

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

فقه
کاوشی نو در فقه اسلامی

سال بیستم، شماره اول، بهار ۱۳۹۲

۷۵

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

مدیر مسؤول: عبدالرضا ایزدیناه

سر دبیر: محمدحسن نجفی

مدیر اجرایی: سید محمود کریمی

هیأت تحریریه: عبدالرضا ایزدیناه، محمدحسن نجفی، سیدعباس صالحی

مجتبی احمدی، احمد مبلّغی، سیدضیاء مرتضوی، سیف الله صرامی

کارشناس تحریریه: محمدصادق مزینانی

ویراستار: علی کوچکی

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

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

پست الکترونیک: feqh.osul@gmail.com؛ اینترنت: www.shareh.com امور چاپ: سید حسین موسوی

تهیه و نشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی 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 مقاله‌های 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. مقاله‌های ارسالی، بیش از ۲۵ صفحه^۱ ۳۰۰ کلمه‌ای نباشد.
 ۳. مقاله تحت برنامه word با قلم لوتوس شماره 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 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. مقاله‌های 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 استناد به ادله ظنی در اصول فقه / سیف الله صرّامی
- ۲۱ نقش امتنانیت دلیل در محدودسازی حکم / محمدعلی خادمی کوشا
- ۴۵ تقلید ابتدایی از میت / محمدجواد مسلمی
- ۷۳ اعتبار رأی اکثریت بر مبنای کشف حقیقت و سایر مبانی / مسعود امامی
- ۱۰۷ بررسی فقهی وقف پول / سید صادق طباطبایی
- ۱۳۶ حجیت امارات قضایی بر مبنای علم قاضی / حمید ستوده؛ علی سعیدی
- ۱۷۵ ملاحظاتی در نقد مقاله «حقوق و اخلاق» از کتاب «تضاد و تعارض در اسلام» نوشته کلسون / حسنعلی علی اکبریان
- ۲۰۵ خلاصه مقاله‌ها به عربی / انور پنام

استناد به ادله ظنی^۵

در اصول فقه

سیف‌الله صرّامی*

چکیده: در عصر حاضر، اعتماد بر حجت‌های ظنی همچون خبر واحد، در اثبات گزاره‌های اصول فقهی، مورد تسالم است و معمولاً به بررسی آن نمی‌پردازند. اما در میان پیشینیان اصولی، از زمان سید مرتضی (ره) تا زمان نزدیک به دوره صاحب‌معالم، شهرت یا حتی تسالم را می‌توان بر عدم اعتبار ظنون در اصول فقه، تلقی کرد. از بازخوانی اقوال و ادله در این موضوع، روشن می‌شود که برای قضاوت در «امکان اعتبار ادله ظنی» در اثبات یا ردّ مسائل اصول فقهی، باید به ادله اثبات هر دلیل ظنی به طور خاص، مراجعه کرد. اثبات اعتبار یک دلیل ظنی برای اثبات یا ردّ مسائل فقهی، اعتبار آن را نسبت به مسائل اصولی ثابت نمی‌کند.^۱ این مطلب به بخش ادراکات اعتباری در اصول فقه مربوط است. در بخش ادراکات حقیقی آن، امکان راهیابی ادله ظنی وجود ندارد.

کلید واژه‌ها: ادله ظنی، اصول فقه، حجیت، خبر واحد.

* عضو هیأت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۱- طرح موضوع

به رغم اتفاق فقیهان در پذیرش ادله ظنی معتبر در فقه، این مسأله در اصول فقه از قدیم مورد اختلاف بوده است که آیا دلیل مسائل اصول فقهی می تواند ظنی باشد یا خیر؟ به دیگر سخن، اختلاف در این است که آیا ادله حجیت ظنون شامل حجیت آن برای اثبات مسائل اصول فقهی هم می شود یا خیر؟ این اختلاف، در میان غالب اصولی های پیشین، تا یک مقطع تاریخی خاص، و غالب اصولی های پس از آن قابل ملاحظه است.

اگر در اصول فقه، ادله ظنی را کنار بگذاریم، نتیجه منطقی آن عدم امکان استفاده از هر گونه دلالت ظنی در قرآن و سنت و نیز سند ظنی در خصوص سنت خواهد بود. این به معنای استفاده کمتر از کتاب و سنت در اصول فقه خواهد بود. البته خواهیم دید که ظاهراً مخالفان حجیت ادله ظنی در اصول فقه، به تمام این لوازم ملتزم نیستند.

در این جا، ابتدا دیدگاه مخالفان و موافقان استناد به ادله ظنی در اصول فقه را مرور می کنیم. سپس از چند جنبه به بررسی مسأله می پردازیم.

۲- دیدگاه اصولی های مخالف

اصولی ها از قدیم به احکام ادله ای که در اصول فقه برای اثبات مسائل آن، به کار می آید، توجه کرده اند. سید مرتضی (ره) در مقایسه فلسفی / علمی بین فقه و اصول فقه، این مطلب را طرح می کند که آیا ادله ظن آور برای اثبات گزاره های اصولی، همانند ادله ظن آور برای اثبات گزاره های فقهی، در چهارچوب اماره های مخصوص، حجت است یا خیر؟ پاسخ ایشان این است که امکان حجیت ظن در مسائل اصولی، همچون مسائل فقهی وجود دارد؛ ولی این امکان در هیچ مسأله اصولی، جامه عمل و وقوع نیوشیده است. به نظر وی، دلیل عدم وقوع این است که همچون اصول عقاید، ادله در اصول

فقه، علم آور هستند. ظن در جایی راه پیدا می کند که راهی به علم نباشد. همچنین، در مسائل اصول فقه دلیل قطعی تعبدی بر عمل به ظن وجود ندارد. در فقه هم اگر کسی ظن را حجت بداند، باید برای آن دلیل قطعی تعبدی اقامه کند. شاهد دیگر این که مصوبه ادعای تصویب در اجتهاد را فقط در مسائل فقهی قائل شده اند؛ اما در مسائل اصول فقهی کسی به تصویب قائل نیست. (علم الهدی، ۱۳۴۶، ج ۱، ص ۲۵ و ۲۶)^۲

از سخن بالا چنین بر می آید که ادله اصول فقه باید علم آور باشد و نباید در اصول فقه به ادله ظنی اعتماد کرد. همین مطلب را می توان با تمثیل مشخص به خبر واحد، در سخنی از محقق حلی (ره) سراغ گرفت. وی در رد استدلال به حدیث «دع ما یریک الی ما لایریک» (بروجردی، ۱۳۹۹ ه. ق، ج ۱، ص ۳۳۱)، برای اثبات وجوب احتیاط، می گوید: «و الجواب عن الحدیث ان نقول: هو خبر واحد لانعمل بمثله فی مسائل الاصول.» (المحقق الحلی، ۱۴۰۳ ه. ق، ص ۲۱۶)^۳ (جواب آن که این حدیث خبر واحد است و در مسائل اصولی به مثل خبر واحد عمل نمی کنیم.)

۳- دیدگاه اصولی های موافق

اما اصولی های متأخرتر، در نوع ادله به لحاظ ظنی یا قطعی بودن، تفاوتی میان مباحث اصولی و فقهی نمی بینند. میرزای قمی (ره) یکی از کسانی است که به این عدم تفاوت تصریح می کند: «لا فرق بین مسائل اصول الفقه و فروع فی جواز البنا علی الظن و انه لا دلیل علی اشتراط القطع فی الاصول.» (قمی، بی تا، ص ۲۲۸، سطر ۲۵)، (تفاوتی میان مسائل اصول فقه و فروع فقه در جواز اعتماد بر ظن نیست و هیچ دلیلی بر لزوم قطع در اصول فقه وجود ندارد). نویسندۀ دقیق النظر «هدایة المسترشدين» این مطلب را با توضیح بیش تری بیان کرده است: «منع اشتراط القطع فی مسائل اصول الفقه... کیف و مبنا ادلتهم فی مسائل الاصول علی الظن کمسائل الفقه. غایة الامر اعتبار انتهاء الظن فیها

الی یقین و هو معتبر فی الفقه ایضاً. نعم انتهاء المسائل الفقهیه الی القطع انما یكون فی علم الاصول و اما المسائل الاصولیه فهی تنتهی الی القطع فی ذلك الفن دون غیره فلا بد ان یكون فی جملة مسائلها مسألة قطعیه یكون الاتكال فی الظنون المتعلقة بسائر المسائل علیها (رازی نجفی اصفهانی، ۱۴۲۱.ق، ج ۳، ص ۴۶۷) به گفته وی «شرط قطع در مسائل اصول فقه پذیرفتنی نیست...، در حالی که غالب ادله اصولی ها در مسائل اصول فقه همانند مسائل فقهی، ظنی است. آنچه پذیرفتنی است این که باید ظنون اصولی به یقین منتهی و مبتنی گردند؛ امری که در مسائل فقه هم جاری است. آری، ابتدای مسائل فقهی به قطع در دانش اصول فقه صورت می گیرد. اما مسائل اصولی، در خود اصول فقه به قطع مبتنی می شوند، نه در دانش دیگری. از این رو ضرورت دارد در مباحث اصول فقهی مسأله ای قطع آور وجود داشته باشد تا ظن های متعلق به بقیه مسائل اصول فقه، به آن مسأله قطعی متکی گردد. « شیخ انصاری (ره) نیز ضمن اشاره به سخن پیش گفته از محقق حلی، عدم اکتفای به خبر واحد در اصول فقه را نمی پذیرد. (انصاری، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۸۲)

به نظر می رسد که دست کم از دوره میرزای قمی (ره) تا کنون این مطلب در میان اصولی ها مسلم شده است که در مسائل اصول فقهی، همانند مسائل فقهی، ظن قابل اعتبار است؛ خواه از قبیل ظنون خاص باشد مانند خبر واحد، یا ظن مطلق حاصل از تمام دانستن دلیل انسداد. محقق عراقی (ره) در این باره می نویسد: «لم یفرق احد ممن یقول بحجیة خبر الواحد و الظهورات اللفظیة بین المسائل الفرعیة و الاصولیة کالاستصحاب و نحوه...» (عراقی، ۱۴۰۵.ق، ج ۳، ص ۱۲۶) (هیچکس از کسانی که به حجیت خبر واحد و ظهورهای لفظی قائل هستند، بین مسائل فقهی و اصولی، مانند استصحاب و غیر آن، تفاوتی نگذاشته است.)

تسالم اخیر در اعتبار ادله ظنی، از طرح کردن مسأله ای دیگر هم نمایان است. این مسأله در ذیل مبحث انسداد آمده است. در آن جا این سؤال مطرح

شد که آیا نتیجهٔ دلیل انسداد، بنا بر تمام بودن مقدمات آن، حجیت ظن به حکم شرعی است، یا حجیت ظن به طریق حکم شرعی است، و یا هر دو؟ «هل قضية المقدمات على تقدير سلامتها هي حجية الظن بالواقع او بالطريق او بهما؟» (خراسانی، ۱۴۱۷ ه. ق، ص ۳۱۵) حجیت ظن به طریق حکم شرعی همان حجیت ظن در مسألهٔ اصولی است. (نائینی، ۱۴۰۶ ه. ق، ج ۳، ص ۲۸۰) زیرا حجیت یا عدم حجیت طرق، مسألهٔ ای اصولی است. با وجود مباحث دقیق و عمیقی که اصولیان در این مسأله دارند، تا آن جا که نگارنده می داند، کسی نگفته است احتمال حجیت ظن به طریق در مسأله، به دلیل اصولی بودن، باید کنار گذاشته شود.

۴- نخستین برخورد دو دیدگاه

ظاهراً تا پیش از مسلم شدن مسأله در دورهٔ صاحب قوانین، صاحب معالم اولین شخصیت تأثیرگذاری است که دیدگاه مخالف را در مسأله مورد بحث به چالش کشیده است. وی با نقل نظر پیش گفتهٔ محقق حلی (ره)، در باب تعادل و ترجیح، می گوید: «ان رد الاستدلال بالخبر بانه اثبات لمسألة علمية بخبر الواحد ليس بجيد اذ لا مانع من اثبات مثله بالخبر المعتبر من الاحاد ونحن نطالبه بدليل منعه.» (عاملی، ۱۳۶۵، ص ۲۵۵) (کنار گذاشتن استدلال به خبر [واحد]، با این عذر که استدلال به خبر [واحد] برای اثبات مسألهٔ علمی است، کار نیکویی نیست؛ زیرا هیچ مانعی برای اثبات چنین مسائلی به خبر واحد معتبر وجود ندارد. ما از ایشان دلیل منع را مطالبه می کنیم.) مسألهٔ علمی مورد اشاره در این سخن، ترجیح یکی از دو روایت متعارض به دلیل مخالفت آن با عامه است که یک مسألهٔ اصول فقهی است. دلیل این ترجیح، روایاتی است که در میان متأخران، به ویژه معاصران اصولی، نقل و بررسی آنها در باب تعارض رایج است. مدلول این روایات، ترجیح یکی از دو روایت متعارض به دلیل مخالفت مفاد آن روایت با قول عامه

است. (بروجردی، ۱۳۹۹ ه. ق، ج ۱، ص ۲۵۴) ^۴ محقق حلی (ره) تعبیر خبر واحد را برای این روایات به کار برده و بر طبق نظر خود، آن را در مسأله اصولی قابل استدلال ندانسته است. (حلی، ۱۴۰۳ ه. ق، ص ۱۵۶)

کسانی که پس از صاحب معالم، همگام با او، استدلال اصولی را با تکیه بر ظنون معتبر، بی اشکال دانسته اند، همانند وی به فقدان دلیل بر تفاوت مسأله اصولی و فقهی در این جهت اکتفا کرده اند. حال این که قبلاً دیدیم سید مرتضی (ره) بر ادعای خود مبنی بر تفاوت مسأله اصولی و فقهی در اعتماد به ظنون معتبر، سه دلیل اقامه کرده است. تعجب این است که چگونه بدون طرح و بررسی ادله سید مرتضی (ره)، قول او را کنار گذاشته اند. جالب این که بر قول خود هم هیچ دلیلی اقامه نکرده اند. البته نویسنده دقیق‌النظر حاشیه بر معالم، در کلام پیش گفته خود، اذعان می‌کند که برای اعتماد به ظن در مسائل اصول فقهی، غیر از ادله اعتماد بر ظن در مسائل فقهی، نیازمند ادله ویژه‌ای هستیم. وی این ادله را در دایره حجیت ظن مطلق اصولی، برای اثبات حجیت ادله و طرق در فقه، بر اساس برداشت خود از دلیل انسداد، اقامه کرده است. (رازی نجفی اصفهانی، ۱۴۲۱ ه. ق، ج ۳، ص ۲۵۱؛ و خراسانی، ۱۴۱۷ ه. ق، ص ۳۱۶) اما در ظنون خاص، مثل خبر واحد یا شهرت، که ادله حجیت آن‌ها برای اثبات مسأله فقهی بررسی می‌شود، از ایشان هم بحثی درباره امکان حجیت آن‌ها برای اثبات مسأله اصولی، سراغ نداریم. ادله سید مرتضی (ره) درباره مطلق ظن در مسأله اصول فقهی است؛ چه ظن مطلق و چه ظن خاص. علاوه بر این که مشهور بلکه نزدیک به همه معاصران، معتقدند که مقدمات دلیل انسداد مطلقاً ناتمام است، چه در مسأله اصولی و چه در مسأله فقهی؛ هر چند به نظر نگارنده، جای بازخوانی و بررسی مجدد دلیل انسداد، دست کم در برخی از حوزه‌های فقهی حقوقی، وجود دارد. (صرّامی، منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی، ۱۳۸۲، ص ۳۶۹)

۵- تأثیر عینی ثمره دیدگاه‌ها

قبلاً به ثمره منطقی دو قول، در استفاده بیش‌تر یا کمتر از کتاب و سنت در اصول فقه اشاره شد. این ثمره، به صورت عینی هم در آثار اصولی متقدمان و متأخران، در مواردی جامه عمل پوشیده است. یکی از این موارد، مسأله حجیت ترجیح به مخالفت با قول عامه، در روایات متعارض است که قبلاً ضمن نقل سخنی از صاحب معالم گذشت.

به نظر می‌رسد بیش‌ترین ثمره و تأثیر این مسأله در حوزه اصول عملیه، به ویژه اصل استصحاب رخ داده است. استصحاب در دوره‌های متأخر و معاصر اصول فقه، بسیار وسیع‌تر و حجیم‌تر از دوره‌های قبل، محل بحث و بررسی بوده است. همچنین این مباحث، برخلاف برخی دیگر از مباحث حجیم در اصول فقه، بیش‌ترین آثار را در فقه بر جای گذاشته است. اکثر قریب به اتفاق مباحث متأخران در استصحاب، در حقیقت و در نهایت، به برداشت‌های مختلف از روایات استصحاب باز می‌گردد. از این رو می‌توان نتیجه گرفت که دلیل عمده عدم طرح این مباحث نزد متقدمان، نپرداختن به روایات استصحاب است.

شیخ انصاری (ره) به تفاوت میان ماهیت استصحاب، در صورت استفاده آن از روایات، و ماهیت استصحاب، در صورت استفاده آن از عقل یا بنای عقلا، متفطن است. در صورت اول، استصحاب از احکام ظاهریه‌ای است که برای موضوعات خود به وصف مشکوک الحکم بودن، ثابت است. اما در صورت دوم، دلیل ظنی اجتهادی خواهد بود که بنای عقلا یا عقل به آن حاکم است و نظر به حکم واقعی دارد. (انصاری، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۱۴) به عبارت دیگر در صورت اول، استصحاب از اصول عملیه خواهد بود و در صورت دوم از امارات.

توجه شیخ انصاری در عدم تمسک قدما به روایات استصحاب، این است

که آنان استصحاب را حکم عقلایی یا عقلی می دانسته اند. (همان، ص ۱۳) اما به نظر می رسد این توجیه، ناصواب، یا دست کم ناقص باشد. زیرا جای این پرسش هست که چرا قدا استصحاب را مبتنی بر حکم عقل یا عقلا می دانسته اند یا بدین صورت آن را مورد بحث قرار داده اند نه به عنوان امری مستفاد از روایات؟ هر دانشمندی در هر دانشی یک چشم به منابع دانش و چشمی دیگر به مسائل آن دارد. آنچه را در منابع می یابد، در لباس ادله، پشتیبان و محتوادهنده مسائل می گرداند. به عبارت دیگر، روایات در منظر فقها و اصولیان بوده است و به آن توجهی نکرده اند؛ در حالی که دلالت آن ها بر حداقلی از استصحاب، انکارناپذیر است. پس باید اشکالی در سند آن دیده باشند. اشکال سندی نیز به اندازه ای که در حجیت سند ظنی و دلالت حداقلی مزبور لازم است، بنا بر مبانی مختلف رجالی، وجود ندارد. بیان اثبات این مطلب، نیازمند ورود به مباحث سندی و رجالی است که از گنجایش این مقاله بیرون است؛ اما بر اهل نظر پوشیده نیست. بنابراین، مطلب عکس آن است که از ظاهر کلام شیخ (ره) در این جا به دست می آید. قدا چون استصحاب را از روایات قابل استدلال ندیده اند، آن را اصل عملی قلمداد نکرده اند؛ بلکه آن را از منبع عقل یا بنای عقلا و یکی از امارات، قابل بحث و استدلال دیده اند. زیرا آنان مباحث اصولی را قابل استدلال با ظنونی نمی دانستند که از منبع روایات به دست می آید.

بر مبنای عدم حجیت ظنون در اصول فقه، می توان توجه نکردن قدا به روایات را در سایر مسائل اصولی مورد اشاره هم توجیه کرد. البته صحت این توجیه، لزوماً به این معنا نیست که هر اصولی، به محض باور به یکی بودن مسائل فقه و مسائل اصول در تمسک به ظنون معتبر، در همه مباحث اصولی و از جمله استصحاب، به صورت گسترده به روایات آن تمسک کند. معمولاً مبانی مهم و عمده در هر دانشی، برای این که اثر گسترده و مورد انتظار خود را در آن دانش بر جای گذارد، به فرصت ها و زمینه هایی تاریخی نیاز دارد.

۶- بازخوانی دیدگاه مخالفان

سخن پیش گفته سید مرتضی (ره) درباره عدم اعتبار ظنون در اصول فقه، مطلق است. از طرفی یکی از ظنون معتبر در فقه، ظواهر الفاظ است که در اصول فقه حجیت آن اثبات می شود. قرآن از جمله منابع مهم و اصلی در فقه و اصول، به لحاظ سند، قطعی است اما به لحاظ دلالت، غالباً ظواهر الفاظ آن ظنی است. با این حال سید مرتضی (ره) و سایر مخالفان، مانند موافقان، در مسائل اصول فقهی همچون مسائل فقهی، به ظواهر الفاظ قرآن استدلال می کنند. جای قابل توجهی سراغ نداریم که در اثبات مسأله اصولی به ظواهر قرآن کریم، کسی اشکال کند که ظواهر ظنی است و هیچ ظنی در اصول فقه حجیت نیست.^۵ مقتضای اولیه نظر سید مرتضی (ره) و مانند او، در عدم اعتبار ظنون در اصول فقه، این است که در برابر تمسک به ظواهر قرآن کریم، چنین اشکالی را مطرح کنند؛ اما چنین نکرده اند. برای مثال در بحث حجیت خبر واحد، سید مرتضی (ره) و سایر اصولی های پیشین، آیات مشهور در اثبات حجیت خبر واحد را نقل و بررسی کرده اند (علم الهدی، ۱۳۴۶، ج ۲، ص ۵۳۱؛ حلی، ۱۴۰۳.ه.ق، ص ۱۴۳؛ حلی، جمال الدین، ۱۴۰۴.ه.ق، ص ۲۰۴)، ولی چنین اشکالی را مطرح نکرده اند.

نکته یادشده در تمسک به ظواهر الفاظ قرآن در مسائل اصولی، درباره تمسک به بناهای عقلایی هم وجود دارد. اصولی های متقدم و متأخر، به عرف عقلایی در الفاظ و نیز عرف عقلایی در روابط عبد و مولا، بسیار تمسک می کنند. با این که تمسک به عرف و بنای عقلا، دست کم بنا بر همه انظار در حجیت آن، قطع آور نیست بلکه با شرایط معین و مقرر ظن معتبر است^۶؛ هر چند همانند سایر ظنون معتبر، ممکن است گاهی قطع آور هم باشد.

به این ترتیب در حد تتبع نگارنده، مصداقی برای نظر کلی سید مرتضی و تابعان او در عدم اعتبار ظنون در اصول فقه، غیر از اخبار - که به لحاظ ظنی بودن سند، از آن با عنوان خبر واحد یاد می شود - یافت نشده است. به عبارت دیگر،

سید مرتضی و تابعان او نظر خود را عملاً در اصول فقه، فقط به اخبار غیر علم آور تطبیق داده‌اند و بر آن ثمره بار کرده‌اند. شاید علت این که صاحبان این نظر، غیر از سید مرتضی (ره)، به طور کلی، به آن نپرداخته یا دست کم بدان تصریح نکرده‌اند، بلکه فقط در مواردی آن را بر خبر واحد تطبیق داده‌اند، این باشد که از میان ظنون معتبر در فقه، فقط اخبار ظنی السند در اصول فقه قابل استدلال نیست. اگر به این وضعیت اضافه کنیم که سید مرتضی در فقه هم حجیت خبر واحد را قبول ندارد، نتیجه این خواهد شد که عدم حجیت خبر واحد در اصول، بر اساس ادله پیش گفته^۷ او موکد شود. بررسی ادله^۸ او خواهد آمد.

اگر بپذیریم عدم اعتبار ظنون معتبر در اصول فقه، فقط در اخبار ظنی السند مصداق دارد، این احتمال تقویت می‌شود که مشکل صاحبان این نظر، ظنی بودن آن نیست؛ بلکه مشکل در نقل غیرقطعی قول معصوم (ع) است. برای رفع این مشکل، یا همان اثبات حجیت خبر واحد در استدلال‌های فقهی، از قدیم در میان اصولی‌ها، راه‌های متفاوتی پیموده شده و تحت عنوان ادله^۹ حجیت خبر واحد، بررسی شده است.

با توجه به مجموع گفته‌ها، می‌توان به این نتیجه نزدیک شد که در نظر سید مرتضی (ره) و تابعان او راه‌های یادشده برای اثبات حجیت خبر واحد - که منبع سنت غالباً از نهر آن جاری می‌شود - در حوزه اصول فقه ناتوان است. طبعاً اتخاذ موضع در این باره باید به هنگام طرح راه‌های یادشده بررسی گردد که هر یک در ساختار فعلی دانش اصول فقه، جای خود را دارد. این بررسی در هنگام طرح دلیل انسداد، چنان که قبلاً اشاره شد، از سوی برخی صورت گرفته است. اما هنگام طرح سایر راه‌ها در اصول فقه موجود، سراغی از آن نداریم.^۷

۷- بررسی ادله^۸ سید مرتضی (ره)

چنان که اشاره شد، در مسأله^۹ مورد بحث، تنها سید مرتضی (ره) به اقامه دلیل پرداخته است. دیگران چه موافق، چه مخالف، شاید به علت وضوح مطلب نزد

خود، نیازی به اقامه دلیل نمی‌دیده‌اند. در مقام بررسی ادله سید مرتضی، به نظر می‌رسد این ادله نمی‌تواند مدعای ایشان را ثابت کند؛ که به بررسی آن می‌پردازیم:

دلیل اول وی علم آور بودن همه ادله در اصول فقه است. بنیان این دلیل با نگاهی به متن مباحث اصولی، فرو می‌ریزد. برای مثال، مباحث گسترده الفاظ در علم اصول غالباً برای این است که صغریات حجیت ظواهر الفاظ، طی آن تدوین و سازمان‌دهی شود. مفاد کلی این صغریات این است که فلان لفظ در فلان معنا ظهور دارد؛ مثلاً صیغه امر ظهور در وجوب دارد. معنای ظهور در پیش فرض‌های دانشمندان اصولی، تعیین مراد متکلم از لفظ، به ظن نوعی است. اصطلاح «ظاهر» در مقابل «نص» همین است. در بیان این اصطلاح اختلاف وجود دارد، ولی در این امر اختلافی وجود ندارد که ظن به مراد متکلم - هرچند با شرایط خاص - یکی از مصادیق آن است. (علم الهدی، ۱۳۴۶، ج ۱، ص ۳۲۹؛ طوسی، ۱۴۱۷. ه. ق، ج ۱، ص ۴۰۷ و ۴۰۸؛ علامه حلی، ۱۴۰۴. ه. ق، ص ۶۵؛ بهائی، ۱۳۸۱، ص ۱۴۴) بنابراین دلیلی که در اصول در این بخش اقامه می‌شود که «مراد از فلان لفظ، فلان معناست»، موجب یقین به این گزاره نمی‌شود، بلکه ظن نسبت به آن را در پی می‌آورد. البته در حجیت این ظن به بنای عقلا، کسی از اصولیان تردید نکرده است. شاید مسلم بودن اعتبار این ظن، موجب غفلت از ظنی بودن آن گشته است.

دلیل دوم سید مرتضی عدم دلیل قطعی تعبدی بر عمل به ظن در اصول فقه است. چنان‌که قبلاً اشاره شد، قضاوت درباره این دلیل نمی‌تواند به صورت کلی باشد. باید در هر مورد در ادله حجیت دقت کرد که آیا شامل مسائل اصولی هم می‌شود یا خیر؟ قبلاً، به این بحث اصولی‌ها درباره دلیل انسداد اشاره شد که آیا نتیجه آن حجیت ظن به طریق است یا حجیت ظن به حکم یا هر دو. گفتیم حجیت ظن به طریق همان حجیت ظن در مسأله اصولی است. اما برای مثال، در خبر واحد، با همه اهمیت و کاربرد گسترده‌ای که در فقه و اصول دارد، این بحث را در جای خود، یعنی هنگام بررسی ادله حجیت خبر واحد نیافتیم.

دلیل سوم که شاید مراد سید مرتضی هم از آن مؤید باشد نه دلیل، عدم ادعای تصویب در آرای اصولی است. وجه اثبات مدعا به این نکته، در این است که خاستگاه قول به تصویب، ظن مجتهد به حکم شرعی است. از آن جا که در مباحث اصولی چنین خاستگاهی وجود ندارد، قول به تصویب راه نیافته است. نتیجه گرفته می شود که در اصول فقه، ظن راه ندارد. به نظر می رسد این نکته به هیچ وجه نمی تواند مدعای سید مرتضی (ره) را اثبات کند. زیرا اولاً، جدلی است و ارزش برهانی برای باورمندان به مبنای صحیح تخطئه را ندارد. ثانیاً، عدم طرح قول به تصویب در مسائل اصولی، دلیل عدم امکان طرح آن نیست. ثالثاً، ممکن است ادله تصویب در نظر باورمندان به آن، در حد احکام فقهی، توان اثبات داشته باشد؛ اما در ابعاد گسترده تر از آن، قاصر باشد. به عبارت دیگر، ملاک ادله تصویب فقط ظنی بودن مسأله نیست، بلکه فقهی بودن آن هم دخیل است. بنابراین مسأله اصولی هر چند مظنون باشد، در نظر طرفداران تصویب، مشمول ادله تصویب نیست.

۸- بررسی مسأله با توجه به ماهیت مسائل اصولی

تا این جا و در حد نقد ادله سید مرتضی (ره)، نتیجه حاصل این است که باید به ادله حجیت نگاه کرد تا معلوم شود ظن اصولی را هم، مانند ظن فقهی شامل می شود یا خیر؟ اما پرسش قابل طرح این است که آیا یک ملاک فراگیر برای شمول یا عدم شمول ادله حجیت ظن نسبت به مسائل اصولی می توان سراغ گرفت یا خیر؟ منطقی این است که ماهیت مسائل اصول فقهی را در مقایسه با ماهیت مسائل فقهی بکاویم. در این که مسائل فقهی از اعتباریات است و امر آن یکسره به دست اعتبارکننده آن - در این جا شارع مقدس - است، نمی توان تردید کرد؛ یا دست کم در این جا برای ما مفروض و مسلم انگاشته می شود. اما در مسائل اصول فقه، رد پایی از امکان راه یافتن به پاسخ از این راه، در سخن سید مرتضی یافت می شود. وی در دلیل اول خود، مسائل اصول فقهی را به مسائل

کلامی - که از آن به اعتقادی یاد می‌کند - تشبیه کرده است. (علم الهدی، ۱۳۴۶، ج ۱، ص ۲۵) ادلهٔ تعبید به ظنون، از آن جهت در مسائل کلامی راه ندارد که این ادله به بایدها و نبایدهای اعتباری مربوط است که امر اثبات و نفی آن در دست مصدر اعتبار آن قرار دارد. اما مسائل کلامی که گزاره‌های آن از قبیل «هست و نیست» و ناظر به واقعیت خارجی است، در قلمرو ادلهٔ تعبیدی قرار نمی‌گیرد. بنابراین، این مسألهٔ مهم رخ می‌نماید که آیا گزاره‌های اصولی، همچون گزاره‌های فقهی، اعتباری و از قبیل باید و نبایدهاست، یا گزاره‌هایی حقیقی و ناظر به پدیده‌های تکوینی و از قبیل «هست و نیست» می‌باشد؟

بحث اعتباری بودن مباحث اصولی، در سخن برخی از اصولی‌های متأخر که توجه بیش‌تری به تفاوت ادراکات اعتباری و حقیقی داشته‌اند، قابل ردیابی است. (صرّامی، ۱۳۸۵، ص ۲۴۳) از برخی سخنان علامه طباطبایی (ره) که مبتکر تنظیم و تعمیق مباحث اعتباریات در فلسفهٔ اسلامی است، اعتباری بودن همهٔ مباحث اصول فقه قابل برداشت است. (همان ص ۲۴۶) برخی از معاصران اهل نظر نیز با اشاره به ماهیت مباحث اصولی در بخش‌های مختلف، اعتباری بودن علم اصول را جای تردید ندانسته‌اند: «بخش عمده‌ای از مسائل اصولی که به دلالت مربوط می‌شود، اعتبارات صرف است. بخش دیگری از مباحث اصولی نظیر وجوب مقدمه در محدودهٔ عرف عام؛ و بخش دیگری از مسائل آن، نظیر مسألهٔ «امر به شیء مقتضی نهی از ضد آن است» در قلمرو عرف شرعی است؛ البته اگر این مسألهٔ اخیر را به عرف عام مربوط ندانیم. از این رو در اعتباری بودن علم اصول جای تردید نیست.» (مددی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۵۳) ایشان، همچنین در یک تقسیم‌بندی ابتکاری، محورهای اساسی علم اصول را در پنج محور خلاصه کرده‌اند: «۱. اعتبارات قانونی؛ ۲. مصادر تشریح؛ ۳. طرق رسیدن به مصادر تشریح؛ ۴. ظهورات لفظی؛ و ۵. اصول عملی» (همان، ص ۷۴ و ۷۵)

مشکل این است که همهٔ مباحث اصول فقه را نمی‌توان اعتباری دانست. برخی از بخش‌ها، به ویژه با قلمرو وسیعی که در سخن دوم برای محورهای

مباحث اصولی ذکر کرده‌اند، به هیچ معنایی اعتباری قلمداد نمی‌شود.^۸ برای مثال، اهم مباحث محور اول را چنین شمارش کرده‌اند: «حقیقت اعتبارات، ماهیت اعتبارات شرعی، آثار و احکامی که بر این اعتبارات مترتب می‌گردد، جمع متمثلین...» (مددی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۷۵) این مباحث درباره اعتباریات است؛ اما خود، ماهیت اعتباری ندارد. از این روشن‌تر محور دوم است که چنین توضیح داده شده است: «محور دوم مربوط به حجج و مصادر تشریح است. برخی از پرسش‌هایی که در این محور بررسی می‌شود، بدین شرح است: «مصادر تشریح در اسلام چیست؟ حقیقت کتاب چیست؟ حدود کتاب چیست؟ حقیقت و حدود سنت کدام است؟ و...» (همان، ص ۷۵ و ۷۶) این‌ها مباحث حقیقی درباره حقایقی همچون قرآن و سنت است.^۹

به نظر می‌رسد، اصول فقه به عنوان یک واقعیت و خارج از حصار برخی از تعریف‌ها و ترسیم‌هایی که برای مباحث آن می‌شود، هم شامل مباحث حقیقی است و هم مباحث اعتباری را در بر می‌گیرد. مراد از اعتباری، در این اظهار نظر، مباحثی است که تابع جعل و قرارداد یک مصدر مفروض است؛ مانند احکام شرعی که تعیین آن‌ها تابع جعل شارع است. مباحث حجج و اصول عملیه که آن‌ها نیز حجت بر وظایف عملی را مشخص می‌کنند، بر این اساس، مباحث اعتباری خواهند بود. اما مباحثی همچون احکام عقلی قطع، و جمع بین حکم واقعی و ظاهری، اعتباری نیست. در این صورت می‌توان نتیجه گرفت که در مباحث اعتباری، امکان اعتبار دادن به ادله ظنی وجود دارد. اما در مباحث حقیقی، همچون مباحث کلامی در اصول دین، اعتبار دادن و حجت کردن، معنای محصلی ندارد.

بنابراین، نتیجه نهایی این خواهد بود که در بخش اعتباریات دانش اصول، امکان تمسک به ادله ظنی وجود دارد. در این بخش باید به ادله حجیت این ادله ظنی مراجعه کرد. در صورتی که ادله حجیت آن‌ها شامل مسائل اصولی هم بشود، در اصول فقه هم قابل تمسک خواهد بود. مثلاً ادله حجیت خبر واحد را باید مورد بازخوانی قرار داد که آیا همه یا برخی از آن‌ها می‌تواند برای اثبات

مسائل اصولی هم به کار آید یا خیر؟ این کاری است که در اصل تحقیقی که این مقاله را از آن برگرفته ایم، به انجام رسیده است. اما در بخش‌هایی از اصول فقه که با ادراکات حقیقی روبه‌رو هستیم، مانند مسأله اجتماع امر و نهی، جایگاهی برای تعبد به ادله ظنی وجود ندارد.

یادداشت‌های توضیحی:

۱. مقاله حاضر برگرفته از پژوهشی است که در پژوهشکده فقه و حقوق، در گروه دانش‌های وابسته به فقه، تحت عنوان «منابع و ادله اصول فقه» در حال انجام است.
۲. «اللهم الا ان يقول جوزوا ان يكلف الله تعالى من ظن بامارة مخصوصه...»
۳. و نیز بنگرید به: ص ۱۵۶ و ۱۵۷.
۴. ابواب المقدمات، ۶- باب ما يعالج به تعارض الروايات... .
۵. صاحب اوثق الوسائل از برخی نقل می‌کند که در تمسک به آیه نبأ، برای اثبات حجیت خبر واحد، به ظنی بودن دلالت آیه اشاره کرده‌اند و آن را اشکال استدلال به آیه دانسته‌اند. اما خود او این سخن را با توصیف «ضعیف جداً» رد می‌کند. ر. ک. موسوی تبریزی، موسی بن جعفر: اوثق الوسائل فی شرح الرسائل، کتبی نجفی، قم، ۱۳۶۹، ص ۷۸. شاید مراد وی از صاحب این سخن یا ناقل آن، صاحب قوانین باشد؛ زیرا وی در همین مقام می‌گوید: «ثم ان هذا الاستدلال انما ينهض على من جوز العمل بالمفاهيم وبالظن الحاصل من الظواهر في مسائل الاصول...» (ر. ک. قمی، میرزا ابوالقاسم: قوانین الاصول، اسلامیه، تهران، ۱۳۷۸ ق. ج ۱، ص ۴۳۴).
۶. کسانی مانند شیخ محمد حسین اصفهانی (ره) که سیره عقلا را همان حکم عقل عملی در مشهورات به اصطلاح منطبق می‌دانند، آن را عقلی قطعی قلمداد می‌کنند. اما کسانی که حجیت سیره عقلا را بر پایه معاصرت رفتار یا ارتکاز عقلایی با زمان شارع و سپس اثبات امضای شارع برای آن

می دانند، امکان راه یافتن ظن را به آن باز کرده اند؛ هم از جهت اثبات معاصرت که ممکن است بر اساس نکته استصحاب قهقرایی باشد و هم به لحاظ دلالت سکوتی بر موافقت شارع. (ر. ک. بحوث فی الاصول، ج ۴، ص ۲۳۴)

۷. به این مهم در اصل تحقیقی که مقاله پیشرو از آن گرفته شده، پرداخته ایم.
۸. معانی اعتباری را در این منابع ببینید: طباطبایی: نهاية الحکمه، بی تا، ص ۲۲۷ به بعد؛ و مصباح یزدی: ۱۴۰۵، ص ۳۸۸ به بعد.
۹. این مباحث و موضوعات آن حتی به معنایی که خود ایشان برای اعتباری ذکر کرده اند، نمی تواند اعتباری باشد؛ و گرنه همه علوم اعتباری هستند. (بنگرید به: همان ص ۵۲ به بعد.)

منابع:

۱. انصاری، شیخ مرتضی: فرائد الاصول، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۲. بهائی، محمد(شیخ بهایی): زبده الاصول، مرصاد، قم، ۱۳۸۱.
۳. حسنی، سید محمدرضا، و علی پور، مهدی(به کوشش): جایگاه شناسی علم اصول، مرکز مدیریت حوزه علمیه، قم، ۱۳۸۵.
۴. حلّی، علامه حسن بن یوسف: مبادئ الوصول، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۰۴. ه. ق.
۵. حلّی، محقق، جعفر بن حسن: معارج الاصول، آل البيت(ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳. ه. ق.
۶. خراسانی، محمد کاظم(آخوند): کفایة الاصول، آل البيت(ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۱۷. ه. ق.
۷. رازی نجفی اصفهانی، الشیخ محمد تقی: هداية المسترشدين، جماعة المدرسين، قم، چاپ اول، ۱۴۲۱. ه. ق.
۸. صرّامی، سیف الله: منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی، بوستان

- کتاب، قم، ۱۳۸۲.
۹. _____: جایگاه ادراکات حقیقی و اعتباری در علم اصول فقه نزد علامه طباطبائی، پژوهش و حوزه، ۱۳۸۵، شماره ی ۲۷-۲۸.
۱۰. طباطبائی، سید محمد حسین (علامه): نه‌ایة الحکمة، دار التبلیغ الاسلامی، قم، بی تا.
۱۱. طباطبائی بروجردی، حاج آقا حسین: جامع احادیث الشیعه بی نا، قم، چاپ اول، ۱۳۹۹ ه. ق.
۱۲. طوسی، محمد بن حسن: عدة الاصول، تصحیح محمد رضا انصاری قمی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق.
۱۳. عاملی، حسن بن زین الدین: معالم الدین، جماعة المدرسین، قم، چاپ اول، ۱۳۶۵.
۱۴. عراقی، آقا ضیاء: نه‌ایة الافکار، جماعه المدرسین، قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه. ق.
۱۵. علم الهدی، سید مرتضی: الذریعة الی اصول الشریعة، دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول، ۱۳۴۶.
۱۶. قمی، میرزا ابوالقاسم: قوانین الاصول، بی تا، خطی دو جلدی کامل بدون حاشیه، موجود در کتابخانه پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی به شماره ۳۹/۴.
۱۷. کاظمی، محمد علی: فوائد الاصول (تقریرات درس محقق نائینی)، جماعة المدرسین، قم، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه. ق.
۱۸. مصباح یزدی، محمد تقی: تعلیقة علی نه‌ایة الحکمه، مؤسسه در راه حق، قم، ۱۴۰۵ ه. ق.
۱۹. موسوی تبریزی، موسی بن جعفر: اوثق الوسائل فی شرح الرسائل، کتبی نجفی، قم، ۱۳۶۹.
۲۰. موسوی قزوینی، السید علی: تعلیقة علی معالم الاصول [الدین]، جماعة المدرسین، قم، ۱۴۲۲ ه. ق.

نقش امتنانیت دلیل در محدودسازی حکم

محمدعلی خادمی کوشا*

چکیده: نقش امتنانی بودن دلیل در محدودسازی حکم و منع از جریان احکام امتنانی مثل اصل برائت و... در موارد خلاف امتنان، اولین بار توسط شیخ انصاری مطرح شد و در میان فقیهان متأخر از وی شهرت یافت؛ ولی در عصر حاضر برخی از فقها همانند امام خمینی و متأخران از ایشان با آن مخالفت کرده‌اند. این مقاله با پیش فرض امکان وجود امتنانیت خاص در برخی از ادله احکام در پی اثبات نقش امتنانیت ادله در مقدار دلالت دلیل، تنظیم گردیده است. نوآوری این مقاله عبارت است از تحلیل نظریه شیخ انصاری «قدس سره» مبنی بر عدم جریان ادله امتنانی در موارد خلاف امتنان، و تقریر و توجیه اصولی آن به همراه تحلیل نظریه رقیب (نظریه امام خمینی «قدس سره» و بررسی تفصیلی ادله و در نهایت نقد آن‌ها. رهیافت نگارنده در این مقاله، اثبات تأثیر امتنانی بودن دلیل در محدودسازی حکم از طریق محدودیت دلالت دلیل و سلب اطلاق آن

* هیأت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

است؛ نه از طریق علیت امتنان برای احکام امتنایی که مورد اشکال امام خمینی است.^۱

کلیدواژه‌ها: امتنان، حکم امتنایی، مقام امتنان.

۱. طرح بحث

ادله امتنایی دلیل‌هایی هستند که دارای لسان امتنایی بوده، از وجود امتنان (تخفیف و رعایت آسایش مکلف) در حکم، خبر می‌دهند (ر. ک: خادمی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱). این ادله ویژگی‌هایی دارند که همواره در استنباط احکام، مورد توجه فقها قرار می‌گیرند از جمله این که ادله امتنایی نزد مشهور فقها بعد از شیخ انصاری در محدودسازی حکم به موارد امتنایی، نقش پذیرفته شده‌ای دارند.

ویژگی فوق از جهات مختلف، قابل تحقق است که عمده آن‌ها عبارتند از: الف) علیت امتنان برای ثبوت احکام؛ به این معنا که اگر علت بودن امتنان برای ثبوت حکم از هر راهی اثبات شود، مطابق قاعده «العلّة تعمّم و تخصّص»، می‌توان موارد جریان حکم را به موارد وجود علت محدود نمود؛ در نتیجه، در موارد خلاف امتنان جاری نمی‌شود.

ب) دلّیلت امتنان برای اثبات احکام؛ با توجه به عبارت‌های فقها، محدود کردن حکم امتنایی به موارد امتنان از طریق دلیل امتنایی، از دو راه امکان‌پذیر است:

۱. کشف علیت امتنان از طریق دلیل امتنایی؛ همانند قسمت الف.
۲. عدم اطلاق دلیل نسبت به موارد خلاف امتنان؛ وقتی یک دلیل در مقام امتنان بیان شود، الفاظ دلیل با توجه به وجود قرینه مقامی امتنان، نسبت به موارد خلاف امتنان فاقد اطلاق خواهد بود؛ در نتیجه شامل آن موارد نمی‌شود.

با توجه به عبارت‌های شیخ انصاری در مباحث مربوط به جریان اصل برائت، و فقهای پیرو او در مورد حدیث رفع به روشنی پیداست که ایشان به

دنبال کشف مقدار دلالت دلیل امتنانی و بهره‌گیری از لسان دلیل امتنانی با استفاده از قرینه امتنان بود و به دنبال تضييق و توسعه حکم از طریق علیت امتنان، نیست. (ادامه مقاله)

محل بحث این مقاله که به دنبال بررسی نظر شیخ انصاری و پیروان او در زمینه «نقش امتنانیت دلیل در محدودسازی حکم» است، همان صورت دوم خواهد بود که عبارت است از «نقش امتنان در دلالت دلیل امتنانی».

۲. پیشینه بهره‌گیری از امتنانی بودن دلیل

تا زمان شیخ انصاری از قرینه مقامی امتنان، بیش‌تر به عنوان قرینه‌ای برای تعمیم حکم و کشف دامنه موضوع حکم استفاده می‌شد.^۲ اما با بررسی‌های نگارنده، ظاهراً از زمان شیخ انصاری علاوه بر استفاده مذکور، عرصه دیگری برای بهره‌گیری از امتنان گشوده شد و قرینه مقامی امتنان برای محدودسازی حکم، مورد استفاده قرار گرفت. شیخ انصاری اولین فقیه و اصولی توانمندی است که در این باره، در تألیفات خود، به تصریح سخن گفته است. (ر. ک: شیخ انصاری، فرائد الاصول، ج ۲، ص ۳۵ و ۲۵۸ و ۴۶۳؛ رسائل فقهیه، ۱۱۷-۱۲۴؛ کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۸۶-۸۹؛ مطارح الانظار، ۲۳۷-۲۳۸).

شیخ انصاری در مورد «حدیث رفع» به عنوان یک دلیل امتنانی، بر این عقیده است که این حدیث شریف شامل مواردی نمی‌شود که رفع آثار در آن موارد، بر خلاف امتنان است. (شیخ انصاری، فرائد الاصول، ج ۲، ص ۳۵) عقیده مذکور بعد از شیخ انصاری مورد پذیرش شاگردان و معاصران وی (ر. ک: آخوند خراسانی، ۳۶۹؛ آشتیانی، ج ۲، ص ۱۹؛ تبریزی، ص ۲۶۴) و فقهای پس از او قرار گرفت و مورد تأکید واقع شد (طباطبایی، سیدمحمد رضا، ص ۵۱؛ خوبی، اجود التقریرات، ج ۱، ص ۱۱۷، و ج ۲، ص ۱۷۶؛ حکیم، حقایق الاصول، ج ۲، ص ۳۸۷). حتی محقق نائینی و محقق عراقی (آقا ضیاء) تأثیر امتنانی بودن حدیث رفع را فراتر از نظر شیخ

انصاری دانسته‌اند و از دو جهت، موجب تقييد رفع می‌دانند: اولاً باید وجود حکم بر خلاف امتنان باشد؛ و ثانیاً رفع آن حکم، خلاف امتنان نباشد بلکه موجب امتنان باشد (ر. ک: کاظمی خراسانی، ج ۳، ص ۴۲۳؛ بروجردی، ج ۳ ص ۲۱۳).

اولین فقیه‌ای که نظریه انصاری را نقد کرد، امام خمینی (ره) است. ایشان امتنانی بودن دلیل را برای تقييد حکم شرعی، کافی نمی‌داند (ر. ک: امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۵۲۶). پس از وی نیز نقد مذکور توسط برخی معاصران ادامه یافته است (سیستانی، ص ۳۳۲).

برای بررسی نقش امتنانی بودن دلیل برائت (با فرض پذیرش امتنانی بودن آن)، ابتدا باید به بررسی و تحلیل نظر شیخ انصاری با استفاده از عبارات‌های ایشان و فقهای پس از او پرداخته، آن‌گاه نظر امام خمینی را در نقد و رد نظریه مذکور بیان نموده، بررسی می‌نماییم.

۳. نقش امتنانی بودن دلیل در نظر شیخ انصاری

از جمله مواردی که شیخ انصاری تأثیر امتنان را در مفاد دلیل بیان کرده‌اند، حدیث رفع است. در نظر ایشان حدیث رفع به این دلیل که در مقام امتنان است، نسبت به موارد خلاف امتنان، فاقد اطلاق است؛ بنابراین فقط شامل تکلیف و آثاری می‌شود که رفع آن‌ها خلاف امتنان بر امت اسلامی نیست. مثلاً رفع ضمان نسبت به مال تلف شده در صورت وقوع اتلاف از روی خطا و نسیان، مورد شمول حدیث رفع نیست؛ زیرا رفع ضمان بر خلاف امتنان نسبت به شخص زیان‌دیده است (ر. ک: شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ج ۲، ص ۳۵).

دلیل شیخ انصاری و پیروان نظر ایشان در مورد حدیث رفع، با توجه به این‌که هیچ استدلالی غیر از امتنانی بودن حدیث نیآورده‌اند، وجود قرینه‌مقامی امتنان است.

به نظر می‌رسد که منظور ایشان این است که چون رفع آثار در حدیث رفع در مقام امتنان بیان شده، باید به گونه‌ای لحاظ شود که بتواند مصداق امتنان قرار گیرد تا تناسب سخن و مقام گفت و گو حفظ شود. به همین دلیل، رفع مورد نظر در حدیث رفع، به امتنان مقید می‌شود. یا با توجه به صلاحیت مقام امتنان برای قرینه بودن در مقام بیان، احتمال اعتماد متکلم بر آن وجود دارد و در نتیجه، مانع حصول اطلاق می‌شود. به همین دلیل، محقق عراقی، اقل مراتب تأثیر مقام امتنان را شک در شمول حدیث رفع دانسته است که در این فرض، باید اخذ به قدر متیقن نمود و قدر متیقن، رفع آثاری است که وجودشان خلاف امتنان باشد (بروجردی، ۳، ص ۲۱۲).

۴. نقد امام خمینی بر نقش امتنان

امام خمینی درباره تأثیر امتنانی بودن دلیل بر دلالت دلیل، بر خلاف نظر فقهای پیش از خود، نظر دارند. ایشان ضمن رد عدم شمول دلیل نفی حرج نسبت به موارد خلاف امتنان، بیان کرده‌اند که تقیید دلیل حکم به جهت امتنانی بودن آن، به چند دلیل قابل قبول نیست (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۵۲۶؛ و تقدیری، ص ۲۷۴). این ادله به شرح ذیل است:

۱-۴. دلیل اول: قانونی بودن احکام امتنانی

احکام امتنانی فقط به حسب قانون کلی، امتنانی هستند و در قانون کلی، آحاد افراد در نظر گرفته نمی‌شوند. در نتیجه وقتی در یک قانون نسبت به مجموعه امت امتنان باشد، حکم وضع شده، یک قانون امتنانی است؛ حتی اگر در موردی به یک شخص یا اشخاص صدمه بزند و یا سبب محرومیت آن‌ها از یک حق یا ملکیت شود.

مصلح و مفاسد احکام بر اساس نظر عدلیه نیز همین طور است؛ یعنی مصلحت داشتن احکام به این معنا نیست که هر حکمی نسبت به هر فردی از

آحاد مکلف‌ها دارای مصلحت باشد. نظیر دیگر این مطلب در احکام سیاسی و جزایی است؛ چراکه این احکام، احکام امتنانی بر مجموعه امت است. اگرچه این گونه احکام نسبت به افراد جنایت کار دارای ضرر و حرج هستند. حدیث رفع نیز با وجود این که امتنانی است، شامل تصرف در مال دیگران بدون اذن مالک آن در موارد اضطرار می شود؛ در حالی که نسبت به مالک آن، بر خلاف امتنان است و این با امتنانی بودن به حسب قانون منافاتی ندارد (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۵۲۶).

۲-۴. دلیل دوم: اطلاق ادله امتنانی و عدم علیت امتنان

ادله امتنانی اطلاق دارند و با وجود اطلاق ادله احکام امتنانی، رفع ید از آن‌ها بدون احراز حجت، درست نیست. از آن جا که احتمال دارد امتنانی بودن ادله، نکته ای در تشریح احکام امتنانی باشد نه علت برای آن‌ها، نمی توان از اطلاق ادله دست برداشت و بلکه در فرض احتمال انصراف نیز با وجود اطلاق لفظ، نمی توان از اطلاق ادله دست کشید.

۳-۴. دلیل سوم: اختصاص امتنان به صاحبان عناوین ادله

امتنانی بودن ادله ای مثل «لا حرج» و «لا ضرار» و حدیث رفع، بدون هیچ شبهه و اشکالی فقط نسبت به کسانی است که دارای عناوین مذکورند، نه غیر ایشان. در نتیجه در حدیث رفع، امتنان فقط برای غیر عالمان و بر مضطربان و... (صاحبان عناوین مذکور) است، نه برای مطلق افراد امت.

بنابراین سخن پیامبر (ص) که فرموده است «رفع عن امتی ما لایعلمون»، صرفاً بر کسی امتنان است که «نمی داند»، نه این که علاوه بر غیر عالم، بر عالم نیز امتنان باشد؛ و همچنین «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» فقط نسبت به کسی که در حرج افتاده، امتنان است نه بر همه امت (همان، ص ۵۲۷).

البته طبق نظر صریح امام خمینی، اگر حکم مستفاد از این ادله نسبت به

صاحبان عناوین مذکور، بر خلاف امتنان باشد، می توان گفت شامل مورد خلاف امتنان نمی شود و اما اگر نسبت به صاحب عنوان، امتنانی است و نسبت به غیر صاحب عنوان، امتنانی نیست، در این صورت باید به اطلاق دلیل استناد نمود. امام خمینی بلافاصله پس از بیان اخیر آورده است: «اندیشه کن تا گمان نکنی این سخن با آنچه در ابتدای سخن (دلیل اول) بیان شد، تناقضی دارد» (همان).

از سخن اخیر امام خمینی بر می آید که ایشان نقش امتنانی بودن دلیل را به طور کلی نفی نکرده و در مورد متعلق امتنان در ادله امتنانی (که از نظر ایشان متعلق امتنان، فقط صاحبان عناوین مذکور در ادله امتنانی هستند) نظریه شیخ انصاری را پذیرفته است.

۵. نقدی بر نظریه عدم تأثیر امتنانیت دلیل

ادله امام خمینی از جهاتی قابل ملاحظه است که به ترتیب به بررسی هر کدام از ادله می پردازیم.

۱-۵. بررسی دلیل اول: قانونی بودن امتنان

دلیل اول با ترکیبی از یک قیاس منطقی و یک قیاس لغوی (تنظیر و مقایسه) شکل گرفته است.

قیاس منطقی عبارت است از:

صغری: امتنانی بودن احکام امتنانی به حسب احکام قانونی لحاظ شده است؟

کبری: آنچه به حسب احکام قانونی لحاظ شده، با خلاف آن در موارد شخصی منافاتی ندارد؟

نتیجه: امتنانی بودن احکام امتنانی با خلاف آن در موارد شخصی، منافاتی ندارد.

قیاس لغوی و تنظیر موجود در سخن امام این است که ایشان امتنان موجود در احکام امتنانی را نظیر مصالح و مفاسد احکام و نظیر احکام سیاسی و احکام جزایی دانسته‌اند.

در پایان، حکم به جواز تصرف در مال غیر برای فرد مضطر، بر خلاف امتنان نسبت به غیر دانسته شده است، در حالی که حدیث رفع در آن مورد جاری است.

همه مراحل که در دلیل اول ذکر شده، دارای ملاحظاتی است: در قیاس منطقی، گذشته از کبرای قیاس (مربوط به احکام قانونی) که از ابتکارات امام خمینی بوده و مورد قبول برخی اهل تحقیق واقع شده است، به نظر می‌رسد صغرای قیاس (لحاظ احکام امتنانی به عنوان احکام قانونی) و تطبیق نتیجه قیاس بر مورد بحث، جای ملاحظاتی دارد.

۱-۱-۵. ملاحظه اول: عدم اتحاد محل بحث

اشکال مذکور مبنی بر عدم تأثیر موارد شخصی در احکام امتنانی به دلیل قانونی بودن آن‌ها، به امتنانی بودن خود حکم مربوط است؛ در حالی که آنچه در حدیث رفع و ادله براءت و امثال آن، مورد نظر فقها قرار گرفته، امتنانی بودن لسان دلیل است نه امتنانی بودن حکم؛ و بین امتنانی بودن دلیل حکم با امتنانی بودن خود حکم، فرق بسیاری است که در مقاله «مفهوم‌شناسی احکام امتنانی» از همین قلم به تفصیل بیان شده است (ر. ک: خادمی، ۱۳۹۱، ص ۱۰۷).

دلیل این که واژه «احکام امتنانی» در سخن امام به اعتبار مضمون حکم است نه به اعتبار لسان دلیل، علاوه بر ظهور معنا، این است که تمام مراحل اشکال مذکور (کبری و صغری و نتیجه) مربوط به مضمون حکم شرعی و موضوع آن، بیان شده است؛ در حالی که امتنانی بودن لسان دلیل، اساساً حکم شرعی نیست تا به صورت شخصی باشد یا نوعی و قانونی؛ بلکه فقط قرینه‌ای

برای فهم معنا و کشف مقدار دلالت دلیل شمرده می‌شود.

به دیگر سخن، امتنانیت لسان دلیل صرفاً به مقام اثبات و دلالت دلیل و شیوه بیان حکم مربوط است، بر خلاف امتنانیت حکم که به مقام ثبوت و مرحله تشریح و جعل حکم مربوط می‌باشد که با تصور حکم و موضوع و افراد آن همراه است.

بنابراین سخن امام نمی‌تواند به لسان دلیل مربوط باشد، در حالی که سخن فقها به لسان دلیل مربوط است.

شاید آنچه در محل بحث، موجب متقارب بودن دو مفهوم فوق (امتنانیت لسان دلیل و امتنانیت حکم) شده، این است که امتنانیت حکم، لازمه امتنانیت دلیل حکم است؛ یعنی هر جا دلیل، امتنانی باشد قطعاً حکم نیز امتنانی است؛ زیرا امتنانی بودن دلیل حکم بدون خود حکم، بی معنا و غیرممکن است. به همین دلیل از باب ملازمه، امتنانیت مضمون حکم را کشف می‌کند. در نتیجه، هر چه لازمه امتنانی بودن حکم باشد، لازمه امتنانیت دلیل نیز خواهد بود؛ زیرا لازمه لازم یک موضوع، لازمه همان موضوع است.

اما این سخن در مورد محل بحث ما جاری نیست؛ زیرا کسانی که به عدم جریان حکم براءت در موارد خلاف امتنان معتقد هستند، لازمه امتنانیت حکم را اخذ نکرده‌اند تا بگوییم لازمه امتنانیت حکم، لازمه امتنانیت لسان دلیل است، بلکه آن‌ها دلیل را به سبب لسان امتنانی، فاقد اطلاق دانسته‌اند. بنابراین سخن آن‌ها در مورد لازمه امتنانیت دلیل خواهد بود و می‌دانیم که اگرچه لازمه امتنانیت دلیل، امتنانیت حکم است، عکس آن صحیح نیست و امتنانیت دلیل از لوازم امتنانیت حکم نیست تا قاعده لازمه لازم جاری شود (ر. ک: همان).

۲-۲-۵. ملاحظه دوم: تفاوت امتنانی بودن دلیل با مصالح احکام

تنظیر امتنانی بودن احکام به مصالح و مفاسد احکام، دارای ملاحظات

است:

۱- اگر منظور از احکام امتنانی، احکامی است که علت آن‌ها امتنان است، در این صورت همان ملاحظه^۱ اول پیش می‌آید؛ زیرا در سخن فقیهانی که به تقیید احکام امتنانی معتقدند سخنی درباره^۲ امتنانی که علت حکم است، مطرح نیست تا آن را به مصالح و مفاسد احکام، تنظیر کنیم.

۲- اگر منظور از احکام امتنانی، احکامی است که دلیلشان دارای لسان امتنانی است، در این صورت اولاً اصل تنظیر امتنانی بودن دلیل به مصالح و مفاسد احکام مناقشه دارد؛ زیرا مصالح و مفاسد احکام در رتبه^۳ علت حکمند، ولی امتنانی بودن دلیل در رتبه^۴ دلیل حکم است و تنظیر دلیل به علت، شایسته نیست. ثانیاً این تنظیر نتیجه ندارد؛ زیرا در تبعیت احکام از مصالح و مفاسد در مواردی که مصلحت و مفسده^۵ نوعی ملاک حکم باشد، می‌توان گفت که مصالح و مفاسد به صورت نوعی لحاظ شده است، در نتیجه تخلف از آن‌ها در موارد شخصی، ضرری ندارد. اما در دلالت ادله^۶ امتنانی حتی اگر امتنان بر نوع مکلفان در نظر گرفته شده باشد، باز هم قرینه^۷ مقامی امتنان موجب می‌شود الفاظ دلیل امتنانی از دلالت بر موارد خلاف امتنان شخصی، ناتوان باشد و تا زمانی که بر خلاف امتنان تصریح نشود، شامل موارد خلاف امتنان نمی‌تواند باشد. از این رو کمترین نقش لسان امتنانی و قرینه^۸ مقامی امتنان - همان‌طور که برخی از فقها ذکر کرده‌اند - این است که موجب اجمال دلیل حکم نسبت به موارد خلاف امتنان می‌شود (بروجردی، ج ۳، ص ۲۱۲).

۳- حتی اگر برای تشخیص لحاظ مصلحت و مفسده^۹ نوعی در احکام، ضابطه‌ای وجود داشته باشد (همچنان که محقق نائینی مصالح و مفاسد را در مورد احکام نظامی مبتنی بر مفاسد نوعی و در مورد احکام شخصی مبتنی بر مصالح و مفاسد شخصی دانسته است)؛ و نیز امام خمینی احکام قانونی را تابع مصالح و مفاسد نوعی خوانده است) باز هم تحقق آن ضابطه در مورد امتنانی بودن، نیازمند دلیل است؛ زیرا بین آن ضابطه و امتنانی بودن نسبت تساوی وجود ندارد، بلکه احکام امتنانی می‌توانند قانونی نباشند و خود امتنانی بودن

نیز از احکام قانونی نیست تا گفته شود به صورت نوعی باید لحاظ شود (بنا بر پذیرش احکام قانونی).

بنابراین با توجه به بنای شریعت بر مصالح (شیخ طوسی، عده الاصول، ج ۱، ص ۱۰۶؛ محقق اول، ص ۲۲۱) و این که مصالح و مفاسد احکام، علت حقیقی احکامند (نراقی، احمد، عوائد الایام، ۲۹۴) و با توجه به عقیده مشهور عدلیه مبنی بر این که احکام واقعی تابع مصالح و مفاسد واقعی در متعلقات احکام هستند (آخوند خراسانی، ص ۳۶۴)، ادله ثبوت احکام شرعی، دلالتی روشن بر وجود مصلحت در شخص متعلق حکم دارند و برای اثبات لحاظ مصلحت و مفسده نوعی و عدم توجه به موارد شخصی، به دلیل مضاعف نیاز است.

۳-۲-۵. ملاحظه سوم: جدایی احکام امتنانی از احکام سیاسی و جزایی

در باره تنظیم احکام امتنانی به احکام سیاسی و جزایی، ملاحظاتی غیر از ملاحظات پیشین قابل ذکر است:

۱- گذشته از وجود احکام امتنانی در احکام سیاسی و جزایی در موارد خاص مثل براءت، به طور کلی احکام سیاسی و جزایی به مفهومی که محل بحث است، احکام امتنانی نیستند (اگرچه همه احکام الاهی به مفهوم دیگر، دارای امتنان بر امت اسلامی هستند)، زیرا وجود امتنانی مضاعف بر آنچه در عموم احکام است، ملاک امتنانی بودن احکام است و آن رعایت تخفیف و رفع تضییق نسبت به بندگان است (ر. ک: خادمی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴).

۲- کاملاً واضح است که احکام کیفری نسبت به شخص جانی، امتنانی نیستند؛ زیرا نه تنها هیچ تخفیفی در این احکام نسبت به جانی در نظر گرفته نشده، بلکه گاهی مثلاً در حد زناکاران (سوره نور، آیه ۲) به مجریان دستور داده شده که رأفتی نداشته باشند.

۴-۲-۵. ملاحظه چهارم: تحلیل صحیح حکم مضطر

اما آنچه در پایان دلیل اول ذکر شد که «اکل مال غیر در موارد اضطرار بر خلاف امتنان است ولی مشمول حدیث رفع است»، این مطلب نیز نقضی بر نقش امتنان در محدودسازی دلالت دلیل امتنانی نمی‌تواند باشد؛ زیرا:

۱- آنچه موجب ضرر بر مالک شده، اضطرار مضطر است و جبران آن نیز با ضمان مضطر است که چون رفع آن بر خلاف امتنان است، رفع نشده است. اما نمی‌توان گفت که رفع حکم تکلیفی از مضطر بر خلاف امتنان است؛ زیرا رفع حرمت از مضطر صرفاً موجب رفع عقاب از او است و ارتباطی به ضرر بر شخص مالک ندارد تا خلاف امتنان باشد؛ همچنان که اگر رفع عقاب هم نشود، ضرر مالک جبران نمی‌شود.

۲- حتی اگر رفع حرمت تصرف در مال غیر را در شرایط اضطراری، بر خلاف امتنان بدانیم - چنان که ظاهر کلام برخی از فقها چنین است (خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ، ۱۴۱۸ هـ ق، ج ۶۰، ص ۱۷۶) - باز هم حکم به رفع حرمت در موارد اضطرار (قاعدة الضرورات تبيح المحظورات) به دلیل نادیده گرفتن نقش امتنان در ادله امتنانی نیست؛ زیرا دلیل رفع حرمت از شخص مضطر، انحصاری در ادله امتنانی ندارد و بر اساس ادله غیر امتنانی اعم از عقلی و غیر عقلی بلکه ادله اربعه (انصاری، کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۲۱) ثابت شده است.

اما برای رفع حکم وضعی ضمان در موارد اضطرار، دلیلی غیر از دلیل امتنانی حدیث رفع وجود ندارد که آن هم به دلیل خلاف امتنان بودن بر مالک جاری نمی‌شود. بلکه همان طور که امام خمینی عقیده دارد، مورد اضطرار برای شخص مضطر، صرفاً اکل مال است نه اکل مجانی. در نتیجه رفع ضمان که همان اکل مجانی است، مورد اضطرار نیست تا با حدیث رفع بر طرف گردد (امام خمینی، المکاسب المحرمه، ج ۲، ص ۲۸۷).

۳-۵. بررسی دلیل دوم: اطلاق دلیل امتنانی و عدم علیت امتنان

دلیل دوم امام خمینی بر اطلاق دلیل در مورد احکام امتنانی مبتنی است که از مقدمات ذیل تشکیل یافته است:

۱. ادله اثبات احکام امتنانی نسبت به موارد خلاف امتنان، اطلاق دارند؛ و تقیید اطلاق، نیازمند حجت است.
 ۲. امتنان، به این دلیل که علت حکم نیست و احتمال دارد بیان کننده نکته ای در تشریح حکم باشد، نمی تواند حجتی بر تقیید اطلاق دلیل باشد.
 ۳. نتیجه این که اطلاق ادله امتنانی به وسیله امتنان، قابل تقیید نیست و شامل موارد خلاف امتنان نیز می شوند.
- ملاحظات در دلیل دوم وجود دارد که عبارتند از:

۳-۵-۱- ملاحظه اول: وجود قرینه مقامی در دلیل امتنانی

پیش از این معلوم گردید که امتنانیت هرگاه در لسان دلیل پدیدار گردد، قرینه ای مقامی است که مانع انعقاد اطلاق نسبت به موارد خلاف امتنان و بلکه موجب تقیید دلیل به موارد امتنان است. در نتیجه هیچ اطلاقی که شامل موارد خلاف امتنان شود، منعقد نمی شود تا به دنبال حجتی بر تقیید آن باشیم.

۳-۵-۲- ملاحظه دوم: فقدان مقدمات حکمت

گذشته از وجود مانع برای انعقاد اطلاق، اثبات اطلاق نیازمند احراز مقام بیان است؛ به این صورت که متکلم با لسان امتنانی در مقام بیان حکم برای موارد خلاف امتنان نیز باشد و احراز این مقدمه از مقدمات حکمت، بسیار مشکل است. اما اگر گفته شود که در لسان ادله امتنانی، الفاظ عامی مثل «لاضرر» وجود دارد و الفاظ عام به دلالت وضعی در برخی الفاظ مثل «کل» و دلالت عقلی در برخی دیگر مثل نکره در سیاق نفی همانند «لاضرر» است، در نتیجه عمومیت دلیل با الفاظ عام ثابت می گردد و امتنانیت دلیل نمی تواند مانع انعقاد ظهور عام در عموم شود.

جواب این است که امتنانیت دلیل، مخصص لیبی است؛ به این معنا که به حکم عقل با فرض امتنانی بودن دلیل حکم، خود حکم نیز امتنانی خواهد بود. این ملازمه در مفهوم دلیل امتنانی اثبات شده است (ر. ک: خادمی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۹) و عمومیت موضوع حکم و شمول آن نسبت به موارد خلاف امتنان، با محدودیت حکم (که به موارد امتنان اختصاص دارد) منافات دارد و نمی تواند بر عمومیت خود باقی بماند؛ و گرنه حکم از امتنانی بودن خارج شده، خلاف فرض لازم می آید.

علاوه بر این، در محاورات عرفی نیز دلیل امتنانی اقتضائاً نمی تواند دلالتی بر موارد خلاف امتنان داشته باشد حتی اگر از الفاظ عام استفاده شده باشد؛ مانند این که کسی در مقام احسان و به عنوان هدیه، به دوست خود بگوید: «همه آنچه را که به من حواله شده است به تو واگذار کردم»؛ حتی اگر ندانیم که احسان، علت این کار او است یا فایده ای از فواید آن و یا چیز دیگر، آیا جای شکی هست که لفظ عام «همه...» در این گفتار گوینده، هرگز شامل حواله های بدهی او نمی شود؟ و آیا مخصص این عموم جز فهم عرفی از مقام سخن و انتظار تحقق مفهومی متناسب با مقام احسان و اهدا که مفروض مقام است، چیز دیگری است؟!

۵-۳-۳- ملاحظه سوم: نقش حکمت حکم در مراتب دلالت دلیل

در مقدمه دوم راه تقیید حکم، فقط در صورت علم به علیت امتنان دانسته شده است که با احتمال حکمت بودن امتنان، نمی توان اطلاق دلیل را مقید نمود؛ در حالی که فقط علت حکم می تواند موجب تخصیص و تعمیم حکم شود و حکمت از این توانایی بهره مند نیست، حکمت حکم هرگاه در لسان دلیل ذکر شود یا با استفاده از قرائن لفظی یا مقامی در متن دلیل لحاظ شود- به توضیحی که گذشت- در مراتب دلالت دلیل، تأثیر می کند؛ مثل این که مانع انعقاد اطلاق در دلیل دارای لسان امتنانی می شود؛ اگرچه نتواند همانند «علت»، دلیل مطلق دیگر را مقید نماید.

بنابراین، در محل بحث که دلیل در فضای امتنان بیان شده است، اگرچه

امتنانیت به عنوان حکمت حکم باشد، قرینه‌ای بر دلالت دلیل خواهد بود.

۴-۵. بررسی دلیل سوم

امام خمینی در دلیل سوم، امتنانی بودن را در ادله امتنانی مثل «لا حرج» و «لا ضرر» و حدیث رفع، فقط نسبت به صاحبان عناوین مذکور در این ادله منحصر نمود که از سوی برخی همانند فرزند وی مورد تأکید قرار گرفته است (خمینی مصطفی، ۱۴۱۸ ه. ق، ج ۷، ص ۸۵). این دلیل نیز از جهاتی قابل ملاحظه است:

۱- آنچه در سخن امام خمینی مربوط به اختصاص داشتن به صاحبان عناوین گفته شده و «بلا اشکال و بلا شبهه» دانسته شده است، به موضوع و مورد اجرای حکم مربوط است که احکام امتنانی به طور قطع در صورت عروض عناوین مذکور، در مورد صاحبان آن عناوین جاری می‌شوند. اما غایت و علت یا فلسفه احکام امتنانی چنین نیست و احتمال عمومیت آن نسبت به همه امت اسلامی اعم از صاحبان عناوین مورد نظر و غیر آنها هست و نمی‌توان بلا اشکال آن را به صاحبان عناوین مختص دانست.

مثلاً در حدیث رفع، موضوع رفع به طور قطع فقط صاحبان عناوین مذکور در حدیث است؛ مثل «مضطر» و «مکره» و... ولی نمی‌توان گفت فلسفه یا علت رفع نیز بلا اشکال فقط امتنان بر صاحبان عناوین است؛ زیرا دلیلی بر این سخن وجود ندارد و عبارت‌هایی مثل «ما اضطروا و...» فقط مورد رفع را بیان می‌کنند و مانع عمومیت غایت رفع نیستند.

۲- تعمیم امتنان در احکام امتنانی و شمول آن نسبت به جمیع امت، علاوه بر این که مورد پذیرش فقها بوده و سخنان ایشان گاهی در این عقیده صراحت داشته است (انصاری، فرائد الاصول، ج ۱، ص ۳۲۴؛ فشارکی، ص ۴۷؛ موسوی بجنوردی، ج ۲، ص ۱۷۸) و گاهی نیز ظهور دارد (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۳۸۷؛ و حائری یزدی، ص ۱۹۲)، مقتضای ظاهر برخی از

ادله احکام امتنانی نیز هست .

توضیح این که ظاهر برخی از ادله امتنانی مثل حدیث رفع، با توجه به ذکر عبارت «عن امتی»، این است که امتنان مذکور در حدیث، به همه امت مربوط است و ذکر عناوین مذکور فقط برای بیان موضوع رفع است نه تقیید امتنان . ظاهر برخی از ادله دیگر مثل «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (سوره حج، آیه ۷۸) و «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (کلینی، ۱۳۸۸ هـ. ق، ج ۵، ص ۲۸۰؛ شیخ صدوق، ۱۴۰۴ هـ. ق، ج ۳، ص ۷۶؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۱۴۶-۱۴۷) این است که نفی این احکام در اصل دین بوده و در نتیجه برای همه مسلمانان نهاده شده است . اگر علت این احکام، امتنان باشد، عمومیت معلول موجب کشف از عمومیت علت است؛ در نتیجه ظاهر سخن این خواهد بود که امتنان موجود در این حکم به جمیع امت مربوط است .

شاهد عرفی برای استفاده عمومیت امتنان از عبارت ادله امتنانی، در محاورات عرفی بسیار روشن است مثل این که وقتی گفته شود: «نیکوکاران در مواقع انجام عمل نیک در مورد اموال دیگران در صورت ورود خسارت، مؤاخذه نمی شوند»؛ قطعاً از نگاه عرف، امتنان موجود بر همه نیکوکاران شمرده می شود و اختصاص امتنان وجهی ندارد و بلکه خلاف امتنان است، ولی فقط نیکوکارانی که موجب ورود خسارت شده اند موضوع حکم و مورد فعلیت و تحقق حکم هستند .

بنابراین تعابیر موجود در ادله امتنانی، در عمومیت امتنان ظهور دارد و عدم ابتلا به حکم امتنانی، موجب اختصاص فلسفه جعل آن به مبتلایان به آن حکم نیست و ابتلا و عدم ابتلا به حکم الاهی ربطی به مقام جعل حکم و لحاظ امتنان ندارد و به مقام امتثال مربوط است .

۳- لسان امتنانی سخن از قرائن تعمیم حکم است که در کتب فقه (شهید ثانی، مسالک، ج ۷، ص ۱۴؛ اردبیلی، زبده البیان، ص ۱۱۳؛ و ۱۷۳)، اصول فقه (تونی، ص ۱۱۲؛ میرزای قمی، ص ۲۲۴؛ اصفهانی، ج ۳،

ص ۲۴۳ حائری یزدی، ص ۱۶۰) و علوم دیگر (نراقی، محمد مهدی، ص ۱۶۴؛ سیوطی، ج ۲، ص ۴۲) بدان تصریح شده است حتی برخی عمومیت برخاسته از امتنانیت را آبی از تخصیص دانسته‌اند (انصاری، فرائد، ج ۲، ص ۴۶۲). بنابراین خود امتنان در هر محدوده‌ای مثل امت پیامبر، اسلام، دین، ... مطرح شود، عمومیت دارد و نیازمند قرینه‌ای بر تعمیم نیست؛ بلکه وجود خودش قرینه‌ای بر تعمیم است؛ البته واضح است که با اختصاص حکم به مورد تحقق موضوع حکم، منافاتی ندارد.

۴- در مقام اجرا و عمل، تعمیم امتنان، لازمه امتنان بر صاحبان عناوین مذکور است؛ زیرا اموری که در حدیث رفع و لاجرح و لاضرر و امثال آن جزو مرفوعات شمرده شده‌اند، اگرچه در مورد صاحبان عناوین تحقق می‌گیرد، رفع تضییق و امتنانی که با رفع آن امور صورت می‌گیرد، اختصاصی به صاحبان عناوین ندارد؛ بلکه به صورت مستقیم به آن‌ها مربوط است، اما به صورت غیرمستقیم و با واسطه در اثر ارتباط آنان با غیر صاحبان عناوین، شامل دیگران نیز می‌شود.

مثلاً وقتی احکام حرجی از فردی برداشته می‌شود، قطعاً اطرافیان او و کسانی که با او در ارتباط هستند نیز از این تخفیف و آسایش بهره می‌برند، جامعه نیز از آن منتفع می‌شود؛ و ظاهر ادله‌ای مثل رفع عن امتی و لاضرار فی الاسلام، ... این است که این احکام به دلیل آسایش فردی و عمومی جعل شده است. مثلاً اگر طهارت مائی بر مریض حتی اگر ضرری و حرجی باشد، واجب می‌شد، آیا موجب مشقت بر همراهان او نبود؟

بنابراین اگر ادعای قطع به عدم امتنان نسبت به غیر صاحبان عناوین به جهت عدم تصور رفع تضییق در غیر صاحبان عناوین باشد، قطعاً قابل مناقشه است؛ زیرا مقتضای ظاهر ادله امتنانی، عمومیت امتنان است و مقتضای عمومیت آن نیز این است که امتنان در احکام امتنانی به دو گونه لحاظ شده باشد: یکی مستقیم که شامل صاحبان عناوین موجود در احکام امتنانی است؛

و دیگری غیرمستقیم که شامل غیر آن‌ها بلکه کل جامعه می‌شود.

۵- وقتی حکمی فقط نسبت به گروه خاصی به عنوان امتنانی در نظر گرفته شود به گونه‌ای که نسبت به گروه دیگری امتنان نداشته باشد و بلکه گاهی موجب ضرر بر دیگری باشد، نمی‌توان چنین حکمی را امتنانی نامید. زیرا حکم امتنانی، حکمی است که موجب تخفیف بر بندگان است و اگر قرار باشد نسبت به گروه خاصی موجب تخفیف باشد ولی نسبت به گروه دیگر موجب تخفیف نبوده، گاهی موجب تشدید باشد، دیگر وجهی ندارد که آن را امتنانی بنامند. بلکه چنین احکامی را می‌توان به لحاظ حال غیر صاحبان عناوین، غیر امتنانی نامید.

به عبارت دیگر، پذیرش اختصاص امتنان در یک حکم نسبت به گروه خاص، منافی امتنانت آن حکم است که نه در مقام جعل حکم، قابل قبول است و نه در مقام تسمیه. در مقام جعل، به این دلیل که اگر امتنان بر بندگان منشأ حکم است، با خلاف امتنان قابل جمع نیست و امتنان بر یک گروه خاص با خلاف امتنان بر گروه دیگر تعارض می‌کند. دلیل معقولی بر ترجیح یک گروه وجود ندارد؛ زیرا عناوینی مثل عناوین یاد شده در حدیث رفع، موجب فضیلت و ترجیح صاحبان عناوین بر غیر آن‌ها نمی‌شود. در مقام تسمیه نیز به این دلیل که امتنانی نامیدن حکمی که دارای امتنان بر گروهی و خلاف امتنان بر گروه دیگر است، توجیهی ندارد و چنین اصطلاحی وجود ندارد؛ و گرنه اغلب احکام قضایی و... نسبت به گروهی موجب ضیق و جعل محدودیت بوده، نسبت به برخی دیگر موجب گشایش است؛ مثل قاعده سلطه و قاعده ضمان و... .

۶- نتیجه گیری

هرگاه گفتار گوینده در مقام امتنان و تخفیف بر مخاطبان بیان شود قرینه‌ای مقامی برای سخن گوینده بوده و مانع اطلاق کلام می‌شود. بنابراین ادله لفظی شرعی نیز تابع این قاعده کلی بوده و به همین جهت امتنانی بودن دلیل به عنوان قرینه مقامی، مانع انعقاد اطلاق برای دلیل امتنانی می‌شود. در نتیجه، احکامی

که از ادله امتنانی به دست می‌آید، شامل موارد خلاف امتنان نمی‌شوند و ادله‌ای که برای اطلاق ادله امتنانی بیان شده، قابل مساعده نیست و ملاحظات متعددی بر آن‌ها وارد است. بنابراین اگر اجرای حکمی که از این ادله به دست آمده، در موردی موجب ضیق و مشقت بر فردی شود به گونه‌ای که بر خلاف امتنان شمرده شود، دلیل امتنانی نمی‌تواند شامل آن مورد باشد.

یادداشت‌های توضیحی:

۱. این مقاله بخشی از تحقیقی است که در پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی در گروه دانش‌های وابسته به فقه تحت عنوان «بازخوانی اصل برائت با تکیه بر امتنانیت آن» در دست انجام است.
۲. ر. ک: منابع فقهی: علم الهدی، الناصریات، ۱۰۰؛ ابن زهره حلی، غنیة النزوع، ۴۲؛ علی مومن قمی، جامع الخلاف و الوفاق ۲۶؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ج ۳، ص ۲۸۶، مختلف، ج ۱، ص ۲۲۳؛ فاضل مقداد سیوری، التنقیح الرائع، ج ۱، ص ۵۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۷، ص ۱۴؛ احمد اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱، ص ۲۴۸؛ سید محمد عاملی، ج ۱، ص ۱۱۱؛ شیخ بهاء الدین محمد عاملی، الحاشیة علی کتاب من لایحضره الفقیه، ص ۳۳؛ محمدتقی مجلسی اول، روضة المتقین ج ۱، ص ۳۰؛ محمد باقر سبزواری، ذخیره العباد، ج ۱، ص ۹۷؛ حسین بن جمال الدین خوانساری، مشارق الشموس، ۲۶۰؛ فاضل جواد کاظمی، مسالک الافهام الی آیات الاحکام، ج ۱، ص ۸۷؛ محمد اسماعیل خاجوئی مازندرانی، الرسائل الفقهیه، ج ۲، ص ۳۹۶؛ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱، ص ۱۷۵؛ محمدباقر وحید بهبهانی، الحاشیة علی مدارک الاحکام، ج ۱، ص ۴۶؛ میرزا ابوالقاسم قمی، غنائم الايام، ج ۱، ص ۳۰۶؛ سیدعلی طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱، ص ۱۳۰؛ شیخ اسدالله تستری کاظمینی، مقابس الانوار و نفائس الاسرار، ص ۳۳؛ احمد

نراقى، عوائد الايام، ٣٠٨؛ على كاشف الغطاء، النور الساطع فى الفقه النافع، ج ١، ص ٢٥٢؛ محمد حسن نجفى، جواهر الكلام، ج ١، ص ٦٨، وج ٥، ص ١٢١.

منابع اصولى: عبدالله بن محمد تونى، الوافية فى اصول الفقه، ص ١١٢؛ طباطبايى كربلايى، مفاتيح الاصول، ١٩٤؛ ميرزا ابوالقاسم قمى، قوانين الاصول، ٣٢٤؛ محمدتقى اصفهانى، هداية المسترشدين، ٢٤٣/٣؛ محمد حسين حائرى، الفصول الغروية، ١٧٣؛ سيدعلى موسوى قزوينى، تعليقة على معالم الاصول، ٨٢٨/٤.

منابع:

١. آخوند خراسانى، ملا محمد كاظم: كفاية الاصول، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، چاپ اول، ١٤٠٩ هـ. ق.
٢. آشتيانى، ميرزا محمد حسن (١٣١٩ هـ. ق): بحر الفوائد فى شرح الفرائد، چاپ سنگى.
٣. ابن زهره ابوالمكارم حمزه بن على (٥٨٥ هـ. ق): غنية النزوع إلى علمى الأصول و الفروع، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم، ايران، اول، ١٤١٧ هـ. ق.
٤. اردبيلى، احمد (٩٩٣ هـ. ق): زبدة البيان فى احكام القرآن، المكتبة الجعفرية، تهران.
٥. _____: مجمع الفائدة و البرهان فى شرح ارشاد الاذهان، دفتر انتشارات اسلامى، قم، ١٤٠٢ هـ. ق.
٦. اصفهانى، محمدتقى (١٢٤٨ هـ. ق): هداية المسترشدين فى شرح معالم الدين، مؤسسه آل البيت، قم.
٧. امام خمينى: المكاسب المحرمه، مؤسسه اسماعيليان، قم، ١٤١٠ هـ. ق.
٨. امام خمينى، روح الله موسوى (١٤١٠ هـ. ق): كتاب البيع، موسسه تنظيم

و نشر آثار امام خمینی، تهران، اول، ۱۴۲۱ ه. ق.

۹. انصاری، شیخ مرتضی: رساله فی قاعدة لاضرر (ضمن رسائل فقهیه شیخ انصاری). قم، ۱۴۱۴ ه. ق.
۱۰. انصاری، شیخ مرتضی (۱۲۸۱ ه): رسائل فقهیه، کنگره شیخ انصاری، قم، ۱۴۱۴ ه. ق.
۱۱. _____: فرائد الاصول، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۱۹ ه. ق.
۱۲. _____: کتاب المکاسب، کنگره شیخ انصاری، قم، ۱۴۱۵ ه. ق.
۱۳. _____: مطارح الانظار، چاپ سنگی.
۱۴. بحرانی، یوسف، (۱۱۸۶ ه. ق): الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، انتشارات جامعه مدرسین، قم.
۱۵. بروجردی، محمدتقی: نهاییه الافکار (تقریرات بحث آقا ضیاء)، انتشارات جامعه مدرسین، قم، ۱۴۰۵ ه. ق.
۱۶. تبریزی، موسوی: اوثق الوسائل، چاپ سنگی.
۱۷. تستری کاظمی، شیخ اسدالله: مقابس الانوار و نفائس الاسرار، چاپ سنگی.
۱۸. تقدیری: کتاب البیع (تقریرات درس امام خمینی) مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران، چاپ اول.
۱۹. تونی، عبدالله بن محمد: الوافیة فی اصول الفقه، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۱۲ ه. ق.
۲۰. حائری، محمدحسین (۱۲۵۰ ه. ق): الفصول الغروية فی الاصول الفقهية، داراحیاء العلوم الاسلامیه، قم، ۱۴۰۴ ه. ق.
۲۱. حائری یزدی، عبدالکریم (۱۳۵۵ ه. ق): درر الفوائد، انتشارات جامعه مدرسین، قم.
۲۲. حکیم، سید محسن (۱۳۹۰ ه. ق): حقایق الاصول، کتاب فروشی بصیرتی، قم.
۲۳. حلی، علامه ابومنصور حسن بن یوسف بن مطهر الاسدی (م ۷۲۶ ه. ق):

- تذكرة الفقهاء، (ط ج) مؤسسه آل البيت ع، قم ط اول: ١٤١٤ .
- ٢٤ . _____ : مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ٩ جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم، ايران، دوم، ١٤١٣ هـ. ق.
- ٢٥ . _____ : منتهى المطلب، (ط ج) مجمع البحوث الاسلاميه، مشهد، ط اول، ١٤١٢ هـ. ق.
- ٢٦ . خاجوئي مازندراني، محمداسماعيل (١١٧٣ هـ. ق)، الرسائل الفقيهيه، دارالكتب الاسلامي، قم، ١٤١١ هـ. ق.
- ٢٧ . خادمي كوشا، محمدعلي: مفهوم شناسي احكام امتناني، فقه كاوشي نو در فقه اسلامي ١٣٩١، شماره ٧٤.
- ٢٨ . خميني، سيد مصطفی (١٣٩٨ هـ. ق): تحريرات في الاصول، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني قدس سره، ١٤١٨ هـ. ق.
- ٢٩ . خوانساري، حسين بن جمال الدين: مشارق الشموس، مؤسسه آل البيت (ع) (چاپ سنگي)
- ٣٠١ . خويي، سيدابوالقاسم: اجود التقريرات (تقريرات بحث محقق نائيني) مؤسسه مطبوعات ديني، قم، ١٣٦٩ ش.
- ٣٢ . _____ : موسوعة الامام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه احياء آثار الإمام الخوئي ره، قم، ايران، اول، ١٤١٨ هـ. ق.
- ٣٣ . سبزواري محمد باقر (م ١٠٩٠ هـ. ق): ذخيرة المعاد في شرح الارشاد، مؤسسه آل البيت، ٧ (چاپ سنگي) - عربي ٣ مجلد.
- ٣٤ . سيستاني، سيدعلي: قاعدة لاضرر ولاضرار، كتابخانه آيت الله سيستاني، قم، ١٤١٤ هـ. ق.
- ٣٥ . سيوري، فاضل مقداد: التنقيح الرائع، كتابخانه آيت الله مرعضي، قم، ١٤٠٤ هـ. ق.
- ٣٦ . سيوطي، : جلال الدين (٩١١ هـ. ق.)، الاتقان في علوم القرآن،

دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۶ ه. ق.

۳۷. شماره ۲۲، آخوند خراسانی، ملامحمد کاظم... .
۳۸. شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی (۹۶۵ ه. ق): مسالک الافهام، مؤسسه معارف اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ه. ق.
۳۹. شیخ صدوق محمد بن علی بن بابویه (۳۸۱ ه.): من لایحضره الفقیه، جامعه مدرسین، قم، ۱۴۰۴ ه. ق، عربی، ۴ مجلد.
۴۰. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن (۴۶۰ ه. ق): تهذیب الاحکام، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چهارم، ۱۴۰۷ ه. ق.
۴۱. _____: العدة فی الاصول الفقه، مؤسسه آل البيت (بی تا).
۴۲. طباطبایی، سید علی (۱۲۳۱ ه. ق): ریاض المسائل، مؤسسه انتشارات اسلامی (جامعه مدرسین)، قم، ط اول، ۱۴۱۲ ه. ق.
۴۳. طباطبایی، سید محمد رضا، تنقیح الاصول (تقریر درس آفاضیاء عراقی) چاپخانه حیدری، نجف ۱۳۷۱ ه. ق.
۴۴. طباطبایی کربلایی، سید محمد (حدود ۱۲۲۹ ه. ق)، مفاتیح الاصول، چاپ سنگی.
۴۵. عاملی (شیخ بهاء الدین) محمد: الحاشیة علی کتاب من لایحضره الفقیه، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۲۴ ه. ق.
۴۶. علم الهدی، سید مرتضی علی بن حسین موسوی: المسائل الناصریات، یک جلد، رابطه الثقافة و العلاقات الإسلامیة، تهران، ایران، اول، ۱۴۱۷ ه. ق.
۴۷. فشارکی، سید محمد (۱۳۱۶ ه. ق): الرسائل الفشارکیه، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ه. ق.
۴۸. قمی سبزواری، علی مؤمن: جامع الخلاف و الوفاق، زمینه سازان ظهور امام عصر (ع)، قم، اول، ۱۴۲۱ ه. ق.
۴۹. قمی گیلانی (میرزای قمی)، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۲۳۲ ه. ق):

- غنائم الأيام فی مسائل الحلال و الحرام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیه قم، اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۵۰. کاشف الغطاء نجفی، علی بن محمد رضا بن هادی: النور الساطع فی الفقه النافع، ۲ جلد، مطبعة الآداب، نجف اشرف، عراق، اول، ۱۳۸۱ هـ. ق.
۵۱. کاظمی خراسانی، محمد علی: فوائد الاصول، (تقریرات بحث محقق نائینی) انتشارات جامعه مدرسین، قم، چاپ ۱۴۰۴ هـ. ق.
۵۲. کاظمی، (فاضل جواد): جواد بن سعد اسدی: مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام، ۴ جلد.
۵۳. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (م ۳۲۹ هـ. ق): الکافی، دارکتب الاسلامیه، تهران، ط سوم، ۱۳۸۸ هـ. ق.
۵۴. مجلسی اول، محمد تقی (۱۰۷۰ هـ. ق)، روضة المتقين، بنیاد فرهنگ اسلامی (بی تا)
۵۵. محقق اول، نجم الدین جعفر بن حسین (م ۶۷۶ هـ. ق): معارج الاصول، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۵۶. موسوی بجنوردی، حسن (۱۳۷۹ هـ. ق): منتهی الاصول، چاپ سنگی (بی تا).
۵۷. موسوی قزوینی، سید علی (۱۲۹۸ هـ. ق): تعلیقة علی معالم الاصول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۵۸. نجفی، شیخ محمد حسن (م ۱۲۶۶ هـ. ق): جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، دارکتب الاسلامیه، تهران، ط سوم، ۱۳۶۷ ش.
۵۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۲۴۵ هـ): عوائد الايام، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۶۰. _____: مستند الشیعه، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، مشهد، ۱۴۱۵ هـ. ق. نراقی، محمد مهدی (۱۲۰۹ هـ. ق): الجامع لجوامع العلوم، چاپ سنگی. ۵۸. وحید بهبهانی، محمد باقر (۱۲۰۵ هـ. ق): الحاشیة علی مدارک الاحکام، مؤسسه آل البيت (ع) مشهد، ۱۴۱۹ هـ. ق.

تقلید ابتدایی از میت

محمدجواد مسلمی*

چکیده: تقلید از مجتهد به معنای پیروی نمودن از فتوای او، شایع‌ترین طریقی برای رسیدن به احکام شریعت در میان افراد غیرمجتهد است. در این مقاله به یکی از انواع تقلید یعنی تقلید ابتدایی از مجتهد پس از فوت او پرداخته شده است. مقاله حاضر در سه محور به سامان رسیده است که در ابتدا به مفهوم‌شناسی تقلید و توضیح اصطلاحاتی در باب تقلید و همچنین بیان تاریخچه این بحث در میان فقها و اصولیان پرداخته شده است. نویسنده در محور دوم پس از ذکر ادله هر یک از دو گروه مانعین و مجوزین تقلید ابتدایی از میت و تبیین مراد آن‌ها، به بررسی ادله و نقض و ابرام پیرامون آن‌ها اقدام نموده است. بخش سوم این مقاله نیز در برگرفته جمع‌بندی مؤلف از ادله طرفین و ارائه برداشت فقهی او است که در آن دلیل عمده برای حکم به جواز تقلید ابتدایی از میت، «ارتکاز عقلایی» شناخته شده است.

کلیدواژه‌ها: تقلید ابتدایی، اشتراط حیات در مقلد، سیره متشرع، سیره عقلا، ارتکاز عقلایی.

*دانش‌آموخته و مدرس حوزه علمیه.

مفهوم شناسی تقلید

واژه «تقلید» در لغت به معنای «پیروی کردن از قول یا فعل دیگری بدون تأمل و نظر در دلیل آن قول یا فعل» می‌باشد؛ اما در اصطلاح فقهی «استناد و اعتماد غیر مجتهد به فتوای مجتهد در مقام عمل» تقلید گفته می‌شود.

دو اصطلاح دیگر نیز در مباحث تقلید وجود دارد، و آن دو «تقلید ابتدایی» و «تقلید استمراری» است، و همان‌طور که از ظاهر آن‌ها می‌توان فهمید، تقلید ابتدایی به معنای آغاز نمودن پیروی و أخذ فتوا از مجتهد است؛ در حالی که در تقلید استمراری، مکلف پس از مدتی پیروی از یک مجتهد، درباره بقا بر همان تقلید یا تغییر مجتهد و مفتی خود، به استمرار همان تقلید تصمیم می‌گیرد.

بحث درباره تقلید از مجتهد و تمام بودن أدله جواز آن، به عنوان پیش فرض این مقاله، پذیرفته شده است؛ از این رو در تحقیق، با فرض جواز تقلید عامی از مجتهد و حجیت فتوای مجتهد برای او، به دنبال آن هستیم که درباره یکی از انواع تقلید یعنی تقلید ابتدایی از میت، مباحثی داشته باشیم. البته امیدواریم در این مقاله با بررسی ادله تقلید ابتدایی از میت، مطالب مبهم در مسأله بقای بر تقلید از میت نیز روشن گردد.

تاریخچه بحث در مسأله

در قدیمی‌ترین کتبی که به دست ما رسیده صفت حیات از جمله صفات مفتی ذکر نشده است؛ از جمله این آثار می‌توان از «الذریعة» سید مرتضی، «العدة» شیخ طوسی و «الغنیة» سید بن زهره نام برد. می‌توان گفت آنچه تتبع در کتب اصحاب نشان می‌دهد، طرح این بحث به صورت مستقل، نخستین بار در قرن دهم هجری قمری و به دست شهید ثانی (متوفی ۹۶۶ ه. ق) بوده است. شیخ خلف آل عصفور در حاشیه کتاب خود در این باره چنین آورده است: «اول من

فتح باب المنع من تقلید المیت ابتداءً هو الشهید الثانی (رضوان الله تعالی علیه) فی رساله عقدها لذلك الغرض و قد تبعه من تأخر عن علی ذلك . « (مزيلة الشبهات عن المانعین عن تقلید الأموات ، ص ۴۵) . البتة به صورت غیر مستقل شاید بتوان قبل از شهید ثانی (ره) نیز اشاره‌هایی در این باره را در عبارات کتاب «مبادی الوصول» علامه حلی (ت ۷۲۶ هـ . ق) یافت ، آن جا که می فرماید : «إذا أفتی غیرالمجتهد بما یحکیه عن المجتهد فإن کان یحکی عن میت لم یجز الأخذ بقوله إذ لا قول للمیت ، فإن الإجماع لا ینعقد مع خلافه حیاً و ینعقد بعد موته» (آدرس) براساس این عبارت ، مرحوم علامه در دلیل بطلان تقلید از میت ، به این مطلب اشاره کرده است که اگر مجتهدی در زمان حیات خود فتوایی بر خلاف فتوای دیگر فقها بدهد ، مانع از انعقاد اجماع می شود ؛ اما مخالفت او بعد از موتش مانع از انعقاد اجماع آیندگان نمی باشد و این نشان دهنده عدم اعتبار قول و فتوای مجتهد بعد از ممات اوست (علامه حلی ، مبادی الوصول الی علم الأصول ، ص ۲۴۸) .

به مرور زمان این کلام علامه که «لاقول للمیت» و همچنین جمله معروف فخر رازی «قول المیت کالمیت»^۱ در میان علما شهرت بسیاری پیدا کرد و سبب شد بحث‌هایی در این زمینه از سوی آن‌ها مطرح شود ، تا آن جا که اخباری معروف محدث استرآبادی (ت ۱۰۳۳ هـ . ق) فائده‌ای از «فوائد مدنیة» خود را به آن اختصاص داده است و در ص ۱۴۹ آن کتاب ، چنین می گوید : «فائدة : ما اشتهر بین المتأخرین من أصحابنا من أن «قول المیت کالمیت» لا یجوز العمل به بعد موته ، المراد به ظنه المبنی علی استنباط ظنی و أما فتاوی الأخباریین من أصحابنا فهی مبنیة علی ما هو صریح الأحادیث أو لازمه البین فلاتموت بموت المفتی... » . به تبع محدث استرآبادی ، اخباریان مباحث مفصلی در رد اشتراط حیات برای تقلید از مجتهد ، بیان کردند که در نهایت موجب شد مسأله تقلید ابتدایی از میت به یکی از مشهورترین مسائل اختلافی میان مسلک اصولی و مسلک اخباری تبدیل شود . آنچه از مدرسه اصولی در

تاریخ فقه شهرت یافته، حرمت تقلید ابتدایی از مجتهد میت است، تا جایی که بسیاری از فقهای اصولی، درباره آن ادعای اجماع کرده‌اند. اما از مدرسه اخباری نیز فتوای به جواز تقلید ابتدایی از میت مشهور شده است.

آنچه بسیاری از محققان در فقه بر آن اذعان دارند، این است که علت اصلی اختلاف مسلک اخباری و اصولی در فتوای به جواز و عدم جواز تقلید ابتدایی از میت را باید در اختلاف این دو مدرسه در تعریف فقیه و مجتهد لازم الإلتباع جست‌وجو کرد (سید محمدتقی حکیم، الأصول العامة، ص ۶۴۹؛ سید ابوالقاسم خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۱، ص ۹۷). همان گونه که از کلمات برخی اخباریان بر می‌آید، آن‌ها امر إفتا را به نقل روایت تشبیه می‌کردند و مفتی یا فقیه لازم الإلتباع را به نوعی، ناقل أخبار و مفسر آثار ائمه اطهار(ع) می‌دیدند. (آل عصفور خلف، مزيلة الشبهات عن المانعین من تقلید الأموات، ص ۶۳ ناقل و حاکی از کلام محدث بحرانی). بنابراین وقتی مفتی عملش جز نقل روایت و تبیین آن‌ها نباشد، فرقی میان حیات و ممات او وجود نخواهد داشت و قول او (فتوای او) نقل، بسط و توضیح روایت است.

اما از سوی دیگر اصولیان که بحث را این‌گونه دنبال نمی‌کردند، در سیر ادله حجیت فتوای میت هنگامی که به اشتراط حیات می‌رسیدند، با موانعی مانند اجماع و سیره متشرعه بر رجوع به احیا مواجه می‌شدند و در نهایت، به عدم جواز تقلید از میت فتوا می‌دادند.

در این بخش مقاله، مناسب است پیش از ورود به بحث ادله و بررسی آن‌ها به مطلبی که مرحوم صاحب معالم در کتاب خود ذکر کرده، اشاره کنیم؛ ایشان می‌فرماید: مسأله تقلید از میت یک مسأله اجتهادی است؛ از این رو وظیفه فرد عامی در آن، رجوع به فتوای مجتهد است. اما در این هنگام او برای اخذ فتوا در این مسأله، حتماً باید به مجتهد حی مراجعه کند؛ چراکه رجوع به مجتهد میت برای به دست آوردن فتوا در این مسأله از دو حالت خارج نیست؛

اگر آن مجتهد میت خود قائل به عدم جواز تقلید از میت باشد، دیگر رجوع به فتوای او حتی طبق نظر خود او جایز نیست و اما اگر تقلید از میت را جایز بداند رجوع به او در این مسأله (جواز یا عدم جواز تقلید از میت) دور و فاسد است (حسن بن زین الدین عاملی، معالم الأصول، ص ۳۹۰).

تصویر دور این گونه است که حجیت تقلید از میت برای آن عامی، این متوقف است که فتوای آن میت، حجیت داشته باشد؛ و از سوی دیگر، حجیت فتوای آن میت بر حجیت تقلید از میت متوقف است. در نتیجه حجیت تقلید از میت بر حجیت تقلید از میت متوقف می شود و هذا دور صریح.

حتی اگر اشکال دور را هم مطرح نکنیم، باز شخص عامی هنگام رجوع به مجتهد برای تقلید، از آن جا که اختلافاتی درباره اشترای حیات میان علما وجود دارد، به حکم عقل باید قدر متیقن و حالت مورد اتفاق را انتخاب کند و آن رجوع به حی است، کما این که در اصل تقلید و همچنین در مسأله تقلید أعلم، همین مطلب مطرح است که عامی باید طبق حکم عقل، متقن ترین طریق را برگزیند.

ادله مانعین

ادله ای را که قائلان اشترای حیات در مقلد (مانعین تقلید ابتدایی از میت) برای مدعای خود ذکر کرده اند، می توان در چند وجه ذکر کرد:

۱. الإجماع

تعدادی از فقها و علمای بزرگ درباره عدم جواز تقلید ابتدایی از میت، ادعای اجماع نموده اند که لازم است برخی از عبارات آن ها که بر این مطلب صراحت دارد، در این جا آورده شود.

محقق ثانی (محقق کرکی) چنین می فرماید: «لایجوز الأخذ عن المیت مع وجود المجتهد الحی بلا خلاف بین علماء الإمامیة» (شرح الالفیه، ج ۷، ص ۲۵۳). شهید ثانی فرموده اند: «قد صرح الأصحاب فی هذا الباب - من کتبهم

المختصرة و المطولة - و فی غیره باشرط حیاة المجتهد...» (مسالك الأفهام ج ۳، ص ۱۰۹). ایشان همچنین در رساله‌ای که در همین باره یعنی عدم جواز تقلید از میت نوشته‌اند، بیانی با این مضمون دارند که: ما بعد از تتبعات صادقه‌ای که در این باره انجام دادیم، حتی از یک نفر از علمای صاحب اعتبار هم که بتوان به قول او تکیه کرد، مخالفتی با مسأله اشتراط حیات ندیدیم. سپس در ادامه می‌فرماید: «فعلى مدعى الجواز - جواز تقلید المیت - بیان القائل به، على وجه لا يلزم منه خرق الإجماع» (شهید ثانی، رسائل الشهید الثانی، ج ۱، ص ۴۴).

صاحب معالم (ره) نیز در کتاب معروف «معالم» چنین می‌فرماید: «العمل بفتاوی الموتی مخالف لما يظهر من اتفاق علمائنا على المنع من الرجوع الى فتوا المیت، مع وجود المجتهد الحي» (معالم الدین، ص ۲۴۸).

در کتاب «الفوائد الحائرية» مرحوم وحید بهبهانی نیز چنین آمده است: «أنّ الفقهاء أجمعوا على أنّ الفقيه لو مات لا يكون قوله حجّة» (الفوائد الحائرية، ص ۲۶۰ و ۳۹۷). ایشان در جای دیگری چنین می‌گویند: «و ربما جعل ذلك من المعلوم من مذهب الشيعة» (همان، ص ۵۰۰).

از دیگر علمایی که حیات مجتهد را شرط عمل به فتوای او دانسته‌اند، محمد ابن ابی جمهور احسائی است؛ ایشان در تعلیل این نظر فرموده‌اند: «إذ المیت لا قول له، و على هذا انعقد الإجماع من الإمامية و به نطقت مصنفاتهم الأصولية، لا أعلم فيها مخالفاً منهم» (محمد ابن ابی جمهور الأحسائی، الأقطاب الفقهية، ص ۱۶۳).

مرحوم صاحب جواهر نیز تحقق اجماع بر این مطلب را قبول کرده‌اند (شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۱، ص ۴۰۲). مرحوم شیخ اعظم أنصاری نیز در تأیید این ادعای اجماع، در رساله‌ای چنین می‌فرماید: «وقد بلغ هذا الإشتهار الى أن شاع بين العوام أن قول المیت كالمیت» (التقلید، ص ۳۴).

از آن جا که کلمات این بزرگان و استوانه‌های فقه، از اتفاق و اجماع علمای بزرگ شیعه بر اشتراط حیات حکایت دارد و به طور قطع، مقصودشان از اجماع همان اتفاق الكل است، می‌توان گفت اجماعی منقول برای ما به دست آمده است که بنا بر آنچه در مباحث اجماع منقول مقبول اکثر علما واقع شده، می‌تواند مورد استناد قرار گیرد. چنان که این که می‌بینیم شیخ اعظم أنصاری (ره) نیز پس از نقل کلمات این بزرگان، اجماع منقول موجود در مسأله را قابل استناد دانسته، فرموده است: «و هذه الإتفاقات المنقولة كافية في المطلب بعد إعتضادها بالشهرة العظيمة بين الأصحاب» (شیخ انصاری، التقليد، ص ۳۴).

۲. ظاهر الآيات و الروایات

از جمله ادله‌ای که مانعین برای ادعای خود بیان کرده‌اند، این است که آیات و روایاتی که بر حجیت فتوای مجتهد و جواز رجوع به او دلالت دارند، همگی به مجتهدانی اختصاص دارد، که به وصف حیات متصف باشند. بنابراین رجوع به مجتهد میت و أخذ فتوای او تحت این ادله قرار نمی‌گیرد و نصوص حجیت آن را تأیید نمی‌کند. برای توضیح بیش تر، بهتر است در پاره‌ای از آیات و روایات دقت کنیم و نحوه اختصاص آن‌ها را بیان نماییم.

برای مثال آیه شریفه «نفر» که می‌فرماید: «فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون» (التوبة، ۱۲۲). این آیه یکی از ادله‌ای است که برای جواز رجوع به فقیه و حجیت فتوای او، به آن استناد می‌شود. نحوه استدلال به این آیه شریف به طور مختصر این است که اگر فتوای فقیه برای عوام حجیت نداشت و آن‌ها نمی‌توانستند به آن عمل کنند، تحریک عده‌ای برای تفقه در دین و انذار قومشان، تحریک به امری لغو می‌بود؛ و از سوی دیگر، اگر عوام اجازه أخذ فتوای او را نداشتند، عبارت «لعلهم يحذرون» در آخر آیه، معنا نداشت؛ چراکه این حذر بر همان انذار فقها

و حجیت کلام آن‌ها مترتب است.

حال پس از این توضیحات، قائلان به اشتراط حیات، چنین می‌گویند: انذاری که در این آیه آمده است و به دنبال آن، حذر در عوام حاصل می‌شود، ظهور در حیات مندر دارد؛ چراکه میت نسبت به وصف مندریت، «ما انقضی عنه المبدأ» است؛ فلذا بالفعل نمی‌تواند به این صفت متصف شود.^۲

آیه دیگری که در این باب، بدان استناد می‌شود آیه شریف «سؤال» است که می‌فرماید: «فاستلوا أهل الذکر إن کتمم لاتعلمون» (الأنبیاء، ۷). در این آیه نیز به صراحت دستور داده شده عوام و جاهلان به اهل خبره رجوع کنند و مسائل خود را از ایشان بپرسند. آنچه در این آیه دیده می‌شود وصف «أهل الذکر» است که ظاهر آن درباره کسانی است که فعلاً به این وصف متصف می‌باشند؛ خصوصاً بعد از آن که به سؤال از ایشان هم امر شده است. بنابراین چون میت قابلیت اتصاف حقیقی به این وصف را ندارد و رجوع به او برای سؤال نیز ممکن نیست، ظهور این آیه نیز در اشتراط حیات می‌باشد.

اما درباره اخبار دلالت‌کننده بر حجیت فتوای مجتهد نیز همان کلام فوق جاری است؛ چراکه روایاتی که در این باب وجود دارند، همگی توصیفاتی برای فقیه آورده‌اند که ظهورشان در فقهای است که فعلاً واجد آن اوصاف باشند و به عبارت دیگر، ظهور در حیات مجتهد دارند؛ همچون قول امام حسن عسکری (ع) بنا بر آنچه مرحوم طبرسی نقل نموده است: «فأما من کان من الفقهاء صائناً لنفسه حافظاً لدينه مخالفاً علی هواه مطيعاً لأمر مولاه فللعوام أن یقلدوه و ذلک لایکون إلّا بعض فقها الشیعة لا کلهم...» (إحتجاج، ج ۲، ص ۵۰۹).

۳. سیره متشرعه

استدلال به سیره متشرعه برای اثبات شرطیت حیات، به این صورت است که اگر کسی با دید تأمل به روش و منش مؤمنان و متشرعان نگاهی بیندازد، مشاهده می‌کند که سیره شیعیان از عصر ائمه اطهار (ع) تا امروز چنین بوده که

در مسائل مختلفی که برایشان پیش می‌آمد به احیا و فقهای زنده رجوع می‌کرده‌اند و در أخذ فتوا، مجتهد حی را بر فقیه میت ترجیح می‌داده‌اند. اگر دقت شود، مشاهده می‌کنیم که حتی کسانی که تقلید از میت را جایز می‌دانسته‌اند نیز به نوعی از این سیره تبعیت داشته‌اند؛ چراکه ابداً از تقلید از احیا منع نمی‌کرده‌اند. این سیره در منظر معصومان(ع) بوده است و آن حضرات نه تنها ردعی بر آن وارد نساخته‌اند بلکه حتی خود نیز بر طبق همین سیره، اتباع و شیعیان خود را به اصحاب و روات فقیهی که در قید حیات بوده‌اند، ارجاع می‌داده‌اند.^۳

۴. عقل (أصل عملی)

اگر برای حجیت فتوای مجتهد میت نتوان از ادله معتبر شرعی دلیلی اقامه کرد، باید به سراغ اصل اولی حاکم در مسأله رفت. اما آنچه مقتضای اصل اولی در مسأله است، عدم حجیت اماره مشکوک الحجیة و عدم ترتب آثار حجیت بر آن است. در توضیح باید بگوییم از آن جا که بازگشت این مسأله (اشتراط یا عدم اشتراط حیات) به دوران امر بین تعیین و تخییر در حجیت است - که آیا حجت متعین در فتوای مجتهد حی است یا مخیر بین فتوای حی و فتوای میت - در چنین دورانی، عقل به أخذ آنچه محتمل التعمین است حکم می‌کند؛ چراکه مقطوع الحجیة است. اما آن طرف دیگر که مشکوک الحجیة است، همین شک کافی است تا در چنین دورانی، عقل آن را از حجیت ساقط کند. این تقریب از اصل اولی در مسأله، در کلام بسیاری از بزرگان نظیر صاحب فصول، آخوند خراسانی، شیخ انصاری و امام خمینی (رحمة الله علیهم أجمعین) دیده می‌شود (شیخ محمدحسین اصفهانی، الفصول الغروية ص ۴۱۵؛ شیخ انصاری، رسالة التقليد، ص ۳۴؛ آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ج ۲، ص ۴۴۱؛ سید روح الله موسوی خمینی، رسالة الاجتهاد و التقليد، ص ۱۵۰).

تقریب دیگری که در این جا درباره اصل اولی شده، «اصالة الإشتغال»

است؛ به این بیان که یک سلسله تکالیف بر عهده همه مکلفان نهاده شده است که باید از حجج معتبر آن‌ها را فرا گرفت و بر طبق آن حجج عمل کرد. حال در صورت تقلید از مجتهد میت، همچنان شک در فراغ ذمه از تکلیف باقی است؛ چراکه حجیت آن محل اختلاف است و دلیل معتبری هم بر حجیت آن یافت نشده است؛ بنابراین عقل حکم می‌کند که برای یقین به فراغ ذمه از تکالیف، به فتوای مجتهد حی که بر اعتبار آن، دلیل وجود دارد، رجوع شود. این تقریب را می‌توان از ظاهر عبارات محقق اصفهانی استفاده کرد (محمدحسین اصفهانی، رساله الاجتهاد و التقليد، ص ۱۵).

بررسی ادله مانعین

إجماع

اگر از خدشه در اصل تحقق چنین اجماعی در میان علمای شیعه - دست کم در میان قدمای اصحاب و تا پیش از ظهور مسلک اخباری گری - صرف نظر کنیم و استبعاد میرزای قمی در اصل تحقق این اجماع را نپذیریم (ر. ک: میرزا ابوالقاسم قمی، قوانین الأصول، ج ۲، ص ۲۶۳)، باید گفت آنچه می‌تواند این اجماع را که ظاهراً دلیل عمده مانعین است، از اعتبار ساقط کند، احتمال مدرکی بودن آن است. همان‌گونه که در مباحث اصول فقه روشن شده، اعتبار اجماع، صرفاً به دلیل کشفی است که از رأی معصوم (ع) برای ما به وجود می‌آورد؛ و این کشف فقط در صورتی حاصل می‌شود که اجماع قاطبه علمای شیعه، در اثر استناد به مدرکی خاص نباشد بلکه اجماعی تبعیدی باشد.

در این جا این احتمال وجود دارد که علمای شیعه از باب اصل اشتغالی که در مسأله هست و یا به سبب ظهوری که از آیات و روایات مجوز تقلید برداشت می‌کرده‌اند و یا مواردی غیر از این، بر این حکم اجماع کرده باشند. باید توجه داشت که با مطرح شدن احتمالی عقلایی مبتنی بر مدرکی بودن اجماع، دیگر اجماع مجمعین از اعتبار ساقط می‌شود؛ چراکه استکشاف رأی معصوم را به

این اشکال اگرچه در پاره‌ای از عبارات محقق خوئی (ره) دیده می‌شود (سید ابوالقاسم خوئی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، الإجتهد و التقليد، ص ۱۰۴)، اما ظاهراً ایشان بر اشکال خود اصراری نداشته‌اند؛ چراکه هنگام نقد ادله مجوزین تقلید ابتدایی از میت درباره دلیل استصحاب - که توسط آن‌ها مطرح شده است - چنین مضمونی را فرموده‌اند: «این استصحاب اصل خوبی است اما در صورتی که دلیلی بر منع تقلید از میت نداشته باشیم؛ و حال آن‌که اجماع علمای شیعه و ظهور آیات و روایات، بر اشتراط حیات در مجتهد دلالت دارند» (سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الأصول، ج ۳، ص ۴۶۱).

علاوه بر این، برخی از مشایخ اساتید ما در صدد پاسخ‌گویی به این اشکال بر آمده‌اند و چنین فرموده‌اند: «آنه و إن كان احتمال الاستناد إلى الدلیل او الاصل مانعاً عن ثبوت وصف الحجية للإجماع، إلا أنه لا مجال لهذا الاحتمال فی المقام، خصوصاً بعد استقرار رأى المخالفين و استمرار عملهم على تقلید المیت و الرجوع الى أشخاص معینين من الأموات، ففي الحقيقة يكون هذا من خصائص الشيعة و امتیازات الإمامية» (شیخ محمد فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة، الإجتهد و التقليد، ص ۱۹۶).

اما آنچه از دیرباز ذهن نویسنده را در اعتماد و اطمینان به اجماع‌ها و شهرت‌های فتوایی علمای گذشته به خود مشغول ساخته، این است که: چون این اجماع‌ها فقط در صورتی می‌توانند دلیل باشند که موجب اطمینان و یقین به رأی معصوم (ع) شوند، باید به دقت آن‌ها را ارزیابی کرد و با ریشه‌یابی در علل تحقق اجماع‌هایی که از سوی فقهای گذشته شکل گرفته، مشخص نمود که آیا واقعاً این اجماع‌ها تعبّدی بوده‌اند و حکم مجمع علیه، سینه به سینه و دست به دست از معصوم به فقهای شیعه رسیده است یا این‌که علل و مدارک خفیه‌ای در کار بوده که فقها را به سوی افتای اجماعی کشانده است. اگر این ارزیابی صورت نگیرد، چه بسا در مواردی شخص مستنبط با مشاهده اجماعی

نظیر آنچه در این مسأله وجود دارد و یا عدم ظهور مدرکی بودن آن، به رأی معصوم یقین پیدا کند و در نتیجه بر اساس همان اجماع و یقین مترتب بر آن، سالیان سال به مطلبی فتوا دهد. بالاتر این که هر چه پیش برود، بر تعداد مجمعین نیز افزوده می شود و روشن شدن حقیقت برای آیندگان، دشوارتر خواهد شد.

در این جا برای تقویت اشکال فوق نسبت به اجماع مد نظر، می توان گفت آنچه در موضوع بحث حاضر احتمال داده می شود، چنین است که وقتی در ادله نقلی جست و جو می کنیم، غیر از اطلاقاتی در جواز رجوع به فقیه عادل خبر دیگری نمی یابیم و این اطلاقات هرگز درباره اشتراط حیات، تصریحی ندارند. از سوی دیگر، به عقل و ارتکازات عقلی که مراجعه می کنیم، تفاوتی میان رجوع به خبره زنده و خبره میت نمی یابیم. از سوی دیگر، این احتمال که شارع در مسأله تقلید از میت نیز تعبّدی خاص را دنبال کرده باشد، وجود ندارد؛ خصوصاً وقتی ادله جواز اصل تقلید از مجتهد، به همان ارتکاز رجوع جاهل به عالم اشاره دارند. پس با این توضیحات، چگونه است که فتوای فقهای شیعه بر عدم جواز تقلید از میت شکل گرفته است؟! برای پاسخ به این پرسش، لازم است بدانیم شیعه و فقهای آن، چون رکود شدید عامه و توقف آن ها در فقهای سابق خود یعنی همان ائمه اربعه اهل تسنن را - به رغم وجود اشتباهات فاحش آن ها در امر استنباط مشاهده می کردند، همیشه به نوعی از گرفتار شدن به چنین بلا و رکودی، واهمه داشتند. از سوی دیگر در طول دوران ظهور ائمه اثنی عشر (ع) اصحاب ایشان به این شیوه خو گرفته بودند که می توان فتاوی گذشته را نقّادی کرد و با طرح آن ها نزد امام معصوم یا شاگردان ایشان، از صحت و سقم آن فتاوا آگاهی یافت. از سوی دیگر اموری مثل قضاوت، حل و فصل مخاصمات و غیره، وجود عالم و فقیه زنده را می طلبید که مناسب بود اختیار فتوا نیز به دست او باشد و مردم عامی در احکام از او تقلید کنند. این مقدمات، همگی دست به دست هم دادند تا علمای شیعه

برای رعایت احتیاط در مسیر اجتهادی خود و همچنین برای خارج نشدن کلام هیچ کس غیر از معصومان (ع) از دایره نقد، و همچنین مشکلاتی که تقلید از میت در مسائل مستحدثه به همراه داشت، رجوع به اقوال گذشتگان را امری خطا شمرده و به عدم جواز تقلید از میت فتوا دهند. این بزرگان علاوه بر این، در تحلیل های خود به دلیل وجود مواردی که در آنها امام معصوم، شیعیان خود را به فقیه حی ارجاع داده بود، ادله حجیت فتوای مفتی را نیز به مفتی و فقیه حی مختص دانسته، دلالت ادله را نیز با خود هم سو کردند.

حال با توجه به این احتمالات که واقعاً قابل طرح اند، به نظر می رسد اجماع ادعاشده حتی اگر محصل هم باشد، تعبیدی نیست؛ بلکه اجماعی مدرکی یا دست کم محتمل المدرکی باشد. (و الله العالم)

آیات و روایات:

درباره دلالت آیات و روایاتی که برای جواز تقلید از مجتهد و أخذ به فتوای او مستند قرار گرفته اند بعضاً مناقشاتی از سوی برخی مشایخ صورت گرفته است (ر. ک: شیخ حسین نوری همدانی، مسائل من الاجتهاد و التقليد و مناصب الفقیه، ص ۷۱-۸۲)، اگر از آن مناقشات در دلالت (در باب آیات و روایات) و در سند (در باب روایات) صرف نظر کنیم، باید گفت که این آیات و روایات، دلالتی بر مدعای مانعین ندارند.

آنچه در این آیات و روایات وجود دارد، اوصافی نظیر أهل الذکر، منذر، فقها، عارف بالأحكام، رواة الحدیث، مخالف علی الهوی و... است که عرفاً در افرادی ظهور دارد که دارای حیات می باشند و بالفعل به این صفات متصف می باشند.^۴ بنابراین غایت دلالت این آیات و روایات بر حجیت فتوای مجتهد حی است؛ اما نسبت به حجیت فتوای مجتهد میت، ساکت است و دلالتی ندارد، از این رونه حجیت را اثبات می کند و نه نفی. اما آنچه مانعین از استدلال به اختصاص این آیات و روایات به مجتهد حی دنبال می کردند، عدم

حجیت فتوای مجتهد میت بود که بطلان آن با این توضیحات روشن شد. ارجاعاتی هم که از سوی ائمه اطهار(ع) به اشخاص معین صورت می‌گرفت بر مدخلیت و خصوصیت داشتن حیات در مجتهد دلالتی ندارد؛ بلکه چه بسا به دلیل مرسوم نبودن کتابت فتوا در عصر معصومان و احتمال بروز تغییرات هنگام نقل فتاوی فقهای گذشته و همچنین به سبب سهل الوصول بودن فقهای زنده، آن حضرات، تابعان خود را به این اشخاص ارجاع می‌داده‌اند.

سیرهٔ متشرعه

آنچه روشن است، مانعین برای مدعای خود نمی‌توانند به سیرهٔ عقلا استدلال کنند؛ چراکه بالوجدان واضح است که در سیرهٔ عقلا میان رجوع به نظر متخصص حی و رجوع به نظر متخصص میت در یک مسألهٔ معین تفاوتی وجود ندارد. اما شاید بتوان در تحقق سیره از جانب متشرعه در عدم رجوع به اموات نیز خدشه کرد و مثال‌های متعددی را در استناد آن‌ها به فتوای اموات حتی در عصر معصومان(ع) ذکر کرد؛ اما با این فرض که مناقشات به سر نرسد، بحث را پیگیری می‌کنیم.

روشن است که در بسیاری از موارد، متشرعه برای دستیابی به احکام الاهی به احیا رجوع می‌کردند و مسائل مستحدثه و مبتلا به خود را از ایشان می‌پرسیدند و حتی در عصر ائمه(ع) که کتابت فتوا مرسوم نبود، شاید این کار به شکل سیره‌ای در میان آن‌ها ظاهر شده بود و حتی خود ائمه نیز ارجاعاتی به احیا داشته‌اند، اما این سیره در صورتی می‌تواند برای مدعای مانعین (عدم جواز تقلید ابتدایی از میت) دلیل باشد که قبل از هر چیز بتوان ثابت کرد «حیات مفتی نزد متشرعه، مدخلیت در جواز أخذ فتوا از او داشته است» تا از مشاهدهٔ آن و همچنین عدم وجود نظر مخالفی از طرف شارع، نظر و رضایت معصوم نسبت به اشتراط حیات، کشف شود.

اما حقیقت غیر از این است؛ چراکه تقلید عوام و رجوع آن‌ها به احیا در

بسیاری از موارد، به سبب بی اعتباری فتوای میت نزد متشرعه نبوده است؛ بلکه از یک سو، وقوع مسائل مستحدثه و جدید الإبتلا که فقهای سابق به بحث و افتا درباره آن‌ها نپرداخته بودند و از سوی دیگر، سهل الوصول بودن مجتهدان زنده و فتاوایشان، سبب شده بود تا متشرعه احیا را بر أموات ترجیح دهند. بنابراین بر فرض وقوع این سیره در میان متشرعه، آنچه از آن استفاده می‌شود جواز تقلید از مجتهد حی است، اما نسبت به مجتهد میت، هیچ یک از نفی و اثبات را نمی‌رساند.

عقل (أصل عملی)

آنچه در بیان مقتضای اصل اولی در مسأله گذشت، با هر دو تقریب آن، کلامی کاملاً متین و تمام است؛ اما به شرط آن‌که اولاً نتوانیم دلیلی معتبر بر حجیت تقلید از میت اقامه کنیم؛ و ثانیاً استصحاب که یکی از ادله مجوزین تقلید از میت است با مشکل مواجه باشد و امکان جریان نداشته باشد. چون در صورت جریان استصحاب جواز تقلید از میت، در این جا - استصحاب من حال حیاته إلی بعد مماته - اصل استصحاب از باب حکومت، بر اصل مورد نظر مقدم است. حکومت استصحاب به این دلیل است که موضوع اصل عملی مورد نظر بنا بر تقریب اول، «شک در حجیت» و بنا بر تقریب دوم، «عدم یقین به فراغ ذمه» است و با جریان استصحاب، هر دو موضوع رفع می‌شود.

آنچه گذشت، مهم‌ترین ادله مانعین به همراه بررسی آن‌ها بود. اما برخی برای اثبات عدم جواز تقلید ابتدایی از میت، به وجوه دیگری تمسک کرده‌اند که مناقشه بر سر آن‌ها کار بسیار سختی نیست. مثلاً برخی گفته‌اند: این که فتوای خلاف مجتهد در زمان حیاتش مانع از انعقاد اجماع می‌شود، اما بعد از ممات او دیگر قول مخالفش را مانعی برای اجماع نمی‌دانند، بیانگر بی اعتباری فتوای میت است! (علامه حلی، مبادی الوصول إلی علم الأصول، ص ۲۴۸).

در پاسخ باید گفت، مقصود از «اجماع»، اتفاق علمای یک عصر واحد

دربارهٔ مطلبی است؛ بنابراین مجتهد میت اگر هم عصر مجمعی به حساب می‌آید، مخالفتش در همان زمان حیاتش، مانع از انعقاد اجماع شده است و بعد از ممات او این‌گونه نیست که مانعیت برداشته شود و بگوییم علمای آن عصر اجماع دارند. اما اگر مجتهد میت به اعصار گذشته مربوط باشد، دیگر موضوعاً از بحث خارج است و به تبع آن مانعیتی هم برای انعقاد اجماع ندارد.

ادلهٔ مجوزین

۱. دلیل انسداد

آنچه از برخی کلمات محقق قمی (ره) استفاده می‌شود، فتوای ایشان به جواز تقلید ابتدایی از میت است (جامع الشتات، ج ۴، ص ۴۷۰). آنچه ظاهراً منشأ صدور چنین فتوایی از ایشان بوده، مبنای ایشان در انسداد باب علم نسبت به احکام و در نتیجهٔ آن، حجیت مطلق ظنون است. بنا بر همین مبنا، ظاهراً ایشان ظن مکلف به حکم شرعی را از هر طریق که حاصل شده باشد، برای او حجت می‌دانند.^۵ در محل بحث ما نیز زمانی که از فتوای مجتهد میت - خصوصاً اگر آن مجتهد نسبت به مجتهدان زنده أعلم باشد - برای مکلف، به حکم شرعی، ظن حاصل شود، این ظن برای او حجت است و اجازهٔ ترتیب اثر بر وفق آن را دارد.

در این جا تذکر این نکته هم لازم است که اگر باب علم منسَد دانسته شد و تحصیل اطاعت یقینی از طریق احتیاط نیز تعسر یا تعدّر داشت، مطلق ظنون به حکم عقل حجت می‌شوند و در این حکم عقل، هیچ اهمال یا اجمالی وجود ندارد. بنابراین نمی‌توان گفت انسداد باب علم را قبول داریم، اما در موضوع بحث ما باید به قدر متیقن از ظن حجت، بسنده کنیم. به عبارت دیگر، پس از اختیار مبنای انسداد باب علم، دیگر نمی‌توان گفت مکلف فقط اجازه دارد از ظن حاصل از فتوای مجتهد حی - که قدر متیقن در ظنون دارای حجیت است - پیروی کند؛ چراکه أخذ قدر متیقن، به مواردی مربوط است که دلیلی دارای

اهمال داشته باشیم نه در محل بحث ما که مطلق ظنون به حکم عقل حجت شده‌اند (ر. ک: شیخ حسین نوری همدانی، مسائل من الإجتهد و التقلید و مناصب الفقیه، ص ۱۹۱ و ۱۹۲).

۲. إطلاق آیات و روایات

آیات و روایاتی که بر جواز تقلید از مجتهد دلالت دارند و در مباحث گذشته به برخی از آن‌ها اشاره شد، دارای اطلاق هستند و هیچ تقییدی به حال حیات مجتهد در آن‌ها دیده نمی‌شود. بنابراین همان‌گونه که این ادله بر حجیت فتوای مجتهد حی دلالت دارند، فتوای مجتهد میت را هم در بر می‌گیرند و دال بر حجیت آن نیز می‌باشند.

۳. استصحاب

درباره استصحاب و نحوه اجرای آن در بحث ما تقریرهایی از سوی مجوزین ذکر شده است که به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

تقریر اول: جریان استصحاب به نسبت شخص مفتی: رأی و فتوای مفتی بر اساس ادله حجیت فتوای مجتهد، در زمان حیات او قطعاً برای عوام، حجیت است. حال بعد از ممات او در حجیت آن فتاوا شک می‌شود که جریان استصحاب این شک را از بین برده است و همان حجیت را تا بعد از ممات مفتی ابقا می‌کند.

تقریر دوم: جریان استصحاب به نسبت شخص مستفتی: بر اساس ادله جواز تقلید، مستفتی در زمان حیات مفتی، اجازه تقلید از او را داشته است. حال بعد از ممات او در جواز رجوع به او و أخذ فتوای وی شک می‌شود که جریان استصحاب، به جواز تقلید حتی بعد از ممات مفتی، حکم می‌کند.

تقریر سوم: جریان استصحاب به نسبت مسأله مستفتی فیها: بر اساس فتوای مجتهد در زمان حیات او، حکم مسأله‌ای مانند شرب عصیر عنبی،

حلیّت بوده است. حال بعد از ممات مجتهد، شک در حکم آن مسأله پیش می‌آید که این شک با استصحاب آن حکم (حلیّت) بر طرف می‌شود. البته این تقریر در صورتی که مستفتی در زمان تکلیفش مجتهد را حیاً درک کرده باشد، استصحاب حکم از نوع «استصحاب تنجیزی» است؛ اما اگر در زمان حیات مفتی، مستفتی غیربالغ یا مجنون (غیرمکلف) بوده است، استصحاب حکم از نوع «تعلیقی» می‌باشد و به این صورت بیان می‌شود: اگر در زمان حیات مفتی، تکلیف بر عهده مکلف می‌آمد و شرایط فعلیت تکلیف برای او تمام می‌بود، حکم مسأله مستفتی فیها حلیّت (در مثال یادشده) می‌بود. حال بعد از ممات مفتی که شرایط فعلیت تکلیف تمام شده، در حکم شک می‌کنیم و با استصحاب همان حکم معلق بر فعلیت تکلیف، می‌گوییم الآن نیز حکم، حلیّت است.

۴. سیره عقلا

آنچه در ارتکازات عقلا مشاهده می‌شود، این است که در رجوع جاهل به عالم هیچ تفاوتی میان عالم حی و عالم میت وجود ندارد. سیره عقلا نیز بر اساس همین ارتکاز بر این شکل گرفته است که در باب رجوع به اهل خبره هیچ فرقی میان احیا و اموات نگذاشته‌اند و نمی‌گذارند.

اگر به سیره و منش عقلا نگاهی بیندازیم، مشاهده می‌کنیم که اگر کسی مریض شود و نوع مرض او تشخیص داده شود، چه بسا برای معالجه و مداوای او به کتبی مانند «قانون» بوعلی سینا و کتب دیگر که از اطبای قدیم به دست ما رسیده، مراجعه می‌شود و عملیات مداوا نیز با موفقیت کامل به پایان می‌رسد. این سیره عقلایی از قدیم وجود داشته است و از ارتکازات و بناهای عقلایی بر عدم فرق میان حی و میت در اعتبار نظر علمی آن‌ها ناشی شده است و چون از طرف شارع ردعی بر آن نداریم، می‌توان تقریر و رضایت شارع را از آن کشف نمود و به جواز تقلید از میت حکم کرد.

دلیل انسداد

در جواب این دلیل، از یک سو، در مبنا و از سوی دیگر، بنای آن مناقشه شده است. در اشکال به مبنا، همین بس که حجیت خبر واحد و همچنین حجیت ظواهر برای اعم از من قصد إفهامه و من لم یقصد إفهامه، در نصوص و سیره عقلایی ادله ای معتبر و متقن دارد که به امضای شارع رسیده است؛ بنابراین باب علم و علمی نسبت به احکام، منسَد نیست.

اما - لو سلّمنا که انسداد باب علم رخ داده است و مطلق ظنون حجیت شده اند - درباره بنایی هم که بر این مبنا گذاشته شده، دو اشکال مطرح است: اولاً: با این اختلافاتی که میان فقها در مسائل مختلف احکام وجود دارد، هیچ گاه از فتوای یک مجتهد میت به ویژه در فرض وجود مجتهدی أعلم از او در میان احیا یا اموات، برای مکلف، ظن به حکم شرعی حاصل نمی شود تا در مرحله بعد، از حجیت آن صحبت کنیم.^۶

ثانیاً: به فرض که این ظن برای مکلف از فتوای یک مجتهد میت حاصل شود - مثلاً در فرضی که آن میت أعلم از دیگران چه احیا و چه اموات باشد - نباید از این امر غفلت کرد که دلیل انسداد فقط به مجتهدان ناظر است و آنچه از آن مبنا استفاده می شود، تنها حجیت مطلق ظنون برای مجتهدان است نه مکلفان. توضیح بیش تر این که به فرض قبول انسداد هیچ تفاوتی میان ظن خاص و ظن مطلق نیست؛ یعنی همان گونه که حجیت ظن خاص فقط برای مجتهدان می باشد، انسداد هم نهایتاً إفاده حجیت مطلق ظنون برای مجتهدان را به همراه دارد. بنابراین ظنی که از فتوای مجتهد میت، برای مقلد حاصل می شود، هیچ دلیلی بر حجیتش نیست. (برای تفصیل بیش تر ر. ک: شیخ محمد فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، الاجتهاد و التقليد، ص ۱۹۱ و ۱۹۲).

أما إطلاق آيات و روايات

در مباحث گذشته به هنگام بررسی ادله مانعین تقلید از میت، این آیات و روایات بررسی شدند که از بیان مجدد و تفصیلی آن مباحث خودداری می‌کنیم؛ اما آنچه می‌توان در این جا گفت، این که اگر از مناقشات در سند و دلالت این ادله صرف نظر کنیم، باید بگوییم که این آیات و روایات نسبت به اشتراط حیات، در مقام بیان نبوده‌اند و سکوت دارند. بنابراین اگر چه ظهور اوصاف موجود در این ادله مانند «أهل الذکر»، «فقهها»، «عارف بالأحكام» و... در متلبس بالمبدأ فی الحال و خصوص حی است، اما حیات هیچ خصوصیتی در مطلب ندارد و اصلاً مورد قصد نبوده است؛ در نتیجه، مدعای هیچ یک از مثبتین و مانعین اشتراط حیات را نمی‌توان با این ادله به اثبات رساند.

با این حال همان گونه که در گذشته بیان شد، شاید بتوان گفت برخی از این صفات، ملکاتی هستند که حتی بعد از ممات مجتهد نیز روح او به آن ملکات متلبس است و از نظر عرف، اتصاف او به آن صفات حتی بعد از فوت نیز مجاز نیست، بلکه عین حقیقت است. در این صورت، دیگر ظهور آیات و روایات در إرجاع به مجتهد حی نیست؛ بلکه ادله در ارجاع عموم مجتهد و فقیه ظهور دارند.

أما استصحاب

در باره جریان استصحاب در بحث ما نقض و ابرام‌هایی از سوی فقها مطرح شده که عمده آن‌ها اشکال مرحوم آخوند و جواب فقها به آن است که در ذیل می‌آوریم.

خلاصه إشکال صاحب کفایة الأصول جریان استصحاب بر بقای موضوع مستصحب متوقف می‌باشد تا بتوان حکم آن را تعبداً و تنزیلاً إبقا نمود. اما در بحث ما، موضوع بعد از ممات مجتهد باقی نیست؛ چراکه رأی و فتوای مجتهد که موضوع حجیت و جواز اخذ است، اگر چه عقلاً به نفس ناطقه متقوم است که بعد از فوت همچنان مجرد و موجود می‌باشد، اما عرفاً به

حیات متقوم است و به حسب نظر عرفی، با رسیدن فوت، میت و رأی و فتوای او هر دو معدوم می‌شوند و آنچه در استصحاب مهم است، فهم عرف و قضاوت آن در بقا یا عدم موضوع است. پذیرش این اشکال را می‌توان از کتاب «فصول» و همچنین رساله اجتهاد و تقلید محقق اصفهانی (ره) نیز استظهار نمود (شیخ محمدحسین طهرانی اصفهانی، الفصول الغرویه، ص ۴۱۵؛ شیخ محمدحسین اصفهانی، رساله الاجتهاد و التقليد، ص ۱۵).

در پاسخ به این اشکال اولاً باید روشن شود که مقصود از «عرف» در این کلام، عرف متشرع بوده است یا عرف بی‌دین؟ آنچه مسلم است، تشخیص عرف بی‌مبالات و جدای از شریعت و دین، هیچ دخلی در تعیین بقا یا عدم بقای موضوع استصحاب ندارد؛ بلکه اهل عرف مسلمان و آشنای با دین، دارای تشخیص معتبر و قابل اعتماد می‌باشند. با توجه به این مقدمه، کاملاً واضح است که چنین عرفی در اثر تعلیماتی که طی قرون مختلف از بعثت انبیا و رسل و آمدن ادیان الاهی فرا گرفته‌اند، هیچ‌گاه فوت را انعدام میت ندانسته‌اند و همان‌گونه که واقعیت چنین است، روح میت و فتوا و رأی او را همچنان باقی می‌دانند.

ثانیاً - حتی اگر بپذیریم که عرفاً رأی مجتهد با فوت او معدوم می‌شود، چه دلیلی دارید که برای جواز تقلید باید رأی و فتوای مجتهد باقی باشد تا بتوان جواز تقلید را استصحاب کرد؟ به عبارت دیگر، چه دلیلی دارید که موضوع حکم به جواز تقلید، وجود رأی و فتوای مجتهد است؟ بلکه احتمال دارد حدوث رأی و فتوایی از سوی مجتهد، حکم به جواز تقلید و حجیت را به همراه داشته باشد و حتی بعد از ممات و انعدام رأی او - به فرض - نیز بتوان در حالت شک، استصحاب آن را جاری نمود و هیچ مانعی در کار نباشد. بنابراین باید گفت موضوع حکم جواز تقلید، حدوث رأی و فتوای مجتهد است.

در مجموع با بیاناتی که در نقض و ابرام این دلیل مجوزین یعنی استصحاب گذشت، می‌توان به این جمع‌بندی رسید که اشکالات ذکر شده بر جریان این استصحاب، نمی‌توانند مانع از جریان آن باشند و بنا بر سه تقریری که از این

استصحاب شده، می‌توان هنگام شک در حجیت فتوای مجتهد بعد از ممات او، با اجرای اصل استصحاب، به جواز تقلید از میت حکم داد.

سیرهٔ عقلا

از جمله اشکالاتی که به این دلیل وارد شده، اشکالی است که امام خمینی (أعلی الله مقامه) در کتاب اجتهاد و تقلید خود بیان کرده‌اند. ایشان می‌فرماید: دلیل اعتبار سیرهٔ عقلا در یک مسأله، کاشفیت آن از رضایت و نظر معصوم است و این تنها زمانی حاصل می‌شود که این سیره در منظر معصوم به مرحلهٔ عمل رسیده باشد و ایشان آن را تأیید کرده و یا دست کم ردعی از آن ننموده باشد. اما اگر عقلا دارای برداشت و فهمی باشند که به مرحلهٔ عمل نرسیده است، نمی‌توان از سکوت شارع، به رضایت او نسبت به آن فهم، علم پیدا کرد. چه بسا شارع مقدس، مصلحت را بر خلاف آن فهم می‌دید و رضایتی نسبت به آن نداشت، اما چون کسی بر اساس آن مرتکز مخفی عمل نمی‌کرد، ردع و نهی‌ای از ایشان صادر نشده است.

در بحث ما نیز عقلا در رجوع به مجتهد تفاوتی میان مجتهد حی و میت نمی‌بینند و حتی در دیگر موارد رجوع به اهل خبره، این بینش به سیرهٔ رفتاری هم رسیده است (مانند سیرهٔ عقلا در رجوع به کتب اطبای اُموات برای مداوای أمراض)، اما چون سیرهٔ عقلا در عصر ائمهٔ اطهار (ع) رجوع به مفتیان و فقیهان حی بوده، دیگر سکوت شارع بر مطلبی دلالت ندارد (سید روح الله موسوی خمینی، الاجتهاد و التقليد، ص ۶۰).

بررسی اشکال: این ادعا که در عصر ائمهٔ اطهار (ع) ارتکاز عقلا دربارهٔ موضوع بحث ما به مرحلهٔ عمل در سیره و رفتارشان نرسیده، ظاهراً غیر عرفی و بر خلاف شواهد و قرائن است؛ چراکه حتی در آن عصر نیز به رغم مکتوب نبودن بسیاری از فتاوا، ظاهراً بسیاری از متشرعان بر اساس ارتکاز عقلایی خود به فتاوی گذشته که سینه به سینه به آن‌ها رسیده بود، عمل می‌کردند.

عمل نکردن متشرعان بر وفق ارتکازات خود در این مسأله - با آن که شارع منع صریحی از آن ارتکازات نداشته است - حتماً ادعای خلاف ظاهری است که اثبات آن به دلیل متقن نیاز دارد؛ خصوصاً وقتی مشاهده می‌کنیم که سیره کلیه عقلا در زمینه‌های مشابه مانند طب و عملیات معالجه امراض، تساوی طیب حی و میت بوده است.

اما حتی اگر بتوان این ادعا را به اثبات رساند، آنچه در ذهن قاصر نویسنده بیش از هر چیز محتمل تر می‌نماید، و با مطرح شدن آن همه این اشکالات موسوم به شبهات مدرسه‌ای رنگ می‌بازند، وجود ارتکازی عقلایی در محل بحث ما است. ارتکاز عقلا در باب رجوع جاهل به عالم و اهل خبره، بر این است که هیچ تفاوتی نمی‌کند که آن عالم حی باشد یا میتی که بتوان رأی او را از طریق نقل قول‌های اطمینان‌آور یا از کتاب قابل اعتماد خود او به دست آورد. همین ارتکاز عقلایی هم در اصل منشأ به وجود آمدن سیره عقلایی در مساوی دانستن حی و میت در بسیاری موارد مانند رجوع به اقوال اطبا بوده است. اما مطلب نهایی این که: حتی در مسأله رجوع به مجتهد برای اخذ فتوا و تقلید عوام از مجتهدان نیز ما با مسأله‌ای تبعیدی و جدای از این ارتکاز عقلایی (رجوع به اهل خبره بدون فرق میان حی و میت) مواجه نیستیم، بلکه شارع مقدس هم بر اساس همین ارتکاز که خود قضیه‌ای فطری و فهمی خدادادی می‌باشد، سیر نموده است.

جمع بندی و نتیجه گیری

از آنچه گذشت، روشن شد که ادله مانعین خالی از مناقشه نبود و حتی دلیل عمده آن‌ها یعنی اجماع نیز پس از تأمل و بررسی تاریخی آن، اجماعی مدرکی می‌باشد که به علت عدم کشف رأی و نظر معصوم (ع) بی اعتبار است. اما در بین ادله‌ای که مجوزین ارائه دادند نیز دلیل عمده آن‌ها یعنی سیره عقلا با اشکال امام خمینی (ره) مواجه بود که اگر چه این اشکال مقبول نویسنده واقع نشد،

ترجیح بر آن بود که بیانی جدید از این سیره ارائه شود تا از هر گونه شبهه‌ای خالی باشد.

آنچه نویسنده به عنوان دلیل عمده برای جواز تقلید ابتدایی از میت در نظر دارد، بهتر است با عنوان «ارتکاز عقلایی بر جواز تقلید از میت» مطرح شود که شارع نیز بر اساس همین ارتکاز سیر نموده است و قصد تأسیس تعبّدی خاص و مخالفت با این ارتکاز را نداشته است. با توجه به این مطالب، باید گفت همان طور که عقلاً هیچ تفاوتی میان احیا و اموات در رجوع به اهل خبره نمی‌گذارند، شارع نیز مجتهد حی و مجتهد میت و جواز رجوع به آن‌ها را علی السویه می‌داند و حجیت فتوای هر دو را جعل کرده است.

اما وجه ارجاعات ائمه اطهار(ع) به فقهای زنده در کتب روایی و تاریخی نیز خصوصیت داشتن حیات و مدخلیت آن در جواز تقلید نبوده است، بلکه معصوم(ع) به دلیل مرسوم نبودن کتابت فتوا توسط فقها و در دسترس نبودن کامل فتاوی گذشتگان و همچنین سهل الوصول بودن احیا، زندگان را بر اموات ترجیح داده‌اند، و تابعین و شیعیان خود را به سراغ آن‌ها فرستاده‌اند.

از همه این موارد که فارغ شویم، آن اصلی که هنگام فقدان دلیل در مسأله، مد نظر حاکم است، اصل استصحاب حجیت فتوای مجتهد از زمان حیات او تا بعد از ممات وی با تقریرهای مختلف آن می‌باشد. این اصل مناقشاتی میان علما برانگیخته است که مهم‌ترین آن‌ها را در صفحات قبل بیان کردیم، اما ظاهراً می‌توان بر آن‌ها فائق آمد و تقریری خالی از اشکال برای آن بیان کرد. با این توضیحات می‌توان این نتیجه فقهی را ارائه داد که جواز تقلید ابتدایی از میت، دارای دو دلیل معتبر «ارتکاز عقلایی» و «اصل استصحاب» است و اشتراط حیات در جواز تقلید از مجتهدان، فاقد دلیل معتبر می‌باشد.

۱. البته لازم به ذکر است که نظر فقهی علمای عامه (اهل سنت) درباره تقلید از فتوای میت، بر خلاف ظاهر این جمله فخر رازی بوده است و آن‌ها بالاتفاق به جواز رجوع به مفتی حتی بعد از ممات او قائل هستند؛ از این رو عمل به فتاوی ائمه اربعه خود را بعد از گذشت قرن‌ها از فوت آن‌ها همچنان مکفی می‌دانند.

۲. در مباحث اصولی بحث مفصلی وجود دارد که آیا مشتق فقط حقیقت در متلبس بالمبدأ فی الحال است یا این که استعمال مشتق حتی در ما انقضی عنه المبدأ نیز حقیقت می‌باشد؟ آنچه در علم اصول فقه برای نویسنده و بسیاری از اصولیان منقح شده، این است که به رغم تفاوت‌هایی که حرفه‌ها و کارهای مختلف درباره مدت زمان تلبس بالمبدأ با یکدیگر دارند، آنچه میان همه آن‌ها مشترک است، حقیقت بودن استعمال مشتق در متلبس بالمبدأ فی الحال و مجاز بودن آن در منقضی عنه المبدأ است (ر. ک: آخوند خراسانی، کفایة الأصول، بحث مشتق).

۳. تفاوت این دلیل با إجماع، در این است که در إجماع، اتفاق فتوایی علمای شیعه بر عدم جواز تقلید ابتدایی از میت است که موجب کشف رأی معصوم می‌شود؛ اما در سیره، به افعال متشرعه و منش رفتاری آن‌ها استناد می‌شود و با استفاده از مدخلیت و شرط بودن حیات از رفتار آن‌ها و از سوی دیگر با توجه به نبود نظر مخالف از سوی شارع، رضایت شارع و منشأ شرعی داشتن آن رفتار، کشف می‌شود.

۴. شاید بتوان در انحصار ظهور برخی از این اوصاف درباره احیا مناقشه کرد. اگرچه مختار نویسنده در بحث مشتق، حقیقی بودن استعمال مشتق در متلبس بالمبدأ فی الحال نه منقضی عنه المبدأ است، اما به نظر می‌رسد استعمال برخی از این صفات برای اموات هم حقیقی است؛ چراکه در

بحث مشتق، به تفصیل گفته شده که مبادی مانند حرفه‌ها، صنعت‌ها، ملکات و... از حیث تلبس و زمان انقضای آن با هم متفاوت می‌باشند. در این جا نیز به نظر می‌رسد برخی از این اوصاف نظیر فقاہت، معرفت به احکام، اهل الذکر بودن و غیر این‌ها، از آن‌جا که به روح انسان مربوط می‌شوند و روح با موت و از بین رفتن بدن از بین نمی‌رود، در صورتی که انسان تا لحظه آخر حیات در این دنیا به آن‌ها متلبس باشد، حتی بعد از فوت نیز عرفاً قابلیت صدق حقیقی را دارد، چراکه روح به آن‌ها متلبس فی الحال است. با این بیان، نه تنها آیات و روایات، مدعای مانعین را ثابت نمی‌کنند بلکه جواز تقلید از میت هم جزئی از معنای ظاهری آن‌ها می‌شود.

۵. اگر فقیهی خبر واحد را حجت نداند یا ظواهر آیات و روایات را فقط برای من قصد افهامه (مخاطبان حاضر) حجت بداند، باید باب علم و علمی را در معظم احکام، منسَد ببیند. حال اگر انسداد باب علم و علمی پذیرفته شود، عقل با سه مقدمه حکم به حجیت مطلق ظنون می‌کند: ۱. باب تحصیل علم نسبت به احکام که بسته است؛ ۲. مطمئناً ما رها و بی تکلیف نبوده بلکه همانند مسلمانان صدر اسلام تکالیفی شرعی داریم؛ و ۳. برای فراغت ذمه از آن تکالیف بالاجمال نمی‌توان احتیاط را پیشه کرد، چراکه موجب تعسر یا تعدر است نتیجه: عقل حکم می‌کند به جای علم که باب آن منسَد است، ظنون را دارای اعتبار بدانیم و بر طبق هر ظنی که نسبت به احکام شرعی حاصل شد، عمل نماییم.
۶. البته باید دقت داشت که ظاهراً عدم تفکیک فرض وجود اعلم از مجتهد میت با فرض اعلم بودن خود او از دیگران، موجب این اشکال شده است؛ در حالی که این مربوط به بحث اشتراط اعلمیت است. اما آنچه در بحث ما مفروض گرفته شده، اعلمیت میت یا مساوی بودن او با دیگران و یا مردود دانستن اشتراط اعلمیت از اساس می‌باشد.

- ١ . القرآن الكريم .
- ٢ . الآخوند الخراساني، محمد كاظم: كفاية الأصول، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٨ هـ.ق.
- ٣ . آل عصفور، خلف بن عبدعلي: مزيلة الشبهات عن المانعين من تقليد الأموات .
- ٤ . الانصاري، شيخ مرتضى: التقليد، نشر باقرى، قم، ١٤١٥ هـ.ق.
- ٥ . الأسترآبادى، الميرزا محمد امين: الفوائد المدنية، دار النشر لأهل البيت (ع).
- ٦ . الصدر، السيد رضا: الاجتهاد و التقليد، دارالكتب اللبنانى، بيروت .
- ٧ . الطبرسى، احمد بن على: الإحتجاج على أهل اللجاج، دار الأسوة ١٤٢٢ هـ.ق.
- ٨ . العاملى، الحسن بن زين الدين: معالم الدين و ملاذ المجتهدين، مؤسسة النشر الإسلامى، ١٠٤٦ هـ.ق.
- ٩ . العاملى، زين الدين بن على: رسائل الشهيد الثانى، مركز الأبحاث و الدراسات الإسلامية، ١٤٢١ هـ.ق.
- ١٠ . حلى العلامة، الحسن بن يوسف: مبادئ الوصول إلى علم الأصول، مطبعة الآداب، النجف الأشرف .
- ١١ . فاضل لنكرانى، شيخ محمد: تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة، مركز فقه الأئمة الأطهار، ١٤٢٦ هـ.ق.
- ١٢ . فضل الله، السيد محمد حسين: فقه الحياة (حوار مع آية الله فضل الله)، بيروت .
- ١٣ . الفضلى، عبدالهاده: التقليد و الاجتهاد، مركز الغدير للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت ١٤٢٨ هـ.ق.
- ١٤ . القمى، ميرزا ابوالقاسم: جامع الشتات، انتشارات كيهان، ١٣٧١ هـ.ش.

- ١٥ . القمى، ميرزا ابوالقاسم: قوانين الأصول، مكتبة الإعلام الإسلامى، ١٤١٧هـ.ق.
- ١٦ . الموسوى الخمينى، سيد روح الله: الاجتهاد و التقليد، مؤسسه نشر آثار امام خمينى، ١٤١٨هـ.ق.
- ١٧ . الموسوى الخوئى، السيد ابوالقاسم: التنقيح فى شرح العروة الوثقى، مؤسسة احياء آثار الإمام الخوئى، ١٤٢١هـ.ق.
- ١٨ . النجفى، الشيخ محمد حسن: جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربى، بيروت.
- ١٩ . نورى همدانى، شيخ حسين: مسائل من الاجتهاد و التقليد و مناصب الفقيه، مركز نشر دفتر تبليغات اسلامى، ١٣٧٥هـ. ش.

اعتبار رأی اکثریت بر مبنای کشف حقیقت و سایر مبانی

مسعود امامی*

چکیده: در این نوشتار به بررسی اعتبار رأی اکثریت بر پایه چهار مبنای «کشف حقیقت»، «مشروعیت دینی»، «مصلحت» و «مقبولیت» پرداخته شده و نتایج منطقی و عقلی هر یک از این مبانی در موضوع رأی اکثریت مورد کاوش قرار گرفته است. نویسنده در این نوشتار پس از بررسی هر یک از این مبانی به این نتیجه می‌رسد که رأی اکثریت بر پایه مبانی یادشده، فاقد اعتبار عقلی است؛ یا اعتبار آن در حوزه محدودی قابل اثبات است. در مقاله «اعتبار عقلی رأی اکثریت بر مبنای حق تعیین سرنوشت» که در شماره ۷۲ این نشریه به چاپ رسیده، به این نتیجه رسیدیم که رأی اکثریت بر مبنای حق تعیین سرنوشت در همه حوزه‌های تصمیم‌گیری جمعی معتبر است. در جای جای این نوشتار، این پنج مبنا را با یکدیگر و به خصوص مبنای حق تعیین سرنوشت را با سایر مبانی، مقایسه کرده‌ایم و در نهایت به این نتیجه می‌رسیم که استوارترین مبانی برای اعتبار رأی اکثریت در همه‌پرسی‌های رایج در دنیای امروز، مبنای حق تعیین سرنوشت است.

کلیدواژه‌ها: رأی اکثریت، آرای عمومی، مشروعیت، مقبولیت، شورا، حق تعیین سرنوشت.

* دانش‌آموخته حوزه علمیه قم . masoudimami@yahoo.com

این نوشتار در ادامه مقاله «اعتبار عقلی رأی اکثریت بر مبنای حق تعیین سرنوشت» است که در شماره ۷۲ این نشریه به چاپ رسید. توضیح برخی مفاهیم و استدلال بر بعضی پیش فرض‌های موجود در این نوشتار، در آن مقاله گذشت. از این رو فهم درست پیام این نوشتار بدون مطالعه آن مقاله ممکن نیست. در آن مقاله گذشت که درباره اعتبار یا عدم اعتبار رأی اکثریت، دست کم دو قول موافق و مخالف وجود دارد. اما با دقت در دیدگاه‌های موافقان و مخالفان، این نتیجه به دست می‌آید که آن‌ها دارای مبانی مختلفی هستند. مهم‌ترین مبانی عبارتند از «حق تعیین سرنوشت»، «کشف حقیقت»، «مشروعیت دینی»، «مصلحت و مقبولیت».

مستند اعتبار رأی اکثریت بر اساس هر یک از این مبانی، می‌تواند دلایل عقلی یا نقلی باشد. در مقاله پیشین به اعتبار رأی اکثریت بنا بر مبنای حق تعیین سرنوشت و با استناد به دلایل عقلی پرداخته شد. در این مقاله، به اعتبار عقلی رأی اکثریت بنا بر مبنای کشف حقیقت، مشروعیت دینی، مصلحت و مقبولیت می‌پردازیم. در مقالات آتی که - به خواست خدا - در شماره‌های بعدی این نشریه به چاپ خواهد رسید، به بررسی اعتبار رأی اکثریت بر پایه هر یک از مبانی مذکور با استناد به ادله قرآنی و روایی خواهیم پرداخت.

۱. مبنای کشف حقیقت

به عقیده برخی از موافقان و مخالفان اعتبار رأی اکثریت، مبنای مراجعه به آرای عمومی و گزینش رأی اکثریت، یافتن حقیقت است؛ یعنی شخص یا اشخاصی که نسبت به حقیقت موضوعی، جاهل هستند، با مراجعه به آرای عمومی یا آرای جمع خاصی درباره آن موضوع و ترجیح رأی اکثریت، حقیقت را کشف می‌کنند؛ مانند شخصی که درباره بهترین راه درمان بیماری خویش تردید دارد

و با مراجعه به پزشکان متعدد و ترجیح رأی بیش تر آن‌ها، بهترین راه درمان را می‌یابد. اینک برای تبیین بیش تر این مبنا، به گزارشی از دیدگاه‌های طرح شده از سوی صاحب نظران موافق و مخالف اعتبار رأی اکثریت که مبتنی بر مبنای کشف حقیقت است، می‌پردازیم.

۱.۲. گزارشی از موافقان و مخالفان اعتبار رأی اکثریت بر مبنای کشف حقیقت

صاحب نظران در زمینه رأی اکثریت کمتر به تبیین مبنای خود و تفکیک آن از سایر مبنای پرداخته‌اند. این امر موجب خلط مباحث و سوء برداشت‌ها شده است. برای درک درست دیدگاه‌های مطرح درباره اعتبار رأی اکثریت، باید مبنای هر دیدگاهی را از لابه لای سخنان صاحب نظران موافق یا مخالف اعتبار رأی اکثریت، کاوش کرده، به دست آورد. از این رو به طرح دیدگاه‌ها پرداخته و می‌کوشیم مبنای آن را کشف کنیم.

گروهی از متفکران غربی مدافع دموکراسی، بر این باورند که هر گونه تصمیم‌گیری جمعی در نظام دموکراتیک، به طور مستقیم یا غیرمستقیم با مراجعه به رأی آحاد مردم، تعیین می‌شود. آنگاه در قالب برهان اِنّی (استدلال از معلول به علت) به این نتیجه می‌رسند که دموکراسی مبتنی بر نسبی‌گرایی است؛ یعنی «در حاکمیت اکثریت، این حقیقت مسلم انگاشته می‌شود که همه افراد می‌توانند منافع خود را تشخیص دهند و هیچ گروهی نمی‌تواند ادعای حق انحصاری بر حقیقت یا خرد سیاسی داشته باشد. بنابراین حاکمیت اکثریت با این ادعا سازگار نیست که حقیقت واحد درباره ماهیت انسان، زندگی خوب و سعادت‌آمیز یا جامعه عادلانه، در اختیار شخص یا گروهی است و می‌تواند آن را اعمال و یا به دیگران تحمیل کند» (لیپست، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۲۱). به اعتقاد این گروه از متفکران غربی، چون حقیقت، نسبی است و هیچ حقیقت مطلق و روشنی وجود ندارد، در نتیجه در هر تصمیم‌گیری جمعی، به آرای عمومی مراجعه می‌شود. روشن است که مبنای این گروه در دفاع از اعتبار رأی

اکثریت، دستیابی به حقیقت است.

بعضی دربارهٔ تکیه اندیشهٔ دموکراسی بر نسبی‌گرایی این گونه خرده گرفته‌اند که نسبی‌گرایی مطلق «به این نتیجه می‌انجامد که دموکراسی به عنوان مجموعه‌ای از ارزش‌های سیاسی، بر دیگر امثال حکومت، برتری نداشته باشد» (بشیریه، ۱۳۸۱، ص ۲۷). به عبارت دیگر، این گونه نسبی‌گرایی، شامل اندیشهٔ دموکراسی هم خواهد شد و آن را نیز از اعتبار ساقط می‌کند. این جواب نقضی نیز بر این اصل مبتنی است که علت مراجعه به آرای عمومی، یافتن حقیقت است.

برخی از معاصران بر ادعای خود مبنی بر «پارادوکس اسلام و دموکراسی» این گونه دلیل آورده‌اند که «یکی از مبانی معرفت‌شناختی دموکراسی، ناروشن بودن حقیقت و پخش آن در میان کل بشریت است»، اما اسلام که «خود را مظهر حق و حقیقت و دیگر مکاتب و ادیان را تجلی کفر و شرک و ضلالت» می‌داند، «دیگر جایی برای حکومت دموکراتیک باقی نخواهد گذارد» (پایدار، ۱۳۷۳، ص ۳۲). درک این گروه از ملاک پذیرش دموکراسی و مراجعه به آرای عمومی نیز یافتن حقیقت است.

روشن است که بر مبنای این استدلال، هر فرد یا گروهی که دربارهٔ هر موضوعی به داوری عقلی و علمی روشنی رسیده باشد، اجرای دموکراسی و نظرخواهی از مردم در آن موضوع را بی‌معنا خواهد یافت، چون مبنای پیش‌فرض دموکراسی، «ناروشن بودن حقیقت» است. پس مدعیان دموکراسی به مقتضای این مبنا، یا باید بپذیرند که به هیچ حقیقت روشنی دست نیافته‌اند و هر آنچه از حقوق بشر و دیگر مؤلفه‌های دنیای مدرن ادعا می‌کنند، قابل دفاع و اثبات علمی نیست؛ و یا این امور را قابل دفاع و اثبات علمی بدانند، ولی دموکراسی را دربارهٔ آن‌ها اجرا نکنند. این تهاافت آشکاری است که این گروه از مدافعان دموکراسی و حاکمیت رأی اکثریت بنا بر مبنای کشف حقیقت، گرفتار آن می‌باشند.

از این رو بعضی از معاصران که مدافع دموکراسی مبتنی بر مبنای کشف حقیقت می‌باشند از اطلاق دموکراسی کاسته‌اند و بر این باورند که در اموری که حقیقت روشن است، یا راه رسیدن به آن از طریق کاوش‌های علمی وجود دارد، مراجعه به رأی مردم، درست نیست و در مواردی باید به آرای عمومی رجوع کرد که حقیقت روشن نیست (ملکیان، ۱۳۸۲، ص ۲۵۰، و سروش محلاتی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۸).

از سوی دیگر، برخی از مخالفان دموکراسی نیز می‌پندارند که مبنای دموکراسی و اعتبار رأی اکثریت، کشف حقیقت است و چون رأی اکثریت را کاشف از حقیقت نمی‌دانند، بنابراین مراجعه به آرای عمومی برای تصمیم‌گیری در امور جمعی را مردود دانسته‌اند. در این میان بسیاری از مخالفان و بعضی از موافقان اعتبار رأی اکثریت در میان عالمان دینی نیز به مبنای کشف حقیقت نظر داشته و بر اساس آن بر اثبات یا انکار اعتبار رأی اکثریت، استدلال کرده‌اند.

در انقلاب مشروطه ایران، میان دو گروه از عالمان دینی شیعه اختلاف نظر در دفاع و مخالفت با مشروطیت پدید آمد. مهم‌ترین رهبر مخالفان، آیت‌الله شیخ فضل‌الله نوری و یکی از رهبران مدافع مشروطیت در نجف آیت‌الله میرزا محمد حسین نائینی بود. یکی از خواسته‌های مشروطه‌طلبان، تشکیل مجلس بود؛ و گزینش نمایندگان مجلس از سوی مردم بر اساس برگزاری انتخابات آزاد و اعتبار رأی اکثریت شکل می‌گرفت. همچنین مصوبات مجلس نیز بر اساس رأی‌گیری میان نمایندگان و اعتبار رأی اکثریت تعیین می‌شد. از این رو «اعتبار رأی اکثریت» یکی از موارد اختلاف میان مدافعان و مخالفان مشروطیت بود.

به نظر شیخ فضل‌الله نوری «اعتبار به اکثریت آرا، به مذهب امامیه، غلط است» (نوری، ۱۳۷۷، ص ۱۵۴)؛ نائینی این دیدگاه را نمی‌پذیرد و در پاسخ می‌گوید که اساس حکومت در اسلام بر مشورت است و اگر کسانی که طرف

مشورتنند، با هم اختلاف نظر داشته باشند، اکثریت آرای آنان «اقوای مرجّحات نوعیه» است (نائینی، ۱۳۸۲، ص ۸۶).

این رأی آیت الله نائینی بر این دیدگاه مبتنی است که مراجعه به آرای عموم مردم یا آرای نمایندگان آنان در تصمیم گیری های جمعی، و رجحان نظر اکثریت بر اقلیت، به دلیل کشف واقع است؛ چنان که مشورت نیز در مواردی صورت می گیرد که حقیقت روشن نیست و مشورت کننده با رایزنی، در صدد دستیابی به حقیقت است.

در توضیح نظر آیت الله نائینی می توان گفت که بنای عقلا در مواردی که جاهل هستند و مراجعه به عالم نیاز باشد و عالمان و اهل تخصص در آن موضوع نیز اختلاف نظر دارند، این است که رأی اکثریت عالمان را مرجّح ظنی برای تقویت یک قول قرار می دهند؛ مانند بیماری که پزشکان در نحوه درمان او اختلاف نظر دارند و او نیز که تخصصی در پزشکی ندارد، نظر اکثریت پزشکان را برمیگزیند.

بیش تر فقیهان و عالمان اسلامی معاصر که به بررسی مسأله حاکمیت در اسلام پرداخته اند، رأی اکثریت را بر مبنای کشف حقیقت، معتبر نمی دانند. علامه سید محمد حسین طباطبایی، اسلام را مخالف پیروی از رأی اکثریت و دموکراسی می داند. او در مقام استدلال بر مدعای خویش، بر این نکته تأکید می کند که اسلام مدافع تبعیت از حق است و رأی اکثریت مردم در بسیاری از مواقع، با حق سازگار نیست (طباطبایی، المیزان، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۰۵؛ طباطبایی، بررسی های اسلامی، ۱۳۹۶ق، ص ۱۸۲). این نحوه استدلال، به وضوح گویای این است که به نظر ایشان رأی اکثریت چون کاشف حقیقت نیست، پس فاقد اعتبار است.

آیت الله ناصر مکارم شیرازی نیز در رد اعتبار رأی اکثریت، به مبنای کشف حقیقت نظر دارد. به نظر او چون «برنامه ها و قوانین انبیاء راستین، خالی از هر گونه عیب و نقص و اشتباه است» و از سوی دیگر «اکثریت،

جایز الخطا» می‌باشد، پس «یک جامعه مؤمن به رسالت انبیاء هیچ گونه اجباری در خود از پیروی نظر اکثریت در تصویب قوانین نمی‌بیند.» ایشان بر این باور است که «تکیه کردن دنیای کنونی روی اکثریت، در حقیقت یک نوع اجبار و الزام محیط است، و استخوانی است که در گلوی اجتماعات گیر کرده» است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۴۱۶).

آیت الله سید محمد حسین تهرانی می‌گوید: «رجوع به افکار عمومی، رجوع به اکثریت جاهلان و غیرمطلّعان است. باید رجوع به اهل خبره، و متضلعان و خبرگان اهل یقین و درایت نمود» (حسینی تهرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۳۷). او رأی اکثریت را در انتخاب حاکم و فقیه در عصر غیبت، بی‌ارزش می‌داند (همان، ص ۲۲۱). وی در بخش دیگری از کتاب خود به تفصیل به بررسی آیات قرآن کریم در مذمت اکثریت می‌پردازد (همان، ج ۳، ص ۱۸۷). سپس مردم را به نخبگان و طبقات عامه تقسیم می‌کند و سؤالی را پیش روی «طرفداران دمکراسی که حق انتخاب حاکم و پیشوا را به تمام افراد و توده‌های مردم می‌دهند»، قرار می‌دهد که «شما بر اساس سیاهی جمعیت و تعداد نفرات، به هر یک خواه فاضل و دانشمند باشد، خواه جاهل و نادان؛ خواه مغز متفکر کشور باشد، خواه یک فرد تهی مغز، حق یک رأی می‌دهید؛ و این در منطق عقل و درایت، غلط است. این رویه و سنت، ارزش عقل و عقلا و علم و علما را ساقط می‌کند؛ و در میزان سنجش، قیمت و ارزش رأی و بینش دانا و دانایان و جامعه‌شناسان و شخص بی‌اطلاع را مساوی قرار داده، و افراد صاحب درایت و بینش را در ردیف عادی‌ترین مردم قرار می‌دهد... بنابراین، دنبال اکثریت رفتن در همه جا، ساقط است. مثلاً رأی گرفتن برای افرادی که به مجلس شورا می‌روند، در وضعیت انتخابات فعلی (رأی اکثریت) پایه‌ای از قرآن و اخبار ندارد» (همان، ص ۱۹۷).

سپس شیوهٔ پسندیده در اسلام را «مشورت با اهل حلّ و عقد» نه «مشورت با اکثریت عامه» می‌داند و به همین جهت، فقط نظر اکثریت اهل خبره را هنگام

شک، در حد اماره‌ای برای کشف واقع می‌داند. از این رو «اگر اکثریت مجلس بر امری رأی دادند، ولی فقیه می‌تواند اقلیت را ترجیح دهد؛ و اگر تمام افراد مجلس إجماعاً بر امری رأی دادند، او می‌تواند با همه مخالفت کرده و رأی خود را بگزیند.» سپس به شیوه مشورت پیامبر اکرم (ص) اشاره می‌کند که مشورت آن حضرت فقط مقدمه‌ای است برای تصمیم‌گیری نهایی آن حضرت؛ پس «مشورت، رأی‌گیری و انتخاب رأی اکثریت نیست. مشورت، برای واضح شدن و روشن شدن مطلب برای خود انسان است؛ و رأی نهایی از آن شخصی است که صاحب مشورت است؛ و در مقام ولایت، هیچ‌کس نمی‌تواند با خود ولی، همفکر و در رتبه او بوده، و مشورت خود را با او در یک میزان و منساق قرار بدهد» (همان، ص ۲۰۵).

یکی از معاصران پس از اشکال به دموکراسی غربی که به طور مطلق پیرو رأی اکثریت است و همین موجب می‌شود که ضد اخلاقی‌ترین مسائل در غرب اعتبار قانونی بیابد، اسلام را مخالف چنین دموکراسی‌ای معرفی می‌کند و می‌گوید: «چه دلیلی وجود دارد که همواره آرای پذیرفته شده توسط اکثریت، مطابق با عقل و منطق و ضوابط صحیح باشد؟» قرآن کریم «به ما می‌آموزد که نباید آرا و عقاید و نظریات اکثریت را همیشه حق دانست: *بَلْ جَاءَهُم بِالْحَقِّ وَ أَكْثَرُهُمْ لِلْحَقِّ كَارِهُونَ*». او سپس نتیجه می‌گیرد که «در نظام مطلوب اسلامی، پیروی از نظر اکثریت تنها در صورتی که تابع حق باشد، مشروعیت دارد و آلا اگر تمام مردم هم طرفدار یک نظر خلاف «ما انزل الله» باشند، در حکومت اسلامی آن نظر قابل پیاده شدن نیست... اگر تصور شود که بعضی خواسته‌های مردم خلاف ارزشهای اسلامی نیست اما با تشخیص مقام رهبری و مسؤولان نظام اسلامی اجرای آن خواسته‌ها به قیمت فدا کردن مصالح بسیار مهم و اساسی آن جامعه تمام خواهد شد، در اینجا... چون مسؤولان نظام اسلامی در نزد خدا و خلق مسؤولیت دارند، نباید دچار وسوسه عوام‌فریبی شوند بلکه باید شجاعانه تصمیمات مقتضی را اتخاذ کنند» (کواکبان، ۱۳۷۰، ص ۸۲-۸۴).

۳. ۱. نتایج مبنای کشف حقیقت

اگر مبنای مراجعه به آرای عمومی و پذیرش رأی اکثریت، کشف حقیقت باشد، به نتایج روشن ذیل می‌رسیم:

۱. مراجعه به آرای عمومی در مواردی که حقیقت برای مراجعه‌کننده به هر دلیل علمی، دینی و غیره روشن است، درست نیست.

۲. آرای مردم نه تنها حق و باطل را ایجاد نمی‌کند، بلکه حق و باطل را کشف قطعی نیز نمی‌کند. واقعیت حق و باطل تابع علل خارجی و کشف حق و باطل، تابع ادله علمی است؛ و رأی اکثریت، علت خارجی ایجاد حق و باطل نیست و در بیش‌تر موارد نیز عاجز از کشف اطمینان‌بخش از حقیقت می‌باشد. البته رأی اکثریت با توجه به شخصیت رأی‌دهندگان و موارد آن، گاهی می‌تواند قرینه‌ای احتمالی، ظنی یا اطمینان‌بخش برای رسیدن به حقیقت باشد و گاهی نیز چنین نیست. پس نمی‌توان ادعا کرد که رأی اکثریت همیشه کاشف حقیقت است. پس اگر مبنای ما در سنجش اعتبار رأی اکثریت، کشف حقیقت باشد، حق با مخالفان اعتبار رأی اکثریت است.

۳. بنا بر مبنای کشف حقیقت، تصمیم‌گیرنده یا تصمیم‌گیرندگان غیر از آحاد رأی‌دهندگان هستند. تصمیم‌گیرنده یا تصمیم‌گیرندگان، فرد خاص یا جمع خاصی می‌باشند که در تصمیم‌خویش به تردید افتاده‌اند و برای کشف حقیقت و انتخاب تصمیم درست از دیگران نظرخواهی می‌کنند؛ بر خلاف مبنای حق تعیین سرنوشت که تصمیم‌گیرنده مردم هستند و حاکمان، نمایندگان و مجریان تصمیمات مردم می‌باشند.

۴. موافقت رأی اکثریت در مبنای کشف حقیقت غالباً یک قرینه ظنی است و بنای عقلا در مواجهه با قرائن ظنی، ارزیابی قرائن موافق و مخالف با یکدیگر است. پس اگر در نهایت، قرائن اعتبار نظر اقلیت در نظر آنان رجحان پیدا کرد، رأی اکثریت را کنار می‌گذارند. به عبارت دیگر، عقلا در فرض

فقدان علم، به ظن عمل می‌کنند؛ و قرائن ظنی به رأی اکثریت عالمان منحصر نیست، بلکه قرائن دیگری نیز وجود دارد. پس علاوه بر مواردی که علم به مخالفت رأی اکثریت با حقیقت وجود دارد، در موارد دیگری نیز به قول اکثریت عمل نمی‌شود و آن مواردی است که بعد از تراجم قرائن، ظن به قول اقلیت حاصل شود.

۵. نوع دانش و تعهد اخلاقی کسانی که مورد رأی‌گیری قرار می‌گیرند، می‌تواند در کنار تعداد آنان، نقش تعیین‌کننده‌ای در کشف حقیقت داشته باشد. چه بسا رأی اقلیتی دانشمند متعهد، از رأی اکثریت عوام بهتر کشف حقیقت کند. بلکه خردمندان این است که در مواردی که نسبت به موضوعی جهل وجود دارد، فقط به آگاهان و متخصصان در آن موضوع مراجعه شود. در این صورت، رأی اکثریت عالمان در آن موضوع می‌تواند قرینه‌ای ظنی یا اطمینان‌بخش برای کشف حقیقت باشد. پس بنا بر مبنای کشف حقیقت - بر خلاف مبنای حق تعیین سرنوشت - ارزش رأی آحاد جامعه، یکسان نیست و رأی نخبگان و اهل تخصص از ارزش بیش‌تری برخوردار است.

۶. بر اساس این مبنا، مراجعه به آرای عمومی نمی‌تواند داور نهایی برای حل اختلافات میان مردم باشد؛ زیرا اگر مبنای مراجعه به آرای عمومی کشف حقیقت باشد، فقط در مواردی می‌توان به آرای عمومی مراجعه کرد که حداقل طرفین یا اطراف موضوع مورد اختلاف، بر نادانی خویش اعتراف داشته باشند و مراجعه به آرای عمومی را راهی برای کشف حقیقت بدانند. اما اگر آنان یا برخی از آنان، خود را نسبت به حقیقت دانا بدانند یا مراجعه به آرای عمومی را راهی برای کشف حقیقت ندانند، هیچ دلیلی برای مراجعه به آرای عمومی نمی‌بینند و از این رو نمی‌توان به این طریق، نزاع و اختلاف میان مردم در ادارهٔ جامعه را حل کرد.

۷. بر اساس این مبنا نمی‌توان بیش‌تر موارد مرسوم در مراجعه به آرای عمومی را در جوامع و کشورهای مختلف توجیه کرد و محدودهٔ مراجعه به آرای

عمومی بسیار تقلیل می‌یابد. به عنوان مثال اولین انتخابات بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران درباره پذیرش یا عدم پذیرش نظام جمهوری اسلامی، به هیچ وجه بر این اساس قابل توجیه نیست؛ زیرا برگزارکنندگان این انتخابات هیچ تردیدی در حقانیت نظام جمهوری اسلامی نداشتند.

۸. بسیاری از اشکالاتی که این گروه از عالمان دینی به اعتبار رأی اکثریت بنا بر مبنای کشف حقیقت وارد کرده‌اند، درست است. اما اشکالی که بر خود آنان وارد است، این می‌باشد که آن‌ها از سایر مبنای برای اعتبار رأی اکثریت و به خصوص مبنای حق تعیین سرنوشت غافل بوده‌اند. از این رو، پس از رد اعتبار رأی اکثریت بنا بر مبنای کشف حقیقت، به این نتیجه غلط رسیده‌اند که مراجعه به آرای عمومی و ترجیح رأی اکثریت هیچ مبنای قابل دفاعی ندارد.

۲. مشروعیت دینی

اگر حکم شرعی وجوب یا جواز مراجعه به آرای عمومی و ترجیح رأی اکثریت به وسیله ادله درون دینی ثابت شود، در این صورت مبنای اعتبار رأی اکثریت، ادله شرعی خواهد بود. بسیاری از فقیهان کوشیده‌اند اعتبار یا عدم اعتبار رأی اکثریت را از این طریق ثابت کنند. موافقان اعتبار رأی اکثریت، به ادله‌ای مانند بیعت، شورا و روایات خاص تمسک کرده‌اند. در مقابل، گروه دیگری ضمن خدشه در ادله آن‌ها یا اقامه ادله‌ای که بر عدم اعتبار رأی اکثریت دلالت دارد مانند آیات مذمت اکثریت در قرآن، به مخالفت با اعتبار رأی اکثریت پرداخته‌اند.

آنچه از بررسی دیدگاه‌های این گروه از صاحب نظران به دست می‌آید، این است که آنان کوشیده‌اند ثابت کنند که اعتبار رأی اکثریت در نظام قانون‌گذاری و فقه اسلامی یا خصوص شیعه، دارای جایگاه درون فقهی می‌باشد، یا فاقد آن است. به عبارت دیگر، مسأله نزد آنان این است که آیا در شریعت اسلام در غیر موارد فراوانی که مردم حق تصمیم‌گیری درباره آن را

ندارند، مانند تشریح در احکام توقیفی همچون نماز و روزه، مواردی تشریح شده است که شریعت حق تصمیم‌گیری درباره آن را به مردم واگذار کرده باشد؟

ذهنیت بسیاری از فقیهان پیوسته متوجه نظام تشریح اسلامی بوده و در صدد یافتن موردی برای تصمیم‌گیری جمعی مردم در این نظام بوده‌اند. موافقان اعتبار رأی اکثریت کوشیده‌اند نشان دهند که در اسلام در برخی حوزه‌های تصمیم‌گیری جمعی، «آزادی تشریحی» وجود دارد و قانونی الزامی برای مردم در آن موارد وضع نشده است. از این رو مردم می‌توانند برای خود تصمیم بگیرند. مخالفان نیز در صدد اثبات این بوده‌اند که چنین مواردی در شریعت وجود ندارد.

تفاوت این دیدگاه با «مبنای حق تعیین سرنوشت» در اعتبار رأی اکثریت که مورد دفاع نگارنده است، در این می‌باشد که مبنای حق تعیین سرنوشت مربوط به مرحله بعد از نظام تشریح، یعنی نظام تکوین است و اعتبار رأی اکثریت بر پایه حق تعیین سرنوشت، گویای «آزادی تکوینی» مردم در عمل به شریعت است؛ هر چند - چنان که گذشت - بر پایه قاعده ملازمه میان حکم عقل و شرع و نیز ادله معتبر قرآنی و روایی که در ادامه این نوشتار طرح خواهد شد، رأی اکثریت در مرحله بعد از قوانین الزامی شرع، مشروعیت دینی دارد.

یکی از نتایج روشن تفاوت این دو مبنا، در این است که بنا بر «مبنای مشروعیت دینی»، مردم در انتخاب هر یک از گزینه‌های پیش رو تخییر شرعی دارند و هر کس هر گزینه‌ای را انتخاب کند، خلاف تکالیف خود عمل نکرده و مرتکب معصیت نشده است؛ اما بنا بر مبنای حق تعیین سرنوشت، چه بسا مردم در انتخاب یک گزینه، مرتکب گناه شوند. سر این تفاوت در این است که در مبنای مشروعیت دینی، اعتبار رأی اکثریت از حکم تکلیفی تخییر شرعی که متوجه رأی‌دهندگان است، انتزاع می‌شود؛ اما در مبنای حق تعیین سرنوشت، اعتبار رأی اکثریت از حکم تکلیفی به عدم اجبار و اکراه که متوجه غیر

رأی دهندگان است، انتزاع می‌شود. مقصود از غیر رأی دهندگان در این جا کسانی هستند که می‌توانند خلاف آنچه مورد خواست رأی دهندگان است، بر آنان تحمیل کنند.

۱. ۲. گزارشی از موافقان و مخالفان اعتبار رأی اکثریت بر مبنای مشروعیت دینی

شواهد فراوانی در کلام فقیهان وجود دارد که گویای این است که آنان در صدد اثبات یا رد اعتبار رأی اکثریت بر مبنای مشروعیت دینی بوده‌اند و توجهی به مبنای حق تعیین سرنوشت نداشته‌اند. برخی از این شواهد را در بررسی تفصیلی آرای آنان بیان خواهیم کرد. یکی از این شواهد که در کلام بیش تر آن‌ها به چشم می‌خورد، این است که آن‌ها عدم اعتبار آرای عمومی و رأی اکثریت را در تعیین حاکمیت سیاسی در عصر حضور معصومان(ع)، قطعی و مسلم انگاشته، بلکه آن را از ضروریات اسلام دانسته‌اند؛ زیرا به اعتقاد آن‌ها با حضور شخصیت معصوم(ع) که حجت خدا و عاری از هر گونه اشتباه است و حائز مقام حاکمیت و ولایت سیاسی می‌باشد، وضع قانون برای مشروعیت تصمیم‌گیری مردم در این حوزه، لغو و بلکه نقض غرض خواهد بود. روشن است که بنا بر مبنای حق تعیین سرنوشت، اعتبار رأی اکثریت حتی در عصر حضور معصومان(ع) نیز جاری است؛ زیرا نباید مردم را در آن عصر با زور و جبر خارجی به پذیرش حاکمیت سیاسی معصومان(ع) مجبور کرد؛ هر چند از نظر تشریحی مکلف و ملزم به پذیرش حاکمیت آنان می‌باشند.

عدم توجه بسیاری از اندیشمندان مسلمان به مبنای حق تعیین سرنوشت موجب شده آنان در ارائه نظریه‌ای جامع و متقن بر پایه فقه اسلامی در دفاع از مراجعه به آرای عمومی در حوزه‌های مختلف حاکمیت از جمله حوزه اجرایی، قانون‌گذاری و قضایی، دچار چالش‌های جدی شوند و آرای فراوان و ناهمگونی به وجود آید. آنان پیوسته به دنبال تدوین نظریه‌ای بر پایه آموزه‌های شریعت برای دفاع از اعتبار آرای عمومی بوده‌اند و در این مسیر می‌دیدند که بسیاری از

باید و نبایدهای شرع، مزاحم مشروعیت دینی اصل اعتبار رأی اکثریت به طور مطلق می‌گردد؛ از این رو هر کس بر پایه برداشت‌های فقهی خود، اطلاق این اصل را به گونه‌ای تخصیص زده است.

یکی از معاصران پس از طرح و نقد پنج دیدگاه در زمینه نقش آرای عمومی در حوزه قانون‌گذاری در نظام فقهی شیعه، در نهایت به بن بست رسیده، چنین نتیجه می‌گیرد که: «وضع قوانین و مقررات با مراجعه به همه‌پرسی یا مجلس قانون‌گذاری با رویکرد به فقه شیعه در قالب و نظریه‌ای واحد نمی‌گنجد. دلیل مطلب هم روشن است: شیوه قانون‌گذاری وضعی...، نهادی است که در بستر حقوق اسلامی رشد نیافته است» (حکمت‌نیا، ۱۳۸۲، ص ۲۲۳). وی به دلیل غفلت از مبنای حق تعیین سرنوشت، «بررسی جایگاه حقوقی آرای عمومی در دوره غیبت» را تابع این نکته می‌داند که «آیا درباره فقیهان دارای شرایط، نصب عمومی صورت گرفته است یا نه؟» (همان، ص ۲۹۵). این دیدگاه گویای این است که وی نیز اعتبار آرای عمومی را در نظام تشریح دینی پیگیری کرده است. اینک برای آگاهی از آرای برخی از فقیهان در این زمینه، گزارشی اجمالی ارائه می‌کنیم.

هرچند در آثار عالمان گذشته به طور نادر و پراکنده به مواردی مرتبط به رضایت عمومی مردم از حکومت برمی‌خوریم؛ بحث‌های تفصیلی و گسترده در این زمینه، بیش‌تر در سده اخیر دیده می‌شود. استقبال عالمان دینی دو قرن اخیر از این موضوع، بیش‌تر زاییده آشنایی و مواجهه آنان با نظام‌های دموکراتیک در کشورهای غربی یا همسایه بوده است. این‌گونه مباحث میان فقیهان شیعه بعد از برقراری نظام جمهوری اسلامی در ایران که ادعای پابندی به اسلام و فقه شیعه در کنار جمهوریت و مردم‌سالاری را دارد، بیش‌تر شد. برخی اندیشمندان نوگرای مسلمان در طول ۱۵۰ سال گذشته، آموزه «شورا» در قرآن و سنت را به عنوان سازوکار مناسبی برای تحقق نظام پارلمانی که مبتنی بر مشارکت سیاسی مردم و تبعیت از رأی اکثریت می‌باشد، به کار

گرفته‌اند. علاوه بر آیت الله نائینی (نائینی، ۱۳۸۲، ص ۸۶) که پیش از این رأی او در این زمینه یاد شد، می‌توان از شخصیت‌هایی همچون رفاعة طهطاوی (۱۲۹۰ ق)، خیرالدین تونسلی (۱۸۹۹ م)، سید جمال‌الدین اسدآبادی (۱۳۱۴ ق)، رشیدرضا (۱۳۵۴ ق)، ابوالاعلی مودودی (۱۳۲۰ ق) و مستشارالدوله (۱۳۱۳ ق) که پیش از نائینی زیسته‌اند و شخصیت‌هایی مانند محمدمهدی شمس‌الدین، محمدحسن امین، راشد غنوشی و توفیق محمد شای که پس از او آمده‌اند، نام برد (میراحمدی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۹-۴۰۸).

به نظر می‌رسد آموزه شورا در لغت، فرهنگ و تاریخ اعراب قبل و بعد از اسلام و نیز در کتاب و سنت، ظرفیت پذیرش چنین قرائت جدیدی را ندارد؛ هرچند برخی چنین برداشتی را توجیه و تأیید کرده‌اند (سروش محلاتی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۴؛ میراحمدی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۹؛ جوان آراسته، ۱۳۸۲، ص ۷۶). فهم رایج و سنتی از شورا عبارت است از «رایزنی» و آگاهی از دیدگاه‌ها و استدلال‌های دیگران و انتخاب بهترین آن‌ها. به عبارت دیگر، چنان که بعضی از مفسران تصریح کرده‌اند، پیام شورا به معنای این آیه قرآن کریم نزدیک است که می‌فرماید: «الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ»؛ «کسانی که سخن را می‌شنوند و بهترین آن را پیروی می‌کنند» (طباطبایی، المیزان، ۱۴۱۷، ج ۱۸، ص ۶۳).

این برداشت از مشورت، علاوه بر سازگاری با ریشه لغوی آن که بر انتخاب و استخراج چیزی از میان چند چیز دلالت دارد (راغب، ۱۴۱۲ ق، ص ۴۶۹؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ ق، ج ۶، ص ۱۴۹)، با ظواهر آیات و روایات نیز هماهنگ است و تاریخ و سیره نیز آن را تأیید می‌کند. این معنا فقط به ارائه راهکاری برای دستیابی به قول صواب از میان اقوال ناظر است و درباره شکل فردی یا جمعی تصمیم‌گیری ساکت است؛ اما اندیشمندان نوگرا بدون آنکه این درک از مشاوره را انکار کنند، در صدد استخراج معنای «تصمیم‌گیری جمعی» از آن بوده‌اند تا بتوانند از آن به عنوان سازوکار مناسبی برای آشتی میان اسلام و

دموکراسی استفاده کنند.

با توجه به تفاوت دو مفهوم «رایزنی» و «تصمیم‌گیری جمعی»، می‌توان ادعا کرد که نامگذاری مجلس قانون‌گذاری (Parliament) به «مجلس شورا» از عصر مشروطیت در ایران تا کنون، هرچند غلط نبوده، دقیق هم نبوده است؛ زیرا رکن اصلی این گونه مجالس، تصمیم‌گیری جمعی نمایندگان مردم بر پایه نظام اکثریت آرا است؛ در حالی که کلمه شورا از چنین معنایی خالی است و تنها به ویژگی گفت‌وگو و تبادل آرای نمایندگان اشعار دارد. شاید به همین جهت، بیش‌تر کشورهای عربی از به کارگیری واژه «شورا» و مشتقات آن در نام مجالس قانون‌گذاری خود پرهیز کرده و از اسامی دیگری همچون «المجلس الوطنی»، «مجلس الأمة»، «مجلس النواب»، «مجلس الشعب»، «مجلس الاعیان» و «الجمعیة الوطنی» و مانند آن، استفاده کرده‌اند (عطیة الله، ۱۹۶۸م، ص ۱۱۳۴؛ بعلبکی، ۱۹۹۰م، ج ۲، ص ۱۰۹۰) و در مقابل، برای گروه مشاوران مقامات عالی‌رتبه که حق تصمیم‌گیری مستقل ندارند و فقط دیدگاه‌های خود را در اختیار مسئولان تصمیم‌گیرنده قرار می‌دهند، نام «مجلس مشورتی» را برگزیده‌اند. مقصود از ادعای فوق، این نیست که مجلس قانون‌گذاری در نظام سیاسی اسلام، فاقد جایگاه موجه است؛ بلکه مقصود این است که آموزه شورا در اسلام نمی‌تواند توجیه دقیق و همه‌جانبه‌ای برای آن باشد.

برخی از فقهای معاصر رأی اکثریت را در مواردی از جمله تعیین حاکمیت سیاسی در عصر غیبت، معتبر دانسته‌اند و برخی دیگر محدوده اعتبار رأی اکثریت را از این کمتر می‌دانند. در هر حال، نگارنده هیچ تصریحی از فقیهان موافق اعتبار رأی اکثریت، بر اطلاق و شمول این قاعده نسبت به همه اعصار ندیده است و دستکم بیش‌تر فقیهان به صراحت، عصر حضور معصومان (ع) را از اعتبار رأی اکثریت استثنا می‌کنند.

آیت الله سید کاظم حائری ادعا می‌کند که یکی از ضروریات اسلام، این

است که انتخاب و تنفیذ رأی اکثریت در فرض وجود ولی منصوب از جانب خداوند، مردود است (حائری، ۱۴۲۸ق، ص ۱۷۱ ۱۷۸).

آیت الله حسین علی منتظری کوشیده برای «انتخاب امت» در فقه سیاسی جایگاه قابل دفاعی ترسیم کند. او «انتخاب امت» را در کنار «نصب الاهی» و «قهر قاهر»، شیوه‌ای برای تعیین حکومت می‌داند و پیوسته بر این نکته تأکید می‌کند که هرگاه حاکم به نصب الاهی تعیین شود، راه برای انتخاب مردم بسته است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۴۹۳، ۴۹۶، ۴۹۷، ۵۳۱، ۵۴۱).

نگاه ایشان نیز - همچون بسیاری دیگر - به مقوله انتخاب مردم برخاسته از مبنای «حق تعیین سرنوشت» نیست، زیرا اگر چنین بود حتی در موارد نصب الاهی نیز انتخاب مردم را برای تعیین حاکم شرط می‌دانست. ایشان به بیست و شش دلیل برای تعیین حاکم به انتخاب مردم استدلال می‌کند، (همان، ص ۴۳۹) اما در هیچ یک از این دلایل به «حق تعیین سرنوشت» برای مردم اشاره روشنی نکرده است.

او در مواردی که اقلیت جامعه، نخبگان و متفکران هستند و اکثریت، عوام و کم‌سواد می‌باشند، رأی اقلیت را بر اکثریت مقدم می‌دارد (همان، ج ۱، ص ۵۶۷). این نظر شاهد دیگری بر این است که ایشان توجهی به مبنای «حق تعیین سرنوشت» نداشته است. در کتاب «دراسات فی ولایة الفقیه» تألیف آیت الله منتظری نیز بر عدم توجه به این مبنا، شواهد دیگری وجود دارد.

به نظر آیت الله سید محمد شیرازی، حکومت در عصر غیبت از آن فقیه جامع‌الشرایط است و اگر در زمانی یک فقیه جامع‌الشرایط وجود داشته باشد، حکومت او متعین است؛ اما اگر متعدد باشد، تعیین حاکم از میان آن‌ها به انتخاب مردم است. او به اصل اباحه و حریت استدلال می‌کند که در سایر احکام نیز جاری است؛ مانند این که انسان در انتخاب مرجع، قاضی و امام جماعت، مخیر است. همچنین به آیه «وَأْمُرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ» (شوری، ۳۸) و

روایات متعدد و نیز حکم عقل به برتری نظام برخاسته از انتخاب مردم و تحت نظارت مردمی، نسبت به نظام دیکتاتوری استدلال کرده است. به نظر ایشان، مدت حکومت و سایر خصوصیتی که شریعت درباره آن نظر نداده، نیز به انتخاب مردم خواهد بود و اگر مردم در انتخاب حاکم اختلاف کردند، ملاک، رأی اکثریت خواهد بود. او برای برتری رأی اکثریت بر اقلیت به دلایلی که بیش تر آن‌ها نقلی است، تمسک می‌کند. سپس در صدد پاسخ به اشکالاتی از جمله مذمت قرآن کریم از اکثریت برمی‌آید (شیرازی، ۱۴۱۰ق، ج ۹۹، ص ۴۰-۵۷).

شواهد متعدد گویای این است که دیدگاه آیت الله شیرازی نیز در مورد حق انتخاب مردم مبتنی بر مبنای حق تعیین سرنوشت نیست، بلکه مراجعه به آرای عمومی در این دیدگاه نیز در فضای نظام تشریح است. از جمله این که به نظر ایشان، مراجعه به آرای عمومی فقط در موردی است که فقهای واجد شرایط در یک عصر، متعدد باشند؛ مانند مرجع تقلید، قاضی و امام جماعت متعدد که مکلف در انتخاب هر یک شرعاً مخیر است، در حالی که بنا بر مبنای حق تعیین سرنوشت، انتخاب مردم به موارد تخییر شرعی منحصر نیست.

آیت الله جعفر سبحانی مشروعیت حکومت امام معصوم (ع) را به نص الاهی و بدون انتخاب مردم می‌داند. اما در مورد حکومت غیر معصوم به آیات قرآن کریم درباره خلافت انسان در زمین و قبول امانت الاهی از سوی انسان و سایر ادله عقلی و نقلی برای اثبات حق انتخاب انسان نسبت به حکومت و حاکمان، استدلال می‌کند. سپس در مقام بیان تفاوت حق انتخاب در نظام اسلامی با حق انتخاب در نظام دموکراسی می‌گوید: «مردم در نظام اسلامی می‌بایست حاکمی را برگزینند که متصف به شرایط معتبر در شریعت است؛ اما در حکومت دموکراتیک مردم حق دارند که هر کسی را به عنوان حاکم برگزینند. به همین جهت اشکالاتی که به نظام دموکراسی وارد است، به نظام حاکمیت اسلامی وارد نیست.»

او برخی از اشکالات به دموکراسی را این گونه بیان می کند: «نخست این که حاکمی که منتخب مردم است، همیشه تابع خواسته های آنان خواهد بود، نه تابع مصالح مردم. دوم آن که اکثریت انتخاب کنندگان که ملاک برتری آرا در نظام دموکراسی هستند، معمولاً دارای بصیرت و رشد فکری لازم نیستند و همین موجب می شود که انتخاب آنان درست نباشد. سوم آن که برتری رأی اکثریت بر اقلیت، ظلم به اقلیت و حقوق آن ها است.» سپس وی با استناد به این که اسلام صفات و شرایطی را برای انتخاب شونده گان و انتخاب کنندگان لازم دانسته، ادعا می کند که هیچ یک از اشکالات مزبور بر انتخابات در نظام اسلامی وارد نیست (سبحانی، ۱۳۶۴، ج ۲، ۲۰۸-۲۴۷).

از این اظهارات نیز اعتبار رأی اکثریت در نظام تشریح فهمیده می شود که از مبنای حق تعیین سرنوشت، بیگانه است. روشن است که استثنای عصر حضور معصوم (ع) از حق انتخاب مردم و نیز تفاوت هایی که ایشان میان دموکراسی و حق انتخاب در اسلام ذکر کرده، همگی گویای این است که ایشان نیز حق انتخاب مردم و اعتبار رأی اکثریت را در نظام تشریح مد نظر قرار داده و مبنای حق تعیین سرنوشت، مورد نظر او نبوده است.

آیت الله سید محمد مهدی خلیلی پس از نقد دموکراسی به علت تکیه^۴ صرف بر آرای اکثریت که ممکن است فاقد منطق و استدلال باشد و برخاسته از امیال و خواسته های غیر عقلانی جامعه باشد، به تبیین نظر اسلام درباره اکثریت می پردازد. به نظر ایشان، اسلام برای اکثریت از آن جهت که اکثریت است، ارزشی قائل نیست، بلکه اکثریت های نادان و بی تقوا را در قرآن کریم مذمت کرده است. بنابراین پیروی از آن ها موجب گمراهی است. معیار صحیح، پیروی از حقیقت می باشد که آن راه خدا است.

ایشان در این بخش کلام خود، اعتبار رأی اکثریت بنا بر مبنای کشف حقیقت را نمی پذیرد. سپس می کوشد که برای رأی اکثریت، اعتباری محدود در نظام تشریح دینی بیابد و در این جهت به اعتبار «شهرت فتوایی» و «شهرت

روایی» در فقه استناد می‌کند و این را «همان تقدّم اکثریت بر اقلیت و تقدّم ظن قوی بر ظن ضعیف» می‌داند. ایشان در نهایت نتیجه می‌گیرد که اسلام برای اکثریت مکتبی و اسلامی، ارزش قائل است؛ زیرا اکثریت در این صورت، نزدیک‌ترین راه به واقعیات است و عقل و شرع آن را امضا می‌کند. بنابراین ابتدا باید جامعه را با اصول اخلاقی و فضایل انسانی و آگاهی، تقوا و احساس مسؤولیت، آشنا ساخت و سپس از او نظرخواهی کرد؛ زیرا در این حال، گفتارها و اظهار نظرها بر پایه حق و عدالت استوار خواهد بود، نه خودخواهی و سودجویی.

سپس وجه دیگری برای اعتبار رأی اکثریت از نظر اسلام بیان می‌کند و آن رجحان مصلحت اکثریت بر مصلحت اقلیت هنگام تزامم مصالح افراد جامعه است. پس «چنانچه میان منافع اکثریت و اقلیت، تزاممی به وجود آید، باید منافع اکثریت را بر مبنای اهمیت، مقدّم داشت؛ زیرا رعایت حال اکثریت، اهمّ از رعایت اقلیت است» (خلخال، ۱۳۶۱، ص ۲۸-۴۳). او در این بخش کلام خود متوجه مبنای مصلحت است که در سرفصل بعدی به آن خواهیم پرداخت. پس ایشان متوجه سه مبنای «کشف حقیقت»، «مشروعیت دینی» و «مصلحت» بوده است، اما از مبنای «حق تعیین سرنوشت» غفلت کرده است. به اعتقاد آیت الله سید محمدباقر صدر، ولایت تنها از آن خداست و انسان از سیادت و سلطه غیر خدا آزاد است و ولایت خداوند در جامعه بشری از دو طریق خلافت و نظارت، اعمال می‌شود. از سوی دیگر، خداوند انسان را خلیفه خود بر زمین قرار داده است و اداره جامعه انسانی و ریاست و تدبیر امور نیز از شؤون خلافت الهی انسان است. به باور ایشان، حکومت انسان در زمین دوره‌های مختلفی را سپری کرده است. در دوران وحدت اولیه که اختلاف میان بشر شکل نگرفته بود، حق حاکمیت و استخلاف برای آحاد انسان‌ها بود. در مرحله بعد که پیامبران ظهور می‌کنند، خلافت حق پیامبران گردید که شاهدان و ناظران بر مردم و دارای مقام عصمت بودند. در عصر

حضور ائمه معصوم (ع) نیز دو خط خلافت انسان بر زمین و نظارت و گواهی بر رفتار انسان‌ها، حق الاهی آنان است؛ در عصر غیبت این دو خط از هم جدا می‌شود و خلافت و حاکمیت، حق انسان می‌شود و آحاد انسانی حق اداره خود و جامعه خویش را دارند. اما چون مردم موظف به عمل به شرع و دین هستند، نظارت فقها ضرورت می‌یابد و سرانجام در آخرین مرحله، حاکمیت امام زمان (ع) است که دو خط خلافت و نظارت، بار دیگر یکی می‌شود و در شخص امام معصوم (ع) جمع می‌گردد.

ایشان به استناد آیه «وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ» (شوری، ۳۸) بر این باور است که خداوند در زمان غیبت، مردم را صاحبان اصلی حکومت قرار داده و ولایت بر اداره جامعه را به ایشان سپرده است و با استناد به آیه «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» (توبه، ۷۱) معتقد است که آحاد مردم در امر ولایت، با یکدیگر مساوی هستند و تنها راه رجحان رأی برخی بر برخی دیگر، رأی اکثریت می‌باشد. البته مردم می‌بایست بر اساس قوانین اسلامی زندگی کنند و به همین دلیل حکومت مردم باید مورد تأیید فقیه باشد (صدر، الاسلام يقود الحياة، ۱۴۲۱ق، ص ۱۶۰؛ خلافه الانسان، بی تا، ص ۳۸).

آیت الله محمد مؤمن، ثبوت ولایت برای پیامبر (ص) و ائمه معصوم (ع) را به نص الاهی می‌داند. به نظر ایشان، فعلیت این ولایت فقط بر نص متوقف است و به هیچ چیز دیگری نیاز ندارد. او می‌گوید: «مقتضای اطلاق ادله ثبوت ولایت همچون ادله وجوب اطاعت، این است که بیعت شرط ثبوت اصل ولایت معصومین (ع) و وجوب اطاعت آنان نیست، بلکه پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) ولی امر و واجب الاطاعه هستند، هر چند مسلمانان بیعت نکنند» (مؤمن، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۲۳۰ - ۲۳۳).

به باور آیت الله محمد هادی معرفت، تعیین حاکم از سوی خداوند دو گونه است: یا به تنصیب است، یعنی شخص حاکم به نص الاهی تعیین شده

است که در مورد انبیاء و ائمه (ع) این گونه است؛ و یا به توصیف می باشد، یعنی اوصافی برای حاکم بیان شده که تطبیق این اوصاف بر عهده مردم است. در مورد فقها در عصر غیبت این گونه عمل شده است. پس می توان گفت که «توصیف» راه میانه ای است بین انتصاب و انتخاب. نه کاملاً انتصاب است که مردم هیچ نقشی در آن نداشته باشند، و نه به طور مطلق به انتخاب مردم واگذار شده است. پس بیان اوصاف از سوی خداوند است و جست و جو برای یافتن کسی که دارای این اوصاف است، به مردم واگذار شده است (معرفت، ۱۴۰۲ق، ص ۱۳۰).

آیت الله حسین مظاهری، حکومت و ولایت معصومین (ع) و فقیه جامع الشرایط را از جانب خداوند و به نصب الاهی می داند، ولی میان این دو فرق می نهد و ولایت معصوم (ع) را ذاتی دانسته، هیچ نقشی برای خواست مردم در فعلیت یافتن ولایت آنان قائل نیست. اما فعلیت ولایت فقیه به انتخاب مردم است؛ زیرا مردم می توانند گروهی از فقها را انتخاب کرده تا آنان ولی فقیه را برگزینند (مظاهری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۳۲۶).

به باور آیت الله فاضل صفرار نیز اگر نص بر ولایت کسی باشد، جایگاهی برای انتخاب مردم نیست؛ چنان که در مورد ولایت پیامبر (ص) و ائمه معصوم (ع) هیچ حق انتخابی برای مردم نیست و مردم موظف به تبعیت هستند. بیعت در عصر معصومین (ع) نیز معنایی جز اظهار تسلیم و انقیاد ندارد (صفرار، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۴۵۲). در زمان غیبت، مشروعیت حاکم به دو امر است: نخست، ولایت فقیه جامع الشرایط؛ و دوم، رضایت مردم. شرط دوم از ادله فراوان به دست می آید؛ زیرا حکومت اقتضای تصرف در شؤون مختلف مالی و جانی مردم را دارد و اصل اولی، عدم جواز تصرف در شؤون مردم بدون رضایت آنان است. سپس ایشان به ادله مختلف عقلی و نقلی برای اثبات مدعای خود استدلال کرده است (همان، ص ۴۵۳ - ۴۷۶). از جمله ادله ایشان، نصوص مربوط به شورا است. نویسنده در ضمن بررسی این ادله، بار

دیگر تأکید می‌کند که با وجود نص بر تعیین حاکم، شورا معنایی ندارد؛ زیرا اجتهاد در مقابل نص، مردود است (همان).

عدم اعتبار حق انتخاب برای مردم در عصر حضور پیامبران و امامان معصوم (ع) در کلام شش فقیه اخیر - علاوه بر قراین دیگر - گواه این امر است که آن‌ها نیز توجهی به مبنای حق تعیین سرنوشت نداشته و در پی اثبات اعتبار رأی مردم بر اساس مشروعیت دینی بوده‌اند.

آیت الله مهدی حائری یزدی «نظریهٔ وکالت» را طرح کرده است. نظریه او با نظریات سایر فقها تفاوت اساسی دارد. او معتقد است مردم نسبت به کشور و امور مربوط به آن، مالکیت مشاع دارند. از این رو برای برخی تصرفات در ملک خود به شخص یا اشخاصی به عنوان زمامدار «وکالت» می‌دهند و در این زمینه فرقی میان عصر معصوم (ع) با غیر آن نیست. به نظر ایشان در اسلام برای شخص خاصی مانند معصوم (ع) یا صنف خاصی مانند فقها، تشریح ولایت سیاسی نشده است (حائری یزدی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۴، ۲۰۹).

این نظریه نیز به روشنی در صدد طرح مشروعیت عقلی یا عقلایی برای آرای عمومی و اثبات تخییر شرعی در انتخاب حاکم است؛ در حالی که حق تعیین سرنوشت مربوط به مرحله بعد از باید و نبایدهای عقلی یا شرعی است. دکتر عبدالکریم سروش اعتبار آرای عمومی را از طریق «حق نظارت» برای مردم، ثابت می‌کند. به باور او چون حاکم جایز الخطا است، پس به نهاد نظارتی نیاز دارد. این نهاد نظارتی نمی‌تواند از سوی حاکم باشد، زیرا نقض غرض خواهد بود. پس نهاد نظارتی، نهادی مردمی است و لازمه حق نظارت، حق عزل کردن است؛ و لازمه حق عزل کردن، حق نصب می‌باشد (سروش، ۱۳۷۶، ص ۳۶۱). استدلال او نیز شامل حاکمیت معصومان (ع) نمی‌شود و در آن از مبنای حق تعیین سرنوشت خبری نیست.

روشن شد که صاحب نظران نام برده پیوسته به دنبال یافتن حکم جواز مراجعه به آرای عمومی در نظام تشریح دینی یا عقلی بوده‌اند و از مبنای حق

تعیین سرنوشت که به مرحله بعد از تشریح دینی و عقلی مربوط است، غافل مانده‌اند. پذیرش مبنای حق تعیین سرنوشت در اعتبار رأی اکثریت به معنای نفی آرای این صاحب نظران یا دیگر صاحب نظران در استناد به مبنای مشروعیت دینی یا عقلی، و یا سایر مبانی برای اعتبار بخشیدن به رأی اکثریت نیست، بلکه به معنای ارائه مبنایی استوارتر در دفاع از اعتبار رأی اکثریت در همه حوزه‌های تصمیم‌گیری جمعی و در همه اعصار - حتی عصر حضور معصوم (ع) - می‌باشد.

۲.۲. نتایج مبنای مشروعیت دینی

۱. بر پایه این مبنا، گستره اعتبار رأی اکثریت منوط به مقدار دلالت ادله شرعی است؛ و هیچ‌یک از طرفداران این مبنا، معتقد نیست که ادله شرعی، رأی اکثریت را در همه حوزه‌های تصمیم‌گیری در زندگی جمعی از جهت شرایط انتخاب‌کننده و انتخاب‌شونده معتبر می‌شناسد؛ در حالی که بنا بر مبنای حق تعیین سرنوشت، رأی اکثریت در همه حوزه‌های تصمیم‌گیری جمعی معتبر است و هیچ شرطی برای انتخاب‌کننده و انتخاب‌شونده وجود ندارد. از جمله، به اعتقاد طرفداران مبنای مشروعیت دینی، رأی اکثریت برای انتخاب حاکم در عصر حضور معصومان (ع)، فاقد اعتبار است، اما بنا بر مبنای حق تعیین سرنوشت دارای اعتبار است.

۲. بر اساس مبنای مشروعیت دینی، هیچ‌یک از رأی‌دهندگان - اعم از اقلیت و اکثریت - مرتکب نافرمانی دینی نشده‌اند؛ در حالی که بنا بر مبنای حق تعیین سرنوشت، ممکن است بسیاری از رأی‌دهندگان - خواه در میان اقلیت یا اکثریت - در انتخاب خود دچار معصیت شده باشند.

۳. مشروعیت دینی نمی‌تواند به عنوان داور نهایی برای حل اختلاف میان مردم طرح شود؛ زیرا بسیاری از مردم به دین اعتقاد ندارند یا فهم متفاوتی از مشروعیت دینی دارند؛ در حالی که داور نهایی - چنان‌که در مقاله شماره ۷۲

گذشت - باید حقیقتی روشن و اختلاف ناپذیر میان مردم باشد .

۴ . بنا بر مبنای مشروعیت دینی - مانند مبنای حق تعیین سرنوشت - تصمیم گیرندگان آحاد رأی دهندگان هستند .

۳ . مصلحت

بر اساس این دیدگاه، چون برقراری حکومت و اداره آن نیازمند رضایت عامه است، پس به آرای آنان مراجعه می شود؛ زیرا حکومتی که مبتنی بر آرای عمومی نباشد یا شکل نخواهد گرفت و یا اگر تشکیل شود در اداره درست جامعه، ناتوان خواهد بود .

از لایه لای سخنان برخی از مدافعان مراجعه به آرای عمومی و اعتبار رأی اکثریت، به دست می آید که مبنای آنان در اعتبار رأی اکثریت، «مصلحت» در اداره امور جامعه است . حاکمان جامعه در صورتی می توانند جامعه را به درستی اداره کنند که آحاد جامعه از آنان و تصمیم هایشان راضی باشند . در این صورت رابطه حکومت با مردم به صلاح می گراید و حاکم در اداره جامعه بسط ید یافته، زمینه برای اجرای بهتر فرمان و قانون حکومتی فراهم می شود . بدیهی است که نفرت میان حاکم و رعیت به صلاح هیچ یک نیست . پس کسانی که از رضایت عمومی به عنوان مقدمه بسط ید حاکم یاد می کنند و بر این اساس رضایت عمومی را لازم می شمارند، به همین مبنا نظر دارند .

شهید اول (۷۳۴-۷۸۶ ق) رضایت مردم از حاکم را مقدمه نیل جامعه به خیر و صلاح می داند . او سه مورد برای جواز عزل حاکم ذکر می کند : نخست هنگامی است که امام معصوم (ع) در لیاقت حاکم به تردید افتد؛ مورد دوم، جایی است که شخصی کامل تر از او برای حکومت وجود داشته باشد؛ و مورد سوم، هنگامی است که مردم از او بیزار و نسبت به دیگری مطیع و منقاد باشند، هر چند آن شخص دیگر کامل تر از او نباشد . سپس او فرض دیگری را طرح می کند و آن این که مردم از حاکمی ناراضی و به حکومت شخص دیگری

راضی باشند اما شخص دوم، شرایط اولیه حاکمیت بر مردم را نداشته باشد. به نظر شهید در این صورت نمی‌توان حاکمی را که مردم از او بیزار هستند برای حکومت کسی که شرایط حکومت را ندارد، عزل کرد؛ زیرا نصب حاکم برای مصلحت مردم است و هر چه مصلحت بیش‌تر باشد، شایسته‌تر است و حکومت کسی که شرایط اولیه را ندارد، خلاف مصلحت است (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۴۰۵).

ابن فهد حلی (۷۵۷-۸۴۱ق) نیز کلامی در این باره دارد. شخص ناشناسی از او چنین می‌پرسد: «کسی بدون رضایت مردم بر آنان حکومت می‌کند و قصدش از حکومت بر مردم اجرای عدالت است و حکومت بر مردم و برپایی عدالت نیز جز با ایجاد هیبت و ترس در دل‌های مردم به دست نمی‌آید. همه قصد او اصلاح دین و دنیای مردم است و گمانش بر این است که اگر او بر مردم حکومت نکند، فساد بزرگی به او و مردم خواهد رسید. اگر مردم دارای حاکم عادل باشند، به سعادت نزدیک‌تر و از فساد دورتر خواهند بود؛ هرچند عدالت متفاوت است. بخشی از اموال مردم را می‌گیرد تا ضرر بیش‌تری را از آن‌ها دور سازد و آن‌ها را با زدن، دشنام و تبعید، ادب می‌کند. آیا انجام این کارها سزاوارتر است یا ترک آن‌ها؟ با این که می‌داند با انجام این گونه کارها به خود و دیگران ضرر می‌رساند...»

ابن فهد در پاسخ می‌گوید: «اولاً حکومت بر جماعتی از مردم بدون رضایت آن‌ها جایز نیست، مگر این که امام معصوم (ع) حاکم را تعیین کرده باشد و بدون آن قطعاً چنین حکومتی جایز نخواهد بود. ثانیاً اگر انسان دید که حکومت بر مردم دارای مصلحتی برای آن‌ها است، ولی او برای بقای حاکمیت خود نیازمند ضرب و شتم مردم و اخذ اموال ایشان می‌باشد و در عین حال سودی که مردم در نهایت می‌برند بیش از ضرری است که متحمل می‌شوند و ضرری که در ترک این حکومت متوجه مردم می‌شود، بیش از ضرری است که در ضرب و شتم آن وجود دارد، در این صورت نیز حکومت

بر مردم جایز نیست و کسی که به چنین بهانه‌ای بر مردم حکومت می‌کند، مانند شمعی است که برای مردم نورافشانی می‌کند ولی خود را می‌سوزاند؛ پس ترک آن سزاوارتر است...» (ابن فهد، ۱۴۰۹ق، ص ۴۱۴).

از این پرسش و پاسخ فهمیده می‌شود که مبنای سؤال‌کننده و پاسخ‌دهنده در کسب یا عدم کسب رضایت مردم، مصلحت جامعه و شخص حاکم است. با این تفاوت که به نظر ابن فهد درست نیست که حاکم برای حفظ مصلحت جامعه، خلاف مصلحت شخصی خویش عمل کند.

۱. ۳. نتایج مبنای مصلحت

با چشم‌پوشی از مصلحت شخص حاکم و توجه صرف به مصلحت جامعه، می‌توان در پایبندی به این مبنا در مراجعه به آرای عمومی و اعتبار رأی اکثریت به نتایج ذیل دست یافت:

۱. بنا بر این مبنا، تبعیت از رأی اکثریت هنگامی ضرورت می‌یابد که حاکم به علت مخالفت مردم، در تشکیل یا بقای حکومت یا اجرای منویات خود با مشکل لاینحل مواجه شود. اما اگر حاکم به هر طریق بتواند حکومت خویش را بر خلاف رأی اکثریت، تأسیس کند یا آن را استمرار دهد و تصمیمات خود را به اجرا گذارد، مصلحت در تبعیت از رأی اکثریت، ضرورت خود را از دست می‌دهد و یا منتفی می‌شود.

۲. میزان رضایت یا نارضایتی مردم از حکومت، نقش مهمی در وجود مصلحت و ضرورت آن دارد. چه بسا به نظر حاکمان، نارضایتی خفیف اکثریت جامعه از آن‌ها و ادامه حکومتشان و نیز از برخی از تصمیم‌های ایشان، ضررش کمتر از حذف آنان از صحنه حاکمیت و واگذاری حکومت به دیگران باشد. در این صورت، حاکمان که دغدغه مصلحت جامعه را دارند، ترجیح خواهند داد که بر خلاف رأی اکثریت بر آنان حکومت کنند. بدیهی است که برخی از حاکمان ممکن است به این نتیجه برسند که نارضایتی شدید مردم از

آنان نیز ضررش کمتر از برکناری آنان از حکومت است؛ در این صورت حکومت‌های مستبد شکل خواهد گرفت که شیوه‌های استبدادی خود را مقدمه نیل مردم به صلاح می‌دانند.

به عبارت دیگر، مصلحت در ادارهٔ جامعه منحصر به رضایت عامه نیست، بلکه عوامل متعدد دیگری در آن نقش دارد و تصمیم‌گیرندگان برای جامعه باید همهٔ این عوامل را مد نظر قرار دهند و ممکن است آنان در نهایت به این نتیجه برسند که عوامل دیگر، نقش مهم‌تری در مصالح جامعه دارند. از این رو رضایت عامه را باید قربانی عوامل مهم‌تر کرد. این نکته از کلام شهید اول نیز قابل برداشت است. او حاکم دارای شرایط حکومت و فاقد پشتوانه مردمی را بر حاکم فاقد شرایط حکومت و دارای پشتوانه مردمی ترجیح می‌دهد؛ زیرا به نظر او حکومت حاکم فاقد شرایط، به هیچ وجه به صلاح جامعه نیست.

۳. در این مینا، مردم تصمیم‌گیرندگان جامعه نیستند، بلکه تصمیم‌گیرندگان، فرد یا افراد خاصی هستند که برای فعلیت یافتن حکومت و استمرار آن نیازمند رضایت عمومی می‌باشند.

۴. وجود مصلحت نمی‌تواند به عنوان داور نهایی برای حل اختلاف میان مردم طرح شود؛ زیرا در تشخیص مصلحت اختلاف نظر می‌باشد و داور نهایی - چنان‌که در مقاله شماره ۷۲ گذشت - باید حقیقتی روشن و اختلاف‌ناپذیر باشد.

۴. مقبولیت

برخی، آرای عمومی و رضایت مردم را شرط مشروعیت حکومت نمی‌دانند، بلکه شرط تحقق و عینیت یافتن حکومت می‌دانند. امروزه از این کارکرد آرای عمومی و رأی اکثریت، به «مقبولیت» یاد می‌شود. به نظر آیت‌الله محمد تقی مصباح یزدی، مشروعیت حکومت در عصر امامان معصوم (ع) و عصر غیبت فقط از جانب خداوند است و رأی مردم نقشی در مشروعیت بخشیدن به حکومت‌ها ندارد. پس هر حاکمی که منصوب از جانب خداوند نباشد،

حکومتش مشروعیت ندارد (مصباح یزدی، نظریه حقوقی اسلام، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۱۳؛ پرسشها و پاسخها، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۶). از این مشروعیت می توان به «قدرت قانونی» حکومت نیز تعبیر کرد. اما حکومت برای فعلیت یافتن علاوه بر قدرت قانونی، به «قدرت فیزیکی» نیز نیازمند است که می توان آن را «مقبولیت» نامید. در حکومت اسلامی همچون سایر حکومت های مردمی و بر خلاف حکومت های دیکتاتوری، مردم منبع قدرت حکومت هستند و اگر مردم حکومت را تأیید و یاری نکنند، هیچ گاه حکومت نمی تواند وظایف خویش را انجام دهد و به اهداف خود دست یابد. «پس بیعت و وفاداری مردم، شرط لازم برای حاکم اسلامی در انجام وظایف است» (مصباح یزدی، نظریه حقوقی اسلام، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۰۱).

ایشان در پاسخ به این پرسش که اگر زمانی مقبولیت عامه حاکمیت فقیه از دست برود، وظیفه حاکم اسلامی چیست؟ می گوید: مقبولیت با مشروعیت تلازمی ندارد، مقبولیت فقط به حکومت دینی عینیت می بخشد؛ زیرا «شرط تحقق حکومت دینی، پذیرش مردم است» و «حاکم دینی حق استفاده از زور برای تحمیل حاکمیت خویش را ندارد». او برای عدم تشکیل حکومت مشروع به دلیل نبود مقبولیت، به ۲۵ سال خانه نشینی امام علی (ع) مثال زده است و برای از دست رفتن مقبولیت حکومت مشروعی که با خواست مردم روی کار آمده، به صلح امام حسن (ع) مثال می زند (مصباح یزدی، پرسشها و پاسخها، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۷).

آیت الله مصباح یزدی نه تنها دخالت رأی مردم را به طور مستقل در مشروعیت بخشیدن به حکومت مردود می داند، بلکه دخالت آن را با تلفیق نصب الاهی به طور جزء العلة و نیز دخالت آن را به گونه شرطیت برای مشروعیت، رد می کند. به عبارت دیگر، در نظر ایشان عدم پذیرش مردم، حکومت مشروع را نامشروع نمی کند (مصباح یزدی، پرسشها و پاسخها، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۱).

گویا در کلام ایشان تهافتی وجود دارد؛ زیرا اگر مقصود از مبنای «مقبولیت» فقط دست‌یابی به «قدرت فیزیکی» برای تشکیل حکومت و فعلیت یافتن آن است و رضایت عمومی هیچ تأثیری در «قدرت قانونی» حکومت مشروع ندارد، پس این سخن که «حاکم دینی حق استفاده از زور برای تحمیل حاکمیت خویش را ندارد»، بی‌مورد است؛ زیرا این سخن گویای حرمت تکلیفی است و نتیجه آن عدم مشروعیت حکومتی خواهد بود که مبتنی بر رضایت عمومی نیست؛ در حالی که ایشان مدعی است عدم پذیرش مردم، حکومت مشروع را نامشروع نمی‌کند.

به نظر می‌رسد فقه سیاسی راه درازی را در پی دارد و هنوز در آغاز راه است. کم‌توجهی فقیهان به فقه سیاسی در طول تاریخ، موجب شده بسیاری از مفاهیم دانش سیاسی در آن به درستی تبیین نگردد. به گمان نگارنده، اجباری نبودن دین و احترام به حق انتخاب انسان‌ها که مورد تأکید قرآن کریم و سنت معصومان (ع) است، مورد قبول بسیاری از فقیهان و عالمان دینی است. شاهد بر این ادعا، سخنانی پراکنده از آن‌ها است که گویای چنین باوری نزد آنان می‌باشد، مانند آنچه از آیت‌الله مصباح یزدی نقل شد مبنی بر این که «حاکم دینی حق استفاده از زور برای تحمیل حاکمیت خویش را ندارد» (مصباح یزدی، پرسشها و پاسخها، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۷). این باور حتی از لابه‌لای سخنان برخی از مخالفان اعتبار رأی اکثریت نیز به دست می‌آید (طباطبایی، المیزان، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۴۳؛ و مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۲۷۹)، ولی تطبیق این باور بر مقوله مراجعه به آرای عمومی و ترجیح رأی اکثریت، مورد غفلت بوده است و دموکراسی و ترجیح رأی اکثریت غالباً با توجه به مبنای کشف حقیقت و مشروعیت دینی، سنجیده شده است. از این رو، اعتبار رأی اکثریت یا اطلاق آن، مورد انکار یا تردید قرار گرفته است.

این مبنا شباهت بسیاری با مبنای پیشین دارد، بلکه در واقع یک مبنا

هستند؛ زیرا در هر دو مبنا، اعتبار رأی اکثریت، جنبه آلی و ابزاری دارد و میزان ضرورت آن به شرایط مختلف در جامعه و توانایی‌های حکومت برای ایستادگی در مقابل خواست مردم، بستگی دارد. به مقتضای این مبنا اگر حکومتی که مشروعیت خود را از رضایت مردم نگرفته، بتواند برای برپایی یا بقای خود - حتی در زمانی کوتاه - از عوامل و ابزارهای دیگر مانند قوه قهریه استفاده کند، تشکیل یا حفظ آن جایز، بلکه واجب خواهد بود.

نتیجه‌گیری

اعتبار رضایت عمومی و رأی اکثریت در تصمیم‌گیری‌های جمعی، مبانی مختلفی دارد و پژوهش درباره اعتبار آن نیز می‌بایست با توجه به هر یک از این مبانی، به طور جداگانه صورت گیرد. حق تعیین سرنوشت، کشف حقیقت، مشروعیت دینی، مصلحت و مقبولیت، از جمله این مبانی هستند. در این میان، تنها مبنای استواری که می‌توان بر اساس آن، اعتبار رأی اکثریت را در همه حوزه‌های تصمیم‌گیری جمعی ثابت کرد، مبنای «حق تعیین سرنوشت» است. با سایر مبانی یا هیچ‌گونه اعتباری برای رأی اکثریت ثابت نمی‌شود و یا اعتبار آن در حوزه محدودی از تصمیم‌گیری‌های جمعی احراز می‌شود. رأی اکثریت با توجه به وضوح و شفافیت ذاتی آن و نیز اطلاقی که بر اساس مبنای حق تعیین سرنوشت کسب کرده، می‌تواند به عنوان «داور نهایی» در همه موارد اختلاف در تصمیم‌گیری‌های جمعی قرار گیرد. بدین ترتیب، زندگی اجتماعی پایدار و آزادی اراده برای انسان‌ها که دو خواسته بزرگ عقل و شرع می‌باشند و مقدمه ضروری رشد و بالندگی فرد و جامعه هستند، تأمین می‌شود. به خواست خداوند در شماره‌های آینده این نشریه به بررسی اعتبار رأی اکثریت در قرآن کریم و سیره معصومان (ع) خواهیم پرداخت.

منابع:

۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد (م ۸۴۱ ق): الرسائل العشر، تصحیح سید مهدی رجائی، کتابخانه آیت الله مرعشی، قم، اول، ۱۴۰۹ ق.
۲. بشیریه، حسین: درسهای دموکراسی برای همه، نگاه معاصر، تهران، دوم، ۱۳۸۱ ش.
۳. بعلبکی، منیر: موسوعة المورد العربية، دار العلم للملايين، بیروت، اول، ۱۹۹۰ م.
۴. پایدار، حمید: پارادوکس اسلام و دموکراسی، نشریه کیان، شماره ۱۹، ص ۳۲، خرداد ۷۳.
۵. جوان آراسته، حسین: مبانی حکومت اسلامی، بوستان کتاب، قم، سوم، ۱۳۸۲ ش.
۶. حائری یزدی، مهدی: حکمت و حکومت، موج آزادی، بی جا، دوم، ۱۳۸۸ ش.
۷. حائری، سید کاظم حسینی: ولایة الأمر فی عصر الغیبة، مجمع الفکر الاسلامی، قم، سوم، ۱۴۲۸ ق.
۸. حسینی تهرانی، سید محمد حسین: ولایت فقیه در حکومت اسلام، انتشارات علامه طباطبائی، مشهد، دوم، ۱۴۲۱ ق.
۹. حکمت نیا، محمود: آرای عمومی (مبانی اعتبار و قلمرو)، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، اول، ۱۳۸۲ ش.
۱۰. خلخالی، سید محمد مهدی: حاکمیت در اسلام، آفاق، تهران، اول، ۱۳۶۱ ش.
۱۱. راغب اصفهانی، حسین: مفردات الفاظ القرآن، تصحیح صفوان عدنان داودی، دارالعلم، لبنان، اول، ۱۴۱۲ ق.
۱۲. سبحانی، جعفر: مفاهیم القرآن فی معالم الحكومة الإسلامية، مؤسسه نشر اسلامی، قم، سوم، ۱۳۶۴ ش.

۱۳. سروش، عبدالکریم: مدارا و مدیریت، صراط، تهران، اول، ۱۳۷۶ ش.
۱۴. سروش، محمد: دین و دولت در اندیشه اسلامی. دفتر تبلیغات اسلامی، قم، اول، ۱۳۷۸ ش.
۱۵. شهید اول، محمد بن مکی (م ۷۸۶ ق): القواعد و الفوائد، تصحیح سید عبدالهادی حکیم، مفید، قم، اول، ۱۴۰۰ ق.
۱۶. حسینی شیرازی، سید محمد: الفقه، دارالعلوم، بیروت، اول، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. صدر، سید محمدباقر: الاسلام يقود الحياة، مركز الابحاث للشهيد الصدر، قم، اول، ۱۴۲۱ ق.
۱۸. _____: خلافة الانسان، مؤسسة البعثة، تهران.
۱۹. صفار، فاضل: فقه الدولة والحكومة الاسلامية، دار الانصار، قم، اول، ۱۴۲۶ ق.
۲۰. طباطبایی، سید محمدحسین: الميزان في تفسير القرآن، دفتر انتشارات اسلامی، قم، پنجم، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. _____: بررسی های اسلامی، دار التبلیغ اسلامی، قم، اول، ۱۳۹۶ ق.
۲۲. عطية الله، احمد: القاموس السياسى، دار النهضة العربية، قاهره، سوم، ۱۹۶۸ م.
۲۳. کواکبیان، مصطفی: دموکراسی در نظام ولایت فقیه، سازمان تبلیغات اسلامی، تهران، اول، ۱۳۷۰ ش.
۲۴. لیست، سیمور مارتین: دایرة المعارف دموکراسی، ترجمه به سرپرستی کامران فانی و نور الله مرادی، کتابخانه تخصصی وزارت امور خارجه، تهران، سوم، ۱۳۸۵ ش.
۲۵. مصباح یزدی، محمدتقی: پرسشها و پاسخها ولایت فقیه خبرگان، مؤسسه امام خمینی، قم، سوم، ۱۳۷۷ ش.

۲۶. _____: نظریه حقوقی اسلام حقوق متقابل مردم و حکومت، مؤسسه امام خمینی، قم، اول، ۱۳۸۲ ش.
۲۷. مصطفوی، حسن: التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، مرکز الکتب للترجمة و النشر، تهران، اول، ۱۴۰۲ ق.
۲۸. مظاهری، حسین: ولایة الفقیه و الحكومة الاسلامیة، مؤسسة الزهراء، قم، اول، ۱۳۸۶ ش.
۲۹. معرفت، محمدهادی: ولایة الفقیه ابعادها و حدودها، معهد الشهد المطهری، قم، اول، ۱۴۰۲ ق.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، و همکاران: تفسیر نمونه، ج ۵، دارالکتب الاسلامیة، تهران، اول، ۱۳۷۴ ش.
۳۱. ملکیان، مصطفی، و دیگران: سنت و سکولاریسم، صراط، تهران، دوم، ۱۳۸۲ ش.
۳۲. منتظری، حسین علی: حکومت دینی و حقوق انسان، ارغوان دانش، قم، اول، ۱۴۲۹ ق.
۳۳. _____: دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، تفکر، قم، دوم، ۱۴۰۹ ق.
۳۴. مؤمن، محمد: الولایة الهیة الاسلامیة او الحكومة الاسلامیة، مؤسسه نشر اسلامی، اول، قم، ۱۴۲۵ ق.
۳۵. میراحمدی، منصور: اسلام و دموکراسی مشورتی، نشر نی، تهران، اول، ۱۳۸۴ ش.
۳۶. نائینی، محمدحسین: تنبیه الامّة و تنزیه الملة، تصحیح و تحقیق سیدجواد ورعی، بوستان کتاب، قم، اول، ۱۳۸۲ ش.
۳۷. نوری، فضل الله: رساله حرمت مشروطه، (چاپ شده در رسائل مشروطیت، گردآوری غلامحسین زرگری نژاد)، کویر، تهران، دوم، ۱۳۷۷ ش.

بررسی فقهی وقف پول

سید صادق طباطبایی*

چکیده: سنت حسنه وقف پستوانه اقتصادی اهداف بلند انسانی است که در طول تاریخ با توجه به سطح زندگی مردم برای رشد فرهنگ و دانش بشری، تأثیری بس سترگ داشته است. اکنون با تغییر نوع زندگی و گسترش نقش ابزارهای مالی در توسعه و رشد کشورها، با پیوند بین نهاد مبارک وقف و پول، می توان از این ظرفیت بالقوه برای کاهش هزینه های اجتماعی و رشد و تعالی جوامع گام برداشت. در آثار اسلامی، مفهوم وقف با لزوم حفظ عین موقوفه و عدم تصرف، تغییر و تبدیل در آن، عجین شده است؛ از این رو بحث درباره ورود این ابزار مالی اسلامی در بازار سرمایه و پول، ظرفیت و پیچیده می باشد. این مقاله سعی دارد با استناد به أدله و منابع فقهی، وقف پول را به دقت تجزیه و تحلیل کند و راهی مناسب برای پژوهشگران اقتصاد اسلامی ترسیم نماید تا با توجه به نقش وقف در تعدیل و توزیع ثروت، بستر مناسب برای ورود وقف در جامعه آماده شود.

کلیدواژه ها: وقف، شرایط مال موقوف، وقف پول، پول

* دانشجوی کارشناسی ارشد علوم اقتصادی و دارای سطح ۳ حوزه علمیه قم.

t.sadegh@yahoo.com-09124514857

مقدمه:

یکی از جلوه‌ها و مصادیق نوع دوستی، بخشش دائمی منافع قسمتی از اموال خود برای اهداف خیرخواهانه است که در اسلام با عنوان «وقف» شناخته می‌شود. نهادی برای کاهش هزینه‌های اجتماعی و فاصله‌های طبقاتی که با ترویج آن، مهندسی اقتصادی ویژه‌ای در ساختار جامعه به وجود می‌آید. گسترش وقف از یک سو، سبب تعدیل و توزیع ثروت و از سوی دیگر، موجب جهشی برای از بین بردن نیازهای موجود در جامعه می‌گردد. اسلام با طرح مسأله وقف و تشویق مسلمانان به صدقات جاری (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۱۷۱-۱۷۳) ضمن محترم و نافذ شمردن اختیارات و نظرات مالک نسبت به مال خویش (حتی سال‌ها پس از مرگ) برای گسترش علم و دانش و پرورش افراد، عمران و آبادی شهرها و روستاها و رفاه عمومی، گامی مؤثر برداشته است.

افزایش نقش پول در زندگی اجتماعی و قابلیت‌های بسیار بالای آن، فرهیختگان مسلمان را - با توجه به نقش نهادی شبیه وقف پول در کشورهای پیشرفته - برای تأمین مالی برخی از طرح‌های حاکمیتی و مردم‌نهاد بر آن داشت تا با نگاه ویژه به این نوع از وقف، ضمن بررسی فقهی، زمینه پذیرش و گسترش آن را مطرح سازند و با توجه به مصالح و آثار مفیدی که از وقف پول متصور است، آن را بدون بحث و بررسی متقن، به عنوان اصل موضوع بپذیرند؛ و بیان کنند که با ظهور بازارهای مالی جدید و پیدایش عناوین حقوقی متناسب با آن، به رسمیت شناختن وقف پول و سرمایه، اگرچه به عنوان معامله‌ای جدید، ضروری به نظر می‌رسد.

بنا بر آنچه بخاری از زُهری نقل می‌کند^۱ (بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص ۱۹۷) و یا سؤالی که از قاضی حنفی بغداد محمد بن عبدالله الانصاری درباره وقف پول می‌شود^۲ (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۳۹)

نخستین بار امکان وقف درهم و دینار در قرن دوم، مطرح شده است.

پذیرش حاکمیتی و گسترش این نوع از وقف بعد از فتح قسطنطنیه (در سال ۸۵۷ هـ. ق) رخ داده است. چنان‌که با تأیید امپراتوری عثمانی، وقف پول بعد از نیم قرن به وقف غالب آن بلاد تبدیل شد محمد الارناؤوط، ص ۲-۴. در پانزدهمین نشست مجمع بین‌المللی فقه اسلامی که در محرم الحرام ۱۴۲۵ هـ. ق. در کشور عمان برگزار شد، وقف پول برای قرض دادن و یا مضاربه، مجاز اعلام شد. هم‌اکنون در بسیاری از کشورهای اسلامی، صندوق‌ها و بانک‌های وقفی مشغول فعالیت هستند (ناصحی و دیگران، ج ۲، ص ۱۴۱).

در ایران دانشگاه مفید همایش وقف در بازار سرمایه را در سال ۱۳۸۴ برگزار نمود که در آن به بررسی وقف پول و سهام از منظر فقهی و اقتصادی پرداخته شد؛ و در سال ۱۳۸۷ سازمان اوقاف با همکاری بانک توسعه اسلامی همایش «وقف و تمدن اسلامی» را در ابعاد مختلف برگزار نمود که در پاره‌ای از مقالات این همایش به وقف پول و سهام اشاره شد. در مقالات ارائه شده، صحت شرعی این نوع وقف با استناد به برخی از آرا به عنوان اصل موضوع پذیرفته شده است

با توجه به مفهوم وقف پول، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان مبلغی از پول را وقف امور خیریه کرد؟ آیا ممکن است مقداری از اموال خود را وقف نیازمندان کرد تا نیاز مالی آن‌ها به صورت قرض، بخشش و مانند آن‌ها برطرف شود؟ آیا می‌توان صندوق وقفی تأسیس کرد و با پول‌های واریز شده در آن، بیماران، درماندگان، مسکینان، یتیمان و دیگر نیازمندان را از گرفتاری نجات داد؟ منابع فقهی در این زمینه چه می‌گویند؟

ماهیت وقف

وَقَفَّ دَر لَغْتْ بَه مَعْنَايْ اسْتَمْرَارِ دَر نَگْ و اِدَامَه مَنَعْ اسْتْ کِه بَرایِ هَر امْرِی بَه اِقْتِضَايِ ذَاتِ اَن مِی بَاشَد؛ از این رو «وَقَفْتُ الدَّارَ»، به استمرار منع تصرف در

خانه معنی می شود (مصطفوی، ۱۳۶۰ ش، ج ۱۳، ص ۱۸۱).

وقف در اصطلاح فقهی و عرفی با توجه به حدیثی که در منابع اهل سنت با عبارت «قال النبی (صلی الله علیه و سلم) احبس أصلها، و سبل ثمرتها» (قزوینی، ج ۲، ص ۸۰۱) آمده است و انطباق این مفهوم با موارد وقف صادره از معصومان (علیهم السلام) (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۹، ص ۱۸۶ و ج ۱۹، ص ۱۹۸ باب ۱۰) به عنوان تعریف وقف مقبول فقها قرار گرفته است.^۳ شیخ الطائفه وقف را «تحبیس الأصل و تسبیل المنفعه» (حبس نمودن اصل مال و رها نمودن منافع آن) معنا کرده است (شیخ طوسی، بی تا، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۳، ص ۲۸۶). تسبیل منافع به معنای رها قرار دادن منافع از قید مالکیت مالک آن به نفع دیگران می باشد.

شرایط مال موقوف

شریعت مقدس برای قانونمند کردن وقف همچون دیگر اعمال عبادی، شرایطی را لحاظ نموده و آن را بر چهار رکن استوار کرده است: صیغه وقف، واقف، موقوف علیهم و مال موقوف. آنچه از مجموع کلمات فقها فهمیده می شود^۴ وجود حداقل چهار شرط برای مال موقوف می باشد؛ اگرچه برخی مانند صاحب عروه هفت شرط را برای موقوف بیان می کند (طباطبایی یزدی، ج ۱، ص ۲۰۵). محقق حلی در تبیین شروط موقوف می فرماید: «فی شرائط الموقوف و هی اربعة: أن یکون عینا مملوکه یتنفع بها مع بقائها و یصح إقباضها» (محقق الحلی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲، ص ۴۴۳). شرط است در موقوف که عین مملوک باشد و حال آن که قبض آن و قابلیت انتفاع از آن با بقای عین، امکان پذیر باشد. بنابراین ضابط و قانون کلی این است که هر عینی را که بتوان از آن منفعت حلال برد، در حالی که با انتفاع از آن باقی بماند، قابلیت وقف شدن را دارد.

عین در مقابل دین، منفعت و مبهم، در ادبیات فقهی ما به کار برده

می‌شود. پس وقف دربارهٔ هیچ کدام از آن‌ها صحیح نمی‌باشد. از آن جهت که دین، در ذمهٔ فرد به عنوان امری کلی اعتبار می‌شود و وجود خارجی معینی ندارد، پس تصور تحبیس اصل و تسبیل منفعت دربارهٔ آن بی‌معنا است. در منفعت، وقف آن با قانون کلی وقف - انتفاع از موقوف در ظرف بقای اصل - منافات دارد؛ چراکه انتفاع از منفعت سبب استهلاک آن می‌گردد و دیگر اصلی نمی‌ماند تا تحبیس شود؛ و حال آن‌که می‌توان در عینی که منفعت به آن تعلق دارد تصرفات مالکانه انجام داد، چراکه متعلق وقف نیست که این خود برخلاف غرض وقف می‌باشد. امر مبهم نیز به دلیل عدم تعیین در خارج، نمی‌تواند در دایرهٔ مال موقوف قرار گیرد. صاحب ریاض در ضمن بیان شروط موقوف، ادعای نفی خلاف بر عدم صحت وقف منفعت، دین و مبهم می‌نماید^۵ (طباطبایی، ۱۴۱۲ ق، ج ۹، ص ۲۹۸). از سوی دیگر به عینی، عنوان مال اطلاق می‌گردد که امکان اختصاص داشتن به اشخاص حقیقی و یا حقوقی را داشته باشد، دارای منفعت عقلایی باشد، قابل نقل و انتقال باشد و واقعی باشد نه حاکی از امری دیگر (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳ ش، ص ۳۷).

بررسی مفهوم پول و اختلاف پول‌های رایج و پول‌های گذشته

پول، نهادی تاریخی است که نقش اساسی آن در زمان‌های مختلف یکی بوده است؛ اما با گذشت زمان تحت اشکال گوناگون نمود پیدا کرده است. پول، ابزار مبادلهٔ مورد قبول عموم مردم می‌باشد و معیاری است برای سنجش و ارزش‌گذاری کالاها و خدمات و با نقش واسطه‌ای خود وسیله‌ای برای آسان کردن معاملات است. از جهت دیگر وسیله‌ای است برای ذخیره و حفظ ارزش تا بتوان با پس انداز کردن مازاد آن برای رفع نیازهای آینده گامی مؤثر برداشت.

درهم و دینار متداول در گذشته دو نوع ارزش داشته‌اند: یکی «ارزش مبادله‌ای»، که به عنوان ابزاری برای دادوستد استفاده می‌شدند و این ارزش

حقیقی بوده است نه قراردادی و اعتباری؛ و دیگری «ارزش استعمالی» چراکه در پاره‌ای اوقات از آن حیث که درهم و دینار از نقره و طلا - که دارای ارزش ذاتی بوده‌اند - ساخته می‌شدند، به عنوان زیورآلات و یا با ذوب کردن و تبدیل به شمش به عنوان کالا استفاده می‌شده است. چنان‌که صاحب و سائل تحت عنوان «من جعل المال حلیا و سیائک فراراً من الزکاة» روایاتی را که اشاره به ارزش استعمالی درهم و دینار دارد، بیان می‌کند (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۹، ص ۱۵۹-۱۶۰).

اما پول‌های رایج و امروزی، قراردادی و اعتباری هستند و فقط ابزاری برای آسان کردن مبادلات می‌باشد و ارزش مصرفی و استعمالی آن‌ها همان ارزش مبادله‌ای‌شان می‌باشد. بنابراین به محض اعتبار ارزش مبادله‌ای، مالیت می‌یابند؛ چراکه این اعتبار است که مقوم ماهیت و بقای آن‌ها می‌باشد و تا وقتی که اعتبارکننده آن را معتبر بداند، جایگاه خود را دارند و مقدار ارزش و توان خرید آن‌ها هم باقی است. البته پس از اعتبار، مقدار مالیت از آن خود اسکناس است نه پشتوانه آن؛ بلکه پشتوانه در اعتبار مالیت دخیل است، نه این که مالیت از آن پشتوانه باشد، بلکه پول مال است و مال بودن آن برای سهولت در امر معاملات، اعتبار شده است و تفاوتی با دیگر اموال ندارد. به همین سبب مورد رغبت مردم واقع می‌شود و به عنوان مال، موضوع احکام فقهی قرار می‌گیرد و با از بین رفتن اعتبار و مقبولیت عمومی به اوراقی بی‌خاصیت تبدیل می‌شود.

فصل دوم: امکان سنجی وقف پول

مفهوم وقف پول و آثار آن

گاهی فرد، رقبه مال را وقف می‌کند تا ضمن بقای اصل، دیگران از منافع آن، بهره‌مند شوند؛ مثلاً زمینی را که مالک است برای رضای خدا در امور خیرخواهانه وقف می‌کند و موقوف علیهم حق بهره‌مندی از آن زمین را با توجه

به نظر واقف زیر نظر متولی دارا می شوند و بدین وسیله صدقه جاری با ثوابی مستمر برای واقف ایجاد می شود؛ و یا درختی را وقف می کنند تا از ثمره آن استفاده کنند. چراکه اصل و منفعت آن دو چیز جدا از هم هستند: اصل درخت است و مدت معتابهی باقی می ماند و میوه آن، منفعتی است مقصود و لذت آفرین. یا ظرف یا فرش یا وقف حسینی یا مسجدی می شود تا با استفاده از آن ها دین و فرهنگ اسلامی تقویت شود. این ها گوشه ای از موقوفات است.

با گسترش و پیچیدگی زندگی و پررنگ شدن نقش پول در جوامع، بحث وقف پول با توجه به فواید و منافع آن از قرن چهاردهم میلادی در آلمان و از اوایل قرن پانزدهم در امپراطوری عثمانی مطرح می گردد و در پایان قرن شانزدهم میلادی، وقف غالب سراسر آناتولی و منطقه بالکان می شود (ناصری، ۱۳۸۷، ص ۱۴۰). در وقف پول بر خلاف وقف دیگر اعیان که اصل مال حفظ می شود و هیچ گونه تبدیل و تصرف ناقلی نسبت به اصل صورت نمی گیرد بلکه از منافع و عواید آن استفاده می شود، مالیت حفظ می شود و از ثمرات آن استفاده می گردد. بنابراین در وقف پول، عین خارجی - اسکناس و سکه - حبس نمی شود، بلکه مالیت آن با ایجاد صندوق های گوناگون، تسهیلات مورد نیاز را برای رفع نیازهای اقشار مختلف مهیا می سازد.

کارکرد وقف پول را می توان با توجه به ماهیت پول یا برای قرض دادن، با ایجاد صندوق های خیریه برای رفع نیاز مردم در زمینه های مختلف مانند درمان، ازدواج، آموزش و... قرار داد. همان گونه که این امر در برخی کشورهای اسلامی صورت می پذیرد. مثلاً اگر فردی صندوق خیریه ای را با سرمایه اولیه تأسیس کند و سپس وقف عامه نماید، یک واحد حقوقی با قصد خیرخواهانه ایجاد می گردد که فنا و عدم بقای آن جز با ورشکستگی ناشی از عدم بازپرداخت وام های دریافتی، محقق نمی گردد و بقای عرفی مال با وجود انتفاع، صادق است. یا با تمرکز وقف در سرمایه گذاری و تجهیز منابع، در

کنار رشد و توسعه، توزیع نفع و سود حاصل از آن در امور خیر و عام المنفعه به شکل های گوناگون امکان پذیر باشد. از سوی دیگر با پذیرش وقف پول، همگان می توانند از این فیض مستمر با هر قدرت مالی بهره مند شوند و بدین ترتیب می توان به آسانی و سهولت با سرمایه گذاری مناسب، بیشترین نفع را به جامعه رساند و با ایجاد بانک یا صندوق وقف، زمینه ساز حضور جدی این نهاد پر خیر مالی در توسعه و آبادانی جوامع باشیم.

اقوال فقها درباره وقف پول

وقف پول در آثار فقهی با عنوان «وقف الدنانیر و الدراهم» بحث شده است و عبارات فقها در این باب به سه دسته تقسیم می شود که به برخی از آنها اشاره می کنیم.

الف: عدم صحت وقف درهم و دینار مطلقاً

شیخ در مبسوط می گوید: «أما الدنانیر و الدراهم فلا یصح وقفها بلا خلاف، و فیهم من قال یصح وقفهما و هو شاذ» (شیخ طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۲۸۸).

ابن ادریس (۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۱۵۴)، ابن براج (۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۸۶) و محقق حلی (۱۴۰۹ ق، ج ۲، ص ۴۴۴) نیز به عدم صحت وقف درهم و دینار مطلقاً معتقد هستند.

ب: صحت وقف درهم و دینار با فرض وجود منفعت صحیح عرفی

محقق ثانی در «جامع المقاصد» می نویسد: «و الحق أنه إن كان لهما منفعة مقصودة عرفاً سوی الانفاق صح وقفهما، و إلا فلا» (محقق کرکی، ۱۴۰۸ ق، ج ۹، ص ۷).

شهید اول نیز معتقد است: «و یصح وقف الدراهم و الدنانیر إن كان بها منفعة حکمیة مع بقاء عینها کالتحلی بها» (شهید اول، ۱۴۱۲ ق، ج ۲، ص ۲۶۹).

شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۵، ص ۳۲۱)، محقق سبزواری (سبزواری، بی تا، ص ۱۳۹) و صاحب عروه (طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۱، ص ۲۰۶) نیز این نوع وقف را به دلیل امکان انتفاع، صحیح می‌شمارند.
ج: تردید و اشکال در مسأله

علامه در «تحریر» می‌گوید: «و إن كان دنانیر أو دراهم قیل: لا یصح... و لو قیل بالجواز لإمكان الانتفاع بها و لو فی شیء قلیل، کان وجهاً، و لو سوغناه ففی جواز عمله حلیاً للموقوف علیه، نظر» (علامه حلی، ۱۴۲۰ ق، ج ۳، ص ۲۹۴). وی در «قواعد» معتقد است: «فی الدراهم و الدنانیر اشکال» (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۳۹۳).

این تردید به دلیل نوع منافی است که ذکر شده است. از این رو فرزند علامه، فخرالمحققین در شرح علت اشکال علامه در «قواعد» به این نکته اشاره می‌کند که آیا این ثمرات نزد شارع معتبر است یا خیر؟ تا به سبب این منافع، وقف پول صحیح باشد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ ق، ج ۲، ص ۳۸۹). فیض نیز تردید خود را این گونه بیان می‌کند: «و فی الدراهم و الدنانیر قولان: جواز إمكان الانتفاع بهما مع بقاء عینهما، و للمنع منع کون ذلک مقصوداً للعقلاء» (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ ق، ج ۳، ص ۲۰۸).

آنچه از مجموع کلمات استنباط می‌شود، اختلاف فقها در امکان استفاده از درهم و دینار بدون استهلاك عین می‌باشد و عده‌ای از آن‌ها وقف را برای تزئین، غنی نشان دادن و یا برای اعطای ویزا و اجازه اقامت در کشورهای اروپایی جایز می‌دانند؛ چراکه این منافع را عقلایی و مقصود می‌پنداشتند؛ و عده دیگر مقصود از نقود را فقط در خرج کردن و استهلاك آن می‌پندارند و وقف پول را مانند وقف میوه، برای خوردن می‌دانند.

بررسی أدله قائلان جواز وقف پول

با توجه به این که پول در این دوران فقط جنبه مبادله‌ای و اعتباری دارد، ما

نیز فارغ از دیگر جهات با توجه به مصالح و ثمرات گوناگون مترتب بر آن، به متقن ترین ادله فائلان صحت وقف آن اشاره می کنیم.

دلیل اول: توسعه موقوفات

پذیرش وقف پول، سبب احیای سنت وقف و توسعه در موقوفات و اهمیت بخشیدن به نقش آن در تحقق تعاون اجتماعی برای برون رفت از مشکلات پیش روی کشورهای اسلامی می باشد. با قبول وقف پول، افراد با هر توانایی مالی، می توانند میراثی جاوید و دائمی برای خود به یادگار گذارند؛ نه این که فقط تعداد کمی از اقشار جامعه به این امر پر منفعت پردازند و دیگران از این سنت پسندیده بازمانند؛ چراکه وقف زمین و ساختمان در حال حاضر برای افرادی خاص و محدود امکان پذیر است و عده بسیاری از این صدقه جاری محرومند.

از سوی دیگر، اقتضای مناسبت حکم و موضوع نیز که از خیرات و مبرات بودن وقف است، بیانگر گستردگی دایره آن می باشد که این امر با پذیرش وقف پول صورت می پذیرد تا هر شخص بتواند - اگرچه با درآمدی اندک - از اجر و ثواب ابدی بهره مند شود.

بررسی دلیل توسعه موقوفات

این دلیل بر پایه تساوی و تشابه اقشار مختلف مردم در احکام استوار است و حال آن که در آثار دینی هر فرد بر اساس وسعت و توانایی های خود تکلیف دارد و لیکن ذو سعة من سعته و من قدر علیه رزقه فلیتفق مما آتاه الله لایکلف الله نفسا إلا ما آتاها (طلاق / ۷) و برای تکلیف شرایطی قرار داده شده که گروهی را از دایره تکلیف خارج می کند. از سوی دیگر، شارع برای برخی از تکالیف شرایط ویژه ای بیان کرده است؛ چنان که برای زکات نصاب قرار داده (کلینی، ۱۳۶۷ ش، ج ۳، ص ۵۱۵) و حج را برای افرادی که استطاعت دارند واجب کرده است (آل عمران / ۹۷).

آنچه از مجموع آیات و روایات فهمیده می‌شود، این است که روش شارع مقدس در تشریح، عمومیت و گستردگی دایره احکام نمی‌باشد به گونه‌ای که همه افراد را با هر خصوصیتی تحت یک حکم قرار دهد، بلکه برای هر گروهی و وظیفه خاص قرار داده است؛ چنان‌که در بیانی از پیامبر اعظم (صلی الله علیه و آله) بدان اشاره شده است (کلینی، ۱۳۶۷ ش، ج ۲، ص ۵۰۵). از طرف دیگر، بهره‌مندی از خیرات و ثواب ابدی منحصر به وقف نمی‌باشد.

دلیل دوم: کفایت بقای شأنی

از ادله‌ای که بر مشروعیت وقف دلالت می‌کند، بیان نبوی «حبس الأصل و سبل الثمرة» (محدث نوری، ۱۴۰۸ ق، ج ۱۴، ص ۴۷) و صورت وقف نامه امیرالمؤمنین (علیه السلام) است که فرموده‌اند «وإنه شرط علی الذی يجعله إليه أن یتربک المال علی اصوله و ینفق الثمرة حیث أمره به من سبیل الله و وجوهه» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۹، ص ۲۰۱). فقها بر اساس این بیانات، وقف را حبس و عدم تصرف در اصل و بهره‌برداری از منافع آن تعریف کرده‌اند و حال آن‌که اصل و بقای هر چیزی به حسب ذات آن می‌باشد و قابلیت بقای شأنی، مراد و مقصود است نه فعلی؛ یعنی همین که شأن یک مال، امکان انتفاع مکرر و مستمر داشته باشد، کفایت می‌کند. این خصوصیات در پول‌های کنونی موجود می‌باشد و از آن حیث که اصل در پول، مالیت و ارزش آن می‌باشد بنابراین فرقی میان یک اسکناس ۱۰۰۰ ریالی با دو اسکناس ۵۰۰ ریالی یا چهار سکه ۲۵۰ ریالی قائل نمی‌شویم و آنچه اصل است، بقاء دارد؛ اگرچه در ظاهر تبدیل به عین دیگری شود.

بررسی دلیل کفایت بقای شأنی

از ادله استنباط حکم شرعی، اجماعی است که کاشف قول معصوم (علیه السلام) باشد. اگرچه روایات باب وقف اندکند و اطلاق دارند، اما همین ادله به وسیله اجماع و سیره متشرعه قید خورده‌اند. شیخ طوسی در «مبسوط»، عدم

صحت وقف پول را بلاخلاف می‌داند (طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۲۸۸). عبارات فقها در ضمن شرایط موقوف، مراد از «اصل» را که در برخی نسخه‌های بیان نبوی آمده، مشخص می‌کند. از این حیث مرحوم امام (ره) وقف را «تحبیس العین و تسبیل المنفعه» (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ ق، ج ۲، ص ۶۲) تعریف می‌نمایند تا اولین و مهم‌ترین شرط موقوف یعنی عین بودن در تعریف وقف نیز لحاظ گردد؛ در حالی که مالیت، عین نمی‌باشد و امری کلی است که در ضمن افراد گوناگون تعیین می‌یابد. پس نمی‌تواند موضوع وقف قرار گیرد.

دلیل سوم: تبعیت از قصد واقف

وقف در میان معاملات امضایی کم‌ترین قیود و شروط را از سوی شارع خورده است که از جمله این قیودها، مکاتبه صنفار است که به سند صحیح نقل شده است. امام حسن عسکری (علیه السلام) در جواب نامه محمد بن حسن الصفار مرقوم داشتند: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها إن شاء الله» (صدوق، ۱۴۰۴ ق، ج ۴، ص ۲۳۷). این روایت وقف را عمدتاً به نیت، انگیزه و اراده واقفان و اگذار کرده است و در مقام تبیین موضوع وقف و توسعه در آن می‌باشد. لسان روایت، لسان موضوع‌سازی است. از این رو شیخ الطائفه در کتاب «خلاف» (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۳، ص ۵۴۱) به عموم خبر برای شمول مال موقوف تمسک می‌کند و صاحب وسائل در ذیل این مکاتبه می‌نویسد: «أن الوقف يتبع شرط الواقف و ما يعلم من قصده و ما يفهم من عرفه فلذلك اختلفت الاحكام و الاحادیث» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۹، ص ۱۷۵).

از سوی دیگر مکاتبه صنفار، دایره وقف را تابع جهتی می‌شمارد که واقف آن را قصد می‌کند که در پول نه جهت عین و وجود خارجی که استفاده از آن، با استهلاک و مصرفش ملازم است؛ جهت مالیت و مبادله‌ای پول نیز مراد می‌باشد. پس این ادله و عدم تقیید آن‌ها از جانب شارع، صحت وقف پول را تأیید می‌کند.

شیخ طوسی در «تهذیب»، مکاتبه^۵ صفار را با تفصیل بیش تری ذکر می نماید (طوسی، ۱۳۶۵ ش، ج ۹، ص ۱۳۳). با توجه به سؤال که درباره^۶ موقوف علیهم است نه مال موقوف، مراد امام (علیه السلام) از پاسخ نیز آشکار می گردد و نمی توان از اطلاق آن، شرایط موقوف را توسعه داد و لسان آن را لسان موضوع ساز در باب موقوفات بدانیم و در نتیجه وقف هر مالی را پذیریم. مرحوم شیخ خود وقف درهم و دینار را مطلقاً جایز نمی داند و عموم فقها فقط وقف عینی را که با انتفاع مستهلک نشود مجاز می شمارند^۶ نه مالیت را که تبدل و عدم تعیین از ویژگی های آن می باشد.

دلیل چهارم: عقلایی بودن وقف پول

وقف از جمله معاملات عقلایی و امضایی شریعت است که به مسلمانان اختصاص ندارد و در میان ملل دیگر نیز رایج بوده است (ریاحی، ۱۳۸۷ ش، ص ۹۵) و از حقایق شرعیه نمی باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۸۱). از آن جا که تصور وقف پول در قدیم به علت سادگی بازارهای مالی ممکن نبود و نقود را در همان عین خارجی متمحض می دانستند و آن را همانند میوه و سبزی می پنداشتند که با مصرف از بین می رود، فتوا به عدم صحت وقف پول در میان علما، شهرت یافت. با توجه به مصالح و منافع وقف پول و کاربردهای آن در عصر حاضر و پذیرش آن در بسیاری از کشورها اعم از اسلامی و غیراسلامی^۷، حکم به صحت آن، امری عقلایی و مورد تأیید شارع به نظر می رسد.

بررسی دلیل عقلایی بودن وقف پول

اگر پذیریم وقف، امری عقلایی است و حقیقت شرعیه ندارد، سبب نمی شود که شارع آن را بدون هیچ قید و شرطی پذیرفته باشد. شارع شرایطی را برای ارکان آن بیان کرده است و وقف را در چهارچوبی خاص تعریف کرده

است؛ آن گونه که دیگر معاملات را نیز در چهارچوبی معین امضا نموده است. از جهتی، سیره عقلای وقتی حجت است که ردع و منعی از طرف شارع به ما نرسیده باشد^۱ و حال آن که اجماع که از ادله چهارگانه استنباط است، بیان کننده شرایط عین موقوفه است. از این رو، وقف مالی که آن شرایط را ندارد، مشروع نمی باشد. بلکه این سیره نیز محقق نمی باشد؛ چراکه فقط جمهور مالکیه و اکثر حنفیه، وقف پول را برای تجارت و صرف سود آن در جهت خیر یا وام قرض الحسنه جایز می دانند (سعادت فر، ۱۳۸۷، ص ۵۳) نه تمام فرق اسلامی.

از جهت دیگر، مخالفت با شهرت فتوایی در زمانی امکان دارد که بتوان به دلیلی متقن و روشن استناد کرد؛ چنان که برای مخالفت با سایر امور عقلایی مشهور نیز نیازمند ادله محکم و واضحی می باشیم که این ادله این توانایی را ندارند.

دلیل پنجم: وقف مالیت

وقف پول، وقف مالیت است و با وقف اعیان که وقف رقبه مال است، تفاوت دارد. وقف مالیت، حسب اطلاقات و عمومات وقف و عقود، صحیح و نافذ است. از این رو، صاحب عروه با پذیرش وقف مالیت عین با استناد به «أوفوا بالعقود» (مانده/ ۱) و «المسلمون عند شروطهم» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۸، ص ۱۶) در ملحقات آن می فرماید: «إذا وقف مالیه عین أبداً یمكن أن یقال: انه وإن لم یکن من الوقف المصطلح إلا ان مقتضى العمومات العامة صحته، و نمنع حصر المعاملات فی المتداولات، بل الاقوی صحة کل معامله عقلائیة لم یمنع عنها الشارع، فکما تصح الوصیة بابقاء مقدار من ماله أبداً و صرف منافعه فی مصارف معینة مع الرخصة فی تبدیله بما هو أصلح، فکذا لا مانع منه فی المنجز بمثل الوقف علی النحو المذكور و إن لم یکن من الوقف المصطلح» (طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۱، ص ۲۶۴). وی در ادامه در مسأله دیگر می گوید «وقف مالیه المال و إن لم یکن صحیحاً للاجماع علی الظاهر،

لکن لا مانع من وقف العین بلحاظ مالیتها علی النحو الذی ذکرنا». ایشان معتقد است اگر غرض واقف با توجه به منافع و مالیت موقوف، اصلاح حال و خوب شدن وضع زندگی موقوف علیهم باشد، نه این که خود مال موقوف موضوعیتی داشته باشد، در این صورت می توان گفت هنگامی که منافع موقوف کاهش یافت، با تبدیل به أصلح و مفیدتر با جلب منافع بیش تر غرض واقف نیز محقق می گردد و بقای مالیت مال در صدق عرفی بقای موقوف کافی است که در وقف مالیت، بقای مالیت با وجود انتفاع امکان پذیر است.

بررسی دلیل وقف مالیت

یکی از شروط موقوف، عین بودن آن می باشد چنان که صاحب عروه در بیان شروط موقوف می گوید: «شرائط الموقوف و هی امور أحدها: أن یکون عیناً فلا یصح وقف المنافع... لان الانتفاع بها انما هو باتلافها فلا یتصور فیها تحبیس الاصل إذا الاصل حیثئذ هی المنفعة و کذا لا یصح وقف الدین... و کذا لا یصح أن یکون کلیاً فی ذمة الواقف و ذلك للاجماع علی الظاهر و انصراف الدلة و عدم معهودیته و العمدة الاجماع إن تم» (طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۱، ص ۲۰۵).

عین، مالی است که دارای سه بُعد باشد؛ بنابراین در مقابل منفعت، دین، و امر کلی قرار می گیرد و از آن جهت که مالیت، امری است کلی که در ضمن افراد مختلف تعیین می یابد ۲۰۰۰ ریال در ضمن یک اسکناس ۲۰۰۰ ریالی یا دو اسکناس ۱۰۰۰ ریالی و یا چهار سکه ۵۰۰ ریالی و یا یک کیلو میوه متعین می شود. پس شرط اولی موقوف را - که عین بودن است - ندارد؛ پس وقف آن نمی تواند صحیح باشد.

از طرفی مرحوم سید در «ملحقات عروه» می فرماید: «الاقوی جواز وقف الدراهم و الدنانیر لامکان الانتفاع بها مع بقاء عینها بمثل التزیین و حفظ الاعتبار» (طباطبایی یزدی، بی تا ج ۱، ص ۲۰۶)؛ وی برای صحت وقف درهم و دینار انتفاع بردن، در کنار باقی ماندن عین را علت می آورد و برای

نمونه به تزیین و حفظ شأن و آبرو اشاره می‌کند و هیچ اشاره‌ای به وقف مالیت نمی‌کند؛ حال آن‌که طلا و نقره، اصل در مالیت می‌باشند، بر خلاف پول‌های رایج که قراردادی‌اند؛ و از سوی دیگر، مراد از اصل در تعریف وقف، اصل حقیقی است نه اعتباری؛ و حال این‌که مالیت، اعتباری است و وقف مصطلح در ظرف اعتبار بی‌معنا می‌باشد. خود مرحوم سید وقف مالیت را وقف مصطلح نمی‌شمارد، پس باید آن را تحت عناوین دیگر یا عقد جدید قرار داد.

دلیل ششم: هدف وقف

حرمت و عدم جواز بیع عین موقوفه و غرض از وقف که استفاده در مدتی طولانی برای موقوف علیهم است، نظریه وقف مالیت را تقویت می‌کند که با پذیرش آن متولی بتواند با توجه به مصالح و حداکثر شدن منافع، مال موقوف را به احسن تبدیل نماید. چنان‌که آیت الله حائری در تقریر این دلیل می‌نویسد: «يمكن التعدی من الوقف الذی هو تحبیس لعین خاصة إلى تملیک المالیة التي يمكن تبدیل تجسدها من عین إلى عین أخرى فراراً من مشكلة حرمة تبدیل العین الموقوفة، فيجوز للمتولی البیع و التبدیل بما یراه صالحاً فی أي وقت أراد، و ذلك تمسكاً باطلاق روایات الصدقة الجارية، بدعوى أن (الجریان) ليس مصداقه الوحيد عبارة عن انحباس العین و توقيفها عن البیع و هو المصداق الرائج فی زمن صدور النصّ، بل له مصداق آخر أيضاً و هو أن يكون المحبوس على المشروع الخیری مالیة الشيء التي يمكن تجسیدها ضمن أعیان مختلفة متعاقبة، لا فرداً معیناً کی یصبح وقفاً لا یجوز تبدیله، فقوام الجریان إنما هو بالتحبیس و ليس بكون المحبوس فرداً معیناً من العین» (حسینی حائری، ۱۳۷۹ ش، ج ۱، ص ۹۴ و ۹۵). آنچه مقوم مفهوم وقف است، تحبیس می‌باشد و محبوس با توجه به اطلاق روایات باب وقف مانند بیان امام صادق (علیه السلام) که می‌فرمایند: «... صدقة أجراها فی حياته فهي تجرى بعد موته و صدقة مبتولة لا تورث...» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۹، ص ۱۷۲).

انفاق و صدقه می تواند عین یا مالیت باشد که در وقف مالیت، واقف می تواند با تحبیس آن، با قرض دادن و یا مضاربه به نفع موقوف علیهم زمینه بهره مندی از منافع این نوع وقف را امکان پذیر سازد.

بررسی دلیل هدف وقف

عمده دلیل این استدلال، عموم روایات باب وقف می باشد. باید توجه داشت که مراد از صدقه جاری در این دسته از روایات، با لحاظ قیود «مبتوله»، «لاتباع»، «لاتوهب» و «لاتورث»، در مرکز متشرعه در وقف منحصر می باشد که این ارتکاز صلاحیت انصراف اطلاق عنوان صدقه جاری به وقف عین را دارد. چنان که آیت الله حائری می نویسد: «إلا أن فهم هذا الاطلاق من روایات الصدقة الجارية يتوقف على أن لا يحتمل كون انحصار مصداق الصدقة الجارية وقتئذ في مرتکز المتشرعة في الوقف صالحا للقربنية الموجبة لانصراف اطلاق عنوان الصدقة الجارية الى الوقف أما اذا احتملنا ذلك فقد بطل الاطلاق» (حسینی حائری، ۱۳۷۹ ش، ج ۱، ص ۹۸). از سوی دیگر، مفهوم حبس با تبدیل و تغییر و تصرف مغایر می باشد؛ پس موقوف نمی تواند پول باشد که بهره مندی از آن بر تبدیل و تصرف در آن متوقف است. از این رو صاحب جواهر می گوید: «أن الوقف مادام وقفاً لا يجوز بيعه بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضاد نعم اذا بطل الوقف إتجه حينئذ جواز بيعه» (نجفی، ۱۳۶۷ ش، ج ۲۲، ص ۳۵۸).

دلیل هفتم: جواز ابدال عین موقوفه به پول

از أدله ای که بر صحت وقف مالیت دلالت می کند، مکاتبه صحیحه علی بن مهزیار است که می گوید: «کتبت إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام): إن فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها و جعل لك في الوقف الخمس، و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفه. فكتب إلي: أعلم فلاناً أنني أمره أن يبيع حقي من الضيعة، و ایصال ثمن ذلك إلي، و إن ذلك رأيي إن شاء الله، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له»

(حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۹، ص ۱۸۸). امام (علیه السلام) در این روایت امر به فروش موقوفه می نمایند که این نشانه جواز ابدال عین موقوفه به پول و استفاده از آن می باشد. بنابراین با توجه به پاسخ امام (علیه السلام) انحصار محبوس در عین موضوعیتی ندارد و موقوف می تواند عین یا مالیت باشد و وصیت نامه امیرالمؤمنین (علیه السلام) که عبدالرحمن بن حجاج نقل می کند، با توجه به عبارت «... و إن الذی کتبت من اموالی هذه صدقة واجبة بتله حیا أنا أو میتا ینفق فی کل نفقة أبتغی بها وجه الله...» (همان، ص ۲۰۰)، ظاهر در وقف نامه است. امام (علیه السلام) در ادامه می فرمایند: «... فإن أراد أن یبیع نصیبا من المال فیقضی به الدین فلیفعل إن شاء لآحرج علیه فیه، و إن شاء جعله شروی (مثل) الملك. و إن کان دار الحسن غیر دار الصدقة، فبدا له أن یبیعها فلیبعها إن شاء، لآحرج علیه فیه، و إن باع فإینه یقسّمها ثلاثة أثلاث...» (همان). این عبارت به صراحت شرط کردن واقف در حق بیع و تبدیل آن را برای موقوف علیهم اجازه می دهد و اجازه فروش موقوفه بدون آن که احتمال تلف وجود داشته باشد، با توجه به این که مال موقوف باید محبوس و به دور از هرگونه تصرف باشد، به این امر اشاره دارند که وقف مالیت قابل تعیین در ضمن اعیان مختلف، صحیح است. از این رو حائری در تقریر این دلیل با توجه به روایت می نویسد: «فإن استظهرنا من هذا الکلام تبدیل العین الموقوفة بعین أخرى بأن یشتری بثمن الاولی الثانية، فهذا یكون ما أسمیناه بوقف المالیه أو تملیکها لما وقف علیه، و إن استظهرنا من هذا الکلام بیع الوقف و صرف ثمنه علی الموقوف علیهم... الرجوع بصحیحة الصریحة فی جواز شرط الواقف حق البیع و التبدیل فیرجع واقع المطلب الی تصدق بالمالیه أو قل وقف المالیه القابلة للتجسید فی الاعیان المختلفة» (حسینی حائری، ۱۳۷۹ ش، ج ۱، ص ۹۷-۹۸). بنابراین با توجه به دو صحیحۀ فوق، با جواز وقف مالیت، وقف پول نیز امکان پذیر می گردد و با تبدیل به عین دیگر و یا مضاربه دادن و قرض دادن به افراد، هدف وقف تحقق می یابد.

بیع وقف با توجه به عبارات «لاتباع و لاتوهب» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۹، ص ۱۸۶-۱۸۷) و «لایجوز شراء الوقف» (همان، ص ۱۸۵) که در آثار روایی ما برای وقف آمده، جایز نمی باشد. از این رو، شیخ انصاری می فرماید: «لایجوز بیع الوقف إجماعاً محققاً فی الجملة و محکیماً» (انصاری، ۱۴۲۲ ق، ج ۴، ص ۳۳)، مگر در مواردی که ظن به تلف شدن آن داشته باشیم؛ چنان که شیخ انصاری در بیان مسوغات بیع وقف می گوید: «و الأتوی الجواز مع تأدیة البقاء الی الخراب علی وجه لا یتنفع به نفعاً یعتدّ به عرفاً سواء کان لاجل الاختلاف أو غیره» (همان، ص ۸۹).

از سوی دیگر، شیخ کلینی در ذیل این مکاتبه (کلینی، ۱۳۶۷ ش، ج ۷، ص ۳۶) عبارتی از سائل را مطرح می کند که نشان دهنده وقوع اختلاف و امکان ضرر به اموال و آنفس است؛ نه این که امام (علیه السلام) بدون دلیل و ضرورت به تبدیل عین امر کرده باشند. بنابراین امام (علیه السلام) امر به فروش موقوفه می نمایند تا از جان و مال افراد محافظت نمایند. از جهت دیگر، این احتمال هست که روایت درباره یک قضیه شخصی باشد. از این رو، فقها طبق آن فتوا نداده اند. چنان که شیخ انصاری می گوید: «و علی ما ذکرنا فالمکاتبه غیر مفتی بها عند المشهور... فیکون النسبة بین فتوی المشهور و مضمون الروایة عموماً من وجه» (انصاری، ۱۴۲۲ ق، ج ۴، ص ۹۷).

امیرالمؤمنین (علیه السلام) در ذیل صحیحه عبدالرحمن ابن حجاج ضمن تعریف وقف می فرماید: «... و إنه شرط علی الذی یجعله إلیه أن یترک المال علی اصوله و ینفق الثمرة حیث أمره به من سبیل الله و وجوهه و ذوی الرحم من بنی هاشم و بنی المطلب، و القریب و البعید لایباع منه و لایوهب و لایورث...» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۹، ص ۲۰۱). با التفات به این عبارت، عدم جواز فروش موقوف بدون احتمال قوی بر تلف آن آشکار می گردد. بنابراین این احتمال می رود که مراد از مالی که ایشان اجازه فروش آن را می دهند، مالی

غیر از صدقه باشد؛ چنان که فرموده اند: «... و إن كان دار الحسن غیر دار الصدقة، فبدا له أن يبيعها فليبعها إن شاء لا حرج عليه فيه...» (همان، ص ۲۰۰) و یا این که با نظر در عبارت امام (علیه السلام) که فرموده اند: «... فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه...» (همان). فروش موقوف را برای وفای به دین قرار داده اند و معنایش ابطال وقف است نه پذیرش وقف مالیت و بهره مندی از آن با قرض و مضاربه. بنابراین این روایت نیز از محل کلام، بیگانه می باشد.

دلیل هشتم: تنظیم وقف به عاریه

در «تحریر الوسیله» آمده است: «المنفعة المقصودة في الوقف أعم من المنفعة المقصودة في العارية والاجارة، فتشمل النماءات و الثمرات» (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ ق، ج ۲، ص ۷۰). گستردگی دایره شمول منافع در وقف سبب می شود، دایره مال موقوف وسیع تر از مال مستعار گردد. پس با پذیرش عاریه دادن درهم برای رهن، وقف آن نیز برای منافع متناظر بلامانع می باشد. از این رو، صاحب جواهر برای تصحیح وقف پول با استناد به اجماع و همانندی عاریه و وقف می گوید: «قلت: و يؤيده الاجماع في الظهور فضلاً عن النصوص، كما تقدم في محله - على جواز إعارتها، و هي كالوقف في اعتبار وجود المنفعة، و احتمال الفرق بينهما لا وجه له هذا كله في خصوص الدراهم و الدنانير» (نجفی، ۱۳۶۷ ش، ج ۲۸، ص ۱۸). پس به دلیل ملازمه ای که بین عاریه و وقف می باشد، با اجماع بر پذیرش عاریه دادن درهم و دینار، وقف آن ها و در نتیجه وقف پول نیز صحیح می باشد.

بررسی دلیل تنظیم وقف به عاریه

عاریه، اجاره و وقف، تا حدودی با هم شباهت دارند. از این رو، برای مال مستعار، مستأجر و موقوف شروطی همانند بیان می کنند که از جمله آن شروط، انتفاع از عین همراه با بقای آن می باشد. با توجه به اقوال فقها متوجه

می شویم عاریه دادن درهم و دینار در صورتی صحیح است که با مصرف از بین نروند. صاحب جواهر دلیل فوق را در مقابل کسانی که وقف درهم و دینار را مطلقاً صحیح نمی دانند، بیان می نماید و با اشاره به تزئین و دفع ذل، وقف را با فرض این گونه منافع، جایز می شمارد. ایشان در ادامه شرایط عین مستعار می نویسند: «لا مثل الاطعمة و الاشریة و نحوهما لارادة الانتفاع بها بالاکل و الشرب و نحوهما، مما یكون منفعة باتلاف عینه... بلاخلاف و إشکال فی شیء من ذلک» (همان، ج ۲۷، ص ۱۶۹). در نتیجه ایشان نیز عاریه پول از حیث وسیله مبادله بودن را جایز نمی دانند. پس وقف آن نیز به دلیل تنظیر، صحیح نمی باشد.

محقق کرکی نیز در ذیل بحث استعاره می نویسد: «و الأقرب جواز استعارة الدراهم و الدنانیر إن فرضت لها منفعة حکمیة کالتزین بها و الضرب علی طبعها» (محقق کرکی، ۱۴۰۸ ق، ج ۶، ص ۵۷). پس عاریه دادن با توجه به حیثیت کالایی صحیح است.

دلیل نهم: مصالح و ثمرات وقف پول

وقف از اموری است که تعریف و شرایط آن از سیره متشرعه اخذ شده است. هم اکنون با تغییر زمان و شرایط و افزایش نقش پول در اقتصاد کشورها این نگاه و سیره تغییر کرده و دایره آن گسترش یافته است. از این رو، در بسیاری از کشورهای اسلامی وقف پول را صحیح و نافذ می دانند و بدان عمل می کنند. از جهت دیگر، با توجه به این که احکام دائر مدار مصالح و مفسدند و وقف پول، مصالح و منافع زیادی برای عموم مسلمانان در پی دارد، بنابراین حکم به صحت آن در این زمان خالی از قوت نمی باشد.

بررسی دلیل نهم

فقها در تعریف وقف و بیان شرایط آن، به روایاتی از پیامبر اعظم (صلی الله علیه و آله) و معصومان (علیهم السلام) استدلال کرده اند^۹. اگر بپذیریم که

تعریف و شرایط وقف از سیره^۱ متشرعه گرفته شده است، از روایات استفاده می‌شود که این سیره در زمان معصوم منعقد شده است پس دلیل و حجت است و تخلف از آن جایز نمی‌باشد و جریان سیره بعد از عصر حضرات معصوم (علیهم السلام) قابل اعتماد و حاکی از حکم شرعی نمی‌باشد.

از سوی دیگر، با توجه به تعریف وقف - منع تصرف ابدی مالکانه در عین و بهره‌برداری از منافع آن - امکان وقوع آن درباره پول وجود ندارد. از این جهت اکثر فقها و برخی از فقهای عامه، وقف پول را صحیح نمی‌دانند. در نتیجه در عصر حاضر نیز این سیره محقق نمی‌شود.

اگر بپذیریم احکام دائر مدار مصالح و مفاسد بشری اند، از برخی روایات فهمیده می‌شود این گونه مصلحت‌ها سبب تغییر حکم نمی‌شود؛ مانند بیان امام باقر (علیه السلام) درباره عدم وجوب زکات در مال التجاره، که به این مطلب اشاره می‌نمایند: «... فقال ابو عبدالله (علیه السلام) لایبیه: ما ترید إلا أن یخرج مثل هذا فیکف الناس أن یعطوا فقراءهم و مساکینهم؟ فقال أبوه: إلیک عنی لأجد منها بدا» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۹، ص ۷۴). امام صادق (علیه السلام) به این نکته اشاره می‌نمایند که در صورت عدم وجوب زکات در مال التجاره، کمک به فقرا کم اهمیت تر می‌شود و دیگر به اندازه کافی به مساکین صدقه داده نمی‌شود و این مصلحت فوت می‌شود که پدر بزرگوارشان این مقدار را مانع از تغییر در حکم عدم وجوب نمی‌دانند. از جهتی چون بهره‌مندی از مصالح و منافع مورد نظر، منحصر در وقف نمی‌باشد، بلکه از طرق دیگر نیز امکان پذیر است، بنابراین حکم به جواز با استناد به آن‌ها مشکل می‌باشد.

بررسی أدله قائلان عدم صحت وقف پول

با توجه به نقش پول در این دوران که ابزاری است قراردادی برای سهولت در معامله و عدم تصور ارزش ذاتی و کالایی برای آن مخالفان ادله‌ای را بیان

کرده‌اند که به برخی از محکم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم.

دلیل اول: اجتماع متنافیان

حقیقت وقف ابتدائاً باقی ماندن عین موقوفه و دواماً بهره‌مندی از منافع آن برای موقوف علیهم می‌باشد. پس مفهوم وقف دربردارنده ایستایی، سکون و عدم تبدیل و تغییر می‌باشد که این امر مخالف مفهوم پول است که سیال و در جریان و تبدیل است. بنابراین جمع این دو تحت امر واحد - وقف پول - امکان‌پذیر نمی‌باشد.

دلیل دوم: شرط بقای عین موقوفه

یکی از مهم‌ترین شرایط مال موقوف که با تعریف وقف نیز عجین است، قابلیت داشتن بقا در برابر انتفاع است. به بیان دیگر، عین و منفعت دو امر جدا از هم می‌باشند و عین با انتفاع و استفاده کردن از بین نرود و باقی بماند. علامه در «مختلف» می‌نویسد: «منع الشیخ، و ابن ادریس و ابن البراج، و اکثر علمائنا من وقف الدراهم و الدنانیر، لأنه لا نفع یفرض لها، إلا مع اتلافها فأشبهت المأکول و المشروب» (علامه حلی، ۱۴۱۲ ق، ج ۶، ص ۳۳۰). بهره‌مندی از پول با اتلاف آن و تبدیل شدن، قابل تصور است که مخالف حقیقت وقف می‌باشد.

اکنون که پول متمحض در ابزار بودن برای مبادله است و عین آن با مصرف، مستهلک می‌شود و بهره‌مندی از آن در گرو تبدیل و تصرف در آن می‌باشد که این امر با حبس مال در تضاد است؛ در نتیجه قول به منع، وجیه می‌گردد.

دلیل سوم: إجماع

اجماع فقها بر عدم صحت وقف پول به عنوان وسیله مبادله، چنان‌که شیخ طوسی (بی‌تا، ج ۳، ص ۲۸۸)، ابن ادریس (۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۱۵۴) و

ابن زهره (۱۴۱۷ ق، ص ۲۹۷) ادعای عدم خلاف در بطلان وقف درهم و دینار نموده‌اند. صاحب مفتاح الکرامه درباره ادعای مذکور می‌گوید: «إنه لا یصح بلا خلاف و الظاهر من نفی الخلاف فی هذه نفيه بین المسلمین فهو یفید الإجماع و زیاده» (عاملی، ۱۴۱۹ ق، ج ۹، ص ۷۴). از این عبارات اجماع و بالاتر از آن برای عدم صحت این نوع وقف فهمیده می‌شود. صاحب مناهل نیز معتقد است: «... فلا یكون الا اجماعاً لانهما لا یستندان الی الشهرة و ان كانت عظیمة مضافاً الی ان التصریح بعدم الأعتداد بالمخالف و شدوذه یفید اراده الاجماع بل قد یدعی ظهور کلامهما فی دعوی اجماع المسلمین علی المنع من ذلك» (طباطبایی، بی تا، ص ۴۹۵).

نتیجه

آنچه از مجموع این گفتار با دقت در ادله موافقان و مخالفان وقف پول فهمیده می‌شود، با توجه به شرط بقای عین موقوفه و این که پول در حال حاضر برای آن هیچ منفعت عقلایی، شرعی و عرفی جز تسهیل مبادله، متصور نیست پس وقف آن صحیح نمی‌باشد و اگر فقها وقف درهم و دینار را در برخی موارد اجازه داده‌اند به دلیل حیثیت کالایی آن‌ها بوده است نه حیثیت مبادله‌ای؛ چراکه استفاده و بهره‌مندی از آن جز با تغییر، تصرف و تبدیل امکان‌پذیر نمی‌باشد و این امر مخالف با مفهوم وقف که تسبیل منافع در کنار حبس اصل است، می‌باشد.

البته این به معنا کنار گذاشتن و حرمت مطلق این نوع تصرف در مال نمی‌باشد. بلکه می‌توان عقد جدیدی با شروط و قواعد خاص به خود تعریف کرد. چنان‌که در مورد حبس منفعت خانه با توجه به این که شرایط موقوفه را ندارد، سکنی، رقبی و عمری در فقه مطرح شده است؛ که در این نوع از عقود، منفعت به صورت رایگان در اختیار فرد قرار می‌گیرد؛ در حالی که شیء مورد نظر در ملک مالک باقی مانده است که این نوع از صدقات، پویایی فقه شیعه را در کنار التزام به چهارچوب‌ها نشان می‌دهد.

۱. حین سئل: «فیمن جعل ألف دینار فی سبیل الله، و دفعها إلى غلام له تاجر یتجر بها، و جعل ربحه صدقة للمساکین و الأقربین، هل للرجل أن یأکل من ربح تلك الألف شیئاً... قال: لیس له أن یأکل منها».
۲. عنه فی من وقف الدراهم أو الدنانیر أو الطعام أو ما یکال أو یوزن أیجوز؟ قال نعم. قیل: و کیف؟ قال: تدفع الدراهم مضاربة ثم یتصدق بها فی الوجه الذی وقف علیه، و ما یکال و ما یوزن بیاع و یدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة.
۳. شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۴۴۲، و جامع المقاصد، ج ۹، ص ۷.
۴. جامع المقاصد، ج ۹، ص ۵۴؛ المهذب، ج ۲، ص ۸۶؛ السرائر، ج ۳، ص ۱۵۴؛ تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۲۹۳؛ مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۱۸؛ حدائق الناضره، ج ۲۲، ص ۱۷۶؛ و جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۱۴.
۵. (و یشرط) فیهِ (أن یتكون عیناً) معلومة، فلا یصح وقف المنفعة و لا الدین و لا المبهم بلاخلاف، بل علیه الإجماع فی الغنیة. و هو الحجة، مضافاً إلى الأصل، و اختصاص الأدلة کتاباً و سنة بما اجتمع فیهِ الشرائط الثلاثة بحکم الصراحة فی بعض، و التبادر فی آخر، و الشک فی دخول ما لا یجتمع فیهِ فی الوقف. بناء علی أن المفهوم منه عرفاً و لغة و شرعاً هو تحبیس الأصل و تسبیل الثمرة، فلا یشمل الوقف نحو الثمرة و کذا الدین و المبهم، لأن مقتضاه وجود الموقوف فی الخارج حین العقد یحکم علیه بذلك.
۶. الجامع للشرایع، ص ۳۶۹؛ السرائر، ج ۲، ص ۴۷۹؛ و المهذب، ج ۲، ص ۸۶.
۷. نزدیک به ۶۰ درصد هزینة های دانشگاه های دولتی در آمریکا از محل درآمدهای صندوق های وقفی تأمین می شود (مقاله مروری بر الگوهای عملی وقف در بازار سرمایه، ص ۱۰۲) در گردهمایی «مسائل فقهی وقف» در سال ۲۰۰۵م و نشست پانزدهم مجمع بین المللی فقه اسلامی، وقف پول جایز دانسته شد (مقاله امکان سنجی فقهی وقف پول (توصیه ها

وراهكارها)، ص ٥٣).

٨. ان بناء العقلاء من المسلمين على شىء تارة يكون بما انهم مسلمون و متدينون بشرايع الاسلام، و اخرى يكون ذلك منهم لا بما هم مسلمون و متدينون بها، بل بما هم من العقلاء، و من اهل العرف، و الذى يضاد وجوده مع الردع الشرعى بحيث يستحيل تحققه مع ثبوته انما هو الاول و اما الثانى فلا يكون ردع الشارع عنه مضادا مع اصل وجوده، بل هو انما يكون مانعاً عن حجيته (عراقى، ١٤٠٥ق، ج ٣، ص ٣٥).
٩. وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١٧١-٢٠٧.

منابع:

١. قرآن كريم
٢. ابن إدريس، ابو جعفر محمد بن منصور: (١٤١٠ ق) السرائر، قم، مؤسسه النشر الاسلامى.
٣. ابن البراج الطرابلسى، قاضى عبد العزيز: (١٤٠٦ ق) المهذب، قم، مؤسسه النشر الاسلامى.
٤. ابن زهره، حمزه بن على: (١٤١٧ ق) غنية النزوع، قم، مؤسسه الامام الصادق (عليه السلام).
٥. ابن سعيد الحللى، يحيى: (١٤٠٥ ق) الجامع للشرايع، قم، مؤسسه سيد الشهداء.
٦. ابن فهد الحللى، أحمد بن محمد: (١٤٠٧ ق) المهذب البارع فى شرح المختصر النافع، قم، مؤسسه النشر الاسلامى
٧. ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد: (بى تا) شرح فتح القدير، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٨. ابى البركات، احمد الدردير: (بى تا) الشرح الكبير، بيروت، دار احياء الكتب العربيه.

٩. انصاری، مرتضی: (١٤٢٢ ق) المكاسب، قم، مجمع الفكر الاسلامی .
١٠. البحرانی، یوسف: (١٤٠٥ ق) الحدائق الناضرة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی .
١١. البخاری، محمد بن اسماعیل: (١٤٠١ ق) الصحيح البخاری، بیروت، دار الفكر .
١٢. جعفری لنگرودی، محمدجعفر: (١٣٧٣ ق) حقوق اموال، کتابخانه گنج و دانش، چاپ سوم .
١٣. الحر العاملی، محمد بن الحسن: (١٤١٤ ق) وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث .
١٤. الحسيني الحائري، كاظم: (١٣٧٩ ش) فقه العقود، قم، مجمع الفكر الاسلامی .
١٥. الموسوی الخمينی، روح الله: (١٣٩٠ ق) تحرير الوسيلة، نجف اشرف، مطبعة الآداب، الطبعة الثانية .
١٦. _____: (١٤١٠ ق) كتاب البيع، قم، مؤسسه اسماعيليان، الطبعة الرابعة .
١٧. الخويي، ابوالقاسم: (١٤١٠ ق) منهاج الصالحين، قم، مدينة العلم، طبع ٢٨ .
١٨. السبزواری، محمد باقر بن محمد: (بی تا) كفايه الاحكام، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی .
١٩. الشافعی، محمد بن ادريس: (١٤٠٣ ق) الأم، بیروت، دار الفكر، الطبعة الثانية .
٢٠. الشهيد الاول، محمد بن مكي: (١٤١٢ ق) الدروس الشرعية في فقه الامامية، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الأولى .
٢١. الشهيد الثاني: (١٤١٣ ق) مسالك الافهام، مؤسسه المعارف الاسلامية، الطبعة الاولى .

٢٢. الشوكاني، محمد بن علي: (١٩٧٣ ق) نيل الاوطار من أحاديث سيد
الاخبار شرح منتقى الاخبار، بيروت، دار الجيل.
٢٣. الصدوق، محمد بن بابويه: (١٤٠٤ ق) من لا يحضره الفقيه، قم،
مؤسسه النشر الاسلامي، الطبعة الثانية.
٢٤. الطباطبائي، السيد علي: (١٤١٢ ق) رياض المسائل في بيان أحكام
الشرع، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، الطبعة الاولى.
٢٥. الطباطبائي اليزدي، السيد محمد كاظم: (بي تا) تكملة العروة الوثقى،
قم، انتشارات داوري.
٢٦. الطباطبائي، محمد: (بي تا) المناهل، قم، مؤسسة آل البيت.
٢٧. الطوسي، محمد بن الحسن: (بي تا) المبسوط في فقه الاماميه، تهران،
مكتبه مرتضويه.
٢٨. _____: (١٤٠٧ ق) الخلاف، قم، مؤسسة النشر
الاسلامي، الطبعة الأولى.
٢٩. _____: (١٣٦٥ ش) تهذيب الاحكام، تهران، دار الكتب
الاسلاميه، چاپ چهارم.
٣٠. العاملی، السيد محمد جواد: (١٤١٩ ق) مفتاح الكرامة، قم، مؤسسة
النشر الاسلامي، الطبعة الاولى.
٣١. عراقي، آقا ضياء: (١٤٠٥ ق) نهاية الافكار، قم، مؤسسة النشر الاسلامي.
٣٢. العلامة الحلي، حسن بن يوسف: (١٤١٣ ق) قواعد الاحكام، قم،
مؤسسة النشر الاسلامي، الطبعة الأولى.
٣٣. _____: (١٤١٢ ق) مختلف الشيعة، قم، مؤسسة النشر
الاسلامي، الطبعة الأولى.
٣٤. _____: (١٤٢٠ ق) تحرير الاحكام، قم، مؤسسة الإمام
الصادق عليه السلام، الطبعة الأولى.
٣٥. فخرالمحققين، محمد بن الحسن بن يوسف: (١٣٨٧ ق) إيضاح الفوائد

- فی شرح اشکالات القواعد، قم، مطبعة العلمية، الطبعة الاولى .
۳۶. الفيض الكاشاني، محمد حسن: (۱۴۰۱ ق) مفاتيح الشرايع، قم، مجمع الذخائر الاسلاميه .
۳۷. القزويني، محمد بن يزيد: (بی تا) سنن ابن ماجه، بيروت، دار الفكر .
۳۸. الكليني، محمد بن يعقوب: (۱۳۶۷ ش) الفروع من الكافي، تهران، دار الكتب الاسلاميه، چاپ سوم .
۳۹. المحقق الحلبي، جعفر بن الحسن: (۱۴۰۹ ق) شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، تهران، انتشارات استقلال، الطبعة الثانية .
۴۰. المحقق الكركي، علي بن الحسين: (۱۴۰۸ ق) جامع المقاصد، قم، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، الطبعة الأولى .
۴۱. گروه نویسندگان: (۱۳۸۷) مجموعه مقالات وقف و تمدن اسلامي، تهران، أسوه .
۴۲. گروه نویسندگان: (۱۳۸۷ ش) مجموعه مقالات همایش وقف در بازار سرمایه، قم، دانشگاه مفید، چاپ دوم .
۴۳. مصطفوی، حسن: (۱۳۶۰ ش) التحقيق، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب .
۴۴. النجفی، محمدحسن: (۱۳۶۷ ش) جواهر الکلام، تهران، دار الكتب الاسلاميه، چاپ سوم .
۴۵. النوری، حسین: (۱۴۰۸ ق) مستدرک الوسائل، قم، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، الطبعة المحققة الاولى .
۴۶. یوسفی، احمدعلی: (۱۳۸۱) ربا و تورم (بررسی تطبیقی جبران کاهش ارزش پول و ربا)، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامي .
۴۷. نرم افزار جامع فقه اهل البيت عليهم السلام ۱، ۲ .
۴۸. نرم افزار المعجم، نسخه ۳ .

حجیت امارات قضایی

بر مبنای علم قاضی

(اثبات جرم با نگاه به دانش روز)

حمید ستوده*؛ علی سعیدی**

چکیده: امروزه، احکام دادگاه‌ها با توجه و استناد به امارات علمی، سهم وسیعی در دادرسی‌های قضایی دارد. در این میان، گزارش پزشکی قانونی و تحقیقات جنایی، به عنوان دو بازوی مهم کارشناسی، در یاری مقامات دادگستری، از مهم‌ترین امارات قضایی تلقی می‌گردد. از این رو، شایسته است تا ادله علم قاضی به مثابه مبنایی برای حجیت امارات قضایی و اثبات علمی دعاوی بازپژوهی گردد. بنابراین، تحلیل دیدگاه‌های فقهی در این موضوع، قرین نقد ادله مخالف علم قاضی شده است. از سوی دیگر، حجیت داوری به استناد علم قاضی در کشف حقیقت، تقویت گشته و نظر قانون‌گذار نیز در این زمینه بیان شده است.

کلیدواژه‌ها: امارات قضایی، دلیل اثبات، حق الله، حق الناس، علم قاضی.

* پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار(ع) و دانشجوی دکتری دانشگاه معارف اسلامی قم.

۲. پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).

یکی از موضوعات چالشی و مهم فقهی که امروزه بسامد بالایی یافته، استناد قضایی به قطع خود در دادرسی است. جایگاه علم قضایی در باور غالب فقیهان، در تراز ادله اثبات دعاوی بوده، بلکه در فرض تعارض، مقدم بر آنان است. از این رو، اقتناع وجدان قضایی، حتی در صدق دلایل اثبات، مانند شهادت و اقرار، خود، پشتوانه و ملاکی برای صحت تصمیم های قضایی است؛ چه این که اهتمام شارع مقدس در جعل منصب قضاوت، بر فصل خصومت و اجرای عدالت از رهگذر دست یابی ذی حق به حق خویش است؛ یعنی انشای رأی دادگاه، امری اعلامی خواهد بود و نه تأسیسی. بنابراین، بایسته می نماید تا راه اثبات دعاوی از رهگذر علم قضایی در امور مدنی و کیفری، واکاوی گشته، با بهره وری از روش های روزآمد علمی، توانایی مراجع قضایی در حل معضلات دادرسی افزایش یابد.

از این رو، سخن در این است که آیا حاکم شرع می تواند در مقام قضاوت، به قرائن و شواهد علمی، از رهگذر رجوع به علم قضایی به مثابه دلیل اثباتی استناد نماید؟

محور این پژوهش، پاسخ به همین پرسش بوده، و بنابراین ضروری است تا مقتضای تحقیق در مبنا و محدوده تنفیذ احکام مستند به علم قضایی بیان گردد. با این حال، مسائل دیگری نیز در باب موضوع اصلی وجود دارد که طرح آن، در تبیین حدود بحث و رهیافت علمی مناسب، ضروری می نماید:

۱. مفهوم دلیل و امارات قضایی چیست؟

۲. دلایل اعتبار قطع قضایی یا عدم حجیت آن کدام است؟ بر فرض

اعتبار، دامنه استناد به علم و حدود وسعت آن تا کجاست؟

۳. اسباب تحصیل علم و ملاک رجوع به آن، از دیدگاه حقوق موضوعه،

چه خواهد بود؟

به این جهت، شایسته است، زوایای علمی بحث به نحو جامع و متقن، تکمیل گردد تا پیکره پژوهش حاضر، از خلال پاسخ به پرسش‌های فوق، توالی مطالب ذیل را در بر داشته باشد:

با تبیین مفهوم «دلیل» و «امارات قضایی»، ابتدا دیدگاه و ادله فقهای امامیه در حجیت علم قاضی و اختلاف نظرات ایشان بررسی می‌شود. سپس، مباحث حقوقی علم قاضی، با بیان مستندات یقین دادرس و اسباب متعارف حصول آن همراه می‌گردد. جمع‌بندی و نتیجه دیدگاه برگزیده، پایان بخش این مقال خواهد بود.

۲. مفهوم دلیل و امارات قضایی

دلیل، در لغت‌نامه‌های عرب، معادل راهنما و آن چیزی است که کاربری آن در اثبات یک امر یا موضوع رخ می‌نماید (زمخشری، ۱۴۰۴ق، ص ۱۹۳). دهخدا، دلیل را در معنایی به سان راهنما، راهبر، رهنمون و... بر شمرده است (دهخدا، ۱۳۴۵، ج ۷، ص ۹۷۳۵). همچنین، این واژه در برخی از آیات قرآن کریم، به همین مفهوم، اطلاق گشته است.^۱

در اصطلاح حقوقی، دلیل، وسیله‌ای قانونی و عامل اثبات در حقیقت امری است که مدعای یکی از اصحاب دعوا، و مورد انکار دیگری باشد (رک: آ. د. م. ماده ۱۹۴؛ و نیز مدنی، ۱۳۷۰، ص ۵) و هر یک از متداعیین، برای اثبات یا دفاع از ادعای خویش، به آن استناد نمایند (شکاری، ۱۳۸۱، ص ۱۲) و در نتیجه باید برای مرجع قضایی، سبب اقناع وجدان در رسیدن به واقعیت گردد.

از این رو، اقامه دلیل از حیث اهمیت، در حدی است که حکم دادگاه بدون آن نقض می‌گردد؛ اگرچه، عدم اقامه آن، دلیل بر عدم ثبوت حق نخواهد بود.

ادله اثباتی در یک دسته‌بندی، به دو گونه مستقیم و غیرمستقیم، تقسیم

می‌گردد. اگر دلیل، امری را که سبب پیدایش یا سقوط حق مورد ادعاست، بی‌واسطه اثبات نماید - مانند گواهی دو عادل که طلب ادعایی خواهان را اثبات می‌کند - مستقیم شمرده می‌شود. دلیل غیرمستقیم یا اماره، اموری را اثبات می‌کند که دلالت مطابقی یا تضمینی به حق ادعایی ندارد، اما نوعاً با آن ملازمه یا ارتباط دارد؛ مانند امارات قانونی و قضایی.^۲ به دیگر سخن، یک امر یا مجموعه‌ای از امور (اوضاع و احوال) برای احراز مدعای قضایی، مبنای قرار می‌گیرد که با اصل ادعا متفاوت است؛ ولی به علت پیوند میان آن دو، از وجود آن‌ها، وجود امر مورد ادعا استنتاج می‌شود. اموری که مبنای قرار می‌گیرند، گاه متعلق ادعا را عقلاً ایجاد و اثبات می‌نمایند؛ و گاه با وجود آن، ملازمه دارند؛ و گاه از آثار و پیامدهای آن هستند. دلالت وجود اوضاع و احوال نیز گاهی به حکم قانون و گاهی به نظر دادرس است و بر همین مبنای اماره قانونی از قضایی تفکیک می‌یابد (شمس، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۵۳-۳۶۰).

از این رو، اماره بر خلاف سایر ادله اثبات، چه بسا امری مستقل از موضوع پرونده باشد که دادرس از خلال آن، می‌تواند به حل مجهول قضایی راهنمایی شود. وانگهی، سایر ادله توسط شخص ذی‌نفع در دادگاه ابراز می‌گردد و برای تهیه آن تلاش می‌شود؛ در حالی که امارات، به ویژه اماره قانونی، توسط خود دادرس در حل و فصل دعوا به کار برده می‌شود، هر چند که اصحاب دعوا به آن استناد نکرده باشند (صدرزاده افشار، ۱۳۷۶، ص ۱۸۰). بنابراین هر پدیده‌ای که بنا به ظاهر و مسیر طبیعی امور، نشانه وجود واقعی شیئی باشد، در اصطلاح، اماره خواهد بود. در اصول فقه به دلیلی، «اماره» می‌گویند که دارای جنبه طریقت و کاشفیت ظنی از واقع است و در این معنا، مقابل «اصل عملی» است که کاشفیتی ندارد یا جنبه کاشفیت آن لحاظ نمی‌شود (صدر، ۱۴۲۱ ق، ص ۳۵).

ویژگی بارز «امارات قضایی»، واگذار شدن آن‌ها به صلاح دید دادرس است و همو است که باید از این رهگذر، نشانه‌های صدق و صحت ادعا را

دریابد؛ چه سیاق عبارت، در مواردی که قانون سخن از امارات آورده (مواد ۱۱۶۰، ۱۱۸۶، ۱۲۹۸ ق. م. م.)، گویای آن است که استفاده از آن و استناد به آن، غالباً، در اختیار قاضی است و لزوماً، احتیاجی نیست اصحاب دعوا به آن استناد کنند.

البته، استناد به اماره قضایی در صورتی مجاز است که دلیل دیگری وجود نداشته باشد؛ زیرا دلیل در پرونده، مجال خودنمایی به اماره را نمی‌دهد و آن را از اثر می‌اندازد و خود مبنا قرار می‌گیرد (شمس، همان)؛ مگر آن که تجمیع امارات و قراین قضایی، دادرس را نسبت به صحت یا عدم صحت واقعه‌ای به علم و یقین برساند که در این حالت، علم او، مرجع اصلی قضاوت خواهد بود. از این رو، هرچند اماره یا دلیل غیرمستقیم، دستیابی به واقع مطلق را تضمین نمی‌کند، اما لزوماً ارزش آن، ضعیف‌تر از دلیل مستقیم نیست؛ زیرا همان‌گونه که دادرس می‌تواند با گواهی شاهد، اقناع وجدان یابد، در فرض فقد دلیل نیز می‌تواند از رهگذر تجمیع و سنجش امارات - خصوصاً اگر قراین، قوی و موجه باشد - در صحت یا کذب ادعای مدعی به علم و اطمینان نوعی پی‌برد و بر این اساس رأی دهد.

بنابراین، اماره ویژگی مهمی دارد که آن را از سایر ادله اثبات، ممتاز می‌کند و آن گرایش هرچه بیش‌تر به دریافت واقعت خارجی مدعیات قضایی با استفاده از بینش علمی، تجارب عملی و فنی است. قاضی با کاربرد قراین قضایی و بررسی اوضاع و احوال پرونده، به حقیقت امر و آنچه بدان حکم می‌کند، اعتقاد بیش‌تری خواهد داشت. همچنین، در برخی موارد ممکن است تجمیع نشانه‌ها و قراین ظنی، برای قاضی سبب ایجاد «لوث» گردد که در نهایت با فقد بینه، با اجرای «قسامه» داور می‌گردد.

ماده ۶۸ ق. م. م. ۱. اصلاحی مصوب ۲۳/۱۰/۱۳۸۰ در این زمینه مقرر

می‌دارد:

هرگاه بر اثر قراین و امارات یا از هر طریق دیگری، از قبیل

شهادت یک شاهد، یا حضور شخصی همراه با آثار جرم در محل قتل یا وجود مقتول در محل تردد یا اقامت اشخاص معین، و یا شهادت طفل ممیز مورد اعتماد و یا امثال آن، حاکم به ارتکاب قتل از جانب متهم ظن پیدا کند، مورد از موارد لوث محسوب می شود و در صورت نبودن بینه از برای مدعی، قتل یا جرح یا نوع آن ها به وسیله قسامه ... ثابت می شود.

در ماده ۳۱۱ ق. م. ا. جدید (مصوب ۱۳۹۰) که در سال جاری (۱۳۹۲) ابلاغ گردید، آمده است:

لوث عبارت از قرائن و اماراتی است که موجب ظن قضایی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می شود.

در ماده ۳۱۱ ق. م. ا. جدید آمده است:

مقام قضایی موظف است در صورت استناد به قسامه، قرائن و امارات موجب لوث را در حکم خود ذکر کند.

نکته آخر آن که به باور برخی از نویسندگان دو واژه «امارات قضایی» و «قراین قضایی»، در معنای اصطلاحی، یکسان نیستند؛ زیرا «قرینه»، وضع و حالت خارجی امری است که یا طرفین دعوا به آن استناد می کنند و در معرض إمعان نظر قضایی می گذارند و یا قضایی خود رأساً بدان متوجه می شود؛ اما «اماره قضایی»، اثر ذهنی و استنباطی است که از قراین موجود نزد قضایی پدید می آید و او با ضوابط عقلی و استدلالی خود، قراین را به نفع یکی از طرفین دعوا به شمار می آورد (صدرزاده افشار، ۱۳۷۶، ص ۱۸۱).

با این وصف، به نظر می رسد اماره در معنای لغوی، با قرینه، مترادف است و مصطلح حقوقی آن دو نیز فاصله ای از مفهوم لغویشان ندارد؛ زیرا اماره به سان قرینه، به معنای علامت، نشانه و هر آن چیزی است که مانند دلیل، برای پی بردن به امری یا رسیدن به مراد و مقصدی به کار آید (عمید، ۱۳۷۹، ص ۹۳۹). این

دو، از نظر اصطلاحی به معنای کیفیتی هستند که به چیزی عارض شود و به آن شیء، معنا و جلوه دیگری ببخشد؛ خواه آن اماره یا قرینه، از سنخ سخن باشد یا امری غیر از کلام بر آن دو عارض گردد. سنجش و استنباط قاضی نیز خارج از مفهوم این دو است و برآیند واکاوی قضایی در آن‌ها محسوب می‌شود. از این رو، مراد از دو واژه مذکور در این کتاب، به تبع قانون مدنی، یکسان است و بیش‌تر به معنای «دلایل علمی» در دادرسی به کار می‌آید.

امروزه، امارات قضایی بهترین راهنما در کشف حقیقت تلقی می‌گردد؛ چراکه این موضوع نوعاً، بر تجمیع شواهد متعدد و تکثیر قرائن قطعی استقرائی، مبتنی است که حاصل آن، دستیابی به علم عادی و نوعی در کشف موضوع و واقعیت امر است. تحقیق از شاکی، بازجویی از متهم، معاینه محل و صحنه جرم، تحقیقات محلی، استفاده از نظریه کارشناس، تحقیق از شهود، گزارش ضابطان دادگستری و نیروی انتظامی، اسناد کتبی و... مصادیقی از امارات قضایی است که هر یک، به سهم خود، برای کشف واقعیات مفید می‌نماید.

اما در این میان رجوع به خبره، حائز اهمیت و یکی از منابع ارزشمند قضایی در احراز واقعیت است. برای مثال، اثر انگشت، آزمایش خون، آزمایش و تحلیل ژنتیکی بافت‌های انسانی (DNA) کارشناس خط و جعل در نوشته‌های مخدوش، استفاده از دستگاه دروغ‌سنج در بازرسی، استفاده از حیوانات آموزشی و... از جمله راه‌های فنی و علمی روز در کشف جرائم است، که به مثابه امارات قضایی می‌تواند راهنمای قاضی برای اطمینان او نسبت به رخداد باشد.

۳. علم قاضی از منظر فقهی

اعتبار علم قاضی در مواد مختلف قانون مدنی و مجازات اسلامی تأکید شده است. قانون‌گذار در ماده ۱۱۵ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵، تصریح می‌کند که

حاکم شرع می‌تواند در «حق الله» و «حق الناس» به علم خود عمل نماید و حدّ الاهی را جاری کند. با این حال، با توجه به دورویکرد اساسی در این زمینه، تحقیق و تحلیل مبانی قانون فوق، در این مقطع از نوشتار، مطمح نظر است. از این رو، مستندات عدم نفوذ علم قضایی نقد و بررسی شده، سپس دلالت ادله حجیت آن، ارزشیابی می‌گردد.

۳-۱. عدم اعتبار اثباتی

در باور برخی از فقیهان شیعه و اکثر فقهای عامه، قاضی نمی‌تواند در هیچ نوعی از حقوق، به علم خود استناد نماید و تنها ادله اثبات قضایی، اقرار، بیینه، قسم و امثال آن است؛ چه این که با دقت و تتبع در مجموع روایاتی که در ابواب مختلف قضاوت و چگونگی داوری در دعاوی آمده، این اطمینان به دست می‌آید که علم قضایی از جمله راه‌های کشف حق یا حلّ مرافعات و اجرای حدود نیست؛ زیرا این مسأله، در ادله شرعی وارد نشده یا ضعیف و مخدوش است؛ یعنی اگر علم قضایی در شمار دلایل اثباتی باشد، بایسته بود تا حد و مرز نفوذ آن یا موارد تعارض آن با سایر ادله اثبات دعوا، به صورت شفاف تعیین می‌گشت. از سوی دیگر، مستفاد از ادله بیینه و سوگند، آن است که خود این طرق، موضوعیت دارد؛ و نه این که نسبت به واقع، طریقیست محض داشته باشد تا توهم گردد که یقین قضایی هم به سبب اقوا و نزدیک تر بودن آن به واقع امر، می‌تواند جایگزین آن‌ها گردد.

خلاصه آن که از سکوت دلیل نقلی که متکی به انضمام همه روایات است و همانند ظهور انفرادی در یک روایت، حجیت است، نفی نفوذ علم قضایی استفاده می‌گردد (هاشمی، ۱۴۲۴ق، ص ۳۲۷). وانگهی، فلسفه و حصر موجود در برخی روایات قضا، ظهور در نفی اعتبار علم قضایی دارد. این امر، به ویژه در حدود الاهی، با توجه به تاکید، احتیاط و سخت‌گیری شارع و جعل شرایط بیش تر در اثبات آن محسوس تر خواهد بود (همان، ص ۳۳۱).

بنابراین تعدی از موارد منصوص جایز نخواهد بود؛ به ویژه آن که در این موارد، بنای اولی در حدود بر تخفیف (منتظری، بی تا، ص ۴۹) و پوشیده ماندن حق الله است (هاشمی، ۱۴۲۴ق، ص ۳۳۲)؛ زیرا ظهور این گونه از روایات در این است که راه ثبوت زنا، شهود چهارگانه است و غیر از آن یا کم تر از آن، در ثبوت زنا اعتباری ندارد. این اطلاق شامل علم قاضی نیز می شود. بنابراین، برخی از روایات به دلالت مطابقی یا التزامی، بر عدم نفوذ علم قاضی در حق الناس، و به ویژه در حقوق الاهی دلالت دارد؛ به عنوان نمونه:

۱. در صحیح هاشم بن حکم (که مضمون آن نیز مورد تسالم فقهی فریقین است) از امام صادق علیه السلام نقل شده، که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: «داوری من در میان شما فقط بر طبق شاهد و سوگند است؛ و البته برخی از شما در استدلال، قوی تر از دیگری هستید. پس اگر من به واسطه دلیل یکی، بخشی از اموال برادر وی را به او بدهم [که در واقع، حقی بر آن نداشته باشد] قطعاً با این حکم، قطعه ای از آتش را برای او فراهم کرده ام» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۱۴).

۲. در معتبره داود بن فرقد از امام صادق علیه السلام نقل شده که ایشان فرمودند: «روزی، سعد بن عباده در جمع صحابه و در حضور رسول اکرم صلی الله علیه و آله گفت: اگر مردی را در حال زنا با همسرم بینم، او را با شمشیر خواهم کشت. از این رو، حضرت فرمودند: ای سعد، پس چهار شاهد برای چیست؟ عرض کرد: ای رسول خدا صلی الله علیه و آله پس از آن که به چشم خود دیدم و خدا هم ناظر آن عمل است [آیا باز هم نیازی به شاهد هست؟] حضرت فرمود: آری، به خدا سوگند! با وجود این که به چشم خود دیده ای و خدا هم می داند که او آن عمل را انجام داده است؛ زیرا خداوند برای هر چیزی، حدی قرار داده و بر فردی که از این حد تجاوز کند، حدی دیگر مقرر داشته است» (همان، ص ۱۷۷).

۳. روایاتی که بنا بر آن‌ها که حکم رجم فقط در صورتی اجرا می‌گردد که جرم فرد، با چهار شاهد عادل و آن‌هم با رؤیت آن‌ها، به نحو گفته شده ثابت شده باشد (همان، ص ۳۵-۳۶).

نتیجه آن که مستفاد از برخی روایات آن است که عدد خاصی در اثبات برخی از حدود معتبر است و بنابراین تا زمانی که گواهی چهارگانه نسبت به تحقق آن کامل نگردیده، جایز نیست، بلکه موجب حد قذف می‌گردد؛ این در حالی است که غالباً با سه شاهد صادق یا اقرار، برای قاضی علم حاصل می‌شود.

علاوه بر این، مقتضای قاعده این است که با فقدان دلیل، حتی به صورت اطلاق یا عموم، و با تردید در نفوذ حکم، اصل عملی، عدم ولایت یکی بر دیگری و عدم اعتبار حکم علیه غیر خواهد بود؛ یعنی اصل عدم تسلط بر غیر، اقتضا دارد که حکم قاضی در این حالت، موجب تحدید و تضییق سلطه فرد نگردد (هاشمی، ۱۴۲۴ق، ص ۲۷۹).

۲-۳. نفی نفوذ علم قاضی در بوته نقد

دیدگاه فوق در مقابل نظر مشهور، بلکه ادعای اجماع امامیه (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۸۸) بر حجیت علم قاضی و نفوذ آن قرار داشته، بایسته بود تا در چالش نظر رقیب، به پشتوانه قوی تری اتکا می‌کرد؛ چه این که سند یا دلالت هیچ‌یک از وجوه فوق، در اثبات ادعای نفی نفوذ علم قاضی تمام نبوده، چندین ملاحظه انتقادی در این باره قابل بیان است:

یکم. با تحقیق و تثبیت دلایل اعتبار قطع قاضی در بخش بعد، به ویژه با وجود قضاوت‌های علمی امیرالمؤمنین علیه السلام فرض فقدان دلیل شرعی بر حجیت علم قاضی مخدوش است. از این رو، اجمالاً مقتضی برای حجیت اصل عملی باقی نخواهد ماند.

دوم. با عنایت به حرمت قطعی حکم قاضی بر اساس بینة معلوم الکذب یا

خلاف واقع، فهمیده می‌شود که علم قاضی خود، در رأس است و سایر ادله اثبات، موضوعیت ندارد؛ یعنی حکم قاضی بر اساس بینه و ایمان، صرفاً امر ولایی و تعبدی نیست، بلکه شائبه طریقت دارد؛ زیرا هر چند صرف قضاوت بر اساس بینات و ایمان، جنبه تنفیذی (وجوب متابعت قاضی و حرمت رد) دارد، واقع را تغییر نمی‌دهد. از این رو اگر فردی بر اساس حکم ظاهری دادگاه و بر خلاف واقع، مال یا حقی را به ناحق بگیرد، تصرف آن به دلیل ذیل روایت هشام، حرام خواهد بود (کلینی، همان، ص ۴۱۴)؛ از این رو، چه بسا فلسفه مشروعیت دلایل تعبدی اثباتی، مانند بینه و ایمان، به سبب ایجاد تسهیل در اغلب موارد و بسته نشدن باب قضاوت با فقدان علم است.

سوم. دلالت ادله کیفیت حکم، بر حصر مطلق طرق قضایی، تمام نیست؛ زیرا، غالباً در هر یک از مستندات ادله اثبات، به یک یا دو مورد از آن طرق پرداخته شده و این نیز در بیش تر موارد، به صورت انحصاری بیان نگردیده است (همان، ص ۲۱۹ و ۴۱۶). طبعاً اثبات شیء، (بینه، اقرار، قسامه) نمی‌تواند حجیت طرق ماعدای خود را نفی کند. با این حال، اگر در صحیح هاشم نیز ادات حصر به کار رفته، حصر مطلق مراد نیست و در نتیجه باید به قرینه سیاق (صدر و ذیل روایت) و به سبب تعارض با ادله سماع اقرار (همان، ص ۲۱۹)، ادله سماع بینه از منکر و تعارض دو بینه (حر عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲۷، ص ۲۵۰)، از ظاهر آن (انحصار حقیقی) رفع ید نمود و آن را تأویل کرد؛ یعنی، چه بسا مراد از حصر، این است که آن حضرت، فقط بر اساس ظواهر (مفاد بینه، ایمان و علم متعارف) بین مردم قضاوت می‌نمایند، نه بر پایه علم لدنی و غیب الاهی به نفس الامر؛ چه این که استفاده از آن، به حضرت مهدی روحی له الفداء اختصاص خواهد داشت (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ج ۱، ص ۵۰۹). در بیان دیگر، اگر حضرت می‌فرمود که علم عادی به واقع دارد ولی به بینه و قسم بسنده می‌کند، این سخن، بر نفی علم قاضی دلالت خواهد داشت؛ ولی چنین بیانی صادر نشده است. شاهد آن که همین روایت،

در تفسیر امام حسن عسکری علیه السلام چنین آمده است: «... إِنَّمَا أَقْضَى عَلَىٰ نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ...» (حر عاملی، همان، ص ۲۳۳)؛ یعنی حضرت، به اتکای حجت ظاهری قضاوت نموده، مفاد بینه و سوگند، واقع امر را در بر نمی‌گیرد و حرام را حلال نخواهد کرد. از این رو، مستفاد از ذیل این روایت، آن است که اگر مالی متعلق به دیگری بوده است، ولی در اختیار محکوم له قرار گرفت، بداند که آن مال، پاره‌ای از آتش دوزخ است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۱۴؛ حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۷، ص ۲۳۳).

به دیگر سخن، هرچند ممکن است درصد خطای بینه و یمین در علم معصوم کم نباشد، ایشان آن را نقض نکرده، همان رویه قضایی متعارف را ملاک قرار می‌دهند. بنابراین خود روایت، کاشف از آن است که گویا مردم انتظار داشتند تا پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از علم الهی خویش در قضاوت بهره‌گیرند و حق را به حق‌دار برسانند، ولی آن حضرت این کار را نکرده، آن را به فرزندشان حضرت مهدی سلام الله علیه واگذار کرده‌اند تا امور قضایی به سهولت انجام گیرد.

احتمال دیگر در تأویل روایت آن است که انحصار یادشده، به سبب غلبه و رواج بینه و ایمان در قضاوت بوده است؛ یا این که حصر مزبور، به نفی حکم از طرق غیرمعتبر ناظر است، نه این که نسبت به واقع، لحاظ شده باشد. یعنی بینه و ایمان، در قبال استناد به راه غیر شرعی یا غیر علمی، مانند صرف ادعای خواهان، زبردستی وی در سخن گفتن، شهادت فرد مجهول الحال، رمل، جفر و... باشد. بنابراین، مفاد حدیث، دلالت بر عدم جواز حکم، بدون داشتن میزان قضایی خواهد بود.

چهارم. از نظر امامیه، در جواز قضاوت معصوم بر اساس علم عادی ایشان شکی نیست و اصولاً برخی از معصومان علیهم السلام بارها بر اساس علم عادی خود حکم کرده‌اند؛ مانند قضاوت‌های معروف امیرالمؤمنین علیه السلام که شیخ صدوق، برخی از این وقایع را در بخشی با عنوان «باب ما یقبل من الدعای بغیر

بینۃ» جمع آوری کردہ است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳ ص ۱۰۵-۱۱۱)۔
 بنابراین، اطلاق مفہوم حصر، دلیلی بر نفی سندیت علم عادی امام
 نبودہ، بلکہ اطلاق صحیحہ با وجود این گونه روایات، تقیید می گردد۔
 نتیجہ آن کہ تفسیر روایت ہشام، بہ ضمیمہ سایر قرائن موجود، آن است
 کہ گویا حضرت بفرمایند ہر گاہ من نسبت بہ حقی علم عادی نداشتم، در میان
 شما با حجت و طرق معتبر شرعی مانند بینہ و اقرار قضاوت می نمایم؛ یعنی
 اگر ایشان نسبت بہ چیزی با مشاہدہ یا انضمام قرائن، مانند قضیہ سمرۃ بن
 جندب (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۹۲) علم عرفی پیدا می کردند، حتماً
 حکم مقتضی را صادر می نمودند۔

پنجم۔ تمسک بہ بینہ و ایمان زمانی صحیح است کہ قاضی بہ آن نیاز داشتہ
 باشد و این نیاز بہ گاہ معلوم بودن حق نزد حاکم مفقود است۔ بہ بیان فنی،
 ظرف حجیت ادلہ تعبدی در موردی است کہ جہل بہ واقع مفروض باشد و از
 این رو، جعل طریق ظنی و اعتبار بینہ برای عالم بہ واقع، معنای محصلی
 ندارد۔ بہ دیگر سخن، حجیت بینہ و امثال آن، بہ لحاظ کاشفیت آن از واقع
 است و در نتیجہ، جعل طریق ظنی برای عالم بہ واقع معقول نیست۔ چنان کہ
 امام صادق علیہ السلام در موثقہ مسعدۃ بن صدقہ، اشارہ ای لطیف بہ این نکتہ
 نیز داشتہ اند و بینہ را قائم مقام استبانہ شخص و علم قطعی وی دانستہ اند۔ در
 این روایت آمدہ است: «الاشیاء کلہا علی ہذا حتی یستبین لک غیر ذلک أو تقوم بہ
 البینۃ» (رک: همان، ص ۳۱۴)۔

از این رو، وجوب ترتیب اثر واقع بر مؤدای طریق مجعول، مقید بہ آن
 است کہ علم بہ خطای طریق یا کذب آن نباشد؛ زیرا با علم بہ واقع، موضوع
 احکام ظاہری، یعنی، شک بہ واقع منتفی می گردد۔ بہ این جہت، صحت
 قضاوت بہ علم در پارہ ای از احادیث قدسی، امری مفروغ عنہ تلقی شدہ،
 ابہام در فرضی بودہ کہ چنین علمی وجود نداشتہ باشد (همان، ج ۷،
 ص ۴۱۴-۴۱۵)۔

ششم. بر فرض دلالت این حدیث بر نفی حجیت علم قاضی، فقط می‌تواند با ادله‌ای که بر اعتبار علم حاکم در حقوق الناس دلالت دارد، معارض گردد؛ یعنی، این حدیث با نفوذ علم قاضی در حقوق الله منافاتی ندارد؛ زیرا، بیان روایت به صورت «اقضی بینکم» بود و به مورد خصومات بین مردم ناظر است، نه «اقضی علیکم» تا عقوبات را نیز در بر گیرد.

هفتم. برخی از استدلال‌های فوق مانند آن که شارع در حق الله درصدد احتیاط بیش‌تری بوده و برای اثبات آن، قیود و شرایط سختی را قرارداده و در نتیجه، اصل را بر تخفیف و مستور ماندن گذاشته است، وجوهی استحسانی تلقی گشته، صلاحیت مدرکیت برای حکم شرعی و تعارض با نصوص را ندارد. علاوه بر این شاید مراد از مسامحه در این موارد، عدم تجسس در کشف جرائم جنسی باشد؛ یعنی لازم نیست با تتبع و دقت زیاد به دنبال تحصیل علم در این گونه دعاوی رفت. ولی این سخن بدین معنا نیست که پس از آن که جرم، مشهود و معلوم گردید، رأفتی در دین خدا صورت گیرد. البته بر فرض که مفاد روایات اعتبار عدد در برخی حدود، نفی علم قاضی باشد، با این حال با روایت حسین بن خالد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۶۲) که خواهد آمد، تعارض پیدا می‌کنند. بنابراین از رهگذر ترجیح نص بر ظهور، به ویژه ظهور ضعیف، دلالت این دسته از روایات ساقط می‌گردد.

به هر روی، دستاورد بررسی ادله مخالفان و تحقیق در ادله موافقان این است که ادعای انحصار طرق قضایی در بینات و ایمان و نیز ادعای خلّو اخبار از حکم به علم، مخدوش است. از این رو دلالت استظهار مجموعی از روایات نیز منتفی خواهد بود. بنابراین دلالت ادله عدم حجیت علم قاضی تمام نیست و یا دست کم این گونه روایات از مورد علم قاضی منصرف خواهد بود. به همین دلیل مانعی برای نفوذ علم قاضی وجود نخواهد داشت.

در مقطع بعد، تحلیل و تبیین مستندات مقتضی برای نفوذ علم قاضی بیان می‌گردد.

۳-۳. اعتبار علم قاضی

مستفاد از دلالت انفرادی یا انضمامی پاره‌ای از آیات، روایات و به ویژه، سیره قضایی برخی از معصومان علیهم السلام حجیت علم قاضی و اعتبار نفوذ آن است. در ادامه برخی از دلایل نفوذ علم قاضی، شرح داده می‌شود و بررسی می‌گردد.

مقتضای دلالت ادله حدود و قصاص که به نحو قضیه حقیقیه و مطلق جعل شده، آن است که اجرای حکم، به تلبس عنوان و صدور آن در خارج منوط است؛ مثلاً اطلاق آیاتی مانند «السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (مائده/۳۸)، «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» (نور/۲)، «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا... فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» (نور/۴)، «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ... أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ» (مائده/۳۳)، «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (بقره/۱۷۸)، و «النَّفْسُ بِالنَّفْسِ» (مائده/۴۵) به آنچه در بخش قبل نقل و نقد گردید، مقید نیستند. در نتیجه حکم به قطع ید، اجرای تازیانه، قتل و قصاص نفس در مقابل نفس، موقوف بر ثبوت وصف مذکور، و در موارد حق الناس مشروط به مطالبه صاحب حق است. از این رو، با توجه به انصراف این گونه آیات به حاکم شرع، قضاوت وی در موارد علم به تلبس به این عناوین، مصداق حکم به حق (ص/۲۶)، عدل (نساء/۵۸) و ما أنزل الله (مائده/۳۳) خواهد بود؛ زیرا موضوع جلد یا قطع و قتل، فرد حقیقی زانی یا محارب و امثال آن بوده، علم نیز طریق قهری و وصول به آن است. بنابراین اگر علم در تحقق عنوان دخالت نداشته باشد، لازم می‌آید تا موضوع حکم جلد، «من أقر بالزنا» یا «من قام الشهود علی زناه» باشد نه عنوان زانی. در نتیجه، عدم اجرای حد بر این گونه افراد، عمل به خلاف قرآن خواهد بود (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۹۳). به دیگر سخن، سیاق این گونه آیات اقتضا می‌کند که موضوع، مطلق سارق، قاتل و امثال آن باشد. این امر به ویژه در آیات قصاص، صراحتی روشن تر دارد؛ چه این که

ختم آیه قصاص «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده/۴۵) نشان از آن است که منظور از «ما انزل الله» حکم واقعی موضوعات است که خداوند آن را فرو فرستاده است. از این رو، ایراد عمل به خلاف قرآن، در ارتباط با علم به عنوان دلیل اثباتی وجود نخواهد داشت؛ زیرا علم در موضوع اخذ نشده، نسبت به آن، تنها جنبه طریقی خواهد داشت. اقرار و بینه نیز شرعاً و با دلیل خارجی، در موضوع حکم خود دخالت می نمایند.

در این جا ذکر یک مسأله اصولی در تبیین و توضیح مطالب فوق، شایسته یادآوری است و آن توجه به این نکته است که بنا بر دیدگاه مشهور امامیه، وضع و تقنین احکام اسلامی بر اساس قضایای حقیقیه است (نائینی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۵۱۴)؛ چراکه احکام همیشه روی طبایع به لحاظ مراتب عنوان بر مصادیق خارجی قرار می گیرند، نه روی افراد (نائینی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۵۱۱-۵۱۲). این مسأله مهم اصولی، چندین لازمه اساسی را در پی دارد:

۱. قضایای حقیقیه در واقع به قضایای شرطیه برمی گردد که مقدم آن شرطیه، وجود موضوع، و تالی آن، ثبوت محمول برای موضوع خواهد بود (نائینی، ۱۳۵۲ق، ج ۱، ص ۵۱۴). این مطلب، مخصوصاً در آیات قرآن کاملاً صادق است؛ مثلاً در آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره/ آیه ۲۷۵) باید گفت: کلاً وجدت معامله فی الخارج و صدق علیها عنوان البیع فهو محكوم فی الشرع بالحلیة.

۲. صدق قضایای حقیقیه بر صدق و تحقق خارجی مقدم، متوقف نیست؛ بلکه متوقف بر تلازم میان مقدم و تالی است. هرآنچه در عالم وجود پیدا کند، همین که مصداق «موضوعات کلی شرعی» باشد، باید حکم مربوط را نیز داشته باشد؛ چراکه نسبت موضوع و حکم، به منزله نسبت علت و معلول است (نائینی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۳۹۱). بنابراین، در قضایای حقیقیه حکم از موضوع جدا نیست و شامل افراد موجود و مقدر می شود (همان، ج ۱، ص ۱۷۸). به بیان منطقی، احکام در قالب قضایای حقیقیه به صورت

مشروطه عامه یا خاصه ای است که ثبوت محمول بر موضوع در این گونه قضایا، به تحقق و دوام وصف عنوانی موضوع مشروط است.

۳. در قضیه حقیقیه که حکمی را برای موضوعی بیان می کند، ذات خود آن موضوع در آن قضیه أخذ می شود، نه موضوع به قید علم یا چیز دیگر؛ از این رو، علم حاصل برای قاضی، طریق محض برای احراز همان موضوعی است که ذاتاً و بدون هیچ قیدی در متن دلیل اخذ شده است.

۴. اگر موضوع حکم تکلیفی که با یک انشاء از شارع صادر شده، دارای مصادیق و افراد متعدّد باشد، قهراً آن حکم واحد از نظر عقل و عرف به احکام مستقل متعدّدی (به تعداد همه مصادیق) انحلال می یابد (نائینی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۳۱). گویا برای هر مصداقی، حکمی مستقل و جداگانه انشاء شده است.

بنابراین، تقریب استظهار به آیات آن است که همواره انحلال موضوع، انحلال حکم را در پی دارد و احکام مجعول در آیات که برای طبیعی سارق و امثال آن جعل شده، به تعداد مصادیق این عناوین انحلال می یابد و آحاد افرادی را که متصف به آن صفت ها باشند، در بر خواهد گرفت. در نتیجه وقتی قاضی به موضوعی علم پیدا می کند، در حقیقت مانند این است که آن موضوع را با کمال تعین می بیند؛ پس نمی تواند به بیّنه عمل نماید.

محقق نجفی در «جوهر» می گوید: «اگر قاضی به علمش حکم کند، تحقیقاً به عدل، قسط و حق حکم نموده است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۸۶).

سید یزدی در «عروة الوثقی» می گوید: «اگر قاضی، علم به حقیقت دعوا دارد، ولی بر خلاف علمش حکم کند، موجب فسق او خواهد بود» (طباطبایی، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص ۴۵۶).

ملاعلی کنی در کتاب «القضاء» می گوید: «پس از آن که قاضی به حکم واقعه ای معین علم حاصل نمود، که مثلاً حق با فلانی است، هرگز تأمل

نخواهد کرد در این که او می تواند با استناد به علمش حکم صادر کند؛ مخصوصاً بعد از آن که ثابت است که عقل مستقلاً به اعتبار و حجیت علم حکم می کند و این حکم عقل با شرع نیز مطابق است» (کنی، بی تا، ص ۲۵۷).

محقق رشتی نیز در کتاب «القضاء» می گوید: «اگر قاضی بر حقیقت دعوا علم دارد، پس معنا ندارد که از حکم کردن به مقتضای علمش اعراض و به بینه رجوع کند؛ زیرا این امر موجب تخصیص در ادله احکام واقعی می شود، در حالی که قاضی مأمور است بر حسب حق واقعی حکم کند» (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۱۰۴).

ایشان در ادامه می فرماید: «با ملاحظه این ادله، ظاهر شد که تمسک به ادله بینه و یا تمسک به بعض روایات که در باب قضا وارد شده و بر آن دلالت دارد که موازین قضا منحصر به چهار دلیل «بینه، یمین، اقرار و قسامه» است، این استدلال جداً فاسد است؛ به این جهت که همه موازین شرعی، قطعاً و یقیناً اماره بر واقعند و از شأن اماره این است که به جاهل اختصاص داشته باشد» (همان، ج ۱، ص ۱۰۵).

مؤید این مدعا کلامی از شهید اول در «دروس» است که می فرماید: «لو علم الحاكم فطلب البینه، فإن فقدھا المدعی فعل حراماً، وإن وجدھا ففی جواز إلزامه بها لیدفع عنه التهمة نظر؛ و لا فرق بین أن یكون العلم حاصللاً فی زمان ولایته و مکانها، أو غیرهما. اگر قاضی به مدعی به، علم دارد و در عین حال، بینه مطالبه کند، در صورتی که فرد مدعی، فاقد بینه باشد، قاضی با مطالبه بینه از او مرتکب فعل حرامی شده است؛ و اگر فرد مدعی، بینه هم داشته باشد، باز الزام او به اقامه بینه مورد اشکال است» (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۷۸).

شهید ثانی نیز در «شرح لمعه» می گوید: «اگر حاکم علم به حق دارد و مورد ادعا را می داند، بنا بر اصح قولین باید به علمش قضاوت کند؛ چه این که مورد دعوا، حق الله باشد یا حق الناس، و نیز فرقی نیست بین این که علمش در

زمان و مکان ولایت او بر قضا باشد یا در غیر آن‌ها. همچنین، اگر قاضی واقعه را می‌داند و مدعی فاقد بینه است، به طور قطع، قاضی حق ندارد که از مدعی مطالبه بینه نماید، و نیز در صورتی که مدعی بینه هم داشته باشد؛ مگر این که برای رفع تهمت از خودش با رضایت مدعی، مطالبه بینه کند» (شهید ثانی، ۱۴۰۳ ق، ج ۳، ص ۸۳-۸۴).

علامه در «تحریر» می‌گوید: «إذا إنتفی علم الحاکم بالدعوی، طلب البینة» (علامه حلی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۱۳۱). یعنی هرگاه حاکم به مورد ادعا، علم ندارد از مدعی، بینه مطالبه می‌کند. مقتضای کلام آن است که اگر حاکم به مدعی به علم دارد، حق مطالبه بینه ندارد.

مرحوم آیت الله العظمی شیخ جواد تبریزی می‌گوید: «حجت قرار دادن و معتبر دانستن بینه (اماره شرعیه) نسبت به قاضی ای که عالم است و به حق و واقع علم دارد، ممکن نیست؛ زیرا قاضی در مواردی که به واقع و به حق علم ندارد، به اماره ای که برای شاک معتبر است، تمسک می‌کند؛ و در صورتی که قاضی به واقع و نفس الامر علم دارد، موضوعی برای این اماره شرعی وجود نخواهد داشت» (تبریزی، ۱۴۱۵ ق، ص ۷۹).

بنابراین، مقتضای ادله حجیت بینه و قسم، آن است که این طرق، موضوعیت نداشته، به سان یک اماره، به جاهل اختصاص دارد و در نتیجه نمی‌تواند واقع را تغییر دهد یا با علم تعارض کند؛ یعنی اعتبار بینه و امثال آن، برای عالم به نفس الامر امکان ندارد. به دیگر سخن، بینه و سوگند در جایی موضوعیت دارد که قاضی به واقع علم نداشته باشد و وجود این نحوه ترتب در بین آن‌ها، خود بر این دلالت دارد که حجیت این موارد به اعتبار آن است که این دو، طریق به واقع بوده، حقیقت امر به وسیله آن‌ها اثبات می‌گردد. معنای لغوی بینه نیز مؤید همین ادعاست (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۵۷)؛ زیرا این معنا، قرینه بر آن است که اصلاً در مفهوم بینه، طریق به واقع لحاظ شده است و به واسطه آن بر واقع، استدلال و احتجاج می‌شود.

بنابراین، مکلفه، در وهله اول، واقع امر است که علم نیز طریق کشف آن است. پس قاضی با تنجز علم، قهراً می تواند بدان حکم کند و بر دیگران نیز نافذ خواهد بود. از سوی دیگر، اگر قاضی علم به واقع هم نداشت، عمل به طرق تعبدی، به اطمینان وی نسبت به وجود شرایط آن طرق منوط خواهد بود؛ یعنی با تردید در صدق بینه یا هر یک از راه های اثبات، نمی تواند بر اساس آن حکم نماید. این نکته، خود به دلالت التزامی کاشف از آن است که علم قاضی به واقع نیز مانند بینه و ایمان، حجیت خواهد داشت.

به هر روی، برگشت این استدلال به آن است که احکام شرعی در حقیقت، به عنوان اولیه متعلق هستند؛ مثلاً با علم قاضی به تحقق موضوع محاربه، علم به ثبوت حکم الله در حق آن فرد نیز مترتب می گردد. بنابراین، حاکم شرع به مقتضای رعایت قسط و عدل و وجوب حکم بر اساس ما انزل الله، باید به علم خویش عمل نماید و حکم مطلوب را تنفیذ نماید. به ویژه آن که در مقطع قبل به تفصیل گفته شد که دلیل صریحی وجود ندارد تا حجیت بینه و مانند آن به نحو موضوعیه لحاظ شده، مقدم بر اطلاقات یا عمومات اعتبار علم قاضی و مقید آن ها محسوب گردد.

از طرف دیگر، اصل اولی، قضاوت بر اساس علم است و تکلیف، با علم به تحقق موضوع تنجز می یابد. آری، اگر شارع نیز طریق خاصی را در ظرف جهل به واقع ذکر نماید، آن نیز حجیت می گردد.

البته برخی از فقها، حجیت علم قاضی را برای محکوم علیه نافذ ندانسته اند؛ در باور ایشان، علم قاضی از این حیث که نسبت به واقع، طریقی لحاظ گردید، برای خود او حجیت است؛ اما از این جهت که دیگری، باید به آن ترتیب اثر دهد، موضوعی بوده، دلیلی وجود ندارد که این علم، به این عنوان که موضوع عمل دیگری (وجوب متابعت) واقع گشته، حجیت باشد.

در بیان دیگر، حکم قاضی بر اساس علم شخصی، در باور ایشان به دو نوع حکم، قابل انحلال و تفکیک است:

۱. اعتبار و حجتی که قطع برای قاضی از جهت بروز آثار آن دارد؛ مانند صحت نسبت دادن جرم به بزهدکار توسط قاضی. در این حکم، صدور جرم، تمام موضوع حکم است و قطع قاضی نیز طریق به آن خواهد بود.
۲. اعتبار و نفوذ این حکم در دادگاه برای غیر قاضی، یعنی خواهان و خوانده در فصل خصومت.

این برداشت با این ارتکاز عرفی نیز تقویت می‌گردد که دستگاه قضایی، یکی از امور اجتماعی است و حکم قاضی باید قابلیت نقض و اثبات یا تجدید نظر را داشته باشد. از این رو، استناد به علم قاضی، جز به گاه مخالفت سایر طرق اثباتی با آن، کارایی نخواهد داشت (هاشمی، ۱۴۲۴ق، ص ۲۷۹، ۲۸۱، ۲۹۳ و ۳۰۲).

با این توضیح چنین می‌نماید که این دیدگاه، مخدوش است؛ زیرا فلسفه جعل منصب قضا در اسلام، رفع هرج و مرج و اجرای احکام شریعت است. علاوه بر این متفاهم از آیات حدود و قصاص (به سبب جلوگیری از اختلال نظام) و نیز به سبب وجود ادله لفظی (رک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۷۷؛ حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۷، ص ۳۰۰-۳۰۱)، آن است که مخاطب این گونه احکام قضایی اسلام، توده مردم نبوده، بلکه حاکمان هستند و از این رو، تحقق این هدف، به حجیت و نفوذ حکم آنان در حق مردم منوط خواهد بود.

بنابراین، اثر علم قاضی در تحقق موضوع قضاوت، به ضمیمه دلیل خارجی، با اثر علم شخصی درباره سایر افراد تفاوت خواهد داشت؛ همان گونه که اثر اقامه بینه در نزد قاضی با اثر شهادت شهود در نزد غیر حاکم شرع، بسیار متفاوت خواهد بود. بنابراین، تفصیل میان حق قضاوت و حق تنفیذ، از فهم عرفی بعید است؛ یعنی ارتکاز قطعی عرف بر آن است که حجیت طریقی علم قاضی، مستلزم حجیت موضوعی آن خواهد بود. در نتیجه امکان طرح این احتمال وجود ندارد که خداوند، حکم به ما انزل الله را برای حاکم شرع واجب کرده، مردم در پذیرش و انکار آن آزاد باشند؛ چراکه بین این دو

وجوب، ملازمه‌ای بین برقرار است. از این رو، ملاحظه می‌گردد که مردم هنگام حضور قاضی یا ضابطان وی، مراقب اعمال خویشند یا اگر اصحاب دعوا بدانند که قاضی نیز آگاه به واقعه بوده، قطعاً به علم او تمسک می‌کنند و عمل او را بر خلاف آن تقبیح می‌نمایند.

بنابراین، ارتکاز عرفی نسبت به صدور حکم قضایی نیز چنین است که این امر برای فصل الخطاب بودن و تمام شدن دعوا خواهد بود. از سوی دیگر، اطلاعات استتکاف و رد حکم حاکم مانند مقبوله حنظله (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۶۸) نیز شامل این مورد (اثبات علمی) نیز می‌گردد؛ یعنی، حکم قاضی از باب ولایت، حجت خواهد بود. همچنین، اعراض از مفاد علم و پذیرش بینه بر خلاف آن، موجب تخصیص در ادله احکام واقع یا تصویب محض در موضوعات می‌شود، که قطعاً هر دو باطل خواهد بود؛ یعنی اگر بینه، واقع موضوع را تغییر نداده، عقلاً ممکن نیست که حکم غیر آن موضوع، بر آن موضوع مترتب گردد. به عبارت دیگر، اگر با قطع به تحقق عنوان (قاتل، سارق، محارب و...) ترتب آثار آن منتفی باشد، پس گویا، این آثار از احکام و لوازم آن مورد نبوده و این، خود مستلزم خلف است. بنابراین با علم به ثبوت موضوع، و مثلاً وقوع زنا، امکان ندارد که خطاب (اجرای حکم و حد زنا) برای قاضی منجز نباشد؛ یعنی علم، قهراً و عقلاً طریق به واقع است و در تنجز واقع نیز چیزی غیر از علم دخیل نیست. مگر آن که این علم، مشحون به شبهه باشد که در این حالت، اجرای حدود دفع می‌گردد.

بنابراین، حجیت بینه و سوگند موضوعیت نداشته، سبب اسقاط اعتبار علم نیست، بلکه این طرق، در موارد عدم علم کارایی دارد؛ زیرا موضوع حکم شرعی، واقع قضیه است و برای شناخت آن، علاوه بر علم قطعی، علم تبعیدی نیز می‌تواند شرعاً راهگشا باشد.

از این رو، اگر حاکم بر خلاف علم خود حکم کند، از الزام وارد در آیات

امرکننده به حکم بر اساس حق، قسط، عدل و ما انزل الله، تخلف و استتکاف کرده است. طبعاً انشای حکم او در این وضعیت نیز مصداق «رجل قضی بجور و هو يعلم فهو فی النار» (همان، ج ۷، ص ۴۰۷) خواهد بود؛ زیرا مقتضای قسط و عدلی که مأمور به و مطلوب خداوند است، ایجاد مصداق حکم به حق و حکم به ما انزل الله می باشد و لازمه جواز صدور این حکم، حجیت آن برای محکوم علیه خواهد بود.

به دیگر سخن، متبادر از واژه «حق» آن است که این واژه، مقابل باطل (فیومی، ۱۴۰۵ ق، ص ۱۴۳) و معادل «ثابت به حسب نفس الامر» باشد، عدم تطابق حکم با واقع، مساوی با عدم تحقق قسط و عدلی است که مطلوب قرآن خواهد بود. این در حالی است که مقتضای قاعده اولیه، انشای حکم عادلانه است؛ یعنی، ظاهر ادله یاد شده، علم به حق داشتن در مقام قضاوت است، ولی دلیل اعتبار بینه و امثال آن، دایره این علم را توسعه داده، بر آن حاکم می گردد.

نتیجه آن که ثبوت واقع از رهگذر علم، با نفوذ آن برای غیر، قابل تفکیک نیست؛ یعنی، نمی توان قاضی جامع شرایط و منصوب (مصداق من حکم بحکمتنا) را فرض کرد که در انشای حکم، به علم خویش استناد نموده، ولی نافذ نباشد؛ مگر آن که قرینه ای قطعی بر خلاف آن اقامه گردد؛ مانند اجماع مسلم بر عدم اعتبار حکم ناشی از رمل و جفر و امثال آن. علت عدم تفکیک نیز واضح است؛ زیرا نصب قاضی به معنای تکلیف او به رعایت احکام الله در باب قضاء بوده است، پس حکم وی نیز برای دیگران حجت است؛ یعنی وقتی قاضی مرجع حل و فصل خصومات و اجرای حدود، تعزیرات و قصاص باشد، مقصود از حکم به ما انزل الله نیز رعایت احکام الاهی و صدور حکم پس از ثبوت موضوع است. پس بر قاضی واجب است تا حکم خدا را در هر موردی که او جعل کرده، مراعات نماید. از این رو، مستفاد از دلالت التزامی ادله و انضمام ارتکاز عقلا به آن، مفروغ عنه بودن حجیت قضایی یا نفوذ حکم قاضی خواهد بود.

از سوی دیگر، هیچ نوع قرینه و شاهدهی در ادله قرآنی حدود و حکم به حق، وجود ندارد که این گونه از ادله فقط در مقام جعل و تشریح حکم بوده، از حیث اثباتی در مقام بیان نباشد؛ یعنی مقتضای اصل در کلامی که مطلق و بدون قید صادر شده، در مقام بیان بودن آن است و همین اصل در مقام شک نیز مرجع قلمداد می‌گردد. به بیان واضح‌تر، از نظر اصولی، اصل اولی در مقام بیان بودن کلام است؛ یعنی اگر کلام مطلقاً صادر شد و مخاطب به مقام بیان بودن مولی شک داشته باشد، حکم اولی، در مقام بیان بودن او خواهد بود، و باید به آن ترتیب اثر دهد؛ یعنی نفس جعل حکم قضایی، به انضمام تعلق احکام به عناوین واقعی و دلیل ولایت قاضی در مسند قضا، با نفوذ علم شخص وی در تلبس افراد به این عناوین، مساوی است.

اطلاقات و عمومات ادله حکم به قسط و عدل نیز اقتضا دارد که اگر حکم به علم، مطابق حق باشد، نافذ تلقی گردد. به این جهت، وظیفه اصلی قاضی در پرونده قضایی، تشخیص قطعی موضوع یا تشخیص مستند به حجت شرعی است تا پس از آن نیز بتواند بر اساس حق و عدل، انشای رأی نماید؛ چه این که قضاوت در عمل به معنای تطبیق حکم کلی بر موضوع خارجی است و آن نیز متفرع بر احراز حقیقی یا تعبدی موضوع آن حکم خواهد بود.

همچنین، حجیت علم قاضی در روایت معتبر حسین بنی خالد^۳ از امام صادق علیه السلام به صراحت بیان شده است؛ زیرا حضرت در این روایت فرموده‌اند: «اگر امام فردی را در حال زنا یا نوشیدن شراب ببیند، (موضوع برای او روشن شده، نسبت به آن علم حاصل نماید) بر او واجب است تا بر آن شخص، اقامه حد کند و با وجود دیدن، نیازی به شاهد نیست؛ زیرا امام امین خدا در میان مردم است. اگر امام ببیند که فردی دزدی می‌کند باید او را از آن کار نهی کند و او را وانهد. گفتم: چگونه؟ فرمود: زیرا اگر حق خدا باشد، بر امام واجب است که آن را اقامه نماید و اگر حق مردم است، مربوط به خود مردم است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۶۲).

بنابراین، حاکم مکلف است تا در «حق الله» به استناد علم خود حکم دهد و بدون انتظار تأمین دلیل و بینه، اقامه حد نماید. در نتیجه مطابق این روایت، تفکیک میان حجیت علم قاضی و نفوذ حکم او روا نخواهد بود. با این وصف، صحت قضاوت در «حق الناس» به استناد علم، منوط به تحقق شرط آن، یعنی مطالبه ذی حق است.

از این رو، این روایت از مهم‌ترین ادله نفوذ علم قاضی تلقی می‌گردد؛ چه این که انصراف بدوی لفظ امام، به امام معصوم مخدوش است؛ زیرا اولاً معنای لغوی امام، عام است (فیومی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۲۳)، و تا زمانی که قرینه‌ای بر خلاف آن نباشد، بر معنای دیگری قابل حمل نیست. از این رو، مراد از واژه امام، با توجه به قرائنی که در ابواب قضایی کتب روایی و حتی در خود این روایت نیز مشاهده می‌شود، حاکم عدل شرعی است؛ در مثال، معنا ندارد که اقرار فقط نزد امام موضوعیت داشته باشد (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۸، ص ۵۷). همچنین، در برخی دیگر از روایات قضا، به «امام عادل» (همان، ج ۲۹، ص ۶۱) یا «امام عادل ظاهر» (همان، ج ۲۹، ص ۱۶۱) یا «والی» (همان، ج ۲۸، ص ۳۷۵) اشاره شده است.

از سوی دیگر، ظاهراً ایشان در صدد بیان وظیفه اختصاصی خود برای راوی نبوده‌اند؛ زیرا بیان آن برای وی فایده‌ای نخواهد داشت؛ بلکه احتمالاً مراد ایشان، تعیین حکم کلی و عام (داوری با علم) است. این تقریب، خصوصاً با توجه به ذیل روایت، تقویت می‌گردد؛ زیرا اقامه حق، به امام معصوم انحصار ندارد و شأن حاکم عادل است.

علاوه بر این با لحاظ سیاق روایت یعنی عمومیت ملاک‌امین بودن در حجیت و نفوذ علم، مشخص می‌گردد که حاکم شرع نیز می‌تواند طبق علم خود قضاوتی نافذ نماید. به ویژه آن که واژه «نظر الی» در این روایت، به عنوان طریقی بیان شده، حاکی از حصول علم عادی است که طبعاً در این جهت میان علم عادی معصوم و غیر ایشان و نیز میان انواع مختلف حقوق و حدود تفاوتی

ندارد. از انضمام نکته طریقیّت علم قضایی به این روایت هم به دست می آید که این علم، حتی به مجتهد نیز اختصاص ندارد؛ و علم متعارف برای قاضی مأذون نیز حجیت دارد. البته برابر همین روایت، انشای حکم در «حق الناس» به مطالبه صاحب حق، مشروط خواهد بود.

به هر روی، بر فرض که حکم را دائر مدار عنوان امام بدانیم، اطلاق ادله ولایت فقیه (همان، ج ۲۷، ص ۱۴۰) و روایاتی مانند «امناء الله» (همان، ص ۱۴۲) و «حصون الاسلام» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۸) که در شأن فقیه وارد گردیده، اعتبار علم حاکم شرعی را در دادرسی نشان می دهد. در روایت دیگر، امیرالمؤمنین علیه السلام شریح قاضی را عتاب داده اند که چگونه ممکن است حضرت در ادعای خرد خود، از ناحیه او، مورد تصدیق و اطمینان قرار نگیرد و حال آن که ایشان، به سبب صداقت و امانت خود نزد مردم، امر عظیم زعامت جامعه را بر عهده دارد (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۱۰).

از ظاهر این اعتراض بر می آید که بر شریح لازم بود تا به قرینه همین اولویت، به سخن امام اعتماد نماید و با اطمینان، ادعای ایشان را تصدیق کند و بر اساس آن حکم نماید. بنابراین، با عنایت به این که قاضی در این قضیه غیر از امام علیه السلام است، می توان گفت که این حدیث بر عدم انحصار حجیت علم معصوم و تعمیم نفوذ قضای علمی برای حاکم شرع منصوب دلالت دارد. به هر حال، اگر آثار و اخبار قضاوت های معصومان به ویژه امیرالمؤمنین علیه السلام بررسی گردد، خصوصاً آن جا که یکی از ائمه علیه السلام، فعل معصوم دیگری را برای بیان حکم شرعی نقل می نماید، قطعی بودن جواز عمل معصوم و به تبع آن، نفوذ قضاوت با علم خویش بدیهی می گردد. به دیگر سخن، تواتر اجمالی این دسته از قضایا، روشنگر نکته ای کلی، ولی مفروض و پنهان در این گونه روایات است که حاکم شرع می تواند از قرائن و اماراتی که موجب یقین و رسیدن به حقیقت است، در مقام دادرسی بهره گیرد؛ از این

رو، هر چند برخی از قضاوت‌های معصومان علیهم السلام، قابل تقلید و تکرار نیستند، روی هم رفته، از مجموع آن‌ها، مشروعیت اصل استناد به علم حاکم در کشف واقع و تنفیذ این حکم به دست می‌آید.

شیخ صدوق، بخشی از این قضایا را در کتاب فقیه و با عنوان «باب ما یقبل من الدعای بغیر بینة» جمع‌آوری و نقل کرده است (همان، ج ۳، ص ۱۰۵-۱۱۱). همچنین، شیخ حر عاملی نیز برخی از این روایات را در «وسائل الشیعه» و با عنوان «باب أن للقاضی أن یحکم بعلمه من غیر بینة» ذکر کرده است (حرّ عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۷، ص ۲۷۴). سید مرتضی برخی از این قضایا را مانند داستان ناقه اعرابی، جزو مسلمات امامیه فرض کرده است (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۹۰).

آنچه تا کنون در مقام حجیت علم قاضی تقریر گشت، بنا بر حجیت ذاتی قطع و خاصیت طریقت آن بود؛ زیرا به تفصیل گفته شد که هیچ دلیلی برای انحصار ادله یا تخصیص اطلاقات وجود ندارد. بنابراین عمل به مقتضای علم، مطابق قاعده اولیه خواهد بود؛ زیرا مستفاد از دلالت ظاهر عمومات آن است که واقع امر، تمام الموضوع یا تمام العله برای صدور حکم است. از این رو، با عنایت به عدم تمامیت ادله در نفی نفوذ علم قاضی، چنین می‌نماید که مناط اصلی در جواز قضاوت، تعلیق حکم بر عنوان صرف بوده، هیچ شیء و شرطی در آن مداخلت ندارد. طبعاً با این بیان، در حجیت قضایی علم میان «حق الله» و «حق الناس» فرقی نخواهد بود.

نتیجه آن که مستفاد از ادله نفوذ علم، آن است که هرگاه قاضی، تحقق موضوع حکم قضایی را با قطع و یقین احراز نماید، علم به ضرورت رفع نزاع یا اجرای حد نیز حاصل گشته، از نظر وضعی، وی جواز قضاوت را پیدا کرده است. به بیان دیگر، قاضی با علم خود، موضوع و مصداق حق و عدل را تشخیص داده، به استناد آن، باید حکم نماید. جواز حکم نیز مستلزم وجوب متابعت دیگران از آن بوده، بر آنان نیز حجت خواهد بود.

البته مستفاد از ظهور ادله حجیت علم معصوم در علم متعارف و عادی، آن است که قطع حاکم نیز باید از اسباب نوعی و عادی حاصل آید؛ یعنی این علم باید به گونه ای باشد که اگر فرد دیگری نیز در مسند وی قرار گیرد، به همان شکل به واقع علم پیدا نماید. بنابراین، از این جهت تفاوتی میان علم متعارف شخصی و نوعی، یا علم عادی حسی و حدسی ناشی از قرائن قطعی در کشف واقعیت نخواهد بود؛ زیرا حجیت علم طریقی در اثبات متعلق خود، امری ارتكازی و عقلی است و آنچه باید برای قاضی محور داوری باشد، حق و عدل واقعی است. با این بیان روشن می گردد که سر عدم تأکید خاص یا فراوان بر جنبه اثباتی علم با وضوح مسأله در ارتكاز عرفی، امری طبیعی و معمول خواهد بود. البته منظور از علم قاضی، قطع جازم با نفی احتمال خلاف عقلی نیست؛ بلکه مراد، اطمینان و علم عادی است. با این وصف، صرف تخمین یا حدس نسبت به واقع نیز نمی تواند مصداق ادله حجیت قطع قاضی تلقی گردد.

۴. اعتبار اثباتی علم قاضی از منظر حقوقی

برابر اصل ۱۶۶ قانون اساسی، احکام دادگاه باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. از این رو، قانون مدنی که به مثابه مرجع حقوق موضوعه تلقی می گردد، پنج نوع دلیل را در ماده ۱۲۵۸، برای اثبات دعوا ذکر کرده است. این دلایل عبارتند از: «اسناد کتبی»، «اقرار»، «امارات قضایی و قانونی»، «شهادت» و «قسم».

مصادیق «امارات قضایی» در آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹ و در مواد ۲۴۸، ۲۴۹ و ۲۵۸ آن، به مثابه «معاینه»، «تحقیقات محلی» و «رجوع به کارشناس» تلقی شده است که به صورت ضمنی، حاکی از پذیرش علم قاضی در نزد قانون گذار است؛ همچنین، ماده ۱۹۹ آ. د. م. که هرگونه تحقیق و اقدامی را علاوه بر دلایل طرفین روا می داند، اعتبار مستند علم قاضی را نشان می دهد. البته تصریح به امکان تأثیر این موارد در علم قاضی در ماده ۲۵۵ آ. د. م. آمده

است. همچنین، قانون‌گذار در ماده ۱۳۳۵ ق. م. اصلاحی مصوب ۱۳۷۰، به علم قاضی مبتنی بر اسناد و امارات اشاره کرده است.

بی تردید، روشن‌ترین موضع قانون‌گذار در این زمینه، در قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰، ذکر شده است؛ زیرا علم قاضی به مثابه دلیل اثباتی و آثار آن در مواد ۱۲۰، ۱۲۸، ۱۹۹، ۲۳۱ و ۳۰۵ قانون مزبور اشاره شده است. تعریف علم قاضی و برخی جزئیات آن نیز در ماده ۱۰۵ ق. م. ا. منعکس شده است. این ماده که بر اساس فتوای امام خمینی قدس سره تنظیم و تدوین گشته، حجیت علم قاضی و امکان جواز استناد به آن را به عنوان یکی از ادله قضایی برای اثبات جمیع دعاوی مدنی و کیفری پذیرفته است. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «حاکم شرع می‌تواند در حق الله و حق الناس به علم خود عمل کند و حد الاهی را جاری کند؛ اجرای حد در حق الله متوقف به درخواست کسی نیست، ولی در حق الناس اجرای حد متوقف به درخواست صاحب حق است». البته مراد از قاضی در این ماده، فرد صادرکننده حکم است. بنابراین علم قاضی تحقیق (دادیار و بازپرس) برای دادرس حجیت نخواهد داشت و در نهایت از امارات به شمار می‌آید.^۴ اعتبار این علم نیز برابر همین ماده و نیز ماده ۱۳۲۱ و ۱۳۳۵ ق. م. و ماده ۱۲۰ ق. م. ا. منوط به ذکر مستندات آن، مانند اسناد یا امارات قضایی و مشروط به تحصیل آن از طرق متعارف است.

بنابراین با نگاهی کلی به ادله اثبات دعوا و نیز با عنایت به دو مرحله‌ای بودن دعاوی کیفری (تحقیق و تعقیب در دادرسی و مرحله رسیدگی در دادگاه) روشن می‌شود که امارات قضایی یا دلایل نشانه‌ای، از مقدمات تحصیل علم و موجبات اطمینان قاضی، آن هم در مرحله بررسی پرونده خواهد بود. از این رو، اعتبار روش‌های نوپیدای کشف جرم، مانند آزمایش خون در پزشکی قانونی، انگشت‌نگاری در پلیس علمی و... از رهگذر امارات قضایی به علم قاضی باز می‌گردد.

از این رو، کمیسیون مشورتی آیین دادرسی کیفری در تاریخ ۱/۴/۱۳۴۱،

چنین نظر داده است: «قاضی تحقیق یا دادرس دادگاه جزایی در کشف حقیقت و حصول یقین و وصول به حقیقت، از هر امر و نشانه‌ای می‌تواند به عنوان دلیل و مدرک استفاده کند. ارزش دلایل نیز با تطبیق با اوضاع و احوال خاص هر مورد، بسته به نظر قاضی است» (رک: آخوندی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۹۴). همچنین، در ماده ۸، قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۲۵/۳/۵۶ آمده است:

... دادگاه می‌تواند هرگونه تحقیق یا اقدامی را برای کشف واقع، به عمل آورد.

رپس از انقلاب، ماده ۲۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی، مصوب ۱۰/۷/۵۸ مقرر می‌دارد:

دادگاه در کلیه امور حقوقی، علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد.

رررر شورای عالی قضایی نیز در بخشنامه شماره ۱۳/۵۶۳۱۳، مورخ ۶/۱۲/۶۳ متذکر گردیده است:

... هرچند در برخی از جرایم، طریق اثبات آن دعوا در قانون ذکر شده است، لکن چون این امر از باب طریقیّت و حصول علم برای قاضی است و قاضی برای حصول قطع و یقین از هیچ نوع تحقیقی که علم را تحصیل کند، منع نگردیده است، لذا در رسیدگی، استفاده از طریق علمی کشف جرم را مورد غفلت قرار ندهند و از وسایلی که دانش بشری در این زمینه فراهم نموده است، استفاده نمایند.

در ماده ۱۹۹ آ. د. م. مصوب ۱۳۷۹، بر صحت و تداوم اعتبار علم قضایی تأکید شده است. این ماده می‌گوید:

در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد

استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد.

همچنین، در ماده ۱-۱۳۲، از پیش‌نویس آیین دادرسی کیفری جدید، اعتبار علم قاضی صریحاً به استناد آن به قرائن قطعی و روشن مشروط شده و در ماده ۶۴-۱۳۲ نیز تعریفی از آن ارائه گردیده است. مطابق این ماده، علم قاضی عبارت است از یقین حاصل از مستندات بین و حسی در امری که نزد قاضی مطرح است. در نتیجه در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، قاضی مکلف است قرائن بین و حسی مستند علم خود را به طور صریح در حکم ذکر کند. در تبصره ماده مذکور، چندین مورد از مصادیق مستندات علم قاضی به عنوان مثال ذکر شده است؛ مواردی از قبیل «نظریه کارشناس»، «معاینه محل»، «تحقیقات محلی»، «اظهارات مطلع»، «شهادت عرفی» و «گزارش ضابطان». در ماده ۶۵-۱۳۲ از این پیش‌نویس نیز علم حسی قاضی، در فرض تعارض با سایر ادله و در صورت عدم تشکیک و تردید در آن، بر سایر ادله مقدم دانسته شده است.

سرانجام این که، مفاد مواد یاد شده، با اندکی تفاوت نسبت به پیش‌نویس آیین دادرسی کیفری، در فصل ۵ از بخش ۵ قانون جدید مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، یعنی در مواد ۲۱۰ و ۲۱۱ این قانون، نیز منعکس شده است. ماده ۲۱۰ قانون مذکور چنین است:

علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند.

تبصره... مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر

حال، علم استنباطی که موجب یقین قاضی نمی شود، نمی تواند ملاک صدور حکم باشد.

ماده ۲۱۱ این قانون نیز مقرر می دارد:

در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد، اگر علم بین باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر، رأی صادر می کند.

دلیل تأکید قانون بر این دیدگاه نیز روشن است؛ زیرا همان گونه که در استدلال های فقهی گفته شد، هدف و غرض اساسی از استناد به علم قاضی و امارات حصول آن، کشف واقع و کاهش ضریب خطای آن است؛ یعنی ملاک قضاوت اسلامی، دستیابی به حقیقت امر و جلوگیری از صدور حکمی ناعادلانه است. از این رو، مستفاد از ظهور قوانین قضایی آن است که قانون گذار، طریقت ادله اثباتی را مد نظر داشته است.

در مثال، اعتبار امارات قضایی برابر ماده ۲۶۵ آ. د. م. ، تبصره ماده ۱۵ و ۲۰۷ آ. د. ک. ، بلکه ارزش ادله اثباتی و امارات قانونی وفق مواد ۱۹۴ آ. د. ک. ، ۱۲۷۶ ق. م. و ۱۳۲۳ ق. م. به عدم تعارض با علم قاضی مقید شده است، بلکه به اطمینان وی در مورد صدق و صحت آن منوط است. بنابراین مستفاد این گونه قوانین آن است که هیچ یک از ادله اثبات قضایی، موضوعیت ندارند، بلکه نهایتاً شأن طریقت را برای کشف حقیقت دارا هستند.

به هر روی، قانون گذار ضمن تأیید حجیت علم قاضی، اطلاق دلالت آن را برای جلوگیری از هرگونه شک و شبهه در صدور حکم، محدود کرده و آن را قابل نقض دانسته است؛ چه این که اولاً، اعتبار آن را منحصر به تحصیل از طریق حسی کرده و ثانیاً، علم شخصی قاضی را در خارج از محکمه به جز در جرائم مشهود، فاقد اعتبار دانسته است.

از این رو، استناد به علم زمانی برای انشای رأی قاضی موجه است که مستند به دلایل، قرائن و امارات پیدایش آن بوده، تحصیل آن نیز برای نوع مردم، معمول و متعارف باشد. همچنین درج امارات حصول علم در پرونده قضایی الزامی است.

از سوی دیگر، برابر اصل ۳۸ ق. ا. و تبصره ماده ۱۰۴ آ. د. ک. توسل به ابزارهای غیرقانونی در تحصیل علم، به جز در موارد مصرح در قانون ممنوع است. همچنین به استناد ماده ۴۳ آ. د. ک. تحقیق و تفتیش در جرائم منافی عفت، جز در موارد مشهود یا دارای شاکی خصوصی، ممنوع است. در نتیجه طبق ماده ۶۵ آ. د. ک. قاضی در جرایم مشهودی که خود ناظر وقوع آن بوده، صلاحیت قانونی برای رسیدگی به آن را دارد. همچنین ماده ۱۰ آیین نامه شرح وظایف قضات تحقیق مصوب ۱۳۷۴، مقرر می‌دارد که هرگاه قاضی تحقیق، در هنگام تحقیقات، جرم دیگری را کشف نماید که با جرم اول مرتبط نباشد، باید اقدامات لازم در حفظ آثار و مدارک آن، برای رسیدگی قضایی به عمل آید.

نتیجه آن که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، مستندات قانونی تحصیل علم قاضی، معمولاً از دو راه کلی صورت می‌گیرد:

۱. طرق شخصی علم آور، مانند معاینه محلی در تحقیقات مقدماتی، محتویات و قرائن موجود در پرونده، اقرار یا شهادت کم‌تر از حد نصاب، گفت و گوهای غیررسمی طرفین در دادگاه، مشاهده قاضی در جرایم مشهود و ...

۲. طرقی که با تمسک به امارات قانونی^۵ یا اهل خبره (رک: ماده ۸۳ و ۸۸ آ. د. ک) و امارات قضایی موجب علم می‌گردد.

امروزه، امارات قضایی بهترین راهنما در کشف حقیقت تلقی می‌گردد؛ چه این که این موضوع نوعاً بر تجمیع شواهد متعدد و تکثیر قرائن قطعی استقرائی مبتنی است که حاصل آن، دستیابی به علم عادی و اطمینان نوعی

در کشف موضوع و واقعیت امر است. تحقیق از شاکی، بازجویی از متهم، معاینه محل و صحنه جرم، تحقیقات محلی، استفاده از نظریه کارشناس، تحقیق از شهود، گزارش ضابطان دادگستری، اسناد کتبی و... مصادیقی از امارات قضایی است که هر یک، به سهم خود، برای کشف واقعیات مفید می‌نماید.

از این رو، رجوع به خبره از منابع اصلی علم قضایی در احراز واقعیت است. برای مثال، اثر انگشت، آزمایش خون، آزمایش بقایای بافت‌های انسانی و تحلیل ژنتیکی سلول‌ها (DNA) کارشناس خط و جعل در نوشته‌های مشکوک، استفاده از دستگاه دروغ‌سنج در بازرسی، استفاده از حیوانات آموزشی و... از جمله راه‌های فنی و علمی روز در کشف جرائم بوده، راهنمای قضایی برای اطمینان او نسبت به واقعه می‌گردد.

استفاده از کارشناس در دو مرحله جمع‌آوری قرائن و تحلیل علمی آثار، ضرورت رجوع به خبره را دوچندان کرده است. امروزه مراجعه قضات در امور تخصصی خط‌شناسی، حساب‌داری، سم‌شناسی، تصادفات و... به نظرات دقیق و صحیح کارشناسانه کاملاً مرسوم است.

۵. نتیجه

آنچه با بررسی در تحقیق حاضر به دست می‌آید، این است که از نظر شرعی، علم فردی که در مسند صدور حکم قرار دارد، حجت و نافذ است؛ چه این که مقتضای عمومات و اطلاقات ادله حدود و حکم به حق، شامل این مورد نیز می‌گردد؛ زیرا اطلاق در اصطلاح اصولی، «رفض القید» است و بنابراین همین که به طور کلی، گوینده در مقام بیان بوده و قیدی را ذکر نکرده است، خود دلیل بر اطلاق و شمول آن نسبت به علم نیز خواهد بود. علاوه بر این عمل به علم، مقتضای اصل اولی در مقام امتثال تکالیف است؛ یعنی با علم به موضوع، حکم مربوط به آن نیز منجز می‌گردد.

از این رو، با توجه به ادله نقلی حکم حاکم و ادله عقلی به مثابه جلوگیری از اختلال نظام، امکان تفکیک در حجیت میان علم قاضی و نفوذ آن برای طرفین دعوا معقول نیست. مؤید این سخن نیز قضاوت‌های علمی معصوم و به ویژه نقل آن موارد، از سوی معصوم دیگر است؛ چه این که در این حالت، اجمال یا ابهام دلالت فعل نیز رفع خواهد گشت؛ یعنی نقل فعل معصوم از زبان معصوم دیگر، نشانی از بیان حکم مسأله (نفوذ علم قاضی) تلقی می‌گردد.

علاوه بر این، ظهور روایت حسین بن خالد بر لزوم صدور حکم قاضی، پس از علم قطعی به تحقق موضوع است. البته این امر در حق الناس، به مطالبه حق مشروط خواهد بود. با توجه به دلالت این روایت، فرقی میان علم قطعی شخصی یا نوعی، و حسی یا حدسی قاضی نخواهد بود. مهم، قطع به واقع یا تلبس فرد به موضوع حکم است. مؤید این ادعا، قضاوت‌های علمی امیرالمؤمنین علیه السلام مانند قضیه «ناقه اعرابی» و سایر موارد است. ایشان در این قضیه، به ملازمه، یعنی از رهگذر علم به جایگاه و حقانیت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله حکم به صدق دعوی ایشان و مجازات تکذیب‌کننده آن حضرت کردند.

از سوی دیگر، تمامیت دلالت ادله منع نفوذ علم قاضی نیز مخدوش است؛ یعنی ادعای انحصار طرق قضایی در بینات و ایمان، چه به دلالت انفرادی در یک روایت مانند صحیح هشام و چه با استظهار مجموعی از روایات، صحیح نخواهد بود؛ زیرا این گونه از ادله نسبت به علم قاضی اهمال داشته، مفید نفی نفوذ آن نخواهد بود. یعنی اولاً، اثبات برخی طرق تعبدی، مفید نفی طریق قطعی و وجدانی نخواهد بود و ثانیاً، حصر موجود در روایت هشام نیز به سبب وجود برخی طرق دیگر قضایی، به عنوان حصر حقیقی نیست.

بنابراین، از نظر حکم وضعی، قاضی می‌تواند در مواردی که علم به

واقعه مورد نزاع دارد، ورود ماهوی به پرونده پیدا کرده، بر اساس علم خود، قضاوت نماید. همچنین، در موارد لزوم می‌تواند برای کشف حقیقت امر از دیدگاه کارشناس نیز یاری بگیرد.

ناگفته نماند با توجه به آثار ویژه‌ای که بینه و اقرار در احراز برخی جرائم دارند، احراز آن با علم قاضی سبب طرح پیامدها و فروع جدیدی خواهد شد؛ به عنوان نمونه، مسأله عفو حاکم، خروج از حفره رجم، پذیرش توبه، پرداخت دیه در قتل خطا و... نسبت به احراز آن با اقرار یا بینه متفاوت است. از این رو، پیشنهاد می‌گردد تا محققان، دلالت لفظی هر یک از ادله این موضوعات را بررسی کرده، مقتضای تحقیق را نسبت به اثر علم قاضی در این موارد نیز تبیین نمایند.

یادداشت‌های توضیحی:

۱. سوره فرقان، آیه ۴۵: «ثُمَّ جَعَلْنَا الشَّمْسَ عَلَيْهِ دَلِيلًا»؛ سباء، آیه ۱۴: «مَا دَلَّهُمْ عَلَى مَوْتِهِ إِلَّا دَابَّةُ الْأَرْضِ»؛ طه، آیه ۱۲۰: «هَلْ أَدُلُّكَ عَلَى شَجَرَةِ الْخُلْدِ وَمُلْكٍ لَّيْلِي»؛ و قصص، آیه ۱۲: «هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ».
۲. در اصطلاح علوم جنایی نیز وسایل اثبات دعوا به دو دسته متمایز تقسیم می‌شود: ۱- دلایل نظری همانند اقرار، شهادت و قسم؛ ۲- دلایل فیزیکی یا دلایل مادی و شواهد عینی، همانند آثار انگشت، خون، مو، خط و... این گونه دلایل، قابل لمس، مشاهده، ارائه و استناد است و رد یا انکار آن غیرممکن است (نجابتی، ۱۳۸۸، ص ۸-۱۰).
۳. ظاهراً سند این روایت معتبر است؛ زیرا غیر از محمد بن احمد محمودی و پدرش، همه راویان از ثقات هستند. این دو نیز ممدوح بوده و از اجلاء می‌باشند (رک: خوئی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۰۳-۱۰۶).
۴. نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه، شماره ۷/۱۱۲۴، مورخ ۶۳/۴/۳۱.
۵. قانون‌گذار در ماده ۱۳۲۱ق. م. ۱۳۲۲ق. م. امارات قانونی را نیز به

مثابه دلیل اثباتی دانسته است. مصادیق اماراتی که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده، در مواد ۳۵، ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ ق. م. و سایر موادی که قانون به دلالت یک اماره تصریح کرده، آمده است. البته دلالت این گونه از امارات، مطلق بوده، مقید به دادگاه و مورد استناد دعوا نخواهد بود.

فهرست منابع:

۱. آخوندی، محمود: (۱۳۸۰) آیین دادرسی کیفری، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ششم.
۲. تبریزی، میرزا جواد: (۱۴۱۵ق) أسس القضاء و الشهادة، قم، مؤسسه الإمام الصادق، چاپ اول.
۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن: (۱۴۱۰ق) وسائل الشیعه، قم، آل البيت عليهم السلام، چاپ سوم.
۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن المطهر: (۱۴۲۰ق) تحریر الأحكام الشرعية، قم، مؤسسه امام صادق، چاپ اول.
۵. خوئی، سید ابوالقاسم: (۱۴۱۳ق) معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، بی جا، بی نا، چاپ پنجم.
۶. _____: (۱۴۲۲ق) مبانی تکمل المنهاج، قم، إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول.
۷. دهخدا، علی اکبر: (۱۳۴۵) لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران، چاپ اول.
۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد: (۱۴۱۲ق) مفردات ألفاظ القرآن، قم، دار العلم، چاپ اول.
۹. زمخشری، محمود بن عمر: (۱۴۰۴ق) أساس البلاغه، لبنان، دار بیروت، چاپ اول.
۱۰. سید مرتضی، علی بن حسین: (۱۴۱۵ق) الانتصار فی انفرادات

- الإمامیه، قم، جامعه مدرسین، چاپ اول.
۱۱. شکاری، روشنعلی: (۱۳۸۱) ادله اثبات دعوا، تهران، سند نیکان، چاپ اول.
۱۲. شمس، عبدالله: (۱۳۸۷) آیین دادرسی مدنی، تهران، دراک، چاپ یازدهم.
۱۳. صدر، سید محمدباقر: (۱۴۲۱ق) دروس فی علم الاصول، تحقیق سید علی حسن مطر، بی جا، چاپ اول.
۱۴. صدرزاده افشار، سید محسن: (۱۳۷۶) ادله اثبات دعوا در حقوق ایران، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ سوم.
۱۵. صدوق، محمد بن علی بن بابویه: (۱۴۱۳ق) من لایحضره الفقیه، قم، جامعه مدرسین، چاپ دوم.
۱۶. عاملی شهید ثانی، زین الدین بن علی: (۱۴۰۳ق) الروضة البهیة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول.
۱۷. عاملی شهید اول، محمد بن مکی: (۱۴۱۷ق) الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی چاپ دوم.
۱۸. عراقی، آقا ضیاء الدین: (بی تا) کتاب القضاء، قم، مهر، چاپ اول.
۱۹. عمید، حسن: (۱۳۷۹) فرهنگ فارسی عمید، تهران، امیر کبیر، چاپ هفدهم.
۲۰. فیومی مقری، احمد بن محمد: (۱۴۰۵ق) المصباح المنیر، قم، موسسه هجرت، چاپ اول.
۲۱. کلینی، محمد بن یعقوب: (۱۴۰۷ق) الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
۲۲. کنی طهرانی، علی: (۱۳۹۹ق) کتاب القضاء، بی جا، بی نا، چاپ سنگی.
۲۳. مدنی، سید جلال الدین: (۱۳۷۰) ادله اثبات دعوا، تهران، گنج دانش، چاپ اول.

۲۴. منتظری، حسین علی: (بی تا) کتاب الحدود، قم، دار الفکر، چاپ اول.
۲۵. نائینی، محمدحسین: (۱۳۵۲) أجود التقريرات، قم، عرفان، چاپ اول.
۲۶. _____: (۱۴۱۷ق) فوائد الأصول، قم، النشر الإسلامی، چاپ اول.
۲۷. _____: (۱۴۱۸ق) رسالة الصلاة في المشكوك، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
۲۸. نجابتی، مهدی: (۱۳۸۸) پلیس علمی (کشف علمی جرائم)، تهران، سمت، چاپ دهم.
۲۹. نجفی، محمدحسن: (۱۴۰۴ق) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ ہفتم.
۳۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی: (۱۴۱۷ق) عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
۳۱. ہاشمی شاهرودی، سید محمود: (۱۴۲۴ق) قرائات فقہیہ معاصرہ فی الحقوق و القضاء، بیروت، الغدیر، چاپ اول.
۳۲. یزدی طباطبائی، سید محمد کاظم: (۱۴۱۴ق) تکملة العروة الوثقی، قم، داوری، چاپ اول.

ملاحظاتى در نقد مقاله^۱

«حقوق و اخلاق»

از كتاب «تضاد و تعارض در اسلام» نوشته كلسون

حسنعلی علی اکبریان*

مقدمه

فصل «حقوق و اخلاق» از كتاب «تضاد و تعارض در اسلام» در پی تبیین دو مطلب است: اول این که قواعد حقوقی اسلام، با اخلاق اسلام، در تضاد است و مذاهب اسلامی در میزان تأثیرگذاری اخلاق در حقوق متفاوتند؛ دوم این که روند تکاملی حقوق در کشورهای اسلامی، به این سمت است که اخلاق را در حقوق خود، هرچه بیش تر، تضمین کنند و با این حرکت تکاملی، به حقوق عرفی کشورهای اروپایی نزدیک شوند و تضاد یادشده را کم تر کنند.

ملاحظاتى که در این نوشتار، درباره این فصل كتاب تقدیم می گردد، در باب دو محور است: اول، تفاوت فقه و حقوق از یک سو، و رابطه اخلاق با آن دو، و خلط هایی که از نویسنده محترم متن در این باره سر زده است؛ دوم، اختلافاتی که میان مذهب امامیه و سایر مذاهب اسلامی وجود دارد، و نویسنده محترم به دلیل عدم آشنایی با مذهب امامیه و بلکه با سایر مذاهب اسلامی، به

* عضو هیأت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی .

نتایج باطلی رسیده است. غرض اصلی در بیان صحیح مذاهب اسلامی، علاوه بر تبیین صحیح آن، تبیین خطا در نتیجه گیری های نویسنده است.

۱. تمایز قاعده حقوقی و قاعده اخلاقی، از مباحث فلسفه حقوق و فلسفه اخلاق است. چنین گفته اند که از ویژگی های قاعده حقوقی، ضمانت اجرای آن از طرف دولت است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۲۳)؛ در حالی که ضمانت اجرای قاعده اخلاقی، صرفاً درونی یا نارضایتی عمومی است. درباره ضمانت اجرای دولتی در قاعده حقوقی، گرچه گفت و گوهایی وجود دارد (همان)، ما آن را مفروض می گیریم. با این حال از اختلاف در عدم ضمانت اجرای دولتی در قاعده اخلاقی، نمی توان به راحتی گذشت؛ زیرا این امر به تعریفی بستگی دارد که از قاعده اخلاقی ارائه می شود. در یک سو، سوسیالیست ها، اخلاق را اطاعت از قوانین اجتماعی می پندارند (همان، ص ۵۸۵). این دیدگاه، میان اخلاق و حقوق، از حیث ضمانت اجرا، تفاوتی نمی گذارد. در سوی دیگر، برخی اخلاق را صرفاً ناشی از ندای درونی و اراده آزاد می دانند؛^۱ بنابراین هر گونه ضمانت اجرای دولتی را خروج از اخلاقی بودن قاعده اخلاقی می شمارند. دیدگاه های میانی ای نیز وجود دارند که نه قواعد اخلاقی را کاملاً منطبق بر حقوق می دانند و نه حقوق را بی توجه به اخلاق می شمارند. برخی از صاحبان دیدگاه میانی، نسبت میان اخلاق و حقوق را عموم و خصوص مطلق می دانند که دایره اخلاق در آن گسترده تر است.^۲ برخی نیز آن ها را عموم و خصوص من وجه می دانند که حقوق را تضمین کننده حداقل های اخلاق می شمارند.^۳

پس معلوم می شود وحدت و جدایی حقوق و اخلاق، در مکاتب مختلف، مطلوبیت یکسان ندارد. همین اختلافات باعث شده دایره الزامات حقوقی در قواعد اخلاقی در حکومت های مختلف، متفاوت باشد.

روند تحولات وحدت و جدایی اخلاق و حقوق، در غرب یکنواخت نبوده است و در قرن هجده روند جدایی آن دو شدت گرفت (همان، ص

۵۶۲). امروزه با توجه به عرفی شدن حقوق و اخلاق، از شدت جدایی آن دو کاسته شده است (همان، ص ۵۶۴). در اندیشه اسلامی، وضعیت شفاف تر است؛ زیرا مهم ترین منبع حقوق و اخلاق در اسلام، قرآن و سنت و عقل است. آنچه باعث باید و نباید و خوب و بد اخلاقی می شود، همان چیزی است که مهم ترین منبع حقوق نیز به حساب می آید. در فرهنگ علمی مسلمانان، علم اخلاق و علم فقه - و امروز، علم حقوق - از یکدیگر جدا هستند، اما تناقض و تضادی میان آن ها نیست. تفاوتی که هست، در اقتضائات هر یک از آن ها است.

برای تبیین این مسأله، باید میان حقوق و فقه، و نیز میان قانون و حکم شرعی، تفکیک قائل شد. تفکیکی که نویسنده متن نتوانسته به آن توجه کافی کند. اسلام، شریعتی جاودان و همگانی دارد و فقه، متصدی کشف آن است. فقیه با روش استنباط، از درون منابع کتاب و سنت و عقل، حکم شارع را کشف می کند، و به آن فتوا می دهد. این احکام شرعی، اگر با اداره جامعه مرتبط باشند، در حکومت اسلامی به شکل قانون درمی آیند. علمی که متصدی تنظیم قوانین است، حقوق نام دارد. یکی از تفاوت هایی که میان فقه و حقوق وجود دارد، این است که حقوق اسلامی علاوه بر منابع قرآن و سنت و عقل، باید اجرای احکام شرعی را نیز در جامعه، با توجه به مقاصد و اهداف شریعت و اقتضائات زمان و تراحمات احکام، ملاحظه کند؛ و قوانینی وضع کند که در مجموع، بیش ترین و مهم ترین احکام اسلام را در هر زمان تأمین و تضمین کند^۴ و جامعه را به سمت اهداف شریعت، سوق دهد.

ملاحظه وضعیت اجرای حکم شرعی در شرایط زمانه و تراحمات احکام، اقتضا می کند که گاه قانونی متفاوت با حکم شرع، وضع شود. اما این تفاوت به معنای مخالفت با شریعت نیست، بلکه این تفاوت به اقتضای تراحماتی است که میان خود احکام شرع در مقام عمل رخ داده، و به اقتضای وظیفه ای است که شارع آن را به عهده حکومت اسلامی نهاده است. این تفاوت میان حکم شرع و

قانون، به زمان ما اختصاص ندارد و در دوران حکومت پیامبر اکرم (ص) نیز بوده است. در ملاحظه^۴ چهاردهم به برخی از موارد آن، اشاره خواهد شد.

با این نکته روشن می شود که میان دو سؤال، فرق است: اول این که فقه در استنباط احکام شرع، چقدر باید قواعد اخلاقی را رعایت کند؟ دوم این که حقوق در وضع قانون، چقدر باید قواعد اخلاقی را رعایت کند؟ آنچه نویسنده^۵ محترم متن بر آن تأکید دارد، رعایت اخلاق در حقوق است؛ ولی آنچه در ادامه به آن اشکال می کند، مربوط به رعایت اخلاق در فقه است.

شایان ذکر است که اخلاق، کارکردهایی در فقه دارد و در مباحث فلسفه^۶ فقه به آن پرداخته می شود^۷ و بررسی آن ها خارج از غرض این نقد است.

۲. نویسنده^۸ محترم متن، از یک سو، اخلاق جنسی را در مجازات^۹ خشن زنا مجسم کرده است، و این به معنای تضمین اخلاق در حقوق است؛ و از سوی دیگر، حقوق اسلامی را از اخلاق جدا دانسته است. این دو با هم نمی سازند؛ بالاخره یا حقوق در بردارنده و تضمین کننده اخلاق هست یا نیست! اگر می گوئیم اخلاق از حقوق جداست، پس نباید مجازات زنا را دخالت حقوق در اخلاق بنامیم؛ و اگر می نامیم، نباید آن دو را از هم جدا بدانیم.

۳. زنا گاه با شهادت اثبات می شود و گاه با اقرار. آنچه غالباً با بی عفتی عمومی همراه است، زنایی است که با شهادت اثبات می شود. از عبارت متن، چنین برمی آید که گویا فقط زنای با اثبات به شهادت است که مجازات دارد، در حالی که:

اولاً: اقرار نیز از اسباب اثبات زنا است، و این گونه نیست که غالباً با بی عفتی عمومی همراه باشد؛

ثانیاً: زنایی نیز که با شهادت اثبات می شود، با بی عفتی عمومی ملازمه ندارد، گرچه غالباً چنین است؛

ثالثاً: معلوم نیست نکته ای که باعث شده شارع، چهار شاهد را برای اثبات زنا شرط کند، این باشد که مجازات زنا را فقط برای موارد زنایی که

بی‌عفتی عمومی باشد، قرار داده است. ممکن است این امر بدان دلیل باشد که شارع نمی‌خواهد نسبت زنا به مردم رواج یابد و با قرار دادن چهار شاهد - آن هم با آن شرایط سخت نوع شهادت به عیان - می‌خواهد جلوی رواج نسبت زنا را بگیرد؛ به ویژه این که اگر چهار شاهد تکمیل نشود، شاهدان به حد قذف محکوم می‌شوند.

۴. نویسنده محترم متن ادعای زن در مورد سهم ارث از شوهر را مشروط به خلوتی کرده است که امکان آمیزش در آن وجود داشته باشد؛ مانند خلوت در غیر رمضان. در این جا ملاحظاتی وجود دارد:

الف) ارث را نمی‌توان به هیچ وجه، بر خلوت مبتنی کرد. مسأله‌ای که ممکن است بنا بر برخی از اقوال، مبتنی بر خلوت باشد، تعلق تمام مهر به حصول خلوت است، که این نیز با تعبیر ارث نمی‌سازد.

توضیح این که: درباره استحقاق زن به نصف یا تمام مهر، قرآن کریم معیار «مس» را معرفی کرده است (بقره/۲۳۷)^۶، که ظهور در جماع دارد؛ ولی در فقه سنی، برخی با استناد به روایت عمر بن خطاب (مالک، ۱۴۰۶، ص ۵۲۸)^۷ خلوت را کافی دانسته‌اند. در این میان، ابوحنیفه، خلوت بدون مانع از جماع را واقعاً معیار تمام مهر دانسته است؛ چه جماعی صورت گرفته باشد و چه در غیر این صورت. بدین معنا که برای اثبات تمام مهر، حتی به ادعای جماع از طرف زن نیز نیاز نیست (ابن عبدالبر، ۲۰۰۰م، ج ۵، ص ۴۳۵). اما مالک بن انس، معیار واقعی را جماع دانسته، خلوت را علامت اثباتی آن قرار داده است. او دارای دو قول است. در قول اول، میان خلوت در خانه شوهر و خلوت در خانه [اهل] زن، تفصیل داده بود (همان، ص ۵۲۹)؛ ولی در قول دوم، مطلقاً در هر خلوتی، قول زن را در اثبات جماع مقدم کرد (همان، ص ۴۳۳). البته او تصریح کرده است که اگر هر دو بر عدم جماع اتفاق نظر داشته باشند، خلوت هیچ موضوعیتی نخواهد داشت (همان، ص ۴۳۵). برای شافعی اقوال مختلفی، مطابق ابوحنیفه و مالک نقل شده است (نوی، ج

۱۶، ص ۳۴۸؛ و ابن عبدالبر، همان، ص ۴۳۶). رأی معظم امامیه این است که خلوت، موضوعیت ندارد؛ و موضوع تمام مهر، وقوع جماع است (نجفی، ۳۱۹، ص ۷۵-۷۷). برخی از امامیه، در مقام نزاع و دعوا، بر اساس ظاهر حال در خلوت، قول زن را در ادعای جماع مقدم کرده‌اند؛ ولی اگر زن بین خود و خدا می‌داند جماعی رخ نداده، استحقاق بیش از نصف را ندارد (همان، ص ۷۷).

به هر حال، آنچه نویسنده محترم در متن آورده، در خصوص مهر، بنا بر رأی ابوحنیفه صحیح است؛ و بنا بر رأی مالک و برخی از امامیه به عنوان حکم حاکم در مقام دعوا صحیح است؛ ولی بالاخره ربطی به ارث ندارد. ب) اگر مراد نویسنده محترم، واقعاً ارث زن از شوهرش باشد نه مهر، باید گفت اصل ارث زن از شوهر، به وقوع جماع و خلوت و مانند آن مشروط نیست؛ و به صرف عقد نکاح دائم، ثابت می‌شود.

سهم ارث زن از شوهر، در صورتی که شوهر دارای فرزند باشد، یک هشتم است و در صورتی که فرزندی نداشته باشد، یک چهارم است. اما در این اختلاف سهم نیز خلوت و حتی جماع، هیچ نقشی ندارد؛ زیرا: اولاً: در این مسأله فرقی نمی‌کند که آن فرزند از این زن باشد یا از زن دیگر؛ ثانیاً: به فرض هم شوهر از زن دیگری فرزند نداشته باشد و تنها فرزند ممکن او از این زن احتمال رود، صرف جماع دلیل بر حمل نیست، تا خلوت علامت آن باشد؛

ثالثاً: حتی به فرض این که جماع با خلوت اثبات شود و حمل نیز احراز گردد، سهم ارث زن منوط به تولد زنده فرزند است و تنها اثری که حمل دارد، این است که در محاسبه ابتدایی ارث، سهمی را برای حمل کنار می‌گذارند.^۸ ۵. این سخن در مشروعیت فرزند، صحیح است؛ به دلیل این که مراد از «الولد للفراش» (حرانی، ۱۴۰۴ ق، ص ۳۴) صرف عقد نکاح نیست، بلکه علاوه بر آن باید امکان وطی نیز وجود داشته باشد (سیدمرتضی، ۱۴۰۵ ق،

ج ۳، ص ۱۲۴ و ۱۲۵). جالب این جا است که ابوحنیفه در این مسأله صرف عقد را برای فراش کافی می‌داند و امکان جماع را لازم نمی‌شمارد (نووی، همان، ص ۴۱۲). بنابراین معلوم نیست بالاخره نویسنده محترم متن، دو مسأله ارث و مشروعیت فرزند را به مذهب چه کسی می‌گوید.

۶. نویسنده، خیلی خوب نشان داده که تخلف از قاعده اخلاقی در اسلام، تبعاتی بیش از تبعات آن در جامعه غیردینی دارد. یعنی نشان داده که تبعات آن در اسلام، صرفاً نارضایتی عمومی و عذاب وجدان نیست، بلکه رستگاری انسان را نیز به خطر می‌اندازد. گاه کفاره‌ای نیز برای آن تعیین شده است؛ کفاره‌ای که اگرچه الزامی است، معمولاً ضمانت اجرای آن صرفاً تعهد شخصی مکلف است. اما با این حال وی توجه نکرده که این تفاوت به همین جا ختم نمی‌شود و گاهی به الزامات حقوقی نیز کشیده می‌شود. او ترک روزه را یک تخلف اخلاقی نامیده و گرچه تبعات آن را بیش از تبعات تخلف اخلاقی در جوامع غیردینی دانسته، آن را به کلی خالی از الزامات حقوقی شمرده است؛ بدین معنا که شأنت قرار گرفتن در قانون، و به تبع، ضمانت اجرای حکومتی ندارد. این سخن صحیحی نیست؛ زیرا مثلاً روزه خواری در اسلام دارای مجازات است (امام خمینی، ۱۳۹۰ ق، ج ۱، ص ۲۹۰)، و حتی در چهارمین اجرای مجازات، حکم آن اعدام خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۳۷). این مجازات به تصریح در روایات آمده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱، ص ۵۶).

۷. نویسنده محترم متن ادعا کرده که لحن قرآن غالباً اخلاقی است و این لحن بر استنباط فقهی فقها نیز سایه افکنده است. شواهدی نیز (مانند تقدم ابواب عبادات بر غیر آن در فقه؛ و این که تعالیم شریعت، تکالیف انسان در برابر خدا تلقی می‌شوند) بر آن اقامه کرده است. راقم این سطور در بخشی از این مدعا با وی موافق، و در بخشی دیگر، مخالف است؛ و رویکرد متفاوتی را نیز در ارزش گذاری آن دارد.

توضیح آن که :

الف) روش فقهی در استنباط احکام عبادی و غیرعبادی تفاوت‌هایی دارد. از جمله این که کارایی عقل و ارتکاز و بنای عقلا در استنباط احکام غیرعبادی، بیش‌تر است. این به دلیل امضایی بودن احکام معاملات و تأسیسی بودن احکام عبادات است. به همین دلیل، میزان آیات و روایاتی که در احکام عبادی وجود دارد و در فقه به آن‌ها استناد می‌شود، بیش‌تر از احکام معاملی است. بنابراین، این گونه نیست که استنباط احکام عبادی و احکام غیرعبادی - که عمدتاً اجتماعی‌اند - یکسان باشد.

ب) سخن نویسنده محترم در سایه افکندن روش فقهی عبادات بر روش فقهی غیرعبادات به صورت فی‌الجمله و جزئی صحیح است؛ مانند مباحث طهارت از خبث، که غیرعبادی است، ولی به دلیل این که در ضمن مباحث طهارت از حدث (که از عبادات است) مطرح می‌شود، تأسیسی بودن آن پررنگ شده است (حسینی حائری، درس خارج). اما این مقدار از سایه عبادیات، به هیچ وجه به حدی نیست که نویسنده متن ادعا کرده است.

ج) تقدم ابواب و فصول عبادی بر غیرعبادی در کتب فقهی، حرف صحیحی است. اما این به دلیل شرافت عبادت است، و هیچ ربطی به لحن غالباً اخلاقی قرآن، یا غلبه جنبه اخلاقی بر فقه ندارد.

د) این سخن صحیح است که فقها همه احکام را به چشم تکالیف می‌بینند و به دنبال جواز و منع و صحت و بطلان شرعی هستند. از این رو، حتی در احکام اجتماعی که غالباً مربوط به «حق الناس» است، «حق الله» را نادیده نمی‌گیرند؛ و مثلاً اگر از حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر سخن می‌گویند، وظایف هر یک را تکلیفی‌الاهی برای آنان می‌دانند. اما گویا نویسنده محترم متن، این مطلب را منفی ارزیابی کرده است و آن را به عنوان یک خطا در روش و رویکرد در احکام اجتماعی قلمداد نموده است. از همین رو او سده‌های میانی فقه را به این دلیل مرحله بلوغ نامیده که توانسته است میان

تکالیف فردی انسان در برابر خداوند و تکالیف اجتماعی وی در برابر هموعانش، تفکیک گسترده کند! ظاهر سخن او این است که این تفکیک، باعث شده احکام اجتماعی از حیثیت ارتباط با خدا و یک تکلیف الاهی بودن پاک شوند، و در حد یک قانون اجتماعی نقش ایفا کنند.

راقم این سطور باور دارد که این تفکیک شاید از این جهت مطلوب باشد که حکم شرع را به صحنه عمل و اجرا درآورده است، ولی ارزش گذاری نویسنده را نمی پذیرد که این تفکیک را به دلیل قطع ارتباط حکم با خدا، حرکتی رو به کمال شمرده است؛ زیرا به فرض که این قطع ارتباط رخ داده باشد^۹، حرکتی مذموم است؛ زیرا ضمانت اجرای درونی و قانون گرای خالصانه را از دست می دهد. قانونی کردن و ضمانت اجرای حقوقی دادن به احکام اجتماعی، هیچ منافاتی با رویکرد الاهی باورانه به آن‌ها ندارد، بلکه اطاعت از قانون حکومت مشروع، واجب شرعی است؛ نه به این معنا که مفاد قانون، مفاد حکم شرع است، بلکه به این معنا که اطاعت از قانون حکومت مشروع، یک واجب الاهی است.

۸. در ملاحظه ششم گفته شد که همه احکام روزه از حوزه حقوق جدا نیست.

۹. نویسنده عمل واجبی را که دینی (!) است، از عمل واجبی که یک تکلیف اجتماعی است، تفکیک کرده است؛ و واجب دینی را صرفاً دارای ضمانت اجرای الاهی و واجب اجتماعی را دارای الزام حقوقی و ضمانت اجرای حقوقی دانسته است. همچنین چند سطر بعد، محرماتی را که صرفاً شخصی تلقی می شوند، از محرماتی که در زمره تکالیف اجتماعی قرار دارند، تفکیک کرده است، و محرمات شخصی را بدون ضمانت اجرای حقوقی اعم از مدنی و کیفری، و محرمات اجتماعی را دارای مجازات و یا اثر حقوقی بطلان دانسته است.

در این جا ملاحظاتی وجود دارد:

الف) تفکیک محرم شخصی از محرم اجتماعی، تفکیک معقولی است،

اما تفکیک واجب دینی (!) از واجب اجتماعی متضمن پیش فرض جدایی دین از امور اجتماعی است. یعنی فرض گرفته است که اگر حکمی، اجتماعی بود، غیردینی است. این پیش فرض قابل بحث است، و در جای خود بطلان آن اثبات شده است.^{۱۰}

ب) این که واجب و حرام اجتماعی می تواند (یا باید) به صورت قانون درآید و ضمانت اجرای حکومتی پیدا کند، سخن صحیحی است، و نزاعی نیز در آن نیست. اما در این که آیا اختیارات قانون گذاری حکومت اسلامی، شامل حوزه خصوصی افراد جامعه و دایره احکام غیراجتماعی می شود یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد.

ظاهر عبارات برخی از فقها گویای انکار اطلاق ولایت از این حیث (خراسانی، ۱۴۰۶ ق، ص ۹۳)، و عبارات برخی دیگر گویای اطلاق ولایت نسبت به برخی از احکام به شدت فردی است.^{۱۱} وقتی به ادله نیز رجوع کنیم، از یک سو سه دسته دلیل، اطلاق ولایت نسبت به همه احکام را اثبات می کند؛ و از سوی دیگر، یک قرینه لبی، سبب قید می شود. آن سه دسته دلیل، عبارت است از:

۱. ادله ای که به اطلاق، بر مسؤولیت حکومت در برابر اجرای همه احکام اسلام دلالت دارد؛ مانند سخن رسول اکرم (ص) در سفارش خود به معاذ که فرمود: «ای معاذ! امر خدا را در میان آنان اجرا کن... و همه دستورات اسلام از کوچک و بزرگ را در جامعه، زنده و آشکار کن.» (حرانی، ۱۴۰۴ ق، ص ۲۵).

۲. ادله ای که به دلالت اولویت، اطلاق را اثبات می کنند. این ادله به مسؤولیت های حکومت در احکام عبادی، و به شدت فردی اشاره دارد، که به دلالت اولویت بر مسؤولیت حکومت در همه احکام دلالت می کند.^{۱۲} مانند این آیه مبارک: «آنان که اگر در زمین قدرشان دهیم، نماز را بر پا می کنند» (حج/۴۱)؛ لزوم دخالت حکومت در حج نیز چنین است.^{۱۳} نماز و حج از واجبات عبادی اند. لزوم دخالت حکومت در زیارت نبی اکرم (ص) نیز از

همین دست است؛ در حالی که این عمل، یک حکم مستحب عبادی است.^{۱۴}

۳. ادله‌ای که با اثبات مجازات برای هر معصیتی، ضمانت اجرای قضایی حکومتی برای همه واجبات و محرمات قرار داده است. مانند سخن رسول اکرم (ص) که فرمود: «خدا برای هر چیزی مرزی قرار داد و برای هر کس که از آن تخلف کند، مجازاتی قرار داد.»^{۱۵} برخی از فقها تصریح کرده‌اند که این مجازات، منحصر به موارد حدود معین نیست و شامل تعزیر در معصیت کبائر نیز می‌شود (نجفی، همان، ج ۴۱، ص ۴۴۸) و البته از استقرار نصوص نیز حکم تعزیر قابل اثبات است. در اصل تعزیر برای ارتکاب کبائر، ادعای عدم خلاف شده است (همان). اطلاق این ادله، تفصیل بین حرام اجتماعی و غیراجتماعی را انکار می‌کند. در برخی از روایات نیز برای برخی از محرمات فردی (مثلاً استمناء)، تعزیر نقل شده است (همان، ج ۲۸، ص ۳۶۳).

در برابر این ادله، یک قرینه لیبی وجود دارد، و آن مناسبت حکم و موضوع است. توضیح این که از یک سو، ادله‌ای که فقیه را برای حکومت جعل کرده، فقط می‌تواند امور مربوط به حکومت را در اختیار او قرار دهد. از سوی دیگر، قانونگذاری از شؤون حکومت است. این باعث می‌شود اطلاق ادله یادشده به اموری انصراف پیدا کند که به نحوی با حکومت و اداره جامعه مرتبط است.

با وجود این، به نظر می‌رسد نزاعی که در این مسأله وجود دارد، بیش تر صغروی است تا کبروی. یعنی اگر دو نفر در حق قانون گذاری حکومت در یک حکم، نزاع دارند، نزاعشان بر سر این است که یکی آن را در حیطة خصوصی می‌داند و برای حکومت حق قانون گذاری در آن را قبول ندارد؛ و دیگری، آن را دارای حیثیت اجتماعی می‌داند و خارج از حیطة خصوصی قرار می‌دهد. مثلاً در نزاع بر جواز الزام حکومتی به حجاب در اماکن عمومی، قائلان به جواز، آن را خارج از حیطة خصوصی می‌دانند؛^{۱۶} و قائلان به عدم جواز، آن را به حیطة خصوصی مربوط می‌دانند.^{۱۷} به همین دلیل قائلان به جواز، درباره حجاب زن در برابر نامحرم در خانه را خارج از قانون الزامی

(قانون حکومتی، نه شرعی) می‌دانند.

۱۰. نویسنده محترم، مورد آشکار جدایی حقوق از اخلاق را در احکام مستحب و مکروه دیده است. بدین بیان که حقوق، متعرض احکام مستحب و مکروه نشده است. دو مثال نیز برای آن آورده است. مثال اول این که در نکاح بر ولی، مستحب است که خواست مولی علیه خود را رعایت کند؛ اما اگر رعایت هم نکند و عقد ازدواج را از طرف او منعقد کند، ازدواج کاملاً معتبر خواهد بود. مثال دوم، مکروه بودن طلاق مشهور به «سه طلاق» است که به هر حال شرعاً معتبر است و در قانون نیز معتبر شناخته شده است.

در این جا هم ملاحظاتی وجود دارد:

الف) معنای عدم رعایت احکام مستحب و مکروه چیست؟ به نظر راقم این سطور، در قوانین یادشده، احکام مستحب و مکروه رعایت شده‌اند. مثلاً اگر قانون بخواهد استحباب رعایت خواست مولی علیه را تضمین کند، باید دو کار انجام دهد: یکی این که رجحان رعایت خواست او را تضمین کند؛ دیگر این که آثار استحباب را در حکم صحت و بطلان عقد رعایت کند. قانون، کار دوم را انجام داده است؛ زیرا معنای رعایت اثر استحباب این است که اگر ولی، خواست مولی علیه را رعایت نکرد، عقد او باطل نباشد. بله، قانون، کار اول را نکرده است؛ و این جای نقد مستقل دارد. کار اول می‌تواند با تأمین تشویق‌هایی، تضمین شود. همچنین اگر قانون بخواهد کراهت طلاق را رعایت کند، هم باید آن را صحیح بداند و هم با تأمین تنبیه‌ها یا محرومیت از برخی تشویق‌ها، از آن جلوگیری کند. قانون، صحت را تضمین کرده است، اما متأسفانه در زمینه تشویق و تنبیه، از فقه عقب مانده است.

ب) به عنوان یک مطلب بسیار مهم درباره رابطه مباحات (مستحبات و مکروهات و مباحات به معنای اخص) با قانون، شایان ذکر است که از روشن‌ترین مواردی که حکومت اسلامی می‌تواند قانونی را وضع کند و آن قانون مخالف احکام اسلام باشد، همین دایره مباحات است؛ زیرا اطاعت از آن

قانون، باعث هیچ نوع عصیان و گناهی نمی‌شود. شهید صدر نام این دایره از احکام را «منطقة الفراغ» گذاشته است (صدر، ۱۴۰۲ ق، ص ۷۲۶). یعنی دایره‌ای از احکام که حاکم اسلامی می‌تواند برای اداره جامعه و رعایت متغیرهای زمانه، در آن قانون الزامی وضع کند. این اختیار قانون‌گذاری مخصوص زمان ما نیست و در زمان رسول اکرم (ص) نیز وجود داشته است. مانند نهی آن حضرت از خوردن گوشت الاغ در جنگ خیبر (حر عاملی، همان، ج ۲۴، ص ۱۱۷)؛ در حالی که حکم اولی آن کراهت است و صرفاً به عنوان یک تصمیم حکومتی برای زمان و شرایط خاص آن جنگ گرفته شد؛ و مانند امر به بیرون‌گذاشتن بازوی راست از لباس احرام و رمل در طواف در عمره القضاء (همان، ج ۱۳، ص ۳۵۳)، و نهی از خروج از شهر طاعون‌زده (صدوق، ۱۳۶۱ ش، ص ۲۵۴). این امر و نهی‌ها از سنخ قانون در مقابل حکم شرع هستند که حکومت مشروع می‌تواند در شرایط خاصی آن‌ها را وضع کند.

توضیح این نکته از این جهت لازم است که نویسنده، مورد جدایی قانون از اخلاق را در دایره مستحبات و مکروهات دانسته است؛ در حالی که قانون می‌تواند دقیقاً در همین محدوده، احکامی را برای تضمین آنچه به تعبیر نویسنده رعایت آن به عهده اخلاق گذاشته می‌شود، حکم الزامی وضع کند. مثال روشن آن محدودیت‌های قانونی‌ای است که امروزه در جوامع اسلامی برای تحکیم نظام خانواده وضع شده است؛ مانند لزوم اذن از حاکم شرع برای ازدواج دوم که برای تضمین عدالت میان همسران وضع شده است (طباطبایی، ۱۳۶۲ ش، ج ۴، ص ۲۰۷).

ج) درباره مثال دوم یعنی کراهت طلاق معروف به «سه طلاق» باید گفت: اولاً در فقه امامیه طلاق به این نام نداریم، بلکه طلاق سوم داریم. این بدان دلیل است که در فقه عامه، سه طلاق را می‌توان در یک مجلس و با یک صیغه جاری کرد؛ ولی در فقه امامیه برخی آن را باطل دانسته^{۱۸} و برخی آن را یک طلاق دانسته‌اند^{۱۹}؛ ثانیاً آنچه طبق حدیث نبوی (قزوینی، ۱۴۱۰ ق، ج ۱،

ص ۴۸۴) مبعوض‌ترین مباح است، طلاق است، نه خصوص سه طلاق؛ ثالثاً در فقه شیعه^{۲۰} و سنی^{۲۱} طلاق به واجب، مستحب، مکروه و حرام تقسیم شده است و طلاق مکروه فقط یکی از این اقسام است.

ج) نسبت احکام مستحب و مکروه با اخلاق چیست؟ گویا نویسنده محترم، اکثر احکام مستحب و مکروه را داخل در اخلاقیات دانسته است. تصویر این ارتباط می‌تواند در این باشد که در احکام، مصالح و مفاسدی وجود دارد. احکام به دلیل آن مصالح و مفاسد و شدت و ضعف آن‌ها، به واجب، حرام، مستحب، مکروه و مباح تقسیم شده‌اند. آن‌گاه در ارتباط اخلاق و فقه گفته می‌شود انجام مستحبات، فضایل را در انسان رشد می‌دهد و دوری از مکروهات، رذایل را از انسان دور می‌کند.

اما این تصویر از دو جهت تمام نیست:

۱. حیثیت فقهی و اخلاقی، دو حیثیت متفاوتند. اخلاق به فضایل و راه‌های رسیدن به آن‌ها و رذایل و راه‌های درمان آن‌ها می‌پردازد (مصباح، ۱۳۷۷ ش، ص ۱۷)؛ ولی فقه به فعل مکلف می‌پردازد و هدف آن کشف حکم شرعی است. این تفاوت، تفاوت دیگری را در روش به دست می‌دهد و آن این که توجه اصلی در استنباط حکم شرعی و کشف حیطه موضوع احکام، به لسان ادله است؛ و نقش مصالح و مفاسد احکام در آن، نقشی فرعی است. بنابراین ممکن است عالم اخلاق و فقه، هر دو به یک باید و نباید فکر کنند، اما هدف و روش هر یک در به دست آوردن آن‌ها متفاوت باشد؛ و حتی گاهی در نتیجه نیز با یکدیگر تفاوت‌هایی داشته باشند. برای نمونه حسد درونی بدون ظهور بیرونی، در حوزه اخلاق، مخالف عدالت است (مجلسی، ۱۴۰۳ ق، ج ۷۰، ص ۲۴۲)؛ زیرا عدالت در اخلاق با اعتدال در جمیع صفات و افعال تجلی می‌کند (نراقی، ۱۳۸۹ ش، ص ۶۷)، ولی در حوزه احکام (شریعت) مخالف عدالت نیست (تبریزی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۵۵۵)؛ زیرا در شریعت، اعتدال در رفتار متجلی می‌شود (انصاری، ۱۴۱۴ ق، ص ۵).

۲. حتی اگر ارتباط یادشده صحیح باشد، باید قلمرو واجبات و محرمات بیش تر از قلمرو مستحبات و مکروهات با اخلاق مرتبط باشد؛ زیرا نقش آن‌ها در کسب فضایل و دفع و رفع رذایل بیش تر است. در حالی که تلقی نویسنده^۶ محترم برعکس این است، و تضمین واجبات و محرمات در قانون را از موارد رعایت اخلاق در قانون ندانسته است.

۱۱. در این که وی، محتسب را پاسبان رسمی اخلاق عمومی نامیده و وظیفه اصلی او را تضمین قواعد اخلاقی و احکام عبادی دانسته، تسامح آشکاری وجود دارد. در واقع نویسنده^۶ محترم، حسبه را - همانند موعظه^۷ عالمان دینی که الزاماتی را اخلاقاً در فرهنگ دینی جامعه ایجاد می‌کنند - از اموری دانسته که خارج از حیطه^۸ قانون، الزاماتی را در جامعه ایجاد می‌کند. ملاحظه ای که در این جا وجود دارد، این است که حسبه را مانند موعظه^۷ عالمان، موجب الزاماتی دانسته که خارج از حوزه^۹ قانون عمل می‌کند؛ در حالی که محتسب، مجری قانون و آمر به معروف (اعم از واجبات) و ناهی از منکر (اعم از محرمات) است و البته به اجرای سنت‌ها و شعائر غیرالزامی اسلام نیز مانند نظارت بر مساجد توجه دارد (صرامی، ۱۳۷۷ ش).

۱۲. وی متن حکمی را بیان کرده که نیازمند بیان ملاحظاتی است. اگر مردی که خود را در شرف مرگ می‌بیند، حق خود در مورد طلاق یک طرفه علیه همسرش را به این قصد اعمال کند که همسرش را از حق ارث بردن از اموال خود محروم سازد، قصد غیراخلاقی او موجب بی اعتباری عمل وی می‌شود تا اثر حقوقی محروم کردن همسر از حق ارث را در پی نداشته داشت. در این جا بیان دو ملاحظه لازم است:

الف) نه در میان فقهای امامیه و نه در میان فقهای سنی کسی را نیافته‌ام که در طلاق در مرض موت، حکم ارث زوجه را به صراحت معلق و مقید بر قصد اضرار زوج کرده باشد. بلکه مشهور قاطع فقهای اسلام، به طور کلی فتوا به ارث داده، و آن را بر قصد اضرار معلق نکرده‌اند.

فقه‌های امامیه چنین زوجه‌ای را تا یک سال، مستحق ارث دانسته‌اند؛ منوط به این که ازدواج نکرده باشد و مرد نیز از مرض، سلامتی نیافته باشد.^{۲۲} فقه‌های سنی نیز برخی فقط مسأله ارث را بیان کرده‌اند^{۲۳}، و برخی برای ارث به برخی از قواعد نیز تمسک کرده‌اند. مثلاً این که محرومیت زوجه از ارث، مصداق اخراج وارث است و پیامبر از آن نهی کرده است (اعینی، ۱۴۱۶ ق، ج ۵، ص ۲۸۲)؛ و مانند تمسک به سد ذرایع، به این بیان که زوج قصد محروم کردن زوجه از ارث را داشته و باید بر خلاف قصد او حکم کرد (حفید، ۱۴۱۵ ق، ج ۲، ص ۶۶؛ و سید سابق، ۱۳۹۷ ق، ج ۲، ص ۲۷۹)؛ و مانند تمسک به اضرار زوجه و فرار از تعلق ارث به او (سرخسی، ج ۶، ص ۱۵۵).

البته در این میان، هیچ یک از فقه‌های سنی به مقدار یک سال برای نهایت زمان ارث زوجه - که در روایات اهل بیت وارد شده (حر عاملی، همان، ج ۲۲، ص ۱۵۱) - اشاره نکرده‌اند. آنان که ارث زوجه را پذیرفته‌اند، یا به ارث تا پایان عده قائل شده‌اند، یا تا زمان ازدواج مجدد زوجه، و یا تا پایان عمر (حفید، همان، ص ۶۶).

شیخ حر عاملی در عنوانی که برای این مسأله انتخاب کرده، و پانزده روایت نیز در آن آورده است، تعبیر «للإضرار» دارد (حر عاملی، همان)، که صریح در تقیید حکم به قصد اضرار نیست و شاید به نحو حکمت باشد. او این تعبیر را از روایات چهارم^{۲۴} این باب گرفته است.

ب) حکمت حکم یادشده قابل درک است؛ همان گونه که در روایت چهارم «وسائل الشیعه» نیز آمده است؛ اما نکته این که فقه‌های اسلام - بر خلاف آنچه نویسنده محترم متن برداشت کرده - قصد اضرار را قید حکم نگرفته‌اند، این است که احاله کردن ارث زوجه به قصد زوج، غالباً باعث نزاع می‌شود و اثبات و انکار آن نیز کار آسانی نیست. این گونه امور غیرمنضبط، حکمت حکم قرار می‌گیرند، نه علت حکم.^{۲۵} بسیاری از حکمت‌های دیگری نیز که برای ما شناخته شده‌اند، از همین قبیلند و شارع، حکم را بر آن معلق نکرده است؛

بلکه بر اساس موارد غالب یا احیاناً نکات دیگری، موضوع حکم را به صورت منضبط و کاملاً قابل شناسایی قرار داده است؛ مانند لزوم عده برای مطلقه.

۱۳. نویسنده محترم متن دو رویکرد متفاوت را در فقه معرفی کرده است: رویکرد اول، اثر حقوقی یک عمل را به انگیزه یا قصدی وابسته می‌داند که موجب آن عمل بوده است. او این رویکرد را «اخلاق‌گرایانه» نامیده است. رویکرد دوم، به ظاهر عمل توجه دارد، که آن را «صورت‌گرایانه حقوقی» خوانده است. به نظر راقم این سطور، رویکرد اخلاق‌گرایی در فقه یا حقوق، به صرف وابسته کردن آثار حقوقی اعمال به قصد، حاصل نمی‌شود. این که اثر، مترتب بر قصد است یا خیر، دلیل فقهی می‌خواهد و هیچ طرف آن اخلاقی‌تر از طرف دیگر نیست. به نظر می‌رسد صورت و اخلاق، در مقابل هم نیستند؛ و اگر صورت و باطن یا ظاهر و باطن می‌گفت مناسب‌تر بود.

۱۴. مطلب نویسنده محترم، واضح نیست. به هر حال، در این جا بیان اموری لازم است:

الف) ازدواج موقت در مذهب امامیه، ازدواجی شرعی است و شرایطی دارد. این ازدواج از آنچه به عنوان فحشا رخ می‌دهد، کاملاً متفاوت است.

ب) این که اگر زن و مردی ادعای ازدواج کنند، آیا ادعای آنان پذیرفته است و حد را از آنان دفع می‌کند یا خیر، یک مسأله مستقل از صحت و بطلان ازدواج است. حقیر نمی‌داند آیا مراد نویسنده از ازدواج ادعایی، این مسأله است یا مسأله‌ای دیگر. عبارات او مجمل است.

ج) این یک مسأله کاملاً فقهی است که آیا قصد نادرست در ازدواج، باعث بطلان ازدواج می‌شود، یا باعث لغویت قصد و صحت ازدواج. این مسأله در فقه، در بحث شرط فاسد (انصاری، مکاسب، ج ۶، ص ۶۸) و در بحث صحت و بطلان ازدواج در فرض فراموشی ذکر وقت در نکاح موقت (انصاری، ۱۴۱۵ ق، النکاح، ص ۲۱۰)، طرح شده است. اما ارتباط آن با اخلاق‌گرایی و صورت‌گرایی در فقه روشن نیست. بله، اگر نویسنده محترم

متن آن را با ظاهرگرایی و باطن‌گرایی مرتبط می‌کرد، مناسب‌ترین تری داشت. دقت شود که ظاهر و باطن در مقابل یکدیگرند، ولی اخلاق و صورت در مقابل هم نیستند. خود اخلاق نیز ظاهر و باطنی دارد.

۱۵. در فقه امامیه در شرایط «وصیت عهدی» گفته شده است که وصیت باید عمل جایز باشد و غرض عقلایی نیز به آن تعلق گیرد. پس وصیت مال برای کمک به ظالمان و راهزنان و چاپ‌کتب ضلال و مانند آن، صحیح نیست. همچنین وصیت مال در راهی که سفیهانه و بیهوده است، باطل است (امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۹۳).

۱۶. این‌گونه نیست که حیل را بتوان در همه جا عمل خلاف اخلاق شمرد. مثلاً حیله در ربای معاملی، به هیچ وجه خلاف اخلاق نیست؛ در حالی که ممکن است در ربای قرضی آن را به خلاف اخلاق نیز ربط داد. این نکته در ملاحظه بعدی بیش‌تر بیان خواهد شد. به هر حال، به نظر حقیر میان دو گرایش باطن و ظاهر و دو گرایش اخلاق و حقوق، تفاوت وجود دارد. آنچه نویسنده متن برای آن شاهد آورده، دو گرایش ظاهر و باطن است؛ و آنچه ادعا دارد، دو گرایش اخلاق و حقوق است.

۱۷. اخذ قید «فرار از قاعده مسلم حقوق ماهوی» در تعریف حیله، صحیح نیست. حیله را به راه مباحی تعریف کرده‌اند که انسان را از وقوع در مکروه یا حرام حفظ می‌کند (فتح‌الله، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۷۲). آنان که حیله را جایز می‌دانند، حکمی را که حیله برای رهایی از تخلف آن است، شکلی می‌دانند نه ماهوی. مثلاً در ربای قرضی بر اساس حکمتی که شارع برای حرمت آن بیان کرده، درمی‌یابیم که حرمت آن ماهوی است و شارع می‌خواهد ماهیت آن، حتی با اشکال دیگر نیز حاصل نشود؛ از این رو حیله در آن جایز نیست. ولی در ربای معاملی، شکل خاص معامله، حرام شده است و بنابراین می‌توان همان غرضی را که در بیع ربوی وجود دارد، با دو معامله فروش کالا و خرید از همان جنس کالا، گرچه به زیادی یا نقصان، تحصیل کرد (نجفی، همان، ج ۲۳، ص ۳۹۶).

۱۸. نویسنده محترم یکی از کارکردهای وقف را ممنوع کردن برخی از وارثان از انتفاع از مال دانسته است. در این جا ملاحظه‌ای وجود دارد: وقتی انسان مالی را وقف می‌کند، آن مال پس از مرگش جزو ترکه او قرار نمی‌گیرد و اگر وارثان جزو موقوف‌علیهم نباشند، عملاً از انتفاع از آن مال، ممنوع می‌شوند. اما این را نمی‌توان از کارکردهای وقف دانست؛ زیرا مصرف کردن مال، هدیه یا صدقه دادن آن، اعراض از آن، و بسیاری از تصرفات دیگر نیز باعث ممنوعیت عملی وارث از انتفاع از آن می‌شود؛ اما این ممنوعیت از قبیل سالبه به انتفای موضوع است. وقتی می‌توان ممنوعیت از انتفاع وارث از مال را از کارکردهای چیزی دانست که آن مال در حیز و شرف ارث باشد. مانند وصیت که اگر نباشد، مال به وارث می‌رسد. اگر او برای وصیت چنین کارکردی را بیان می‌کرد، صحیح بود؛ ولی وقف از این حیث، مانند بیع است و مال را از حیز ارث خارج می‌کند.

۱۹. واقف نمی‌تواند چیزی را برای خودش وقف کند (امام خمینی، همان، ص ۶۷) حتی در وقف برای عنوان عامی که خودش داخل آن است (مثلاً برای اولاد پدرش)، اگر به نحو توزیع باشد، برای خودش ثابت نمی‌شود (همان، ص ۶۸)؛ ولی اگر به نحو انتفاع باشد، در صورتی خودش می‌تواند از آن منتفع شود که هنگام وقف، قصد خروج خود را از آن نداشته باشد (همان).

۲۰. در ملاحظه دهم بند ج، حکم سه طلاق در یک مجلس گفته شد.

۲۱. زنی که سه بار با شرایط خاص طلاق داده شده است، فقط در صورتی امکان ازدواج با شوهر خود را دارد که با مرد دیگری ازدواج دائم کند و وطی نیز صورت بگیرد و طلاق داده شود (محقق حلی، ج ۳، ص ۵۹۳). در این مسأله هیچ فقیهی به غیر از سعید بن مسیب، صرف عقد نکاح و حتی خلوت را محلل ندانسته است (شهید ثانی، ج ۹، ص ۱۶۵؛ و ابن قدامه، ج ۸، ص ۴۷۱). این مسأله نیز اجماعی (شهید ثانی، همان) است که نکاح صبی

غیرمراهق (یعنی نابالغی که از نکاح لذت نمی‌برد) محلل نیست (نجفی، همان، ج ۳۲، ص ۱۵۹)؛ در مراهق اختلاف است؛ مشهور نزد امامیه، محلل نبودن است (همان؛ و امام خمینی، همان، ص ۲۳۲)، و برخی آن را محلل می‌دانند (شهید ثانی، همان)؛ مشهور نزد اهل سنت، محلل نبودن آن است (ابن قدامه، همان، ص ۴۷۶)؛ در اعتبار انزال، هم میان شیعه اختلاف است (نجفی، همان، ص ۱۶۰-۱۶۱)، هم میان اهل سنت (ابن قدامه، همان، ص ۴۷۳-۴۷۴)؛ و مشهور نزد هر دو، عدم اعتبار است و احتیاط اقتضای اعتبار را دارد (امام خمینی، همان)؛ به ویژه اگر ذوق عسیله - که در روایات فریقین آمده است (حر عاملی، همان، ج ۲۲، ص ۱۱۳) - بر انزال حمل شود. ۲۲. وضع چنین قانونی در یک جامعه اسلامی، جای تأسف دارد. اما

این ناشی از تضاد و تعارض در فرهنگ مسلمان‌ها است، نه در اسلام.

۲۳. مقصود از این مأموران برای راقم این سطور روشن نیست. اگر مراد محتسب باشد، اشکال ملاحظه شماره یازدهم را دارد.

۲۴. در ملاحظه دهم بند ج، حکم سه طلاق در یک مجلس گفته شد.

۲۵. نویسنده محترم در این مثال، قانون را پیشرفته‌تر از فقه دانسته است؛ زیرا تکالیفی را که فقه بر عهده اخلاق گذارده، با الزامات حقوقی تضمین کرده است. ملاحظه این سخن آن است که اصل مقایسه فقه و حقوق در چنین مسائلی خطا است. قبلاً بیان شده که حقوق علاوه بر منابع فقه باید در امور دیگری نیز که به اجرای احکام اسلام مربوط است، دقت کند. ممکن است حکومت در قانونی کردن یک حکم مستحب، شرایط جامعه را به گونه‌ای تشخیص دهد که آن مستحب را الزامی کند. این از اختیاراتی است که اسلام به حکومت داده است. پس اگر حکومت، یک حکم مستحب را الزام قانونی کند یا حکمی را که اقتضای طبیعی آن، فردی بودن آن است، الزام اجتماعی کند، به هیچ وجه از ضوابط فقهی تخطی نکرده است (صدر، همان، ص ۷۲۶؛ و طباطبایی، همان، ج ۴، ص ۲۰۷).

۲۶. در قانون جمهوری اسلامی ایران نیز چنین است. بیان شد که وضع چنین قوانینی با فقه تضاد ندارد.

۲۷. خوف از عدم رعایت عدالت میان همسران، مانع از صحت ازدواج دوم نیست، بلکه رعایت عدالت یک حکم تکلیفی بر شوهر پس از نکاح دوم است (یزدی، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ص ۱۸)؛ و حداکثر، عدم جواز تکلیفی ازدواج دوم را در پی دارد. این نکته چنان در فقه روشن است که برخی علاوه بر انکار حتی یک فتوای فقها به اشتراط، احتمال فقهی آن را احتمال نداده‌اند (صدر، ۱۴۲۰ ق، ج ۶، ص ۱۶۳). ولی حتی به فرض این که شرط صحت نکاح دوم نباشد، باز حکومت می‌تواند برای تضمین رعایت این حکم تکلیفی، دخالت قانونی کند.

۲۸. اولاً مقصود از رعایت عدالت میان همسران، عدالت در نفقه و قسم و مانند آن است نه عدالت در محبت (معزی ملایری، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۱، ص ۸۲)؛ و این امری ممکن و قابل اجرا است. ثانیاً راقم این سطور، احدی از مفسران یا فقها را نیافت که این عدالت را شامل رضایت متقابل همسران بدانند، نه به نحو شرط نکاح و نه به نحو حکم تکلیفی؛ بلکه حتی به عدم اعتبار رضایت همسر اول نیز تصریح شده است (حسینی شیرازی، ۱۴۲۸ ق، ص ۲۹۰-۲۹۱).

۲۹. سه حالت برای مشروعیت چنین قانونی متصور است: اول این که چنین وصیتهی به اختیار وصیت‌کننده صورت گیرد؛ دوم این که حکومت اسلامی آن را الزام کند و وصیت‌کننده به دلیل الزام حکومتی وصیت کند؛ و سوم این که شخص با وجود الزام حکومتی وصیت نکند و حکومت مستقلاً در اموال او مانند حالت وصیت تصرف کند. حالت اول بدون اشکال، صحیح است. در حالت دوم، حکومت می‌تواند با رعایت مصلحت چنین الزامی کند؛ زیرا وصیت از مباحات است و بنا بر مبنای جواز الزام حکومتی در دایره مباحات، چنین الزامی صحیح است. در حالت سوم، باید مصلحت شدیدتر

از حالت سابق و برخاسته از تراحم با واجب باشد تا تصرف حکومت در مال غیر را تصحیح کند. ولی ملاحظه ای که تذکر آن لازم است، این که در الزام حکومتی باید اولاً، واقعاً مصلحت و حالت تراحم وجود داشته باشد؛ ثانیاً، این الزام به صورت موقت و موقعیتی تلقی شده باشد. اما اگر مصلحتی که فرض شده، مصلحت ثابت و غیر موقعیتی تلقی شده باشد، به این معنا که اصل محرومیت نوه یتیم از ارث به دلیل وجود وارث طبقه اول - که در اسلام چنین است - ظلم محسوب شده باشد و در واقع این حکم اسلامی به کلی ظالمانه تلقی شده باشد، چنین مصلحت اندیشی ای غیر معتبر است.

۳۰. این نکته دقیقاً مایز بین فقه و حقوق است؛ و نویسنده محترم متن بدون توجه به تفاوت اقتضائات آن دو، حقوق جدید را حرکت تکاملی فقه به سمت اخلاق گرایی دانسته است.

یادداشت های توضیحی:

۱. مانند کانت؛ ر. ک: فلسفه حقوق، ص ۵۸۵، ش ۲۲۱.
۲. مانند جان استوارت میل؛ ر. ک: همان، ص ۵۷۶، ش ۲۱۷.
۳. مانند استاد کاتوزیان؛ همان، ص ۵۷۷، ش ۲۱۸.
۴. ر. ک: عبدالله جوادی آملی: ولایت فقیه ولایت فقه و عدالت، مرکز نشر اسراء، چاپ چهارم، ۱۳۸۳ ش، ص ۲۴۵؛ مهدی هادوی تهرانی: ولایت فقیه، چاپ اول، مؤسسه فرهنگی خانه خرد، بی جا، ۱۳۷۷ ش، ص ۱۳۰؛ حسنعلی علی اکبریان: معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر در روایات، چاپ دوم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۸ ش، ج ۱، ص ۷۶.
۵. برای نمونه ر. ک: سعید ضیائی فر: تأثیر اخلاق در اجتهاد (گفت و گو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه)، چاپ اول، پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۸ ش.

۶. و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم.
۷. أن عمر بن الخطاب قضى فى المرأة إذا تزوجها الرجل، أنه إذا أرخيت الستور، فقد وجب الصداق.
۸. برای نمونه از فقه شیعه، ر. ک: شیخ طوسی: الرسائل العشر، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، قم، ص ۲۷۵؛ محقق حلی: شرائع الإسلام، افست، چاپ سوم، تعلیق صادق شیرازی، انتشارات استقلال، طهران، مؤسسة الوفاء، بیروت، ج ۴، ص ۸۱۸. برای نمونه از فقه سنی، ر. ک: محی الدین نووی: المجموع، ج ۱۶، ص ۱۰۹؛ محمد شریبى: مغنی المحتاج، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۳۷۷ ه. ق، ملتزم الطبع و النشر، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابى الحلبي و أولاده بمصر، ج ۳، ص ۲۷.
۹. راقم این سطور معتقد است هم فقه سنی و هم فقه شیعی، پایبند به ارتباط همه احکام شرعی حتی احکام اجتماعی با خدا هستند؛ و آنچه نویسنده گفته، حداکثر درباره حقوق، مجال و قابلیت طرح دارد؛ نه در فقه.
۱۰. برای نمونه ر. ک: علی اکبر رشاد: دموکراسی قدسی، ویرایش دوم، دانش و اندیشه معاصر، تهران، ۱۳۸۲ ش؛ محمدحسن قدردان قراملکی: سکولاریزم در مسیحیت و اسلام، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۹ ش؛ همو: قرآن و سکولاریزم، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۸۴ ش؛ و عبدالحسین خسروپناه: جامعه مدنی و حاکمیت دینی، وثوق، تهران، ۱۳۸۰ ش.
۱۱. محمد حسن نجفی: جواهر الکلام، تصحیح محمود قوچانی، دارالکتب الاسلامیة، تهران، چاپ ششم، ۱۳۶۳ ش، ج ۴۱، ص ۶۷۲. آن حکم به شدت فردی عبارت است از ختنه مردی که از ختان پرهیز دارد. با

- استفاده از: سیدضیاء مرتضوی: مقاله «درآمدی بر مبانی فقهی حجاب و مسؤولیت دولت اسلامی»، مجله فقه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۵۱-۵۲، ۱۳۸۶ ش.
۱۲. ر. ک: سعید ضیائی فر، مقاله «مبانی فقهی و حقوقی اختیارات نظام اسلامی در زمینه جلوگیری از بدحجابی»، مجله فقه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۵۱-۵۲، ص ۱۲۳.
۱۳. امام صادق (ع) فرمود: لو أن الناس تركوا الحج لكان على الوالی أن يجبرهم على ذلك. حر عاملی: وسائل الشیعة، ج ۱۱، ص ۲۴.
۱۴. امام صادق (ع) فرمود: لو تركوا زیارة النبی (ص) لكان على الوالی أن يجبرهم على ذلك (منبع پیشین، ج ۱۱، ص ۲۴).
۱۵. امام صادق (ع) فرمود: قال رسول الله (ص): إن الله عز وجل جعل لكل شیء حداً، و جعل على من تعدى حداً من حدود الله عز وجل حداً (منبع پیشین، ج ۲۸، ص ۱۴).
۱۶. ر. ک: مجله فقه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۵۱-۵۲، مقالات سید ضیاء مرتضوی: «درآمدی بر مبانی کلی فقهی حجاب و مسؤولیت دولت اسلامی»؛ و حسنعلی علی اکبریان: «مبانی مسؤولیت حکومت اسلامی در ترویج حجاب».
۱۷. ر. ک: منبع پیشین، مقاله سید محمد علی ایازی: «نقد و بررسی ادله فقهی الزام حکومتی حجاب».
۱۸. مانند شیخ صدوق: المقنع، تحقیق لجنة التحقیق التابعة لمؤسسة الإمام الهادی (ع)، مؤسسة الإمام الهادی (ع)، ۱۴۱۵ ق، ص ۳۵۷.
۱۹. مانند شیخ مفید: المسائل الصاغانیة، تحقیق محمد قاضی، دارالمفید للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق، ص ۸۳؛ و سید مرتضی: الإنتصار، تحقیق و نشر مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۴۱۵ ق، ص ۳۱۲.
۲۰. برای نمونه، ر. ک: فاضل هندی: كشف اللثام، تحقیق و نشر مؤسسة

- النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ج ۸، ص ۴۹؛ و شهيد اول: القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۹۹.
۲۱. برای نمونه ر. ک: المجموع، ج ۱۷، ص ۶۹ و ۷۷. برخی طلاق مباح را هم به چهار قسم دیگر اضافه کرده اند؛ مثلاً ابن قدامة: المغنی، ج ۸، ص ۲۳۴.
۲۲. شیخ طوسی: المبسوط، تصحیح محمد باقر بهبودی، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ج ۵، ص ۶۸؛ قاضی ابن براج: المهذب، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، قم، ۱۴۰۶ هـ. ق، ج ۲، ص ۲۸۹؛ ابن حمزه طوسی: الوسيلة، تحقیق محمد حسون، إشراف محمود مرعشی، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشى النجفی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۸ هـ. ق، ص ۳۲۴؛ محقق حلی: المختصر النافع، قسم الدراسات الإسلامية فی مؤسسة البعثة، طهران، چاپ سوم، ۱۴۱۰ هـ. ق، ص ۱۹۹؛ و علامه حلی: تحرير الأحكام، تحقیق إبراهيم بهادری، إشراف جعفر سبحانی، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق، ج ۵، ص ۴۰ (به شرط دخول).
۲۳. إسماعيل مزني: مختصر المزني، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، ص ۱۹۴؛ إمام مالك: المدونة الكبرى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ۱۳۲۳ هـ. ق، ج ۳، ص ۳۴؛ و قيرواني: رسالة ابن أبي زيد، المكتبة الثقافية، بيروت، ص ۴۶۳؛ و آبي أزهري: الثمر الداني، المكتبة الثقافية، بيروت، ص ۴۶۳.
۲۴. قال: سألته (ع) عن رجل طلق امرأته و هو مريض، قال: ترثه ما دامت في عدتها و إن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة فان زاد على السنة يوماً واحداً لم ترثه و تعتد منه أربعة أشهر و عشرأ عدة المتوفى عنها زوجها.
۲۵. ر. ک: شهيد ثانی: رسائل الشهيد الثاني (چاپ سنگی)، منشورات مكتبة بصيرتي، قم، ص ۲۴۶؛ و بجنوردی: القواعد الفقهية، تحقیق مهدي مهريزي و محمد حسين درايטי، نشر الهادي، قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق، ج ۳، ص ۱۸۵.

فهرست منابع:

١. ابن براج، قاضی: (١٤٠٦ ق)، المهذب، قم، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين .
٢. ابن عبدالبر: (٢٠٠٠ م)، الاستذکار، تحقیق سالم محمد عطا و محمد علی معوض، بیروت، دارالکتب العلمیة، چاپ اول .
٣. ابی أزهری: (بی تا)، الثمر الدانی، بیروت، المكتبة الثقافیة .
٤. انصاری، مرتضی: (١٤١٤ ق)، رسائل فقہیة، تحقیق لجنة تحقیق تراث الشیخ الأعظم، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الأنصاری، چاپ اول .
٥. _____: (١٤١٥ ق)، کتاب النکاح، تحقیق لجنة تحقیق تراث الشیخ الأعظم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الأنصاری، چاپ اول .
٦. _____: (١٤٢٠ ق)، کتاب المکاسب، تحقیق لجنة تحقیق تراث الشیخ الأعظم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الأنصاری، چاپ اول .
٧. بجنوردی: (١٤١٩ ق)، القواعد الفقہیة، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، قم، نشر الهادی، چاپ اول .
٨. حر عاملی: (١٤١٤ ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چاپ دوم .
٩. حرانی، ابن شعبه: (١٤٠٤ ق)، تحف العقول، تحقیق و تصحیح و تعلیق علی أكبر غفاری، قم، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، چاپ دوم .
١٠. حسینی شیرازی، صادق: (١٤٢٨ ق)، ألف مسألة فی بلاد الغرب، تحقیق و تصحیح جلال عبد الرزاق معاش، بیروت، دارالعلوم، مؤسسة

الإمامة، چاپ اول.

- ۲۰۱
- ف
- ملاحظاتی در نقد مقاله «حقوق و اخلاق» از کتاب...
۱۱. حفید، ابن رشد: (۱۴۱۵ ق)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تنقیح و تصحیح خالد عطار، إشراف مكتبة البحوث و الدراسات، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
 ۱۲. حلی، علامه: (۱۴۲۲ ق)، تحریر الأحكام، تحقیق إبراهيم بهادری، إشراف جعفر سبحانی، قم، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، چاپ اول.
 ۱۳. حلی، محقق: (۱۴۱۰ ق)، المختصر النافع، تهران، قسم الدراسات الإسلامية فی مؤسسة البعثة، چاپ سوم.
 ۱۴. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم: (۱۴۰۶ ق)، حاشیة المكاسب، تحقیق و تصحیح و تعليق مهدی شمس‌الدین، تهران، وزارت إرشاد إسلامی، چاپ اول.
 ۱۵. خسروپناه، عبدالحسین: (۱۳۸۰ ش)، جامعه مدنی و حاکمیت دینی، تهران، وثوق.
 ۱۶. خمینی (امام)، سید روح‌الله: (۱۳۹۰ ق)، تحریر الوسيلة، نجف، مكتبة الأدب، چاپ دوم.
 ۱۷. رشاد، علی‌اکبر: (۱۳۸۲ ش)، دموکراسی قدسی، ویرایش دوم، تهران، دانش و اندیشه معاصر.
 ۱۸. رعینی، خطاب: (۱۴۱۶ ق)، مواهب الجلیل، ضبط و تخریج زکریا عمیرات، بیروت، دارالکتب العلمیة، چاپ اول.
 ۱۹. سجستانی، ابن اشعث: (۱۴۱۰ ق)، سنن ابی داود، تحقیق و تعليق سعید محمد لحم، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول.
 ۲۰. سرخسی: (بی‌تا)، المبسوط، بیروت، دارالمعرفة للطباعة و النشر و التوزیع.
 ۲۱. سید مرتضی: (۱۴۱۵ ق)، الإنتصار، قم، تحقیق و نشر مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.

۲۲. _____: (۱۴۰۵ ق)، رسائل المرتضی، تحقیق و تقدیم احمد الحسینی، إعداد مهدی رجائی، قم، دارالقرآن الکریم.
۲۳. سید سابق: (۱۳۹۷ ق)، فقه السنة، بیروت، دارالکتب العربی، چاپ سوم.
۲۴. شهید ثانی: (۱۴۱۰ ق)، شرح اللمعة، إشراف محمد کلانتر، مطبعة الآداب، نجف، منشورات جامعة النجف الدینیة، قم، منشورات مكتبة الداوری، چاپ اول.
۲۵. _____: (۱۴۱۳ ق)، مسالك الأفهام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول.
۲۶. _____: (بی تا)، رسائل الشهيد الثاني، چاپ سنگی، قم، منشورات مكتبة بصیرتی.
۲۷. صدر، سید محمدباقر: (۱۴۰۲ ق)، اقتصادنا، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، چاپ شانزدهم.
۲۸. صدر، سید محمد: (۱۴۲۰ ق)، ماوراء الفقه، تحقیق و تصحیح جعفر هادی دجیلی، بیروت، دارالأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول.
۲۹. صدوق، شیخ: (۱۳۶۱ ش)، معانی الأخبار، تصحیح علی اکبر غفاری، انتشارات اسلامی.
۳۰. صرامی، سیف الله: (۱۳۷۷ ش)، حسبہ یک نهاد حکومتی، واحد فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
۳۱. ضیائی فر، سعید: (۱۳۸۶ ش)، مقاله «مبانی فقهی و حقوقی اختیارات نظام اسلامی در زمینه جلوگیری از بدحجابی»، مجله فقه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۵۱-۵۲.
۳۲. طباطبایی، سید محمدحسین: (۱۳۶۲ ش)، تفسیر المیزان، دارالکتب

الإسلامية، چاپ چهارم.

۲۰۳

فصل

ملاحظاتی در نقد مقاله «حقوق و اخلاق» از کتاب...

۳۳. طوسی، شیخ: (بی تا)، المبسوط، تصحیح و تعلیق محمد باقر بهبودی، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية.

۳۴. طوسی، ابن حمزه: (۱۴۰۸ ق)، الوسيلة، تحقیق محمد حسون، إشراف محمود مرعشی، قم، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشى النجفی، چاپ اول.

۳۵. فاضل هندی: (بی تا)، كشف اللثام، قم، تحقیق و نشر مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.

۳۶. فتح الله، أحمد: (۱۴۱۵ ق)، معجم ألفاظ الفقه الجعفری، دمام، مطابع المدوخل، چاپ اول.

۳۷. قدردان قراملكی، محمدحسن: (۱۳۷۹ ش)، سکولاریزم در مسیحیت و اسلام، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۳۸. قدردان قراملكی، محمدحسن: (۱۳۸۴ ش) قرآن و سکولاریزم، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۳۹. قزوینی، محمد: (بی تا)، سنن ابن ماجه، تحقیق و ترقیم و تعلیق محمد فؤاد عبدالباقی، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

۴۰. قیروانی: (بی تا)، رساله ابن أبی زید، بیروت، المكتبة الثقافية.

۴۱. کاتوزیان، ناصر: (۱۳۷۷ ش)، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.

۴۲. مالک (إمام): (۱۴۰۶ ق)، کتاب الموطأ، تحقیق و تصحیح محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت، دارإحياء التراث العربی.

۴۳. _____: (۱۳۲۳ ق)، المدونة الكبرى، بیروت، دارإحياء التراث العربی.

۴۴. مجلسی، علامه: (۱۴۰۳ ق)، بحار الأنوار، تحقیق إبراهيم میانجی و محمد باقر بهبودی، بیروت، دارإحياء التراث العربی، چاپ سوم.

۴۵. محقق حلی: (۱۴۰۳ ق)، شرائع الإسلام، تحقیق و تعلیق صادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم.
۴۶. مرتضوی، سید ضیاء: (۱۳۸۶ ش)، مقاله «درآمدی بر مبانی فقهی حجاب و مسئولیت دولت اسلامی»، مجله فقه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۵۱-۵۲.
۴۷. مزنی، إسماعیل: (بی تا)، مختصر المزنی، بیروت، دارالمعرفة للطباعة والنشر.
۴۸. مصباح یزدی، محمدتقی: (۱۳۷۷ ش)، فلسفه اخلاق، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ اول.
۴۹. معزی ملایری، إسماعیل: (۱۴۱۲ ق)، جامع احادیث الشیعة، إشراف آیه الله حسین طباطبائی بروجردی، چاپخانه مهر، قم.
۵۰. مفید، شیخ: (۱۴۱۴ ق)، المسائل الصاغانیة، تحقیق محمد قاضی، بیروت، دارالمفید للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ دوم.
۵۱. موسوی خوئی، سید أبوالقاسم: (۱۴۱۶ ق)، صراة انجاة فی اجوبة الاستفتاءات، مع تعلیقات لسماحة آیه الله العظمی المیرزا الشیخ جواد التبریزی، دفتر نشر برگزیده، چاپ اول.
۵۲. نجفی، محمدحسن: (۱۳۶۳ ش)، جواهر الکلام، تحقیق و تعلیق محمود قوچانی، تصحیح إبراهیم میانجی، تهران، دارالکتب الاسلامیة.
۵۳. نراقی، ملا احمد: (۱۳۸۹ ش)، معراج السعادة، قم، بهار دلها.
۵۴. نووی، محیالدين: (بی تا)، المجموع، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۵۵. یزدی، محمد: (۱۴۱۵ ق)، فقه القرآن، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.

خلاصة المقالات

انور بنام

الاعتماد على الأدلة الظنية في أصول الفقه

سيف الله صرامي

راج في العصر الحاضر الاعتماد على الحجج الظنية كخبر الواحد في اثبات قضايا الأصول الفقهية، وقلما تعرضت للنقاش إلا أن الأمر لم يكن كذلك عند المتقدمين وعلى وجه الخصوص منذ عهد السيد المرتضى إلى عهد قريب بصاحب المعالم بل على العكس اشتهر عدم اعتبار الظنون في أصول الفقه، ويتضح من خلال استعراض أدلة هذا الموضوع أن البت بحكم (امكان اعتبار الأدلة الظنية) في إثبات أو رد مسائل الأصول الفقهية يعود إلى أدلة إثبات كل دليل ظني على حدة. إن دور الدليل الظني في إثبات أو رد المسائل الفقهية لا يدعو إلى اتخاذه دليلاً على اعتباره في المسائل الأصولية، وهذا يدخل تحت مبحث الأدراكات الاعتبارية في أصول الفقه إذ لا مجال لإدراجه في مبحث الأدراكات الحقيقية. الكلمات المحورية: الأدلة الظنية، أصول الفقه، الحجية، خبر الواحد.

دور امتنانية الدليل في تقييد الحكم

محمد علي خادمي كوشا

لقد طرح دور امتنانية الدليل في تقييد الحكم ومنع جريانها في أحكام الامتنان كأصل البراءة طرح لأول مرة من قبل الشيخ الأنصاري ثم ذاع في أوساط المتأخرين، ولكن هناك من رفضه من الفقهاء في العصر الحاضر كالإمام الخميني

(قده) ومن تأخر عنه، هذا المقال - مع فرض امكان وجود الامتنان الخاص في بعض ادلة الاحكام بصدد اثبات دور امتنانية الادلة في مقدار دلالة الدليل، والجديد الذي جاء به هذا المقال هو تقرير نظرية الشيخ الانصاري التي تعتمد على عدم جريان ادلة الامتنان في موارد خلافه مع تحليل نظرية الامام الخميني واستعراض ادلتها كما اتجه الكاتب في هذا المقال نحو اثبات تاثير امتنانية الدليل في تقييد الحكم عن طريق تقييد دلالة الدليل وسلب اطلاقه، لاعن طريق علية الامتنان للاحكام الامتنانية التي وقعت محل اشكال الامام الخميني (قده).
الكلمات المحورية: الامتنان، الحكم الامتناني، مقام الامتنان.

التقليد الابتدائي للميت

محمد جواد مسلمي

تقليد المجتهد بمعنى اتباع فتواه هو المنهج الشائع بين العامة بهدف الوصول الى احكام الشريعة، وقد تطرق المقال الى احد انواع التقليد اي التقليد الابتدائي للمجتهد بعد وفاته وقد تناول ثلاثة محاور حيث طرح بداية مفهوم التقليد وتوضيح المصطلحات في باب التقليد وايضا بيان تاريخية هذا البحث بين اوساط الفقهاء والاصوليين، واما المحور الثاني فقد عقد لذكر ادلة مانعي ومجوزي التقليد الابتدائي للميت تمحيصا ونقدا واما المحور الثالث فيضم استنتاجات الكاتب لادلة الطرفين واستعراض انطباعه الفقهي حيال الحكم بجواز التقليد الابتدائي للميت بناء على اهم دليل في هذا الصدد وهو الارتكاز العقلائي.
الكلمات المحورية: التقليد الابتدائي، شرط الحياة في المقلد، سيرة المتشركة، سيرة العقلاء، الارتكاز العقلائي.

اعتبار رأي الاغلبية

استنادا الى مبدأ كشف الحقيقة وسائر المبادئ

مسعود امامي

تطرق هذا المقال الى مناقشة اعتبار رأي الاغلبية استنادا الى مبادئ أربعة هي: (كشف الحقيقة) و (الشرعية الدينية) و (المصلحة) و (المصادقية)، كما تم

استعراض النتائج المنطقية والعقلية المترتبة على كل مبدأ .

واستخلص الكاتب ان رأي الاغلبية استنادا الى تلك المبادئ تفتقر الى الاعتبار العقلي او ان اعتباره قابل للاثبات في اطار محدود، وقد خرجنا في مقالة نشرت في العدد ٧٢ من هذه المجلة تحت عنوان (الاعتبار العقلي لرأي الاغلبية وفق مبدأ حق تقرير المصير) بنتيجة مفادها ان اوثق المبادئ التي يعتمد عليها والتي تشكل عماد الانتخابات الرئاسية في العصر الراهن هو مبدأ حق تقرير المصير .

الكلمات المحورية: رأي الاغلبية، الرأي العام، الشرعية، المصادقية، الشورى، حق تقرير المصير .

البحث الفقهي لوقف المال

السيد صادق الطباطبائي

تعتبر السنة الحسنة للوقف دعامة اقتصادية للاهداف الانسانية العليا التي تركت تأثيرا عظيما على الوضع المعاشي للناس طول التاريخ بهدف تنمية الثقافة والعلوم، و الآن مع التطورات الجارية في حياة البشر واتساع دور الموارد المالية في تنمية البلدان ومع تعميق الصلة بين المؤسسة المباركة للوقف وبين المال يمكن الاستفادة من هذه السعة المتاحة لتخفيض الانفاق الاجتماعي وتعالى المجتمعات .

وفي الادبيات الاسلامية فان مفهوم الوقف قد ارتبط الى حد بعيد بحفظ العين الموقوفة وعدم التصرف فيها او تبديلها او تغييرها لذا فالبحث عن دخول هذا المورد المالي الاسلامي الى سوق الثروة والمال بحث عميق ودقيق .

وقد سعى المقال استنادا الى الادلة والمصادر الفقهية المتوفرة الى تناول الوقف دراسة وبحثاً، ورسم منهج مناسب للمحققين في الاقتصاد الاسلامي بهدف التمهيد لدخول الوقف هذا الحقل نظراً للدور الذي يلعبه في تعديل وتوزيع الثروة في المجتمع .

الكلمات المحورية: الوقف، شروط المال الموقوف، وقف المال، المال .

ان لاحكام المحاكم استنادا الى الامارات العلمية سهماً وافراً في التحقيقات الجنائية ، وفي هذا الخضم تعتبر التقارير الطبية والقانونية والتحقيقات الجنائية اللذان هما ركنان مهمان ، من اهم الامارات القضائية التي تمد العون لكوادر المحكمة ، من هنا فمن الجدير النظر في ادلة علم القاضي واعتباره مبنى لحجية الامارات القضائية والاثبات العلمي للدعاوي ، وفي هذا الاطار يقترن تحليل الاتجاهات العلمية في هذا الموضوع بنقد الادلة المخالفة لعلم القاضي ، من جهة اخرى تساعد حجية القضاء استنادا الى علم القاضي في الكشف عن الحقيقة وبيان نظر المقنن في هذا المجال .

الكلمات المحورية: الامارات القضائية ، دليل الاثبات ، حق الله ، حق الناس ، علم القاضي .

ملاحظات في نقد فصل الحقوق والاخلاق

من كتاب التضاد والتعارض في الاسلام لغيلسون

حسن علي علي اكبريان

يضم هذا المقال ثلاثين ملحوظة على فصل الحقوق والاخلاق من كتاب التضاد والتعارض في فقه الاسلام ، وتدور اغلب هذه الملاحظات حول محورين : الاول وجوه الاختلاف بين الفقه والحقوق وعلاقة الاخلاق بهما من جهة والخلط الذي وقع فيه مؤلف الكتاب من جهة اخرى ، الثاني : الاختلافات بين مذهب الامامية وسائر المذاهب الاسلامية حيث مال المؤلف عن جادة الصواب ادت به الى التشبث بنتائج باطلة نظرا لعدم وقوفه على مذهب الامامية بل سائر المذاهب والهدف الاساس من وراء بيان المذاهب الاسلامية اضافة الى سردها على الوجه الصحيح - الكشف عن مواطن الخلل في استنتاجات المؤلف .

الكلمات المحورية: الحقوق ، الاخلاق ، علاقة الاخلاق بالفقه ، علاقة الاخلاق بالحقوق ، علاقة الفقه بالحقوق .