کرده اند (ابن براج، ۳۴/۱؛ ابن ادریس، السرائر، ۲۱۵/۲) پس بدهات، دلیل بر ذکر نکردن نمی شود.

افزون بر این در ادامه، اشاره به حرمت استماع را به محقق کرکی در جامع المقاصد و شهید ثانی در الروضة البهیة نسبت داده است (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۲۱۹/۱۲)، در حالی که در کتب ایشان هیچ اشاره ای نسبت به حرمت استماع حتی در موارد استثنا وجود ندارد (محقق کرکی، ۲۷/۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۱۴/۳).

۴.۴. استدلال بر اساس فلسفه فقه و اخلاق

از جمله استدلال هایی که در محل بحث می توان برای اثبات حرمت استماع بدان استناد کرد، گرچه که در کلام محققان استناد نشده است، استنباط حکم استماع غیبت بر اساس فلسفه تشریع حکم غیبت از زاویه نگاه اخلاقی به این مسئله است.

تقریبی که برای این استدلال می توان بیان کرد این است که فلسفه تشریع حکم غیبت از دیدگاه شارع مقدس حفظ حرمت و آبروی مؤمن و افشاندن سرّ او نزد دیگران است و این غرض مهم سبب می شود که استماع غیبت نیز وجوب اجتناب داشته باشد؛ زیرا اگر مستمعی نباشد، غیبتی محقق نخواهد شد و استماع غیبت از نگاه اخلاقی از این جهت که سبب تشویق و ترغیب غیبت کننده به این عمل می شود، عملی مذموم و ناپسند خواهد بود. آنچه که در این نوع استدلال ها مستدلّ باید توجه کند این است که اثبات فلسفه تشریع احکام و سمت و سودادن به احکام فقهی به واسطه مسائل اخلاقی از جمله مسائلی است که اثبات آن مشکل و نیازمند اقامه قرائن و شواهد مفید قطع یا اطمینان است و اگر برای کسی از طریق جمع شواهد و قرائن و تراکم ظنون، قطع یا اطمینان به حکم حاصل شد، برای او حجت خواهد بود.

۵. ادله جواز استماع غیبت

۵.۱. اصل برائت

باتوجه به اشکالاتی که بر تمام ادله حرمت استماع غیبت بیان شد، معلوم می شود که دلیلی بر حرمت استماع غیبت وجود ندارد؛ لذا باتوجه به شکی که در اصل حرمت این عمل وجود دارد، اصل برائت بدون هیچ شبهه ای جاری می شود که نتیجه آن جواز استماع غیبت است.

۵.۲. دلیل عقلی

به نظر می رسد برای اثبات جواز استماع غیبت می توان به بیانی عقلی نیز تمسک کرد و آن این است که همواره تکالیف زمانی برای افراد به فعلیت می رسد که موضوع آن محقق باشد و طبقاً تکلیف به حرمت استماع غیبت زمانی

محقق می‌شود که غیبت محقق شود و وقتی غیبت محقق شد، وجهی برای جعل حرمت استماع برای شنونده وجود ندارد؛ زیرا استماع غیبت محقق شده و جعل حرمت لغو است.

به دیگر سخن، قبل از تحقق غیبت قطعاً استماع، حرمت ندارد و بعد از تحقق آن کار از کار گذشته و حرمت استماع وجهی ندارد. ممکن است کسی بگوید وقتی غیبت محقق شد، استماع ادامه آن حرمت دارد. پاسخ این است که معیار در صدق غیبت، هتک ستر مستور و اذاعه ستر مؤمن (نجفی تبریزی، ۱۵۱؛ انصاری، ۳۳۲/۱؛ تبریزی، ۳۷۷/۱؛ روحانی، منهاج الفقاهة، ۲۶/۲؛ خرازی، ۴۲۷/۶) است و وقتی غیبت محقق شد، هتک ستر محقق شده و ادامه نقشی در تحقق غیبت ندارد؛ لذا وقتی که شخص مثلاً درباره بخل شخصی توضیح می‌دهد، قبل از اینکه شخص متوجه عیب شخص مدّ نظر شود، غیبت محقق نشده و وقتی که متوجه شد که او بخیل است، غیبت محقق شده است و ادامه صحبت‌ها و توضیحات شخص، هتک ستر و غیبت جدیدی نیست تا شنیدن آن حرمت داشته باشد، بلکه توضیحات مطلبی است که مستمع به آن علم دارد؛ لذا نه گفتش و نه شنیدنش حرمت ندارد.

اشکال دیگر این است که در موارد علم شخص به مشرف بودن گوینده به غیبت، موضوع محقق شده است و استماع، غیبت دارد. پاسخ این است که باتوجه به اینکه در این مورد نیز علم به فعلیت غیبت تعلّق نگرفته، بلکه به مشرفیت غیبت تعلّق گرفته است، باز هم حکم فعلی نمی‌شود؛ مثل موردی که شخص علم دارد به اینکه در آینده مستطیع خواهد شد؛ طبعاً از همان زمانی که مستطیع شود حکم و جوب حج به فعلیت می‌رسد. در محل بحث نیز این چنین است؛ یعنی هر چند که شخص علم دارد که گوینده در شرف غیبت کردن است، به دلیل تحقق نیافتن غیبت، امکان فعلیت حکم حرمت استماع وجود ندارد.

البته مطلب درخور توجه این است که اگر ما ملاک حرمت غیبت را مبعوضیت هتک مؤمن و اذاعه ستر او بدانیم، دیگر این دلیل عقلی صحیح و استدلال‌پذیر نیست؛ به دلیل اینکه به محض اطلاع از اشراف شخص به غیبت تکلیف فعلی شده و باید از غیبت کردن او جلوگیری کرد؛ زیرا فرض این است که بر اساس ادله به این نتیجه رسیده‌ایم که نفس وقوع هتک و اذاعه، مبعوض شارع است و صدور از آن از شخص موضوعیت ندارد (خمینی، ۴۹۷/۱).

۳.۵. روایات حکایت استماع غیبت توسط معصومان(ع)

برخی در این مقام به روایاتی که حاکی از استماع غیبت توسط بعضی معصومان(ع) است، تمسک کرده و خواسته‌اند جواز استماع را اثبات کنند؛^۱ ولی تمسک به این روایات باتوجه به آنچه که در علم اصول در مسئله فعل

۱. قَالَ أَخْبَرَنِي أَبُو الْحَسَنِ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْجَرَجَرَانِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا إِسْحَاقُ بْنُ عُثْمَانَ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُلَيْمَانَ الْخَضْرَمِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ الْأَحْمَسِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا الْمُحَارِبِيُّ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى عَنْ الْحَكَمِيِّ عَنْ عُثَيْبَةَ عَنْ ابْنِ أَبِي الدُّرْدَاءِ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: نَالَ رَجُلٌ مِنْ عِرْضِ رَجُلٍ عِنْدَ النَّبِيِّ فَرَدَّ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ عَلَيْهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) مَنْ رَدَّ عَنْ عِرْضِ أَخِيهِ كَانَ لَهُ جَبَابٌ مِنَ النَّارِ (مفيد، الامالی، ۳۳۷)؛ ابی الدرداء از پدرش نقل می‌کند که شخصی در مقابل پیامبر اکرم(ص) نسبت به دیگری بدگویی کرد و شخصی از کسانی که آتجا بود، غیبت را از شخص غائب رد کرد، پس پیامبر اکرم(ص) فرمودند: هرکس از آبروی برادر مؤمنش دفاع کند، حجاب و مانعی برای او از آتش جهنم خواهد بود.

وَقَالَ: نَظَرَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) إِلَى رَجُلٍ يَغْتَابُ رَجُلًا عِنْدَ الْحَسَنِ (ع) فَقَالَ بِنَا يُنَى نَزَّ سَمْعَكَ عَنْ مِثْلِ هَذَا فَإِنَّهُ نَظَرَ إِلَى أَخِي مَا فِي وَعَايِهِ فَأَقْرَعَهُ فِي وَعَايِكَ (همو، الاختصاص، ۲۲۵)؛ نگاه کرد امیرالمؤمنین(ع) به شخصی که نزد فرزندش حسن(ع) از شخصی غیبت می‌کرد، پس حضرت به فرزندش فرمود: ای فرزندم! گوشت را از مثل

معصوم و مقدار دلالت آن ثابت شده است مشکل است (اشکنانی، ۳۳۰؛ مظفر، ۶۲/۲). نتیجه این می‌شود که روایات مذکور بر فرض صحت سند در نهایت دال بر جواز استماع آن غیبت خاص برای ایشان است و نمی‌توان از آن حکم کلی را برداشت کرد؛ زیرا ممکن است در آن مقام یکی از مسوغات غیبت وجود داشته و ما از آن مطلع نیستیم؛ به دلیل اینکه همان طور که گفتیم مسوغات همان گونه که غیبت کردن را جایز می‌کند، سبب جواز استماع آن نیز می‌شود.

۵. ۴. اصل صحت

برخی نیز جواز استماع غیبت را با توجه به اجرای اصل صحت در فعل مسلم حتی بنا بر قول کسانی که دلالت ادله بر حرمت گوش‌سپاری به غیبت را قبول کردند، اثبات کرده‌اند؛ مشهور فقها قبول دارند که گوش‌کردن به غیبتی حرام است که گفتن آن برای گوینده نیز حرام باشد؛ زیرا در موارد متعدد ذکر شده در کتب فقهی، غیبت کردن جایز است (ایروانی، ۳۷/۱؛ سبزواری، ۱۶/۱۲۸).

بر این اساس، زمانی که شخصی شروع به غیبت کردن از دیگری می‌کند بنا بر جریان اصل صحت در عمل او، مستمع باید غیبت او را بر موارد جواز حمل کند؛ مثلاً ممکن است غیبت‌شونده متجاهر به فسق بوده و وقتی بر اساس این اصل غیبت کردن برای او جایز باشد، طبعاً برای شنونده نیز جایز خواهد بود.

ممکن است کسی اشکال کند که جریان اصل صحت در حق غیبت‌کننده منافات با حق غیبت‌شونده دارد؛ به سبب اینکه غیبت‌کننده را از گناه غیبت تبرئه کنیم، حق نداریم به غیبت‌شونده نسبت تجاهر به فسق دهیم. پاسخ اشکال این است که جریان اصل صحت در حق غیبت‌کننده به معنای متجاهر واقعی بودن غیبت‌شونده نیست، بلکه به معنای تجاهر به فسق او در دیدگاه غیبت‌کننده است؛ لذا همان طور که در حق غیبت‌کننده اصل صحت جاری می‌شود، در حق غیبت‌شونده نیز اصل صحت جاری شده و جریان این دو اصل با هم منافات ندارد (اشرفی شاهرودی، سایت مدرسه فقاها).

به نظر نگارنده پاسخ این استدلال این است که در بعضی از موارد اصل صحت جاری نمی‌شود؛ مانند مواردی که شخص بنا بر قرائن موجود در کلام غیبت‌کننده و دیگر قرائن علم دارد به اینکه غیبت‌کننده معتقد به وجود مسوغات نیست و در عین حال غیبت می‌کند؛ زیرا موضوع اصل صحت شک است و نیز ما به دنبال اثبات نبود حرمت استماع غیبت در موارد حرمت بیان غیبت بودیم، نه نبود حرمت استماع در موارد جواز غیبت.

بعضی نیز حتی جریان اصل صحت در مقام را بر اساس اصل اولیه حرمت عرض مؤمنان تا زمانی که قطع به جواز پیدا شود، مشکل دانسته‌اند (شهید ثانی، رسائل، ۳۰۲؛ آل کاشف الغطاء، وجیزه الاحکام، ۱۳/۲).

نتیجه‌گیری

نتیجه پژوهش این است که برای اثبات حرمت گوش‌سپاری به غیبت به اجماع و ادله نقلی و عقلی تمسک شده است، ولی دلیل بودن هیچ‌یک از این موارد در محل بحث بنا بر اشکالات فراوان وارد شده بر آن‌ها، ثابت نیست و از جهت دیگر باتوجه به اینکه موارد شک در حرمت مجرای اصل برائت است، جواز استماع غیبت ثابت می‌شود. البته اینکه قبل از تحقق غیبت، استماع، حرمت ندارد و بعد از تحقق آن حرمت استماع لغو است، می‌تواند به عنوان دلیلی عقلی بر امکان نداشتن حرمت استماع غیبت مطرح شود.

بعضی برای اثبات جواز غیبت به روایاتی که شنیدن برخی معصومان (ع) نسبت به غیبت را حکایت می‌کند، تمسک کرده‌اند؛ ولی از آنجایی که در علم اصول ثابت است که فعل معصوم (ع) اجمال دارد، تمسک به این روایات محل مناقشه قرار می‌گیرد. افزون بر این بنا بر وجود بعضی مسوغات برای غیبت و جریان اصل صحت در گفتار گوینده و ملازمه میان جواز غیبت و استماع آن، می‌توان جواز استماع غیبت‌های صادره از اشخاص را اثبات کرد که البته این استدلال نیز با اشکالات جدی مواجه است.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم: آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین، سؤال و جواب، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء الذخائر، بی‌تا.
- _____، وجیزۃ الأحکام، چاپ دوم، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء الذخائر، ۱۳۶۶ق.
- آل کاشف الغطاء، مهدی، أحکام المتاجر المحرمة، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء الذخائر، ۱۴۲۳ق.
- ابن‌ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، الخصال، به تصحیح علی‌اکبر غفاری، قم: جامعه مدرسین، ۱۳۶۲.
- _____، الامالی، چاپ ششم، تهران: کتابچی، ۱۳۷۶.
- _____، معانی الاخبار، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن‌براج، عبدالعزیز بن نحریر، المذهب، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن‌منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، الکافی فی الفقه، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ق.
- ابوحیب، سعدی، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحا، چاپ دوم، دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
- اراکي، محمدعلی، المکاسب المحرمة، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۳ق.

- اشرفی شاهرودی، مصطفی، تقریرات درس خارج استاد آیت الله اشرفی شاهرودی، مدرسه فقهات، به آدرس <https://www.e-shia.ir/Feqh/Archive/Ashrafi/Feqh/94>، دسترسی در بهمن ۱۳۹۸.
- اشکنانی، محمدحسین، دروس فی اصول الفقه، قم: انوارالهدی، ۱۳۸۰.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم: دارالذخائر، ۱۴۱۱ق.
- _____، مطروح الانظار، مقرر: کلاتر، ابوالقاسم بن محمدعلی، چاپ دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۳.
- اهوازی، حسین بن سعید، الزهد، به تحقیق غلامرضا عرفانیان یزدی، چاپ دوم، قم: علمی، ۱۴۰۲ق.
- ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- برقی، احمد بن محمد، المحاسن، چاپ دوم، قم: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری، بیروت: دارالفکر، بی تا.
- تبریزی، جواد، إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب، چاپ سوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، تاج اللغة و صحاح العربیة، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
- حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ق.
- خرازی، محسن، البحوث الهامة فی المکاسب المحرمة، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۲۳ق.
- خمینی، روح الله، المکاسب المحرمة، قم: تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
- خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، محمدعلی توحیدی، قم: انصاریان، ۱۴۱۷ق.
- _____، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، چاپ پنجم، قم: مرکز نشر الثقافة الاسلامیه، ۱۳۷۲.
- ربانی بیرجندی، محمدحسن، سبک شناسی دانش رجال الحديث، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۸۵.
- روحانی، صادق، فقه الصادق علیه السلام، قم: دارالکتاب مدرسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۲ق.
- _____، منهاج الفقاهة، چاپ پنجم، قم: انوارالهدی، ۱۴۲۹ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، المواهب فی تحریر أحكام المکاسب، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: المنار، ۱۴۱۳ق.
- سیستانی، علی، استفتاء از دفتر معظم له، پایگاه اطلاع رسانی دفتر نشر فرهنگ و معارف اسلامی، ۹۶/۹/۳۰، به آدرس <https://hedayatgar.ir/fa/news/1835>، دسترسی در اسفند ۱۳۹۸.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، رسائل، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹.

- _____، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، کشف الريبة، چاپ سوم، بیروت: دارالمرتضوی، ۱۳۹۰ق.
- _____، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
- شهیدی پور، محمدتقی، تقریرات درس استاد شهیدی، مدرسه فقهی امام محمد باقر علیه السلام، ۱۳۹۶/۹/۱۱، به آدرس <https://fa.mfeb.ir/feqh2shahi> دسترسی در بهمن ۱۳۹۸.
- شهیدی تبریزی، میرفتاح، هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، المحيط في اللغة، بیروت: عالم الكتاب، ۱۴۱۴ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- صدر، محمد، ماوراء الفقه، بیروت: دارالأضواء، ۱۴۲۰ق.
- صدر، محمدباقر، بحوث فی علم الاصول، به تقریر: محمود هاشمی شاهرودی، چاپ سوم، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۱۳ق.
- _____، دروس فی علم الاصول الحلقة الثالثة، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.
- طباطبایی قمی، تقی، عمدة المطالب فی التعليق على المكاسب، قم: کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ق.
- _____، الدلائل فی شرح منتخب المسائل، قم: کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۲۳ق.
- طباطبائی، محمدبن علی، کتاب المناهل، قم: آل البيت (ع)، بی تا.
- طوسی، محمدبن حسن، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- _____، الامالی، قم: دارالثقافة، ۱۴۱۴ق.
- عاملی، یاسین عیسی، الاصطلاحات الفقهية فی الرسائل العملية، بیروت: دارالبلاغه، ۱۴۱۳ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الأحکام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
- _____، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۲ق.
- غزالی، محمدبن محمد، احیاء علوم الدین، بیروت: دارالکتاب العربی، بی تا.
- قتال نیشابوری، محمدبن احمد، روضة الواعظین و بصيرة المتعظین، قم: رضی، ۱۳۷۵.
- فیض کاشانی، محمدبن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، تهران: مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۹۵.
- فیومی، احمدبن محمد مقرئ، بی تا، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم: دارالرضی، بی تا.
- قزوینی، علی موسوی، ینایع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
- کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر، أنوار الفقاهة، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء الذخائر، ۱۴۲۲ق.
- _____، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ق.

- کاشف الغطاء، جعفر، شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة ابن المطهر، نجف: مؤسسة كاشف الغطاء الذخائر، ۱۴۲۰ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- لاری، عبدالحسین، التعليقة على المكاسب، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۸ق.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه، چاپ دوم، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۴ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد في شرح القواعد، چاپ دوم، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، بی جا: بی نا، بی تا.
- مطهری، مرتضی، تعلیم و تربیت در اسلام، چاپ نود و پنجم، تهران: صدرا، ۱۳۹۸.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ پنجم، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۵.
- مفید، محمد بن محمد، الاختصاص، قم: المؤتمر العالمي لآلفية الشيخ المفيد، ۱۴۱۳ق.
- _____، الامالی، قم: کنگره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة كتاب التجارة، قم: مدرسة امام علي بن أبي طالب (ع)، ۱۴۲۶ق.
- میرزای شیرازی، محمد حسن بن محمود، حاشية المكاسب، قم: الشريف الرضي، ۱۴۱۲ق.
- نجفی تبریزی، محمد حسین، تحلیل الکلام فی فقه الإسلام، تهران: امیر قلم، ۱۴۱۳ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت: آل البيت (ع)، ۱۴۰۸ق.
- ورام، مسعود بن عیسی، مجموعة ورام، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۶۹.
- هاشمی شاهرودی، محمود و جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ق.



Jurisprudential study of the civil liability of robots

Hamzeh Nazarpour, PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Mazandaran University

Dr. Ali Akbar Izadifard, Professor of Mazandaran University (**corresponding author**)

Email: ali85akbar@yahoo.com

Dr. Mohammad Mohseni Dehklani, Associate Professor, University of Mazandaran

Abstract

In recent years, robotic technology has been linked to human life, and the rate of entry and role of robots in human life is constantly evolving and increasing. This increase has paved the way for legislating the robot various behaviors and functions; because first of all, it is necessary to ensure controlled and safe performance in society; Secondly, the effectiveness and efficiency of robots in various areas of life depend on understanding the jurisprudential and legal issues. One of the important and noteworthy legal issues in this field is the existence of civil liability in case of mistakes and errors resulting from the robot acts. Using analytical descriptive methods, examining the principles of civil liability and its elements in the realm of robot behavior and presenting ijtehad evidence, this article has come to the conclusion that committing a harmful act or harmful abandonment of an act by a robot causes responsibility and, as the case may be, based on the theory of "respect", the human factor is condemned and obliged to compensate; Because the robot has no real or legal personality and cannot be compensated.

Keywords: Harmful abandonment of an act, robot, robot, harmful act, basis of respect, civil liability.



بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ربات

حمزه نظرپور

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

دکترعلی اکبر ایزدی فرد (نویسنده مسئول)

استاد دانشگاه مازندران

Email: ali85akbar@yahoo.com

دکتر محمد محسنی دهکلانی

دانشیار دانشگاه مازندران

چکیده

فناوری رباتیک در سال‌های اخیر با زندگی انسان پیوند یافته و میزان ورود و نقش ربات در زندگی انسان، پیوسته در حال پیشرفت و فزونی است. این فزونی زمینه‌ساز تقنین در مورد شیوه رفتار و کارکردهای گوناگون ربات شده است؛ زیرا اولاً اطمینان خاطر یافتن از عملکرد کنترل‌شده و ایمن در جامعه ضروری است؛ ثانیاً میزان اثربخشی و کارایی ربات در عرصه‌های مختلف زندگی به شناخت مسائل فقهی و حقوقی مرتبط با آن بستگی دارد. ازجمله مباحث حقوقی مهم و شایان توجه در این عرصه، وجود مسئولیت مدنی در صورت اشتباه و خطای ناشی از فعل ربات است. این نوشتار به روش توصیفی-تحلیلی، ضمن بررسی مبانی مسئولیت مدنی و احراز ارکان آن در قلمرو کردار و رفتار ربات و با اقامه ادله اجتهادی به این نتیجه رسیده است که انجام یا ترک فعل زیان‌بار توسط ربات، مسئولیت‌آور است و حسب مورد، عامل انسانی بر اساس نظریه «احترام» محکوم و ملزم به جبران خسارت می‌شود؛ زیرا ربات فاقد شخصیت حقیقی یا حقوقی است و نمی‌تواند از عهده خسارت برآید.

واژگان کلیدی: ترک فعل زیان‌بار، ربات، ربات‌گر، فعل زیان‌بار، مبنای احترام، مسئولیت مدنی.

مقدمه

فناوری رباتیک همواره در حال پیشرفت است و مزیت‌های گوناگونی را برای آینده بشر نوید می‌دهد. همه این پیشرفت‌ها در تعامل با جامعه انسانی است که تعریف می‌شود. البته این تعامل می‌تواند منشأ سود و زیان باشد که از همین نقطه وجود قوانین برای تنظیم روابط ربات در جامعه ضرورت می‌یابد. مسئولیت مدنی از بااهمیت‌ترین مباحث حقوق مدنی است که به سبب تراحم حقوق افراد در جوامع صنعتی از جایگاه مهمی برخوردار است. به دیگر سخن، با بررسی التزامات زندگی اجتماعی، این نتیجه به دست می‌آید که رفتار افراد در جامعه از جوانب گوناگون، می‌تواند بر دیگران مؤثر باشد و به آنان سود یا زیان برساند.

ربات‌ها در عرصه‌های گوناگون قابلیت تعامل با انسان را دارند و همین تعامل بستر شکل‌گیری سود و زیان میان آن‌ها را فراهم می‌آورد. صنعتی بودن فناوری رباتیک نسبت به دیگر جوانب از حساسیت بیشتری برخوردار است که به همین موازات، احتمال تضییع حقوق افراد و جامعه به صورت جدی‌تر مطرح می‌شود. برای نمونه در پی کشته شدن زنی ۴۹ ساله در آمریکا در جریان تصادف با یک خودران شرکت «اوبر»، پلیس توضیح داد که این خودران در لحظه سانحه بدون کنترل راننده در حرکت بوده است (https://www.isna.ir/news/96122915491). نمونه دیگر اینکه رباتی در نمایشگاه فناوری ۲۰۱۶ چین کنترل خود را از دست داد و سبب شکستن یک شیشه و مجروحیت یک مرد شد (https://www.yjc.ir/00Od7Z). در این نمونه‌ها توسط ربات زیان‌هایی به تمامیت جسمانی افراد یا اموال وارد شده است.

با این توضیح، نقش دانش حقوق برای سامان‌دهی فعالیت‌ها روشن می‌شود. برای استفاده ایمن از تکنولوژی و وضع قوانین و ضمانت‌اجراهای قوی، باید به مطالعات موشکافانه‌ای درباره عنصر ضرر و شیوه تحقق آن در تعاملات ربات با انسان دست یافت. با این حال پرسش‌هایی در خصوص مسئولیت مدنی ربات ذهن انسان را به خود مشغول می‌سازد؛ مانند اینکه در صورت خطای ربات، بر پایه کدام مبانی می‌توان ربات را مسئول دانست؟ آیا امکان محاکمه اش وجود دارد یا با رویکردی ویژه به ماهیت ربات، مقوله حقوقی جدیدی با الزامات ویژه نیاز است؟ در صورت وارد شدن ضرر آیا فی‌نفسه ربات مسئول جبران خسارت است یا اینکه کنش‌زبانی او را می‌توان به عوامل انسانی مانند مالک، ۱ متصرف، ۲ سازنده، ۳ برنامه‌نویس ۴ و رخنه‌گر ۵ متوجه ساخت؟ نوشتار پیش‌رو حاصل بررسی این پرسش‌هاست.

1. Owner.

2. User.

3. Manufacturer.

4. Programmer.

5. Hacker.

۱. مفهوم شناسی

رباتگر: ربات^۱ در لغت به معنای آدمک، آدم مصنوعی و آدم مکانیکی است (سائسی، ۱۱۴۷/۲) و در اصطلاح، دستگاه کنترل شده توسط کامپیوتر و مجهز به وسایل هوشمند برای تشخیص ورودی یا سیگنال‌ها یا شرایط محیطی است. این دستگاه همچنین مجهز به شیوه محاسباتی برای تصمیم‌گیری و شیوه راهنمایی برای فراهم کردن امکان کنترل است (حسنوی، ۷۶۷). رباتیک نیز قسمتی از هوش مصنوعی است که مرتبط با ربات‌ها و علم مطالعه، طراحی، ساخت و استفاده از ربات است (حسنوی، ۷۶۷؛ قلی‌زاده نوری، ۶۴۳). مقصود از رباتگر کسی است که از ربات استفاده می‌کند یا کنترل آن را به صورت قانونی یا غیرقانونی به دست می‌گیرد و ممکن است مالک، سازنده، برنامه‌نویس یا رخنه‌گر آن باشد.

مسئولیت مدنی: مسئولیت مدنی یعنی لزوم پرداخت خسارات و جبران ضرر وارد شده به فرد یا اموال و دارایی‌های ملکی یا تصرفی او که ناشی از فعل یا ترک فعل دیگری یا اشیاء و اموال تحت مالکیت یا تصرف یا کنترل او باشد.

۲. مبانی مسئولیت مدنی ربات

مسئولیت مدنی دامنه‌ای گسترده دارد و هرگاه عملی برخلاف حق و بر اثر بی‌مبالاتی یا بی‌احتیاطی سبب ضرررسانی شود، بر اساس آن، فرد زیان‌رسان محکوم به جبران خسارت خواهد شد. حقوق‌دانان برای اثبات مسئولیت مدنی مبانی گوناگونی دارند که به هریک اشکالاتی وارد شده است. این نقدها و پاسخ‌ها به صورت گسترده در کتاب‌هایی نقل شده است (نک: بادینی، ۱۴۹ تا ۳۱۳؛ قاسم‌زاده، ۳۲۳ تا ۳۴۰)؛ اما در فقه دو مبنا برای مسئولیت مدنی وجود دارد که در زیر به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

تحلیل مسئولیت بر مبنای نظریه «استناد عرفی»^۲: هرچند در حقوق ایران تقصیر به عنوان اصلی مهم پذیرفته شده، دیگر نظریات هم مبنای برخی مواد قانونی قرار گرفته‌اند. در این میان معلوم می‌شود که در تمام مبانی، جبران زیان به عنوان هدف نهایی ملحوظ است و می‌توان انتساب عرفی زیان به فاعل را برای تعیین مسئول خسارت به عنوان مبنا پذیرفت. صاحب عناوین ضابطه مسئولیت را صدق عرفی انجام یافتن کار توسط فاعل زیان دانسته است (حسینی مراغی، ۴۳۵/۲). از سوی دیگر لزوم پاسخ‌گویی فرد در برابر زیان‌هایی که به دیگران وارد می‌آورد، اصلی عرفی و عقلایی است. مبنایش نیز این روایت است: «مَنْ أَضَرَّ بِشَيْءٍ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (کلینی، ۴۸۰/۱۴). هرکس موجب زیانی در راه عبور مسلمانان گردد ضامن است.

در این روایت، تقییدی برای عنصر تقصیر وجود ندارد؛ بلکه چنانچه عرف فعل زیان‌بار را به فاعل مستند بداند،

1. Robot.

2. Customary citation Theory.

او مسئول جبران خواهد بود. به دیگر سخن برای تحقق مسئولیت مدنی، تقصیر فاقد موضوعیت است و آنچه مهم است صدق استناد عرفی فعل زیان بار به فاعل است. بنابراین اولاً به این دلیل که استناد عرفی اعم از تقصیر است و ثانیاً روایات مرتبط با مسئله مشعر به اثبات عنصر تقصیر نیست، می توان استناد عرفی را به عنوان مبنای مسئولیت پذیرفت (باریکلو، ۵۴ تا ۵۶). بر پایه این دیدگاه چنانچه در اعمال ربات، زبانی متوجه دیگران شود، با توجه به وضع ویژه ربات، یعنی فقدان شخصیت انسانی، هرکس که از دید عرف، فعل زیان بار به او استناد یابد، مسئول خواهد بود. این دیدگاه را نمی توان پذیرفت. شاید بتوان سخن صاحب عناوین را به طور مناسبی تحلیل کرد؛ اما او برای مسئولیت سبب، ضابطه ای ارائه نمی دهد (حکمت نیا، ۲۰۷) و صریح تر از این، اصلاً نمی توان استناد عرفی را به عنوان مبنا برگزید. معتقدان به این نظریه مبنای مسئولیت مدنی را با مهم ترین رکن آن یعنی سببیت اشتباه گرفته اند؛ چون استناد عرفی چیزی جز همان رابطه سببیت نیست. این در حالی است که در دیگر نظریات مربوط به مبنا، علاوه بر وجود استناد، بایسته است ضابطه ای ارائه شود؛ مانند تقصیر، احتمال خطر و...؛ اما در نظریه استناد عرفی نه تنها ارائه نشده، بلکه حذف گشته و صرفاً بر وجود استناد تأکید شده است (نک: هوشمند فیروزآبادی، ۳۰۵). بنابراین برای اثبات مسئولیت مدنی نمی توان بر نظریه استناد عرفی اعتماد کرد.

تحلیل مسئولیت بر مبنای نظریه «احترام»^۱: این مبنا را می توان از قاعده اصطیادی «احترام» (موسوی قزوینی، ۲۰۹؛ بجنوردی، ۱۰۶/۲ و ۱۱۶/۷؛ جزایری، ۲۱۸/۳) برداشت کرد. فقها در باب احترام مال و جان مسلمان به آیات^۲ و روایاتی^۳ اشاره و درباره استنباط حکم تکلیفی و وضعی از آنان بحث کرده اند. مقصود از «احترام» مصونیت اموال، حقوق مالی، آبرو و حقوق معنوی اشخاص از تعدی دیگران است؛ بدین معنا که اولاً تجاوز به حقوق یادشده جایز نیست، ثانیاً در فرض تعدی، متجاوز مسئول شناخته می شود (قنوتی و جاور، ص ۳۵). برخی فقها (اصفهانی، ۳۱۹/۱) معتقدند مستفید از قاعده احترام تنها حکم تکلیفی است؛ اما می توان از چند جهت، حکم وضعی ضمان را از آن برداشت کرد: جهت اول اینکه جبران خسارت از شئون احترام است؛ یعنی مفهوم احترام این است که مؤدا و مورد آن در معرض هدر قرار نگیرد (همان، ۳۲۲/۱) و چگونه می توان ادعا کرد که چیزی محترم باشد ولی در صورت تلف بدون رضایت، حکمش عدم لزوم تدارک ضرر باشد؟ (مکارم شیرازی، ۲۳۵/۲). جهت دوم این است که ضمان مدلول التزامی قاعده احترام است و میان احترام و ضمان تلازم وجود دارد (صدر، ۲۹۰/۳).

پذیرش این مبنا در صورتی امکان دارد که بتوان تمام اقسام مختلف زیان را بدان توجیه کرد و نیز هر شهروندی فارغ از هر مذهبی که دارد، بتواند بدان تمسک جوید. با این توضیح، قلمرو مبنای احترام را از دو جهت می توان

1. Respect Theory.

۲. «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ يَحْصِلْنَ فَإِنْ طَلَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا (نساء: ۴)؛ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء: ۲۹).

۳. مانند روایاتی که این جملات در آن ها به کار رفته است: «حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» (نک: کلینی، ۸۸/ ۴)، «لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَبِئَةِ نَفْسٍ مِنْهُ» (نوری، ۲۴/۱۵؛ بروجردی، ۷۷۶/۲۲) و «لَا يَضْلُجُ ذَعَابٌ حَتَّى أَخَذَ» (حرعاملی، ۳۰۹/۱۹؛ کلینی، ۳۱۸/۱۳ و ۶۱۵/۱۴).

بررسی کرد: یکی از جهت شمول این مبنا نسبت به خسارات معنوی علاوه بر شمول خسارات بدنی و مالی که در این خصوص باید دانست شارع در کنار توجه به نفس و جان انسان و حفظ حرمت آن برای مال نیز احترام قائل شده است^۱ (هوشمند فیروزآبادی، ۳۲۳). در خصوص جهت دوم در قلمرو مبنای احترام و شمول آن نسبت به غیرمسلمانان که در جامعه اسلامی زندگی می‌کنند، باید دانست طبق نظر فقها علاوه بر مسلمان مؤمن که احترام او ذاتی است، برخی انسان‌ها دارای احترام عَرَضی اند، یعنی کافرانی که در سایه عقد ذمه یا امان یا آتش بس هستند (صاحب‌جواهر، ۸۸/۲۱؛ بحرانی، ۲۶۴/۱۹)، پس چنانچه کسی مال آن‌ها را تلف کند، مطابق نظر فقها ضامن است و تفاوتی بین محترم ذاتی و عرضی نیست (صاحب‌جواهر، ۲۶۵/۲۴؛ بحرانی، ۴۵۹/۱۹). بنابراین می‌توان گفت اموال کفاری که به موجب قراردادهای شرعی، روابطی با مسلمانان دارند نیز در حمایت اسلام است، مال و خون آن‌ها در حکم مال و خون مسلمانان است و همان حرمت را دارند. پس مبنای فقهی «احترام» نه تنها از حیث قلمرو موضوعی با محدودیتی مواجه نیست و همه خسارات بدنی، مالی و معنوی را در بر می‌گیرد؛ بلکه از حیث قلمرو افرادی نیز هم شامل مسلمان و هم شامل اهل ذمه می‌شود (هوشمند فیروزآبادی، ۳۲۵ و ۳۲۶).

با این توضیح باید گفت از میان مبانی مطرح‌شده در باب مسئولیت مدنی، این نظریه با هیچ مشکلی مواجه نیست و با ارائه اسناد پشتیبان آن، به‌ویژه کبرای کلی «هیچ حقی از هیچ کس شایسته نیست که پایمال شود»، می‌تواند مبنای مسئولیت مدنی قرار گیرد. پس هرگونه تعدی و ایراد خسارت به حقوق دیگران توسط ربات او را در مدار مسئولیت قرار خواهد داد که البته با توجه به وضعیت خاصش، حسب مورد، استفاده‌کننده از آن باید از عهده خسارت برآید؛ زیرا براساس قاعده احترام، حق محترم بودن اموال و حقوق دیگران نادیده گرفته شده است که البته چنین چیزی شایسته نیست. همان گونه که مشاهده شد بنای این نظریه بر محترم‌شمردن حقوق انسان و اموال او استوار است و نباید به‌هیچ‌وجه نسبت به اموال دیگری هیچ‌گونه تعدی صورت پذیرد؛ وگرنه عامل زیان‌رسان به دیگران مسئول است و باید از عهده خسارتی که ایجاد کرده برآید. در فناوری رباتیک نیز باید محور فعالیت‌ها به‌گونه‌ای باشد که از جانب فعالیت‌های ربات زبانی به دیگری وارد نیاید؛ در غیر این صورت ربات به‌دلیل محترم‌نشمردن جایگاه اموال انسان و اتلاف آن عامل زیان معرفی می‌شود؛ بنابراین همه پژوهشگران و طراحان و سازندگان ربات باید مسئولانه و با توجه مطلق به لزوم احترام به کرامت، حریم خصوصی و ایمنی انسان عمل کنند و اطمینان دهند که فعالیت‌ها در حوزه رباتیک به‌شیوه‌ای ایمن، اخلاقی و مهم‌تر از همه مبتنی بر احترام به انسان و اموال وی انجام می‌شود. نیز باید با توجه به چالش‌ها و فرصت‌های احتمالی در آینده، به اصل مسئولیت‌پذیری و گسترش آن در این حوزه پایبند باشند. به دیگر سخن نسبت به بالاترین سطح مسئولیت در برابر انسان و همه حقوق او متعهد باشند و به این اصول که ربات باید به‌سود انسان عمل کند و در خدمت او باشد و نباید به‌هیچ‌وجه به انسان و حقوق

۱. مطابق نظر شارع که در کلام فقها تجلی یافته است، قطع نماز برای حفظ مال جایز است (صاحب‌جواهر، ۱۲۲/۱۱)؛ نیز حین ترس از عرض خود یا انسان مؤمنی، در صورت ظن غالب بر سلامت خود، دفاع بر او واجب است (همان، ۱۶/۲۲).

و اموال او آسیب برساند، التزام عملی داشته باشند. افزون بر این، باید بر مبنای نظریه احترام، در فرایندهای فناوری رباتیک همواره اصل احتیاط را لحاظ کنند؛ بدین معنا که فعالیت‌ها در همه مراحل باید مبتنی بر حالت ایمنی و رعایت استانداردهای لازم علمی با رویکرد خدمت به جامعه انسانی و حفاظت از منافع آن باشد. بر همین مبنا مهندسان رباتیک در همه مراحل باید در مقابل آثاری که ربات ممکن است در جامعه انسانی و محیط زیست و سلامت انسان ایجاد کند، پاسخ‌گو باشند. طراحان ربات باید همواره در همه مراحل به همه حقوق انسان، سلامت، ایمنی و رفاه او احترام گذارند و مالکیت او بر اموال را محترم شمارند. بنابراین چنانچه از این فناوری زبانی به انسان وارد آید، حسب مورد، عامل انسانی زیان باید از عهده خسارات برآید.

۳. شرایط تحقق مسئولیت مدنی ربات

همواره برای ایجاد مسئولیت مدنی وجود ضرر و ارتکاب یا ترک فعل زیان‌بار و رابطه علیت و سببیت ضروری است. باید هر سه عنصر با هم جمع شوند تا بتوان فرد زیان‌رسان را مسئول دانست. همین سه عنصر در فعل یا ترک فعل ربات نیز مهم است. هرگاه فعل یا ترک فعل ربات منجر به زیان مستقیم^۱ یا غیرمستقیم^۲ به دیگری شود و رابطه سببیت نیز محرز باشد، قطعاً ربات در دایره مسئولیت قرار خواهد گرفت. در این قسمت به ارکان مسئولیت مدنی اشاره می‌شود:

۳. ۱. وجود عنصر ضرر

شهید صدر معتقد است ضرر عبارت است از نقص در یکی از حیثیاتی که بازگشت به انسان دارد؛ از جمله آنچه منجر به شدت و ضیق و نگرانی‌های عاطفی می‌شود (صدر، ۱۳۴). دو شرط تحقق این عنصر که حق مطالبه ایجاد می‌کند این است که مسلم و مستقیم و بی‌واسطه باشد (کاتوزیان، ۴۷ و ۴۹). این دو شرط را از ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی^۳ نیز می‌توان استنباط کرد.

وقوع زیان در زندگی امروزی روشن است و مصادیق بسیار دارد که ناشی از کثرت تعاملات جامعه انسانی است. ربات نیز با حضور در جامعه قابلیت تعامل با انسان را داراست و در عرصه برقراری سود و زیان میان آن دو، گاه حقوق انسان تضییع می‌شود؛ بنابراین با اذعان به همه مزایای ربات، نباید از زیان‌هایی که به جامعه یا انسان وارد می‌سازد، چشم پوشید. مصادیق زیان‌رسانی ربات بسیار است. برای نمونه می‌توان به جراحی رباتیک اشاره کرد. در سال ۲۰۰۸ زنی آمریکایی که به بیماری اندومتریوز^۴ مبتلا بود، به کمک ربات تحت عمل جراحی قرار گرفت؛ اما با

۱. مقصود خود انسان است.

۲. مقصود اموال یا دیگر چیزهایی است که متعلق به انسان است.

۳. ماده ۵۲۰: «در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است؛ در غیراین صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد کرد.»

4. Endometriosis.

گذشت ده روز از جراحی، پزشکان متوجه پارگی در محل کلون^۱ و رکتوم^۲ این بیمار شدند. آن‌ها تمام دلایل پارگی را بررسی کردند؛ اما هیچ اشکالی در این جراحی نیافتند. طبق بررسی‌های جدید، علت حوادث سال‌های ۲۰۰۸ و ۲۰۱۱ در دو زمینه بوده که یکی از آن‌ها استفاده از ربات داوینچی در اعمال جراحی بوده است (<http://jjo.ir/NHnnZY>). در این نمونه به‌روشنی می‌توان زیان‌رسانی ربات به‌شکل مستقیم و بی‌واسطه را مشاهده کرد.

۳. ۲. فعل یا ترک فعل زیان‌بار

مسئولیت مدنی گاهی از انجام‌دادن کار و گاهی از ترک کار نشئت می‌گیرد که پیامد هر دو از بین رفتن مال یا نفس یا نقصان آن است. بنابراین اینکه کار انجام‌شده یا ترک‌شده سبب زیان‌رسانی به دیگری شود، مهم‌ترین رکن ایجاد مسئولیت مدنی است.

۳. ۲. ۱. گونه‌های فعل زیان‌بار توسط ربات

فعل زیان‌بار ربات را به دو گونه می‌توان متصور شد:

مطلق فعل وجودی زیان‌بار: فعل زیان‌بار در فناوری رباتیک امکان دارد به‌صورت یک عمل وجودی صورت پذیرد؛ مانند اینکه ربات اموال مربوط به دیگری را تخریب کند. تخریب عملی وجودی است که ربات آن را انجام داده است. مجروحیت یک نفر در نمایشگاه فناوری ۲۰۱۶ چین بر اثر ازدست‌رفتن کنترل ربات Fatty، همچنین کشته‌شدن زن ۴۹ ساله در آمریکا در تصادف با یک خودران شرکت «اوبر» و وقایع دیگر از این دست، نمونه‌هایی از زیان‌رسانی ربات به‌شکل فعل مثبت و وجودی است.

فعل زیان‌بار ناشی از سوءاستفاده از حق: گاهی فعل زیان‌بار ناشی از سوءاستفاده از حق است؛ بدین معنا که افراد حین اعمال حق خود، سبب ورود زیان به دیگران می‌شوند. زیان‌رسانی حین اجرای حق دو صورت دارد: ۱. اجرای حق مستلزم ورود زیان به دیگری باشد که چنین زیانی جبران‌پذیر نیست، مانند استیفای حق قصاص؛ ۲. اجرای حق مستلزم ورود زیان به دیگری نباشد؛ اما صاحب حق طوری آن را اعمال کند که زیان برسد. سوءاستفاده از حق مالکیت ربات در مسئله اشتغال را می‌توان از این مصادیق دانست؛ با این توضیح که ربات‌ها با حضور خود در جوامع، بسیاری از شغل‌ها را به تصرف خود درآورده‌اند و این موجب می‌شود افرادی شغل خود را از دست بدهند و بیکاری‌شان سبب زیان‌های فراوان مانند فقر، تنگدستی، اختلال در ازدواج و حفظ نسل و محرومیت از بیمه می‌شود. این تنها از سوءاستفاده مالک از حق مالکیت برای یافتن سود بیشتر نشئت می‌گیرد. با توجه به اصل ۴۰ قانون اساسی و با استفاده از تنقیح مناط می‌توان گفت مالک ربات نمی‌تواند استفاده از جنبه اطلاق حق خویش را وسیله‌ای برای زیان‌رساندن به دیگران قرار دهد؛ یعنی وی هرچند حق هرگونه استفاده از مال خود را دارد، در اینجا

1. Colon.

2. Rectum.

چون با جایگزینی آن، سبب ورود زیان به دیگران به واسطه بیکارکردن آن‌ها می‌شود، طبق ملاک این اصل، حق مالکیتش محدود می‌شود و نمی‌تواند چنین بهره‌وری‌ای داشته باشد. وانگهی با الغای خصوصیت «همسایگی» در ماده ۱۳۲ قانون مدنی^۱ نیز می‌توان به محدودیت استفاده از بهره‌وری مالک حکم کرد؛ بدین بیان که چون هرگونه استفاده از فناوری ربایک موجب زیان به دیگران به واسطه ازدست‌دادن شغلشان می‌شود، بر مبنای ملاک این ماده، مطلق حق مالکیت وی پذیرفته نیست؛ بلکه باید استفاده وی را در این زمینه محدود ساخت (نظریه و همکاران، ۶۵ و ۶۹ و ۷۶).

برخی از مراجع تقلید معتقدند که احراز سوءاستفاده در حق مالکیت سبب ضمان مالک نمی‌شود.^۲ در مقابل، یکی از فقها در این زمینه معتقد است: «اگر کارشناسان متبحر تشخیص دهند که این گونه فناوری موجب استیصال عمومی کارگران می‌شود، حق استفاده از آن فناوری وجود ندارد و [اگر] کسانی که اقدام به گسترش و استیصال عمومی کارگران کرده‌اند، دارای تقصیر می‌باشند نفع و زیان هرکدام بر اساس موازین علمی بررسی [می‌شود] و اگر احراز سوءاستفاده شود، طبق میزان تأثیرگذاری آن باید حکم مقتضی صادر شود.»^۳

۳. ۲. ۲. گونه‌های ترک فعل زیان‌بار توسط ربای

ترک فعل یعنی انسان کاری را که بر عهده دارد، انجام ندهد و از این ترک زبانی تحقق یابد. ترک فعل گونه‌هایی دارد که دو گونه از آن می‌تواند از مصادیق فعالیت‌های ربای باشد:

ترک فعل ناشی از عدم نگهداری اشیاء و حیوانات: وقتی چیزی تحت نظارت فرد است، باید همه‌گونه کنترل بر آن داشته باشد تا زبانی از جانب آن وارد نیاید؛ بنابراین اگر فرد در خصوص نگهداری، ترک وظیفه کرد و از قضا ضرری وارد آمد، در تحقق مسئولیت مدنی نباید تردید کرد. فقها معتقدند حفظ و نگهداری حیوان وحشی واجب است و اگر فرد در این زمینه اهمال و سستی ورزد، ضامن همه جنایات وارد شده است (علامه حلی، ۶۵۷/۳؛ محقق حلی، ۲۳۹/۴؛ فیض کاشانی، ۱۱۵/۲؛ صاحب‌جواهر، ۱۲۹/۴۳؛ موسوی، ۵۶۷/۲؛ خویی، ۱۰۴). آنچه این فقها و دیگر هم‌نظرانشان بر مبنای آن فتوا داده‌اند، روایاتی است که در باب «موجبات ضمان» وارد شده:

۱. روایت حلبی: «سُئِلَ عَنْ بُحْتِيٍّ اغْتَلَمَ فَخَرَجَ مِنَ الدَّارِ فَقَتَلَ رَجُلًا فَجَاءَ أَخُو الرَّجُلِ فَضْرَبَ الْفَحْلَ بِالسَّيْفِ فَقَالَ صَاحِبُ الْبُحْتِيٍّ ضَامِنٌ لِلدِّيَةِ وَ يَقْتَصُّ ثَمَنَ بُحْتِيَّةٍ؛ از امام صادق (ع) درباره شتر خراسانی سؤال شد که به شهوت آمده و از خانه بیرون زده و مردی را کشته است و برادر مقتول آمده و این شتر را با شمشیر پی کرده است؛ حضرت فرمود: صاحب شتر ضامن دینه مرد است، ولی بهای شترش را می‌گیرد» (حرعاملی، ۲۵۰/۲۹).

۲. روایت علی بن جعفر: «سَأَلْتُهُ عَنْ بُحْتِيٍّ مُغْتَلِمٍ قَتَلَ رَجُلًا فَقَامَ أَخُو الْمَقْتُولِ فَعَقَرَ الْبُحْتِيَّ وَ قَتَلَهُ مَا حَالُهُ قَالَ عَلَى

۱. «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود، مگر تصرفی که به‌قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.»

۲. استفتا از آیت الله صافی گلپایگانی در تاریخ ۶ اردیبهشت ۱۳۹۹ و آیت الله حسینی شیرازی در تاریخ ۲۲ فروردین ۱۳۹۹.

۳. استفتا از آیت الله علوی گرگانی در تاریخ ۲۹ فروردین ۱۳۹۹.

صَاحِبِ الْبُخْتِ دِيَةُ الْمَقْتُولِ وَ لِصَاحِبِ الْبُخْتِ ثَمَنُهُ عَلَى الَّذِي عَقَرَ بُخْتِيَهُ؛ از برادرم موسی درباره شتری شهوت زده که مردی را کشته و برادر مقتول برخاسته و شتر را پی کرده، پرسیدم که حال اینان چگونه است. حضرت فرمود: 'بر صاحب شتر، دیه مقتول است و بهای شتر نیز بر کسی است که شتر را پی کرده است' (همان، ۲۵۱).

۳. روایت دیگر علی بن جعفر: «سَأَلْتُهُ عَنْ بُخْتِي أَغْتَلَمَ فَقَتَلَ رَجُلًا مَا عَلَى صَاحِبِهِ قَالَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ؛ درباره شتر خراسانی که مست شده و مردی را کشته، پرسیدم که بر صاحب شتر چیست. فرمود: 'باید دیه بپردازد' (همان). این سه روایت از حیث سند، صحیح است و از حیث دلالت نیز قابلیت تمسک در بحث مراقبت از ربات و نظارت بر نوع عملکرد او را دارد؛ به این تقریر که هرچند آنچه در روایات تصریح شده «بُخْتِ» است، می توان از آن الغای خصوصیت کرد؛ یعنی مورد روایت تنها شامل بختی و بلکه حیوان نمی شود و با الغای خصوصیت از آن می توان از ملاک روایت در موارد دیگر نیز استفاده کرد. از همین منظر، تخصیص حکم به بختی به هیچ فقیهی نسبت داده نشده است (خویی، ۳۰۶/۴۲؛ فاضل لنکرانی، ۹۶). آیت الله سبزواری با عبارت پردازی دقیق تر چنین نمونه هایی را تمثیلی برشمرده و قاعده ای کلی مطرح کرده است: «نگهداری هر چیزی که ترک مراقبت آن برای دیگری مضر باشد و نگهداری آن تحت اختیار مالک آن باشد بایسته است و اگر در مراقبت سستی ورزد، ضامن جنایت است» (سبزواری، ۱۴۰/۲۹).

حادثه مرگ آن زن بر اثر تصادف با خودران شرکت او بر نیز مصداق ترک فعل است؛ چون به گزارش پلیس، این خودران در لحظه سانحه بدون کنترل راننده بوده است. راننده می توانسته کنترل آن را به دست گیرد، اما در این باره سستی ورزیده است. اعتماد به تصمیم گیری رباتیک در مأموریت های انسانی، مشکل آفرین است. از این رو باید همواره کسی در کنار ربات، مراقب رفتارهای او باشد و اگر چنین مدیریتی اعمال نشود، مسئله می تواند مصداق ترک فعل در مراقبت از اشیا و وسایل باشد. اگر ربات نتواند در لحظه، تصمیمی هوشمندانه بگیرد و باعث زیان شود، بی تردید در مدار مسئولیت قرار خواهد گرفت.

ترک فعل ناشی از مراقبت از افراد: وقتی ربات مسئول مراقبت از افراد باشد، کوتاهی او که سبب زیان رسانی به فرد می شود، او را مسئول ورود خسارت خواهد کرد. فقها در این زمینه نوشته اند که اگر فردی فرزند خود را به مربی شنا بدهد و بر اثر تفریط مربی، فرزند او غرق شود، مربی ضامن است (محقق حلی، ۲۳۷/۴؛ علامه حلی، ۳۵۹؛ صاحب جواهر، ۱۰۶/۴۳؛ تبریزی، ۸۹). دلیل ضمان در صورت تفریط این است که نگهداری از آن فرد واجب است و وقتی تفریط صورت گیرد، فرد ضامن قلمداد می شود؛ زیرا او به تنهایی نمی توانسته خود را از غرق شدن حفظ کند (شهید ثانی، ۳۶۳/۱۵).

ربات پرستار بهترین شاهد برای این قسمت است که در موارد ترک فعل می تواند در قلمرو مسئولیت قرار گیرد. برای نمونه، ربات پرستار Stevie نوعی کنترلگر خودکار برای انجام دادن اموری است که به دخالت مستقیم پرستاران نیازی ندارد. مثلاً Stevie می تواند زمان مصرف دارو را یادآوری کند و در صورتی که بیمار به توجه پرستار یا

درمان‌های بیمارستانی نیاز داشته باشد، فرد مربوط را آگاه سازد، برای کمک به بیماری که روی زمین افتاده، با پرستار تماس بگیرد و در صورت نیاز به آمبولانس، با اورژانس ارتباط برقرار کند (<https://www.isna.ir/news/97072312916>). حال اگر در مواقع لزوم Stevie این کار را انجام ندهد و بر اثر تأخیر در یادآوری استفاده از دارو یا ارتباط نگرفتن با پرستار در مواقع اضطراری، ضرری بیشتر به بیمار وارد آید و حالش به وخامت گراید، او در قلمرو مسئولیت قرار می‌گیرد.

۳.۳. رابطه سببیت

اثبات ورود ضرر به زیان دیده و همچنین ارتکاب تقصیر یا وقوع فعلی از سوی خواننده یا کسانی که اعمال آنان با اوست، به تنهایی دعوی خسارت را توجیه نمی‌کند؛ بلکه باید احراز شود بین ضرر و فعل زیان‌بار رابطه سببیت وجود دارد؛ یعنی ضرر از آن فعل ناشی شده است (کاتوزیان، ۷۹). به دیگر سخن، زیان باید مستقیماً ناشی از فعل زیان‌بار باشد؛ به طوری که در صورت انتقای فعل زیان‌بار، ضرر نیز منتفی محسوب شود. لزوم وجود چنین رابطه‌ای بدیهی است؛ جز این نمی‌توان حکم به مسئولیت مدنی کرد (باریکلو، ۱۳۱). در اینکه آیا می‌توان برای سببیت تعیین ملاک کرد، میان فقها اختلاف است^۱ ولی به هر صورت باید احراز شود که میان ربات و فعل زیان‌بارش رابطه سببیت وجود دارد؛ بدین معنا که منشأ ضرر، فعل ربات باشد، در غیر این صورت نمی‌توان به شکل‌گیری مسئولیت مدنی نظر داد. اما چون در زیان‌های ربات معمولاً یک سبب وجود دارد، احراز رابطه پیچیدگی نخواهد داشت. برای مثال، چنانچه در مواقع لزوم، ربات پرستار Stevie وظیفه خود را، که یادآوری زمان مصرف داروست، انجام ندهد و سبب شود که زیان بیشتری به بیمار وارد آید، در قلمرو مسئولیت قرار می‌گیرد.

۴. ادله اثبات مسئولیت مدنی ربات

برای اثبات بار مسئولیت مدنی ربات می‌توان به برخی قواعد و مبانی اجتهادی تمسک کرد:

۴.۱. قاعده نفی ضرر

این قاعده برگرفته از روایتی نبوی است. معنای حدیث «لا ضرر» به کوتاه سخن آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد. عدم مشروعیت ضرر، هم شامل مرحله قانون‌گذاری می‌شود و هم شامل مرحله اجرای قانون (محقق داماد، ۱۵۰/۱). برای اثبات مسئولیت مدنی مبتنی بر قاعده فوق، می‌توان از دو راه استفاده کرد: ۱. شمول قاعده نسبت به احکام عدمی؛ ۲. قاعده اتلاف. شمول قاعده نسبت به احکام عدمی: از پیش این پرسش مطرح بوده که آیا قاعده نفی ضرر صرفاً ناظر به احکام

۱. برای نمونه عده‌ای در این موضوع به ماهیت واسطه بین سبب و زیان توجه کرده‌اند (نائینی، ۲۷۴/۲؛ صدر، ۳۲۷/۴)، دسته‌ای با طرح بحث فلسفی در صدد دستیابی به ملاک برآمده‌اند (محقق حلی، ۱۸۶/۳؛ محقق کرکی، ۲۰۷/۶)، برخی صرف اسناد عرفی را لحاظ کرده (حسینی مراغی، ۴۳۵/۲) و برخی نیز تعیین ضابطه را بی‌فایده دانسته و گفته‌اند باید به روایات تسبیب رجوع کرد (صاحب‌جواهر، ۵۰/۳۷).

وجودی است یا افزون بر آن شامل احکام عدمی نیز می‌شود. فاضل تونی (تونی، ۱۹۳)، صاحب عروه (یزدی، ۷۵/۱)، شهید صدر (صدر، ۳۱۱) و محقق خویی (خویی، ۵۷۴/۳) شاخص‌ترین فقهایی هستند که معتقدند این قاعده، علاوه بر رفع، مثبت حکم نیز هست و در مقابل، محقق نائینی (خوانساری نجفی، ۲۱۹) صاحب جامع المدارک (خوانساری، ۱۹۲/۵) و صاحب منتقى الاصول (روحانی، ۴۵۲/۵) شاخص‌ترین مخالفان این دیدگاه‌اند.

می‌توان میان دو گروه چنین داوری کرد که اگر گستره شمول قاعده لاضرر را محدود به احکام وجودی کنیم، این قاعده جز در مواردی که شریعت بیان داشته، قلمرو نخواهد داشت. این در حالی است که هرچه از عصر تشریع فاصله می‌گیریم، مباحث جدید در جامعه نمودار می‌شود که فقه نمی‌تواند درباره تعیین حکمشان بی‌اعتنا بماند و باید طبق ادله موجود به تعیین حکم اقدام کند. یکی از همین مباحث، تعیین وضعیت ضمان در مصادیقی است که شریعت درباره آن‌ها حکمی ندارد. می‌توان با استفاده از قاعده لاضرر چنین گفت که هیچ حکمی در دین تشریع نشده که منشأ زیان باشد و امکان تشریع آن نیز وجود ندارد. پس این دیدگاه که قاعده لاضرر نمی‌تواند مثبت حکم باشد، بدون دلیل است؛ بلکه اطلاق آن شامل همه مصادیق ضرری می‌شود؛ چه شارع درباره آن‌ها حکمی بیان فرموده باشد یا نه. برای همین بیع غبنی به دلیل زیان‌آور بودن یا حرمت مراجعه به حکام جور در حالت توقف اخذ حق به مراجعه، نفی می‌شوند. نیز نمونه‌هایی که در آن بی‌توجهی به بیان حکم و جعل آن سبب ایراد ضرر باشد، مشمول حکم قاعده خواهد بود. از سوی دیگر، شارع به‌عنوان مقتن اگر در مواقع لزوم، جعل قانون نکند و از این حیث زیان متوجه افراد جامعه شود و نظام زندگی‌شان مخدوش شود، قطعاً او سبب ایراد ضرر خواهد بود. بنابراین همان‌گونه که تقنین می‌تواند مضر به حال افراد باشد و به کمک قاعده لاضرر نفی شود، به همان میزان، عدم تقنین نیز می‌تواند مضر باشد که به واسطه قاعده لاضرر منتفی خواهد شد. از این گذشته می‌توان از وجود یا عدم، الغای خصوصیت کرد و مسئله نفی ضرر را به شکل ویژه به هیچ‌کدام مختص ندانست و ملاک را بر وجود یا ایراد ضرر نهاد و چنین گفت که اصل مهم آن است که ضرری تحقق یابد، چه منشأ آن، حکم باشد و چه عدم حکم.

پس در صورت وقوع زیان توسط ربات و حکم نکردن به ضمان، این خود زیانی دیگر است که چون عدم وضع چنین حکمی منتسب به شارع خواهد بود، طبق قاعده باید حکم ضرری برداشته شود؛ بنابراین قاعده در احکام عدمی نیز مجال جریان خواهد یافت.

۴.۲. نفی ضرر غیر متدارک

نخستین کسی که این دیدگاه را ارائه کرده، فاضل تونی است (تونی، ۱۹۳). پایه استدلال وی این است که نفی ضرر به صورت حقیقی نیست. از آنجا که در خارج، ضررهای فراوان واقع می‌شود، به ناچار باید گفت منظور از نفی ضرر، ضرر بدون جبران است. در نتیجه هر ضرری دارای جبران است و تعهد به جبران همان مسئولیت مدنی است (حکمت‌نیا، ۱۱۳). بنابراین زیان‌های وارد شده توسط ربات، چه از طریق فعل زیان‌بار و چه ترک فعل زیان‌بار، قابلیت جبران خواهند داشت.

۳.۴. قاعده اتلاف

این قاعده از مهم‌ترین قواعد در اثبات مسئولیت مدنی است. مقصود از اتلاف مال، نابودکردن و از بین بردن آن است (بجنوردی، ۲۸/۲). با مراجعه به زندگی خردمندان این نکته مسلم به نظر می‌رسد که وقتی شخصی به اتلاف مال دیگری مبادرت می‌کند، عقلاً او را ضامن می‌شناسند. از سوی دیگر، اطلاق ادله قاعده اتلاف سبب می‌شود این قاعده صورت عمد و غیرعمد را شامل شود. از این رو شخصی که با عمل خویش موجب تلف مال دیگری شده، ملزم به پرداخت خسارت است (محقق داماد، ۱/ ۱۱۲ و ۱۱۴). البته اثبات مسئولیت مدنی ربات با این قاعده، به دلیل وضع خاص ربات، منحصر در فرض فقدان قصد است؛ زیرا ربات نمی‌تواند قاصد باشد. ماده ۳۲۸ قانون مدنی^۱ نیز مشعر به همین مطلب است.

۴.۴. تنقیح مناط

تنقیح مناط به معنای شناسایی علت حکم از کلام شارع و قانون‌گذار به نحو قطعی است. تنقیح مناط از روش‌هایی است که مجتهد به وسیله آن، قصد شارع را از کلام (نص) وی استخراج می‌کند. این در جایی است که شارع حکم واقعه و مناط آن را بیان کرده و همراه بیان مناط آن، اوصافی را ذکر نموده که مجتهد یقین دارد بعضی از این اوصاف در تعلق حکم به موضوع یا واقعه دخالت ندارد. به همین دلیل از راه شناسایی و حذف آن‌ها، مناط حقیقی حکم شارع را به دست می‌آورد و از این طریق دامنه حکم را گسترش می‌دهد (مکارم شیرازی، ۲/ ۴۷۴). ماده ۳۳۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود، مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد؛ لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد، فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود.» ملاک ماده آن است که اصل بر عدم تقصیر است، مگر اینکه خلافش ثابت شود. با استفاده از تنقیح مناط قطعی، همین ملاک می‌تواند در ورود خسارت توسط ربات به کار گرفته شود.

وانگهی با استفاده از الغاء خصوصیت «حیوان» در ماده مذکور می‌توان حکم به مسئولیت مدنی برای ربات نمود. برخی فقها از این مبنا در برداشت خود از روایات باب موجبات ضمان بهره برده‌اند (خویی، ۳۰۶/۴۲؛ فاضل لنکرانی، ۹۶). به دیگر سخن اگر کسی که از ربات استفاده می‌کند (با توجه با مثال‌های گذشته)، در حفظ و کنترل آن کوتاهی کند یا اینکه ربات در اثر عمل انسان منشأ ضرر گردد، مسئول حفظ آن در صورت تقصیر عهده‌دار جبران خسارت خواهد بود. علت حکم مقتن به جبران خسارت، عنصر تقصیر است (سبزواری، ۲۹/ ۱۴۰).^۲

۵.۴. بنای عقلا

۱. ماده ۳۲۸: «هرکس مال غیر را تلف کند، ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد؛ اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت. و اگر آن را ناقص یا معیوب کند، ضامن نقص قیمت آن مال است.»
 ۲. البته بیان عنصر تقصیر این توهم را ایجاد نکند که نویسندگان نسبت به دیدگاه مختار خود که نظریه احترام باشد، بی‌توجه‌اند.

حین بررسی ارتکازات عرفی درمی‌یابیم بنای عقلا بر این اصل استوار است که هیچ خسارتی بدون جبران باقی نمی‌ماند و وقتی فردی باعث ایراد زیان به دیگری می‌شود، عقل او را ملزم به جبران می‌کند. با پیشرفت تکنولوژی این اصل مصادیق جدید نیز پیدا کرده است. عقلا در زمینه جبران خسارات مرتبط با ربات و فناوری رباتیک دغدغه دارند. به همین منظور کشورهای در حال توسعه مبتنی بر فناوری، در حیطه تقنین در زمینه امکان‌سنجی بررسی حقوقی مسئله، شناسایی مسئول و نیز جبران خسارت ناشی از اعمال ربات، مطالعاتی را آغاز کرده‌اند.

برای نمونه در اکتبر ۲۰۱۶ طرحی توسط کمیته فرعی تحقیق و توسعه فناوری اطلاعات و شبکه شورای ملی علوم و فناوری آمریکا ارائه شده است. در این طرح، هفت راهبرد منظور شده است که در راهبرد چهارم توجه به مقوله مسئولیت مدنی طراح، سازنده و برنامه‌نویس دیده می‌شود (https://www.nitrd.gov/news/national_ai_rd_strategic_plan_a_spx). اتحادیه اروپا نیز در فوریه ۲۰۱۷ قواعد قانون مدنی در حوزه رباتیک را تصویب کرد که ملاحظاتی در نظر داشته است: اینکه هر قدر ربات‌ها خودمختاری بیشتری داشته باشند، کمتر می‌توان آن‌ها را ابزارهایی ساده در دستان کنشگران دیگر پنداشت، این پرسش را پیش می‌کشد که آیا قواعد معمول درباره مسئولیت کافی اند یا به اصول و قواعدی جدید نیاز است که مسئولیت قانونی کنشگران مختلف را از حیث مسئولیت در قبال رفتار ربات‌ها به‌روشنی تعیین کند؟ (http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html).

روسیه نیز اقداماتی برای قانونی کردن استفاده از هوش مصنوعی انجام داده است و در جلسات متعدد درباره موضوعاتی همچون هوش مصنوعی، تعامل انسان و ربات و... بحث شده است (<https://www.kommersant.ru/doc/3466537>).

بنابراین سیره عقلا دلیلی بر وجاهت مسئولیت مدنی ربات است. شاید گفته شود سیره عقلا باید با تأیید شارع رسیده باشد و تأیید سیره عقلا در حوزه رباتیک توسط شارع وجود ندارد. در پاسخ به این اشکال گفته می‌شود که امضای شارع برای سیره عقلا به طور اختصاصی نیاز نیست؛ بلکه امضای کلی او نسبت به امور عقلایی کافی است. به دیگر سخن، شارع موافقت کرده است تا امور عقلا را به آنان واگذار کند؛ بدین معنا که مرکّزات عقلایی را در همه زمان‌ها پذیرفته است (فاضل لنکرانی، ۲۱ تا ۲۷)؛ بنابراین نیازی به امضای شارع نسبت به سیره به طور جزئی و اختصاصی نیست. وانگهی حجیت سیره بر مبنای قضیه طبیعی بوده و در بنای عقلا همین بس که ثابت شود آن کار بر مبنای طبیعت عقلایی انجام گرفته است؛ هر چند ائمه (ع) بدان عمل نکرده باشند. در این صورت اگر ردع نشده باشد، همواره اعتبار دارد (صدر، ۲۶۴/۱).

۵. تعیین مسئول جبران خسارت

هدف مسئولیت مدنی جبران خسارت است؛ بدین معنا که وقتی کسی با فعلی زیان‌بار موجب ایراد خسارت به

دیگری می‌شود، ملزم به جبران خسارت زیان‌دیده است. بازگشت زیان‌دیده به وضع پیش از ورود زیان مهم‌ترین اصل در جبران خسارت است. طبق این اصل، جبران به معنای واقعی منوط به اقداماتی است که زیان‌دیده را به وضع قبل از ورود زیان بازگرداند (ره‌پیک، ۹۸). با این وصف وقتی که زیانی توسط ربات به دیگران وارد می‌آید، این زیان باید جبران شود که حسب مورد به صورت بیمه، دیه، دادن معادل مثلی یا قیمی امکان‌پذیر است؛ اما ماهیت غیرانسانی ربات سبب شده تا نتوان به ضمان شخص او حکم کرد، بلکه باید پی‌جوی کسانی دیگر بود. برای همین می‌توان جبران انگیزه کنش‌گرایانه ربات را به عاملی انسانی مانند، مالک، ثالث، رخنه‌گر، سازنده و برنامه‌نویس متوجه ساخت. این در حالی است که برخی فقها به طور مطلق، به کارگیرنده را مسئول جبران زیان دانسته‌اند؛^۱ اما چنان‌که معلوم است، این نظر تام نیست و شامل سازنده و طراح و برنامه‌نویس نمی‌شود و حق آن بود که حکم مسئله به تفصیل بیان می‌شد.

۱. ۵. مسئولیت مالک^۲

در وضعیتی که ربات در کنترل مالک است و بر اثر تفریط مالک، موجب خسارت به دیگری می‌شود، به دلیل تفریط مالک در کنترل آن و جایز نبودن ورود زیان به دیگران مبتنی بر قاعده احترام و استناد تفریط به مالک، خودش به عنوان مسئول جبران شناخته می‌شود. فقها نیز در نمونه‌هایی مانند اتلاف زراعت (خوبی، ۳۰۹/۲؛ روحانی، ۳۸۷/۳؛ سیستانی، ۲۷۵/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۹۷/۲) یا زخمی شدن دیگران توسط حیوان (محقق حلی، ۴/ ۲۳۹؛ علامه حلی، ۳/ ۶۵۷؛ شهید ثانی، ۳۷۷/۱۵؛ صاحب‌جواهر، ۱۳۲/۴۳؛ سبزواری، ۱۴۲/۲۹؛ موسوی، ۵۶۷/۲) در صورتی که مالک در نگهداری آن تفریط کرده باشد، قائل به ضمان هستند. مفاد ماده ۳۳۴ قانون مدنی نیز همین است.

۲. ۵. مسئولیت ثالث^۳

گاه ربات در تصرف فردی غیر از مالک است و در این حالت، چنانچه ربات منشأ ورود زیان شود، مسئولیت متوجه شخص ثالث است. فقها نیز معتقدند راکب و سائق حیوان ضامن جانیات و خسارات واردشده توسط حیوان‌اند (طرابلسی، ۲۳۰؛ عاملی، ۲۷۷؛ موسوی، ۵۶۸/۲؛ شهید ثانی، ۳۷۸/۱۵). ملاک در ضمان راکب نیز رکوب است که اعم است از اینکه مالک آن باشد (فاضل لنکرانی، ۱۰۰). افزون بر ماده ۳۳۴ قانون مدنی که به مسئولیت متصرف اشاره کرده، ماده ۵۲۴ قانون مجازات اسلامی^۴ نیز متصرف حیوان را ضامن همه خسارت‌هایی دانسته که از جهت او وارد شده است. در این فرض نیز چون ربات با ایراد زیان سبب تضییع حق افراد شده است،

۱. استفتا از آیت‌الله صافی گلپایگانی در تاریخ ۶ اردیبهشت ۱۳۹۹، آیت‌الله علوی گرگانی در ۲۹ فروردین ۱۳۹۹ و آیت‌الله حسینی شیرازی در تاریخ ۲۲ فروردین ۱۳۹۹.

2. Owner liability.

3. Third party liability.

۲. «هرگاه کسی که سوار حیوان است آن را در معابر عمومی یا دیگر محل‌های غیر مجاز متوقف نماید، در مورد تمام خسارت‌هایی که آن حیوان وارد می‌کند و مستند به فعل شخص مزبور می‌باشد ضامن است و چنانچه مهار حیوان در دست دیگری باشد مهارکننده به ترتیب فوق ضامن است.»

براساس نظریه احترام، متصرف باید به جبران زیان اقدام کند.

۳.۵. مسئولیت رخنه‌گر^۱

گاه ربات که تحت کنترل مالک یا در تصرف فردی غیر از مالک است، به وسیله تحریک رخنه‌گر افعال زیان‌بار انجام می‌دهد؛ یعنی با رخنه^۲ در سیستم کنترل ربات سبب ایجاد خرابکاری و زیان‌آفرینی توسط ربات می‌شود. برای نمونه با رخنه در سیستم خودران، کاری می‌کند که خودران به چراغ قرمز بی‌اعتنا شود و از آن عبور کند و برخورد با عابر پیاده یا تصادم با خودرویی دیگر را موجب شود. فقره پایانی ماده ۳۳۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «... لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد، فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود.» فقها معتقدند چنانچه کسی حیوان را تحریک کند و این عمل سبب ضرر زدن حیوان به دیگری شود، ضامن خواهد بود (شهید ثانی، ۲۷۸؛ حسینی عاملی، ۷۹۷/۱۹). مستند این حکم، روایت صحیح حلبی از امام صادق (ع) است: «إِنَّمَا رَجُلٌ فَرَّعَ رَجُلًا عَنِ الْجِدَارِ أَوْ نَفَرَ بِهِ عَنْ دَائِيَّةٍ فَعَرَّ فَمَاتَ فَهُوَ ضَامِنٌ لِذِيَّتِهِ وَإِنْ انْكَسَرَ فَهُوَ ضَامِنٌ لِذِيَّتِهِ مَا يَنْكَسِرُ مِنْهُ؛ هر فردی که مردی را روی دیوار بترساند یا چهارپایی را که بر آن سوار است رم دهد و آن مرد بیفتد و بمیرد، آن فرد ضامن دینه اوست و اگر شکستگی پیدا کند هم او ضامن دینه آن عضو اوست که شکسته است» (حرعاملی، ۲۵۲/۲۹). در این فرض به دلیل اینکه سبب ایراد زیان، رخنه فرد دیگر در تنظیمات ربات است، رخنه‌گر باید به جبران زیان اقدام کند؛ چراکه اموال و نفوس و حقوق مردم محترم‌اند و معنای احترام همین است که اگر به هریک از آنان زیانی وارد آید، عامل باید زیان را جبران کند؛ زیرا نفس و اموال افراد به دلیل محترم بودن، تحت حمایت قانون است.

۴.۵. مسئولیت سازنده^۳

ربات به عنوان یک محصول باید طوری تولید شود که به دیگران آسیب وارد نسازد. به همین منظور باید همه قواعد علمی و استانداردهای لازم رعایت شود تا ربات معیوب نباشد. عیب در ساخت ربات وقتی پیش می‌آید که ربات طبق طرح مهندسی‌شده نباشد و فرایند تولید آن معیوب باشد؛ برای نمونه قطعه‌ای که برای فعالیت مهندسی‌شده آن نیاز هست، به کار نرفته یا به شکل درست جاگذاری نشده باشد؛ در نتیجه هنگام استفاده از ربات، نقص عملکرد رخ دهد و سبب ورود زیان می‌شود. ذکر این نکته بایسته است که مقصود از عیب در بحث ما، نقصان در عملکرد است؛ بدین معنا که در ربات اختلالی ایجاد شود که منجر به عملکرد ناقص او شده و در نتیجه سبب بروز حادثه و ورود زیان به دیگران شود. ربات انسان‌نمای فوق‌پیشرفته PIBOT می‌تواند همه مراحل پرواز را با استفاده از اهرم‌های کنترل استاندارد هواپیما انجام دهد. اگر این ربات بر اثر خطا در جای‌گذاری برخی قطعات و

1. Hackerliability.

2. Hack.

3. Manufacturer liability.

حسگرها یا ارزیابی‌نشدن صحت عملکردشان، نتواند متغیرهای صحت عملکرد ادوات فنی هواپیما را پردازش و در موقعیت خطر، تصمیم هوشمندانه بگیرد و این سبب زیان‌رسانی به جان مسافران شود، سازنده در مدار مسئولیت قرار خواهد گرفت؛ زیرا هرگونه اهمال در زمینه ساخت و تولید ربات، می‌تواند عملکرد آن را به‌ویژه در ربات خودمختار تغییر دهد. با این توضیح باید گفت چنانچه ربات بر اثر معیوب بودن یا اشکال فنی خسارت به بار آورد، چون فاقد شخصیت انسانی است، ناگزیر به حکم عقل و عرف، سازنده آن مسئول جبران شناخته می‌شود. به دیگر سخن، چون مسئولیت ناشی از معیوب بودن تولید، مسئولیتی محض است، سازنده در صورتی که رعایت قواعد فنی را نکرده باشد، مسئول قلمداد می‌شود و دلیل این حکم چیزی جز احترام به حق انسان و استفاده ایمن او از ربات نیست.

۵.۵. مسئولیت طراح^۱

گاهی نقصان عملکرد ربات ناشی از وجود عیب در فرایند طراحی است؛ برای مثال سطح ۵ خودران گوگل به شیوه‌ای طراحی شده است که برای حرکت نیاز به کاربر انسانی نیست؛ ولی در هوای مه‌آلود یا بارانی، امکان حرکت ندارد و این ناشی از عیب در طراحی است (حکمت‌نیا و دیگران، ۲۴۱). شاید وقتی عیب ناشی از طراحی باشد، ربات به محصولی غیرایمن تبدیل می‌شود؛ یعنی کارکردن با او در این حالت خطرناک و زیان‌آفرین باشد. در این صورت با بروز زیان، بی‌تردید طراح مسئول جبران زیان واردشده است.

نتیجه‌گیری

در ربات از فناوری هوش مصنوعی استفاده می‌شود و این فناوری قادر است ربات‌ها را بیشتر به خصایص انسانی مجهز کند. به همین دلیل ربات‌ها، به‌ویژه گونه خودمختار آن‌ها، می‌توانند در عملکرد زیانی متوجه دیگران کنند و چون هیچ‌زیانی نباید بدون پاسخ بماند، بحث مسئولیت مدنی در فناوری رباتیک رخ می‌نماید که باید با توجه به قواعد عام مسئولیت مدنی به جبران خسارت اقدام کرد. مبنایی که می‌توان به کمک آن مسئولیت مدنی در حوزه افعال رباتیک را توجیه کرد، اصل احترام است که در مقایسه با دیگر مبانی مسئولیت مدنی، هیچ اشکال نظری و کاربردی ندارد و افزون بر این یک مبنای فقهی با اسناد پشتیبان قوی محسوب می‌شود. از سوی دیگر، چون هدف اصلی مسئولیت مدنی جبران خسارت است و ربات نیز فاقد شخصیت حقوقی و الکترونیکی است، نمی‌توان مستقیماً خود او را ملزم کرد تا از عهده جبران خسارت برآید؛ بلکه به دلیل ماهیت غیرانسانی‌اش باید پی‌جوی عامل انسانی بود که حسب مورد می‌تواند مالک، متصرف، رخنه‌گر، سازنده یا طراح ربات باشد.

منابع

قرآن کریم

- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب مکاسب، به تحقیق عباس محمد آل سباع، چاپ اول، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
- بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- باریکلو، علی رضا، مسئولیت مدنی، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، به تصحیح مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، چاپ اول، قم: الهادی، ۱۴۱۹ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، به تحقیق محمدتقی ایروانی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- بروجردی، حسین، جامع احادیث الشیعه، چاپ اول، تهران: فرهنگ سبز، ۱۳۸۶.
- تبریزی، جواد، تنقیح مبانی الاحکام، چاپ اول، قم: دارالصدیقه الشهیده، ۱۴۲۸ق.
- تونی، عبدالله بن محمد، الوافی فی اصول الفقه، چاپ دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- جزایری، محمدجعفر، هدی الطالب فی شرح مکاسب، چاپ اول، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۶ق.
- جرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، چاپ اول، قم: آل البيت، ۱۴۰۹ق.
- حسنی، رضا، فرهنگ اصطلاحات کامپیوتری *webster*، چاپ دوم، تهران: رایزن، ۱۳۷۳.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- حکمت نیا، محمود و دیگران، «مسئولیت مدنی ناشی از تولید ربات های مبتنی بر هوش مصنوعی خودمختار»، آموزه های فقه مدنی، ۱۳۹۸، ش ۶۰، صص ۲۳۱ تا ۲۵۵.
- حکمت نیا، محمود، مسئولیت مدنی در فقه امامیه، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- خوانساری نجفی، موسی، قاعدة «لاضرر و لا ضرر»، چاپ اول، تهران: المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- خویی، ابوالقاسم، تکملة المنهاج، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- _____، الهدایة فی الاصول، چاپ اول، قم: صاحب الامر، ۱۴۱۷ق.
- _____، مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء التراث الامام الخویی، ۱۴۲۲ق.
- روحانی، محمد، منتقى الاصول، چاپ اول، قم: دفتر آیت الله، ۱۴۱۳ق.
- روحانی، محمدصادق، منهاج الصالحین، بی جا: بی نا، بی تا.
- رهپیک، حسن، حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها، چاپ دوم، تهران: خرسندی، ۱۳۹۲.
- سائسی، سیدمحسن، فرهنگ لغات و اصطلاحات کامپیوتر، تهران: سائسی، ۱۳۸۴.

- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم: المنار، ۱۴۱۳ق.
- سیستانی، علی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم: دفتر آیت الله، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام الى تنقیح شرایع الاسلام، چاپ اول، قم: المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، به تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- صدر، محمد، ماوراء الفقه، به تحقیق جعفر هادی دجیلی، چاپ اول، بیروت: دارالاضواء، ۱۴۲۰ق.
- صدر، محمدباقر، بحوث فی شرح العروة الوثقی، به تحقیق سید محمود هاشمی، چاپ دوم، قم: مجمع الشهید آیت الله الصدر العالمی، ۱۴۰۸ق.
- _____، دروس فی علم الاصول، چاپ پنجم، قم: اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- _____، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، به تقریر سید کمال حیدری، چاپ اول، قم: دارالصادقین، ۱۴۲۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تلخیص المرام فی معرفة الاحکام، به تحقیق هادی قیسی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
- _____، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة دیات، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۱۸ق.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد، حق التألیف، به تحقیق محمدجواد سعیدی، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۳۰ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، مفاتیح الشرایع، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.
- قاسم زاده، سید مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
- قانون مجازات اسلامی، تدوین جهانگیر منصور، چاپ یکصد و یازدهم، تهران: دیدار، ۱۳۹۲.
- قانون مدنی، تدوین جهانگیر منصور، چاپ یکصد و یکم، تهران: دیدار، ۱۳۹۴.
- قلی زاده نوری، فرهاد، فرهنگ تشریحی اصطلاحات کامپیوتری میکروسافت، چاپ اول، تهران: آذر کانون نشر علوم، بی تا.
- قنوتی، جلیل و حسین جاور، «مبنای احترام در شناسایی و حمایت از حریم خصوصی در حوزه ارتباطات»، مجله حقوق اسلامی، ش ۲۹، ۱۳۹۰، صص ۳۳ تا ۵۹.
- کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی - مسئولیت مدنی، چاپ هفدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ اول، تهران: دارالحدیث، ۱۴۲۹ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، به تصحیح عبدالحسین محمدعلی بقال، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: آل البيت، ۱۴۱۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امام علی، ۱۴۱۱ق.

- _____، انوار الاصول، به تقریر احمد قدسی، چاپ دوم، قم: مدرسه امام علی، ۱۴۲۸ق.
- موسوی قزوینی، علی، رساله قاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، به تحقیق سیدعلی موسوی علوی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- نائینی، محمدحسین، المكاسب و البیع، به تقریر محمدتقی آملی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- نظریور، حمزه و دیگران، «بررسی فقهی حقوقی سوء استفاده از حق مالکیت ربات در امر اشتغال»، مجله آموزه های فقه مدنی، ش ۱۸، ۱۳۹۷، صص ۵۱ تا ۸۲.
- نوری، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، قم: آل البيت، ۱۴۰۸ق.
- هوشمند فیروزآبادی، حسین، «ارزیابی مبانی فقهی مسئولیت مدنی»، مجله آموزه های فقه مدنی، ش ۱۹، ۱۳۹۸، صص ۲۹۷ تا ۳۲۸.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، تكملة العروه الوثقی، چاپ اول، قم: داوری، ۱۴۱۴ق.
- <https://agorgani.ir> Viewed in 1399/01/30
- <http://www.europarl.europa.eu> Viewed in 1398/03/09
- <https://www.isna.ir> Viewed in 1397/02/10
- <http://jamejamonline.ir> Viewed in 1398/12/23
- <https://www.kommersant.ru> Viewed in 1398/03/09
- <https://www.nitr.gov> Viewed in 1398/03/09
- <http://saafi.com> Viewed in 1399/02/09
- <https://www.shirazi.ir> Viewed in 1399/01/23
- <https://www.yjc.ir> Viewed in 1398/04/31

Table of Contents

A reflection on the inheritance of "Abuini" cousin in spite of "Abi" uncle from the Imamiyya point of view	11
Dr. Azam Ebrahimi - Dr. Abbas Kalantari Khalilabad	
Inadmissibility of applying the permission rule in criminal matters	29
Case study of legal requirements of intoxicants for religious minorities	
Dr. Ardavan Arjang - Seyyed Amir Ali Sadeghi	
The paradigms that govern the concept of right	49
A study of the approach of jurisprudence and jurists of Islam	
Dr. Mehdi Rezaei - Dr. Mohsen Ghaemi Kharq	
Jurisprudential study of the condition of inability to dispose of the realization of compulsion based on the opinion of Sheikh Ansari	69
Dr. Mohammad Mehdi Zarei - Farshid Rajabi - Dr. Aref Bashiri	
Acting upon generalities and applications in emerging jurisprudential issues in the light of explaining the criterion of innovation.	89
Seyed Reza Shirazi - Dr. Mohammad Taghi Karimi	
Validation of the purity of "a Muslim's absence ", "a Muslim's present appearance" and "a Muslim's description"	109
Tahereh Ghodsi - Dr. Taher Alimohammadi - Dr. Seyyed Mohammad Sadegh Mousavi	
Examination of the height examples of Tawaf of the House (circling Kaaba) in the verse "وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ"	131
Dr. Mohammad Reza Kazemi Golvardi - Hossein Mahdavi Damghani - Dr. Sayyed Mohsen Razmi	
Critique of the idea of the sanctity of listening to backbiting	151
Hamid Reza Kamel Nawab	
Jurisprudential study of the civil liability of robots	171
Hamzeh Nazarpour - Dr. Ali Akbar Izadifard - Dr. Mohammad Mohseni Dehklani	

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 53, No. 4: Issue 127, Winter 2022

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Alireza Ketabdar

Editorial Board

Dr. A. A. Īzadifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. J. Qanavā'i

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. M. Malek Afzali Ardakani

Professor of Al-Mustafa (PBUH) International
Society

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Figh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 53, No. 4: Issue 127, Winter 2022