

شبکه اجتهاد / ijtihadnet.ir

نظام قانونی ولائی

در فقه و اصول

آیت الله سید احمد مددی زیدعزه

۷	پیشگفتار
۸	تحلیل علم اصول
۸	«حجت»، موضوع علم اصول
۸	«مصادر تشریح» و «طرق وصول به مصادر» دو بخش اصلی اصول
۸	وجود مسائل اصولی در قالب فتوا، در برهه پیش از تدوین علم اصول
۹	هفت مرحله «حکم»، محور مباحث اصولی
۱۰	ریشه‌یابی مسائل اصولی از سه منظر «ادبیات قانونی»، «روح قانونی»، «فضای قانونی»
۱۰	۱. ادبیات قانونی
۱۰	۲. روح قانونی
۱۲	عدم وضوح روح قانونی در عصر نزول آیات و روایات
۱۳	۳. فضای قانونی
۱۴	محور اول؛ ادبیات قانونی
۱۴	مباحث الفاظ
۱۴	ظهورات قانونی خاص در ادبیات شرعی
۱۵	تحلیل مفاد «وجوب» از زاویه «ادبیات قانونی»
۱۵	تحلیل مدالیل صیغه امر در اصول
۱۵	معنا دار بودن هیئات و معنای حرفی آن
۱۶	تحلیل صیغه «افعل» از منظر نسبت میان «آمر، مأمور و مأموربه»
۱۸	تفسیر «وجوب» در تکالیف مالی
۱۹	تحلیل نهایی مدالیل صیغه «افعل» (وجوب)، مبتنی بر «ادبیات قانونی»
۲۰	برخی دیگر از تحلیل‌های «ادبیات قانونی»
۲۰	مفاد هیئت وصف یا لقب
۲۰	مدلول نهی در معاملات و عبادات
۲۱	«جعل» با بیان «نفی»
۲۲	محور دوم؛ فضای قانونی (فضاهای هفتگانه متصور در طرح مباحث اصولی)
۲۲	فضاهای علم اصول
۲۲	۱. فضای تفسیر اراده تشریحی به تکوینی
۲۲	۲. فضای عرف عام
۲۳	۳. فضای رابطه عبد و مولا
۲۳	۴. فضای مدالیل و ظهورات لفظی
۲۴	۵. فضای کلامی

۲۴	۶. فضای فلسفی
۲۵	۷. فضای قانونی
۲۵	تطبیق فضاهای هفت گانه بر مسأله «اجتماع امر و نهی»
۲۵	۱. فضای تفسیر ارادهٔ تکوینی به تشریحی
۲۵	۲. فضای عرف عام
۲۶	۳. فضای رابطهٔ عبد و مولا
۲۶	۴. فضای دلالت لفظی
۲۶	۵. فضای کلامی
۲۶	۶. فضای فلسفی
۲۷	۷. فضای قانونی
۲۷	ترجیح «فضای قانونی» بر فضاهای دیگر در شریعت خاتمه
۲۸	سیر تاریخی فضاهای هفتگانه
۲۸	تاریخچه «قانون»
۲۹	تاریخچه «قانون» در اسلام
۳۰	مقایسه فضای «عبد و مولا» با فضای «نظام قانونی»
۳۰	نسبت نظریه «انحلال امر» و «خطابات قانونی» با «فضای قانونی»
۳۰	وضوح و عدم ابهام، از خصوصیات «نظام قانونی»
۳۱	انسجام، خصوصیت فضای قانونی
۳۱	اخذ عناوین به نحو حیثیت تقیدی در قوانین
۳۱	ابتنای «نظام قانونی» بر «مصلح و مفاسد» و ابتنای «امر و نهی مولا به عبد» بر «اراده مولا»
۳۲	تمسک به آیه «عبداً مملوفاً لا یقدر علی شیء» در فقه و تناسب آن با فضای «عبد و مولا»
۳۳	سازگاری «اصاله الحظر» با فضای «عبد و مولا»
۳۳	نگاهی دوباره به «اجتماع امر و نهی» در نظام قانونی
۳۳	دیدگاه فضل بن شاذان بر «اجتماع»
۳۵	دلالت مجموعه ای از روایات بر «امتناع»
۳۵	تصویر «امتناع» در «نظام قانونی»
۳۵	«ادبیات قانونی»، «روح قانونی» و «فضای قانونی»، سه محور در «نظام قانونی»
۳۶	تصویر «اجتماع» در «ادبیات» و «روح قانون»
۳۶	تصویر «امتناع» در «فضای قانونی»
۳۷	انسجام بخشی، نظام مندی و نسبت میان ادله در «نظام قانونی»
۳۷	نسبت میان دو آیه «اوفوا بالعقود» و «و لایأب الشهداء اذا ما دعوا»
۳۸	ترابط و انسجام احکام در نظام قانونی
۳۹	«تزامم» یا «تعارض» ادله، در «نظام عبد و مولا» و «نظام قانونی»

۳۹	سه تفکر گوناگون در باب تزاحم
۴۰	ارجاع ریشه‌های بحث به «نظام قانونی» یا «نظام عبد و مولا»
۴۰	اختلاف میان اصولیین و اخباریین در «شان قانونگذار» در دخالت در مرحله «تنجز» حکم
۴۱	بازگشت اختلاف، به گستره «شان قانونگذار» نسبت به مقام «امثال»
۴۲	«نسبت سنجی میان قوانین» بر پایه فهم فطری بشر
۴۲	ضرورت انسجام میان احکام در «نظام قانونی» مبتنی بر ملاحظه «تعارض» میان ادله
۴۳	نگاهی دوباره به مسأله «اجتماع امر و نهی» از منظر «تزاحم و تعارض»
۴۳	قوام بحث «اجتماع امر و نهی» به «اطلاق دلیلین» و عدم امکان تقیید «مقام جعل» توسط «مقام امثال»
۴۴	مناقشه در برخی موارد «تزاحم»، و ارجاع آن به «تعارض» و ملاحظه نسبت میان ادله مبتنی بر «فضای قانونی»
۴۴	تصویر «امتناع» در «فضای قانونی»
۴۴	تفسیر آیه «وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ» در «فضای قانونی»
۴۵	نسبت میان «أوفوا بالعقود» و «ألا تطغوا فی المیزان»
۴۵	حقیقی و فطری بودن انسجام قانونی
۴۶	توسعه «میزان» به همه احکام الهی
۴۶	ارتکاز قدمای اصحاب، اندیشه اهل سنت و قوانین امروزی بر تأیید «تعارض» و نه تزاحم
۴۷	هماهنگی و انسجام میان «اعتبارات شخصی» و «اعتبارات قانونی»
۴۷	معنای حدیث «فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»
۴۸	تحلیل تلازم «وجوب» و «مجانیت» در کلام صاحب جواهر مبتنی بر «نظام قانونی»
۴۹	اثر «نذر» به عنوان یکی از اعتبارات شخصیه در نظام قانونی
۴۹	نسبت میان شرط طلاق و «المؤمنون عند شروطهم»
۵۱	تطبیقات «فضای قانونی»
۵۱	تطبیق برخی آیات و روایات با «فضای قانونی»
۵۵	تحلیل برخی مسائل فقهی - اصولی برمبنای «نظام قانونی»
۵۵	طرح مسأله «اخذ اجرت در واجبات» از منظر «نظام قانونی»
۵۵	قضاوت نهایی در معنای «وجوب» و مسأله «اخذ اجرت» باتوجه به ابهام در وجود «روح قانونی» در صدر اسلام
۵۶	تحلیل حقیقت اعتبارات
۵۶	تطبیق بحث فضای قانونی بر شروط و عقود
۵۷	حدیث الطلاق بید من أخذ بالساق
۵۸	مسأله نذر احرام قبل از موافقت
۶۱	قصر صلوات در سفر صید به دلیل «الكاد علی عیاله...»
۶۲	عدم مفهوم جمله شرطیه در نظام «عبد و مولا»، برخلاف «نظام قانونی»
۶۳	«نظام قانونی ولائی» در اسلام
۶۳	مفهوم شناسی «ولایت»

۶۳	جایگاه «ولایت»، در نظام قانونی
۶۴	«ولایت»، طریق ارتباط انسان با خداوند
۶۴	ولایت تشریحی و ولایت تنفیذی
۶۴	طبیعت اجتماعی «ولایت بر جامعه»
۶۵	اجتماعی بودن برخی موضوعات همچون «زکات»
۶۵	«ولایت اجتماعی» و تفاوت آن با ولایت فردی در فقه
۶۵	«ولایت فقیه» نسخه کوچک ولایت ائمه(ع)
۶۶	رابطه «نظام قانونی» و «ولایت» در ضمن دو مثال
۶۷	تحلیل نظریه «حق الطاعه» بر مبنای «ولایت»
۶۷	ابتنای نظام قانونی بر «ولایت»
۶۷	هیئت ترکیبی «جامعه» و مصلحت و مفسده داشتن آن
۶۸	پذیرش «مصلحت سلوکیه» مبتنی بر «مصلحت اجتماعی»
۶۸	بازگشت «دلالت» به «روابط اجتماعی»
۶۹	فقه ولایی
۶۹	عاری بودن فقه و اصول اهل سنت از جنبه ولایی و سرایت آن به شیعه
۶۹	انحصار شأن فقهای بزرگ اهل سنت در «استنباط احکام»
۷۰	تفاوت دیدگاه اهل بیت(ع) با فقهای اهل سنت
۷۰	انتقال اصول استنباطی به شیعه و برخورد اخباری‌ها با آن
۷۱	فقه شیعه، «فقهی ولایی»
۷۱	ملاحظه «لوازم اجرایی» در «نظام های قانونی» توسط «فقه ولایی»
۷۳	حکومت دینی، تحقق بخش «نظام های دینی»
۷۳	ضرورت تحقق عینی اخلاق و نظام اخلاقی
۷۴	تناسب «احکام السلطانی بودن لا ضرر» با «نظام قانونی»
۷۵	نمونه هایی از جمع میان ادله از فروع «لا ضرر و لا ضرار» در مقام سازوکارهای اجرایی
۷۵	نمونه اول
۷۶	نمونه دوم
۷۶	نمونه سوم
۷۷	توسعه حکم «لا ضرر» در سنت
۷۷	نمونه هایی از فقه ولایی در روایات رسول الله(ص) و اهل بیت(ع)
۷۷	امر علی بن یقطین به ترک متعه
۷۸	نهی از کشتن الاغ های اهلی در جنگ خیبر
۷۸	جعل زکات بر خیل در زمان امیرالمؤمنین(ع)
۷۹	آمیختگی فقه ولایی و استنباطی

۷۹	لفظ آب جاری در روایات
۷۹	حقیقت آب جاری
۸۰	دو تفسیر در آب جاری
۸۱	وظیفه فقیه در زمان ما

«تکامل تفقه دینی» ضرورتی انکارناپذیر و حقیقتی اجتناب‌ناپذیر در پیش روی حوزه‌های علمیه است که می‌بایست با حضور جدی و مجاهدت علمی اندیشمندان و صاحب‌نظران عرصه اجتهاد و فقهت صورت پذیرد. بی‌شک ورود به این عرصه خطیر، جز از طریق تضارب آراء و هم‌افزایی علمی میان عالمان و فضلاء حوزوی ممکن نخواهد بود. از این رو لازم است که دیدگاه‌های نوین اساتید عالم و فاضل، تبیین و تنقیح شده و در معرض تأمل و ارزیابی جامعه حوزوی قرار گیرد.

متن حاضر، تدوین هفده جلسه درس خارج فقه حضرت آیت‌الله سید احمد مددی ^{زیدعزه} است که پیرامون «نظام قانونی» به‌عنوان نظام زیرساختی علم اصول و فقه ارائه شده است. این جلسات از تاریخ ۱۳۹۴/۹/۲۸ الی ۱۳۹۴/۱۱/۵ برگزار گردیده است. این بحث از آنجا حائز اهمیت است که به «تکامل روش تفقه» معطوف بوده و دارای ابداعات و افق‌گشایی‌های متعددی است که بر پایه‌ها و ریشه‌های علم «اصول» و - در مرتبه بعد- «فقه» تأثیرگذار است. از این رو نسبت به آن دسته از نوآوری‌های عرصه فقهت که به یک مسأله یا موضوع خاص محدود است، اهمیت مضاعف دارد.

شاید بتوان عصاره این دیدگاه را چنین تقریر نمود که: آنچه تاکنون زیربنای فقه و اصول قرار گرفته است، عمدتاً فرهنگ و ارتكازی بوده که نسبت میان عبد و شارع را مبتنی بر فضای «عبد و مولا» تصویرسازی می‌کرده است. اما امروزه با تکامل جوامع بشری و ارتقاء تناسبات اجتماعی به سطح «نظام قانونی»، می‌توان دریافت که شریعت خاتم نیز هرچند در سطح «ادبیات»، برخی مختصات فضای «عبد و مولا» را لحاظ کرده، اما بنیان آن بر «نظام قانونی» استوار است. البته «نظام قانونی» شارع مقدس، بر محور عنصر «ولایت» است و از این رو با نظامات اجتماعی متداول، تمایز دارد. دستیابی به «نظام قانونی ولایی» نیازمند نوع دیگری از تفقه است که «فقه ولایی» نام دارد.

از ویژگی‌های این دیدگاه، وجود تطبیقات فقهی و اصولی فراوان در ضمن بحث است که به فهم بهتر این نظریه کمک شایانی می‌کند. از آنجاکه این بحث در خلال موضوع «اخذ اجرت بر واجبات» طرح گردیده است، بیشتر مثال‌ها پیرامون همین مسأله و تحلیل از «وجوب» است.

روش تنظیم بحث بدین شکل بوده است که ابتدا متن جلسات از سایت نشر درس‌های ایشان^۱ دریافت شده و سپس با اعمال ویرایش مختصر، مطالب آن فهرست زده شد. سپس با رجوعی مجدد و جابجایی حلقه‌های مختلف بحث، سعی شد کل متن دارای سیری منطقی و منظم گردد. از این رو از متن درس، مطلبی حذف نشده و صرفاً چینش مطالب تغییر پیدا کرده و برخی نکات حاشیه‌ای و استطرادی به پاورقی منتقل شده است.

امید است تنظیم و انتشار این بحث، گامی هرچند کوتاه، در مسیر بالندگی مباحث حوزه «فقه حکومتی» و «تکامل روش تفقه» باشد.

یحیی عبدالهی

تحلیل علم اصول

«حجت»، موضوع علم اصول

می‌گویند: آقای بروجردی در درس می‌فرمودند - شاید مستفاد از کلمات ایشان است - که موضوع علم اصول، «حجت» است. این مطلب درست است. مراد از «حجت» هم صورت ذهنی است نه حجت خارجی؛ چراکه منطبق و فلسفه به واقع خارجی می‌روند. همه بحث اصول تحلیل این صورت ذهنی است، مثلاً شما می‌گویید: این آب کر بود و پنج کر هم بود و نجس بود رنگ آن هم سرخ بود، حالا رنگش رفته است باز نجس است، استصحاب بقای نجاست می‌کنید، یعنی این صورت را بررسی می‌کنید که این استصحاب قابل جریان است یا نه؟ یا أصالة البرائة جاری می‌شود؟ یا صیغه افعال دلالت بر وجوب می‌کند یا نه؟ در اصول تمام مباحث اوامر، نواهی حتی مباحث اجماع، ناظر به حجیت است؛ مثلاً در اصول بحث می‌شود که آیا اجماع حجت است یا نه؟ و...

«مصادر تشریح» و «طرق وصول به مصادر» دو بخش اصلی اصول

به‌طور کلی آنچه که ما تاکنون در اصول داشته‌ایم ابتدا از شافعی در کتاب رساله نقل شده است. علم اصول به‌طور طبیعی از همان قرن‌های سوم و چهارم به دو بخش اساسی تقسیم می‌شد: ۱. مصادر تشریح مثل کتاب و سنت و عقل و اجماع و چیزهای دیگری مثل شورا که گفته‌اند. ۲. طرق وصول به مصادر تشریح، مثل خبر واحد و ظهورات و... حال برخی اسم یکی را «حجت ذاتی» گذاشته‌اند یکی را «حجت اثباتی».

بحث از مصادر تشریح از بعد از پیامبر(ص) شروع شد؛ چون صحابه بحث کردند که مثلاً اجماع حجت است یا نه؟ و مصادر تشریح غالباً مبنایی است و مذاهب روی آن بنا شده است و غالباً بحث ما با اهل سنت در مصادر تشریح به جایی نمی‌رسد، مثلاً آن‌ها می‌گویند: عمر گفته است: قیاس حجت است و ما می‌گوییم: علی بن ابی‌طالب(ع) گفته است حجت نیست. این‌ها بحث‌هایی است که ما در آن‌ها با اهل سنت به جایی نمی‌رسیم مگر به قول اصفهانی: «إلا بضمصام عزیز مقتدر»، مگر امام زمان بیاید و درستش کند.

اما طبیعت قسم دوم مباحث اصول، مذهبی نیست، مثلاً صیغه «افعل» دلالت بر وجوب دارد یا نه؟ ممکن است حتی فقهای شافعی عده‌ای قائل شوند عده‌ای قائل نشوند، خود فقهای ما عده‌ای قائل هستند عده‌ای قائل نیستند. پس مباحث دوم غالباً و نه دائماً جنبه‌های مذهبی ندارد و بیشتر جنبه‌های مکتبی و فکری است از یک فقیه تا فقیه دیگر و از یک اصولی تا اصولی دیگر. این راهی است که در اصول هست، کل اصول من البدو إلى الختم این است.

وجود مسائل اصولی در قالب فتوا، در برهه پیش از تدوین علم اصول

مباحث اصولی به یک معنا از زمان صحابه شروع شد، لکن در آنچه که به ما رسیده موارد کمی هست که در آن جنبه اصولی حفظ شده باشد، بلکه آنچه در آن حفظ شده، جنبه فتواست، مثلاً در این مسأله که وطی زن بعد از انقطاع دم و قبل از اغتسال حرام است یا نه، عده‌ای می‌گفتند: حرام است یعنی «استصحاب» جاری می‌شود و برخی می‌گفتند: حرام نیست یعنی استصحاب جاری نمی‌شود که بعدها در اصول این را به برائت تفسیر کردند. فرض کنید از صحابه نقل شده باشد که باید مکان نماز مباح

باشد، این را بعدها به «اجتماع امر و نهی» تفسیر می‌کردند و می‌گفتند: مثلاً فلانی امتناعی است درحالی‌که در کلمات آن صحابه تعبیر امتناع نیست.

بیشترین بخش کلمات صحابه را «مصادر تشریح» و «کیفیت استنتاج احکام» به روشی که بعدها آن را قیاس یا اجماع نامیدند تشکیل می‌داده است. گاهی هم مسائلی مثل استصحاب و حجیت خبر بوده است، اما سنخ مسائل اصولی مثل «اجتماع یا امتناع امر و نهی» هم مطرح بوده است، مثلاً فخر رازی در اصول می‌گوید: ما باشیم و مقتضای قاعده، نماز در مکان غضبی باطل است ولی چون صحابه در مکان غضبی پشت خلفا نماز می‌خواندند - خلفایی که اموال مردم و خانه‌های آنان را غضب می‌کردند - به دلیل عمل صحابه قائل به اجتماع امر و نهی می‌شویم، باینکه صحابه بحث اصولی اجتماع امر و نهی را ندارند. ما می‌توانیم به عملکرد صحابه، بحث اصولی بدهیم. ممکن است اشکال شود که این‌ها فتوای فقهی است نه مسأله اصولی، اما استظهار بنده این است که این‌ها مجرد فتوا نیست بلکه مسأله اصولی هم هست، مثلاً ما در مسأله قبل، از ائمه (ع) روایات متعدد داریم که بعد از انقطاع دم اشکال ندارد، البته در بعضی روایات غسل موضع را دارد ولی غسل نمی‌خواهد. علمای ما تاکنون از این مسأله حکم فقهی فهمیده‌اند ولی اگر این تصور درست باشد، از آن، مسأله اصولی هم درمی‌آید، یعنی وقتی امام می‌فرماید: قبل الاغتسال اشکال ندارد یعنی استصحاب جاری نکرده است. اگر در قرن دوم کلام امام صادق (ع) به یک فقیه می‌رسید می‌گفت: امام صادق (ع) استصحاب را در شبهات حکمیة کلیه جاری نمی‌کند چون در آن زمان مسلم بود که در این مسأله از رسول الله (ص) روایت نیست لذا یا استصحاب جاری می‌شود و قائل به حرمت می‌شویم و یا استصحاب جاری نمی‌شود و برائت جاری می‌کنیم و قائل به حلّیت شویم و راه سومی نبود، ولی الان علمای ما چنین نمی‌فهمند و می‌گویند: شاید ائمه روایت خاصی از رسول الله (ص) داشته‌اند که در این صورت مسأله فقهی می‌شود.

این مسأله بسیار مهم است؛ چون این مسائل تقریباً در اواخر قرن دوم در اصول شکل گرفته است و ما می‌خواهیم دو قرن را برایتان تفسیر کنیم یعنی از زمان صحابه تا حدود سال ۱۹۵ را که زمان تألیف کتاب شافعی است. البته پیش از آن هم کتاب‌های اصولی برای شیانی و دیگران بوده است ولی آنچه به دست ما رسیده رساله شافعی است که حدود سال ۱۹۵ تألیف شده است. در این کتاب مباحث اصولی به شکلی که ما می‌گوییم نیست، اعتقاد بنده این است که در آن زمان مباحث اصول در ضمن فتوا آمده است. مخصوصاً بعد از علامه استصحاب در شبهات حکمیة قبول شد و جا افتاد. یکی از نقاط کلیدی و اساسی که اخباری‌ها به اصولی‌ها به شدت حمله کردند همین استصحاب بود لکن طرفین هم به این روایات تمسک نکردند البته بعد از دوره‌ای که اخباری‌ها مقداری اوج پیدا کردند مرحوم وحید و بعد از ایشان مرحوم شیخ استصحاب را پذیرفت و پس از آن در اصول ما جا افتاد تا آقای خوئی که به نکته تعارض، استصحاب را قبول نکردند، لذا اگر در جایی تعارض نباشد قبول می‌کنند، که البته تعارضش دائمی است. عقیده ما هم این است که استصحاب در شبهات حکمیة کلیه جاری نمی‌شود و البته ما راهی بجز راه آقای خوئی و اخباری‌ها رفتیم. به‌رحال این از مسائلی است که در اصول بسیار تأثیرگذار است و باید روی آن کار شود. اگر این سیر قصه روشن شود خیلی از جهات روشن می‌شود.

هفت مرحله «حکم»، محور مباحث اصولی

می‌شود اصول را از راه‌های دیگر مطرح کرد مثلاً محور اباحت اصول را بر اساس تکلیف و «حکم» و جعل قرار دهیم. هفت مرحله برای بررسی «حکم» بیان کردیم که سه محور قبل از جعل است: «ملاکات» و «حب و بغض» و «اراده و کراهت». مرحله بعدی «جعل» و حقیقت و کیفیت جعل است، و مرحله بعدی مرحله «ابلاغ و ارسال رسل»، مرحله بعد مرحله «وصول به عبد یا

تنجز است که اصول قدیم در این مرحله تحت عنوان تنجز کار می‌کند، مرحله آخر هم «امثال» است که در بعضی اباحت اصول، مبحث امثال پراکنده آمده است و باید این‌ها را یکجا جمع کنیم. اگر این کار بشود و بتوانیم اصول جدیدی بر اساس معرفت جعل و تشریح در محاور سبعة تدوین کنیم راه خوبی است.

ریشه‌یابی مسائل اصولی از سه منظر «ادبیات قانونی»، «روح قانونی»، «فضای قانونی»

ریشه‌های اصولی مسائل به سه نکته اساسی برمی‌گردد که آقایان ذکر نکرده‌اند و هر مسأله‌ای را می‌بایست از این سه منظر بررسی کرد: «ادبیات قانونی»، «روح قانونی» و «فضای قانونی»^۱. این‌ها بحث‌هایی است که ما در فقه مطرح می‌کنیم و اصولاً در مباحث حقوقی در دنیا هم این بحث‌ها مطرح می‌شود.

۱. ادبیات قانونی

مراد از «ادبیات قانونی»، ادبیات و الفاظی است که در مقام «تعبیر قانونی» به کار برده می‌شود. گفتیم در اصول اسلامی لفظ شایع «ادبیات قانونی» را مثل صیغه افعال، و لا تفعل، و ماده امر و نهی مثل نهیتک و... گرفته‌اند و بحث را روی آن‌ها برده‌اند ولی بعدها ملتفت شدند که موارد دیگری هم هست و ادبیات قانونی عرض عریضی دارد و چنین نیست که واحد و یکنواخت باشد و تعابیر مختلفی مثل «لله علی الناس حج البيت»، «المؤمنون عند شروطهم»، «أتموا الحج والعمرة لله» و «أقیموا الصلاة» داریم. علاوه بر این به لحاظ قانونی گاهی از مقام «حب و بغض» یا مقام «اراده و کراهت» تعبیر شده است، مثل «إن الله یحب التوابین» و «یرید الله بکم الیسر». لذا مجموعه‌ای که ما نامش را «ادبیات قانونی در مجموعه احکام فقهی» گذاشتیم عرض عریضی دارد و بیش از این مقداری است که در کتب اصول گفته شده است و معتقدیم که در تنقیح مباحث اصول باید همه این‌ها را در «مباحث الفاظ» بررسی کنند؛ هم جهات عرفی عام و جهات لغوی اش را، و هم جهات عرفی خاصش را و آثاری را که بر آن بار می‌شود. همچنین ممکن است یک اصطلاح در قرآن در یک حد استفاده شود در روایات معنای دیگری از آن استفاده شود همه این‌ها باید در اصول منقح شود که مثلاً آیا واقعاً بین تحریم به کتاب با تحریم به سنت فرق بگذاریم یا خیر؟ و...

۲. روح قانونی

مراد ما از «روح قانونی» تفسیر و تحلیلی است که از «قانون» ارائه می‌دهیم مثل معنای «وجوب» و «حرمت» یا «استحباب» یا «کراهت». در اصول تا این بحث‌ها را معین نکنید، دیگر بحث‌های شما عقیم می‌شود؛ چون قوانین در وعاء اعتبار، عنوان خاص و حدود خاص خودش را دارد. چون وجوب یک امر اعتباری است باید تحلیل و تفسیری از آن ارائه دهیم و تفسیری که ما از وجوب ارائه می‌دهیم یک بحث «روح قانونی» است. «روح قانونی» وابسته به نحوه جعل و فهمی است که ما از آن داریم. به‌عنوان مثال، اگر «وجوب» را استنباط کرد، این وجوب همان نحوه برخورد مولا با عبدش است یا نحوه دیگری است؟ در اینجا ما با مشکلی روبرو هستیم مثلاً سید مرتضی می‌گوید: «صیغه افعال دال بر وجوب نیست، وجوب به خاطر اطاعت مولاست»، شبیه این حرف را نائینی و آقای خویی هم دارند؛ آقای خویی می‌گوید: «صیغه افعال دال بر وجوب نیست، وجوب به حکم عقل است». البته استاد (مرحوم خویی) بین عقلی و عقلایی فرق نگذاشته‌اند، ما گفتیم: حکم عقلایی غیر از حکم عقل است. در اینجا بعید است عقلی باشد بلکه بگوییم: عقلایی و به حکم عقلاست؛ چون اگر عقلی بگیریم: باید قائل به بردگی ذاتی شویم، یعنی

۱. البته یک بحث خود قانون یا ماده قانونی هم داریم که همان نص قانون است و امروزه مسأله‌ای به نام قانون اساسی و طرح‌هایی به اسم چشم‌انداز و غیره هست که ما فعلاً وارد آن بحث‌هایش نمی‌شویم.

یک عده ذاتاً برده‌اند و یک عده ذاتاً مولا. بردگی ذاتی را به نظرم ارسطو هم دارد لکن این متعارف ما نیست بردگی ذاتی را قبول نمی‌کنند. حرف نائینی قابل قبول‌تر است که می‌گوید: «به حکم عقلا است». این حرف را سید مرتضی هم دارد و تازگی ندارد. مرادش این است که شما به فرض در صیغه «افعل» یک الزام پیدا کنید اما این الزام همان وجوب قانونی است؟

سر مطلب این است که این سنخ از مطالب یا باید در جامعه تأسیس شود و یا ارتکاز باشد و این برداشت از قانون در جامعه مکه و مدینه و حتی یمن و ایران ارتکاز نبود. این، بیشتر ناظر به جنبه آمریت و شئون مولا است. مخصوصاً چون در آن زمان در دنیای عرب نظام بردگی رایج بود این تصور پیش می‌آمد که اگر مثلاً می‌گفتند: «أقیموا الصلاة»، مثل این است که صد برده را جمع کنید و بگویید: هر کدام یک سطل آب بیاورند. این که قائل به انحلال شویم یا نشویم به «روح قانونی» برمی‌گردد. این هم که عمل، ملک مولا می‌شود یا نه، به «روح قانونی» و تفسیر ما از وجوب و استحباب برمی‌گردد؛ مثلاً در وجوب آیا فقط یک رابطه بین آمر و مأمور می‌بینیم و وجوب فقط همین است که آمر، مأمور را الزام کرده است، اما این که با آب آوردن چه نسبتی پیدا می‌کند راجع به آن دیگر بحث نداریم؟

اگر جامعه قانونی نباشد هنگامی که صیغه می‌آید آن معنای وجوب درست فهم نمی‌شود لذا مثلاً بعضی از علمای اسلام منکر وجوب تخییری هستند؛ چون وجوب چیزی است که «لایجوز ترکه»، و این یجوز ترکه، یا منکر واجب کفایی هستند و می‌گویند: آن کسی که تکلیف را انجام می‌دهد، عند الله هم همان بر او واجب بوده است. مراد ما از «روح قانونی» این قبیل مباحث است. یک نکته‌اش این است که جامعه مکه و مدینه جامعه قانونی نبودند لذا الفاظ، ظهور در این معانی نداشتند و بیشتر روی رابطه «عبد و مولا» می‌رفتند. لذا سید مرتضی قائل است و نائینی و آقای خوبی هم رفته‌اند که صیغه «افعل» لغتاً دال بر الزام است اما دال بر وجوب نیست. چون وجوب یک اصطلاح خاص قانونی است و در آن زمان این تصور نبوده است بلکه الفاظ قانونی درستی حتی تا زمان امام صادق (ع) هم نبوده است لذا در بعضی از روایات که مثلاً می‌گوید: «لا تصل فی وبر ما لا یؤکل لحمه»، نائینی می‌گوید: گرچه ظاهرش نهی است، اما ارشاد به مانعیت است. البته علمای قدیم ما مثل شرایع همان ظاهر لفظ را هم اخذ کرده‌اند و گفته‌اند: «یحرم الصلاة فی وبر ما لا یؤکل لحمه»، اصلاً این بحث که «نهی در عبادات موجب فساد است یا نه؟»، نکته‌اش این است که چون نهی در عبادت است حالت زجری از آن فهمیده‌اند.

از منظری دیگر، برای وجوب، انواع تفسیرها گفته شده است؛ مثلاً یک تفسیر این است که بگوییم: در حقیقت وجوب نظر به خود عمل نیست؛ چون این نسبتی است بین «آمر و مأمور». یعنی آمر، مأمور را وامی‌دارد که مأمور به را انجام بدهد. یک تفسیر دیگر از وجوب این است که وجوب اضافه بر بعث آن عمل را هم در ذمه مأمور می‌بیند و این آثار قانونی دارد مثلاً اگر آن عمل را در آن زمان انجام نداد باید بعداً انجام بدهد. یک تفسیر دیگر این است که در وجوب، اضافه بر واداشتن مأمور و اضافه بر نهادن در ذمه او، این عمل در ذمه او ملک آمر هم می‌شود و آثار ملک را دارد همچنانکه از مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء نقل شده است که با آمدن وجوب، عمل ملک آمر می‌شود. یا مثلاً تفسیر مرحوم نائینی از معنای وجوب این بود که شما بر کار سیطره ندارید لذا «أوفوا بالعقود» آن را نمی‌گیرد حال الزام واجب باشد یا حرام باشد. یک رأی دیگر این بود که سیطره هست حق نیست، یک رأی دیگر این بود که حق هست ملک نیست. این‌ها انواع تفاسیر قانونی یا روح قانونی است. ما اسم این سنخ از مباحث را «روح قانون» گذاشتیم.

مثلاً در «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالِدَّمَ وَكُلَّ الْخَنِزِيرِ»^۱ یک تفسیر برای تحریم دم این است که بگوییم: شما خون نخور، کأنما دهان شما را بسته است که خون وارد دهانتان نشود. یک تفسیر دیگر این است که بگوییم: شما از خون محروم هستید و نمی‌شود

۱. بقره: ۱۷۳

آن را بخورید یا بفروشید با دست به آن بزیند - که اسمش نجاست است - یا در حال نماز در لباستان باشد - که اسمش مانعیت است - ما اسم این را «روح قانونی» یا تفسیر قانون یا تحلیل قانونی گذاشتیم که معنای تحریم قرآنی چیست و حتی گفتیم: ممکن است بگوییم: لفظ حَرَمٌ اگر در کتاب باشد معنای وسیع‌تری دارد تا این‌که در روایات باشد. در اینصورت این، روح قانونی دینی است که خاص به دین است نه روح کل قانون، اما اگر آن اولی باشد که بگوییم تحریم شامل همه آثار می‌شود همه قوانین را شامل می‌شود.

عدم وضوح روح قانونی در عصر نزول آیات و روایات

البته یک مشکل کلی در این قسمت داریم که این «روح قانونی» در زمان نزول آیات و روایات واضح نیست و تشخیص مشکل است؛ چون جامعه عربی به‌ویژه جامعه مکه و مدینه یک جامعه قانونی نبوده است و در جامعه‌ای که قانون در آن نباشد خواه‌ناخواه روح قانونی و تحلیل قانونی هم معنا ندارد، لذا ما بیشتر به «ادبیات قانونی» پناه می‌بریم و از این راه به ضمیمه شواهد خارجی مثل ارتکاز مسلمین - که مثلاً تحریم به فریضه با تحریم به سنت فرق می‌کند - قوانین را می‌فهمیم. لذا این‌که مرحوم کاشف الغطاء (ره) می‌گوید: «وجوب یعنی ملک آمر است»، این خودش اول الکلام است و اثبات می‌خواهد و عادتاً راه اثباتش آن قانونی است که در جامعه است و اگر در جامعه قانونی نبود این معنا را نمی‌توانیم استفاده کنیم.

البته قبل از شارع و نزول قرآن نیز فهم قانونی وجود داشت ولی به صورت بدوی و ابتدایی یا به یک صورت عرفی بسیط بود که مثلاً بر اساس آن معاملات را انجام می‌دادند اما اگر بخواهیم آن را تحدید کنیم به مشکل برمی‌خوریم. آن معامله‌ای که آنها می‌کردند بدوی بود و محدود نبود و همه مشکلات ما در علم بر سر تحدید است. مثلاً ما در بحث حجیت خبر واحد گفتیم: روایاتی هست که می‌گوید: روایات عرض بر قرآن شود. ما گفتیم: عرض بر قرآن جزء شواهد قبول خبر است اما خودش به‌تنهایی حد قبول خبر نیست یا مثلاً گفتیم: وثاقت راوی از شواهد قبول خبر است اما حد نیست مثلاً آقای خوبی می‌گوید: حد است اگر راوی ثقه بود خبرش را می‌پذیریم و گرنه نمی‌پذیریم. البته که وثاقت تأثیرگذار است و عرف در مواردی خبر ثقه را می‌پذیرد ولی بحث بر سر این است که آیا این حد است یا خیر، این محدود کردن، «روح قانونی» است. در بحث قانونی خودمان وقتی قانون حاکم نباشد این اجمالی می‌شود، همان حرف بدوی می‌شود. بله عرف معاملات دارند، مخصوصاً عرب بدوی، مخصوصاً عربی که در صدر اسلام بود.

عرف هم مختلف بود هم فرهنگشان فرق می‌کرد عده‌ای از عرب‌ها در یمن، عده‌ای در در شام، عده‌ای نزدیک ایران، عده‌ای در صحرای نجد بودند و افق‌های فکری‌شان خیلی فرق می‌کرد. این مشکل کار است. البته ما می‌گوییم: درست است این مطلب بوده است اسلام آمده این‌ها را محدود هم بکند، حال باید در مجموعه آیات و روایات تأمل بشود و توسط اهل بیت (ع) هم تبیین شده است. همه نکته فنی که ما الآن در اصول و فقه بخواهیم کاری کنیم این است که این حد‌ها را معین کنیم. همه هدف فقه این بوده است، سعی شده است این کارها بشود و در عده‌ای از موارد هم موفق هستیم. فرض کنید فاضل قطفی می‌گوید: بیع غرری با جهالت اشکال ندارد و تراضی کافی است. بحث این بود که «تجاره عن تراض» هست و شاید عرب بدوی در آن زمان یا الآن در دنیای غرب وقتی تراضی باشد معامله را قبول کنند همچنانکه هم‌اکنون عمده منبع ثروت در غرب معاملات غرری است و بدون غرر پول انباشته نمی‌شود ولی وقتی سنت پیامبر (ص) آمد که غرری نباشد حد ایجاد می‌کند.

راه ما هم‌اکنون برای فهم روح قانونی در احکام شریعت یکی «ادبیات قانونی» است و یکی تفسیر اهل بیت (ع) و شواهدی که در خود قرآن پراکنده است و باید آن‌ها را جمع‌آوری کنیم.

۳. فضای قانونی

محور سوم هم «فضای قانونی» است. «فضای قانونی»، تسانخ‌های قوانین را باهم بررسی می‌کند و «روح قانونی» خود قانون را تحلیل می‌کند و منتهی به این می‌شود که تصور ما از قوانین چیست؟ مثلاً اگر تصور ما از قوانین رابطه «عبد و مولا» باشد ممکن است «فضای قانونی» را قبول نکنیم و هر قانون، بنفسه ملاحظه شود؛ این جای خودش و آن جای خودش. «فضای قانون» - یا به تعبیر عربی «الأجواء الشرعیة» یا «الأجواء القانونیه»، - روح حاکمی است که روابط قوانین و سنخیت و تسانخ و ارتباط آن‌ها را باهم روشن می‌کند مثلاً می‌گوید: اگر در اینجا چنین شد با آن مطلب نمی‌سازد.

«فضای قانونی» ترابط و تسانخی است که بین قوانین حاکم است، مثلاً اگر در جایی شارع گفت: فلان کار حرام است دیگر «أوفوا بالعقود» یا «المؤمنون عند شروطهم» نمی‌تواند آنجا را بگیرد، مثلاً اگر گفت: خمر حرام است شما دیگر نمی‌توانید آن را خرید و فروش کنید. یا اینکه در آن قصه حکم به زراه می‌گوید: «نَقَضْتَ حَدِيثَكَ الْأَوَّلَ»،^۱ با اینکه آن‌ها باهم تضاد نداشتند روحشان به هم نمی‌خورد این دو در یک «فضای قانونی» نمی‌شود واقع شده باشند.

«فضای قانون»، فضای خاصی است که وسیع‌تر از تلازم قانونی است، یک نحوه «انسجام قانونی» و «سنخیت» را نتیجه می‌دهد و روابطی مثل رابطه تضاد یا تمانع یا تلازم است.

این احساس که این کلام امام معصوم(ع) دارای این معناست و اگر این را یک فقیه حنفی گفته بود چیز دیگر فهمیده می‌شد اما از امام معصوم(ع) یک فضای خاصی در کلمات اهل بیت(ع) حاکم است، به «فضای قانونی» برمی‌گردد. مثلاً در کلمات صاحب جواهر زیاد دیده‌ام که می‌گوید: «علی من ألهم معرفة كلامهم»، یعنی حس می‌کند در فضای کلمات آن‌ها، روابط خاصی حاکم است، البته باز بحث فضای کلمات است نه قانون.

در بحث نسبت بین «وجوب» و «اخذ اجرت»، مرحوم ایروانی از طریق برداشت از خطاب و از منظر بحث لفظی وارد شده است که مثلاً نسبت «أوفوا بالعقود» با «لا یأب الشهداء» چیست؟ این بحث هم درست است، اما این یک زاویه دیگر بحث است. ما اضافه کردیم یک «طبیعت قانونی» و «فضای قانونی» هم بین این دو حاکم می‌شود. البته گفته شد که مرحوم نائینی(ره) از راه وجوب و «روح قانونی» آمده است. ایشان در بحث تحلیل نسبت بین وجوب و اخذ اجرت می‌گوید: وجوب، الزام می‌آورد و الزام که آمد آنجا دیگر اجاره واقع نمی‌شود. آقای خوبی این مطلب را فقط در بخش الزام سلبی می‌پذیرد اما در الزام ایجابی نمی‌پذیرد. البته مرحوم اصفهانی هفت وجه را پشت سر هم آورده است. ما این را از راه دیگر مطرح کردیم گفتیم: یک «فضای قانونی» است در جایی که الزام باشد قانون الزام کند، قانون نمی‌آید آن کار را جزو التزامات شخصی حساب کند. درحقیقت این کلام مرحوم نائینی، بحث «روح قانونی» نیست، بلکه «فضای قانونی» است.

به‌رحال هر مسأله‌ای از این سه زاویه قابل طرح است؛ در اصول موجود بحث «ادبیات قانونی» نسبتاً خوب کار شده است، «روح قانونی» هم با مشکل روبرو است و باید به مجموعه شواهدی برگردیم که استفاده می‌شود، «فضای قانونی» هم که تقریباً مطرح نشده است و بیشتر نسبت‌سنجی بین ادله را روی همان الفاظ گرفته‌اند.

۱. وسائل الشیعة، ج ۴، ص: ۲۸۶

محور اول؛ ادبیات قانونی

در مجموع در «ادبیات قانونی» خوب کار شده و تحلیل‌های خوبی شده است، به‌ویژه در دنیای شیعه بعد از وحید بهبهانی و به‌ویژه در دوران اخیر تحلیل‌های نسبتاً خوبی ارائه شده اما مشکلش این است که کمی پراکنده و نامنسجم است.

مباحث الفاظ

یکی از نکات اساسی، «مباحث لفظی» است که ما از مدالیل لفظی، یا به صورت روشن‌تر از «ادبیات قانونی»، نکته درآوریم. در دنیای اسلام روی «ادبیات قانونی» کار شده است که به دو بخش اساسی تقسیم می‌شود: ۱. موارد عام که در اصول آورده‌اند مثل ظهور یا عدم ظهور، صیغه افعال در وجوب، و ۲. موارد خاص، مثلاً تا مدتی حتی معانی حرفی را هم در اصول وجود داشت، مثل علامه در تهذیب، معانی واو و فاء را نیز ذکر کرده است که الآن در اصول ما نیست.

همواره یکی از پیشنهادها ما این بوده است که اگر بخواهیم مباحث اصول را دسته‌بندی کنیم بحثی را در «الفاظ» بگذاریم و همه مباحث الفاظ را در آنجا گردآوری کنیم حتی اگر مستلزم نحوه‌ای تکرار هم شود. بحثی را هم درباره «اعتبارات قانونی» مثل: حقیقت حکم، حقیقت وجوب و استحباب بگذاریم، باز در مباحث الفاظ هم این بحث بیاید: الفاظی که کاشف از وجوب‌اند یا دال بر استحباب‌اند یا دال بر اباحه‌اند. یعنی دو بحث بیاید.^۱

ظهورات قانونی خاص در ادبیات شرعی

ادبیات در شریعت مقدسه به دو لحاظ اساسی است: یکی ظهورات لفظی، و دیگری ظهورات قانونی خاص؛ چون ممکن است لفظ واحد در شریعت در یک مجال قانونی دارای یک ظهور باشد و در مجال قانونی دیگر ظهور دیگری پیدا کند مثلاً لفظ تحریم، اگر در قرآن آمده باشد از همه انواع تصرفات شما جلوگیری کند اما اگر همان لفظ تحریم در سنت آمده باشد خصوصاً تصرف مناسب را مانع شود مثلاً اگر در قرآن «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ»^۲ آمد از آن حرمت شرب خون، حرمت

۱. مثلاً بحث «اجتماع امر و نهی»، هم در بخش مباحث قانونی بیاید و هم در بخش مباحث الفاظ. الآن برخی آقایان بحث اجتماع را در مباحث الفاظ نهاده‌اند و برخی آقایان مثل مرحوم اصفهانی و شاگردش مرحوم مظفر از مباحث الفاظ جدا کرده‌اند. لکن به نظر ما هم باید در مباحث الفاظ بیاید و هم در مباحث قانونی؛ چون دو دیدگاه دارد.

یا الآن غالباً اینطور است که در عده‌ای از کتب بحث «مقدمه واجب» را در مباحث الفاظ آورده‌اند و آقایان متأخر ما هم می‌گویند: در الفاظ نیست، عقلی است. نظر ما این است که این بحث، عقلی نیست، قانونی است و هم دیدگاه قانونی دارد و هم دیدگاه لفظی و دیدگاه‌ها هم مختلف است و دو جا هم باشد: یکجا به لحاظ قانونی و یکجا به لحاظ لفظی. چون در طول تاریخ از هر دو لحاظ نگاه کرده‌اند.

آقای خوئی در کتاب مصباح، «معنای حرفی» را در مقدمه اصول دارد و معنای فعلی را به مناسبتی در مثل بحث اوامر آورده، و معنای اسمی را هم لابلای مطالب آورده است، درحالی‌که مثلاً از ابتدا باید وارد معنای اسمی و حرفی می‌شدند. یا مثلاً ما در اصول بحث هیئات انفرادی و هیئات ترکیبی داریم که هیئات ترکیبی خودش منقسم به تام و ناقص می‌شود، لکن هیئات انفرادی را در یک جا آورده‌اند و هیئات ترکیبی مثل مشتق را در جای دیگر و انسجامی به اباحت نداده‌اند.

در مجموع «ادبیات قانونی» در مباحث اصول دنیای اسلام خوب است فقط مقداری پراکنده و ناهمگون و نامنسجم است و نیاز به تحلیل‌های تاریخی و اجتماعی بیشتر دارد و مباحث لفظی‌اش نیاز به کارهای بیشتر دارد. زیرا چنین نیست که صرفاً مثلاً بگوییم: صیغه افعال ظهور در وجوب دارد، چون در واقع خارجی چه در قرآن و چه در روایات چنین نیست که حتی مثلاً هشتاد درصد تعابیر ما به صیغه افعال باشد بلکه به عکس هشتاد درصد به غیر صیغه افعال یا لا تفعل است یعنی ما با خواندن این اصول متعارف نمی‌توانیم مستقیم وارد فقه شویم. ما اصول را وقتی اصول می‌دانیم که وقتی شما یک دوره آن را دیدید و وارد یک مسأله فقهی شدید به راحتی استنباط کنید.

۲. بقره: ۱۷۳

خرید و فروش آن، مانعیت نماز و نجاست و مانعیت طواف استفاده می‌شود چون معنای تحریم کتاب این است که شما از همه جهات از آن محروم هستید و هیچ نحوه ارتباطی بین شما و آن نمی‌گذارد. ولی اگر در سنت آمد که «حرم علیکم الدم»، این به معنای شرب است. ۱. این را اصطلاحاً «ادبیات قانونی خاص به شریعت» می‌گویند که بگوییم: لفظ تحریم در کتاب یک معنا می‌دهد همان لفظ اگر در سنت باشد معنای دیگر می‌دهد و آثار این دو باهم فرق می‌کند.

تحلیل مفاد «وجوب» از زاویه «ادبیات قانونی»

با توجه به ابهام «روح قانونی»، شاید بهترین راه برای فهم مفاد «وجوب» همان راه «ادبیات قانونی» باشد. اما از منظر «ادبیات قانونی» باید زبان عربی و خصائص آن را در نظر بگیریم.

تحلیل مدالیل صیغه امر در اصول

در مثل کفایه و غیر کفایه نوشته‌اند: فصل: آیا صیغه امر دلالت بر وجوب می‌کند یا دلالت بر استحباب؟ فصل: آیا صیغه امر دلالت بر مره می‌کند یا بر تکرار؟ فصل: آیا اتیان امر دلالت بر اجزاء می‌کند؟ این‌ها درحقیقت همان تحلیل اصولی شما از مدلول کلام است، اگر بخواهیم به این اباحت جای مناسبی بدهیم تحلیل «ادبیات قانونی» است. یعنی وقتی شما گفتید: آب بیاور، در عرض واحد یا در طول هم یا به لفظ یا به هیئت یا به مقدمات خارجی یا به ارتکازات عقلایی، یا به قرائن سیاقی چند معنا از آن درمی‌آید؟ مثلاً اگر گفت: آب بیاور، مدلول اول این است که این واجب تعیینی است تخیری نیست این از کجاست؟ مدلول دوم: یعنی یک مرتبه نه دو مرتبه.

لذا اگر شما بخواهید مباحث اصول را مرتب کنید باید بگویید: تحقیق فی مدلول صیغه افعال یا ماده افعال: ۱. وجوب یا استحباب ۲. مره یا تکرار ۳. تعیینی یا تخیری، این‌ها مدلول‌هایی است که شما تحلیل می‌کنید لکن این یک سنخ تحلیل مدلول است یک سنخ هم الآن ما داریم که همه این‌ها باید پشت سر هم قرار بگیرد مثلاً «اتیان الشیء علی وجهه یقتضی الاجزاء»، این بحث از اصول معتزله است. آن‌ها می‌گویند: معنای آب بیاور، این است که اگر آب آوردی دیگر مولا نمی‌تواند شما را مؤاخذه کند یعنی اگر مأتی به با مأمور به مطابق بود امتثال حاصل می‌شود. لذا آقایان گفتند: این مطلب ربطی به صیغه افعال ندارد یک مطلب خارجی است لذا بعضی از این مدلول‌ها که در کفایه است مدلول لفظی نیست مدلول حالی است. این مباحثی که در کفایه خواندید باید شکل پیدا کند متأسفانه بی‌در و پیکر به هم ریخته‌اند و تل‌انبار شده است. فصولی که آقای خوبی و نائینی و دیگران آورده‌اند درحقیقت تنظیم شکلش به همین ترتیب است و از آن مهم‌تر اگر بتوانیم رده‌بندی کنیم بگوییم: مدلول اولی این است که اسمش را مباشر گذاشتیم، مدلول دوم این است، مدلول سوم این است نه اینکه سه مدلول باهم‌اند.

معنا دار بودن هیئات و معنای حرفی آن

در زبان عربی برای افاده معانی مختلف از هیئات استفاده می‌کنند و هیئت در زبان عربی معنا دارد بر خلاف زبان فارسی و هند و اروپایی که از پسوند یا پیشوند [یا میانوند] در انتها یا ابتدا [یا وسط] کلمه استفاده می‌کنند که معنا را عوض می‌کند مثل خواندن و

۱. البته در کتاب تحف العقول در حدیث «معایش العباد» حتی حرمت نگهداری را هم دارد، ظاهر عبارت تحف این است که نمی‌شود نجاست را در شیشه در اتاق بگذارید حتی اگر کسی به آن دست نزند. این که آقای خوبی می‌گوید: حدیث تحف بعضی قسمت‌هایش مخالف اجماع علما است درست است، این قسمت حرمت امساک و جمیع التقلب فیه مخالف اجماع است. اما این یک نحوه تفکر است که باید اثبات شود. البته این قسمت حدیث بسیار عقلایی است و انصافاً حرف خوبی است و امروزه دنیای علم این را قبول دارد و سعی می‌کنند آلودگی‌ها را نگه ندارند و آن‌ها را از بین ببرند.

خواننده، معقول، نامعقول، [بینابین]. اما در زبان عربی معانی را با هیئات می‌رسانند مثلاً «هیئات افرادی» یا «هیئات ترکیبی» معنا دارند، حتی هیئات ترکیبی ناقص مثل جمله شرطیه یا اضافه هم معنا دارد. این بحث لطیفی است که ما ادبیات زبان عرب را بررسی کنیم و از آن نتیجه قانونی بگیریم مثلاً وقتی گفت: «و من یکتها فإنه آثم قلبه»، یا گفت: «یجب علیک أداء الشهادة یا أد الشهادة» معنای قانونی آن چیست؟

بحثی که در اینجا می‌آید این است که ما در جای خودش ثابت کردیم معانی هیئات، «معانی حرفی» هستند و طبیعت معانی حرفی معانی اندکاکی است.^۱ یعنی معنای ای که فی نفسه چیزی نیستند، به قول آن آقا «الموجود لا فی نفسه» هستند، عین طرفین هستند.^۲ همه نکته فنی که به نظر ما در اینجا مهم است و آقای خویی و اصفهانی نرفته‌اند تحلیل این ادبیات است که این وجوب در وعاء اعتبار و قانون چه می‌کند؟

تحلیل صیغه «افعل» از منظر نسبت میان «آمر، مأمور و مأموربه»

در بخش «ادبیات قانونی» در باب طلب می‌گویند: مفاد صیغه «افعل»، نسبت طلبی است. این نسبت را ما ایجاد نمی‌کنیم بلکه نسبت، انتزاع می‌شود. همچنانکه وقتی من وارد اتاق می‌شوم نسبت فوقیت سقف نسبت به من خودش انتزاع می‌شود. ما یک تحلیل قانونی از این «وجوب» می‌دهیم که بین سه طرف است. ظواهر کلام عده‌ای این است که وجوب فقط «بعث» است، این دیدگاه وجوب را نسبتی بین «آمر و مأمور» می‌بیند که در آن فقط آمر مأمور را بر آب‌آوردن وامی‌دارد.

۱. این معنای حرفی را نخستین بار «نجم الأئمة رضی» در تحلیل مسائل اسم و حرف در شرح کافیة ابن حاجب آورده است و قبل از ایشان این تعبیر نبوده است، «فإن الحرف یوجد المعنی فی غیره» تعبیر ایشان است، البته به امیرالمؤمنین (ع) هم نسبت داده شده است ... «و الحرف ما أوجد المعنی فی غیره أو فی المسمی»، لکن مرحوم نجم الأئمة رضی تحلیل مفصلی دارد لذا آخرش می‌گوید: «فیتحد معنی الإسم و الإبتداء». همین حرفی که بعدها در کفایه آمده است در کتاب نجم الأئمة آمده است. سید شریف جرجانی هم که از اهل سنت است حاشیه‌ای زده است: «فإن قلت یصح استعمال کل واحد مکان الآخر، قلت...»، این إن قلت و قلت سید شریف هم در کفایه آمده است. خلاصه این بحث این است که مثلاً این تسبیحی که دست من است می‌گویم: تسبیح روی دست من است، تسبیح و دست واضح است رو چیست؟ تسبیح را جدا کنیم دیگر شما چیزی به معنای رو ندارید ولی استعمال می‌کنید تسبیح بالای میز، تسبیح و میز واضح است آن «بالا» چیست؟ مراد نجم الأئمة این است که معنای حرفیه فی نفسه چیزی نیستند. صاحب فصول هم تعبیر کرده است که معنای حرفی «آلی» است و در غیر فصول هم این تعبیر نیامده است و بعد از صاحب فصول هم در کفایه آمده است و در میان شاگردان کفایه اختلاف است که مراد از آلی چیست؟ من احتمال قوی می‌دهم که مراد صاحب فصول از آلی همین معنا باشد که ما به جای آن «اندکاکی» گذاشتیم؛ یعنی معنایی است که در طرفین لحاظ می‌شود لذا در معنای حرفیه باید دائماً طرفین را دید. چون حرف خودش چیزی نیست و اطراف را نگاه می‌کند خواه‌ناخواه به اختلاف نظر هم عوض می‌شود مثلاً من در آن واحد زیر سقف هستم، روی زمین هستم مقابل این دیوار هستم پشت به آن دیوار هستم مرتب عوض می‌شود. البته مرحوم نائینی هم دارد که معنای حرفیه، ایجاد می‌کنند و معنای اسمی، اختطاری هستند. مطلب ایشان درست نیست، احتمالاً ایشان اگر مطلب مرحوم نجم الأئمة را گفته‌اند اینجور معنا کرده است.

در هر جامعه‌ای که معنای حرفیه فراوان باشد تحلیل فلسفی و عقلی‌اش زیاد می‌شود؛ چون مرتب تحلیل می‌کند و زوایای کار را نگاه می‌کند و این نسبت‌ها را ایجاد می‌کند، حیثیات مختلف را می‌بیند و در هر جامعه‌ای که معنای اسمی زیاد باشد صنعت و تمدن زیاد می‌شود؛ چون ابداعات زیاد است مثلاً اسم یک چیز ماشین است، اسم یک چیز هلی‌کوپتر ... است. لذا در جوامع بسیط مثل جوامع آفریقایی ممکن است معنای حرفی خیلی کم داشته باشند معنای اسمی‌شان هم محدود است.

۲. یکی از نکات مهم در معنای حرفیه - چون اندکاکی است - تلخیص کلام است یعنی اگر شما بخواهید مطلبی را بدون معنای حرفی بگویید: دو سطر می‌شود و با معنای حرفی سه کلمه می‌شود. مثلاً قرأت من اول القرآن، لکن مادة قرأت را باید ببینیم این به نحو حدیثی بوده است به نحو اسناد قرائت به خودتان، بعد اول را بیاورید بعد اول را هم به نحو اضافه به قرآن در نظر بگیرید بعد این قرائتی را که در گذشته بوده است به اول قرآن نسبت بدهید این نسبت هم نسبت ابتدائی است. چون چند نسبت را جمع کردید گفتید: قرأت من أول القرآن، پس طبیعت معنای حرفیه معنای اندکاکی هستند اطراف دیده می‌شود.

وقتی شما به شخصی می‌گویید: جئنی بماء، در اینجا شما سه طرف دارید: «آمر، مأمور و مأمور به». بحث این است که در اینجا چه نسبت‌هایی دیده می‌شود؟ یک قول این است که نسبت بین «آمر و مأمور» است و من در اینجا فقط مأمور را بر آن مأمور به وامی دارم. یک قول این است که من بین «مأمور و مأمور به» نسبت ایجاد می‌کنم به او می‌گویم: این مأمور به از دست تو خارج است یا ملک من است (قول شیخ جعفر). سؤال این است که شما در جئنی بماء چه چیز را در نظر گرفته‌اید؟

بحث دوم این است که آیا «بین مأمور و مأمور به» هم نسبتی است؟ طبق تصور اول نسبتی میان آن‌ها نیست و طبق تصور دیگر نسبتی را بین مأمور و مأمور به ایجاد می‌کند، حال این نسبت چیست؟ مثلاً یک قول این است که مأمور دیگر سیطره‌ای بر آب آوردن ندارد، قول دیگر این است که مأمور به را در ذمه مأمور می‌بیند و فعل را به مثابه مال می‌گیرد که وقتی به کسی مبلغی بدهکار باشد این مبلغ در ذمه او قرار می‌گیرد. نتیجه قانونی این دیدگاه آن است که اگر آن را در وقت انجام نداد باید خارج از وقت انجام دهد.

در فقه اسلامی گفته شده است که حج از قبیل ذمه است لذا اگر شخص فوت کرد ورثه‌اش باید انجام دهند؛ همچنانکه قرض در ذمه او را باید بدهند، عده‌ای گفته‌اند: این، تعبیر قانونی هم دارد؛ چون در «الله علی الناس حج البیت»، با «لام و علی» گفته است و «لام و علی» در لغت عرب مفید ملک و ذمه است. اضافه بر آن حدیث معروفی است که زن خثعمیه خدمت رسول الله (ص) آمد و گفت: پدر پیری دارم که قد ادرکته الحج و نمی‌تواند سوار شتر شود. پیامبر (ص): «أ رأیت إن کان علی أییک دین أ کنت قاضیته؟ قالت: نعم، قال: فدین الله أحق أن یقضی». در این روایت از حج تعبیر به دین شده است و دین در اصطلاح عرفی یعنی ذمه. پس در اینجا حج به ذمه منتقل می‌شود. همچنین چهار روایت هست که بعضی از آن‌ها در کتاب سید بن طاووس آمده و در آنجا از نماز تعبیر به دین شده است. در روایات، فقط در این دو مورد تعبیر به دین شده است و این بدان معنا نیست که به نحو قضیه کلیه بگوییم: «صیغه امر به معنای قرارداد در ذمه است»، به‌ویژه این که قاعده کلی داریم که هر جا شک کردیم قدر متیقن را می‌گیریم قدر متیقنیش هم به نحو رابطه صدوری است، مثلاً وقتی می‌گوید: آب بیاور، ممکن است از این رابطه صدوری بفهمیم که در آن مباشرت شرط است اما این در نمی‌آید که کس دیگری را بفرستد.

در بحث «تعبدی و توصلی» این بحث را نائینی و دیگران هم دارند که آیا اصل اولی تعبدی است یا توصلی؟ ما در آن جا گفتیم: یکی از معانی تعبدی این است که آن را مباشرة انجام دهد و در توصلی گرچه دیگری انجام دهد کافی است. شاید بتوانیم این نکته قانونی را در اینجا درآوریم که رابطه‌ای بین مأمور و مأمور به است و قدر متیقن این است که این رابطه به نحو «صدور» است، یعنی این عمل باید از او صادر شود، آنگاه آثار قانونی مترتب بر آن، این است که اخذ اجرت بر آن اشکال ندارد، یا این که مباشرت شرط است یا اگر در وقت انجام داد قضای آن در خارج وقت لازم نیست. اما اگر این رابطه به نحو «ثبوت در ذمه» شد یکی از آثارش آن است که دیگری هم می‌تواند آن را انجام دهد همچون قرضی که دیگری آن را ادا می‌کند.

تاکنون دو رابطه را توضیح دادیم: ۱. رابطه آمر و مأمور، ۲. رابطه مأمور و مأمور به، رابطه سوم هم بین «آمر و مأمور به» است مثلاً وقتی می‌گوییم: آب بیاور، آیا بین آمر با آب هم رابطه‌ای هست یا خیر؟ قطعاً رابطه ایجاد می‌کند و غیر از شوق، تحقق آن را می‌خواهد اما بحث این است که این رابطه تا چه مقدار است؟ اگر بحث اعتبار «عبد و مولا» باشد حد رابطه هم شوق است و این که باید این کار از آن طرف انجام شود. شاهدش این است که اگر آن عبد سرکشی کرد عرف می‌فهمد که به برادرش بگوید: تو بلند شو آب بیاور، این آب آوردن مطلقاً محقق می‌شود. اگر گفتیم این رابطه آنقدر قوی است که نسبت با مأمور ملاحظه نمی‌شود، مأمور انجام نداد می‌گویند: برادرش یا پدرش تو برخیز و بیاور، چرا؟ چون رابطه‌ای دارد مولا می‌خواهد بگوید: من این آب آوردن را می‌خواهم آن که ما متعارفان است اگر عبد عصیان کرد نیاورد غالباً شلاقی به آن می‌زنند کیفرش می‌کنند.

گفته شد که چنین نیست که اگر «روح قانون» مشخص شد، «ادبیات» هم مشخص باشد، چون ممکن است «روح قانون» مشخص باشد مثلاً بدانیم وجوب در عرف اسلامی به معنای ثبوت در ذمه نیست ولی ببینیم در «ادبیات»، «لله علی الناس» هم آمده است که می‌گوییم: این ادبیات اقتضای ثبوت در ذمه را می‌کند اما «أقیموا الصلاة»، و «أتوا الزکاة» چنین اقتضایی را ندارد یا مثلاً تعبیر «خذ من أموالهم صدقه» مشعر به این نیست که اگر کسی مالک نصاب شد به اندازه زکات (که پنج درصد یا ده درصد است) از ملک او خارج می‌شود. در تعبیر «خذ من أموالهم» ای پیامبر(ص) از اموالشان بگیر، از اضافه اموال به «هم» معلوم می‌شود که تا زمانی که پیامبر(ص) زکات را نگرفته مال خودشان است، پس به مجرد حلول حول، ملک حاکم نمی‌شود.

ممکن است از دو تکلیف مالی مثل خمس و زکات - که هر دو هم در قرآن آمده است - از یک تعبیر ملک بفهمیم و از یک تعبیر نفهمیم، از «خذ من أموالهم» نفهمیم که پنج یا ده درصدش ملک دولت است. اگر نداد دولت به زور از او می‌گیرد اما از «فأن لله خمس»، درآید که ملک است یعنی یک پنجمش ملک خدا و رسول و ذی القربی و... است. تأکید ما بر ادبیات به سبب آن است که نحوه تعبیر در ادله شرعی مختلف است و ما روی ادبیات حساب خاصی باز می‌کنیم. البته امروزه بشر سعی می‌کند این ادبیات در قوانینش ثابت و یکنواخت باشد مثلاً از ملک تعبیر به ملک کند و اگر تکلیف صرف باشد بگوید تکلیف است.

در مسائل مالی مثل خمس و زکات و کفارات همواره سه احتمال رئیسی هست:

۱. «تکلیف» صرف باشد یعنی شما مکلف به پرداخت آن باشید و اگر عصیان کردید خداوند عقوبت می‌کند.
۲. اضافه بر تکلیف همچون «دینی در ذمه» شما قرار می‌گیرد و یکی از آثارش این است که دیگری هم می‌تواند آن را پرداخت کند مگر این که دلیل خاص بیاید.

۳. تکلیف و ذمه و «عین» باشد، البته در کفارات کسی قائل به عین نشده است مثلاً اگر کسی به مکه رفت و کفاره احرام بر گردش آمد کسی نمی‌گوید: گوسفند از ملکش خارج می‌شود، مشهور در کفارات قول به ذمه است که اگر نداد بعد از مرگش بدهند، اما به ذهن ما می‌رسد که تکلیف صرف باشد و ذمه هم ثابت نیست.

در همه تکالیف مالی این سه احتمال هست مثلاً ظاهر «خذ من أموالهم صدقه» این است که تکلیف است و حتی حالت ذمه هم ندارد. اما ادعا شده است که هر جا تکلیف به مال بخورد حداقل، تکلیف و ذمه است. «أتوا الزکاة» یعنی زکات در ذمه شما نهاده شد اگر ندادید می‌ماند باید بعداً پرداخت کنید یا ورثه بدهند، بر طبق این دیدگاه نتیجه «خذ من أموالهم صدقه»، این می‌شود که نسبت به پیامبر(ص) ناظر به تکلیف او، گرفتن زکات باشد اما نسبت به مردم، هم تکلیف و هم ذمه هم باشد.

ادعای دیگر این است که اضافه بر ذمه، «عین» هم هست، مثلاً اگر برای زمین صد متری شما دویست هزار تومان مالیات بریدند، این دویست هزار تومان، هم تکلیف است و هم در ذمه شما می‌آید که در صورت عدم پرداخت مدیون هستید و هم اضافه بر آن، «عین» هم هست یعنی دولت از حساب شما در بانک دویست هزار تومان را برمی‌دارد. این بحث «ادبیات قانونی» و «روح قانونی» است. «ادبیات قانونی» اش «فأن لله خمس» است می‌گویند: از این تعبیر «عین» درمی‌آید، اما از «خذ من أموالهم»، یا تکلیف صرف درمی‌آید یا تکلیف و ذمه، ولی عین در نمی‌آید؛ چون می‌گوید: «خذ من أموالهم»، یعنی با تعلق زکات هنوز مال آنهاست و ملک رسول الله(ص) نیست.

در زندگی امروز بشر هر سه امکان دارد و روی مصالح حساب می‌کنند مثلاً می‌گویند: اگر پرداخت مالیات را به اشخاص واگذارند تعلل می‌کنند و این مالیات برای جامعه ضروری است لذا ما سر سال از حساب آنها برمی‌داریم یا در خانه‌ها از آنها می‌گیریم چه راضی باشند و چه نباشند. این در «عبد و مولا» هم هست فرق نمی‌کند.

بنای علمای ما فعلاً این است که خمس و زکات را حتی به عین زده‌اند اما کفاره را به ذمه زده‌اند در صورتی که به ذهن ما می‌رسد که تکلیف در همه یکی است و در این جهت حتی تفاوتی میان تکلیف مالی و غیر مالی هم نیست و ممکن است مسأله مالی، تکلیف صرف باشد، مثلاً شخص مکلف باشد گوسفندی را به‌عنوان کفاره بکشد و اگر نکشت تکلیف را عصیان کرده باشد و اثرش یا عقوبت الهی در دنیا یا خروج از عدالت لازم در امام جماعت یا شهادت باشد اما این‌که در ذمه‌اش باشد و اگر کس دیگر هم بتواند کفاره را بدهد یا از اصل ترکه خارج شود به نظر ما اشکال دارد.

به نظر ما از نظر «اعتبار قانونی» هر سه امکان دارد. قانون اقتضای خاصی ندارد و تابع جعل است و ما در شریعت مقدسه بیشتر روی «ادبیات» رفته‌ایم و می‌گوییم از ادبیات «خذ من أموالهم» نمی‌فهمیم که پیامبر (ص) مالک می‌شود؛ چون می‌گوید: «أموالهم». یا مثلاً سر سال آن پنج درصد ملک فقرا است به نحو عنوانی یعنی اگر ملک فهمیدیم همین که شما گندمتان را جمع کردید و به پنج یا ده تن رسید به مقدار پنج درصد یا ده درصد - بر طبق کیفیت تصویر کشت گندم - ملک شما نیست بلکه ملک فقرا است لذا حاکم آن را می‌گیرد و به فقرا می‌دهد. یا این‌که می‌گوییم: از این تعبیر ملکیت در نمی‌آید، بلکه آنچه از این تعبیر به دست می‌آید این است که قبل از دادن زکات همه گندم ملک اوست؛ چون ظاهراً أموالهم، پس به مجرد برداشت محصول، این مقدار ملک فقرا نمی‌شود یا اصطلاحاً «ملک عنوان»، مگر بعد از تعلق آن یعنی بعد از فعلیتش بار نمی‌شود مثلاً اگر پولی را برای فقها قرار داد، به لحاظ فقها تا آن پول را نگیرند اثری ندارد. در اول کتاب زکات عروه هم بحثی دارد که زکات به عناوین تعلق نمی‌گیرد مثلاً اگر زمینی را کاشتند و محصولش را برای فقهای حوزه قرار دادند و صد تن گندم از آن به دست آمد و به فرض در حوزه صد فقیه داشتیم به مجرد برداشت محصول نباید آن صد فقیه زکات را بدهند؛ چون هنوز ملک عنوان است و تا عنوان، مالک است زکات به آن تعلق نمی‌گیرد، بلکه پس از تقسیم آن میان صد فقیه زکات به آن تعلق می‌گیرد. این بحث عروه درست است و حرف خوبی است؛ چون ملک عنوان خودش یک نحوه ملکیت است که آثار کامل ملکیت بار نمی‌شود مگر بعد از فعلیت ملکیت و رسیدن به دست مثل فقیر. البته بعضی ملکیت عنوان را تصویر نمی‌کنند.

تحلیل نهایی مدالیل صیغه «افعل» (وجوب)، مبتنی بر «ادبیات قانونی»

کتاب اصولی بر اساس معنای هیئات چند مدلول برای صیغه «افعل» نوشته‌اند، بحث ما فقط این است که این‌ها پراکنده است منظم شود و تحلیل قانونی داده شود. مثلاً بگویند: آیا به نحو ثبوت در ذمه است البته این را ندارند، ولی گفته‌اند: آیا قضا به امر جدید است یا خیر؟ که این مسأله یکی از فروع ثبوت در ذمه است. یکی دیگر از فروع این است که غیر هم بتواند انجام دهد یا خیر؟ قدر متیقن این است که صیغه افعل بین این شخص و بین آب‌آوردن به نحو صدوری، رابطه ایجاد می‌کند اما این را نمی‌تواند اثبات کند که این صدور از اختیار او خارج است یا این صدور باید مجانی باشد، چنانکه صاحب جواهر این را گفته است.

آقای خوئی و مرحوم اصفهانی اصرار دارند که منافاتی بین وجوب و اخذ اجرت نیست، اما تحلیل نکرده‌اند. با تحلیل ما روشن شد که چون بحث «روح قانونی» را نمی‌توانیم تحلیل کنیم و مشکل دارد در «ادبیات قانونی» ما چنین است که رابطه‌ای بین «مأمور و مأمور به» می‌بینیم و این رابطه به نحو صدوری است در آن مجانیت، سیطره، ملکیت، نهفته نیست لذا انصافاً حق با آقای خوئی و اصفهانی است، خلافاً للنائینی و قدر متیقن از «ادبیات قانونی» همین مقدار است. این‌که بین «مأمور و مأمور به» رابطه قائل نباشیم خلاف ظاهر است و با معنای حرفی نمی‌سازد و این رابطه را به ذمه و مجانیت هم بگذاریم خلاف ظاهر است و باید ثابت بشود، البته امکان دارد و مستحیل نیست ولی ثابت نیست.

البته آقایان بحث را بیشتر روی وجوب برده‌اند که «روح قانونی» است، ولی بحث «روح قانونی» اشکال دارد لذا ما به «ادبیات قانونی» بردیم و در «ادبیات قانونی» ثابت شد که رابطه به نحو صدور است و به نحو ثبوت در ذمه ثابت نشد. آنگاه این صدور

آثاری دارد مثلاً ظاهر آن مباشرت است و فقط باید خودش انجام دهد، یکی از آثارش این است که می‌تواند بر آن اجرت بگیرد، یکی از آثار دیگرش این است که اگر از وقت خارج شد دیگر تکلیف ندارد، یکی از آثارش این است که اگر فوت کرد دیگر تکلیف ندارد.

برخی دیگر از تحلیل‌های «ادبیات قانونی»

مفاد هیئت وصف یا لقب

بحثی که در «مفهوم وصف» داریم نیز همین است که در هیئت ترکیبی ناقص مثل «پارچه سبز» یا «کتاب بیست جلدی»، آیا مفاد این هیئت نفی عند النفی است یا خیر؟ به تعبیر ما مفادش ثنایی است یا ثلاثی؛ یعنی در این مفاد یک نوع تعلیق است یعنی کتاب بیست جلد باشد کمتر و بیشتر نباشد؟ این که مشهور اصولیون قائل‌اند وصف، مفهوم ندارد مرادشان این است که مثلاً وقتی می‌گوید: پارچه سبز بخر، حدش آن است که پارچه را مقید به سبز می‌کند اما دیگر نفی در آن ندارد و اگر بخواهد مفهوم داشته باشد باید نفی داشته باشد، یعنی یک موضوع و یک حکم و یک تعلیق باشد که در باب توصیف، این تعلیق در نمی‌آید. در باب شرط تعلیق درمی‌آید مثلاً «ان جائك زيد فأكرمه»، زيد و وجوب اکرام است و واسطه‌اش مجيء است. لذا هر جا دنبال مفهوم هستید باید قضیه ثلاثی شود مثلاً جمله زيد را اکرام کن، اگر مفهوم داشته باشد یعنی غیر زيد را اکرام نکن، که مفهوم لقب است. اشکال آقایان این است که لقب یا مفهوم لقب یا اکرم زید، ثنایی است ثلاثی نیست، معنای این جمله آن نیست که اکرم رجلا إن كان زيدا، اگر چنین شد ثلاثی می‌شود. سر قصه در باب مفهوم را بیشتر از این راه گرفتیم اگر گفتیم: اکرم زیدا، فقط وجوب اکرام و زيد است چیز دیگری نیست، اما اگر گفتیم: وجوب اکرام بر شخص، اگر زيد باشد یعنی تعلیق آوردیم، این ثلاثی می‌شود، اگر عمرو بود، زيد نیست، مفاد «اکرم زیدا» ثنایی است ثلاثی نیست. البته در جمله «پارچه سبز بخر»، پارچه را محدود به سبز می‌کند و آقای خوبی هم می‌گوید: این درجه‌ای از مفهوم است؛ چون محدود کرد اما این مفهوم مصطلح نیست، روح مطلب این است که آیا «هیئت ترکیبی ناقص تعلیق درست می‌کند؟» آیا وقتی که می‌گوید: پارچه سبز؛ یعنی پارچه اگر سبز باشد یا تعلیق درست نمی‌کند و بدین معناست: پارچه‌ای که رنگش سبز است؟ هیئت ترکیبی اضافه هم هیئت ترکیبی ناقص است مثلاً می‌گوید: برو بازار کتاب حسن را بخر، این نحوه اضافه کتاب به حسن، که یک هیئت است آیا معنایش این است: کتاب بخر اگر مال حسن باشد؟ اگر این باشد مفهوم دارد یا فقط نظرش به کتاب حسن است که در این صورت این اضافه مفهوم درست نمی‌کند چون تعلیق درست نمی‌کند.

مدلول نهی در معاملات و عبادات

در مثل «لا تبع هذا الثوب»، در کتب اصول ما آمده است - مثلاً آقای خوبی تصریح دارد - که «لا تبع» زجر است، بالملازمه بطلان معامله است. یعنی مدلول این کلام فقط زجر است لازمه زجر بطلان است. عده‌ای دیگر گفته‌اند: ملازمه ندارد فقط زجر است. رأی سوم هم آمد که خیر، دلالت بر صحت معامله می‌کند و گرنه زجر معنا نداشت. عده‌ای هم اخیراً صحبت‌های دیگری گفته‌اند: مثل این که نهی از سبب یا مسبب یا اثر است.

ما در آنجا توضیح دادیم که در اینجا چون «لا» به معنای اعدام است لکن به معنای حرفی یا اندکاکی است لذا اطراف را می‌بندد و آنچه را که در اینجا می‌بندد چند چیز است: ۱. مأمور است البته خطاب به مأمور از راه هیئت است، ۲. ماده که بیع است، ۳. لباس است، این «لا» رابطه‌ای بین این‌ها ایجاد می‌کند و نفی‌ای است که مندک در اطراف است آنگاه در اینجا: اولاً مأمور را زجر می‌کند

که این برای هیئت است یعنی می‌گوید: تو این کار را انجام نده ثانیاً: این نفی به ماده هم می‌خورد که بیع این ثوب است، یعنی بیع را هم اجازه نمی‌دهد و جلو آن را هم می‌گیرد. لذا طبق این تصور، بطلان، مدلول مساوی با زجر است، نه ملازم. در کتاب مظفر ملازمات را چهار تا قرار داده است که یکی از آن‌ها نهی در عبادات و معاملات است مثلاً وقتی آمر می‌گوید: لا تصل إلا إلى القبلة، این‌ها می‌گویند: از صلاة زجر کرده است، بالملازمة نماز باطل است اما به نظر ما وقتی مقنن می‌گوید: لا تصل، یعنی صلاة را نمی‌بیند و این هم زجر است و هم این‌که آن ماده محقق نمی‌شود. لذا حق در مقام این است که مسأله نهی در عبادات و معاملات جزو ملازمات نیست، بلکه مفاد کلام دو چیز است: زجر و بطلان نماز. متأخرین می‌گویند: مفاد نهی فقط بطلان نماز است، زجر معنا ندارد، به عکس قدما که مفاد نهی را زجر می‌دانستند.

بعضی از فضلاء معاصر ما می‌گویند: ما تعجب می‌کنیم که می‌گویند: مفاد نهی زجر است و از آن طرف می‌گویند: نهی در معاملات ارشادی است. راست هم می‌گوید؛ چون قدمای اصولیون امر را مولوی می‌دانستند و دیدگاه متأخرین عوض شده است و می‌گویند: مراد از لا تصل إلا إلى القبلة این است که نماز به غیر قبله باطل است یعنی مراد شرطیت قبله است و در آن زجر نیست؛ چون می‌تواند نماز بدون قبله بخواند و بعد دوباره رو به قبله نماز درست بخواند و مشکلی ندارد. لذا این آقا خلط کرده است بین کلامی که اصولیون فعلی شیعه می‌گویند که فقط بطلان می‌فهمند و زجر نمی‌فهمند با فهم قدمای فقهای شیعه و مطلق اهل سنت که از نهی فقط زجر می‌فهمیدند و بالملازمة بطلان می‌فهمیدند.

ما گفتیم: مشکل خاصی ندارد که هم زجر باشد و هم بطلان. اشکال این‌ها در این است که اگر رو به غیر قبله یا بی‌طهارت نماز نخواند عمل حرامی را انجام داده باشد، اما می‌گوییم: مشکلی ندارد که بگوییم عمل از جهتی مثل بدعت یا مسخره کردن نماز یا تزییع وقت حرام باشد. پس ما معتقدیم این دو مدلول طولی نیستند در عرض هم‌اند.

البته در مثل «ذروا البیع» در سوره جمعه ظاهراً به قرینه فاسعوا إلى ذکر الله مراد از آیه، نهی از اشتغال به بیع است، یعنی کاری که جلو نماز جمعه را می‌گیرد نکنید لذا اگر شخصی مغازه‌اش را بست و با رفیقش به طرف نماز جمعه راه افتاد و در راه چیزی را به او فروخت، بعید است که بگوییم: آن نهی، این بیع را هم می‌گیرد؛ چون آن شخص سعی به ذکر الله دارد و رو به نماز می‌رود البته بعضی از علمای ما گفته‌اند: بیع در وقت نداء در روز جمعه مسلماً باطل نیست، اما این مطلب در دنیای اسلام چندان مسلم نیست؛ چون از احمد بن حنبل نقل کرده‌اند که به خاطر ذروا البیع باطل است.

«جعل» با بیان «نفی»

در بحث «لا ضرر» گفتیم: هم در زمان رسول الله (ص) و هم در زمان امام صادق (ع) این بود که با تعبیر نفی، جعل می‌کردند. الآن برخی علمای ما اشکال می‌کنند که لا ضرر، نفی است و جعل و تشریح نیست، این الآن پیش ما همینطور است اما در آن زمان با نفی، اثبات می‌کردند. اگر ما این را یک فرهنگ بدانیم یعنی آنقدر شواهد جمع کنیم که یک فرهنگ بشود، خواهناخواه «لا ضرر» را به گونه ای دیگر معنا می‌کنیم. بعضی گفته‌اند: «لا ضرر» به معنای نفی موضوع است، مثلاً مرحوم نائینی می‌گوید: خود لا ضرر را معنا نکنید این را از لسان مشرع بگیرید. ایشان می‌گوید: وقتی مشرع گفت: «لا ضرر»، در «فضای قانونی» این می‌شود: نفی حکم، یعنی من حکم ضرری جعل نمی‌کنم و و معنایش آن است که پس اگر در جایی ضرری هست حتماً تدارک می‌کنم. البته این‌که این معنا قابل قبول است یا نه، در محل خودش شرح می‌دهیم؛ چون ما از راه دیگری رفتیم. پس مباحث لفظی هم انصافاً ارزش خودش را دارد.

محور دوم: فضای قانونی (فضاهای هفتگانه متصور در طرح مباحث اصولی) ۱

بحث دیگر «فضای عام اصول» است که وقتی وارد مباحث اصولی و تحلیل آن‌ها می‌شویم بر مبنای چه فضایی مسائل را بررسی کنیم؟ امروزی‌ها این مباحث را فلسفه اصول می‌گویند اما احتیاج به عنوان فلسفه هم ندارد، «فضای اصول» را باید حساب کنیم، یعنی ما می‌توانیم تمام مباحث اصول را با فضاهای مختلف ببینیم. در حوزه‌های ما روی این کار نشده است و خوب است کار شود و هر فضایی برای خودش شرح و توضیح داده شود و لوازم و ملازماتش و ملزوماتش همه روشن شود. «فضای اصول» یعنی وقتی ما می‌خواهیم در هر مسأله‌ای - مثلاً مسأله «اخذ اجرت در واجبات» تحلیل اصولی بدهیم در یک فضای معینی حرکت کنیم، مثل ماهی که در آب شناور است.

از آنچه مجموعاً در کلمات آمده و بررسی شده است هفت فضا را مطرح می‌کنیم. به نظر ما یک اصولی وقتی بحثی را مطرح می‌کند این فضا در ذهن او هست لذا به ذهن ما می‌آید که اول باید این فضاها را تشخیص بدهیم بعد از آن، آن‌ها را مرتب کنیم و خلط هم نکنیم از یک فضا به فضای دیگر نرویم وقتی یک فضا را قبول می‌کنیم طبق آن فضای معین حرکت کنیم.

فضاهای علم اصول

فضاهایی که به‌طور کلی در اصول متصور است یا بالفعل در واقع خارجی عبارت اند از:

۱. فضای تفسیر اراده تشریحی به تکوینی

فضای اول که می‌توانیم در اصول پیگیری کنیم «تبدیل یا تفسیر اراده تشریحی به اراده تکوینی» است. یعنی در تفسیر مباحث قانونی ببینیم که اگر آن چیز به شکل محسوس و به صورت اراده تکوینی باشد به چه صورت درمی‌آید. وقتی می‌خواهیم مسأله فقه و قانون را مطرح کنیم می‌توانیم از این راه حرکت کنیم، و معیار را این قرار دهیم. «اراده تکوینی»، مرید و مراد دارد و «اراده تشریحی» مرید و مراد و مراد منه. مثلاً در این بحث که صیغه افعال دلالت بر وجوب می‌کند یا نه؟ این را به تکوین تفسیر کنیم مثلاً اگر گفت: از اتاق بیرون برو، مثل این است که دست و پای شخص را ببندد و او را بیرون ببرد، آیا می‌تواند کار دیگر بکند، مثلاً دستش را درآورد و مشغول نوشتن شود؟ خیر. بگوییم: این تفسیر وجوب است. پس اگر مثلاً به شاهد می‌گویند: شهادت بده و بگوید: برای ادای شهادت پول می‌گیرم مثل این است که دست و پای او را گرفته‌اند و به طرف دادگاه می‌برند آیا این در راه می‌تواند بگوید: من پول می‌گیرم یا نه. پس یکی از فضاهای اصول تبدیل اراده تشریحی به اراده تکوینی است.

۲. فضای عرف عام

فضای دوم فضای عرف عام است، مراد عرف عام است نه عرف خاص قانونی. مثلاً این که سید مرتضی می‌گوید: صیغه «افعل» دلالت بر وجوب نمی‌کند، در عرف عام چنین است. صیغه «افعل» در عرف عام دلالت بر «الزام» می‌کند اما «وجوب» عرف خاص است. در این بحث وقتی می‌خواهد تفسیر اصولی بدهد چون فضای اصولی را باید برای تفسیر فقه ایجاد کند روی همان عرف عام می‌فهمد لذا در عرف عام وقتی می‌گوید: برو بیرون، از آن وجوب در نمی‌آید ممکن است استحباب هم باشد. در عرف عام معانی اصطلاحی و معانی را که لازم می‌آید را بررسی نمی‌کند بلکه تقریباً می‌توانیم بگوییم: ادبیات قانونی را مثل ادبیات اخباری می‌بیند، یعنی عرف عام فرقی میان انشاء و اخبار نمی‌گذارد؛ وقتی گفت: «اکرم العالم» مثل «زارنی العالم» است اگر این مفهوم داشته باشد آن هم مفهوم دارد. اگر گفت: «دیشب عالمی در خانه من آمد» این مفهوم دارد یعنی غیر عالم نیامد.

۱. [بدلیل پیوند مباحث دو محور «نظام قانونی» و «روح قانونی» در بیان استاد، این دو محور را در کنار یکدیگر آورده ایم.]

عرف بین اخبار و انشاء فرق نمی‌گذارد اگر شما در اخبار از عدد، مفهوم فهمیدید در انشاء هم می‌فهمید؛ مثلاً اگر گفت: «دیشب پنج عالم آمدند» یعنی شش عالم نیامدند پس اگر گفت: پنج عالم را اکرام کن یعنی چهار تا را نه و شش تا هم نه. یا اگر از وصف در اخبار مفهوم نفهمیدیم در انشاء هم نمی‌فهمیم. طبق این تصور تصورات عرفی ما فرقی بین جمله خبریه و انشائیه نمی‌بیند. این فضای دومی است که می‌توانید در اصول آن را مراعات کنید.

۳. فضای رابطه عبد و مولا

فضای سوم این است که ما اصول را بر اساس همان روابط متعارف در جامعه زمان پیامبر(ص) تفسیر کنیم یعنی روابط «عبد و مولا»^۱. تصوراتی که در اصول داریم چه اصول شیعه و چه سنی، بیشتر روی این دیدگاه و توضیح فضای رابطه «عبد و مولا» است. تفسیر قانونی رابطه «عبد و مولا» بر این اساس است که ذات عبد - شراشر وجودش - ملک مولا است. در این رابطه اگر مولا چیزی گفت ترک اوامر مولا یک نوع ایذاء و ظلم و تجری و تعدی و اهانت بر مولا تلقی می‌شود. در این تصویر آنچه عبد دارد باید در اختیار مولا باشد لذا اگر شک کردیم که اباحه باشد یا نباشد، اصالة الحظر جاری می‌شود؛ چون عبد ملک مولا است و اگر چنین شد همه تصرفاتش هم به طریق اولی باید طبق نظر مولا باشد، پس هرچه مولا گفت باید انجام بدهد. این فضای سوم تاکنون در اصول ما بسیار تأثیرگذار بوده است به گونه‌ای که انسان احساس می‌کند اصول را بر رابطه «عبد و مولا» بنا نهاده‌اند و اصول هم، زیربنای فقه است پس فقه را بر اساس «عبد و مولا» تفسیر می‌کنند در حالی که به عکس است و حدود رابطه «عبد و مولا» را فقه تعیین می‌کند، مثلاً اگر مولایی عبد خود را کشت دیه دارد یا نه؟ نه این که با رابطه «عبد و مولا»، اصول را درست کنیم و پس از آن با آن اصول، فقه را بسازیم.^۲

۴. فضای مدالیل و ظهورات لفظی

فضای چهارم اصولی فضای مدالیل و ظهورات عرفی است.^۳ در این فضا تمام همت اصولی صرف «دلالت لفظی» می‌شود لذا ممکن است در این فضا، در یکجا یک چیز بفهمیم و در جای دیگر چیز دیگر، مثلاً از «وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ» در نمی‌آوریم که نماز ملک خداست اما اگر گفت: «وَلَلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ»، «لام و علی» در لغت عرب مفید ملک است پس حج ملک خداست.

۱. این مطلب انکارناپذیر است که در جامعه زمان رسول الله(ص) در مکه و مدینه، قطعاً رابطه «عبد و مولا» حاکم بوده است. در تاریخ بشر حدود روابط مولا و مالک با برده خودش و حقوق برده نیز مختلف بوده است؛ در حد تعذیب و شکنجه و یا کشتن و...

۲. مراد ما از جامعه «عبد و مولا»، تصویری نیست که در کتاب‌های مارکسیست‌ها هست که مثلاً جامعه از مرحله اشتراکی اولی و کمون اولیه به جامعه برده‌داری و از آنجا به فؤدال برمی‌گردد. البته آن‌ها تلاش می‌کنند تفسیری از اسلام بدهند که در زمان رسول الله(ص) بردگی بوده و بعد در زمان خلفا تبدیل به جامعه فؤدالی شده است لکن انصافاً این تفسیر مناسب نیست. مارکس در کتاب کاپیتال بحثی درباره وجه تولید آسیایی دارد که عده‌ای از مفسران مارکسیست معتقدند: خود مارکس هم متحیر بوده است که وضع اقتصادی را در جوامع آسیایی، یعنی اسلامی چگونه تفسیر کند. پس وقتی می‌گویم: جامعه برده‌داری نه به معنایی است که مارکسیست‌ها دارند و آن مطلب مارکسیست‌ها هم ثابت نیست.

اجمالاً این مطلب هست که در زمان عباسی‌ها بالخصوص، جامعه رو به حالت فؤدالی دارد لکن در همین زمان در مصر توسط اسماعیلی‌ها یک حکومت انقلابی شیعی و ضد فؤدال پدید آمد؛ حسن صباح در ایران نیز، یک حرکت اجتماعی ضد فؤدالی است. بیشتر کسانی هم که این‌ها ترور کردند فؤدال‌ها هستند؛ یا از دستگاه سلطنت هستند یا قاضی القضاات یا وزیر. ترورهایی که اسماعیلی‌ها کردند بیشتر به مجموعه‌هایی می‌خورد که به هم مرتبط بودند. شناخت وضع این ترورها می‌تواند وضع جامعه را برای ما تصویر کند.

۳. این هم تا حدی از فضای عرفی متأثر است لکن چون نکات لفظی خودش را دارد آن را جدا کردیم. [همچنین به نظر می‌رسد این فضا، همان رویکردی است که در «ادبیات قانونی» مطرح شد.]

این فضا هم، هم فضای بدی نیست و منجر به این شده است که در اصول مخصوصاً در اصول متأخر شیعه تحلیل‌های بنیادی خوبی در لغت داشته باشند مثل تحلیل معنای حرفی، معنای فعلی، معنای اسمی، مفهوم شرط و وصف و جز آن. اگر در جامعه‌ای، «قانون»، دارای حقیقت و واقعیتی باشد شاید مباحث لفظی خیلی تأثیرگذار نباشد، اما اگر در جامعه‌ای که «روح قانونی» و یا به عبارتی «عرف قانونی»، حاکم نیست و عرف عام، حاکم است، در چنین جاهایی بهترین راه برای ما همین راه مدلول لفظی است؛ چون اگر «روح قانونی» باشد برداشت‌ها فرق نمی‌کند. مثلاً در «المؤمنون عند شروطهم»، مشهور فقهای ما از کلمه «عند»، هم وجوب را فهمیده‌اند و هم خیار تخلف شرط را، خوب خیلی مشکل است. از «وَلَلَّهِ عَلَى النَّاسِ مَلَكٌ فُهْمِدَةٌ»، از «وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ» یا «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» ملک فهمیده‌اند. اگر یک «روح قانونی» داشتیم یعنی در قوانین مشخص بود، فهم‌ها یکسان می‌شد.

اگر در محیط مکه و مدینه یا جزیره العرب قانون حاکم بود - مثل روم قدیم، یا عراق قدیم- از «افعل»، وجوب می‌فهمیدند. این‌که سید مرتضی می‌گوید: از لفظ «افعل» وجوب در نمی‌آید مرادش وجوب به مصطلح قانونی است و درست هم هست تحلیلش این است که در مکه و مدینه که محل ظهور اسلام است چیزی به نام قانون نبود. در «نظام قانونی»، «روح قانون» این است که قانون چیزی جدای از حاکم باشد و به او ربطی نداشته باشد و این روح قانونی در میان عرب نبود و به همین علت بهترین راه ما، دلالت الفاظ و لغت است؛ از لغت می‌توانیم استفاده کنیم مگر این‌که استفاده شود که لغت این نکات را ندارد. مثلاً از همان قدیم از زمان صحابه حتی در صورت جهل عده‌ای از ظاهر آیه مبارکه «وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ»^۱ - که درباره ازدواج در ایام عده است - می‌گفتند: عقد بستن در ایام عده حرمت ابدی می‌آورد؛ چون در اینجا نمی‌گوید: «حرم علیکم أن تنكحوا النساء فی العده»، بلکه می‌گوید: لا تعزموا؛ یعنی اراده نکنید یعنی اراده شما را برمی‌دارد و وقتی برداشت حرمت ابدی می‌شود لذا شما نمی‌توانید مسأله نکاح را در ایام عده قصد کنید.

۵. فضای کلامی

فضای پنجم حاکم بر اصول، فضای کلامی است که از اواخر قرن سوم تا قرن پنجم هجری روی اصول تأثیر گذاشت، مثلاً پاره‌ای از کتب اصولی اهل سنت در ضمن کتب کلامی آمد و مخصوصاً با آمدن دو مکتب معارض اشعری و معتزله فضای کلامی بسیار جا افتاد. بحث‌های کلامی از قرن‌های سوم به بعد به شدت در اصول مطرح شد و هنوز هم آثارش هست. در مسائل کلامی بیشتر روی «عقوبت» و «استحقاق عقاب و ثواب» می‌روند و این‌که اصلاً این استحقاق درست است یا خیر و تفضل الهی است؟ برای مثال آقای خوبی در این مسأله که وجوب علم طریقی است یا موضوعی، روی مسأله عقوبت رفته است که مسأله‌ای کلامی است. همچنین روی جنبه‌های «تکلیف» و «عدل الهی» و «حسن و قبح عقلی» می‌رفتند از این‌رو اشاعره که ملتزم به مثل حسن و قبح عقلی نبودند خواه‌ناخواه در اصول یک‌نوع نتیجه می‌گرفتند و معتزله نوع دیگر. به‌عنوان مثال این‌که در بحث «وجوب تعلم» بگوییم: اگر وجوب تعلم، مولوی نفسی باشد، معنایش این است که باید یک عقاب به خاطر ترک تعلم باشد و یک عقاب به خاطر مخالفت واقع، پس تعدد عقاب لازم می‌آید. به نظر ما بحث تعدد عقاب را در اینجا نباید مطرح کرد. طرح «عقاب» و «قبح عقاب بلا بیان» و «حق الطاعة» با بحث کلامی مناسب است، بلکه بحث دنبال تنجز است، اگر تنجز بود عقاب هست اگر نبود عقاب نیست.

۶. فضای فلسفی

فضای ششم فضای فلسفی است، در فضای فلسفی سعی بر این بود که مسائل کلامی مثل عقاب مطرح نشود لکن با دیدگاه فلسفی به مسائل اصول نگاه می‌کردند، یعنی در توجه به واقع و تفسیر واقع وجود یا موجود نگاه می‌کردند. نخستین کسی که این دیدگاه را در فقه شیعه مطرح کرد مرحوم فخرالمحققین در ایضاح الفوائد بود ایشان اصطلاحات فلسفی را بسیار به کار برده است که بعضی جاها اثر گذاشته است و خیلی هم روشن نیست. در این اواخر نیز امثال محقق اصفهانی با فضای فلسفی مباحث اصول را مطرح کرده‌اند. در اصول اهل سنت این فضا نیست.

۷. فضای قانونی

فضای هفتم فضای قانونی است این فضا در کلمات قدمای اصولیون نیز کم‌وبیش هست ولی در این دو قرن اخیر که مسائل قانون و فضای قانونی شکل خاصی یافته است این فضا به صورت جدی‌تر مطرح شده است. در فضای قانونی، قانون خودش واقعیتی می‌یابد. مخالفت با قانون، به‌عنوان ظلم بر مولا مطرح نیست بلکه به‌عنوان ظلم بر خود انسان مطرح است. در این طرح - بر خلاف رأی کلامی اشاعره که قانون و شریعت را تابع مصالح و مفاسد نمی‌دیدند بلکه تابع جعل شارع می‌دیدند - قانون، مصالح و مفاسد دارد و علاوه بر آن قوانین نظام خاصی دارد. همچنین باید نوعی «سنخیت» میان قوانین باشد که مثلاً در روابط «عبد و مولا» چنین تسانخی مطرح نبود مثلاً اگر مولا می‌گفت: این کار را بکن و دو ساعت دیگر می‌گفت: فلان کار را بکن، و عبد این دو حرف را باهم منافی می‌دید حق اعتراض نداشت. البته الآن سنخیت میان جرم و کیفر را حساب می‌کنند ولی این اختصاص به جرم و کیفر ندارد و کل فضای اصول باید اینطور باشد.

«قبح عقاب بلا بیان» که در مسائل اصولی مطرح شده است، یک فضای کلامی است و ما اگر بخواهیم به آن مسائل، فضای قانونی بدهیم باید به جای آن بحث «تنجز و عدم تنجز» را پیش بکشیم و بگوییم: حکم تنجز پیدا می‌کند یا نه؟ اگر تنجز پیدا کرد خواه‌ناخواه عقاب هم بر آن بار می‌شود. بحث تنجز و عدم تنجز بحث اصولی و فضای قانونی است و موضوع احکام جزایی هم احکام منجز است. در فضای قانونی با مسأله عقاب و ثواب و شفاعت و جبر و اختیار کاری نداریم، بنای عقلا بر این است که در فضای قانونی احکام جزایی بر حکم منجز بار می‌شود؛ چون موضوع احکام جزایی عصیان و تمرد از قانون است و این عصیان در جایی بار می‌شود که حکم منجز باشد.

تطبیق فضاهای هفت گانه بر مسأله «اجتماع امر و نهی»

مطلب حائز اهمیت این است که در اباحت اصول اگر در یک فضا رفتیم از اول تا آخر در همان فضا بمانیم و فضاها را مرتب عوض نکنیم. ما مسأله «اجتماع امر و نهی» را که از مسائل مشکل اصول است به‌عنوان مثال انتخاب می‌کنیم و بر این فضاهای هفت‌گانه تطبیق می‌کنیم تا هدفمان از این بحث روشن شود.

۱. فضای تفسیر اراده تکوینی به تشریحی

در فضای اول یعنی فضای تفسیر اراده تکوینی به تشریحی باید بگوییم: مثلاً اتاقی است که دو در دارد و یک درش به دالانی باز می‌شود که به او گفته است: هیچ وقت از آنجا رد نشو، و از آن طرف به این شخص می‌گوید: از اتاق بیرون برو، حال آیا می‌تواند از همان دری که از آن منع شده بیرون برود؟ طبیعتاً اگر این اراده تشریحی را به اراده تکوینی تفسیر کنیم می‌گوییم: دست او را می‌گیرند و از آن دری که ممنوع نیست بیرون می‌برند. یعنی خواه‌ناخواه مسأله امتناع امر و نهی مطرح می‌شود.

۲. فضای عرف عام

روی فضای دوم - که فهم عرفی بود - از یک طرف می‌گوید: غضب نکن و از آن طرف می‌گوید: نماز بخوان، فهم عرفی‌اش این است که در غضب تصرف نکن؛ یعنی در آن راه نرو، غذا نخور و در آن نماز نخوان. پس اگر فضای فهم عرفی هم وارد شویم نتیجه‌اش امتناع است. در فهم بسیط عرفی، و نه قانونی این مطلب فهمیده می‌شود.

۳. فضای رابطه عبد و مولا

در مرحله رابطه «عبد و مولا» هم انصافاً همینطور است؛ یعنی در این مرحله هم مسأله امتناع احساس می‌شود؛ چون عبد احساس می‌کند که نه فقط افعالش بلکه همه وجودش ملک مولاست، می‌گوید: مولا به من گفته از این در رفت و آمد نکن و گفته است بیرون برو، می‌گوید: من نمی‌توانم از آن در رفت و آمد کنم. لذا در فضای عبد و مولا هم که در کلمات اصحاب و اصولیون هست مناسبت امتناع است.

۴. فضای دلالت لفظی

روی فضای دلالت لفظی نتیجه بحث شاید تفاوت کند و یکنواخت نباشد، مثلاً ابن حزم می‌گوید: اگر دلیل آمد که: «لا تشرّب فی آئیه الذّهب»، اگر در آئیه ذهب وضو گرفت وضویش درست است؛ چون فقط از شرب منع کرده است نه از همه تصرفات، اما اگر گفت: «نهی النبی ص عن آئیه الذّهب» - که اهل سنت دارند - پس اگر با آن آب وضو گرفت وضویش باطل است؛ چون نهی از چیزی، به معنای نهی از جمیع تصرفات است که یکی از آنها وضوگرفتن است. یعنی در مثل «لا تشرّب»، اجتماعی می‌شویم و در مثل «نهی النبی» امتناعی می‌شویم.

۵. فضای کلامی

اگر در این مسأله از زاویه کلامی وارد شویم، چون در زاویه کلامی بیشتر مسأله عقوبت مطرح است می‌گویند: اشکال ندارد. البته در زاویه کلامی بین معتزله و اشاعره فرق می‌کند.

۶. فضای فلسفی

بحث ترکیب اتحادی و انضمامی که در اصول متأخر شیعه آمده بحثی معقول است که درحقیقت همان فضای فلسفی است. فرق بین ترکیب اتحادی و انضمامی در اصول متأخر ما آمده و مرحوم نائینی هم در بحث اجتماع امر و نهی به تفصیل متعرض آن شده و می‌گوید: در بحث اجتماع امر و نهی یک بحث کبروی است که قائل به اجتماع بشویم یا نه؟، و یک بحث صغروی که آیا ترکیب در اینجا اتحادی است یا نه؟

مثلاً آقای خوئی می‌گوید: اگر در ظرف غضب که آبش مباح باشد وضو بگیرد درست است؛ چون وقتی دست در آب می‌زند تصرف در ظرف هست اما وضو نیست و وقتی آب را برمی‌دارد و روی صورتش می‌ریزد، وضو هست اما تصرف در ظرف نیست، اما مثلاً ابن حزم می‌گوید: وضو در ظرف غضبی هم باطل است؛ چون او دنبال ترکیب اتحادی و انضمامی نیست دنبال صدق عرفی است، می‌گوید: وقتی گفته می‌شود: در ظرف غضبی تصرف نکن یعنی آن را نفروش، در آن آب نخور، در خانه‌ات هم نبر، با آن وضو هم نگیر.

یا مثلاً آقای خوئی می‌گوید: نسبت به اجزای لباس مغضوب، ترکیب در آن اتحادی است اما در نماز فقط ترکیب سجده و غضب اتحادی است یعنی عنوان قیام و رکوع را با غضب حساب کرده و می‌گوید: در حال رکوع غضب هم هست ولی هر دو از یک مقوله نیستند این از یک مقوله است و آن هم از یک مقوله، ولی در باب سجده یک عمل وحدانی می‌شود که اعتماد الجبهه علی الأرض است. نتیجه نظر ایشان این می‌شود که نماز میت در زمین غضبی اشکال ندارد؛ چون در آن سجده ندارد. آقای خوئی

می‌گوید: شما در عمل وحدانی دو عنوان را انتزاع می‌کنید، در دیدگاه فلسفی شما می‌گویید: به یک اعتبار صلاه است به یک اعتبار غضب است، چه فایده دارد عمل یکی است یا مصلحت ملزومه دارد یا مفسده ملزومه، نمی‌شود هر دو را داشته باشد. لذا آقای خوئی قائل به اشد انواع امتناع است؛ چون امتناع را در مقام ملاکات می‌بیند نه در مقام جعل.

۷. فضای قانونی

در فضای هفتم یعنی فضای قانونی، ذات عمل را حساب نمی‌کنند که وحدانی است یا نه، همان عنوان را حساب می‌کنند. در دیدگاه فلسفی می‌گویند: دو عنوان عمل را دو تا نمی‌کند اما این‌ها در دیدگاه قانونی می‌گویند: در وعاء قانون و نه در واقع، دو عنوان، آن را دو تا می‌کند. لذا در اینجا سجده شما ولو واقعاً یکی است اما دو تا می‌شود یکی عنوان غضب است که آثار خاص خودش را دارد یکی هم عنوان صلاتی که آثار خودش را دارد.

ترجیح «فضای قانونی» بر فضاهای دیگر در شریعت خاتمه

گفته شد که ما می‌توانیم هفت فضای عام را در اصول تصویر کنیم که مهم‌تر از همه دو فضا است که در حقیقت دو نظام^۱ است: یکی «نظام عبد و مولا» و یکی «نظام قانونی». بالأخره ما الآن وقتی می‌خواهیم اصول را بنویسیم روی چه فضایی بنویسیم؟ گفتیم: اگر ما باشیم و طبق شواهد تاریخی انصافاً در جزیره العرب «فضای قانونی» حاکم نبود اما بحث بر سر این است که رسول الله (ص) - مخصوصاً چون شریعتش شریعت خاتمه است - اقتضایش این است که «فضای قانونی» را بیاورد؛ چون باید این روح در کل بشریت در هر زمان و مکان تا روز قیامت جریان یابد، این با «فضای قانونی» بیش از فضاهای دیگر می‌سازد. پس انصاف قصه با مجموعه شواهدی که بعضی از آن‌ها را قبلاً بیان کردیم و با مراجعه مستقیم به آیات و روایات احساس می‌کنیم که گرچه زمان، زمان «عبد و مولا» بود اما آن چیزی را که شریعت مقدسه اراده کرده است همان «فضای قانونی» است. از آن طرف انسان در بعضی از مسائل کاملاً احساس می‌کند که آن ضوابطی که ما در مسأله «عبد و مولا» گفتیم در «ادبیات روایات» به کار برده شده است، لذا این هم انکارناپذیر است.^۲

۱. البته امروزه در زبان عربی کلمه نظام و در اصطلاح متعارف ما کلمه سیستم یا معادل فارسی دستگاه به کار می‌رود و ما همان کلمه نظام را به کار می‌بریم.

۲. انصافاً در شواهد تعبیری و ادبیاتی احساسمان این است که ادبیات «عبد و مولا» حاکم است. چون زمان، زمانی است که روابط «عبد و مولا» حاکم است، اما در زمان ما دیگر روابط «عبد و مولا» نیست. نمی‌خواهم بگویم: ما یکجور می‌فهمیم آن زمان یکجور. به‌رحال وظیفه فقیه این است که احکام را در قرآن و سنت و سیره اهل بیت (ع) درست فهم کند، زمان ما را هم درست فهم کند و بعد این‌ها را باهم انطباق دهد مثلاً اگر در آن زمان محیط «عبد و مولا» مطرح بوده و الآن مطرح نیست، این تغایر محیطی نباید کاری کند که ما در احکام متوقف شویم بلکه باید بتوانیم به نحوه روشنی این نقل و انتقال را انجام دهیم.

سرّ این که در کتب اصولی قدیم این بحث‌ها نبود؛ این بود که در آن زمان مسأله «عبد و مولا» حاکم بود، خواه‌ناخواه این نیازی که امروز ما احساس می‌کنیم آن‌ها احساس نمی‌کردند. نیاز دیگری که ما احساس می‌کنیم ترجمه و تفسیر از ادبیاتی است به ادبیاتی که ما امروز می‌خواهیم بدهیم. ما در این قسمت (ادبیات) انصافاً مشکل داریم و کأنه ادبیات، با روابط «عبد و مولا» تناسب بیشتری دارد. به ذهن می‌آید که نهایت جمعش این باشد که ما همان «روح قانونی» را حاکم بدانیم تا جایی که به استظهار از نص برسد و ببینیم در روایات رابطه «عبد و مولا» مطرح شده است، اگر آن شد دیگر چاره‌ای نداریم.

البته گفتیم این «فضای قانونی» روی نظام «عبد و مولا» هم هست ولی نه در این حدی که در «نظام قانونی» است؛ چون «نظام قانونی»، قانون را برای جامعه در نظر می‌گیرد. جامعه هم در این اصطلاح شامل انسان‌ها، حیوانات، زمین، خیابان، آب، گیاه، کوه و دریا هستند و این‌ها را باید منسجم ببیند.

بعضی از آقایان اشکال کردند که اثبات این ادعا نیاز به دلیل دارد، درست هم هست. اما در دنیای قانونی فعلی این نظام واضح است ولی چون در حوزه‌های ما به دلایل مختلف رایج نبوده است شاید پذیرش آن برای ما کمی سنگین باشد. ولی ما توضیح دادیم که از مجموعه آیات و روایات این مطلب درمی‌آید.

بنابراین از مجموعه آیات و روایات به دست می‌آید که در شریعت مقدسه همان «نظام قانونی» حاکم است.

سیر تاریخی فضاهای هفت‌گانه

باید در نظر گرفت که فضاهای هفت‌گانه که ذکر شد تقریباً جنبه طولی دارد؛ چون اعتبارات قانونی با قطع نظر از شرایع الهی، به تدریج شکل گرفته‌اند. به فرض اگر جامعه‌ای بدوی را که در جنگل زندگی می‌کنند معیار قرار دهیم بعید نیست که مثلاً «فضای تفسیر و تبدیل ارادتین» برای اوایل کار بشر باشد، اما به تدریج «قانون» شکل می‌گیرد و پیشرفته می‌شود و ضوابط خاص خودش را می‌یابد، لذا تفسیرهایی مثل تفسیر اراده تشریحی به تکوینی شاید برای اوایل کار خوب باشد اما با توجه به پیشرفت بشر و استعداد خدادادی ابداع در او، آن‌ها را سکوی پرتاب خود می‌کند و تا آخر به آن‌ها اعتماد نمی‌کند. با پیشرفت بشر، شکل اجتماع و پیشرفت جامعه و مسائل حسن و قبح را در نظر می‌گیرد مثلاً بر طبق این که بخواهد یک جامعه حدقلی تصویر کند یا جامعه حداکثری، این‌ها یکنواخت نیستند و ضابطه واحدی ندارد؛ مثلاً «أنتم الأعلون إن کنتم مؤمنین»، یک جامعه حداکثری است.

تاریخچه «قانون»

روم قدیم و عراق قدیم اولین مناطقی هستند که قانون حاکم بوده است؛ در بابل که همین حله فعلی عراق است، تقریباً اولین منطقه‌ای است که در دنیا قانون حاکم بود که حدود چهار هزار سال قبل، قوانین همورابی وجود داشته است.

البته راه تصمیم‌گیری مردم باهمان طریقه‌ای است که مثلاً حدود ۱۷۰۰-۱۸۰۰ سال قبل در یونان بوده است، که مردم جمع می‌شدند و نظر می‌دادند که همین سقراط را هم مردم به اعدام محکوم کردند، سقراط دفاع کرد و مردم قبول نکردند و او را محکوم کردند لذا خودش شوکران را خورد و مرد. دموکراسی یعنی حکومت مردم و این از آنجا درست شد. یا راه تصمیم‌گیری به شکلی است که در این دو بیست سال اخیر به شکل نمایندگان مردم مطرح شده است که آن‌ها به‌عنوان انعکاس رأی مردم قانون تصویب می‌کنند. البته بخشی از این مسأله هم صبغه سیاسی داشت و نفی سلطنت استبدادی بود لذا در این مرحله نفی سلطنت به دو شکل سلطنت مشروطه یا نظام جمهوری شکل گرفت و بیشترش هم از همین بحث‌هایی است که در اروپا از دوران رنسانس مخصوصاً روح القوانین منتسکیو شروع شد.

در این فضای قانونی سعیشان بر این بود که به قول امروزی‌ها برای قانون شخصیت حقوقی قائل باشند که مبدأش اراده مردم باشد و در آن ولایتی مطرح نباشد و خودش ضوابطی و فضای خاصی داشته باشد؛ موادش باهم منسجم باشد، حد و حدودش معین باشد، قوانین جزای‌اش معین باشد.

نظام قوانین و اعتبارات تشریحی نیز گونه‌های مختلفی دارد مثلاً در اروپا در یک مرحله، «نظام ارباب رعیتی» بود. تفاوت «نظام ارباب رعیتی» با «نظام بردگی» در این است که در نظام بردگی، برده باهمه وجودش ملک مالک است اما در نظام ارباب - رعیتی

(یا به تعبیر لاتین فئودالیزم یا به تعبیر عربی اقطاعی) رعیت یعنی کسی که روی زمین کار می‌کند به زمین وابسته است و با آن جابجا می‌شود یعنی او را با زمین به کسی می‌فروشند ولی با همه وجودش ملک ارباب نیست.^۱ بحث ما این است که نظام تشریحی در یک جامعه بردگی به یک نحو است و در نظام فئودالی دگرگون می‌شود؛ چون زیربناها عوض می‌شود و باز در جامعه دیگر عوض می‌شود، لذا در تفکرات کمونیستی چیزی به نام قانون را نمی‌پذیرند و قانون را بازتاب نظام اجتماعی می‌دانند و آن را عامل ظلم و استبداد و استثمار می‌دانند.^۲

تاریخچه «قانون» در اسلام

در ایران هم اجمالاً «روح قانونی» بود ولی شواهد قطعی تاریخی نشان می‌دهد که مکه و مدینه ارتباطی با ایران نداشتند.^۳ نقل شده است که پیامبر (ص) پس از تشریف‌فرمایی به مدینه برای اولین بار بین خودشان و یهود قانونی نوشتند که بعضی از بندهایش در طبقات ابن سعد و اموال ابو عبید و منابع دیگر آمده است و بعضی از مستشرقین هم آن‌ها را جمع کرده‌اند و توسط آقای سعیدی بیرجندی به‌عنوان نخستین قانون اساسی جهان به زبان فارسی ترجمه شده است، این قانون ۵۲ بند قانونی است که کلیات را دارد جزئیات هم دارد.^۴ آنچه از پیامبر (ص) نقل شده حالت قانونی دارد ولی همه تعابیرش تعابیر قانون اساسی نیست و بعضی تعابیر جزئی هم در آن هست. مخصوصاً که اکثر اهل مدینه جاهل بودند و یهود مدینه را اهل کتاب می‌دانستند و این‌ها قدرت داشتند، قدرت اقتصادی هم داشتند و جهات مختلف در اختیارشان بود. پیامبر اکرم (ص) از بدو ورود به مدینه قانونی را بین خودشان و یهود قرار دادند. بعد از صلح حدیبیه هم که بنا شد از جاهای مختلف بیایند و اسلام بیاورند و مشرکین مانعشان

۱. در زبان فارسی «رعیت»، در مقابل «فئودال» است و رعیت معنایی غیر از کشاورز یا رعایا السلطان دارد. مراد از رعیت کسی است که در زمین کار می‌کند و نسبتی از درآمد آن را به ارباب می‌دهد و با زمین جابجا می‌شود. این یک اصطلاح اقتصادی است لذا در اصطلاح رسمی خودش در انگلیسی «سرو» می‌گویند. به احتمال قوی عِلج یا غُلوج نیز به همین معنا بوده است و این که نوشته‌اند: «علوج به معنای کافران بلندهیکل است» درست نیست؛ چون عراق ارض خراجی بود علوج روی زمین کار می‌کردند و همراه زمین هم جابجا می‌شدند مثلاً شخصی صد هکتار زمین را از خلیفه می‌گرفت که اینقدر به خلیفه بدهد افرادی هم روی آن کار می‌کردند که آن افراد را هم به او می‌دادند. رعیت ازدواج می‌کردند و زندگی داشتند و در زندگی خود آزاد بودند ولی همراه زمین مقداری محدود است اما مثل برده هم نبودند که آزادی نداشته باشد. این نظام اقتصادی، ارباب - رعیتی یا فئودالی است. گفتنی است: در اصطلاح سرمایه‌داری کارگر کسی است که آزادی‌اش از رعیت بیشتر است اما وابسته به زمین یا کارخانه هم نیست او خودش تصمیم می‌گیرد که در این کارخانه برود و بعد به آن کارخانه برود، لکن کارش در اختیار سرمایه‌دار قرار می‌گیرد. به هر حال این‌ها اصطلاحاتی است که در زبان فارسی آمده و ما در حوزه‌هایمان کمتر روی آن‌ها تأکید می‌کنیم.

۲. در کتاب کاپیتال کارماکس بحثی درباره‌ی وجه تولید آسیایی دارد، شرح کتاب هم ادعا دارند که خود مارکس هم فهمیده است که نظام حاکم بر آسیا غیر از اروپا بوده است. اصل این مطلب درست است که خودشان هم فهمیده‌اند ولی به طور طبیعی چیزی که شاید بین آن‌ها نسبتاً شایع باشد که می‌گویند: اسلام جامعه را از نظام بردگی به فئودالیسم برد باطل است که وارد شرح آن نمی‌شوم.

۳. در قرآن هم که اسم مجوس آمده است رابطه‌شان مقداری به خاطر یمن بود چون استاندار حجاز و نجد در یمن بود از ایران عده‌ای زرتشتی در یمن رفته بودند آنجا بودند. لفظ مجوس هم احتمالاً لفظ ماهوش یا ماگوس باشد و بعد هم بحرین، چون بحرین خودشان اسلام آوردند در بحرین مجوسی بودند. اصولاً به احتمال قوی سؤال «سنوا بهم اهل الکتاب» هم مال بحرین باشد که مثلاً از طرف حضرت که رفتند گفتند: اینجا مجوسی هستند چه کنیم فرمود: این‌ها را مثل اهل کتاب مسیحی و یهودی حساب کنید. اما عرب مکه و مدینه، عرب مدینه چون کشاورزی مختصری داشت اهل هجرت و مسافرت نبود عرب مکه هم چون کشاورزی نداشت به تجارت آورده بود تجارتش هم در تابستان‌ها به شام و زمستان‌ها به یمن بود. ایران در این خط تجاری بود آشنایی‌شان هم با مجوس کم بود.

۴. البته قانون همورایی که به ۲۵۰۰ سال قبل از اسلام منسوب است در همین بابل وسط عراق بوده است در حجاز و آن قسمت‌ها نبود در این قانون همورایی مقداری که من دیدم حدود ۳۷۰۰ بند قانونی است در این‌ها بیشتر جزئی است بسیار هم جزئی است مثلاً اگر کسی یک گاوی بخرد و آنطور کند و بعد گاو را ببرد و...، آن حالت قانونی که الآن متعارف ماست ندارد.

نشود و آن سال را اصطلاحاً «عام الوفود» می‌گویند.^۱ در سالی هم که مسیحیان نجران آمدند و قصه مباحله رخ داد، پیامبر(ص) با آن‌ها قرارداد بستند. تمام این تعابیر را که ما می‌بینیم به ضمیمه تعابیر قرآنی پی می‌بریم که فضای حاکم بر فقه، «فضای قانونی» است و اگر بخواهیم در اصول بنویسیم باید یک «فضای قانونی» را مراعات کنیم البته در بعضی جاها شاید ادبیات، ادبیات «عبد و مولا» باشد لکن آن که حاکم است همان «روح قانون» است.

مقایسه فضای «عبد و مولا» با فضای «نظام قانونی»

محیط در تفکر انسان وارد می‌شود و همچون قرائن سیاقی به کلام مکتشف می‌شود، یا به تعبیر بنده موجب یک نوع استبطان می‌شود. آن‌ها که به‌عنوان پشتوانه‌های آن قرار می‌گیرند می‌توانند جامعه بردگی مؤثر باشد. وقتی کسی می‌خواهد در بحث‌های اصولی با آقایان بحث کند، باید معین کند که از چه فضایی با آن‌ها وارد بحث می‌شود، لذا مثلاً اگر بخواهید از راه «فضای قانونی» با آقای خوبی بحث کنید به جایی نمی‌رسید؛ چون او یک فضا را نگاه کرده است و شما یک فضای دیگر را نگاه می‌کنید.^۲

نسبت نظریه «انحلال امر» و «خطابات قانونی» با «فضای قانونی»

ممکن است از «أقیموا الصلاة» در ذهن چنین تصویری بیاید که مثلاً شخصی صد برده داشته باشد و به آن‌ها بگوید: هر کدام یک سطل آب بیاورید. لذا اصرار نائینی بر «انحلال امر» بر افراد، خواه‌ناخواه با این تصور بردگی می‌سازد نه تصور قانونی، در تصور قانونی انحلال معنا ندارد در آنجا جامعه را نگاه می‌کند.

همچنین اخیراً در حوزه‌های ما بحثی به‌عنوان «خطابات قانونی» مطرح شده است که بحث بدی نیست ولی در آنجا فقط بحث را روی «خطاب» برده‌اند درحالی‌که در «فضای قانونی»، بحث روی خود قانون و روح قانونی و نظام قانونی است و خطاب، مرحله تعبیر است، مثلاً قائلان به خطابات قانونی، انحلال را نپذیرفته‌اند بر خلاف مرحوم نائینی که قائل به انحلال است. «خطاب»، یکی از مظاهر نظام قانونی است. ما اولاً باید شکل و شمایل «نظام قانونی» را روشن کنیم بعد مسأله خطابات قانونی مطرح می‌شود که مثلاً در خطابات قانونی انحلال معنا ندارد و اصلاً فرد نگاه نمی‌شود و مثلاً مخاطب را جامعه یا مسلمانان یا الذین آمنوا قرار می‌دهد.

وضوح و عدم ابهام، از خصوصیات «نظام قانونی»

یکی از نکات روآوردن جامعه غربی به قانون اساسی و قوانین ماده‌ای این بود که باید حدود این را مشخص کنیم که مثلاً حقیقت و جوب و حرمت چیست و مرزبندی‌های این‌ها باید مشخص شود یعنی اضافه بر قانون، تأکیدی روی «ادبیات قانونی» دارند و تأکید دارند که الفاظ مجمل یا به اصطلاح ما مجاز و کنایه و استعاره که به لحاظ مفردات یا به لحاظ کلام، معانی متعدد دارند یا

۱. «وفود» یعنی گروه‌های نماینده. نمایندگان یمن و اطراف یمن، روستاها و غیر روستاها زیاد آمدند و اعلام اسلام کردند و «إنا فتحنا لک فتحاً مبیناً» را هم می‌گویند: مربوط به صلح حدیبیه است. فیما بعد در تدوین سنن پیامبر(ص) مقداری زیادی از آن همین نامه‌هایی است که پیامبر(ص) برای وفود نوشتند چون در عام الوفود عدّه زیادی از این وفودی که می‌آمدند پیامبر اکرم(ص) نامه‌ها را می‌نوشتند در اموال ابوعبید و دیگران ذکر شده است.

۲. در همین مثال اجتماع امر و نهی ما در هفت فضا نتایج مختلف گرفتیم. این که الآن عده‌ای از معاصرین روی این فضا رفته‌اند که تعدد عنوان کافی است در وعاء اعتبار، نمی‌خواهد تعدد معنون باشد چون حیثیات تقییدی هستند، در این دیدگاه دیگر بحث ثواب و عقاب نمی‌کند و طبعاً چون با هم جمع شده‌اند هم ثواب دارد و هم عقاب، ولی بحث را روی ثواب و عقاب نبرده است، اگر برده بود فضای کلامی می‌شد. همچنین اگر بحث را روی عبد و مولا ببرند آن فضای دیگر می‌شود. پس با یک مثال روشن شد که در این مثال واحد روی یک فضا یک نتیجه می‌دهد روی یک فضا نتیجه دیگر.

احتمالات معنایی در آن‌ها هست نباید به کار رود و این مطلب نیز درست است. در فقه نیز چنین بوده است و هنوز هم می‌گویند: و الدلیل مجمل یا فیه احتمالات و با وجود احتمالات نمی‌شود کاری کرد، لکن در دنیای اسلام چون «روح قانونی» از ابتدا تنظیم نهایی نشده است قدر متیقن می‌گیریم.

انسجام، خصوصیت فضای قانونی

همچنین لازم هم نیست که اوامر مولا و اعتباراتش انسجام داشته باشد ممکن است صبح چیزی بگوید و شب چیز دیگری بگوید، به عبد ربطی ندارد و در این نظام تأخیر و کوتاهی در انجام اوامر مولا مستلزم عقوبت است و معیار عقوبت به حسب نظر مولاست. اما در «نظام قانونی» می‌بایست نوعی انسجام و هماهنگی میان قوانین باشد درحالی‌که در نظام «عبد و مولا» چنین نیست و مثلاً به مولا نمی‌گویند: شما از این لحظه‌ای که عبد را خریدی تا مدت سی سال که می‌خواهی او را نگه‌داری کنی باید یک قانون منسجم برایش بریزی و کاری کنی که الآن با سی سال بعدت یکی بشود، ولی «نظام قانونی» باید منسجم باشد.

اخذ عناوین به نحو حیثیت تقییدی در قوانین

حیثیات در قانون همیشه «حیثیات تقییدی» هستند. در اجتماع امر و نهی، اگر حیثیات تعلیلی باشند باید امتناعی بشویم و اگر حیثیات تقییدی باشند اجتماعی می‌شویم. اگر حکم فقط بر متحیث بار شود حیثیت تعلیلی است و اگر حکم و اثر بر متحیث و حیثیت هر دو بار بشود تقییدی می‌شود. یعنی اگر آن اثر بر همین «اعتماد الجبهه علی الأرض» بار می‌شود لکن دو حیثیت دارد: هم غصبی و هم حیثیت صلاتی اما متحیث یکی است: اعتماد الجبهه علی الأرض. اما اگر حکم و اثر فقط بر همان متحیث بار می‌شود این حیثیت تعلیلی می‌شود و چون یکی است باطل است. اما اگر حیثیات تقییدی گرفتیم، «اعتماد الجبهه علی الأرض» به‌عنوان «صلاة» غیر از «اعتماد الجبهه» به‌عنوان «غصب» است. یعنی هم متحیث را که اعتماد الجبهه است حساب می‌کنیم و هم عنوان صلاة را.

اما این‌که چرا در احکام شرعی حیثیات، تقییدی هستند؟ علتش این است که اصل اولی گرفته‌اند که در احکام عقلی حیثیات، تقییدی هستند، و در احکام شرعی نیز حیثیات تقییدی است، یعنی آن حیثیتی را که عنوان موضوع بر آن بار شده است آن حیثیت، خودش تأثیرگذار است و صرفاً نگاه به متحیث نکنید. این عمل وحدانی که عبارت از اعتماد الجبهه علی الأرض باشد به حیثیت صلاتی مأمور به است به حیثیت غصبی منهی عنه است لذا باهم جمع می‌شوند و هیچ مشکلی ندارند. به عبارت دیگر تعدد حیثیت آن را دو تا می‌کند اگر دو تا شد یکی مأمور به می‌شود یکی منهی عنه. پس عمل وحدانی اگر دو حیثیت پیدا کرد: نماز و غصب، دو تا می‌شود. روی دیدگاه فلسفی یکی است ولی روی «حیثیت قانونی» و «روح قانونی» دو تا است. البته ممکن است و بالفعل هم شده است و ما در بحث مشتق هم متعرض شدیم که ممکن است در بعضی از نصوص شریعت، «حیثیت تعلیلی» باشد، لکن متعارف این است که «حیثیات تقییدی» است. هر حیثیتی که در لسان دلیل اخذ شد همان حیثیت موضوع است نه متحیث.

ابتنای «نظام قانونی» بر «مصالح و مفاصد» و ابتنای «امر و نهی مولا به عبد» بر «اراده مولا»

یکی از نکات اساسی «فضای قانونی» این است که در آن ملاکات واقعی مطرح است نه جنبه آمریت مولا، و هدف اصلی آن، رسیدن افراد به ملاکات واقعی است. در «نظام قانونی» نمی‌گویند: باید اینطور باشد چون دولت گفت. مثلاً می‌گویند: این خیابان باید عرضش هشت متر باشد، این هشت متر بدین خاطر نیست که دولت یا پادشاه گفته است بلکه به خاطر اقتضای مصلحت اهل کوچه و لحاظ بودجه دولت و مالیات مأخوذ از مردم است، لذا در جای دیگر که جمعیت بیشتر باشد می‌گویند: کوچه باید

دوازده متری باشد، و نمی‌گویند: چون شاه امر کرد باید اینطور شود. از این رو در کشورهای مختلف قانونی را به‌عنوان قانون اساسی می‌گذارند که در آن قوانین را با در نظر گرفتن خصوصیات مناطق، افراد، نژادها و زبان‌ها جعل می‌کنند. اما در روابط «عبد و مولا» قوام قانون به مولاست. به قول برخی، قانون پرتو شخصیت (یا کیش شخصیت) مولاست، ارتباط «عبد و مولا» به‌گونه‌ای است که اگر مولا بگوید: این کار را بکن، باید بکند، و اگر گفت: نکن، نباید بکند. اما در «نظام قانونی»، قانون پرتو شخصیت کسی نیست و یک از نکات اساسی فرق این است که روح اساسی قانون، انفصال قانون از شخصیت مقنن است.^۱ بنابراین در «نظام قانونی» ظلم بر قانون یا ظلم بر مولا مطرح نیست؛ چون مولایی فرض نمی‌شود، بلکه اگر کسی تخلف کرد ظلم به خودش کرده است، اگر در نظام قانونی گفتند: پول بدهید تا جاده را آسفالت کنیم و شما ندادید این ظلمی است که به خودتان و به جامعه برمی‌گردد. لذا این مطلب که در کفایه در باب تجری آمده است: «ذمه علی تجریه و هتکه لحرمة مولا و خروجه عن رسوم عبودیت»^۲ اولاً خود تجری محل کلام است که بحث اصولی است یا کلامی؟ و ظاهرش کلامی است که شاید نکاتی هم اصول داشته باشد. ثانیاً ایشان حرمت تجری را از باب ظلم بر مولا آورده است که این فضا و دیدگاه، دیدگاه «عبد و مولا» است. در «فضای قانونی» مباحث روی واقعیت‌ها می‌آید کیفرها هم حد و حساب خودش را پیدا می‌کند، پس دو نظام است با دو نوع ضوابط و با دو حالت.

تمسک به آیه «عبداً مملوگاً لا یقدر علی شیء» در فقه و تناسب آن با فضای «عبد و مولا»

طبق فضای «عبد و مولا» تصور می‌شد که عبد، شأنی از شئون مولاست. این تصور خودش یک زیربنای قانونی و یک فضای اصولی است؛ این‌که عبد به قول آقایان حیثیتش حرفی است مثل وجود رابط، فانی و مندک در مولا است لذا اگر بخواهد کاری کند همه نظرش باید روی مولا باشد، آنگاه این تصور با وجود مثل آیه مبارکه «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلٰی شَيْءٍ»^۳ تقویت شده است. تا جایی که من خبر دارم در روایات ما فقط در دو مورد به این آیه در فقه تمسک شده است یکی در بحث طلاق، که روایت معارض دارد که می‌گوید: طلاق در اختیار مولا نیست در اختیار عبد است. یک مورد دیگر هم داریم. اما در کتب فقه ما و سنی‌ها استناد به این آیه در مسائل عتق و رق نسبتاً زیاد است و این آیه زیربنای قانون قرار گرفته است.

در آیه مبارکه «ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلٰی شَيْءٍ»، «مَثَل» در اصطلاح یک تعبیر ادبی است نه یک ادبیات قانونی. با قطع نظر از تعبد به روایات اگر ما بودیم و این آیه مبارکه، در فقه نمی‌شد به آن تمسک کرد. در روایات هم در یک مورد بلامعارض به آن تمسک شده است اما در فقه در بسیاری از موارد تمسک شده است. «مثل» اصطلاحاً یک نوع تعبیر ادبی است، می‌گوییم: زید مثل شیر است. این تعبیر ادبی است ممکن است شما باغ وحش بروید ببینید شیر در قفس گیر کرده است این دیگر هیبت سابق شیر را ندارد. خصلت تعبیر ادبی این است که برای تأثیر بر احساسات و رفتار ماست و جنبه قانونی ندارد، روح قانون در آن نیست. لذا در باب تعبیرات ادبی حتی ممکن است آن مطلب باطل هم باشد لکن باطلی باشد که در میان مردم رواج دارد. به فرض تعبیر رستم، در ایرانی‌ها رواج دارد ممکن است اسطوره و دروغ هم باشد. نام‌بردن از رستم یک تعبیر ادبی است

۱. تفکراتی که در زمان ما به اسم قانون اساسی و نظام سلطنت مشروطه یا نظام جمهوری درست شد مثلاً در ایران از سال ۱۲۱۸ طرح عدالت‌خانه و بعد از آن در سال ۱۲۲۰ مسأله مشروطه مطرح شد، هدفشان این بود که قانون را از شخص شاه جدا کنند نه این که شاه هر چه گفت، قانون بشود و اگر نگفت، قانون نشود. البته طبق برنامه‌ای که غربی‌ها هم قبلاً دیده بودند مثل روح القوانین، سه مبدأ تصور کردند که آن‌ها را از شخص شاه جدا کردند: یکی «قانونگذاری» بود، یکی «اجرا» بود و یکی «رفع خصومت و ایجاد عدالت» در جامعه یا عدالت‌خانه بود که اسمش دادگستری شد.

۲. کفایه الأصول، ص: ۲۵۹

۳. نحل: ۷۵

برای انسان‌هایی که به فارسی آشنا هستند، ولی در مثل عربستان یا آفریقا، رستم دیگر تأثیری ندارد آنجا عنوانی ندارد. در خصوص این آیه هم چنین است، در جامعه عربی دیگر «عبد» نداریم و از این آیه چیزی نمی‌فهمند، آن را تاریخی معنا می‌کنند به قول عرب‌ها «صار فی خبر کان»، جزو خبر کان شده است.

تنها در یک روایت واحده بلامعارض به این آیه استناد شده است و روایت واحده نمی‌تواند معنای آیه را عوض کند، آن مورد واحد را ملتزم می‌شویم اما این‌که ده‌ها مورد در بحث رق به اطلاق «عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» تمسک کنیم خیلی فرق می‌کند.

طبیعت تعبیر ادبی اینگونه است و چون بر رفتار و احساسات تأثیر دارد، جنبه قانونی ندارد. البته الآن در فقه و غیر فقه ما «عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» زیاد آمده است که درحقیقت تصور رابطه «عبد و مولا» را به ضمیمه این آیه، زیربنای اصول قرار داده‌اند. این فضای اصولی و این زیربنا را تا مقام «ادبیات قانونی» هم برده‌اند؛ در معالم دارد صیغه «افعل» دلالت بر وجوب دارد اگر مولا گفت: «اسقنی ماء» و تخلف کرد عقلاً مذمتش می‌کنند یا همین که سید مرتضی یا نائینی گفته‌اند نکته‌اش همین است. این فضای «عبد و مولا» خیلی تأثیرگذار است، در کلیه اصول در طول تاریخ‌ها تا این یومنا هذا تأثیر گذار است.

سازگاری «اصاله الحظر» با فضای «عبد و مولا»

در نظام «عبد و مولا»، ذات عبد، ملک مولاست لذا باید در تمام امور طبق این تفکر حرکت کند مثلاً ما در قدمای اصولی سنی و شیعه کسانی را داریم که اصل اولی را بر «حظر» می‌دانند؛ اگر در هر کاری شک کردیم اصل اولی بر منع است، چون ما ملک خدا هستیم نمی‌شود بدون رضای او در ملکش تصرف کنیم. ذات عبد ملک است، دستش باز نیست و «أصالة الإباحة» را نمی‌تواند انجام دهد. این تفکر با فضای «عبد و مولا» می‌سازد که در آن عبد، ملک مولاست، ولی اگر نظام «عبد و مولا» را نپذیرفتیم طبیعتاً با آن تفکر «اصالة الإباحة» روبرو می‌شویم. در فضای روابط «عبد و مولا»، عبد بی‌اجازه مولا نمی‌تواند تصرف کند و هیچ قدرتی در برابر مولا ندارد، به تعبیر کفایه هر گونه ظلم و اهانت به مولا قبیح است، عبد نمی‌تواند به مولا انتقاد کند.

نگاهی دوباره به «اجتماع امر و نهی» در نظام قانونی

گفتیم مواردی هست که گفته‌اند: بر طبق نظام «عبد و مولا» یک نتیجه می‌دهد و بر طبق «نظام قانونی» نتیجه‌ای دیگر، مثل مسأله «اجتماع امر و نهی» که قاعدتاً باید بر طبق نظام «عبد و مولا»، امتناعی و بر طبق «نظام قانونی»، اجتماعی شویم. چون این از اموری است که الآن در سیره عقلا در قوانین پذیرفته شده است. حیثیات در قانون همیشه «حیثیات تقییدی» هستند پس عمل و حدانی اگر دو حیثیت پیدا کرد: نماز و غضب، دو تا می‌شود. روی دیدگاه فلسفی یکی است ولی روی «حیثیات قانونی» و «روح قانونی» دو تا است. البته ممکن است و بالفعل هم شده است و ما در بحث مشتق هم متعرض شدیم که ممکن است در بعضی از نصوص شریعت، «حیثیات تعلیلی» باشد، لکن متعارف این است که «حیثیات تقییدی» است. هر حیثیتی که در لسان دلیل اخذ شد همان حیثیت موضوع است نه متحیث. پس اگر ما باشیم و مقتضای قاعده باید بگوییم: نماز در مکان مغضوب یا لباس مغضوب درست است؛ چون یک عنوان صلاتی دارد و یک عنوان غضبی، به یک عنوان ثواب دارد و به یک عنوان عصیان است. این از نظر قانونی اشکال ندارد.

دیدگاه فضل بن شاذان بر «اجتماع»

این «روح قانونی» را ما در کلمات فضل بن شاذان^۱ هم می‌بینیم؛ در جلد ششم از کتاب کافی به مناسبت بحث طلاق، کلامی را از فضل بن شاذان نقل می‌کند که در آنجا خیلی راحت و بدون اتعاب نفس می‌گوید: نماز در لباس غضبی و مکان غضبی درست است. این همان تفکر قانونی است که درست هم هست. آقایان زمان ما با اتعاب نفس و حیثیت تعلیلیه و تقییدیه و این حرف‌ها وارد شده‌اند، او این حرف‌ها را هم نمی‌زند بلکه مفروغ عنه می‌گیرد که نماز درست است. گویا نزد فضل بن شاذان نماز در دار غضبی و لباس غضبی بدیهی بوده است. این با روحیه قانونی تناسب دارد. دویست سال بعد شیخ طوسی ادعای اجماع می‌کند که نماز در دار و لباس غضبی باطل است. باینکه زمان فضل بن شاذان، زمان «عبد و مولا» است اما ایشان از راه عقلی وارد شده است.^۲

۱. فضل بن شاذان دویست سال قبل از شیخ طوسی است؛ تقدم علمی فضل بن شاذان در زمان خود، از شیخ طوسی بیشتر است، معقولاً و منقولاً و سنه و شیعه و در علوم اسلامی، بلکه در علوم انسانی فوق العاده است. وفات ایشان قبل از امام عسکری(ع) است. گفته شده وی کتاب نسبتاً مفصلاً از حضرت رضا(ع) نقل کرده است اما ایشان حضرت هادی(ع) و حضرت عسکری(ع) را درک کرده و شاید هم در نوجوانی یا بچگی اش امام رضا(ع) یا حضرت جواد(ع) را هم درک کرده باشد اما ایشان از هیچ امامی روایت نقل نمی‌کند. از امام عسکری(ع) نقل شده است که حضرت فرمودند: «إني اغبط اهل خراسان بمكان الفضل بن شاذان» (رجال الکشی، ص ۵۴۲)، من به اهل خراسان غبطه می‌خورم به خاطر جایگاه فضل بن شاذان [و بودنش در میانشان]، اگر این نقل درست باشد خیلی عجیب است که امام به حال شخص غبطه بخورد. مقامی است که قاعدتاً تصورات ما به آن نمی‌رسد، اما ایشان از امام عسکری(ع) هم حدیث ندارد، شاید شرایط تقیه بوده یا ملاقات با امام مشکل بوده است. پدرش هم معلوم نیست؛ چون نجاشی دارد که قیل پدرش شاذان روی عن الجواد.

رساله‌ای است به نام «علل الشرایع» که ایشان از حضرت رضا(ع) نقل کرده‌اند که پانزده شانزده صفحه است. شواهد کاملاً کافی است که این مطلب جعلی است؛ به این معنا که این کتاب انشای خود فضل است نه انشای امام رضا(ع). این کتاب را فضل روی تفکراتی شبیه تفکرات اعتزالی و عقل‌گرایی نوشته است. آقایی که ظاهراً در نیشابور بوده است (شیخ صدوق که شأنش اجل از این است) این کتاب را برداشته است و آخرش گفته است: سمعت عن الرضا(ع) مره بعد مره، اصلاً معلوم نیست ایشان حضرت رضا(ع) را در سن بلوغ درک کرده باشد، به احتمال قوی شاید در زمان وفات امام رضا(ع) پنج ساله بوده است چون تاریخ تولدش روشن نیست اما قصه‌ای را با پدرش نقل می‌کند که پدرش به او می‌گوید: «ما أقل عقلک من غلام» (رجال الکشی، ص ۵۱۶)، و این قصه در حدود سال‌های ۲۱۸-۲۲۰ است. این که او در سال ۲۰۲ این کتاب مفصل را از حضرت رضا(ع) نقل کرده باشد ظاهراً مقطوع‌البطلان است. به‌رحال به ذهن ما می‌آید که همان عبدالواحد بن عبدوس نیشابوری عطار! سندی برای آن رساله به اسم امام رضا(ع) درست کرده است. روایات را باید در آن سابقه‌اش نگاه کرد. ایشان علل الشرایع یا به اصطلاح امروزی فلسفه احکام را خودش استخراج کرده است یا به اصطلاح ما تعلیلش عقلی است. یک خطی در قم بود که این عقلی‌ها را قبول می‌کردند و تعبیدی می‌کردند، یک سندی هم برایش درست کردند که بگویند: این تعلیلش تعبیدی است و از حضرت رضا(ع) شنیده‌اند. خود صدوق هم علل الشرایع دارد علل الشرایع یعنی تعلیل تعبیدی.

بحث فضل خیلی طولانی است چون بعضی از روایات هم در ذم ایشان است که شأن ایشان اجل از آن است که بخواهیم این بحث‌ها را درباره او بکنیم. فضل شخصیتی است که زمان دو امام معصوم (ع) را قطعاً درک کرده و یک شخصیت علمی و حدیث‌شناس بزرگ است که حتی کتاب‌هایی در علوم انسانی دارد کتابی در حقیقت علم و عقل دارد، در علوم که مربوط به اشاعره و معتزله است کتاب دارد. به ذهن ما فضل در زمان خودش به مراتب - نه به یک مرتبه - از شیخ طوسی در زمان خودش جلوتر است. خیلی بر افکار و حدیث اهل سنت مسلط است. وفاتش چهار سال بعد از بخاری است، بخاری سال ۲۵۶ وفاتش است و ایشان ۲۶۰ است. با بخاری بزرگ‌ترین محدث اهل سنت، استاد مشترک هم دارد و در بعضی جاها در حدیث اهل سنت، بخاری حدیثی را آورده است که فضل روی مبانی خود اهل سنت به حدیث بخاری اشکال می‌کند و دو سه قرن بعد از بخاری، در فتح الباری همین اشکال فضل را می‌آورد، البته اسم فضل را هم نیاورده‌اند خودشان به بخاری اشکال کرده‌اند که این حدیث اشکال دارد. این مقام غریبی است که فضل در شناخت حدیث اهل سنت با مثل بخاری هم تراز می‌شود و بعد هم سنی‌ها همان اشکال را قبول کنند. اشکال فضل در این مسأله در جلد نهم تهذیب کتاب ارث است. همین رساله‌ای هم که در باب عده نوشته است و کلینی در کتاب طلاق کافی آورده بسیار زیبا است.

۲. کلینی مقدمه‌ای می‌چیند از یکی از اصحاب (به نام حمدان قانسی) نقل می‌کند که یکی از سنی‌ها (به نام عمر بن شهاب عبدی) به من گفت: اصحاب تو از کجا می‌پندارند که اگر کسی همسرش را سه‌طلاقه کرد طلاقش باطل است؟ [گفتم: طلاق باید بر طبق کتاب و سنت باشد و اگر کسی با آن‌ها مخالفت کرد به آن‌ها برگردانده می‌شود]؛ گفت: پس چه می‌گویی درباره زنی که بر کتاب و سنت طلاق داده شده و از خانه خارج شده است، آیا از

عجیب است که سید مرتضی که کمتر از دویست سال بعد از ایشان است، مسأله اجتماع امر و نهی را ذیل نهی در عبادت آورده است و عده‌ای از اصولیون اهل سنت هم همین کار را کرده‌اند. ما الآن در اصول بین آن‌ها فرق می‌گذاریم اما عجیب است که فضل بن شاذان در حدود سال ۲۴۰ یعنی نزدیک ۱۲۰۰ سال قبل بین این دو مسأله اصولی فرق می‌گذارد و در مسأله اجتماع امر و نهی می‌پذیرد که نماز درست است. بله اگر گفت: «لا تصل فی الحریر»، نماز باطل است. قبول فضل هم به گونه‌ای است که گویا یک فهم عادی و روشن است و هیچ جای بحث ندارد. تصور می‌کنیم شاید فضل بن شاذان روی آن فکر آزاد عقلانی خودش روی همین راهی که ما به آن فضای قانونی می‌گوییم، حکم به صحت نماز کرده است.

دلالت مجموعه ای از روایات بر «امتناع»

لکن ما مجموعه‌ای از روایات در ابواب مختلف داریم که صریح نیستند ولی از مجموع آن‌ها با تقریبی که ما داریم اینطور می‌فهمیم که در محیط اهل بیت (ع) در مسأله اجتماع امر و نهی قائل به امتناع بوده‌اند. این امتناع با مسأله «رابطه عبد و مولا» بهتر می‌سازد اما با «فضای قانونی»، اجتماع بهتر می‌سازد. احساس ما این است که اگر ما باشیم و «فضای قانونی» یعنی روح قانون، اجتماع خوب است اما اگر به مجموعه روایات اهل بیت (ع) نگاه کنیم که از امام صادق (ع) و امام رضا (ع) داریم و منسوب به امیرالمؤمنین (ع) هم داریم، مجموعه قرائن را که نگاه می‌کنیم با امتناع می‌سازد. لذا عده‌ای از آقایان که خودشان هم در اصول قائل به اجتماع‌اند در فقه به این مسأله که رسیده‌اند احتیاط و جوبی کرده‌اند که نماز باطل است، لکن ما شواهد را بیش از احتیاط و جوبی می‌دانیم و به نظر ما مجموعه روایات واضح است لذا معتقد به فتوا به بطلان یا فتوا به وجوب احتیاط هستیم.

تصویر «امتناع» در «نظام قانونی»

در بحث سابق اشاره کردیم که در مثل مسأله اجتماع امر و نهی تصور عمومی این باشد که بر طبق نظام «عبد و مولا» باید قائل به امتناع و بر طبق «نظام قانونی» قائل به اجتماع می‌شویم؛ اما آیا واقعاً چنین است و این فرق میان این دو نظام درست است؟ در اینجا می‌خواهیم این مسأله را تحلیل کنیم که آیا در صورت پذیرش «نظام قانونی» حتماً باید قائل به اجتماع شویم؟ یا می‌توان حتی در صورت پذیرش «نظام قانونی» قائل به امتناع هم باشیم لکن نه به دلیل «ادبیات» یا «روح قانون»، بلکه به دلیل «فضای قانونی».

«ادبیات قانونی»، «روح قانونی» و «فضای قانونی»، سه محور در «نظام قانونی»

در «نظام قانونی» بحث ما در سه بخش است:

۱. ادبیات قانونی که چه تعبیری به کار برده می‌شود.

۲. روح قانونی که مثلاً معنای وجوب و حرمت چیست.

عده‌اش شمرده نمی‌شود، و عده‌اش باطل است؟! مثلاً زن ایام عده را کلاً بیرون از خانه گذراند آیا می‌گوییم: باید دوباره عده بگیرد؟! چون خداوند متعال می‌فرماید: «لا تخرجوهن من بیوتهن و لا یخرجن» (طلاق: ۱)، چطور مخالفت با نهی در اینجا فساد نمی‌آورد اما در آنجا فساد می‌آورد.

حمدان می‌گوید: جوابی به او دادم که پیش خودم هم جواب نبود لذا ایوب بن نوح را دیدم و این مسأله را از او پرسیدم، گفت: ما متعبد به نص هستیم، آنجا گفته درست است و آنجا گفته درست نیست. بعد می‌گوید: علی بن راشد و معاویه بن حکیم را دیدم و از آن‌ها هم پرسیدم و هر یک از آن‌ها هم جوابی دادند که جواب آن‌ها را هم نقل می‌کند، بعد ظاهراً خود کلینی می‌گوید: و قال الفضل بن شاذان، فضل وارد این بحث می‌شود که فرق است بین «لا تصل فی الحریر» مثلاً، و «لا تخرجوهن من بیوتهن». البته «لا تخرجوهن من بیوتهن» را نهی گرفته است و می‌گوید: این معنای دیگر دارد که موجب فساد نیست. آنگاه در آنجا بین مسأله اجتماع امر و نهی و مسأله نهی در عبادت فرق می‌گذارد، ایشان نهی در عبادت و معاملات را موجب فساد می‌داند اما اجتماع امر و نهی را موجب فساد نمی‌داند. (الکافی ط - الإسلامیة، ج ۶، ص: ۹۲)

۳. فضای قانونی که ترابط و تسامح است که بین اعتبارات وجود دارد.

در نظام «عبد و مولا» ادبیات و روح قانون هست ولی «فضای قانونی» لازم نیست؛ چون منشأ قانون اراده مولاست و عبد حق اعتراض ندارد مگر در جاهایی که خیلی واضح است. از سوی دیگر چنانکه گفتیم: در نظام «عبد و مولا» منشأ قانونگذاری اراده مولاست و در «نظام قانونی» منشأ قانونگذاری وجود مصالح نفس الأمری و رابطه‌ای است که مکلف با واقع و خودش پیدا می‌کند. اراده «ولایی» هم در قانون تأثیر می‌گذارد و منشأ جعل می‌شود اما اولاً این ولایت به معنای ملک نیست و ثانیاً قانون را عوض نمی‌کند که آن را طبق اراده مولا کند به این معنا که یک روز مولا چیزی بگوید و یک روز دیگر چیز دیگر بگوید.

تصویر «اجتماع» در «ادبیات» و «روح قانون»

اگر ما باشیم و «صل» و «لا تغصب»، در «ادبیات قانونی»، اجتماع مشکل ندارد چون اینجا صلاة بعنوانها محبوب است و آنجا غضب بعنوانها مبغوض است، حیثیت هم تقییدی است که حرف بدی هم نیست.

در «روح قانونی» هم ما کاری به ملاکات نداریم - که آقای خوبی از این راه رفته‌اند - و خوب به صلاة به این مفهوم عرفی و به این نحو خاص تعلق گرفته است و همین هم مصلحت دارد و مصلحت تابع عنوان صلاتی است به آن عمل خارجی، ظاهر خطابات اینطور است. بله ممکن است در یک قانون بگوید: شما ملاکات را حساب کنید که اگر روی ملاکات رفتید، فقه عوض می‌شود اما فعلاً بنا نداریم روی ملکات برویم. پس در «نظام قانونی» چه بر طبق «ادبیات قانونی» و چه بر اساس «روح قانون»، قائل به اجتماع می‌شویم. اما اگر روی نظام «عبد و مولا» پیش رفتیم چون عبد ذاتش ملک مولاست تا مولا گفت: نماز بخوان، و گفت: غضب نکن، این دو را باید باهم حساب کند. عبد می‌گوید: من نمی‌توانم تصرف کنم جز راهی را که مولا اجازه داده است، لذا نمی‌توانم در زمین غضبی نماز بخوانم، مولا به من اجازه نداده است و گفته است در زمین غضبی وارد نشو.

تصویر «امتناع» در «فضای قانونی»

ولی ما غیر از این دو، «فضای قانونی» را هم به «نظام قانونی» اضافه کردیم. آقایانی که گفته‌اند: ما با «خطابات قانونی» قائل به اجتماع می‌شویم تا اینجا حرفشان نسبتاً خوب است ولی اگر ما یک «فضای قانونی» هم تصور کردیم، بدین معنا که قوانین خود روابط خاصی باهم دارند، آن روابطشان این است که اگر امر باشد و نهی، نهی اطلاق پیدا می‌کند اما امر اطلاق پیدا نمی‌کند. یعنی اگر گفت: نماز بخوان و غضب نکن، «فضای قانونی» این است که نماز بخوان مگر در جایی که غضب باشد. نمی‌توانیم بگوییم: «أقم الصلاة، حتی نسبت به زمین غضبی اطلاق دارد»، یعنی وقتی گفت: «غضب مطلقاً جایز نیست»، معنایش فقط این نیست که با خوردن یا خوابیدن غضب نکن، بلکه این حتی نماز را هم می‌گیرد، اما امر «أقم الصلاة» نمی‌آید تا غضب را هم بگیرد. پس نهی اطلاق دارد و امر مقید می‌شود.

این بحث تاکنون به این صورت مطرح نشده است. در بحث اصولی مثل مرحوم خوبی و نائینی و دیگران فرضشان این است که «أقم الصلاة» اطلاق دارد اما این تصور می‌گوید: نهی اطلاق دارد، امر اطلاق ندارد و منشأ این امر هم «ادبیات قانونی» یا «روح قانونی» نیست، بلکه «فضای قانونی» است. در اینصورت طبیعت قانون، مقتضی امتناع است.

یک مثال عرفی می‌زنیم: مثلاً در یک نظام اداری می‌گویند: «شما باید جمعه‌ها یا یکشنبه‌ها پنج ساعت به تفریح بروید، و الا باید اینقدر جریمه بدهید.» از آن طرف چند پارک برای تفریح است که یکی از آن‌ها به مدت چند ماه تعطیل و ورود ممنوع است، سؤال این است که اگر این شخص در روز تعطیل خانواده‌اش را به این پارک ورود ممنوع بُرد آیا می‌تواند بگوید: شما گفتید: تفریح برو، و این مطلق است، از آن طرف گفتید: داخل آن پارک نرو و آن‌هم مطلق است چه برای تفریح واجب و چه برای تفریح غیر واجب، پس اگر من وارد پارک ممنوعه شدم تکلیف پارک‌بردم را انجام داده‌ام و عقوبت ورود در آن پارک را هم

می‌کشم. سؤال این است که اگر به پارک ممنوعه رفت باید آن جریمه نقدی ترک تفریح را هم بدهد چون از آن وظیفه پارک‌رفتیش حساب نمی‌شود.

البته ممکن است شما بگویید: عقلاً هم در این مسأله اختلاف دارند و شاید در تفسیر قانونی گیر کنند لکن من فکر می‌کنم «نظام قانونی» اقتضا می‌کند که این‌ها را به هم پیوسته حساب کنیم. علمای ما می‌گویند: بین این دو اطلاق هیچ نسبتی از نسب اربعه تخصیص، تخصص، حکومت یا ورود نیست اما ما می‌خواهیم آن را از راه «فضای قانونی» و انسجام قوانین باهم درست کنیم آن که می‌گوید: پنج ساعت پارک برو، یعنی به پارک ورود ممنوع نه.

البته این مسأله را ممکن است در حد عرف بسیط هم قائل شویم؛ عرف بسیط در خیلی از موارد واضح است ولی ما می‌خواهیم آن را به «فضای قانونی» بیاوریم؛ مثلاً اگر پدری به پسرش گفت: هر روز باید ساعت هشت تا دوازده در مدرسه باشی و شب به او گفت: فردا نان بخر، نمی‌تواند ساعت نه از مدرسه فرار کند و نان بخرد، چون پدر حتی ممکن است بگوید: من این نان را نمی‌خورم آن را برگردان. این یک بحث عرفی است اما بحث ما اوسع از این است. ما در صحبت‌های سابق گفتیم: طبق «نظام قانونی»، قائل به اجتماع می‌شویم ولی ممکن است قائل به «نظام قانونی» هم باشیم و در عین حال از راه «فضای قانونی» قائل به امتناع باشیم. اشکال آقایان این است که این ترابط را از کجا درست می‌کنید؟

انسجام بخشی، نظام مندی و نسبت میان ادله در «نظام قانونی»

در کتب فقه ما متعارف است که در نسبت‌سنجی میان دو دلیل، غیر از مسأله تباین و عموم و خصوص من وجه، اگر دلیلی را بر دلیل دیگر مقدم کنند قائل به چهار نحوه تقدیم هستند: تخصیص، تخصص، ورود و حکومت. در کلمات اهل سنت و قدمای اصولیون ما فقط تخصیص و تخصص بود و در کمتر از دو‌یست سال اخیر حکومت و ورود هم به آن اضافه شد. البته در کتاب جواهر گاهی می‌گوید: حاکم، که مرادش تخصیص است و شاید گاهی لفظ وارد علیه را هم دارد که مرادش ورود اصطلاحی نیست.

«تخصص»، خروج موضوعی است. «تخصیص»، خروج حکمی است با حفظ وجود موضوع. فرق «حکومت» و «ورود» هم این است که اگر موضوعی به نفس تعبد از لسان دلیل دیگر خارج شد اسمش ورود است و اگر به نفس تعبد خارج نشد بلکه احتیاج به تنزیلی داشت اسمش حکومت است.^۱

نسبت میان دو آیه «اوفوا بالعقود» و «و لایأب الشهدا اذا ما دعوا»

۱. مثلاً ما دلیل داریم که «إن الظن لا یغنی من الحق شیئاً» (یونس: ۳۶؛ نجم: ۲۸)، به ظن عمل نمی‌شود، از آن طرف هم داریم: «لا عذر لأحد من موالینا فی التشکیک فیما یؤدیة عنا ثقاتنا» (رجال‌الکشی، ص ۵۳۵)، به تعبیر نائینی - اگر استدلالشان درست باشد - این دلیل می‌گوید: شک نکنید و تا گفت: شک نکنید خیر ثقه خودبه‌خود از عمل به ظن خارج می‌شود، نمی‌گوید: جعل خبر الثقة علماء، همین که شما را تعبد داد گفت: در خبر ثقه شک نکنید، خودبه‌خود از آیه‌ای که می‌گوید: «إن الظن لا یغنی من الحق شیئاً»، خارج می‌شود. ورود را شبیه تخصص می‌دانند که احتیاج به تعبد دارد اما اگر تعبد آمد خروج موضوعی دارد. گه‌گاهی هم حکومت به این نیست تصرف می‌کند مثلاً در حال سجده، اگر در رکوع شک کند می‌گوید: «بلی قد رکعت» یا «إنما الشک فیما لم تجزئه فإذا جزته فمشکک لیس بشیء»، پس اگر حالت سابقه هم داشت استصحاب جاری نمی‌شود؛ چون گفته بود: «لا تنقض الیقین بالشک» و این می‌گوید: من شک را برداشتم که اصطلاحاً این حکومت است. در بحث تعارض بعضی می‌گویند: فرق حکومت با تخصیص این نیست و بعضی قائل به فرق‌اند؛ این‌ها می‌گویند: لسان حکومت با لسان تخصیص فرق می‌کند؛ تخصیص، موردی است و حکومت روی موضوع تصرف می‌کند لذا خواه‌ناخواه به لحاظ قانونی دستش بازتر است.

بحث در باب نسبت دو خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ با «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا»^۲ است. مثل نائینی و شیخ و دیگران می‌گویند: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ...» شارح «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است. اما آقای خوبی و اصفهانی حرفشان این است که این‌ها ربطی به هم ندارند هر کدام جای خودشان هستند، بلکه این‌ها قبول کرده‌اند که در محرمات اینطور است یعنی اگر مثلاً شارع گفت: «انما الخمر و المیسر... رجس من عمل الشیطان فاجتنبوه»، نمی‌شود شما بر شرب خمر عقد ببندید. خلاصه تحلیل نائینی این است که در جایی که الزام شرعی و قانونی باشد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» چه به نحو وجودی و چه به نحو عدمی جاری نمی‌شود، آقای خوبی و شیخ محمد حسین، این مطلب را در عدمی قبول دارند اما در وجودی قبول ندارند.

ما توضیح دادیم که مراد نائینی باید این باشد ما یک التزام شرعی داریم و یک التزام شخصی، الزام و التزام شخصی فی نفسه حجت نیست تا امضای شارع بیاید؛ اگر دلیل آمد حکم به صحت می‌کنیم و گرنه حکم به بطلان می‌کنیم. تصویر نائینی این است که با وجود الزام قانونی، الزام شخصی معنا ندارد خواه الزام قانونی به وجود باشد یا به عدم. لذا طبیعتاً تقید می‌خورد و ایشان باید اسمش را طبق این تصور، حکومت بگذارد. پس «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ...» بر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مقدم است در مقام ادای شهادت بلکه در هیچ واجبی و در هیچ محرمی نمی‌تواند عقد ببندد.

این مطلب آقایان درست است اما فقط به نکات لفظی و شارحیت لفظی نیست، بلکه مبتنی بر «فضای قانونی» است که «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ...» بر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مقدم می‌شود. طبق این تصور، «فضای قانونی» خودش یک واقعیت دارد لذا بعید نیست نسبت برخی ادله که ما تاکنون تخصیص می‌گرفتیم درحقیقت تخصیص نباشد بلکه همان «فضای قانونی» باشد.

ترابط و انسجام احکام در نظام قانونی

بحث ترابط همواره از بحث‌های مهم در زندگی علمی بشر است و این ترابط خود اقسامی دارد؛ مثلاً ترابط بین دو چیز گاهی به نحو علیت تامه است و گاهی به نحو مقتضی. گاه ترابط به نحو ترابط صور ذهنی است که به آن تداعی معانی (یا همخوانی معانی) می‌گویند و در آن، صور ذهنی پشت سر هم می‌آید. یک نحوه ترابط دیگر هم هست که ما اسم آن را ترابط غریزی گذاشتیم.^{۴۳}

۱. المائدة: ۱

۲. البقره: ۲۸۲

۳. در همین آزمایش معروف پاولوف که بزاق دهان سگ پس از مدتی بدون غذا و با صدای زنگ ترشح می‌شد، مثل زنگ که یک امر واقعی نیست بر اثر ارتباط غریزی، با غذا مرتبط می‌شود، مثل «العاده طبیعی ثانیه» که پیش ما گفته می‌شود. یک انگیزه طبیعی داریم و یک انگیزه شرطی شده که جعلی است و منشأش غریزه‌ای است در حیوان که بین آن‌ها ارتباط ایجاد می‌کند. در عربی به انگیزه شرطی شده «الحافز المشروط» می‌گویند، حافز یعنی انگیزه، حافز یحفره یعنی چیزی انگیزه او می‌شود. غزالی که منکر حسن و قبح عقلی است در حدود ۸۰۰-۹۰۰ سال قبل اخلاق را به انگیزه‌های شرطی شده تفسیر می‌کند. معروف است که انگیزه‌های شرطی شده اخیراً شناخته شده است، پاولوف در سال ۱۹۲۰ این آزمایش را انجام داد لکن غزالی می‌گوید: این که می‌گوییم: عملی مثل صدق خوب است انگیزه‌های شرطی شده است، البته این تعبیر را به کار نمی‌برد. امثال برتراند راسل حتی فکر و برهان را هم بر اساس انگیزه‌های شرطی شده تفسیر می‌کنند.

۴. در بحث «وضع» که آقایان در اول مباحث اصول دارند یک بحث این است که رابطه لفظ و معنا ذاتی است ولی جعل لفظ و معنا واقعی است. این را آقا ضیا دارد خیلی هم به ایشان حمله شده است که این معقول نیست که رابطه ذاتی باشد طرفینش جعلی باشد! من معتقدم آقا ضیاء روی نبوغ و استعداد ذاتی‌اش همین انگیزه‌های شرطی شده را فهمیده است لکن چون مصطلح نبوده آنطور تعبیر کرده است. مرادش از این که رابطه ذاتی است یعنی همان که ما آن را ارتباط غریزی معنا کردیم، این رابطه در ذات سگ هست اما این دو طرفش اعتباری است این دست شماست که زنگ بزیند و غذا ببرید یا چراغ روشن کنید و غذا ببرید. حرف آقاضیاء حرف دقیقی است. مرحوم آقای بجنوردی می‌گفت: آقا ضیاء خیلی خوش استعداد بود، فلسفه نخوانده بود ولی مفاهیم و معانی فلسفه را با اصطلاح خودش بیان می‌کرد. به نظر آقاضیاء تنبه عجیبی به این نکته پیدا کرده است که گاهی ممکن است

در ما نحن فيه بزرگان ما مثل نائینی و استاد [خوئی] اصلاً رابطه‌ای نمی‌بینند لذا اطلاق می‌فهمند. سؤال این است که در اینجا شما این ترابط را چگونه تصویر می‌کنید؟ رابطه‌ای که حتی اگر شما التفات نداشته باشید باید وجود داشته باشد چون طبیعت این فضا آن است که یکی اطلاق پیدا می‌کند و یکی اطلاق پیدا نمی‌کند نیاز به جعل هم ندارد. حل ریشه‌ای مسأله در وجود نکته‌ای اساسی در «نظام قانونی» است که در اینجا اجمالش را بیان می‌کنیم و توضیحش را به بحث حجیت وامی‌گذاریم.

«تزامم» یا «تعارض» ادله، در «نظام عبد و مولا» و «نظام قانونی»

بحثی است که آیا تنافی دو دلیل همواره از باب «تعارض» است یا همچنانکه در اصول متأخر شیعه متعارف است باید قائل به «تزامم» هم بشویم؟ اصطلاحشان هم این است که «تعارض» را به مقام «جعل» و «تزامم» را به مقام «امتنال» برمی‌گردانند و می‌گویند: مقام «امتنال» ربطی به مقام «جعل» ندارد و صددرصد در اختیار مکلف است؛ مثلاً اگر در مقام جعل گفت: اگر خانه همسایه‌ات آتش گرفت آن را خاموش کن، و از طرفی گفت: نماز بخوان، این دو به هم ربطی ندارند اما در خارج و در مقام امتثال، اتیان همزمان هر دو ناممکن است و به حسب ظاهر باهم اختلاف دارند. این را در تفکر عمومی اهل سنت هنوز هم «تعارض» می‌شمارند ولی در تفکر اصولی متأخر شیعه آن را «تزامم» می‌دانند. مرحوم نائینی در مقدمات ترتب به تفصیل متعارض تفاوت‌های دو باب «تزامم» و «تعارض» شده و مرجحات باب تزامم را از مرجحات باب تعارض جدا کرده و چهار پنج مرجح برای باب تزامم قرار داده است. دیگران نیز غالباً با پذیرش این بحث در مقدمات بحث تعارض آن را آورده‌اند و برخی کتاب‌های مستقل نیز در باب تعارض نوشته‌اند و مباحث مفصلی درباره تزامم و تعارض و تفاوت آن‌ها باهم و مرجحات هر یک از آن‌ها آورده‌اند. البته غالباً معتقدند: مرجحات باب تزامم خصوصیتی ندارند بلکه همه آن‌ها به «تقدیم اهم» برمی‌گردد، اما مرجحات باب تعارض چیز دیگری است.

آنگاه نتیجه طبیعی پذیرش «تزامم» این می‌شود که مثلاً اگر خواستی نماز بخوانی و خانه همسایه هم در آتش می‌سوزد باید نماز را رها کنی و آتش را خاموش کنی؛ چون احراز می‌کنیم که دفع آتش از خانه همسایه اهم است. این را به حکم شرعی گرفته‌اند باینکه مفروض این است که آن دلیل می‌گوید: «أقم الصلاة» و این می‌گوید: «آتش را خاموش کن» و در لسان دلیل هم چیزی درباره صورت جمع نیامده است..

یا مثلاً بر طبق این تفکر در باب مستحبات، نماز در اول وقت و نماز جماعت در غیر اول وقت باهم تعارض دارند و دلیل نماز اول وقت و نماز جماعت هر دو اطلاق دارد، با بررسی ادله پی می‌بریم که نماز جماعت مهم‌تر است لذا بین این دو اطلاق چنین جمع می‌کنیم: «يستحب الصلاة في أول الوقت إلا أن أراد الجماعة في ثانی الوقت». ما در اصول از این «إلا» تعبیر به تخصیص می‌کنیم، این تخصیص، در لسان روایت نیست در فتوا آمده است. در اصطلاح اصولیون شیعه این کیفیت جمع، «تزامم» نام گرفت و گفتند: مقنن به مقام «امتنال» نظر ندارد، مقنن می‌گوید: نماز اول وقت و نماز جماعت. دو عنوان است حال اگر من گیر کردم می‌گوید: ما با شواهد دلیل جماعت را ترجیح می‌دهیم.

سه تفکر گوناگون در باب تزامم

در باب تزامم تفکرات مختلفی هست:

رابطه، ذاتی یعنی واقعی باشد ولی طرفین اعتباری باشد و همین معنا را هم امروزه عده‌ای از غربی‌ها در تفسیر لغت دارند، و در حوزه ما هم بعضی از آقایان انگیزه‌های شرطی شده را پذیرفته‌اند.

یک تفکر این است که چون مکلف باید بین دو خطاب جمع کند و نماز جماعت را اهم یافت، در مقام امتثال چنین جمع می‌کند که نماز جماعت بخواند، و اگر نماز اول وقت خواند کراهت دارد یعنی اقل ثوابا می‌شود، در نتیجه تراحم شبیه تعارض درمی‌آید. تفکر دوم در باب تراحم این است که اهم برای مکلف این است که ثانی الوقت بخواند لکن اگر نخواند و اول وقت خواند دیگر کراهت ندارد ثواب اول وقت هست. این تفکر نائینی است و ترتب روی آن درست می‌شود.

تفکر سوم این است که این دو دلیل ربطی به هم ندارند و هر کدام به جای خودش محفوظ است. استحباب اول وقت و استحباب جماعت، اصلاً کراهتی نیست، هر یک از اول وقت یا جماعت را خواندید مستحبی را به دست می‌آورد و مستحبی را هم از دست می‌دهد و این دو ربطی به هم ندارند؛ چون در مقام امتثال ربط نمی‌دهد. لذا بر طبق این مبنای سوم اگر فقیه بخواهد فتوا بدهد چنین می‌شود: «یستحب تقدیم الصلاة فی أول الوقت حتی / ولو كانت الجماعة فی ثانی الوقت». (در کتب فقهی ما و اهل سنت «إلا» است نه «حتی»). چون هر دو اطلاق دارند و به مقام امتثال مربوط است نه به مقام جعل و امتثال هم دست عبد است، بله عقل حکم می‌کند که اگر از مجموعه شواهد فهمیدی که جماعت در ثانی الوقت بهتر است نیرویت را در آن صرف کن اما استحباب اولی هم به جای خودش محفوظ است و استحباب دومی هم بیشتر است. این هم یک نحوه تراحم است که با تعارض طرف نقیض است. این تصور می‌گوید: حتی اقل ثوابا هم نیست اصلاً ثوابش کم نمی‌شود.

در اینجا یک حکم استحباب نماز اول وقت برای او گذاشته شده و یک حکم استحباب نماز جماعت، و نمی‌تواند آن‌ها را باهم جمع کند، عقل هم حکم می‌کند که عملی را انجام بدهد که ثواب بیشتری دارد ولی حکم عقل تغییری در تعبد پدید نمی‌آورد، آن نماز اول وقت هم اقل ثواباً نمی‌شود مثلاً اگر بیست درجه ثواب داشته و شما اول وقت خواندید همان بیست درجه گیرتان می‌آید و به خاطر روبروشدن با جماعت پانزده تا نمی‌شود؛ چون وقتی فقیه می‌نویسد: یستحب الصلاة فی أول الوقت إلا لمن أراد الجماعة، یعنی اگر شما انجام دادید اقل ثوابا می‌شود کراهت در عبادات. اما نظریه دیگر می‌گوید: اقل ثوابا هم نمی‌شود، بله ثواب اکثر که جماعت است از او فوت می‌شود ولی این ربطی به نماز اول وقت ندارد.

ارجاع ریشه‌های بحث به «نظام قانونی» یا «نظام عبد و مولا»

در اینجا ممکن است بگوییم: این دو تفکر مختلف ریشه در جای دیگر دارد و آن این است که احکام شریعت را روی نظام «عبد و مولا» نگاه کنیم یا روی «نظام قانونی»؛ اگر روی نظام «عبد و مولا» باشد «تعارض» است که قدمای ما و اهل سنت فهمیده‌اند؛ چون ذات عبد، ملک مولاست نمی‌تواند برای خودش هر تصرفی بکند. مثلاً اگر مولا به عبدش امری کرد عبد پیش خودش محاسبه می‌کند که پیش مولای من جماعت مقدم است، پس جماعت می‌خواند.

اما در «نظام قانونی» که ذات شهروند ملک مقنن نیست مقتضی «تراحم» است؛ چون روی عناوین رفته است و به امتثال هم کاری ندارد. بنای اصولیان این است که مقام امتثال صددرصد در اختیار عبد است.^۱

اختلاف میان اصولیین و اخباریین در «شان قانونگذار» در دخالت در مرحله «تنجز» حکم

مقام «جعل» صددرصد در اختیار قانونگذار است. مقام «فعلیت» یا «ارسال رسل» هم باز در اختیار قانونگذار است و او باید انتخاب کند. نسبت به مقام «تنجز» میان اخباریان و اصولیان اختلاف است که آیا مقنن در مقام تنجز دخالت می‌کند یا خیر؟ اخباریان می‌گویند: تنجز هم در اختیار مقنن است مثلاً علم اگر از راه قیاس پیدا شود حجت نیست اما اصولیان می‌گفتند: علم

۱. [البته این بیان، تحلیل ابتدایی از مسأله است، در ادامه بحث، اقتضای «نظام قانونی» را تعارض میان ادله و نسبت سنجی میان آنها می‌دانند.]

حجت است گرچه از راه قیاس باشد. به نظر ما حق با اخباری‌هاست که مقنن می‌تواند در مقام «تنجز» دخالت کند؛ مثلاً بگوید: فقط احکامی که ما در مجلس چسبانیدیم حجت است، تناقضی هم پیش نمی‌آید و عالم نیز به هم نمی‌خورد. البته تنجز دو بخش است: «تنجز کبرا» و «تنجز صغرا»، و متعارف است که مقنن در تنجز صغرا مثل این که این مایع آب است یا خمر دخالت نمی‌کند، چون صغریات فراوانند و شأن مقنن دخالت در آنها نیست ولی مقنن می‌تواند در تنجز کبرا دخالت کند مثلاً بگوید: اگر از راه قیاس به نجاست خمر علم پیدا کردی حجت نیست. بله اگر مقنن در تنجز کبرا دخالت نکرد، به همان طرق عقلایی اکتفا می‌شود. سخن اخباریان در قرن دهم و یازدهم این بود که مطلقاً به قیاس عمل نمی‌شود و شارع مطلقاً آن را قبول ندارد. راه علم به حکم الهی منحصر به کتاب و سنت رسول الله (ص) به تفسیر اهل بیت (ع) است.

من پیشتر تصور می‌کردم که اخباری‌ها خصوص کتاب را به تفسیر اهل بیت (ع) می‌دانند ولی با مراجعه دوباره معلوم شد که مرحوم ملامحمدامین استرآبادی در فواید المدنیه حتی سنت را هم به تفسیر اهل بیت (ع) می‌داند و می‌گوید: کتاب و سنت هر دو باید به شرح و تفسیر اهل بیت (ع) باشد و غیر این راه را قبول نمی‌کند مثلاً اگر حکمی در روایات ما نیامده بود و ما مجموعه شواهد را جمع کردیم، مثلاً فتاوی‌ای عده‌ای از علمای اهل سنت را جمع کردیم و علم به آن حکم پیدا کردیم حجت نیست. یکی از نقاط اساسی اختلاف اخباری‌ها و اصولی‌ها - که این نقاط حدود ده مورد است - این بود که اخباری‌ها می‌گفتند: حجیت ذاتی علم، همان حرف سنی‌ها است. و این سخن اخباریان درست و انکارناپذیر است. اصولیان از جمله وحید بهبهانی بعدها حملات سختی را بر ضد اخباری‌ها شروع کردند و گفتند: حجیت علم، ذاتی است و علم از هر راهی پیدا شد حجت است و سلب حجیت از آن محال است. اما این تفکر اصولی در شیعه جا افتاد به‌ویژه که در کلمات علامه در اصول هم آمده بود و بعد هم در مفاتیح آمد که علم از قیاس حجت است، شیخ هم به این مطلب تصریح نمی‌کند ولی ظاهر عبارتش این است که علم از هر راهی و برای هر کسی حاصل شد حجت است. ولی انصافاً حق با اخباری‌ها است که سلب حجیت از علم محال نیست. پس در این مرحله دوم بعد از جعل که مرحله تنجز است نیز مقنن می‌تواند در تنجز کبرا تأثیرگذار باشد هرچند رأی اصولیان مثل شیخ و نائینی و استادمان آقای خوبی این است که این مرحله دست مکلف است و از هر راهی علم پیدا کرد معتبر است.

بازگشت اختلاف، به گستره «شأن قانونگذار» نسبت به مقام «امثال»

این مسأله دقیقی است و مواردش در فقه فراوان است و تاریخ ۱۴۰۰ ساله دارد؛ در میان قدما حتی قدمای شیعه همه را «تعارض» می‌گرفتند و می‌گفتند: نمی‌شود شارع حال شما را در نظر نگیرد؛ چون این‌ها قانونی را که در آیات و روایات بود طبق تصور زمان خودشان بر ادبیات «عبد و مولا» معنا می‌کردند می‌گفتند: مثلاً اگر مولا به عبدش گفت: نان بخور، از آن طرف به عبدش گفته بود: هیچ وقت در فلان خیابان نباش. آن مطلق بود و این هم مطلق بود، چون همه وجودش ملک مولاست چه رسد به افعال خارجی‌اش و مولا او را نهی کرده است، طبیعتاً نهی از رفتن به آن خیابان مطلق است چه برای خرید نان چه برای کار دیگر و دیگر خرید نان اطلاق ندارد.

از سوی دیگر متأخرین می‌گویند: طبق تصور «عبد و مولا» چنین است ولی در «نظام قانونی» چنین نیست. پس به‌طور کلی دو نوع تصور هست: یکی این که مولا همراه عبد است وقتی می‌گوید: نان بخور، همراه او است وقتی می‌خواهد آن خیابان ممنوعه برود جلو او را می‌گیرد. اما در «نظام قانونی» در مقام امثال همراه عبد نیست لذا اگر گفت: من نان می‌خواهم می‌تواند در آن خیابان برود.

البته روایتی است از پیامبر (ص) که در صحیح مسلم آمده است که یا اباذر بعد از این امرایی می‌آیند که چون مشغول کارهای اداری می‌شوند نماز را از اول وقت عقب می‌اندازند. ابوذر می‌گوید: پس ما چه کنیم؟ می‌فرماید: اول وقت بخوان بعد در جماعت

آن‌ها حاضر شو.^۱ شبیه روایتی که ما داریم و می‌گوید: اگر فرادا خواند می‌تواند با جماعت اعاده کند.^۲ ممکن است انسان از این روایت بفهمد که هم نماز اول وقت و هم جماعت عظمت دارد، بلکه حضور در جماعت مسلمانان و تقویت آن ملاک بسیار بالایی دارد باینکه نماز اول وقت می‌خواند باز می‌گوید: اگر در جماعتشان حاضر شدم با آنان نماز بخوان. البته من بحث کلی‌اش را مطرح می‌کنم و وارد بحث فقهی‌اش نمی‌شوم.

«نسبت سنجی میان قوانین» بر پایه فهم فطری بشر

در قوانین امروزی - که به اعتقاد ما بشر با عقل فطری خود به آن رسیده است - «نسبت مواد» را می‌سنجد لذا به صورت تبصره ذیل آن مواد می‌آورند. می‌دانند که ماده‌ای با ماده دیگر مشکل پیدا می‌کند لذا می‌گویند: این ماده از آن خارج است نه این که مطلقاتی را جعل کنند و بعد در اختیار مفسر قانون بگذارند که یکی از آن‌ها را ترجیح دهد. این در زمان ما متعارف نیست گاهی هم اتفاق می‌افتد که یک ماده قانونی با ماده قانونی دیگر «تزام» پیدا می‌کند ولی آن را ثبت می‌کنند تا بعد تدارک کنند. حتی در بعضی نظام‌ها دادگاه قانون اساسی است و بررسی می‌کنند که فلان قسمت قانون اساسی در مقام اجرا به مشکل برخورد و باید آن را اصلاح کنیم که به مشکل برخورد. پس مقایسه و بررسی مواد قانونی باهم یکی از اصول قانونگذاری در دنیای امروز است و چنین نیست که این بخش در اختیار شهروندان باشد تا خودشان جمع کنند یا مثلاً در اختیار حقوقدانان باشد چون اگر به آنان واگذار شد اختلاف فهم پیش می‌آید و یکی این را مقدم می‌کند، دیگری آن را. یکی از نکات مهم در قانونگذاری این است که اختلاف فهم‌ها را کم کنند اگر یک قانون اجرا شد و مشکل ایجاد کرد بلافاصله به فکر تدارک آن می‌افتند حتی در حد قانون اساسی چه رسد به قوانین خاص.^۳

ضرورت انسجام میان احکام در «نظام قانونی» مبتنی بر ملاحظه «تعارض» میان ادله

آیا ما حتی در «نظام قانونی» نیز به لحاظ «فضای قانونی» و نه به لحاظ خارج، می‌توانیم بگوییم: این ماده قانونی ناظر به آن ماده باشد؟ چون مقنن یکی است وقتی می‌گوید: در این خیابان نرو بعد می‌گوید: نان بخر، دیگر کلام او اطلاق ندارد. لذا وقتی مثلاً می‌گوید: نماز اول وقت این ثواب را دارد از آن طرف می‌گوید: نماز جماعت، چون مقنن یکی است این دو را هم حساب می‌کند ولو تصریح نکند. وقتی از شواهد، افضلیت نماز جماعت را درآوریم گویا در انسجام قانونی‌اش گفته است: نماز اول وقت بخوان

۱. عن أبي ذر قال: قال لي رسول الله ص كيف أنت إذا كانت عليك أمراء يؤخرون الصلاة عن وقتها أو يميتون الصلاة عن وقتها؟ قال قلت فما تأمرني؟ قال صل الصلاة لوقتها فإن أدرتها معهم فصل فإنها لك نافلة ولم يذكر خلف عن وقتها. صحيح مسلم (۱/ ۴۸۸). این روایت با متون متعدد در صحیح مسلم آمده است.

۲. رک: الکافی، ج ۳، ص ۳۷۹. مسلم در ذیل این حدیث نوشته است: این من دلائل النبوة یعنی از اعجاز پیامبر ص است که خبر داده‌اند این کار خواهد شد؛ چون بنی امیه نماز ظهر را عقب می‌انداختند. الآن هم در مکه نماز را نیم ساعت از اذان عقب می‌اندازند که اصل سنت از آنجاست. این واقعاً از دلائل النبوة است ولی وفات ابوذر قطعاً در زمان عثمان است و ایشان زمان بنی امیه را درک نکرده است و کسی که نماز ظهر را عقب انداخت عمر بود این‌ها نمی‌خواهند به اسم عمر تمام شود آن را به گردن بنی امیه می‌اندازند.

۳. برای مثال امروزه در بسیاری از کشورهای غربی مناطقی را به‌عنوان مناطق مسکونی قرار می‌دهند که در آنجا اجازه ساخت خانه بیش از دو طبقه را نمی‌دهند؛ چون مناطق مسکونی باید آرام باشد و ساخت آپارتمان آرامش آنجا را به هم می‌زند. پس نظام معینی را گذاشته‌اند و چنین نیست که جایی چهار دیوار بکشند و خانه شود یا در بعضی کشورهای اروپایی برای هر چهارده خانه یک پارک در نظر می‌گیرند و اجازه نمی‌دهند مثلاً شش برابر خودشان خانه بسازند، یعنی اجازه ساخت خانه را بر طبق نظام به شما می‌دهند. قانون به شما اجازه ساخت خانه خارج از قانون را نمی‌دهد حال اگر گفت: می‌توانید خانه بسازید، بگوییم: اطلاق دارد پس بیست خانه بدون پارک در کنار هم بسازید، خیر می‌گوید: چون قانون است که هر ۱۴ خانه یک پارک، شما حق ندارید با اجازه ساخت خود قانون را زیر پا بگذارید، می‌توانید در دایره قانون بسازید، یعنی دایره معین دارد.

مگر این که جماعت باشد. بگوئیم: وقتی مبانی جعل واضح بود طبق آن مبانی این مواد باهم انسجام دارند لذا وقتی ما فهمیدیم شارع به جماعت خیلی تأکید دارد می فهمیم که در اینجا هم می گوید: نماز جماعت بخوان، یعنی نزد شارع ارجح است نه نزد عقل ما. من دو سه شاهد برای این مطلب ذکر می کنیم تا این نظارت و ترابط روشن شود.

اگر دقت کنید امروزه در نظام قانونی متعارف در غرب چنین است که ابتدا یک ماده قانونی می آید و بعد تبصره‌هایی بر آن می زنند این تبصره‌ها شبیه همان استثناهایی است که در فقه ما هست مثلاً می گویند: نماز اول وقت مستحب است تبصره ۱: یک: کسی که می خواهد به جماعت بخواند بهتر است در ثانی الوقت بخواند. یا می گوید: افراد باید این کار را بکنند تبصره ۲: افراد در بند قانونی فلان استثنا هستند. تبصره ۳: این قانون شامل فلان افراد نمی شود. این امر امروزه در نظام‌های قانونی دنیا متعارف است و احتمال می دهیم در اصل آن از فقه اسلامی متأثر شده باشند.^۱ پس این هم بحث قانونی است و در بحث قانونی امروز «تعارض» می فهمند نه «تزام».

نگاهی دوباره به مسأله «اجتماع امر و نهی» از منظر «تزام و تعارض»

گفتیم: عده‌ای معتقدند همین که می گوید: «صل» و «لا تغصب»، نماز در مکان غصبی ممنوع است، نه به خاطر اجتماع امر و نهی که آقایان بحث ترکیب اتحادی و انضمامی را مطرح کرده‌اند، بلکه می گویند: فضای قانونی این است که اگر امر بود و نهی، طبیعتاً امر، دیگر اطلاق ندارد، یعنی به شما نمی گوید: نماز بخوان حتی جایی که من منع کرده‌ام، اما نهی اطلاق دارد یعنی غصب نکن، همه موارد غصب حتی به عنوان نماز را می گیرد. بعضی در اینجا بحث فرق اعدام ماهیت و ایجاد ماهیت را مطرح کرده‌اند ما با آن حرف‌ها کاری نداریم این یک «فضای قانونی» است.

قوام بحث «اجتماع امر و نهی» به «اطلاق دلیلین» و عدم امکان تقیید «مقام جعل» توسط «مقام امتثال»

قوام بحث «اجتماع امر و نهی» که در کتب ما آمده این است که اطلاق امر و اطلاق نهی ثابت شود. می گویند: امر به عنوان صلاه خورده است و این همه جا صدق می کند، نهی هم به عنوان غصب خورده است و این هم همه جا صدق می کند و آنچه شما جمع کرده‌اید در مقام «امتثال» است. مقام امتثال راجع به مقام «جعل» نیست، مثلاً وقتی گفت: نماز بخوان، این دیگر ناظر به مقام امتثال نیست، به تعبیر بنده این همراه شما نمی آید. لذا بین علما مخصوصاً اصولیون متأخر مشهور شده است که مقام امتثال صددرصد در اختیار مکلف است و ربطی به مقام جعل ندارد. لذا «نماز بخوان» اطلاق دارد، «لا تغصب» هم اطلاق دارد. اگر شما بخواهید «صل» را قید بزنید در مقام امتثال است، در مقام امتثال به او می گوید: اینجا در زمین غصبی نماز بخوان، مقام امتثال صلاحیت ندارد که مقام جعل را تقیید بزند.

اصولاً مقام امتثال در اختیار مولا نیست نه این که محال است، بلکه متعارف عقلاً این است که مقام امتثال را به مقنن نسبت نمی دهند. چون موارد آن فراوان است، کار مقنن نیست که در مقام امتثال (تشخیص صغریات) دخالت کند، لذا اطلاق مقام جعل باقی می ماند. اگر بخواهد تقیید بیاید باید در مقام جعل باشد مثلاً بگوید: «صل و لا تصل فی المغصوب». بنابراین این یک تفکر است که الآن در حوزه‌های ما رایج است. پس تمام بحث «اجتماع امر و نهی» روی این تصور است که یک اطلاق این طرف و یک اطلاق آن طرف وجود دارد، اگر بخواهیم تقیید بزنیم در مقام امتثال است و مقام امتثال نمی تواند مقام جعل را تقیید بزند.

۱. من پیشتر گفتم در کتاب عبدالرزاق سنهوری در کتابی که در فقه مکاسب دارد تحلیل‌هایی در متن یا حاشیه دارد که بیشتر از متون فرانسوی گرفته است و بسیاری از تحلیل‌هایی که دارد شبیه عبارات فقهای اهل سنت در بحث مکاسب است لذا من احتمال می دهیم که بعد از جنگ‌های صلیبی متون فقهی اهل سنت به آنجا رفته است و از آن متأثر شده‌اند.

مناقشه در برخی موارد «تزامم»، و ارجاع آن به «تعارض» و ملاحظه نسبت میان ادله مبتنی بر «فضای قانونی»

در بحث «انقاز غریق» و «صلاة» هم ما اشکال کردیم که اگر انقاز غریق نکرد و نماز خواند و غریق مرد، نمازش هم اشکال داشته باشد. یعنی مثل تفاوت سنت و فریضه باشد، آقای خوبی و نائینی دارند که اگر انقاز نکرد ترتب شامل آن شود و نماز درست است. ما حتی شبهه کردیم که با ترتب هم درست نباشد ما در آنجا گفتیم: بعید است نه تنها بحث غصب، بلکه خود نماز هم روشن نیست. چون آقایان همه را از باب «تزامم» گرفته‌اند ولی ما از باب التزامم وارد نشدیم؛ چون در «تزامم» شبهه داشتیم بلکه از ادله «انقاز غریق» فهمیدیم که این ادله بر همه ادله دیگر مقدم است؛ چه غصب باشد و چه نماز. لذا اگر انقاز غریق نکرد و مشغول نماز شد آقایان می‌گویند: نمازش درست است ما شبهه در صحت آن نماز داشتیم، شاید از مجموعه روایات استفاده شود که شارع به او اجازه کاری غیر از انقاز غریق را نمی‌دهد حتی نماز. آقایان روی قاعده «ترتب» گفته‌اند: اشکال ندارد، امر به انقاز غریق اهم است آن را باید انجام دهد اگر عصیان کرد و نماز خواند نماز درست است. در باب انقاز غریق نظر ما این است که غصب که جای خود دارد ولی حتی اگر نماز هم بخواند با انقاز غریق درست نیست با ترتب هم درست نمی‌شود. ما گفتیم اهم و مهم به این مقدار نیست که آقایان گفته‌اند، گفتیم شرایط دیگر را هم در نظر بگیریم.

مثل آقای خوبی می‌گوید - که از ایشان هم خیلی عجیب است - که اگر کسی در ماه رمضان نیت قضای ماه رمضان گذشته را کرد یا نذر داشت که روز پنجشنبه‌ای روزه بگیرد و آن را در ماه رمضان وفا کرد مشهور آقایان این است بل کاد آن یکون إجماعاً که نه قضای ماه رمضان واقع می‌شود و نه روزه ماه رمضان، چون ماه رمضان را نیت نکرده است. آقای خوبی با ترتب درست کرده و می‌گوید: فقط عصیان کرده است. گفتیم آنجا هم ترتب جاری نمی‌شود مضافاً بر این که آنجا شبهه حکم وضعی دارد اصلاً جای ترتب نیست حتی اگر حکم تکلیفی صرف باشد آنجا هم ترتب جاری نمی‌شود. از مجموعه ادله درمی‌آوریم مثل «فمن شهد منکم الشهر»، که این فریضه الهی است حق ندارد مکلف کار دیگر بکند. در ماه رمضان نمی‌تواند هیچ کار دیگر غیر از روزه رمضان کند و ما در اصل ترتب اشکال داریم و به فرض هم قبول کنیم با آن عرض عریضش قبول نداریم که روزه قضا در ماه رمضان درست باشد.

تصویر «امتناع» در «فضای قانونی»

بنابراین این تصویر می‌گوید: «فضای قانونی» چنین است که مقنن تا جایی که خودش منع کرده است، نمی‌آید تا آنجا به شما اجازه جعل دهد، اساساً جعل محدود است. این تقیید، از لفظ یا مقام امثال نیست بلکه از «فضای قانونی» است. اگر این بحث شد دیگر بحث‌هایی که در «اجتماع امر و نهی» گفته‌اند کلاً از بین می‌رود و دیگر جای آن‌ها نیست. از منظر «فضای قانونی» و ضرورت انسجام و تسامخ میان احکام، «امتناع» ترجیح پیدا می‌کند.

تفسیر آیه «وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ» در «فضای قانونی»

در قرآن آمده است: «وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا»^۱، که این امر تکوینی است، «وَوَضَعَ الْمِيزَانَ»، که «میزان»، معیارهایی است که خداوند قرار داده است حال یا این میزان، عقل انسان است که شامل عقل نظری و عملی می‌شود یا ولایت تشریحی یا ولایت تنفیذی الهی یا هر دو است. بعد از یک امر تکوینی که آفرینش و رفع آسمان و وضع میزان است، این حکم فقهی را می‌آورد: «أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ»، که شما کم‌فروشی نکنید. این واضح است و جای بحث ندارد. در اینجا چند سؤال مطرح می‌شود:

۱. الرحمن: ۷

نسبت میان «أوفوا بالعقود» و «ألا تطغوا فی المیزان»

شارع در یکجا می‌گوید: «أوفوا بالعقود»، و همان شارع در جای دیگر گفته است: «ألا تطغوا فی المیزان»، حال اگر من با شخصی قرارداد بستم که برای او کم‌فروشی کنم و ماهانه مبلغ معینی از او بگیرم، آیا بر طبق «أوفوا بالعقود»، می‌توانم آن پول را بگیرم؟ مثلاً بگوییم: بر طبق «أَلَا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ»، کم‌فروشی حرام است ولی پولی که به من می‌دهد حلال است؟ آیا «أَلَا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ» اقتضا دارد که آن «أوفوا بالعقود» را با آن «وضع المیزان» باهم ببینیم یا خیر و این‌ها جزو میزانی نیست که خدا قرار داده است؟

این تصور می‌گوید: وقتی که میزان قرار داد، طبق این میزان شما اگر قرارداد بستید، کم‌فروشی کنید، پول بگیرید، دیگر «أوفوا بالعقود» جایی ندارد. سؤال من این است که آیا میزان در «وضع المیزان»، اقتضا نمی‌کند که «ألا تطغوا فی المیزان» با «أوفوا بالعقود» جمع نشود؟ آیا کسی که گفت: «ألا تطغوا فی المیزان»، در کم‌فروشی «أوفوا بالعقود» به شما می‌گوید؟! البته گفتیم در مکاسب شیخ قسم چهارم مکاسب محرمه جاهایی است که عمل حرام است مثل کم‌فروشی، آقای خوبی هم قبول کرده است که اگر جایی عمل حرام بود «أوفوا بالعقود» آنجا را نمی‌گیرد.

حقیقی و فطری بودن انسجام قانونی

سؤال دوم این است که آیا این مطلب واقعی است؟ یعنی برای حفظ جامعه در فطرت انسان‌ها نهاده شده است؟ به عبارت دیگر آیا این مطلب را خدا قرار داده یا قراردادی است و طبیعت قانونگذار اقتضا می‌کند که مواد قانونی‌اش را منسجم ببیند یعنی «ألا تطغوا فی المیزان» با «أوفوا بالعقود» جمع نمی‌شود؟

یک احتمال دارد که این مطلب قراردادی باشد. بنای عقلا در تدوین قوانین، ملاحظه «انسجام» است لکن اگر ما باشیم و ظاهر آیه مبارکه این مطلب الهی است، گویا آیه مبارکه می‌خواهد بفرماید: خداوند، در آفرینش انسان نکته‌ای قرار داد که باید در قوانین ظهور یابد و بشر باید به آن برسد و آن نکته، تکوینی و واقعی است؛ چون بر طبق ظاهر آیه مبارکه هم رفع و هم وضع میزان را به خدا نسبت داده است. قاعدتاً باید این دو امر واقعی باشند و بعد گفت: «أَلَا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ»، اینجا خطاب به بشر است که این بخش، بخش قراردادی و قانونی‌اش است. یعنی ما همچنانکه یک نظام تکوینی متقنی قرار دادیم، در وجدان انسان‌ها هم میزانی دادیم که قوانینش را با این نظام تکوینی هماهنگ می‌کند. گرچه ممکن است صدها سال یا هزار سال هم فقها ملتفت این مطلب نشده باشند اما این انسجام قانونی امری واقعی است و هدف قرآن بیدارکردن این‌هاست، «لیثروا هم دافئ العقول» یک امر واقعی است، بله شاید بشر زمانی به آن نرسد و بپندارد که نظام «عبد و مولا» مطرح است ولی این انسجام، واقعی است شما هم در فطرتان، در عقل عملی و نظری‌تان این میزان هست که باید مراعات شود حال اگر به آن توجه نداشته‌اید کار قرآن و سنت رسول الله (ص) و ائمه (ع) تنبه تدریجی بر این است.

پس این یک امر واقعی است و آن امر واقعی این است که «ألا تطغوا فی المیزان» با «أوفوا بالعقود» جمع نمی‌شود اگر قرارداد بستی که کم‌فروشی کنی این باطل است دیگر «أوفوا بالعقود» آن را نمی‌گیرد. نه این‌که قانونگذار قصد کند بلکه طبیعت این نظام قانونی همین است و این امری است که دست خداست این طبیعت را خدا در فطرت بشر قرار داده است ممکن است خیلی از بشر به آن التفات پیدا نکند و تدریجاً ملتفت شوند.^۱

۱. چنانکه روایتی است از حضرت سجاده (ع) که در آخر الزمان قومی می‌آیند که «قول هو الله احد» را تفسیر می‌کنند که قبلاً کسی ملتفت نبوده است. مرحوم آقای بجنوردی از قول حاجی فاضل نقل می‌کرد که «قل هو الله احد» اشاره به توحید ذاتی است، «الله الصمد» اشاره به توحید صفاتی، و «لم یلد»

پس خداوند متعال می‌خواهد بفرماید: باید بدانید نظامی را که خداوند قرار داده نظام متقنی است که اجزای آن باهم انسجام دارند، در قوانین به آن رو بیاورید این دست شما هم نیست طبیعت قانون اینطور است. چنانکه گفتیم: طبیعت قانون این است که اگر نهی آمد همیشه بر امر مقدم است، نهی اطلاق دارد و امر اطلاق ندارد پس دو احتمال در اینجا هست: ۱. قانونگذار این را لحاظ می‌کند. ۲. طبیعت قانون این است که اگر گفت: نماز اول وقت ثواب دارد، جماعت هم ثواب دارد در شواهدش نشان داد جماعت بیشتر است طبیعت نظام اقتضا می‌کند جماعت مقدم باشد. طبیعتش «إلا» است همان که فقها ما فهمیده‌اند. طبیعت «نظام قانونی» که توسط انبیای الهی در جامعه پیاده می‌شود این است.

توسعه «میزان» به همه احکام الهی

قرآن کریم می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ»^۱ یا «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ»^۲، شما باید نفقه مطلقه را در ایام عده بدهید مراد از «اسکنوهن»، نفقه سکنی است که مراد مطلق نفقه است، نفقه زن معتده بعد از طلاق در ایام عده بر عهده شوهر است. آیا این حکم «اسکنوهن» تابع «و وضع المیزان» است یا خیر؟ آیا می‌شود گفت: همه احکام قرآن مصداق «وضع المیزان» است یعنی درحقیقت درست است که گفت: «و السماء رفعها و وضع المیزان»، و بعد از این «وضع المیزان» قانونی را ذکر کرد ولی این میزان در تک تک قوانین هست گرچه ذکر نشود. یعنی درحقیقت این میزان در «اسکنوهن» هم هست همان خدایی که «و السماء رفعها و وضع المیزان» را گفت، گفت: «نفقه را در ایام عده بدهید».

مثلاً مردی زنش را طلاق داده است و به برادرزنش می‌گوید: من نفقه خواهرت را می‌دهم به شرط این‌که ماهی اینقدر به من بدهی، بعد هم می‌گوید: ما قرارداد بسته‌ایم «أوفوا بالعقود». مرحوم نائینی می‌گوید: وقتی گفت: «اسکنوهن» دیگر «أوفوا بالعقود» آنجا را نمی‌گیرد. یعنی وقتی گفت: باید نفقه بدهی دیگر نمی‌توانی بر نفقه دادن عقد ببندی و پول بگیری، ایشان می‌گوید: هر جا الزام آمد دیگر «أوفوا بالعقود» نمی‌آید چه الزامش ایجابی باشد چه تحریمی باشد. ایشان از راه «ادبیات قانونی» می‌گوید. اما مرحوم آقای خوبی می‌گوید: در «ألا تطغوا» قبول می‌کنیم نمی‌شود برای کم‌فروشی پول بگیری و «أوفوا بالعقود» آنجا را نمی‌گیرد ولی در «اسکنوهن» قبول نمی‌کند. ایشان می‌گوید: اخذ اجرت بر حرام جایز نیست اما در «اسکنوهن» می‌گوید: با «أوفوا بالعقود» قابل جمع است یا نسبت به بیع در هنگام نماز جمعه می‌گوید: چون «و ذروا البیع» امر است اشکال ندارد، اگر نهی بود اشکال داشت.

حرف ما این است که از راه «انسجام قانونی» می‌شود این مسأله را حل کرد و ما با مقام امتثال کاری نداریم بلکه در مقام خود قانونی حساب می‌کنیم. بنابراین آن نظام اجتماعی که خدا قرار داد و آن عقل عملی و نظری که برای اداره جامعه قرار داد در «اسکنوهن» هم هست ولو در آیه فقط «ألا تطغوا» آمده است.^۳

ارتکاز قدمای اصحاب، اندیشه اهل سنت و قوانین امروزی بر تأیید «تعارض» و نه تراحم

اشاره به توحید فعالی است واقعا هم معنای لطیفی است من جای دیگر هم ندیدم از ایشان شنیدم. حال مطالب توحید ذاتی و همه فلاسفه و علمای اسلام نوشته‌اند اما تطبیقش بر این سه آیه لطیف است.

۱. الجمعة: ۹

۲. طلاق: ۶

۳. البته در اینجا چون آقایان احتمال می‌دهند واجبات مالیه در ذمه باشد، اگر در ذمه بود اشکالش به خاطر ذمه است. بحث واجبات مالی در ذمه را هم شاید در این مباحث به آن اشاره کنیم. پس مثال اسکنوهن را کنار می‌گذاریم و مثال ادای شهادت را توضیح می‌دهیم.

این «وضع المیزان» در ارتکاز بشری بوده است که این‌ها را بر اساس «تعارض» بفهمند نه «تزام»، گرچه قائل به «نظام قانونی» باشیم. سرّش این نیست که قانون در مقام امتثال است، بلکه سرّش این است که این امری است واقعی که خداوند در وعاء اعتبارات قرار داده است، «وضع المیزان» جعل الهی است و امروزه در قوانین به صورت تبصره می‌آورند، این همان «إلّا»هایی است که ما در فقه داشتیم یک ماده قانونی می‌آورند و بر آن تبصره می‌زنند.

در قوانین، احتمال می‌دهم قانون‌گذاران نیز روی ارتکاز قانونی، «تعارض» را فهمیده‌اند نه «تزام»، اگر التزام بود داعی نبود تبصره بزنند. لذا بعضی جاها که تبصره نیست مفسران قانونی باهم اختلاف دارند لذا می‌گویند: قانون ناقص است. من فکر می‌کنم آنچه قدمای اصحاب بوده است و ارتکاز اهل سنت بوده است و آنچه الان مویّد به ارتکازات قانونی است، «تعارض» به این معنا است نه «تزام».

هماهنگی و انسجام میان «اعتبارات شخصی» و «اعتبارات قانونی»

اعتبارات و التزامات به یک تقسیم کلی به دو قسم تقسیم می‌شوند: ۱. اعتبار شخصی یا اعتباری که مکلف یا تک‌تک افراد جامعه یا شهروندان بین خودشان قرار می‌دهند، ۲. اعتباری که حالت تقنینی و تشریعی دارد و از بالا بر مکلف یا شهروند قرار داده می‌شود مثل اعتباری که مجلس، پارلمان، شاه، مولا نسبت به عبد خود و یا پدر نسبت به فرزند خود قرار می‌دهد.

«اعتبارات شخصی و فردی» مثل عقود، شروط، نذور، عهود و ایقاعات است، برای مثال نیابت نوعی اعتبار شخصی است مثل این‌که شخصی برای پدرش نماز بخواند. معیار در اعتبار، «اعطاء حد الشیء لغيره» است، اصل در نماز این است که برای خود نمازگزار باشد حال اگر آن را برای شخص دیگری مثل پدرش قرار داد این اعتبار است، یا مثلاً در عقد ازدواج فرد اعتبار می‌کند که دیگری همسر او باشد یا در طلاق فرد این اعتبار را از بین می‌برد. در اعتبار نوعی تصرف در کار می‌شود، این تصرف اگر فردی باشد داخل در دایره اعتبارات شخصی می‌شود لذا در همه قوانین بشری نیز بابتی را برای اعتبارات شخصی باز می‌کنند.

سنگ دیگر اعتبار خارج از شخص است و ما عادتاً آن را «اعتبار تشریعی یا تقنینی» می‌نامیم. اراده تقنینی جایی برای اراده فرد نمی‌گذارد، بلکه در هر نظام و قانون، اصل اولی این است که مکلف حق قانونگذاری و اعتبار ندارد و هیچ اعتبار شخصی از مکلف بماهو مکلف نافذ نیست مگر این‌که قانون یا مبدأ اعلی آن را امضا کند مثلاً اگر نماز خواندی اصل اولی این است که برای خودت باشد. البته این مطلب در عبد و مولا هم هست و عبد نیز نمی‌تواند برای خودش اعتبار کند.

در نظام اعتبار «عبد و مولا» ربط احکام، مشکل می‌شود ولی اگر «نظام قانونی» را گرفتید طبیعت «نظام قانونی» فضایی دارد که باید بر طبق آن عمل شود، به‌ویژه اگر یک ماده قانونی ناظر به «اعتبارات شخصی» باشد یعنی همچنانکه شما میان مواد قانونی اعتبار را ملاحظه می‌کنید اگر آن قانون به امضای «قراردادهای شخصی» برگردد، در اینجا قانونگذار دست شخص را باز نمی‌گذارد تا هم‌تراز خودش شود و در قانون تصرف کند. قانونگذار می‌گوید: صحت قراردادها و ایقاعات شخصی شما منوط به امضای من است. یعنی طبیعتاً قانونگذار دست مکلف را باز نمی‌کند که او را هم‌تراز خودش ببیند، «اعتبارات شخصی» دائماً تحت قانون است قانون و قانونگذار و اوامر و تشریحاتی که از جهت علیا صادر می‌شود التزاماتی که مکلف انجام می‌دهد دائماً ذیل قانون است.

معنای حدیث «فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا.»

در حدیث «فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»،^۱ آقایان گیر کرده‌اند که معنای آن چیست؟ بعضی گفته‌اند: حرام و حلال به معنای لغوی است یکی به معنای محرومیت و یکی به معنای بازکردن عقده است. اما ما گفتیم: این‌ها نیست این اصطلاحی است که در آن زمان به کار برده شده است، مثل اصطلاح «یداً بید» است که در آن زمان به معنای نقدی بوده است که بعدها به کار رفته است. لذا شما امروزه به جای «یدا بید» بگویید: نقداً تا فهم معنایش آسان‌تر باشد ولی در زمان پیامبر(ص) اصطلاح بوده است و لازم نیست که ما اصطلاح آن زمان را همیشه به کار ببریم. «حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» نیز باهم به معنای قانون است، چون التزام شخصی باید زیر قانون باشد، «إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» معنایش این است: مگر شرط‌هایی که بخواهد متعرض قانون شود، این‌ها باهم معنا می‌دهد نه این‌که کجا شرطی است که «احل حراماً» و کجا شرطی است که «حرم حلالاً». آنچه ما از این عبارت می‌فهمیم این است که هر دو عبارت باهم یک معنا می‌دهد و معنایش این است که اعتبارات شما تا جایی نافذ و مُمضاست که به حد قانون نرسد. گفتیم این مطلب خودش مطلبی قانونی است و اصلاً میزان است اگر بنا باشد قانون در اختیار مکلف یا شهروند باشد کأنما قانون نیست.

مثلاً «لا اکراه فی الدین» را چنین معنا می‌کنند که مثلاً اشکال ندارد زن حجاب نداشته باشد. اما اگر بنا باشد «لا اکراه فی الدین» به این معنا باشد که بتواند شراب بخورد و حجاب را بردارد، پس قانون حرمت شرابخواری یا وجوب حجات بی‌جهت جعل شده است، لذا در هیچ «نظام قانونی» نمی‌گوید: «لا اکراه فی الدین» و آن را اینطور معنا کنند، چنین معنایی امکان ندارد؛ چون «لا اکراه فی الدین» یا «المؤمنون عند شروطهم» اگر شامل قانون شود جعل قانون لغو است. مثلاً به سبب آن قرارداد می‌بندد که کم‌فروشی کند یا نفقه ندهد یا شرط می‌کند شراب بخورد و... اگر اینطور معنا کنیم معنایش تلاعب با قانون است یعنی اصلاً قانون نیست. لذا گفتیم: عده‌ای از اهل سنت نیز احتمالاً همین معنا را فهمیده‌اند که این حدیث را نپذیرفته‌اند چنانکه ابن حزم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» را ضعیف می‌داند و آن را رد می‌کند بخاری و مسلم هم قبول ندارند. گمان می‌کنم این‌ها به همان تصور اولی‌شان چنین فهمیده‌اند که اگر «المؤمنون عند شروطهم» را به اطلاقش قبول کنیم می‌تواند خلاف قرآن یا سنت شرط کند. اما گفتیم: این معنا نمی‌تواند درست باشد؛ چون هیچ قانونگذاری چنین کاری را نمی‌کند چون اگر دست مکلف را باز بگذارد تا جلو خودش بایستد پس چرا قانون وضع می‌کند؟!

تحلیل تلازم «وجوب» و «مجانیت» در کلام صاحب جواهر مبتنی بر «نظام قانونی»

برهمن اساس صاحب جواهر^۲ می‌گوید: هر جا قانون آمد معنایش این است که آن فعل، مجانی است. البته اثبات این هم مشکل است، وقتی گفت: نفقه بده یعنی باید مجانی نفقه بدهی یا وقتی گفت: نماز بخوان، یا کتمان شهادت نکن، باید مجانی انجام بدهی. لذا مرحوم اصفهانی و بعد شاگردشان آقای خوبی حرفشان این است که وجوب فی نفسه با مجانیت ملازم نیست مگر جایی مثل نمازظهر که از لسان دلیل و از شواهد درآوریم که این کار باید مجانی باشد. مرحوم صاحب جواهر می‌گوید: هر جا که وجوب است مجانی است. این راه اثبات می‌خواهد معنای آن «تحلیل قانونی» است اگر گفت: «و من یکنمها فإنه آثم قلبه»، یا در ایام عده نفقه بده یا «ألا تطغوا فی المیزان»، نهی که اصلاً ربطی به پول ندارد جلو آن را گرفته است. «أوفوا بالعقود» را آنها هم قبول کرده‌اند این را باید اثبات کنیم مثلاً کسی گفت: معنای آن ملک است، شیخ محمدحسین حرف صاحب جواهر را ذکر نکرده

۱. تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۷، ص: ۴۶۸

۲. صاحب جواهر واقعاً مرد فوق‌العاده‌ای است، گرچه بخش‌های فراوانی از جواهر نقل اقوال و روایات است ولی قسمت‌هایی هم از خودش است. ایشان در اصول خیلی ابداعات ندارد ولی در قضایای فقهی خیلی ابداعات لطیف دارد.

است این را یا باید از ادبیات قانونی یا از خود قانون درآوریم اگر مثلاً گفت: آب بیاور آیا در ادبیات قانونی خوابیده است که این آب آوردن باید مجانی باشد، انصافش خیلی مشکل است.

به نظر ما صاحب جواهر هم مطلب را با روح فقهاتی اش خوب ادراک کرده است گفته است: آب بیاور، معنایش این است که مجانی بیاور یا نفقه بده یعنی مجانی باشد. انصافش این است که ما شاید نتوانیم این را از «ادبیات» درآوریم، مثل وجهی که از شیخ جعفر نقل کردیم که می‌گفت: معنای امر این است که ملک خدا می‌شود و مرحوم شیخ محمدحسین و آقای خوئی می‌گویند: ملکیت نیست مجانیت هم اگر از دلیل خاص فهمیده شد وگرنه ثابت نیست.

اثر «نذر» به عنوان یکی از اعتبارات شخصیه در نظام قانونی

در «فضای قانونی» مواد قانونی باهم «انسجام» دارند، آنگاه اگر بنا بشود یک ماده قانونی ناظر به امضای «اعتبارات شخصی» باشد می‌بایست یک نوع انسجام با کل قانون داشته باشد. لذا طبق این انسجام نمی‌شود کسی خلاف آن را انجام دهد. مثلاً در کتاب عروه در اقسام نماز واجب می‌گوید: یکی از اقسام آن، واجب به نذر و شبه آن است، مثلاً اگر نذر کردید که نماز شب بخوانید، نماز شب بر شما واجب می‌شود. طبق تصور «انسجام قانونی» نمی‌شود این کار را کرد؛ چون شارع آن را مستحب دانسته است شما حق ندارید آن را با اعتباراتتان واجب کنید، شما با شرط و عقد و ایقاع نمی‌توانید جلو قانون بایستید. البته آقای خوئی در تعلیقه جدیدشان بر عروه برگشته است و می‌گوید: نماز واجب نمی‌شود، که این مبنا روی قواعد اصولی است ولی بر طبق تحلیلی که ما کردیم کاملاً واضح است؛ چون شارع جعل استحباب کرده است و مکلف با یک اعتبار شخصی نمی‌تواند آن را واجب کند، لذا بنای آقایان این است و ما هم در درس از آقای خوئی می‌شنیدیم که گرچه نذر نماز شب کند، هنوز نماز شب به استحبابش باقی است و ادای نذر بر او واجب است.

این مبنا طبق نظر کسانی که قائل به اجتماع امر و نهی اند واضح است که دو عنوان مستقل است. اما روی مبنای آقای خوئی که قائل به امتناع است مشکل می‌شود، ولی ایشان می‌گفت: صفت وجوب پیدا نمی‌کند. وفا به نذر، عین نماز شب است یکی است. ایشان می‌خواهد آن را اتحادی کند.

همچنین اگر کسی نذر کرد نماز ظهر بخواند! عده‌ای می‌گویند: نمی‌شود و عده‌ای گفته‌اند: تأکد وجوب پیدا می‌کند، اما نه تأکد وجوب معنا دارد و نه تصرف در وجوب، اگر قائلیم نذر نماز واجب درست است، به لحاظ وجوب یا تأکد وجوب نیست، بلکه به خاطر آثاری است که ادله نذر دارد و آن وجوب نماز هم آثار خودش را دارد؛ چون در اعتبارات قانونی اثر مهم است. یعنی اگر او نستجیر بالله نماز نخواند در قیامت عذاب می‌شود اما اگر نذر کرد کفاره هم باید بدهد. این اشکال ندارد اگر نذر کرد نماز ظهر را بخواند این درست است نه به خاطر تأکد وجوب، وجوب چیزی نیست که تأکد پیدا کند. بحث ما این است که این تأکد نمی‌آورد اما نذر نماز ظهر درست است؛ چون اثر خاص دارد که کفاره است، نماز ظهر هم به همان وجوب خودش است و عوض نمی‌شود آن که جعل قانونی بود به حال خودش باقی است. اعتقاد ما این است که نذر واجب اشکال ندارد چون اثر خودش را دارد که کفاره است، هرچند در سنی و شیعه قائل داریم که نذر واجب ممکن نیست. پس در جهت «فضای قانونی» همچنانکه ادله امضای اعتبارات شخصی ادله محرّمات را نمی‌گیرد، واجبات را هم نمی‌گیرد.

نسبت میان شرط طلاق و «المؤمنون عند شروطهم»

ادعای ما این است که ادله امضایی، همیشه ذیل قانون است و قانون است که آن را امضا می‌کند مثلاً اگر گفت: «المؤمنون عند شروطهم»، نمی‌شود با شرط، شراب بخورد یا مثلاً اگر ما از روایات فهمیدیم که ابطال ازدواج به طلاق است حال اگر شرط کند که اگر خانه‌ای در شهر برای من ساختی این عقد ما درست باشد وگرنه من عقد نکاح را به هم می‌زنم، اشکالش این است که

«المؤمنون عند شروطهم» اینجا را نمی‌گیرد. البته الآن عده‌ای از آقایان می‌گویند: اشکال ندارد «المؤمنون عند شروطهم» اینجا را هم می‌گیرد! چون قانون گذاشته است که زوال عقد نکاح با طلاق است و این شخص می‌خواهد بدون طلاق عقد نکاح را زائل کند. بله در بیع می‌شود چنین کاری کرد چون بیع دست طرفین است و می‌تواند بعد از خرید و فروش آن را به هم بزنند و در آن «المؤمنون عند شروطهم» می‌آید اما با «المؤمنون عند شروطهم» نمی‌شود نکاح را بدون طلاق ازاله کرد و اصلاً چنین امضایی نمی‌آید؛ چون برای ازاله نکاح خود شارع سبب قرار داده است لذا این حق را به مکلف نمی‌دهد تا با شرط قانون را زیر پا بگذارد.

اگر خود آن قانون گفت: ازاله نکاح فقط به طلاق است، یعنی ازاله نکاح را دست طرفین قرار نداده است. اگر شرط هم نباشد مثلاً مرد و زنی باهم ازدواج کردند و هر دو گفتند: این عقد را نمی‌خواهیم و آن را به هم بزنیم درست نیست؛ چون این را در اختیار طرفین نگذاشته است. این به خلاف بیع است؛ بیع در اختیار طرفین است اما عقد نکاح در اختیار طرفین نیست. طرفین گرچه تقابیل کنند حق به هم‌زدن عقد را ندارد. حال که حق ندارند، با «المؤمنون عند شروطهم» هم نمی‌شود آن را درست کرد؛ چون این کار فوق قانون است. وقتی در قانون اجازه نداد که ولو به رضای خودشان فسخ کنند نکاح را نمی‌شود به هم زد؛ چون طبق قانون به هم‌زدن نکاح فقط به طلاق است و آن هم آثار خودش دارد؛ قبل از دخول مهر نصف می‌شود و بعد از دخول همه مهر است و شما چنین آثاری را در معاملات ندارید مثلاً دو طرف می‌توانند اجاره را به هم بزنند لذا در نکاح جای تمسک به اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» نیست.

یا اینکه یک طلاق درست است سه طلاق باطل است. ظاهر آیه مبارکه «الطلاق مرتان»، یعنی طلاق سه بار نمی‌شود، مفهوم عدد را آقایان گفته‌اند. طلاق جزو اعتبارات و الزامات شخصی است، در طلاق من ملتزم می‌شوم که این خانم همسر من نیست، قانونگذار می‌گوید: یک التزام شخصی تو قبول ولی سه‌تایش قبول نیست.^۱

۱. البته از ابوحنیفه نقل شده است که حتی اگر گفت: در این ساعت نان نخور، و او خرید بیعش درست است یا اگر نهی کرد و گفت: لا تشر الذهب، اگر انجام داد درست است. البته در تقریب کلام او معروف است که می‌گویند: از این که گفته نخور، یعنی خریدن واقع می‌شود و گرنه نهی معنا ندارد. مرحوم آقای خمینی هم ابتدا در کتاب‌هایشان چنین نظری داشتند و تعبیر وفاقاً لبعض أهل الخلاف را به کار برده‌اند اما بعد از آن برگشتند. این تقریبی است که در کتاب‌ها آمده است ولی من فکر نمی‌کنم مراد جدی ابوحنیفه این باشد، به نظر من نظر او این بوده است که ما در باب نهی چیزی جز زجر نداریم و ناظر به آن ماده نیست گویا وقتی که می‌گوید: ساعت نه نان نخور، فقط دستش را می‌بندد که آنجا نرود (مثل تفسیر اراده تشریحی به تکوینی) اما این با زبانش می‌گوید: نان خریدم، یعنی ابوحنیفه مفاد جمله نهی را مجرد زجر و زجر را هم به معنای جلوگیری از حرکت او گرفته است و با بقیه جهات کاری ندارد. ابوحنیفه بحث را روی نهی برده است ولی بحث ما در اینجا این است که اگر گفت: اسکنوهن دیگر قرارداد شخصی را امضا نمی‌کند.

ابوحنیفه مثلاً می‌گوید: اگر گفت: «لا تصل فی الحریر»، نماز در حریر حرام است ولی نماز صحیح است. اگر معنای «لا تصل فی الحریر» بطلان نماز در حریر نباشد پس شارع با چه زبانی باید می‌گفت: نماز در حریر باطل است؟! در باب معاملات هم از ابوحنیفه نقل شده است که اگر گفت: لا تشر الخمر، اشتراک خمر حرام است اما معامله صحیح است؛ چون وقتی می‌گوید: لا تشر معلوم می‌شود که بیع و شراء واقع می‌شود و گرنه نهی معنا ندارد پس نهی با صحت ملازمه دارد. آن بحث این بود که نهی ملازمه با فساد ندارد در اینجا می‌گوید: خیر، نهی ملازمه با صحت دارد در کتب اهل سنت دیده‌ام که بعضی از علمای شافعی گفته‌اند: أما أبوحنیفه فقد قلب الشریعہ ظهراً لبطن، انصافاً هم قد أجاد فیما أفاد، از مالک هم نقل شده است: ما ولد فی الإسلام مولود أشأم من أبی حنیفه، انصافاً هم بد نگفته است. در اصول متأخر شیعه بحث ملازمات را چهار قسم قرار داده‌اند که یکی از آنها نهی در عبادات و معاملات است و آقای خوبی هم این بحث را آورده است و بر آن اصرار دارد، اما ما در محل خودش توضیح دادیم که ملازمه روشن نیست و بطلان، مدلول خود نهی است.

تطبیق برخی آیات و روایات با «فضای قانونی»

اما باید بدانیم در شریعت مقدسه نظام مصالح و مفاسد و ملاکات واقعی بسیار فراتر از این است و هنوز بشر در تفکراتش حتی در قانون اساسی هم چنان نمی‌اندیشد چه رسد به قوانین خاص. این مطلب را با چند مثال توضیح می‌دهیم.

روایت صریح از حضرت رضا(ع) داریم با قطع نظر از سندش، محمدبن زید طبری می‌گوید: شخصی به آن حضرت گفت: مردم از شما نقل می‌کنند که شما ادعا می‌کنید مردم برده شما هستند حضرت فرمود: خیر، برده ما نیستند بلکه باید از ما اطاعت بکنند.^۱ یعنی این بحث در آن زمان هم واقع شده است اما به این تعبیر، الآن که هزار و دویست سال بعد از آن روایت است به این شکل مطرح می‌شود: آن اعتبار تشریحی که بین «عبد و مولا» بوده است یک نحو است و اعتبار تشریحی که امروز ما از آن در دنیا تعبیر به «قانون» می‌کنیم یک نحو است، امروزه بشر به این نتیجه رسیده است به‌طور طبیعی که از آن تعبیر به قانون می‌کند.

روایتی در موطأ مالک آمده است که شخصی زمینی داشت که می‌خواست راه آبی برای آن بکشد و راه آب از زمین مجاور آن رد می‌شد. به آن شخص گفت: اجازه بده تا این کار را بکنم، اما آن شخص اجازه نداد. بعد این قضیه را با عمر مطرح کرد عمر او را احضار کرد و به او گفت: اجازه بده آب را رد کند باز اجازه نداد، در آنجا دارد عمر گفت: «لیمرن به و لو علی بطنک»^۲، من این جوی آب را می‌کشم ولو از روی شکمت یعنی ولو این که روی زمین تو را بخوابانم و آب را از روی تو رد کنم. این ادبیات، ادبیات «عبد و مولا» است و مبتنی بر این تصور است که حاکم مثل مالک مردم است، مثل مولایی که به عبدش می‌گوید: باید این کار را انجام بدهی و گرنه تکه‌تکه‌تکه می‌کنم. «ادبیات قانونی» این است که بگوید: این زمین ملک شماس است و وضع جامعه اقتضا می‌کند آن را به قطعات آباد اضافه کنیم. البته اگر جدول آب از زمینش بگذرد خواه‌ناخواه دست او را می‌بندد؛ چون شکل زمین و جدول‌بندی‌اش را باید جوری تنظیم کند که آب از آن بگذرد، اما در اینجا حاکم می‌گوید: یک مصلحت اجتماعی هست که بر قضیه فردی جلوگیری از تصرف دیگران مقدم است. پس در متون تاریخی و متون روایی مواردی را داریم که تعبیرش تعبیر «عبد و مولا» است.

حال نظیر این را در نهج البلاغه دارد که حضرت در جنگ صفین شنید اصحابشان اصحاب معاویه را سب می‌کنند حضرت فرمود: فحش ندهید و به جای آن قبایح اعمال آن‌ها را بگویید مثلاً بگویید: فلان کار باطل را انجام می‌دهند.^۳ با فحش قصه حل نمی‌شود. این تعبیر قانونی است یعنی به جای انتقام‌جویی فردی و کینه‌توزی یک نظام فکری مشخصی را بررسی می‌کند بگوید: معاویه و اصحابش این کار را کرده‌اند، این راه از نظر دینی باطل است از نظر اجتماعی، دنیا و آخرت باطل است.

۱. عیون اخبار الرضا، ج ۲، ص ۱۸۳.

۲. «مالک عن عمرو بن یحیی المازنی عن ابيه ان الضحاک بن خلیفه ساق خلیجا له من العریض فأراد أن یمر به فی أرض محمد بن مسلمة فأبی محمد فقال له الضحاک لم تمنعنی و هو لک منفعه تشرب به أولا و آخراً و لا یضرک فأبی محمد فکلم فیہ الضحاک عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أت یخلی سبیلہ فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع أخاک ما ینفعه و هو لک نافع تسقی به أولا و آخراً و هو لا یضرک فقال محمد لا والله، فقال عمر: والله لیمرن به و لو علی بطنک. فأمره عمر أن یمر به ففعل الضحاک. الموطأ (روایة یحیی اللیثی)، ج ۲، ص ۷۴۶. مالک در کتاب موطأ بعد از این که حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار» را نقل می‌کند این قصه را با همان سند نقل می‌کند البته در آن کلمه لا ضرر هم ندارد فقط دارد إنه لا یضرک، شاید مالک از آن لا ضرر فهمیده است.

۳. «و من کلام له ع و قد سمع قوما من أصحابه یسبون أهل الشام أيام حربهم بصفین: إی أکره لکم أن تکونوا سبائین و لکنکم لو وصفتهم أعمالهم و ذکرتم خالهم کان أصوب فی القول و أبلغ فی العذر و قلتم مکان سبکم إیاهم اللهم احقن دماءنا و دماءهم و أصلح ذات بیننا و بینهم و اهدهم من ضلالهم حتی یعرف الحق من جهله و یرعوی عن العی و العدوان من لهج به.» نهج البلاغه (صبحی صالح)، حکمت ۲۰۶، ص ۳۲۳.

در صحیحۀ ابی ولاد آمده است که استری را برای رفتن به جایی اجاره کردم و با آن به جاهای دیگری رفتم مثلاً استری را گرفته بود تا با آن به چهل کیلومتری قم بروم اما تا شصت کیلومتر با آن رفته بود. ابوولاد و صاحب استر برای داوری پیش ابوحنیفه رفتند، ابوحنیفه گفت: اشکال ندارد این مالک، استحقاق اجاره را ندارد. حرف ابوحنیفه روی همان قاعدۀ الضمان بالخراج بود، که در مکاسب آمده است. خراج از مادۀ خرج به معنای درآمدن از چیزی است و در اینجا به معنای درآمد و استفاده‌ای است که انسان از آن می‌کند، به فرض اجاره آن قاطر تا چهل کیلومتری، ده درهم بوده است، حال که تعدی کرده است پس از تعدی خود حیوان در عهده‌اش قرار می‌گیرد و ضامن آن است و اگر چنین شد دیگر نباید اجرت بدهد. وقتی ابو ولاد این مسأله را نزد امام صادق ع برد حضرت ناراحت شد که این چه حرف نامربوطی است که ابوحنیفه زده است و فرمود: «فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَ شَبِيهِهِ تَحْسِبُ السَّمَاءُ مَاءَهَا وَ تَمْنَعُ الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا»^۱، کرایه چند روزه یک قاطر مگر چه ارزشی دارد که این فتوا جلو رزق را می‌گیرد و سبب می‌شود که دیگر از آسمان باران نمی‌آید و در زمین سبزی نمی‌روید؟!

همچنین در قرآن آمده است «وَ الْأَسْمَاءُ رَفَعَهَا وَ وَضَعَ الْمِيزَانَ أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ وَ أَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَ لَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ»^۲ الان می‌گویند: حجم مابین موجوداتی که کلاً در فضاست هشتاد میلیارد سال نوری است، این که انسان با این حجم از فضا ارتباط پیدا کند و بعد بگوید: این کم‌فروشی شما با وضع تکوین رابطه دارد بسیار عجیب است. ما در هیچ قانون اساسی نداریم که مثلاً بگوید: شما خیابانتان را آسفالت کنید؛ چون نظام کهکشان ما چنین است! بلکه آیه بالاتر از کهکشان را گفته است. نکته اصلی این، ربط یک معیار بسیار بزرگ به مسأله‌ای است که به نظر ما اعتباری است. طبعاً چنین تعبیری با تفسیر قوانین به رابطه «عبد و مولا» نمی‌سازد و غیر از حضرت بقیه الله (عج) هم کسی نمی‌تواند رابطه رفع آسمان و وضع میزان را با کم‌فروشی بیان کند. این تعبیر مشعر به نظام قانونی است نه به مسأله عبد و مولا، آن‌هم در این حد.

قرآن کریم می‌فرماید: «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَ أَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَ الْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ»^۳ این «لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ» چون جنبه ملاک برای جعل دارد، تعبیرش را می‌شود بر فضاهای مختلف تطبیق کرد مثلاً^۴. اگر روی فضای تبدیل اراده تکوینی به تشریحی باشد باید می‌گفت: لنقیم الناس بالقسط، چون می‌خواهد مردم را وادار کند. ۲. اگر فضای عرفی باشد، هم یقیم الناس را درست می‌بیند و هم ليقوم الناس را. ۳. اگر رابطه عبد و مولا باشد لنقیم الناس با آن متناسب است. ۴. اگر فضای لفظی باشد آن‌هم مثل فضای عرفی است که هر دو را صحیح می‌داند. ۵. اگر فضای کلامی باشد؛ روی فضای کلامی اشاعره، بهتر است: لنقیم الناس بالقسط باشد و روی فضای معتزله که قائل به تفویض و آزادی اراده‌اند بهتر است بگوید: ليقوم الناس بالقسط. ۶. اگر فضای فلسفی باشد با مسائل حسن و قبح و عقل عملی و اداره جامعه، باز همان ليقوم الناس بالقسط مناسب است. ۷. اگر فضای قانونی باشد که آخرین فضای مطرح شده است انصافاً «ليقوم الناس بالقسط» است؛ چون آن فضا مصالح خود مردم را در نظر می‌گیرد و رابطه «عبد و مولا» را نمی‌نگرد لذا ما معتقدیم که مثل چنین تعبیری مشعر به این است که فضای احکام شرعی فضای قانونی است.

همچنین در سوره توبه می‌فرماید: «إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ» یعنی ظاهراً این دوازده ماه از همان اصل تکوین - که به میلیاردها سال قبل برمی‌گردد- بوده و چهار تای آن‌هم حرام بوده است. وجود دوازده ماه یک امر واقعی است و «منها اربعة حرم»، قانون و تکلیف است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۲۹۰، باب الرجل یکتیری الدابة فیجاوز بها الحد، ح ۶.

۲. الحدید: ۲۵.

البته این مطلب از نظر علمی مشکل است و خود قرآن هم اشاره دارد که علم این مطلب را قبول نمی‌کند و راست هم هست، الآن علم این مطلب را نمی‌پذیرد؛ چون در ماه‌های قمری رابطه هر ماه با یک ماه است شما نمی‌توانید به چند ماه یک رابطه بدهید مگر اعتباراً، مثلاً ممکن است کسی بگوید: پنج ماه قمری یک سال است و یکی بگوید: پانزده ماه یک سال است؛ چون ماه قمری روی حرکت ماه است، مثلاً جزر و مد در نیمه همه ماه‌های قمری و در همه فصول سال هست. حساب ماه قمری غیر از ماه شمسی است ماه قمری ماه به ماه حساب می‌شود لذا تصریح دارند که ماه قمری ماه حقیقی است و سال قمری اعتباری است. شما مثلاً می‌توانید پنج ماه را یک سال قرار دهید یا ده ماه را. الآن در دنیای علم اصلاً قبول نمی‌کنند که سال قمری حقیقی باشد اما آیه مبارکه می‌فرماید: ماه‌ها عند الله دوازده تا هستند.

همچنین علم، تحریم چهار ماه از دوازده ماه را نمی‌پذیرد. مراد من از علم در اینجا جامعه‌شناسی است. در جامعه‌شناسی می‌گویند: ماه‌های حرام یک عرف اجتماعی است که در عرب‌های حجاز بود و در مثل ایران و روم و شام نبود. تفسیرش هم این است که چون این‌ها یکدیگر را می‌کشتند و کارشان کشت و کشتار بود «کتب القتل و القتال علینا» احتیاج داشتند که مدتی از آن دست بکشند و به کارهای دیگرشان برسند لذا چهار ماه را حرام قرار دادند و ممکن بود که سه ماه را حرام قرار دهند. اما در مثل ایران قدیم که جامعه کشاورزی بود یا ایران فعلی که صنعتی است کشت و کشتار نیست لذا به ماه حرام هم نیازی ندارند. می‌گویند: ماه حرام برای یک جامعه بدوی است جامعه بدوی مثلاً به زمین تعلق ندارد چون دنبال کشت و کار نیست بیابانگرد است و به دنبال مواضع کشتار می‌گردد.^۱

بنابراین این مطلب را نه علم نجوم می‌پذیرد و نه جامعه‌شناسی، البته به عقیده من، اینجا از موارد تعارض علم و دین نیست چون خود قرآن اشاره دارد که این مطلب برای بشر حل‌شدنی نیست و تاکنون هم هیچ دانشمندی قبول نکرده است که دوازده ماه قمری یک سال شود مگر اعتباراً. تعابیر قرآن را بنگرید: اولاً قرآن تعبیر به سال نکرد بلکه خبر داد از این‌که همه این دوازده ماه باهم رابطه دارند و از همان ابتدا گفت: «عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ»، یعنی شما این مطلب را نمی‌فهمید و راه آن منحصر به وحی است، هیچ علمی نه جامعه‌شناسی و نه نجوم و نه فیزیک نمی‌تواند این مطلب را حل کند. بعد فرمود: «فِي كِتَابِ اللَّهِ»، یعنی آن نظمی که خداوند قبل از آفرینش آسمان‌ها و زمین خواسته است. آنگاه فرمود: «مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ»، غیر از آن نکات تکوینی‌اش این نکته اعتباری‌اش را بیان کرد.^۲

۱. این نکته مهم است که در زمان پیامبر اکرم (ص) تعلق مسلمانان به زمین کم بود؛ چون مکه وادی غیر ذی زرع بود و انسان‌های بدوی هم در بیابان‌ها رابطه‌ای با زمین نداشتند و اهل این حرف‌ها نبودند. در جامعه مدینه هم کشاورزی محدود بود، مدینه در حد آبادکردن خودشان بود، آری بعد از فتح خیبر هفت قلعه به دست مسلمانان افتاد اما مگر هفت قلعه هم چقدر ارزش داشت، تازه آن هم نصف نصف تقسیم می‌شد: نصفی برای یهود تا نخل‌ها را بکارند و نگهداری کنند و نصف محصولش را به مسلمانان بدهند. ارزش زمین در اسلام از وقتی پیدا شد که در زمان دومی عراق را گرفتند و دیدند از بصره تا بالای بغداد سر سبز است و اسمش را ارض سواد گذاشتند. بعد هم به تدریج شام و خوزستان (در اصطلاح فقه ما خوزستان جزو اراضی خراجیه نیست ولی عده‌ای از اهل سنت آن را جزو اراضی خراجیه می‌دانند؛ چون حکمش همان حکم عراق است. انشاء الله در بحث اراضی خراجیه تحقیقات تاریخی‌اش را عرض می‌کنیم.) و ایران و جنگل‌های مازندران را گرفتند و با دنیای جدیدی روبرو شدند، که در آن زمین به‌عنوان یک عامل اقتصادی مطرح بود. در دنیای صنعتی امروز هم، زمین یکی از ارکان مهم اقتصاد است.

۲. یکی از نکات مهم این آیه رد بر یهود است چون مشرکین از نظر علمی بسیار ضعیف بودند و ارزشی نداشتند اما یهود بر این باور بودند که ما تنظیم ماه‌ها را از پیامبران گرفته‌ایم. یهود تنها امتی بوده و هست که سال را شمسی می‌گیرند و ماه را قمری، لذا غالباً ابتدای سال قمری و ابتدای سال شمسی‌شان به هم نزدیک است. طبیعتاً سال قمری و شمسی یازده روز تفاوت دارد که برای آن حساب پیچیده‌ای دارند و در هر نوزده سال هفت سال را سیزده ماه قرار می‌دهند تا سال شمسی با ماه‌های قمری جفت‌وجور شود وگرنه به هم نمی‌خورد.

بنابراین از یک طرف آن امر کلی است و یک طرف آن تطبیق خارجی‌اش است؛ از یک طرف این‌که این سه ماه حرام مال میلیاردها سال قبل است و شما که الآن در پانزدهم ربیع الاول هستید با میلیاردها سال ارتباط دارید. باز دین روی همان، قانون هم وضع می‌کند که قتل در ماه‌های حرام سبب افزایش یک سوم دیه می‌شود یعنی بر آن اعتبار قانونی می‌کند. این‌ها چیزهای غریبی است که علمای نجوم و جامعه‌شناسی زیر بار آن نمی‌روند. از طرف دیگر بعد هم پیامبر(ص) در سال دهم ماه‌های واقعی را تعیین کردند.

یهود می‌گویند: سال قمری یک امر اعتباری است و می‌توان سال را سیزده ماه بگیریم. در اصطلاح نجوم می‌گویند: سال حقیقی، سال شمسی است و ماه (و به تعبیر بهتر برج) شمسی مثل خرداد و اسفند اعتباری است؛ یعنی شما آن را اعتبار می‌کنید، لذا ممکن است که سال شمسی را مثلاً ده یا بیست ماه قرار دهید، چنانکه مثلاً در سال شمسی شش ماه اول سال را سی و یک روز حساب می‌کنند و در سال میلادی ماه‌های سی و یک روزه در طول سال پراکنده است. از سوی دیگر ماه حقیقی، ماه قمری است و سال قمری، اعتباری است. پس در هر دو یکی حقیقی است و یکی اعتباری. اما یهود هم ماه را حقیقی گرفتند که قمری باشد و هم سال را حقیقی گرفتند که شمسی باشد لذا از آن نظام دوازده ماهی خارج شدند، و [حدود] هر سه سال، یک سال را سیزده ماه می‌گیرند و ماه‌های حرام هم ندارند لذا این آیه درحقیقت رد بر یهود هم هست با این بیان که این نظام دوازده ماهی و ماه‌های حرام چند میلیارد سال است که در این نظام بوده است. برخی منجمان نوشته‌اند که حساب یهود در مسأله نجوم - به قول خودشان قانون ابور - بسیار دقیق است لکن قرآن کریم با رد آن می‌گوید: «یوم خلق السماوات و الأرض» دوازده ماه بود که چهار تای آن هم حرام بود. پس این که سیزده ماه شود باطل است.

نکته دیگر آن است که پیامبر اکرم(ص) در سال دهم خطبه‌ای در منا خواند و چنین فرمود: «الزمان قد استدار کهیئته یوم خلق الله السماوات والأرض السنه اثنا عشر شهرا منها أربعة حرم ثلاثة متواليات ذو القعدة و ذو الحجة و المحرم و رجب مضر الذی بین جمادی و شعبان». (صحیح البخاری، ج ۴، ص ۱۵۹۹). یعنی پیامبر(ص) در حالی که در منا ایستاده بود روز آفرینش آسمان‌ها و زمین را می‌دید. در اینجا تعبیر به سنه (سال قمری) شده است. بعد فرمود: این ذی الحجه، ذی الحجه واقعی است. و این تنظیمی که پیامبر ص در ۱۴۲۷ سال و سه ماه قبل برای ذی الحجه قرار داد تا به امروز مانده و ما روی همان تنظیم نبوی هستیم یعنی مثلاً امروز - که پانزدهم ربیع الأول است - ربیع الأول واقعی است. جصاص در احکام القرآن می‌گوید: منجمی محاسبه کرده است می‌گوید: آن ماه ذی الحجه واقعی بود و این از دلایل النبوه است. (احکام القرآن، ج ۴، ص ۳۰۶).

در سال هجرت پیامبر(ص)، مشرکین ماه شعبان را ذی الحجه حساب کردند و به حج ایستادند، بعد از آن هم سه سال در ماه رمضان بود، سه سال هم شوال بود، سه سال هم در ذی قعدة بود سال دهم که پیامبر(ص) به حج تشریف بردند ماه ذی الحجه بود. پیامبر اکرم(ص) طبق ظواهر عادی در مکه هم که بود، چون تابع مشرکین نبود سعی می‌کرد ذی الحجه واقعی را حفظ کند. در روایت صحیح ما دارد که پیامبر(ص) بیست بار به تنهایی حج گزارد؛ البته ایام حج را هم با مشرکین می‌ایستاد ولی آن در ذی الحجه واقعی نبود، لذا مرحوم مجلسی و دیگران نوشته‌اند: آن بیست حج، حج واقعی بود که پیامبر(ص) به تنهایی انجام می‌داد و مشرکین انجام نمی‌دادند یعنی پیامبر اکرم(ص) در ایام مکه، ذی حجه واقعی را حفظ می‌کرد.

طرح مسأله «اخذ اجرت در واجبات» از منظر «نظام قانونی»

مسأله «اخذ اجرت بر واجبات» را می‌توان در سه مرحله بررسی کرد: «ادبیات قانونی، روح قانون و فضای قانونی». ما در بحث تاریخی پیشینه مسأله را به تفصیل بیان کردیم که این مسأله از زمان صحابه شروع شد و در کتب اهل سنت و بعدها در شیعه این عبارت بسیار به کار رفت و به تعبیر امروزی، استاندارد فقه شد که وجوب با اخذ اجرت منافات دارد، البته این بحث در بحث دوم یعنی «روح قانون» است نه در بحث «ادبیات» ولی ما می‌خواهیم آن را در بحث اول هم مطرح کنیم که آیا در ادبیاتش نیز چنین است؟ این‌ها می‌گویند: خیر، در «ادبیات قانونی» چنین چیزی نیست. بخش دوم، «روح قانونی» است؛ روح قانونی تفسیر و تحلیلی است که ما از «اعتبارات قانونی» می‌دهیم مثل این که در وجوب، مثل وجوب ادای شهادت چه مفاهیمی نهفته است؟ وجوهی که در تنافی وجوب با اخذ اجرت ذکر شده بود بیشتر روی روح قانون است و در اینجا چند نوع تحلیل شده است:

۱. عده‌ای می‌گویند مفاد وجوب فقط بعث یعنی واداشتن بر عمل است و بس. پس ادای شهادت در اختیار شماست، و شما می‌توانید در مقابل آن اجرت بگیرید و وجوب شرعی روی این عمل من تأثیرگذار نیست.
 ۲. در عبارت اصفهانی خواندیم که اضافه بر بعث، عمل از سیطره مأمور نیز خارج می‌شود پس مثل ادای شهادت دیگر در اختیارش نیست تا بر آن قرارداد ببندد و پول بگیرد. این حکم وضعی است و بنای آقایان بر این است که بعث، حکم تکلیفی است و بقیه، احکام وضعی است یعنی مشتی از احکام وضعی هم در امر نهفته است.
 ۳. رأی سوم این است که در وجوب نه تنها عمل از سیطره انسان خارج می‌شود بلکه از ملک انسان نیز خارج می‌شود و مثل ادای شهادت ملک آمر یعنی خداوند می‌شود و اگر چنین شد دیگر شما نمی‌توانید روی آن معامله کنید.
 ۴. رأی چهارم این است که مفاد وجوب ملک نیست حق است.
- و به همین ترتیب وجوهی در این جهت گفته شده است که وجوه و مناقشاتشان را خواندیم و این وجوه به تحلیل قانونی یا روح قانون یا تحلیل اعتبارات قانونی برمی‌گردد. مثلاً صاحب جواهر می‌گوید: در وجوب نهفته است که شما باید مجانی انجام دهید، آقای خویی و شیخ محمدحسین می‌گویند: اگر از دلیل وجوب مثل دلیل نماز ظهر مجانیت درآید دیگر اخذ اجرت بر آن جایز نیست و گرنه در مثل ادای شهادت اخذ اجرت جایز است.

قضاوت نهایی در معنای «وجوب» و مسأله «اخذ اجرت» با توجه به ابهام در وجود «روح قانونی» در صدر اسلام

اشکال ما این بود که شواهد ما نشان نمی‌دهد که در زمان پیامبر اکرم (ص) بلکه تا زمان امام صادق (ع)، «روح قانونی» حاکم باشد. از آن طرف شواهد متعددی اقامه کردیم که ظاهراً تشریح اسلامی بر «اعتبار قانونی» استوار است نه اعتبار «عبد و مولا»، هرچند در برخی موارد «ادبیات عبد و مولا» به کار رفته است. اگر این‌ها را کنار هم بگذاریم واضح نیست که بتوانیم بگوییم: در شریعت مقدسه یا در اعتبار قانونی، مجانیت یا ملکیت در مفهوم وجوب اخذ شده است. پس حق این است که ما تصویر روشنی از «روح قانونی» در آن زمان نداریم و از این جهت حق با شیخ محمدحسین و آقای خویی است. چون شواهد ما نشان نمی‌دهد که جامعه مکه و مدینه دو جامعه قانونی باشند.

بنابراین از آنجاکه در وجود روح قانونی ابهاماتی وجود دارد - و می‌دانید که هر جا ابهامی بود و اقل و اکثر بود یک قاعده کلی عقلایی هست که آن اقل واضح قدر متیقن را اخذ می‌کند، - در اینجا قدر متیقن «بعث» است و اگر مفاد وجوب بعث باشد اخذ اجرت فی نفسه اشکال ندارد اما اگر مفاد آن چیز دیگری مثل ملکیت باشد اخذ اجرت اشکال دارد.

تحلیل حقیقت اعتبارات

این بحث لطیفی است که وقتی قرارداد (یا عقد یا پروتکلی) بسته می‌شود آیا این قرارداد خودش یک واقعیت حقوقی و قانونی دارد کار ندارد که مالک باشد یا نباشد، یا خیر و خود قرارداد واقعیتی ندارد؟ اگر شما برای بیع یک واقعیتی قائل شدید مشکلاتی که آقایان در بیع فضولی آورده‌اند خیلی آسان حل می‌شود، اما اگر برای بیع یک واقع قانونی یا یک وجود ایقاعی انشائی قائل شدید بیع فضولی مشکل است. بهترین راه حل بیع فضولی این است که بگوییم: بیع فی نفسه یک واقعیت قانونی دارد مثلاً قیمت کتابی در بازار پنج هزار تومان است شما در مقابل دو هزار یا ده هزار تومان قرار می‌دهید، این خودش یک امری است حال اگر یک بیگانه کتاب شما را ده هزار تومان فروخت، بگوییم: این قرارداد در وعاء اعتبار پیدا شد اما چون مالک این کار را نکرد با رضای مالک عقد کامل و نافذ می‌شود یا بگوییم: بیع و قرارداد خودش واقعیتی ندارد و تا از مالک صادر نشود تحقق نمی‌یابد پس در خارج چیزی نیست یک لقلقه لسان بوده است لذا اجازه در آنجا تأثیر نمی‌گذارد.

البته علمای ما بیشتر روی مسائل «لا تبع ما لیس عندک» و روایات رفته‌اند که آن‌هم راه درستی است، آن یک راه است و این هم یک راه است. در روایت عروه بارقی حضرت می‌فرماید: «بارک الله فی صفقة یمینک»، یا در آن روایت محمد بن قیس که حضرت بیع فضولی را اجازه دادند، این‌ها نشان می‌دهد که قرارداد فی نفسه در همان وعاء اعتبار یک واقعیتی دارد. الآن بحث بیع فضولی در مثل قوانین اروپا نیز جایز است؛ چون قرارداد را یک امر ایقاعی انشائی اعتباری می‌دانند که فی نفسه قابل تحقق است ولو مالک نباشد.

یکی از عواملی که الآن در غرب متعارف است و در بازار ما هم متعارف است و «لا تبع ما لیس عندک» هم که پیامبر(ص) به حکیم بن حزام فرمود برای همان است، این است که مثلاً یک کیلو چای می‌گیرد می‌رود جلو دکانی و می‌گوید: این چای خوب است؟ می‌گوید: بله، چقدر از آن می‌خواهی؟ می‌گوید: صد کیلو، می‌گوید: صد کیلو از این چای به تو فروختم کیلویی ده هزار تومان، بعد می‌رود و از مرکز پخش چای، هشت هزار تومان برایش می‌خرد و می‌آورد. این نکته اساسی‌اش این است که این قرارداد در وعاء اعتبار ایجاد شد: صد کیلو چای کیلویی ده هزار تومان، و مهم نیست که من چای داشته باشم یا نداشته باشم. اگر آن حدیث راست باشد که پیامبر(ص) چنین فرمود، می‌خواهد بگوید: این کار را نکن، لذا عده‌ای از بزرگان ما مثل مرحوم نراقی و شیخ اسدالله تستری و همچنین عده‌ای از اهل سنت به خاطر همین روایت می‌گویند: بیع فضولی باطل است. البته اگر این نهی ثابت شود باید درباره معنا و حدود آن بحث شود که در بحث فضولی متعرض می‌شویم معنایش آن است که «لا تبع ما لیس عندک»، یعنی این بیع را من نمی‌بینم چیزی را که نداری چه می‌خواهی بفروشی؟ آن می‌گوید: ولو من صد کیلو چای نداشته باشم در وعاء اعتبار می‌توانم بفروشم. این اسمش «اعتبارات شخصی» است، اگر شبیه این را در قانون هم بیاوریم می‌شود: «اعتبارات قانونی»، آن می‌گوید: «اعتبارات قانونی» خودش یک وعائی دارد در وعاء می‌آید کاری به حرف ملک و این‌ها نیست که مالک باشد.

تطبيق بحث فضای قانونی بر شروط و عقود

مثلاً «فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»^۱ در حوزه چنین تفسیر می‌شود: شرطی که مخالف کتاب یا سنت باشد استثنا شده است. گفتیم در میان اهل سنت ذهنیتی بود که مثلاً می‌گفتند: اگر ما حدیث رفع را بپذیریم حدیث رفع می‌گوید: «رفع عن أمتي الخطأ»، پس باید بگوییم: خطا نیست، از آن طرف در قرآن دارد: «مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً»^۲ و ایندو بایکدیگر

۱. تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۷، ص: ۴۶۸

۲. نساء: ۹۲.

سازگار نیست. فکر می‌کنم در «لا ضرر» هم باهمین مشکل روبرو شده‌اند؛ چون اگر گفتید: «لا ضرر»، از آن طرف شارع می‌گوید: جهاد کن و خودت را به کشتن بده، یا می‌گوید: حج به جا بیاور.^۱ همچنین «المؤمنون عند شروطهم»، یا در نذر - مثلاً من نذر کنم که گناه انجام دهم یا در ضمن معامله‌ای شرط کنم که خریدار شراب بخورد - در ذهنشان بود که پذیرش این‌ها موجب نقض شریعت می‌شود.

بنابراین هدف اساسی این روایات تخصیص نیست بلکه بیان «فضای قانونی» است و این‌که هرگاه «نظام قانونی» وجود داشت که التزامات شخصی را پذیرفت، اعتبارات شخصی نمی‌تواند تا مرز قانون برسد. دست شما را باز گذاشته‌اند که شرط کنید و عقد ببندید ولی نمی‌توانید بر چیزی شرط کنید که قانون جلو آن را گرفته است. وقتی گفت: «المؤمنون عند شروطهم» از کلمه «عند»، هم وجوب وفا را درآورده‌اند و هم مثلاً خیار تخلف شرط را. «عند شروطهم» را باید در فضای قانونی معنا کنید؛ شروط، نذر، صلح، اعتبارات شخصی هستند.^۲ بنابراین «فإن المسلمین عند شروطهم إلا شرطاً حراماً أو أحلاً حراماً»^۳ و «أن الصلح جائز بین المسلمین إلا صلحاً حراماً حلالاً، أو أحلاً حراماً...»^۴ می‌گوید: اعتبارات شخصی محدود به دایره قانون است با اعتبار شخصی نمی‌شود قانون را برداشت هیچ قانونی چنین اجازه‌ای نمی‌دهد نه اینکه تخصیص خورده باشد.

حدیث الطلاق بید من أخذ بالساق

حدیث معروف «الطلاق بید من أخذ بالساق»، که از رسول الله (ص) نقل شده است هم تخصیص نیست. در روایت می‌گوید: مولا حق دارد برای غلامش زن بگیرد ولی حق طلاق او را ندارد.

«جاء رجلٌ إلى النبيِّ ص يسئكو أن مولاة زوجته وهو يريد أن يفرق بينه وبين امرأته فحمد الله تعالى وأثنى عليه ثم قال: ما بال أقوام يزوجون عبيدهم إماءهم ثم يريدون أن يفرقوا بينهم ألا إنما يملك الطلاق من أخذ بالساق»^۵

نکته‌اش این است که مالک عبد طبق مالکیت برایش زن می‌گیرد ولی وقتی که زن گرفت - مخصوصاً اگر زن حره باشد چون گاهی حره هم زن عبد می‌شد - این بعد از ازدواج علقه و رابطه‌ای با آن زن پیدا کرد، آنچه با ارتکازات عقلایی و قانونی مناسب‌تر است این است که حد ملکیت شما در عبد است اما زندگی‌ای را که برایش درست کرده‌ای از هم پاشی و آن زن را آواره کنی، این دیگر جزو اقتضائات ملکیت عبد نیست. در ذهنیت ما از مثل این روایت اینطور آمده است که مولا مالک عبد است مگر در طلاق، و این تخصیص خورده است اما تصویر بنده این است که این هرچند تعبیرش، تعبیر تخصیص است ولی

۱. می‌دانیم که حج در زمان قدیم ضروری بود؛ ضروری از این بیشتر که ده سال به حج برود و برگردد؟! برای مثال از مدینه تا مکه فقط ده روز مسافت بود، آقای بجنوردی می‌گفت: از شهر بجنورد ما تا مکه ۱۴ ماه رفت و برگشت طول می‌کشید. قصه‌ای هست که کسی در مکه به کسی گفت: اهل کجا هستی گفت: من اهل بصره هستم آن دیگری گفت شما همسایه مکه هستید من از خطا راه افتادم و پنج سال در راه بوده‌ام تا دیشب به مکه رسیدم. طبیعی است که این شخص پنج سال دیگر هم باید برمی‌گشته است! علاوه بر بعد سفر، حرکت در بیابان و کوه و دزد و حیوانات و رهاکردن زن و بچه سراسر مشکل بود.

۲. البته عده‌ای می‌گویند: شرط شامل عقد هم می‌شود حتی مثل نذر را هم می‌گیرد، لکن طبق ظواهر عرفی، شرط آن است که در ضمن عقد باشد پس اگر به بعضی احکام هم شرط گفته شده است و یا در بعضی روایات به خود حکم، شرط گفته شده است به‌عنوان شرط الله، این‌ها یک نوع مجاز هستند و تعبیر قانونی حساب نمی‌شود.

۳. تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۷، ص: ۴۶۸

۴. کافی (ط - دار الحدیث)، ج ۱۴، ص: ۶۵۳

۵. عبارت «فحمد الله و أثنى عليه» نشان می‌دهد که پیامبر ص این مطلب را در منبر عمومی گفته است.

۶. سنن الدارقطنی، ج ۹، ص ۳۰۷.

درحقیقت لسان، لسان تخصیص نیست بلکه پیامبر اکرم (ص) می‌خواهند «فضای قانونی» را روشن سازند لذا نمی‌گوید: المولی يفعل بعبده ما یشاء إلا الطلاق، می‌گوید: چرا شما این کار را می‌کنید، وقتی تشکیل خانواده داد شما دیگر دخالت نکنید، حد «عبداً مملوکاً» در خود عبد است اما در اینجا شما می‌خواهید زنش را از او جدا کنید و این نمی‌شود.

مسأله نذر احرام قبل از مواقیت

بحث معروفی است که پیامبر اکرم (ص) مواقیت را قرار داد. حضرت ابراهیم (ع) حدود حرم را قرار داد، پیامبر (ص) آن را توسعه داد و مواقیت را هم قرار داد و در سال دهم - که حجة الوداع بود - قطعاً پیامبر (ص) از میقات احرام بست؛ چون پیامبر (ص) در روز دهم - که روز جمعه‌ای بود - از مدینه به راه افتاد و روز شنبه از شجره احرام بست و این تصرفی بود که پیامبر (ص) کرد به‌ویژه که فرمود: «خذوا عنی مناسککم»^۱، و با این عبارت اعلام کرد که من در حج تغییراتی داده‌ام و یکی از آن‌ها همین است که از مسجد شجره یا ذوالحلیفه احرام بست. بعدها از زمان صحابه این بحث مطرح شد که احرام قبل المیقات جایز است یا خیر؟^۲

۱. نهج الحق و کشف الصدق، ص: ۴۷۴

۲. از عمر نقل شده است که پس از فتح بیت المقدس از فلسطین احرام عمره بست. حال از خوف عمر بوده یا چیز دیگری در کار بوده، مخالفتی از صحابه با آن نقل نشده است اما آنچه بحث‌انگیز شد در زمان عثمان بود؛ عثمان پسرخاله‌ای داشت به نام «عبد الله بن عامر بن کریز» که نذر کرده بود اگر خداوند به من توفیق فتح خراسان را بدهد از خراسان احرام ببندم. لذا بعد از فتح خراسان از نیشابور احرام بست و روانه مکه شد. البته نمی‌دانم عبد الله چه مدت در راه بود اما در تذکره الأولیاء در احوال بعضی از عرفا دارد که از خراسان احرام بست شش ماه در راه بود! طبعاً خبر آن پخش شد که این همه راه را محرم بوده است. عثمان او را دید و از او پرسید: چرا این کار را کردی؟ گفت: شکرأ لله، گفت: بی‌خود این کار را کردی. آن زمان این مسأله مطرح شد که آیا احرام قبل المیقات درست است یا نه، عثمان معتقد بود که درست نیست و عده‌ای آن طرف را گرفتند که درست است.

لذا این مسأله مطرح شد و در شیعه هم یک نوع اختلاف فکری وجود داشت و در کوفه از امیرالمؤمنین (ع) نقل کردند که بهتر است از خانه خودتان احرام ببندید و از مسجد کوفه که به طرف نجف درمی‌آییم، منطقه‌ای است که عشیره عزم در آنجا ساکن بوده‌اند (و عبد الرحمن عزمی هم که از روایت ماست از این عشیره است) شواهدی داریم که سنی‌های کوفه و شاید تا مدتی شیعیان از آن منطقه احرام می‌بستند و اصلاً آن محل در کوفه به محل احرام معروف بوده است حتی یک روایت چنین دارد:

«مُوسَى بْنُ الْقَاسِمِ عَنْ حَنَّانِ بْنِ سَدِيرٍ قَالَ كُنْتُ أَنَا وَ أَبِي وَ أَبُو حَمْرَةَ الثَّمَالِيَّ وَ عَبْدُ الرَّحِيمِ الْقَصِيرُ وَ زِيَادُ الْأَحْلَامِ فَدَخَلْنَا عَلَى أَبِي جَعْفَرٍ فَرَأَى زِيَاداً قَدْ تَسَلَّخَ جَسَدَهُ فَقَالَ لَهُ مِنْ أَيْنَ أَحْرَمْتَ قَالَ مِنَ الْكُوفَةِ قَالَ وَ لِمَ أَحْرَمْتَ مِنَ الْكُوفَةِ فَقَالَ بَلَّغَنِي عَنْ بَعْضِكُمْ أَنَّهُ قَالَ مَا بَعْدَ مِنَ الْإِحْرَامِ فَهُوَ أَكْبَرُ لِلْأَجْرِ فَقَالَ مَا بَلَّغَكَ هَذَا إِلَّا كَذَابٌ ثُمَّ قَالَ لِأَبِي حَمْرَةَ مِنْ أَيْنَ أَحْرَمْتَ قَالَ مِنَ الرَّبَذَةِ...» تهذیب الأحكام، ج ۵، ص ۵۲، باب المواقیت، ح ۴.

این که حتی ابوحمزه از قبل از میقات احرام بسته نشان می‌دهد که این رأی در کوفه مدتی بوده است و شیعه هم مدتی احرام می‌بسته‌اند و به جهت مخالفت با عثمان بحث کمی صبغه کلامی هم به خودش گرفته است.

مرحوم آقای امینی در جلد هفتم الغدیر که مقداری به عثمان می‌پردازد و آموزش را می‌نویسد از جمله متعرض این بحث شده است که رأی عثمان این بوده است که احرام باید از مواقیت باشد، بعد می‌گوید: این رأی عثمان بیهوده است و صحیحش آن است که احرام قبل از مواقیت جایز است. یک قیاس هم کرده است که هرچه احرام از راه دورتر باشد فضیلتش بیشتر است. ایشان توجه نکرده است که این خلاف فضای روایات ماست. گاهی که انسان در فضای کلامی می‌رود و از فضای فقهی دور می‌شود چنین اتفاقاتی می‌افتد. موافقت با عثمان در این مسأله که اشکال ندارد. متأسفانه در چاپ جدید الغدیر هم این مطلب اصلاح نشده است.

از زمان امام باقر ع و به‌ویژه از زمان امام صادق ع اصرار بر این بود که الإحرام لیس إلا من المواقیت التي وقتها رسول الله ص، یعنی همان رأی منسوب به عثمان درست بود. مثلاً صاحب وسائل در باب ۹ از مواقیت شش حدیث و در باب ۱۱ هفت حدیث آورده است و ما با اسانید صحیحه از حضرت صادق ع داریم که: لا یجوز الإحرام إلا من المواقیت، برای مثال در روایت ابن اذینه می‌گوید: «وَ مَنْ أَحْرَمَ دُونَ الْوَقْتِ فَلَا إِحْرَامَ لَهُ» وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۳۲۰، باب ۹، ح ۳. و در روایت دیگر دارد: «وَ لَا یَجُوزُ الْإِحْرَامُ دُونَ الْمِیْقَاتِ» وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۳۲۰، باب ۹، ح ۴. و در روایت صحیحه اینطور دارد: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى بَدَنَهُ قَبْلَ أَنْ يَبْتَهِيَ إِلَى الْوَقْتِ الَّذِي يُحْرِمُ فِيهِ فَأَشْعَرَهَا وَ قَلَّدَهَا أَوْ يَجِبُ عَلَيْهِ حِينَ فَعَلَ ذَلِكَ مَا يَجِبُ عَلَى الْمُحْرِمِ قَالَ لَا وَ لَكِنْ إِذَا انْتَهَى إِلَى الْوَقْتِ فَلْيُحْرِمْ ثُمَّ لْيُشْعِرْهَا وَ لْيَقَلِّدْهَا فَإِنَّ تَقْلِيدَهُ الْأَوَّلَ لَيْسَ بِشَيْءٍ.» وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۳۱۹، باب ۹، ح ۱. فأشعرها

ما روایت داریم که اگر نذر کرد ولو قبل المیقات می‌تواند احرام ببندد که فقها هم به آن فتوا داده‌اند، لکن این روایت را منحصرأً شیخ طوسی آورده و قبل از ایشان شیخ کلینی و شیخ صدوق آن را نیاورده‌اند. البته این روایت در قرن سوم در مصادر قابل اعتنایی همچون کتاب حسین بن سعید، نوادر الحکمه و کتاب صفار هم بوده است اما در ابتدای قرن چهارم، کلینی و در انتهای آن، شیخ صدوق و حتی مرحوم شیخ مفید هم در اوایل قرن پنجم آن را حذف کرده است اما شیخ طوسی در اوایل قرن پنجم آن‌ها را آورده است و پس از آن زمان تا به امروز بجز یکی دو نفر، بنای اصحاب ما بر این بوده است که احرام قبل المیقات با نذر اشکال ندارد. اگر وضع تاریخی این مسأله روشن شود پی می‌برید که - در روایت شماره ۳ از باب ۱۳- از همان مسأله‌ای سؤال شده است که در زمان عثمان واقع شد و محل بحث قرار گرفت روایت چنین است:

«وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّقَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ لَوْ أَنَّ عَبْدًا أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ نِعْمَةً أَوْ ابْتَلَاهُ بِبَيْلَةٍ فَعَافَاهُ مِنْ تِلْكَ الْبَيْلَةِ فَجَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ يُحْرِمَ بِخُرَّاسَانَ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُتِمَّ»^۱

عجیب است که به خراسان هم مثال زده که همان بحث زمان عثمان است.

در روایت دیگر دارد:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّقَّارُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ لَوْ أَنَّ عَبْدًا أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ نِعْمَةً أَوْ ابْتَلَاهُ بِبَيْلَةٍ فَعَافَاهُ مِنْ تِلْكَ الْبَيْلَةِ فَجَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ يُحْرِمَ بِخُرَّاسَانَ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُتِمَّ.^۲

«آن یحرم من الکوفه»، که آن، فرض سؤال است. «کان علیه أن یتم» یعنی باید این کار را انجام دهد. آنگاه اصحاب ما مثل کلینی و صدوق، یعنی دو خط معروف قم و شیخ مفید یعنی بغداد این روایت را کلاً حذف کرده‌اند. اینجا هم سه روایت است که شاید سه تا نباشد در اصل یکی باشد.

اما شیخ چرا این کار را کرده است؟ چون گفته است: روایت معتبر است و در مصادر معتبر آمده است قبول می‌کنیم مشکل خاصی ندارد نسبتش هم با آن روایات فراوان که می‌گوید: احرام باید فقط از مواقیت معین شده توسط رسول الله ص باشد، عموم و خصوص مطلق است، لذا تخصیص می‌زینم که جمع مقبولی است. پس اگر نذر کرد وفاءً للنذر قبل از میقات احرام ببندد. از قرن پنجم که شیخ این روایات را آورده و به آن‌ها فتوا داده بنای اصحاب «من حیث لا یشعر» به قبول روایت است. درحالی که اگر دقت شود پی می‌بریم که اولاً نسبت میان این روایت و آن روایات نسبت تخصیص نیست، بلکه نسبت تباین است؛ چون عثمان معتقد بود که احرام باید از میقات باشد و پسرخاله‌اش می‌گفت: احرام قبل از میقات هم می‌شود، بحث بر سر این بود حال که احرام قبل از میقات جایز شد این نذر واجب‌الوفاء است یا خیر؟ لذا در یک روایت می‌گوید:

«كَتَبْتُ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ جَعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ يُحْرِمَ مِنَ الْكُوفَةِ قَالَ يُحْرِمُ مِنَ الْكُوفَةِ»^۳

فرض را بر این می‌گذارد که احرام از کوفه جایز است، و سؤال می‌کند که آیا با نذر واجب می‌شود یا نه، و امام جواب می‌دهد که واجب می‌شود، یا در روایت دیگر سؤال می‌کند: «لَوْ أَنَّ عَبْدًا أَنْعَمَ اللَّهُ... فَجَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ يُحْرِمَ بِخُرَّاسَانَ». یعنی با آن زمینه

یعنی با خون علامت گذاشت. قلدها یعنی چیزی به گردنش آویخت. «إِذَا أَنْتَهَى إِلَى الْوَقْتِ فَلْيُحْرِمْ ثُمَّ لِيُشْعِرْهَا وَ لِيُقَلِّدْهَا فَإِنَّ تَقْلِيدَهُ الْأَوَّلَ لَيْسَ بِشَيْءٍ» یعنی احرام منعقد نمی‌شود. البته این نشان می‌دهد که باز هم عده‌ای از اصحاب ما این مسأله را نمی‌دانسته‌اند.

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۳۲۷.

۲. تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۵، ص: ۵۴

۳. تهذیب الأحکام، ج ۵، ص ۵۳، باب المواقیت، ح ۹.

خارجی، این مفروغ عنه بوده که احرام قبل المیقات جایز است حال سؤال از فروغش بوده که با نذر واجب می‌شود یا نه، می‌گوید: «علیه آن یتم». سه روایت بوده است که شیخ این‌ها را قبول کرده و در نتیجه روایات میقات تخصیص زده است. ما معتقدیم اصحاب ما روایات نذر را طرح کرده‌اند؛ چون شیعه مدتی به آن عمل می‌کرده‌اند ابتدائاً امام باقر(ع) و بعد امام صادق(ع) به صراحت در برابر آن ایستادند خصوصاً در کوفه که این قول را به امیرالمؤمنین(ع) نسبت داده‌اند این از جاهایی است که ائمه تند شده‌اند که این کذب است، چنین لغات صریحی داریم ولی زیاد نیست که می‌گوید: کذبوا علی علی(ع)، لذا ما بحث نذر را قبول نکردیم روایتش مشکل دارد اما یک استثنا داریم که این استثنا است: «إلا أن يخاف فوت الشهر في العمرة». البته همین روایت را هم بعضی از فقهای ما نیاورده‌اند.

سرّ اعراض اصحاب ما مثل کلینی و دیگران از این روایات آن است که نسبت آن روایات با روایات دیگر تباین است نه عموم و خصوص مطلق. شیخ روایتی را آورده است که اشکالات سندی دارد و نکات دیگر هم دارد که وارد نمی‌شوم ولی با تمام این حرف‌ها آقایان هم به تقلید از شیخ آن را آورده‌اند. در حالی که از آن طرف مثلاً در باب ۱۲ (ح ۱) روایت صحیحه معاویه بن عمار^۱ می‌گوید:

«سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ «لَيْسَ يَنْبَغِي أَنْ يُحْرَمَ دُونَ الْوَقْتِ الَّذِي وَقَّتَهُ رَسُولُ اللَّهِ ص إِلَّا أَنْ يُخَافَ فَوْتَ الشَّهْرِ فِي الْعُمْرَةِ»^۲ و در مقام استثنا، نذر را استثنا نکرده است. «لیس ینبغی» اشاره به این نکته است که این سنت رسول الله(ص) است. مراد از شهر در «فوت الشهر» هم همان ماه رجب است. بسیار روشن است که این استثنا است، اما استثنای نذر نداریم. روایت نذر، سؤال است می‌گوید: نذر کرده است که از کوفه یا از خراسان محرم، امام می‌گوید: علیه آن یتم، اشکال علمای ما - که این روایت را پذیرفته‌اند - این بوده است که این روایت جنبه‌های تقیه دارد؛ چون عده‌ای از اهل سنت به عثمان اشکال می‌کردند لسانش همان لسان است و عملاً هم عده‌ای از اصحاب ما این کار را می‌کردند و ما شواهدی اقامه کردیم که شاید فتوای بعضی از قدمای فقهای شیعه هم این بوده است که احرام قبل المیقات جایز است.

روایت دومی هم از اسحاق بن عمار داریم که آن هم سندش صحیح است، محل کلام من این است می‌گوید:

«عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا إِبْرَاهِيمَ عَ عَنِ الرَّجُلِ يَجِيءُ مُعْتَمِرًا يَنْوِي عُمْرَةً رَجَبٍ فَيَدْخُلُ عَلَيْهِ الْهَلَالُ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ الْعَقِيقَ فَيُحْرِمُ قَبْلَ الْوَقْتِ وَ يَجْعَلُهَا لِرَجَبٍ أَمْ يُؤَخِّرُ الْإِحْرَامَ إِلَى الْعَقِيقِ وَ يَجْعَلُهَا لَشُعْبَانَ قَالَ يُحْرِمُ قَبْلَ الْوَقْتِ لِرَجَبٍ فَإِنْ لِرَجَبٍ فَضْلًا وَ هُوَ الَّذِي نَوَى»^۳

مراد از «أبا ابراهیم»، حضرت موسی بن جعفر ع و مراد از «هلال» هم هلال شعبان است مراد از «وقت» در قبل الوقت هم میقات است نه زمان. از عبارت «قبل أن يبلغ العقیق»: معلوم می‌شود که آن شخص از کوفه آمده است؛ چون عقیق، میقات اهل عراق بوده است. «و يجعلها لرجب، أم يؤخر الإحرام إلى العقیق و يجعلها لشعبان»، مثلاً یک روز دیگر مانده است ماه رجب تمام شود ولی هنوز به میقات نرسیده است از همانجا احرام ببندد، این به عنوان رجب حساب می‌شود یا تا میقات بیاید مثلاً اگر تا میقات بیاید دوم شعبان می‌شود. حضرت می‌فرماید: قبل از میقات به عنوان ماه رجب احرام ببندد.

مطلب مهم این است که بعد فرمود: «فإن لرجب فضلاً و هو الذی نوى». عمده این استظهار امام(ع) است که می‌گوید: فإن لرجب فضلاً، به حسب ظاهر خیلی عجیب است شاید اصحاب ما متعارفشان نیست اینجور استدلال را قبول کنند.

۱. این روایت از کتاب معاویه بن عمار است که از نوادر کتب ما و بسیار ارزشمند است. چون معاویه بن عمار مناسک حج را از امام صادق(ع) شنیده و ضبط کرده است و در زمان خودش کتاب بسیار معتبری بوده است. این روایت از نسخه خوب کتاب معاویه بن عمار است.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۳۲۵-۳۲۶

۳. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۳۲۶

درحقیقت نکته این است که ما دو مطلب داریم: ۱. احرام قبل از میقات درست نیست، این یک سنت پیامبر(ص) است. ۲. عمره رجبیه خیلی فضل دارد. طبق قواعد اصولی که الآن داریم شما نسبتی میان این دو دلیل نمی‌بینید نه تخصیص و نه تخصص و نه حکومت. امام از این راه وارد شده است که چون ماه رجب خیلی فضیلت دارد این آن سنت را تخصیص می‌زند. امام می‌خواهد بفرماید: این که پیامبر(ص) این همه روی فضیلت ماه رجب تأکید کرده‌اند این سبب می‌شود شما از اطلاق قبل از میقات احرام نبند، دست بردارید و در اینجا تا در ماه رجب هستی قبل از میقات احرام ببند چون تا میقات برسی ماه شعبان می‌شود.

چون در اینجا نکته‌ای است که البته آن نکته ارتکازی مسلمانان بوده است و فقها هم قبول دارند که اولین اعمال حج یا عمره، احرام است نه طواف، پس اگر شما در آخر ماه رجب قبل المیقات هستید همان زمان احرامتان را ببندید؛ چون تا احرام بستید وارد عمره می‌شوید ولو دو روز دیر تا میقات مانده است.

از زمان شیخ طوسی تاکنون - که قرن پانزدهم است - دو مورد را استثنا کرده‌اند: یکی عمره رجبیه^۱ که قبل از رجب می‌شود احرام بست. دو: نذر را هم استثنا کنیم. این دومی تفکر شیخ طوسی است که قبل از شیخ طوسی نبوده است، البته در کتاب‌ها آمده است؛ کتاب‌های معروفی هم هست مثل محمدبن احمد و صفار و حسین بن سعید، در قرن سوم آمده است در قرن چهارم برداشته شده است باز در قرن پنجم آمده است تا قرن پانزدهم، الآن هم تا جایی که من در مشاهیر نگاه کردم و برای من نقل کرده‌اند قائل‌اند که با نذر می‌شود قبل از میقات احرام بست. دلیل نذر، لسانش تخصیص نیست اما دلیل عمره رجبیه لسان یک دلیلش تخصیص است و لسان یک دلیلش تخصیص نیست «فإن لرجب فضلا و هو الذی نوی»، یعنی الآن که در ماه رجب احرام بست عمره رجبیه حساب می‌شود ولو وقتی که به میقات برسد ماه شعبان است.

آنگاه این را از نظر فنی چطور تحلیل کنیم و این دو دلیل چه ارتباطی باهم دارند؛ احرام قبل از میقات باطل است و عمره رجبیه خیلی فضیلت دارد؟^۲ البته این نحوه استدلال در جاهای دیگر بین اهل سنت هست لذا من احساس می‌کنم علمای ما این نحوه استدلال را یک تعبیر فقهایی گرفته‌اند مثلاً گفته‌اند: امام موسی بن جعفر(ع) حسب ذوق فقهایی جواب داده‌اند لکن اگر ما این را حسب ذوق نگیریم، انسجامش به این است که امام با روایتی که در فضیلت ماه رجب است یک سنت رسول الله(ص) را تخصیص می‌زند که به حسب ظاهر هم باهم رابطه‌ای ندارند. ایشان می‌خواهد بفرماید: چون ماه رجب بسیار فضیلت دارد تأکید دارد این فضای قانونی اقتضا می‌کند آن سنت رسول الله(ص) را تقیید بزنیم. این تقیید هم در شیعه است و سنی‌ها آن را ندارند؛ سنی‌ها یا گفته‌اند: احرام قبل المیقات جایز است یا جایز نیست. ممکن است بگویند: شما از کجا از سنت پیامبر(ص) در عمره رجبیه را درآوردید، این تعبیر در سنت پیامبر ص نیست؟ این یک نوع اجتهاد است آن دلیل که تأکید می‌کند در عمره رجبیه، خود آن دلیل سنت را تقیید می‌زند. این خودش یک فضای قانونی است که غیر از تخصیص یا حکومت است که اگر پیامبر(ص) آنقدر بر عمره رجب تأکید کرده است و این شخص هم که آمده است راه افتاده است به میقات نرسیده است این قاعدتا باید بگوییم: برای این آن سنت پیامبر(ص) مشکل ندارد پس می‌تواند قبل از میقات احرام ببندد.

قصر صلات در سفر صید به دلیل «الکاد علی عیاله...»

مثال دیگری را برای روشن‌تر شدن «فضای قانونی» می‌زنیم: بین اصحاب ما محل کلام است که در سفر برای صید، نماز تمام و روزه درست است یا خیر؟ در کتاب «فقه الرضا» بحثی را در اقسام صید مطرح کرده است و در آنجا می‌گوید:

۱. البته بعضی از فقهای ما هم به صورت مطلق گفته‌اند: به هیچ وجه احرام قبل المیقات نمی‌شود.

۲. عمره رجبیه از زمان جاهلیت هم بود و به همین خاطر هم رجب را ماه حرام قرار دادند.

«و صاحب الصيد إذا كان صيده بطرا فعليه التمام في الصلاة و الصوم و إن كان صيده للتجارة فعليه التمام في الصلاة و الصوم و روى أن عليه الإفطار في الصوم و إذا كان صيده مما يعود على عياله فعليه التقصير في الصلاة و الصوم لقول النبي ص الكاد على عياله كالمجاهد في سبيل الله»^۱

این سؤال پیش می‌آید که حدیث «الكاد على عياله» چه ربطی به صید در سفر دارد؟ الآن فقهای ما ربطی بین این دو نمی‌فهمند و بر این مطلب اشکال می‌کنند، کنجای این حدیث خوابیده است که اگر صید شما به‌عنوان کمک به عیال بود نمازت را قصر بخوان؟ نهایتش اگر بخواهیم جمع کنیم از «الكاد على عياله» درآوریم که صید برای عیال جایز است، اما از آن در نمی‌آید که حکم نماز مسافر عوض شود. اگر بحث حلیت است که تجارت هم حلال بود، محل بحث در این عبارت جایی نیست که تجارت شغلش باشد چون شغل را قبلاً در مکاری و راعی و غیره گفته است.

این را اگر بخواهیم طبق «فضای قانونی» معنا کنیم باید بگوییم: اگر مسجدی است که نیاز به تعمیر دارد و من به نیت تأمین هزینه تعمیر آن به صید می‌روم، در آنجا هم بگوییم: نماز شکسته است به دلیل «إنما يعمر مساجد الله من آمن بالله»، یا اگر برای قضای حاجت برادر مؤمنی صید کرد نمازش قصر است به دلیل: «من قضى لأخيه حاجة قضى الله له سبعون حاجة»، به اضافه این که در روایت می‌فرماید: «إن الله تفضل على هذه الأمة بالتقصير». بنابراین اگر ما این را با «فضای قانونی» معنا کردیم دیگر اختصاص به صید برای عیال پیدا نمی‌کند.

عدم مفهوم جمله شرطیه در نظام «عبد و مولا»، برخلاف «نظام قانونی»

به لحاظ «ادبیات اعتبار»، اگر ما باشیم و مقتضای قاعده، در نظام «عبد و مولا» جمله شرطیه مفهوم ندارد؛ مثلاً اگر به او گفت: اگر روز جمعه شد نان بخر، مفهومش این نیست که روز جمعه علت انحصاری برای خرید نان است لذا ممکن است فردا مهمان بیاید و باز بگوید: نان بخر، ممکن است چیزی به آن اضافه کند؛ چون در روابط «عبد و مولا» یا پدر با پسر «کل» را در نظر نمی‌گیرد. به قول آقایان در باب مفهوم باید علت انحصاری باشد قطعاً در کلام پدر با پسر انحصاری نیست، امروز چیزی می‌گوید و فردا چیز دیگر می‌گوید. ولی در قوانین اگر مثلاً در قانون آمد که: «إن جائكم فاسق بنياً فتبينوا»، اگر مفهوم شرط باشد یعنی اگر عادل خبری آورد بپذیرید. اگر به فرض مفهوم آیه این باشد و نگفت که خبر عادل را با قرینه دیگر بپذیرید، ظاهرش انحصار است. این ظاهر به خاطر مجموعه شریعت است در «نظام قانونی» انحصار می‌فهمند؛ چون قانون که بسته می‌شود، هماهنگی دارد. پس اگر پیامبر(ص) و ائمه(ع) نفرمودند خبر عادل، علت تامه برای قبول است، حال به فرض در روایات ما آمده است که خبر مطابق با قرآن را بپذیرید، پس به حسب ظاهر این شرط مطابقت با قرآن با قبول خبر عادل نمی‌سازد، لذا مشهور اهل سنت می‌گویند: آیه مبارکه آمد و قید دیگری هم نیامد. (چون روایت مطابقت یا مخالفت با قرآن در اهل سنت سه چهار سند دارند که در همه آنها مناقشه می‌کنند.) پس اگر عادل خبر داد قبول می‌کنیم و گرنه قبول نمی‌کنیم. اما در شیعه می‌گویند: آیه مبارکه خبر عادل را گفت، از آن طرف روایت گفت: «خذ بما اشتهر بين اصحابك»، غیر از عدالت، شهرت، یا موافقت با کتاب الله را شرط می‌کند، پس شما چند قید اضافه می‌کنید اما اگر این پنج شش قید بود و تمام شد دیگر چیزی به آن اضافه نمی‌کنید و به همان مقداری که در نص آمده است. (اهل سنت هم این نصوص ما را اضافه نکرده‌اند؛ چون در نص، عادل است، البته بعدها دو قید را اضافه کردند: مشهور باشد و شاذ نباشد و معلول هم نباشد) و گرنه اگر ما باشیم و ظاهر آیه مبارکه، ظاهرش انحصار است.

۱. فقه‌الرضا(ع)، ص ۲۰۸؛ جامع‌الأحادیث، جلد ۱۱، ص ۵۱۵.

«نظام قانونی ولایتی» در اسلام

برخی می‌گویند: اگر «روح قانونی» را قبول کردیم دیگر «ولایت» را نباید قبول کنیم چون قانون انعکاس اراده مردم است. با مراجعه به مجموع آیات قطعی است که فضا، فضای قانونی است و روح قانونی حاکم است، لکن ولایت هم قبول شده است و اصولاً مسأله «ولایت» در اینجا غیر از آن است که در مسائل قانونی جدید حاکم است. بعضی بحث «ولایت» را به سلطه و سیطره، حق طاعت یا مالک یا اولی به تصرف معنا کرده‌اند اما آن که ما از کلمه «ولایت» درمی‌آوریم این است که ولایت نه ملکیت است که در نظام عبد و مولا است و نه حق و نه سلطه.

مفهوم شناسی «ولایت»

ابتدا تحلیل لغوی‌اش را بیان کنیم در کلمه «ولایت» اولاً این خوابیده است که دو موجود یا دو وجود، بالاستقلال هستند که این برای خودش ضوابطی دارد و آن هم برای خودش ضوابطی، آنگاه ظرافت نکته این است آن موجود نسبت به موجود دیگر به خاطر وجود برخی خلل‌ها و خلأهایی که آن موجود دارد تدبیر می‌کند تا آن خلأها پر شود، مالک هم نیست سلطه هم نیست. کره زمین و کره ماه را فرض کنید که دو کره مستقل‌اند اما این قانون جاذبه کاری می‌کند که کره ماه در یک مدار معینی نسبت به زمین حرکت کند البته این قانون جاذبه یک قانون تکوینی است و خواه‌ناخواه سیطره دارد اما در ولایت چنین نیست؛ تصویر ولایت این است مثلاً در مثال سفیه نسبت به ولی‌اش، سفیه برای خودش احکامی دارد ولی بر او نظارت دارد؛ مجرد نظارت هم نیست، مجرد سلطه هم نیست، مالک هم نیست، اگر بخواهیم تعبیر بهتری کنیم باید «خلأهای وجودی او را پر کند».

نکته دوم همچنانکه در کتاب راغب اصفهانی آمده است؛ «ولی الشیء ما کان بعده بلافصل اجنبی بینهما»، در مسأله ولایت عوارض را نگاه نمی‌کنند و بدون نظر عوارض حساب را می‌کنند. یعنی شما یک وقتی در فرد با نظر عوارض حساب می‌کنید گاهی در فرد بدون نظر عوارض حساب می‌کنید، مثلاً وقتی شما برای سفیه ولی قرار می‌دهید (منشأ ولایتش هم پدری است اگر نباشد حاکم است یا ..، به منشأ ولایتش هم کار ندارد). خلأها و خلل‌ها و فراغ‌ها و کمبودها و به تعبیری حفره‌هایی که در سفیه وجود دارد توسط ولی پر می‌شود لکن بدون در نظر گرفتن خصلتی، مثلاً اگر این سفیه رئیس اداره‌ای شده است آن ولی با منصب ریاست او را حساب نمی‌کند بلکه ذات او را حساب می‌کند، به عبارت دیگر در اینجا ولی خاضع به قوانین اداره نمی‌شود بلکه این اداره است که باید خاضع به ولایت شود چون این باید مباشرة بعد از خود مولی علیه باشد بلافصل اجنبی بینهما، چیزی مثل اداره را فاصل فرض نمی‌کند، بگوییم: شما که ولی سفیه هستید طبق نظام اداره باید اعمال ولایت کنید خیر، به عکس است نظام اداره باید طبق این ولایت درست شود چون سفیه نقص و کمبود دارد، در تصرف خودش حفره‌هایی دارد این حفره‌ها نه این‌که ابتدائاً توسط اداره پر شود بعد ولی را نگاه کنند.

این سیطره نیست، مثل این نظارت استصوابی است که الآن مطرح است، بحث نظارت صرف هم نیست یک نوع نظارت همراه با پرکردن کمبودها به نحوی است که صلاحیتش مطلق باشد «و لا تقربوا مال الیتیم إلا بالتی هی أحسن» همین است. پس اگر در این نکته دقت کنیم فرقی با «قانون» مشخص می‌شود.

جایگاه «ولایت»، در نظام قانونی

نظام «عبد و مولا» در زمان رسول الله (ص) حاکم بوده است لکن از مجموعه شواهد آیات و روایات نظام قانونی درمی‌آید که معنایافتن «خاتمیت» بدین معنا که این شریعت مقدسه برای همه افراد بشر از همه لغات و نژادها و در همه جا و در همه زمان‌ها تا روز قیامت ادامه پیدا کند باهمان «نظام قانونی منسجم» تناسب دارد. البته در «نظام قانونی»، «ولایت» جایگاهی ندارد و جایگاه

اصلی برای نظر و اراده مردم است، درحالی که در شریعت مقدسه، مسأله «ولایت» مطرح است و آیات متعددی مثل «إنما ولیکم الله ورسوله و الذین آمنوا...»، «النبی اولى بالمؤمنین من أنفسهم» بر آن دلالت می کند که وارد بحث آن نمی شویم.

«ولایت»، طریق ارتباط انسان با خداوند

«ولایت» اساساً برای پرکردن کمبودها و خلأهاست. «ولایت»، مالکیت نیست؛ ولی مجنون، مالک او نیست. در «ولایت»، دو چیز مستقل از هم فرض می شوند که یکی از آن ها نقص دارد و دیگری آن نقص را جبران می کند. «ولایت»، سیطره هم نیست، نظارت و نگاه کردن [محض] هم نیست، بلکه یک نوع نظارت و کنترل همراه با اداره و رشد دادن و هدایت کردن است. در این «ولایت» به ذات شخص نگاه می شود نه شخص با خصوصیات خارجی اش. کلمه «ولی» به معنای چیزی است که بعد از چیزی قرار بگیرد بلا فصل اجنبی، یعنی فاصلی نباید باشد.

حال این سؤال مطرح می شود که چه کمبودی در جامعه هست که به سبب آن «ولایت» لازم می آید؟ پاسخ این است که در جامعه همواره دو کمبود اساسی هست: ۱. شناخت احکام الهی ۲. پیاده کردن آن در هر زمان. «ولایت» منصبی است الهی که راه ارتباط انسان را با خدا بیان می کند و در تقنین، میان عالم تکوین و تشریح پیوند ایجاد می کند و در تشخیص احکام نیز رابطه تکوین و تشریح را بیان می کند، مثلاً رابطه «و السماء رفعها و وضع المیزان» را که هر دو تکوینی هستند با «ألا تطغوا فی المیزان» که قانون و فقه است بیان می کند.

ولایت تشریحی و ولایت تنفیذی

«ولایت الهی» به تصور عامه مسلمانان، «ولایت تشریحی» است که اسمش نبوت است و به تصور شیعه، «ولایت تنفیذی» هم هست که اسمش «امامت» است. این ها هر دو ولایت الهی هستند: یکی مسأله تشریح و قانونگذاری است و یکی مسأله اجرا که در اصطلاح عربی امروز قوه تنفیذیه یا در اصطلاح فارسی قوه مجریه می گوئیم. اهل سنت هنوز هم عقیده شان این است که شأن انبیا فقط تقنین است و پیاده کردن قانون و وظیفه جامعه اسلامی است و جامعه اسلامی من حیث المجموع خطا نمی کنند. چون به سبب اسلام، عقل مجموعی جامعه اسلامی رشد پیدا کرده و به ویژه به سبب عواملی همچون امر به معروف و نهی از منکر و وجود قرآن و روایات و علل دیگر به گونه ای است که جامعه اسلامی به عنوان جامعه یا به تعبیر بعضی امت - نه ائمه - معصوم هستند، لذا اگر قوانین مشخص باشد خود جامعه می تواند آن را پیاده کند. طبعاً پیاده کردن قوانین اسلامی در جامعه نیاز به دو عامل اساسی دارد: یکی علم و دیگری مدیریت و به تعبیر شیخ رئیس در الهیات شفا، «حسن العیاله». البته شیخ رئیس می گوید: اگر دو نفر بودند که یکی در علم برتر بود و یکی در حسن العیاله، آن که مدیریتش قوی تر است حاکم می شود ولی باید با عالم مشورت کند. بنابراین این ها هم می گویند: ما باید علم پیدا کنیم یعنی احکام را به دست آوریم و مدیریت هم باشد. بحثی که در شیعه مطرح شد این بود که جامعه اسلامی هر چه هم امر به معروف در آن باشد تا این عنصر الهی «ولایت» در آن نباشد سودی ندارد؛ چون جامعه پیچیدگی های خاص خودش را دارد و به سبب خاتمیت، هر زمانی ویژگی هایی دارد که انطباق قواعد کلی چه به صورت قرآن و چه به صورت سنت رسول الله (ص) در آن زمان جز با نیروی امامت میسر نیست.

طبیعت اجتماعی «ولایت بر جامعه»

در نظام قانونی «انسجام قانونی» باید در حدی باشد که همه را فرا بگیرد و اصلاً نباید روی «فرد» برود لذا حتی در «نظام قانونی ولایی» دو دایره تشکیل می شود: یک دایره فردی و یک دایره اجتماعی و طبیعت پاره ای از امور، فردی و طبیعت پاره ای دیگر از امور، اجتماعی است.

اجتماعی بودن برخی موضوعات همچون «زکات»

این مسأله باینکه در فقه ما تأثیرگذار بوده به آن چندان توجه نشده است. طبیعت بسیاری از قضایا مثل زندان و حدود و زکات، اجتماعی است، مثلاً به فرد اجازه نمی‌دهند کسی را زندان کند یا دست کسی را ببرد یا طبیعت زکات، یک پدیده اجتماعی است؛ در آیات متعدد قرآن کریم می‌فرماید: «آتوا الزکاة»، «یؤتون الزکاة»، اما در یک آیه هم می‌فرماید: «خذ من أموالهم صدقه»، که خطاب به رسول الله (ص) که زعیم جامعه - بلکه رئیس الوجود است - می‌کند و حضرت را مأمور أخذ زکات می‌کند.

در دنیای اهل سنت هم زکات، پدیده اجتماعی و از شئون حاکم بوده است اما در شیعه زکات پدیده فردی شده است. این که این مطلب اجتماعی باشد یا فردی، بسیار فرق می‌کند و عده‌ای از مشکلات که در کتاب زکات داریم و آقایان توجه نکرده‌اند مربوط به همین انقلاب مسأله است. اگر ما بودیم و حکومت عادل، حق با اهل سنت است که زکات، اجتماعی است ولی چون ما با حکومت مشکل داشتیم زکات، فردی شد یعنی چون حکومت فاسد بود در شیعه گفتند: زکات را به آنان ندهید به فقرای خودتان بدهید و اگر هم به آن‌ها دادید باطل است و سنی‌ها هم که می‌دهند باطل است. آنگاه اگر شما یک پدیده اجتماعی را به یک پدیده فردی تحویل بردید، خواه‌ناخواه باید این نکته را در نظر بگیرید که اگر نظام اجتماعی در جایی پیاده شد، ممکن است بگوییم: زکات به حالت عادی‌اش برگردد، مثل امر عقیب حظر است که اگر مشکل رفع شد آن حکم هم باید برداشته شود.

«ولایت اجتماعی» و تفاوت آن با ولایت فردی در فقه

«ولایت» بر مجنون یا صبی نیز در تصویر قانونی ما ابتدائاً «فردی» است یعنی پدر را برایش قرار می‌دهند و در صورت نبود پدر یا ناتوانی وی یا وجود مشکلات دیگر مسأله شکل «اجتماعی» پیدا می‌کند و به حاکم برمی‌گردد؛ حال حاکم یا او را دارالمجانین می‌برد یا بودجه خاصی برایش قرار می‌دهد اما «ولایت بر جامعه» طبیعتش اجتماعی است. برخی از معاصرین نوشته‌اند: ولایت [فقیه]، ولایت بر مجانین و اطفال است نه جامعه. یکی از آقایان هم چنین پاسخ داده است که: خیر، ولایت بر دانشمندان و نخبگان جامعه است. به نظر ما هر دو تصور باطل است؛ چون بلاشکال ولایت بر اطفال و سفها و مجانین هست لکن آن ولایت اساساً فردی است و پدیده اجتماعی نیست، بله در صورت نبود پدر یا برخی مشکلات دیگر، این ولایت پدیده اجتماعی می‌گردد، درحالی که «ولایت بر جامعه» ذاتاً اجتماعی است و در آن یک طبقه یا نژاد یا منطقه یا فرد خاص فرض نمی‌شوند؛ چون این ولایت کل جامعه را باهمه مساحتش می‌نگرد، لذا طبیعت این ولایت به عکس ولایت بر اطفال و سفها، اجتماعی است. البته در تعبیر قانونی قرآن کریم امور فردی و اجتماعی هر دو با یک ادبیات آمده است؛ مثلاً «أقیموا الصلاة» فردی است و «السارق و السارقة فاقطعوا أیدیهم»، اجتماعی است، اما خطاب هر دو به یک گونه است و این مشکل در طریقه اهل بیت (ع) حل شده است، یا فقها آن را حل کرده‌اند اما متأسفانه خیلی از بحث‌ها نشده است.

«ولایت فقیه» نسخه کوچک ولایت ائمه (ع)

البته در بین علمای شیعه بحثی بوده است که آیا در زمان حضور امام در مناطقی که دستشان به امام نمی‌رسیده است یا در زمان ما، آیا ائمه وظیفه‌ای قرار داده‌اند یا به همان وظایف عامه اکتفا کرده‌اند؟ کسانی که قائل به ولایت فقیه هستند - که ما از قائلان به آن هستیم - می‌گوییم: چون اصل این نظام بر «ولایت» استوار شده است باید این ادامه پیدا کند لذا فقیه باید - به قول عرب‌ها - یک صورت مصغر یعنی یک نسخه کوچک از امام معصوم (ع) باشد و هم در علم به احکام و موضوعات و هم در عمل و تقوا باید بکوشد تا به آن نسخه اصل شبیه شود.

البته این ولایت فقیه در عین این که از ولایت ائمه (ع) مترشح می‌شود محدودیت هم دارد مثلاً ما نپذیرفتیم که «ولایت فقیه» همان ولایت امام معصوم است، حد محدودی دارد و جاهایی هم که روشن نیست برای فقیه ثابت نیست مثلاً در روایت دارد که آیا

امام می‌تواند همه بیت المال را به یک نفر بدهد، پاسخ می‌دهد: آری، اما به نظر ما این برای فقیه ثابت نیست که مثلاً بتواند همه بیت المال را به یک نفر بدهد گرچه تشخیص بدهد بلکه فقیه باید به تشخیص‌های عرفی رجوع کند. و مطالب دیگری که مجال بحث آن نیست.

رابطه «نظام قانونی» و «ولایت» در ضمن دو مثال

سؤال مهمی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا به سبب وجود «ولایت» در «نظام قانونی اسلام» می‌توان فهمید که این نظام، شبیه «نظام عبد و مولا» است؟ در این که بعد از تشکیل «نظام قانونی» باز هم «ولایت»، در آن تصرف کند؟ پاسخ این است که خیر. «نظام ولایت» منشأ تقنین را می‌گوید نه تأثیرگذاری در قانون را، «نظام قانونی» خود زیرمجموعه «ولایت» است اما به این معنا نیست که با «ولایت»، «نظام قانونی» از هم بپاشد. من این مطلب را دو مثال توضیح می‌کنم.

مثلاً در این بحث (اخذ اجرت بر واجبات) محقق اصفهانی(ره) از شیخ جعفر کاشف الغطاء(ره) نقل کرد که اگر ما مکلف به تکلیفی شدیم، مثلاً خدا به ما گفت: نماز بخوان، این فعل (نماز)، ملک یا حق خدا می‌شود. مرحوم اصفهانی(ره) در رد آن روی بحث اضافه اشراقیه و قیومیه رفت. بحث علمی این است که آیا «ولایت» این تأثیر را می‌گذارد که ملک خدا یا امر شود؟ نکته در این است که این‌ها می‌خواستند بگویند: این «ولایت» منشأ این اثر شده است؛ یعنی اگر ما باشیم و «امر»، ملکیت از امر در نمی‌آید اگر به طرف گفت: بلند شو، این فعلش ملک امر نمی‌شود، اما اگر همین امر را خدا گفت، ملک خدا می‌شود. سؤال این است که اگر در «نظام قانونی» امر، ملک امر نباشد آیا به سبب وجود ولایت الهی و ولایت نبوت و امامت در شریعت مقدسه ملک امر می‌شود؟

یعنی بگوییم: در «عرف عام» و «عرف قانونی»، ملک نیست ولی در «عرف شریعت» ملک است؛ وقتی شارع گفت: کتمان شهادت نکن ابراز شهادت کن، این ابراز، ملک خداست اگر ملک خدا شد دیگر شما حق ندارید با «أوفوا بالعقود» روی آن معامله ببندید. این تصور مرحوم شیخ جعفر(ره) است. مرحوم اصفهانی(ره) هم روی مسأله اضافه اشراقی و قیومیت و... رفت که ملکیت از مقولات نیست. ما بحث را به صورت قانونی چنین مطرح می‌کنیم که آیا در شریعت مقدسه به خاطر «ولایت»، عمل، ملک خدا می‌شود یا نه؟ همچنانکه در عبد چون ذات عبد، ملک است عملش هم ملک می‌شود.

حرف ما این است که ملک نمی‌شود، «ولایت»، «نظام قانونی» را عوض نمی‌کند، با «ولایت»، قانون جعل نمی‌شود بلکه به مقداری که جعل قانون کرده است، در عرف قانونی حساب می‌شود، نه این که ولایت را تأثیرگذار کنیم و بگوییم: بیش از مقدار قانونی جعل می‌کند. این صحبت فنی اصول و فقهی است و با اضافه اشراقی هم کاری ندارد، البته آن بحث هم در جای خودش درست است ولی ربطی به بحث قانونی و اصولی ندارد.

پس بحث اصولی این است که اگر ما پذیرفتیم که نظام اسلام، «نظام قانونی» است و منشأ این نظام قانونی، «ولایت» است آیا این بدان معناست که این قوانین، ملک خداست؟ هرچند در عرف عام و در نظام قانونی عام ملک نباشد. یعنی «ولایت» این اقتضا را دارد که ملک یا حق بشود یا سیطره من را بر عمل بردارد؟ پس دیگر نمی‌توانم با «أوفوا بالعقود» آن را به کسی واگذار کنم. سؤال این است که آیا ما که «نظام قانونی» را در اسلام قبول می‌کنیم و منشأ آن را هم «ولایت» می‌دانیم، آیا «ولایت»، این قانون را عوض می‌کند؟

پاسخ این است که خیر؛ «ولایت» جعل قانون می‌کند اما قانون را به هم نمی‌ریزد. این «ولایت» همان قانونی را می‌فهمد که با ارتکازات ما و با عقل عملی فهمیده می‌شود؛ چون یکی از اقسام عقل عملی، «سیاست مدن» است و عقل عملی، «ملک» را

نمی‌فهمد. به نظر ما راه فنی این است، نه این‌که مثل محقق اصفهانی (ره) روی مبادی ولایت برویم، بحث ما فقهی و قانونی این است که «ولایت»، اصل تقنین را درست می‌کند اما شکل قانون را عوض نمی‌کند و در این جهت شبیه قوانین بشری است.

تحلیل نظریه «حق الطاعه» بر مبنای «ولایت»

عده‌ای می‌گویند: اگر در اصل تکلیف شک کردیم به جای «برائت»، «احتیاط» جاری می‌شود و نظریه «حق الطاعه» را مطرح کرده‌اند. بهترین تفسیری که ما می‌توانیم برای «حق الطاعه» بگوییم این است که چون در این شریعت مقدسه مبنای قانون بر «ولایت» است نه بر ارادهٔ مردم، اگر جایی شک کردیم، «ولایت» اقتضا می‌کند که احتیاط کنیم؛ یعنی «حق الطاعه» را از راه «ولایت» درست کنیم، در غیر این‌صورت بشر اگر شک در قانون کرد «برائت» جاری می‌کند، بلکه شاید سیرهٔ بشری این باشد که اگر شک در قانون کرد بگوید: واقعاً جایز است. در اینجا باید بگوییم: این‌ها روی «نظام قانونی بشری» است اما در «نظام قانونی ولایی» اگر شک کردید به خاطر «ولایت»، «حق الطاعه» می‌آید.

پاسخ این دیدگاه هم از مباحث گذشته ما روشن شد که «ولایت»، اساس تقنین است اما اضافه بر آن، «ولایت» خود تقنین نمی‌کند. اگر «ولایت» گفت: فلان چیز حرام است، اقتضا می‌کند شما آن را انجام بدهید ولی اگر شک کردید که کاری حرام است یا نه، «ولایت» چیزی اضافه نمی‌کند. «ولایت»، مشرع نیست، به عبارت دیگر «ولایت» پشتوانهٔ قانون و اساس تقنین و «نظام قانونی» است ولی قانون جدید نمی‌سازد. «ولایت» یعنی همان مقدار که جعل شد و به شما رسید و تنجز پیدا کرد که ما می‌گوییم: همان «نظام عقلایی» که در قانون است، در «ولایت» هم هست. ما از ادله نمی‌فهمیم که «ولایت» چیز جدیدی اضافه کند مگر این‌که در روایات شارع بیاید چنانکه بعضی از اخباری‌ها از مثل روایات «قف عند الشبهه» و جوب احتیاط درآورده‌اند.

ابتنای نظام قانونی بر «ولایت»

بنابراین ما «نظام قانونی» را پذیرفتیم و گفتیم: این نظام بر اساس «ولایت» است نه بر اساس رأی مردم، «نظام قانونی» نظامی الهی است نه بشری. تأثیر «ولایت» نیز از نظر حقوقی در اصل «نظام قانونی» است در خصوصیات ولایت نیست یعنی ما از مجموعه آیات و روایات درمی‌آوریم که اصل این مطلب دست خداست ولی وقتی جعل شد همه حتی رسول الله (ص) علی حد سواء هستند، مثلاً همه مکلف به «أوفوا بالعقود» هستند حتی رسول الله (ص)، و این نیست که رسول الله (ص) بگوید: من جعل کرده‌ام مکلف نیستم. این همان «نظام قانونی» است که انسجام دارد و این انسجام از زمان رسول الله (ص) تا روز قیامت، در همهٔ کرهٔ زمین، باید حفظ شود لذا حفظ این نظام منسجم جز از راه خود رسول الله (ص) که دارای دو مقام نبوت و امامت است و جز از راه امیرالمؤمنین (ع) و ائمه بعد از ایشان مقدور نیست.

هیئت ترکیبی «جامعه» و مصلحت و مفسده داشتن آن

ما از جامعه که صحبت می‌کنیم، جامعه گرچه مجموعه افراد است لکن بحث بر سر این است که آیا آن هیئت اجتماعی هم دارای مصالح و مفاسد است؟ آیا بجز حالاتی که بر فرد عارض می‌شود، بر «هیئت اجتماعی» هم حالاتی عارض می‌شود؟ مثلاً آیا جامعه‌ای خوشبخت است که فقط تک‌تک افراد آن خوشبخت باشند و ما روابط اجتماعی‌اش را نادیده بگیریم؟ آن‌ها می‌گویند: هیئت جمعی نکتهٔ خاصی ندارد و یک هیئت اعتباری است، اما این دیدگاه می‌گوید: جامعه حقیقتی و لوازمی دارد. مثلاً دیوار از آجر تشکیل شده است و دیوار خوب دیواری است که همهٔ آجرهایش محکم و درجه یک باشد ولی اگر دیوار را کج بچینید دیوار کج می‌شود. بحث این است که ما بجز اجزای تشکیل‌دهنده، حکمی برای هیئت مجموعه هم داریم؟ این هیأت مجموعه‌ای

لوازم و اقتضائاتی دارد و بجز افراد آجر و سیمانی که در آن به کار می‌برید باید یک هیئت خاص هم داشته باشد و در جامعه ملاکاتی هست که قائم به هیئت اجتماعی است.

پذیرش «مصلحت سلوکیه» مبتنی بر «مصلحت اجتماعی»

به‌عنوان مثال شیخ انصاری در مبحث حجیت، بحث «مصلحت سلوکیه» را مطرح کرده است که بعد از ایشان مثل نائینی و دیگران بر او اشکال گرفته‌اند که تصور این مطلب که خود سلوک، مصلحت داشته باشد مشکل است؛ چون سلوک عین مسلوک است، مثلاً اگر زراره گفت: گوشت خرگوش حرام است، قبول من نسبت به خبر زراره کاری نمی‌کند من بالأخره گوشت خرگوش را نمی‌خورم. این سلوک من که عمل به خبر زراره است نکته خاصی ندارد آن که هست خوردن گوشت خرگوش است.

ما در آنجا توضیح دادیم: درست است که خبر زراره طریق صرف است ولی بحث فقط بر سر خبر زراره نیست، بحث بر سر پذیرش خبر زراره در یک نظام اجتماعی است. پذیرش خبر زراره یک «مصلحت اجتماعی» دارد که اگر خبر زراره حجت نباشد باید تک‌تک شیعیان از کوفه یا شهرهای دیگر تا مدینه بروند و خودشان از امام بشنوند، یا مصلحت اجتماعی برای حفظ وحدت شیعه است. این مصلحت اجتماعی با مصلحت و مفسده‌ای که در خوردن گوشت خرگوش است متفاوت است. پس در اینجا دو مصلحت است: یک مصلحت در ترک گوشت خرگوش است و یک مصلحت برای «هیئت اجتماعی شیعه» است؛ همچنانکه در جوامع بنا بر این است که قوانین مجلس را به رسانه‌ها مثل روزنامه و تلویزیون بدهند و مردم هم به آسانی از رسانه‌ها می‌گیرند، ولی اگر بنا بود هر یک از افراد مردم به مجلس می‌رفتند یا حداقل به مجلس زنگ بزنند برای آنان زحمت درست می‌شود. این یک مصلحت اجتماعی است که بگویند: همین که در رسانه آمد کافی است و لازم نیست به آنجا بروید یا زنگ بزنید.

لذا ما «مصلحت سلوکیه» شیخ را پذیرفتیم و فقط نامش را تغییر دادیم و آن را «مصلحت اجتماعی» نامیدیم. یعنی ما معتقدیم همچنانکه اجزای تشکیل‌دهنده یک نظام، مصالح و مفاسد خاص خودش را دارد، هیئت اجتماعی آن نظام هم مصالح و مفاسد خاص خودش را دارد، و قانون، هم روی «هیئت اجتماعی» حساب می‌کند و هم حال «افراد» را هم به لحاظ صلاحیت‌هایشان در نظر می‌گیرد؛ مثلاً به لحاظ عدم صلاحیت دیوانه، پدرش را بر او مأمور می‌کند، آنگاه اگر این مشکل پیدا کرد در هیئت اجتماعی می‌آید. پس در قانون لحاظ حالت اجتماعی هست.

به تعبیر دیگر آنچه این فضا را به هم ربط می‌دهد همان عقل عملی در باب سیاست مدن است این قوانین باید جوری مرتبط باشند که با یکدیگر همخوانی و سنخیت داشته باشند و این رابطه غیر از مسأله خود قانون است که ما اسمش را «فضای قانونی» گذاشتیم.

بازگشت «دلالت» به «روابط اجتماعی»

روابط اجتماعی در دلالت تأثیرگذار است؛ چون دلالت تابع معنایی نیست که شما در کتب لغت یا قوامیس می‌خوانید، دلالت یک حالت اجتماعی است که از مجموعه پیدا می‌شود و گاهی استبطانش به مراتب بیش از آن مقداری است که شما به آن التفات دارید یا مقداری که در کتب لغت آمده است. در لغت فقط ترجمه لفظ به لفظ است، لکن آنچه در وجدان شماست به مراتب بیشتر و بیش از نسبت یک به ده است و این هم طبیعی است مثلاً کلمه عاشورا پیش شیعه معنای عظیمی دارد که پیش سنی‌ها قطعاً آن معنا را ندارد، آنچه در وجدان شیعه از لفظ کوتاه عاشورا هست چند جلد کتاب می‌شود. این مطلب را باید در نظر گرفت قطعاً روابط حاکم بر جامعه تأثیرگذار است.

عاری بودن فقه و اصول اهل سنت از جنبه ولایی و سرایت آن به شیعه

انحصار شأن فقهای بزرگ اهل سنت در «استنباط احکام»

فقه اهل سنت از زمان صحابه شروع شد و با گذشت زمان دایره‌اش توسعه یافت و همزمان با حکومت بنی امیه نیز رشد و بالندگی‌اش را شروع کرد.^۱ اما چه در ابتدای حرکت فقه در اهل سنت و چه بعد از پیشرفت آن، شأن فقهای معروفشان را فقط «فتوادادن» و «استنباط» می‌دانستند و بخش سیاسی یا حکومت را به خلیفه واگذار می‌کردند. مثلاً هیچ وقت احمد بن حنبل یا ابوحنیفه یا شافعی برای خودشان ولایت قائل نبودند و شأن فقیه را «استنباط» می‌دانستند، لذا تدریجاً اصول را هم که نوشتند «اصول فقه استنباطی» است، یعنی قواعد «فقه استنباطی» را تدوین کردند. بعد هم علمای ما از آن‌ها گرفتند و من حیث لا یشعر در همان مشکل واقع شدند. مجموعه اصولی ما، «اصول فقه استنباطی» است و بخش «اصول فقه ولایی» در آن نیست، البته بعدها اهل سنت مسائل فراوانی همچون مصالح و سد ذرایع را مطرح کردند و بعدها حتی فقه خاصی برای اداره جامعه مثل احکام السلطانیه نوشته‌اند، اما چیزی را که فقیه می‌نوشت به این عنوان بود که برای اجرا به دست حاکم داده شود. لذا در فقه متعارف دنیای اسلام این دو مرز پیوسته از هم جدا بود حتی گاهی به اینجا می‌رسید که فقیه می‌گفت: این خلیفه ضال است ولی به لحاظ بیعت مردم باید از او اطاعت کنید.^۲ این صحنه‌ای بود که شأن فقیه، «فقه استنباطی» بود البته حکومت سعی می‌کرد از فقها استعانت کند حتی گفته شده است: در بعضی موارد که فقها باهم اختلاف می‌کردند بنی عباس بالأخره یک رأی را قبول می‌کردند و به احترام خلیفه همان رأی اجرا می‌شد.

البته این کار اجمالاً مزایای خوبی داشت یعنی این تعامل و ترابط که بین دستگاه خلافت و فقها بود سبب می‌شد که فروعی که رخ می‌داد و در پاسخ آن می‌ماندند به فقها ارجاع می‌داند، لذا به تدریج خیلی از فروع در فقه مطرح شد و با اینکه فروعی که از رسول الله (ص) داشتند یا آنچه در قرآن آمده است مسائل محدودی بود بعدها فروع بسیار زیادی شد. بخشی از این فروع در

۱. در اوایل حکومت بنی عباس نیز چنین بود ولی در آن زمان به سبب پیشرفت علمی، حرکت علمی شتاب بیشتری گرفت. در مدت ۸۱ سال حکومت بنی امیه به نوشته احمد امین - که درست هم هست - در دنیای اسلام یک مدرسه ساخته نشد. اصولاً بنی امیه در خط علم نبودند به خلاف بنی عباس که علم به سبب جهات سیاسی و اجتماعی در زمان آنان رشد غیر طبیعی پیدا می‌کند. ابن قتیبه در آخرین صفحه از کتاب الإمامة و السیاسة (چاپ افست مجلس) نوشته است در زمان هارون که حدود سال‌های ۱۸۰-۱۹۰ بود ممکن است کسی در ادبیات و شعر و فقه و مسائل علمی مناظره کند و یازده سال داشته باشد، این را با ۸۱ سال حکومت بدون مدرسه بنی امیه مقایسه کنید. در کتاب تقریب التقریب از شافعی نقل می‌کند که ۱۵ ساله بود و در مسجد النبوی فتوا می‌داد! چون محدث را غیر از مفتی و فقیه می‌دانستند بعدها در تحدیث شرط سختی گذاشتند در الکفایه خطیب بغدادی، سنی را که شخص وارد تحمل حدیث می‌شد بیست سالگی نوشته‌اند و باز هم اصولاً فقیه رتبه خیلی بالاتری داشت که قابل قیاس با محدث نبود. تقریباً اولین نوشتاری هم که بین اهل سنت معروف است در علم درایه نوشته شده است که چهل و اندی سال است چاپ شده است «المحدث الفاصل بین الراوی و الواعی» از رامهریزی است که متعلق به قرن چهارم است. کتاب لطیفی است البته آثار بداعت بر آن واضح است که اول کار است.

۲. برای مثال احمد بن حنبل ابتدا در زمان مأمون و بعد در زمان معتصم بود وی اصرار می‌کرد که کلام الله قدیم است یکی دو نفر هم سر این قصه قدم قرآن کشته شدند و بعضی از مقیاس‌ها عوض شد برخی چهره‌های سرشناس علمی چون در این قسمت با دستگاه خلافت رفتند بدنام شدند البته هنوز اسمشان در بخش‌های حدیثی هست مثل علی بن مدینی یا ابن المدینی که از اجلای شأن است لکن چون مخالف احمد شد با دستگاه رفت به او هم طعن وارد کردند. درباره خود احمد دارد که در زمان معتصم او را به سبب امتناع از قول به حدو ث قرآن روزی ۱۲۰ چوب می‌زدند و غالباً به خانه هم که می‌رسید حالش به هم ریخته بود مع ذلک گاهی افراد می‌آمدند که این خلیفه تو را کتک زده است از اطاعت خلیفه خارج شویم؟ می‌گفت: خیر، از اطاعت خارج نشوید.

روایات اهل بیت (ع) آمده است اما بخش دیگری از آن متأسفانه تقریباً در زمان شیخ یعنی در قرن پنجم به صورت رسمی وارد فقه ما شد که مقداری دیر بود، مقداری از آن هم غیر طبیعی بود یعنی اصلاً جزء فروع ما نبود، مثل فروع طلاق و مسح علی الخفین که اصلش در میان ما نبود.

بزرگان فقه اهل سنت متعلق به فتره زمانی مابین رحلت رسول اکرم (ص) در سال ۱۱ هجری تا حدود سال‌های ۱۶۰ و ۱۷۰ هستند و بعد از این به تدریج اصول شکل گرفت، البته مباحث اصولی خواه‌ناخواه در کلمات مطرح می‌شد لکن مدون نبود بعد از آن مظهر رسمی آن رساله شافعی بود.^۱ تدوین اصول در اهل سنت نیز متناسب با شأن فقیهشان بود لذا اصول فقه آن‌ها استنباطی است.

البته اصول در مرحله‌ای مثل اواخر قرن چهارم و قرن پنجم خیلی متأثر به کلام شد و مندمج در کلام شد و مناسب بود مقداری از ابحاث حکومتی به مناسبت بحث امامت و ولایت در آن بیاید ولی این اتفاق نیفتاد و سعی کردند اصول را از کلام جدا کنند و تأثرات کلامی در آن نباشد.

تفاوت دیدگاه اهل بیت (ع) با فقهای اهل سنت

اما در شیعه چنین نبود؛ اولاً ائمه ما خلافت را غصبی و باطل می‌دانستند و خودشان در مقابل آن‌ها بودند. ثانیاً تفکر شیعه این بود که اهل بیت (ع) فقط حاکی سنت رسول الله (ص) و شارح آن نیستند بلکه امامت به معنای استنباط مصطلح نزد اهل سنت نبود. طبیعت ابحاث در شیعه و اهل سنت فرق می‌کرد آن‌ها دو بحث اصولی داشتند: اجتهاد و تقلید و خبر واحد آنان بحث استنباط را در اصول در بحث اجتهاد و تقلید و بحث خبر واحد را هم در اصول مطرح کردند اما جایگاه بحث امامت و ولایت و عصمت که در میان ما مطرح بود علم کلام بود.

شأن اهل بیت (ع) در این باره یکی بیان ثبوت یا عدم ثبوت سنت رسول الله (ص) بود مثل این که آیا لا ضرر جزو سنن پیامبر (ص) است؟ شأن دوم اهل بیت (ع) این بود که پس از بیان ثبوت سنت، معنا و حقیقت آن را بیان کنند مثلاً معنای لا ضرر چیست؟ شأن سوم آنان تحدید حدود است مثل موارد شک و شبهه، آیا عام است می‌شود همه جا به آن مراجعه کرد یا خاص است. هدف اساسی ائمه بیان این سه محور بود و آن‌ها را هم بیان کرده‌اند و در کتاب‌های ما هست ولی پراکنده است. ترتیب کتاب‌ها به هم خورده است و جمع‌کردنش مشکل است.

انتقال اصول استنباطی به شیعه و برخورد اخباری‌ها با آن

در زمان علامه دیگر اصول در اهل سنت جا افتاده بود و استاندارد علمی زمان شده بود. مثل جامعه‌شناسی در عصر حاضر که در دنیا دانش مستقلی است که اگر در حوزه‌های ما هم بیاید طبیعتاً بیشتر از حرف‌های غربی‌ها می‌گیرند. علامه آن اصول را به همان شکل به میان ما آورد مثلاً معارج دایی ایشان، محقق، چندان اصولی به این معنا نیست ولی کتب علامه همه مثل کتب اهل سنت است. طبعاً عظمت علامه - که واقعاً هم عظمت دارد - اقتضا کرد که بعد از ایشان هم این مطالب بین شیعه جا بیفتد.

طبعاً این اصول با تفکرات اولیه شیعه مقداری ناسازگار بود و متأسفانه به جای این که حرکت تصحیحی شروع شود با حرکت تند اخباری‌ها روبرو شد. اخباریان در برابر اصولیان که حتی از روایات ابن عباس و صحابه و به تدریج استصحاب و أصالة البرائة و ظواهر قرآن استفاده کرده بودند، موضع گرفتند و کل اصول را به هم ریختند؛ چون می‌گفتند: قرآن و سنت اصل‌اند و هر دو باید

۱. البته سید حسن صدر می‌گوید: شیعه اولین مؤسس اصول است و کلماتی راجع به ابان بن تغلب می‌آورد، بله بی‌تردید اهل بیت ع در همه علوم اسلامی نقش اساسی دارند ولی بحث علم یک چیز است و تدوین علم چیز دیگر، این که اصول به صورت علم درآید در حدود سال‌های ۱۶۰-۱۷۰ بود.

با تفسیر اهل بیت (ع) باشد و ما هیچ چیز دیگر را نمی‌پذیریم. البته حرف اخباری‌ها اجمالاً درست بود اما نه به این شدت که آنان می‌گفتند و متأسفانه به جای این‌که بحث‌ها جنبه علمی به خود بگیرد تا اصل مطلب روشن شود جنبه سب و شتم به خودش گرفت و از مسیر مستقیم خارج شد.

فقه شیعه، «فقهی ولایی»

طبیعت فقه شیعه، «فقه ولایی» بود. نظر شیعه این بود که امام صادق (ع) فقط فرائض و سنن را نمی‌گوید بلکه ولایت هم دارد. این دو جنبه تفکر است. متأسفانه «فقه ولایی» هم که به فقهای ما منتقل شد «اصول فقه ولایی» را ننوشتند، البته در زمان ما شروع به نوشتن کتاب‌هایی مانند عقل، مصلحت، فقه مقاصد کرده‌اند که باید ریشه پیدا کند.

حال اگر ما باشیم و مقتضای قاعده نسبت به «فقه ولایی»، ولی فقیه برمی‌گردد در جعلی که انجام می‌دهد باید «روح قانونی» را مراعات کند، یعنی تدوین قوانین بر اساس «روح قانونی» باشد و حتی ادبیاتش هم «ادبیات قانونی» بشود. البته در این مسأله غیر از فضایی که در خود قوانین ولایی مراعات می‌کند انطباق با قواعد کلی از کتاب و سنت و روایات و طریقه اهل بیت (ع) هم باید مراعات شود.^۱ باید لسان ادله و زمان را ببیند و این‌ها را با ولایت انطباق بدهد. برخی جاها ادله کمبود دارد، مثلاً ممکن است در خیلی از مسائل خمس روایت نداشته باشیم که به نظر من باید آن را با «فقه ولایی» درست کند.

بنابراین:

۱. در «احکام ولایی»، فقیه شیعی طبق «روح قانونی» عمل می‌کند، ادبیاتش هم باید قانونی باشد.
 ۲. در «فقه استنباطی» که روایات خاص نداریم انصافاً «روح قانونی» حاکم است.
 ۳. اگر در جایی روایت خاصی داشتیم و ادبیات خاصی در احکام داشتیم که مثلاً با قاعده «عبد و مولا» سازگار است، باید روایات را مقدم کنیم مگر این‌که روایت ضعیف باشد.
- در بحث اعتبار تشریحی یا اعتبار قانونی در هنگام نزول قرآن و زمان ائمه (ع) بحث «عبد و مولا» بوده است بلکه تا فقها و اصولیون معاصر ما نیز که مثلاً می‌گویند: «يجب اطاعة المولا علی العبد»، یا «إذا أمر المولى عبده»، هنوز این مباحث هم در اصول هست. این یک نظام فکری و یک نظام اعتباری معین است که زیربناها و لوازم و ویژگی‌های خودش را دارد. ما در مقابل این نظام، نظامی را به نام «اعتبار قانونی» پذیرفتیم که آن نظام هم زیربناها و روبناها و لوازم خودش را دارد. ما گفتیم: برخی نکات که در «نظام قانونی» امروز هست در اسلام نیز هست اما نظام اسلام روی مبنای «ولایت» است نه روی مبنای نفی ولایت که امروز است. لذا ما نیاز به فقه ولایی و همچنین اصول فقه ولایی - یا به تعبیر امروزی اصول فقه حکومتی - هم داریم.

ملاحظه «لوازم اجرایی» در «نظام های قانونی» توسط «فقه ولایی»

گفته شد: شواهد تاریخی و بعضی عبارات با «نظام عبد و مولا» است ولی شواهد قرآن و مجموعه روایات اهل بیت (ع) این است که نظام اسلام، «نظامی قانونی» است و یکی از نکات اساسی که خاتمیت بر آن بنا شده قانونی بودن این نظام است. البته در این

۱. البته طبعاً کسانی مثل آقای خویی و شیخ انصاری که قائل به ولایت فقیه نیستند و مثلاً آقای خویی فقط در امور حسبه قائل به آن است اصول فقه ولایی نسبت به آن‌ها سالبه به انتفای موضوع است.

«نظام قانونی» مبدأ تقنین و تنفیذ، الهی است درحالی که در نظام‌های قانونی بشری در دنیای امروز مبدأ تقنین و تنفیذ اراده مردم است.^۱

در «نظام قانونی» چون واقعیت‌های جامعه و نظام مطرح است اگر مقنن امر کرد، رابطه‌ای بین مقنن و این عمل هست و آن این که این عمل باید در خارج تحقق پیدا کند. لذا در نظام‌های قانونی وقتی سخن از قانونی به میان می‌آید سریع به «لوازم» آن فکر می‌کنند، مثلاً اگر قانونگذار در مثل زمان ما بگوید: ما برای ازدواج جوانان تلاش می‌کنیم، از او می‌پرسند که آیا شما فکر لوازمش را کرده‌اید؟ این کار بودجه و ساختمان و جز آن می‌خواهد؛ یعنی در ذهنیت این‌ها این است وقتی قانون چیزی را گفت، تحققش را می‌خواهد مثلاً وقتی در روایت آمده است: «لا يُطَلُّ دم امریء مسلم»^۲، اگر این را قانونگذار گفت باید پشت سر آن بایستد یعنی هر خونی که ریخته شد باید دنبالش را بگیرد. چون احترام خون یک امر اجتماعی است، وقتی این جمله را گفت می‌گویند: باید به همه لوازمش ملتزم شوی، لذا در روایت دارد که در روز جمعه‌ای که مردم از نماز جمعه درمی‌آمدند دیدند کسی افتاده و مرده است حضرت فرمودند: دیه‌اش را از بیت المال بدهید. این نتیجه قانونی است؛ یعنی من وقتی گفتم: خون مسلمان هدر نمی‌رود، باید پشت سر آن بایستم. چنین نیست که قانونگذار مطلبی را بگوید که اگر طرف انجام نداد به دو تا سیلی آن را ختم کند، چون این یک «نظام قانونی» است، یک نظام «عبد و مولا» نیست. در «نظام قانونی» رابطه‌ای بین مقنن و خود ماده قانونی پیدا می‌کنند مثلاً اگر گفت: ساکنان این خیابان باید این خیابان را آسفالت کنند، و آنان این کار را نکردند، در ماده قانونی هم بیاورد که اگر این کار را نکردند مثلاً دولت از بودجه عمومی این کار را بکند بعد همان مقدار یا به اضافه جرمه‌ای به خاطر ترمرد از قانون از آن‌ها بگیرد. یعنی دولت اضافه بر تحقق آن عمل در خارج بسترها و زمینه‌های مناسب اجرا را هم باید هموار کند، لذا در نظام‌های قانونی دنیا وقتی قانونی مثل مبارزه با بی‌سوادی می‌ریزند پادروها صحبت نمی‌کنند و همه خصوصیات و لوازم را در نظر می‌گیرند مثلاً جامعه‌ای است که در آن ده زیاد است یا کم است، بی‌سوادها بیشتر در ده هستند یا شهر، چون در اینجا رابطه‌ای بین قانون و واقع است نه فقط مردم و مکلفین، یعنی این واقع باید انجام بگیرد. بله در «عبد و مولا» ممکن است چنین نباشد اگر آب نیاورد در گوشش بزند و دنبال کارش برود یا مثلاً در نظام «عبد و مولا» نمی‌گوید: اگر آب نیاورد برادرش آب بیاورد. این از فوارق اساسی است که الآن در همه دنیا متعارف است.

اما آیا در اسلام نیز چنین است؟ مثلاً در نظام ولایت فقیه، اگر فقیه حکم ولایی داد و انجام نداد فقط او را تنبیه کند یا اگر می‌خواهد کاری را انجام دهد همه این قیود و خصوصیات را در نظر می‌گیرد؟ یعنی رابطه‌ای بین مقنن و آن عمل هست این قانونگذار خودش رابطه‌ای دارد فقط اعتبار نیست، فقط زجر نیست، فقط این نیست که بگوید: اهالی، این خیابان را آسفالت کنید،

۱. البته در این سده اخیر عده‌ای حکومت در اسلام را انکار کرده‌اند مثلاً در اهل سنت علی عبد الرزاق مصری کتابی درباره حکومت نوشته است که حرف‌های بسیط و پیش‌پاافتاده فراوانی دارد و در زمان پادشاهی مصر جنجال‌آفرین شد و الازهر بر ضدش شکایت کرد. وی منکر حکومت در اسلام است چه در زمان رسول الله (ص) و چه در زمان خلفای راشدین. در میان شیعه هم عده‌ای پیدا شدند که چنین تفکراتی داشتند مثلاً اگر کتاب حکمت و حکومت را دیده باشید او نیز منکر این امر است بلکه بالاتر از آن را قائل است و می‌گوید: احکام دینی قضایای اخلاقی است. شبیه این مطلب در نوشته‌های غربیان از سده هیجدهم (یعنی از سال‌های ۱۷۰۰ میلادی که رنسانس است) شروع شده است که احکام دینی را بیشتر امور اخلاقی می‌دانند آنگاه اگر با احکام دینی برخورد اخلاقی شود نه تجانس قانونی در آن است و نه مرحله اجرا در آن اثر می‌گذارد مثلاً می‌گویند: دروغ نگو، غیبت نکن و نفقه زنت را بده، هیچ فرقی با هم نمی‌کنند، این‌ها دستورهای اخلاقی است به این معنا نیست که باید در جامعه پیاده شود، جامعه شکل بگیرد و یک نظام اخلاقی شود. به‌رحال چنین برخوردهای بی‌اساس و سخنان سخیف در زمان‌های اخیر شروع شده است که در اینجا مجال نقد آن نیست و شاید در بحث مکاسب ذیل ولایت فقیه که شیخ آورده مقداری متعرض شوم.

۲. صحیحش به لحاظ ادبی لا يُطَلُّ به صیغه معلوم است لکن قرائت غلط بین فقها به صیغه مجهول است و در روایات ما آمده است لا یطبل دم امریء مسلم، که این یطبل لهجه عجمانی است عربی‌اش لا یطبل است، یعنی اگر خون واقع شد این نباید باطل شود.

این آسفالت باید محقق شود اگر اهالی هم عذر داشتند مثلاً تمکن مالی نداشتند از بودجه عمومی بدهد. نظرش فقط بعث اهالی نیست این آسفالت را می خواهد. این یک نکته اساسی است که تأثیرگذار است.

حکومت دینی، تحقق بخش «نظام های دینی»

در حکومت اسلامی، باید همه احکام اسلام پیاده شود یعنی شأن حکومت اسلامی درحقیقت این می شود که نه تنها معاملات، و نه تنها مسائل سیاسی اجتماعی، بلکه مسائل نظامی، شهرسازی، منابع و معادن، و جز آن حتی مسائل عبادی یعنی مجموعه دین باید پیاده شود. هدف اساسی از نظام اسلامی پیاده سازی آن مجموعه است. احکام نیز، مجموعه همسانی هستند و چنین نیست که بتوانیم عبادت نظام اسلامی را از نظام اقتصادی آن جدا کنیم یا نظام سیاسی اش را از نظام فرهنگی جدا سازیم. در حکومت اسلامی باید در احکام ولایی نیز که نصی نداریم با مقایسه آن با منصوصات، مجموع را - به قول عرب ها - در یک صیغه یعنی در قالب قانونی نظام مند بریزیم که همه اجزایش باهم مرتبط و همخوانی داشته باشند و تلاش کنیم تا ارزش ها زنده شود، یعنی عمده تحقق خارجی آن است.

ظاهر آیه مبارکه «الذین إن مکناهم فی الأرض أقاموا الصلوة و آتوا الزکاة و...» نیز همین است. مجموعه روایات ما درباره حاکم و حکومت نیز فراوان است که بهترین آن ها در نهج البلاغه است؛ چون حضرت امیر المؤمنین (ع) خود نیز متصدی بود. مسئولیت حکومت اسلامی جلوگیری از محرمات و اجرای واجبات، بعد نظام اقتصادی و فرهنگی و سایر نظام هایی باشد که اراده شده است.

لذا بر مبنای اصل ولایت فقیه در زمان ما اقتضا می کند که ما مجموعه نظام های دینی را به لغت واضح بنویسیم یعنی اگر بنا باشد در زمان یک توضیح المسائل^۱ نوشته شود باید فکر عوض شود و مجموعه ای هماهنگ با اشراف کامل نوشته شود نه این که پیوسته یک بخش را کم و یک بخش را زیاد کنیم. باید برنامه ریزی جامعی باشد که هم نظام فرهنگی اسلام، هم نظام اجتماعی، هم نظام سیاسی، هم نظام عبادی و هم نظام آموزشی اسلام مثل اجتهاد و تقلید در بر بگیرد و هم با ادبیاتی نوشته شود که مثلاً در حد دانشجویی باشد و خیلی عوامانه نباشد مثل توضیح المسائل فعلی که حالت عامیانه اش زیاد است.

ضرورت تحقق عینی اخلاق و نظام اخلاقی

ما اساس «نظام قانونی» را قبول کردیم البته بحث اخلاقیاتش هم در جای خودش هست، در این که اولاً اسلام مبتنی بر اخلاق است و این اخلاق باید از جهات مختلف تکمیل می شد. ما در «بعثت لأتمم مکارم الأخلاق»، بحثی را مطرح کردیم که تتمیم مکارم اخلاق به چه معناست و حدود ده احتمال را بیان کردیم که یکی از آن ها این بود که به عکس این تصور که احکام را اخلاقی می کند، خود اخلاق جنبه عینیت پیدا کند، مثلاً فقط توصیه اخلاقی نباشد که دروغ نگویند یا غیبت نکنید، بلکه در جامعه عینیت پیدا کند که مردم دروغ نگویند.

«تتمیم» بدین معناست که ما احکام و شریعت را من حیث المجموع در عقاید و افکار و اندیشه ها و اخلاق و فقه و قانون چنان تنظیم کرده ایم که اصول اخلاقی تتمیم شود و تمامش به تنفیذش است نه به این که بگوییم: دروغ بد است. تمام یک شیء مثل علت غایی است، مثلاً غایت ساخت صندلی نشستن روی آن است حال اگر نقشه صندلی را بکشید اما آن را نسازید فایده ای

۱. در زمان آقای بروجردی (حدود ۵۵ سال قبل در قم) آقای که معلم دبیرستان بود توضیح المسائل را به ادبیات عامیانه یا فولکوریک نوشت، و بعد آن را با کتاب منتخب المسائل آقای بروجردی که در زمان ایشان چاپ شد تطبیق کنند. این کتاب بسیار جا افتاد و توضیح المسائل قدم خوبی بود که همان مسائل را به لغت واضح بیان می کرد.

ندارد. یکی از معانی متمیم اخلاق این است که مکارم اخلاق^۱ در جامعه پیاده و محقق شود، اگر غیبت، خیانت، ایذاء و غیره بد است در جامعه محقق نشود. «بعثت لأتمم مکارم الأخلاق» اشاره به این است که اولاً اخلاق در فطرت انسان‌ها هست لکن این اخلاق باید به مرحله فعلیت برسد. مهم نیست که شما بگویید: دروغ یا خیانت یا ایذاء همسایه بد است، این شریعت چون شریعت خاتم است یکی از خصائصش آن است که آمده است اخلاق را تمام کند و تمام هر چیز به حسب خودش است، تمامیت اخلاق در این شریعت مقدسه به آن است که مکارم اخلاق در جامعه پیاده شود. اما اگر مثلاً شما فقط جلسات علمی بگذارید و کتاب و مقاله بنویسید که صدق یا ادای امانت خوب است، این برای متمیم اخلاق کافی نیست، متمیم اخلاق به تحقق خارجی آن است و باید در خارج عینیت پیدا کند بر خلاف این پندار که می‌گوید: احکام، هم اخلاقی است و دنبال اجرا نیست. البته معانی دیگری هم از آن حدیث شریف به ذهن ما رسیده است اما یکی از آن‌ها که مناسب با بحث ماست این معنا است.

تناسب «احکام السلطانی بودن لا ضرر» با «نظام قانونی»

مشهور علمای ما «لا ضرر و لا ضرار» را همچون «أوفوا بالعقود» ناظر به مقام تشریح گرفته‌اند ولی مرحوم شیخ الشریعه می‌گوید: لا ضرر مخصوصاً با توجه به قصه سمره، مربوط به سازوکارهای اجرایی یا به تعبیر دیگر از احکام سلطانی است. البته آقای خمینی (ره) هم با ایشان موافقت اما معروف با ایشان موافقت نکرده‌اند، آقای سیستانی استاد ما هم می‌گفتند: لا ضرر به احکام می‌خورد لا ضرار به احکام سلطانی. در مجموع در صد سال اخیر در حوزه‌های ما غیر از بحث‌های اصلی در لا ضرر و لا ضرار این بحث هم مطرح شده است.

به‌هرحال یکی از خصائص «نظام قانونی» این است که باید پیاده شود و طبیعتاً برای پیاده‌شدن سازوکارهای مناسب خودش را در نظر دارد، که در نظام «عبد و مولا» شاید این خصلت نباشد. مرحوم شیخ الشریعه نخستین کسی است که می‌گوید: «لا ضرر برای احکام سلطانی است».^۲ یعنی جزو سازوکارهای اجتماعی تطبیق احکام است؛ چون ما متنی داریم که اهل سنت آن را به این شکل

۱. البته در معنای اخلاق دو تصور است که فقط شامل صفات نفسانی است یا شامل افعال هم می‌شود که شاید بیشتر بتوانیم بگوییم: هر دو را می‌گیرد هم صفات نفسانی مثل شجاعت و هم افعال مثل صدق را می‌گیرد.

۲. تأثیر افتتاح سیاسی در رشد علمی

اهل سنت از همان اوایل احکام سلطانی نوشته‌اند برای مثال ابویوسف در زمان موسی بن جعفر (ع) و حضرت رضا (ع) بحث اموال را خطاب به هارون نوشته است اما ما هنوز هم بحث اموال را نداریم؛ چون نظام سیاسی در دست آن‌ها بود و ما نظام سیاسی نداشتیم، از این رو در هر فتره‌ای که نظام سیاسی یا گشایش سیاسی بود شیعه کارهای علمی خوبی کرده است. مثلاً از ورود آل بویه به بغداد در سال ۳۳۴ - که حدود ۱۱۰۰ سال پیش است - تا حدود سال ۴۵۰ که آمدن ترکان سلاجقه به بغداد است که سنی‌های متعصبی بودند و امور را در بغداد عوض کردند و شیخ طوسی هم در آن زمان از بغداد خارج شد و به نجف رفت، بیشترین آثار علمی ما مرهون همین فتره است و حتی اگر از زمان آمدن کلینی به بغداد که حدود سال ۳۲۰ بود را نیز حساب کنیم یک فتره ۱۳۰ ساله بیشتر نیست اما معظم آنچه ما در رجال، فهرست، فقه مقارن، فقه تفریعی، فقه مآثور و کلام داریم برای همین زمان است. (البته در تفسیر کتاب شیخ چندان مؤثر نبود و مجمع البیان تأثیرگذارتر بود شیخ «اجمالاً» در تفسیر تأثیرگذار است.) یعنی بیشتر معارف ما برای این دوران است. بعد هم با آمدن صفویه بعد از سال ۹۰۰ مثلاً وافی، وسائل، بحار برای این زمان است، بجز علوم عقلی مثل اسفار و این‌ها که برای همین زمان است کتب فقهی مهم ما نیز برای همین زمان است. غرض این که طبیعت بحث سیاسی چنین است و اختصاص به زمان خاصی ندارد که وقتی نوعی فضای سیاسی یا گشایشی می‌شود و وقتی یک نظام سیاسی سر کار می‌آید که حالت دینی خودش را حفظ می‌کند برای رشد فکر و فرهنگ بسیار نافع است و ما شیعه این چنین بوده‌ایم البته نه به این معنا که هرچه داریم برای این فتره‌هاست چون مثلاً علامه و محقق در این فتره‌ها نیستند ولی در این فتره‌های سیاسی حوزه‌های علمی و معارف دینی رشد فوق العاده‌ای می‌یابد. الآن هم که زمانه عوض شده است خیلی زمینه‌ها هست؛ هم جهانی شده است هم به خیلی از مصادر و نسخ خطی فراوان اطلاع پیدا کرده‌ایم که فکر نمی‌کنم شیعه هرگز این اندازه دسترسی به نسخ خطی در سطح جهانی

ندارند که حضرت در قصه سمره با تمسک به لا ضرر گفتند: باید این ضرر برداشته شود؛ «إنک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار»، و بعد هم حضرت به آن انصاری فرمود که برو درخت را بکن و به طرف خودش بینداز.

نمونه هایی از جمع میان ادله از فروع «لاضرر و لاضرار» در مقام سازوکارهای اجرایی

نمونه اول

در آیه مبارکه هست: «أسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم»^۱ حال اگر سکن را کنایه از نفقه بگیریم مرد باید نفقه زن مطلقه‌اش را در ایام عده بدهد مردی که زنش را طلاق داده است به‌ویژه اگر اوایل حمل زن باشد تا نه ماه در عده است و باید نفقه این نه ماه را بدهد، طبیعتاً این سؤال پیش می‌آید که ممکن است نفقه را ندهد یا اذیت کند.

نکته اول این است که یک دلیل هم داریم: «إنما الصدقات للفقراء»^۲، مثلاً این زن محتاج است و شوهر نیز نفقه‌اش را نمی‌دهد، چه نسبتی میان این دو دلیل است: دلیلی که می‌گوید: نفقه را بدهد و دلیل «إنما الصدقات للفقراء»؟ از آن طرف هم داریم: نفقه والدین بر فرزند است و بالعکس. پس ما در اینجا سه دلیل داریم: یکی پرداخت نفقه زن در ایام عده بر عهده شوهر سابق است، یکی فرزند باید نفقه والدین را در صورت نیاز بدهد یکی هم دلیل صدقات عامه. حال اگر شوهر نداد اولاً ما این سه دلیل را چگونه معنا کنیم؟ آیا ما بین این سه مخیریم؟

وقتی شما طبق «نظام قانونی» معنا کردید - غیر از این نکته که نفقه شوهر حالت دین و ذمه دارد، نفقه بر فرزند حالت تکلیف دارد که وارد بحثش نمی‌شوم - با ارتکاز قانونی می‌فهمیم که اگر این سه عنوان بود چون این ایام خاص است و هر زنی همیشه در عده نیست، دلیل «أسکنوهن» مقدم است. پس اساساً باید شوهر نفقه‌اش را بدهد، نه فرزند و نه از طریق نفقات عامه. حال اگر شوهر نداشت یا شوهرش مرد، در اینجا نوبت به پسر می‌رسد و نوبت به نفقات عامه نمی‌رسد؛ چون عنوان پسری و امومت دو عنوان ذاتی هستند و بر عناوین عرضی مثل فقیر، مقدم‌اند و اگر پسر نداشت آنگاه نوبت به صدقات می‌رسد. پس باینکه این سه دلیل، مطلق‌اند نوعی آن‌ها را مرتب می‌کنید.

نکته دوم این است که اگر شوهر بود و پول هم داشت ولی نداد مثلاً مخفی شد در اینجا نوبت به بحث تطبیق نظام می‌رسد، ممکن است نظام به پسر بگوید: تو بده ما بعد، از شوهرش می‌گیریم؛ چون تکلیف بر اوست و بر پسر نیست لذا حاکم موقتاً از پسر قرض می‌گیرد و چون شوهر ابا کرده و عملاً انجام نداده وقتی که پیدا شد به زور از او می‌گیرد بلکه اگر به‌عنوان تمرد در مقابل نظام باشد زیاده‌ای هم از او به‌عنوان کیفر گرفته شود. یعنی وقتی شارع می‌گوید: شوهر باید نفقه زن در ایام عده را بدهد طبیعتاً این مسأله در مقام اجرا با مشکلاتی مواجه است و ممکن است شوهر ندهد یا اذیت کند، لذا بلافاصله بعد از آیه «أسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم»، می‌گوید: «و لا تضاروهن لتضیقوا علیهن» یعنی به زن‌ها ضرر نزنید یعنی گویا این ارتکاز بوده است که این حکم طبیعتاً اقتضا می‌کند که شوهر اذیت کند. «لا تضاروهن» مثل احکام سلطانی است که می‌گوید: لا ضرار، ما این همه احکام در قرآن داریم و در سوره طلاق عده‌ای از احکام مثل «لا تخرجوهن من بیوتهن» است و بعد از آن آمده است: «أسکنوهن من حیث سکنتم و لا تضاروهن» این می‌خواهد دست حکومت را در مقام اجرا باز کند و سازوکارهایی در نظر

داشت. امروزه انحاء امکانات در اختیار قرار گرفته و فرصت بسیار خوبی است که به‌خوبی باید از آن استفاده کرد. به قول نظامی فرزند زمان خویشتن باش یا به تعبیر روایات العالم بزمانه لا تهجم علیه اللوایس، فرزند زمان‌بودن نیز این اقتضا را می‌کند که آن را به صورت مجموعه‌ای مطرح کنیم.

۱. طلاق: ۶

۲. توبه: ۶۰

بگیرد که شوهر ایجاد نقص نکند، چون طبیعی است که این شوهر مشکل ایجاد کند و مثلاً بگوید: چرا نفقه زنی را که از او جدا شده‌ام هشت ماه باید بدهم هیچ فایده‌ای هم برای من ندارد.

نمونه دوم

عجیب است که شبیه این مطلب در آیه «و الوالدات یرضعن أولادهن»^۱ هم آمده است. ما سابقاً بحث فقهی این آیه را کردیم ولی برای ما جای سؤال بود که چرا اندکی بعد از این حکم می‌گوید: «لا تضار والدۀ بولدها» چون به‌طور طبیعی مادر به بچه ضرر نمی‌زند!

اگر ما باشیم و ظاهر این آیه مبارکه، ابتدائاً به ذهن ما می‌رسد که این آیه در بیان وظیفه مادر است که باید بچه‌اش را شیر بدهد چه شوهرش باشد و چه نباشد، ولی ظاهر آیه مبارکه در طلاق است؛ چون آیات قبل و بعد از آن در طلاق است. اگر ما باشیم و ظاهر سیاق مورد آیه زنان مطلقه هستند به‌ویژه زنی که عده‌اش به حمل است به مجرد وضع حمل گرچه در حال نفاس باشد می‌تواند ازدواج کند، لذا در ابتدای آیه تعبیر به والدات شده است نه به ازدواج، و در ادامه آن نیز گفته است: «لا تضار والدۀ بولدها و لا مولود له بولده»، و نگفته است: أبوه یا زوجها، باینکه مراد پدر یا شوهر است. پس ظاهر آیه مبارکه این است: زنی که وضع حمل کرده و از عده خارج شده است گرچه می‌تواند ازدواج کند باید حق رضاع بچه را مراعات کند و رضاعش را ادامه بدهد و نگوید: من ازدواج کرده‌ام و این بچه برای شوهر قبلی‌ام است و من دیگر کاری به او ندارم. ظاهر آیه این است حق طبیعی برای مادر است گرچه از شوهرش جدا شده باشد و بقیه یعنی زنی که شوهرش هست الحاقی است. پس اگر زن ازدواج کرد و مثلاً بعد از نه ماه بچه‌دار شد باز باید دو سال شیردهی بچه قبلی را کامل کند، این حق الهی است. نهایتش این است که از شوهر سابق پولش را بگیرد «و علی المولود له رزقهن». لذا به ذهن ما می‌رسد که «لا تضار» در اینجا برای بیان همین نکته آمده است. ارضاع هم در اینجا مجموعه نگهداری است فقط شیر نیست می‌خواهد مثلاً در پستانک بریزد به او بدهد.

این که زن بعد از انقضای عده تا دو سال ملتزم به اداره بچه شود در معرض شبهه است لذا در اینجا آیه آمده است که «لا تضار والدۀ بولدها» یعنی طبیعت چنین حکمی با مشکلات اجرایی روبروست و ممکن است زن سهل‌انگاری کند و بگوید: من مشغول هستم به من چه ربطی دارد یا امروزه بگوید: بچه را پرورشگاه بگذارد. ما سابقاً خود آیه را بحث کردیم و همیشه برای ما عجیب بود که در اینجا چرا «لا تضار والدۀ بولدها» آمده است؛ چون روشن است که مادر که ضرب المثل مهربانی است به بچه‌اش ضرر نمی‌زند ولی بعد که با سیاق آیات نگاه کردیم دیدیم این مثل «أسکنهن» است که بعدش «لا تضاروهن» است.

نمونه سوم

در قرآن آیه دیگری هم داریم که بزرگ‌ترین آیه قرآن است می‌فرماید: «و لا یضار کاتب و لا شهید»^۲. البته یک حکم «لا تمسکوهن ضرارا»^۳ هم آمده است. این چهار آیه در قرآن به‌عنوان «لا ضرار» بعد از حکم آمده است. به نظر من «لا ضرار» در چنین جاهایی ناظر به جنبه سازوکار اجرایی است، یعنی حاکم باید کاری کند که به آن بچه ظلم نشود ولو مادر حق ازدواج دارد و دوباره بچه‌دار می‌شود، یعنی شارع این حقوق را مراعات می‌کند و نمی‌گوید: تا دو سال ازدواج نکن یا بچه‌دار نشو تا به این بچه شیر بدهی، لذا گفت: و لا تضار، مادر به بچه‌اش ضرر نرساند.

۱. بقره: ۲۳۳

۲. بقره: ۲۸۲

۳. بقره: ۲۳۱

آنگاه نکته اساسی این است که ما این همه احکام در قرآن داریم اما چرا در سازوکارهای آنها فقط در چهارجا «لا ضرار» آمد؟ از اینجا معنای حدیث پیامبر(ص) روشن می‌شود که فرمود: «لا ضرر و لا ضرار»، یعنی این را در کل احکام آورد. حکمی در فریضه آمده بود و حکمی در سنت پیامبر(ص) آمده است، بخشی از سنت چنین است که در قرآن یک یا دو مورد آمده است و در سنت آن را توسعه داده است مثلاً در قرآن خواهر و مادر رضاعی آمده لکن در سنت آمده است: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. ما این ساز و کار اجرایی را در سه حکم دیدیم لا تضار والده بولدها، لا یضار کاتب و لا شهید، لا تمسکوهن ضرارا، و لا تضاروهن لتضیقوا علیهن.

اگر در زمان نزول قرآن می‌خواستند معنای الحاق ضرر به دیگری را برسانند آن را به باب مفاعله می‌بردند ولی در زمان امام صادق(ع) با باب «اضرار» می‌گفتند و الآن نیز همین باب اضرار را به کار می‌برند یعنی در زمان نزول قرآن مضاره است اما بعد از آن باب اضرار است مثل من أضر بطریق المسلمین؛ چون گاهی در لغت حتی هیئات نیز به مرور زمان دستخوش تغییر می‌شود. پس تا اینجا روشن شد که این نظام، «نظامی قانونی» است که حتی بخش سازوکارهای اجرایی هم در آن لحاظ شده است. یکی از نکات مهم این سازوکارهای اجرایی ایذاء و مضایقه و کمبود و کمی است، «ضرر» به معنای کمی است و «حرج» به معنای حالت فشار و حالت ناراحتی نفس است. این دو را شارع مقدس در چهار مورد بعد از حکم آورده است و در سنت پیامبر اکرم(ص) حکم کلی آمد که «لا ضرر و لا ضرار» یعنی این در کل احکام می‌آید. چون در بعضی از روایات ما دارد که تفویض به رسول الله(ص) از خصائص این دین است و خداوند در شب مبعث تمام مصالح امت را تا روز قیامت به رسول الله(ص) نشان داد لذا اجازه تشریح به ایشان داده شد. آنچه که در وحی الهی بود آن چهار مورد بود. در سنت پیامبر(ص) - که البته پیامبر(ص) آینه وحی است - اضافه شد و فرمود: لا ضرر و لا ضرار.

ما در بحث اصول گفتیم: در کتب حدیث ما و چه اهل سنت، بیشتر «لا ضرر و لا ضرار» مطرح است اما از قرن دوم (سال‌های ۱۳۰-۱۴۰) در فقه یک قید «فی الإسلام» هم به آن اضافه شد؛ چون این تعبیر قانونی‌اش روشن‌تر است. پس درحقیقت وضع «لا تضار» روشن شد و آن نکته فنی هم روشن شد که این شریعت حالت نظام دارد مطالبی را که جعل می‌کند باید سازوکارهای مناسبی را ارائه دهد تا این عمل در خارج محقق شود.

نمونه‌هایی از فقه ولایی در روایات رسول الله(ص) و اهل بیت(ع)

انصافش این است که اصول اهل سنت غیر از مشکلات متعددی که دارد در ریشه‌هایش هم ناقص است؛ چون آنها روی فقه استنباطی و سنن می‌رفتند درحالی‌که اهل بیت(ع) شأن ولایی هم داشتند. البته حتی خود اخباریان بعدها روایاتی را که ما فکر می‌کنیم روایات ولایی باشند بر احکام استنباطی حمل کردند که این دو در نتیجه بسیار متفاوت هستند؛ که در اینجا با بیان مثال‌هایی این مطلب را توضیح می‌دهیم.

امر علی بن یقظین به ترک متعه

برای مثال حضرت موسی بن جعفر(ع) به علی بن یقظین فرمود: وضع تو که وضع مالیات خوب است نیاز به متعه نداری. اصحاب ما حتی مثل صاحب جواهر از این روایت یک حکم شرعی درآوردند مبنی بر این که اگر کسی وضع مالیات خوب باشد و بتواند کنیز بخرد متعه برایش مستحب نیست. درحالی‌که آن حکم شخصی است نه کلی؛ چون علی بن یقظین وزیر هارون و ملجأ و پناهگاه شیعه بود اگر به عمل مستحب دست می‌زد شیعه پناهگاهش را از دست می‌داد. امام می‌فرماید: آنچه تو از متعه

توقع داری با کنیز هم برآورده می‌شود لذا داعیه‌ای نداری که برای شیعه دردسر درست شود. لذا از این حکم کراهت متعه در صورت امکان خرید کنیز در نمی‌آید.

نهی از کشتن الاغ‌های اهلی در جنگ خیبر

در جنگ خیبر چون رزمندگان غذایی نداشتند الاغ‌ها را کشتند و خوردند. اما چون می‌خواستند غنایم خیبر را با الاغ‌ها به مدینه برسانند که ۲۵۰ کیلومتری خیبر بود و وسیله نداشتند حضرت فرمود: الاغ‌های اهلی (الحمر الأهلیه) در مقابل حمر وحشیه است که ما به آن‌ها گور خر می‌گوییم) را نکشید. مشهور اهل سنت گفتند: به خاطر همین روایت گوشت الاغ حرام است، و تا عام خیبر جایز بود بعد از آن زمان حرام شد. در روایات ما دارد که نهی پیامبر(ص) موقت و به خاطر حمل و سائل بود.

البته این هست که پیامبر(ص) دو نحو حق تشریح داشته است: یک نحوه دائمی مثل این که دو رکعت به نماز ظهر و عصر و عشا و یک رکعت به مغرب اضافه کرد. یک حق تشریح موقت هم داشته است که در هر دوی آن‌ها تعبیر به «قضی» شده است. این قضی رسول الله(ص) یکی از مناشیء اختلاف بین فقها فیما بعد شده است که از قبیل احکام دائمی یا احکام موقت یا به اصطلاح ما از قبیل احکام حکومتی یا احکام ولایی است در مقابل احکام استنباطی. اصل این تعبیر هم قرآنی است: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ»^۱ در اینجا کلمه قضی آمده است. در قضای الهی قضای موقت معنا ندارد اما در قضای رسول الله(ص)، یعنی تشریح دائمی و موقتی معنا دارد قضی به معنای رفع خصومت هم معنا دارد.

جعل زکات بر خیل در زمان امیرالمؤمنین(ع)

در روایت ما دارد که امیرالمؤمنین(ع) برای اسب، زکات قرار دادند؛ اسب عربی دو دینار، اسب عادی یک دینار. کتاب‌های ما مثل عروه و شروح عروه نوشته‌اند: «یستحب الزکاة فی الخیل». چرا؛ چون در روایات ما دارد: که «فرض الله الزکاة... و سنها رسول الله ص فی تسعة أشياء و عفا رسول الله (ص) عما سواهن»^۲، از آن طرف دارد: امیرالمؤمنین(ع) زکات در خیل را قرار داد^۳، پس اگر این دو را باهم جمع کنیم نتیجه‌اش استحباب زکات در خیل است. در مورد اسب هیچ یک از اهل سنت نگفته‌اند: پیامبر(ص) از اسب زکات گرفت. البته درباره عمر نقل شده است: اولین کسی است که زکات را بر خیل قرار داد^۴ اگر ما در زمان امیرالمؤمنین(ع) بودیم یا در زمان ما امام یا ولی فقیه بگوید: اینقدر زکات برای اسب بدهید، می‌گوییم: این واجب است نه مستحب. اگر امام امر ولایی کرد واجب است وگرنه استحباب هم ندارد. بله استحباب صدقه را داریم که حدی هم ندارد گرچه

۱. احزاب: ۳۶

۲. رک: الکافی، ج ۳، ص ۵۰۹.

۳. «علیُّ بنُ إبراهیمَ عنُ أبیه عنُ حمادِ بنِ عیسی عنُ حریرِ بنِ مُحمَّدِ بنِ مُسلمٍ وَ زُرَّارَةَ عَنْهُمَا جَمِیعاً قَالَ وَضَعَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ صَ عَلَی الْخَيْلِ الْعِتَاقِ الرَّأعیَّةِ فِی كُلِّ فَرَسٍ فِی كُلِّ غَامٍ دینارَینِ وَ جَعَلَ عَلَی الْبَرَادِینِ دیناراً». الکافی، ج ۳، ص ۵۳۰، بابُ مَا یَجِبُ عَلَیهِ الصَّدَقَةُ مِنَ الْخَیَوَانِ وَ مَا لَا یَجِبُ، ح ۱.

۴. همچنین راجع به عمر نقل کرده‌اند که پیامبر(ص)، عشر را برداشتند. در نامه‌هایی که به اهل یمن نوشتند لا تعشروا، عشر ندهید ده درصد ندهید گفتیم: مالیات متعارف در عرب قبل از اسلام ده درصد بود پیامبر ص رسماً در سال هفتم نوشتند عشر ندهید. بعد در سال هشتم پیامبر ص عشر را در یک قسمت از زکات زمین قرار دادند که زراعت بود از آسمان آبیاری شود وگرنه پنج درصد است و فرض کنید در یک قسم غلات و بقیه که طلا و نقره و اسب باشد هیچکدام ده درصد نیست طبیعت زکات روی دو و نیم درصد است در مواردی هم به یک درصد می‌رسد پنج درصد هم یکی در غلات داریم. باز عمر عشر را گذاشت عمر عشر را در تجارت خارجی گذاشت مثلاً کسی از حجاز به عراق می‌رفت در مرزها طنابی گذاشته بودند که یکی یکی رد می‌شدند و ده درصد می‌دادند در بعضی روایات اهل سنت که اصحاب الجبل دارد، کنایه از گمرک است. این از کار عمر بود. یکی از کارهای دیگرش زکات روی اسب بود که این‌ها اسمش را زکات گذاشتند اما درحقیقت زکات نیست؛ چون زکات متعارف نصاب دارد عفو دارد حساب دارد این که از هر اسبی یک یا دو دینار می‌گرفت درحقیقت یک نوع مالیات بوده است ولی چون عنوان دینی داشت اسمش را زکات گذاشتند.

بگوید: در هر اسب یک دینار صدقه بدهید، شخص می تواند پنج دینار بدهد، بگوییم: در اسب مستحب است یک دینار، کذا باشد دو دینار. پس احتمال دارد که این امر امام امر ولایی باشد همچنانکه همه اوامر رسول الله (ص) امر تشریحی دائمی نیست و کار امیرالمؤمنین (ع) نیز قطعاً امر ولایی است. شکل و چگونگی جعل آن هم به زکات نمی خورد زکات حساب و قواعد و عفو دارد در آن ندارد، در آن می گوید: هر که یک اسب داشت اینقدر، در شتر هم چنین چیزی نداریم که برای یک شتر زکات قرار داده شده باشد، لذا به ذهن ما می رسد زکات در اسب به این کیفیت حمل بر حکم ولایی می شود.

آمیختگی فقه ولایی و استنباطی

پس متأسفانه به سبب تأثر ما به اهل سنت مرزهای «فقه ولایی» و «فقه استنباطی» در فقه و اصول شیعه تنقیح نشد، بعد هم در «فقه ولایی» هدف این بود که این «فقه ولایی» کاملاً با «فقه استنباطی» آمیخته شود. برای مثال امیرالمؤمنین (ع) نامه هایی به محمد بن ابی بکر دارد که در کتاب غارات آمده است از جمله در آنجا دارد: «الوضوء اثلاثاً...»، خیلی عجیب است وضو چه ربطی به حکومت دارد؟ همچنین نامه ای است از امیر المؤمنین ع به رفاعه بن شداد والی حضرت در اهواز، که تکه هایی از این نامه در کتب ما به صورت پراکنده موجود است مخصوصاً در دعائم زیاد است. اخیراً رفیق بزرگوار و محقق بزرگوار آقای سید محمد رضا جلالی یک نسخه خطی از آن را پیدا کردند که متن کامل نامه را داشت و چاپ کردند. البته این نسخه ارزیابی علمی اش ضعیف است؛ چون ندارد که از کجا گرفته اند و چندان هم نفیس نیست، نسخه نسبتاً جدیدی است، ولی نامه بسیار لطیف و زیبایی است، در آن نامه تعبیری دارد به این مضمون که «أن الماء الجاري لا ینجسه شیء» بحث ماء جاری در نامه حکومتی چیز بسیار عجیبی است که تا مدتی فکر مرا به خود مشغول کرده بود.

لفظ آب جاری در روایات

نکته اش این است که چون کلمه آب جاری و آثار آن در کتب فقه ما آمده است تا جایی که من در روایات نگاه کردم ما تعریف آب جاری نداریم. در روایات ما کلمه ماء جاری دو بار آمده است: ۱. (ماء الحمام) هو بمنزلة الجاری^۱ که تفسیر جاری روشن نیست. ۲. روایتی است صحیحه از محمد بن مسلم که در آن سؤال از شستن لباس آلوده به بول شده است امام می فرماید: «اغسله فی المرکن مرتین فإن غسلته فی ماء جار فمرة واحدة»^۲، که ظاهراً مرکن حوضچه های ثابتی بوده است که در حد کر بوده است. منشأ این که اصحاب ما بین آب کر و جاری فرق گذاشته اند همین روایت است. کیفیت شستن در آب کر و جاری همین است که مثلاً لباسی که بول به آن خورده است در آب کر دو مرتبه و در آب جاری یک مرتبه شسته می شود. البته ما در محل خودش در فقه قرائنی اقامه کردیم که این بخش از حدیث «فإن غسلته فی ماء جار فمرة واحدة» ثابت نیست و به اصطلاح آقایان حدیث مدرج است که در اصل حدیث نبوده است و آن را روایت بعداً اضافه کرده اند و همان بخش اولش درست است. اما دیدم در رساله رفاعه این مطلب آمده است ما از این متن قدیم تر درباره ماء جاری نداریم. وقتی من آن را خواندم یک شبهه قوی در ماء جاری بود و تا جایی که من دیده ام لفظ جاری و نه جری، فقط این دو مورد در روایات ماست.

حقیقت آب جاری

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۳۷۸، باب دخول الحمام، ح ۲۸: أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع مَا تَقُولُ فِي مَاءِ الْحَمَامِ قَالَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْجَارِي. ۲. تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۵۰، باب تطهير الثياب وغيرها من النجاسات، ح ۴: مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ السُّدْرِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلَاءِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ التَّوْبِ يُصِيبُهُ الْبَوْلُ قَالَ اغْسِلْهُ فِي الْمُرْكَنِ مَرَّتَيْنِ فَإِنْ غَسَلْتَهُ فِي مَاءِ جَارٍ فَمَرَّةً وَاحِدَةً.

البته بحث لطیفی هم دارد یعنی لطیف‌ترین بحثش حقیقت آب جاری است. آقایان ماء الحمام را مثل خزینه‌های قدیم گرفته‌اند که از یک خزینه لوله‌کشی بود (لوله یا غیر لوله)، به حیاض صغار، هر کسی پای یکی از حوضچه‌های کوچک می‌نشست. این بحث بود که وقتی شما این آب را باز می‌کنید که از مخزن می‌آید جاری است یا نه، این حکم آب لوله‌کشی را دارد. اگر این تفسیر مراد باشد این می‌شود. در همین آب لوله‌کشی امروزی، هم همین بحث هست، مخزن آبی است که به خانه وصل است آب را که باز می‌کنید آیا این حکم آب کر را دارد یا حکم آب جاری را؟ در آن روایت ماء الحمام از آن فهمیده‌اند حکم آب جاری را دارد از آن طرف گفته‌اند: قاعده اقتضا می‌کند این آب جاری نباشد، چون در تعریف آب جاری گفته‌اند آبی است که اگر از آن برداریم دومرتبه جایش را پر کند، شما آب لوله‌کشی را که برمی‌دارید باید دوباره آب در آن بریزند و گرنه خودش پر نمی‌شود، پس این آب کر می‌شود. اگر توضیح المسائل فعلی مراجع را نگاه کنید به خاطر آن روایت عده‌ای تصریح کرده‌اند که آب لوله‌کشی داخل حمام حکم آب جاری را دارد و بیرون حمام حکم کر را دارد.

امیرالمؤمنین (ع) در این نامه‌ای که برای والی اهواز نوشته‌اند من برای آن نظیر در روایاتمان یا روایات اهل سنت پیدا نکردم البته مسأله آب جاری را دقیق در فقه اهل سنت پیگیری نکرده‌ام، در مجموع نووی دیده‌ام که شافعی است. حتماً احناف دارند، از ابوحنیفه نقل کرده است ماء الحمام لیس بمنزله الجاری، ما از امام صادق (ع) نقل کرده‌ایم که بمنزله الجاری است.

دو تفسیر در آب جاری

چون حمام در مدینه یکجور و در کوفه یکجور بوده است و قائل کلام اهل مدینه و راوی آن اهل کوفه است لذا برای ما روشن نیست که کدام حمام مراد است روایت مشکلات خاص خودش را دارد روایات حمام مجموعه روایاتی است که باید روی آن کار شود.

آب جاری را می‌شود دو گونه معنا کرد: یکی همین معنای متعارف که در کتب ما آمده است: وقتی شما از آن برداشتید جای آن پر شود، پس اگر آب در مخزن آب ریختید ولو دویست کر باشد آب را که بردارید پر نمی‌شود. اما یک معنای دیگر آب جاری این است که مراد از آن این باشد که آبی است که می‌آید وقتی آن آب با نجس ملاقات می‌کند آب بعدی پاک است آب اول که با نجس ملاقات می‌کند می‌برد آب دوم پاک است لذا به یک بار پاک می‌شود، اگر این معنای آب جاری باشد آب‌های لوله‌کشی هم همینطور است ماء الحمام هم همینطور است اگر رود کمی هم باشد باز آب جاری است.

ظاهر عبارت رفاعه این است که این دومی جاری است البته علمای ما این را ننوشته‌اند و آب لوله‌کشی بین علما محل کلام است. الآن مشهور علما آن را کر می‌دانند عده‌ای هم تصریح کرده‌اند که آب لوله‌کشی بیرون حمام کر است داخل آن جاری است به خاطر تعبد. اما اگر تفسیر دوم را گرفتیم آب لوله‌کشی هم جاری است و دو بار شستن لازم نیست البته فتوا بر این است که دو بار بشوید چون کر گرفته‌اند.

عبارت نامه رفاعه در ذهنم نیست لکن احساس من این بود که همین معنای دوم، بمنزله الجاری، به این معنا که آب حمام که در روایت امام صادق (ع) هم همینطور است، آنگاه این با آن تفکرات ما در آب جاری نمی‌سازد؛ تفکرات ما در باب جاری این شده است که باید منبع داشته باشد وقتی آن را برمی‌داریم باید جایش پر شود پس آب لوله‌کشی از این قسم نیست داخل در کر می‌شود در کر دو بار در جاری یکبار.

غرض این که این مسأله همیشه برای من سؤال بود امام در نامه به حاکم اهواز حکم آب جاری را بیان می‌کند یا در نامه به محمد بن حنیفه حکم وضو را بیان می‌کند که چند مرتبه باشد. ما اگر بخواهیم حدود «فقه ولایی» را بسیار ظریف و دقیق بیان کنیم بهترین راه امیرالمؤمنین (ع) است؛ چون خود حضرت متصدی حکومت بودند بیشترین قسمت‌ها در وظیفه حاکم و خصوصیات

در کلمات ایشان است، آنچه که در نهج البلاغه یا مجموعه کلمات ایشان و به قول امروزی در مستدرک نهج البلاغه آمده است روشن می‌کند و تعجب‌آور است که حضرت در نامه‌شان به مصر «فقه استنباطی» را با «فقه ولایی» کاملاً ممزوج کردند.

وظیفه فقیه در زمان ما

امروز هم طبق نظریه ولایت فقیه - ولو در حدودی که ما قائل هستیم - باید این دو قسم باهم ممزوج شوند، نه این که «فقه ولایی» را یک طرف بگذاریم و «فقه استنباطی» را یک طرف و بگوییم: این آقا برای «فقه ولایی» و این آقا برای «فقه استنباطی»، خیر، باید انسجام و هماهنگی کامل میانشان برقرار شود. مثلاً بگوییم: حکم اولی مسأله این است لکن الآن من اینچنین می‌گویم البته نه به آن شکلی که آن دومی می‌گفت: رسول الله (ص) اینطور گفت و من اینطور می‌گویم! تازه می‌گفت: احکام جزایی هم دارد، متعه را حرام کرد، کسی هم انجام داد شلاق می‌زد، حقیقت «فقه ولایی» این نیست، بلکه اگر یکی از احکام اولیه فقهی با مشکل اجرایی روبرو شد در آنجا حاکم باید وسائلی را به کار بگیرد تا مشکل را بردارد، متناسب با شرایط زمان و مکان و خصوصیات، مخصوصاً با فضای موجود جهانی. سابقاً بیشتر فقط جوامع خودمان بود الآن فضای جهانی هم باید حساب شود، این‌ها از هم جدا نشوند باید جوری شود که کاملاً باهم هماهنگ باشند. یعنی احکام «فقه ولایی» باید هم نظم و نظام و ارتباطش با یکدیگر محفوظ باشد و هم با مجموعه احکام «فقه استنباطی» منتظم باشد، یک فضای عام باید درست بکنیم. فرض کنید که زکات بگیرد و مالیات، این‌ها را باید منسجم انجام دهد، نه اینکه بحث زکات را یک قسمت قرار بدهد بحث مالیات را قسمت دیگری انجام دهد. یا مثلاً در خیلی از خصوصیات خمس مشکل داریم؛ چون روایات ما در خمس به مقداری نیست که الآن با آن روبرو هستیم. «فقه ولایی» می‌بایست دقیقاً بتواند مواردی را که در روایات است مشخص کند مقداری را که می‌خواهد جنبه ولایی پیدا کند یک نظم و فضای هماهنگ میان آن‌ها ایجاد شود.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين.