

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

فقه
کاوشی نو در فقه اسلامی

سال بیستم، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۲

۷۶

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

مدیر مسؤول: عبدالرضا ایزدپناه

سر دبیر: محمدحسن نجفی

هیأت تحریریه (به ترتیب الفبا):

یعقوبعلی برجی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)

محمد زروندی رحمانی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)

سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی (دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

سیدضیاء مرتضوی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

محمدحسن نجفی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

کارشناس تحریریه: محمدصادق مزینانی

مدیر اجرایی: سید محمود کریمی

ویراستار: علی کوچکی

آدرس: قم، میدان شهدا، خیابان معلم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، دفتر مجله فقه، صندوق پستی: ۳۷۱۸۵-۵۹۹

تلفن دفتر مجله: ۳۷۷۴۲۱۵۸؛ نمابر: ۳۷۷۴۲۱۵۹؛ تلفن واحد توزیع: ۳۷۱۱۶۶۶۶

پست الکترونیک: feqh.osul@gmail.com؛ اینترنت: www.shareh.com

امور چاپ: سید حسین موسوی چاپ: چاپخانه دفتر تبلیغات اسلامی

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

- از نویسندگان محترم انتظار می‌رود که در تنظیم مقاله، به نکات زیر توجه کنند:
۱. از اصول علمی و روش‌های پژوهشی در نگارش مقاله و تحلیل مسائل بهره‌گیرند، و مقاله ارسالی دست‌کم دارای نوآوری در یکی از این موارد باشد: الف. طرح مسائل جدید و نوپیدای فقهی و اصولی؛ ب. ارائه روش‌های نو در حل مسائل؛ ج. ارائه مسائل پیشین در قالب نوین؛ و د. نقد نظریه علمی.
 ۲. مقاله ارسالی، بیش از ۲۵ صفحه^۱ ۳۰۰ کلمه‌ای نباشد.
 ۳. مقاله تحت برنامه word با قلم لوتوس شماره^۲ ۱۴ تایپ گردد و فایل آن، همراه با متن ارسالی به دفتر مجله و یا رایانامه مجله فرستاده شود.
 ۴. مقاله دارای چکیده فارسی و در صورت امکان چکیده عربی (۱۰۰ تا ۱۵۰ کلمه) باشد. کلیدواژه‌های مقاله نیز در حد سه تا شش کلمه پس از چکیده ذکر شود.
 ۵. در پایان مقاله، خلاصه^۳ مهم‌ترین مسائلی که نویسنده آن‌ها را در مقاله شرح داده، در ۱۰۰ تا ۲۰۰ کلمه، به عنوان نتیجه بحث آورده شود.
 ۶. اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله‌ای که مقاله از آن گرفته شده، همراه ترجمه ارسال گردد.
 ۷. مشخصات کامل نویسنده و رتبه علمی وی، شماره تماس و پست الکترونیک، در صفحه اول مقاله درج شود.
 ۸. مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه‌ای منتشر و یا همزمان به نشریه دیگری ارسال شده باشد.
 ۹. مقاله برای درج در یک شماره مجله آماده شود و دنباله‌دار نباشد.
 ۱۰. ارجاعات مقاله به صورت درون‌متنی، بین پرانتز به شرح زیر آورده شود:
قرآن: (نام سوره/شماره آیه)
کتاب: (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار اثر، شماره جلد، شماره صفحه)
مقاله: (نام خانوادگی، سال انتشار اثر، شماره صفحه)
- اگر از یک نویسنده بیش از یک اثر در مقاله استفاده شده، در صورت اشتراک زمان انتشار آثار، پس از نام نویسنده، ذکر نام اثر نیز الزامی است.
۱۱. اگر مؤلفان یک اثر بیش از سه نفر باشد، تنها نام خانوادگی یک نفر آورده شود و با واژه «دیگران» به دیگر مؤلفان اشاره شود.
 ۱۲. فهرست منابع در پایان مقاله و به ترتیب حروف الفبا به صورت زیر تنظیم شود:
کتاب: نام خانوادگی، نام: (سال انتشار)، نام کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ.
مقاله: نام خانوادگی، نام: (سال انتشار)، عنوان مقاله، نام نشریه یا مجموعه، شماره نشریه یا مجموعه.
۱۳. یادداشت‌های توضیحی در پایان مقاله و پیش از فهرست منابع آورده شود.
 ۱۴. مجله در ویرایش و تلخیص مقالات ارسالی به گونه‌ای که به اصل مطالب آسیب نرسد، آزاد است.
 ۱۵. دیدگاه‌های ارائه شده، صرفاً بیانگر دیدگاه نویسندگان آن‌ها است.

- ۴ ادامه زوجیت زن تازه مسلمان با همسر کتابی / محمدحسن نجفی راد
- ۲۹ استصناع در توجیهی جدید / محمدعلی خادمی کوشا
- ۴۸ تربیت اعتقادی فرزندان از منظر فقه / علیرضا اعرافی؛ سیدنقی موسوی
- ۷۱ بررسی عنصر احتیاط در فقه دوره های پیش و پس از اندیشه اخباری / حسنعلی
علی اکبریان؛ رسول نادری
- ۹۶ بررسی نظریه توسعه ملاک در قاعده تبعیت / محمدصادق مزینانی؛ بلال شاکری
- ۱۱۸ خاستگاه هرمنوتیکی دانش فقه و دیگر نظام های معرفتی مواجهه با نصوص /
عبدالمجید مبلغی
- ۱۴۳ تعدد دیه در جنایت منجر به ناشنوایی کودکان / رضا اسفندیاری (اسلامی)؛
علیرضا فجری
- ۱۵۶ خلاصه مقاله ها به عربی / علی سبزخدا

ادامه زوجیت زن تازه مسلمان

با همسر کتابی*

محمدحسن نجفی راد**

چکیده

موضوع «استمرار زوجیت زن تازه مسلمان با همسر کتابی» در قالب یکی از فروع بحث ازدواج با بیگانگان، همواره در کتاب‌های فقهی مطرح می‌شده است؛ ولی چون ممنوعیت استمرار زوجیت از شهرت برخوردار بوده، نظریه مخالف و مستندات آن کمتر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. با توجه به تأثیر اثبات این نظریه در زندگی خیل عظیمی از تازه مسلمانان به ویژه زنان - که زمینه گرایش به اسلام در آنان بیش تر است - بایسته است که ضمن بررسی مستندات این نظریه، در باب ادله مخالف و چگونگی حل مخالفت، تحقیق و بررسی شود. از این رو، تحقیق پیش رو در پی پاسخ‌گویی این مسأله مهم، ضمن بررسی مستندات نظریه و ادله مخالف آن، مشخص می‌کند که نظریه «جواز استمرار زوجیت زن تازه مسلمان با همسر کتابی» نه تنها به لحاظ دلیل، متقن و مستند است، که از پشتوانه شهرت قدمائی نیز برخوردار است.

کلیدواژه‌ها

اهل کتاب، استمرار زوجیت، احکام ازدواج، ازدواج با اهل کتاب.

* تاریخ دریافت ۹۲/۱۰/۱؛ تاریخ پذیرش ۹۲/۱۱/۲.

** استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

مشهور فقیهان شیعه بر این نظرند که اگر زنی مسلمان شود و همسر اهل کتاب او بر دین خود باقی مانده باشد، چنانچه اسلام زن، پیش از هم بستری با شوهر باشد، با مسلمان شدن زن، عقد نکاح منفسخ شده، از هم جدا می شوند؛ ولی اگر پس از هم بستری باشد، تا انقضای عده به مرد مهلت داده می شود که اگر مسلمان شد، عقد نکاح باقی خواهد ماند و اگر همچنان بر دین خود باقی ماند، پس از انقضای عده، عقد منفسخ می گردد و از هم جدا می شوند. در برابر، برخی دیگر از فقیهان بر این باورند که اگر اسلام زن پس از هم بستری باشد، عقد نکاح باقی است و زوجیت با محدودیتی برای شوهر، استمرار می یابد.

موضوع «استمرار زوجیت زن تازه مسلمان با همسر کتابی» یکی از فروع بحث ازدواج با بیگانگان است و همواره در کتاب های فقهی مطرح می شده است؛ ولی چون ممنوعیت استمرار زوجیت از شهرت برخوردار بوده، نظریه مخالف و مستندات آن، کمتر بررسی شده است. اخیراً به دلیل احساس نیاز، خوشبختانه توجه بیش تری به این موضوع شده است که نمونه های آن را هم در بحث های خارج فقه می توان یافت و هم در آثار پژوهشی؛ مانند «تقریرات درس خارج» آیت الله شیرازی، کتاب آقای جباران با نام «ازدواج با غیرمسلمانان» و «اسلام المرأة» اثر دکتر انس مصطفی البغاء و «اسلام احد الزوجین» اثر عبدالله بن یوسف الجریع از پژوهشگران اهل سنت که با دو دیدگاه متفاوت نگاشته شده اند و در این پژوهش نیز از آن ها استفاده شده است.

با توجه به تأثیری که اثبات این نظریه می تواند در زندگی خیل عظیمی از تازه مسلمانان به ویژه زنان - که زمینه گرایش به اسلام در آنان بیش تر است - داشته باشد، بایسته است تا ضمن بررسی مستندات این نظریه، درباره ادله مخالف و چگونگی حل مخالفت، تحقیق و پژوهش شود.

نوشتار پیش رو در پی آن است که در پرتو پاسخ گویی به پرسش های ذیل، گامی برای تحقق هدف یادشده بردارد.

۱. مستندات نظریه چیست و میزان اعتبار آن چقدر است؟

۲. ادله معارض آن چیست و حل تعارض آن چگونه است؟

پیشینه و خاستگاه نظریه

از آن جا که بر نظریه «ممنوعیت استمرار» ادعای شهرت بلکه اجماع شده است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۰، ص ۵۳) چنین به نظر می رسد که قول مخالف آن، اگر شاذ نباشد، غیر مشهور است. از این رو، شایسته است نسبت به قائلان این نظریه و اعتبار آن تأمل بیش تری شود. افزون بر آن که در جمع بین روایات، روشن شدن این موضوع نیز کارگشا خواهد بود.

برخی از فقهای معاصر بر این باورند که قول عدم انفساخ عقد، نه تنها شاذ نیست، بلکه چه بسا بتوان شهرت قدمائی آن را نیز ثابت کرد شبیری زنجانی، ص ۵۴۲۲؛ زیرا تا زمان شیخ طوسی البته در غیر از کتاب مبسوط و خلاف، بر می آید که نظر رایج و مشهور در شیعه، بلکه تنها رأی و نظر، همین بوده است. وجود چند فتوا می تواند مؤید این مطلب باشد.

۱. فتوای یونس بن عبدالرحمن که از فقهای معاصر ائمه (ع) و از اصحاب اجماع است:

«عن محمد بن عیسی عن یونس قال: الذی تـکون عنده المرأة الذمیة فتسلم امرأته؛ قال: هی امرته یـکون عندها بالنهار و لا یـکون عندها باللیل؛ قال: فان اسلم الرجل و لم تسلم المرأة یـکون الرجل عندها باللیل و النهار» (حر عاملی، ۱۳۹۳ق، ج ۱۴، ص ۴۲۲).

محمد بن عیسی می گوید از یونس درباره کسی پرسیدم که زن ذمی دارد و مسلمان می شود؛ گفت: زن اوست ولی تنها روز پیش او می تواند باشد، نه شب؛ ولی اگر مرد مسلمان شد و زن اسلام نیاورد، مرد شب و روز می تواند پیش او باشد.

در صورتی عبارت مذکور به یونس بن عبدالرحمن منتسب است که موقوفه باشد، نه مضمرة.^۱

۲. صدوق در «مقنع» می فرماید:

«واعلم ان النصرانی اذا اسلمت امرأته فهو املك بیضعها و لیس له ان یخرجها من دار الهجرة... و لا یبیت معها النصرانی فی دار الهجرة و یأتیها بالنهار ان شاءت» (مروارید، ۱۳۷۷، ج ۱۸، ص ۱۶)؛

اگر همسر مرد نصرانی، مسلمان شود، او همچنان مالک بضع اوست ولی حق ندارد او را از دارالهجرة خارج کند و در دارالهجرة شب پیش او نمی ماند و فقط باید روز پیش او بیاید، اگر زن بخواهد.

۳. شیخ مفید هم در موردی که زن یهودی یا نصرانی مسلمان شود، در دو جا به بقای نکاح فتوا می دهد؛ به دلیل نکات مهمی که دارد و با تفصیل بیش تری آن را ذکر می کنیم:

شیخی حنفی، شیعه را متهم کرد که بر خلاف ملت اسلام، یهود و نصارا و مجوس را مالک نکاح زنان مسلمان می دانند؛ چون معتقدند اگر زن کافر ذمی مسلمان شود، از شوهر غیر مسلمانش جدا نمی شود. شیخ مفید در مقام پاسخ، اصل ادعا را رد نمی کند، بلکه شرایط و قیود آن را بیان کرده، می فرماید:

«به عقیده ما هرگاه زن یهودی و نصرانی در دارالهجرة مسلمان شوند، ولی شوهرانشان بر دین خود باقی بمانند، عقد نکاح به دلیل اسلام آوردن زن، منفسخ نمی شود. اما شوهر، در شب حق وارد شدن بر زن را ندارد. اگر مرد مسلمان شد، تمامی آنچه برای دیگر همسران روا است، برای او روا است؛ و اگر بر گمراهی خود باقی ماند، نکاح به هیچ حجت شرعی از بین نمی رود؛ هر چند که اسلام آوردن زن، هم بستر شدن با او را ممنوع کرده است» (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۴).

سپس می فرماید آنچه را که این شیخ گمراه بر شیعه علی (ع) خرده می گیرد و آن را خلاف ملت اسلام می داند، مشهور آن است که نظر عمر بن خطاب است «سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶۴، ص ۵»؛ طبری در کتاب الأختلاف به عمر بن خطاب و جماعتی از صحابه و تابعین نسبت می دهد و از امیرالمؤمنین (ع) نیز نقل شده است. همچنین ایشان پرسشی طرح می کند که:

«آن، چه مردی است که نکاح استدامه ای او جایز ولی نکاح ابتدایی او، جایز نیست؟» و می فرماید:

«هذا رجل من اهل الكتاب اسلمت زوجته و اقام علی الذمة فكان مالکاً للعقد علی المرأة و لم تب منهنه بذلك ما لم يقهرها علی الخروج من دارالهجرة... و هذا الجواب علی مذهب الشيعة» (همان، ج ۶، ص ۲۷؛ مسأله هفتم)؛

او مردی از اهل کتاب است که اهل ذمه است و همسرش مسلمان می شود؛ چنین کسی همچنان مالک عقد است و به سبب اسلام، زن از او جدا نمی شود تا وقتی که او را به خروج از دارالهجرة مجبور نسازد... این جواب بنا بر مذهب شیعه است.

۴. شیخ طوسی در «نهایه» و همچنین در دو کتاب حدیثی «تهذیب» (طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۳۰۰) و «استبصار» (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۱۸۱)؛ بر این نظر است.

در «نهایة» چنین می فرماید:

«فان اسلمت المرأة و لم یسلم الرجل و كان الرجل علی شرائط الذمة فانه یملك عقدها غیر انه لاتمكن من الدخول اليها لیلا و لا من الخلوۃ بها و لا من اخراجها من دارالهجرة الی دارالحرب» (مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱۸، ص ۱۰۱)؛

اگر زن مسلمان شد و مرد اسلام نیاورد ولی در ذمه است، همچنان مالک عقد است؛ ولی حق ورود شبانه و خلوت با او را ندارد و نباید او را از دارالهجرة به دارالحرب ببرد.

گذشته از قدما، یحیی بن سعید حلّی نیز در «الجامع للشرائع» بر همین نظر است و می نویسد:

«... و ان اسلمت امرأته دونه لم یبطل النکاح...» (مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱۹، ص ۵۵۴)؛

اگر بدون آن که شوهر مسلمان شود، زن مسلمان شد، عقد نکاح باقی است.

همچنین صاحب حدائق ضمن تأیید نظر شیخ طوسی چنین می نویسد:

«و بالجمله فان قول الشيخ المذكور قوی لا اعرف له علة الا ما يتخیل من ضعف اخباره... و روایات المسألة التي استدلت بها للقول المشهور مطلقة قابلة للتقييد بهذه الأخبار» (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴، ص ۳۶)؛

در هر صورت آنچه را شیخ طوسی گفته، قوی است و بر نقص آن، دلیلی نمی بینیم؛ جز آنچه که برخی به عنوان ضعیف بودن اخبار این نظریه تحلیل کرده اند... و حال آن که روایات مورد استدلال مشهور، مطلقند و با همین اخبار قابل تقييد هستند.

از مجموعه این اقوال، چند نکته قابل استفاده است:

۱. قول به انفساخ عقد از زمان شیخ طوسی، آن هم در کتاب «خلاف» و «مبسوط» به بعد، به وجود آمده است.

۲. قول به عدم انفساخ، در فتاوی قدامی همانند صدوق، مفید و شیخ طوسی ریشه دارد.

۳. از ظاهر کلام شیخ مفید بر می آید که نظریه عدم انفساخ، نه تنها نظر مشهور شیعه، بلکه می توان گفت تنها نظریه شیعه بوده است.

بنابراین می توان گفت که قول به عدم انفساخ، شهرت قدامی دارد و قول به انفساخ، از شهرت عند المتأخرین برخوردار است.

برای نظریهٔ عدم انفساخ عقد و جواز استمرار زوجیت، به دلایلی تمسک شده است؛ از جمله:

الف. روایات

این روایات را به لحاظ نوع دلالت می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: صریح و مطلق؛ ولی از آن‌جا که مورد روایات مطلق آن‌جا است که شوهر هم بعد از زن، مسلمان می‌شود، هر چند به دلیل آن‌که زمان مسلمان شدن مرد مشخص نیست و اطلاق آن بقای عقد پس از انقضای عقد را هم شامل می‌شود؛ ولی چون اطلاق، قابل تقیید است و از طرفی هم، روایات صریح و معتبر بر اثبات مدعا وجود دارد، نیازی به ذکر روایات مطلق نیست. بنابراین تنها به ذکر روایات صریح بسنده می‌کنیم.

۱. «محمد بن الحسن باسناده... عن علی بن حدید عن جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما (ع) انه قال: فی الیهودی و النصرانی و الممجوس اذا اسلمت امرأته و لم یسلم قال: هما علی نکاحهما و لایفرق بینهما و لایترك أن ینخرج بها من دار الاسلام الی دار الکفر» (حر عاملی، ۱۳۹۳ق، ج ۱۴، ص ۴۲۰)؛

جمیل از بعضی اصحاب از امام باقر (ع) یا امام صادق (ع) دربارهٔ یهودی و نصرانی و مجوسی سؤال می‌کند که زنش مسلمان شده و خود اسلام نیاورده است؛ حضرت در پاسخ فرمود: نکاح آن‌ها باقی است و از هم جدا نمی‌شوند؛ ولی به شوهر اجازه داده نمی‌شود زوجه‌اش را از دارالاسلام خارج کند.

سند: این روایت به لحاظ سندی از دو جهت قابل مناقشه است: یکی، مرسله بودن؛ و دیگر، وجود علی بن حدید در سلسلهٔ سند روایت.

نسبت به مرسله بودن، چون جمیل از اصحاب اجماع است، مشهور به مرسلات او عمل می‌کنند.

شیخ در «تهذیب» و «استبصار» (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۹۴، ص ۳) علی بن حدید را تضعیف کرده است ولی آیت‌الله زنجانی دلایلی بر وثاقت وی اقامه می‌کند و در صحت فرمایش مرحوم شیخ تردید می‌نماید. خلاصهٔ فرمایش ایشان این است که اولاً خود شیخ در کتاب رجالی‌اش (فهرست رجال) و همچنین نجاشی با این‌که بنا داشته‌اند جرح و تعدیل‌ها را ذکر کنند، دربارهٔ علی بن حدید چنین چیزی ننوشته‌اند.

ثانیاً: کشی از علی بن محمد فیروزان قمی که مورد اعتماد بوده، دربارهٔ علی بن

حدید دو روایت نقل می‌کند که نشانهٔ اعتماد امام (ع) به اوست .

ثالثاً: اجلای زیادی همچون احمد بن محمد بن عیسی به رغم سخت گیر بودن زیاد از او احادیث فراوان نقل کرده است (شیرازی، ص ۵۳۹۸). بنابراین روایت از جهت سندی، مشکلی ندارد .

ولی ایشان چون مبنای مشهور را در عمل به مراسلات جمیل قبول ندارد، روایت را همچنان به دلیل مرسله بودن، ضعیف می‌داند؛ (شیرازی، ص ۵۳۹۷).
بنابراین بر اساس تلفیق بین مبنای مشهور و فرمایش ایشان دربارهٔ علی بن حدید، می‌توان گفت این روایت به لحاظ سند، قابل استناد است .

دلالت: به لحاظ دلالت، این روایت به صراحت بر استمرار زوجیت با اسلام آوردن زن، و عدم جدایی میان آنان، تنها محدودیتی که ایجاد می‌شود، عدم انتقال زن از دارالاسلام است . نکتهٔ دیگر تصریح بر یکسان دانستن مجوس با یهود و نصارا است؛ ضمن آن که اطلاق روایت، شامل ذمی و غیر ذمی هم می‌شود، گرچه ممکن است به قرینهٔ دارالاسلام گفته شود که روایت دربارهٔ اهل کتاب ساکن در بلاد اسلامی است (اهل ذمه)؛ و اگر گفته شود هر چند روایت در استمرار زوجیت صراحت دارد، ولی این که تا چه زمانی است، اطلاق دارد و شامل قبل و بعد از انقضای عده می‌شود و روایات مقید به انقضای عده، این اطلاق را تقیید کرده‌اند .

پاسخ این است که به قرینهٔ «لا یتربح ان یخرج بها»؛ (حر عاملی، ۱۳۹۳، ج ۱۴، ص ۴۲۲) که بیانگر تعیین تکلیف در دراز مدت است، می‌توان گفت روایت، آبی از تقیید است .

۲. «محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال: ان اهل الکتاب و جمیع من له ذمه اذا اسلم احد الزوجین فهما علی النکاح و لیس له ان یخرجها من دارالاسلام الی غیرها و لایبیت معها و لکنه یأتیها بالنهار و اما المشرکون مثل مشرکی العرب فهم علی نکاحهم الی انقضای العده فان اسلمت المرأة ثم اسلم الرجل قبل انقضای عدتها فهی امرأته و ان لم یسلم الا بعد انقضای العده فقد بانت و لا سبیل له علیها و کذلک جمیع لادمه له» (همان، ص ۴۲۱)؛

محمد بن مسلم از امام باقر (ع) نقل می‌کند که فرمود: اهل کتاب و همهٔ کسانی که تعهد ذمه دارند، هرگاه یکی از زوجین مسلمان شود، نکاحشان باقی است؛ و در صورتی که اسلام آورنده زن باشد، مرد حق ندارد او را از دارالاسلام بیرون ببرد و همچنین نباید شب پیش او بماند، ولی روز می‌تواند . اما مشرکانی مانند مشرکان عرب و غیر عرب، و همچنین کسانی که ذمه ای ندارند، با اسلام یکی از زوجین (یا فقط زن)

نکاح تا زمان انقضای عده باقی است. اگر زن مسلمان شده است و همسرش قبل از انقضای عده مسلمان شود، او همچنان همسر اوست؛ ولی اگر بعد از انقضای عده، مسلمان شود، زن از او جدا می‌شود و این مرد تسلطی بر او ندارد. سند: روایت مرسله است، ولی مرسله ابن ابی عمیر است که مشهور بدان عمل می‌کند.

دلالت: اگر عبارت «جميع من له ذمة» را عطف خاص بر عام بدانیم، در این صورت از مجموع صدر و ذیل روایت، حکم دو گروه مشخص شده است: یکی اهل کتابی که در ذمه اسلام زندگی می‌کنند و دیگری مشرکان! نسبت به گروه اول، با اسلام آوردن زن، عقد نکاح باقی است و لیکن شوهر حق بیرون بردن او از دارالاسلام و همچنین شب ماندن با او را ندارد؛ و در گروه دوم، بقای زوجیت در صورت اسلام آوردن زن، منوط به اسلام آوردن شوهر قبل از انقضای عده است.

اگر «جميع من له ذمة» را عنوانی مستقل بدانیم، در این صورت مصداق من له ذمة یا مجوس خواهد بود، بنا بر مبنای کسانی که مجوس را اهل کتاب نمی‌دانند ولی در برخی از احکام، از جمله این حکم، آنان را با اهل کتاب شریک می‌دانند؛ و یا مصداق آن غیر اهل کتابی است که در دارالاسلام زندگی می‌کند و طبعاً در ذمه اسلام است و تأیید کسانی خواهد بود که اهل ذمه را به اهل کتاب منحصر نمی‌دانند (شریعی، ۱۳۸۱، ص ۱۹۹).

در هر صورت آنچه محور اصلی این روایت است، تعیین تکلیف زن تازه مسلمانی است که شوهرش مسلمان نشده است. اگر شوهر، اهل کتاب یا اهل ذمه باشد، زوجیت باقی است؛ ولی اگر شوهر مشرک باشد یا غیر اهل ذمه باشد، بقای نکاح به اسلام آوردن مرد قبل از انقضای عده مشروط است؛ و از این جهت، دلالت بر مدعا تمام است.

نکته مهم در این روایت، تصریح به این نکته است که اساساً موضوع تفاوت بین اسلام آوردن شوهر قبل از انقضای عده و بعد از انقضا، مربوط به مشرکان است، نه اهل کتاب و یا ذمیان. این می‌تواند تفسیری باشد بر روایاتی که اسلام بعد از انقضا را بی ثمر دانسته‌اند؛ به این که مقصود آن روایات، غیر اهل ذمه و یا غیر اهل کتاب است. همچنان که این صراحت می‌تواند تقییدکننده روایاتی باشد که به اطلاقشان بر جدایی زن و شوهر به محض اسلام آوردن زن، دلالت دارند (حر عاملی، ۱۳۹۳، ج ۱۴، ص ۴۲۱) و اطلاق آن روایات را نیز به قبل از دخول، مقید سازد.

۳. «... عن عبدالرحمن البصری قال: قال ابو عبدالله (ع) قضی امیر المؤمنین (ع) فی

نصرانی اختارت زوجته الاسلام و دارالهجرة: انها في دارالاسلام لا تخرج منها و ان بضعها في يد زوجها النصراني و انها لا ترثه و لا يرثها» (همان، ج ۱۷، ص ۳۷۸)؛
 امام صادق (ع) فرمود: امير المؤمنين (ع) درباره مرد نصرانی که زنش اسلام آورده بود و سکونت در دارالهجرة را اختيار کرده بود، چنین حکم نمود که زن در دارالاسلام می ماند و همسر نصرانی اش حق استمتاع دارد، ولی هیچ کدام از هم ارث نمی برند.
 این روایت به لحاظ سند، موثقه است؛ چون شیخ این را به سند خود از حسن بن محمد بن سماعة نقل کرده است که طریق او به حسن از طریق بزوفری صحیح است؛ سایر روایان همه واقفی هستند و قابل اعتماد.

۵. «... عن عبد الملك بن عمير القطبي، عن امير المؤمنين (ع) انه قال للنصراني الذي اسلمت زوجته، بضعها في يدك و لا ميراث بينكما» (همان)؛

امير المؤمنين (ع) به مرد نصرانی ای که همسرش مسلمان شده بود، فرمود: حق تمتع از همسرت را داری؛ ولی از یکدیگر ارث نمی برید.

به لحاظ سند، این روایت ضعیف است؛ ولی به لحاظ مضمون، هر دو روایت بر بقای نکاح دلالت دارند که از تعبیر «بضعها في يدك» استفاده می شود. ممکن است گفته شود این دو روایت نیز به لحاظ زمان استمرار زوجیت، اطلاق دارند نسبت به قبل از انقضا و بعد از انقضا؛ و به روایاتی قابل تقیید است که بر بقای عقد تا قبل از انقضا دلالت دارد و بعد از انقضا را مجاز نمی شمارد، مانند روایت منصور؛ ولی همان طور که ذیل روایت جمیل گفته شد، قرینه «لا یخرج» بر استمرار بعد از انقضا ظهور دارد. در این دو روایت بحث ارث هم مطرح است که بر استمرار زوجیت تا زمان مرگ، دلالت می کند.

نتیجه: از مجموع روایات چهارگانه ای که ذکر شد، سه روایت آن به لحاظ سند، قابل اعتماد و اعتبار بود و به لحاظ دلالت هم، بر استمرار زوجیت بعد از انقضای عده صراحت داشتند، به ویژه روایت محمد بن مسلم که معتبرترین این روایات نیز هست.

البته چنان که اشاره شد، روایات مطلقه هم هست که اطلاقتشان بر جواز استمرار زوجیت بعد از انقضا دلالت دارند که با وجود این روایات صریح، نیازی به ذکر آنها نیست (حر عاملی، ۱۳۹۳، ج ۱۵، ص ۴ و ج ۱۴، ص ۴۲۳).

روایات مخالف نظریه جواز

تا این جا معلوم شد که نظریه استمرار زوجیت نه تنها از پشتوانه شهرت قدمایی

برخوردار است که روایاتی هم به صراحت بر آن دلالت دارند.

اما در برابر این روایات، روایات دیگری نیز هست که به صراحت یا اطلاق، بر انفساخ عقد پس از انقضای عده دلالت دارند که مهم ترین مستند نظریه مشهور نیز همین روایات است. لذا بایسته است که ابتدا دلالت این روایات و سپس نسبت این دو دسته روایات و در نهایت چگونگی حل تعارض، بررسی شود.

۱. روایات صریح

دو روایت به طور صریح بر انفساخ عقد زن تازه مسلمان با همسر کتابی پس از انقضای عده، دلالت دارد:

۱. محمد بن علی بن محبوب، عن احمد بن محمد، عن البرقی، عن النوفلی، عن السکونی، عن جعفر بن محمد، عن ابیه، عن علی (ع) «إن امرأة مجوسية أسلمت قبل زوجها، قال علی (ع): أتسلم؟ قال: لا، ففرق بينهما. ثم قال ان أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي أمرأتک، و إن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فانت خاطب من الخطاب (طوسی، ۱۴۱۸ق، ۵ج، ص ۳۵۱؛ و حر عاملی، ۱۳۹۳، ج ۱۴، ص ۴۲۱)؛

امیرالمؤمنین (ع) درباره زن مجوسی که قبل از شوهرش اسلام آورده بود، به شوهرش فرمود: آیا مسلمان می شوی؟ گفت: نه. آن گاه حضرت بین آنان جدایی انداخت. سپس به شوهر گفت: اگر پیش از انقضای عده مسلمان شدی، این زن همچنان همسر توست؛ ولی اگر بعد از انقضای عده مسلمان شدی، تو هم یکی از خواستگاران خواهی بود.

البته بنا بر نقل «وسائل الشیعه» از «تهذیب» در عبارت تفاوت مختصری وجود دارد که هر چند در معنی بی تأثیر نیست، در دلالت بر مدعا، تأثیری ندارد. عبارت «وسائل الشیعه» چنین است:

«عن علی (ع) ان امرأة مجوسية أسلمت قبل زوجها، فقال علی (ع): لا یفرق بينهما، ثم قال إن أسلمت...»

بر اساس این عبارت، تا زمان انقضای عده، زن و شوهر به لحاظ ظاهری نیز از هم جدا نمی شوند.

سند روایت نیز به دلیل وجود سکونی، موثقه است.

پس روایت، هم «به لحاظ سند» و هم دلالت بر مدعا، بدون اشکال است.

البته در عبارت «فرق بینهما» این احتمال هست که جدایی باید به حکم حاکم باشد،

مشابه نظر ابوحنیفه؛ ولی در فقهای شیعه، قائلی ندارد.

۲. و عنه (محمد بن علی بن محبوب) عن معاویة بن حکیم، عن محمد بن خالد الطیالسی، عن ابن رثاب، و عن أبان جمیعاً عن منصور بن حازم قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل مجوسی کانت تحته امرأة علی دینه فأسلم او اسلمت: قال ینتظر مدة انقضاء عدتها، فان هو اسلم فهما علی نکاحها الأول و ان هو لم یسلم حتی تنقضي العدة فقد بان منہ (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۱۸۲)؛

از امام صادق (ع) درباره مردی مجوسی که همسری هم کیش خود دارد و یکی از آن‌ها مسلمان می‌شود، سؤال کردم. فرمود: باید منتظر شد تا عده تمام شود. اگر قبل از انقضای عده، مرد هم مسلمان شد، ازدواج باقی است؛ اما اگر مرد مسلمان نشود تا عده تمام شود، از هم جدا می‌شوند.

سند روایت: این روایت به دو سند نقل شده است که هر دو خالی از اشکال نیست. یکی همین سندی است که در استبصار آمده است و نیز در تهذیب (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۳۵۳ و ۳۵۴) و صاحب وسائل هم همین را آورده است (حر عاملی، ۱۳۹۳، ج ۱۴، ص ۴۲۱) و این سند، به دلیل مجهول بودن محمد بن خالد طیالسی ضعیف است.

دیگری، سندی است که در کافی آمده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۳۶): «محمد بن یحیی، عن عبدالله بن محمد عن علی بن حکم، عن ابان، عن منصور بن حازم...». این سند نیز به دلیل عدم تصریح به وثاقت «عبدالله بن محمد» قابل خدشه است. البته حضرت استاد شبیری زنجانی هر دو سند روایت را معتبر دانسته‌اند، چون هر دو راوی را توثیق نموده، می‌فرمایند: نسبت به عبدالله بن محمد هر چند توثیق صریحی نیامده است، ولی اولاً به دلیل این که از مستثنیات کتاب نوادر الحکمه نیست و ثانیاً عده‌ای از اجلا، از او نقل روایت کرده‌اند، از نظر ما قابل توثیق است؛ همچنان که طیالسی نیز به دلیل کثرت روایات اجلا قابل اعتماد است (شبیری زنجانی، ص ۵۳۹۴ و ۵۳۹۵).

دلالت: دلالت روایت هم بر مدعای مشهور بر اساس نقلی که ذکر شد، روشن است؛ چون به صراحت امام (ع) به جدایی و فسخ نکاح در صورت اسلام نیاوردن مرد تا زمان انقضای عده حکم می‌نماید.

بررسی: البته آنچه ذکر شد، بر اساس نقل «استبصار» است. ولی این روایت به دو گونه دیگر نیز نقل شده است که دلالت روایت را بر مدعا مشکل می‌نماید. یکی نقل شیخ است در «تهذیب» که صاحب وسائل هم همان را در متن آورده است. در این نقل، ذیل

روایت با نقل «استبصار» متفاوت است و جمله‌ای آمده است که ظاهر آن خلاف برخی روایات و همچنین اجماع فقها است و آن این است که به جای «و ان هو لم یسلم...» «و ان هی لم تسلّم حتی تنقضی العدة فقد بانت منه» (طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۵۳۴ و ۵۳۵ و حر عاملی، ۱۳۹۳، ج ۱۴، ص ۴۲۱) دارد که معنی آن این است: اگر زن تا زمان انقضای عده مسلمان نشود، از مرد جدا می‌شود و عقد منفسخ می‌گردد. در این صورت ضمن این که روایت از مدعای مشهور خارج است، مخالف برخی روایات و نیز معروض عنه است؛ زیرا به اتفاق همه فقیهان در این فرض که مرد مسلمان است و زن کتابی است که بر دین خود باقی مانده است، عقد باقی و زوجیت مستمر است. مگر این که گفته شود، مورد روایت، مجوس است و مجوس مطابق نظر مشهور، در حکم اهل کتابند؛ نه اهل کتاب. در این صورت هم باز روایت از محل نزاع، خارج است.

نقل دیگر از «کافی» است که ذیل آن همانند استبصار است، ولی صدر آن با نقل «استبصار» و «تهذیب»، تفاوت دارد؛ که در هر صورت دلالت بر مدعا را مشکل می‌نماید. صدر روایت بر اساس نقل کلینی چنین است:

«... سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل مجوسی او مشرک من غیر اهل الکتاب کانت تحته» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۳۶)؛

ظاهر عطف مشرک به مجوسی، یکسان دانستن آن دو در حکم است و به قرینه «من غیر اهل الکتاب» معلوم می‌شود که مورد سؤال، غیر اهل کتاب است و طبعاً پاسخ امام (ع) هم، از موضوع بحث که «اهل کتاب» است، بیرون خواهد بود.

اما این که چرا مجوس با مشرک یکی به حساب آمده‌اند؟ یا به این دلیل است که مجوس، اهل کتاب نیست و در حکم اهل کتاب است؛ و در باب نکاح نیز چنین حکمی ثابت نشده است. بنابراین روایت از موضوع بحث خارج است و یا همان طور که شیخ طوسی فرموده است: مجوس مورد سؤال در این روایت، فردی است که به شرایط ذمه عمل نمی‌کند و چنین فردی اگر اهل کتاب هم باشد، مانند مشرک با او عمل خواهد شد (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۱۸۲ و ۱۸۳)؛ که در نتیجه باز هم روایت قابلیت استدلال بر مدعا را ندارد.

توجیه دیگری مرحوم مجلسی در «روضه المتقین» دارد (مجلسی، ۱۳۹۹ق، ج ۸، ص ۲۱۵). ایشان می‌فرماید عطف مجوسی بر مشرک از ناحیه سؤال کننده و بر اساس باور او بوده است؛ چون نظر رایج عامه بر غیر کتابی بودن مجوس است، لذا امام هم، در

پاسخ تقيه فرموده و تنها پاسخ مربوط به مشرک را داده‌اند. اگر این توجیه هم به فرض، پذیرفته شود، معنایش آن است که جواب امام(ع) مربوط به مشرک است نه مجوسی؛ پس در این صورت نیز روایت از مدعی مشهور و محل نزاع خارج است.

احتمال دیگر، هر چند بعید و خلاف ظاهر، این است که «او» نشانه تردید راوی باشد حالا یا منصور که غیر مستقیم از امام نقل می‌کند و یا دیگر راویان در سلسله سند. در این صورت، چون مورد سؤال مرد است (مجوس یا مشرک)، پاسخ امام هم مرد خواهد بود و استناد به آن را بر مدعا مشکل می‌نماید.

البته نقل دیگری هم از این روایت صاحب حدائق دارد که در آن اسمی از مجوس برده نشده است. سؤال چنین است: «سألت ابا عبد الله(ع) عن رجل او مشرک من غیر اهل الكتاب... (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴، ص ۳۱)؛ در این حالت چه «او» را عاطفه بدانیم و بگوییم مقصود از رجل کافر، ملحد است یا «او» را نشانه تردید بگیریم، در هر صورت روایت از محل نزاع خارج است.

بنابراین با این تفاوت نقل‌ها و احتمالات گوناگون، روایت، به لحاظ متن مضطرب است. از نظر سند هم که خالی از اشکال نبود. لذا مدعا به لحاظ مستندات روایی دچار مشکل است. افزون بر این که هر دو روایت درباره مجوس است و اگر کسی مبنای مشهور را در غیر کتابی بودن مجوس بپذیرد، موضوعاً این دو روایت از محل بحث خارج است.

۲. روایات مطلق

دسته دوم، روایاتی است که به اطلاقشان بر مدعا (انفساخ عقد پس از انقضای عقد) دلالت دارد؛ همچون:

۱. روایت عبد الله بن سنان: عن ابي عبد الله(ع) اذا أسلمت امرأة و زوجها علی غیر الاسلام فرق بينهما (حر عاملی، ۱۳۹۳، ج ۱۴، ص ۴۲۱)؛ هر گاه زن، مسلمان شود و شوهرش بر غیر اسلام باقی بماند، میان آن‌ها جدایی صورت می‌گیرد.

سند روایت، صحیح است.

به لحاظ دلالت هم، اسلام آوردن زن به صورت مطلق موجب انفساخ عقد دانسته شده است که طبعاً یکی از مصادیق آن، فسخ نکاح بعد از انقضای عده است.

بررسی: روایت از چند جهت اطلاق دارد؛ کتابی بودن یا غیر کتابی بودن زوجین، قبل از دخول و بعد از دخول، قبل از انقضای عده و بعد از آن؛ و طبعاً در همه این موارد

در صورت دلیل معتبر، روایت مذکور قابل تقييد خواهد بود. لذا همچنان که مشهور، اطلاق از ناحیه انقضا را به روایات بعد از انقضا، تقييد نموده اند، طبعاً امکان تقييد این اطلاق به اسلام آوردن زن قبل از دخول و یا غیر کتابی بودن زوجین، به دلیل روایات بقای عقد خواهد بود.

۲. روایت بزنی: احمد بن محمد بن ابی نصر قال: سألت الرضا(ع) عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحلّ لها ان تقيم معه؟ قال اذا اسلمت لم تحلّ له، قلت: فان الزوج أسلم بعد ذلك ايكونان على النكاح؟ قال لا، يتزوج بتزويج جديد (همان، ص ۴۱۷)؛ احمد بن ابی نصر می گوید از امام رضا(ع) درباره مردی سؤال کردم که همسر نصرانیست که با شوهرش بماند، آیا می تواند پیش او بماند؟ فرمود: وقتی زن مسلمان شود، برای او حلال نیست که با شوهرش بماند. گفتیم: شوهرش هم بعداً مسلمان شده، آیا نکاحشان باقی است؟ فرمود: نه، باید دوباره با او ازدواج کند.

سند این روایت نیز صحیح است.

دلالت: در روایت دو سؤال از امام(ع) شده است؛ یکی سؤال از ماندن زن تازه مسلمان پیش شوهر غیر مسلمان است که امام(ع) می فرماید با مسلمان شدن زن، ماندن او روا نیست.

این قسمت از روایت، به اطلاق همانند روایت قبلی، بر مدعای مشهور (انفساخ عقد پس از انقضای عقد است) دلالت دارد؛ البته پس از تقييد اطلاق عدم جواز ماندن، به زمان بعد از انقضا.

پاسخ نیز همان است که در بهره گیری از اطلاق روایت قبل گفته شد که دلالت این اطلاق بر مدعا تا وقتی است که دلیل معتبری بر تقييد این اطلاق به قبل از دخول نباشد؛ و روایاتی همچون مرسله ابن ابی عمیر دلیل این تقييد است.

سؤال دوم به باقی ماندن عقد نکاح اول پس از اسلام آوردن مرد مربوط است که از محل بحث ما خارج است؛ ضمن آن که در ترکیب جمله «لا، يتزوج بتزويج جديد» نیز احتمالات مختلف تأثیرگذار در معنی هم وجود دارد.

اگر بخواهیم مماشات کنیم و ضعف های روایات صریح را نادیده بگیریم و مثلاً تنها نقل «استبصار» از روایت منصور را مستند قرار دهیم و موثقه سکونی را با این که عامی است، در عرض روایات خاصه قرار دهیم، نوبت به بحث بعدی می رسد که آیا تعارض این روایات تعارض بدوی است و قابل جمع، یا تعارض مستقر است. و در هر صورت

نتیجه چیست؟ که در بخش بعدی بدان می پردازیم.

راه‌های جمع بین روایات

جناب آقای زنجانی بعد از آن که از مستندات مشهور تنها روایت منصور بن حازم را قابل استناد می داند در مقام جمع بین این روایت و روایات نظریه عدم انفساخ مثل روایت جمیل و مرسله ابن ابی عمیر بر می آید و راه‌هایی را نقل و نقد می کنند و در نهایت خود متمایل به ترجیح روایات عدم انفساخ به دلیل شهرت قدمایی می شوند (شبیری زنجانی، بی تا، ج ۱۷، ص ۵۴۳۳) خلاصه سخن ایشان با توضیحات و اضافاتی، به قرار ذیل است:

۱. تفاوت بین التزام و عدم التزام ذمی

از کلمات مرحوم شیخ در «تهذیب» و «استبصار» چنین استفاده می شود که روایات انفساخ، همچون روایت منصور را بر موردی حمل می کند که شخص، به شرایط ذمه ملتزم نباشد؛ بنابراین روایات بقای زوجیت به آن جا مربوط است که مرد، اهل کتاب است و ملتزم به شرایط ذمه، و روایات انفساخ در آن جا صادق است که شوهر پایبند به شرایط ذمه نیست. ایشان روایتی نیز از پیامبر اکرم (ص) نقل می کند که آن حضرت فرمود اگر ذمیان به شرایط ذمه عمل نکنند با آنان مانند غیر ذمیان برخورد خواهد شد (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۱۸۱-۱۸۳).

۲. تفاوت بین اعتماد به عملی شدن شرایط و عدم آن

مرحوم مولی محمدتقی مجلسی در شرح «من لایحضره الفقیه» در مقام جمع این دو دسته روایات می گوید: «فالأولی الجمع بالامکان و الأعتماذ بالزوج فی العمل به و عدمها» (مجلسی، ۱۳۹۹ق، ج ۸، ص ۲۱۵).

ایشان می فرماید در روایاتی که به بقای عقد حکم شده، شرایطی از جمله نبردن زن به بلاد کفر و وارد نشدن بر او در شب آمده است. بنابراین روایاتی که می گوید عقد باقی نیست، به آن جا مربوط است که اطمینانی به انجام این شرایط نیست و روایاتی که می گوید عقد باقی است، مخصوص آن جایی است که این اطمینان وجود دارد.

۳. حمل بر تقیه

این جمع نیز مربوط به مجلسی اول می شود که ذیل روایت منصور وقتی آن را مخالف مشهور می بیند بر تقیه حمل می کند. لازم به ذکر است که مرحوم مجلسی همین روایت منصور را در دو جا و به دو گونه نقل می کند: یکی مطابق نقل شیخ در «تهذیب» و

«استبصار» است؛ به این صورت «عن رجل مجوسی کانت تحتہ امرأه» (همان)؛ و دیگری مطابق نقل «کافی» است که «سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل مجوسی او مشرک من غیر اهل الکتاب...» (همان، ص ۴۵۲).

بنا بر این نقل، چون مجوسی همانند مشرک به حساب آمده است، آن را خلاف مشهور می‌داند و در مقام توجیه آن می‌گوید ضمیمه کردن مجوس با مشرک بر اساس باور سؤال‌کننده بوده است و از آن جا که عامه، مجوس را اهل کتاب نمی‌دانند، امام در مقام پاسخ، تقیه نموده‌اند و تنها جوابی را که مربوط به مشرک است، فرموده‌اند. پس روایت در مقام بیان حکم کتابی نیست. بنابراین طبق این توجیه، اگر روایت منصور به مشرک مربوط باشد، موضوعاً از محل نزاع خارج است و روایات عدم انفساخ، بدون معارض می‌مانند. البته آیت الله زنجانی این سه توجیه و وجه جمع را نپذیرفته‌اند و می‌گویند: روایت منصور از امام صادق (ع) است و در زمانی صادر شده است که بنی‌عباس دارای قدرت و قوت ظاهری بوده‌اند؛ بنابراین مجوس نمی‌توانسته‌اند تحت قدرت حکومت آنان نباشند. همچنان که قدرت آن را نداشته‌اند تا به شرایط ذمه در قرارداد عمل نمایند. بنابراین هر دو توجیه اول و دوم، قابل قبول نیست؛ و توجیه سوم هم که پاسخ خلاف پرسش باشد، عرفاً غیر قابل پذیرش است (شبیری زنجانی، ص ۵۴۱۸). ضمن آن که اهل کتاب نبودن مجوس، چنان که بعداً اشاره خواهیم کرد، به عامه اختصاص ندارد.

۴. از کلمات مرحوم شیخ در «استبصار» وجه جمع چهارمی هم استفاده می‌شود (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۱۸۲-۱۸۳)، که این سخنان، پاسخ آن نمی‌تواند باشد و آن حمل مجوس در روایات سکونی (و همچنین روایت منصور) بر کسی است که در دارالحرب است و خلاصه اهل ذمه نیست، نه این که ملتزم به ذمه نباشد.

۵. تفاوت بین مجوس و اهل کتاب

ممکن است گفته شود مفاد دو روایت سکونی و منصور بر انفساخ عقد پس از انقضای عده، درباره مجوس است، نه یهود و نصاری؛ و مطابق مبنای مشهور، مجوس در حکم اهل کتابند و چون در حکم بودن نیز به دلیل نیاز دارد. در این جا نه تنها دلیلی بر الحاق حکمی نداریم، که شواهدی بر تفاوت مجوس با اهل کتاب نیز هست؛ مثلاً:

۱. در برخی از روایاتی که ازدواج ابتدایی با زنان اهل کتاب را مجاز می‌شمارد، زن مجوسی را استثنا می‌کند (حر عاملی، ۱۳۹۳، ق، ج ۱۴، ص ۶۴۲).

۲. فقها به اتفاق آرا گفته‌اند که اگر مردی مسلمان شد و زنش اهل کتاب بود، عقد

از دواج آنان باقی است. برخی از فقها مانند صاحب جواهر (نجفی، همو، ج ۳۰، ص ۵۱) و علامه علامه، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۶) تصریح کرده‌اند، این در صورتی است که زن، مجوسی نباشد و همچنین شیخ در «مبسوط» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۳۰) و «خلاف» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۳۲۶) در مسأله اسلام احدالزوجین، مجوس و مشرک را در برابر اهل کتاب قرار می‌دهد و همچنین مرحوم صدوق (مروراید، ۱۴۱۰، ج ۱۸، ص ۱۶) و مفید (مفید، ۱۴۱۳، ص ۶۹) در همین موضوع، بقای نکاح، بین مجوسی و اهل کتاب (یهود و نصاری) فرق می‌گذارند و مجوسی را همانند مشرکان می‌دانند.

نتیجه این حمل، این می‌شود که روایات انفساخ (منصور و سکونی) چون به مجوس مربوط است و مجوس هم اهل کتاب نیست، از موضوع بحث خارج است و با روایات بقای عقد که مربوط به اهل کتاب است، هیچ گونه تعارضی ندارد. در حقیقت، روایت منصور و سکونی همان چیزی را می‌گوید که ذیل روایت محمد بن مسلم آمده است؛ به خصوص اگر نقل «کافی» از روایت منصور را ملاک قرار دهیم. چون در این نقل، مجوس و مشرک در کنار هم و در برابر اهل کتاب قرار گرفته بود.

تنها ایراد این جمع، یکی روایت جمیل است که در آن به صراحت، مجوس در کنار یهود و نصارا قرار داده شده است و به بقای عقد حکم شده است، مگر این که روایت جمیل به دلیل ضعف سند کنار گذاشته شود.

دیگری تعبیر به «من له ذمه» در کنار اهل کتاب در روایت محمد بن مسلم است؛ چون به فرض که مجوس، اهل کتاب نباشد، اهل ذمه که هست. در این روایت به صراحت آن‌ها را با اهل کتاب در حکم به بقای عقد یکسان دانسته است؛ مگر این که گفته شود مصداق اهل ذمه در این روایات به قرینه روایت منصور، با یکسان قرار دادن مجوس با مشرک غیر مجوس است؛ که البته این احتمال به دلیل شبهه کتاب داشتن مجوس، و نیز روایات خاصه درباره آن‌ها، می‌توان گفت نزدیک‌ترین مصداق به اهل کتاب از ذمیان، مجوس است. بنابراین، با صرف نظر کردن از اشکالات طرح شده وجه جمع مذکور، به لحاظ وجود شواهد، بهترین وجه جمع می‌تواند باشد.

۶. حمل مطلق بر مقید یا عام بر خاص

یکی دیگر از راه‌های جمع، جمع عرفی است. با این بیان که اگر از روایت جمیل به دلیل ضعف سند صرف نظر کنیم، نسبت بین روایت منصور و روایت محمد بن مسلم یا همان مرسله ابن ابی عمیر، عام و خاص یا مطلق و مقید است؛ چون بر اساس روایت

محمد بن مسلم، زوجیت اهل کتاب و ذمیان با اسلام آوردن زن و بقای مرد بر کفر خویش، باقی است. مطابق روایت منصور، مجوس از این حکم استثنا شده است؛ خواه مجوس را مصداق اهل کتاب بدانیم یا مصداق ذمی.

بررسی مرجحات با فرض تعارض

اگر هیچ یک از راه های جمع را نپذیرفته و همچنان بر وجود تعارض بین این دو دسته روایات به ویژه روایت منصور و محمد بن مسلم اصرار بورزیم، نوبت به مرجحات می رسد. باید ببینیم ترجیح با کدام دسته از روایات است.

۱. شهرت

برابر ادعای بسیاری از فقها که نظریه انفساخ و عدم بقای عقد را نظر مشهور دانسته اند (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۷، ص ۹۷)، چنین به نظر می رسد که شهرت فتوایی، مرجح روایات انفساخ عقد است. ولی با توجه به آنچه در بحث قائلان نظریه بقای نکاح گفتیم، مشخص شد که تا زمان مرحوم شیخ نظریه مشهور بین شیعه، بلکه تنها نظریه منتسب به ایشان، بقای نکاح بوده است و از مرحوم شیخ به بعد آن هم در کتاب «خلاف» و «مبسوط»، نظریه انفساخ عقد مطرح می شود؛ و پس از آن به نظریه مشهور فقها تبدیل می گردد. بنابراین با توجه به آنچه گفته شد و موافقت فتوای شیخ مفید و صدوق با نظریه بقای عقد، می توان گفت فتوای مشهور بین قداما، فتوا به بقای نکاح بوده است و از این جهت، روایات عدم انفساخ مطابق با شهرت قدمایی است؛ و اگر امر بین شهرت قدمایی و شهرت متأخران در مقام ترجیح باشد، طبعاً شهرت قدمایی مقدم است؛ و یا نهایت این که هیچ کدام از این دو شهرت را مرجح ندانیم، و به دیگر مرجحات رجوع کنیم.

۲. موافقت با کتاب

یکی دیگر از مرجحات به هنگام تعارض دو خبر، موافقت با کتاب و عدم مخالفت با آن است. برخی بر این باورند که روایات عدم انفساخ عقد، با ظاهر آیه شریف «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» مخالف است. در نحوه استدلال چنین گفته اند: «ان للزوج على الزوجة نوع سلطنة و سبيل لقوله تعالى «الرجال قوامون على النساء» و الكافر لا سبيل له على المسلمة، لقوله تعالى «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (حلی، ۱۳۸۱، ج ۷، ص ۹۷)، و به مقتضای نفی سبیل، پذیرش هر سلطه ای ممنوع است؛ و بقای زوجیت، از جمله آن است. بنا بر این روایات، انفساخ، موافق کتاب و

روایات بقا، مخالف آن است.

پس استدلال به این آیه بر دو مدعا مبتنی است: (۱) در نظام خانواده، مرد بر زن مسلط است؛

۲. هر نوع سلطه کافر بر مسلمان، ممنوع است.

این ادعا نیز به جهاتی مخدوش است؛ چون:

اولاً: بر اساس آموزه‌های دینی، خداوند متعال در نظام خانواده برای هر کدام از زن و مرد حقوق و وظایف متقابلی قرار داده است و از آنجا که خانواده یک واحد جمعی نظام مند است و هر جمع نظام مندی به فرموده پیامبر (ص)، نیازمند رئیس و سرپرست است، خداوند این وظیفه را به دلیل توانایی جسمی و مسؤولیت پرداختن هزینه زندگی، به مردان داده است و آنان را قیم (عهده دار) امور زندگی زنان شمرده است و فرموده است «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا...» (نساء/۳۴).

در آیه دیگر بر متقابل بودن این حقوق و وظایف، به صراحت تأکید می فرماید:

«ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة»؛ (بقره / ۲۲۸).

پس اگر زن به دلیل ریاست و سرپرستی مرد، موظف به اطاعت از او در حوزه امور خانوادگی است، مرد نیز وظیفه دارد هزینه زندگی او را از مسکن و خوراک و... تهیه نماید؛ و اگر مرد می تواند زن را بر عدم اطاعت مؤاخذه کند، زن نیز می تواند او را بر امتناع از پرداخت هزینه زندگی، به پای میز محاکمه بکشاند. پس اگر توان واداشتن به انجام وظیفه، تسلط به حساب آید، این نیز متقابل است. بنابراین نظام خانواده، نظام سلطه گری و سلطه پذیری نیست، بلکه تقسیم مسؤولیت ها و حقوق متقابل است. از این رو، مرحوم آقای فاضل با این که خود، همانند مشهور به انفساخ عقد پس از انقضا قائل است، تمسک به این آیه را به این دلیل که صغرای قیاس (تسلط مرد بر زن) را قبول نمی کند، ناتمام می داند و می فرماید: زوجیت، قراردادی است که برای طرفین (زن و شوهر) حق و حقوق متقابلی را ایجاد می نماید؛ بدون آن که یکی را بر دیگری مسلط سازد. لذا عقد نکاح مشمول قاعده نفی سبیل نیست (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۵۱).

ثانیاً: بنا بر عقیده مشهور نیز پس از مسلمان شدن زن، عقد نکاح تا زمان انقضای عده باقی است. پس اگر عقد نکاح، مصداق سلطه مرد بر زن باشد، فرقی بین کمی و زیادی مدت نخواهد بود و این امر نیز نباید جایز باشد.

ثالثاً: چنان که برخی فقها معتقدند، مقصود از نفی سبیل در این قاعده، نفی

استیلائی است که موجب ذلت برای مسلمان شود، نه هر نوع استیلا و تسلطی: «فالتحقیق ان السبیل المنفی ماکان موجباً لمذلة المسلم و مهانة علیه لا مطلقاً» (حکیم، نهج الفقاهه، ص ۳۱۷)؛ لذا در بحث صحت اجیر شدن مسلمان برای کافر، میان فقها اختلاف است و بر همین اساس، برخی آن را مجاز می‌شمارند (همان، ص ۳۱۶).

بنابراین استناد به این مرجح هم برای ترجیح روایات عدم بقا، ناتمام است و در نتیجه، هیچ کدام از دو دسته روایات، مخالف کتاب نیست.

۳. مخالفت با عامه

یکی دیگر از مرجحات، مخالفت با عامه است؛ به این معنی، وقتی دو خبر متعارض هیچ کدام از مرجح شهرت یا موافقت با کتاب برخوردار نباشند، نوبت به مخالفت و یا موافقت با عامه می‌رسد که خبر مخالف با عامه ترجیح داده می‌شود. بنابراین باید دید که نظر فقهای اهل سنت در این موضوع چیست؟

آرای فقهای اهل سنت

آنچه از سخنان ابن قیم و بعضی از محققان معاصر می‌توان در خصوص موضوع مورد نزاع فهمید، این است که در بین فقهای اهل سنت تفاوت آرا زیاد است؛ ابن قیم آن را ۹ قول (جوزی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۱۷-۳۴۵) و برخی محققان معاصر اهل سنت، تا ۱۳ قول شمرده‌اند (ابن یوسف الجریج، ۱۴۲۹ق، ص ۱۸۵-۱۸۸)؛ در حقیقت منشأ این اختلاف، به دلیل اختلاف نظر در عامل جدایی است؛ چون، برخی عامل جدایی را اسلام می‌دانند؛ برخی تفاوت دارین (دارالاسلام و دارالکفر)، و برخی حکم قاضی، و بعضی هم انتخاب و اختیار زن را ملاک قرار دادند. که در مجموع اکثر فقهای اهل سنت مانند شافعی، مالکی، حنبلی و... همان نظر مشهور فقهای شیعه را دارند؛ به این معنی که با اسلام آوردن زن، به مرد تا انقضای عده مهلت داده می‌شود؛ اگر اسلام نیارود، عقد منفسخ می‌شود (همان، ص ۱۸۶).

و برخی هم، نظریه بقای عقد و استمرار زوجیت را پذیرفته‌اند. بنابراین نظریه بقای عقد هم در میان فقها شیعه و اهل سنت غیر مشهور است.

بر این اساس از این دو دسته روایات، روایات انفساخ، موافق اکثریت فقهای عامه است و روایات عدم انفساخ، مخالف بانظر مشهور، بلکه اکثر عامه است.

بنابراین، روایات بقای عقد بر روایات انفساخ عقد مقدم می‌گردد؛ و روایات

انفساخ به دلیل موافقت با عامه، بر تقیه حمل می‌شوند و جناب آقای زنجانی هم پس از بیان مرجحات، در نهایت نظر خویش را چنین بیان می‌فرماید: «با احتمال وجود شهرت قدمایی بین امامیه و نظر شیخ مفید و یونس بن عبدالرحمن و صدوق، بعید نیست حکم به ترجیح، اقرب باشد، و روایات دیگر را حمل بر تقیه کنیم» بسیری زنجانی، ج ۱۷، ص ۵۴۳۳.

نتیجه آن که بر اساس روایات اگر زن کتابی، مسلمان شود و شوهر کتابی او بر دین خود باقی بماند، زوجیت باقی است؛ هر چند محدودیت‌هایی برای شوهر ایجاد می‌شود که بعداً بررسی می‌شود.

مقتضای اصل

به فرض نپذیرفتن مرجحات و اصرار بر وجود تعارض مستقر، طبعاً نتیجه تعارض، تساقط و رجوع به اصل است و اصل نیز بر بقای عقد است. چون به اتفاق فقهای اسلام به جز مالک بر اساس «لکل قوم نکاح»، ازدواج‌های ملل غیرمسلمان حتی مشرکان در صورت رعایت مقررات خودشان صحیح است و انحلال این زوجیت، دلیل می‌خواهد (ابن قدامه، بی تا، ج ۷، ص ۵۳۱ و طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۳۳۳). اگر دلیل خاص بر انحلال نکاح به موجب اسلام زن، داشته باشیم، بدان تمسک می‌شود؛ ولی اگر دلیل نداریم یا در دلالتشان خدشه و تردید داریم مقتضای اصل، استصحاب بقای زوجیت است.

بنابراین اگر نخواهیم روایات بقای زوجیت را به دلیل موافقت با شهرت قدمایی و یا به دلیل مخالفت با عامه، بر روایات انفساخ مقدم بداریم، پس از تعارض و تساقط، نوبت به استصحاب بقای زوجیت می‌رسد؛ و بر اعتبار تمسک به این اصل همین بس که دلیل اصلی کسانی است که استدامه زوجیت با زن کتابی را با این که با ازدواج ابتدایی آن به شدت مخالفند، مجاز می‌شمارند. می‌توان گفت که «ضعیف‌تر بودن استدامه‌ای از ابتدایی» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۰، ص ۵۰) که مرحوم صاحب جواهر از آن به عنوان دلیل بر بقای زوجیت در این فرض می‌شمارد، به پشتوانه همین اصل استصحاب بقا است. در هر صورت، مقتضای اصل نیز بقای زوجیت است، که خود می‌تواند دلیل سوم نظریه بقای عقد باشد.

۱. ممنوعیت خروج از دارالاسلام

بدون تردید، ممنوعیت خروج زوجۀ مسلمان از دارالاسلام، مورد اتفاق همه فقیهان است؛ و علاوه بر روایات، آیه شریفه سوره ممتحنه نیز بر آن دلالت دارد. سخن در این است که اگر در دارالکفر این اتفاق افتاد، آیا موظف به هجرت به دارالاسلام است؟ روایات نفیاً و اثباتاً در این باره ساکت است. بنابراین تمسک به اصل بقای زوجیت می‌شود. و نسبت به وجوب مهاجرت نیز به لحاظ شک در اصل تکلیف، مجرای برائت است، مگر این که محدودیت در انجام واجبات دینی داشته باشد که مصداق «مستضعفین» شود که در آن صورت بر اساس «الم تکن ارض الله واسعة فتهاجروا فیها»، وجوب هجرت خواهد آمد، آن هم در صورتی که استثنای آیه شریفه (الا المستضعفین) شامل آن نشود.

۲. محدودیت ورود شبانه یا ممنوعیت همبستری

اما محدودیت ورود شبانه چنان که اشاره شد، قید است که در همه فتاوا آمده است. ولی در روایات تنها در روایت ابن ابی عمیر هست. ظاهر آن، این است که مرد حق ندارد شب پیش همسر تازه مسلمان خود برود، ولی رفتن در روز هیچ مانعی ندارد. از ظاهر این عبارت، ممنوعیت هم بستری شبانه نیز از باب اولویت، ثابت می‌شود. ولی آیا می‌توان نفی بیتوته یا تعبیر «لایکون عندها...» را دلیل یا کنایه از ممنوعیت هم بستری دانست؟

حال این که همین تعبیر را یونس برای روز هم دارد که «یکون عندها بالنهار و لایکون عندها باللیل»؛ اگر تعبیر «عند» کنایه از هم بستری باشد، لازمه اش جواز هم بستری در روز است.

افزون بر این در موثقه عبدالرحمن بصری تعبیر «بضعها فی ید زوجها» وجود دارد که کنایه از جواز هم بستر شدن و استمتاع است. بنابراین ممنوعیت هم بستری در شب به دلیل عدم جواز بیتوته است، نه ممنوعیت مطلق آن؛ و بر ممنوعیت وطی نه تنها دلیلی نداریم بلکه ظاهر موثقه عبدالرحمن خلاف آن است؛ ضمن آن که در این روایت و همچنین روایت جمیل حتی سخنی از ممنوعیت بیتوته نیز نیست. مرحوم صدوق هم

همانند روایت، تعبیر «هو املک بیضعها» دارد که کنایه بر جواز مواقعه است (مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱۶، ص ۱۸).

ضمن آنکه، ممنوعیت هم بستری، خلاف اصل نیز هست؛ زیرا اگر زوجیت باقی است، لوازم آن نیز (از غرم و غنم) باید باقی باشد.

از این رو، آیت الله زنجانی با ردّ ممنوعیت مواقعه به طور مطلق، در مقام توجیه این که پس شب ماندن پیش زن چرا ممنوع شده، می فرماید: «در شب خصوصیتی است که شارع نمی خواهد آن ها، بین این دو که سنخیتی با هم ندارند باشد؛ مثل سکن بودن، و التیام پیدا شدن، «هن لباس لکم و انتم لاب لهن»؛ و الا اگر منظور حرمت مواقعه بود، می توانست تعبیر کند اجازه خلوت کردن ندارد. این که فرموده است «یايتها نهاراً» هم با خلوت می سازد و هم با عدم خلوت. در نتیجه مرد ممنوع از مباشرت نیست (شبیری زنجانی، بی تا، ج ۱۷، ص ۵۴۱).

نتیجه گیری

از مجموع بررسی های به وجود آمده می توان این نتایج را به دست آورد:
نظریه استمرار زوجیت و عدم انفساخ عقد اولاً شهرت قدمایی دارد؛ ثانیاً از مستندات روایات معتبر برخوردار است؛ ثالثاً دلالت روایات نیز بر مدعا صریح و روشن است؛ رابعاً در مقام تعارض به دلیل مرجحات، بر روایات مخالف مقدم است؛ خامساً به فرض تعارض و تساقط، اصل بقای زوجیت، موافق این نظریه است؛ و سادساً محدودیت ها صرفاً به هم بستری شبانه مربوط است و همچنین عدم خروج از دارالاسلام به دارالکفر اگر در دارالاسلام باشند.

یادداشت:

۱. اگر ضمیر در «قال» اول به یونس و در دو «قال» بعدی به امام برگردد، روایت مضمومه است؛ و اگر اولی به محمد بن عیسی و دوم و سوم به یونس برگردد، موقوفه است و در حقیقت نظر یونس است نه سخن امام (ع).

منايع:

قرآن كريم .

- ١ . ابن قدامه، عبدالله بن احمد (بى تا)، المغنى، بيروت، دارالكتب العربى .
- ٢ . احساى، ابن ابى جمهور، (بى تا)، الأقطاب الفقيهيه على مذهب الأماميه، قم، نشر معروف، ١٣٧٨ ش .
- ٣ . اردبيلى، احمد (مقدس اردبيلى) (١٤١٣ق)، مجمع الفائدة و البرهان فى شرح ارشاد الأذهان، قم، مؤسسه انتشارات اسلامى .
- ٤ . انس مصطفى البغاء (١٤٣٢ق)، اسلام المرأة، دمشق، دارالمصطفى .
- ٥ . بجنوردى، محمدحسن، (١٣٧٧)، القواعد الفقيهيه، قم، الهادى .
- ٦ . بحراني، يوسف (١٣٦٣)، الحدائق الناضرة فى احكام العترة الطاهرة، قم، مؤسسه النشر الاسلامى .
- ٧ . جباران، محمدرضا (١٣٨٣)، ازدواج با غير مسلمانان، قم، مؤسسه بوستان كتاب .
- ٨ . جبعى عاملى، محمد بن جمال الدين مكى (شهيد اول) (بى تا)، القواعد و الفوائد، قم، مكتبة المفيد .
- ٩ . الجريع، عبدالله بن يوسف (١٤٢٩ق)، اسلام احد الزوجين، مؤسسة الريان .
- ١٠ . جوزى، محمد بن ابى بكر (١٤١٥ق)، احكام اهل الذمة، بيروت، دارالكتب العلمية .
- ١١ . حر عاملى، محمد بن حسن (١٣٩٣ق)، وسائل الشيعة، تهران، المكتبة الاسلامية .
- ١٢ . حلى، حمزة بن على ابن زهرة (١٤١٧ق)، غنية النزوع الى على الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، اول .
- ١٣ . حلى، محمد بن منصور بن احمد بن ادريس (١٤١٠ق)، السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى، قم، مؤسسه انتشارات اسلامى .
- ١٤ . حلى، جعفر بن حسن (محقق) (١٣٨٩ق)، شرايع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، بيروت، دارالاضواء .
- ١٥ . حلى، حسن بن يوسف بن مطهر (علامه) (١٤١٤ق)، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت .
- ١٦ . _____ (١٣٨١)، مختلف الشيعة فى احكام الشريعة، بوستان كتاب، قم .
- ١٧ . خويى، ابوالقاسم (١٣٩٥ق)، منهاج الصالحين، (بى تا) .
- ١٨ . سرخسى، شمس الدين، (١٤١٤ق)، المبسوط، بيروت، دارالمعرفة .
- ١٩ . سيستانى، سيدعلى حسيني، منهاج الصالحين، قم، سنبله، ١٣٨٤ .
- ٢٠ . شبيرى زنجانى، سيدموسى (بى تا)، كتاب النكاح (تقريرات درس خارج)، ج ١٧ .
- ٢١ . صدوق، محمد بن على بن بابويه القمى (١٤١٥ق)، المقنع، قم، مؤسسه امام هادى .
- ٢٢ . روح الله، شريعتى (١٣٨١)، حقوق و وظائف غير مسلمانان در جامعه اسلامى، قم، مؤسسه بوستان كتاب .

- ٢٣ . طباطبائي، سيدمحسن حكيم (بي تا)، نهج الفقهاء، قم، انتشارات ٢٢ بهمن .
- ٢٤ . طباطبائي، سيدعلي (١٤١٢ق)، رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلال، بيروت، دارالهادي .
- ٢٥ . طباطبائي، محمدحسين (١٣٩٣ق)، الميزان في تفسير القرآن، بيروت، مؤسسة الأعلمي .
- ٢٦ . طبرسي، فضل بن حسن (١٣٧٩ق)، مجمع البيان في تفسير القرآن، بيروت، دار احياء التراث العربي .
- ٢٧ . طوسي، محمد بن حسن بن علي (شيخ طوسي) (بي تا)، التبيان في تفسير القرآن، بيروت، دار احياء التراث العربي .
- ٢٨ . _____ (١٤١٨ق)، تهذيب الأحكام، قم، مكتبة صدوق .
- ٢٩ . _____ (١٣٦٣)، الأستبصار، تهران، دار الكتب الإسلامية .
- ٣٠ . _____ (١٤٠٠ق)، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بيروت، دار الكتب العربي .
- ٣١ . _____ (١٤٠٧ق)، الخلاف، قم، مؤسسه انتشارات اسلامي .
- ٣٢ . _____ (١٣٨٧)، المبسوط في فقه الأماميه، تهران، مكتبة المرتضوية .
- ٣٤ . فاضل لنكراني، محمد (١٤١٦ق)، القواعد الفقهية، قم، مركز فقهى الائمة الاطهار (ع)، ١٣٨٣ ش .
- ٣٥ . فيض كاشاني، ملامحسن (١٤٠٢ق)، تفسير الصافي، بيروت، مؤسسة اعلمي .
- ٣٦ . كليني، محمد بن يعقوب (١٤٠٧ق)، الكافي، تهران، دار الكتب الاسلامية .
- ٣٧ . كاشف الغطاء، محمدحسين (١٤٢٢ق)، تحرير المجلة، مجمع التقريب مذاهب الاسلامي .
- ٣٨ . مجلسي، محمدتقي (١٣٩٩ق)، روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه، بنياد فرهنگ اسلامي .
- ٣٩ . مجلة فقه اهل بيت، فصلنامه، قم، مؤسسه دايرة المعارف فقه اسلامي .
- ٤٠ . مرواريد، علي اصغر (١٤١٠ق)، سلسلة الينايع الفقهية، بيروت، موسسه فقه الشيعه .
- ٤١ . مشكيني، علي، مصطلحات الفقه، قم، الهادي، ١٣٧٧ .
- ٤٢ . مفيد (شيخ مفيد)، عبدالله بن محمد (١٤١٣ق)، المسائل الصاغانية (مصنفات شيخ مفيد، ج ٣)، چاپ كنكره .
- ٤٣ . موسوي خميني، روح الله، كتاب الطهارة، تقرير آيت الله موحدى لنكراني، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ١٣٨٠ ش .
- ٤٤ . موسوي سبزواري، سيدعبدالله (١٤١٣ق)، المهذب الأحكام في بيان الحلال و الحرام، قم، مؤسسة المنار .
- ٤٥ . نجفي، محمدحسن (١٩٨١)، جواهر الكلام في شرح شرايع الإسلام، بيروت، دار احياء التراث العربي .

استصناع در توجیهی جدید*

محمدعلی خادمی کوشا**

چکیده

امروزه در عرصه های گوناگون در معاملات بانکی و اوراق بهادار و نیز در قراردادهای دولت و مردم، کمتر کسی است که با قرارداد «استصناع» سروکار نداشته باشد. به همین دلیل، مسأله استصناع در فقه معاملات جدید، جایگاه پر دامنه ای دارد. این قرارداد از دیرباز در معاملات ساده عرفی رواج داشته است و به دلیل عدم طرح آن در منابع و نصوص شرعی، توجیه فقهی آن محل بحث بود و هست که گاهی باطل و گاهی صحیح و لازم دانسته شده است.

در نوشته های متقدم اهل سنت، این قرارداد در قالب «بیع سلم» و «غیر سلم» توجیه شده است. اخیراً برخی از فقهای شیعه آن را در قالب عقود عقلایی مستقل توجیه نموده اند و برخی نیز آن را ترکیبی از عقود مختلف به شمار آورده اند.

این مقاله در پی بررسی «استصناع» در قالب «بیع» است و ضمن بررسی انطباق استصناع بر ۲۰ شکل از اشکال بیع از جمله «بیع عربون»، انطباق آن بر قرارداد اختیار معامله (option) توجیه شده است که پیش از این در متون فقهی مطرح نبوده است.

کلیدواژه ها

سفارش ساخت؛ استصناع؛ بیع سلم؛ اختیار معامله؛ عربون.

* تاریخ دریافت ۱۳/۷/۹۲؛ تاریخ پذیرش ۳۰/۷/۹۲.

** استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۱. مقدمه

یکی از عقود جدید که در عرصه های مختلف اقتصادی، کاربرد فراوان دارد و در عصر حاضر نیز در مبادلات بانکی استفاده می شود، قرارداد استصناع است. قرارداد استصناع از موضوعاتی است که در جوامع روایی شیعه و سنی، نامی از آن برده نشده است. به همین دلیل، در عصر فقه های سابق حکم این موضوع در نصوص شرعی و متون فقهی، نامشخص بود. از این رو، یک مسأله مستحدث شمرده می شد. همان گونه که امروزه نیز در قالب اوراق بهادار و معاملات بانکی، به عنوان یکی از مسائل فقهی جدید مطرح می شود. بنا بر این قرارداد استصناع در گذشته و حال، از مسائل مستحدث فقهی بود و هست.

جای این بحث در فقه پیشینیان خالی بوده است و در این باره صرفاً یک یا چند مسأله را فقط شیخ طوسی (۱۴۱۷هـ. ق، ج ۳، ص ۲۱۵؛ و ۱۳۸۷هـ. ق، ج ۲، ص ۱۹۴) و تعداد اندکی پس از وی ذکر کرده اند (طبرسی، ۱۴۱۰هـ. ق، ج ۱، ص ۵۳۶؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸هـ. ق، ص ۲۵۷؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵هـ. ق، ص ۲۵۹؛ و صیمری، ۱۴۰۸هـ. ق، ج ۲، ص ۹۱). در عصر اخیر تلاش هایی نه چندان گسترده در زمینه فقهی در فقه امامیه، برای کشف حکم فقهی استصناع صورت گرفته است. در این تحقیقات، استصناع در قالب عقد مستقل عرفی یا عقد بیع یا اجاره و شبه آن و یا ترکیبی از برخی عقود شرعی، بررسی شده و مواردی از آن رد یا قبول شده است (ر.ک: کاشف الغطاء، ۱۳۵۹هـ. ق، ج ۱، ص ۱۳۰؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵هـ. ق، ص ۱۹۹؛ و هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳هـ. ق، ج ۲، ص ۲۴۸؛ و...).

در نوشته های موجود، بیع استصناع در قالب محدودی از انواع بیع توجیه شده است و در صحت همان ها هم گاهی خدشه شده است. در این مقاله، استصناع صرفاً در قالب بیع بررسی می شود و قالب های جدیدی از بیع برای توجیه استصناع بیان شده است.

۲. مفهوم استصناع

بدیهی است برای شناخت حکم فقهی در هر معامله، ابتدا باید مفهوم و ماهیت آن به درستی شناسایی شود. از آن جا که قرارداد استصناع در نصوص شرعی، مطرح نگردیده و برای عقد آن نیز الفاظ خاصی تعیین نشده است، فاقد مفهوم معین شرعی است و باید همانند سایر عقود و ایقاعات عرفی برای شناخت مفهوم آن، به عرف و لغت مراجعه کرد.

هدف از مراجعه به لغت و عرف و گفتار فقیهان برای شناخت واژه «استصناع»، برای شناخت موضوع حکم در سؤالات طرح شده در عرف و موضوعات مورد ابتلای مردم

۲.۱. مفهوم استصناع در لغت و عرف

واژه استصناع از ریشه «صنع» و از باب استفعال است. از آنجا که ماده «صنع» به معنای ساختن و باب استفعال نیز غالباً برای افاده معنای طلب است، واژه استصناع نیز به تصریح اهل لغت، به معنای «طلب ساختن» (ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ. ق، ج ۸، ص ۲۰۹ ماده «صنع»؛ و زبیدی، ۱۴۱۴ هـ. ق، ج ۱۱، ص ۲۸۹) و به اصطلاح متعارف در زبان فارسی، «سفارش ساخت» است. منظور، این است که شخصی از فرد دیگر، ساختن چیزی را تقاضا کند.

«طلب ساختن» یک مفهوم کلی و مطلق است که نه تنها شامل قرارداد استصناع می شود، بلکه حتی درخواست ساختی که در قالب اوامر و دستورهای افراد صورت می گیرد، نیز داخل مفهوم لغوی استصناع خواهد بود.

با توجه به کاربرد واژه استصناع به معنای نوعی معامله اقتصادی در عرف گذشته و حال، به نظر می رسد مفهوم استصناع در نظر عرف، محدودتر از معنای لغوی آن است و فقط در معنای توافق طرفینی بر ساختن سازه ای در برابر مبلغی معین به کار می رود.

بنا به عرف امروزی در باب استصناع، ملکیت مواد اولیه برای صانع و تهیه آن نیز بر عهده او است، مگر این که شرطی بر خلاف آن باشد. در نتیجه، مستصنع قبل از تحویل کالا، مالک و ضامن چیزی نیست، مگر این که استصناع در قالب خاص و با شرایط ویژه صورت گیرد؛ مثل مواردی که مستصنع، کالای نیم ساخته ای را خریده و تکمیل ساخت آن را خواسته باشد.

۲.۲. مفهوم استصناع نزد فقها

فقهای پیشین که استصناع را طرح کرده اند و نیز برخی از فقیهان عامه، تعریفی از آن به دست نداده اند (مالک، ج ۴، ص ۱۸؛ جندی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص ۱۷۱؛ مغربی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۶، ص ۵۱۷؛ دسوقی، ج ۳، ص ۲۱۷ و ج ۴، ص ۵۶) و ظاهراً به مفهوم لغوی و عرفی آن بسنده نموده اند. برخی از فقهای سلف اهل سنت (ر.ک: سمرقندی، ۱۴۱۴ هـ. ق، ج ۲، ص ۳۶؛ کاشانی، ۱۴۰۹ هـ. ق، ج ۵، ص ۲؛ مصری، ۱۴۱۸ هـ. ق، ج ۶، ص ۲۸۳؛ و ابن عابدین، ۱۴۱۵ هـ. ق، ج ۵، ص ۳۵۲) و بیش تر معاصران (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ هـ. ق، ج ۱، ص ۱۳۰؛ مؤمن، ۱۴۱۵ هـ. ق،

ص ۱۹۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ هـ. ق، ج ۲، ص ۲۴۸؛ و...) در تعریف استصناع یا بیان ماهیت آن، به اجمال سخن گفته اند.

جامع تعاریف فقها این است که استصناع، عقد یا توافقی است با صانع که نسبت به ساختن سازه‌ای با ذکر اوصاف مورد نظر و تعیین عوض آن صورت می‌گیرد؛ بدون این که سفارش دهنده، مواد اولیه را به صانع تحویل دهد.

با توجه به این که بسیاری از فقها به تعریف استصناع نپرداخته‌اند و کسانی هم که به تعریف فقهی آن پرداخته‌اند، دلیلی بیان نکرده‌اند، معلوم می‌شود صرفاً به مفهوم لغوی و تحلیل عرفی خویش اعتماد داشته‌اند. به همین دلیل، آنچه ملاک شناخت مفهوم استصناع است - همان طور که برخی گفته‌اند - صدق معنای لغوی است (کاشانی، همان) و انحصاری در سفارش ساخت سازه به صورت کلی در ذمه ندارد و در سازه معین و نیم ساخته نیز جاری می‌شود.

۳. ماهیت استصناع

درباره ماهیت «استصناع» این مسائل مطرح است که: آیا استصناع از نوع عقود و قراردادهای است و یا از نوع وعده و عهد غیر لازم؛ اگر عقد است، از نوع عقود شرعی معین است یا غیر آن؛ و آیا لازم است یا غیر لازم؟ در پاسخ به این مسائل آرای متفاوتی وجود دارد.

از برخی متون فقهی متقدمانی همچون شیخ طوسی چنین بر می‌آید که «استصناع» با «بیع سلم» شباهت دارد و به همین دلیل آن را در باب بیع سلم ذکر کرده‌اند؛ اما در قالب بیع یا اجاره یا هر عقد دیگر نیست؛ بلکه یک مواعده و توافق طرفینی غیر لازم است. از این رو، شیخ آن را باطل دانسته است، (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ هـ. ق، ج ۳، ص ۲۱۵). همین نظر را برخی از فقهای اهل سنت نیز دارند (ر.ک: کاشانی، همان).

این در حالی است که از برخی متون فقهی شیعه و اهل سنت بر می‌آید که استصناع، نوعی بیع به شمار می‌آید و به منزله بیع سلم، صحیح و لازم است، برخی نیز ضمن پذیرش عقد بودن آن، به عدم لزوم آن حکم کرده و حق خیار فسخ را پیش از عمل، برای هر دو طرف ثابت دانسته‌اند (ابن حمزه، ۱۴۰۸ هـ. ق، ۲۵۷؛ و سمرقندی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۳۶۳). برخی از عامه نیز حق فسخ را فقط برای مشتری قائل شده‌اند (کاشانی، همان).

پیدا است که اختلاف موجود، به دلیل اختلاف در تحلیل عرفی استصناع و وجود مصادیق و انواع مختلف آن در میان عرف است. بنابراین برای تعیین ماهیت استصناع، باید

مصادیق عرفی آن را به خوبی تحلیل کنیم. برای این منظور، ابتدا باید آن را بر اساس نوع تحقق آن دسته بندی کرد.

از مطالب پیش گفته معلوم شد که استصناع در دو قالب کلی تحقق می یابد: ۱. در قالب توافق غیر قراردادی (استصناع غیر قراردادی)؛ و ۲. در قالب قرارداد (استصناع قراردادی یا قرارداد استصناع).

۳.۱. ماهیت استصناع غیر قراردادی

گاهی استصناع و سفارش ساخت در میان مردم، به صورت یک گفت و گو و مقاوله ساده انجام می شود. گفت و گویی که اشخاص متقاضی خرید با افراد صانع دارند و مقدمه ای برای خرید است. این استصناع فاقد انشایی است که عرف، شرع یا قانون آن را اعتبار کرده باشند؛ در واقع یک مفهوم تکوینی و زمینه ساز برای انجام معامله است، نه مفهوم انشایی اعتباری. در نتیجه، این مفهوم از نظر لغت و عرف می تواند مصداقی برای استصناع باشد، اما نمی تواند یک قرارداد عرفی باشد و فقط یک درخواست یا وعده ای عاری از تعهد و التزام است.

نظر آن دسته از فقهای شیعه و اهل سنت که استصناع را نه قراردادی مستقل و نه حاوی قرارداد و نه در قالب قرارداد معین شرعی می دانند بلکه صرفاً آن را یک «وعده» محسوب می کنند (ر. ک: شیخ طوسی، همان؛ کاشانی، همان) قطعاً درباره این نوع استصناع، جاری است و برخی به صراحت «استصناع بیعی» را صحیح و «مواعده ای» را باطل دانسته اند (حصکفی، ۱۴۱۵ ه. ق، ج ۵، ص ۳۵۲).

۳.۲. ماهیت استصناع قراردادی

گاهی استصناع و سفارش ساخت به شکل یک گفت و گو اما به صورتی جدی تر و با رعایت اصول تجارت و معامله انجام می شود و حتی گاهی برای حصول اطمینان بیش تر علاوه بر گفت و گو به قصد انشای معامله، مبلغی از کل عوض به طرف صانع پرداخت می شود؛ و در برخی موارد، قرارداد کتبی تنظیم شده، به امضای طرفین و شهادت شهود می رسد. پیداست که این نوع استصناع از نگاه مردم در قالب یک معامله و قرارداد است که تخلف از آن پذیرفته نیست. این نوع استصناع را «قرارداد استصناع» یا «استصناع قراردادی» می نامیم.

در ماهیت «استصناع قراردادی» دو تصور وجود دارد:

تصور اول: استصناع از نوع قراردادهای عرفی نامعین و قراردادهای عقلایی بوده، جدای از اعتبارات شرعی است و نزد عرف، یک قرارداد مستقل است. این تصور را برخی فقهای شیعه (منتظری، ج ۲، ص ۲۹۳؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵ هـ. ق، ص ۲۰۴) و اهل سنت خصوصاً فقهای حنفی مذهب مثل سرخسی پذیرفته‌اند (سرخسی، ۱۴۰۶ هـ. ق، ج ۱۲، ص ۱۳۹).

تصور دوم: استصناع، قرارداد معین شرعی بوده، در قالب یکی از عقود شرعی، اعتبار شده است و احکام خاص آن را دارد. طرفداران این تصور در شیعه و اهل سنت، درباره نوع عقد شرعی، اختلاف کرده‌اند که آیا بیع است یا اجاره یا از عقود مرکب.

البته با توجه به معنای لغوی استصناع و عدم تقیید عرفی آن، به نظر می‌رسد ماهیت استصناع به صورت یک قرارداد محدود و مقید نیست؛ بلکه نسبت به هر دو تصور فوق، به صورت لایشرط و یک مفهوم عرفی مطلق است که با ماهیات گوناگون قابل تحقق است.

آنچه در این مقاله، موضوع سخن است، پس از بنا گذاری بر مشروعیت بیع استصناع که مورد اجماع اهل سنت (ر. ک: سمرقندی، همان؛ کاشانی، همان، ج ۵، ص ۲؛ و مصری، همان) و مطابق اصول و قواعد فقه شیعه است، حکم فقهی قرارداد استصناع در قالب بیع است؛ اما سخن درباره قالب‌های دیگر، مجال دیگری طلب می‌کند.

۴. استصناع در قالب بیع (بیع الاستصناع)

قرارداد استصناع بنابراین که استصناع، مصداقی از مصادیق عقود معین شرعی است، انواع مختلفی می‌تواند داشته باشد؛ از قبیل بیع، اجاره، جعاله و مواردی از این دست، حال اگر استصناع در قالب هر کدام از آن‌ها واقع شود، احکام ویژه همان عقد را خواهد داشت.

بسیاری از کسانی که استصناع را از نوع عقود و قراردادهای دانسته‌اند به ویژه پیش‌تر فقهای اهل سنت، استصناع را از نوع بیع دانسته‌اند (ر. ک: کاشانی، همان؛ و سرخسی، ۱۴۰۶، ص ۲۸۴).

نزد برخی دیگر نیز ماهیت استصناع، به صورت معین از نوع بیع دانسته نشده و در تعریف آن نیز نامی از بیع برده نشده است، اما مفهوم آن بر بیع قابل انطباق است؛ به این معنا که یکی از عقود می‌توان سفارش ساخت را در قالب آن انجام داد، بیع است.

گروهی با بیع بودن استصناع مخالفت کرده‌اند؛ زیرا مبیع در هنگام معامله، معدوم است و در نتیجه نمی‌تواند مورد بیع واقع شود. اما با توجه به این که مبیع در قرارداد

استصناع یا مواد اولیه موجود و معین است و یا مبیع کلی است؛ و مبیع کلی اگر چه معدوم است، در عرف و شرع واقع شده است (مثل بیع سلم). بنابراین معلوم می شود که شرعاً و عرفاً معدوم بودن مبیع در قرارداد استصناع، موجب سلب اسم بیع نمی شود و مانع از وقوع آن نیست.

در ادامه درباره انطباق استصناع بر انواع بیع سخن خواهیم گفت. انجام استصناع در قالب بیع، موجب اجرای تمام احکام بیعی است که در قالب آن واقع شده است. بنابراین نمی توان بیع استصناع را از جهت صحت و لزوم و احکام عمومی بیع، محروم کرد؛ هر چند احکام خاص برخی از انواع بیع در بیع استصناع جاری نشود.

استصناع در قالب بیع می تواند دارای گونه های متفاوتی باشد که حمل قرارداد استصناع بر هر کدام از آن ها به متن قرارداد بستگی دارد.

۴.۱. استصناع در قالب بیع مواد اولیه

بیع استصناع می تواند در قالب بیع مواد اولیه به شرط ساخت منعقد شود. در این نوع قرارداد استصناع، متاعی به صورت مواد اولیه و خام، به شرط ساختن سازه ای معین، خرید و فروش می شود.

این معنا از قرارداد استصناع در متون برخی از فقهای عامه به روشنی ذکر شده است؛ از جمله سرخسی (همان) که انواع بیع را به چهار نوع زیر تقسیم کرده است:

۱. بیع عین در مقابل ثمن؛
 ۲. بیع دین که بر ذمه است در مقابل ثمن که همان بیع سلم است؛
 ۳. بیع عمل که عین در آن، تابع است و آن اجاره برای ساختن و امثال آن است؛
 ۴. بیع عین که در آن انجام عملی شرط شده باشد و آن استصناع است.
- در این نوع نگاه به قرارداد استصناع، به خوبی مشاهده می کنیم که اولاً، استصناع از انواع بیع است (البته در این نگاه اجاره نیز از انواع بیع شمرده شده است)؛ ثانیاً، آنچه در قرارداد استصناع، معامله می شود مواد تشکیل دهنده سازه مورد نظر است؛ ثالثاً، عمل ساختن به عنوان یک شرط لازم، در ضمن عقد آورده می شود.
- استصناع در قالب بیع مواد اولیه گاهی با ذکر مدت تحویل در متن عقد همراه است؛ و گاهی بدون تعیین مدت و به صورت مطلق انجام می گیرد.
- الف) بیع مواد اولیه به شرط ساخت با تعیین مدت: در این نوع استصناع، در ضمن

بیع مواد اولیه، ساختن آن شرط می شود که به سه شکل متفاوت قابل انجام است:

۱. بیع شخصی: مورد معامله، مواد مشخصی است که قبل از ساختن، نزد فروشنده حاضر و قابل رؤیت باشد و مشتری آن را به شرط ساخت و تحویل در زمان معین، از فروشنده خریداری می کند.

مثلاً، کسی از شخص جواهرساز، یک گوهر مخصوص را که در مغازه حاضر بوده، به صورت مشخص با این شرط می خرد که جواهرساز در زمان معینی از همان گوهر مشخص، برای او انگشتری بسازد.

گاهی نیز کالای مورد نظر به صورت نیم ساخته است که خریدار، آن را به شرط ساخت و تکمیل، خریداری می کند.

این نوع سفارش ساخت، در بسیاری از کالاهای زینتی و قیمتی و نیز در معاملات مسکن، صورت می گیرد که به طور قطع از مصادیق عرفی استصناع شمرده می شود. حتی گاهی صنعتگران اجناس منحصر به فردی دارند که صرفاً با سفارش ساخت، آن ها را به مشتریان خود می فروشند.

مواد اولیه و یا کالای نیم ساخته در این نوع استصناع، از لحظه قرارداد، به ملکیت سفارش دهنده منتقل می شود و در صورت عدم ساخت یا تکمیل آن، مستصنع خیار تخلف شرط دارد. گاهی معامله مذکور با تصریح به همین حکم در عرف صورت می گیرد.

برخی اشکال کرده اند که تلف مواد اولیه در این قسم، بر عهده مستصنع است و این بر خلاف استصناع متعارف است که تلف کالا قبل از تحویل بر عهده صانع است (هاشمی، ۱۴۲۳ هـ. ق، ج ۲، ص ۲۵۷)؛ ولی باید توجه نمود که قبل از تحویل مواد اولیه، هر گونه تلفی طبق قاعده «تلف قبل از قبض» بر عهده فروشنده است، اگرچه اذن در تصرف داشته است؛ مگر این که مستصنع مواد را تحویل بگیرد و سپس برای ساخت، به صانع بدهد.

علاوه بر این ما به دنبال راه های انجام استصناع به وجه شرعی هستیم که حکم آن نیز تابع وجهی است که انجام می گیرد، نه آنچه متعارف است؛ و البته استصناع مطلق را نمی توان بر این قسم حمل نمود.

۲. بیع کلی در معین: مورد معامله، مقدار معینی به صورت کلی از بین اموال موجود است و فروشنده، طی شرط در ضمن عقد، متعهد می شود از همان مواد برای ساختن کالا و سازه مورد نظر استفاده کند و در مدت معینی، آن را تحویل دهد.

این نوع از بیع استصناع نیز از مصادیق بیع با شرط در ضمن عقد است و در نتیجه،

همه احکام و لوازم آن نیز در مورد این معامله، ثابت است؛ و در شرایط صحت و بطلان نیز تابع احکام بیع است؛ اگر چه به دلیل محتوای آن و هدف طرفین که ساخت یک سازه معین است، با نام استصناع و سفارش ساخت شناخته می‌شود.

۳. بیع کلی در ذمه: در این نوع بیع استصناع، مواد اولیه برای ساختن کالای معینی، معامله می‌شود. اما این مواد در هنگام قرارداد، به صورت شخصی یا به صورت کلی در معین نیست؛ و فروشنده با عقد بیع، مواد اولیه را به صورت کلی در ذمه می‌فروشد و با شرط ضمن عقد، ساخت و تحویل آن را در مدت معینی، بر عهده می‌گیرد.

این نوع معامله استصناع، در واقع نسبت به مواد اولیه، از انواع بیع کلی است که اگر در قالب «بیع سلم» واقع شود صحیح است و در این صورت، احکام و شرایط بیع سلم را خواهد داشت؛ از جمله این که برای صحت بیع، بنابر مشهور و بلکه اجماع فقها ثمن باید هنگام عقد، پرداخت شود. (مجلسی اول، ملاز الاخیار، ج ۱۰، ص ۵۴۷)

ب) بیع مواد اولیه به شرط ساخت بدون تعیین مدت: گاهی در بیع استصناع، مدتی را برای ساخت و تحویل آن تعیین نمی‌کنند که اگر فوری یا آینده بودن آن به هیچ وجه معلوم نباشد، موجب غرر می‌شود و بیع غرری، باطل است. اما گاهی با توجه به رویه و قرائن موجود، معلوم است که تحویل فوری (نقد) یا آینده قصد شده است.

۱. تحویل فوری: در این گونه موارد، ساخت کالای سفارشی در نزد عرف، فوری است و زمانی را برای آن در نظر نمی‌گیرند؛ بلکه برای تحویل کالا در آینده و به صورت غیرنقد، به تعیین مدت و ذکر زمان، نیاز است. بنابراین، خریدار از نظر عرف، بلافاصله پس از انجام معامله و قبول سفارش از سوی صانع و خصوصاً پس از دریافت مبلغ معامله، حق طلب کردن کالای سفارش داده را دارد؛ مگر این که معامله‌ای واقع نشده، صرفاً مواعده باشد.

این نوع بیع در میان مردم به صورت بیع شخصی یا کلی در معین و یا کلی در ذمه، واقع می‌شود.

مثال بیع شخصی: مشتری، ساخت یک دسته گل طبیعی را پس از انتخاب گل‌ها به صورت مشخص سفارش می‌دهد. این در مواردی است که ساختن آن، زمان‌بر نیست.

مثال کلی: هر گاه در مثال یاد شده، مواد مورد معامله به صورت مشخص نباشد و به شکل کلی در معین یا کلی در ذمه واقع شود، بیع کلی صورت گرفته است که البته در این فرض، به شکل نقد انجام شده است و از نوع بیع سلم نخواهد بود.

۲. تحویل در آینده: گاهی ساخت کالای سفارش داده شده از نظر عرفی زمان بر است و قطعاً به طور طبیعی به صورت نسیه و تحویل در آینده است؛ به گونه‌ای که تعیین زمان فوری برای آن امکان‌پذیر نیست و یا غیرمتعارف است.

بیع مذکور نیز به شکل شخصی و کلی در معین و کلی در ذمه، واقع می‌شود که مثال‌های آن‌ها از مثال سفارش ساخت جواهرات، معلوم است.

شرط ساخت در فرض مذکور، چنانچه شواهد عرفی یا شخصی برای تعیین زمان آن وجود نداشته باشد، از نوع شرط مجهول است که موجب غرر و بطلان بیع می‌شود؛ و در صورت سوم (کلی در ذمه)، از نوع بیع کلی و در قالب بیع سلم است که علاوه بر تعیین زمان تحویل، پرداخت ثمن در زمان عقد، لازم است.

۲.۴. استصناع در قالب بیع سازه

در مبادلات عرفی، گفت و گو و توافق طرفین در سفارش ساخت می‌تواند به گونه‌ای باشد که معامله استصناع به صورت بیع کالای ساخته شده واقع شود. در این صورت، مستصنع ساخت کالایی را با ذکر تمام اوصاف لازم و تأثیر گذار در قیمت و مطلوبیت کالا (حتی با تعیین عامل ساخت) از صانع درخواست می‌کند و همان را پیش از ساخت، مورد معامله قرار می‌دهد.

ناگفته نماند که گاهی مورد معامله، یک کالا با ذکر اوصاف است و طرفین معامله توجه دارند که کالای مورد نظر هنوز ساخته نشده است و بعد از معامله، ساخت آن شروع می‌شود، اما با وجود این، در هنگام معامله هیچ سخنی درباره ساخت کالا به میان نمی‌آوردند و صرفاً کالای مورد نظر، به شکل کلی، معامله می‌شود. چنین معامله‌ای ربطی به بیع استصناع نداشته، از نوع بیع سلم و کلی فی الذمه است و باید احکام بیع سلم را در آن رعایت کرد.

بیع استصناع در قالب «بیع سازه» نیز به سه شکل، قابل انجام است:

۱. بیع شخصی: در مواردی که کالای مورد معامله، به شکل نیم ساخته نزد صانع وجود دارد و مستصنع آن را به شرط تکمیل و تحویل آن با اوصاف مذکور در عقد و در مدت معین، خریداری می‌کند. حکم این صورت، همانند بیع مواد اولیه به شرط ساخت آن است و می‌تواند به صورت ترکیبی از بیع شخصی نسبت به مقدار ساخته شده و بیع کلی نسبت به مقدار باقی مانده واقع شود؛ حکم آن نیز از حکم بیع مواد اولیه و بیع سازه کلی در

ذمه معلوم می شود.

۲. بیع کلی در معین: مثلاً خرید یک انگشتری و یا یک واحد آپارتمان از یک مجموعه که همه به صورت نیم ساخته بوده اند و بین واحدهای آن تفاوتی نیست. این نوع نیز همانند «بیع مواد اولیه به شرط ساخت» است.

۳. بیع کلی در ذمه: در این نوع بیع سازه، آنچه مورد معامله است، یک سازه کلی به شرط ساخت آن به دست طرف مقابل است. فروشنده (صانع) طی فروش آن به شکل کلی در ذمه، تهیه مواد و ساخت و تحویل آن را در زمان معین به عهده می گیرد. این نوع استصناع در قالب بیع سلم واقع می شود و احکام آن را دارد و به تصریح برخی فقهای عامه، در قالب غیرسلم، باطل است (ر.ک: بهوتی، ۱۴۱۸هـ. ق، ج ۳، ص ۱۹۰؛ و مرداوی، ۱۴۰۴هـ. ق، ج ۴، ص ۳۰۰).

انجام بیع استصناع به شکل بیع کالای ساخته در آینده، از جهت تعیین زمان تحویل، به دو شکل امکان پذیر است: الف) سفارش ساخت با تعیین مدت؛ و ب) سفارش ساخت بدون تعیین مدت.

نوع دوم نیز به دو صورت واقع می شود:

۱. تحویل فوری: گاهی بر اساس قرائن موجود، سفارش ساخت، بدون تعیین مدت است، اما به صورت نقد و تحویل فوری واقع می شود. این نوع سفارش ساخت غالباً در مواردی صورت می گیرد که تهیه مواد اولیه و ساخت و تحویل آن، به زمان کوتاهی نیاز دارد؛ مثلاً سفارش پخت نان، شیرینی یا غذای مخصوص.

سفارش ساخت در این صورت نیز در قالب بیع نقد، واقع شده است؛ به گونه ای که حتی گاهی طرفین معامله نسبت به این امر که ماهیت اصلی این نوع معامله از نوع استصناع و سفارش ساخت است، غفلت دارند و به عنوان بیع، معامله می کنند.

از آن جا که این نوع بیع، از افراد بیع نقد است، حکم فقهی این نوع استصناع با قرارداد بیع فرقی ندارد و در احکام و شرایط، تابع احکام و شرایط بیع است.

۲. تحویل در آینده: گاهی نیز رویه عرفی و یا قرائن موجود، بیانگر مدت دار بودن ساخت کالای سفارشی است. این نوع معامله - که در آن مدت تحویل تعیین نشده است - اگر زمان تحویل از جهت دیگری معلوم نباشد، باعث اختلاف و نزاع می شود و غرر و بطلان بیع را در پی خواهد داشت. ضمن این که در صورت «بیع کلی در ذمه» باید شرایط «بیع سلم» رعایت شود.

۴.۳. استصناع در قالب بیع حق خرید و فروش

قرارداد استصناع می‌تواند در قالب بیع حق فروش کالا از طرف صانع در برابر حق خرید از طرف مستصنع انجام گیرد. این نوع بیع، از نوع قرارداد اختیار معامله (آپشن) بنا بر توجیه آن در قالب بیع - و نه عقود دیگر - است.

توضیح این که امروزه در بازارهای جهانی و بورس کشورها نوعی قرارداد رواج پیدا کرده است که «قرارداد اختیار معامله» (option) خوانده می‌شود و یکی از ابزارهای مدیریت ریسک و خطر در معاملات به شمار می‌آید. در این قرارداد، فردی حق فروش یک کالا را از مالک آن کالا می‌خرد؛ زیرا احتمال می‌دهد کالای مورد نظر در آینده کمیاب و گران شود و از طرفی، احتمال ارزان‌تر شدن آن را می‌دهد. در نتیجه، بدون آن که عین کالای مورد معامله را بخرد حق فروش آن را از مالک می‌خرد تا به این طریق خطر گران شدن را از خود دفع کند. زیرا پس از خرید حق فروش، مالک کالا نمی‌تواند آن را تا موعد مقرر، به دیگری بفروشد. از طرفی اگر در موعد مقرر، قیمت کالا ارزان شود، خریدار حق فروش می‌تواند اقدام به خرید کالا نکند و در نتیجه فقط مبلغی که بابت حق فروش داده، از دست او خواهد رفت. همچنان که اگر در هر حال تصمیم بگیرد کالا را بخرد، مبلغی که بابت حق فروش داده، جزئی از ثمن معامله محسوب نمی‌شود (ر.ک: خادمی کوشا، ۱۳۸۹ش، ص ۵).

همچنین طرف مالک که حق فروش کالا را به خریدار واگذار کرده، برای این که از انجام معامله در زمان معین اطمینان داشته باشد، می‌تواند حق خرید را از فرد دیگر بخرد؛ به این معنا که اگر کالایش در موعد مقرر به فروش نرود، این حق را داشته باشد که فروشنده حق خرید را به خرید کالایش ملزم کند.

اکنون در استصناع نیز طرف صانع، حق فروش کالای سفارش داده شده را به مستصنع واگذار می‌کند و سفارش دهنده نیز برای ایجاد اطمینان در صانع، حق خرید خود را به او واگذار می‌کند؛ در نتیجه، صانع حق فروش به غیر ندارد و مستصنع نیز حق انصراف ندارد. بدین سان صانع، خطر عدم فروش را مدیریت می‌کند؛ و مستصنع، خطر عدم اقدام صانع را از خود دفع می‌کند؛ با این تفاوت که در این معامله اختیار، مبلغی از هیچ طرف بابت ثمن حق، پرداخت نمی‌شود؛ بلکه صرفاً حق خرید مستصنع در برابر حق فروش صانع قرار می‌گیرد. و مانعی ندارد که مبلغی به عنوان پیش پرداخت و جزئی از ثمن سازه سفارشی پرداخت شود. فایده این معامله، مدیریت نسبی خطر یادشده است.

کسانی که «بیع اختیار» را در قالب بیع و یا در قالب سایر عقود صحیح می‌دانند، می‌توانند استصناع را به شکل «معامله اختیار» توجیه کنند. بر خلاف کسانی که معامله اختیار را از مصادیق قمار یا غرر به شمار می‌آورند و از هیچ راهی صحیح نمی‌دانند. بنابراین توجیه مذکور، فقط از نظر برخی مبانی، پذیرفتنی است.

انطباق استصناع بر قرارداد اختیار معامله، موجب می‌شود همه التزامات متعارف در سفارش ساخت، مثل التزام به انجام آن و لزوم رضایت طرفینی برای انصراف از آن، در یک قالب فقهی توجیه گردد. البته با توجه به معامله حق فروش در برابر حق خرید، مبلغی که به عنوان پیش پرداخت داده می‌شود، در فرض اتمام معامله، جزء ثمن و در صورت انصراف مستصنع، فقط با رضایت و هبه او قابل تملک است؛ و تملک آن، بدون رضایت فعلی و صرفاً به دلیل شرط ضمن عقد در صورت انصراف، نوعی «عربون» است که در ادامه حکم آن آمده است.

۴.۴. استصناع در قالب بیع عربون

«عربون» بر وزن حلزون یا حلقوم، قراردادی عرفی در سفارش ساخت و خرید کالا است. با استفاده از روایات، معلوم می‌شود که این معامله در صدر اسلام نیز وجود داشته است. بیع عربون مطابق تفسیر علامه حلی دارای دو نوع است: نوع اول، در خرید کالا صورت می‌گیرد که مشتری مبلغی از ثمن را می‌دهد تا فروشنده به مدت معینی، کالا را برای او نگهدارد و شرط می‌کند در صورت انصراف مبلغ داده شده، برای فروشنده باشد. این معنا به گفته مجلسی اول در زبان فارسی «بیعانه» نامیده می‌شود (مجلسی، ۱۴۰۶ هـ. ق، ج ۷، ص ۲۷)؛ و نوع دوم، در سفارش ساخت کالا (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۴ هـ. ق، ج ۱۲، ص ۱۷۵)

در نوع دوم بیع عربون، سفارش دهنده مبلغی را به فرد صانع پرداخت می‌کند و با او مقرر می‌کند که اگر آن را پسندید، آنچه پرداخت کرده جزء ثمن قرار گیرد و کالا را بخرد؛ و اگر نپسندید، مبلغ پرداخت شده برای فرد صانع باشد.

در هر دو نوع بیع عربون، مبلغ پرداختی در صورت انجام معامله، جزئی از ثمن معامله است و ظاهراً از نظر عرف، مبلغ پیش پرداخت فقط در فرض عدم وقوع معامله، در برابر حق فروش قرار داده می‌شود و نسبت به «معامله حق» به طور قطعی نیست. این یکی از وجوه تفاوت آن با قرارداد اختیار معامله (option) است که در آن، مبلغ پرداخت شده به

طور قطعی در برابر حق بوده، به هیچ وجه جزء ثمن قرار نمی‌گیرد.

قرارداد عربون از نظر شرعی از قراردادهای باطل است (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۲۰هـ. ق، ج ۲، ص ۳۵۵)؛ زیرا مطابق روایت وهب از امام باقر و صادق از امیر مؤمنان (ع) که صاحبان کتب اربعه شیعه نقل کرده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۳۳؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳هـ. ق، ج ۳، ص ۱۹۸؛ و شیخ طوسی، ۱۴۰۷هـ. ق، ج ۷، ص ۲۳۴) و مجلسی اول آن را صحیح دانسته (مجلسی، همان) و روایتی از پیامبر (ص) از طرق اهل سنت (ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۳۸؛ ابی داود، ۱۴۱۰هـ. ق، ج ۳، ص ۲۸۳) از عربون نهی شده است. حتی بطلان این معامله نیز مورد اتفاق شیعه و سنی دانسته شده است (روضه المتقین، ج ۷، ص ۲۷). بنابراین اگر سفارش ساخت در این قالب انجام گیرد و مبلغ پیش پرداخت (بیعانه) همانند عربون، قرار داده شود، باطل خواهد بود.

البته منظور از بطلان عربون، بطلان تملیک و تملک مبلغ پیش پرداخت (عربون) در فرض عدم وقوع معامله است؛ اما پس از این که خریدار حاضر شود و کالای سفارش شده یا مورد معامله را خریداری کند و مقدار پیش پرداخت را جزئی از ثمن قرار دهد، معامله به شکل صحیح واقع شده است.

نتیجه این که «سفارش ساخت» گاهی در قالب بیع عربون واقع می‌شود» با این توضیح که در هنگام سفارش ساخت، مبلغی به عنوان پیش پرداخت، داده می‌شود که نسبت به آن بیع عربون واقع شده است؛ ولی نسبت به سازه سفارشی، بیع واقع نشده و فقط التزام به انجام بیع پس از ساخت کالا صورت گرفته است. در این نوع معامله، مبلغ پیش پرداخت، صرفاً نشانه التزام عرفی بر انجام بیع است. تملک آن در صورت انصراف خریدار از خریدن سازه سفارشی، اگرچه از نظر عرفی صحیح باشد، از نظر شرعی فقط در صورت وقوع بیع و به عنوان جزئی از ثمن، صحیح است و بدون انجام بیع، ملکیت حاصل نمی‌شود؛ اگرچه بارضایت مالک، تصرف در آن حرام نیست.

۵. نتیجه گیری و پیشنهاد

از بررسی‌های صورت گرفته، معلوم گردید که «استصناع» قالب معین شرعی ندارد و بر اساس مفهوم وسیع آن، می‌تواند در قالب بیع واقع شود. بدیهی است در این صورت، احکام بیع بر آن مترتب خواهد شد.

البته از آن جا که انجام بیع، صور گوناگونی دارد، برای شناخت نوع بیع انجام شده

باید به توافقات طرفین توجه نمود تا پس از شناخت نوع آن، احکام خاص همان نوع بیع را بر آن جاری نمود.

سفارش ساخت در قالب بیع، صور مختلفی دارد که همه آن‌ها به گونه‌ای در میان مردم واقع می‌شود؛ البته برخی از آن‌ها بیش‌تر از سایر اقسام، رواج دارد.

صورت‌های یاد شده در چند دسته قرار می‌گیرند و دست کم در ۲۰ نوع، قابلیت وقوع عرفی دارد. مبیع در همه اقسام دو دسته اول، ۳ قسم دارد: ۱. مبیع شخصی؛ ۲. کلی در معین؛ و ۳. کلی در ذمه. بنابراین این ۲۰ نوع عبارت است از:

۱. بیع مواد اولیه کالا به شرط ساخت آن در آینده با ذکر زمان تحویل؛ (اقسام ۱، ۲ و ۳)؛ و بدون ذکر زمان تحویل ولی به صورت تحویل فوری (اقسام ۴، ۵ و ۶)؛ و به حالت تحویل در آینده (اقسام ۷، ۸ و ۹).

۲. بیع سازه به شرط ساخت یا تکمیل آن در آینده با ذکر زمان تحویل (اقسام ۱۰، ۱۱ و ۱۲)؛ بدون ذکر زمان تحویل به حالت تحویل فوری (اقسام ۱۳، ۱۴ و ۱۵)؛ و بدون ذکر زمان تحویل به حالت تحویل در آینده (اقسام ۱۶، ۱۷ و ۱۸).

۳. بیع حق فروش سازه در برابر حق خرید به شکل بیع اختیار معامله (قسم ۱۹) و در برابر عوض به شکل بیع عربون (قسم ۲۰).

برای سهولت بررسی فقهی این اقسام، می‌توان آن‌ها را در ذیل سه دسته کلی قرار داد:

۱. بیع استصناع به شکل «بیع سلم» یعنی بیع کلی در ذمه به صورت تحویل در آینده که شامل اقسام «۳، ۹، ۱۲ و ۱۸» است. بیع استصناع به شکل مذکور، مستلزم رعایت شروط بیع سلم است؛ از جمله: تعیین زمان تحویل و پرداخت ثمن در مجلس عقد که از نظر مشهور فقها این شروط در صحت بیع سلم، لازم است.

۲. بیع استصناع به شکل بیع مال غیر سلم؛ یعنی بیع مبیع شخصی یا کلی در معین و یا کلی در ذمه به شکل تحویل فوری که شامل بقیه اقسام غیر از ۱۹ و ۲۰ است و مجموعاً ۱۵ قسم را در بر می‌گیرد. این نوع بیع استصناع همانند بقیه اقسام بیع است که در ضمن آن، شرطی ذکر می‌شود و باید آن شرط از ابعاد مختلف، معلوم باشد؛ از جمله از جهت زمان عمل به شرط که در بیع استصناع، همان زمان ساخت و عمل به سفارش است.

۳. «بیع حق فروش» که شامل دو قسم آخر است؛ قسم ۱۹ (استصناع در قالب اختیار معامله) و قسم ۲۰ (استصناع در قالب بیع عربون). حکم فقهی این نوع استصناع نیز تابع

احکام این دو نوع معامله است .

در عرف رایج شده است که کل مبلغ عوض را فقط در هنگام تحویل کالا پرداخت می کنند و قبل از آن هنگام قبول سفارش، تنها بخشی از عوض را به صانع پرداخت می کنند؛ بنابراین می توان گفت که استصناع در موارد اطلاق آن، بر «بیع سلم» حمل نمی شود؛ زیرا در بیع سلم بنا بر نظر مشهور فقها، قبض عوض (ثمن) باید در همان مجلس عقد بیع انجام گیرد. بنابراین طرفین می توانند صریحاً استصناع را در قالب بیع سلم انجام دهند اما برای صحت آن، بنا بر نظر مشهور باید همه ثمن مورد معامله، فی المجلس پرداخت گردد.

غالباً در عرف هنگام سفارش ساخت، ثمن معامله پرداخت نمی شود. هر چند گاهی بخشی از ثمن به منظور تأکید بر معامله پرداخت می شود. و انصراف از معامله نیز جز با توافق، مقبول عرف نیست؛ در نتیجه، به نظر می رسد قرارداد استصناع متعارف، بیش تر در قالب «بیع حق» واقع می شود که سازنده، حق فروش خود را در مقابل حق خرید سفارش دهنده مبادله می کند و از این رو، هر دو طرف خود را به انجام معامله ملزم می دانند.

در این فرض، هنگام سفارش ساخت، هیچ گونه معامله ای نسبت به مورد سفارش انجام نمی گیرد اما صفات لازم و تأثیرگذار درباره ثمن و مضمن، تعیین می شود. بیع سازه پس از ساخت آن و با تحویل آن انجام می شود که بر اساس تعهد لازم در قرارداد استصناع است.

استصناع متعارف نیز غالباً فاقد معامله قطعی نسبت به مورد سفارش است؛ به ویژه آن که در برخی موارد، محاسبه دقیق مقدار کل ثمن، به ساخت نهایی آن بستگی دارد؛ مثل ساخت مسکن و یا ساخت در و پنجره که پس از ساخت، بر اساس مقدار وزن آن ها، مبلغ ثمن تعیین می گردد و پیش از ساخت آن ها، صرفاً درباره قیمت هر واحد مثل قیمت هر کیلو آهن ساخته شده، توافق حاصل می شود.

بنابراین پیشنهاد می شود برای این که استصناع متعارف، بر قالب حقوقی مناسب با آن منطبق باشد، در قالب «بیع اختیار معامله» انجام گیرد.

منابع:

۱. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی: (۱۴۰۸ هـ.ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی ره، چاپ اول.
۲. ابن سعید حلّی، یحیی (۱۴۰۵ هـ.ق)، الجامع للشرائع، در یک جلد، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمية، اول.
۳. ابن عابدين، محمدامين: (۱۴۱۵ هـ.ق)، حاشیه رد المحتار علی الدر المختار (حاشیه ابن عابدين) بیروت دارالفکر.
۴. ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید: (بی تا)، سنن ابن ماجه، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع.
۵. ابن منظور، جمال الدين محمد الافريقي المصري: (۱۴۱۴ هـ.ق)، لسان العرب، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر.
۶. ابی داود، ابن اشعث سجستانی: (۱۴۱۰ هـ.ق)، سنن ابی داود، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع.
۷. بهوتی، محمدحسن: (۱۴۱۸ هـ.ق)، کشف القناع، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۸. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی: (۱۴۲۳ هـ.ق)، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، قم، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول.
۹. جندی، خلیل بن اسحاق: (۱۴۱۶ هـ.ق)، مختصر خلیل، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۱۰. حصکفی، محمد علاءالدين: (۱۴۱۵ هـ.ق)، الدر المختار، بیروت، دارالفکر.
۱۱. خادمی کوشا، محمدعلی: (۱۳۸۹ هـ.ش)، بررسی فقهی قرارداد اختیار معامله (option)، مجله پژوهش نامه فقهی.
۱۲. دسوقی، محمد: (بی تا)، حاشیه الدسوقی، دار احیاء الکتب العربیه.
۱۳. زبیدی، محب‌الدين: (۱۴۱۴ هـ.ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر، اول.
۱۴. سرخسی، شمس‌الدين: (۱۴۰۶ هـ.ق)، المبسوط، بیروت، دارالمعرفة.
۱۵. سمرقندی، محمد علاءالدين: (۱۴۱۴ هـ.ق)، تحفة الفقهاء، بیروت، دارالکتب العلمیه.

- ١٦ . شيخ صدوق، محمد بن علي بن بابويه (١٤١٣ هـ. ق)، من لا يحضره الفقيه، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- ١٧ . شيخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن: (١٤١٧ هـ. ق)، الخلاف، قم، مؤسسه انتشارات اسلامي، چاپ اول.
- ١٨ . _____: (١٤٠٧ هـ. ق)، تهذيب الاحكام، تهران، دار کتب الاسلاميه، چاپ چهارم.
- ١٩ . _____: (١٣٨٧ هـ. ق)، المبسوط في فقه الإمامية، ٨ جلد، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.
- ٢٠ . صيمري، مفلح بن حسن (حسين): (١٤٠٨ هـ. ق)، تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف (منتخب الخلاف)، ٣ جلد، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی، چاپ اول.
- ٢١ . طبرسي، امين الإسلام: (١٤١٠ هـ. ق)، فضل بن حسن، المؤتلف من المختلف بين أئمة السلف، ٢ جلد، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، چاپ اول.
- ٢٢ . علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي: (١٤١٤ هـ. ق)، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت، طبع اول.
- ٢٣ . _____: (١٤٢٠ هـ. ق)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، اول.
- ٢٤ . كاشاني، ابوبكر: (١٤٠٩ هـ. ق)، بدائع الصنائع، باكستان، المكتبة الحبيبية.
- ٢٥ . كليني، ابوجعفر، محمد بن يعقوب: (١٤٠٧ هـ. ق)، الكافي (ط - الإسلامية)، ٨ جلد، تهران، دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم.
- ٢٦ . مالك، ابى عبدالله مالك بن انس: (بى تا)، المدونة الكبرى، بيروت، دار احياء التراث العربى.
- ٢٧ . مجلسي اول، محمدتقى: (١٤٠٦ هـ. ق)، روضة المتقين فى شرح من لا يحضره الفقيه، ١٣ جلد، قم، مؤسسه فرهنگي اسلامي كوشانپور، چاپ دوم.
- ٢٨ . _____: ملاز الأخيار فى فهم تهذيب الاخبار، ١٦ جلد، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی، چاپ اول.
- ٢٩ . مرداوى، على بن سليمان: (١٤٠٤ هـ. ق)، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف، دار احياء التراث العربى.

٣٠. منتظری نجف آبادی، حسین علی: (بیتا)، رساله استفتاءات (منتظری)، ٣ جلد، قم چاپ اول.
٣١. مصری ابن نجیم: (١٤١٨ هـ.ق)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بیروت، دارالکتب.
٣٢. مغربی، محمد حطّاب رعینی: (١٤١٦ هـ.ق)، مواهب الجلیل شرح مختصر الخلیل، بیروت، دارالکتب العلمیه.
٣٣. مؤمن قمی، محمد: (١٣٧٦ ش)، استنصاع (قرارداد سفارش ساخت)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، شماره ١١ و ١٢، قم، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
٣٤. _____: (١٤١٥ هـ.ق)، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٣٥. نجفی آل کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا: (١٣٥٩ هـ.ق)، تحریر المجلة، ٥ جلد، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، طبع اول.
٣٦. هاشمی شاهرودی، سید محمود: (١٣٧٨ ش)، استنصاع (سفارش ساخت کالا)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، شماره ١٩ و ٢٠، قم، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
٣٧. _____: (١٤٢٣ هـ.ق)، قراءات فقهیة معاصرة، دو جلد، قم، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، اول.

تربیت اعتقادی فرزندان

از منظر فقه*

علیرضا اعرافی** سیدنقی موسوی***

چکیده

«تربیت اعتقادی» به معنای آموزش اعتقادات و شکل دهی نظام باورهای متربی و ایجاد بینش و گرایش و التزام در عرصه باورها در کنار عرصه «تربیت اخلاقی» و «تربیت عبادی»، از اهمیت زیادی برخوردار است. نقش خانواده و والدین، در همه ساحت و ابعاد تربیت و از جمله تربیت اعتقادی، مهم و بی بدیل است. نوشتار حاضر بر آن است که از منظر شرعی به بازخوانی وظایف والدین در قبال تربیت اعتقادی فرزندان بپردازد و بر اساس روش شناسی فقهی، میزان و جزئیات وظیفه مندی آنان را روشن نماید. پژوهش حاضر با طرح شش دلیل، به آزمون فرضیه «وجوب تربیت اعتقادی فرزندان بر والدین» پرداخته است و پس از بررسی های مختلف توانسته وظیفه ای الزامی را در پاره ای از محتواهای تربیت اعتقادی، اثبات کند و شرایط و مقتضاهای انجام این تکلیف را تبیین نماید.

کلیدواژه ها

تربیت اعتقادی، تربیت خانوادگی، رساله الحقوق، آیه وقایه.

* تاریخ دریافت ۱۰/۳/۹۲؛ تاریخ پذیرش ۳۰/۵/۹۲.

** استاد جامعه المصطفی العالمیه.

*** دانش پژوه دکتری فقه تربیتی، جامعه المصطفی العالمیه (نویسنده مسئول).

اهمیت باورها و عقاید در تکوین مذهبی شخصیت کودکان، بر کسی پوشیده نیست و نقش خانواده در شکل‌گیری بینش‌ها و نظام باوری کودکان نقشی بی‌بدیل است؛ اما پرسش این است که آیا از منظر شرعی، والدین و خانواده در این زمینه مسؤ‌ولیتی دارند؟ اگر پاسخ مثبت است، میزان این تکلیف چقدر است؟ تربیت اعتقادی و آموزش معتقدات، به تناسب مراحل تربیت و رشد ذهنی و شناختی متربی، مقتضیاتی دارد. وظایف والدین در هر مرحله چیست؟ اولویت‌های آموزشی در این زمینه کدام است؟ صرف نظر از اصل وظیفه‌مندی والدین در ساحت تربیت اعتقادی، آیا وظایفی تمهیدی و مقدماتی نیز متوجه والدین است؟ در آغاز لازم است مفاهیم کلیدی این نوشتار تعریف شود. منظور از «تربیت اعتقادی» همه اقدامهایی است که برای انتقال اطلاعات و بینش‌افزایی و نیز ایجاد‌گرایی و شکل‌دهی باور و پذیرش قلبی در متربی، در حوزه اعتقادات صورت می‌گیرد. بنابراین تربیت اعتقادی فرایند آموزش اعتقادات به متربی و مجموعه اقداماتی است که مریب برای شکل‌دهی نظام باورها، اقتناع فکری و پذیرش قلبی و التزام درونی انجام می‌دهد. با این تعریف، «تربیت اعتقادی» مفاهیمی همچون «آموزش عقاید» و «باورمندسازی» را در بر می‌گیرد و از نظر محتوای تربیتی، از «تربیت عبادی» و «تربیت اخلاقی» جدا می‌شود؛ با این توضیح که «تربیت اعتقادی» به شکل‌دهی بینش دینی و نظام باورهای متربی توجه دارد؛ در حالی که هدف «تربیت عبادی»، ایجاد روحیه تعبد و اطاعت در مناسک، عبادات و اوامر و نواهی الاهی است و «تربیت اخلاقی» به پرورش اخلاق و آداب متربی، همت می‌گمارد.

در ادبیات فقهی، خانواده شامل خواهر و برادر و نیز پدر بزرگ و مادر بزرگ و فرزندان و نوه نیز می‌شود؛ اما از آن‌جا که وظایف تربیتی خانواده موضوع این پژوهش است، منظور از آن، در درجه اول والدین و در درجات بعدی پدربزرگ و مادربزرگ و یا دیگر نزدیکان کودک (اعم از خواهر و برادر و یا دیگر اعضای فامیل) می‌باشد.

یادآوری این نکته لازم است که این نوشتار در روش تحقیق، بر روش اجتهادی و استنباطی فقه رایج، تأکید دارد و تربیت اعتقادی را به مثابه یکی از رفتارهای اختیاری والدین تلقی کرده است. آن‌گاه این رفتار را با محک ادله شرعی می‌سنجد تا وظیفه شرعی والدین را در زمینه تربیت اعتقادی، استنباط نماید.^۱

درباره پیشینه این پژوهش باید یادآور شد که در حد اطلاع، پژوهش مستقلی با روش‌شناسی منضبط اجتهادی در این زمینه انجام نشده است و تنها تک‌گزاره‌های

فتواگونه‌ای در منابع فقهی و روایی داریم که معمولاً میان قلمرو تربیت اعتقادی و دیگر قلمروهای پیش‌گفته تمایزی ننهادند.

در ادامه شماری از این فتاوا گزارش می‌شود:

در منابع فقهی، به تربیت اعتقادی و تربیت اخلاقی فرزندان و وظایف والدین در این ساحات توجه شده است. بدین صورت که صیانت فرزند از آنچه موجب فساد اخلاق و عقیده‌اش می‌شود، واجب است (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۴) و باید نسبت به جلوگیری از فرافتادن فرزند در ورطه‌ی خسران، فساد و معاصی مواظبت نمود و وی را از گناهان منع کرد (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۷۴۲؛ و خویی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۱۲) و به اخلاق و آداب نیکو عادت داد (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۲۸۲).

همچنین عرصه‌ی تربیت عبادی از دیگر وظایفی است که بر آن تأکید فراوان شده است. از منظر برخی فقیهان، بر والدین واجب است که از هشت سالگی، طهارت و نماز را به کودک بیاموزند و وی را به حضور در جماعات، عادت دهند (حلی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۳۵). در میان اهل سنت نیز توجه به تربیت عبادی کودک مشاهده می‌شود: فقهای شافعی، حنبلی، مالکی و حنفی، هر کدام به صراحت با تأکید بر وظیفه‌ی والدین در تربیت عبادی به ویژه نمازآموزی، سن خاصی را برای آن متذکر شده‌اند (ر. ک: انصاری، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۳۵۵-۳۵۹).

در هر صورت، والدین باید احکام شرعی و همه‌ی وظایف دینی اعم از واجبات و محرمات را به فرزند خویش بیاموزند؛ خواه خود آنان آموزش دهند و یا این که این وظیفه‌ی واجب را به آموزگار بسپارند (مباشرت یا تسبیب) (خویی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۲۶۴). همچنین باید کودکان را پیش از بلوغ، به روزه گرفتن عادت داد (حلی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۱۸۰). همان‌طور که تمرین کودک به نماز خواندن، از سن شش سالگی استحباب دارد (حلی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۱۳). شهید به صراحت می‌گوید که مراد از تمرین نماز، عادت دهی و عادت‌سازی پیش از بلوغ است (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۵۷۰). اهمیت عادت به نماز تا آن جا است که برای مربیان و والدین مستحب است که کودکان خود را به خواندن نمازهای قضا نیز تمرین دهند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۷ ص ۳۲۶).

بر اساس متون موجود و اهمیت دوران کودکی و نقش بی‌بدیل والدین در تأثیرگذاری بر فرزندان و نیز اهمیت اعتقادات در سعادت و شقاوت ابدی فرزندان، مدعا این است که والدین نسبت به اعتقاد فرزندان به عقاید اسلامی، وظیفه‌ای الزامی دارند. به عبارت دیگر، تربیت اعتقادی فرزندان بر والدین، واجب است. در ادامه، شش دلیل برای اثبات این مدعا بیان می‌شود.

دلیل اول: آیه وقایه

قرآن کریم در آیه ششم سوره تحریم می فرماید: «یا ایها الذین آمنوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ»؛ «ای کسانی که ایمان آورده اید، خود و خانواده خود را از آتشی که هیضم آن انسان ها و سنگ ها هستند، نگه دارید».

اولین دلیل برای اثبات این امر که خانواده ها در تربیت اعتقادی فرزندان، وظیفه ای الزامی دارند، همین آیه است. برای سنجش میزان دلالت این آیه شریف بر مدعا و اساساً دریافت فهمی صحیح از آن، لازم است مفردات آیه تبیین شود.

«یا ایها الذین آمنوا»

در باره عبارت «یا ایها الذین آمنوا» چند پرسش مطرح است:

۱. آیا به اقتضای مذکر بودن این عبارت، حکم صیانت از خود و اهل خویش، به مردان و پدران اختصاص دارد؟

۲. آیا عبارت «یا ایها الذین آمنوا» به مخاطبان عصر نزول قرآن معطوف است و به اصطلاح به «موجودین» اختصاص دارد یا این که غایبان آن عصر و نیز همه مؤمنان امصار و اعصار دیگر را نیز شامل می شود؟

در پاسخ باید گفت که خطاب «یا ایها الذین آمنوا» عام است و همه مکلفان اعم از زنان و مردان، حاضران و معدومان و مؤمنان و غیرمؤمنان را در بر می گیرد.

دلایل شمول آیه نسبت به زنان، این است که اولاً از نظر لغوی و ادبی، به کار بردن صیغه مذکر و اراده کردن همه افراد مذکر و مؤنث، جایز و رایج است؛ ثانیاً بر فرض که آیه شریف به لحاظ لغوی شامل جنس مؤنث نشود، باید گفت در این حکم مذکر بودن، خصوصیتی ندارد و از آن الغاء خصوصیت می شود؛ بنابراین زنان نیز همچون مردان، به تکلیف صیانتی از خود و اهل خویش مکلف می باشند.

در باره شمول آیه نسبت به غیرحاضران زمان خطاب، نیز باید گفت از آن جا که خطابات شارع از قبیل قضیه حقیقی است، شامل همه مکلفان در همه اعصار و امصار خواهد شد.

«قوا»

وقایه در لغت به معنای حفظ و منع است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۴۰۱) و در اصطلاح قرآنی، به همان معنای لغوی است (راغب، ۱۴۱۲، ص ۵۳۰) وقایه با دو مفعول، متعدی می شود که مفعول اول آن «مصون» (آنچه صیانت شده) نام دارد و مفعول دوم،

«مصون عنه» خوانده می‌شود. عبارت «وقاه النار» یعنی وی (مصون) را از افتادن در آتش (مصون عنه) مانع شد و حفظ کرد. در ضمن معنای صیغه امر، الزامی بودن حفاظت خود و اهل خود از آتش دوزخ است؛ اما باید توجه داشت که صیانت دو گونه است: گاهی حفاظت از خطر به شکل مستقیم است و زمانی به شکل غیرمستقیم. بدین صورت که خود جلوگیری از خطر، در اختیار انسان نیست؛ اما مقدمات آن می‌تواند در دایره اختیار انسان جای گیرند. روشن است که تکلیف نمی‌تواند به نوع اول، تعلق داشته باشد؛ زیرا حفظ مستقیم از آتش جهنم در دایره قدرت بندگان نیست و معنای آیه چنین است که خود و اهل خویش را از مقدمات و موجبات افتادن در آتش دوزخ، حفاظت و صیانت نمایید. همچنین باید توجه داشت که موجبات آتش دوزخ، تنها انجام محرمات و ارتکاب گناه نیست، بلکه ترک واجبات را نیز شامل می‌شود؛ اما این تکلیف حفاظتی، محافظت بر مستحبات و مکروهات را در بر نمی‌گیرد.

نکته دیگر آن که، صیانت از خود و صیانت از اهل، ماهیتاً متفاوتند؛ زیرا معنای صیانت خود از موجبات آتش، انجام واجبات الهی و ترک محرمات است؛ اما صیانت اهل خویش از موجبات آتش، به این معنا است که فرد زمینه انجام واجبات و ترک محرمات را برای اهل خویش فراهم کند و برای این که اهل او نیز به فعل واجبات و ترک محرمات همت گمارند، به آموزش‌ها و اقدامات تربیتی بپردازد. این اقدامات، می‌تواند در حوزه تغییر شناخت و آگاهی باشد و یا در حوزه تغییر امیال و گرایش‌ها و یا تغییر رفتارها. مسلم است که آگاهی بخشی در صدر روش‌های تربیتی جای دارد. بدین سان تربیت اعتقادی که با آموزش و آگاهی بخشی نسبت به معتقدات و نیز ایجاد میل، کشش و عقد قلبی و تعمیق دانسته‌ها و باورها همراه است، مشمول این اطلاق است.

شاهد مثال دلیل حاضر نیز همین مفهوم است. بر اساس این کریمه قرآنی، هر شخصی نسبت به اهل خود (گستره معنای اهل، پس از این خواهد آمد) و معتقد نمودن وی به عقاید حقه اسلامی وظیفه دارد.

«اهلیکم»

درباره واژه «اهل» نخستین نکته آن است که این واژه، به افراد و اعضای ناظر است که در فارسی، «خانواده» خوانده می‌شود؛ اما دایره خانواده در این آیه شریف تا کجا است؟ با توجه به آنچه از کتاب‌های لغت و کلمات فقها و کاربردهای روایی و قرآنی به دست می‌آید، واژه «اهل»، مفهومی مُشکک و ذومراتب دارد. در مرحله اول، والدین، فرزندان، نوه‌ها و

اجداد، مصادیق واژه اهل به شمار می‌روند. در مراحل بعد، وسعت معنایی «اهل» شامل همه بستگان نزدیک و کسانی می‌شود که با او زندگی می‌کنند، مثل عموها، عمه‌ها، دایی‌ها و خاله‌ها، عروس‌ها، دامادها، غلام و کنیز و سایر خدمتکاران. در شمول اهل نسبت به همه بستگان و حتی بستگان دور، تردید وجود دارد و نمی‌توان از این آیه حکمی برداشت کرد. از این رو بر اساس این تفسیر از واژه «اهل» و نیز تفسیر مستفاد از آیه وقایه، پدر و مادر وظیفه دارند تا فرزندان خود را آموزش دهند و تربیت نمایند؛ چنان که فرزند نیز موظف است پدر و مادر خود را از طریق آموزش، موعظه و... در برابر گناهان حفظ نماید (زیرا خطاب هم متوجه والدین است و هم فرزندان).

تربیت پیشگیرانه در حوزه تربیت اعتقادی

بر اساس آیه شریف، همه مکلفان و از جمله پدران و مادران، نسبت به خانواده خویش - که فرزندان، قدر متیقن آن هستند - وظیفه حفاظتی و صیانتی دارند. از آن جا که این وظیفه به نجات از آتش دوزخ مرتبط است، به آموزش‌های دینی و پرورش ایمان و بندگی مربوط می‌شود و بر این اساس، والدین وظیفه تربیت اعتقادی فرزندان را بر عهده دارند. شایان ذکر است که دلالت آیه شریف، بر «تربیت اعتقادی» است و نه صرفاً آموزش عقاید؛ زیرا هر چند که آموزش، مقدمه هر تربیتی است؛ متعلق و جوب در این کریمه، صیانت از موجبات آتش است و آگاهی بخشی صرف نمی‌تواند این شرایط حفاظتی و صیانتی را ایجاد نماید و علم و آگاهی باید به باور، اعتقاد و پذیرش و التزام درونی و رفتاری مبدل شود و همه این‌ها، بیش از آن که محصول آموزش عقاید باشد، محصول تربیت اعتقادی است. خلاصه آن که بر اساس آیه وقایه، تربیت اعتقادی فرزندان، بر والدین واجب است.

دلیل دوم: عبارتی از رساله الحقوق

دومین دلیل برای اثبات «وجوب تربیت اعتقادی»، عبارتی از «رساله الحقوق» امام سجاد(ع) است. ایشان(ع) در شمار حقوقی که بر عهده انسان است، درباره حق فرزند بر والدین، چنین می‌فرماید: «وَأَمَّا حَقٌّ وَكَذَلِكَ فَإِنَّ تَعَلُّمَ أَنَّهُ مِنْكَ وَمُضَافَ إِلَيْكَ فِي عَاجِلِ الدُّنْيَا بِخَيْرِهِ وَشَرِّهِ وَأَنْتَ مَسْئُولٌ عَمَّا وَكَيْتَهُ مِنْ حُسْنِ الْأَدَبِ وَالِدَلَالَةِ عَلَى رَبِّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَالْمَعُونَةَ عَلَى طَاعَتِهِ فَأَعْمَلْ فِي أَمْرِهِ عَمَلٌ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ مُثَابٌ عَلَى الْإِحْسَانِ إِلَيْهِ مُعَاقِبٌ عَلَى الْإِسَاءَةِ إِلَيْهِ» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۶۲۳؛ همو، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۵۶۹؛ وحرانی، ۱۴۰۳، ص ۲۶۴).

حق فرزندت بر تو آن است که بدانی او از تو است؛ و در دنیا و آخرت، با همه خوبی و بدی هایش به تو مُستند است؛ و دیگر آن که تو درباره آنچه که به سرپرستی اش گمارده شده‌ای، مسؤولی! مسؤولیت‌هایی چون نیکو ادب کردن، راهنمایی به سوی خدا، یاری رسانی بر طاعت خدا. پس درباره فرزندت، مانند کسی عمل کن که برای احسانش به فرزند، پاداش می‌گیرد؛ و برای بدی به وی، عقوبت می‌شود.

بررسی سند رساله:

قدیمی‌ترین منابعی که این رساله را نقل کرده‌اند، به ترتیب تاریخی به این شرحند:

۱. حسن بن علی بن حسین بن شعبه حرانی (متوفی ۳۸۱) در کتاب تحف العقول (حرانی، ۱۴۰۳، ص ۲۵۶)؛ ۲. شیخ صدوق (متوفی ۳۸۲) در کتاب «من لایحضره الفقیه»؛ ۳. شیخ صدوق در کتاب «الخصال»؛ ۴. شیخ صدوق در کتاب «الامالی» (صدوق، ۱۳۷۶، ص ۳۶۸)؛ ۵. ابونصر حسن بن فضل بن حسن طبرسی (پسر نویسنده مجمع البیان، قرن ۶) در کتاب «مکارم الاخلاق» (طبرسی، ۱۴۱۲، ص ۴۱۹).

از آن‌جا که نقل «تحف العقول» سندی به همراه ندارد و سند کتاب امالی، همان سند کتاب «من لایحضر» است، قدیمی‌ترین نقل، دو سند شیخ صدوق در «خصال» و «من لایحضر» خواهد بود. بنابراین این دو سند، بررسی می‌شود.

در سند کتاب «خصال»، علی بن احمد بن موسی مورد اشکال است؛ هرچند مورد ترضی شیخ قرار گرفته است. برخی ترضی شیخ را موجب توثیق مشایخ ایشان می‌دانند؛ اما این سند، دست‌کم به دلیل سه راوی دیگر یعنی «خیران بن داهر»، «احمد بن علی بن سلیمان» و «علی بن سلیمان» که مجهولند، ضعیف شمرده می‌شود.

شیخ صدوق در کتاب «من لایحضر» این روایت را از اسماعیل بن فضل از ابو حمزه ثمالی نقل کرده است. با مراجعه به مشیخه کتاب «من لایحضر» روشن می‌شود که شیخ صدوق دو طریق به کتاب اسماعیل بن فضل دارد: طریق اول که به شکل عام از این کتاب روایت نقل کرده؛ و طریق دوم که به شکل ویژه رساله الحقوق امام سجاد (ع) را نقل کرده است.

پس از بررسی‌ها روشن شد که هیچ‌یک از این دو طریق شیخ صدوق به کتاب اسماعیل بن فضل صحیح نمی‌باشند.

توضیح آن‌که در زنجیره سندی طریق اول (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۵۰۵)، همگی توثیق خاص دارند و در دو روای بحث است: فضل بن اسماعیل بن فضل اساساً توصیفی

ندارد؛ و دیگری، جعفر بن محمد بن مسرور است که توصیفی ندارد و برخی مانند مرحوم وحید بهبهانی این شخص را همان جعفر بن محمد بن قولویه می‌دانند که توثیق دارد؛ مرحوم خویی این احتمال را مردود می‌داند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۲۱). در این صورت، تنها راه تصحیح جعفر از راه ترضی شیخ صدوق است.

نتیجه آن که این سند دست کم به دلیل عدم توصیف فضل بن اسماعیل بن فضل، اعتبار ندارد. در زنجیره طریق دوم که به شکل خاص، سندی برای نقل رساله حقوق از کتاب اسماعیل بن فضل است (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۵۱۲)؛ بیش تر روایان توثیق خاص دارند؛ اما عبدالله بن أحمد مجهول است و نیز علی بن أحمد بن موسی توصیف ندارد؛ البته شیخ نسبت به وی ترضی کرده است.

نتیجه آن که این سند دست کم به دلیل علی بن احمد بن موسی، اعتبار ندارد.

تا این جا رساله حقوق، سندی معتبر ندارد؛ اما راه دیگری برای اعتبار این روایت وجود دارد که باید بررسی شود. توضیح آن که نجاشی سندی برای رساله حقوق بیان کرده که البته متن رساله، در ضمیمه این زنجیره سندی، ذکر نشده است. نجاشی ذیل توصیف شخصیت «ابوحمزه ثمالی» (راوی رساله الحقوق) از این رساله سخنی به میان می‌آورد و سند خود را این گونه ذکر می‌کند: «... عن أبي حمزة به و له رسالة الحقوق عن علي بن الحسين عليه (عليهما) السلام أخبرنا أحمد بن علي قال: حدثنا الحسن بن حمزة قال: حدثنا علي بن إبراهيم عن أبيه عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة عن علي بن الحسين (عليهما السلام)» (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۱۱۶-۱۱۷).

همه روایان این زنجیره، توثیق دارند و تنها دو راوی محل بحث است: یکی ابراهیم بن هاشم است که توثیق خاص ندارد و از راه اعتبار رجال «کامل الزیارات» و یا «تفسیر علی بن ابراهیم» و نیز «قاعدۀ اجلاء»^۲ قابل تصحیح است؛ و دومین راوی بحث برانگیز سند نجاشی، محمد بن فضیل صیرفی است که به نقل شیخ طوسی به غلو متهم شده است. (طوسی، ۱۳۸۱، ص ۳۶۵) و در جایی دیگر، شیخ طوسی وی را تضعیف کرده است (طوسی، ۱۳۸۱، ص ۳۴۳).

در کتاب «معجم رجال الحدیث» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۱۷ ص ۱۴۷-۱۴۸)، چندین دیدگاه برای اعتبار محمد بن فضیل نقل شده است:

۱. محمد بن فضیل از رجال «کامل الزیارات» است. این سخن، دیدگاهی مبنایی است و برخی توثیق رجال «کامل الزیارات» را نمی‌پذیرند؛

۲. شیخ مفید وی را تأیید کرده است؛ که البته این توثیق، با تضعیف شیخ طوسی معارض است؛

۳. محمد بن فضیل همان «محمد بن قاسم بن فضیل بن یسار» و مورد وثوق است (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۳۶۲). چراکه محمد بن فضیل از امام رضا (ع) هم نقل روایات کرده و معاصر محمد بن قاسم بن فضیل بوده است. این دیدگاه به مرحوم اردبیلی و علامه مجلسی منتسب است. مرحوم خویی در جواب می گوید: محمد بن فضیل شخصی معروف و دارای کتاب بوده و نام بردن «محمد بن قاسم بن فضیل» با عنوان جدش، بدون هیچ قرینه‌ای، مرسوم نیست.

۴. سید تفریسی بر این باور است که روایات شیخ صدوق از محمد بن فضیل و ابی صباح زیاد است، ولی شیخ صدوق در مشیخه «من لایحضر»، طریق خود را به کتاب محمد بن فضیل ذکر نکرده است؛ در صورتی که طریق خود را به محمد بن قاسم بن فضیل متذکر شده است. بنابراین استدلال سید تفریسی، محمد بن فضیل را همان محمد بن قاسم بن فضیل می داند. آیت الله خویی این استدلال را نیز با این توضیح رد می کند که روایات ابی صباح در کتاب «من لایحضر» از روایات محمد بن فضیل بیش تر است و عدم ذکر شیخ از کسی در مشیخه اش، مصادیق دیگری هم دارد و این دلیل بر آن نیست که محمد بن فضیل همان محمد بن قاسم بن فضیل باشد.

۵. آخرین دیدگاه، نظر مرحوم خویی است. ایشان در پایان بررسی ها، طریق شیخ صدوق را به کتاب محمد بن فضیل صحیح می داند و چنین می نویسد: «و کیف کان، فطریق الشیخ إلیه صحیح، و إن کان فیہ ابن أبی جید فإنه [ابن أبی جید] ثقة علی الأظهر» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۱۷ ص ۱۴۸). بدین ترتیب مرحوم خویی راهی برای تصحیح محمد بن فضیل نمی یابد و تضعیف شیخ طوسی به جای خود باقی می ماند.

برای داوری درباره این قضاوت مرحوم خویی باید گفت که محمد بن فضیل صیرفی، مورد تضعیف شیخ طوسی در یک عبارت قرار گرفته (طوسی، ۱۳۸۱، ص ۳۴۳) و در جای دیگر، شیخ طوسی درباره این راوی گفته: «یرمی بالغلو» (طوسی، ۱۳۸۱، ص ۳۶۵).

دیدگاه اول، پذیرفته نیست. دیدگاه سوم و چهارم نیز نمی توانند محمد بن فضیل را همان محمد بن قاسم بن فضیل ثقه بدانند. اما به نظر می رسد از عبارات شیخ مفید درباره محمد بن فضیل نمی توان به راحتی صرف نظر کرد؛ توصیف شیخ مفید (به نقل از معجم الرجال) این گونه است: «و قد عد الشیخ المفید فی رسالته العددیه محمد بن الفضیل، من

الفقهاء و الرؤساء الأعلام، الذين يؤخذ منهم الحلال و الحرام و الفتيا و الأحكام، و لا يطعن عليهم بشيء، و لا طريق لذم واحد منهم» (خوبی، ۱۴۱۰، ج ۱۷، ص ۱۴۷).

با کنار هم قرار گرفتن چند قرینه می توان گفت که در تعارض کلام شیخ مفید و شیخ طوسی، کلام شیخ مفید مقدم است؛ به این دلایل:

- عبارات شیخ مفید بسیار با تأکید و دارای القاب و مضامین عالی است و محمد بن فضیل را از فقها و بزرگانی می داند که حلال و حرام از وی گرفته می شود و تصریح می کند که طعن و مذمت و تضعیفی بر وی وارد نیست؛

- شیخ مفید (م ۴۱۲) استاد شیخ صدوق (م ۴۶۰) بوده، نسبت به ایشان اقدم است؛
- همچنین شیخ طوسی درباره محمد بن فضیل به یک کلمه «ضعیف» بسنده کرده است و در جایی دیگر نقل کرده که برخی او را به غلو متهم کرده اند (یرمی بالغلو) نه این که غلو او محرز باشد. شاید ضعیف دانستن شیخ طوسی، به همین اتهام غلو، مستند باشد؛ در صورتی که شیخ مفید در چندین جمله مدح آمیز، هر نوع طعن و ذمی را از او دور کرده است؛
- با توجه به شهرت محمد بن فضیل و کثرت نسبی روایاتش، نجاشی و کشی نیز قدحی برای وی گزارش نکرده اند؛

- شاهد بعدی این که مضامین و متن روایت او هم غالباً با اصول و قواعد شرعی مطابق است.
با کنار هم قرار دادن این شواهد، می توان از تقدم تأیید شیخ مفید بر تضعیف شیخ طوسی سخن گفت و البته لازمه این داوری، نوعی اطمینان شخصی به قوت این شواهد است.
نتیجه آن که با اطمینانی قابل قبول، می توان تضعیف محمد بن فضیل را معالجه نمود و در نتیجه سند نجاشی را تصحیح کرد.

این نتیجه گیری با اشکالی روبه رو است. توضیح آن که نجاشی، متن رسالة الحقوق را به ضمیمه این سند، نقل نکرده است. حال چگونه می توان متن رساله را - که در «تحف العقول»، «خصال» و «من لایحضر» نقل شده و اکنون در دست ما است - بر اساس سند نجاشی تصحیح نمود و به محتوای آن اعتماد کرد؟ علاوه بر این که اتقان و تعالی متن نیز مؤیدی بر تصحیح و اعتماد به این رساله است.

پاسخ آن است که ادعا شود رسالة الحقوقی که نجاشی از آن سخن می گوید، همین متنی است که در «خصال»، «من لایحضر» و «تحف العقول» وارد شده است. اتحاد و شباهت بالای نقل های رساله را محدث نوری بیان می کند و می گوید این روایت به قدری معروف و مشهور بوده که اگر اختلاف متن فاحشی وجود می داشت، مورد تعریض نجاشی

قرار می‌گرفت؛ همان‌طور که روش نجاشی در چنین مواردی تذکر به این موضوع است (نوری، ۱۴۰۹، ج ۱۱، ص ۱۶۹).

در هر صورت، اگر هم اختلاف نسخه میان نقل‌های تحف العقول، خصال و من لایحضر یافت شود، بخش مورد استشهاد در نوشتار حاضر (وَ أَنْكَ مَسْئُولُ عَمَّا وَاكِتَهُ مِنْ حُسْنِ الْأَدَبِ وَ الدَّلَالَةِ عَلَى رَبِّهِ...)، در هر سه نقل وجود دارد.

به نظر می‌رسد همین راه تصحیح سند، صائب باشد و بدین ترتیب، رساله الحقوق امام زین العابدین (ع) از سند معتبر، برخوردار خواهد شد.

بررسی دلالتی روایت

از منظر دلالتی نیز باید یادآور شد که واژه «حق» بر وجوب و تکلیف دلالت دارد؛ هرچند در این رساله، برخی از حقوقی که امام (ع) برشمرده، در شمار مستحبات است؛ اما به قرینه واژه مسؤل در عبارت «انک مسؤل»، وجوب برداشت می‌شود. بدین ترتیب، تلاش برای ادب نیکوی فرزند، راهنمایی فرزند به سوی خدا و یاری وی در بندگی خداوند، از وظایف الزامی والدین^۳ به شمار می‌رود.

شاهد مثال، عبارت «الدلالة على ربه» است که به نکاتی در مفهوم آن باید توجه کرد: - واژه «الدلالة» نوعی آگاهی بخشی است؛ اما به تناسب حکم و موضوع، تنها آموزش دین، مدلول این روایت نیست و تربیت اعتقادی و ایجاد التزام و پایبندی را هم در بر می‌گیرد.

- عبارت «راهنمایی به سوی خدا» تنها معارف توحیدی و خداشناسی را شامل نمی‌شود و اگر هم به این حوزه محدود باشد، با الغای خصوصیت یا تنقیح مناط، دیگر حوزه‌های عقایدی به خصوص اصول عقاید را نیز شامل می‌شود.

- مانند دلیل پیشین که متضمن واژه «اهل» بود و به صورت اطلاق، همه مراحل تربیت و همه دوران سنی فرزند را شامل می‌شد، در این دلیل واژه «ولد» نیز چنین کارکردی دارد. تنها قیدی که حکم «وجوب راهنمایی فرزند به سوی خداوند» را محدود می‌نماید، این است که فرزند باید به لحاظ سنی و توان شناختی، به حدی باشد که راهنمایی و خدانمایی را درک کند. بدین ترتیب، حکم این روایت، دوره‌ای را در بر می‌گیرد که کودک به سن تمیز رسیده باشد. - بنابراین وظیفه تربیت اعتقادی در همه سنین بر عهده والدین است؛ هرچند به اقتضای شرایط سنی و شناختی، روش امثال این تکلیف باید متفاوت باشد و نوع اقدامات تربیت اعتقادی برای کودک ۷ ساله با نوجوان ۱۵ ساله و یا فرزندگی که به دوران جوانی

رسیده، کاملاً متمایز است.

نتیجه آن که این دلیل نیز مانند آیه وقایه، به شایستگی، مدعا (و جوب تربیت اعتقادی فرزندان بر والدین) را اثبات می نماید.

دلیل سوم: فحوای وظیفه تربیت عبادی

از دیگر ادله وجوب تربیت اعتقادی بر والدین، فحوای ادله ای است که وظیفه تربیت عبادی را بر عهده والدین می نهد. تقریر این دلیل بدین صورت است که وقتی والدین در قبال نماز، روزه و... فرزندان و به ویژه در دوران پیش از بلوغ و حتی از سن تمییز، تکالیف الزامی و استحبابی بر عهده دارند، به طریق اولی یا از باب مقدمه، حتماً نسبت به تربیت اعتقادی او هم وظیفه دارند.

برای اثبات مستقل وظیفه الزامی والدین در تربیت عبادی، مجالی در این مقال نیست؛ اما به اجمال به یک روایت صحیح السند اشاره می شود:

«عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ (ع) قَالَ إِنَّا نَأْمُرُ صَبِيَانَنَا بِالصَّلَاةِ إِذَا كَانُوا بَنِي خَمْسٍ سَنِينَ فَمُرُوا صَبِيَانَكُمْ بِالصَّلَاةِ إِذَا كَانُوا بَنِي سَبْعٍ سَنِينَ وَنَحْنُ نَأْمُرُ صَبِيَانَنَا بِالصَّوْمِ إِذَا كَانُوا بَنِي سَبْعٍ سَنِينَ بِمَا أَطَافُوا مِنْ صِيَامِ الْيَوْمِ إِنْ كَانَ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ فَإِذَا غَلَبَهُمُ الْعَطَشُ وَالْغَرْتُ أَفْطَرُوا حَتَّى يَتَعَوَّدُوا الصَّوْمَ وَيَطِيقُوهُ فَمُرُوا صَبِيَانَكُمْ إِذَا كَانُوا بَنِي تِسْعٍ سَنِينَ بِالصَّوْمِ مَا اسْتَطَاعُوا مِنْ صِيَامِ الْيَوْمِ فَإِذَا غَلَبَهُمُ الْعَطَشُ أَفْطَرُوا» (کلینی، ۱۳۶۵، ج ۳ ص ۴۰۹).

امام کاظم (ع): ما کودکانمان را در ۵ سالگی به نماز امر می کنیم، پس شما کودکانتان را در ۷ سالگی به نماز امر کنید؛ ما کودکانمان را در ۷ سالگی به روزه امر می کنیم به اندازه ای که توان دارند، تا نیمه روز یا بیش تر یا کمتر؛ و زمانی که تشنگی و گرسنگی بر آنان غلبه کرد، افطار می کنند تا به روزه عادت کنند و طاقت بیاورند؛ پس شما هم کودکانتان را در ۹ سالگی به روزه امر نمایید تا مقداری که می توانند و زمانی که تشنگی بر آنان غلبه کرد، افطار نمایند.

ملاحظه می شود که امام (ع) با واژه «مُرُوا» در دو فراز می فرماید که فرزندانان را در ۷ سالگی به نماز امر کنید و در ۹ سالگی به روزه. به عبارت دیگر نماز خواندن در ۷ سالگی و روزه گرفتن در ۹ سالگی برای کودک نابالغ، استحباب دارد؛ اما توجه والدین به این دو فریضه و آماده سازی و عادت دهی کودک درباره این دو امر، واجب است.

همان طور که در روایت به صراحت بیان شد، فلسفه این اقدامات تربیتی، عادت دهی

است (حتی یَعَوِّدُوا)؛ بنابراین امر نمودن، موضوعیتی ندارد و دیگر شیوه‌های تربیتی را نیز شامل می‌شود و به اصطلاح از شیوه‌های کلامی دیگر نیز الغاء خصوصیت می‌شود و مسلم است که این دلیل و ادله مشابه، وظیفه الزامی تربیت اعتقادی را در دوران پیش از بلوغ و حتی از ۷ سالگی، یا از باب اولویت یا مقدمه، شامل می‌شود.

دلیل چهارم: روایات آموزش لا اله الا الله و محمد رسول الله

از دیگر ادله‌ای که می‌توان برای اثبات وظیفه الزامی برای والدین در ساحت تربیت اعتقادی بدان‌ها تمسک کرد، شماری از روایات است که به والدین دستور می‌دهد تا الفاظ «لا اله الا الله» و «محمد رسول الله» را در کودکی به فرزندان خود بیاموزند.

در روایتی پیامبر مکرم اسلام (ص) می‌فرماید: «هر کسی که به تربیت کودک اشتغال دارد، زمانی که کودک لب به «لا اله الا الله» بگشاید، خداوند گناهانش را محاسبه نمی‌کند» (طبرانی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۳۰)؛ این بیان، ترغیبی است نسبت به این امر که والدین به آموزش الفاظ «لا اله الا الله» نیز همت بگمارند و در آن تسریع نمایند. در حدیثی دیگر، ایشان (ص) می‌فرمایند: «وقتی که کودکان زبان گشودند، لا اله الا الله را به آنان بیاموزید، سپس نگرانشان نباشید تا به سن پیری و مرگ برسند و زمانی که دندان شیر آنان افتاد، آنان را به نماز امر نمایید» (المتقی الهندی، ۱۴۰۹، ج ۱۶، ص ۴۴۰). در کلامی دیگر، آن حضرت (ص) می‌فرماید: «اولین کلمه‌ای که زبان کودکان بدان می‌گشاید، باید لا اله الا الله باشد، و زمان مرگ نیز، لا اله الا الله را به آن‌ها تلقین نمایید. همانا کسی که اولین و آخرین کلامش، لا اله الا الله باشد و هزار سال عمر نماید، از گناهش پرسیده نمی‌شود» (المتقی الهندی، ۱۴۰۹، ج ۱۶، ص ۴۴۲).

ملاحظه می‌شود که هر سه روایت، از مجامع اهل سنت نقل شده‌اند و در هر سه، واداشتن کودک به گفتن عبارت «لا اله الا الله» تحسین و ترغیب شده است. البته روایت دوم و سوم، با صیغه امر بیان شده است (اذا افصح اولادکم فعلموهم لا اله الا الله - افتحوا علی صبیانکم اول کلمة لا اله الا الله) اما ضعف سند، مانع این خواهد بود که آموزش «لا اله الا الله» را وظیفه‌ای الزامی بدانیم.

روایت چهارم، روایتی مفصل از منابع شیعه است:

عبدالله بن فضاله در یک روایت، برنامه‌ای برای تربیت دینی از معصوم نقل می‌کند که در جدول زیر طرح می‌شود (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۴۷۴):

۱. آغاز ۳ سالگی ۷ بار به کودک گفته شود: بگو «لا اله الا الله» (و سپس تا مرحله بعد رها می شود).
 ۲. پایان ۳ سال و ۷ ماه و ۲۰ روز ۷ بار به کودک گفته شود: بگو «محمد رسول الله» (و سپس تا مرحله بعد، رها می شود).
 ۳. پایان ۴ سالگی ۷ بار به کودک گفته شود: بگو «صَلَّى اللّهُ عَلَي مُحَمَّدٍ وَ آلِ مُحَمَّدٍ» (و سپس تا مرحله بعد رها می شود).
 ۴. پایان ۵ سالگی اگر چپ و راستش را می داند، رویش را به سمت قبله برگردان و بگو: سجده کن! (و سپس تا مرحله بعد، رها می شود).
 ۵. پایان ۶ سالگی کودک نماز بخواند و رکوع و سجود را به وی بیاموز (و سپس تا مرحله بعد، رها می شود).
 ۶. پایان ۷ سالگی آموزش شستشوی دست و صورت - نماز بخواند (و سپس تا مرحله بعد، رها می شود).
 ۷. پایان ۹ سالگی آموزش وضوی کامل و تنبیه برای آن - آموزش نماز کامل و تنبیه برای آن. هرگاه وضو و نماز را آموخت، خدا والدینش را مشمول مغفرت خود می کند. از منظر دلالی، برداشت چند نکته شایان ذکر است:
- مشاهده می شود که در این برنامه، ضمن تقدم داشتن تربیت اعتقادی بر تربیت عبادی، تربیت اعتقادی از ۳ سالگی و تربیت عبادی از ۵ سالگی، آغاز می شود.
 - باید توجه داشت که تعیین سن خاص، به اقتضای شرایط و تفاوت های فردی متربیان، متغیر خواهد بود و ممکن است اعداد در این روایت، از باب مثال و یا غالب باشد و یا بر اساس شرایط سنی در منطقه جغرافیایی ای است که امام (ع) و مخاطبانشان در آن می زیسته اند.
 - تعبیر «و سپس تا مرحله بعد رها می شود» (ثم یترک حتی یتّم لها...)، به این معنا نیست که آموزش و تربیت کاملاً رها شود، بلکه بدین معنا است که در تربیت و برنامه های آموزشی الزامی نیست.
 - درباره چگونگی دلالت این سه روایت بر مدعا باید گفت که روایت دوم و سوم به صیغۀ امر (فعلموهم لا اله الا الله، افتحوا علی صبیانکم أول کلمة لا إله إلا الله) بیان شده که مستقیماً بر وجوب آموزش کلمۀ توحید دلالت دارد و روایت اول نیز به نوعی، ترغیب این مسأله به شمار می رود. هر چند روایت اول و سوم، محدودۀ سنی معینی را برای این

تکلیف، بیان نکرده‌اند و تنها به صغیر و صبی بودن اشاره دارند؛ اما روایت دوم به صراحت می‌فرماید: وقتی کودکان زبان گشودند و فصیح سخن گفتند، لا اله الا الله را آموزش دهید. روایت چهارم نیز ضمن مقدم داشتن تربیت اعتقادی، شروع آن را از ۳ سالگی بیان می‌دارد و تعبیر «یقال له»، اخبار در مقام انشاء است که بر وجوب، دلالت دارد؛ اما متأسفانه ضعف سند در همه این روایات مشاهده می‌شود و نمی‌توانند وجوب تربیت اعتقادی را اثبات نمایند. بر این اساس، این روایات تنها کارکردی «تأییدی» دارند و «مؤیدی» بر مدعا تلقی می‌شوند نه «دلیل»؛ و روشن است که انباشت مویدها، می‌تواند در اثبات مدعا راهگشا باشد.

دلیل پنجم: سیره انبیا و ائمه هدی (ع) در تربیت اعتقادی فرزندان

سیره انبیا و معصومان (ع) در عرصه تربیت اعتقادی فرزندان را نیز می‌توان دلیل دیگری بر مدعا تلقی کرد. در قرآن و روایات، بسیار می‌بینیم که معصومان (ع) به تربیت اعتقادی کودکان و به خصوص فرزندان خویش، توجه داشته‌اند.^۵

در بررسی این دلیل، چند نکته را باید متذکر شد:

- اولاً در اصل این سیره، شکی نیست؛ اما در اثبات این امر که این سیره در دوران کودکی و پیش از بلوغ بوده، باید دقت نمود و قرائن و مؤیداتی فراهم کرد؛
- ثانیاً باید میان مسؤولیت امامت، نبوت و مسؤولیت پدری این معصومان (ع) تفکیک نمود؛ زیرا تعمیم وظیفه رسالت و امامت به دیگران و یا تعمیم وظیفه اجتماعی معصومان (ع) درباره پیروان خود به وظیفه‌ای خانوادگی، نیازمند دلیل است و باید شواهدی بر آن اقامه نمود؛
- ثالثاً باید توجه داشت که سیره، تنها بر جواز به معنای عام دلالت دارد و برای دلالت بر وجوب باید شواهد و قرائن کافی داشت؛
- باید به تفاوت ولد، ابن، صبی و... و محدوده سنی هر یک توجه نمود.

دلیل ششم: فحوای وظیفه والدین در تعلیم قرآن و حدیث به اولاد

در شماری از روایات، وظیفه آموزش قرآن به فرزندان، بر عهده والدین نهاده شده است که به طریق اولویت و یا دست کم از باب مقدمه، تربیت اعتقادی نیز تکلیف والدین خواهد بود.

مثلاً در روایتی صحیح‌السند، از پیامبر اکرم (ص) نقل شده که از روز قیامت خبر می‌دهد و این که قرآن در هیأت جوانی زیبارو مجسم شده و به تلاوت کننده خود، پاداش‌ها و نعمت‌های گوناگون عطا می‌کند. این پاداش‌ها شامل والدین او نیز می‌شود (اگر مؤمن باشند) و به آن دو گفته می‌شود که دلیل این پاداش‌ها، این است که فرزندان را قرآن آموختید؛ **ثُمَّ يُقَالُ لَهُمَا هَذَا لِمَا عَلَّمْتُمَا الْقُرْآنَ** (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۱۷۹).

بر اساس قواعد زبان‌شناختی و اصولی، این مضمون بر وجوب آموزش قرآن در کودکی دلالتی ندارد؛ چراکه اولاً تنها توصیف وضعیت این والدین است و وعده به ثواب، نهایتاً بر استحباب مؤکد آموزش قرآن به فرزند دلالت دارد؛ در ضمن، اشاره مستقیمی به آموزش قرآن در دوران کودکی (که مدعای ما است) ندارد.

با مشاهده مجموع روایات دیگر^۶، که همگی از ضعف سند رنج می‌برند، نهایتاً نمی‌توان از وجوب آموزش قرآن دفاع نمود؛ هرچند به درستی «استحباب آموزش قرآن در کودکی» را افاده می‌نمایند؛ البته ادله وجوب تربیت عبادی، «آموزش حمد و سوره» را نیز شامل می‌شود. نتیجه آن که وجوب آموزش قرآن در این دلیل اثبات نشد تا بتواند به دلیل اولویت یا مقدمه واجب، بر «وجوب تربیت اعتقادی فرزندان بر والدین» دلالت نماید.

جمع بندی ادله

برای اثبات «وجوب تربیت اعتقادی فرزندان بر والدین» ادله‌ای بررسی شد و گفته شد که سه دلیل دوم، مخدوش است. دلالت‌های پذیرفته شده، به اختصار چنین است:

- ظاهر ادله، وجوب این تکلیف است و این که والدین نسبت به تربیت اعتقادی فرزندان خود شرعاً مکلف هستند؛ چراکه ظهور صیغه امر «**قوا انفسکم و اهلیکم**» و عبارت «**انک مسؤل**» در الزام، واضح است؛ هرچند در آیه وقایه، فراز پسین آیه (ناراً وقودها الناس و الحجارة) نیز موجب تأکید این الزام است.

- محدوده این تکلیف الزامی تا کجا است؟ ظهور آیه وقایه در اعتقادات واجب است؛ یعنی اعتقاداتی که اگر فرزند بدان ملتزم نشود، مسیرش به آتش منتهی می‌شود. تعبیر «والدلالة علی ربه» در رساله حقوق نیز این نکته را تأیید می‌کند. بدین ترتیب، آنچه که مواد درسی و محتوای تربیتی برای «حکم وجوب تربیت اعتقادی فرزندان»، تلقی می‌شود عبارت است از آنچه اعتقاد بدان‌ها الزامی است؛ اما بیش از این محدوده، واجب نخواهد بود و تنها مستحب شمرده می‌شود. بنابراین پدر و مادر در حوزه عقاید واجب التحصیل، لازم است

برای تربیت اعتقادی اقدام نمایند و در حوزه باورهای مستحب، وظیفه استجابی دارند.

جزئیات و ویژگی های این وظیفه

تا این جا مسؤولیت الزامی والدین نسبت به تربیت اعتقادی فرزندان روشن شد؛ برخی از جزئیات و زوایای این مسؤولیت باید روشن شود که در ادامه نکاتی بیان می شود:

نکته ۱: باید توجه داشت که این وظیفه به پدر اختصاص ندارد و مادران را نیز شامل می شود؛ چراکه اقتضای اطلاق ادله است و اگر هم چنین اطلاقی پذیرفته نشود، از پدر الغای خصوصیت می شود.

نکته ۲: زمان آغاز و انتهای مسؤولیت تربیت اعتقادی والدین کدام است؟ در بررسی این موضوع، باید خاطر نشان کرد که یکی از مصادیق قطعی واژه اهل، فرزند است. این واژه در معانی لغوی و کاربردهای قرآنی، روایی و فقهی، به سنین خاصی اختصاص ندارد، و همه سنین را در بر می گیرد؛ بر خلاف برخی واژه ها مانند «صبی» یا «طفل» که به دوره سنی خاصی ناظر می باشد، اما واژه «اهل»، مانند واژه «ولد» دارای شمول زمانی است.

در برابر این سخن، ممکن است گفته شود واژه اهل در آیه شریف، از افراد غیر بالغ، منصرف است و تنها افراد بالغ را شامل می شود؛ زیرا قبل از بلوغ، عذابی وجود ندارد، تا حفظ از آن واجب باشد. همچنین نظریه «مشروع بودن عبادات کودکان»، تنها استحقاق ثواب را تأمین می کند و به این نکته ناظر نیست که کودکان هم استحقاق عذاب و آتش دوزخ را دارند. نتیجه آن که، واژه اهل در این آیه، به سن بلوغ مقید است و این تکلیف از سنین بلوغ کودکان، بر والدین واجب می شود.

در پاسخ به این اشکال باید گفت: اولاً واژه «اهل» اطلاق دارد و همه سنین اعضا را شامل می شود؛ ثانیاً متعلق وجوب در این کریمه، صیانت از موجبات آتش است و اقدامات وقایی و پیشگیرانه با هدف حفاظت و صیانت اهل و فرزند از ترک واجبات و انجام محرمات است. با این توضیح، روشن می شود که شاید برخی اقدامات وقایی، پیش از بلوغ کودکان انجام گیرد، تا این که کودک پس از بلوغ به گناه و معصیت مبتلا نشود؛ به عبارت دیگر، آیه در «وقایه فعلی» ظهور دارد، هر چند متعلق آن گاهی فعلی و گاهی شأنی است. امثال امر وقایه، بر این متوقف است که اگر فرزندان، به سن بلوغ رسیده اند، والدین باید اقداماتی انجام دهند که بالفعل، مانع ابتلای آنان به موجبات عذاب الاهی شود، مانند آموزش دادن، امر و نهی کردن و اقدامات دیگر؛ و اگر هنوز به سن تکلیف نرسیده اند، باید تدابیری

بیندیشند که آنان هنگام بلوغ، مرتکب معصیت نشوند. بنابراین قاعده صیانت، فرزندان غیربالغ را نیز شامل می‌شود و واژه اهل در آیه، به بلوغ مقید نمی‌شود و حتی ممکن است دوره پیش از سن تمیز را هم شامل شود؛ اما شمول آن نسبت به قبل از تولد، بعید است؛ زیرا واژه اهل بر «پیش از تولد»، به ویژه «پیش از دمیده شدن روح»، صدق نمی‌کند. ثالثاً عبارت «الدلالة علی ربه» در رساله حقوق شامل پیش از بلوغ نیز می‌شود. رابعاً فحوای دلیل تربیت عبادی می‌رساند که وقتی تربیت عبادی، شامل پیش از بلوغ است، طبعاً تربیت اعتقادی هم به طریق اولی، سنین پیش از بلوغ کودکان را نیز در بر می‌گیرد.

همچنین باید خاطر نشان کرد از لحاظ منتهای سنی، حدی وجود ندارد و تا زمانی که فرزند در قید حیات است، به دلیل صدق اهل بر او، این مسؤولیت خانوادگی نسبت به او وجود دارد. همچنین برخی از سیره‌ها قطعاً در سنین بزرگسالی فرزندان بوده است.^۷ البته نباید از نظر دور داشت که گستره وسیع تکلیف و قایه، موجب تصلب و عدم انعطاف در نحوه امتثال و چگونگی روش‌های صیانتی، نمی‌شود؛ بلکه میزان و چگونگی صیانت و انتخاب روش‌های تربیتی، نسبت به مراحل سنی مختلف فرزندان، متفاوت خواهد بود و اقتضای اقدامات صیانتی برای فرزند بزرگسال با فرزند خردسال، متفاوت است.

نکته ۳: باید توجه داشت که وظیفه والدین در تربیت اعتقادی فرزندان، دارای قیدهایی ارتكازی و عقلانی است (همان‌طور که اصول متعدد تربیتی بر کیفیت فعالیت و روش‌ها حاکم است). برای نمونه، رعایت توان‌متری و نظر داشت تراز تحولی و رشد شناختی کودکان در تربیت اعتقادی و آموزش مفاهیم دینی از آن جمله است و ادای تکالیف تربیتی به تأثیرپذیری کودکان و امکان فهم آنان مشروط است. این مقطع از تربیت بسیار و امدار کارشناسی‌های روان‌شناسان، مریبان و دانشمندان تعلیم و تربیت است.

نکته ۴: اطلاق آیه و قایه، همه روش‌های تربیتی را برای حفاظت از عذاب در بر می‌گیرد؛ مانند ارشاد، تذکر، ترغیب، ترهیب، امر و نهی، الگوپردازی و سایر روش‌های متداول. ذکر برخی از روش‌ها در روایات ذیل آیه و قایه، به عنوان نمونه است و از باب قاعده «استحباب اتقان عمل» باید از بهترین روش‌ها و شیوه‌های تربیتی برای ادای تکالیف تربیتی اقدام نمود.

نکته ۵: در این تکلیف، اولویت‌های محتوای آموزشی کدام است؟ همان‌طور که در نکات پیشین گفته شد، وجوب تربیت اعتقادی فرزندان به عقاید واجب التحصیل (مانند اصول عقاید)، محدود است و استحباب تربیت اعتقادی فرزندان در محتواهای دیگر است؛ همچنین از نظر متون آموزشی، آموزش قرآن و حدیث نیز اولویت دارد.^۸

نکته ۶: وظایف تمهیدی والدین: بنا بر یک نظر، آغاز تربیت از شروع تولد است و اقدامات پیش از آن، تمهیدات تربیت نامیده می‌شود. بر این اساس، اگر اقدامات تمهیدی از انتخاب همسر تا مراقبت‌های پیش از انعقاد نطفه و دوران بارداری و... نیز در تربیت اعتقادی مؤثر باشد، از باب مقدمه مفوته، توجه به این تمهیدات تربیتی نیز بر والدین لازم است. در ضمن همین نکته باید توجه داشت که در فرایند تربیت نیز شاید امثال تربیت اعتقادی به مقدمات علمی و عملی متوقف باشد که از باب مقدمه واجب، اتیان آن‌ها نیز واجب است.

نکته ۷: درباره مولوی یا ارشادی بودن این حکم، باید گفت که بر اساس «اصالة المولویة»، حکم وجوب تربیت اعتقادی فرزندان، حکمی مولوی است.

نکته ۸: درباره نفسی یا غیری بودن این وظیفه، دو احتمال مطرح می‌شود: شاید تربیت اعتقادی و سازمان‌دهی باورها و نظام عقایدی فرزندان، خود هدف باشد؛ و یا این که شکل‌گیری نظام باور، خود مقصود شارع مقدس نباشد و خود مقدمه‌ای برای عبودیت و بندگی خالص و راه رسیدن به تقرب و رضوان الاهی باشد. به نظر می‌رسد با توجه به مراتب طولی اهداف میانی و هدف غایی در نظام تربیت اسلام، هر دو نظر صحیح است و نفسیت این حکم، با غیریت آن منافاتی ندارد؛ هر چند نفسیت، با اصل مطابق است.

نکته ۹: آیا برای ادای این تکلیف، والدین باید قصد قربت داشته باشند؟ مطابق اصل، تعبدی بودن یک حکم، به قرینه نیاز دارد و اطلاق ادله، مؤید توصلی بودن این حکم است. بنابراین عدم قصد قربت و قصد خدایی در این اقدامات تربیتی تأیید می‌شود. البته قصد قربت و نیت پاک و خدایی والدین، ارزش عمل را بالا می‌برد و تأثیرات روان‌شناختی و غیرمستقیم و بی‌مانندی بر شخصیت کودکان خواهد داشت؛ اما برای تعبدی دانستن این حکم، دلیلی وجود ندارد.

نکته ۱۰: پرسش بعدی این است که آیا وجوب تربیت اعتقادی فرزندان، حکمی عینی است یا کفایی؟ مطابق آیه وقایه، تربیت اعتقادی، میان پدر و مادر واجب کفایی است و با انجام شدن کامل این مسؤولیت توسط هر یک از این دو یا کسی دیگر، این تکلیف از عهده ایشان ساقط می‌شود.

نکته ۱۱: پرسش بعدی این است که آیا این تکلیف، تعیینی است و هیچ بدیل دیگری ندارد و یا این که واجب تخییری است؟ اصل، تعیینی بودن احکام است؛ و نه از لحاظ ثبوتی و نه اثباتی، بدیل دیگری برای این تکلیف وجود ندارد.

این نوشتار بر اساس این پرسش‌ها شکل گرفت که آیا از منظر شرعی، والدین نسبت به تربیت اعتقادی فرزندان خود مسؤولیتی دارند؟ این مسؤولیت به چه میزان است؟ و مسائل و جزئیات آن از منظر فقهی کدام است؟

دستاورد‌های پژوهش حاضر را می‌توان در چند بند خلاصه نمود:

۱- تربیت اعتقادی در این پژوهش، فرایند آموزش اعتقادات به متربی و مجموعه اقدامات برای شکل‌دهی به نظام باورها، اقناع فکری و پذیرش قلبی و التزامی درونی از سوی مربی است؛

۲- بر پدر و مادر (و سپس پدربزرگ و مادربزرگ) واجب است تا زمینه تربیت اعتقادی فرزندان خود را در معتقدات واجب‌التحصیل و اصول عقاید فراهم نمایند؛

۳- این تکلیف در محتواهای دیگر اعتقادی، وظیفه‌ای استجابی است؛

۴- وجوب تربیت اعتقادی، دوره پیش از بلوغ فرزند و پس از آن را حتی تا بزرگسالی شامل می‌شود و البته به تأثیر و آمادگی ذهنی و شناختی و روانی فرزند مشروط است؛

۵- این حکم، حکمی است مولوی، توصلی و تعیینی که به صورت کفای بر پدر و مادر واجب است؛

۶- مکلف برای امتثال این تکلیف باید از بهترین روش‌ها با توجه به شرایط متربی و تهیه مقدمات و تمهیدات آن، اقدام نماید؛

۷- اولویت‌های آموزشی حکم و وجوب، با توجه به تراز تحولی فرزندان شامل اصول عقاید و معتقدات واجب است و آموزش سایر آموزه‌های اسلام، مستحب است؛ و نیز آموزش قرآن و سنت نیز به عنوان متن آموزشی در این زمینه، اولویت دارد.

البته روشن است که این بحث زوایای دیگری نیز دارد که در مجالی دیگر باید به دقت، در فقه بررسی شود؛ مثلاً اصول تربیتی و روش‌های تابع در برنامه‌ریزی و اقدام برای تربیت اعتقادی؛ روش‌های مجاز و ممنوع در آموزش عقاید؛ بررسی وظیفه سایر نهادها در تربیت اعتقادی مانند حکومت، آموزش و پرورش، نهاد عالمان دینی، رسانه‌ها و...؛ نسبت وظایف خانواده و دیگر نهادها در این ساحت؛ و نیز حقوق اقلیت‌های مذهبی در نظام آموزش عقاید در جمهوری اسلامی ایران از منظر برنامه‌دستی و برنامه آموزشی.

۱. برای ملاحظه روش‌شناسی حضور فقه در عرصه تعلیم و تربیت و نیز دیگر مشخصات «فقه تربیتی»، ر. ک: اعرافی، فقه تربیتی مبانی و پیش‌فرضها.
۲. (قاعده اجلاء) از اعتبار راویان مشهور و مبرزی که مدحی درباره‌شان وارد نشده و نیز قدحی در کارنامه‌شان دیده نمی‌شود، دفاع می‌کند.
۳. روشن است که اطلاق کلام، جایی برای اختصاص این وظیفه برای پدر باقی نمی‌نهد و از سهم مادر در این تکلیف نمی‌کاهد.
۴. در زنجیره سند این روایت، بندار بن حماد و عبدالله بن فضال توصیف ندارند.
۵. مانند توصیه‌های لقمان به فرزندش (یا بنی لاتشرک بالله. لقمان/۱۳)؛ وصیت‌نامه امام علی (ع) به امام حسن (ع)؛ و یا توصیه‌های حضرت ابراهیم (و وَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمَ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ بقره/۱۳۲) و ...
۶. در چند روایت ضعیف‌السند، به والدینی که به فرزندان خود قرآن بیاموزند، به لباس‌ها و تاج بهشتی وعده داده شده است؛ مانند: کلینی، ۱۳۶۵، ج ۶، ص ۴۹؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۸۲۵؛ و نوری، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۴۷.
۷. مثلاً وصیت‌نامه معروف امام علی (ع) پس از صفین بوده است و امام حسن (ع) حدود ۳۶-۳۷ سال داشت؛ اگر خطاب‌نامه به محمد بن حنفیه هم باشد، ایشان نیز در سنین بزرگسالی بوده است.
۸. «عن نهج البلاغه: ... ان ابتدیک بتعلیم کتاب‌الله...» (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۲۱۹)؛ «بَادِرُوا أَحْدَانَكُمْ بِالْحَدِيثِ قَبْلَ أَنْ تَسْبِقَكُمْ إِلَيْهِمُ الْمُرْجِئَةُ...» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۳۳۱).

منابع:

- ۶۹
۱. ابن طاووس، علی بن موسی (۱۴۰۶)، فلاح السائل ونجاح المسائل، قم، بوستان کتاب.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، چاپ سوم، ج ۱۵، بیروت، دار صادر.
۳. اعرافی، علیرضا (۱۳۹۱)، فقه تربیتی مبانی و پیش فرض ها؛ تحقیق و نگارش سیدنقی موسوی، قم، اشراق و عرفان.
۴. انصاری شیرازی (۱۴۲۹)، قدرت الله و همکاران، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ۳، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۵. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، ج ۴، ۶، ۱۷ و ۲۱، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۶. حرانی، حسن بن شعبه (۱۴۰۴)، تحف العقول، قم، انتشارات جامعه مدرسین قم.
۷. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، تصحیح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱، قم، انتشارات اسلامی.
۸. _____ (بی تا)، تذکرة الفقهاء، ج ۴، (نسخه نرم افزار جامع فقه اهل بیت ۱/۲).
۹. _____ (۱۴۱۱) الخلاصه، قم، دارالذخائر.
۱۰. حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تحقیق: عبدالحسین محمدعلی بقال، ج ۱، قم، مؤسسه إسماعیلیان.
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰)، معجم رجال الحديث، ج ۱، ۳، ۱۰ و ۱۷، قم، مرکز نشر آثار شیعه.
۱۲. خمینی، سید روح الله موسوی (بی تا)، تحریر الوسيلة، ج ۲، قم، مؤسسه دارالعلم.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۶)، صراط النجاة، (مع حواشی شیخ جواد تبریزی)، محقق: موسی مفید الدین عاصی، ج ۳، قم، مکتب نشر المنتخب.
۱۴. _____ (۱۴۱۷)، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۱۵. راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲)، المفردات فی غریب القرآن، تحقیق صفوان عدنان داودی، ج ۱، بیروت، دارالعلم الدار الشامیة.

- ١٦ . سبزواری ، سید عبدالأعلى (١٤١٣) ، مهذب الأحكام فى بيان الحلال و الحرام ، ج٧ ، قم ، مكتب آية الله السيد السبزواری .
- ١٧ . صدوق (شيخ) ، محمد بن على بن بابويه (١٤١٣) ، من لا يحضره الفقيه ، ج٢ ، قم ، انتشارات جامعه مدرسين .
- ١٨ . _____ (١٤٠٣) ، الخصال ، ج٢ ، قم ، انتشارات جامعه مدرسين قم .
- ١٩ . _____ (١٣٧٦) ، الامالى ، تهران ، كتابچى .
- ٢٠ . طبرانى ، أبو القاسم سليمان بن أحمد (١٤١٥) ، المعجم الاوسط ، تحقيق طارق بن عوض الله و عبدالمحسن بن إبراهيم ، ج٥ ، قاهره ، دارالحرمين .
- ٢١ . طبرسى ، حسن بن فضل (١٤١٢) ، مكارم الأخلاق ، قم ، انتشارات شريف رضى .
- ٢٢ . طوسى (شيخ) ، أبو جعفر محمد بن حسن (بى تا) ، الفهرست ، نجف ، المكتبة المرتضوية .
- ٢٣ . _____ (١٣٨١) ، رجال الشيخ الطوسى ، نجف ، انتشارات حيدريه .
- ٢٤ . عاملى ، زين الدين (شهيد ثانى) (١٤١٠) ، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية ، تصحيح : سيد محمد كلانتر ، ج١ ، قم ، مكتبة الداورى .
- ٢٥ . فاضل لنكرانى ، محمد (١٤١٨) ، كتاب الحج (تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة) ، ج٢ ، بيروت ، دار التعارف للمطبوعات .
- ٢٦ . كشى ، محمد بن عمر (١٣٤٨) ، رجال الكشى ، مشهد ، دانشگاه مشهد .
- ٢٧ . كلينى ، محمد بن يعقوب (١٣٦٥) ، الكافى ، ج٣ و ٦ ، تهران ، دارالكتب الإسلامية .
- ٢٨ . گلپايگانى ، سيد محمدرضا (١٤١٢) ، الدر المنضود فى أحكام الحدود ، ج٢ ، قم ، دارالقرآن الكريم .
- ٢٩ . المتقى الهندى (١٤٠٩) ، كنز العمال ، تحقيق البكرى الحياىنى ، ج١٦ ، بيروت ، مؤسسة الرسالة .
- ٣٠ . مجلسى ، محمد باقر (١٤٠٤) ، بحار الأنوار ، ج١ ، بيروت ، مؤسسة الوفاء .
- ٣١ . نجاشى ، احمد بن على (١٤٠٧) ، رجال النجاشى ، قم ، جامعه مدرسين قم .
- ٣٢ . نورى (محدث) ، حسين (١٤٠٨) ، مستدرک الوسائل ، ج٤ و ١١ ، قم ، مؤسسه آل البيت (ع) .
- ٣٣ . يزدى ، سيد محمد كاظم (١٤٠٩) ، العروة الوثقى ، ج١ ، بيروت ، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات .

بررسی عنصر احتیاط در فقه

دوره‌های پیش و پس از اندیشه اخباری*

حسنعلی علی اکبریان** رسول نادری***

چکیده

اندیشه اخباری در قرن یازدهم شکل گرفت و بر حوزه‌های شیعی، تأثیرات مختلفی نهاد. این مقاله در صدد بررسی عنصر احتیاط در فقه دوره پیش از شکل‌گیری اندیشه اخباری و مقایسه آن با دوره پس از افول این جریان است. به عبارت دیگر، سؤال اصلی این مقاله، این است که چه تشابه‌ها و تمایزهایی در فقه این دو دوره، نسبت به مسأله احتیاط وجود دارد؟ در پی پاسخ به این مسأله، این سؤال طرح می‌شود که آیا اندیشه اخباری در این تمایزها نقش داشته است یا خیر؟ به نظر می‌رسد در کنار نگاه‌های مشترک، تفاوت‌هایی در نوع نگاه به این عنصر، در دو دوره یادشده وجود دارد و پس از اخباری‌ها احتیاط در فتوا به صورت کاملاً چشم‌گیری افزایش یافته است. با توجه به وجود اندیشه اخباری در میان این دو دوره، می‌توان یکی از عوامل مهم زمینه‌ساز در ترویج روحیه احتیاطگرایی را وجود اندیشه یادشده دانست.

کلیدواژه‌ها

احتیاط، اندیشه اخباری، فقه امامیه، روحیه احتیاط‌گرایی.

* تاریخ دریافت ۹۲/۵/۱؛ تاریخ پذیرش ۹۲/۷/۴.

** دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

*** محقق پژوهشگاه فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (نویسنده مسئول).

پیش‌گفتار

این مقاله در صدد بررسی عنصر احتیاط در فقه دو دوره پیش از شکل‌گیری اندیشه اخباری و مقایسه آن با دوره پس از افول این جریان است. سؤال اصلی، این است که چه تشابه‌ها و تمایزهایی در فقه این دو دوره در مسأله احتیاط وجود دارد؟ پاسخ به این مسأله، این سؤال را در پی دارد که آیا اندیشه اخباری در این تمایزها نقش داشته است یا خیر؟ به رغم نگاه‌های مشترک، به نظر می‌رسد تفاوت‌هایی در نوع نگاه به این عنصر، در دو دوره مذکور وجود دارد و پس از اخباری‌ها، احتیاط در فتوا و عمل، کاملاً چشم‌گیر بوده است. با توجه به وجود اندیشه اخباری در میان این دو دوره، می‌توان یکی از عوامل مهم زمینه‌ساز در ترویج روحیه احتیاط‌گرایی را وجود این اندیشه دانست. توجه ویژه اخباری‌ها به روایات بحث احتیاط، بسط دامنه احتیاط به شک در تکلیف در شبهات تحریمیه، بر خلاف نظر اصولی‌های پیش و پس از اخباری‌ها و نیز توصیه‌های مکرر آنان به توقف و احتیاط در فتوا، می‌تواند این ادعا را تقویت کند. به عبارت دیگر، با بررسی آثار احتیاط در فقه دوره‌های پیش از اخباری‌ها و پس از افول آنان، به وجود ریشه و دلیلی در ورای این آثار پی می‌بریم که در حقیقت انعکاس آن دلیل، باعث بروز تفاوت‌هایی در فضای حاکم بر فقه دو دوره مذکور شده است. به یقین، در صورت وجود تمایز در این دو دوره، نمی‌توان نقش اخباری‌ها را که واسطه میان این دو دوره بوده‌اند، به عنوان یک عامل معرفتی، دست‌کم در حد زمینه‌سازی، در رویکرد به احتیاط نادیده گرفت یا حتی ناچیز دانست؛ بلکه باید به آن توجه ویژه داشت. در این مقاله، رویکرد به احتیاط در فقه پیش از اخباری‌ها و نگاه بزرگان اندیشه اخباری و رویکرد به احتیاط در فقه پس از اخباری‌ها، به شیوه توصیفی بیان شده است. با توجه به آنچه بیان شد، لازم است در آغاز معنای لغوی و اصطلاحی احتیاط و ویژگی‌های آن را در فقه و در اندیشه اخباری بیان کنیم تا بتوان در ادامه، عنصر احتیاط را در دو دوره پیش و پس از اندیشه اخباری، به صورت توصیفی، بررسی کرد و موارد مشترک و متمایز این عنصر در آن دو دوره را بیان نمود.

۱- بررسی عنصر احتیاط و ویژگی‌های آن در فقه و اندیشه اخباری

برای روشن‌تر شدن ابعاد بحث احتیاط، ابتدا بجا است معنای لغوی آن بررسی شود و سپس معنای اصطلاحی و اقسام آن در فقه و در اندیشه اخباری، تبیین گردد.

۱-۱- معنای لغوی احتیاط

احتیاط از باب افتعال از ماده «حوط» است. در کتاب‌های لغت، در یک جمع بندی کلی، حوط به معنای «محافظة و نگهداری» (جوهری، ۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۱۱۲۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۳۹۵؛ زبیدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۰، ص ۲۲۵؛ ابن اثیر، ۱۳۶۷ ش، ج ۱، ص ۴۶۱)، «در برداشتن» (ابن فارس، ۱۴۲۰ ق، ج ۱، ص ۳۲۷)، «دفع مضرات و دستیابی به مصالح» (ابن اثیر، پیشین؛ ابن منظور، پیشین؛ و فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۱۵۷)، و «انتخاب مطمئن‌ترین راه» (ابن منظور، پیشین؛ و فیومی، پیشین) آمده است. البته شاید بتوان اصل معنا را همان در برداشتن دانست؛ لازمه این که چیزی، چیز دیگر را در بر گیرد، حفظ آن شیء احاطه شده است و لازمه حفظ، دستیابی به منافع و دفع مضرات است. پس با این بیان، سه معنای اصلی یادشده، به یک معنا برمی‌گردد. البته معنای «الأخذ بالأوثق» معنای دیگری است که به نظر می‌رسد در کتاب‌های متأخر لغوی مانند «لسان العرب» و بعد از آن آمده است. با انتخاب مطمئن‌ترین راه، می‌توان به نهایت محافظت و نگهداری دست یافت. پس می‌توان گفت این معنا با یک واسطه، به معنای اصلی این ماده مرتبط می‌شود. در یک جمع بندی، با توجه به این که یکی از دلالت‌های باب افتعال، مبالغه است، می‌توان احتیاط را در لغت «احاطه بر همه جوانب و نهایت محافظت» معنا نمود.

۱-۲- معنای اصطلاحی احتیاط

نزد فقها و اصولی‌ها «احتیاط» به سه معنای کلی به کار رفته است:

۱- دلیل فقهاتی؛ در کتاب‌های فقهی پاره‌ای از احتیاطها به روایات خاص، مستند هستند که در برخی ابواب فقهی جریان دارد. البته در مصادیق این مسأله اختلافاتی وجود دارد، ولی در بسیاری از کتاب‌ها احتیاط در دماء و فروج به دلیل وجود روایات دال بر لزوم احتیاط^۱ در این دو مسأله، پذیرفته شده است.^۲ در این موارد در حالت شک، استنباط برخی فقها و جوب احتیاط به صورت مطلق است؛ چه مقرون به علم اجمالی باشد و چه غیر مقرون، و چه شبهه و جویبه باشد و چه تحریمیه.^۳

۲- دلیل اجتهادی؛ احتیاط در این معنا، یک اصل عملی است که وظیفه عملی مکلف را هنگام شک تعیین می‌کند و باعث می‌شود مکلف با واقع احتمالی، مخالفت نکند و در نتیجه، از عقاب ایمن باشد. البته این اصل با عنوان «اصالة الاشتغال» نیز بسیار به کار می‌رود. این معنای احتیاط، در بسیاری از متون فقهی و اصولی وجود دارد.^۴ در مجموع، آنچه از کتاب‌های فقهی و اصولی به دست می‌آید، این است که احتیاط به معنای اصل

عملی، دارای ویژگی‌ها و مختصات است که با آن‌ها شناخته می‌شود. این ویژگی‌ها را می‌توان به این شکل برشمرد: وجود تکلیف فعلی احتمالی؛ شک در احراز تکلیف فعلی احتمالی؛ عدم وجود دلیل قطعی بر خلاف احتیاط؛ کاشفیت احتیاط از انجام وظیفه مکلف در برابر مولا و شارع و به عبارت دیگر، قطع به جلب مصلحت و ثواب یا دفع مفسده و عقاب با انجام احتیاط.

اصل عملی بودن در این جا یعنی احتیاط، کاشفیت از واقع ندارد، بلکه تنها وظیفه عملی مکلف را در حالت شک تعیین می‌کند؛ در این صورت مکلف با احتیاط، به امثال حکم واقعی مشکوک، قطع می‌یابد؛ هرچند به آن حکم به صورت تفصیلی، از روی وجدان (قطع) یا تعبد (دلیل ظنی معتبر) آگاهی نیابد. طبق این بیان، به نظر می‌رسد کسانی که احتیاط را از امارات شمرده‌اند و آن را کاشف از واقع دانسته‌اند، راه به صواب نبرده‌اند.^۵ یکی از نکاتی که در کتاب‌های فقهی و اصولی وجود دارد، تقسیم احتیاط به لازم و نیکو (غیر لازم) است و عناصر یادشده، در هر دو نوع احتیاط است. یعنی با وجود این عناصر و مؤلفه‌ها، احتیاط امری نیکو خواهد بود، اما لزوم احتیاط نزد فقها و اصولی‌ها علاوه بر موارد مذکور، نیازمند عناصر دیگری نیز هست: پس از فحص و جستجوی کامل از دلیل باشد (در شبهات حکمیه و شبهات موضوعیه بنا بر برخی اقوال)، دلیل ظنی معتبر خلاف احتیاط نباشد، علم به وجوب یا حرمت و شک در نوع تکلیف باشد و اگر «مکلف به» مرد بین افراد مختلف باشد، آن اطراف، غیر محصور نباشد. البته شاید با تأمل بیش‌تر بتوان عناصر دیگری نیز بر موارد پیش گفته افزود که البته مانند مورد آخر، به همه موارد احتیاط و جویی مربوط نیست، بلکه بخشی از احتیاطهای جویی را در بر می‌گیرد. پس بر اساس این عناصر در موارد شک در تکلیف، احتیاط لزوم ندارد. ذکر این نکته لازم است که پس از شیخ انصاری و با ابتکار وی، این ویژگی‌ها به تفصیل وارد دانش اصول و فقه شده است و در دوره‌های پیش از شیخ، به این صورت منقح نبوده است؛ هرچند اصل احتیاط استفاده می‌شده است. فقها و اصولیان برای حسن احتیاط، محدودیت‌هایی قائل شده‌اند؛ از جمله این‌که: باعث اختلال نظام نشود (خویی، ۱۴۲۲ ق، ج ۲، ص ۴۸۸؛ خویی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱، ص ۶۳ و ۶۵؛ مشکینی، ۱۴۱۳ ق، ج ۴، ص ۳۱۶؛ و حائری یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۶ و ۶۷)؛ باعث عسر و حرج و ضرر شدید نشود (وحید بهبانی، ۱۴۱۶ ق، ص ۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۱۹۵؛ خویی، ج ۱، ص ۶۳ و ۶۵؛ و خمینی، ۱۴۱۸ ق، ج ۷، ص ۲۲۲)؛ با احتیاط در جهت دیگری مخالف نباشد (خویی، ۱۴۱۸ ق، ج ۲، ص ۴۸۸)؛ باعث محروم شدن

مكلف از عبادت و لذت طاعت نشود (وحید بهبهانی، ۱۴۱۶ ق، ص ۸۶)؛ و باعث به سخره گرفته شدن امر مولا نشود (انصاری، ۱۴۱۶ ق، ج ۲، ص ۵۰۸). بسیاری از این موارد را می‌توان از مصادیق یکی از عناصر احتیاط یعنی عدم وجود دلیل قطعی بر خلاف احتیاط، به شمار آورد. بنابراین اگر این عنوان کلی به جز موارد یادشده، مصادیق دیگری هم داشته باشد، باز مانع حسن احتیاط خواهد شد.

۳- احتیاط در عمل فقیه؛ گاهی فقیه در بیان نتیجه نهایی استنباط، احتیاط می‌نماید. این نوع احتیاط، در نظر و استدلال نیست؛ بلکه در مقام عمل و فتواست. در واقع فقیه در این حالت، از دادن فتوا پرهیز می‌کند. این نوع احتیاط، به معنای لغوی آن بسیار نزدیک است و در حقیقت فقیه برای این که نسبت به اوامر شارع، نهایت تحفظ را داشته باشد و مصالح احکام را از دست ندهد و از مفاسد آن‌ها دوری نماید، چنین احتیاطی را در مقام افتا اعمال می‌کند. این نوع احتیاط را می‌توان «روحیه احتیاطگرایی» نامید. تفاوت معنای دوم و سوم احتیاط، در چند مسأله روشن می‌شود:

الف) در صورت وجود شرایط و عناصر اصل احتیاط لازم، فقیه به احتیاط فتوا می‌دهد و در صورت وجود عناصر کلی احتیاط، فقیه ابتدا بر اساس ادله فتوا می‌دهد و پس از آن، حکم احتیاطی را بیان می‌کند. این نوع، همان احتیاط مستحب مصطلح است. در هیچ کدام از دو صورت مذکور، مقلد نمی‌تواند به فقیه دیگر رجوع کند؛ اما در معنای سوم احتیاط، فقیه فتوا نمی‌دهد بلکه در بیان حکم مسأله، احتیاط می‌کند و طبق آنچه در نظرش به تحفظ اوامر شارع نزدیک تر است، حکم می‌نماید. به این احتیاط، «احتیاط مطلق» نیز می‌گویند. پس بر اساس معنای دوم، مقلد حق رجوع به فقیه دیگر را ندارد؛ بر خلاف معنای سوم که بر طبق آن، مقلد می‌تواند یا به حکم مرجع تقلید خود عمل نماید یا به مجتهد اعلم بعدی رجوع کند. برخی فقها و اصولیان به این نکته اشاره نموده‌اند. یکی از این فقها آخوند خراسانی است. او در حاشیه‌اش بر کلام صاحب جواهر در احتیاطهای واجب که رجوع به سایر مجتهدان زنده را با رعایت ترتیب اعلمیت جایز دانسته، می‌نویسد: «بلکه رجوع به غیر در آن‌ها نکند، مگر در صورتی که مسبوق به تأمل و اشکال باشد.» (نجفی، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۱). از ظاهر این کلام به دست می‌آید که او رجوع در هر نوع احتیاطی را جایز نمی‌داند؛ بلکه تنها در مواردی که ادله برای مجتهد محل تأمل و اشکال باشد، رجوع مقلد را به غیر، جایز می‌داند. موارد دیگری نیز در این باره وجود دارد.^۶

ب) منشأ احتیاط به معنای دوم، یک بحث اصولی است که به دلیل به نتیجه نرسیدن

مجتهد در ادله و امارات، به اصل عملی احتیاط، عمل می‌کند و طبق آن فتوا می‌دهد. اما منشأ معنای سوم، تورع و تقوا است؛ یعنی مجتهد هر چند خود دارای مبنا یا فهم خاصی از یک روایت در یک مسأله است، اما از آن‌جا که آن مبنا یا آن استظهار مثلاً بر خلاف مشهور فقهاست، احتمال می‌دهد که این مبنا یا برداشت صحیح نباشد، پس این‌جا محل شبهه است. در نگاه مجتهد، تقوا و ورع اقتضا می‌کند که به این احتمال، توجه ویژه نماید و نظر خود را در قالب احتیاط بیان نماید تا مقلد در انتخاب فتوای او یا رجوع به غیر، مخیر باشد. در حقیقت مجتهد با این عمل می‌خواهد احتمال عمل به خلاف مصلحت واقعی را به حداقل برساند. مرحوم نائینی ملاک دوری از شبهات را چنین بیان می‌کند: «التحرز عن الشبهات بملاک آخر و هو کون الإحتیاط موجِباً للتقوی الموجبة لکمال النفس .» (نائینی، ۱۳۵۲ ش، ج ۲، ص ۲۰۲).

ج) مجتهد زمانی اصل احتیاط را جاری می‌کند که نتواند از امارات و ادله به دلیل فقدان یا اجمال نص یا تعارض نصوص، حکم مسأله را استنباط کند؛ اما احتیاط به معنای سوم در مواردی است که مجتهد به ادله مسأله به اندازه کافی مراجعه نکرده و از او استفتاء شده است (یزدی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱، ص ۲۴؛ صدر، ۱۴۲۰ ق، ص ۲۵۳؛ و استادی، ۱۳۷۰ ش، ص ۳۶)؛ یا نظر خود را مخالف مشهور می‌یابد (قمی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، ص ۳۰۹؛ و حسینی شیرازی، ۱۴۲۶ ق، ج ۴، ص ۴۰۲)؛ یا از امارات و اصول عملیه به قرار کافی نرسیده و حجت شرعی از آن‌ها برای او احراز نشده است (نجفی، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۱؛ حکیم، ۱۴۱۴ ق، ج ۶، ص ۲۹۹ و ص ۳۰۰؛ حسینی شیرازی، پیشین؛ و استادی، پیشین)؛ یا در موضوعات عرفی، شک در تشخیص موضوع وجود دارد (حربی، ۲۰۰۷ م، ص ۷۵ و ص ۷۶)؛ و

د) تفاوت‌های قبلی میان اصل احتیاط لازم و مستحسن با احتیاط در فتوا مشترک بود، اما باید توجه داشت که موارد مهم در اصل احتیاط، موارد لزوم آن است. تفاوت مهم اصل احتیاط لازم با احتیاط در فتوا، در این است که وقتی می‌توان به لزوم اصل احتیاط در مسأله‌ای حکم داد که آن مسأله با علم اجمالی همراه باشد؛ اما احتیاط در فتوا با توجه به مواردی که در تفاوت قبلی بیان شد، بر علم اجمالی، متوقف نیست و هر جا فقیه در مستند فتوای خود تردید داشته باشد و بیان فتوا در نظر وی مخالف ورع و تقوا باشد، در صدور فتوا احتیاط می‌کند (حکیم، ۱۴۱۴ ق، ج ۶، ص ۳۰۰).

با توجه به آنچه گذشت، روشن شد که احتیاط در کلام فقها، سه معنا دارد. احتیاط در معنای اول، به دلیل خاص مستند است و به نوع اجتهاد و استنباط فقیه از دلیل مربوط می‌شود. در طول تاریخ فقه، ادله خاص در مسائل فقهی برداشت‌های اجتهادی مختلف

فقیهان را در پی داشته است و چه بسا فقهای یک دوره نیز استنباطهای متفاوتی از آن داشته باشند. بنابراین در این تحقیق این معنای احتیاط محل بحث نیست و آنچه در این مقاله در دو دوره پیش و پس از اخباری‌ها بررسی می‌شود، عنصر احتیاط به معنای دوم و سوم است.

۳-۱- احتیاط در اندیشه اخباری

آنچه از عبارات محدث استرآبادی در کتاب «الفوائد المدنیة» به دست می‌آید، این است که او درباره احتیاط وارد بحث تحلیلی نشده است و به صورت گذرا، تنها در چند مورد به آن اشاره کرده است و موارد اختلاف خود با اصولی‌ها و مجتهدان را به تفصیل تبیین ننموده است. به همین دلیل نمی‌توان به همه ابعاد نظر او در مسأله احتیاط، آگاه شد. به طور کلی او در برخی قسمت‌ها احتیاط را از مصادیق توقف دانسته یا آن را به صورت مستقل به کار برده است (سترآبادی، ۱۴۲۶ ق، ص ۱۳۶، ۲۴۶، ۳۴۳، ۳۴۶). مثلاً او از روایات ائمه (ع) استفاده می‌کند که آن‌ها در مسائلی که حکمش را به طور مشخص ندانیم، توقف و در برخی از این موارد احتیاط را واجب نموده‌اند (پیشین، ص ۲۸۰ و ۲۸۸). به نظر می‌رسد او در این موارد، به معنای اصطلاحی اصولیان از اصل احتیاط، نزدیک شده است. او در همه موارد شک و شبهه و حتی ظن، توقف را لازم و واجب می‌داند و این‌که باید در فتوا و عمل، احتیاط نمود. او صریحاً در همه شبهات چه وجوبیه (ر.ک: پیشین، ص ۳۳۲) و چه تحریمی (ر.ک: پیشین، ص ۳۲۵)، وقتی شبهه در اصل تکلیف باشد، به وجوب توقف، حکم می‌کند. البته وجوب احتیاط را تنها در شبهات تحریمی - و نه وجوبیه - می‌داند (ر.ک: پیشین، ص ۳۴۶). به طور کلی در حسن احتیاط و وجوب توقف در شبهات - چه منشأ شبهه، شک باشد یا ظن؛ و چه شبهه در تکلیف باشد یا در مکلف به؛ در بخش‌های مختلف کتاب خود، قلم فرسایی می‌کند. البته از ظاهر کلام محدث استرآبادی و محدث بحرانی به دست می‌آید که آن‌ها در شبهات وجوبیه هنگام شک در اصل تکلیف، در جایی که شبهه در دوران میان وجوب و استحباب و جایی که شبهه در دوران میان وجوب و غیراستحباب و غیرحرمت است^۷، به تفصیل معتقد بوده‌اند: در صورت اول، احتیاط را واجب می‌دانسته‌اند (سترآبادی، ۱۴۲۶ ق، ص ۳۳۴؛ و بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ج ۱، ص ۶۸)؛ بر خلاف صورت دوم. تعبیر احتیاط در فتوا نیز برای اولین بار به شکل گسترده توسط استرآبادی ذکر گردد: (ر.ک: استرآبادی، ۱۴۲۶ ق، ص ۳۴۵). محدث بحرانی نیز راه استرآبادی را ادامه داده است (ر.ک: پیشین، ص ۴۴ و ۸۲).

۲- بررسی تطبیقی عنصر احتیاط در دو دوره پیش و پس از اخباری‌ها
برای تبیین و تحلیل عنصر احتیاط در این دو دوره، ابتدا باید فضای حاکم در دوره پیش از اخباریان درباره احتیاط و پس از آن فضای حاکم بر فقهای پس از محدث بحرانی (که دوران افول اخباری‌ها به شمار می‌آید) در مسأله احتیاط، بررسی گردد.

۲-۱- جایگاه احتیاط در دوره پیش از اخباری‌ها (با تأکید بر آثار علامه حلی)

مناسب است که در این باره، ابتدا به اجمال، کتاب‌های فقهی علامه حلی را مرور کنیم و به طور کلی نظرات وی را درباره احتیاط ببینیم تا به این ترتیب، فضای حاکم بر فقه دوره نزدیک به اخباری‌ها، نسبت به مسأله احتیاط، با تحلیل عبارات مهم‌ترین استوانه فقهی آن دوره روشن گردد. علامه به طور کلی در کتاب‌های فقهی متعدد خود، احتیاط را هم در معنای لغوی^۱ و هم در معنای اصطلاحی به کار برده است که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

الف- بررسی موارد لزوم احتیاط

استفاده از اصل احتیاط لازم- یعنی در مواردی که اشتغال ذمه یقینی با عناصر دیگر احتیاط وجود دارد- در کتاب‌های مختلف علامه به چشم می‌خورد. در اصل این مسأله، نکته بحث برانگیز و اختلافی‌ای در عبارات علامه یافت نمی‌شود. در این قسمت، تنها درباره برخی مصادیق و مجاری جریان اصل احتیاط و کیفیت امتثال آن، که بعدها نیز در عبارات اصولیان و فقها محل اختلاف بوده است، نکاتی از عبارات علامه می‌توان دریافت که به آن‌ها اشاره می‌شود.

- به نظر می‌رسد وی به وجوب موافقت قطعی در اطراف علم اجمالی، معتقد است. مثلاً در «تحریر الأحكام» در بحث طلاق، در این مسأله که مردی دو زن یا بیش‌تر دارد و یکی از آن‌ها را بدون تعیین (واحدة غیر معینة) طلاق می‌دهد و قبل از تعیین از دنیا می‌رود، اگر زنان حامله باشند، می‌نویسد: «اعتددن بأبعد الاجلین و سواء أكان الطلاق بائناً أو رجعیاً تغلیباً لجانب الإحتیاط» (حلی، ۱۴۲۰ ق، ج ۸، ص ۱۶۵). در این جا، علم اجمالی به طلاق یکی از طرفین (اطراف) وجود دارد و اگر صرف مخالفت قطعی حرام بود، نه این‌که موافقت قطعی واجب باشد، عده نگه داشتن یکی از زن‌ها کافی بود.

- یکی از نکات قابل توجه در عبارات علامه، نفی برخی احتیاط‌های فقهای قبلی است. وی در موارد متعدد، در حکمی که فقهای قبلی به دلیل احتیاط در مسأله بیان کرده‌اند، تشکیک می‌کند و معتقد است که آن احتیاط با اصل براءت ذمه، منافات دارد.

مثلاً وی در بحث «جلسه استراحت» بیان می‌دارد که سید مرتضی به وجوب آن حکم نموده و یکی از دلایل وی نیز «اصل احتیاط» است؛ اما مشهور به استحباب آن حکم نموده‌اند و قول صحیح نیز قول مشهور است؛ زیرا احتیاط با برائت ذمه، معارض است (حلی، مختلف الشیعه فی أحكام الشریعة، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۳۹ و ۱۷۲، و ج ۱، ص ۴۹۸-۵۰۰).

ب- استفاده از احتیاط به عنوان مؤید دلیل

مرآعه به عبارات علامه در کتاب‌های مختلف فقهی او، ما را به این مسأله می‌رساند که او در پاره‌ای موارد، از اصل احتیاط به عنوان یک پشتیبان برای دلیل یا دلایل دیگر بحث، استفاده می‌کند. در حقیقت، نقش احتیاط در این موارد، معاضدت دلیل یا دلایل دیگر است. برای تبیین این مسأله، به نمونه‌ای از کلام وی اشاره می‌شود. در تذکره در بحث مطهرات آمده است که آب ساکن بیش از حد کر با برخورد به نجاست، اگر تغییر نیابد، نجس نمی‌شود. وی در ادامه می‌نویسد: «و قضیة الشرط التنجیس عند عدم البلوغ و لأنه أحوط» (حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۸). پس او معتقد است اقتضای این شرط (بلوغ کر) آن است که اگر کمتر از کر باشد، نجس می‌شود. دلیل دیگر او در این باره، احتیاط است. ظاهر کلام علامه نجس شدن حتمی است نه احتمال نجس شدن. حال در این مسأله از طرفی بحث مفهوم شرط، مربوط به مرحله ظهور است و اصل احتیاط به مرحله پس از ظهور مربوط می‌شود. پس مراد علامه این است که اگر مفهوم شرط به هر دلیل، ظهور نداشت، اصل احتیاط، نجس شدن حتمی کمتر از کر را اقتضا می‌کند. از طرف دیگر عناصر احتیاط لازم در این مسأله وجود ندارد؛ زیرا علم وجود دارد که بیش از کر نجس نمی‌شود، اما شک در نجس شدن یا نشدن کمتر از کر، موجود است (شک در اصل تکلیف). پس مراد علامه در این جا نمی‌تواند احتیاط لازم باشد. به دو صورت می‌توان عبارت او را تحلیل نمود^۹: الف) این که بگوییم احتیاط به کمک مفهوم شرط آمده تا موانع استظهار برطرف گردد و در حکم قرینه برای مفهوم شرط در این جا باشد. ب) این که عکس حالت اول لحاظ شود؛ یعنی هرچند در این جا شک در تکلیف است اما اصل احتیاط حاکم است به دلیل وجود مؤیدی که در مرحله استظهار وجود دارد و آن، احتمال مفهوم شرط در این مسأله است. با توجه به تقدم رتبه مرحله استظهار (رتبه امارات) بر مرحله اصل عملی، احتمال دوم با موازین فقهی سازگارتر می‌نماید؛ اما ظاهر کلام علامه به ویژه به ضمیمه موارد دیگر در لابه‌لای عبارات او، احتمال اول را تقویت می‌کند. مثلاً وی در بحث نماز، این مسأله را طرح می‌کند که اگر زن در حال نماز شک کند

که حائض شده یا خیر، وظیفه اش چیست؟ پس از ذکر روایتی در این مسأله، بیان می‌کند که در طریق این روایت، ضعف وجود دارد ولی چون موافق احتیاط است، اشکالی ندارد که به مضمون آن عمل شود. در این جا در حقیقت روایت را به دلیل این که مؤیدی دارد (اصل احتیاط)، کنار نگذاشته است. (حلی، منتهی‌المطلب، ج ۲، ص ۴۰۵).^{۱۰} پس در این قسمت، در حقیقت احتیاط به عنوان مؤید دلیل دیگر در استنباط قرار می‌گیرد و باعث تقویت آن دلیل می‌شود. در این صورت حکم مسأله تنها وظیفه عملی مکلف را بیان نمی‌کند، بلکه کاشفیت از واقع نیز دارد؛ و دلیل مسأله در مرتبه امارات قرار می‌گیرد، نه اصل عملی. شیخ نیز در «رسائل» در توجیه احتیاط‌های موجود در عبارات سید مرتضی و شیخ طوسی به مؤید بودن آن‌ها اشاره نموده است (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۳۳۳).

در پایان بحث بررسی احتیاط در دوره پیش از اخباری‌ها تذکر دو نکته مهم ضروری می‌نماید:

۱- در کتاب‌های علامه و فقهای نزدیک به عصر او (همانند شهیدین)، به عنصر مخاطب در فتوا کاملاً توجه شده است؛ به همین سبب در کتاب‌های فتوایی صرف یا کتاب‌های نیمه استدلالی و متوسط فقهی که معمولاً برای مخاطبان عام و غیر مجتهد نگاشته شده است، فتوای به احتیاط، به ندرت دیده می‌شود. مثلاً موارد احتیاطی علامه در «ارشاد» و «تبصره» کمتر از انگشتان یک دست است و همچنین در «أجوبه» که نیمه استدلالی است و برای مخاطب خاصی نگاشته شده نیز همین مسأله دیده می‌شود. پس از او نیز در کتاب «لمعه» شهید اول که جنبه فتوایی داشته و حتی شرح شهید ثانی بر آن که نیمه استدلالی است، همین امر مشاهده می‌شود. این فقها تنها در کتاب‌های مفصل فقهی خود، به بیان مسائل احتیاطی در سطحی نسبتاً وسیع پرداخته‌اند که البته باز هم نسبت به مسائل احتیاطی که در کتاب‌های فقهی پس از اخباری‌ها وجود دارد، بسیار کمتر است.

۲- تا آن جا که نگارنده جستجو نمود، در هیچ یک از کتاب‌های فقهی فتوایی علامه، احتیاط و توقف در فتوا (حتی یک مورد) یافت نشد و این امر نشان می‌دهد که فقهای پیش از اخباری‌ها معتقد بوده‌اند هنگامی که فقیه با تلاش خود با استفاده از ادله و روش صحیح فقهی، به حکمی (هر چند ظنی) در مسأله می‌رسد، حجیت آن تمام است و جایی برای تردید وجود ندارد؛ زیرا مقدمات آن را شارع تأیید کرده است و هر چند نتیجه نهایی ممکن است ظنی باشد و احتمالات دیگری نیز در مسأله وجود داشته باشد، این ظن هم به دلیل اعتبار مقدمات و مبادی آن، معتبر خواهد بود.

۲-۲- بررسی عنصر احتیاط در دوره پس از اخباری‌ها (با تأکید بر آرای صاحب

جواهر، شیخ انصاری و صاحب عروه)

پیش از پرداختن به این بحث، ذکر یک نکته لازم به نظر می‌رسد؛ با توجه به این که از میان این سه فقیه تأثیرگذار در فقه پس از افول اخباری‌ها، صاحب جواهر در عرصه فقه، صاحب تألیفی مفصل‌تر و مبسوط‌تر است، طبیعی خواهد بود که بسیاری از مثال‌ها در این قسمت، از کتاب «جواهر الکلام» ذکر شود.

۲-۲-۱- نقاط مشترک دو دوره پیش و پس از اخباری‌ها

- احتیاط به معنای اصطلاحی، به عنوان امری واجب و لازم بسیار به کار رفته است. تعبیری مانند «الاحتیاط الواجب» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۵، ص ۵۲۶ و ج ۲۴، ص ۱۱۶) و «وجوب الاحتیاط» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۰، ص ۸۵؛ و انصاری، کتاب الطهارة، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، ص ۳۱۷) در عبارات فقهای این دوره دیده می‌شود. علاوه بر این، همه کتاب‌های فقهی این فقها و فقهای بعدی، مشحون از تعابیر احتیاط و أحوط است.

- احتیاط به عنوان مؤید نیز در عبارات صاحب جواهر وجود دارد و حتی برخی از عبارات او در این باره صریح‌تر از عبارات گذشتگان است؛ مثلاً در بحث صلوة عاری، روایت مرسله‌ای نقل می‌کند و در ادامه می‌نویسد: «إذا انضم الاحتیاط إلى خبره و شهرة العمل به تعین العمل علی وفقه من غیر حاجة إلى مراعاة صیورته حجة بالإنجبار» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۸، ص ۲۰۰)؛ پس نظر صاحب جواهر بر این است که احتیاط می‌تواند به جای ضعف سند و برای جبران ضعف آن، به روایت کمک نماید.

۲-۲-۲- نقاط متمایز این دوره با دوره پیش از اخباری‌ها

نگاه به احتیاط در این دوره، تفاوت‌هایی با دوره پیش از اخباری‌ها دارد. در ادامه به مهم‌ترین تفاوت‌هایی که استقصا شده است، اشاره می‌شود. البته باید توجه داشت که همه این تمایزها اهمیت یکسانی ندارند و تأثیر برخی از آن‌ها بر فقه، کمتر و برخی بیش‌تر است.

۱- روحیه احتیاط‌گرایی در عبارات مختلف «جواهر» به چشم می‌خورد. مثلاً در جایی آمده است: «الحزم عدم ترک الاحتیاط فی کثیر مما سمعت من المسائل، لعدم تحریرها فی کلام أحد من العلماء هنا و عدم وضوح أدلتها من الكتاب و السنة فتأمل» (پیشین، ج ۱۶، ص ۱۴۵). بر اساس این عبارت، هر جا که فقیه در دلیل مسأله، به آیه و روایتی نرسد و مسأله سابقه‌ای در کلام فقهای پیشین نداشته باشد، باید احتیاط کند. در حالی که پیش از دوره اخباری‌ها، علامه یا فقهای دیگر مسائل جدید طرح می‌کردند و در آن‌ها فتوای احتیاط داده نمی‌شد.

۲- با مراجعه به ادله مذکور در «جواهر» به این نتیجه می‌رسیم که برخی احتیاط‌های لازم

از این کتاب آغاز شده و سابقه نداشته است. مثلاً در این بحث که «لو وطأ الحائض عمداً عالماً بالتحريم قبلاً، فعل حراماً»، میان فقها اختلاف است که این عمل حرام، کفاره هم دارد یا خیر؟ علامه در «مختلف» قول به وجوب کفاره را به شیخ در «جمل»، «خلاف» و «مبسوط» منتسب می‌کند. در مقابل از مفید، ابن بابویه، سید مرتضی، ابن براج، ابن ادریس، ابن حمزه و شیخ در «نهایه» قول به استحباب را نقل می‌کند (حلی، مختلف الشیعه، ج ۱، ص ۳۴۸). محقق در «معتبر» (حلی، المعتمر، ۱۴۰۷ ق، ج ۱، ص ۲۳۱)^{۱۱} و علامه در «مختلف» (حلی، مختلف الشیعه، ج ۱، ص ۳۴۹) و «منتهی» (حلی، منتهی المطلب، ج ۲، ص ۳۸۷) نیز به استحباب در مسأله، حکم نموده‌اند. البته محقق، بر خلاف علامه، به حسن احتیاط برای قول به وجوب نیز اشاره نموده است؛ ولی علامه با اصل براءت، عدم وجوب کفاره را نتیجه می‌گیرد. وی روایات دال بر وجوب و روایات دال بر عدم وجوب را ذکر می‌کند و بیان می‌دارد که روایات دال بر وجوب، از نظر سند ضعیف و از نظر دلالت نیز معارض با روایات دسته دیگر هستند و جمع میان این دو دسته، در صورت پذیرش دسته اول، حمل این دسته بر استحباب است. صاحب جواهر پس از این که از نظر سند و دلالت برخی روایات مورد استناد علامه را در باب عدم وجوب کفاره رد می‌کند، در نهایت به لزوم احتیاط در مسأله و وجوب کفاره حکم می‌دهد. وی در توجیه حکم خود می‌نویسد: «کل ذامع إعراض من سمعت من الأصحاب عنهما و فیهم من لا یعمل إلا بالقطعیات، مضافاً إلى أنهم البصیرون الناقدون للروایات، لكونها خرجت من أیدیهم و هم أعرف بها من غیرهم» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، ص ۲۳۳). پس صاحب جواهر معتقد است از آن جا که در میان آن دسته از فقها که در این مسأله به وجوب حکم نموده‌اند، افراد بسیار دقیق و ناقدی وجود دارد، به همین دلیل نمی‌توان به راحتی از فتوای آن‌ها به وجوب کفاره گذشت. ولی علامه در مقابل، با وجود علم به این فتوا، وقتی روایات و سایر ادله را بررسی می‌کند و مسأله را اختلافی (و نه اجماعی) می‌یابد، بدون هیچ روحیه احتیاطگرایی در فتوا، به استحباب حکم می‌کند؛ و به این صورت، کلفت مالی ای را نفی می‌کند که با احتیاط بدون دلیل بر ذمه مکلف قرار می‌گیرد. نمونه‌های دیگری نیز در این باره وجود دارد (مثلاً ر. ک: نجفی، جواهر الکلام، ج ۴، ص ۱۳۴).

۳- صاحب جواهر تعابیری در مدح احتیاط ذکر نموده است که سابقه‌ای در فقهای پیش از اخباری‌ها ندارد. مثلاً تعبیر «الاحتیاط الذی هو ساحل بحر الهلکة لاینبغی ترکه» با اندک تفاوت‌هایی، در موارد متعددی در «جواهر» بیان شده است.^{۱۲} شبیه این تعبیر را شهید ثانی، تنها در یک مورد، در اجازه‌اش به شیخ محمد بن محمد لاهیجانی گیلانی

آورده است (عاملی، رسائل الشهد الثانی، ۱۴۲۱ ق، ج ۲، ص ۱۴۷). محدث بحرانی از تعبیری نظیر آنچه بیان شد در «حدائق» بسیار استفاده کرده است.^{۱۳} این تعبیر بعد از «جواهر» نیز در کتاب‌های فقهی دیده می‌شود. ذکر این نکته در این قسمت، لازم می‌نماید که آنچه صاحب جواهر بیان نموده، فی نفسه و به خودی خود کلام صحیحی است؛ یعنی احتیاط، راه نجات از هلاکات است، اما استفاده از احتیاط در سطح وسیع و ذکر این عبارات به صورت متعدد در «جواهر»، روحیه احتیاطگرایی بالای او را نشان می‌دهد و با توجه به نزدیکی زمان حیات صاحب جواهر با دوره اخباری‌ها، احتمال زیادی دارد که به دلیل همین تمسک و تسلط سنگین اخباری‌ها بر فضای فقه و فقهت شیعه در طی بیش از دو قرن، این نوع نگاه و این همه تأکید که پیش از آن‌ها دیده نشده، کاملاً متأثر از آن‌ها باشد.

۴- یکی از تمایزهای دوره پس از اخباری‌ها با پیش از آن - که با اطمینان می‌توان به نبود آن در فقه قبل از اخباری‌ها حکم داد - بحث احتیاط و توقف در فتوا در کتاب‌های فتوایی است که مخاطبان آن عموم مردم هستند. زمینه‌های این مسأله از اخباری‌ها شکل می‌گیرد که به صورت گسترده به توقف و احتیاط در فتوا حکم می‌نمایند. پس از افول اخباری‌ها این امر در کتاب‌های صاحب جواهر، شیخ انصاری، صاحب عروه و سایر فقها نمایان می‌شود. این مسأله آن قدر روشن است که نیازی به بررسی تفصیلی ندارد و تنها به چند مورد از آن تعبیر اشاره می‌شود. معمولاً مواردی که فقیه فتوای نهایی خود را نداده است و از عبارات او نمی‌توان به نظر نهایی اش دست یافت، از بارزترین موارد این مسأله به شمار می‌آیند؛ عباراتی مانند «الثانی لا یخلو من قوة و إن كان الأحوط الأول»^{۱۴} و «الأحوط فی مثله اجراء الحکمین لمراعاة الإحتیاط» (یزدی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲، ص ۱۴۴)^{۱۵}

در مواردی نیز حکم به احتیاط با احتیاط در فتوا درهم آمیخته‌اند. مثلاً در «عروه» تعبیر «نعم لا یبعد... و لکن الأحوط مراعاة الإحتیاط»^{۱۶} آمده است.

۶- بحث احتیاط در احتیاط، یکی دیگر از ممیزات این دوره است. در موارد متعدد در یک مسأله خاص، به احتیاط حکم شده است؛ و مجدداً در آن احتیاط نیز یک حکم احتیاطی دیگر ذکر شده است (احتیاط‌های متداخل). در مواردی فقها تا چهار احتیاط متداخل در یک مسأله بیان کرده‌اند. مثلاً در بحث معنای اصطلاحی احتیاط گذشت که احتیاط می‌تواند دارای مراتب باشد؛ زیرا احتیاط نوعی انقیاد تام مکلف نسبت به شارع است و مکلف می‌تواند نسبت به حکم شارع با رعایت احتیاط به مقصود واقعی نزدیک شود. اما گاهی فقیه در فهم خود از ادله، به این نتیجه می‌رسد که با انجام مرحله‌ای از احتیاط، غرض مولا تأمین

می‌شود؛ ولی اگر مکلف بخواهد به مرتبه اطمینان بالاتری نسبت به اتیان غرض مولا دست یابد، می‌تواند (نیکوست) که با احتیاط بیش‌تر به این امر دست یابد. در حقیقت در این موارد، گاهی احتیاط اول، حسن دارد و نه الزام؛ و گاهی الزام دارد؛ اما احتیاطهای بعدی در هر دو حالت در نظر مجتهد و فقیه، لزوم آور نیست و از سنخ احتیاطهای نیکو به شمار می‌رود که مکلف با اتیان هر کدام از آنها، نسبت به احراز مقصود شارع اطمینان بیش‌تری می‌یابد. البته باید توجه داشت که در این مسأله، مقصود و غرض مولا و واقع، حکم متعدد نیست و واقع بیش‌تر از یکی نیست و احتیاط هم همچنان برای احراز مقصود واقعی شارع استفاده می‌شود. بنابراین متعلق احتیاط و به تبع آن خود احتیاط می‌تواند دارای مراتب باشد. البته باید توجه داشت که این تحلیل با همه موارد احتیاط، سازگاری ندارد و تنها در مواردی است که مجتهد بتواند برای احراز مقصود شارع، چند مرتبه لحاظ کند. شاید بتوان یکی از بارزترین مصادیق این مسأله را در جایی دانست که علم اجمالی به وجوب یا حرمت اطراف شبهه وجود دارد. در این حالت اگر مبنای مجتهدی این باشد که تنها مخالفت قطعی حرام است، ولی موافقت قطعی واجب نیست؛ از باب احتیاط، به لزوم فعل یا ترک یکی از اطراف، حکم می‌نماید؛ اما با این حکم، او حسن احتیاط در فعل یا ترک همه اطراف را نفی نمی‌کند و آن را احتیاط بالاتر و آکد نسبت به احتیاط قبلی می‌داند. با توجه به محدودیت مقاله در این جا به ذکر یک نمونه اکتفا می‌شود.

- در جواهر در بحث نماز جمعه، در مسأله وجوب قرائت سوره جمعه و منافقین در رکعت اول و دوم، به عدم وجوب این قرائت حکم شده و روایات وارد در این مسأله بر استحباب مؤکد این قرائت، حمل شده است. صاحب جواهر در ادامه می‌نویسد: «و إن كان الأحوط عدم تركهما إلا للعدر كالسفر و المرض و خوف فوات الحاجة بل أحوط منه الاقتصار على الأعدار الصالحة لإسقاط الواجب» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۱، ص ۳۸۶).^{۱۷} در این جا نظر اولی وی استحباب است و بنا بر احتیاط لازم، آن را واجب می‌داند؛ مگر این که به دلیل مطلق عذر، ترک شود؛ و در ادامه احتیاط نیکوتر از احتیاط قبلی را در این می‌داند که واجب باشد، مگر در عذرهایی که صلاحیت اسقاط واجب را دارند.

آنچه تاکنون بیان شد به مراتب احتیاط نسبت به یک مسأله و یک واقعه مربوط بود. اما در عبارات این فقها نکاتی وجود دارد که نمونه دیگری از احتیاط آکد را نشان می‌دهد؛ و آن مؤکد بودن احتیاط در جایی است که قوت محتمل، بالاتر باشد. مثلاً در این مورد به عبارتی از صاحب عروه اشاره می‌شود. او معتقد است در جایی که مکلف در صحت نماز

شک کند و احتیاط، اقتضای حسن یا لزوم اعاده داشته باشد، اگر نماز واجب باشد، اعاده نماز، احتیاط مؤکد است نسبت به جایی که نماز مستحب است: «الاحتیاط بالإعادة فی الفریضة أكد من النافلة» (پیشین، ج ۱، ص ۵۰۴).

در پایان این بخش مناسب است به این نکته اشاره شود که افزایش روحیه احتیاطگرایی پس از اخباری‌ها، بعد از این فقهای بزرگ نیز تا زمان حاضر همچنان بر فضای فقهی سایه افکنده است که به نمونه‌هایی از آن به صورت گذرا اشاره می‌شود:

- کتاب‌های فتوایی یکی از بارزترین این نمونه‌هاست. در کتاب «مجمع الرسائل» که متن اصلی آن رساله عملی صاحب جواهر و حواشی آن از شیخ انصاری، آخوند خراسانی، سیدمحمدکاظم یزدی، میرزای شیرازی و محمدباقر شیرازی است، کمتر مسأله‌ای می‌توان یافت که در آن احتیاط نشده باشد. در «عروة الوثقی» که محشی به حاشیه بزرگانی چون میرزای نائینی، شیخ عبدالکریم حائری، آقاضیاء عراقی، سید ابوالحسن اصفهانی، شیخ محمدحسین کاشف الغطاء، سید حسین بروجردی، سید محسن حکیم، سید احمد خوانساری، امام خمینی، آقای خویی و آقای گلپایگانی است نیز همین مسأله به وضوح به چشم می‌خورد.^{۱۸} بنابراین احتیاط از کتب استدلالی وارد کتب فتوایی شده است. نمونه دیگری که شهید مطهری بیان می‌کند، در بحث حجاب، درباره حکم نظر به وجه و کفین و پوشش آن است. وی به برخی فتاوا در این باره اشاره می‌نماید و در ادامه می‌نویسد: «اما فقهای متأخر و معاصر غالباً در این دو مسأله از اظهار نظر صریح در رساله‌های عملیه خودداری کرده‌اند و معمولاً طریق احتیاط می‌پویند... بی‌گمان حس احتیاط یکی از موجبات پرهیز از فتوای به جواز نظر و عدم لزوم پوشش است» (مطهری، ۱۴۲۰ ق، ج ۱۹، ص ۵۵۸).

- گزارش‌هایی از برخی فقها نقل شده که مبنای آن‌ها بر ارجاع مقلدان به احتیاط بوده است. مثلاً آقای حائری در «دررالفوائد» نقل می‌کند که بنای استاد اساتیدش، میرزای شیرازی بر ارجاع مقلدانش به احتیاط بوده است» (حائری یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۷). شهید مطهری نیز از قول آقای بروجردی نقل می‌کند که وی گاهی به فتوایی بر خلاف احتیاط و جوبی می‌رسید ولی آن را نقل نمی‌کرده است (مطهری، ج ۱۹، ص ۵۹۷).

۳- برخی چالش‌ها و ابهام‌ها درباره عنصر احتیاط و روحیه احتیاطگرایی

هرچند این مقاله در صدد بررسی عنصر احتیاط در دو دوره پیش و پس از اخباری‌هاست، بیان چند ابهام درباره اصل احتیاط و روحیه احتیاطگرایی، می‌تواند به تکمیل شدن بحث کمک کند:

أ- روحیه احتیاط گرایی در سه حوزه با مشکل روبه رو است :

الف) در اصل حکم مسائل و موضوعات مستحدث و جدید؛ نفس جدید بودن - یعنی این که پس از زمان معصومان (ع) و به عبارتی پس از عصر تشریح و تبیین شکل گرفته است - به خصوص مسائل و موضوعات جدید معاصر که در ابواب مختلف فقهی بیان شده است^{۱۹}، باعث می شود استنباط حکم از متون دینی به سختی انجام گیرد و معمولاً در فتاوی فقهی کمتر حکم صریحی در این باره به چشم می خورد. در این گونه مسائل اگر عموماً و اطلاعات یا انحاء دیگر استظهارات وجود داشته باشد، به آن ها تمسک می شود؛ در غیر این صورت به نظر می رسد با توجه به نبود دلیل در مسأله، نمی توان به جریان احتیاط در آن ها حکم نمود، بلکه تا زمانی که شیوه های استظهار محدود به مواردی است که در علم اصول کنونی مورد قبول است، باید به براءت و جواز حکم شود. در این باره توضیح بیش تری لازم است؛ به نظر می رسد که باید حدود و جایگاه احتیاط در روش شناسی اجتهاد و استنباط، روشن و برای گسترش دامنه تمکن فهم از ادله تلاش شود و مباحث جدیدی در علم اصول به بحث کشیده شود تا در صورت اثبات حجیت، از آن ها برای فهم استفاده شود. مباحثی مانند امکان و چگونگی اصول فقه حکومتی (در صورت وجود) و تفاوت آن با اصول فقه موجود، اهداف و مقاصد شارع، مذاق شریعت، ارتکازات متشرعه، بنائات جدید عقلایی، امکان تأثیر گذاری کارآمدی در حجیت، جایگاه تبدیل موضوع در استنباط حکم و... به طور کلی، هر چه دامنه روش های استنباطی از ادله کمتر باشد، خود به خود دامنه عمل به احتیاط و سایر اصول عملیه توسعه می یابد. البته این موضوع به دانش اصول منحصر نیست و سایر دانش های مرتبط با امر استنباط فقهی، مانند رجال را نیز شامل می شود؛ اما طبیعی است که به دلیل رابطه اصول با فقه، این مسائل در دانش اصول نمود بیش تری داشته باشد. برخی فقها نیز جریان احتیاط در مسائل مستحدث را لازم نمی دانند (نجفی، مجمع الرسائل، ص ۸، حاشیه محمدباقر شیرازی).

ب) در لسان و ادبیات قانونی مسائل حکومتی؛ از آن جایی که حاکم و قانون گذار جامعه اسلامی برای اداره جامعه باید حکم نهایی را صادر کند، به همین دلیل نمی تواند خود و کارگزاران خود را در این امور به احتیاط ملزم کند؛ زیرا اولاً در بسیاری مواقع باعث هرج و مرج یا عسر و حرج یا دوری مردم در نظام اسلامی از احکام دین الاهی خواهد شد؛ و ثانیاً حاکم نمی تواند در بیان حکمی توقف و احتیاط نماید؛ زیرا این امر باعث سردرگمی بخش های مختلف جامعه، اعم از بخش های مدیریتی، اجرایی و شخصیت های حقیقی و حقوقی خواهد شد.

ج) در مسائل اجتماعی و عمومی متداول میان مردم؛ مسائلی که مربوط به جامعه است و حکم آن‌ها برای فرد به تنهایی، بدون لحاظ او در جامعه، مصداق نمی‌یابد، از موارد مشکل جریان احتیاط است؛ زیرا در غالب این موارد، رعایت احتیاط باعث عسر و حرج و مشقت می‌شود. این مسأله را اجمالاً از روایات نیز می‌توان استنباط کرد. مثلاً روایاتی که به حلیت کالاهای موجود در بازار مسلمین و جواز خواندن نماز با آن‌ها حکم نموده‌اند، به خصوص با تعابیری مانند این که دین خدا وسیع‌تر از این سخت‌گیری‌هاست (صدوق، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۲۵۷)، یا این که این مسأله سیره‌آئمه بوده است (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ج ۳، ص ۴۰۴، ح ۳۱؛ و طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۲، ص ۲۳۴، ح ۹۲۱)، یا اگر غیر از این باشد برای مسلمانان بازاری باقی نمی‌ماند (کلینی، ج ۷، ص ۳۸۷، ح ۱؛ صدوق، ج ۳، ص ۵۱، ح ۳۳۰۷؛ و طوسی، ج ۶، ص ۲۶۱، ح ۶۹۵)، می‌توانند شاهی بر این ادعا باشند. برخی فقها نیز به این مسأله اشاره نموده‌اند. مثلاً شیخ جعفر کاشف‌الغطا در بحث سوق و ید مسلمان، بیان می‌کند که اگر از ید یا سوق مسلمانان، حیوان، پوست یا متعلقات آن به دست آید، حکم به طهارت و تذکیه و ذبح شرعی آن حیوان می‌شود. وی در ادامه می‌نویسد: «و ما یؤتی به من بلاد الکفار کالبرغال و القضاغی و نحوه لا بأس به إذا أخذ من ید المسلمین أو من سوقهم و الظاهر أن الإحتیاط فی مثله من الأمور العامة المتداولة لیس بمطلوب» (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۶). در ادامه مثال‌های دیگری هم ذکر می‌کند. شهید صدر نیز معتقد است از مذاق شارع و اهتمامش به انتظام بخشیدن به همه شؤون زندگی بشر به دست می‌آید که به مرجعیت احتیاط، راضی نیست. وی در ادامه از عقل نیز برای بیان این مسأله کمک می‌گیرد و معتقد است مرجعیت احتیاط، باعث تعطیلی شریعت می‌شود (صدر، ۱۴۱۷ ق، بحوث فی علم الأصول، ج ۴، ص ۴۴۴).

ب- مناسب است در پاره‌ای امور مرتبط با بحث احتیاط، قواعدی تعیین شود تا به کمک این قواعد بتوان در مراحل استنباط، به صورت شفاف با بحث احتیاط روبرو شد.

- در مواردی که عناصر احتیاط لازم، تمام نیست، آیا باز هم می‌توان به احتیاط لازم حکم نمود؟ و نیز اگر در وجود برخی عناصر، شک وجود داشت، اصل بر احتیاط است یا خیر؟ یک پاسخ سریع این است که در مواردی که عناصر احتیاط، تمام نیست یا در وجود آن‌ها شک است، به طور کلی در صورت امکان، احتیاط امری حسن باشد. پاسخ دیگر این است که در مسأله تفصیل داده شود. با توجه به توالی فاسدی که قبلاً گذشت، در احکام اجتماعی، حکومتی و مسائل مستحدثه نمی‌توان به حسن احتیاط، حکم کرد؛ اما در مسائل فردی عبادی می‌توان به حسن احتیاط حکم نمود.

- با توجه به این که فقه، مسؤولیت تعیین احکام مکلفان را برعهده دارد، بنابراین رسالت فقها کشف و استنباط احکام شرعی است. حال در مواردی که فقیه به هر دلیل قادر به استنباط حکم شرعی نباشد، بدون در نظر گرفتن شرایط مکلفان و با وجود بروز مشکلاتی مانند سرگردانی آنان در تشخیص حکم و به عسر و حرج افتادن آن‌ها و مانند آن، آیا وی باز می‌تواند در فتوا احتیاط کند؟ به نظر می‌رسد توجه به این نکته، باعث کاهش موارد احتیاط در فتوا در کتاب‌های فتوایی خواهد شد.

۴- جمع بندی و نتیجه گیری

بررسی احتیاط به معنای اصل عملی، نشان می‌دهد که در دو دوره مورد بحث، در استفاده از این اصل، تفاوت چشمگیری وجود ندارد و فقیهان چه پیش از اخباری‌ها و چه پس از آن‌ها از این اصل بهره برده‌اند. البته با تنقیح ابعاد و ویژگی‌های اصول عملیه - توسط اصولی‌های متأخر مانند وحید بهبهانی و شیخ انصاری - در دانش اصول، تا حدودی کاربرد این اصل در فقه شفاف‌تر شده است. با توجه به آنچه در قسمت‌های قبلی بیان شد، می‌توان تمایز اصلی این دو دوره را در بحث احتیاط، در روحیه احتیاطگرایی دانست؛ در دوره پیش از اخباری‌گری این روحیه بسیار کمرنگ است، در حالی که پس از افول اندیشه اخباری این روحیه تقویت می‌شود و انعکاس آن به صورت کاملاً روشن در کتاب‌های فقهی نمایان می‌گردد. به طور کلی می‌توان این روحیه را در دو حوزه مشاهده کرد:

۱. در ادبیات فقیهان؛ همان‌گونه که بیان شد، در کتاب‌هایی همچون «جواهر الکلام» عبارات متعددی در مدح احتیاط یا تعابیری با این مضمون دیده می‌شود که فقیه هر جا دلیلی نیابد باید احتیاط کند. این ادبیات و تعابیر، از شکل‌گیری فضای خاصی در رویکرد به احتیاط و اهمیت آن نزد فقیه حکایت دارد که پیش از اخباری‌ها دیده نمی‌شود.

۲. در عمل فقیهان؛ اوج روحیه احتیاطگرایی این است که فقیه پس از مباحث استدلالی و اجتهادی، از بیان حکم نهایی مسأله و فتوای خود، خودداری ورزد و به احتیاط در مسأله حکم نماید؛ به عبارت دیگر، در فتوا توقف و احتیاط نماید.

مقایسه دو دوره فقهی محل بحث نشان می‌دهد که در کتاب‌های استدلالی هر دو دوره، احتیاط و توقف در فتوا وجود دارد؛ هر چند این مسأله پس از اخباری‌ها بیش‌تر دیده می‌شود. در مقابل این امر در کتاب‌های نیمه استدلالی و فتوایی پیش از اخباری‌ها، احتیاطگرایی در فتوا به ندرت و به صورت انگشت شمار دیده می‌شود، در حالی که پس از آنان این مسأله در

لابه لای کتاب‌های فتوایی به وفور یافت می‌شود. البته باید توجه داشت که بخشی از این احتیاطها به دلیل تفاوت‌های شرایط زمانی این دو دوره است. با وجود اندیشه اخباری در میان دو دوره فقهی محل بحث، می‌توان ادعا نمود که این اندیشه، زمینه تقویت روحیه احتیاطگرایی در فتوا را فراهم نموده است. توجه به چند نکته می‌تواند به تقویت این ادعا کمک کند:

الف) گسترش جریان اصل احتیاط به شبهات بدویه تحریمی و توقف در برخی شبهات بدویه وجوبیه توسط اخباری‌ها تبیین شد و بزرگان اخباری، استدلال‌های مختلفی نیز بر این امر اقامه نمودند. این ادعا و استدلال‌های آن را بعدها وحید بهبهانی و به صورت گسترده‌تر شیخ انصاری نقد و رد کردند؛ اما به هر حال، طبیعی بود که ذهن فقیهان را نسبت به بحث احتیاط حساس‌تر از گذشته نماید و باعث شود با سخت‌گیری بیش‌تری از بحث احتیاط عبور کنند.

ب) در تاریخ تحولات فقه، فقها در مقاطعی نسبت به دسته‌ای از روایات در یک بحث توجه ویژه‌ای داشته‌اند و به آن عمل کرده‌اند؛ و در مقابل، دسته دیگری از روایات مرتبط با همان مسأله کمتر محل توجه فقیهان قرار می‌گرفته است؛ یا در برهه‌ای از زمان، فهم مشهور فقها نسبت به دسته‌ای از روایات با فهم فقیهان در زمان دیگر، متفاوت بوده است. مثال مشهور این مسأله، روایات مربوط به «منزوحات بئر» است که فقهای پیش از علامه حلی به آن‌ها عمل و از آن‌ها وجوب را برداشت می‌کردند؛ اما پس از وی دسته دیگری از روایات، مبنای عمل فقیهان قرار گرفت و روایات مربوط به منزوحات، بر استحباب حمل شد. روایات بحث احتیاط و توقف را نیز می‌توان از مصادیق این نکته دانست؛ زیرا تا پیش از اخباری‌ها، در متون فقهی و اصولی کمتر اثری از آن‌ها دیده می‌شود؛ اما این روایات را استرآبادی به صورت گسترده ذکر کرد و اخباری‌های پس از وی نیز با توجه ویژه به این روایات، باعث ورود گسترده آن‌ها به مباحث فقهی و اصولی شدند. توجه اخباری‌ها به این دسته از روایات، می‌تواند یکی از عوامل مهم در شکل‌گیری روحیه احتیاطگرایی پس از آن‌ها باشد.

ج) در لابه لای کتاب‌های اخباریان، توصیه به احتیاط در فتوا و پرهیز از فتوادادن به صورت گسترده به چشم می‌خورد.^{۲۰} بزرگان اخباری مانند محقق بحرانی و علامه مجلسی و شیخ حر عاملی خود فقهای متبحر و نزد فقها از جایگاهی ویژه برخوردار بوده‌اند؛ به همین دلیل فقهای بعدی از آرا و نظرات فقهی آنان بهره‌مند گشته‌اند. با توجه به این نکته، تأثیرگذاری اخباری‌ها بر فقهای پس از خود، به خصوص در آن دسته از مبانی که در اندیشه اخباری از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده، دور از ذهن نیست. به نظر می‌رسد روحیه احتیاطگرایی دست کم در سه حوزه مسائل مستحدثه، مسائل حکومتی و مسائل اجتماعی دچار ابهام است و در بسیاری از موارد مذکور، به عسر و حرج منجر می‌شود.

یادداشتها:

۱. برای روایات احتیاط در بحث فروج ر. ک: عاملی، شیخ حر: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۵۸ و ۲۵۹، ح ۲۵۵۷۲ و ۲۵۵۷۳؛ و ج ۲۷، ص ۱۵۹، ح ۳۳۴۷۸؛ و برای روایات احتیاط در بحث دماء ر. ک: همان، ج ۲۷، ص ۲۳۵.
۲. ر. ک: عاملی کرکی: جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۱۲؛ اردبیلی: مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱، ص ۱۴۴؛ بهبهانی: الرسائل الأصولیة، ص ۴۱۹ و الرسائل الفقهیة، ص ۱۸۰؛ آخوند خراسانی: کفایة الأصول، ص ۳۲۲ و درر الفوائد، ص ۱۳۲؛ بجنوردی، حسن: القواعد الفقهیة، ج ۳، ص ۳۶؛ و نائینی: أجدود التقريرات، ج ۲، ص ۸۱ و ۱۷۱.
۳. ر. ک: بجنوردی: پیشین؛ اراکی، محمدعلی: أصول الفقه، ج ۱، ص ۶۵۵؛ و مکارم شیرازی: أنوار الأصول، مقرر احمد قدسی، ج ۳، ص ۲۰۳.
۴. ر. ک: انصاری، شیخ مرتضی: فرائد الأصول، ج ۲، ص ۵۰۶؛ عراقی، ضیاءالدين: نهاية الأفكار، ج ۳، ص ۲۷۴؛ اصفهانی، محمدحسین: الفصول الغروية، ص ۳۵۲؛ خویی، سید ابوالقاسم: التنقیح، ج ۳، ص ۱۷۱؛ مشکینی، ابوالحسن: حواشی المشکینی علی الکفایة، ج ۴، ص ۱۴۲؛ مجاهد، محمد: مفاتیح الأصول، ص ۳۴۷؛ و صدر، محمدباقر: مباحث الأصول، مقرر سید کاظم حائری، ج ۳، ص ۴۸۸.
۵. ر. ک: حسینی، احمد: مقاله احتیاط یا راه سوم، مجله فقه، ش ۲۹ و ۳۰.
۶. ر. ک: یزدی، محمدکاظم: العروة الوثقی (محشی)، حاشیه احمد خوانساری، ج ۱، ص ۲۱؛ آملی، میرزاهاشم: الإجتهد والتقلید، ص ۳۸۰؛ صدر، رضا: الإجتهد والتقلید، ص ۲۵۳؛ حسینی شیرازی، صادق: بیان الفقه فی شرح العروة الوثقی، ج ۴، ص ۴۰۲؛ و استادی، رضا: برخی از مبانی احتیاطات در کتابهای فقهی، مجله کیهان اندیشه، ش ۳۷، ص ۳۵.
۷. البته در حالتی که شبهه در دوران میان وجوب و استحباب و کراهت و جواز باشد، اظهار نظر ننموده اند.
۸. برای معنای لغوی ر. ک: حلی، ارشاد الأذهان، ج ۱، ص ۲۹۳؛ قواعد الأحكام، ج ۱، ص ۲۶۳؛ تذکرة الفقهاء، ج ۹، ص ۵۲ و ج ۱۴، ص ۴۹ و مختلف الشیعه، ج ۳، ص ۱۷۸.
۹. البته تحلیل دیگری نیز در این باره وجود دارد؛ این که گفته شود در زمان علامه هنوز رابطه امارات و اصول عملیه روشن نبوده است؛ به همین دلیل در کنار یکدیگر یا در مواردی اصول عملی مقدم بر امارات ذکر می شده اند. به نظر می رسد این بیان، نگاه ساده ای به این مسأله و بیانگر کم دقتی علمی فقهای پیشین و به دور از انصاف است و پذیرش آن مشکل می نماید. بنابراین با فرض عدم پذیرش چنین نکته ای، یکی از دو احتمال بالا قابل تصور خواهد بود.
۱۰. موارد دیگری نیز در کلام وی یافت می شود. مثلاً ر. ک: منتهی المطلب، ج ۵، ص ۸۴.
۱۱. وی پس از ذکر روایات طرفین در وجوب و عدم وجوب کفاره می نویسد: «فالأولی الجمع بینهما»

- بالاستحباب و عدم الوجوب» (المعتبر، ج ۱، ص ۲۳۱).
۱۲. ر. ک: جواهر الکلام، ج ۸، ص ۴۸؛ ج ۱۲، ص ۶۵ و ۳۲۸؛ ج ۱۳، ص ۱۶۴؛ ج ۱۴، ص ۲۲۸؛ ج ۱۶، ص ۱۳۱؛ ج ۱۷، ص ۱۳۹ و ۱۸۴؛ ج ۱۸، ص ۲۳۲؛ ج ۱۹، ص ۴۴۳؛ ج ۲۲، ص ۲۴۰؛ ج ۲۴، ص ۲۰۷. عبارت «مهما أمکن الاحتیاط کان أولى» نیز در «جواهر» بیان شده است (همان، ج ۳، ص ۲۷۶).
۱۳. یکی از تعبیر او چنین است: «فالأرجح الوقوف علی ساحل الاحتیاط» (بحرانی الحدائق الناضرة، ج ۱، ص ۱۱۰، ۱۱۷ و ۵۲۲؛ ج ۲، ص ۱۸۴؛ ج ۳، ص ۲۸ و ۸۷؛ ج ۷، ص ۱۷۱؛ ج ۱۱، ص ۱۳۳؛ ج ۱۵، ص ۲۲۰ و ۲۶۰ و ۲۷۷).
۱۴. همان، ج ۴، ص ۱۷۳؛ ج ۵، ص ۱۹۵؛ ج ۶، ص ۱۵۲؛ ج ۸، ص ۱۲۹؛ ج ۹، ص ۳۰۹؛ ج ۱۴، ص ۱۸۵؛ ج ۱۸، ص ۳۳۷ و ۳۵۲؛ انصاری، پیشین، رسائل فقهیه، ص ۲۲۷؛ أحكام الخلل فی الصلوة، ص ۱۴۰ و ۳۳۵؛ کتاب الصوم، ص ۱۹۲؛ کتاب النکاح، ص ۲۲۹؛ کتاب الصلوة، ج ۱، ص ۸۷، ۱۶۱، ۴۶۸؛ کتاب الطهارة، ج ۱، ص ۴۲۶؛ ج ۳، ص ۳۸۹؛ ج ۴، ص ۱۰۳ و ۲۷۳؛ و یزدی، پیشین، العروة الوثقی، ج ۱، ص ۴۸، ۴۹، ۵۵ و ۴۲۹ و... .
۱۵. علاوه بر موارد فوق ر. ک: نجفی، پیشین، مجمع الرسائل (محمشی صاحب جواهر)، ص ۲۷.
۱۶. در بحث اقل طهر بین حیض و نفاس، صاحب عروه می‌گوید مشهور گفته‌اند اقل طهر در حیض متقدم و نفاس باید ده روز باشد؛ ولی أقوى عدم اعتبار ده روز در حیض متقدم است، هرچند اعتبار ده روز در حیض متأخر از نفاس بعید نیست ولی أحوط در این جا هم مراعات احتیاط است. (یزدی، ج ۱، ص ۳۶۲ و ۵۱۹؛ ج ۲، ص ۱۵۸ و ۶۰۴).
۱۷. برای ملاحظه نمونه‌های بیش‌تر ر. ک: همان، ج ۳، ص ۳۰۰؛ ج ۵، ص ۱۶۵؛ ج ۱۱، ص ۳۸۶؛ ج ۱۳، ص ۲۳۰ و ۳۷۰؛ ج ۱۴، ص ۱۲ و ۲۵۴؛ ج ۱۹، ص ۳۵۶؛ ج ۲۱، ص ۱۲۶؛ انصاری، پیشین، کتاب الصلوة، ج ۱، ص ۸۷؛ یزدی، پیشین، ج ۱، ص ۶۳؛ ۱۱۱، ۱۱۲، ۱۱۴، ۲۱۱، ۳۴۵، ۳۶۶، ۴۰۴، ۴۰۹، ۴۸۷، ۴۹۹، ۶۵۴، ۷۳۳؛ ج ۲، ص ۱۸، ۱۴۴، ۲۴۲، ۲۶۱، ۶۰۸ و ۸۲۳.
۱۸. در این کتاب احتیاط و مشتقات آن بیش از ۶۷۰۰ مرتبه تکرار شده است (با وجود فتوایی بودن آن).
۱۹. برای آگاهی از برخی از این موضوعات ر. ک: جناتی، ابراهیم: فقه و زمان، ص ۹۲-۹۵.
۲۰. استرآبادی: الفوائد المدنیة، ص ۳۱۲-۳۷۱؛ بحرانی: الحدائق الناضرة، ج ۱، ص ۴۴ و ۱۳۱، ج ۵، ص ۳۴۳؛ همو: شرح الرسالة الصلواتیة، ص ۸، همو: الأنوار الحیریة، ص ۱۳۰؛ مجلسی، محمد باقر: بحار الأنوار، ج ۱۰۶، ص ۹۳ و ج ۱۰۷، ص ۷۷؛ همو: ملاذ الأخیار، ج ۸، ص ۵۲۶؛ همو: مرآة العقول، ج ۱۳، ص ۱۶؛ عاملی، شیخ حر: وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۱۵۴؛ همو: الفصول المهمة، ج ۱، ص ۵۱۹ و ۵۸۳؛ و همو: الفوائد الطوسیة، ص ۲۱۸، ۴۱۳، ۴۷۵.

منابع:

۱. ابن اثیر، مجدالدین جزری: النهاية فی غریب الحدیث و الأثر، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهارم، تابستان ۱۳۶۷ ش.
۲. ابن فارس، احمد رازی: معجم مقاییس اللغة، بیروت، دارالکتب العلمیة، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
۳. آخوند خراسانی، محمدکاظم: کفایة الأصول، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
۴. _____: درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد، تهران، مؤسسه الطبع و النشر التابعة لوزارة الثقافة والإرشاد الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
۵. اراکی، محمدعلی: أصول الفقه، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۳۷۵ ش.
۶. استادی، رضا: برخی از مبانی احتیاطات در کتاب های فقهی، مجله کیهان اندیشه، ۱۳۷۰، ش ۳۷.
۷. استرآبادی، محمد امین: الفوائد المدنیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.
۸. اصفهانی، محمدتقی: هداية المسترشدين، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۹ ق.
۹. اصفهانی، محمدحسین: الفصول الغروية فی الأصول الفقهیة، قم، دار إحياء العلوم الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
۱۰. آملی، میرزا هاشم: الإجتهد و التقليد، مقرر ضیاءالدين نجفی، قم، نوید اسلام، چاپ اول، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. انصاری، شیخ مرتضی: المكاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. _____: فرائد الأصول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ ق.
۱۳. _____: رسائل فقهیه، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
۱۴. بجنوردی، حسن: القواعد الفقهیة، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. بحرانی، یوسف: الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
۱۶. _____: شرح الرسالة الصلّاتیة، بوشهر، ناشر محمد بن شیخ عبدالمجید، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
۱۷. _____: الأنوار الحیرية و الأقمار البدرية الأحمديّة، بی جا، شبکه جهانی آل عصفور، بی تا.

- ۱۸ . بهشتی، ابراهیم: اخباری گری، قم، سازمان چاپ و نشر دارالحديث، چاپ دوم، ۱۳۹۰ ش.
- ۱۹ . جناتی، محمد ابراهیم: ادوار فقه و کیفیت بیان آن، تهران، کیهان، ۱۳۷۴ ش.
- ۲۰ . جوهری، اسماعیل بن حماد: الصحاح، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- ۲۱ . حائری یزدی، عبدالکریم: درالفوائد، قم، چاپخانه مهر، بی تا.
- ۲۲ . حسینی، سید احمد: مقاله احتیاط یا راه سوم، مجله فقه، ۱۳۸۰، ش ۲۹ و ۳۰.
- ۲۳ . حسینی شیرازی، سید صادق: بیان الفقه فی شرح العروة الوثقی، قم، دار الأنصار، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.
- ۲۴ . حکیم، محمد سعید طباطبایی: المحکم فی أصول الفقه، قم، مؤسسه المنار، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- ۲۵ . حلی، علامه حسن بن یوسف: إرشاد الأذهان، تحقیق فارس حسون، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- ۲۶ . _____: تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- ۲۷ . _____: تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- ۲۸ . _____: قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- ۲۹ . _____: مختلف الشیعه فی أحكام الشریعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ۳۰ . _____: منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- ۳۱ . حلی، محقق نجم الدین: شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- ۳۲ . _____: المعبر، قم، مؤسسه سید الشهداء (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- ۳۳ . خمینی، سید روح لله: توضیح المسائل محشی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ هشتم، ۱۴۲۴ ق.
- ۳۴ . خمینی، سید مصطفی: تحریرات فی الأصول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- ۳۵ . خوئی، سید ابوالقاسم: التنقیح فی شرح العروة الوثقی، قم، بی نا، ۱۴۱۸ ق.
- ۳۶ . _____: مصباح الأصول، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

۵۴. قمی، سید حسن طباطبائی: کتاب الحج، قم، مطبعة باقری، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
۵۵. کاشف الغطاء شیخ جعفر: كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء، اصفهان، انتشارات مهدوی، بی تا.
۵۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب: الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
۵۷. مجاهد، سید محمد: مفاتیح الأصول، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، چاپ اول، ۱۳۹۶ق.
۵۸. مجلسی، محمدباقر: بحار الأنوار، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
۵۹. _____: ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، تحقیق سید مهدی رجائی، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
۶۰. مشکینی، ابوالحسن: حواشی المشکینی علی الکفایة، قم، انتشارات لقمان، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
۶۱. مطهری، مرتضی: مجموعه آثار، ج ۱۹، تهران، صدرا، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
۶۲. مکارم شیرازی، ناصر: أنوار الأصول، مقرر احمد قدسی، قم، مدرسة الإمام علی بن ابی طالب، چاپ دوم ۱۴۲۸ق.
۶۳. نائینی، محمدحسین: أجود التقريرات، مقرر ابوالقاسم خوئی، قم، مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲ ش.
۶۴. نجفی، محمد حسن: جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
۶۵. _____: مجمع الرسائل (محمشی صاحب جواهر)، ترجمه محمدباقر شیرازی، مشهد، مؤسسه صاحب الزمان(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
۶۶. نرم افزار جامع فقه اهل بیت ۲، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی نور.
۶۷. نرم افزار جامع اصول فقه ۲، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی نور.
۶۸. وحید بهبهانی، محمدباقر: الرسائل الأصولیة، قم، مؤسسه علامه وحید بهبهانی، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
۶۹. _____: الرسائل الفقهیة، قم، مؤسسه علامه وحید بهبهانی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
۷۰. یزدی، سید محمدکاظم طباطبائی: العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

بررسی نظریه

توسعه ملاک در قاعده تبعیت*

محمدصادق مزینانی** بلال شاکری***

چکیده

در باره قاعده تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، این سؤال مطرح است که: «آیا ملاکات احکام، تنها در متعلق حکم است، یا ممکن است در غیر از متعلق نیز وجود داشته باشد؟» برخی بر آنند که احکام شرعی منحصرأ تابع ملاکات موجود در متعلق هستند؛ اما به نظر متأخران، احکام علاوه بر تبعیت از ملاکات موجود در متعلق، ممکن است تابع ملاکات در غیر متعلق نیز باشند. با بررسی ادله، مشخص می شود که نظریه دوم، تکامل نظریه اول بوده است و با توجه به مطرح نبودن برخی اقسام حکم شرعی نزد قدما، ایشان احکام را تابع ملاکات موجود در متعلق می دانسته اند؛ اما با طرح اقسام مختلف حکم نزد متأخران، این سؤال مطرح شد که در چنین احکامی، ملاک در چیست؟ ایشان نظریه قدما را تکمیل کرده، به این نتیجه رسیدند که ممکن است ملاکات احکام در غیر از متعلق باشد و خداوند برای مصالح و مفاسدی در غیر متعلق، برخی احکام را جعل کرده باشد.

کلیدواژه ها

قاعده تبعیت، مصالح و مفاسد در متعلق، مصلحت در نفس جعل، تحفظ بر حکم واقعی.

* تاریخ دریافت ۹۲/۸/۱۵؛ تاریخ پذیرش ۹۲/۹/۱۰.

** پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم.

*** محقق و پژوهشگر حوزه (نویسنده مسئول).

از جمله قواعد مطرح در علم اصول، قاعده تبعیت احکام از مصالح و مفاسد است. چنان که در جای خود ثابت شده، این قاعده مورد اتفاق و پذیرش تمام مسلمانان است (ر.ک: شاکری، ۱۳۹۱، ص ۵۳-۹۲). اما در میان علما، اختلافی مطرح شده که آیا احکام، تابع مصالح و مفاسد موجود در متعلق خود هستند؛ یا ممکن است حکمی در متعلق خود، مصلحت و مفسده‌ای نداشته باشد و این تبعیت به مواردی غیر از متعلق، مربوط باشد؟ در این مقاله به بررسی دو نظریه مطرح در این باره خواهیم پرداخت تا نظریه حق، مشخص شود.

اقوال در مسأله

در باره این امر که احکام شرعی تابع ملاکات موجود در متعلق خود هستند یا ممکن است ملاک در غیر متعلق نیز وجود داشته باشد، دو نظریه طرح شده است:

۱. احکام منحصرأ تابع ملاک موجود در متعلق خود هستند (خراسانی، ۱۴۲۵، ص ۴۱۴؛ خوبی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۳۹ و ج ۲، ص ۶۶؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۵۹؛ بروجردی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۴۴ و ۲۳۶؛ هاشمی حسینی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۲؛ هاشمی شاهرودی، ج ۱، ص ۲۵۹ و ج ۲، ص ۲۱۳؛ واعظ الحسینی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۳۸).

۲. احکام، چنان که ممکن است تابع مصلحت و مفسده موجود در متعلق باشد، امکان دارد تابع مصالح و مفاسد موجود در غیر متعلق نیز باشند (خراسانی، ۱۴۲۵، ص ۳۵۴؛ همو، ۱۴۱۰، ص ۱۳۰؛ مروج، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۵۶۷؛ لاریجانی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹)؛ مثلاً در دستور ذبح حضرت اسماعیل (ع)، مصلحت در نفس تکلیف بوده است نه در متعلق آن؛ و همچنین است همه اوامر امتحانی و احکام وضعی و... (خوبی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۱؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۵۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۴۳۰؛ واعظ الحسینی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۳۸).

نظریه دوم بر خلاف نظریه اول که ظهور در انحصار دارد، می گوید: ممکن است ملاک در نفس جعل حکم یا... باشد و ممکن است در متعلق حکم باشد.^۲ برخی نیز بر این باورند که تشریح خداوند، تابع غرض و انگیزه است. این غرض نیز به عنوان علت غایی فعالیت پروردگار، مطرح است؛ و آن، چیزی جز مصلحت مکلفان و بندگان نیست (سبحانی، ص ۱۳۳). اما باید توجه داشت که تأمین این مصلحت، تنها به این نیست که

خداوند به کارهایی که مصلحت ملزومه دارد، امر کند و از کارهایی که مفسده حتمی دارد، نهی کند؛ بلکه گاهی تأمین مصلحت فوق، در نفس تشریح و صرف امر کردن یا نهی کردن است^۳ (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۳۲-۹؛ علیدوست، ۱۳۸۱، ص ۱۱۵).

تبعیت احکام از ملاکات در متعلق

نظریه تبعیت احکام از ملاکات موجود در متعلق، بیش تر در میان قدمای علم اصول رایج بود و ایشان برای اثبات مختار خود، به دو دلیل عقلی و نقلی تمسک کرده اند؛ ادله عقلی ایشان، همان ادله ای است که بر اصل «قاعده تبعیت، مطرح شده است، مانند استحاله ترجیح بلا مرجح، لزوم لغویت و... (ر. ک: شاکری، ۱۳۹۱، ص ۹۴-۵۳). اما ادله نقلی ایشان برخی آیات و روایات است که بر وجود مصالح و مفاسد در متعلق احکام، دلالت دارد.

آیات

از جمله آیات دال بر وجود مصلحت و مفسده در متعلقات احکام، آیات ۹۰ و ۹۱ سوره مائده است؛ خداوند متعال می فرماید: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ^۴؛ این دو آیه، بر این دلالت دارند که خمر و قمار و... دارای مفسده بوده اند؛ لذا خداوند آن ها را حرام کرده است؛ نه این که تنها جعل چنین حکمی، دارای مصلحت یا مفسده بوده باشد (سبحانی، ص ۱۳۳-۱۳۴). همچنین است آیات: «إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ» (عنکبوت / ۴۵)؛ «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (بقره / ۱۸۳)؛ «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا» (توبه / ۱۰۳)^۷ و... در تمام این آیات، آنچه داری مصلحت و مفسده است و موجب جلوگیری از فحشا، یا موجب تقوا یا پاکیزگی و... می شود، نماز، روزه، زکات و... است؛ نه این که تنها جعل چنین احکامی، این آثار را در پی داشته باشد (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۳۲-۹).

روایات

در روایات نیز مواردی مطرح شده که پس از بیان حکم، به مصالح و مفاسد موجود در متعلق آن اشاره شده است (ر. ک: شاکری، ۱۳۹۱، ص ۹۴-۵۳)؛ مانند روایت امام رضا (ع) به

محمد بن سنان که فرمودند: «أَنَّ بَعْضَ أَهْلِ الْقِبْلَةِ يَزْعُمُ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمْ يُحَلِّ شَيْئاً وَكَمْ يُحَرِّمُهُ لَعَلَّةً أَكْثَرَ مِنَ التَّعْبُدِ لِعِبَادِهِ بِذَلِكَ قَدْ ضَلَّ مَنْ قَالَ ذَلِكَ ضَلَالاً بَعِيداً وَخَسِرَ خُسْرَاناً مُبِيناً لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ لَكَانَ جَائِزاً أَنْ يَسْتَعْبِدَهُمْ بِتَحْلِيلِ مَا حَرَّمَ وَتَحْرِيمِ مَا أَحَلَّ حَتَّى يَسْتَعْبِدَهُمْ بِتَرْكِ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ وَأَعْمَالِ الْبِرِّ كُلِّهَا»^۸؛ سپس ایشان در ادامه به عنوان یک قاعده کلی می فرمایند: «إِنَّا وَجَدْنَا كُلَّ مَا أَحَلَّ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِيهِ صَلَاحُ الْعِبَادِ وَبِقَاؤُهُمْ وَلَهُمْ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ الَّتِي لَا يَسْتَعْتُونَ عَنْهَا وَوَجَدْنَا الْمُحَرَّمَ مِنَ الْأَشْيَاءِ لَا حَاجَةَ بِالْعِبَادِ إِلَيْهِ وَوَجَدْنَاهُ مُفْسِداً دَاعِياً الْفَنَاءَ وَالْهَلَاكَ ثُمَّ رَأَيْنَاهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَدْ أَحَلَّ بَعْضَ مَا حَرَّمَ فِي وَفْتِ الْحَاجَةِ لِمَا فِيهِ مِنَ الصَّلَاحِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ نَظِيرَ مَا أَحَلَّ مِنَ الْمَيْتَةِ وَالْدَمِّ وَلَحْمِ الْخَنزِيرِ إِذَا اضْطُرَّ إِلَيْهَا الْمُضْطَرُّ لِمَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ مِنَ الصَّلَاحِ وَالْعِصْمَةِ وَدَفَعِ الْمَوْتَ» (شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۵۹۲؛ میرعمادی، ۱۳۸۷، ص ۲۹۷-۲۹۸).

از دیگر استدلال‌هایی که با توجه به ادله نقلی، بر اثبات این نظریه می توان اقامه کرد،

چنین است:

تقسیم گناهان به کبیره و صغیره، بر این دلالت دارد که احکام، تابع مصالح و مفساد موجود در متعلق هستند؛ زیرا بر اساس نظریه تبعیت از مصلحت موجود در نفس جعل، دیگر چنین تقسیمی معنا نداشت و تفاوتی میان گناهان صغیره و کبیره وجود نداشت (تبریزی، ۱۳۷۵، ص ۶۴۰)؛ چراکه در جعل این موارد، تفاوتی وجود ندارد، بلکه تفاوت در متعلقات آن‌ها است.

نظریه توسعه ملاک در قاعده تبعیت

قائلان این نظریه چنان‌که بیان شد، دایره تبعیت احکام از ملاکات را وسیع‌تر از گروه قبل می دانند. به نظر ایشان همان‌طور که ممکن است مصلحت و مفسده در متعلق احکام باشد، امکان دارد جعل یک حکم و وجود یک قانون، خود دارای مصلحت باشد؛ هرچند در متعلق آن، هیچ‌گونه مصلحت و مفسده‌ای وجود نداشته باشد.

برای این نظریه نیز می توان به ادله عقلی و نقلی تمسک کرد؛ چراکه از نظر عقلی چنان‌که ممکن است ملاکات در متعلق باشد، می تواند ملاک در جعل حکم باشد و دیگر اشکال لغویت و... لازم نخواهد آمد.

مهم‌ترین دلیل بر اثبات این نظریه، وجود مواردی در شریعت است که بر خلاف نظریه اول بوده، آن را نقض می کند؛ چراکه در شریعت، احکامی وجود دارد که به گفته دانشمندان و علمای اصول، این احکام تابع ملاکات موجود در متعلق خود نیستند؛ بلکه در

برخی موارد، متعلق حکم هیچ‌گونه مصلحت و مفسده‌ای ندارد. در این باره می‌توان به مواردی اشاره کرد:

۱. اباحه لاقتضایی

از جمله احکام تکلیفی، اباحه است. اگر اباحه، لاقتضایی باشد، در متعلق آن مصلحتی وجود ندارد؛ و اگر اقتضایی باشد، مصلحت و مفسده در آن، مساوی است (خراسانی، ۱۴۲۵، ص ۳۲۰). بنا بر نظر مشهور باید گفت که اباحه لاقتضایی از احکام شرعی نیست. در حالی که تمام اصولیان از شیعه و عامه آن را از اقسام پنج‌گانه احکام تکلیفی می‌دانند. در نتیجه باید گفت که در جعل این حکم، مصلحتی نهفته بوده است و آن مصلحت، تسهیل و آسان‌گیری بر بندگان است.

۲. احکام ظاهری

از دیگر تقسیمات حکم شرعی، تقسیم آن به واقعی و ظاهری است. در حکم ظاهری نیز این سؤال مطرح است که آیا مصلحت و مفسده، در متعلق حکم است؟ در این باره دو نظریه مطرح است، و قدر جامع دو قول این است که مصلحت، در متعلق حکم ظاهری نیست؛ چون علما تصریح می‌کنند که حکم ظاهری، یک حکم طریقی است و در متعلق حکم طریقی، مصلحت و مفسده وجود ندارد؛ و این مسأله، اتفافی است (خراسانی، ۱۴۲۵، ص ۳۱۹-۳۲۰؛ منتظری، ۱۴۱۵، ص ۴۵۴؛ هاشمی حسینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۵). البته چنان‌که بیان شد، در این اختلاف است که مصلحت و مفسده در چیست. عده‌ای مانند محقق خراسانی و آیت‌الله خویی معتقدند مصلحت، در جعل است (خراسانی، ۱۴۲۵، ص ۳۱۹؛ واعظ‌الحسینی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۰۹). و عده‌ای مانند محقق نائینی، آیت‌الله بروجردی و شهید آیت‌الله صدر مصلحت را در متعلق احکام واقعی می‌دانند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۶؛ هاشمی حسینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۵؛ منتظری، ۱۴۱۵، ص ۱۳۴ و ۳۹۶ و ۴۵۴)؛ یعنی احکام ظاهری، برای تحفظ بر مصلحت موجود در متعلق احکام واقعی جعل شده‌اند؛ اما این اختلاف بر آنچه ما در صدد بیان آن بودیم، تأثیری ندارد.

نسبت به احکام ظاهری، احتمال دیگری نیز وجود دارد که مصلحت در «سلوک مطابق آن» باشد.

متعلق حکم ظاهری، سلوک است، از این رو، می‌توان گفت در احکام ظاهری نیز

مصلحت در متعلق حکم است. اما این احتمال، همان نظریه «مصلحت سلوکیه» است که شیخ انصاری طرح کرده است و در جای خود، اشکالات آن بررسی شده است؛ بنابراین نمی توان گفت مصلحت، در متعلق چنین احکامی است (برگرفته از: جرقویبی، ۱۴۲۳، ص ۲۳).

۳. احکام وضعی

این اشکال در حکم وضعی نیز مطرح است؛ چون احکام وضعی نیز تابع مصلحت در متعلق نیستند، بلکه مصلحت در نفس جعل چنین حکمی است. آیت الله خوئی که خود قائل به تبعیت احکام از مصالح و مفاسد موجود در متعلق حکم است، به این مطلب تصریح می کند و قاعده تبعیت احکام از مصالح و مفاسد را مخصوص احکام تکلیفی می داند (واعظ الحسینی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۳۸).

ایشان در این باره می گوید:

«احکام تکلیفی مانند وجوب و حرمت - چون به افعال اختیاری مکلفان تعلق می گیرد - تابع مصالح و مفاسدی است که در متعلق آن ها وجود دارد؛ اما در احکام وضعی از قبیل ملکیت و زوجیت - بدان سبب که غالباً به اعیان خارجی تعلق می گیرد و قیام مصلحت به اعیان خارجی معنا ندارد - مصلحت در جعل چنین احکامی است، نه در متعلق آن ها» (غروی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۵).

مثلاً نوشیدن شراب و خواندن نماز، خود دارای مفاسد و مصلحت است؛ در نتیجه به اولی، حرمت و به دومی، وجوب تعلق می گیرد. اما این که «معاطات» یا «عقد عربی»، ملکیت و زوجیت می آورد، بدان معنا نیست که معاطات یا عقد عربی، مصلحتی دارد که از قبل وجود داشته است. در این موارد، نفس جعل حکم (سببیت معاطات برای نقل و انتقال و عقد عربی برای زوجیت) مصلحت دارد (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۹-۳۲).

۴. احکام تبعیدی

نسبت به احکام تبعیدی چنین گفته اند:

«اصل فعل در عبادات، دارای مصلحت نیست؛ چراکه عبادات بدون قصد قربت، دارای مصلحت نیستند و قصد قربت هم به ادله ذکر شده داخل در مأموریه نیست؛ لذا باید گفت مصلحت در نفس امر و تشریح این احکام است» (شهرستانی، ص ۲۰۳-۲۰۴).

پدر شیخ بهایی درباره احکام تبعیدی چنین می گوید:

«طهارت و نجاست، دایر مدار عقل نیست و نیز از وجود صفتی در ذات طاهر و نجس که موجب اتصاف به طهارت و نجاست می شود، متخذ نیست؛ بلکه صرفاً دو حکم تبعیدی محض می باشند که از شارع اخذ گردیده و غرض از آن، عبادت الهی و ثواب مطیع و عقاب عاصی بوده است... همچنین است بیش تر عبادات و احکامی که معنای آن ها برای عقول بشری، قابل درک نیست؛ مانند وجوب عده در صورت عدم دخول، و وجوب روزه روز آخر رمضان و حرمت روزه اول ماه شوال، که منظور شارع در همه این موارد، چیزی غیر از انقیاد و تسلیم نیست. به همین دلیل، برخی از علما متذکر شده اند که عباداتی که معنایشان قابل تعقل نیست، افضل می باشند؛ زیرا انقیاد و تسلیم نسبت به امر الاهی در آن ها بیش تر است (عاملی، ص ۳).

۵. اوامر امتحانی

از دیگر موارد وجود «اوامر امتحانی» است؛ این اوامر ثابت می کند که شاید مصلحت و مفسده در متعلق حکم نباشد، بلکه در جعل چنین احکامی، مصلحت وجود دارد (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۱؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۵۹؛ هاشمی شاهرودی، ج ۳، ص ۴۳۰؛ واعظ الحسینی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۳۸)؛ چرا که اگر حکمتی مانند امتحان عبد، اقتضای امری از ناحیه مولی داشته باشد - هر چند در متعلق، هیچ مصلحتی نباشد - عقل و عقلا چنین حکمی را حسن می دانند (جرقویثی، ۱۴۲۳، ص ۲۴) بلکه با توجه به ادله نقلی باید گفت که در برخی آیات و روایات، به این مسأله اشاره شده است که احکام بسیاری برای امتحان بندگان جعل شده اند (جرقویثی، ۱۴۲۳، ص ۲۵)؛ از جمله می توان به مواردی (علیدوست، ۱۳۸۱، ص ۱۱۰-۱۱۱؛ علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۹-۳۲) اشاره کرد:

۱- قرآن فلسفه قبله قرار گرفتن بیت المقدس پیش از کعبه را امتحان بندگان در پیروی از رسول الله می داند؛ و هر گونه حکمت دیگر، از جمله وجود مصلحت در نفس توجه و استقبال به سوی بیت المقدس را نفی می کند، به دلیل مفهوم حصر که از الالفهمیده می شود: «وَمَا جَعَلْنَا الْقِبْلَةَ الَّتِي كُنْتَ عَلَيْهَا إِلَّا لِنَعْلَمَ مَنْ يَتَّبِعُ الرَّسُولَ مِمَّنْ يَنْقَلِبُ عَلَيَّ عَاقِبِيهِ» (بقره ۱۴۳)؛^۹

۲- در آیه ۹۴ سوره مائده نیز «امتحان عباد» سبب تحریم صید در حال احرام دانسته شده است؛ نه وجود ضرر در حیوان شکار شده: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيَبْلُوَنَّكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَاءَهُ أَيدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ لِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَخَافُهُ بِالْغَيْبِ»؛^{۱۰}

- ۳- در روایتی از امام صادق (ع) چنین آمده است: «إِنَّهُ لَيْسَ شَيْءٌ فِيهِ قَبْضٌ أَوْ بَسْطٌ مِمَّا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَوْ نَهَى عَنْهُ إِلَّا وَفِيهِ لِلَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - اِبْتِلَاءٌ وَقَضَاءٌ»^{۱۱} (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۳۷۲)؛
- ۴- در روایت دیگری از امام سجاد (ع) چنین می‌خوانیم: «ثُمَّ أَمَرْنَا لِيَخْتَبِرَ طَاعَتَنَا، وَنَهَانَا لِيَبْتَلِيَ شُكْرَنَا»^{۱۲} (علی بن الحسین (ع)، ۱۳۷۶، ص ۳۲).

۶. اوامر غیری

در باره احکام غیری نیز این اشکال مطرح می‌شود. در بحث ضد، در مقام بیان ثمره آن، که آیا ضد عبادی،^{۱۳} باطل است یا خیر؟ برخی چنین اشکال کرده‌اند که نهی در این جا، غیری است و چنین نهیی، موجب بطلان نیست؛ چون آنچه موجب بطلان است، نهی نفسی است که کاشف از مفسده (مفسده در متعلق) است (فیاضی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۵۱؛ حکیم، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۶۱-۳۶۲؛ موسوی، ج ۱، ص ۳۱۹).

یا در بحث وجوب غیری گفته‌اند: متعلق آن، مصلحت ندارد؛ بلکه مصلحت در ذی المقدمه است (هاشمی شاهرودی، ج ۲، ص ۱۵۷).

از این دو مطلب در می‌یابیم که در متعلق امر و نهی غیری، مصلحت و مفسده‌ای وجود ندارد تا امر و نهی غیری، کاشف از آن باشد. بنابراین باید گفت در این گونه موارد، مصلحت در غیر متعلق چنین حکمی بوده است.

۷. اوامر تقیه‌ای

اوامر تقیه‌ای دو گونه هستند؛ در برخی از آن‌ها مصلحت در نفس امر و اظهار موافقت با عامه است. در چنین مواردی هیچ گونه مصلحتی در متعلق این اوامر وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۵۶-۱۵۷).

۸. احکام طریقی

از جمله اقسام حکم، حکم طریقی است. در این نوع از احکام، مصلحت در نفس جعل و انشای حکم است؛ چراکه چنین احکامی مصلحت در نفس طریق بودن آن است. مانند حجیت امارات که طریق بودن اماره دارای مصلحت است؛ اما ممکن است اماره مطابق با واقع نباشد که در این صورت، در متعلق آن، نه تنها ممکن است هیچ گونه مصلحتی نباشد، بلکه ممکن است مفسده داشته باشد یا بالعکس (مروج، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۲۲۳).

۹. احکام فعلی

تفصیل دیگری که برخی از علما در اقسام حکم بیان کرده‌اند، این است که تبعیت احکام از مصالح و مفاسد موجود در متعلق را تنها در احکام انشائی می‌پذیریم؛ اما در احکام فعلی، احکام تابع مصالح و مفاسد در نفس حکم هستند، نه متعلق (حکیم، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۵۰).

بررسی دو نظریه و بیان قول حق

با توجه به ادله مطرح شده برای هر یک از دو نظریه بیان شده، به نظر می‌رسد که نظریه توسعه ملاک از قوت بیش‌تری برخوردار است؛ به ویژه با توجه به موارد نقضی که نسبت به نظریه قدما مطرح شده است (اصلی‌ترین اشکال نظریه انحصار ملاک، همین است)؛ این موارد نقض را باید پذیرفت که نتیجه آن مخدوش شدن قاعده تبعیت احکام از ملاکات است؛ در حالی که این قاعده، مورد قبول تمام مسلمین است؛ و یا باید برای رفع این موارد توضیح این که چنین احکامی نیز تابع ملاکات هستند، قائل به نظریه توسعه در ملاک شد. علاوه بر این که ادله نظریه قدما نیز دچار اشکالاتی است، و نمی‌تواند این نظریه را اثبات و نظریه توسعه ملاک را نفی کند.

اشکالات نظریه قدما

۱. اصلی‌ترین نظریه قدما، وجود موارد نقض در احکام است که بیان شد. برخی احکام در متعلق خود، هیچ‌گونه مصلحت و مفاسده‌ای ندارند. شاهد بر این مطلب، علاوه بر کلمات اصولیان که ذیل اقسام مختلف حکم شرعی بیان گردید، وجود برخی نصوص است که فلسفه جعل و تشریح برخی احکام را وجود مصلحت یا مفاسد در متعلق نمی‌داند، بلکه بر مصالحی در خود تشریح و پیروی مکلف از آن انگشت می‌گذارد. بنابراین باید دید وجه جمع میان دو گروه روایات مورد ادعای هر نظریه چیست؟ وجه جمع روایات در ادامه خواهد آمد.

۲. دلیل و برهانی بر لزوم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد موجود در متعلق وجود ندارد؛ و ادله ذکر شده تنها لزوم تبعیت را ثابت می‌کند؛ اما نسبت به این که تبعیت به لحاظ کدام مصالح و مفاسد است، دلالتی ندارد.

۳. اما نسبت به تقسیم گناهان به کبیره و صغیره باید گفت: این سخن، زمانی به

عنوان دلیل بر نظریه اول خواهد بود که قائلان نظریه دوم مانند گروه اول انحصار را مد نظر داشته باشند. به عبارتی، اگر احکام را تنها تابع مصالح و مفاسد موجود در جعل احکام بدانیم، این تقسیم با مشکل مواجه می‌شود. اما بیان شد که نظریه دوم، انحصار را نمی‌گوید؛ بلکه قائل است همچنان که ممکن است احکام، تابع ملاکات موجود در متعلق باشد، ممکن است تابع ملاکی در غیر متعلق باشد.

تا این جا بیان شد که نظریه توسعه ملاک از دقت بیش تری نسبت به نظریه قدما برخوردار است و شامل تمام موارد حکم شرعی می‌شود. اما نسبت به این نظریه نیز اشکالاتی بیان شده است که باید آن‌ها را بررسی کرد. اشکالات طرح شده عبارتند از:

۱. اگر مصلحت در نفس جعل باشد - هر چند به صورت موجب جزئی - به محض این که مولا حکم را جعل کند، مصلحت استیفا می‌شود و نیازی به فعل مکلف نیست. در صورتی که حکم شرع، برای انبعاث و انزجار مکلف است و مصلحت یا دفع مفسده با امثال مکلف نسبت به امر و نهی شارع حاصل می‌شود. اما مواردی که طرح شده، این گونه نیست که مصلحت در نفس جعل باشد. مثلاً اوامر امتحانیه‌ای که مطرح شد، چنین نیستند و مصلحت در آن‌ها، قائم به اظهار اطاعت از ناحیه عبد است، و این اظهار اطاعت بدون فعل مکلف، محقق نمی‌شود (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۵۹؛ هاشمی حسینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۱۹۴؛ حائری، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۳۱-۳۲؛ موسوی خمینی، همان، ص ۱۵۵-۱۵۶).

در پاسخ به این اشکال، باید گفت:

۱- هر چند ممکن است نسبت به برخی موارد نقض ذکر شده پاسخ داد که مصلحت در نفس جعل حکم نیست بلکه مثلاً مصلحت در اظهار اطاعت است؛ یا به تعبیری در چنین مواردی، جعل و انشای حکم همراه با امثال آن در خارج، مد نظر است (کاظمی خراسانی، همان؛ هاشمی حسینی، همان؛ حائری، همان؛ موسوی خمینی، همان؛ علی دوست، ۱۳۸۴، ص ۳۲-۹). اما می‌توان مواردی را تصور کرد که مصلحت در نفس جعل حکم باشد و این که مصلحت به صرف جعل حاصل شود، اشکالی ندارد؛ مانند این که غرض مولا تنها اظهار مولویت باشد، بدون این که در متعلق یا اظهار اطاعت از ناحیه عبد، مصلحتی باشد؛ مانند برخی اوامر تقیه‌ای که ممکن است مصلحت تنها در جعل حکم و اظهار موافقت با عامه باشد^{۱۴} (موسوی خمینی، همان، ص ۱۵۶-۱۵۷). همچنین در احکام وضعی می‌توان گفت که خود حکم یعنی نفس جعل شارع، مصلحت دارد؛ نه این که شارع چیزی را جعل کرده باشد تا در اثر اطاعت مکلف در آن یا مترتب بر آن، مصلحتی حاصل شود؛ مثلاً جعل ملکیت و

زوجیت در روابط انسان‌ها، خودش مصلحت دارد که طی آن، روابط انسان‌ها منظم و سامان یافته می‌شود. البته در احکام وضعی نیز سرانجام، فعل اختیاری انسان در جلب مصالح و دفع مفسدات، دخالت دارد؛ ولی دخالت هنگامی است که شارع، آن احکام وضعی را موضوع احکامی قرار دهد که به رفتار انسان متعلق باشد (علیدوست، همان).

۲- اگر به فرض، وجود مصلحت در نفس حکم را نپذیریم، این مطلب ثابت نمی‌کند که حتماً باید مصلحت و مفسده در متعلق حکم باشد؛ زیرا حالت سوم می‌توان در نظر گرفت که مصلحت نه در متعلق باشد نه در نفس حکم، بلکه در امر دیگری باشد. مانند اوامر تقیه‌ای که بیان شد مصلحت در اظهار موافقت با عامه است؛ بنابراین اگر مکلف بتواند کاری انجام دهد که ایشان گمان کنند همان عمل صحیح نزد ایشان است، صحیح بوده، اشکالی ندارد. مثلاً به جای «تکتف»، کاری انجام دهد که گمان رود عمل تکتف انجام شده است. این صحت عمل، نشان می‌دهد که در متعلق، هیچ‌گونه مصلحتی نیست بلکه شاید مفسده هم داشته است؛ چراکه اگر در متعلق حکم مصلحت می‌بود، نباید عمل این مکلف صحیح باشد (موسوی خمینی، همان، ص ۱۵۷).

۳- درباره اوامر امتحانی نیز باید گفت: جای بسی تعجب است که هر چند مستشکل، خود معترف است که در اوامر امتحانی مصلحت در اظهار بندگی است، اما با این حال قائل می‌شود که مصلحت در متعلق احکام است؛ زیرا متعلق حکم شارع، فعل مکلف است که هیچ‌گونه مصلحتی ندارد، بلکه مصلحت در اظهار عبودیت و بندگی است. همین مقدار اعتراف مستشکل کافی است که نظریه تبعیت احکام از ملاکات موجود در متعلق با خدشه مواجه شود. زیرا ثابت می‌شود منحصر دانستن تبعیت از ملاکات موجود در متعلق، صحیح نیست و باید نظریه‌ای اعم را پذیرفت. البته امکان دارد در نام‌گذاری اختلاف باشد، اما این نزاعی لفظی است و در اصل مسأله تأثیری ندارد (موسوی خمینی، همان، ص ۱۵۸).

۲. اشکال دیگر نسبت به نظریه توسعه ملاک، این است که:

این نظریه، خلاف وجدان است؛ زیرا مصالح و مفسدات، اغراضی هستند که موجب و داعی جعل احکام هستند؛ بنابراین به عنوان مقتضی برای حکم است و اراده و اشتیاق شارع برای جعل احکام مصالح و مفسدات است. حال اگر قرار باشد که احکام، تابع مصلحت در نفس جعل باشند، لازم می‌آید مصلحت ناشی از ناحیه امر، معلول امر باشد؛ بنابراین دیگر امکان ندارد که همان مصلحت مقتضی برای امر نیز باشد (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۵۹؛ عراقی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۳۰۹)؛ مستلزم تأخیر متقدم و تقدیم متأخر است.

محقق اصفهانی در این باره چنین گفته است:

«این مبنا (تبعیت احکام از مصلحت در نفس جعل) صحیح نیست؛ چون حقیقت حکم، انشای منبعث از اراده حتمی یا غیرحتمی است که به انگیزه بعث و تحریک باشد؛ زیرا این نوع از انشاء است که استحقاق ثواب و عقاب، بر اطاعت و عصیان آن مترتب گشته است؛ نه انشاء به داعی دیگر مثل ارشاد، تعجیز، تهدید و... (لاریجانی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹-۱۵۰).

با توجه به این مطلب می‌گوییم: اراده تشریعی، شوق اکید است که به فعل غیر، تعلق گرفته است و موجب جعل و داعی نسبت به فعل می‌گردد. چون فعل غیر، به اختیار، صادر می‌گردد و تحصیل آن فعل هم بدون ایجاد داعی در وی، ممکن نیست؛ چراکه تا انگیزه نباشد، شوقی هم که باید عضلات را به سوی فعل به حرکت درآورد، در کار نخواهد بود؛ بنابراین معقول نیست که اراده تشریعی و نیز شوق، به فعلی تعلق گیرد که از آن فایده‌ای عاید جوهر ذات فاعل یا قوه‌ای از قوای وی نگردد؛ زیرا طبیعت شوق، از طبایعی است که جز به آنچه با «مشتاق»، مناسبت و ملائمت دارد، تعلق نمی‌گیرد و خود شوق هم از افعالی نیست که فی حد ذاتها مصلحت‌دار باشد، تا بتوان آن را به دلیل مصلحتی در خود، ایجاد کرد.

بنابراین تعلق اراده به فعلی، بدون وجود جهت مرجحی در فعل - که موجب تعلق اراده گردد - ترجیح بلامرجح است، نه ترجیح بلامرجح؛ و مفروض، این است که جهت مرجحی هم در اراده خداوند، جز مصلحت و حکمت وجود ندارد. اما انشاء به داعی بعث و تحریک، چون از افعالی است که می‌تواند مصلحت و مفسده داشته باشد، ممکن است به سبب مصلحتی در نفس همین انشاء ایجاد گردد و از آن‌جا که دخل فعل خاص که مقوم انشاء است در مصلحت، انشای به امری است و مصلحت داشتن ذات فعل به نحوی که باعث بر انشاء به داعی بعث باشد، امری دیگر است؛ در نتیجه، برهانی که در اراده بیان کردیم، در این‌جا جاری نیست. لکن به دلیل دیگری، در این‌جا نیز معقول نیست که انشای برخاسته از مصلحت نهفته در نفس انشاء است؛ و نه مصلحت در فعل، متعلق بعث باشد؛ چون غرضی که باعث و داعی انشاء می‌شود، گاهی مقصود بالذات و بالإصاله است، به گونه‌ای که در ورای این غرض حاصل از انشاء، غرض دیگری وجود ندارد؛ مانند انشاء به داعی ارشاد - که به نفس همین انشاء، اظهار خیر و مصلحتی که عاید مخاطب است - حاصل می‌گردد و دیگر حالت منتظره‌ای وجود ندارد و یا مانند انشاء به داعی تعجیز که با نفس انشای خاص، عجز مخاطب را از متعلق اظهار می‌کند و یا مانند انشاء بداعی مسخره

که با همین انشاء، مصداق سخریه، محقق می‌شود؛ به خلاف انشاء برای ایجاد انگیزه؛ چون امکان داعویت و تحریک، اگرچه غرضی است که بر انشای مزبور، قائم است، لکن سنخ این غرض، غرض تبعی است که به عنوان وسیله‌ای برای ایجاد فعل دیگر مورد نظر قرار گرفته است و با عدم غرض در فعل غیر، محال است که این غرض تبعی به عنوان وسیله‌ای برای ایجاد و تحصیل غرض اصلی قرار بگیرد. بنابراین بعث حقیقی و تحریک جدی نسبت به فعل غیر، جز به لحاظ غرضی که در فعل موجود است - که موجب قیام مولا نسبت به ایجاد تسبیبی آن می‌گردد - نخواهد بود.

از این جا معلوم می‌شود که احکام شرعی، تابع اغراض مولوی‌ای هستند که جز مصالح و مفاسد قائم به متعلقات آن‌ها، چیزی نیست؛ اگرچه قائل شویم که در تکالیف شرعی، اراده تشریعی، وجود ندارد.

پاسخ

به هر حال از دیدگاه محقق اصفهانی به خوبی روشن می‌شود که ایشان نیز می‌پذیرد در پاره‌ای موارد - جعل حکم برای ارشاد، تعجیز و... - مصلحت، تنها در نفس جعل حکم شرعی است، نه در متعلق آن.

اما ممکن است در توجیه کلام ایشان، چنین بگوییم: وی با توجه به این که حقیقت حکم شرعی را انشاء به انگیزه بعث و زجر می‌داند، این اشکال را گرفته است؛ چراکه از نظر ایشان، جعل حکم به انگیزه ارشاد و تعجیز و... حکم شرعی نیستند. بنابراین بحث تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، درباره آن‌ها مطرح نیست.

ولی حق این است که اگر حقیقت حکم را انشاء به انگیزه بعث و زجر نیز بدانیم - چنان که حق همین است - باز هم می‌توان گفت شامل چنین مواردی بشود؛ چراکه در این موارد هم نوعی برانگیختن عبد وجود دارد. البته در چنین مواردی، به صورت مستقیم برانگیختنی نسبت به فعل وجود ندارد؛ بلکه بر عکس، مولا با چیزی همچون تهدید یا تعجیز، در مقام بیان این است که چنین کاری نباید صورت گیرد؛ اما می‌توان گفت: در چنین مواردی نیز به صورت غیرمستقیم، نوعی برانگیختن عبد وجود دارد، و آن هم برانگیختن عبد نسبت به ترک چنین فعلی است؛ به عبارتی، مولا مثلاً با تهدید عبد، قصد دارد وی چنین فعلی را ترک کند که این هدف با این نوع انشاء نیز محقق می‌شود.

در ضمن، به فرض که این موارد را حکم شرعی ندانیم، سؤال ما از محقق اصفهانی این

است که در احکام وضعی و ظاهری و... که مصلحت در نفس جعل آنها است، چه می‌کنید؛ چراکه این اقسام، از احکام شرعی هستند؛ در حالی که تابع مصالح و مفاسد در متعلق نیستند. بنابراین این ادعا که این نظریه خلاف وجدان است، صحیح نیست؛ زیرا بهترین دلیل بر امکان یک شیء، وقوع آن است؛ و چنین مواردی در شریعت، واقع شده است.

۳. اشکال دیگری که نسبت به نظریه عدم انحصار مطرح است، تعارض نصوص فوق با نصوصی است که بر تبعیت مطلق احکام از مصالح و مفاسد موجود در متعلق دلالت می‌کند. حتی در برخی از آنها آمده بود که تعبدانگاری شریعت، گمراهی آشکار است و معتقد به آن، گمراه و زیانکار است! (علیدوست، ۱۳۸۱، ص ۱۱۱؛ علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۹-۳۲).

در پاسخ به ادعای تعارض نصوص در مسأله باید گفت:

بدون تردید، نصوص دال بر وجود مصلحت یا مفاسد در متعلق برخی از احکام و تبعیت احکام از آن مصالح و مفاسد، با نصوص دال بر تشریح برخی از احکام یا همه احکام به دلیل امتحان یا ایجاد حس تعبد و سرسپردگی در بندگان منافاتی ندارد؛ زیرا هر دو قضیه، موجهه جزئیه است و می‌تواند هر کدام بخشی از احکام را شامل شود؛ بلکه اگر هر دو گزاره، کلی و عام هم بود، باز منافاتی بین آن دو وجود نداشت. چه، منافاتی میان تبعیت همه احکام از مصالح و مفاسد در متعلق و جعل همه احکام به دلیل مصلحت در تشریح و تعبد وجود دارد؟! (علیدوست، همان).

البته میان نص دال بر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد و رد تشریح احکام برای غیر آن، نظیر تعبد و امتحان بندگان - چنان که روایت محمد سنان صراحت در این مطلب داشت - و نصوص دال بر تشریح برخی احکام به دلیل تربیت و تعبد مکلفان، منافات و تعاند (منافات سالبه کلیه با موجهه جزئیه) وجود دارد. اما این منافات نیز قابل رفع است. بدین صورت که:

۱- روایت محمد بن سنان، بر اساس برخی مبانی از جهت سند، ضعیف و غیر قابل تمسک است.

۲- ظاهراً روایت ابن سنان به جریان فکری خطرناکی نظر دارد که در زمان صدور این روایت و امثال آن، رواج داشت. این جریان حسن و قبح اشیاء را رد می‌کرد و به اثبات جبر و نفی حکمت و غرض در افعال خداوند می‌پرداخت. شاهد این مطلب، تعبیر بسیار تند امام است که فرموده «قد ضل من قال ذلك ضلالاً بعيداً و خسر خساراً مبیناً»؛ کسی که معتقد باشد

تحلیل و تحریم برای تعبد محض است، در ضلالتی عمیق و خسروانی آشکار افتاده است. توعید و تهدید بیان شده در این روایت، گویای آن است که مراد امام، منع و تقبیح خطوط فکری خطرناک رایج در آن زمان بوده است؛ و گرنه صرف اعتقاد به تعبدی بودن احکام، این مقدار تهدید و توعید نمی طلبد.

۳- روایت یادشده این باور را انکار می کند که علت تحریم و تحلیل همه اشیا، فقط تعبد است. این باور نه تنها بی دلیل است، بلکه هیچ آشنای به احکام آن را ادعا نمی کند. اما این که برخی از احکام و شکل خاص بعضی از اعمال، به ویژه عبادات، صرفاً برای تعبد و امتحان عباد و جدا شدن صف بندگان مطیع از غیر آنها باشد، در این روایت نفی نشده است و ظاهراً دلیل دیگری نیز بر رد آن وجود ندارد. تنها شبهه ترجیح بلا مرجح است که بررسی آن می آید (علیدوست، ۱۳۸۱، ص ۱۱۱).

۴. چهارمین اشکال به نظریه عدم انحصار ملاک در متعلق، این است که: این نظریه، مخالف مبنای عقلی استحاله ترجیح بدون مرجح است؛ زیرا اگر متعلق امر و نهی بدون هیچ مزیتی نسبت به غیر خود، متعلق حکم واقع شود، مستلزم ترجیح بدون مرجح است (علیدوست، ۱۳۸۱، ص ۱۰۷؛ علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۹-۳۲).

در نقد مبنای عقلی محال بودن ترجیح بلا مرجح، می توان گفت:

این که ترجیح بلا مرجح از نظر عقلی دچار اشکال است به یکی از دو تقریب می تواند باشد:

۱- ترجیح بلا مرجح، محال است؛ و ۲- ترجیح بلا مرجح، قبیح است. میان این دو تقریب، تفاوت است؛ چراکه اگر مراد، قبیح ترجیح بلا مرجح باشد، راهکاری متفاوت با راهکار و بررسی اشکال استحاله خواهد داشت.

اگر اشکال، قبیح ترجیح بلا مرجح باشد، قابل ارتفاع است؛ چراکه در این صورت، اراده و اختیار شارع برای جعل حکم، مرجح آن می شود و دیگر ترجیح بلا مرجح نخواهد بود تا اشکالی لازم آید.

اما اگر ترجیح بلا مرجح به معنای معلول بلاعلة باشد، قطعاً محال است؛ اما وقتی علت غایی و انگیزه برای تحقق اصل پدیده موجود بود، وجود انگیزه ای دیگر برای انتخاب شکل خاص، ضرورت ندارد. مثلاً هرگاه مصلحت در اصل تشریح وجهی برای وجوب روزه گرفتن در روزی و حرمت آن در روز دیگر باشد، دیگر ضرورتی بر وجود وجه و سببی برای تعیین روزی که در آن روزه گرفتن واجب و روزی که در آن روزه گرفتن حرام است، نخواهد بود.

تنها اشکالی که در این گفته وجود دارد، این است که تعلق اراده شرع مقدس به این که بین چند عمل، عمل خاصی را واجب یا حرام گرداند، یک پدیده است و نمی تواند بدون علت باشد. ولی می توان در پاسخ این اشکال گفت که هر پدیده و معلولی به علت یا عللی نیاز دارد. در پدیده فوق هم تمام علل، اجتماع دارند. در این پدیده هم اراده و تشریح شارع وجود دارد که از علت است، و هم علت غایی که همان مصلحت مورد نظر شارع در جعل این وجوب یا حرمت است. اما هیچ برهانی ثابت نمی کند که باید در تعلق اراده شرع به این عمل، غایتی - جدا از غایتی که در تشریح وجوب یا حرمت اصل این عمل هست - وجود داشته باشد. بنابراین، در انتخاب این عمل برای تعلق حکم، بودن جهتی خاص در این عمل، قبل از تعلق حکم لازم نیست. (همان). ۱۵

نتیجه گیری و جمع بندی

نسبت به دو نظریه مطرح شده، می توان گفت که هر دو نظریه، به نوعی صحیح است؛ چرا که قدمای اصولی که احکام را تابع مصالح و مفاسد موجود در متعلق آن می دانستند، ناظر به احکام واقعی بوده اند و به سایر اقسام حکم شرعی - به سبب غفلت از آن ها، یا به دلیل مطرح نبودن برخی اقسام حکم در آن دوره - توجهی نداشته اند؛ بنابراین منحصراً گفته اند که احکام، تابع مصالح و مفاسد موجود در متعلق هستند، و حامل ملاک حکم شرعی، منحصراً متعلق آن است. از این رو، اشکالات طرح شده درباره این امر که نظریه شما شامل برخی اقسام حکم شرعی نمی شود، بر ایشان وارد نخواهد بود؛ مگر آنچه نسبت به اوامر امتحانی توضیح داده شد که مسأله اوامر امتحانی از زمان های گذشته نزد اصولیان مطرح بوده است، و قدما از این مسأله و روایاتی که ذیل اوامر امتحانی بیان شد، غفلت کرده اند.

اما با توجه به پیشرفت علم اصول و توجه علما به اقسام مختلف حکم شرعی و همچنین طرح برخی اقسام برای حکم شرعی، این نظریه سیر تکاملی خود را پیمود و این سؤال ایجاد شد که احکام ظاهری، وضعی و... تابع مصلحت و مفاسد چه چیزی هستند؟ بنابراین، انحصار تبعیت از مصالح و مفاسد موجود در متعلق حکم، خدشه دار شد، و علما نظریات متفاوتی بیان کردند. از جمله نظریه شیخ انصاری درباره احکام ظاهری که بنا بر آن، مصلحت در طی طریق بندگان است، که به نظریه مصلحت سلوکیه معروف گردید (شیخ انصاری، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۵۲-۵۳)؛ یا نظریه محقق خراسانی و آیت الله خویی که مصلحت را در نفس جعل چنین احکامی می دانستند (خراسانی، ۱۴۲۵، ص ۳۱۹؛ واعظ

الحسینی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۰۹؛ یا نظریه محقق اصفهانی که مصلحت را در بعث و زجر بندگان دانست، چون ایشان حقیقت حکم شرعی را جعل حکم به انگیزه بعث و زجر بندگان می دانست؛ بنابراین درباره احکام ظاهری بر آن بودند که این احکام جعل شده اند تا بندگان برانگیخته شوند و مطابق آن عمل کنند؛ هر چند در متعلق آن، مصلحتی وجود نداشته باشد (غروی اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۲۹۲)؛ و یا نظریه محقق نائینی، آیتالله بروجردی و آیتالله شهید صدر که مصلحت را در تحفظ بر مصالح و مفاسد موجود در احکام واقعی دانستند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۶؛ هاشمی حسینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۵؛ منتظری، ۱۴۱۵، ص ۱۳۴، ۳۹۶ و ۴۵۴).

بنابراین همان گونه که ممکن است احکام، تابع مصلحت و مفسده موجود در متعلق خود باشند، ممکن است تابع مصلحت و مفسده در غیر متعلق نیز باشند؛ و به عبارتی، حامل ملاک حکم شرعی منحصرأ متعلق آن نیست و ممکن است امور دیگری نیز حامل ملاک بوده، خداوند متعال به دلیل وجود ملاکات، در آن ها احکامی را جعل کند. البته می توان ادعا کرد که بیش تر احکام، تابع مصالح و مفاسد موجود در متعلق خود هستند. در پایان نیز می توان فوایدی برای جعل احکام تابع ملاکات در غیر متعلق، برشمرد؛ از جمله:

۱. فایده چنین جعلی، مشخص شدن بندگان مطیع و منقاد از دیگران، برای ثواب و عقاب است (مروج، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۵۶۷)؛ چنان که برخی روایات بیان شده ذیل اوامر امتحانی، این مضمون را ثابت می کند.
۲. اتمام حجت بر بندگان و قطع عذر ایشان از دیگر فواید وجود چنین احکامی می تواند باشد (مروج، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۵۶۷)؛ مانند وجود احکام ظاهری.
۳. بازدارندگی برخی از این احکام. گاهی نفس جعل برخی احکام، عامل بازدارندگی است؛ هر چند ممکن است در متعلق آن هیچ مصلحتی نباشد، بلکه بر عکس، دارای مفسده نیز باشد. مثلاً ممکن است گفته شود حد سرقت از جمله این احکام است؛ چراکه موجب می شود شخص سالمی به ناقص العضوی که سر بار جامعه است، تبدیل شود و این مسأله ای دارای مفسده است؛ یعنی چنین متعلقی، دارای مفسده است. اما وجود چنین حکمی در قوانین اسلامی، خود عاملی بازدارنده است که موجب می شود افراد با توجه به عقوبت آن، دزدی نکنند و این مسأله باعث ایجاد امنیت اجتماعی می شود. در چنین مواردی، مشاهده می شود که نفس وجود حکم و جعل چنین قوانینی، مصلحت دارد.

۱. در پاورقی کتاب که نظریات و حاشیه‌های آیت‌الله خوبی است به این مطلب اشاره شده است.
۲. مؤید این مطلب، کلام محقق خراسانی است. وی به این مطلب تصریح می‌کند که قائلان قول دوم، قبول دارند که ممکن است مصلحت در متعلق حکم باشد، آن‌جا که می‌گوید: «بل من ذهب إلی ما علیه غیر المشهور، لإحتمال أن یکون الداعی إلی الأمر و مصلحته علی هذا المذهب أيضاً هو ما فی الواجبات من المصلحة و کونها ألطافاً، فافهم» (خراسانی، ۱۴۲۵، ص ۴۱۴). از این کلام وی، به خوبی روشن می‌شود که این عده، مصالح و مفاسد را به نفس حکم، منحصر نمی‌دانند، بلکه ممکن است مصلحت، در فعل واجب باشد.
۳. در واقع گاهی خود وجود یک قانون مصلحت دارد و عاملی بازدارنده محسوب می‌شود؛ هر چند که در متعلق آن، مصلحتی وجود نداشته باشد بلکه حتی ممکن است در متعلق، مفسده‌ای نیز به نظر آید. اما با توجه به این که مصلحت موجود در تشریح قانون، اقوا و غالب است، قانون‌گذار و شارع آن قانون را جعل می‌کند. مانند حدود تعیین شده در شریعت و قانون که بنا بر برخی نظرها، مصلحت در وجود چنین قانونی است و الا ممکن است بگوییم در قطع دست سارق مثلاً مصلحتی نباشد بلکه مفسده نیز داشته باشد؛ چرا که موجب می‌شود یک نیروی ناکارآمد به افراد جامعه افزوده شود. اما بازدارندگی قانون حد سرقت، خود مصلحتی اقوا است که موجب جعل چنین قانونی شده است.
۴. ای کسانی که ایمان آورده‌اید! شراب و قمار و بت‌ها و ازلام [نوعی بخت‌آزمایی] پلید و از عمل شیطان است، از آن‌ها دوری کنید تا رستگار شوید* شیطان می‌خواهد با شراب و قمار، در میان شما عداوت و کینه ایجاد کند، و شما را از یاد خدا و از نماز بازدارد؛ آیا (با این همه زیان و فساد، و با این نهی اکید) خودداری خواهید کرد؟!
 ۵. نماز (انسان را) از زشتی‌ها و گناه بازمی‌دارد.
 ۶. ای افرادی که ایمان آورده‌اید! روزه بر شما نوشته شده است، همان‌گونه که بر افراد پیش از شما نوشته شد، تا پرهیزکار شوید.
 ۷. از اموال آن‌ها صدقه‌ای (به عنوان زکات) بگیر، تا با آن، آن‌ها را پاک سازی و پرورش دهی.
 ۸. یادآور شده‌ای که برخی از اهل قبله معتقدند خداوند تنها به دلیل «تعبد» اموری را حلال و اموری را حرام ساخته است؛ در صورتی که هر کس این را بگوید، گمراه و زیانکار است؛ اگر چنین بود، این امکان هم وجود داشت که خداوند بندگان را به عکس آنچه اکنون امر فرموده، متعبد کند؛ مثلاً آن‌ها را به ترک نماز و روزه و اعمال نیک و... متعبد سازد... ما چنین یافتیم؛ هر چه را خداوند حلال

- کرده است پس مصلحت مردم و بقای آنان بدان بستگی دارد و مردم به آن‌ها نیازمندند؛ و هر چه را حرام کرده، فساد مردم و هلاکتشان در آن است و مردم از آن‌ها بی‌نیازی است. از سوی دیگر، ما می‌بینیم که خداوند تبارک و تعالی بعضی از محرمات را موقعی که مردم بدان نیازمندند، بر اساس مصلحت، حلال کرده است، نظیر حلال بودن خوردن میته، خون و گوشت خوک در صورتی که بدان مضطر شوند، زیرا در آن وقت، صلاح و حفظ و نجات از مرگ، به آن‌ها بستگی دارد.
۹. ما، آن قبله‌ای را که قبلاً بر آن بودی، تنها برای این قرار دادیم که افرادی که از پیامبر پیروی می‌کنند، از آن‌ها که به جاهلیت بازمی‌گردند، مشخص شوند.
۱۰. ای کسانی که ایمان آورده‌اید! خداوند شما را به چیزی از شکار که (به نزدیکی شما می‌آید، به گونه‌ای که) دست‌ها و نیزه‌هایتان به آن می‌رسد، می‌آزماید، تا معلوم شود چه کسی با ایمان به غیب، از خدا می‌ترسد.
۱۱. هر چه را خداوند بسته و از آن نهی فرموده، یا گشوده و به آن امر کرده است، در آن، امتحان و حکم الاهی است.
۱۲. پس از آن ما را (به رفتار طبق احکام خود) فرمان داده تا طاعت و پیرویمان را بیازماید و نهی نموده تا شکر و سپاس گزاریمان را آزمایش نماید (فیض الاسلام، ترجمه و شرح صحیفه سجاده، ص ۳۷).
۱۳. مانند نماز که ضد ازاله نجاست است؛ حال اگر شخصی به جای ازاله، نماز بخواند، چنین نمازی صحیح است یا باطل؟
۱۴. به نظر می‌رسد این سخن تنها بنا بر مبنای پذیرش حق تشریح برای ائمه (ع) صحیح باشد.
۱۵. بر این مطلب، این عبارات نیز دلالت دارد:
- «و اما الترجیح فی الفرد مع وجود المصلحة فی النوع من دون مرجح فی خصوص ذلک الفرد فهو لیس تقبیح» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۷)؛
- «لا قبح فیہ فضلاً عن الاستحالة إذا کان هناك مرجح لاختیار طبیعی الفعل مع فقد الترجیح بین أفراد و مصادیق» (فیاضی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۳)؛
- «ان وجود المرجح لاختیار طبیعی الفعل کاف و ان کانت افراده متساویة من دون ان یکون لبعضها مرجح بالاضافة إلى بعضها الآخر» (فیاضی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۸-۴۷).

۱. قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
۲. ابن بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق) (۱۳۸۵ ش)، علل الشرائع، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۹)، فرائد الأصول، انتشارات محبین، چاپ اول.
۴. بروجردی، محمدتقی (۱۴۱۷)، نه‌ایة الأفكار (تقریرات درس اصول محقق عراقی)، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم.
۵. تبریزی، میرزا فتاح شهیدی (۱۳۷۵ ق)، حاشیة علی رسالہ فی العدالہ، تبریز، چاپخانه اطلاعات، چاپ اول.
۶. جرقویئی، محمدرضا حسین‌آبادی (۱۴۲۳ ق)، رسالہ فی المعاملہ و الاختلاف بین المتعاقدين، مؤسسہ میثم تمار، چاپ اول.
۷. حائری، سیدکاظم (۱۴۰۸ ق)، مباحث الأصول (تقریرات درس خارج آیت الله شهید صدر)، ناشر مقرر، چاپ اول.
۸. حکیم، سید عبدالصاحب (۱۴۱۳ ق)، منتقى الأصول (تقریرات درس خارج آیت الله محمدحسین روحانی)، چاپخانه امیر، چاپ اول.
۹. خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۰ ق)، درر الفوائد، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۰. _____ (۱۴۲۵ ق)، کفایة الأصول، مؤسسہ النشر الإسلامی، چاپ نهم.
۱۱. خوبی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق)، أجود التقریرات (تقریرات درس محقق نائینی)، مؤسسہ مطبوعات دینی، چاپ دوم.
۱۲. سبحانی، جعفر (بی تا)، الاعتصام بالکتاب و السنة، قم، چاپ اول.
۱۳. شاکری، بلال (۱۳۹۱ ش)، لزوم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، فصلنامه تخصصی پژوهش‌های اصولی، شماره ۱۴.
۱۴. شهرستانی، سیدمحمدحسین (بی تا)، غایة المسئول و نه‌ایة المأمول فی علم الأصول (تقریرات درس خارج ملا محمدحسین اردکانی)، مؤسسہ آل البيت.
۱۵. عاملی، حسین بن عبد الصمد (بی تا)، العقد الحسينی - الرسالة الوسواسیة، به تحقیق

- و تصحیح سیدجواد مدرسی یزدی، یزد، چاپخانه گلبهار، چاپ اول.
۱۶. عراقی، ضیاءالدين (۱۴۱۴ ق)، مقالات الأصول، مجمع الفكر الإسلامی، چاپ اول.
۱۷. علی بن الحسين عليه السلام (۱۳۷۶ ش)، الصحيفة السجادية، قم، دفتر نشر الهادی، چاپ اول.
۱۸. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴ ش)، تبعیت یا عدم تبعیت احکام از مصالح و مفسد واقعی، فصلنامه تخصصی فقه و حقوق، شماره ۶.
۱۹. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۱)، فقه و عقل، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
۲۰. غروی، میرزاعلی (۱۴۱۸ ق)، التنقیح فی شرح العروة الوثقی (تقریرات درس خارج آیت الله خویی)، قم، چاپ اول.
۲۱. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷۴)، نهاية الدراية فی شرح الکفاية، انتشارات سیدالشهداء، چاپ اول.
۲۲. فیاضی، محمداسحاق (۱۴۱۷ ق)، محاضرات فی أصول الفقه (تقریرات درس خارج آیت الله خویی)، انتشارات انصاریان.
۲۳. فیض الاسلام اصفهانی، علی نقی (بی تا)، ترجمه و شرح صحیفه سجادیه، تحقیق و تصحیح عبدالرحیم افشاری زنجانی، تهران، انتشارات فقیه، چاپ دوم.
۲۴. کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۰۹ ق)، فوائد الأصول (تقریرات درس خارج اصول محقق نائینی)، تحقیق رحمة الله رحمتی اراکی، جامعه مدرسین، چاپ اول.
۲۵. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۲۹ ق)، الکافی، قم، دارالحدیث، چاپ اول.
۲۶. لاریجانی، صادق (۱۳۷۶ ش)، حسن و قبح عقلی و قاعده ملازمه، نشریه نقد و نظر، شماره ۱ و ۲.
۲۷. مروج، محمدجعفر (۱۴۰۹ ق)، منتهی الدراية فی توضیح الکفاية، مطبعة امیر.
۲۸. منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ ق)، نهاية الأصول (تقریرات درس آیت الله بروجردی)،

- ۲۹ . موسوی ، سیدحسن (بی تا) ، منتهی الأصول ، نشر بصیرتی .
- ۳۰ . موسوی خمینی ، روح الله (۱۴۱۵ ق) ، أنوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة ، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ، چاپ دوم .
- ۳۱ . میرعمادی ، سید احمد : (۱۳۸۷ ش) ، ائمه علیهم السلام و علم اصول ، قم ، بوستان کتاب ، چاپ دوم .
- ۳۲ . واعظ الحسینی بهسودی ، محمد سرور (۱۳۸۶ ق) ، مصباح الأصول (تقریرات درس خارج آیت الله خویی) ، مطبعة النجف .
- ۳۳ . هاشمی حسینی ، سید محمود (۱۴۱۷ ق) ، بحوث فی علم الأصول (تقریرات درس خارج آیت الله شهید صدر) ، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی ، چاپ سوم .
- ۳۴ . هاشمی شاهرودی ، علی (بی تا) ، دراسات فی علم الأصول (تقریرات درس خارج آیت الله خویی) ، دایرة المعارف فقه .

خاستگاه هرمنوتیکی دانش فقه

و دیگر نظام‌های معرفتی مواجهه با نصوص*

عبدالمجید مبلغی**

چکیده

تبارشناسی معرفتی خاستگاه فقه، ما را به سمت بررسی جهان‌های مواجهه تفسیری و هرمنوتیکی با نصوص سوق می‌دهد. از منظر دانش هرمنوتیک، می‌توان از چهار نحوه مواجهه تفسیری با نص، سخن گفت. مواجهه نخست، مواجهه تفسیری تاریخی - زبان‌شناختی با نص است؛ مواجهه‌ای که از یک سو به توانایی‌های تحلیل زبان‌شناسی قدیم و کلاسیک در پرده‌گشایی از مغلفات و مبهمات متن، متکی است؛ و از سوی دیگر، فهم متن را در گرو رجوع پیوسته به مفسران طراز نخست آن و مفسران مفسران طراز نخست آن، و تداوم این مسیر تا امروز می‌داند. این مواجهه، خاستگاه دانش فقه است. مبنای معرفتی حاکم بر چنین درکی از فقه، آن است که از یک سو، نص در همه سطوح، شفاف نیست و در کنار محکاماتش، متشابهاست و همراه با مبیناتش، مجملاتی دارد؛ و از سوی دیگر، تنها با مراجعه به سلسله مراتب تفسیری و سنت معتبر برآمده از آن ذیل اعمال مهارت‌های زبان‌شناسی کلاسیک می‌توان به بازشناسی سره از ناسره در میان انبوه اطلاعاتی پرداخت که دست اندرکار عمل تفسیر

* تاریخ دریافت ۹۲/۷/۲۰؛ تاریخ پذیرش ۹۲/۸/۲۰.
** استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

متن هستند؛ و بدین ترتیب فهمی معتبر از متن به دست آورد.

سه مواجهه دیگر تفسیری با نص، متن-گواه، تاریخی-انتقادی و متن-واکنشی، هستند؛ که به ترتیب، خاستگاه نگاه‌های بنیادگرایانه؛ فهم مدرن و علمی از متن؛ و در نهایت، درک پست مدرن و متکی بر عمل گفتاری می‌باشند.

نوشتار پیش رو به توضیح این چهار «عقلانیت» در مواجهه با نص و تقریر موضع فقه در قبال آن‌ها می‌پردازد؛ که خود محصول مواجهه نخست است.

کلیدواژه‌ها

فقه، امکان معرفتی، نص، هرمنوتیک، مواجهه تفسیری، متن مقدس.

مقدمه

این نوشتار به بررسی خاستگاه هرمنوتیکی دانش فقه می‌پردازد؛ و شامل یک مقدمه، چند بخش اصلی، یک نتیجه‌گیری است.

در مقدمه برای ایضاح هر چه بهتر موضوع، به سه مبحث «معنای مطالعه خاستگاه هرمنوتیکی دانش فقه»، «ضرورت مطالعه هرمنوتیکی خاستگاه فقه» و «تنوع جهان‌های مراجعه هرمنوتیکی به نص» پرداخته ایم.

معنای مطالعه خاستگاه هرمنوتیکی دانش فقه

فقه مهم‌ترین دست‌آورد علمی تمدن اسلامی است. گزاف نیست اگر ادعا کنیم که بخش مهمی از توان و استعداد مسلمانان در طول تاریخ، صرف توسعه و مطالعه این دانش مهم و تاریخ‌ساز گردیده است. حاصل تلاش‌هایی از این دست، در قالب «دانش فقه» به ما رسیده است.

مطالعه تاریخ فقه، هم ضروری و هم خطیر است؛ چنین مطالعه‌ای الزاماتی دارد که توجه به آن دقت پژوهشگر را در انجام این امر مهم، افزایش می‌دهد و درکی ژرف‌تر از چندوچون توسعه تاریخی آن را برای وی فراهم می‌آورد. از جمله الزامات مشعر بر مطالعه تاریخی فقه، فهم و توضیح بستر تولد و توسعه این دانش است؛ به بیان دیگر، یکی از پیش‌نیازها در بررسی تاریخی فقه، پژوهش در زمینه‌های معرفتی شکل‌گیری و بستر معرفتی توسعه این دانش است؛ پژوهشی که هم درک معرفت‌شناختی ما را از وضعیتی که به

تولد فقه انجامید، غنا می‌بخشد؛ و هم شناخت ما را از نحوه تکامل و گسترش این دانش در تاریخ، گسترش می‌دهد.

در انجام این امر ملاحظه‌ای مهم در کار است که باید آن را در نظر گرفت: ماهیت ویژه فقه، سبب می‌شود که مطالعه خاستگاه و بستر معرفت‌شناختی آن با دیگر دانش‌های برآمده در افق تمدن اسلامی، تفاوتی جدی داشته باشد. فقه با «زبان» ارتباطی قطعی و مشخص دارد؛ این دانش در پی مراجعه به «نص» پدید آمده است. همین مسأله ما را با مقوله هرمنوتیک در مطالعه خاستگاه فقه مرتبط می‌نماید. هرمنوتیک، آن گونه که در تعریفی معروف و مقبول و چه بسا اجماعی گفته شده، «نظریه یا فلسفه تفسیر معنا» است (Bleicher, 1980:1)؛ به همین دلیل در مطالعه خاستگاه فقه از منظر دانش هرمنوتیک، ما این فرصت را می‌یابیم که به بررسی منطق تفسیری فعال در فقه پردازیم.

هدف ما در این جا بررسی معرفت‌شناختی خاستگاه هرمنوتیکی فقه است. این هدف ما را به مطالعه چندوچون مراجعه فقیهان به نص از منظر هرمنوتیک سوق می‌دهد. به عبارت دیگر، از آن جا که دانش فقه در پی مراجعه به نص شکل گرفته و در مواجهه‌ای تفسیری در دل تاریخ با منصوصات ریشه دارد، در این نوشتار می‌کوشیم با مددگیری از دانش هرمنوتیک، به شناسایی آن ذهنیت و عقلانیتی پردازیم که بر نحوه مراجعه به منصوصات در فقه، حکمفرما بوده است.

ضرورت مطالعه هرمنوتیکی خاستگاه فقه

اهمیت انجام چنین مطالعه‌ای، در آن است که امید می‌رود به تعمیق درک ما از حدود و ثغور معرفتی دانش فقه، کمک رساند و بستر تفسیری مؤثری در تولد آن را مشخص می‌سازد. چنین مطالعه‌ای همچنین نگاه ما را به مسیر تحول و نحوه تطور این دانش، در فراز و فرود تاریخ، بُعدی تازه می‌بخشد و فرصتی تازه پیش رویمان می‌گشاید که به فهم و شناسایی سرشت تحولات تاریخی‌ای که بر این دانش گذشته است، دریابیم؛ تحولاتی که به اقتضای اهمیت مقوله تفسیر نصوص در این دانش، با توجه به رویکردهای ویژه هرمنوتیکی (همچون اعتباریابی، اعتبارزدایی، کانونی شدن، حاشیه‌ای شدن، هژمونیک گردیدن و مطرود گردیدن برخی از تفاسیر، یا جریان‌های تاریخی تفسیری، در قبال برخی دیگر) می‌توان آن‌ها را توضیح داد.

تنوع جهان‌های مراجعه‌هرمنوتیکی به نص

پیش از ورود به مباحث اصلی، لازم است تا نکته مهم دیگری را در مقدمه یادآور شویم. در فقه به مواجهه تفسیری ویژه‌ای با نص می‌پردازیم؛ چه آن که هر مواجهه‌ای با نص، به دانش فقه - آن گونه که آن را از رهگذر تطور تاریخی اش می‌شناسیم - منجر نمی‌شود. به دیگر بیان، دانش فقه حاصل نحوه تاریخی مشخصی از رویکرد به متن در مسیر تاریخ است. از این رو، فقه، هم در نقطه زایش نخستین خود در مختصات مکانی و زمانی ویژه‌ای، در عرصه امکان‌های معرفتی ناشی از مواجهه هرمنوتیکی با نص، ظهور یافته است؛ و هم در استمرار و تطور تاریخی خویش، خط سیر مشخصی را بر بستر امکان‌های ناشی از نحوه خاصی از مراجعه هرمنوتیکی به نص، پیموده است.

در مطالعه‌ای هرمنوتیکی از خاستگاه فقه، باید پی‌جویی چندوچون شکل‌گیری تفسیر فقهی از نصوص باشیم. به عبارت دیگر، برای توضیح خاستگاه فقه از منظری هرمنوتیکی، باید به سنخ‌شناسی هرمنوتیکی جهان‌های مواجهه با نصوص (متون مقدس) پردازیم و سطوح تفسیری حاصل از مراجعه به متون مقدس را توضیح دهیم. چنین رویکردی به فقه، نشان می‌دهد که هر مراجعه‌ای به نص، به تولید گزاره‌های فقهی و دانش فقه، منجر نمی‌گردد.

در واقع، مطالعه هرمنوتیکی جهان‌های مراجعه به نص، نشان می‌دهد که دست‌کم از چهار منطق تفسیری در مواجهه با نص می‌توان یاد کرد: گاهی نص را از دهلیز تاریخ درونی آن می‌نگریم؛ زمانی، مراجعه‌ای مستقیم به آن را هدف قرار می‌دهیم؛ در نگاه تاریخی به متن، گاه آن را از دهلیز تفاسیر درون‌دینی محیط اطراف می‌نگریم؛ و بار دیگر، از منظر تحلیل برون‌دینی و انتقادی - تاریخی آن را مطالعه می‌کنیم. در مراجعه‌ای فارغ از لحاظ تاریخ نیز می‌توان با هدف دریافت معنای نخستین متن، به آن مراجعه کنیم؛ و ممکن است با هدف برقراری مکالمه‌ای معاصر و انکشافی، آن گونه که هرمنوتیسین‌های هستی‌شناس می‌گویند، به آن رجوع کنیم.

حاصل آن که می‌توان از چهار جهان متفاوت در مراجعه تفسیری به نص یاد کرد: مواجهه تفسیری تاریخی - زبان‌شناختی؛^۱ مواجهه تفسیری متن - گواه؛^۲ مواجهه تفسیری انتقادی - تاریخی؛^۳ و در نهایت، مواجهه تفسیری مخاطب - واکنشی.^۴

مراجعه به نص بر اساس رویکرد اول، خاستگاه دانش فقه است؛ همچنان که مراجعه

بر اساس رویکرد دوم، خاستگاه برداشت‌های بنیادگرا از اسلام می‌باشد؛ مراجعه نوع سوم به نص نیز حاصل درکی معاصر از جایگاه عقل مدرن است، و به پژوهشی از جنس «مطالعات دین»^۵ ختم می‌شود و به متن‌شناسی مدرن می‌انجامد؛ و نوع چهارم نیز دریافتی از متن را در پی دارد که چه بسا در بهترین تقریر بتوان آن را از جنس شناخت‌های «هرمنوتیک هستی‌شناسانه»^۶ ارزیابی کرد. تنها مراجعه نوع اول به فقه می‌انجامد و زمینه‌های معرفتی لازم برای گسترش این دانش را فراهم می‌آورد و سه نحوه بعدی، چنین قابلیت ندارند.

همین جا باید یادآور شویم که این تنوع حاکم بر جهان‌های مراجعه تفسیری به نصوص دینی خود ریشه در مسأله‌ای معرفت‌شناختی دارد و تابعی از انتظار معرفت‌شناسانه ما از چنین مراجعه‌ای است و از پی رویکردی پیشینی به «متن» ظاهر می‌شود که امکانات، محتملات و مقدرات هر سنخ از مراجعه را مقرر می‌سازند؛ (Kennard, 1999). به بیان دیگر، مواجهه تفسیری ما با متن، محصول زیست-جهان^۷ معرفت‌شناختی‌ای است که در آن به سر می‌بریم و فارغ از زمان و مکان رخ نمی‌دهد (Helder, 2011: 11-12).

این ملاحظه هرمنوتیکی، نتیجه‌ای منطقی دارد که آگاهی ما را از مطالعه خاستگاه هرمنوتیکی دانش فقه گسترش می‌دهد: نگاه به متن در جهان قدیم، در فضای معرفتی جهان قدیم محقق شده است و متناسب با سطوح و جنبه‌های آن، بسط یافته است؛ همچنان که چنین مواجهه‌ای در جهان جدید، مستعد گسترش در سپهر معرفت‌شناسانه‌ای از سنخ اقتضائات و انتظارات چنین جهانی است و با امکانات معرفتی^۸ معاصر، سازگاری دارد. علت این قضاوت، آن است که فقه از جنس دانش قدیم است و به این ترتیب، «ویژگی‌های نشانه‌شناسانه»^۹ دانشی قدیمی را می‌توان از آن متوقع بود. واضح است که چنین موقعیتی، این دانش را از ایفای کارویژه‌های به روز شونده و پاسخ‌گویی به امور مستحدثه، در حوزه اقتدار دانایی خود، باز نمی‌دارد.

با لحاظ آنچه در مقدمه آمد، می‌توان منطق حاکم بر تقسیم‌بندی مطالب نوشتار را دریافت.

چهار بخش و یک نتیجه‌گیری در این نوشتار وجود دارد. بخش نخست، به توضیح خاستگاه هرمنوتیکی دانش فقه اختصاص دارد. پس از آن، چون شناسایی شیوه رودرویی فقیهان با متون مقدس (نوع اول مراجعه به نص) در گرو شناسایی و تحلیل نظریات رقیب

(نوع دوم، سوم و چهارم مواجهه تفسیری با متون مقدس) است، سه جهان غیرفقهی مواجهه با نص نیز توضیح داده شده‌اند. تلاش نویسنده بر آن است که از رهگذر تبیینی از این دست، خاستگاه هرمنوتیکی منجر به زایش و گسترش دانش فقه را دقیق‌تر بررسی کند. پس از این چهار بخش، در بخش نتیجه‌گیری، نقد فقهی سه رویکرد غیرفقهی آمده است.

یکم: مواجهه تفسیری تاریخی - زبان شناختی (خاستگاه دانش فقه)

اصلی‌ترین دستاورد تاریخی مواجهه تاریخی - زبان شناختی با متن (نص) در جهان اسلام، زایش اولیه و گسترش مداوم دانش فقه بوده است؛ البته این به آن معنا نیست که هر نوع مواجهه تاریخی - زبان شناختی با نصوص یا متون مقدس در جهان اسلام، به فقه، به مثابه آن عقلانیت تاریخی‌ای که می‌شناسیم، انجامیده باشد؛ بلکه به این معنا است که چنین مواجهه‌ای در تاریخ اسلام به چنان دستاوردی ختم شده است و میراث مهمی از آن دست، از پی آن، فراهم آمده است.

مراجعه تفسیری تاریخی - زبان شناختی به نص را - چنان که از عنوان آن مشخص است - با شناسایی دو ویژگی مرکزی می‌توان بازشناخت: تاریخ و زبان شناسی. این دو ویژگی، پرده از منطق هرمنوتیکی ویژه‌ای برمی‌کشند که چندوچون فرایند مراجعه به نص را در این رویکرد تفسیری، مشخص می‌سازد. این دو ویژگی را توضیح می‌دهیم:

رویکرد ویژه تاریخی

مواجهه تاریخی - زبان شناختی با نص، اقتدار تفسیری بی‌مانندی را برای زنجیره‌ای تاریخی از مفسران متن فراهم می‌آورد؛ اعتباری که کنترل ویژه‌ای را بر جریان‌های اعتباربخش به معانی ممکن و محتمل از متن، سبب می‌شود. این اقتدار، دست‌کم در دو حوزه قابل توضیح است:

- هژمونی هرم اقتدار مفسران طراز نخست: مواجهه تاریخی - زبان شناختی با نص مرکزی، نوعی اولویت تفسیری را برای کسانی به بار می‌آورد که از قرابت اعتباری با آن برخوردارند؛ به عنوان نمونه، تفاسیر نبی مکرم اسلام (ص) و امامان (ع) از نص قرآن، مطابق اندیشه شیعی، بر دیگر تفاسیر محتمل از متن، کاملاً ترجیح دارد؛ و از این رو، از اقتدار هرمنوتیکی بی‌بدیلی در توضیح چندوچون معانی متصور برای نص، برخوردار است.

- هژمونی هرم اقتدار تفاسیر تاریخی: اگر در مفسران طراز نخست، با نوعی مواجهه تفسیری کمابیش مستقیم، با متن روبه‌رو هستیم، پس از ایشان مفسران، برای دستیابی به تفسیری از متن، در بیش‌تر مواقع، به جای رجوع به متن، به تفاسیر معتبری مراجعه می‌کند که مفسران طراز نخست طبقه اول (مثلاً پیامبر (ص) و امامان (ع) در اندیشه شیعی) به دست داده‌اند. این رویکرد در مراتب بعدی، باز تکرار می‌شود؛ با این تفاوت که در این فرایند، هر بار تفسیرهای قبلی، بخشی تازه از میراث قدیمی تفسیری و صاحب اقتداری نسبی می‌شوند. به این ترتیب، این بخت را می‌یابند که در مسیر توضیح و توشیح تفاسیر مرکزی‌تر، موضوع زنجیره‌ای از تفاسیری تازه‌تر شوند و بخشی از همان جریان پیوسته تفسیری شوند که در وهله نخست برای تفسیر آن، شکل گرفته بودند. حاصل آن که ما با جریان پیوسته‌ای از تفاسیر انباشت شده بر یکدیگر روبه‌رو می‌شویم که از طبقات پایین‌تر و تازه‌تر می‌آغازد و تا طبقات بالاتر و قدیمی‌تر تداوم می‌یابد. این مکانیزم اعتباری به شیوه‌ای مویرگی در سراسر اپیستمه یا همان نظام دانایی فقه، گسترش می‌یابد و از نسلی به نسلی دیگر، و از سطحی به سطح دیگر در هر دوره و برهه‌ای، تداوم می‌یابد. این سازوکار فراتر از اعتبار مفسران، اعتباری تاریخی نیز برای جریان‌هایی ویژه در دل تاریخ فراهم می‌آورد و به نوعی برخی جریان‌ها را در موقعیت فراز و برخی دیگر را در موقعیت فرود می‌نشانند. حاصل آن که نوعی تقدس ساختاری برای برخی از جریان‌ها و تفاسیر شکل می‌گیرد؛ در حالی که چنین جایگاهی برای برخی دیگر فراهم نمی‌آید. به عبارت دیگر، مکانیزم‌های اقتداربخشی و اعتبارآفرینی، جریان‌های مختلف تفسیری را نسبت به نص، شکل می‌دهند و آرایش‌های مختلف هژمونیک را در قبال آن‌ها ایجاد می‌کنند.

رویکرد ویژه زبان شناختی

ویژگی دوم مواجهه تاریخی- زبان شناختی با نص یا متن مقدس، اعتقاد به زبان به مثابه یک واسطه ذاتاً قابل اعتماد،^{۱۰} (Vanhouzer, 2009)، اما در معرض لغزش و خطای دائمی در مرحله انتقال معنا است. چنین نگاهی بر پایه درکی ویژه از مقوله زبان شکل گرفته است که ریشه‌های آن را باید در آگاهی‌های «زبان‌شناسی قدیم»^{۱۱} سراغ گرفت. رویکردی از این دست به زبان، در دل دانش‌های کلاسیکی نظیر «صرف و نحو» عربی در میان مسلمانان، و تحلیل‌های قرون وسطایی «علم اللغات»^{۱۲} لاتین در میان مسیحیان،

(Amsler, 1989: 17-95) حضوری پررنگ دارد. این رویکرد کلاسیک و قدیمی زبان‌شناسانه با عنوان «نحوه درک» آگوستین از زبان نیز شناخته می‌شود؛ درکی که بر پایه آن واژه‌ها، دال^{۱۳} بر معانی هستند و به مثابه «نشانه‌های مفروض»^{۱۴} ما را به معنا^{۱۵} می‌رسانند (Russell, 2013)؛ هرچند ممکن است در انجام این مهم، در مرحله انتقال از دال به مدلول، مشکلاتی همچون تحریف یا تعمیم نادرست پیش آید؛ چنان‌که ممکن است انجام این مهم (انتقال مقصود ماتن به مخاطب) به دلایل زبان‌شناختی متعدد، نظیر مجمل بودن کلام یا عدم آگاهی از قرائن زبانی یا مقامی و...، کاملاً یا تا حدی، میسر نگردد. چنین درک کلاسیکی از زبان، به معنای تعیین سرشتی ویژه برای زبان دین نیست. در واقع، مطابق زبان‌شناسی کلاسیک، مشکلاتی از این دست در مرحله انتقال معنا هم برای متن دینی و هم برای متن غیردینی متصور است. هم از این رو، این‌که فقیهان پس از قبول حجیت ظواهر، به کشف ظهورات کلمات شارع پرداخته‌اند، نشان می‌دهد که برای ایشان - به ویژه آن‌گاه که دین در موقعیت بیان احکام و تشریح است - زبان دین، زبانی عرفی و عقلایی است (سلمانپور، ۱۳۸۱، ص ۵۰).

دانش معاصر زبان‌شناسی، که به گونه‌ای ساختاری، رویکرد به مقوله زبان را متفاوت کرده، ما را بر خلاف پیشینیان، در موقعیت تاریخی ویژه‌ای برای تحلیل درک زبان‌شناختی قدیم از چندوچون مراجعه به نص قرار می‌دهد. از منظر چنین آگاهی‌ای می‌توان گفت که دو ویژگی اصلی رویکرد زبان‌شناختی مستتر در مواجهه تاریخی - زبان‌شناختی از قرار زیر است:

- باور به زبان به مثابه واسطه‌ای در انتقال معنا که بی‌طرف و در انتقال غرض مؤلف یا ماتن، قابل اتکاء است؛ اما دائماً در معرض ابهام، ابهام و نارسایی در انجام وظیفه خود می‌باشد. از این رو، پیوسته لازم است تا مهارت‌های شناختی و دانشی زبان‌شناسانه دقیقی برای کدگشایی از پیچیدگی‌ها و مبهمات آن تولید گردد و به کار گرفته شود.

- درک امر زبانی وحی، یا متن و نص مقدس مرکزی، به مثابه موقعیتی منشوری و چندسطحی که در برخی سطوح و جنبه‌ها غیر شفاف یا کمتر شفاف است؛ اما در نهایت، تصویری کامل، تام و تمام از مطلوب‌ترین وجه و جاودانه‌ترین حالت زندگی به دست می‌دهد؛ تصویری که آن را در قالب زبان‌شناختی ویژه خود، به صورت فشرده و در سطوح مختلف عرضه کرده است. نکته قابل توجه آن‌که وابستگی به دانش کلاسیک صرف و

نحو، نه تنها در توضیح چندو چون فهم فقیهان از منطق مراجعه به متن یا نص مقدس - آن گونه که توضیح دادیم - به جد مؤثر واقع شده؛ بلکه در سطحی دیگر، در تولید جریان‌های پیوسته بحث و نظر در طول تاریخ فقه نیز کارکردی حیاتی یافته و بستر مستعدی را برای ایجاد تاریخ پررونقی از مباحثه و مناظره پیش روی فقیهان گسترده است. به عبارت دیگر، وامداری فقه به زبان‌شناسی کلاسیک، هم در اهمیت آن در توضیح منطق مراجعه به تفاسیر نص، برای پرده‌گشایی از مبهمات و مجملات و متشابهات آن، دیده می‌شود؛ و هم در امکانی مشاهده می‌گردد که ذیل تحلیل دستاوردهای این دانش، پیش روی آفرینندگان آن گشوده است. ۱۶

تا این جا دو ویژگی اصلی مواجهه تاریخی - زبان‌شناختی به نص (رویکرد ویژه به تاریخ و زبان) را توضیح دادیم؛ اکنون، گامی پیش می‌نهیم و می‌کوشیم، ذیل مباحث عرضه شده، مکانیزم هرمنوتیکی منجر به تولید دانش فقه را در امتداد مواجهه‌ای از این دست با متن و نص مقدس، توضیح دهیم. می‌توان گفت که دانش فقه، مولد گسترش چرخه اعتباریابی پیوسته تفاسیر در فرایندی تاریخی - آن گونه که در توضیح ویژگی‌های نگاه تاریخی آن گفتیم - در فضای دانش نحو کلاسیک و فهم ویژه آن از زبان - آن سان که در ویژگی دوم توضیح دادیم - بوده است؛ توضیح بیش تر این که مثلاً در اندیشه شیعی، هژمونی اقتدار ناشی از تفسیر متن مقدس و نص به دست امامان (ع) به عنوان مفسران طراز نخست، در سطوحی به مفسران رده‌های پایین تر و دورتر منتقل شده است؛ با این حال این اقتدار در مراحل بعدی، دچار چرخشی هرمنوتیکی گردیده است و مکانیزم‌های تفسیری اعتبارآفرین در طبقات پایین تر از امامان معصوم (ع) بیش از آن که ذیل مراجعه به متن و نص مقدس مرکزی شکل بگیرد، در حاشیه تفاسیر برآمده از تفاسیر معتبرتر از متن، یا سنت نبوی (ص) و سنت امامان (ع)، شکل گرفته است. ساختار تفسیری برآمده از اعتبار مفسران طراز نخست، خود مولد چرخشی هرمنوتیکی در مکانیزم اعتباریابی جریان‌های تفسیری نسل‌های بعدی شده است. حاصل آن که، هر بار، نه لزوماً متن یا نص مقدس که تفاسیر معتبرتر از آن، و در گام‌های بعدی، تفاسیر معتبرتر از تفاسیر معتبرتر از آن، اعتبار یافته‌اند؛ و به این ترتیب، این منطق در بازتولید پیوسته خود، لایه‌های تازه و نوری از اعتبار را در تاریخ فراهم آورده است. وضعیتی از این دست، هم‌زمان با دور شدن از تفاسیر نخستین، انباشت جدی تر از تفاسیر به عمل آمده درباره نص را فراهم آورده است و

سبب شده نسل‌های متعدد تفسیری بعدی، با گفتمان‌های متنوع‌تر و طبقات مختلف، با نص نخستین مواجه گردند. به این ترتیب، پس از مدتی از دل «تفاسیر تاریخی»، «تاریخی از تفاسیر» سر بر آورده است و جریان اعتباربخشی به تفاسیر تاریخی، به ایجاد تاریخ تفاسیر معتبر منجر شده است؛ تاریخی که خود اقتداری هژمونیک در تعیین بخشی به معانی نصوص و تولید گفتمان‌های معنابخش پیرامون آن دارد و مرتباً سایه هژمونیک تفسیری آن‌ها بر امکان‌های تفسیری پیش روی نسل‌های جدیدتر، مستدام گردیده است. قابلیت‌های زبان کلاسیک - آن گونه که زبان‌شناسی کلاسیک می‌گوید - در شکل‌گیری این جریان پیوسته تفسیری، حیاتی و استراتژیک بوده است. در واقع، ذیل پذیرش درکی از این دست از زبان، بختی قطعی - هرچند گاه دیرپاب و پیچیده - برای راهیابی به معنای متن - که در قالب متون تفسیری متعدد با درجات اعتبار متفاوت تفسیر می‌شده - بوده است.

بالحاظ این دو ویژگی تاریخی و زبان‌شناختی می‌توان درکی تبارشناسانه از هویت معرفتی فقه به دست آورد:

دانش فقه حاصل بسط و گسترش زنجیره‌ای از تفاسیر در طبقات مختلف آن، مکانیزم‌های دستیابی به این تفاسیر در سطوح محتمل برای آن، رویه‌های کشف و ضبط تاریخی سنت‌های برآمده از آن، گفتمان‌های حامی و پرورش دهنده آن، مکانیزم‌های شناسایی سره از ناسره در آن، جر و بحث‌های علمی درباره منطق اعتبار درون و پیرامون آن، و زنجیره‌ای از مهارت‌های زبان‌شناختی مورد نیاز در مسیر گشودن رمز و رازها و تشخیص سطوح مختلف اعتبار در آن، بر اساس چنین مهارت‌هایی است.

به این ترتیب، می‌توان فقه را پاسخی ویژه و تاریخی دانست به مسأله مراجعه به نص و تفاسیر طراز نخست و هژمونیک به عمل آمده از آن، از دهلیز لایه‌های تفاسیر تاریخی که دارای درجات اعتبار متنوع و متعددند؛ پاسخی که بیانگر تدبیر تاریخی فقیهان برای عبور از مشکلات ساختاری در درک نص بوده است. این نگاه به فقه، ما را با چرخه‌ای از فرایندهای تفسیری و مهارت‌های دانشی پیرامون آن در طول تاریخ و افق زمان‌های مختلف روبه‌رو می‌کند که دلمشغول فهم و شناخت تکلیف از متن نصوص هستند.

با توجه به آنچه گفته شد، برخی از ویژگی‌های اصلی فقه را از منظر مکانیزم‌های معرفتی حاکم بر آن، مرور می‌کنیم.

مکانیزم های اعتباربخشی به تفاسیر در فقه

فقه از تفاسیر طراز نخست از نص و تفاسیر برآمده از آن‌ها، تولد یافته است؛ و به لحاظ تاریخی، ذیل توسعه و بسط چنین موقعیتی، به طور مرتب گسترش پیدا کرده است؛ گسترشی که از یک سو، با مشروعیت بخشی و قاعده سازی^{۱۷} (یا همان جریان رسمیت آفرینی گفتمانی) تفاسیر مرجع یا معتبرتر در ساختاری هرمی همراه بوده است، و از سوی دیگر، در درون خود، مولد جریان‌های طرد و حاشیه‌ای شدن پیوسته «تفاسیر نامعتبر» یا «کمتر معتبر» گردیده است. در فضایی از این دست، بستر پروتقی از بحث و مطالعه، پیش روی فقیهان گسترده است و عرصه‌های مطالعات فقهی در طول تاریخ، سرشار از مباحثه و مناظره گردیده است.

جایگاه هژمونیک حاملان دانش فقه

فقه بر پایه نظام‌های ویژه خود به تولید و طبقه‌بندی اطلاعات می‌پردازد. هنگامی که از دانش سخن می‌گوییم، در واقع پذیرفته‌ایم که دارندگان و حاملان این دانش (عالمان و فقیهان) از اقتداری ویژه برخوردارند. به این ترتیب، فرایندهای تفسیری ناشی از مراجعه به نص و متن مقدس به پیدایش علمی می‌انجامد که «عالمان» از آن حفاظت می‌کنند. نکته مهم آن که فقه نه تنها میان عالمان و غیرعالمان؛ بلکه در میان خود عالمان نیز جریان‌های اعتباربخش و اقتدارآفرین ایجاد می‌کند. حاصل آن که برخی عالمان در برخی ادوار، اعتباری افزون‌تر از دیگران می‌یابند؛ همچنان که در میان عالمان هم عصر نیز، با توجه به مکانیزم‌های اعتباربخش، تفاسیر برخی از آنان بر تفاسیر برخی دیگر و در نهایت، تفسیر عالمان برآمده از این نظام مواجهه تاریخی - زبان‌شناختی با نص متکی‌اند بر تفاسیر کسانی که خارج از این دایره هستند (و عامی نامیده می‌شوند) به شیوه‌ای فنی و قاعده‌مند، برتری می‌یابد؛ برتری‌ای که از منطق هرمنوتیکی غلبه یک تفسیر و حاشیه‌ای شدن تفاسیر دیگر در فقه، خبر می‌دهد.

تفکیک معرفتی میان نصوص و لایه‌های تفاسیر نصوص در فقه

فقه، ذیل مهارتی زبان‌شناختی و تجربه‌ای تاریخی، این قابلیت ویژه را یافت و در خود پرورد که جریان تولید حوزه‌های اقتدار را درون زبان فقهی سامان دهد و فاصله‌های

تفکیک‌گذارانه معنابخشی را میان سطوح مختلف نص، تفاسیر مرکزی نص، تفاسیر رده پایین‌تر از نص و تفاسیر تفاسیر نص در طبقات متعدد آن، استدلال‌های مفصل‌بندی گردیده^{۱۸} و پذیرفته شده، استدلال‌های نزاع‌آفرین^{۱۹} و محل مباحثه و مناظره، استدلال‌های حاشیه‌ای^{۲۰} اما مورد بازگویی و تکرار شونده، و در نهایت، دعای مطرود^{۲۱} قائل شود. در این میان مهم‌ترین تفکیک، میان دو عرصه اصلی متن و نص مرکزی و تفاسیر درجه نخست، از یک سو، و تفاسیر تاریخی از تفاسیر درجه نخست و سلسله تفاسیر پی در پی آن، از سوی دیگر، بوده است. اهمیت این تفکیک آن‌جا مشخص می‌شود که بدانیم بخش اصلی ادبیات فقهی محصول تأملات پردامنه‌ای است که در طول تاریخ این دانش و پس از مرحله آرایه نصوص مرکزی، عرضه گردیده‌اند، اما مبنای معرفت‌شناختی حاکم بر جریان تولید اعتبار در این دانش، این اقتضا را داشته است که نه این بخش‌ها، بلکه نصوص و متون مرکزی، اهمیتی بی‌بدیل یابند و حیطة معرفتی ویژه‌ای برای حفاظت از جایگاه آن‌ها ترسیم شود. در واقع، ما در فقه کمابیش با خطوط مرزی مشخصی میان نصوص و تفاسیر مرکزی آن، به ویژه در بالاترین طبقات و در اصلی‌ترین سرشاخه‌های خود - که در تفسیر نص صادر شده است - با دیگر تأملات فقهی روبه‌رو هستیم. این مرزبندی معرفتی - که جریان متفاوت اعتبار را در سوی خود نشان می‌دهد - در اهل سنت میان سنت پیامبر (ص)، سیره صحابه (به ویژه خلفای چهارگانه) و آرای بنیانگذاران مذاهب چهارگانه اصلی، از یک سو، و مفسران و شارحان تاریخی آن‌ها، از سوی دیگر، مشاهده می‌گردد؛ چنان‌که در اندیشه شیعی، به اقتضای اهمیت و موقعیت متفاوت نص صادر شده از طبقه نخست مفسران، چنین تفکیکی به شیوه‌ای جدی‌تر و دقیق‌تر میان سنت قولی و فعلی پیامبر (ص) و امامان (ع) با فقیهان ادوار و اطوار مختلف تاریخی، شکل گرفته است و اکنون قابل بازشناسی است.

دوم: مواجهه تفسیر متن - گواه با نص و متن مقدس (خاستگاه رویکرد بنیادگرایانه)

مواجهه تفسیری متن - گواه، بر خلاف مواجهه تفسیری تاریخی - زبان‌شناختی، از منظر سنت‌های تفسیری شکل گرفته در تاریخ، به متن نمی‌نگرد و در بند مراعات تاریخی تفاسیر در مسیر فهم متن نیست؛ بلکه سودای مواجهه‌ای کمابیش مستقیم را با آن در سر

دارد. پس زمینهٔ مراجعه‌ای از این دست به متن، درکی دو سویه از گذشته است:

- اعتقاد به وجود آرمان شهری مطلوب در نقطهٔ طلایی درخشش متن مقدس؛

- اعتقاد به خطا رفتن و دور شدن تاریخ از نقطهٔ مطلوب نص (شکل‌گیری تاریخی از خطاروی‌های پی در پی).

چنین مواجهه‌ای که فارغ از سنت‌های تفسیری تاریخی و هرم اقتدار ناشی از آن، به متن می‌نگرد، به جد مستعد تفسیر «تحت اللفظی متن»^{۲۲} است. تولید گزاره‌های بنیادگرایانه در فهم نص و دین، حاصل چنین نگرشی است؛ هم از این روی، چنین گرایشی به متن را باید خاستگاه بنیادگرایی^{۲۳} دانست.

نگاهی این گونه به متن، به رغم جستجوی آرمان شهر خود در نقطهٔ طلایی شکل‌گیری و درخشش متن در تاریخ، محصول دوران جدید است و با سنخ‌شناسی درک کلاسیک و سابقه‌دار از متن، سازگاری ندارد. در واقع، گذشتگان، آن گونه که در مواجههٔ تاریخی - زبان‌شناختی توضیح دادیم، راهی جز عبور از معبر سنت و متعاقب آن پذیرش اقتدار هژمونیک حاملان سنت در فهم آن نمی‌شناختند و به شیوه‌ای دیگر به متن نمی‌نگریستند.

رویکرد بنیادگرا، برای اولین بار، در پی شورش فکری و مذهبی روحانیان اصلاح‌گرا علیه سنت‌های پرطمطراق و سخت‌گیرانه کلیسای رومی و کاتولیک در مراجعه به متن انجیل بروز و ظهور یافت؛ هنگامی که آبای پروتستان‌تیزم در مقابل سنت‌های تفسیری پرطمطراق و تثبیت‌شدهٔ کلیسای روم، شوریدند و کوشیدند تا با مراجعه به خود متن، و فارغ از تفاسر کلیسایی - تاریخی موجود، متن مقدس را توضیح دهند.

در جهان اسلام نیز جریان مشابهی را می‌توان در توضیح چندوچون شکل‌گیری بنیادگرایی مشاهده کرد؛ با این تفاوت که شورش برخی از مسلمانان علیه تفاسیر سنتی عالمان و کناره‌گیری از سنت‌های تاریخی تفسیری - که در میان اهل سنت جامعهٔ الازهر نگهبان آن شناخته می‌شود - در فضای نفس‌گیر حضور استعمار و حکومت‌های غیرمردم‌سالار و مستبد رخ داد. در واقع بنیادگرایان اسلامی احساس می‌کردند که درک عالمان و فقیهان از دین و نص، منفعلانه است و به قابلیت‌های نهفتهٔ دین - به مثابه اصلی‌ترین سلاح ما در قبال مشکلاتی نظیر استعمار و استبداد حکومت‌های دین‌ستیز - راه نمی‌برد. از این رو باید با کنار نهادن سنت‌های تفسیری ایشان و تاریخ پشت سر آن، به خود متن باز گشت.

در توضیح بنیادگرایی اسلامی نکته مهمی وجود دارد که باید به آن پرداخت: جایگاه استراتژیک مفسران رده نخست متن مقدس در اندیشه اسلامی، تا آن جا اهمیت دارد که حتی قرائت‌های بنیادگرا نیز، در نهایت، تفاسیر تاریخی رده‌های بعد را بی اعتبار دیده‌اند و نه تفاسیر رده اول را؛ به عبارت دیگر، مراجعه بنیادگرایانه اسلامی به نقطه طلایی درخشش متن مقدس، همچنان از معبر بخشی از سنت بوده است؛ هرچند از نظر ایشان این بخش از سنت - در برابر درک فقیهان از استمرار سنت - به تاریخ کشیده نمی‌شود و صرفاً تفاسیر طراز نخست را در کنار متن مقدس، مورد توجه قرار می‌دهد.

سوم: مواجهه تفاسیر تاریخی - انتقادی با نص و متن مقدس

(خاستگاه دریافت مدرن و متکی بر مطالعات متن‌شناسی جدید از نصوص دینی)

مواجهه تفسیری تاریخی - انتقادی حاصل کاربست «عقلانیت انتقادی»^{۲۴} عصر جدید در مطالعه «متن تاریخی»^{۲۵} (اعم از مقدس یا غیرمقدس) است. این رویکرد مطالعاتی، بر خلاف پژوهش‌های فقهی - که برآمده از مواجهه تفسیری تاریخی - زبان‌شناختی است - و با مطالعات الاهیاتی در عصر جدید - که همچون فقه دلمشغول «فهم جستجوی ایمان»^{۲۶} همراه با اعتقاد به آن می‌باشد: (Lieven, 2009) (۳- ۱۸)، و از منظر فهم درون‌دینی به تاری می‌نگرد - نگاهی کاملاً بی‌طرفانه به مقوله پژوهش در باب دین دارد و به «مطالعه علمی پدیدار دین با همه تنوع‌عاش»^{۲۷} علاقه‌مند است. رویکردهای مدرن مطالعات دین، به متن مقدس به مثابه موضوعی برای بررسی تاریخی و علمی می‌نگرند و می‌کوشند ضوابط پژوهش‌های متکی بر خرد انتقادی ظهوریافته در علوم انسانی مدرن را برای تحلیل متن مقدس، و حواشی و جوانب متعدد و متنوع آن، به کار ببرند؛ و درکی علمی، آن گونه که در علوم انسانی تجربی معاصر بیان می‌گردد، از این حوزه مطالعاتی به دست آورند. این رویکرد با مطالعه فقهی که پی‌جوی کشف غرض شارع از دل نص است، تفاوتی فاحش دارد. این مسأله از آن جا ناشی شود که مطالعات دین، سازوکاری مدرن و برآمده از دل اندیشه روشنگری،^{۲۸} و اندیشمندان بنامی همچون امانوئل کانت دارد. کانت بر این اعتقاد بود که فهم و خرد آدمی، فقط در چهارچوب محدودیت‌های حاکم بر «ابزارهای ذهنی»^{۲۹} قادر به شناخت است. (Olson, 2010: 31). مطالعات دینی، همچنین، متأثر از مطالعات تجربی جامعه‌شناسان بزرگی نظیر ماکس وبر - که دین را سرعت بخش فرایندهای اجتماعی

تاریخی در سرمایه‌داری مدرن می‌یافت (Weber, 2013) - و ایمیل دورکیم - که برای دین، جایگاهی رفیع در هماهنگ‌سازی و همگن‌گردانی نظامات اجتماعی به شیوه‌ای ایدئولوژیک قائل بود (Durkheim, 2001) - شکل گرفته است (Redden, Bailey and Faiths, 2011: 3).

مواجهه تفسیری تاریخی - انتقادی در مطالعات دین، بر خلاف رویکرد تاریخی - زبان‌شناختی، جهت‌گیری انتقادی دارد و بر اساس استانداردهای تجربی مستقل از معتقدات پژوهشگر و ایمان وی، به تجزیه و تحلیل نحوه مواجهه با متن و گفتمان‌های تاریخی حوashi آن متمرکز می‌گردد. روشن است که این ویژگی نیز با آنچه عالمان عرصه فقه انجام می‌دهند، تفاوتی فاحش و اساسی دارد. تلاش انتقادی ناشی از مواجهه تفسیری تاریخی - انتقادی به تولید گزاره‌های فقهی نمی‌انجامد؛ بلکه ادبیات مدرنی را در مراجعه به متن مقدس در پی دارد که وجه همت آن، متن‌شناسی^{۳۰} است.

رویکرد متن‌شناسان مدرن با فقیهان در هر دو حوزه زبان‌شناسی و مراجعه به تاریخ، متفاوت است؛ فقیهان، همچنان که در توضیح مواجهه تفسیری تاریخی - زبان‌شناختی توضیح دادیم، می‌کوشند دانش‌های کلاسیک زبان‌شناختی نظیر علم صرف و نحو را ابزار شناخت و تفسیر متن قرار دهند و با اعتماد به زنجیره‌ای از تفاسیر تاریخی و معتبرتر از نص و متن مقدس راهی به هسته معنایی آن بیابند که ذیل هرم اقتدار سنتی دست‌یافتنی است؛ در مقابل، متن‌شناسان، برآند تا با بهره‌گیری از «روش‌های مدرن انتقادی متن»،^{۳۱} «تاریخی انتقادی از متن»^{۳۲} به دست دهند و با کاربست قواعد انتقادی تصحیح تاریخی و کتاب‌شناسی انتقادی، همچون «تصحیح انتقادی حدیث»،^{۳۳} «زمینه تاریخی فهم آن»،^{۳۴} «اصالت‌مندی تاریخی متون دینی»^{۳۵} و «قابل‌پذیرش بودن تفاسیر دینی»^{۳۶} را بررسی تاریخی کنند. دامنه بررسی‌هایی از این دست، به مطالعه شجره‌نسب نسخ و اعتبارسنجی آن‌ها ذیل پژوهش‌هایی مبتنی بر استانداردهای «کتاب‌شناسی انتقادی»^{۳۷} جدید می‌انجامد. چنین درکی از مقوله تصحیح متون نقد تاریخی، حاصل ذهنیتی مدرن است و ریشه در قرن بیستم دارد (امیدسالار، ۱۳۸۵، ص ۲۴)؛ در حالی که متن‌پژوهی‌های فقهی اولاً چنین هدفی را تعقیب نمی‌کنند و ثانیاً با مکانیزم‌هایی از این دست، سازگاری ندارد.

دانش فقه در جریان پژوهش‌های خود درباره نص، به تولید دانش‌هایی نظیر اصول فقه دست زده است و به بهره‌گیری از دانش‌هایی همچون نحو و کلام، به فرایند مراجعه به نص

روی کرده است. در مقابل، رویکرد مطالعات دین، با احضار گروه کاملاً جدیدی از دانش‌های معاصر در مسیر مطالعات خود، حوزه پژوهش‌های متن‌شناسانه را بسیار فراخ و چندوجهی کرده است و از گروه کمابیش گسترده‌ای از دانش‌های معاصر علوم انسانی در این حوزه، بهره گرفته است. در واقع مطالعات دین در مسیر «مراجعه تجربی به متن مقدس»،^{۳۸} پای دستاوردهای دانش‌هایی همچون «انسان‌شناسی دینی»،^{۳۹} «انسان‌شناسی فرهنگی دینی»،^{۴۰} «تاریخ دین»،^{۴۱} «جغرافیای دین»،^{۴۲} «روان‌شناسی دین»^{۴۳} و «جامعه‌شناسی دین»^{۴۴} را به پژوهش در باب نص دینی، گشوده است.^{۴۵} ممکن است به نظر آید که فقیهان نیز از دانش‌های متعدد علوم انسانی، در راه موضوع‌شناسی بهره می‌گیرند؛ با این حال نباید از خاطر دور داشت که بهره‌گیری فقیهان از دانش‌های متعدد در راه موضوع‌شناسی، با بهره‌گیری پژوهشگران مطالعات دین از دانش‌های متعدد علوم انسانی در مسیر فهم تکامل و تحول نص و ابعاد مختلف دین، کاملاً تفاوت دارد و از دو سنخ می‌باشد.

در واقع هم مکانیزم شناخت در مطالعات مدرن دین - که عقل، مستقل و خودبنیاد است - و هم شیوه مواجهه آن با دین - که بر اساس گرایشی تاریخی و انتقادی و به استناد شواهد تجربی گزاره‌های علمی خود را رد یا تأیید می‌کند - با نگاه‌های کشف‌المقصودی فقه از غرض شارع، بیگانه است. به عبارت دیگر، مواجهه تفسیری تاریخی - انتقادی، تعهدات متافیزیکی منجر و منتهی به فقه را بر نمی‌تابد و محققان این عرصه، بر خلاف فقیهان که هدف آن‌ها در مراجعه به متن، دستیابی به «معنای اراده گردیده»^{۴۶} از جانب ماتن است، به پدیدارشناسی دین^{۴۷} روی می‌آورند (Gearon, 2013: 100)؛ رویکردی که بیانگر مطالعه‌ای بی‌طرفانه از چندوچون زایش و گسترش دین، و گفتمان‌های متعدد درون و بیرون آن است.^{۴۸} همچنین نگاه بخش عمده‌ای از مدافعان مطالعه مدرن دین، به زبان دینی غیرشناختاری است که مطابق آن، این زبان، غیرواقع‌نما قلمداد می‌شود (علی‌تبار فیروزجایی، ۱۳۸۸، ص ۱۳). به این ترتیب، در چنین مطالعه‌ای، فهم متن به معنای دستیابی به معنای مدنظر ماتن نیست؛ بلکه، بیش از هر چیز، به معنای توضیح امکان تاریخی منجر و منتهی به ایجاد آن است.

چهارم: مواجهه تفسیری مخاطب - واکنشی با نص و متن مقدس (خاستگاه رویکرد هستی‌شناسانه هرمنوتیکی به متن)

مواجهه تفسیری مخاطب - واکنشی، مواجهه‌ای است که نه از سنت فقهی برآمده است و نه از سنت مدرنیستی؛ بلکه مواجهه‌ای شخصی و یگانه، و چهره‌به‌چهره^{۴۹} با متن است. مواجهه‌ای از این دست، جایگاه مخاطب متن را قرارگیری در موقعیت استراتژیک مخاطب شخصی با آن می‌داند؛ آن‌گونه مخاطبی که هرمنوتیسین‌های علاقه‌مند به اندیشه پست مدرن توضیح می‌دهند؛ نه آن‌که جایگاه وی را همچون فقه کلاسیک یا مطالعات دینی مدرن، در انتهای جریانی تاریخی قرار دهد که باید از آن عبور کرد و از معبر آن، به متن رسید. چنین درکی از مواجهه تفسیری با متن، از یک سو با اقتدار تفاسیر ناشی از متن - که بر پایه اعتقاد به متافیزیک دینی معنا می‌یابد - سازگاری ندارد؛ و از سوی دیگر، با اقتدار فهم مدرن - که ناشی از اعتبار مراجعه به دانش‌های خردپایه مدرن و رویکرد تحلیلی و انتقادی برون‌نگرانه دینی است - همراهی نمی‌کند. به دیگر بیان، چنین مواجهه‌ای ما را از «قیود تاریخی»،^{۵۰} - اعم از تاریخ تفاسیر بر تفاسیر نصوص و متون مقدس، در دل گفتمان‌های درون‌دینی برآمده از آن و تاریخ آن در نگاه برون‌دینی - می‌رهد و مخاطب متن را فارغ از قید و بندهای گذشته در موقعیت فردی دریافت آن می‌نهد. در مواجهه تفسیری تاریخی - زبان‌شناختی، درک معنای نص از مجرای تفاسیر تاریخی و با گذر از مشکلات زبان‌شناختی، نحوی و صرفی صورت می‌گرفت. مواجهه تاریخی - انتقادی، با بهره‌گیری از توانایی‌های خرد آدمی در مطالعه تاریخ، پی‌جوی توضیح سازوکارهای شکل‌گیری متن مقدس و گسترش گفتمان‌های تاریخی آن بود. اما در این جا آنچه اهمیت دارد، مواجهه‌ای هرمنوتیکی، شخصی و انکشافی با متن است.

با بهره‌گیری از ادبیات زبان‌شناسی باید گفت که مواجهه‌ای از این دست، متن مقدس را در قالب «عمل گفتاری» (Searle, 1969) می‌نگرند. درک متن، به مثابه عمل گفتاری، تک تک مخاطبان را در موقعیت بی‌نظیر و بدیعی قرار می‌دهد که تاکنون برای دیگران رخ نداده است و برای خود مخاطبان نیز، در دیگر مراجعات به همان متن در سایر شرایط زمانی و مکانی و نیز در اوضاع روحی و روانی دیگر، قابل تکرار نیست. در واقع، ماتن و مخاطب متن در چنین مواجهه‌ای، در موقعیتی چهره‌به‌چهره قرار می‌گیرند. مواجهه‌ای این‌گونه با متن، رابطه‌ای دیالکتیک را میان وضعیت ویژه مخاطب و متن ایجاد می‌کند.

چنین مواجهه‌ای، مقام مخاطب با متن را همچون فقیهان، در وهله نخست نبی (ص)، و در وهله بعد امامان (ع) و سپس مردم - از معبر تفاسیر این بزرگواران و یا همچون مدرن‌های عقل‌گرا، مخاطبان تاریخی و اکنون غیر موجود (به شیوه‌ای که اکنون وظیفه علمی ما انجام مطالعه‌ای برخوردار از استانداردهای علمی درباره ایشان باشد) - نمی‌داند؛ بلکه از درکی لحظه‌ای در لحظه خطاب متن مقدس، دفاع می‌کند. در این جا «حقیقت دینی»^{۵۱} نوعی دریافت «شخصی»^{۵۲} و «ذهنی»^{۵۳} از متن را در پی می‌آورد؛ و از این رو، مخاطب با متن مقدس، به شیوه‌ای بنیادین، امری «متکثر»^{۵۴} معرفی می‌شود. چنین رویکردی به «ظهور نسخه‌های فراوان حقیقت»^{۵۵} می‌انجامد. به قول پل ریکور متن «در جهان خویش مولد»^{۵۶} می‌شود و به این ترتیب، هنگام خواندن یک متن تازه، جهان تازه‌ای از معنا گشوده می‌شود (Gallagher, 1992:130-131). این رویکرد، همچنین از ظهور «نقد معطوف به خواننده»^{۵۷} در مطالعه کتب مقدس دفاع می‌کند (McKnight, 2005).

نتیجه‌گیری

مطالعه چهار مواجهه تفسیری با نص، خاستگاه تولید و بسط تاریخی دانش فقه را مشخص می‌سازد؛ خاستگاه اندیشه فقیهانه، مواجهه نخست (تاریخی - زبان‌شناختی) است. ذیل چنین مواجهه‌ای که پیرامون نص، سنت تفسیری بلندبالا و معتبری شکل گرفته است و به مثابه دست‌مایه اندیشه‌های فقهی، در فرایندی انباشتی و تکاملی، به دست فقیهان ادوار مختلف، رشد یافته و گسترش پیدا کرده است. مواجهه‌ای از این دست، از یک سو به رویه‌ها و فرایندهای فقهی در دل تاریخ وفادار است؛ و از سوی دیگر، مطابق شناختی مبتنی بر زبان‌شناسی کلاسیک، برای گره‌گشایی از این مبهمات و مشکلات زبانی در مسیر دستیابی به متن و تفاسیر آن، از تکنیک‌های بررسی نحوی و صرفی مدد می‌گیرد.

مواجهه دوم (متن - گواه) خاستگاه درک بنیادگرایانه از دین است؛ درکی که، فارغ از سنت تفسیری بالیده در تاریخ اسلام، به متن بازمی‌گردد و می‌کوشد، با رها کردن متن از قیدوبندهایی از این دست، از آن پاسخی سریع برای مشکلات موجود بیابد. چنین درکی، نگاهی بسیط و ساده‌گیرانه به متن دارد.

مواجهه سوم (تاریخی - انتقادی) خاستگاه مطالعات دینی است؛ مطالعاتی که از چشم‌اندازی بیرونی به دین می‌نگرند و می‌کوشند به مدد علوم انسانی معاصر، راهی به

ناگشودگی‌های تاریخی متن بیابند. فهم متن آن گونه که چنین مواجهه‌ای در نظر دارد، امری دینی نیست، بلکه مقوله‌ای است علمی، به معنای مدرن کلمه؛ بنابراین به دستاوردهای علوم انسانی در این حوزه - نظیر مهارت‌های متن‌شناسی مدرن و سازوکارهای شناختی مورد نیاز در فهم گفتمان‌های تاریخ شکل گرفته پیرامون متن - نیاز دارد.

در نهایت، مواجهه چهارم (متن - واکنشی) خاستگاه فهم هرمنوتیکی و پست مدرن از متن است؛ فهمی که نه از معبر سنت یا تاریخ به متن می‌نگرد و نه متن را به مثابه امری بسیط و حامل پیامی خطی می‌یابد؛ بلکه مواجهه با متن را قرارگیری مخاطب در موقعیت فهم عمل گفتاری می‌داند؛ و متأثر از چنین درکی، برای هر مواجهه‌ای با متن، به امکان درخشش شناختی منحصر به فرد، قائل می‌شود.

چنان که گذشت، مواجهه فقهی با نص، به نقد منطق سه مواجهه دیگر پرداخته است و آن‌ها را خروج از سیاق تاریخی فهم متن و عدم مراعات ضوابط فنی حاکم بر انجام این مهم معرفی کرده است؛ چرا که دست‌کم بخشی از اقتدار متن، مطابق فهم فقیهان، به تفاسیر تاریخی آن انتقال یافته است. در واقع، برای فقیهان، هرم اقتدار سنت به مثابه تنها معبر معتبر برای راهیابی به عقلانیت متن، مطرح گردیده است.

همچنین مطالعه جهان‌های مواجهه تفسیری با متن مقدس، صورت‌بندی‌های قابل توجهی را در منطق این مواجهه نشان می‌دهد. در توضیح این صورت‌بندی‌ها می‌توان از دو سنخ مطالعه متن مقدس، سخن به میان آورد:

یکم. رویکرد تاریخی یا شخصی در مواجهه با نص:

دو مواجهه تاریخی - زبان‌شناختی (فقه) و تاریخی - انتقادی (مطالعات دینی مدرن) از معبر تاریخ به متن می‌نگرند؛ هرچند این تاریخ برای اولی، درون‌دینی و حاصل اقتدار هرم تفاسیر معتبر؛ و برای دومی، برون‌دینی و حاصل نقد و بررسی‌های انتقادی ناشی از علوم انسانی جدید درباره متن و گفتمان‌های مربوط به آن در تاریخ است. در مقابل، دو مواجهه متن - گواه (نگاه بنیادگرایانه) و متن - واکنشی (نگاه پست مدرن و برآمده از انگاشتن متن به مثابه عمل گفتاری) فارغ از چنین نگاهی به تاریخ، مراجعه‌ای مستقیم به خود نص را مبنا قرار می‌دهند.

دوم. باور ایده آلیسم جهان قدیم یا رویکرد به جهان جدید در مواجهه با متن:

دو مواجهه تاریخی - زبان‌شناختی - که به فقه منجر می‌گردد - و متن - گواه - که راه به بنیادگرایی می‌برد - از نوعی ایده‌آلیسم دفاع می‌کنند که به گذشته باز می‌گردد. هر دو، اگرچه از دو چشم‌انداز متفاوت، وضعیت ایده‌آل را در گذشته می‌یابند و به آن امید می‌بندند؛ در مقابل، دو مواجهه تاریخی - انتقادی - که گویای مطالعات دینی مدرن است - و متن - واکنشی - که تحاطبی پست‌مدرن و متناسب با تلقی متن به عنوان عمل گفتاری در نظر دارد. چنین ایده‌آلیسمی در بر ندارند و چشم به جهان گذشته و قدیم نمی‌دوزند.

نقد فقهی سه مواجهه غیرتاریخی - زبان‌شناختی با نص:

دانش فقه، در بنیاد معرفتی و تجربه‌زیسته خود، سه مواجهه متفاوت با مواجهه تاریخی - زبان‌شناختی را معتبر نمی‌یابد. فقیه، به استناد درک درون‌دینی تاریخی‌اش از مدلول علم، رویکردهای سه‌گانه غیر از نگاه تاریخی - زبان‌شناختی (مدرن تاریخی - تحلیلی، پست‌مدرن متن - واکنشی و بنیادگرای متن - گواه) را خروج از قواعد متقن فهم صحیح و خارج از چنبره دلالات عقل سلیم می‌داند؛ و به صورت مشخص، آن‌ها را غیرتخصصی می‌بیند. از این رو، این دانش عقلانیت از این دست را در فهم متن و نص، غیرحرفه‌ای و دلبخواهانه می‌شناسد.

برای فقه راهیابی به پیچش‌ها و پوشش‌های متن، فارغ از سنت تاریخی حاوی لایه‌های تفسیری شکل‌گرفته پیرامون آن، به «زمینه‌زدایی»^{۵۸} متن از بستر واقعی‌اش می‌انجامد و حاصلی جز تحریف (یا «نقل خارج از سیاق»^{۵۹}) ندارد. ذیل چنین رویکردی است که طرح متن خارج از سنت‌های تاریخی و غیرمتأثر از زبان‌شناسی کلاسیک و ساختارهای شناختی آن، فهمی معوج یا ناکامل معرفی می‌شود که به هر حال، هم به دلایل روش‌شناختی و هم به دلایل معرفت‌شناختی سرانجام دچار کج‌اندیشی‌هایی نظیر «تعمیم نادرست»^{۶۰} و «مصادره به مطلوب»^{۶۱} می‌شود و آن‌گونه که فقه توضیح می‌دهد، راهی به حقیقت دین نمی‌برد.

نقد فقهی از مواجهه‌های تفسیری غیرفقهی، با «کارویژه‌های مورد انتظار از دین» سازگاری دارد و از مرزهای هویتی و تاریخی دینی حمایت می‌کند؛ زیرا فارغ از چنین درکی از دین، به نظر می‌رسد که آنچه در پی مواجهه تفسیری با نص شکل می‌گیرد، نه دین - به مثابه زنجیره‌ای از اعتقادات سازمان‌یافته به امر متعالی و قدسی و گفتمان‌های پیرامونی آن - که مقوله‌ای دلبخواه، و چه بسا تا حد زیادی به لحاظ نظری، چندوجهی و پراکنده خواهد بود.

1. Historical-grammatical method.
2. Proof-text method.
3. Historical-critical method.
4. Reader-response method.
5. Religious studies.
6. Ontological hermeneutics.
7. life world.
8. Epistemological contingencies.
9. Typological features.
10. Trustful Medium.
11. Old linguistics.
12. Etymologia.
13. Signify.
14. Given signs.
15. Sense.
16. مقوله زبان در مطالعه دین، اهمیتی فراوان دارد؛ تا آن جا که می توان زنجیره ای از پژوهش ها را در این حوزه مشاهده کرد. اصطلاح «زبان دین» (Religious language) در ادبیاتی از این دست، بسیار مهم است. برای مطالعه بیشتر درباره زبان دین، مراجعه کنید به: Harris, 2002: 27-76.
17. Formulating.
18. Articulated arguments.
19. Debatable arguments.
20. Marginal arguments.
21. Rejected claims.
22. Literal interpretation of the text.
23. Fundamentalism.
24. Critical rationality.

25. Historical text.
 26. Faith seeking understanding.
 27. Scientific study of the phenomenon of religion in.
 28. enlightenment thought.
 29. Intellectual tools.
 30. Textology.
 31. odern Text-Critical Methods
 32. Critical history of text.
 33. Critical authentication of Hadith.
 34. Historical context of understanding.
 35. Historical authenticity of religious.
 36. Acceptability of religious.
 37. Critical.
 38. Experimental approach t holy text.
 39. Anthropology of religion.
 40. Cultural anthropology of religion.
 41. History of religion.
 42. Geography of religion.
 43. Psychology of religion.
 44. Sociology of religion.
۴۵. یادآوری این نکته نیز ضروری است که این نظام، مورد انتقاد مطالعات پسااستعمارگرایی (studies Postcolonial) ، از جمله ادوارد سعید، و نقد شرق‌شناسی (Orientalism) ، وی واقع شده است (Said, ۱۹۷۸).
46. Intended meaning.
 47. Phenomenology of religion.
۴۸. برخی کوشیده‌اند تا میان رویکرد تاریخی - زبان‌شناختی فقهی و رویکرد تاریخی - انتقادی مدرن، راهی میانه بیابند و فهم درون‌دینی متعبدانه را به درک تاریخی و تجربی، پیوند بزنند. حاصل چنین

تلاش‌هایی، شکل‌گیری «الاهیات لیبرال» بوده است. به مفهوم «تجربه دینی» ذیل رویکردی از این دست، توجه جدی شده است. این رویکرد از ایده مرکزی قابلیت تن سپردن به تجربه‌ای دینی و فردی به مثابه منشأ رویکرد دینی یاد می‌کند و از جمله، تجربه هر فرد را همچون تجربه نبوی، واجد توجه و اهمیت می‌داند. شاید بتوان گفت برخی از سطوح مباحث دکتر عبدالکریم سروش درباره اهمیت تجربه نبوی با نظر به چنین رویکردی و ذیل عنوان کلان الاهیات لیبرال توضیحی محصل بیابد (سروش، ۱۳۷۸).

49. Face to face.
50. Historical constraints.
51. Religious truth.
52. Individualistic.
53. Subjective.
54. Pluralistic.
55. Many versions of truth.
56. Productive in its world.
57. The Emergence of Reader-Oriented Criticism.
58. Decontextualized.
59. Contextomy.
60. Fallacy of composition.
61. Quote mining.

منابع:

۱. قرآن کریم.
۲. سروش، عبدالکریم (۱۳۷۸)، بسط تجربه نبوی، تهران، مؤسسه فرهنگی صراط.
۳. سلمانپور، محمدجواد (۱۳۸۱)، عرفی و عقلایی بودن زبان دین در حوزه تشریح و تقنین، قیاسات، شماره ۲۵.
۴. علی تبار فیروزجایی، رمضان (۱۳۸۸)، فطرت نمونی زبان دین و قرآن، آیین حکمت، شماره دوم.
۵. امیدسالار، محمود (۱۳۸۵)، تاریخچه ای از تصحیح متون در مغرب زمین و در میان مسلمانان، آینه میراث، دوره جدید، شماره دوم و سوم.
6. Amsler, Mark. *Etymology and Grammatical Discourse in Late Antiquity and the Early Middle Ages*. Amsterdam and Philadelphia: John Benjamins Publishing, 1989.
7. Bailey, Michael and Redden, Guy. *Mediating Faiths: Religion and Socio-cultural Change in the Twenty-first Century*. Farnham: Ashgate Publishing Ltd., 2011.
8. Bleicher, Josef. *Contemporary hermeneutics: hermeneutics as method, philosophy, and critique*. London: Routledge & Kegan Paul, 1980.
9. Durkheim, Emile. *The Elementary Forms of Religious Life* Trans. Carol Gosman. New York: Oxford University Press, 2001.
10. Gallagher, Shaun. *Hermeneutics and Education: Essays in Post-modern Theology*. Albany: SUNY Press, 1992.
11. Gearon, Liam. *On Holy Ground, the Theory and Practice of Religious Education*. London and New York: Routledge, 2013.
12. Harris, James Franklin *Analytic Philosophy of Religion (Volume 3 of Handbook of Contemporary Philosophy of Religion)*. New York: Springer, 2002.
13. Helder, Bodil. *Textual Analysis*. Rosenrns All Samfundslitteratur, 2011.

14. Kennard, Douglas Welker. *The Relationship Between Epistemology, Hermeneutics, Biblical Theology and Contextualization: Understanding Truth*. Ny.: Edwin Mellen Press, 1999.
15. Lieven, Boeve Mutual Interruption. *Toward a Productive Tension between Theology and Religious Studies*. Louvain Studies. 2009: vol: 34.
16. McKnight, Edgar. *Postmodern Use of the Bible: The Emergence of Reader-Oriented Criticism*. Nashville: Abingdon, 1988. Repr., Eugene, Ore. Wipf & Stock, 2005.
17. Olson, Carl. *Religious Studies: The Key Concepts*. London New York: Routledge, 2010.
18. Russell, Gillian and Graff Fara, Delia (Editors). *Routledge Companion to Philosophy of Language*. New York And Abingdon: Routledge, 2013.
19. Said, Edward. *Orientalism*. Harmondsworth: Penguin Books, 1978.
20. Searle, John R. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. London: Cambridge University Press, 1969.
21. Vanhoozer, Kevin J.: *Is There a Meaning in This Text* Grand Rapids: Zondervan, 2009.
22. Weber, Max. *The Protestant Ethic and . the Spirit of Capitalism*. London: Routledge, 2013.

تعدد دیه در جنایت منجر به

ناشنوایی کودکان*

(بررسی مبانی فقهی تغییر موضع قانون گذار در اصلاح قانون مجازات اسلامی)

رضا اسفندیاری (اسلامی)** علی‌رضا فجرى***

چکیده

با توجه به قاعده عدم تداخل اسباب، چنانچه جنایتی بر شنوایی شخصی وارد شود و در اثر آن، گویایی و تکلم وی از بین برود، دو دیه ثابت خواهد شد؛ اما اگر مجنی علیه نوزادی باشد که هنوز به سخن نیامده، بین فقها اختلاف نظر است. قانون گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ در ماده ۴۵۳ به یک دیه و ارش حکم کرده بود؛ اما در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از نظر خویش برگشته و در ماده ۶۸۷، به دو دیه حکم کرده است. این پژوهش در صدد بررسی مبانی فقهی تغییر موضع قانون گذار می باشد.

کلیدواژه‌ها

تعدد دیات، ناشنوایی کودکان، تداخل اسباب، جنایت بر منافع بالقوه، قانون مجازات اسلامی.

* تاریخ دریافت ۹۲/۴/۱۵؛ تاریخ پذیرش ۹۲/۸/۳۰.

** دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

*** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی و محقق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (نویسنده مسئول).

شنوایی یکی از حواس پنج‌گانه انسان است. توانایی درک صدا، با گوش و از طریق تشخیص ارتعاشات صورت می‌گیرد. عدم توانایی در شنیدن را ناشنوایی می‌گویند. محروم بودن از این حس، فقط به مفهوم نشنیدن صدا نیست، بلکه ماحصل این محرومیت، موجب عدم دستیابی به بسیاری از امکانات مفید و امیدبخش زندگی فردی و اجتماعی می‌شود تا آن جا که ممکن است فرد را از مسیر موفقیت دور نماید. ممکن است این حس در جنایات عمدی یا غیرعمدی، آسیب ببیند و شخص از این نعمت، محروم شود.

در شریعت برای از دست دادن این حس، یک دیه کامل در نظر گرفته شده است که جانی باید به مجنی علیه پردازد و روایات متعددی نیز بر این حکم دلالت دارند. قانون مجازات اسلامی نیز بر این حکم صحه گذاشته، در ماده ۶۸۲ بیان می‌کند: «از بین بردن شنوایی هر دو گوش، دیه کامل و از بین بردن شنوایی یک گوش، نصف دیه کامل دارد؛ هر چند شنوایی دو گوش به یک اندازه نباشد.»

شاید در اثر جنایت بر شنوایی مجنی علیه، منافع دیگر وی نیز از بین برود که در این صورت، بر اساس قاعده عدم تداخل اسباب، به تعداد جنایاتی که بر شخص وارد می‌شود، دیه جداگانه ثابت خواهد بود و این دیه‌ها بر اساس قاعده «عدم تداخل اسباب»، در یکدیگر تداخل نخواهند کرد. قاعده «عدم تداخل اسباب» مورد پذیرش مشهور فقها و اصولیان قرار گرفته است و در همه ابواب فقه بدان استناد می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷ ق، ص ۳۰۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۷ ق، ص ۴۰۳). قانون‌گذار نیز اصل بودن این قاعده را پذیرفته است و در ماده ۵۳۸ ق. م. ا بیان می‌کند:

«در تعدد جنایات، اصل بر تعدد دیات و عدم تداخل آن‌ها است.»

برای تعدد دیات و عدم تداخل دیه آن‌ها مثال‌های فراوانی می‌توان ذکر کرد؛ اما مثال مرتبط با این بحث، این است که در اثر جنایت بر شنوایی، گویایی شخص نیز از بین برود و دیگر نتواند تکلم کند که در این صورت، دو دیه ثابت خواهد بود: یک دیه برای شنوایی؛ و دیه دیگر، برای گویایی (علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، ۱۴۲۰، ص ۶۰۹) همچنان که ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی نیز به این حکم تصریح می‌کند:

«هرگاه در اثر جنایتی، حس شنوایی و گویایی، هر دو از بین برود، هر کدام یک دیه کامل دارد.»

آنچه تا کنون بیان شد، درباره اعضایی است که هنگام جنایت، بالفعل موجود است و

دارای منفعت بالفعل می‌باشند؛ اما گاهی منفعت هنوز به فعلیت نرسیده است و در آینده به فعلیت خواهد رسید، ولی با جنایت وارده، جلوی به فعلیت رسیدن این منفعت بالقوه نیز گرفته می‌شود. یکی از بارزترین نمونه‌های این مورد، جنایتی است که بر شنوایی نوزادان وارد می‌شود و در اثر آن، گویایی آنان که در حال حاضر بالقوه است و هنوز شکل نگرفته و در آینده فعلیت خواهد یافت، آسیب جدی می‌بیند.

اکثر فقهای که جنایت بر شنوایی نوزاد را متذکر شده‌اند، بر این عقیده‌اند که در صورت جنایت غیر عمدی بر شنوایی نوزادی که هنوز قدرت بر گویایی ندارد و در اثر جنایت، گویایی و تکلم وی نیز از بین برود، یک دیه و ارش تعلق می‌گیرد، نه دو دیه (خمینی، بی‌تا، ص ۵۸۹) (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۲۹). قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نیز به تبعیت از قول مشهور، در ماده ۴۵۳ خود بیان می‌داشت:

«هرگاه کودکی که زبان باز نکرده، در اثر کر شدن نتواند سخن بگوید، جانی علاوه بر دیه شنوایی به پرداخت ارش محکوم می‌شود.»

بر اساس این ماده قانونی، باید میزان پرداختی به مجنی علیه به عنوان ارش کمتر از میزان دیه آن عضو باشد؛ چراکه فقهای شیعه و اهل سنت اتفاق نظر دارند که اگر ارش به جنایت بر عضوی مربوط باشد که دیه معین دارد، نباید ارش به اندازه دیه آن عضو یا بیش از آن باشد؛ و همچنین در عضوی که دیه معین ندارد نیز مقدار ارش باید کمتر از دیه نفس باشد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴، ص ۶۸).

قانون‌گذار با توجه به تفاوت موجود بین ارش و دیه - که ممکن است به تزییع حقوق مجنی علیه منجر شود - نظریه غیر مشهور مبنی بر پرداخت دو دیه را در جنایت یادشده ترجیح داده است و به اصلاح این ماده در قانون مجازات اسلامی مصوب اردیبهشت ۱۳۹۲ پرداخته است:

«هرگاه کودکی که زمان سخن گفتن او فرا نرسیده است، در اثر کر شدن نتواند سخن بگوید و یا کودکی که تازه زمان سخن گفتن او فرا رسیده است در اثر کر شدن نتواند کلمات دیگر را یاد گیرد و بر زبان آورد، علاوه بر دیه شنوایی، دیه یا ارش زوال یا نقص گفتار نیز حسب مورد، ثابت می‌شود.»

این پژوهش به بررسی مبانی فقهی تغییر موضع قانون‌گذار اختصاص یافته است و با بررسی ادله قائلان به دو دیه و قائلان به دیه و ارش، ثابت خواهد کرد که تفاوتی بین کودک و بزرگسال نیست؛ و اگر جنایتی موجب از بین رفتن یا مانع شدن منفعتی دیگر (بالقوه یا

بالفعل) شود، دیه آن منفعت نیز به طور کامل ثابت خواهد شد.

بررسی دیدگاه فقها

فقها در برابر این فرع فقهی، چند دسته شده‌اند: برخی از فقها همچون مقدس اردبیلی در «مجمع الفائده» یا شیخ در «مبسوط»، اصلاً متعرض این فرع نشده‌اند. برخی دیگر از آنان، به رغم بیان احتمالات مطرح در این مسأله، از بیان فتوا احتراز جسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۱۲؛ و نجفی، ۱۴۰۴ ق، ص ۳۰۱). دیگر فقهای که فتوای خویش را بیان نموده‌اند، دو دیدگاه متفاوت دارند که در این جا ضمن بیان دیدگاه‌ها، ادله آنان نیز بررسی خواهد شد.

۱. قائلان به دو دیه

برخی از فقها به ثبوت دو دیه قائلند.

صاحب قواعد می نویسد: «إذا ذهب سمع الصبي فتعطل نطقه، فدیتان (علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، ۱۴۱۳ ق، ص ۶۸۶).

ادله این دیدگاه

دلیل اول: روایات مثبت دیه

در روایات برای هر یک از جنایات منجر به ناشنوایی و عدم گویایی، دیه مستقل در نظر گرفته شده است.

الف) روایات مثبت دیه برای حس شنوایی

روایاتی بر ثبوت دیه حس شنوایی وجود دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌نماییم.

الف - ۱) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا فِي أُذُنِهِ بَعْظَمٍ فَادَّعَى أَنَّهُ لَا يَسْمَعُ قَالَ يَتْرُصِدُ وَيَسْتَعْفَلُ وَيَنْتَظِرُ بِهِنَّ فَإِنْ سَمِعَ أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ رَجُلَانِ أَنَّهُ يَسْمَعُ وَإِلَّا حَلَفَهُ وَأَعْطَاهُ الدِّيَةَ قِيلَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَإِنْ عَثَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ يَسْمَعُ قَالَ إِنْ كَانَ اللَّهُ رَدَّ عَلَيْهِ سَمِعَهُ لَمْ أَرِ عَلَيْهِ شَيْئًا (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷ ق، ص ۲۶۵؛ و حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ص ۳۶۲).

در این روایت که فقها آن را «صحیح» دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ص ۲۹۷؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ص ۴۳۳؛ و مجلسی دوم، ۱۴۰۶ ق، ص ۵۶۵) حضرت صادق (ع) درباره مردی که با استخوان به گوش مردی زده و آن مرد ادعا دارد که شنوایی خود را از دست داده است، فرمود: «در کمین او می‌ماند و یک سال از او تغافل می‌شود و منتظر می‌ماند، اگر شنید یا

دو نفر علیه او شهادت دادند که او می شنود، [که روشن است] وگرنه او را سوگند می دهند و دیه را به او می پردازند. سؤال شد: ای امیرالمؤمنین، اگر بعداً متوجه شد که او می شنود؟ حضرت فرمود: اگر خداوند شنوایی اش را به او باز گرداند، بر او چیزی نیست.

الف - ۲) ابراهیم بن عمر عن ابي عبد الله (ع) قال: قضی أمير المؤمنين (ع) فی رجل ضرب رجلاً بعضاً فذهب سمعه و بصره و لسانه و عقله و فرجه و انقطع جماعه و هو حی بستی دیات (فیض، ۱۴۰۶ ق، ۶۸۶؛ و کلینی، ۱۴۰۷، ۳۲۵).

امام صادق (فرمود: «امیرالمؤمنین علی (ع) درباره کسی که مردی را با عصا زده بود و در اثر آن، شنوایی، بینایی، گویایی، عقل، آلت تناسلی اش [به لحاظ برخی منافع] رفته و توان آمیزش او نیز از بین رفته بود در حالی که زنده بود، به شش دیه حکم دادند.»

الف - ۳) عن یونس أنه عرض على الرضا (ع) كتاب الديات وكان فيه في ذهاب السمع كلف ألف دينار والصوت كلفه من الغنن والبصح ألف دينار وشكل اليدين كلفهما الشكل كلف ألف دينار وشكل الرجلين ألف دينار الحديث (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ص ۳۵۷).

یونس کتاب دیات را بر حضرت رضا (ع) عرضه کرد و در آن کتاب بود که: «برای از بین رفتن همه شنوایی، هزار دینار؛ و از بین رفتن همه صوت به گونه ای که از بینی حرف می زند و یا جوهر صدایش گرفته شود و با نفس حرف زند، هزار دینار؛ و فلج دو دست با هم و فلج شدن همه بدن، هزار دینار؛ و فلج دو پا هزار دینار.

فقهها بر اساس این روایات، بر ثبوت دیه کامل برای شنوایی اتفاق نظر دارند و هیچ فقیهی خلاف این قول را بیان نکرده است (طوسی، المبسوط فی الفقه الامامیه، ۱۳۸۷ ق، ص ۱۲۵؛ علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، ۱۴۲۰، ص ۶۰۸).

ب) روایات مثبت دیه برای گویایی

نطق و گویایی نیز از جمله منافع مهمی است که در صورت آسیب دیدن و محروم شدن مجنی علیه از آن، موجب ثبوت دیه کامل خواهد بود. روایاتی بر ثبوت دیه گویایی وجود دارد که به برخی از آن ها اشاره می نمایم.

ب - ۱) قال أبو جعفر (ع) ضرب رجل رجلاً في هامته على عهد أمير المؤمنين (ع) فادعى المضروب أنه لا يبصر بعينه شيئاً وأنه لا يشم رائحةً وأنه قد خرس فلا ينطق فقال أمير المؤمنين (ع) إن كان صادقاً فقد وجبت له ثلاث ديات النفس الحديث (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۹).

امام محمد باقر (ع) می فرمایند: در زمان حکومت امیرالمؤمنین (ع)، مردی بر فرق سر مردی زد و مضروب ادعا کرد که هیچ نمی بیند و بو را استشمام نمی کند و زبانش از کار افتاده است و نمی تواند تکلم کند. حضرت فرمود: اگر راست بگوید، سه دیه برای اوست.

ب- ۲) روایت ابراهیم بن عمر که بیان آن گذشت.

ب- ۳) روایاتی که از دست رفتن بخشی از نطق را در نظر گرفته اند: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا فِي رَأْسِهِ فَثَقُلَ لِسَانُهُ أَنَّهُ يُعْرَضُ عَلَيْهِ حُرُوفُ الْمُعْجَمِ كُلِّهَا ثُمَّ يُعْطَى الدِّيَةَ بِحَصَّةٍ مَا لَمْ يُفْصِحْهُ مِنْهَا (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷ ق، ۲۶۳).

سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) چنین روایت کرده است: «آن حضرت (ع) درباره مردی که بر سر مردی زد و زبان او سنگین شد، فرمود: حروف الفبا بر او عرضه می شود و به اندازه ای که از این حروف را نمی تواند ادا کند، دیه به او پرداخت می شود.»

این روایات با قاعده عدم تداخل اسباب (هر سببی، مسبب جداگانه می طلبد)، به این نتیجه می رسند که اگر جنایتی بر شخص وارد آید و شنوایی و گویایی وی از بین برود و به تعبیری، کر و لال شود، دو دیه ثابت خواهد شد.

اشکال اول

ممکن است برخی این شبهه را طرح نمایند که در روایات مثبت دیه برای گویایی، از لفظ «الرجل» استفاده شده است و «الرجل» به انسانی منصرف است که تکلم و گویایی او شکل گرفته و به فعلیت رسیده باشد؛ اما نوزادانی که هنوز قادر به سخن گفتن نشده اند و قوه گویایی آنان بالقوه است، مشمول روایت نمی شوند و باید برای جنایت بر گویایی و تکلم آنان، ارش معین گردد.

در پاسخ این اشکال باید گفت که طفل با غیر طفل در ملاک حکم، اشتراک دارند و تفاوتی میان آنان نیست. همان ملاکی که برای ثبوت دیه نطق و گویایی در روایات آمده، در اطفال نیز وجود دارد؛ زیرا در این روایات برای صرف عدم قدرت بر تکلم، به دیه حکم شده است. مثلاً سکونی از امام صادق (ع) نقل می کند که آن حضرت فرمود:

أَتَى أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (ع) بِرَجُلٍ ضَرَبَ فَذَهَبَ بَعْضُ كَلَامِهِ وَبَقِيَ الْبَعْضُ فَجَعَلَ دِيَّتَهُ عَلَى حُرُوفِ الْمُعْجَمِ ثُمَّ قَالَ تَكَلَّمَ بِالْمُعْجَمِ فَمَا نَقَصَ مِنْ كَلَامِهِ فَبِحَسَابِ ذَلِكَ وَ الْمُعْجَمِ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ حَرْفًا فَجَعَلَ ثَمَانِيَةً وَعِشْرِينَ جُزْءًا فَمَا نَقَصَ مِنْ كَلَامِهِ فَبِحَسَابِ ذَلِكَ (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ص ۳۶۰).

«مردی را که مورد ضرب قرار گرفته بود و قسمتی از تکلمش را از دست داده بود، نزد امیرالمؤمنین (ع) آوردند. آن حضرت، دیده او را بر پایه حروف الفبا قرار داد. پس از آن فرمود: به حروف الفبا تکلم کن؛ پس هر چه از حروف او ناقص بود، به همان نسبت حساب می کرد و حروف الفبا بیست و هشت حرف است؛ بنابراین حضرت (ع) دیده را بیست و هشت جزء قرار داد و هر اندازه که حروف او ناقص بود، به همان نسبت حساب می کرد.»

در این مورد، امکان برگشت قدرت تکلم نسبت به همه یا برخی حروف منتفی نبوده است، اما آن حضرت (ع) تفصیلی نداده اند.

اشکال دوم

چه بسا کسانی این اشکال را طرح کنند که بین جنایت بر شنوایی و از بین رفتن گویایی، ملازمه ای وجود ندارد، بنابراین ملزم کردن جانی به پرداخت دو دیده، خلاف احتیاط است.

در پاسخ باید گفت بین جنایت بر شنوایی و از بین رفتن تکلم و گویایی، ملازمه ای نیست، اما در نوزادی که هنوز سخن گفتن را نیاموخته، این ملازمه وجود دارد. این ملازمه از آن جا ناشی می شود که صحبت کردن، امری اکتسابی است و انسان از راه شنیدن، زبان محیط اطراف خود را فرا می گیرد و سپس قادر به تکلم می گردد؛ از این رو گفتار نوزادان، بدون شنیدن به وجود نخواهد آمد و کودکانی که به هر علت ناشنوا باشند، قادر به تکلم نخواهند بود.

دلیل دوم: اطلاق ادله

ادله ای که برای ذهاب سمع، نطق و سایر منافع، دیده کامل در نظر گرفته اند، این مورد را نیز دربر می گیرند.

در صحیحہ ابراهیم بن عمر می خوانیم:

أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْصًا فَذَهَبَ سَمْعُهُ وَ بَصَرُهُ وَ لِسَانُهُ وَ عَقْلُهُ وَ فَرَجُهُ وَ انْقَطَعَ جَمَاعُهُ وَ هُوَ حَيٌّ، بِسِتِّ دِيَّاتٍ (كلینی، ۱۴۰۷، ص ۳۲۵؛ و طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷، ص ۲۵۲).

امام صادق (ع) فرمود: «امیرالمؤمنین علی (ع) در مورد کسی که مرد دیگری را با عصا زده بود و در اثر آن شنوایی، بینایی، گویایی، عقل، آلت تناسلی اش [به لحاظ برخی

منافع] زایل شده و توان آمیزش او از بین رفته بود در حالی که زنده بود، به شش دیه حکم کردند. «

در همه روایاتی که دیه منافع در آن‌ها ذکر شده است، سخن از دیه در مقابل ذهاب است؛ و ائمه معصوم (ع) تفاوت نگذاشته‌اند بین موردی که از اصل زایل شود و یا به حالت تعطیلی در آید؛ البته در کلمات فقها تفصیل و تغایری میان زوال قوه و تعطیل آن دیده می‌شود که نوعی اجتهاد است و به نص خاص استناد ندارد.

۲. قائلان به یک دیه و یک ارش

محقق سبزواری می‌نویسد:

فی ذهاب سمع الصبی الدیة كما فی الرجل و لو تعطل نطقه به فالحكومة مضافة إلى الدیة؛ أما الأول: فلإطلاق كما مر؛ و أما الثاني: فلأن الحكومة لجناية تعطيل النطق التي لم تحدد شرعا، و الدیة لذهاب السمع. نعم لو زال النطق فتجب دیتان (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۲۶۱).

از بین بردن شنوایی کودک، همانند مرد [بزرگ سال] موجب دیه است؛ و اگر در اثر آن، نطق و گویایی وی نیز به حالت تعطیل درآید، حکومت نیز بر دیه افزوده خواهد شد. وجوب دیه به جهت اطلاق عمومات است؛ و وجوب حکومت، بدین جهت است که جنایت، موجب تعطیلی گویایی وی شده است که شرعاً اندازه‌ای [دیه] برای آن معین نشده است و دیه به دلیل از بین رفتن شنوایی است. بله اگر گویایی زایل شود، دو دیه واجب خواهد بود.

ادله این دیدگاه

دلیل اول: عدم زوال گویایی

به باور این دسته از فقها، در صورت جنایت بر شنوایی نوزاد، گویایی و نطق وی زایل نمی‌شود بلکه به حالت تعطیل در می‌آید؛ و بین تعطیل نطق، با زوال نطق تفاوت وجود دارد. در واقع، این گروه از فقها معتقدند قوه ناطقه و گویایی نوزاد، در اصل از بین نرفته است، بلکه به دلیل مانعی که همان عدم شنوایی باشد، فعلاً به حالت تعطیلی در آمده است. از کلام محقق سبزواری، به قرینه تقابل دو واژه تعطیل و زوال، می‌توان تغایر معنایی آن‌ها را فهمید؛ یعنی تعطیل سمع، چیزی برگشت پذیر است، به گونه‌ای که زوال صدق نکند.

به نظر می‌رسد این دلیل، از استحکام لازم برخوردار نیست و در رد آن، می‌توان به موارد زیر استناد کرد.

الف) به چه دلیل باید گفت که تعطیل منفعت با زوال منفعت، متفاوت است؛ کما این که بسیاری از فقها تصریح دارند که تعطیلی یک قوه و منفعت، با زوال آن تفاوتی ندارد. صاحب مفتاح الکرامه می‌نویسد:

«أن التعطل كالزوال بل يشمله لغة و عرفاً» (حسینی عاملی، بی تا، ص ۴۶۴).

همانا تعطیل شدن، مانند زوال است؛ بلکه از نظر لغوی و عرفی نیز شامل آن می‌شود. یا فاضل هندی می‌نویسد:

«لمساواة تعطيل المنفعة زوالها في المعنى، بل لشمول الزوال له لغة» (۱۴۱۶، ص ۴۱۲).

صاحب جواهر نیز می‌نویسد:

«و لو ذهب السمع كله بقطع أحد الأذنين فدية و نصف للأصل المزبور أيضا، و لو حکم أهل المعرفة ببقاء القوة السابقة إلا أنه قد وقع في الطريق ارتفاق حجبتها عن السماع، احتمال الدية لمساواة تعطيل المنفعة زوالها في المعنى، بل لشمول الزوال له لغة، و احتمال الحكومة لأصل البراءة و بقاء القوة و إن تعطلت فهو كشلل العضو» (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۳۰۰ و ۳۰۱).

«اگر تمام شنوایی با قطع یکی از گوش‌ها از بین برود، یک و نیم دیه ثابت خواهد بود، به دلیل اصلی که بیان شد، و اگر اهل معرفت به باقی بودن قوه شنوایی حکم نمایند؛ مگر این که در راه آن مانعی به وجود آید که مانع از شنوایی شود؛ که در این صورت احتمال دارد دیه کامل برای شنوایی ثابت باشد؛ زیرا تعطیل شدن منفعت در معنا با زوال منفعت مساوی است، بلکه در لغت نیز به این معناست. احتمال دارد به جای دیه، حکومت را ثابت بدانیم، به دلیل اصل برائت و باقی بودن قوه شنوایی؛ هر چند این قوه تعطیل شده است که همانند فلج شدن عضو می‌باشد.»

ب) فقها در موارد مشابه این فرع، به دو دیه کامل حکم نموده‌اند. مثلاً مقدس اردبیلی می‌نویسد:

«و لا فرق في دية السمع بين ذهاب أثره فقط، و بين رتق في ثقبه الأذن بحيث يمنع السماع، لانه يصدق عليه بطلان السمع» (۱۴۰۳، ص ۴۳۰).

«تفاوتی نیست در دیه شنوایی میان از بین رفتن اثرش به تنهایی و ایجاد مانع در سوراخ گوش به نحوی که مانع شنوایی وی شود؛ زیرا بطلان شنوایی بر آن صدق می‌کند.»

ج) آنچه در ثبوت دیه مهم است، صرف از کار افتادن عضو یا منفعت است؛ نه زایل شدن از اصل و ریشه. این نکته از روایاتی که برای تشخیص صحت ادعای مجنی علیه درباره زایل شدن یکی از منافع آن وارد شده، قابل دستیابی است. مثلاً حضرت (ع) در اختیار شنوایی مجنی علیه دستور می دهند که در گوش وی فریاد زده شود یا در مورد بویایی فرموده اند «أَمَّا مَا ادَّعَاهُ أَنَّهُ لَا يَشْمُّ رَائِحَةَ فَإِنَّهُ يَدْنِي مِنْهُ الْحُرَّاقُ فَإِنْ كَانَ كَمَا يَقُولُ وَإِلَّا نَحَى رَأْسَهُ وَدَمَعَتْ عَيْنُهُ»، با این که در این گونه موارد، امکان برگشت حس آسیب دیده پس از چند سال، الزاماً منتفی نیست.

د) یافته های پزشکی نیز بر نقش بی بدیل اطلاعات شنیداری در یادگیری گفتار کودکان اشاره دارد و این یعنی آن که تعطیل نطق، همان اثر و نتیجه زوال نطق را دارا می باشد؛ یعنی ابزار نطق ذاتاً موجود است، ولی به علتی کارایی خود را ندارد.

در یافته های علمی، اطلاعات شنیداری دست کم پنج نقش مهم در یادگیری گفتار در کودک بازی می کنند.

۱. کودکان با گوش دادن به گفتار دیگران می آموزند چگونه نفس آلودگی گفتارشان را تنظیم کنند، چطور تنه زبانشان را خم و راست کنند، و چگونه به طور موزون بین واژه ها و همخوان ها تناوب ایجاد کنند. کودکانی که نمی شنوند، معمولاً این موارد را یاد نمی گیرند که الف) جریان تنفسشان را برای گفتار کنترل کنند؛ ب) زبانشان را برای ایجاد واژه در دهان، به جلو و عقب بچرخانند؛ و ج) اندام های گویایی شان را به نرمی و پیوسته از یک حالت تولیدی به بعدی حرکت دهند.

۲. کودکان با گوش دادن به گفتار دیگران می آموزند چگونه رویدادهای خاص گفتار را تولید کنند؛ مثلاً یاد می گیرند «پ» را با حالت^۱ باز شدن نسبتاً سریع لب ها تشخیص دهند.

۳. کودکان با شنیدن، نظام واج شناسی را کامل می کنند. بدین ترتیب، آن ها واج های زبان جامعه خود را می آموزند. اغلب کودکانی که نمی توانند بشنوند، برخی اصوات زبانشان را به ویژه آن ها که همراه اطلاعات شنیداری در فرکانس های بالا هستند مانند «س» و «ش» یاد نمی گیرند.

۴. بازخورد شنیداری، کودکان را درباره نتایج حالت های تولیدی شان^۲ آگاه می کند و این که چگونه این نتایج با اصوات تولید شده گویندگان دیگر مقایسه می شود؛ مثلاً اگر گوینده ای هوا را از لبانش با شدت بیرون دهد، می آموزد که این کار صدایی انفجاری تولید می کند. اگر او این کار را در مقایسه با دیگر گویندگان زبانش، با قدرت بسیار زیادتر انجام دهد، صدایی را خواهد شنید که ممکن است به طور نامناسبی بلند باشد. برای یک ناشنوا،

ایجاد صدای انفجاری^۳ مختصر، هنگام تولید همخوان‌های انفجاری، نامعمول نیست. ۵. بازخورد شنیداری می‌تواند اطلاعاتی را برای پایش تولید گفتار جاری و کشف خطاها ایجاد کند. مثلاً ممکن است بشنوید می‌گویید: «لباست را بپوش!» و سپس به سرعت، گفته خود را تصحیح می‌کنید و می‌گویید: «لباست را بپوش!» وقتی ناشنوایان مکانیسم حسی‌ای نداشته باشند که این پنج نقش را کامل کنند، یادگیری گفتار و نگهداری الگوهای تولیدی مناسب، وظیفه‌ای شاق بلکه برای کودکان ناشنوا ناممکن خواهد بود (ابراهیمی، ۱۳۸۴).

دلیل دوم: تدریجی بودن زوال

تعطیلی نطق بلافاصله حاصل نمی‌شود؛ بلکه اثر آن، با تأخیر ظاهر می‌شود. بنابراین نمی‌توان برای آن، دیه ثابت کرد. آیت الله فاضل می‌نویسد:

أما تعطل نطقه مع كون الصبی يتأخر نطقه فإن قلنا بأنه كالزوال، فعليه دية بالإضافة إليه وإلا فالحكومة. (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸، ص ۲۲۷).

در این مورد، باید گفت این تأخیر، اثری در ثبوت دیه ندارد و در نهایت باید معتقد شد که تا مدتی صبر می‌شود شاید طفل، با هوش و فراست خود بتواند از راه‌هایی همچون نگاه به لب‌ها نطق را بیاموزد؛ ولی در نهایت اگر نطق و گویایی کودک شکل نگرفت، دیه به وی پرداخت شود؛ نه این‌که در ثبوت دیه و میزان آن بحث شود. کما این‌که در روایات برای موارد متعددی باید صبر کرد و اگر ثابت شد که آن منفعت به طور کامل از بین رفته، دیه ثابت می‌شود.

دلیل سوم: جریان اصالة البراءة

این دلیل که در کلام معدودی از فقها بیان شده (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۰۰ و ۳۰۱) عبارت است از این‌که چون هنوز اعصاب قوه گویایی فرد در مغز از بین نرفته، در نتیجه در تخصیص دیه به آن شک وجود دارد و در موضع شک نیز باید اصل برائت از ثبوت دیه را جاری کرد و ارش را ثابت نمود.

در پاسخ به این اشکال، باید گفت دلیلی نداریم که ثبوت دیه دایر مدار زوال عضو باشد، نه تعطیلی عضو؛ بلکه تفصیل میان زوال قوه و تعطیلی قوه، اجتهاد مجتهدان است نه مقتضای ظهور دلیل؛ و در این صورت، دیگر شکی در تخصیص دیه به تعطیلی عضو وجود نخواهد داشت تا اصل برائت را جاری نماییم.

نتیجه گیری

کودکی که بر اثر جنایت بر سیستم شنوایی، از ارتباطات کلامی بی بهره شده، دو منفعت بزرگ بدن خود را از دست داده است که امید بازگشت آن‌ها نمی‌رود. به همین دلیل، بر اساس روایات باید دو دیه برای شنوایی و گویایی، به وی پرداخت شود. البته اگر ناشنوایی در دورانی اتفاق بیفتد که کودک مقداری از تکلم خود را کامل کرده باشد، قاعدتاً ارش ثابت خواهد بود، نه دیه؛ مگر آن‌که تأثیر فقدان شنوایی به تدریج ظاهر شود و کودک قدرت تکلم خود را حتی در آن مقداری که یاد گرفته بود، از دست بدهد.

بنابراین تغییر موضع قانون‌گذار کاملاً مطابق قواعد و ادله است و بطلان ماده ۴۵۳ قانون مجازات اسلامی پیشین، بیش از پیش واضح می‌گردد.

یادداشتها:

1. gesture .
2. articulation .
3. popping

منابع

۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ .
۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ .
۳. ابراهیمی، امیرعباس (۱۳۸۴)، «گفتار، زبان و سوادآموزی در ناشنوایان»، تعلیم و تربیت استثنائی، شهریور ۱۳۸۴ .
۴. شیخ صدوق (ابن بابویه) محمد بن علی (۱۴۱۳) من لایحضره الفقیه، جلد ۳ و ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم .
۵. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳) مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان، جلد ۱۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول .
۶. فاضل هندی اصفهانی، بهاءالدین محمد بن حسن (۱۴۱۶) کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام، جلد ۱۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول .
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۴)، «قاعده ارش و حکومت در فقه امامیه و اهل سنت»، فقه و حقوق (پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)، بهار ۱۳۸۴ .
۸. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، جلد ۲۹، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول .

۹. حسینی عاملی، سیدجواد (بی تا) مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، جلد ۱۰، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ اول.
۱۰. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة، جلد ۵ قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
۱۱. _____ (۱۴۱۳)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۲. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۷)، المعتبر فی شرح المختصر، جلد ۲، قم، مؤسسه سیدالشهداء (ع)، چاپ اول.
۱۳. خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، جلد ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۴. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۲۹، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۱۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی الفقه الامامیة، جلد ۸، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.
۱۶. _____ (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، جلد ۱۰، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.
۱۷. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۸)، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله، الدیات، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول.
۱۸. فیض کاشانی، محمد محسن (۱۴۱۶)، جلد ۱۶، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع)، چاپ اول.
۱۹. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، جلد ۷، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.
۲۰. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۶)، ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار، جلد ۱۶، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، چاپ اول.
۲۱. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۴۳، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
۲۲. نراقی (فاضل نراقی)، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷)، عوائد الايام فی بیان الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.

خلاصة المقالات

على سبزخدا

دراسة نظرية جواز استمرار زوجية المرأة التي اسلمت بزوجها الكتابي

محمد حسين نجفى راد

إن موضوع (استمرار زوجية المرأة التي اسلمت حديثاً بزوجها الكتابي) يعتبر من الفروع الفقهية فى بحوث الزواج بالأجانب والذى تم طرحه وتداوله فى الكتب الفقهية، ولكن وبما أن منع استمرار الزوجية يحظى بالشهرة أكثر فإنه لم يتم تداول النظرية المخالفة لها ولم يتم البحث فى ادلتها ولم التحقيق فيها .

بالنظر لما لاثبات هذه النظرية من تأثيرات مهمة فى حياة العديد من الأشخاص الذين تشرفوا بالاسلام حديثاً وخصوصاً النساء منهم فإنه يعتبر كذلك ارضية مناسبة لترغيبهم بشكل أكثر للدخول فى الاسلام وقبوله، لذلك يجب علينا فى ضمن التحقيق ودراسة ادلة هذه النظرية أن ندقق فى ادلة المخالفين وكيفية حل هذا الخلاف ودراسة كيفية التغلب عليه . وعليه فإن هذا التحقيق الذى بين ايديكم تبنى القيام بهذه المهمة فهو ومن خلال دراسته وتدقيقه فى الأدلة والمستندات الخاصة بهذه النظرية والادلة المخالفة لها سوف يقوم ببيان أن نظرية (استمرار العلقة الزوجية بين المرأة التى تشرفت بالاسلام حديثاً وبين زوجها الكتابي) ليست فقط مدعومة من ناحية الدليل والمستندات بل أن لها جذوراً وشهرة عند القدماء أيضاً .

الكلمات الرئيسية: أهل الكتاب، أحكام الزواج، الزواج بأهل الكتاب، استمرار الزوجية .



قد نجد القليل من الناس في يومنا الحاضر ومن خلال التعاملات التجارية والمصرفية والتعامل بالاوراق النقدية والضمانات وكذلك في العقود بين الدولة والناس لا يعرف عقد (الاستصناع). ولذلك فإن لمسألة الاستصناع في فقه المعاملات الجديد مجال واسع ومتعدد الانحاء .

هذا العقد كان منذ القدم رائجاً في المعاملات البسيطة والعرفية وبسبب عدم طرحه في المصادر والنصوص الشرعية فإن تداوله من الناحية الفقهية كان وما زال محلاً للبحث والتداول فمرة يعتبرونه عقداً باطلاً ومرة صحيحاً ولازمًا .

ففي الكتابات المتقدمة لأهل السنة كان هذا العقد معروفاً وموجهاً باسم (بيع السلم) و (غير السلم)، وقد قام في الآونة الاخيرة البعض من فقهاء الشيعة بادراجه في ضمن العقود العقلائية المستقلة والبعض الآخر اعتبره من ضمن العقود التركيبية في العقود المختلفة .

وهذه المقالة في صدد بيان ودراسة (الاستصناع) في قالب (البيع) وفي ضمن دراسة انطباق الاستصناع على عشرين شكلاً من أشكال البيع والتي من جملتها (بيع العربون) وتوجيه انطباقه على عقد اختيار المعاملة (Option) والذي لم يتم طرحه مسبقاً في ضمن النصوص الفقهية .

الكلمات الرئيسية: طلبية الصنع، الاستصناع، بيع السلم، اختيار المعاملة، العربون .

التربية العقائدية للأطفال من وجهة نظر الفقه

على رضا اعرافى سيد نقى الموسوى

إن للتربية العقائدية بمعناها التعليمي والاعتقادي وتشكيل الافكار والعقائد للمتربى وايجاد الرؤية والتوجه والالتزام فى مجال التزامه واعتقاده له من الاهمية القصوى فى جانب التربية الاخلاقية والتربية العبادية .

إن دور العائلة والوالدين فى جميع هذه المجالات والابعاد التربوية ومن جملتها التربية الاعتقادية له أهمية قصوى ولا يمكن الاستغناء عنها .

وهذا التحقيق فى صدد بيان الاطر الشرعية ودراسة الوظائف التى تقع على الوالدين من الناحية الشرعية فيما يتعلق بتربية اولادهم من الناحية الاعتقادية وسنقوم على اساس

المنهجية الفقهية ببيان مقدار وجزئيات هذه الوظائف .
وهذا التحقيق الذى بين يديكم يطرح ستة ادلة ليبين فرضية (وجوب التربية الاعتقادية
للأولاد على الوالدين) وبعد أن قام بدراسات مختلفة استطاع الوصول إلى إلزامية
مجموعة من المباني العقائدية واثباتها وقام ببيان الشروط والمقتضيات للقيام بهذه
التكاليف .

الكلمات الرئيسية: التربية الاعتقادية ، التربية العائلية ، رسالة الحقوق ، آية الوقاية .

دراسة فى عنصر الاحتياط فى فقه

العصور المتقدمة للعقيدة الاخبارية والمتأخرة عنها

حسنعلى على اكبريان رسول نادى

لقد تشكلت العقيدة الاخبارية فى القرن الحادى عشر وقد اثرت على الحوزات الشيعية
باشكال مختلفة . هذه المقالة فى صدد بيان ودراسة عنصر الاحتياط فى فقه العصور ما قبل
تشكل الفكر الاخبارى ومقايسته بالعصور التى اعقبت افول هذا التيار . وبعبارة اخرى فإن
السؤال الاهم فى هذه المقال هو ما هى اوجه التشابه والتمايز فى فقه هاتين الدورتين
بالنسبة لمسألة الاحتياط؟ وفى صدد الجواب على هذه المسألة فسوف يتم طرح هذا
السؤال وهو هل أن الفكرة الاخبارية كان لها دور فى هذا التمايز أو لم يكن لها دور؟
بحسب ما نرى بأنه إلى جانب التوجهات المشتركة هناك اختلافات فى نوع التوجه إلى هذا
العنصر فى كلا الدورتين المذكورتين وأنه بعد الاخباريين فإن الاحتياط فى الفتوى ازداد
بشكل ملفت للنظر . وبالتوجه إلى وجود الفكرة الاخبارية فى خلال هاتين الدورتين فإنه
يمكن اعتبار أن احد العوامل المهمة لايجاد الأرضية المناسبة لترويج العقلية الاحتياطية
هو وجود هذه الفكرة .

الكلمات الرئيسية: الاحتياط ، العقيدة الاخبارية ، الفقه الامامى ، العقلية الاحتياطية .

دراسة نظرية توسيع ملاك قاعدة التبعية

محمدصادق مزينانى بلال الشاكرى

هناك سؤال يطرح نفسه فيما يتعلق بقاعدة تبعية الأحكام للمصالح والمفاسد وهو
(هل أن ملاكات الاحكام تخص متعلق الحكم فقط أم أنه يمكن أن توجد فى غير متعلق
الحكم أيضاً؟) اعتقد البعض بأن الاحكام الشرعية تابعة للملاكات الموجودة فى متعلقاتها

فقط ، بينما يعتقد البعض من المتأخرين بأن الأحكام الشرعية كما أنها تكون تابعة للملاكات الموجودة في المتعلق فإنها يمكن أن تكون تابعة لملاكات اخرى في غير المتعلق أيضاً .

وبالتتبع في الادلة ودراستها ظهر بأن النظرية الثانية هي شكل متطور ومتكامل للنظرية الأولى وبما أن بعض الاقسام للحكم الشرعى لم تكن ظاهرة للقدماء لذلك فقد اسسوا على أن الأحكام تابعة للملاكات الموجودة في المتعلق فقط ولكن مع التقدم وظهور اقسام مختلفة للحكم عند المتأخرين فإن هذا السؤال طرح نفسه (ما هو الملاك في هكذا أحكام؟) فقام المتأخرون بتطوير وتكميل نظرية القدماء ووصلوا إلى نتيجة أنه من الممكن أن توجد ملاكات الأحكام في غير المتعلق أيضاً وأن الله سبحانه وتعالى قد وضع بعض الأحكام فيما يتعلق ببعض المصالح والمفاسد في غير المتعلق .

الكلمات الرئيسية : قاعدة التبعية ، المصالح والمفاسد في المتعلق ، المصلحة في نفس الجعل ، التحفظ على الحكم الواقعي .

اصول التاويل فى علم الفقه وبقية الأنظمة المعرفية مواجهة بالنصوص

عبد المجيد مبلغى

إن معرفة اصول ومصدر المعرفة التى قام منها الفقه يسوقنا نحو دراسة عوالم مختلفة من التفسير والتاويل ومواجهتها للنص . ومن وجهة نظر علم التاويل يمكن الكلام حول اربعة انحاء للمواجهة التفسيرية مع النص . المواجهة الاولى هى المواجهة التفسيرية التاريخية اللغوية مع النص ، هذه المواجهة التى تتكىء من جهة على امكانات التحليل اللغوى القديمة والكلاسيكية فى رفع الابهام عن المغلقات والمبهمات الخاصة بالنص ؛ ومن جهة اخرى تعتبر فهم النص مرهوناً بالرجوع المتواصل إلى المفسرين الاوائل ومفسرى المفسرين الاوائل ، ويعتبرون هذه المسيرة قائمة حتى يومنا الحاضر . وهذه المواجهة تعتبر مولد علم الفقه . إن المبنى المعرفى الحاكم على هكذا ادراك للفقه هو اعتبار أن النص ليس له شفافية كاملة وبجانب محكماته هناك متشابهات وإلى جوار بياناته هناك مجملات أيضاً من جهة ، و من جهة اخرى فإن الطريق الوحيد لبيان النقى من المشوه من بين المعلومات الكثيرة القائمة فى عملية التفسير هو الرجوع إلى سلسلة المراتب التفسيرية والسنة المعتمدة المنبثقة منها والتابعة لانجاز المهارات اللغوية التقليدية ، وبذلك يمكن الوصول إلى الفهم المعتمد الموجود فى النص .

وأما المواجهات الثلاث الأخرى للتفسير مع النص هي، المتن الشاهد، التاريخي الانتقادي والمنتن الارتدادي، والتي تعتبر بالترتيب مهد النظريات البنيوية، والفهم الحديث والعلمي للمتن، وفي النهاية الإدراك المتحضر والقائم على الفعل الكلامي. والمقالة القائمة بين يديكم تقوم بتوضيح هذه العقلانيات الأربع في مواجهة النص وتقوم بتقرير موقع الفقه في قبال تلك العقلانيات والتي تعتبر في نفسها وليدة المواجهة الأولى.

الكلمات الرئيسية: الفقه، الامكان المعرفي، النص، التأويل، المواجهة التفسيرية، المتن المقدس.

تعدد الدية في الجناية المؤدية إلى صمم الأطفال

(دراسة المباني الفقهية في تغيير موقف المشرع في اصلاح قانون الجزاء الاسلامي)

رضا اسفنديارى (اسلامى) على رضا فجرى

بناء على قاعدة عدم تداخل الاسباب، فإنه لو وقعت جناية ادت إلى فقدان شخص ما حاسة السمع وعلى اثرها يفقد القدرة على النطق والكلام فإنه تثبت على الجاني ديتان؛ ولكن لو كان المجنى عليه طفلاً رضيعاً لم ينطق بعد، فقد وقع الخلاف بين الفقهاء فيه. حيث حكم المشرع لقانون الجزاء الاسلامي المصوب لعام ١٣٧٥ ش < ١٩٩٦ م في المادة ٤٥٣ لهذه الجناية بدية واحدة وارش واحد؛ ولكنه في قانون الجزاء الاسلامي المصوب لعام ١٣٩٢ ش < ٢٠١٣ م عاد عن رأيه وحكم في المادة ٦٨٧ بديتين لهذه الجناية.

وهذا التحقيق في صدد دراسة المباني الفقهية لهذا التغيير الحاصل في موقف المشرع.

الكلمات الرئيسية: تعدد الديات، صمم الأطفال، تداخل الاسباب، الجناية على المنافع بالقوة، قانون الجزاء الاسلامي.