



فقه در آینه قلم

سال سوم / شماره سوم / پاییز ۱۳۹۹

فصلنامه (داخلی)

گروه علمی آموزشی فقه و اصول جامعة الزهراء ع

اعضای هیئت تحریریه به ترتیب حروف الفبا:

مصطفی جعفرپیشه، غلامحسن حیدری

زهره رجبیان، حسین رحیمیان، علی سائلی

محمدعلی سرافراز، معصومه سینی،

زهرا عزیزاللهی، منیر کبیر، سیدحسین نخلی

افتخار یوسفی

صاحب امتیاز:

جامعة الزهراء ع

مدیر مسئول:

مصطفی جعفرپیشه فرد

سردبیر:

زهرا عزیزاللهی

مدیر اجرایی:

محمد حسین زکی

قم، خیابان صدوقی، بلوار بوعلی سینا، جامعة الزهراء ع

صندوق پستی: ۳۷۱۸۵۳۴۹۳

تلفن: ۰۲۵۳۲۱۱۲۶۰۷

رایانامه: feqh.edu@jz.ac.ir

ایتا و سروش: @zaki222

قیمت: ۲۵۰,۰۰۰ ریال

راهنمای تدوین و تنظیم مقاله

الف) شرایط عمومی

مقالات ارسالی باید از صبغه‌ی -تحلیلی، ساختار منطقی و انسجام محتوایی برخوردار بوده، مستند و مستدل و با قلمی روان و رسا به زبان فارسی و یا عربی نگارش یافته باشد.

ب) نحوه تنظیم مقالات

۱. چکیده: آینه تمام‌نما و فشرده بحث است که باید در بردارنده عنوان و موضوع مقاله، قلمرو بحث، اشاره به مهمترین نتایج و رویکرد خاص و فهرستی از واژه‌های کلیدی، حداقل پنج واژه و حداکثر هفت واژه باشد و در ۱۲۰ تا ۲۰۰ کلمه ضمیمه شود.
۲. مقدمه: شامل خلاصه‌ای از بیان مسأله، اهمیت و ابعاد موضوع، اهداف پژوهش، سؤال‌ها و پیشینه پژوهش باشد.
۳. نتیجه‌گیری: شامل یافته‌های پژوهش به شیوه‌ای دقیق و روشن، تبیین میزان ارتباط یافته‌ها با اهداف پژوهش و ترجیحاً ارائه راهکارها و پیشنهادات.
۴. ارجاعات: ارجاع به منابع و مآخذ در متن مقاله، به شیوه‌ی درون متنی با فونت ۱۲ باشد، و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده، به شکل ذیل آورده شود:
- منابع فارسی و عربی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد، صفحه)؛ مثال:
(حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۸۳).
- منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف)؛ مثال: (plant-ing, 1998, p.71).
۵. فهرست منابع: در پایان مقاله، فهرست منابع الفبایی به ترتیب کتب، مقالات و سایت‌ها به صورت ذیل ارائه شود:

کتاب: نام خانوادگی^۱ و نام نویسنده، نام کتاب، نام مترجم یا مصحح، شماره جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر، تاریخ چاپ (ق / م).

ج) ارسال مقاله

فایل مقاله به دفتر نشریه و یا پست الکترونیکی مجله (feqh.edu@jz.ac.ir) (حتماً قید شود مربوط به نشریه گروه) با ذکر نام و نام خانوادگی کامل نویسنده، تحصیلات حوزوی و دانشگاهی، نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال شود.

۱. چنانچه نویسنده دارای القاب رایج است، حتماً داخل پرانتز بعد از نام خانوادگی لقب نوشته شود. مثال: مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین.

۵.....	سخن سردبیر.....
۱.....	برون‌رفت از چالش دیه‌ی ازاله‌ی پلک‌ها با استفاده از روش قرینه‌گرایی (موضوع ماده ۵۹۰ ق.م.ا.) /
۷.....	فرحناز قاسمی سراب بادیه
۳۵.....	بررسی فقهی «لزوم اذن زوج برای خروج از منزل» / امینه عماد الدین
۶۵.....	بررسی فقهی - حقوقی مالکیت‌های فکری و حق التالیف / سمیه سلطانی تیرانی
۹۹.....	فاصله بین دو عمره از منظر فقهای امامیه / ام کلثوم ایمانی
۱۲۵.....	تطبیق مبنای امتناع اجتماع امر و نهی در مسئله‌ی نماز در مکان مغضوب / نجمه صباغ‌پور.....
۱۴۹.....	ترجمه‌های عربی چکیده مقالات / ابراهیم حسن

سخن سر دبیر

با نام و یاد خداوند حکیم و با درود و سلام بر روح پاک شهداء عالم و علماء عزیزی که در کرونا به دیدار حضرت حق شتافتند.

در یک نگاه اجمالی مراحل رشد علمی را به چهار مرحله میتوان تقسیم کرد؛ مرحله نخست «شناخت اجمالی دانش» بوده و طالب علم در مسیر آشنایی اجمالی با آن دانش گام برمیدارد. مرحله دوم «درک و فهم دانش» است و شناخت تفصیلی مطلوب این سطح میباشد؛ اما مرحله سوم و چهارم بعنوان مراحل مهم و اصلی، «نقد و تحلیل» و «نظریه پردازی» خواهد بود. عنصر بسیار ضروری و اهم درین دوگام، «نباید»ی از جنس پرهیز از زود باوری است؛ این عنصر را مرحوم شیخ رحمته الله علیه در «مکاسب» و «رسائل» خود به خوبی تأمین و زود باوری را تضعیف مینماید؛ نهادینه شدن زود باوری شکست علمی را در پی خواهد داشت؛ در مقابل این «نباید»، «باید» را آخوند رحمته الله علیه ارائه میدهد؛ قدرت جمعبندی و یافتن میانبر؛ در کلمات معطل نمیکند و تصویری قوی از اعتماد به نفس به تصویر میکشد؛ و در نهایت این دو سیاست تخریبی و سیاست تثبیتی، مدرسه ی جامع اجتهاد را میسازد. درین میان آنکه هم در مرحله ناامنی و هم تثبیت، تئوری دهد همچون مرحوم شهید صدره، الگویی از مدرسه جامع خواهد بود.

با نظریه اینکه در فقه شیعه، سیاست یکی از عرصه های اهم فقهی است، رشد و بالندگی در آن نیز، از حیث لزوم برخورداری از این دو عنصر، استثناء نبوده و در ابعاد مختلف، پرهیز از زود باوری و نتیجه یابی دقیق و زیرکانه را خواستار است؛ لذا است که از علماء انتظار میرود درین ایام حساس سیاسی، در قلم فرسایی و انتخاب نمایی عملی، ازین لوازم اصیل غفلت ننمایند.

مجله فقه در آیین قلم، با جذب و ارائه کنکاش های علمی برتری پیرامون مسائل فقهی،

اصولی، حقوقی و دانش‌های مرتبط و با هدف‌گذاری ترویج و تعمیق فرهنگ تحقیق و پژوهش، تقویت استعداد‌های بالفعل و شکوفاسازی زمینه‌های بالقوه، بستری مناسب برای قلم‌پردازی در عرصه‌های متعدد بخصوص مسائل مرتبط با بانوان و با تأکید بر «باید» و «نباید» مذکور فراهم نموده و در طی این گذرگاه پرونیق از اساتید، پژوهشگران و طلاب مقاطع مختلف را به همراهی میخواند.

علاقتمندان میتوانند آثار خود را براساس ساختار رایج و حداکثر ۲۵ صفحه ۲۵۰ کلمه

ای به آدرس ذیل ارسال نمایند. (feqh.edu@jz.ac.ir)



برون رفت از چالش دیه‌ی ازاله‌ی پلک‌ها با استفاده از روش قرینه‌گرایی (موضوع ماده ۵۹۰ ق.م.ا)

فرحناز قاسمی سراب بادیه^۱

چکیده

زمینه و هدف: در خصوص دیه‌ی ازاله‌ی مجموعی پلک‌ها علی‌رغم اینکه مشهور فقها معتقد به ثبوت دیه‌ی کامل شده‌اند، برخی ثبوت پنج‌ششم دیه‌ی کامل را صائب دانسته‌اند. اما اختلاف نظر در زمینه‌ی دیه‌ی ازاله‌ی انفرادی پلک‌ها شدیدتر است؛ زیرا برخی برای هر یک از پلک‌ها، یک چهارم دیه‌ی کامل را ثابت دانسته و گروهی به ثبوت دوسوم دیه‌ی کامل در پلک‌های بالا و یک سوم دیه‌ی کامل در پلک‌های پایین فتوا داده و عده‌ای نیز یک سوم دیه‌ی کامل در پلک‌های بالا و نصف دیه‌ی کامل در پلک‌های پایین را وجیه دانسته‌اند. در کنار این نظریات، نظریه‌ی ثبوت ارش نیز مطرح شده است. منشأ این اختلافات، تفاوت برداشت فقها از نصوص شرعی است. ماده‌ی ۵۹۰ قانون مجازات اسلامی نیز با گزینش یکی از دیدگاه‌های فوق در ازاله‌ی مجموعی، دیه‌ی کامل را ثابت دانسته و در ازاله‌ی انفرادی با تمایز میان پلک‌های بالا و پایین، برای هر کدام از پلک‌های بالا یک ششم دیه‌ی کامل و برای هر یک از پلک‌های پایین یک چهارم دیه‌ی کامل تعیین کرده است. برخی پژوهشگران در نقض و ابرام موضع مقنن، نظراتی ابراز داشته‌اند که جملگی به ضعف و اشکال مبتلا هستند. یافته‌ها: نوشتار حاضر با رویکردی توصیفی - تحلیلی تمامی آراء ارائه شده در این زمینه را ارزیابی کرده و در نهایت، ضمن نقد مواضع مختلف فقهی به این نتیجه نائل می‌شود که هیچ دلیل مستقلی که یارای اثبات یکی از دیدگاه‌های فوق باشد، در دست نیست. در عین حال، نگارندگان معتقدند: می‌توان با استفاده از روش قرینه‌گرایی برای هر یک از پلک‌ها، یک چهارم دیه‌ی کامل را ثابت دانست. واژگان کلیدی: ازاله‌ی مجموعی، ازاله‌ی انفرادی، اجفان، پلک‌ها، دیه، روایت ظریف.

۱. دانش پژوه سطح ۴ جامعه الزهراء (ع)، گرایش فقه خانواده.

مقدمه

پلک‌ها (Palpebrae) پرده‌های عضلانی پوستی و مخاطی هستند که در جلوی کاسه‌ی چشم قرار دارند و چشم را در برابر عوامل خارجی محافظت می‌کنند. هر چشم دارای یک پلک بالایی و یک پلک پایینی است که در مواقع لزوم چشم را باز و بسته می‌کنند (حجازی، ۱۳۹۲ش، ص ۱۹۱). اهمیّت و حساسیت پلک‌ها به اندازه‌ای است که در فقه امامیه جنایت بر آنها به عنوان جنایت موجب دیه تلقی شده است. با این وجود در زمینه‌ی میزان دیه‌ی مقررّه میان فقها اختلاف نظر جدی وجود دارد. این اختلافات را می‌توان در دو قالب کلی ارائه نمود: نخست قالبی که هر چهار پلک به صورت مجموعی از بین بروند و مورد دوم قالبی که در آن پلک‌ها به طور مجموعی از بین نروند مثل اینکه تنها یکی از پلک‌ها قطع شود.

در فرض نخست اختلاف دیدگاه‌ها به نسبت فرض دوم کمتر است؛ زیرا در فرض اول دو نظریه و در فرض دوم چهار نظریه‌ی مختلف از سوی فقها ارائه شده است. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز یکی از این نظریات را برگزیده و در ماده‌ی ۵۹۰ قانون مجازات اسلامی منعکس ساخته است. موضع قانون‌گذار از سوی پژوهشگران عرصه‌ی فقه و حقوق با واکنش‌های مختلفی مواجهه شده است؛ برخی همانند «حاتمی و همکاران» در مقاله‌ی «تحلیل و ارزیابی دیدگاه‌های فقهی راجع به میزان دیه پلک‌ها، با تأکید بر ماده ۵۹۰ ق.م.» دیدگاه مقنن را در صدر ماده‌ی فوق که بیانگر دیه‌ی مجموعی پلک‌هاست، نقد کرده‌اند و برخی همانند «حمد اللّهی و همکاران» در مقاله‌ی «تحلیل فقهی ماده ۵۹۰ ق.م.ا در تعیین مقدار دیه‌ی پلک‌ها» و همچنین «کلوانق و همکاران» در مقاله‌ی «واکاوی مستندات دیه‌ی جنایت بر مجموع پلک‌ها و کمتر از آن (نقد و کاوشی فقهی در مبانی ماده‌ی ۵۹۰ و ۵۹۱ ق.م.)» فراز دوم ماده‌ی ۵۹۰ را که در خصوص دیه‌ی ازاله انفرادی پلک‌هاست، مورد انتقاد قرار داده‌اند.

با دقت در این پژوهش‌ها می‌توان دریافت علیرغم تلاش ستودنی نویسندگان، هیچ یک به طور شایسته نتوانسته‌اند به دیدگاهی استوار، صائب و متکی بر ادله‌ی مستحکم دست یابند. از همین رو، نگارندگان در این نوشتار می‌کوشند ضمن ارج نهادن به تلاش‌های

صورت گرفته و استفاده از ظرفیت‌های موجود آنها، با تکیه بر روش قرینه‌گرایی، چالش جدی دیه‌ی پلک‌ها را - که ناشی از مشکلات دلالی روایات این حوزه است - برطرف ساخته و در این زمینه پاره‌ای مطالب تازه‌یاب در خصوص مستندات دیدگاه‌ها ارائه نمایند.

در همین راستا، پس از تبیین قالب‌های مختلف ازاله، موضع فقها در خصوص دیه‌ی پلک‌ها در دو قالب کلی «ازاله‌ی مجموعی» و «ازاله‌ی انفرادی» گزارش شده، سپس مورد نقد و ارزیابی قرار می‌گیرند و در نهایت، نظریه‌ی برگزیده در این زمینه ارائه خواهد شد.

مواد و روش‌ها

پژوهش حاضر در حوزه‌ی علوم انسانی و در حیطه‌ی پژوهش‌های کتابخانه‌ای می‌گنجد. در این پژوهش با مطالعه‌ی منابع معتبر فقهی، موضع فقها در خصوص دیه‌ی پلک‌ها مورد نقد و ارزیابی قرار گرفته است. به خاطر داشته باشید: رویکردی که در ارزیابی داده‌ها برگزیده خواهد شد، رویکرد توصیفی و تحلیلی است.

بحث

برای بررسی دقیق موضوع دیه‌ی پلک‌ها و نیز ارزیابی آراء فقها در این خصوص، ضروری است در چند محور مختلف به این مسأله پرداخته شود که در ادامه بیان می‌شود:

۱. قالب‌های ازاله‌ی پلک

از بین رفتن پلک‌ها اعم از اینکه به واسطه‌ی قطع، فساد، سوختگی یا هر عارضه‌ی دیگری باشد، در دو قالب کلی تحقق می‌یابد: یا هر چهار پلک مجموعاً از بین می‌روند و یا اینکه تنها یک، دو یا سه پلک در یک جنایت و یا چهار پلک در چند جنایت زائل و مخدوش می‌شود. قالب نخست را می‌توان تحت عنوان کلی «ازاله‌ی مجموعی» تبیین کرد همان‌گونه که از قالب دوم نیز می‌توان با عنوان «ازاله‌ی انفرادی» یاد نمود. البته روشن است که نام‌گذاری اخیر با اندکی تسامح همراه است؛ زیرا در صورتی که بیشتر از یک پلک ازاله شود و یا هر چهار پلک در چند جنایت از بین بروند، نمی‌توان تعبیر ازاله‌ی انفرادی به کار برد؛ لکن از آنجایی که وفق نگاه فقیهان در این فرض دیه‌ی پلک‌ها به صورت انفرادی در

نظر گرفته می‌شود، گویی هر پلک منفرداً از بین رفته و با قطع نظر از دیگر پلک‌ها دیه‌ی آن تعیین می‌شود. به هر حال، در ادامه، تحت این دو عنوان کلی، میزان دیه‌ی پلک‌ها مورد بررسی و بازبینی قرار می‌گیرد.

۲. آراء فقها در خصوص دیه‌ی ازاله‌ی پلک‌ها

آراء فقها در مورد دیه‌ی ازاله‌ی پلک‌ها در دو محور مختلف قابل ارائه است که از این قرار خواهد بود:

۲-۱. دیه‌ی ازاله‌ی مجموعی پلک‌ها

در صورتی که در یک جنایت، هر چهار پلک از بین بروند، در میزان دیه‌ی آنها اختلاف نظر وجود دارد. اختلاف دیدگاه مزبور از این قرار است:

الف) نظریه‌ی مشهور

مشهور بلکه أشهر فقیهان امامیه معتقدند: در صورتی که هر چهار پلک در پی یک جنایت از بین بروند، یک دیه‌ی کامل ثابت است (طوسی، ۱۳۸۷ش، ج ۷، ص ۱۳۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۴۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۳۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۳، ص ۶۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۹، ص ۳۷۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۹۹؛ علامه حلی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۶۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ش، ج ۴، ص ۶۸۷؛ صمیری، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۱۶۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۳۶۲). شهرت این فتوا به حدی است که بسیاری از فقها آن را حکمی بدون اختلاف قلمداد کرده (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۳۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۸۱) و حتی آن را حکمی اجماعی خوانده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۴۹).

این نظریه، علاوه بر اجماع، مستند به روایت هشام ابن سالم از قول امام صادق علیه السلام است که می‌فرماید:

«كُلُّ مَا فِي الْإِنْسَانِ أَثْنَانِ فَفِيهِمَا الدِّيَّةُ وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَّةِ وَمَا كَانَ وَاحِدًا فَفِيهِ الدِّيَّةُ: هر عضوی از اعضاء که دو تا در بدن انسان است در هر دو دیه‌ی کامل و در هر یکی نصف

دیه‌ی ثابت است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۳؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۹، ص ۲۸۷).

نحوه‌ی استدلال به این روایات نیز این‌گونه است که چون هر دو پلک، یک عضو محسوب می‌شوند، می‌توان معتقد شد: پلک‌ها از اعضای زوج بدن شمرده می‌شوند و لذا مشمول فقره‌ی نخست روایت شده و در صورت از بین رفتن هر دو، دیه‌ی کامل ثابت خواهد شد (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۳، ص ۱۸۲).

قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز در صدر ماده‌ی ۵۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، همین دیدگاه را پذیرفته و چنین مقرر کرده است: «دیه‌ی مجموع چهار پلک دو چشم، دیه‌ی کامل است.»

در این فقره از ماده، علیرغم اینکه مجموع پلک‌ها «چهار» عدد دانسته شده اما به تبعیت از فتوای مشهور فقها در ازاله‌ی مجموعی آنها دیه‌ی کامل تقریر یافته است.

ب) نظریه‌ی غیرمشهور

در مقابل نظریه‌ی فوق‌الذکر، برخی از فقیهان معاصر، دیه‌ی پلک‌ها را در صورت ازاله‌ی مجموعی کمتر از یک دیه‌ی کامل می‌دانند. وفق دیدگاه این دسته از فقها، دیه‌ی مجموع پلک‌ها معادل پنج ششم دیه‌ی کامل است و هرگز به میزان دیه‌ی کامل نمی‌رسد. «محقق خوئی» - چهره‌ی برجسته و نظریه‌پرداز دیدگاه مزبور - در این باره می‌نویسد:

«والمشهور أن في الأجناف الأربعة، الدية كاملة وفيه اشكال والأقرب العدم بل ان في الجفن الأعلى ثلث دية العين وهو مائة وستة وستون ديناراً وثلثاً ديناراً وفي الجفن الأسفل نصف دية العين وهوماتان وخمسون ديناراً؛ نظر مشهور فقها این است که به چهار پلک چشم، یک دیه‌ی کامل تعلق می‌گیرد؛ اما این دیدگاه اشکال دارد و اقرب، عدم ثبوت دیه‌ی کامل است. بلکه در پلک بالا یک سوم دیه‌ی چشم؛ یعنی ۱۶۶ دینار و دوسوم دینار است و در پلک پایین، نصف دیه‌ی چشم یعنی ۲۵۰ دینار، ثابت است» (خوئی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۹؛ همو، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۳۴۰).

علاوه بر محقق خوئی، برخی از شاگردان وی همانند «وحید خراسانی» و «فیاض کابلی» نیز همین دیدگاه را پذیرفته‌اند (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۵۶۳؛ فیاض کابلی، ۱۳۷۸ش، ج ۳، ص ۴۰۸).

مستند اصلی این نظریه، روایت «ظریف بن ناصح» است که در آن برای پلک‌ها مقادیر فوق در نظر گرفته شده است. نص روایت مذکور از این قرار است:

«فَإِنْ أُصِيبَ الشَّفْرُ الْأَعْلَى حَتَّى يَصِيرَ أَشْتَرَفَدَيْتُهُ ثُلُثُ دِيَّةِ الْعَيْنِ إِذَا كَانَ مِنْ فَوْقٍ وَإِذَا كَانَ مِنْ أَسْفَلَ فَدَيْتُهُ نِصْفُ دِيَّةِ الْعَيْنِ: اگر پلک بالای چشم آسیب ببیند و وارونه شود، دیه‌ی آن ثلث دیه‌ی چشم است؛ و اگر پلک پایین آسیب ببیند و وارونه شود، دیه‌ی آن نصف دیه‌ی چشم است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۳؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۸، ص ۳۴۰).

شایان ذکر است: گرچه عموم فقیهانی که در این زمینه به روایت ظریف عمل کرده و به آن صرفاً در راستای ثبوت دیه‌ی ازاله‌ی انفرادی استناد جستند (شیخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۵۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۳۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۲۴۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۲۱۹) لکن بر اساس دیدگاه محقق خویی با عنایت به عدم تعیین دیه برای پلک‌ها در فرض ازاله‌ی مجموعی در شرع مقدس، همین روایت در خصوص ازاله‌ی مجموعی نیز قابل استناد است و نمی‌توان بیش از مقادیر تعیین شده در آن، برای پلک‌ها دیه در نظر گرفت.

۲-۲. دیه‌ی ازاله‌ی انفرادی پلک‌ها

در فرضی که پلک‌ها یا به صورت انفرادی ازاله شوند و یا اینکه در ضمن دو یا چند جنایت از بین بروند، نظرات گوناگونی از سوی فقها ارائه شده است. این آراء در واقع ناظر بر میزان دیه‌ی هریک از پلک‌ها به صورت جداگانه است نه دیه‌ی مجموع آنها. دیدگاه‌های ارائه شده توسط فقها را می‌توان در چهار نظریه خلاصه نمود.

الف) نظریه‌ی یک چهارم، یک چهارم (تتصیف)

نخستین دیدگاهی که در زمینه‌ی دیه‌ی پلک‌ها قابل طرح است، ثبوت یک چهارم دیه‌ی کامل برای هریک از آنهاست. وفق این نگاه، پلک‌های بالا و پایین، دیه‌ی برابر و یکسان دارند و هیچ فزونی میان آنها از حیث میزان دیه وجود ندارد. شیخ طوسی از پیشگامان این نظریه در کتاب «مبسوط» می‌نویسد:

«في الأربعة أجناف الدية كاملة وفي كل واحدة منهما مائتان وخمسون دينارا: برای پلک‌ها دیه‌ی کامل است و در هر کدام از پلک‌ها، دویست و پنجاه دینار ثابت است» (طوسی، ۱۳۸۷ش، ج ۷، ص ۱۳۰).

این دیدگاه از سوی بسیاری دیگر از فقیهان شیعه مقبول افتاده و به آن تصریح شده است (حلی ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۷۱؛ فخرالمحققین ۱۳۸۷ش، ج ۴، ص ۶۸۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ش، ج ۱۰، ص ۲۰۲، اسدی حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۰۷).

دیدگاه فوق بر سه دلیل عمده استوار است:

دلیل اول (روایت هشام بن سالم): روایت هشام - که پیش‌تر از نظر گذشت - یکی از مستندات اصلی این دیدگاه است (محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۰۸؛ علامه حلی ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۷۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۸۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵۲۹). پیش‌فرض استفاده از روایت فوق این است که پلک‌ها مجموعاً از اعضای زوج محسوب شوند و برای هر یک نصف دیه‌ی کامل در نظر گرفته شود که نتیجه‌ی آن، ثبوت نصف دیه‌ی کامل برای دو پلک بالا و دو پلک پایین و نصف نصف دیه‌ی کامل برای هر یک از چهار پلک است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۸۲).

دلیل دوم (اصل تساوی در تقسیط): مراد از اصل تساوی در تقسیط این است که چون دیه‌ی هر چهار پلک - وفق نظر مشهور - دیه‌ی کامل است، اصل تساوی تقسیط اقتضا می‌کند که دیه‌ی مذکور به صورت مساوی به تعداد آنها تقسیم و هر یک از پلک‌ها، دارای یک چهارم دیه‌ی کامل باشند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۸۲؛ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۳۳۴).

دلیل سوم (اصل عدم زیادت): در کنار دو دلیل فوق می‌توان از اصل عدم زیادت یاد کرد؛ با این بیان که در زمینه‌ی میزان دیه‌ی پلک‌ها، اصل، بر عدم فزونی دیه‌ی یکی بر دیگری است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۸۲).

۱. با توجه به میزان دیه‌ی تعیین شده در این عبارت، تعبیر «منهما» که در این نسخه از «مبسوط» آمده، دارای اشکال است و دقیق آن «منها» است؛ چنان‌که علامه حلی در «مختلف» از مرحوم شیخ این‌گونه گزارش کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۳۶۹).

ب) نظریه‌ی یک سوم، یک ششم (دوسوم و یک سوم)

شیخ طوسی در کتاب «خلاف» و ابن ادریس در «سراثر» معتقدند: در ازاله‌ی انفرادی، دیه‌ی پلک‌های بالا دوسوم دیه‌ی چشم‌ها و دیه‌ی پلک‌های پایین، یک سوم دیه‌ی چشم‌ها است (شیخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۶؛ ابن ادریس ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۸).

شیخ در این کتاب برای نظریه ادعای اجماع کرده و مدعی وجود اخباری در تأیید این دیدگاه شده است (شیخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۷). با توجه به اینکه در این نظریه، پلک‌ها از اعضای زوج شمرده شده و برای دو پلک بالا، دوسوم دیه و برای دو پلک پایین، یک سوم دیه‌ی کامل در نظر گرفته شده است، می‌توان به همین مقیاس با این پیش فرض که پلک‌ها از اعضای چهارگانه بدن هستند، برای هریک از پلک‌های بالا، یک سوم دیه‌ی کامل و برای هریک از پلک‌های پایین یک ششم دیه‌ی کامل را ثابت دانست.

ج) نظریه‌ی یک ششم، یک چهارم (یک سوم و یک دوم)

مشهور فقیهان امامیه بر این باورند که دیه‌ی پلک‌های بالا یک سوم دیه‌ی چشم‌ها و دیه‌ی پلک‌های پایین یک دوم دیه‌ی چشم‌هاست. ظاهراً این جنید اسکافی اولین فقیهی است که این نظریه را مطرح می‌کند (ابن جنید، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۳۷۰) پس از وی شیخ مفید و شیخ طوسی در «نهایه» و بسیاری از فقهای دیگر بر این نظریه صحه گذارده‌اند (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۷۵۵؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۶۴؛ دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۴۵؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۴۱۶). همچنین عمده فقیهان معاصره این دیدگاه گرویده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۳۴۰؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۲۷؛ تبریزی ۱۴۲۸ق، ص ۱۳۴؛ روحانی، ۱۳۸۶ش، ج ۳، ص ۳۹۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۴۰۴). ناگفته پیداست که وفق این نظریه، با چهارگانه شمردن پلک‌ها، برای هریک از پلک‌های بالا، یک ششم دیه‌ی کامل و برای هریک از پلک‌های پایین، یک چهارم دیه‌ی کامل ثابت خواهد بود. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز همین نظریه را در قسمت دوم ماده‌ی ۵۹۰ قانون مجازات اسلامی پذیرفته و چنین مقرر کرده است:

«دیه‌ی هریک از پلک‌های بالا، یک ششم دیه‌ی کامل و دیه‌ی هریک از

پلک‌های پایین، یک چهارم دیه‌ی کامل است.»

دلایلی که معتقدان به این نظریه، اقامه کرده‌اند از این قرار است:

دلیل اول «اجماع»: نخستین مستند این نظریه، ادعای اجماعی است که برخی از فقها آن را نقل (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۴۱۷) و برخی دیگر به حجیت آن تصریح نموده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۳۲).

دلیل دوم «روایت ظریف»: در کنار اجماع مذکور، فقره‌ای از روایت ظریف بن ناصح، دلیل اصلی این نظریه است که در آن چنین می‌خوانیم:

«فَإِنْ أُصِيبَ الشَّفْرُ الْأَعْلَى حَتَّى يَصِيرَ أَشْتَرَفِدَيْتُهُ ثُلُثُ دِيَّةِ الْعَيْنِ إِذَا كَانَ مِنْ فَوْقٍ وَإِذَا كَانَ مِنْ أَسْفَلٍ فِدْيَتُهُ نِصْفُ دِيَّةِ الْعَيْنِ: اگر پلک بالای چشم آسیب ببیند و وارونه شود، دیه‌ی آن ثلث دیه‌ی چشم است؛ و اگر پلک پایین آسیب ببیند و وارونه شود، دیه‌ی آن نصف دیه‌ی چشم است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۱؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۸، ص ۳۴۰).

چنان‌که روشن است؛ در این روایت، به تفصیلی که در نظریه‌ی فوق منعکس شده بود برای آسیب وارده بر پلک بالا و پایین، توزین دیه شده است.

د) نظریه‌ی ارش

آخرین دیدگاهی که در خصوص دیه‌ی پلک‌ها در فقه امامیه قابل طرح است، نظریه‌ی ارش یا حکومت است. از میان فقهای معاصر «مدنی کاشانی» در تعیین میزان دیه‌ی هر یک از پلک‌ها قائل به ارش شده است (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۷۶).

لکن به نظر می‌رسد این دیدگاه در اعصار گذشته نیز طرفدارانی داشته که اندک اندک در هیاهوی جدال فقیهان به فراموشی سپرده شده است؛ زیرا شیخ طوسی در کتاب «المبسوط» قول به حکومت را به برخی از فقها نسبت داده می‌دهد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۳۰). به هر روی، مهمترین دلیلی که موجب گرایش به این دیدگاه شده است؛ نخست، عدم وجود نص شرعی در خصوص میزان دیه‌ی پلک‌هاست که ثبوت ارش را نتیجه می‌دهد. توضیح بیشتر اینکه: وفق این نگاه با توجه به اشکالاتی که در مستندات نظرات سه‌گانه‌ی فوق وجود دارد از آنجا که دلیل استواری برای ثبوت دیه برای ازاله‌ی پلک‌ها نمی‌توان یافت، راهی جز پایبندی به ارش نخواهد بود (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۷۸).

۳. ارزیابی آراء فقها و ارائه‌ی نظر برگزیده

در خصوص آراء فقها - که تا کنون بیان شد - نکات بسیار مهمی وجود دارد که بیان آنها می‌تواند موجب شکل‌گیری و ارائه‌ی نظریه‌ی استوار در این زمینه شود. این نکات عبارتند از:

۳-۱.

محقق خوئی در مقام اثبات نظریه‌ی خود، تصریح کرده که اگر در تعلق دیه‌ی کامل به ازاله‌ی مجموعی پلک‌ها، اجماع تمام باشد، حکم مذکور ثابت است، اما چنین اجماعی غیرتام خواهد بود (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۳۴۰).

به نظر می‌رسد اگر مراد از غیرتام بودن، مدرکی بودن اجماع باشد - چنان‌که ظاهراً همین‌طور است - سخن قابل قبولی است؛ زیرا با توجه به مستندات این دیدگاه همچون روایت هشام که در منابع فقهی مورد اشاره قرار گرفته، مدرکی بودن اجماع، پذیرفتنی جلوه می‌کند. اما در صورتی که مراد از غیرتام بودن اجماع، عدم تحقق آن باشد، نمی‌توان این ادعا را پذیرفت، زیرا؛

اولاً: ظاهر عبارات برخی فقهای بزرگ امامیه همانند محقق حلی نشانگر اجماعی بودن و یا دست‌کم عدم اختلاف در ثبوت دیه‌ی کامل برای ازاله‌ی مجموعی پلک‌هاست؛ چه اینکه وی اختلاف فقها را صرفاً ناظر بر دیه‌ی ازاله‌ی انفرادی پلک‌ها دانسته است: «فی الأجفان الدية وفي تقدير كل جفن خلاف» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۴۵).

ثانیاً: برخی از فقیهان امامیه تحقق اجماع در زمینه‌ی دیه‌ی ازاله‌ی مجموعی پلک‌ها را صریحاً گزارش کرده و بر آن پای فشرده‌اند، چنان‌که اسدی حلی در «المقتصر» و یا شهید اول در «غایة المراد» به اجماعی بودن این مسأله تصریح کرده‌اند (اسدی حلی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۴۹؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵۲۴). صاحب جواهر نیز وجود اجماع منقول و محصل را در این زمینه ثابت دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۸۱). به علاوه: بزرگانی در این زمینه ادعای نفی خلاف کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۹۹).

ثالثاً: محقق خوئی برای اثبات ادعای خود هیچ دلیلی نیاورده و هیچ شاهی اقامه نکرده

است. در حالی که رویه‌ی وی در نقد اجماعات ادعایی در مبانی تکمله، این است که همواره دلیل یا شاهد مدعای خود را بیان می‌کند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، صص ۲۵۲، ۲۹۶، ۴۸۳، ۵۰۱، و...).

در هر صورت، عدم ارائه‌ی دلیل یا شاهد توسط محقق خوئی از یک سو و تصریح فقیهان گذشته به وجود اجماع یا نفی خلاف از سوئی دیگر، موجب رویگردانی از دیدگاه وی - مبنی بر تحقق نیافتن اجماع - می‌شود.

اما به هر تقدیر، با وجود مدرکی بودن اجماع ادعا شده برای اثبات نظریه‌ی دیه‌ی کامل، در اینکه چنین اجماعی ناکارآمد است و به مثابه یک دلیل نمی‌توان به آن رجوع کرد، تردیدی نیست.

۲-۳.

از میان نظریات مطرح شده در ازاله‌ی انفرادی، نظریه‌ی یک سوم و یک ششم (دوسوم و یک سوم) - که از سوی «شیخ طوسی» در زمینه‌ی دیه‌ی ازاله‌ی انفرادی طرح شده بود - فاقد پشتوانه‌ی استوار فقهی است، زیرا:

اولاً: در این زمینه اجماعی محقق نیست، بلکه نظر مشهور فقها برخلاف این نظر است؛ همان‌گونه که خود شیخ در دو کتاب «نهایه» و «مبسوط» عقیده‌ی دیگری ابراز کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ش، ج ۷، ص ۱۳۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۰۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۸۱؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۳۵)،

ثانیاً: هیچ روایتی که بتواند این نظریه را ثابت نماید، وجود ندارد و حتی در جوامع روایی همچون «تهذیب» که خود شیخ سامان داده، اثری از خبر ادعایی وی وجود ندارد تا چه رسد به وجود اخبار متعدد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۳۳۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۸۲؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۳۴۱).

۳-۳.

نظریه‌ی ارش نیز فی‌نفسه یک نظریه‌ی جدید محسوب نمی‌شود؛ زیرا با توجه به توقیفی بودن دیه، این مطلب در فقه پذیرفتنی است که اگر دلیلی بر ثبوت دیه وجود نداشت،

راهی جز تعیین ارش یا حکومت برای جبران جنایتِ وارده نیست. لکن تمام کلام در فقدان دلیل، بر تعیین میزان دیه‌ی پلک است.

۳- ۴- ۴.

استناد به روایت ظریف پیرامون دیه‌ی ازاله‌ی انفرادی پلک‌ها نمی‌تواند صحیح باشد؛ زیرا دو کلیدواژه در این روایت وجود دارد که هر دو نشانگر تفاوت موضوعی مفاد آن با مسأله‌ی ازاله‌ی پلک‌ها است. این دو کلیدواژه عبارتند از «شُفْر» و «سَتْر». برای درک بهتر چالش وجود این دو کلیدواژه لازم است به نکاتی توجه شود:

۳- ۴- ۱.

سه حرف «شین» و «فاء» و «راء» در اصل به معنای لبه‌ی هر چیزی دلالت می‌کنند. از همین رو «شَفْرَةُ السَّيْفِ» و «شَفِيرُ البَثْرِ» به ترتیب به معنی لبه‌ی شمشیر و لبه‌ی چاه (فارس بن زکریا، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۰۰). «شُفْرُ العین» نیز که بر همین سیاق است در فرهنگ‌های لغت، «رویشگاه مژه» (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۲۵) و یا «لبه‌ی پلک‌ها که در آن مژه‌ها می‌رویند» (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۰۱) معنا می‌شود. بر این پایه، شفر در واقع بخشی از پلک است نه خود پلک. واژه‌ی «سَتْر» نیز گرچه گاه به معنای قطع (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۴۱؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۶) یا پاره شدن (فارس بن زکریا، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۴۴) به کار می‌رود اما وفق تصریح عموم لغویون هرگاه در خصوص پلک‌ها استعمال شود، مفید معنای «وارونگی پلک‌ها: انقلاَبُ الجفن» است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۳۳۷۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۹۳؛ طریحی، جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۹۳؛ حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۳۳۷۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۹۳؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۴۱؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۶).

۳- ۴- ۲.

با وجود تصریح لغویین بر تفاوت مفهومی «شفر» و «جفن»، شگفتا که برخی از فقها بی‌آنکه هیچ دلیلی اقامه کنند، این دورا به یک معنا دانسته (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۲۴۴) و برخی از پژوهشگران با رویکردی ساده‌انگارانه، این تلقی فقها را ملاک قرار داده و تعبیر شفر را در

روایت ظریف، بر جفن حمل کرده‌اند! (حاتمی، علمی سولا و حائری، ۱۳۹۸ ش، ج ۳، ص ۴۹۵). این در حالی است که:

اولاً: در هیچ یک از کتب لغت نمی‌توان مؤیدی بر ترادف شفرو جفن ارائه نمود.
ثانیاً: فقها خود در مواردی تصریح کرده‌اند که شفر به معنای لبه‌ی جفن است نه خود جفن. به عنوان مثال، برخی فقها در مبحث دیه‌ی اندام تناسلی زنان، گوشت حائط برفرج زن را در حکم جفن و لبه‌های آن را در حکم شفر دانسته و بدین ترتیب تفاوت آنها را به طور ضمنی پذیرفته‌اند (طوسی، ج ۷، ص ۱۴۹؛ حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۵۹۸). جالب این است که برخی از فقها که در مسأله‌ی دیه‌ی الاجفان، به ترادف شفرو جفن تصریح کرده‌اند، در مسأله‌ی دیه‌ی اندام تناسلی زن، با گزارش تفاوت این دو تعبیر و عدم نقد و نقض آن، بر این تفاوت معنایی صحه گذاشته‌اند! (روحانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۶، ص ۲۹۱).

ثالثاً: حتی اگر در فقه گاه شفر به معنای جفن به کار رود، از چنین استعمالی نمی‌توان نتیجه گرفت که لزوماً در روایت و لسان معصوم علیه السلام نیز این ترادف و جایگزینی وجود دارد، بلکه استعمالات روایی همواره تابع عرف محاوره‌ی زمان خطاب است که معانی آنها نیز از راه‌هایی مانند مراجعه به کتب لغت به دست می‌آید نه مراجعه به فقه. علاوه بر چالش معنایی شفر - چنان‌که پیش‌تر نیز گفته شد - تعبیر شتر وقتی که در خصوص پلک‌ها به کار می‌رود، غالباً به معنای انقلاب آنهاست نه ازاله‌شان.

۳-۴-۳.

فقیهانی که با استناد به روایت ظریف دیه‌ی پلک‌ها را تعیین کرده‌اند، صرفاً بر اشکالی که از ناحیه‌ی تعبیر شتر وارد شده، تمرکز کرده و در نهایت با این استدلال که قطع پلک‌ها نسبت به وارونگی پلک‌ها در استحقاق دیه اولویت بیشتری دارد، به گمان خود، چالش استناد به روایت ظریف را حل کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ ق، ج ۲۲، ص ۳۴۱؛ روحانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۶، ص ۲۹۱). لکن در واقع، با توجه به اینکه شتر، گاه در معنای قطع به کار می‌رود (طریحی، ۱۴۱۶ ق، ج ۳، ص ۳۴۱؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۷، ص ۶).

این اشکال اساساً اشکالِ گریزناپذیری نبوده بلکه آنچه چالش اصلی به حساب می‌آید، کاربست «شفر» در روایت ظریف است که به هیچ وجه نمی‌توان آن را به معنای پلک دانست. برخی پژوهندگان ناباورانه برای رهایی از این اشکال به قیاس اولویت تمسک کرده! و نوشته‌اند: «با وجود چنین تفصیلی در دیه‌ی لبه‌ی پلک، در خود پلک‌ها به طریق اولی این میزانِ دیه ثابت خواهد بود» (حاتمی، علمی سولا و حائری، ۱۳۹۸ش، ۳، ص ۴۹۴). حاشا از این استدلال و چنین استنتاجی! به هر حال، اگر چنین باشد، دیگر روایت ظریف نمی‌تواند به مثابه مستند دیه‌ی پلک‌ها قلمداد شود، بلکه آنچه موجب ثبوت دیه‌ی پلک‌ها شده، قیاس اولی‌تی است که با استفاده از ثبوت دیه برای لبه‌ی پلک‌ها سامان یافته است. لکن در این راستا باید به دو نکته اساسی توجه نمود:

نخست اینکه: شاکله‌ی خاص مباحث کتاب دیات موجب می‌شود اساساً استناد به قیاس اولویت در این مباحث بسیار دشوار باشد و از همین رو پذیرش استناد به این دلیل به راحتی ممکن نباشد؛ زیرا در موضوع حاضر بایستی حقیقتاً ثابت شود که در استعمال «شفر» و «شتر» هیچ خصوصیت ویژه‌ای نیست تا بتوان از باب اولویت، دیه‌ی قطع پلک را از ثبوت دیه برای آنها نتیجه گرفت. روشن است که اثبات این امر، بسی دشوار بلکه ممتنع است.

دوم - و مهمتر - اینکه: بر فرض پذیرش جریان قیاس اولویت در موضوع حاضر، شاید بتوان دو نتیجه‌ی اساسی از آن گرفت: اول آنکه ازاله‌ی پلک‌ها نیز دارای دیه است (البته به فرض رفع چالش تعبیر شتر)، زیرا وقتی لبه‌ی آنها دیه دارد، به طریق اولی ازاله‌ی خود آنها نیز دارای دیه است. دوم آنکه دیه‌ی پلک‌ها به طریق اولی کمتر از دیه‌ی لبه‌ی آنها نیست و «لا اقل مساوی» با لبه‌ی پلک‌هاست نه اینکه «لزوماً مساوی» با لبه‌ی پلک‌ها باشد. به عبارت رساتر، قیاس اولویت، تساوی یا فزونی دیه‌ی پلک را نسبت به لبه‌ی آن ثابت می‌کند نه لزوماً تساوی دیه‌ی آن‌ها را. بر این پایه، گرچه با استناد به قیاس اولویت نظریه‌ی ارش مردود دانسته خواهد شد، اما در عین حال، استناد به این دلیل نمی‌تواند میان نظریه‌ی یک چهارم و یک ششم و یک چهارم و یک چهارم ترجیحی ایجاد کند.

۳-۴-۴.

نگارندگان در پی‌ی تتبعاتی که در منابع فقهی داشته‌اند به سند مهمی دست یافته‌اند که چالش استناد به روایت ظریف را دوچندان می‌سازد. این سند در کتاب «دعائم الاسلام» منعکس شده است. اگرچه برخی از پژوهشگران تلاش کرده‌اند اشکالات وارد بر مذهب نویسنده و اعتبار کتاب دعائم را پاسخ گویند (حسینی نژاد، ۱۳۹۶ ش، ج ۲۰، ص ۲۰۴-۱۷۷) اما چگونگی استفاده‌ی ما از این سند موجب می‌شود که اساساً نیازی به اعتباربخشی روایات این کتاب نداشته باشیم؛ زیرا سند مذکور در نوشتار حاضر تنها جهت روشن شدن یکی از کارکردهای معنایی مهم تعبیر «شفر» در فرهنگ فقه اسلامی مورد استناد قرار می‌گیرد و اساساً به مثابه یک روایت و نص شرعی به آن رجوع نمی‌شود. باری، در چهارمین حدیث از فصل «الجنایات علی الجوارح»، کتاب «دعائم» چنین می‌خوانیم:

«فِي شَفْرِ الْعَيْنِ الْأَعْلَى إِذَا أُصِيبَ فَشْتَرَفِيهِ ثُلُثُ دِيَةِ الْعَيْنِ وَفِي الْأَسْفَلِ نِصْفُ دِيَةِ الْعَيْنِ وَمَا أُصِيبَ مِنْهُ فَبِحَسَابِ ذَلِكَ وَإِذَا نَتِفَتْ أَشْفَارُ الْعَيْنَيْنِ كُلُّهَا فَلَمْ يَنْبُتْ فَفِيهِمَا الدِّيَةُ وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ رُبُعُ الدِّيَةِ وَهُمَا سَوَاءٌ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ» (مغربی، ۱۳۸۵ ق، ج ۲، ص ۴۳۱).

آنچه در این عبارات، توجه پژوهشگر را جلب می‌کند، فقره‌ی «إِذَا نَتِفَتْ أَشْفَارُ الْعَيْنَيْنِ كُلُّهَا فَلَمْ يَنْبُتْ» است که نشان می‌دهد مراد از اشفار در این سند، مژه‌ها است نه حتی لبه‌ی پلک‌ها؛ چنان‌که کاربست تعابیر «نَتِفَتْ» (کنده شدن) و «يَنْبُتُ» (رویدن) به خوبی این معنا را تقویت و تأیید می‌کند. جالب اینجاست که فقره‌ی نخست این متن، عیناً مضمون روایت ظریف است و گویا یک متن واحد در دو سند متفاوت با اختلافاتی جزئی هستند. جالب‌تر اینکه، چنین احتمال می‌رود که برخی از فقهای متقدم مانند شیخ طوسی و ابن براج که برای کنده شدن مژه‌ها در صورتی که دیگر نرویند، دیه‌ی کامل ثابت دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۲۳۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۴۷۶). به همین روایت نظر داشته‌اند؛ چنان‌که مصححین «الخلافا» - چاپ جامعه‌ی مدرسین نیز - همین احتمال را داده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۲۳۷ تصحیح، خراسانی و همکاران).

به هر طریق، احتمال اینکه مراد از اشفار، حتی لبه‌ی پلک‌ها هم نباشد بلکه به علاقه‌ی

حال و محل، منظور، مژه‌ها باشد نیز وجود دارد. بنابراین، از مجموع آنچه گفته شد چنین حاصل می‌شود که: پذیرش استناد به روایت ظریف در مسأله‌ی دیه‌ی پلک‌ها با چالش‌های جدی مواجه است و لاقلاً به جهت اجمال و ابهامی که در گستره‌ی شمولش وجود دارد، اساساً امکان استناد به آن وجود نخواهد داشت.

۳-۵.

عده‌ای از پژوهشگران به تبعیت از برخی فقها نظریه‌ی تنصیف را با تکیه بر روایت هشام بن سالم از دیگر نظریات قوی‌تریافته‌اند (حمد الهی، جهانگیری، اصغری، ۱۳۹۸، ش، ۱۸، ص ۴۷؛ کلوانق، باقری مرتضی‌۱۳۹۹، ش، ۳، ص ۴۱۹). هرچند برسند این روایت نمی‌توان اشکال کرد، زیرا گرچه در تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۵۸) به صورت مضمّن نقل شده لکن در فقیه (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۳۳) به صورت مسنده از امام صادق علیه السلام گزارش شده است؛ اما از حیث دلالتی دو اشکال اساسی در خصوص استناد به آن وجود دارد؛ اشکالاتی که اگر با ژرف‌نگری مورد کاوش قرار گیرند پاسخ به آنها دشوار و یا حتی ممتنع است.

اشکال اول: این اشکال، ناظر به تعبیر «کل ما کان» است؛ یعنی شمول روایت هشام نسبت به اعضای که جنبه‌ی استقلال‌ی ندارند و در واقع پیوستگی از یک عضو دیگرند، محل تردید بلکه انکار است. به عبارت رساتر، روایت هشام بی‌شک اعضای چون دست‌ها، پاها یا چشم‌ها را که عضو مستقل هستند در برمی‌گیرد اما اجزاء و اندامی که تابع و وابسته به این اعضاء هستند، مانند پلک‌ها یا انگشتان را بی‌تردید شامل نمی‌شود و منصرف از این اعضاست.

اشکال دوم: اشکال مزبور، در خصوص تعبیر «اثنان» قابل طرح است؛ زیرا به فرض که روایت هشام صرفاً ناظر به اعضای مستقل غیر پیوستگی نباشد، حقیقت این است که پذیرش این سخن که پلک‌ها از اعضای زوج به شمار می‌روند و مصداق «اثنان» در روایت هشام هستند، دشوار بلکه ممتنع است؛ چه اینکه وقتی فارغ از اعتبار، علاقه و انتزاع نگریسته شود، پلک‌ها چهار عدد قلمداد می‌شوند نه دو عدد. بنابراین چنین فرضی صرف اعتبار بوده و در مقام استنباط احکام فقهی از نصوص شرعی فاقد حجیت است

(شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۰۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ش، ج ۱۶، ص ۴۳۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵ش، ج ۶، ص ۲۱۸؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۴۷).

گفتنی است: این سخن که نگرش اعتباری به اعضاء، موجب قرار گرفتن آنها تحت روایت هشام نمی‌شود، گزاره‌ای است که در خصوص برخی دیگر از اعضاء نیز توسط فقها مورد تأکید و تصریح قرار گرفته است. به عنوان مثال، علامه حلی با استفاده از همین پیش فرض احتساب موها را به عنوان عضو واحد قابل خدشه می‌داند (حلی، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۳۶۹) همان طور که فاضل لنکرانی در اعتراض به ابن ادریس (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۸) که موها را عضو واحد دانسته، بر این مهم تأکید کرده است (لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۱۲). باری، واقعیت این است که پلک‌ها، از جمله اجزاء چهارگانه‌ی بدن به شمار می‌روند و به فرض که بتوان به صورت اعتباری، دو پلک را یک پلک در نظر گرفت، موجب نمی‌شود تحت روایت هشام که ناظر بر اعضاء و اندامی است که حقیقتاً واحد و یا دوتایی هستند، بگنجد.

۳- ۶.

هر چند برخی فقها و نیز پژوهشگران فوق‌الذکر در دیه‌ی ازاله‌ی انفرادی پلک‌ها به اصل تساوی در تقسیط یا اصل عدم زیادت تمسک جسته‌اند، اما باید به این نکته توجه کامل داشت که این دو اصل، به خصوص در حوزه‌ی دیه که از احکام توقیفی است، اساساً جنبه‌ی استقلال‌ی ندارند و صرفاً در جهت تکمیل و متمیم استدلال‌ها می‌توانند مورد رجوع قرار گیرند و نیز اینکه تنها در صورتی می‌توان به آنها اتکاء کرد که دلیلی در دست نباشد. بنابراین به نظر می‌رسد تمامی نظریاتی که در خصوص دیه‌ی پلک‌ها ارائه شده، فاقد پشتوانه‌ی مستحکم بوده و از این جهت نمی‌توان هیچ یک را بر دیگری ترجیح داد.

۳- ۷.

با توجه به فقدان دلیل مستقل برای اثبات هر یک از نظریات مطرح شده در خصوص دیه‌ی پلک‌ها، بایستی راهی دیگر پویید و طرحی دیگر اندیشید. نگارندگان معتقدند: در این زمینه می‌توان از روش قرینه‌گرایی استفاده کرد و از چالش ایجاد شده رهایی یافت. منظور از روش

قرینه‌گرایی روشی است که مبتنی بر تعدد قراین بوده و با استناد به آنها به واسطه‌ی تراکم ظنونی که این قراین پیش می‌آورند منتج به علم و اطمینان وجدانی می‌شود. پیش فرض استناد به چنین روشی این است که ادله‌ی معتبر، منحصر به ادله‌ای که نتیجه‌ی آنها قطع و یقین مبتنی بر مقدمات منطقی و ریاضی باشد، نیست؛ بلکه نتیجه‌ی دلیل معتبر می‌تواند علم یا اطمینان وجدانی نیز باشد. همچنین لازم نیست برای اثبات علمی یک فرضیه، هر دلیلی به تنهایی چنین نتیجه‌ای را در پی داشته باشد، بلکه می‌توان به جمع قرائنی پرداخت که هر قرینه به تنهایی علم یا اطمینان‌آور نیست، اما مجموع قرائن، موجب تراکم ظنون و در نهایت علم یا اطمینان وجدانی می‌شود (امامی، ۱۳۹۱، ق، ش ۸، ص ۱۶۹).

شایان ذکر است: از آن رو که چنین روشی می‌تواند تحت دلیل عقل - که از ادله‌ی اربعه محسوب می‌شود - قرار گیرد، کار بست آن بلامانع است. مضاف بر اینکه وقتی فقهی همچون شهید صدر رحمته‌الله ذیل مباحث «الاستدلال العلمی لإثبات الله تعالی» در کتاب «الفتاوی‌ الواضحة»، از این روش در اثبات اصول دین بهره برده (صدر، ۱۴۰۳، ق، ص ۴۰-۱۹) استفاده از آن در فروع قاعداً نباید باعث شگفتی و انکار شود. اما ظنونی که از تراکم آنها در مسأله‌ی دیه‌ی پلک می‌توان به اطمینان وجدانی در این زمینه رسید عبارتند از: روایت الجعفریات، روح کلی حاکم بر قواعد دیات، اجماع فقها پیرامون دیه‌ی ازاله‌ی مجموعی پلک‌ها، اصل عدم تقسیط و اصل عدم زیادت. این مجموعه آن‌گاه که در کنار یکدیگر دیده می‌شوند، منتج به ثبوت این دیدگاه خواهند شد که هریک از پلک‌های چهارگانه دارای یک چهارم دیه‌ی کامل است.

۳- ۸.

روایتی که در کتاب «الجعفریات» یا «الاشعثیات» آمده، چنین است:
 «فِي جُفُونِ الْعَيْنَيْنِ فِي كُلِّ جَفْنٍ مِنْهُمَا رُبْعُ الدِّيَةِ: برای هریک از پلک‌های دو چشم، یک چهارم دیه ثابت است» (ابن اشعث کوفی، بی‌تا، ص ۱۲۹).

۱. تعبیر درست در اینجا «منها» است؛ همان‌گونه که در یکی از گزارش‌های محدث نوری در مستدرک اینگونه ضبط شده است (نوری، ۱۴۰۸، ۱۸/۳۴۰).

در این روایت برای هر یک از پلک‌ها یک چهارم دیه‌ی کامل ثابت دانسته شده که اگر مورد عمل قرار گیرد چالش این موضوع برچیده خواهد شد؛ زیرا با توجه به فراز «فِي جُفُونِ الْعَيْنَيْنِ» آشکارا این تلقی پدید می‌آید که با توجه به ثبوت ربع دیه‌ی کامل در هر پلک، در مجموع جفون، یک دیه‌ی کامل ثابت است. از این زوایه، در این روایت به ظرافت، هم دیه‌ی ازاله‌ی مجموعی و هم دیه‌ی ازاله‌ی انفرادی پلک‌ها تعیین شده است. با این همه، واقعیت این است که وجود افزوده‌ها و کاستی‌هایی در «الجعفریات» موجب تخدیش اصالت آن شده (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۹۸؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۲۷۶-۲۷۵) که پذیرش این روایت را با چالش روبرو می‌کند. با این حال، همان‌گونه که برخی از فقها تصریح کرده‌اند، چه بسا این افزوده و کاستی‌ها با توجه به قابل‌بازشناسی بودنشان به تمامی روایات الجعفریات گزندی نرساند (جزایری، ۱۳۵۵ش، ص ۵۶، به علاوه: برخی نسخه‌شناسان چیره‌دست این احتمال را مطرح کرده‌اند که کتاب الجعفریات، همان کتاب سکونی است که توسط اسماعیل بن موسی بن جعفر علیه السلام به مصر برده شده است (وبگاه دروس و آثار آیه الله مددی، ذیل مبحث کتاب اشعثیات و رابطه آن با کتاب سکونی).

با این همه، مسلم این است که روایت فوق با تمام قیل و قال‌هایی که در زمینه‌ی حجیت آن وجود دارد، اگر نتواند سندی برای اثبات نظریه‌ی تنصیف باشد، لاقلاً مؤیدی استوار برای این منظور به شمار می‌رود.

۳-۹.

گرچه در مباحث پیشین استناد به روایت هشام برای اثبات نظریه‌ی تنصیف، مخدوش دانسته شد و مدلول آن را منصرف از پلک‌ها دانستیم، اما در عین حال نمی‌توان منکر استشمام یا استنباط یک ضابطه‌ی منطقی در زمینه‌ی توزین دیه از این روایت و روایات هم‌گن آن شد؛ زیرا تأمل در روایت هشام همراه با روایت ابن سنان^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۱۵) و همچنین مجموعه‌ای از روایات که در آنها برای اعضای واحد، دیه‌ی کامل یا برای اعضای دوگانه، هر یک نصف دیه‌ی کامل در نظر گرفته شده (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۲)

۱. «مَا كَانَ فِي الْجَسَدِ مِنْهُ اثْنَانِ فِي الْوَاحِدِ نِصْفُ الدِّيَةِ».

به خوبی چنین فهمی را سامان می‌بخشند که در فقه امامیه تلاش شده تا توزین دیه‌ی اندام واحد و متعدد از یک منطق یکسان پیروی کند. این نصوص آن‌گاه که در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند و به صورت مجموعی در نظر گرفته می‌شوند، بیانگر سلوک کلی و روح حاکم بر توزین دیه در شریعت اسلامی هستند. به عنوان نمونه در روایتی از العلاء بن الفضیل از قول امام صادق علیه السلام آمده است:

«إِذَا قُطِعَ الْأَنْفُ مِنَ الْمَارِنِ فَفِيهِ الدِّيَةُ تَامَّةٌ... وَفِي أُذُنَيْهِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ وَالرِّجْلَانِ وَالْعَيْنَانِ بَيْتَلُكَ الْمُتَنْزِلَةِ: هرگاه بینی از نرمه‌ی آن قطع شود، یک دیه‌ی کامله دارد و دوگوش انسان، دیه‌ی کامله دارد و به پاها و چشمان نیز به همین تقدیر دیه تعلق می‌گیرد.» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۱۲)

در این روایت، تعیین دیه‌ی کامل برای عضو واحدی همچون بینی و نیز ثبوت آن در قبال سلب اعضای زوجی همانند گوش‌ها، پاها و چشم‌ها در حقیقت و امدار سلوک کلی و روح حاکم در زمینه‌ی توزین دیه است که امام علیه السلام بر مبنای آن، حکم این مصادیق را بیان فرموده و با آوردن عبارت «بَيْتَلُكَ الْمُتَنْزِلَةِ» به وجودش اشاره فرموده است.

از همین رو، شهید اول در کتاب «القواعد» خود، به وجود چنین سلوکی در توزین دیه اشاره کرده است. وی تصریح می‌کند که تعیین میزان دیه غالباً تابع عدد است و لذا در اندام دوتایی، سه‌تایی، چهارتایی و ده‌تایی به فراخور تعداد آنها دیه، بالسویه توزیع می‌شود (شهید اول، بی تا، ۱۹/۲-۲۰). البته ایشان سه مورد استثنایی از اندام متعدد را نام برده که از این رویه تبعیت نکرده‌اند که عبارتند از: ابروها و ترقوتین در اجزاء دوتایی و ناخن‌ها در اندام ده‌تایی، که پلک‌ها در شمار آنها نیست (همان، ۲۰/۲). البته باید توجه داشت که با توجه به کثرت اعضای واحد و دوگانه در بدن، روایات، تنها به حکم این دو گونه اعضای تصریح کرده و حکم اندام چهارتایی مثل پلک را بیان نکرده‌اند. لکن با اتکا به مطالبی که بیان شد، کاملاً روشن و مبرهن است که تعیین یک چهارم دیه برای هر پلک، با روح کلی حاکم بر توزین میزان دیه در فقه امامیه و روایات اهل بیت علیهم السلام سازگارتر است و با سلوکی که از آن یاد شد منطبق تر جلوه می‌کند. بنابراین، روح برآمده از نحوه‌ی توزین دیه در نصوص شرعی، می‌تواند مؤیدی بر مفاد روایت الجعفریات باشد.

۳-۱۰.

در کنار این مطالب، اجماعی که در میان فقهای اعصار و امصار گذشته نسبت به دیه‌ی ازاله‌ی مجموعی پلک‌ها اقامه شده قرار دارد که گرچه به دلیل مدرکی بودن می‌تواند قابل نقد باشد اما به هر روی، نمایانگر موضع عمومی فقها در طول تاریخ است که می‌تواند مؤید استواری برای اثبات دیه‌ی کامل برای ازاله‌ی مجموعی پلک‌ها باشد. این اجماع به انضمام دو اصلی که از آنها سخن گفته شد، یعنی اصل تساوی در تقسیط و اصل عدم زیادت (نجفی ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۸۱) جملگی منتج به همان نتیجه‌ای است که از رجوع به روایت جعفریات و روح حاکم بر نصوص شرعی به دست می‌آید. بر این پایه، مجموعه‌ی این ظنون که از آنها یاد شد، به شکلی معنادار هم‌گرای با یکدیگر در راستای حصول اطمینان نسبت به نظریه‌ی تربیع، ایفای نقش می‌کنند و اگر با نگرشی یک پارچه‌گرایانه به آنها نگریسته شود، جملگی اجزای یک پازل واحد تلقی می‌شوند که انعکاس بیرونی آن، ثبوت دیه‌ی کامل در ازاله‌ی مجموعی و ثبوت یک چهارم دیه‌ی کامل در ازاله‌ی انفرادی پلک‌هاست.

نتیجه‌گیری

در خصوص دیه‌ی پلک‌ها؛ خواه در فرض ازاله‌ی مجموعی و یا در فرض ازاله‌ی انفرادی شان، اختلاف نظر وجود دارد. این اختلافات که در متون فقهی به شکلی برجسته بازتاب یافته، موجب نشده تا مقنن در قانون مجازات اسلامی از تعیین دیه برای ازاله‌ی پلک‌ها امتناع ورزد، بلکه با اتخاذ یکی از دیدگاه‌های فقهی در ماده‌ی ۵۹۰ ق.م.ا، در صورت ازاله‌ی مجموعی پلک‌ها دیه‌ی کامل و در فرض ازاله‌ی انفرادی آنها برای هر یک از پلک‌های بالا، یک ششم دیه‌ی کامل و برای هر یک از پلک‌های پایین، یک چهارم دیه‌ی کامل را ثابت دانسته است. تأمل در مبانی فقهی نظریه‌ی برگزیده‌ی مقنن و نیز بررسی تمامی دیدگاه‌هایی که در این زمینه مطرح شده، نشان می‌دهد: دلایلی که برای پذیرش هر کدام از آنها اقامه شده، جملگی ناتمام بوده و در این خصوص نمی‌توان به هیچ دلیل مستقلاً تمسک جست. همین امر موجب شده دیه‌ی پلک در این نوشتار به مثابه یک چالش اساسی مورد بررسی

قرار گیرد و با تتبعات بسیار، ضمن نقد دیدگاه‌های مختلف با استناد به روش قرینه‌گرایی این چالش برطرف شود. وفق این رویکرد با توجه به نارسایی ادله‌ی دیدگاه‌های مختلف، با اطمینانی که از تراکم ظنون مختلف پدید می‌آید می‌توان نظریه‌ی تربیع یا تنصیف را پذیرا شد. ظنون مترامی که از آنها یاد شد، عبارتند از:

(۱) روایتی از کتاب «الجعفریات» که برای نخستین بار در این زمینه به آن توجه می‌شود. این روایت، صریح در مقصود است اما به جهت اشکالات ناظر بر اصالت سندی، صرفاً یک ظن قوی تلقی شده است.

(۲) روح کلی حاکم بر توزین میزان دیه، در لسان نصوص شرعی که مؤید مفاد روایت الجعفریات است

(۳) اجماع فقها بر ثبوت دیه‌ی کامل برای پلک‌ها به انضمام اصل تساوی در تقسیط و اصل عدم زیادت.

هرچند با نگاهی ریزبینانه و محاسبات دقّی، آرامش خاطر و اطمینان وجدانی - که از مجموعه‌ی ظنون پیش‌گفته پدید می‌آید - به مثابه استدلال یقین‌آور تلقی نمی‌شود اما می‌تواند جنبه‌ی معذرت داشته و به عنوان یک حجت شرعی در زمینه‌ی دیه‌ی پلک‌ها نگرینسته شود که دست‌کم نسبت به دیگر نظریات، دل‌آشوب‌ کمتری در پی دارد.

بر اساس مبنای فوق، پیشنهاد می‌شود: ماده‌ی ۵۹۰ ق.م.ا به این صورت اصلاح شود:

«دیه‌ی مجموع چهار پلک، دیه‌ی کامل و دیه‌ی هریک از آنها، یک چهارم دیه‌ی کامل است.»

کتابنامه

۱. ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶)، المهذب، ج ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن اشعث کوفی، محمد بن محمد (بی تا) الجعفریات {الأشعثیات}، چاپ اول، تهران، بی نا.
۴. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی (۱۴۱۷)، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۶. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۴، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات جامعه مدرسین.
۷. اسدی حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۸. _____ (۱۴۱۰)، المختصر من شرح المختصر، چاپ اول، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية.
۹. امامی، مسعود (۱۳۹۱)، مقاله «دلیلی نوین بر امامت دوازده امام شیعه»، فصلنامه امامت پژوهی، سال دوم، شماره ۸.
۱۰. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۸)، تنقیح مبانی الأحکام - کتاب الديات، چاپ اول، قم: دار الصدیقة الشهيدة علیه السلام.
۱۱. جزایری، السيد طیب (۱۳۵۵)، اللمعة الساطعة فی تحقیق صلاة الجمعة و الجامعة، نجف، مطبعة النجف.
۱۲. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۱۷)، معجم فقه الجواهر، چاپ اول، بیروت: الغدیر للطباعة و النشر.
۱۳. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، چاپ اول، بیروت: دار العلم للملایین.
۱۴. حاتمی، صدیقه؛ علمی سولا، محمدرضا و حائری، محمدحسن (۱۳۹۸)، مقاله «تحلیل

- و ارزیابی دیدگاه‌های فقهی راجع به میزان دیه‌ی پلک‌ها: با تأکید بر ماده‌ی ۵۹۰ ق.م.ا، پژوهش‌های فقهی، ش ۳.
۱۵. حجازی، رضا (۱۳۹۲)، آناتومی سروگردن، چاپ سیزدهم، تهران، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم‌السلام.
۱۷. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳)، قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۱۸. _____، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. _____، (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
۲۰. _____، (۱۴۲۱)، تلخیص المرام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۱. _____، (۱۴۱۰)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی واپسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۲. حمداللهی، عارف؛ جهانگیری، محسن و اصغری، عبدالرضا (۱۳۹۸) مقاله «تحلیل فقهی ماده ۵۹۰ ق.م.ا در تعیین مقدار دیه پلک‌ها»، آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۱۸.
۲۳. حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰)، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکولوم، جلد ۷، چاپ اول، بیروت، دار الفکر المعاصر.
۲۴. خراسانی، حسین وحید (۱۴۲۸)، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم: مدرسه امام باقر علیه‌السلام.
۲۵. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۶. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۰)، معجم الرجال الحدیث، قم: مرکز نشر آثار شیعه.
۲۷. _____، تکملة المنهاج، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.
۲۸. روحانی، صادق (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه‌السلام، چاپ اول، قم: دارالکتاب، مدرسه امام صادق علیه‌السلام.
۲۹. سلّار دیلمی، حمزه بن عبد العزیز (۱۴۰۴)، المراسم العلویة و الأحکام النبویة، چاپ اول، قم: منشورات الحرمین.
۳۰. سلیمان کلوانق، باقری، احمد و مرتضایی، احمد (۱۳۹۹)، مقاله «واکوی مستندات دیه‌ی

- جنایت بر مجموع پلک‌ها و کمتر از آن (نقد و کاوشی فقهی در مبانی ماده‌ی ۵۹۰ و ۵۹۱ ق.م.ا)، پژوهش‌های فقهی، ش ۳.
۳۱. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰)، اللعة الدمشقية في فقه الإمامية، چاپ اول بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۳۲. _____، (۱۴۱۴)، غاية المراد في شرح نکت الإرشاد، جلد ۴، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۳. _____، (بی‌تا) القواعد و الفوائد، جلد ۲، چاپ اول، قم، کتابفروشی مفید.
۳۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۴)، حاشیة الإرشاد، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۳۵. _____، (۱۴۱۰)، الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)، چاپ اول قم: کتابفروشی داوری.
۳۶. _____، (۱۴۱۳)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۷. صاحب بن عباد، کافی الکفاة، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴)، المحيط في اللغة، جلد ۷، چاپ اول، بیروت، عالم الكتاب.
۳۸. صدر، محمد باقر (۱۴۰۳)، الفتاوى الواضحة وفقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، بیروت، دار التعارف للمطبوعات.
۳۹. صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳)، من لا يحضر الفقيه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۰. صمیری، مفلح بن حسن (۱۴۰۸)، تلخیص الخلاف و خلاصه الاختلاف، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۱. _____، (۱۴۲۰)، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، جلد ۴، چاپ اول، بیروت، دار الهادي.
۴۲. طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸)، رياض المسائل (ط - الحديثة)، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴۳. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶)، مجمع البحرين، چاپ سوم، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۴۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط في فقه الإمامية، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية.

۴۵. _____، (۱۴۰۰)، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*، چاپ دوم، بیروت: دار الکتب العربی.
۴۶. _____، (۱۴۰۷) *الخلافة*، چاپ اول، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۴۷. _____، *تهذیب الأحکام*، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۴۸. فارس بن زکریا (۱۴۰۴)، *معجم مقائیس اللغة*، جلد ۳، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۹. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، *كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحکام*، جلد ۱۱، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷)، *إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*، جلد ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۱. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰)، *كتاب العين*، جلد ۶، چاپ دوم، قم: نشر هجرت.
۵۲. فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا)، *مفاتیح الشرائع*، جلد ۲، چاپ اول، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۵۳. کابلی، محمد اسحاق فیاض (بی تا)، *منهاج الصالحین*، جلد ۳، بی جا، بی نا.
۵۴. کاشانی مدنی، رضا (۱۴۰۸)، *كتاب الديات*، چاپ اول، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۵۵. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، *الکافی (ط - الإسلامیة)*، جلد ۷، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب.
۵۶. لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۱۸)، *تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسيلة - الديات*، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۵۷. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۷)، *المعتبر في شرح مختصر*، چاپ اول، قم: مؤسسه سید الشهداء.
۵۸. _____، (۱۴۰۸)، *شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام*، جلد ۴، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۹. _____، (۱۴۱۸)، *المختصر النافع في فقه الإمامیة*، جلد ۲، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۶۰. مغربی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵)، *دعائم الإسلام*، جلد ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۶۱. مفید، محمد بن نعمان (۱۴۱۰)، المقنعه، چاپ دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی،
۶۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷)، الفتاوی الجدیده، جلد ۳، چاپ دوم، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۶۳. موسوی خمینی، روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، جلد ۲، قم: دارالعلم.
۶۴. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۴۳، چاپ هفتم، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۶۵. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۸، چاپ اول، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶۶. واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴)، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد ۷، چاپ اول، بیروت: دار الفکر.
۶۷. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸)، منهاج الصالحین، جلد ۳، چاپ پنجم، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.



بررسی فقهی «لزوم اذن زوج برای خروج از منزل»

امینه عماد الدین^۱

چکیده

با توجه به اهمیت و جایگاه ویژه‌ی خانواده در شریعت اسلامی و نیز تحولات فکری فرهنگی جوامع امروزی، تبیین و تشریح احکام و قوانین اسلامی حاکم بر این نهاد مقدس، امری لازم و ضروری به نظر می‌رسد؛ از این رو بررسی فقهی مستندات شرطیت اذن زوج در خروج از منزل، یکی از آن موارد است.

از آنجا که اصل اولی برای هر انسان، تسلط بر خود و شوون مربوط به خود است؛ لزوم اذن، تنها در موارد اثبات شده با ادله‌ی کافی پذیرفته می‌شود. لزوم اذن زوج برای خروج از منزل به استناد روایات، نزد فقهای شیعه اتفاقی است. علاوه بر اینکه مقتضای مقام قوامیت و سرپرستی مرد بر اساس آیه‌ی «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»؛ مردان بر زنان قیومیت و سرپرستی دارند» (نساء/ ۳۴) وجود چنین حقی را برای او در جهت حفظ حرمت و حیثیت نظام خانواده، یک امر لازم و ضروری به شمار آورده است. البته زوج نمی‌تواند در مواردی همچون انجام واجبات، ضروریات زندگی و... که خروج زن از منزل با هیچ گونه مفسده و منع شرعی منافات ندارد - بلکه به لحاظ وجود ادله‌ی قطعی، ثبوت مصلحت در آن، مسلم فرض می‌شود - محدودیت و مانعی برای خروج زن ایجاد نماید که در کلام فقها این موارد با عنوان استثناء بر لزوم اذن زوج آمده است.

واژگان کلیدی: اذن، زوج، اطاعت، نشوز، خروج از منزل

۱. دانش پژوه سطح ۴ جامعه الزهراء (ع)، رشته فقه و اصول

مقدمه

این نوشتار به موضوع «إذن زوج جهت خروج از منزل» که در مباحث حقوق و تکالیف زوجین از مباحث نکاح مطرح می‌شود، پرداخته و پس از بررسی اصل اولی به مستندات لزوم إذن و بررسی فقهی آن می‌پردازد؛ زیرا این موضوع از مواردی است که به ظاهر نشان از تبعیض بین زن و مرد در اسلام دارد و پاسخ به این سؤالات که «اصل اولی در این مورد چیست؟»، «مستندات لزوم إذن برای خروج از منزل کدام است و شامل چه مواردی می‌شود؟»، «استثنائات این مسأله به چه کیفیت است؟» و تبیین و تشریح آنها... موجب اصلاح عملکرد زوجین و استمرار و ثبات این رابطه‌ی مقدس و الهی بوده و بسیاری از مخاصمات و آسیب‌های اجتماعی را که ناشی از ابهامات مربوط به اعتبار إذن زوج در این مورد است، مرتفع و مضمحل می‌کند. لازم به ذکر است؛ این موضوع به عنوان یکی از فروع نکاح در کتب فقهی آمده و در پژوهش‌های کنونی غالباً در مباحث مربوط به إذن زوج و در موارد کثیر از دیدگاه حقوقی مطرح شده است. از جمله می‌توان به رساله‌ای با عنوان «إذن زوج در موارد گوناگون فقه و حقوق ایران» توسط «فاطمه هاتقی» در سطح کارشناسی؛ و مقاله‌ی «بازپژوهی خروج از منزل بدون إذن شوهر از منظر قاعده‌ی لاضرر» از «ابوالقاسم علیدوست» و «محمد عشایری منفرد» و نیز «بررسی فقهی مسأله‌ی خروج زن از منزل بدون إذن شوهر» نوشته‌ی «مهدی احمدی» و «علی سلیلی» اشاره کرد که به نظر می‌رسد از استدلال‌های فقهی، پردازش و نقد کافی برخوردار نباشند.

بیان مباحث

۱. قاعده‌ی اولیه

اصل اولی در هر انسان، تسلط بر خود و شؤون مربوط به خود - از قبیل توانایی و نیروی جسمانی و اموال - است (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۰، ص ۱۷). اسلام، انسان را موجودی مختار و آزاد می‌داند که اگر از چارچوب شریعت خارج نشود، هیچ کس حق ایجاد محدودیت برای او ندارد مگر اینکه ثابت شود، دین چنین حقی را به او داده است.

هرچند در کتب قدما و متأخرین از این اصل نامی به میان نیامده است ولی فقهای متأخر، این اصل را در کتب خود مطرح ساخته و آن را مسلم و قطعی دانسته‌اند، چنان‌که مرحوم شیخ در مکاسب به آن استدلال نموده است (شیخ انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۵۴۶). و محقق نراقی نیز در کتاب «عوائد» می‌نویسد:

«و اما غیر الرسول و اوصیائه، فلا شکّ أن الأصل عدم ثبوت ولاية احد علی احد إلا من ولّاه الله سبحانه، أو رسوله او احد اوصیائه علی احد من امر؛ و اما غیر از رسول و اوصیای او شکی نیست که اصل، عدم ثبوت ولایت و سرپرستی شخصی بر شخص دیگر است؛ مگر کسی که خدا و رسولش یا یکی از اوصیای او بر شخصی در امری ولایت داده باشند» (نراقی، عوائد الایام، ص ۵۲۹). برای اثبات اصل سلطه‌ی انسان بر شؤون خود و عدم ولایت «أحد علی أحد» استدلال‌های مختلف عقلی و نقلی اقامه شده است که جهت رعایت اختصار از ذکر آن خودداری می‌شود.

بر اساس این اصل و قاعده‌ی عقلایی و شرعی، زن نیز به عنوان یک انسان آزاد بر همه‌ی امور خویش مسلط است و می‌تواند نسبت به تمام مسائل خود شخصاً تصمیم بگیرد و تنها در مواردی که دلیل روشنی خلاف آن را ثابت نماید، می‌توان از این اصل دست شست. لکن در این مقام به مقتضای عقد نکاح، اجمالاً وظایفی برای زوجین ثابت می‌شود؛ چرا که باید تفاوتی بین قبل از انعقاد نکاح و بعد از آن در میان باشد. پس در ادامه، بحث در مورد تعیین میزان خروج از این اصل است و الا خروج فی الجملة ای به سبب وقوع عقد نکاح با اختیار دو طرف مفروض است.

۲. خروج از منزل (بیان آراء و أدله)

در مورد شرطیت اذن شوهر برای خروج از منزل، دو نظریه میان فقهای شیعه وجود دارد:

۲-۱. دیدگاه اول: «اشتراط اذن زوج در خروج زن، در موارد منافی با حق استمتاع»

بر اساس این نظریه، در صورت مسافرت شوهر و یا زمانی که نمی‌تواند هیچ‌گونه استتماعی داشته باشد، خروج بدون اذن، بلا مانع است. این نظریه از سوی برخی فقهای معاصر

مطرح شده است. برخی دیگر با حکم به احتیاط وجوبی و برخی هم با احتیاط استحبابی در خروج غیر منافی با استمتاع، به این نظریه گرایش نشان داده اند (رک: تبریزی، المسائل المنتخبة، ص ۳۰۲-۳۰۱؛ مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ج ۶، ص ۱۲۳). چنان که محقق حلی بدون اشاره به خروج از منزل بدون إذن، فقط در مورد مسافرت بدون إذن زوج، می نویسد: «أما لو سافرت بغير إذن في مندوب أو مباح سقطت نفقتها؛ اما اگر زن به جهت امر مستحب یا مباحی، بدون إذن زوج سفر ننماید، نفقه اش ساقط می شود» (حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۹۲). از این تعبیر می توان استظهار نمود که ایشان تنها، خروجی را که با حق استمتاع شوهر منافات داشته باشد (مسافرت، نه مطلق خروج) موجب نشوز می دانند.

مرحوم خوئی هم در این مورد چنین آورده است: «و سفر الزوجة بدون إذن الزوج: هذا لا دلیل علی حرمته علی الإطلاق، بل حتی مع النهی فضلاً عن عدم الإذن، إلا إذا كان موجباً للنشوز و منافیاً لحق الزوج، فإن هذا المقدار مما قام علیه الدلیل، و علیه یحمل ما ورد فی بعض الأخبار من حرمة الخروج بغير الإذن، فإن المراد بحسب القرائن خروجاً لا رجوع فیهِ، بنحو یتصدق معه النشوز... و کیف ما كان، فلا دلیل علی أنّ مطلق الخروج عن البيت بغير الإذن محرم علیها و لو بأن تضع قدمها خارج الباب لرمي النفايات مثلاً، أو تخرج لدى غیبة زوجها لسفر أو حبس و نحو ذلك إلى زیارة أقاربها أو زیارة الحسین علیه السلام مع تسترّها و تحفظها علی بقیة الجهات، فإنّ هذا تماماً لا دلیل علیه بوجه؛ و سفر زن بدون إذن زوج: دلیلی بر حرمت آن به طور مطلق نیست، حتی در صورت منع زوج، چه رسد به عدم إذن؛ مگر اینکه موجب نشوز شود و منافی با حق زوج باشد. این مقدار، آن چیزی است که دلیل بر آن اقامه شده است و آنچه که در برخی از اخبار در مورد حرمت خروج بدون إذن وارد شده است، بر این مورد حمل می شود. پس مراد از خروج با توجه به قرائن، خروج بدون بازگشتی است که مصداق نشوز باشد. به هر حال، دلیلی نیست بر حرمت مطلق خروج بدون إذن و لو با گذاشتن قدم هایش به خارج از خانه برای بیرون بردن زباله مثلاً، یا هنگام غیبت زوج به هنگام سفر یا حبس، برای دیدار نزدیکان یا زیارت امام حسین علیه السلام که با رعایت پوشیدگی و حفظ بقیه ی جهات خارج شود. این، آن چیزی است که به هیچ وجهی دلیلی بر آن نیست» (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۰، ص ۱۰۱-۱۰۰).

ایشان در جای دیگری فرماید: «فیه إشکال، بل منع. فإن عدم جواز ذلك للزوجة إنما هو من جهة مزاحمته لحق، ولذا فلو لم تكن هناك مزاحمة لحقه كما لو كان مسافراً لم يتوقف جواز سفر المرأة على إذنه. و حيث إنه لا مزاحمة في المقام، باعتبار أن الرجل لا يرى حقاً لنفسه فيها، فلا وجه للحكم بتوقف جوازه على إذنه؛ در آن (حرمت خروج بدون إذن) اشکال است، بلکه منع است. عدم جواز خروج زن، از جهت مزاحمت با حق زوج است و لذا در مواردی که مزاحمتی با حق او نداشته باشد مثل اینکه زوج مسافر باشد، سفر زن متوقف بر اذن زوج نیست» (موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۷۶).

ادله‌ی دیدگاه اول

بر اساس اصل برائت و اباحه‌ی اعمال و قاعده‌ی سلطنت - چنان‌که بدان اشاره شد - تا زمانی که حرمت و منعی ثابت نشود، انسان موجودی مختار و آزاد است؛ به همین جهت خروج زن از منزل همانند سایر اعمالش، باید عمل مباحی تلقی شود و هیچ کس حق ایجاد محدودیت برای او ندارد. مگر اینکه ثابت شود شرع مقدس، چنین حقی به وی داده است. از این رو فقهاییی که از دیدگاه دوم (قائلین به اشتراط إذن زوج در خروج به نحو مطلق) تبعیت می‌کنند، باید وجود چنین حقی را برای زوج، با ادله اثبات نمایند. اما طرفداران دیدگاه نخست همین که بتوانند دلالت ادله‌ی آنها را با مشکل مواجه نمایند، ادعایشان اثبات می‌شود، زیرا در نظرایشان تنها مسأله‌ی مهم در بحث خروج از منزل، مراعات حق استمتاع زوج است که به مقتضای عقد نکاح بر زن واجب است. لذا است که صاحبان این نظریه دلیل خاصی را برای قول خود ارائه نکرده‌اند.

۲-۲. دیدگاه دوم: «اشتراط إذن زوج در خروج زن به نحو مطلق»

طبق نظر مشهور، زن مطلقاً و طبق هیچ شرایطی، بدون إذن و رضایت زوج، حق خروج از منزل را ندارد و خروج وی بدون إذن، از نظر تکلیفی حرام و از نظر وضعی موجب نشوز است. این نظریه از اطلاق برخی کلمات قدمای امامیه استفاده می‌شود که فی الجمله به آنها اشاره می‌شود:

۲-۲-۱. مرحوم شیخ مفید در مورد حکم وضعی خروج بدون إذن در «مقنعه» فرموده

است: «فإن نشزت الزوجة على بعلمها و خرجت من منزله بغير إذنه سقط عنه نفقتها؛ اگر زن بر شوهرش نشوز نماید و از منزلش بدون اذن او خارج شود، نفقه از مرد ساقط می شود» (شیخ مفید، المقنعة، ص ۵۱۸). وی در کتاب «احکام النساء» نیز به حکم تکلیفی آن، این گونه اشاره می کند: «و لیس لها أن تخرج من منزله إلا بإذنه؛ نباید زن از منزلش خارج شود مگر به اذن زوج» (شیخ مفید، احکام النساء، ص ۳۸).

۲- ۲- ۲. ابوصلاح حلبی نیز خروج از منزل را به طور مطلق، نیازمند اذن دانسته و می نویسد: «و یلزمها طاعته فی نفسها و ملازمة منزله دون ما عدا ذلك؛ لازم است بر زن اطاعت از زوج در مورد خودش و ملازمت منزلش، به خلاف غیر این موارد» (ابوصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ص ۲۹۴).

۲- ۲- ۳. ابن زهره هم با همین مضمون در کتاب «غنیة» سخن گفته است (رک: ابن زهره، غنیة النزوع، ص ۳۵۲).

۲- ۲- ۴. علامه حلی در «تحریر» فرموده است: «فحقّ الرّجل علی المرأة التّمکین من الاستمتاع، وأن لا تخرج من بینه إلا بإذنه؛ پس حق مرد بر زن تمکین از استمتاع است و اینکه از خانه اش بدون اذن او خارج نشود» (علامه حلی، تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۵۸۷).

۲- ۲- ۵. فاضل اصفهانی هم در «کشف اللثام» تحقیق نشوز به خروج از منزل را امری مسلم دانسته و می نویسد: «أما النشوز بالخروج من المنزل، أو الامتناع من المضاجعة فلا شبهة فيه؛ اما نشوز به واسطه ی خروج از منزل یا امتناع از مضاجعه؛ پس شکی در آن نیست» (اصفهانی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۹۰).

۲- ۲- ۶. صاحب «ریاض» نیز گفته است: «وکیف کان فلا خلاف فی أنه لا نفقة لناشزة خارجة عن طاعة الزوج، ولو بالخروج من بینه بلا اذن؛ و به هر حال، خلاقی در این نیست برای ناشزه ای که از اطاعت زوج خارج شده و لو با خروج از منزل بدون اذن، نفقه ای نیست» (حائری، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۶۶).

۲- ۲- ۷. صاحب جواهر، حتی خروج برای عیادت پدر و مادر را بدون اذن، ممنوع دانسته و می نویسد: «وإن كان له منعها عن ذلك وعن عیادة أبیها وأمها فضلاعن غیرهما وعن

الخروج من منزله إلا لحق واجب لأن له الاستمتاع بها في كل زمان ومكان، فليس لها فعل ما ينافيه بدون إذنه، ومنه الخروج إلى بيت أهلها ولو لعيادتهم وشهادة جنائزهم؛ وأگر چه برای زوج است که منع نماید زن را از آن و از عیادت پدر و مادرش چه رسد به غیر آنها و (منع نماید) از خروج از منزلش مگر برای حق واجبی؛ چرا که حق استمتاع برای زوج است در همه‌ی زمان‌ها و مکان‌ها؛ و زن نمی‌تواند آنچه را که منافی با این حق است بدون إذن او انجام دهد» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۸۳).

۲- ۸. گروهی از فقهای معاصر نیز به همین صراحت سخن گفته‌اند؛ به عنوان نمونه: سید ابوالحسن اصفهانی رحمته الله و مرحوم امام خمینی، خارج نشدن زن از خانه بدون إذن زوج را حق مستقلی برای زوج دانسته‌اند: «ومن حقِّه علیها: أن تطیعه ولا تعصیه، ولا تخرج من بیتها إلا بإذنه ولو إلى أهلها ولو لعیادة والدها أو فی عزائه؛ و از حقوق مرد بر زن این است که از او اطاعت کند و عصیان ننماید و از خانه‌اش خارج نشود مگر به إذن او حتی برای دیدن خانواده‌اش و عیادت پدرش یا شرکت در عزای او» (اصفهانى، وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)، ص ۷۵۳).

۲- ۹. برخی هم این‌گونه تصریح کرده‌اند که: «لا فرق فی اشتراط إذن الزوج فیما یشرط فیہ بین کون الزوج قادراً علی الاستمتاع أو ممنوعاً منه لمرض أو سفراً أو کونه محرماً...» (آملی، مصباح الهدی، ج ۱۲، ص ۵۶-۵۵). به این معنا که حتی در مواردی مانند مسافرت شوهر که هیچ منافاتی با حق استمتاع او ندارد، زن بدون إذن او حق خروج ندارد. البته صاحب وسیله و برخی از محشیان تنها حال ضرورت را مستثنی دانسته‌اند: «يجب علی الزوجة المعاشرة مع زوجها بالمعروف وأن تستجیب لزوجها عند طلبه الاستمتاع بها وان لا تخرج من بینه من دون إذنه إلا فی حال الضرورة العرفیة؛ بر زن واجب است که با زوج معاشرت به معروف داشته باشد و هنگام طلب استمتاع، او را اجابت نماید و بدون إذن او از خانه خارج نشود مگر در حال ضرورت عرفی» (تبریزی، صراط النجاة، ج ۶، ص ۲۶۳-۲۶۲؛ رک: امام خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۳۰۵؛ اصفهانى، وسیلة النجاة - مع حواشی الگلپایگانی - ج ۳، ص ۲۱۵).

ادله‌ی دیدگاه دوم

الف) روایات

مهمترین دلیل این دیدگاه، روایات متعددی است که به حکم خروج از منزل اشاره کرده است، این روایات را به دو دسته می‌توان تقسیم نمود: دسته اول، روایاتی است که در مورد حکم خروج زن در زمان زوجیت وارد شده است و دسته دوم، روایاتی است که حکم خروج زن پس از طلاق یا مرگ زوج را بیان نموده است که هرچند مستقیماً به این بحث مرتبط نیست، لکن به دلیل وحدت ملاک، می‌توان از آن برای موضوع مورد بحث، بهره گرفت.

روایات دسته‌ی اول

روایاتی که در ادامه آورده می‌شود به جزروایت آخر، مشکل سندی ندارند، اما در مورد چرایی و چگونگی دلالت این روایات بر یک حکم تکلیفی (حرمت خروج بی‌اذن) و یک حکم وضعی (نشوز)، توضیح چندانی داده نشده است که به بررسی آنها می‌پردازیم:

۱. «صحیح‌ه‌ی محمد بن مسلم»

پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در صحیح‌ه محمد بن مسلم در پاسخ زنی که از حقوق زوج برزن سؤال می‌کند، بیان می‌دارند که: «... وَلَا تَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ وَإِنْ خَرَجَتْ مِنْ بَيْتِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَعْنَتْهَا مَلَائِكَةُ السَّمَاءِ وَمَلَائِكَةُ الْأَرْضِ وَمَلَائِكَةُ الْغُضَبِ وَمَلَائِكَةُ الرَّحْمَةِ حَتَّى تَرْجِعَ إِلَى بَيْتِهَا...» و از خانه اش خارج نشود مگر به اذن او و اگر بدون اذن او از خانه اش خارج شود، ملائکه‌ی آسمان و زمین و ملائکه‌ی غضب و رحمت، او را لعنت کنند تا به خانه اش برگردد» (کافی، ج ۵، ص ۵۰۶ تا ۵۰۷، ح ۱؛ وسائل الشیعه، ج ۲، ص ۱۵۷).

دلالت «صحیح‌ه» بر مدعا کاملاً روشن است.

اشکال: گفته شده است: معلوم نیست مراد از لعن و نفرین فرشتگان که به عنوان مجازات خروج بی‌اذن آمده است، کراهت شدید است یا حرمت؟ زیرا در ادله برای اعمالی مانند تنها خوابیدن و تنها غذا خوردن که حرام نیستند، نیز تعبیر لعنت به کار رفته است (ر.ک: وسایل الشیعه، ج ۵، ص ۳۳۲؛ ح ۱۱، ص ۴۱۰؛ من لا یحضره الفقیه، ج ۲، ص ۲۷۷؛ بحار الأنوار، ج ۶۳،

ص ۳۴۷). هرچند غالب استعمالات لعن در موارد حرمت، انجام دهندگان عمل حرام، کفار و منافقین اند و بر همین اساس به ظهور لعن در حرمت استناد شده است. امام خمینی علیه السلام در مکاسب محرمه می‌فرماید: شکی نیست که لعن، ظهور در حرمت دارد، با این استدلال که: «قد ورد مادة اللعن قرب أربعين موردا في القرآن الكريم لا يكون مورد منها في أمر مكروه أو شخص مرتكب له، فراجع. بل غالب استعماله في موارد التشديد على المحرمات أو الأشخاص المرتكب لها أو الكفار والمنافقين والشيطان وأمثالهم، فلا شبهة في ظهوره في الحرمة» (المکاسب المحرمة، ج ۲، ص ۳۳). مخالفان، از جمله آیت الله العظمی خویی و محقق ایروانی چنین بیان می‌دارند که: «أن اقتضاء اللعن للحرمة ممنوع فإنه طلب البعد من الله و فاعل المكروه بعيد منه تعالى بمقدار فعله بل يمكن أن يقال إن اللعن يجتمع مع الإباحة» (حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۱۹؛ رک: خویی، مصباح الفقاهة، ج ۱، ص ۲۰۴؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲، ص ۷۰).

پاسخ: اولاً، ظهور عرفی «لعن» در حرمت، غیرقابل انکار است و قریب به اتفاق استعمالات قرآنی و روایی در حرمت است. حتی در مواردی تنها مستند فقها برای حکم حرمت، استعمال «لعن» است. چنان‌که فتوا بر حرمت نشستن بر سفره‌ای که شراب در آن باشد بر اساس عنوان «ملعون» است و در روایت آمده است. موارد نقض نیز بر فرض تمامیت، به جهت آنکه قرینه‌ی منفصل محسوب می‌شوند، نمی‌توانند در ظهور سایر استعمالات خدشه نمایند. ثانیاً، استفاده‌ی حرمت از صحیح‌ه‌ی مذکور، تنها به جهت استعمال «لعن» نیست. بلکه آنچه صریح در مقصود است، استعمال جمله‌ی خبری در مقام انشاست، آنجا که می‌فرماید: «وَلَا تَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ؛ و از خانه‌اش خارج نشود مگر به إذن او». بلکه آنچه از سیاق عبارت و استعمال «إلا» بعد از نفی به دست می‌آید، تأکید حرمت است به گونه‌ای که اصلاً با کراهت سازگار نیست.

۲. «صحیح‌ه عبد الله بن سنان»

متن حدیث چنین است: «رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: قَالَ إِنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله خَرَجَ فِي بَعْضِ حَوَائِجِهِ فَعَهَدَ إِلَى امْرَأَتِهِ عَهْدًا أَلَّا تَخْرُجَ مِنْ بَيْتِهَا حَتَّى يَفْتَدِمَ، قَالَ وَإِنْ أَبَاهَا مَرِضَ فَبَعَثَتِ الْمَرْأَةَ إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله فَقَالَتْ: إِنَّ زَوْجِي خَرَجَ وَعَهْدَ إِلَيَّ

أَنَّ لَا أَخْرَجَ مِنْ بَيْتِي حَتَّى يَتَقَدَّمَ وَإِنَّ أَبِي قَدْ مَرَضَ فَتَأْمُرُنِي أَنْ أَعُوذَهُ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا اجْلِسِي فِي بَيْتِكَ وَاطِيعِي زَوْجَكَ. قَالَ: فَتَقَلُّ فَأَرْسَلْتُ إِلَيْهِ ثَانِيًا بِذَلِكَ فَقَالَتْ فَتَأْمُرُنِي أَنْ أَعُوذَهُ فَقَالَ اجْلِسِي فِي بَيْتِكَ وَاطِيعِي زَوْجَكَ. قَالَ: فَتَاتَ أَبُوهَا فَبَعَثَتْ إِلَيْهِ إِنَّ أَبِي قَدْ مَاتَ فَتَأْمُرُنِي أَنْ أُصَلِّيَ عَلَيْهِ. فَقَالَ: لَا اجْلِسِي فِي بَيْتِكَ وَاطِيعِي زَوْجَكَ. قَالَ: فَدَفِنَ الرَّجُلُ فَبَعَثَتْ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنَّ اللَّهَ قَدْ غَفَرَ لَكَ وَ لِأَيِّكَ بِطَاعَتِكَ لِزَوْجِكَ» (رك: من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۴۴۲- ۴۴۱؛ کافی، ج ۵، ص ۵۱۳؛ وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص ۱۷۶- ۱۷۵).

حدیث فوق دو سند دارد: یکی از مرحوم صدوق در «فقیه» به طریق صحیح وارد شده است و دیگری از «کافی» است که به علت وجود «عبد الله بن قاسم حضرمی» - که در رجال به عنوان فردی کذاب و اهل غلو معرفی شده - ضعیف است (ر.ک: رجال النجاشی، ص ۲۲۶؛ رجال ابن غضائری، ص ۷۸).

بیان استدلال: مطابق این روایت، پیامبر اکرم ﷺ در مورد درخواست مکرر زنی که می خواست به عیادت پدر مریضش برود و شوهرش او را نسبت به خارج شدن از منزل منع کرده بود، به اطاعت از همسر توصیه و تاکید می فرمود تا اینکه پدرش وفات نمود و حتی نتوانست بر جنازه ی پدرش هم حاضر شود.

تحقیق و بررسی: گفته شده است که مدلول روایت در بردارنده ی حکم کلی از سوی پیامبر اکرم ﷺ نیست؛ زیرا اولاً معلوم نیست که این دستور به زن، الزامی باشد، چون ممکن است ایشان به زنی که آماده بود هر دستوری را از پیامبر اکرم ﷺ اطاعت کند، فرمانی غیر الزامی که به مصلحت زندگی او بوده، صادر کرده باشند. و ثانیاً محتمل است که دستور ایشان در این مورد، یک دستور اختصاصی و «قضیه فی واقعه» باشد که با توجه به شرایط خاص آن زن یا به سبب عهدی که شوهر با او نموده، صادر شده باشد، چنان که جمله ی اخیر حضرت که فرمود: با این کار خداوند تو و پدرت را آمرزید، می تواند مؤید خصوصیت ویژه ی این قضیه باشد (ر.ک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ج ۶، ص ۱۱۸؛ زنجانی، کتاب نکاح، ج ۲۴، ص ۷۶۵۵؛ مازندرانی، دلیل تحریر الوسيله - احکام الأسرة، ص ۲۲).

پاسخ: حمل بر استحباب با اصرارهای مکرر زن سازگاری ندارد. قرینه ای نیز جهت

اختصاص روایت به مورد خاص آن، موجود نیست. لذا براساس قاعده‌ی اشتراک، اصل این است که همه‌ی افراد در احکام مشترک‌اند و روایت در صدد بیان یک حکم عمومی و کلی است. همچنین دستور حضرت، نمی‌تواند از باب وجوب وفای به عهد باشد؛ چرا که در ذیل روایت، دلیل غفران و بخشایش الهی را اطاعت از زوج ذکر نموده است نه وفای به عهد. پس روایت، بیانگر حکم کلی است هرچند دلالت آن بر وجوب اطاعت در همه‌ی امور تام نیست؛ زیرا موضوع روایت، مسأله‌ی خروج از منزل است و به قرینه‌ی عبارت «إِجْلِسِي فِي بَيْتِكَ: در خانه‌ات بنشین» و عطف عبارت «أَطِيعِي زَوْجَكَ: از همسرت اطاعت کن» بر آن، باید گفت: جمله‌ی دوم (یعنی امر به اطاعت از زوج به صورت مطلق) مورد نظر نیست. بلکه تنها می‌توان به قدر متیقن از آن در مقام تخاطب تمسک نمود که همان وجوب اطاعت از زوج در خروج از منزل است.

۳. «صحيحه‌ی عبد العظیم حسنی»

«وَفِي عُيُونِ الْأَخْبَارِ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْوَرَّاقِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ عَبْدِ الْعَظِيمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْحَسَنِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ الرِّضَا عليه السلام عَنْ أَبِيهِ عليه السلام قَالَ: دَخَلْتُ أَنَا وَفَاطِمَةُ عليهما السلام عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وسلم فَوَجَدْتُهُ يَبْكِي بُكَاءً شَدِيدًا فَقُلْتُ لَهُ: فِدَاكَ أَبِي وَ أُمِّي يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا الَّذِي أَبْكَاكَ؟ فَقَالَ: يَا عَلِيُّ! لَيْلَةَ أُسْرِي بِي إِلَى السَّمَاءِ رَأَيْتُ نِسَاءً مِنْ أُمَّتِي فِي عَذَابٍ شَدِيدٍ فَأَنْكَرْتُ شَأْنَهُنَّ فَبَكَيْتُ لِمَا رَأَيْتُ مِنْ شِدَّةِ عَذَابِهِنَّ ثُمَّ ذَكَرْهِنَّ إِلَى أَنْ قَالَ: فَقَالَتْ فَاطِمَةُ عليها السلام: حَبِيبِي وَفُرَّةَ عَيْنِي أَخْبَرَنِي مَا كَانَ عَمَلُهُنَّ. فَقَالَ: ... أَمَّا الْمُعَلَّقَةُ بِرِجْلَيْهَا فَإِنَّهَا كَانَتْ تَخْرُجُ مِنْ بَيْتِهَا بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا...» (وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص ۲۱۳).

جناب عبد العظیم حسنی به سند صحیح از امام جواد عليه السلام از پدرانش عليهم السلام از حضرت امیرالمؤمنین عليه السلام نقل می‌کند که فرمود: من و فاطمه عليهما السلام بر رسول خدا صلى الله عليه وآله وسلم وارد شدیم پس او را یافتیم در حالی که به شدت گریه می‌کرد. به او گفتم: پدر و مادرم به فدای توای رسول خدا، برای چه گریه می‌کنید؟ فرمود: یا علی! شبی که به سوی آسمان سیر داده شدم، زنان اُمّت را در عذاب شدید دیدم... فاطمه عليها السلام فرمود: حبیب و نور چشم من، مرا از عمل آنها آگاه ساز. پس فرمود: «... اما آنکه به پاهایش آویزان بود، زنی بود که بدون اذن همسرش از خانه‌اش خارج می‌شد...»

وجه استدلال: وعده‌ی عذاب برای زنی که از خانه بدون إذن، خارج شده است، دلالت بر حرمت عمل می‌نماید.

نقد و بررسی: با توجه به استعمال فعل ماضی استمراری (كَانَتْ تَخْرُجُ: خارج می‌شد) در فقره‌ی استدلال، معنا این است که عذاب مذکور، مختصّ زنی است که روش او بیرون رفتن از خانه بدون إذن همسرش بوده است. لذا روایت در صدد بیان حرمت مطلق خروج بدون إذن نیست، گرچه بر حرمت فی‌الجمله دلالت دارد.

۴. «موثقه‌ی سکونی»

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله: أَيُّمَا امْرَأَةٍ خَرَجَتْ مِنْ بَيْتِهَا بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَرْجِعَ» (رک: کافی، ج ۵، ص ۵۱۴؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۵۱۷؛ من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۹).

امام صادق عليه السلام در موثقه‌ی سکونی به نقل از پیامبر اکرم صلى الله عليه وآله می‌فرماید: «هر زنی که بدون إذن همسرش از خانه‌اش خارج شود، تا زمانی که برگردد نفقه ندارد.»

بررسی دلالت: از موثقه‌ی فوق تنها حکم وضعی نشوز^۱ و عدم استحقاق نفقه دریافت می‌شود، اما اثبات حکم تکلیفی حرمت، به واسطه‌ی ملازمه‌ی میان سقوط نفقه و حرمت، کار سهلی نیست.

اشکال: به قرینه‌ی «تناسب حکم و موضوع» در این روایت باید گفت: خروج کوتاه مدت نمی‌تواند مصداق نشوز باشد، بلکه مراد، خروجی است که ترک منزل به شمار آید. زیرا برای خروج کوتاه مدت به مقدار چند ساعت و یا حتی یکی دو روز، عادتاً مقدار نفقه محاسبه نمی‌شود. متفاهم عرفی از این روایت آن است که اگر زن، مدتی منزل را رها و ترک کرده است، مرد برای این مدت، مسئول نفقه‌ی او نیست. چنان‌که پس گرفتن نفقه‌ی معادل خروج بدون اجازه‌ی چند ساعته برای زنی که مثلاً برای دیدار پدرش رفته است، مخالف کرامت انسانی به محسوب شده و در نظر عقلا مذموم شمرده می‌شود. این امر با شریعت

۱. نشوز یعنی سرباز زدن زن از انجام تکالیف واجب خویش در امور زناشویی که چنین زنی در لسان فقه «ناشزه» نامیده می‌شود.

اسلام که انسان‌ها را به کرامت و مردان را به معاشرت شایسته با همسرانشان دعوت می‌کند، ناسازگار است. لذا روایت مورد بحث، قرینه و مفسر روایات منع از خروج بدون إذن به صورت مطلق است به طوری که اطلاق روایات مانعه را بر مواردی حمل می‌نماییم که خروج زن، موجب سقوط نفقه شود. همان‌گونه که مرحوم خوبی نیز این مطلب را از این روایت و سایر روایات باب، استظهار نموده است (ر.ک: خوبی، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۰، ص ۱۰۰؛ علی‌دوست؛ عشایی منفرد، همان).

پاسخ: اولاً، منافاتی ندارد که منع زوج از ملاقات بستگان جایز نباشد، اما در صورت منع، اطاعت از وی واجب باشد. ثانیاً، تقیید روایات مانعه با روایت مذکور ممکن نیست. زیرا همان‌گونه که در جای خود ثابت شده - تقیید اطلاق با دلیل دیگر، فرع احراز تنافی میان آنهاست؛ حال آنکه بین این روایات هیچ تنافی وجود ندارد. بلکه دو حکم مستقل، در دو دسته از روایات بیان شده است. حکم اول: حرمت خروج از منزل بدون إذن زوج. حکم دوم: خروجی که موجب نشوز شود، نفقه را ساقط می‌کند. لذا سؤال می‌شود: چه منافاتی بین این دو حکم وجود دارد که یکی را بر دیگری حمل نماییم؟ ثالثاً، بر فرض بپذیریم که این دو حکم از حیث قلمرو یکسان‌اند، چرا باید خروج موجب نشوز و موجب سقوط نفقه را بعضی از افراد خروج بدانیم؟ چرا مطلق خروج، موجب نشوز نشود؟ نشوز، یک موضوع دارای حکم شرعی است. چرا نباید بگوییم: در این روایت، نشوز تعریف شده و بیان شده است که خروج از منزل نیز موجب سقوط نفقه یعنی موجب نشوز است؟ از طرف دیگر در کدام دلیل، سقوط نفقه دائر مدار عنوان «نشوز» قرار گرفته تا ادله‌ی دیگری که حکم سقوط نفقه را بیان می‌کنند، بر اساس نشوز تبیین نماییم؟

۵. «روایت علی بن جعفر علیه السلام»

«عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ علیه السلام فِي كِتَابِهِ عَنْ أَخِيهِ علیه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَرْأَةِ أَلْهَا أَنْ تَخْرُجَ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا؟ قَالَ: لَا...؛ علی بن جعفر علیه السلام در کتابش از برادرش موسی بن جعفر علیه السلام نقل می‌کند که از ایشان پرسیدم: آیا زن می‌تواند بدون إذن همسرش خارج شود؟ فرمود: نه...» (ر.ک: وسایل الشیعه، ص ۱۵۹؛ مسائل علی بن جعفر علیه السلام، ص ۱۷۹).

روایت علی بن جعفر که مرحوم خوبی از آن به صحیححه، تعبیر می‌کنند (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۶، ص ۲۲۳) از کتابی به نام «کتاب علی بن جعفر» است که سند ناشناخته‌ای دارد و برای استدلال دارای مناقشه و تأمل است.

بررسی دلالت: روایت مزبور، بیانگر حرمت خروج بدون اذن است اما اشکال شده است که معلوم نیست منظور از خروج، همان خروج از خانه است یا نه؟ (علیدوست؛ عشایی منفرد، «بازپژوهی خروج از منزل بدون اذن شوهر از منظر قاعده‌ی لاضرر»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۵۱، ۱۳۹۰، ص ۵۲).

پاسخ: مقصود از واژه‌ی «خروج» یا خروج از خانه است یا خروج از شهر به جهت مسافرت. اگر نگوییم لفظ «خروج» ظاهر در مطلق خروج است، حداقل آن است که خروج از خانه را شامل می‌شود؛ زیرا خروج‌های کوتاه مدت است که معمولاً به تنهایی صورت می‌گیرد اما خروج از شهر عموماً به همراه زوج یا خانواده بوده و موجب اطمینان زوج است. روایات دیگری قریب به همین مضامین در کتب حدیثی یافت می‌شود لکن به دلیل اینکه از سند ارزشمندی برخوردار نیستند، از ذکر آنها خودداری می‌شود (رک: وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۱۵۸ و ۱۶۲ - ۱۶۱؛ من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۴۰؛ کافی، ج ۵، ص ۵۰۸).

روایات دسته دوم:

این دسته از روایات، ذیل آیه‌ی اول سوره‌ی طلاق، درباره‌ی خروج زن مطلقه از منزلش وارد شده است: «...إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ»؛ «وقتی زنان را طلاق می‌دهید در زمان عده، طلاق دهید و حساب عده را نگه دارید و از خدا، پروردگارتان بترسید، آنان را از خانه‌هایشان بیرون مکنید خودشان هم بیرون نشوند مگر اینکه گناهی علنی مرتکب شوند». (رک: کافی، ج ۶، ص ۸۹ به بعد، احادیث باب عده المطلقه و این تعدد، ح ۱: «... عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا يَتَّبِعِي لِلْمُطَلَّغَةِ أَنْ تَخْرُجَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا حَتَّى تَنْقِضِيَ عِدَّتَهَا...»). برطبق این آیه، زن مطلقه‌ی رجعی برای خروج از منزل باید از همسر سابق اجازه بگیرد.

براساس سخن فوق، نه مرد می‌تواند او را از منزل بیرون کند و نه زن اجازه دارد منزل را

ترک نماید. البته هرچند موضوع این آیه، زن مطلقه است ولی با تنقیح مناط و قیاس اولویّت می‌تواند برزوجهی غیر مطلقه هم منطبق گردد، آن هم با بهره‌گیری از دو مقدمه‌ی ذیل:

اولاً: مناط و ملاک عدم جواز خروج زن مطلقه از منزل، آن است که از نظر شریعت در حکم زوجه است و احکام زوجه بر او جاری می‌شود.

ثانیاً: حکم فرع، زاید بر اصل نیست و احکام زن مطلقه‌ای که در حکم زوجه است مسلماً از زوجه‌ی غیر مطلقه، سخت‌تر نیست.

براین اساس، حکم عدم خروج بدون إذن زوج، به طریق اولی باید در مورد زوجه‌ی غیر مطلقه نیز ساری و جاری باشد. به بیان دیگر، لزوم کسب إذن از زوج که در این آیه‌ی مبارکه بیان شده، در حقیقت ادامه‌ی همان وضع سابق است که پیش از طلاق بروی حاکم بوده است.

لکن پاسخ این است که اولاً: مقدمه‌ی نخست ثابت نیست؛ زیرا شاید ملاک عدم جواز خروج، امر دیگری است از قبیل اینکه بینونت و جدایی کامل، موجبات سردی را فراهم آورده و مانع رجوع زوج است (جرجانی، تفسیرشاهی، ج ۲، ص ۴۱۸). احادیثی که در این زمینه وارد شده است و زن مطلقه را تشویق به تزئین و آرایش برای زوج می‌نماید، مؤید همین مطلب است. بنابراین ملاک مذکور، ملاکی قطعی نیست.

ثانیاً: خروج از منزلی که در آیه مطرح شده به قرینه‌ی «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ» به معنای خروج و ترک کامل منزل زوج است (رک: حکم خروج زن از منزل بدون اجازه شوهر: <http://www.sadrsite.com>) که رخدادی طبیعی، بعد از وقوع طلاق است و در آیه از آن نهی شده است. حال آنکه موضوع مورد بحث در زوجه، بررسی حکم خروج‌های معمول و متداول از منزل است.

نتیجه: این دسته از روایات نمی‌توانند مستند حکم حرمت خروج بدون إذن باشند. اما از روایات دسته‌ی اول، دو صحیح‌هی «محمد بن مسلم» و «عبد الله بن سنان» صراحتاً دلالت بر مطلوب می‌نمایند. و با استناد به اطلاق آنها، حکم حرمت، شامل مطلق خروج از منزل خواهد بود.

اشکال و پاسخ

برخی نویسندگان چنین استدلال نموده‌اند که: روش برخورد شارع مقدس و اهل بیت علیهم‌السلام با امور ناپسند رایج در میان مردم، اینگونه بوده است که بسته به گستردگی و شیوع آنها، نهی خود را در زمان‌ها و مکان‌های مختلف با بیان‌های گوناگون تکرار و تأکید می‌نمودند تا بازدارندگی لازم را داشته باشد. از نمونه‌های بارز این مطلب، نهی‌های مکرر و مؤکد ایشان در برخورد با پدیده‌ی انحرافی قیاس، رباخواری و میگساری است که به تناسب اهمیت موضوع، امر و نهی‌ها نیز شدت و کثرت ویژه‌ای داشته است. حال اگر منع از خروج زنان، شامل بیرون رفتن‌های کوتاه مدتی مثل دید و بازدید از همسایگان و بستگان تا سفرهای بلندمدت باشد، مسأله‌ای است که همه یا اکثر زنان جامعه به آن مبتلا بوده‌اند؛ خصوصاً در جامعه‌ای که بسیاری از مردان به شغل‌هایی همچون تجارت، شبانی، جنگ و غیره اشتغال داشتند که با امکانات حمل و نقل آن روزگار، نیازمند سفرهای بلندمدت بوده است. این کثرت ابتلاء، مستلزم آن است که مبینان شریعت، مطلوب خود را با روایات فراوانی بیان نمایند. علاوه بر اینکه؛ التزام فقهی زنان به اذن زوج جهت خروج، مستلزم پرسش‌های فراوانی از جانب زنان متشرعه بوده است. پرسش‌هایی از قبیل اینکه آیا رضایت قلبی، کفایت از اذن زوج می‌نماید؟ آیا در کسب اذن، مدت زمان خروج هم باید دقیقاً ذکر شود؟ اگر به ناچار مدت زمان بیشتری به طول انجامید، چه صورتی دارد؟ آیا خروج‌های کوتاه مدت و راه‌های بسیار نزدیک هم نیاز به اذن دارد؟ و یا پرسش‌های فراوانی در مورد مردانی که از این حق، سوء استفاده نموده‌اند...؛ در آن صورت، هر پرسش و پاسخی روایتی را سامان می‌داد و بازخورد آن پرسش‌های فراوان به ما هم می‌رسید. بر این اساس، اندک بودن معنادار روایات - آن هم با این وضعیت سند و دلالت - و فقدان چنین پرسش و پاسخ‌هایی در میان احادیث، شاید نشانه‌ی این باشد که پیروان ائمه علیهم‌السلام چنین برداشتی از کلمه‌ی «خروج» در بیانات ایشان نداشته‌اند. بلکه دریافت آنها، خروج بی بازگشت و بلندمدت یا صرف یک توصیه‌ی اخلاقی بدون الزام فقهی بوده است (علیدوست؛ عشایری منفرد، «بازپژوهی خروج از منزل بدون اذن شوهر از منظر قاعده لاضرر»، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۵۱، ۱۳۹۰، ص ۵۶-۵۵).

پاسخ این است که اولاً، قسمت اول استدلال، نه تنها فاقد دلیل است که تالی فاسدهای مهمی نیز دارد؛ به این ترتیب که اگر بنا باشد ما احکام را با نظر خویش، مهم و غیرمهم نموده و در احکام مهم توقع چندین روایت داشته باشیم به این معنا که به وجود یک یا دو روایت اعتناء ننماییم، موجب می شود بسیاری از احکام شرعی تعطیل شود. چون غالب احکام شرعی از این موارد هستند. حال آنکه دلیلی که حجیت خبر واحد را ثابت نموده، عمل بر طبق آن خبر را بر ما واجب کرده است؛ چه روایت دیگری در کنار آن باشد یا نباشد.

اما نسبت به قسمت اخیر استدلال؛ ظاهراً مستدلّ، فضای صدور روایات را به خوبی تصور نموده و چنین پنداشته است که ائمه علیهم السلام فرصت و زمان کافی برای بیان احکام شرعی به مردم داشته اند، حال وقتی مشاهده می کنیم در این زمینه روایات اندکی از آن بزرگواران صادر شده است، نتیجه می گیریم که مطلب چیز دیگری است. اما اگر به مجموعه ی روایات فقهی بنگریم، متوجه خواهیم شد که همین معدود روایاتی که به دست ما رسیده نیز با چه مصیبت هایی از حضرات اهل بیت علیهم السلام صادر شده و با چه مشکلاتی به دست ما رسیده است. از این رو در ابواب مختلف فقهی احکام مبتلا به زیادی داریم که تنها چند روایت معدود در مورد آنها وارد شده است. از جمله در مسأله ی تطهیر متنجس که از مسائل بسیار مبتلا به است تنها معتبره ی عمّار و چند روایت در مورد خاصی وارد شده است یا در مسأله ی خمس که بسیار مبتلا به و مهم است، روایات بسیار اندکی وجود دارد، حتی کمتر از مسأله ی مورد بحث کنونی. یا در بحث وضو و معنای واژه ی «کعب» که در قرآن آمده است و مورد ابتلاء و اختلاف شیعه و سنی است، روایتی که به وضوح معنای این کلمه را بیان نموده باشد، موجود نیست و همچنین است در بسیاری از ابواب دیگر. از طرف دیگر مسأله ی محل بحث بر خلاف طهارت، نماز، وضو و خمس اساساً از مواردی نبوده که نیاز به سؤال داشته باشد، زیرا به جهت فضای حاکم بر جامعه ی عرب آن روز و فرهنگ مردسالاری، و جوب اطاعت از زوج، مسأله ی رایج و متعارفی بوده است و به همین خاطر نیازی به تأکیدات مکرر نبود.

ب) قوامیت زوج

ملاک مهمی که در این محلّ، کمتر مورد توجه فقها قرار گرفته است مقام قوامیت و ریاست شوهر است. این ملاک در فصل پیشین به تفصیل در مورد آن سخن به میان آمد. بر طبق این ملاک، مرد، ملزم به قیام در جهت تأمین مصالح و منافع همسر و خانواده‌ی خویش است. بر اساس همین مقام، سرپرستی و مسئولیت پاسداری از حرمت و حیثیت نظام خانواده است که حتی مخاطب مستقیم آیه‌ی قرآن در جهت مصونیت بخشیدن به خود و خانواده‌ی خویش قرار گرفته است، چنان‌که فرمود: «قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا» (تحریم/۶). لذا به نظر می‌رسد به دلیل اینکه بیرون رفتن زن بدون اذن زوج در بسیاری از موارد دشواری‌هایی را برای خانواده به همراه خواهد داشت، این اختیار برای مرد وجود دارد که مرادها و معاشرت‌های زن را تحت کنترل و نظارت خود در آورد و در مواردی - حتی غیر منافی با استمتاع - محدودیت‌هایی را برای وی منظور نماید و چنانچه بیم تعرض یا اختلاط‌های ناشایسته می‌رود یا خانواده در معرض خطر یا آسیب قرار می‌گیرد از خروج زن ممانعت نماید. اما به جهت اینکه این دلیل، اطلاق لفظی از ناحیه‌ی منع از خروج ندارد، تنها مواردی را شامل می‌شود که مرتبط با جایگاه قوامیت و مدیریت مرد است، هر چند منافی با حق استمتاع او نباشد. البته ملاک در تشخیص موارد، مرتبط و غیر مرتبط با قوامیت، زوج است؛ چون مسئولیت قوام بودن بر عهده‌ی اوست، پس او نیز باید مصادیق آن را احراز نماید.

دفع توهم

چنانکه بیان شد، مقتضای اطلاق روایات، شرطیت اذن، در مطلق موارد خروج و حتی خروج‌های کوتاه مدت است. اگر گفته شود: این آیه، قرینه و مفسر اطلاق روایات منع از خروج و حاکم بر آنهاست و لذا اذن زوج در مطلق خروج از منزل شرط نیست بلکه تنها محدود به موارد منافی با حق زوج یا قوامیت وی است.

پاسخ این است که دلالت آیه در عرض دلالت اخبار نیست تا یکی بتواند در دلالت دیگری تصرف نماید. زیرا در صورتی می‌توان دلیلی را مفسر و مقید دیگری دانست که

لسان هر دو دلیل به یک مرحله از مراحل حکم نظر داشته باشد؛ مانند: «وجوب اکرام هر فقیر» و «حرمت اکرام فقیر فاسق» که هر دو دلیل به مرحله‌ی «جعل» نظر دارند. اما اگر دلیلی به مرحله‌ی «ملاک» و دیگری به مرحله‌ی «جعل» نظر داشته باشد، نمی‌توان یکی را تابع دیگری دانست. چه اینکه اگر در مثال فوق خطاب دیگری بگوید: «فقرا نیازمند تأمین معاش هستند» و بر فرض، فقیری از ناحیه‌ی دوست یا همسایه‌ی خود معمولاً تأمین می‌شود، نمی‌توان گفت: چون این فقیر، تأمین معاش می‌شود پس دادن زکات یا صدقه به او جایز نیست؛ زیرا خطاب دوم به مرحله‌ی ملاک نظر دارد نه مرحله‌ی جعل. دلیل این مطلب آن است که لزومی ندارد یک قانونگذار از جمله شارع، قلمرو جعل را تابع قلمرو ملاک قرار دهد بلکه ممکن است قلمرو جعل وسیع‌تر و یا حتی محدودتر از قلمرو ملاک باشد. اما آنچه مکلف به حکم عقل باید مدّ نظر قرار دهد قلمرو جعل است نه ملاک. لذاست که در کلمات برخی فقها آمده که حکم دائر مدار حکمت خود نیست. در موضوع محل بحث نیز، آیه‌ی قوامیت مرد به مرحله‌ی ملاک نظر دارد و به دلالت مطابقی در صدد بیان حکم نیست ولی روایات به دلالت مطابقی به مرحله‌ی جعل نظر دارند و هیچ الزامی نیست که دائره‌ی جعل حرمت با دائره‌ی ملاک آن، صد درصد تطابق داشته باشند.

ج) ملازمه‌ی عقلی

سومین دلیل که از شهید ثانی است؛ ایشان می‌فرماید: «حق استمتاع بر زن واجب است. این حق، اختصاص به زمان یا مکان خاصی ندارد. پس زن نمی‌تواند کاری برخلاف این حق شوهر انجام بدهد، مگر اینکه از او إذن گرفته باشد. یکی از کارهایی که با این حق شوهر منافات دارد، خروج از منزل است؛ حتی اگر این خروج برای عیادت بستگان یا تشییع جنازه‌ی آنها باشد؛ زیرا این کارها حد اکثر ارزشی که دارند آن است که مستحب‌اند، اما رعایت حق زوج، واجب است. بنابراین، زن باید حق همسر را که واجب است بر اعمالی مثل عیادت و تشییع جنازه مقدم بدارد (رک: شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۸، ص ۳۳۷؛ علیدوست؛ عشایری منفرد، «بازپژوهی خروج از منزل بدون إذن شوهر از منظر قاعده‌ی لاضرر»، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۵۱، ۱۳۹۰، ص ۵۱).

در مقام نقد استدلال ایشان گفته می‌شود: دلیل ایشان، اخص از مدعا ایشان است؛ زیرا زمانی که شوهر به هر دلیلی امکان استمتاع نداشته باشد مثل زمانی که در سفر است، خروج زن از منزل با حقوق زوج تنافی ندارد تا به اذن وی مشروط گردد. بنابراین، خروج زن فقط زمانی مشروط به اذن زوج است که امکان استمتاع داشته باشد (رک: موسوی عاملی، مدارک الأحكام، ج ۷، ص ۹۱).

د) ارتکاز متشرعه

مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی در بررسی دیدگاه مشهور، تنها دلیل این دیدگاه را ارتکاز متشرعه دانسته و تصریح می‌نماید که این دیدگاه هیچ دلیل معتبر لفظی ندارد (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة - النکاح، ص ۴۸۰).

این اصطلاح که در لسان متأخرین، رایج شده است به معنای رسوخ و ثبوت مفهومی خاص در ذهن افرادی است که به مذهب و شریعت پایبندند و مراد از ارتکاز به عنوان دلیل، براساس آنچه از موارد استعمال آن استفاده می‌شود، ارتکازی است که سیره‌ی عملی بر طبق آن موجود باشد. ارتکاز در حقیقت، پشتوانه‌ی علمی سیره به شمار می‌آید. حجیت ارتکاز همانند حجیت سیره است به این معنا که ارتکاز اگر به زمان معصوم علیه السلام متصل باشد و امام علیه السلام با آگاهی از آن و توان نهی از آن، نهی نکرده باشد حجّت است (رک: حکیم، الأصول العامة، ص ۱۹۴؛ سید محمود هاشمی شاهرودی و دیگران، فرهنگ فقه، ج ۱، ص ۳۴۶-۳۴۵). اما چنین ارتکازاتی به خاطر ظنی بودن، نمی‌توانند منبع استنباط واقع شوند مگر آنکه با قرائن علم‌آوری همراه باشند و به گونه‌ای رضایت و موافقت معصوم علیه السلام با آن محرز شده، کاشف از حکم شرعی باشد (حکیم، مستمسک العروة، ج ۵، ص ۲۱۵).

ه) اجماع

مرحوم صاحب ریاض در مورد ناشزه شدن زوجه در صورت خروج بدون اذن، ادعای عدم خلاف در میان فقهای شیعه نموده است (حائری، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۶۶). مفاد مدعای فوق، آن است که کسی با این حکم مخالفی نکرده ولی ممکن است کسانی متعرض

این امر نشده باشند. بنابراین از عدم خلاف نمی‌توان اجماع را ثابت نمود. براین مطلب، اجماعات دیگری هم نقل شده است (رک: شهید ثانی، الروضة البهية، ج ۵، ص ۴۶۷؛ حلی، ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۶۷). از جمله‌ی این اجماعات، سید عبد الأعلى سبزواری است که در باب نکاح، یکی از اسباب تحقق نشوز را خروج بی‌إذن زن از خانه دانسته و برای اثبات آن، علاوه بر روایات به اجماع نیز تمسک نموده است (سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۲۱۹). همان‌گونه که در علم اصول اثبات شده است، چنین اجماعاتی که مدرک مشخص یا احتمالی دارند به خودی خود ارزشی ندارند و دلیل مستقلاً محسوب نمی‌شوند بلکه همان مدرک اجماع باید مورد نقد و بررسی قرار گیرد (بروجردی، نهاية الاصول، ص ۵۴۰). مضاف بر اینکه: - براساس آنچه بیان شد - نظر مخالف نیز در این مورد وجود دارد (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ج ۶، ص ۱۲۱).

جمع‌بندی ادله

مهمترین دلیل برای شرطیت إذن در خروج از منزل، روایات است که از میان آنها دو صحیح‌هی «محمد بن مسلم» و «عبدالله بن سنان» بر لزوم إذن زوج در تمام موارد خروج از منزل، هر چند کوتاه مدت دلالت می‌نمایند. به گونه‌ای که حتی صحیح‌هی اول علاوه بر حرمت خروج بدون إذن، زن را مستوجب لعن ملائکه زمین و آسمان می‌شمرد که نشان از اهمیت مطلب دارد. و نیز به مقتضای مقام قوامیت و سرپرستی مرد، براساس آیه‌ی «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»؛ «مردان بر زنان قیوموت و سرپرستی دارند» (نساء/ ۳۴)، وجود چنین حقی برای مرد در جهت حفظ حرمت و حیثیت نظام خانواده، امری لازم و ضروری محسوب می‌شود.

اشکال و پاسخ

گفته شده است: حق منع مطلق برای زوج با آیات «إمساك به معروف» (طلاق/ ۲؛ نساء/ ۱۹)، و معاشرت نیکو با زن، مغایر است. چنان‌که با آیه‌ی «نفی حرج» (حج/ ۷۸) در دین اسلام همخوانی ندارد، چرا که با به رسمیت شناختن چنین حقی برای مرد، به او اجازه داده

می‌شود زن خود را حتی به طور ابد، زندانی و در بند خانه‌ی خویش قرار دهد (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ج ۶، ص ۱۱۷-۱۱۶).

در پاسخ به این اشکال باید گفت: منافاتی نیست که شارع، خروج زن از منزل را منوط به اذن زوج نماید و از طرف دیگر به زوج امر نماید که اِمساک به معروف و معاشرت شایسته داشته باشد. بلکه آنچه با آیه منافات دارد این است که مرد در اجرای این حکم الهی، به گونه‌ای عمل نماید که اِمساکش به نحو معروف و شایسته نباشد. «قاعده‌ی لاجرح» نیز تنها در محدوده‌ی حرج و سختی، رافع حکم است نه اینکه به طور کلی حکم را مرتفع سازد چنان‌که در بحث استثنائات شرطیت اذن زوج خواهد آمد.

مطلب آخر اینکه: سوء استفاده از احکام و تجاوز از حدود و فرامین الهی اختصاص به بحث حاضر ندارد. خصوصاً در مواردی که حقوق متقابلی برای تنظیم و سامان‌دهی روابط اجتماعی و خانوادگی وضع می‌شود، عدم تقیّد و پایبندی به حدود و ارزش‌ها همواره عواقب سوئی را برای دیگران به دنبال خواهد داشت که البته مستلزم نفی قوانین وضع شده نیست بلکه ناشی از نحوه‌ی کاربرد و اجرای قوانین است.

۳. استثنائات شرطیت اذن در خروج

مواردی وجود دارد که خروج زن از منزل با هیچ‌گونه مفسده و منع شرعی همراه نیست بلکه به لحاظ وجود ادله‌ی قطعی، ثبوت مصلحت در آن، مسلّم فرض می‌شود. از این رو زوج نمی‌تواند محدودیت و مانعی برای خروج زن ایجاد نماید. برخی از فقها این موارد را به عنوان استثناء بر لزوم اذن زوج بر شمرده‌اند که آنها عبارتند از:

۳-۱. فعل واجبات

خروج برای انجام واجبات عینی و فرائض دینی همچون سفر حج، ادای خمس، دیون و امانات، شرکت در انتخابات، نجات نفس محترمه یا صله‌ی رحم واجب و به طور کلی سایر واجباتی که مقدمه‌ی آنها خروج از منزل است، اذن زوج لازم نیست (رک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ج ۶، ص ۱۲۴؛ فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۱، ص ۴۳۲-۴۳۱).

۳-۲. ضروریات زندگی

خروج از منزل جهت تهیه‌ی وسایل مورد نیاز و حاجت یا معالجه‌ی بیماری، البته در صورتی که امکان درمان در منزل نباشد و یا فرار از ضررهای جانی، مالی و عرضی نیز از دیگر موارد استثناء استیذان به شمار می‌رود (مکارم شیرازی، همان، ص ۱۲۴-۱۲۳).

۳-۳. دفع عسرو حرج

در فرضی که ماندن در منزل، توأم با عسرو حرج غیر قابل تحمل باشد، مثل اینکه اگر یک سال در خانه بماند و خارج نشود، روانی و بیماری می‌شود؛ در اینجا طبق قاعده‌ی عسرو حرج، خروج در حد نیاز اشکالی ندارد. علاوه بر اینکه: عسرو حرج، خلاف آیه‌ی «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»؛ «با زنان به طور شایسته معاشرت کنید» (نساء/۱۹) است. (رک: مکارم شیرازی، همان، ص ۱۲۴؛ فاضل لنکرانی، همان).

۳-۴. شرط ضمن عقد

اگر زوج در ضمن عقد نکاح پذیرفته باشد که در انتخاب مسکن و شغل، رضایت زن را جلب نماید یا اجازه بگیرد و به عنوان شرط ضمن عقد برای زن، سلب محدودیت نموده باشد، باید طبق آن عمل نماید؛ چرا که این شرط از شروط جایز است و خلاف شرع و مقتضای عقد نیست (همان). البته صحت در صورتی است که به نحو شرط فعل باشد یعنی زوج، خود را موظف بداند که إذن دهد اما اگر به نحو شرط نتیجه باشد به این شکل که زن نیاز به استیذان نداشته باشد و یا برزوج جایز نباشد وی را منع نماید، شرط خلاف کتاب و سنت بوده و باطل است.

۳-۵. منع زوج به قصد إضرار

ادله‌ی استیذان، شامل مواردی است که غرض عقلایی موجود باشد اما نسبت به مواردی که نهی زوج از باب تضییق و ضرر و به جهت فشار و انتقام جویی و غیره باشد، انصراف دارد. شاهد این مطلب نیز آیه‌ی ۶ سوره‌ی طلاق است. این آیه در مورد مطلقات در حال عده

که باید در خانه‌ی زوج بمانند، می‌فرماید: «وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ»؛ «و به ایشان به منظور در تنگنا نهادن ضرر نرسانید» وقتی قرآن درباره‌ی زنان مطلقه چنین دستور می‌دهد که به آنها سخت‌نگیرید و در فشار قرار ندهید، در مورد زوجه به طریق اولی این دستور صادق است (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ج ۶، ص ۱۲۴-۱۲۳).

این پرسش مطرح می‌شود که نهی از اضرار، متوجه زوج است؛ اما آیا از این حکم تکلیفی زوج، می‌توان بر عدم لزوم استیذان زوجه استدلال کرد و ملازمه‌ای را ثابت نمود؟ البته می‌توان جهت خروج از منزل در موارد ضرری به قاعده‌ی «لا ضرر» استناد نمود و لزوم إذن را در این موارد به حکم این قاعده استثناء کرد.

۳- ۶. علم به رضایت

لزوم إذن زوج برای خروج را به حسب استعمالات عرفی به سه گونه می‌توان معنا نمود:

۱. إذن، کنایه از رضایت است، به گونه‌ای که اگر زوج مطلع شود، ناراحت نشود.

۲. إذن، کنایه از احراز و علم به رضایت و لوباطناً باشد.

۳. در إذن، انشاء رضایت دخیل است؛ پس علم به رضایت باطنی کفایت نمی‌کند.

قدر متیقن از معنای إذن، معنای اول است؛ پس إذن صریح لفظی مراد نیست بلکه مواردی که إذن به واسطه‌ی فحوا یا شاهدِ حالِ قطعی یا فعلی احراز شود، نیز مکفی است؛ یعنی ملاک، حصول علم به رضایت زوج است. اما اگر علم به رضایت باطنی و طیب نفس وی حاصل نشود یا شک و تردید وجود داشته باشد، ظاهراً این است که داخل در خروج به غیر إذن است (ر.ک: زنجانی، کتاب نکاح، ج ۲۴، ص ۷۶۵۷؛ اراکی، رسالی فی نفقة الزوجة، ص ۲۵۹؛ حائری، کتاب المناهل، ص ۵۹۲؛ یزدی، کتاب الحج، ج ۱، ص ۵۴-۵۷).

جمع‌بندی

با توجه به آنچه گذشت می‌توان گفت لزوم اذن گرفتن زوجه از زوج برای خروج از منزل اجمالاً مورد اتفاق فقها می‌باشد. از جمله مواردی که زوجه به اتفاق فقها می‌تواند بدون اذن زوج از منزل خارج شود، انجام واجبات می‌باشد.

اگر خروج زن از منزل منافاتی با سایر حقوق زوج نداشته باشد و یا از خروج او نهی نکرده باشد، احتیاج داشتن برای خروج به اذن شوهر مورد اختلاف می باشد هر چند نظر مشهور فقها براساس اطلاق روایات این است که حتی در چنین فرضی هم زن باید برای خروج اجازه بگیرد.

لازم به ذکر است معنای لزوم استیذان از زوج برای خروج از منزل در غیر واجبات و مانند آنها این نیست که زوج مختار باشد به هر نحوی که مایل است از حکم استفاده کند. بلکه اگر مصداق ایذا و مانند آن باشد هر چند لزوم اذن گرفتن از زوجه ساقط نمی شود ولی اذن ندادن شوهر امر حرامی خواهد بود.

فهرست منابع

- قرآن کریم.

۱. ابن غضائری، ابوالحسن، احمد بن ابی عبد الله، رجال ابن الغضائری - كتاب الضعفاء، دريك جلد، قم - ايران، بی تا.
۲. اراکی، محمد علی، رساله في نفقة الزوجة، يك جلد، مؤسسه‌ی در راه حق، قم - ايران، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳. اصفهانی، ابوالحسن، وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)، دريك جلد، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، قم - ايران، اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۴. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۵. آملی، محمد تقی، مصباح الهدی في شرح العروة الوثقى، ۱۲ جلد، مؤلف، تهران - ايران، اول، ۱۳۸۰ هـ.ق.
۶. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ۲۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۷. بروجردی، حسین، نهاية الأصول، ۱ جلد، نشر تفکر، اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۸. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، أحكام النساء، دريك جلد، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمته الله علیه، قم - ايران، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۹. _____، المقنعة، دريك جلد، کنگره‌ی جهانی هزاره‌ی شیخ مفید رحمته الله علیه، قم - ايران، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۰. تبریزی، جواد بن علی، صراط النجاة، ۷ جلد، ج ۶، بی نا، بی جا، بی تا.
۱۱. _____، المسائل المنتخبة، دريك جلد، دارالصدیقة الشهيدة رحمته الله علیه، قم - ايران، پنجم، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۱۲. جرجانی، امیر ابوالفتح حسینی، تفسیر شاهی، ۲ جلد، انتشارات نوید، تهران - ايران، اول، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۱۳. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۳ جلد، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۲۶ هـ.ق.

۱۴. حائری، علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل (ط - الحديثة)، ۱۶ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق.
۱۵. حائری، محمد مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، دریک جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول، بی تا.
۱۶. حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ۲۹ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، اول، ۱۴۰۹ هـ ق.
۱۷. حکیم، محمد تقی، الأصول العامة، ۱ جلد، المجمع العالمي لأهل البيت علیهم السلام، دوم، ۱۴۱۸ هـ ق.
۱۸. حکیم، محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسه دارالتفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ هـ ق.
۱۹. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، دریک جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ هـ ق.
۲۰. حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، دریک جلد، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، اصفهان - ایران، اول، ۱۴۰۳ هـ ق.
۲۱. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، ۶ جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۰ هـ ق.
۲۲. _____، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، اول، ۱۳۸۷ هـ ق.
۲۳. حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ ق.
۲۴. خمینی، روح الله موسوی، تحریر الوسيلة، ۲ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم - ایران، اول، بی تا.
۲۵. خویی، ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ۷ جلد، بی نا، بی جا، بی تا.
۲۶. _____، موسوعة الإمام الخوئي، ۳۳ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق.
۲۷. زنجانی، محمد جواد شبیری، توضیح الأسناد المشکلة فی الكتب الأربعة، دو جلد، دار الحدیث للطباعة والنشر، قم - ایران، اول، ۱۴۲۹ هـ ق.

۲۸. زنجانی، موسی شبیری، کتاب نکاح، ۲۵ جلد، مؤسسه‌ی پژوهشی رای پرداز، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ هـ.ق.
۲۹. سبزواری، عبد الأعلى، مهذب الأحكام، ۳۰ جلد، مؤسسة المنار - دفتر حضرت آية الله، قم - ایران، چهارم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳۰. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلاتر)، ۱۰ جلد، کتابفروشی داوری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۱. _____، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳۲. عاملی، محمد بن علی موسوی، مدارك الأحكام في شرح عبادات شرائع الإسلام، ۸ جلد، مؤسسة آل البيت عليه السلام، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۳۳. عريضي، علی بن جعفر عليه السلام، مسائل علي بن جعفر و مستدرکاتها، دريك جلد، مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۳۴. قمی، صدوق، محمّد بن علی بن بابويه، من لا يحضره الفقيه، ۴ جلد، انتشارات جامعه‌ی مدرسین قم، سوم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳۵. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافي، ۸ جلد، دار الکتب الإسلامية، تهران، چهارم، ۱۳۶۵ ش.
۳۶. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، تفصیل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - النکاح، دريك جلد، مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۳۷. _____، جامع المسائل (فارسی)، دو جلد، انتشارات امیر قلم، قم - ایران، یازدهم، بی تا.
۳۸. مازندرانی، علی اکبر سیفی، دلیل تحرير الوسيلة - أحكام الأسرة، دريك جلد، بی تا، بی جا، بی تا.
۳۹. مجلسی، محمد باقر، بحار الأنوار، ۱۱۰ جلد، مؤسسة الوفاء بیروت - لبنان، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۴۰. محمود عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ۳ جلد، بی تا، بی جا، بی تا.
۴۱. نجاشی، ابوالحسن، احمد بن علی، رجال النجاشي - فهرست أسماء مصنفي الشيعة، دريك جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۴۲. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، هفتم، بی تا.

۴۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام، در يك جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۴۴. محقق داماد یزدی، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، در يك جلد، قم - ایران، اول، بی تا.

- فهرست مجلات و سایت های اینترنتی

۴۵. نرم افزار جامع فقه اهل بیت علیهم السلام، کتابخانه اصول، درایة النور، جامع التفاسیر و جامع الاحادیث مرکز کامپیوتری نور.
۴۶. احمدی، مهدی؛ سلیلی، علی، «بررسی فقهی مسأله ی خروج زن از منزل بدون إذن شوهر»، فصلنامه ی تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۲۲.
۴۷. علیدوست، ابوالقاسم؛ عشایری منفرد، محمد، «بازپژوهی خروج از منزل بدون إذن شوهر از منظر قاعده ی لاضرر»، مطالعات راهبردی زنان، ۱۳۹۰، شماره ۵۱.
۴۸. مسأله ی وجوب اطاعت زن از شوهر: javidan.persianblog.ir



بررسی فقهی - حقوقی مالکیت‌های فکری و حق التألیف

سمیه سلطانی تیرانی^۱

چکیده

یکی از مباحث مهم مطرح شده در دهه‌های اخیر بحث «مالکیت‌های فکری» بوده است که جزء مسائل مستحدثه به شمار می‌رود. مالکیت‌های فکری شامل موضوعاتی از قبیل: حق التألیف، حق النشر، حق الاختراع و غیره می‌شود که در ارتباط با ماهیت این حقوق و راه‌های اثبات آن، نظرات متفاوتی مطرح شده است. در این نوشتار ابتدا به بررسی ماهیت حق مالکیت فکری پرداخته، سپس مستندات فقهی مشروعیت آن - از قبیل: بنای عقلاء، عرف، حکم عقل و تمسک به قواعدی همچون لا ضرر و تسلیط - مورد بررسی قرار خواهد گرفت و در ادامه، به برخی از دلایل نفی و عدم مشروعیت مالکیت‌های فکری و رد آنها پرداخته شده است؛ و آن‌گاه پس از تجمیع قرائن و مستندات، این نتیجه حاصل شده است که: «حق مالکیت فکری، مانند حق مالکیت اموال، قابل پی‌گیری و مطالبه است».

واژگان کلیدی: مال - حق - مالکیت فکری - حق التألیف.

۱. دانش پژوه سطح ۴ جامعه الزهراء (ع)، گرایش فقه خانواده.

مقدمه

خداوند بزرگ در طبیعت بشر، تمایل به تجددگرایی و نواندیشی را به ودیعت نهاده است. انسان‌ها همواره از رکود، جمود و کهنگی گریخته و تلاش می‌کنند تا طرحی نوبه وجود بیاورند که هم سبب پیشرفت جامعه باشد و هم برایشان منافع معنوی و مادی داشته باشد. دانشمندان و نویسندگان و مخترعان، همواره مدت زیادی از عمر خود را به تحصیل و تحقیق می‌پردازند و دیگر مجاللی ندارند که برای امرار معاش خود به کارهای اقتصادی بپردازند؛ به همین خاطر افزون بر اغراض معنوی، ناگزیرند سود مادی کار خویش را نیز مد نظر قرار دهند.

در گذشته، نشر آثار فکری و فرهنگی بسیار محدود بود، و چه بسا پدید آورندگان توقع بهره‌برداری مادی از آثار خود را نداشتند؛ ولی در عصر جدید اوضاع به گونه‌ای دیگر رقم خورده و مالکیت‌های فکری که مخلوق اندیشه و هنر آدمی است، در آن اهمیت زیادی پیدا می‌کند.

با توجه به این مقدمات می‌توان گفت: مسئله‌ی «حقوق مالکیت فکری» جزء مسائل مستحدثه‌ی فقهی و حقوقی است که گرچه در زمینه‌ی حقوقی، مباحث و تحقیقات متعددی در این زمینه انجام شده است، اما متأسفانه بحث و تحقیق مستقل فقهی در زمینه‌ی ماهیت «حقوق فکری» وجود ندارد؛ البته در لابه‌لای تقریرات فقهای معاصرگاهی به این موضوع پرداخته شده است، لکن بحث «حقوق مالکیت فکری» در هیچ کدام از ابواب فقهی در آثار فقهای سابق یافت نمی‌شود؛ زیرا تا موضوعی به عنوان مشکل و یک معضل مبتلابه در سطح جامعه مطرح نشود، عدم طرح آن امری طبیعی است؛ اما از زمانی که موضوعی به عنوان مشکل و مسئله‌ی مبتلابه در سطح جامعه مطرح می‌شود، فقیه برای رفع تحیر مکلفین و با درک شرایط زمان و مکان به تبیین مسئله و بیان حکم فقهی آن می‌پردازد. حقوق مالکیت‌های فکری و معنوی که به آن «حقوق معنوی» نیز می‌گویند، دو بخش دارد: «حقوق مالکیت‌های صنعتی» و «حقوق آفرینش‌های علمی و ادبی».

«حق التألیف» مصداقی از حقوق آفرینش‌های علمی و ادبی است که به سبب شهرت

و کاربرد فراوان، بررسی آن خالی از لطف نیست؛ زیرا مباحث و مطالب مطرح شده در حق التألیف، موضوعات مشابهی - مثل حق الاختراع، حق النشر و غیره - را نیز که به آنها "حقوق هم‌جوار" می‌گویند، در بر می‌گیرد.

بیان مباحث

۱. واژگان و اصطلاحات

۱-۱. مال

در کتاب «قاموس اللغة» این‌گونه آمده است: «مال، هر چیزی است که فرد آن را به تملک خود در می‌آورد؛ و یا مال، چیزی است که جماعت از هر چیزی آن را به تملک در می‌آورد...»^۱ (ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً - ۱۴۰۸ ه. ق، ص ۳۴۴).

در اصطلاح فقها، از دو منظر عرفی و شرعی مال را چنین تعریف نموده‌اند: «مال، چیزی است که مورد رغبت و تقاضای عقلاء باشد و در قبال آن نیز ثمن و بهائی بپردازند»^۲ (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۷).

یا در تعبیر دیگری آمده است: «مالیت در عرف، امری است که از اشیاء، انتزاع و گرفته می‌شود؛ از آن جهت که ذاتاً نوع مردم به آنها تمایل دارند، برای وقت نیاز ذخیره کرده، در کسب آن رقابت می‌کنند و در مقابل آن از اشیاء مورد علاقه‌ی خود چیزی - مانند پول و غیر آن - می‌دهند؛ اما مالیت در شرع به اعتبار وجود منفعت محلله‌ی در آن است، از این رو چیزهایی همچون خمر و خنزیر - که منفعت محلله ندارند - مال محسوب نمی‌شوند. بنابراین، در نزد شرع هر چیزی که منفعت محلله داشته باشد، مال به شمار می‌رود»^۳ (سید ابوالقاسم خوبی، مصباح الفقاهة، ۱۳۷۷ ش، الجزء الثاني، ص ۵ - ۶).

۱. «كل ما يملكه الفرد، أو تملكه الجماعة من متاع، أو عروض تجارة. أو عقار، أو نقود، أو حيوان».

۲. «ليس المال إلا ما يكون مورداً لرغبة العقلاء وتقاضاهم ومعه يبذلون بإزائه الثمن».

۳. «في العرف إن المآلية إنما تنتزع من الشيء بملاحظة كونه في حد ذاته مما يميل إليه النوع ويذرونه؛ للانتفاع به وقت الحاجة و يتنافسون فيه و يبذلون بإزائه شيئاً مما يرغب فيه من النقود وغيرها. وأما عند الشرع، فمآلية كل شيء باعتبار وجود المنافع المحللة فيه، فعدم المنفعة المحللة - كالخمر والخنزير - ليس بمال».

بدین ترتیب ممکن است چیزی در عرف، مال محسوب شود در حالی که نزد شرع مالیت نداشته باشد، مانند خمر و خنزیر، ولی عکس آن همواره صحیح است، یعنی هر آنچه در شرع، مال شناخته شود در عرف نیز مال خواهد بود؛ پس نسبت میان آن دو، عموم و خصوص مطلق است.

حقوق دانان، تعاریف مختلفی را از مال ارائه داده‌اند؛ و هریک با نقد تعاریف بیان شده و اضافه و یا کاستن قیدی از تعریف قبلی، تعریف جدیدی را مطرح می‌کنند که در اینجا مجالی برای ذکر تفصیلی تعاریف مزبور نیست و ما تنها به ذکر یک نمونه اکتفا خواهیم نمود:

- «مال چیزی است که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی نیز دارای ارزش مبادله است» (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۷۸ش، ج ۱، ص ۱۹).

- «از نظر حقوقی به چیزی مال می‌گویند که دارای دو شرط اساسی باشد:

۱. مفید باشد و نیاز را برآورد، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی.

۲. قابل اختصاص یافتن به شخص یا محل معین باشد. از این رو اشیائی مانند دریاها، آزاد، هوا و خورشید از ضروری‌ترین وسایل زندگی است؛ ولی چون هیچ کس نمی‌تواند نسبت به آن ادعای مالکیت انحصاری کند، مال محسوب نمی‌شود» (کاتوزیان، حقوق مدنی - اموال و مالکیت - ۱۳۷۴ش، ص ۹).

آنچه از مجموع تعاریف فقهی و حقوقی استفاده می‌شود و در این نوشته مطلوب است «مالیت داشتن منافع و حقوق» است؛ زیرا هم مورد رغبت عقلاء و هم قابل مبادله است و عقلاء در قبال آن بهاء و ثمن می‌پردازند و بدون شک در نظر عرف نیز مالیت دارد، به عنوان مثال: عقلاء، نویسندگی یک کتاب علمی را که برای نوشتن آن مشقت‌های فراوانی تحمل کرده است، صاحب آن کتاب می‌دانند به گونه‌ای که حق دارد در مورد آن تصمیم بگیرد تا به چاپ برساند یا در گوشه‌ای از کتابخانه‌ی خود نگه دارد و در صورتی هم که کتاب را به چاپ برساند، منافع مادی و معنوی آن متعلق به صاحب کتاب است.

برخی از حقوق دانان در نوشته‌های خود چنین آورده‌اند: در گذشته، واژه‌ی "مال"

برای کالاهای مادی به کار می‌رفت ولی آرام‌آرام، با پیشرفت‌های زندگی کنونی به تمام عناصر گوناگون دارایی - مانند زمین، اموال منقول، مطالبات، حقوق مالی و حتی حقوق فکری و معنوی: نظیر حقوق صنعتی همچون حق اختراع، و حقوق ادبی و هنری همانند: حق التالیف و سرفظلی - مال گفته شد (کاتوزیان، حقوق مدنی - اموال و مالکیت - ۱۳۷۴ ش، ص ۱۰).

۱-۲. حق

واژه‌ی "حق" مفرد حقوق است، این کلمه:

- در نگاه لغت به معنای ثبوت آمده است؛ ابن منظور می‌نویسد: «حق، نقیض باطل، جمعش حقوق و حقایق و معنایش ثبوت و وجوب است» (ابن منظور، لسان العرب، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۰، ص ۴۹).

- در اصطلاح حقوقی، عبارت است از: اقتداری که قانون به افراد می‌دهد تا عملی را انجام دهند؛ لذا آزادی عمل، رکن اساسی حق است؛ و هر حقی تکلیفی ایجاد می‌کند مثلاً در بحث مالکیت، مالک دارای حق مالکیت است و تمام افراد در مقابل آن مکلف هستند (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۹ / ابوالقاسم گرجی، مشروعیت حق و...، ۱۳۴۹ ش، ص ۱۲۱ / مرعشی، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری در اسلام، ص ۲۳۰).

- معنای اصطلاحی «حق» در فقه:

بحث‌های بسیار و نظرات مختلفی در معنای اصطلاحی حق مطرح شده است بدون آنکه به نتیجه‌ای مشخص و شفاف - که حق را از آن دو کاملاً متمایز و خصایص و ویژگی‌های هر یک را معلوم کند - رسیده باشند. از این رو برخی فقها اموری را از مصادیق حق برشمرده‌اند در حالی که برخی دیگر آنها را جزء احکام می‌دانند. مهم‌ترین دیدگاه‌ها درباره حق عبارتند از:

دیدگاه اول: «حق عبارت است از مرتبه‌ای از سلطنت»

این مرتبه، ضعیف‌تر از سلطنت موجود در ملکیت است که شارع مقدس آن را برای انسان - به عنوان انسان - یا برای فردی معین بر چیزی قرار داده است؛ خواه آن چیز عینی

خارجی باشد (مانند حق تحجیر نسبت به زمین موات و حق مرتهن نسبت به عین رهنی و حق طلبکار نسبت به اموال میت) یا انسانی معین (مانند حق قصاص که متعلق آن، جانی است) و یا عقدی (مانند حق خیار که متعلقش عقد است). در همه‌ی این موارد، صاحب حق بر متعلقِ حق خود گونه‌ای سلطنت دارد؛ لکن قلمرو این سلطنت جهتی خاص است، برخلاف ملك که گستره‌ی سلطنتی آن همه‌ی جهات را در بر می‌گیرد. از این رو، حق مرتهن تنها سلطنت او بر استیفای دین خود از مال رهنی - در صورت خودداری بدهکار از پرداخت بدهی - است و نمی‌تواند آن را ببخشد یا وقف نماید و یا در آن تصرف دیگری بکند. چنان‌که حق خیار تنها سلطنت برفسخ یا امضای معامله، و حق شفعه تنها سلطنت شفیع بر تملك سهم شريك به بهای فروخته شده است. برخلاف ملك که مالك می‌تواند در مملوك خود هر نوع تصرفی - اعم از فروختن، بخشیدن، مصالحه کردن، وقف کردن و جز آن - بکند. بنابراین، سلطنت ناشی از ملك، سلطنتی تام و قوی و سلطنت ناشی از حق، سلطنتی ضعیف و ناقص است. به همین جهت کسی که زمین مواتی را تحجیر می‌نماید، نسبت به آن حق اولویت پیدا می‌کند، اما مالك آن نمی‌گردد و در نتیجه اغلب آثار ملك بر آن بار نمی‌شود؛ لکن اگر آن را احیا کند، مالك آن می‌گردد و تمامی آثار ملك بر آن بار خواهد شد (احیاء موات) (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۵۵؛ بحرالعلوم، بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۱۳ - ۱۴؛ اراکی کتاب البیع، ج ۱، ص ۱۰).

دیدگاه دوم: «حق مرتبه‌ی ضعیفی از ملك یا نوعی از آن است»

در نتیجه صاحب حق، نسبت به آنچه زمام آن در دست اوست، مالك می‌شود (حاشیه کتاب المکاسب (همدانی) / ۴۵۱ - ۴۵۲؛ بحرالعلوم، بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۱۳ - ۱۴؛ مامقانی، نهاية المقال... ص ۳؛ نایینی، المکاسب و البیع، ج ۱، ص ۹۲؛ خوانساری، جامع المدارك، ج ۳، ص ۳۴۸).

برخی از فقها، دو دیدگاه یاد شده را یکی دانسته و گفته‌اند: مقصود کسانی که حق را مرتبه‌ی ضعیف ملك تعریف کرده‌اند این است که ملك و حق هر دو از مقوله‌ی سلطنت‌اند؛ با این تفاوت که ملك، سلطنتی قوی و حق سلطنتی ضعیف است، نه اینکه ملك به لحاظ شدت و ضعف و یا کمال و نقص، دارای مراتبی است که مرتبه‌ی قوی و

کامل آن، ملک و مرتبه‌ی ضعیف و ناقصش حق است (خویی، مصباح الفقاهة، ج ۱، ص ۱۴۳ - ۱۴۴). شاهد بر این قول، تعریف حق به سلطنت ضعیف است آن هم در کلمات بسیاری از کسانی که حق را به مرتبه‌ای ضعیف از ملک تعریف کرده‌اند. بنابراین معنای سلطنت و ملک و حق یکی است؛ هرچند حق أخص از آن دو است.

دیدگاه سوم: «حق عبارت است از اعتباری خاص - غیر از اعتبار سلطنت و ملک - که دارای آثاری ویژه است»

یکی از آن آثار، سلطنت برفسخ در حق خیار یا بر تملک به عوض در حق شفعه و یا بدون عوض در حق تحجیر است (آخوند خراسانی، حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۴).

دیدگاه چهارم: «حق عبارت است از اعتباری خاص - غیر از اعتبار ملک و سلطنت - که نزد عقلا سلطنت بر اسقاط و نقل را در پی دارد»

بر اساس این تعریف، حق، سلطنت و قدرت اعتباری بر اسقاط و نقل نیست؛ لکن نزد عقلاء هر صاحب حقی بر متعلق حق خود و تصرف در آن سلطنت دارد (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۰ - ۴۵).

دیدگاه پنجم: «حق، مشترك لفظی است؛ یعنی در هر موردی عبارت است از اعتباری خاص که دارای اثری خاص است»

بر اساس دیدگاه فوق، حق ولایت چیزی جز اعتبار ولایت اولیاء (از قبیل حاکم، پدر و جد پدری) و حق رهنان چیزی جز اعتبار گرو بودن عین به رهن گذاشته شده، نیست. از آثار اعتبار در مورد نخست، جواز تصرف ولی در مال مولا علیه و در مورد دوم، جواز استیفای دین از عین رهنی با فروختن آن هنگام خودداری بدهکار از پرداخت بدهی است. بنابراین، اضافه‌ی حق به ولایت یا رهنان، اضافه‌ی بیانی است؛ یعنی حقی که عبارت است از ولایت و رهنان، نه اینکه حق، چیزی و ولایت و رهنان، چیز دیگری باشد. البته بر اساس این دیدگاه در برخی موارد به حسب دلیل، حق به معنای سلطنت به کار می‌رود؛ بدین معنا که شارع در آن موارد، سلطنت را اعتبار کرده است، مانند حق قصاص، حق شفعه و حق خیار که در این موارد به ترتیب، حق، عبارت است از سلطنت

برجانی، و سلطنت برضمیمه کردن حق شریک به سهم خود با تملک قهری آن و سلطنت بر عقد به فسخ یا امضای معامله (اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، ص ۴۴).

دیدگاه ششم: «حق با حکم یکی است و تنها تفاوت آن دو در آثار است»
در این دیدگاه، حق عبارت است از حکم تکلیفی یا وضعی که به فعل انسان تعلق می‌گیرد و قابل اسقاط است (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۳۷۷ ش، ج ۲، ص ۴۵-۴۷؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۲۶ ه ق، ج ۳، ص ۳۱۸-۳۲۰).

اما آنچه صحیح به نظر می‌رسد عبارت است از اینکه «حق از امور اعتباری و عقلانی است که زمان، مکان، شروط و... در تحقق آن مؤثرند»، یعنی ممکن است در زمانی یا حتی در دین و آیینی، حق خاصی به چیزی تعلق گیرد و در زمان یا دین و آیین دیگری این‌گونه نباشد، به طور مثال قبل از اسلام و نیز در برخی ادیان کنونی، نسبت به خمر و خنزیر حق تملک وجود دارد در حالی که در دین اسلام این حق وجود ندارد.

در مسئله‌ی مورد بحث ما در حق مالکیت فکری، با مراجعه به تعاریفی که از مال می‌شود و همچنین ملاحظه‌ی عدم تقیید مالیت به عین یا حتی منفعت، می‌توان گفت: چنانچه حقی مورد رغبت عقلاء قرار گیرد و عقلاء برای آن بهائی بپردازند، آن حق، "مال" است. همچنین باید اضافه نمود: حقی مالیت دارد که قابل نقل و انتقال اختیاری باشد؛ بنابراین حق ولایت و حق شفعه، مال نیستند (خوئی، مصباح الفقاهه، الجزء الثانی، ۱۳۷۷ ش، ص ۳۳۶) ولی در امثال حق تحجیر و حقوق فکری، هیچ مانعی در مال بودن آنها وجود ندارد. در توضیح مطلب فوق باید گفت: حقوق به پنج نوع تقسیم شده است:

۱. حقوقی که قابل اسقاط و قابل نقل و انتقال نیستند، مانند حق پدر بر فرزند، حق فرزند بر پدر و حق استمتاع از زوجه برای زوج.

۲. حقوقی که اسقاط پذیرند، لکن قابل نقل و انتقال نیستند، مانند حق غیبت و حق قذف؛ یعنی حقی که به سبب غیبت کردن یا نسبت زنا دادن، برای طرف مقابل پیدا می‌شود.

۳. حقوقی که با مرگ صاحب حق به طور قهری به ورثه‌ی او منتقل می‌شود؛ قابل اسقاط نیز خواهند بود اما قابل نقل و انتقال نیستند، مانند حق شفعه بنا بر قول مشهور و یا

حق رهانت.

۴. حقوقی که قابل اسقاط و قابل نقل انتقال‌اند؛ خواه رایگان یا در مقابل عوض باشد. بسیاری از حقوق این‌گونه‌اند، مانند حق خیار، حق قصاص و حق تحجیر.

۵. حقوقی که اسقاط و نقل آنها تنها به صورت مجانی صحیح است، نه در مقابل عوض، مانند حق قسّم (تقسیم شب‌ها برای زنان متعدد) بنا بر نظر عده‌ای که زن می‌تواند آن را اسقاط کند یا به هُووی خود ببخشد (هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ج ۳، ص ۳۲۲).

حق معنوی

حق معنوی یا فکری از آن جهت که غیر از حق عینی و ذمی است، نه به عین تعلق می‌گیرد نه به ذمه بلکه یک نوع مزیت قانونی و غیرمادی است مانند حق مخترع براه‌تخار خود و سایر موارد... که از این قبیل خواهد بود (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۷۷ش، ص ۲۲۷). برای حقوق معنوی تعاریف فراوانی وجود دارد که از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: - «حقوق و امتیازات غیرمادی که مربوط به شخصیت (شخصیت پدیده‌آوردنده) و برای حمایت از اوست» (صفایی، مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون، ص ۵۶).

- «حقوقی است که به صاحب آن، اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت فکر و ابتکار می‌دهد» (ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ص ۲۳-۲۴). همانند حقی که نویسنده‌ی اثر ادبی یا مخترعی نسبت به آن اثر و اختراع پیدا می‌کند.

حقوق معنوی را حقوق مالکیت‌های معنوی نیز می‌گویند، اما برخی از حقوق دانان اطلاق مالکیت را بر حقوق معنوی، مسامحه‌ای می‌دانند؛ زیرا دائمی بودن، در حقوق وضع شده از ویژگی‌های مالکیت است که در حقوق معنوی وجود ندارد، البته در حقوق اسلامی چنین ویژگی برای مالکیت شرط نشده است، بنابراین در اطلاق مالکیت بر حقوق معنوی مسامحه‌ای نشده و آن را نیز در بر می‌گیرد.

برخی از محققان عبارت "مالکیت فکری" را برتر دانسته‌اند؛ زیرا بر اساس اعتقاد آنان کلمه‌ی "معنوی" جامع است، اما مانع نیست و از طرفی کلمه‌ی "معنوی" نیز در لغت از

”معنی“ گرفته شده و در برابر مادی و صوری بیان می‌شود؛ حال آنکه این حقوق از فکرو اندیشه و تعقل انسان‌ها به دست می‌آید، پس شاید بتوان گفت: «حق معنوی، به معنای سیطره‌ی برشی‌ء معنوی است و منظور از شی‌ء معنوی چیزی است که با حواس درک نشود مثل افکار، اختراعات و شهرت تجاری» (سامی مدکور، نظریه الحق، ص ۳۰، به نقل از مقاله حق التالیف از دیدگاه فقه تطبیقی، شفاپی/ مجله فقه سال ۱۰ ش ۳۷-۳۸، ص ۲۸).

۱-۳. مالکیت

- مالکیت در نگاه لغت به معنای آنچه انسان دارد و در آن تصرف می‌کند، آمده است (بستانی، فرهنگ ابجدی، ۱۳۷۵، ص ۸۶۲).

- فقها در تعریف آن تعابیر گوناگونی را به کار برده‌اند، ولی بر حسب ظاهر منشأ این اختلاف در تعبیر، اختلاف ماهوی نیست، مقصود همه یک چیز است؛ یعنی سلطنت مالک بر مملوک (أبوالقاسم گرجی، مشروعیت حق و...، ۱۳۴۹ ش، ص ۳۰۳). به بیان دیگر، مالکیت، یک امر اعتباری عقلانی است که یکی از احکام آن سلطنت مالک بر تغییر و تحول آن مال است (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۴).

- حقوق دانان نیز در تعریف مالکیت تعابیر متفاوتی دارند از جمله:

«مالکیت حقی دائمی است که به موجب آن، شخص می‌تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند» (کاتوزیان، حقوق مدنی - اموال و مالکیت، ۱۳۷۴ ش، ص ۱۰۶).

بدیهی است که این نوع ملکیت، امری اعتباری است که عقلاء آن را بر حسب نیاز جامعه برای اشخاص طبیعی یا شخصیت‌های حقوقی اعتبار کرده‌اند و شارع مقدس آن را به موجب ادله‌ی صحت بیع و امثال آن امضاء کرده است.

مالکیت دارای سه وصف اساسی است:

۱. مطلق بودن.

۲. انحصاری بودن.

۳. دائمی بودن.

”مطلق بودن“ یعنی مالک حق همه‌گونه تصرف در ملک خود را دارد؛ مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد؛ و چون استثناءات آن در حقوق کنونی فراوان است به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت.

”انحصاری بودن حق مالکیت“ به این معنا است که مالک هر تصرفی را که مایل باشد در مال خود انجام دهد و مانع از تصرف دیگران نیز بشود، انحصاری بودن حق مالکیت نتیجه‌ی طبیعی اطلاق اختیار مالک و لزوم رعایت آن از طرف دیگران است.

”دائمی بودن“ بدین معناست که طبیعت مالکیت با موقتی بودن منافات دارد؛ این وصف در هیچ یک از مواد قانونی تصریح نشده است. مالکیت با مرگ مالک از بین نمی‌رود، بلکه به یکی از اسباب انتقال به دیگری واگذار می‌گردد و ملکیت وارث نیز ادامه‌ی همان ملکیت قبلی بوده و منقطع نمی‌شود و این همان معنای دائمی بودن است (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ش، ص ۲۵).

۲. ماهیت فقهی حق مالکیت فکری

همان‌گونه که ذکر شد از آنجا که بحث مستقل و جامعی در کتب فقهی پیرامون ماهیت مالکیت‌های فکری مطرح نشده است، نمی‌توان مطالبی در زمینه‌ی ماهیت این نوع مالکیت‌ها یافت؛ ولی از مجموع نظریات ارائه شده در مقالات، فتاوی و غیره می‌توان در مورد "ماهیت فقهی حق مالکیت فکری" به چند دیدگاه دست یافت:

دیدگاه اول: «نظریه‌ی فطری بودن مالکیت فکری»

مالکیت فکری که امری اعتباری است و عقلاء بر اساس انگیزه‌ی عقلانی آن را اعتبار می‌کنند، منشأ فطری دارد؛ یعنی از سرشت و نهاد انسان برمی‌خیزد، وقتی فردی زحمت کشیده و کتابی تألیف کرد یا پس از تلاش فراوان چیزی را اختراع نمود، این یک امر طبیعی است که دوست ندارد دیگران در آن تصرف نمایند و آن را حق خود می‌داند.

موضوع مالکیت، عرفاً مال نامیده می‌شود. خود مالکیت یک امر اعتباری است که

در عالم خارج وجود ندارد و متعلق و موضوع آن، گاهی در عالم خارج موجود است که به آن "مالکیت مادی" می‌گویند و گاهی متعلق آن در عالم خارج وجود ندارد بلکه معلول فکری است که "مالکیت معنوی یا فکری" نام‌گذاری می‌شود (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ش، ص ۱۴۶-۱۴۷).

دیدگاه دوم: «نظریه‌ی علم حصولی»

تحلیل دیگر از حق مالکیت فکری بر اساس علم حصولی است و می‌توان گفت: علم حصولی در انسان بردو نوع است:

۱. علم فعلی.

۲. علم انفعالی.

به طور مثال، علم مخترع به اختراع خود یک علم فعلی است و علم اجرا کننده‌ی اختراع و بیان کننده‌ی آن، یک علم انفعالی است؛ پس نمی‌توان کارگر سازنده‌ی اختراع را اساس ملکیت تلقی کرد، زیرا فکر کردن به همراه کار کردن سبب ملکیت است. به عبارت دیگر، کار تنها و عامل فیزیکی برای مالک شدن کافی نیست، بلکه اندیشه و افکار انسان، عامل اصلی مالکیت در جهان صنعتی امروز است؛ هر اختراع و اکتشافی که به وجود آمده، با پشتوانه‌ی یک اندیشه و تفکر بوده که دیگران آن را به مرحله‌ی اجرا رسانده‌اند، بیشتر مالکیت‌های مادی آمیخته با مالکیت فکری است و این دوازدهم قابل تفکیک نیستند؛ اساساً مالکیت، یک اصل عقلانی است که به اندیشه و فکرو نیز کار فیزیکی نیاز دارد.

خلاصه اینکه اگر متعلق مالکیت، یک شیء خارجی باشد اصطلاحاً به آن «مالکیت مادی» می‌گویند و اگر متعلق آن، وجود خارجی نداشته باشد و معلول فکرو اندیشه‌ی یک فرد باشد «مالکیت معنوی» نام‌گذاری می‌شود که نوعی از مالکیت است و هیچ تفاوتی میان این نوع مالکیت - که مالکیت فکری هم نامیده می‌شود - با مالکیت مادی وجود ندارد. پس یک نویسنده یا مخترع، مالک کتاب یا اختراع خود است (شفایی، مقاله‌ی حق التألیف از دیدگاه تطبیقی، مجله‌ی فقه، ص ۵۳؛ بجنوردی، میزگرد پیرامون حقوق مالکیت فکری، روزنامه‌ی همشهری، ۲۰ دی ۱۳۷۳ش).

دیدگاه سوم: «نظریه اشتراکی بودن مالکیت»

این نظریه قائل به مالکیت اشتراکی در مورد مالکیت‌های صنعتی به ویژه اختراعات است؛ مطابق این نظریه، دانشمند و مخترع نمی‌تواند اختراعش را در انحصار خود قرار دهد.

دیدگاه چهارم: «نظریه‌ی ملکیت اعتباری»

در این باره ابتدا باید گفت: ملکیت دارای مراتبی است:

۱. ملکیت حقیقی: که همان سلطنت تام است، به نحوی که زمام امور مملوک حدوداً و بقاءً در تمام امور به دست مالک است؛ این مرتبه از ملکیت، مخصوص خداوند است.
۲. ملکیت ذاتی: این نوع از ملکیت میان شخص و نفس حاصل می‌شود و مراد از ذاتی، یعنی تحقق آن بر امر خارجی منوط باشد، دلیل ذاتی بودن ملکیت شخصی بر اعضاء و جوارح و اعمال و ذمه‌اش، ضرورت و وجدان است که بر ملکیت انسان بر نفس و عملش حکم می‌کنند و بدیهی است که شارع مقدس نیز این نوع سلطنت را امضاء نموده و مردم را از تصرف در نفس و عمل و ذمه‌ی خود منع نکرده است.
۳. ملکیت مقولیه: که عبارت است از هیئتی که از مثل تعمیم و تقمّص حاصل می‌شود.
۴. ملکیت اعتباری: این نوع از ملکیت، ملکیتی است که عقلاء برای یک شخص خاص از جهت مصلحت داعیه به آن اعتبار می‌دهند.

از مراتب ملکیت، تنها مرتبه‌ی آخر - یعنی ملکیت اعتباری - مرتبط با محل بحث است؛ بر اساس این نظریه: «هر کسی چیزی را تألیف کند، آن تألیف نتیجه‌ی کار فکری و اندیشه‌اش بوده، مالک و صاحب آن است و حق دارد دیگران را از هرگونه دخل و تصرفی در آن باز دارد؛ زیرا مردم شرعاً و عرفاً بر اموال خویش مسلط هستند. البته مالکیت او مطلق نیست و دلیلی بر حرمت انتفاع و تصرفات معنوی مانند مطالعه و استناد به آن وجود ندارد؛ آنچه جائز نیست نسخه برداری و تکثیر بدون اجازه‌ی مؤلف است که در این صورت، می‌تواند مطالبه‌ی حق کند» (روحانی، المسائل المستحدثة، ۱۴۱۴ق، ص ۲۹۷؛ عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ش، ص ۱۵۳).

۳. مستندات فقهی مشروعیت حق مالکیت فکری

همان‌گونه که بیان شد گروهی از فقها قائل به مشروعیت حق مالکیت فکری هستند و در مقام استدلال هر یک به دلیلی استناد می‌کنند:

۳-۱. بنای عقلاء (ارتکاز یا سیره‌ی عقلاء)

بنای عقلاء در فقه یکی از پایه‌های استدلال برای احکام و قواعد فقهی است و در اصول هم به عنوان یکی از منابعی که در طریق استنباط احکام شرعی است، جایگاه خاصی دارد. در مورد حق مالکیت فکری بر اساس بنای عقلاء می‌توان این‌گونه استدلال کرد که در روابط اجتماعی امروزی، عرف و عقلاء برای کارهای فکری - مثل تألیف کتاب - حق و امتیاز قائل شده‌اند و این اعتبار عقلایی بر همین اساس است که نادیده گرفتن آن، موجب اختلالات مختلف فرهنگی، اقتصادی در جامعه می‌شود؛ چنان‌که عقل نیز در این زمینه به صورت بدیهی حکم می‌کند: عملی که به دنبال آن، اختلال نظام باشد قبیح است؛ و از طرفی، با وجود قاعده‌ی ملازمه، حکم شرع نیز از همین قرار بوده و حکم عقل را امضاء می‌کند (شهید صدر، بحوث فی علم الاصول، ج ۹، ص ۲۰۵؛ عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ ش). همچنین می‌توان گفت: جریان سیره‌ی عقلانی در موضوعات، به امضاء و عدم ردعی از جانب شارع نیاز ندارد، مثلاً در آیه‌ی ۲۲۹ سوره بقره در مورد طلاق آمده است: «فَأَمْسَأَلُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» که امساک به معروف دلالت بر وجوب نفقه می‌کند؛ یعنی نفقه دادن آن چیزهایی که در نزد عرف شیوع دارد، واجب است و ما می‌بینیم سیره‌ی عقلاء در زمان ما بر این است که نفقه شامل امور زیادی می‌شود؛ برخی از آنها در زمان سابق جزء نفقه به حساب نمی‌آمد، مثل حق زوجه در آموزش و تعلیم یا خادم گرفتن برای او در خانه و این موضوعی است که سیره‌ی عقلاء به آن تعلق گرفته است؛ یعنی در زمان سابق این موارد عرفاً جزء نفقه نبوده ولی الان این موارد جزء موضوع نفقه محسوب می‌شود و نیازی هم به امضاء یا عدم ردعی از جانب شارع نیست؛ زیرا شارع مقدس در آیه شریفه ملاک در نفقه را معروف بودن، عنوان می‌فرماید.

در این‌گونه موارد در شریعت یک عنوان کلی وجود دارد - مثل نفقه یا حیات - و عقلاء موضوع آن را توسعه داده یا تضییق می‌کنند. در توسعه‌ی موضوع، نیازی به امضاء یا عدم ردع از جانب شارع نیست (شفایی، مقاله حق التألیف از دیدگاه تطبیقی، مجله‌ی فقه، سال ۱۰، ش ۳۷ و ۳۸، ص ۹۰). برای توضیح بیشتر و به عنوان مثال: در زمان گذشته حیات با اسباب اندک در جمع‌آوری چوب انجام می‌شد و این، مورد امضای شارع بود، اما در زمان ما موضوع حیات گسترش یافته و با ابزار آلات مدرن هکتار هکتار چوب جمع‌آوری می‌شود؛ این نوع حیات نیازمند امضای جدیدی از جانب شارع نیست و می‌توان گفت: در موضوع حیات، توسعه اتفاق افتاده و دلیل آن هم سیره و روش عقلاء است (حائری، فقه العقود، ج ۱، ص ۱۶۰).

با توجه به این مطالب می‌توان نتیجه گرفت که آن سیره‌ی عقلائیه‌ای که محدودده‌ی موضوع را مشخص می‌کند و به وسیله‌ی آن، مصداقی را داخل در موضوع یا خارج از آن قرار می‌دهد، نیازمند به امضای شارع نیست و حکم عقلاء بر اینکه آن فرد، مصداق آن عنوان کلی است و اینکه آن عنوان، منطبق بر این فرد باشد کفایت می‌کند. حتی فراتر از این نیز می‌توان گفت که: سیره‌ی عقلاء در نزد فقیهان، همان حکم عقلاء بماه عقلاء است که آن را حکم عقل گویند و از مباحث مستقلات عقلیه در اصول فقه به شمار می‌رود نه سیره‌ی عقلائی که برای اعتبار آن نیاز به کشف امضای شارع باشد (مظفر، اصول فقه، ۱۳۸۰ ش، ص ۵۱۴)؛ زیرا در این صورت با سامان گرفتن حکم عقل، صغرای قیاس به وجود می‌آید و کبرای آن هم «ما حکم به العقل حکم به الشرع» خواهد بود (مظفر، اصول فقه، ۱۳۸۰ ش، ص ۲۰۷؛ شفایی، مقاله‌ی حق التألیف از دیدگاه فقه تطبیقی، مجله‌ی فقه، سال ۱۰، ص ۸۳).

در محل بحث اگر این مطلب را نپذیریم باز هم استدلال به سیره‌ی عقلاء در حق التألیف ممکن است؛ با این بیان که التزام به مراعات حقوق دیگران به عنوان یک حکم شرعی اولی واجب است و دلیل آن، این روایت است: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ» (حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۹، أبواب القصاص فی النفس، ب ۱، ح ۳).

البته درست است که این روایت در خصوص مال آمده است ولی مال، خصوصیت ندارد به همان بیانی که گذشت؛ و همچنین است روایات دیگری که حکم به لزوم رعایت

حق الناس می‌کنند، در حالی که عقلاء در این‌گونه موارد حکم جدیدی نمی‌کنند بلکه می‌فرمایند: کسی که کتابی تألیف کرده مانند کسی است که خانه‌ای بنا نموده باشد و باید مراحل قانونی برای سند زدن آن خانه را طی کند تا مدرکی برای ملکیت خود داشته باشد. امروزه هم در نزد عقلاء یکی از مصادیق حق، حق کسی است که خودش را به زحمت انداخته و معلومات علمی را برحسب معلومات ذهنی و تحقیقات خود تألیف کرده و به عنوان کتاب در اختیار مردم قرار داده باشد؛ و یا کسی که چیزی را اختراع کرده چنین حقی را دارد، چنان‌که اگر کسی خانه‌ای را برای خودش بنا کند نزد عقلاء در آن حق دارد. پس بهترین دلیل برای اثبات این‌گونه حقوق، سیره‌ی عقلاء است؛ چون عقلاء در مورد این حقوق حکم به وجوب تقیّد می‌کنند و از شارع هم نسبت به این سیره، ردع و منعی نرسیده است.

برای تبیین بیشتر این مسئله می‌گوییم: منشأ اولیه‌ی ملکیت اعتباری در ارتکاز عقلاء دو چیز است: ۱. حیازت ۲. علاج یا صنع (صنع: عمل - قرشی، قاموس قرآن، ج ۴، ص ۱۵۴ - علاج: چاره، درمان - فیروزی، قاموس المحيط، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۷۳)

حیازت، سبب ملکیت در اشیاء منقول است و علاج یا صنع موجب ملکیت اشیاء غیر منقول خواهد بود، مثل احیاء زمین یا حفر چاه، و در حقوق معنوی مثل حق تألیف، حق الطبع و حق الاختراع.

با توجه به این تقسیم‌بندی می‌توانیم بگوییم: علاج یا صنع، اختصاصی به اشیاء مادی ندارد، بلکه با توسعه‌ی موضوع و به تبع، توسعه‌ی مصداق در امور معنوی هم محقق می‌شود، مثلاً مؤلف یک کتاب، صانع آن است و آن سختی که او در راه نوشتن آن کتاب متحمل می‌شود به مراتب بیشتر از کسی است که زمینی را احیاء می‌کند و یا چاهی را حفر می‌نماید؛ پس می‌توان گفت: تألیف کتاب، مصداقی برای سیره‌ی موجود در عصر معصوم علیه السلام است که علاج یا صنع را سبب ملکیت می‌دانستند، ولی مصادیق آن محدود تر بود و فقط شامل اشیاء غیر منقول می‌شد، ولی امروزه این مصادیق به حقوق معنوی افزایش یافته و آنها را نیز شامل می‌شود. شهید مطهری در این باره می‌فرماید: «امتیاز کتاب به مؤلف تعلق دارد، مالک کاغذ و قلم حق دارد از روی نسخه‌ی ملکی خود برای

مطالعه‌ی شخصی نسخه‌ای استنساخ کند اما حق ندارد با کاغذ و مرکب و حروف چاپی و ماشین خود، هزار نسخه از روی نسخه‌ای که دارد چاپ کند و به فروش برساند، در قدیم که چاپ نبود حق التألیف هم نبود، ولی ماشین این حق را ایجاد کرده است، این حق را اجتماع اعتبار می‌کند» (مطهری، نظری به اقتصاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۱۳۴ پاورقی).

بنای عقلاء و حجیت آن در سیره‌های جدید

در اصل بنای عقلاء دو نظریه مطرح شده که مورد بررسی قرار می‌گیرد (عربیان، حقوق

مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ش، ص ۱۵۸).

نظریه‌ی اول: بنای عقلاء بر اساس سنت.

نظریه‌ی دوم: بنای عقلاء بر اساس عقل.

الف) تبیین نظریه‌ی اول: «بنای عقلاء بر اساس سنت»

اعتبارات عقلانی، اگر از پشتوانه‌ی امضای شارع برخوردار نباشد، نمی‌تواند منبع حکم شرعی شناخته شود؛ این امضاء یا به واسطه‌ی نصوص و اطلاقات لفظی کشف می‌شود - که نیازی به توضیح ندارد - و یا از راه تقریر عملی معصوم علیه السلام به دست می‌آید، یعنی به صرف اینکه معصومین علیهم السلام نسبت به این اعتبارات و توافقات‌های عرفی و عملی سکوت کرده و آنها را نفی نکرده باشند، کاشف از تقریر و امضاء است؛ زیرا سکوت کردن در برابر سیره‌ی عملی که در شرع صحیح نیست، با رسالت، ارشاد و ابلاغ احکام الهی منافات دارد.

بنابراین روش‌ها و بناهای عقلانی که مستحدث است - و لو اینکه در زمان شارع، سابقه نداشته باشد - اگر مشمول اطلاق یا عموم لفظی باشد که از طرف شریعت به ما رسیده است، مانند شمول حکم کلی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نسبت به قراردادهای جدید نیز از این طریق اعتبار می‌یابد و این رویه، شمول امضاء محسوب می‌شود. اما اگر چنین نصی وجود نداشته باشد و این سیره‌ی عملی را بخواهیم از راه سکوت و تقریر امام علیه السلام - و امضایی که از این طریق به دست می‌آید - اعتبار دهیم؛ این اعتبار بخشی، در مورد بناهای عقلایی جدید معنا نخواهد داشت؛ زیرا در عصر امام معصوم علیه السلام چنین سیره‌ای وجود نداشته است تا گفته شود سکوت نسبت به آن در فرض عدم صحت، با رسالت امام علیه السلام در هدایت مردم

منافات دارد و در نتیجه این سکوت دلالت بر امضاء داشته باشد؛ به همین جهت اکثر قریب به اتفاق محققین معاصر در حجیت بنای عقلاء، کاشفیت آن را از نظر شارع لازم می‌دانند (شهید صدر، دروس فی علم الاصول الحلقة الثانية، ص ۱۲۳ - ۱۳۰).

با وجود این مطلب چند راه برای اعتبار شرعی بنای جدید عقلاء بیان می‌شود و دو طریق آن بر اساس این مبناست که بنای عقلاء مستند به سنت است:

طریق اول: امضای اعتبارات جدید عقلانی با لحاظ ابدی بودن دین.

طریق دوم: واگذاری اعتبار امور عقلانی به عقلاء (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲،

ص ۱۵۹ - ۱۶۱)

تبیین طریق اول:

رسالت معصومین علیهم‌السلام در مورد ابلاغ احکام الهی ایجاب می‌کند که اگر برخلاف سیره و روش عملی رایج در عرف زمان خودشان نقطه نظری داشته باشند، آن را بیان می‌کنند و با سکوت خود بر آنچه خلاف نظر شارع است صحنه نمی‌گذارند؛ لذا منع نکردن از آن سیره، نشان دهنده‌ی هماهنگی عرف و شرع است (شهید صدر، دروس فی علم الاصول، الحلقة الثانية، ص ۱۲۹). از استدلال مذکور می‌توان استفاده کرد که این نکته در اعتبارات عرفی و عقلانی نیز - که با تحولات اجتماعی تغییر می‌کند و جزء ارتکازات عمومی است - جریان دارد؛ زیرا از یک جهت دین، مقطعی نیست و اختصاص به زمان و مکان خاصی ندارد و از جهت دیگر معصومین علیهم‌السلام در حجاب زمان و مکان نیستند و مانعی برای آگاهی از آینده و تحولاتی که به وجود می‌آید، ندارند؛ از این رو کرسی تشریح و ابلاغ احکام الهی ایجاب می‌کند که اگر انحرافی در ارتکازات و سیره‌های عملی آیندگان پیش‌بینی می‌شود، آن را یادآور شوند.

حضرت امام خمینی رحمته‌الله در زمینه‌ی رجوع جاهل به عالم، در مسئله‌ی تقلید که از

ارتکازات عقلانی است، ضمن برشمردن اشکالی چنین پاسخ می‌دهند:

«ائمه علیهم‌السلام می‌دانستند که علمای شیعه بعد از غیبت امام زمان علیه‌السلام با توجه به محروم شدن از دریافت احکام به شکل حضوری چاره‌ای نخواهند داشت جز اینکه به کتاب‌های خبری مراجعه کنند و عوام نیز طبعاً بر حسب یک امر ارتکازی و عقلانی که جاهل به عالم

مراجعه کند، به آنها مراجعه می‌کنند و احکام را از آنان دریافت کنند؛ براین اساس اگر روش مزبور از نظر ائمه علیهم‌السلام اشکال داشت، می‌بایست یادآور شده و تذکر داده باشند؛ زیرا بین این سیره و بنای عملی عقلاء و دیگر سیره‌ها تفاوتی وجود ندارد (امام خمینی، الرسائل، ۱۳۸۵ ش، ج ۲، ص ۱۳۰).

بنابراین، با در نظر گرفتن ابدی بودن دین و آگاهی معصومین علیهم‌السلام از آینده باید گفت: سیره‌های عملی و اعتبارات جدید عقلاء بر ارتکاز در روابط اجتماعی خود، اگر ممنوعیتی نسبت به آن نرسیده باشد، امضاء شده و معتبر قلمداد می‌شود.

در مورد این نظریه دو اشکال مطرح است:

اول آنکه: ممکن است از طرف شارع نسبت به چنین سیره‌هایی منع وارد شده باشد، ولی به این دلیل که محل ابتلاء نبوده به ما نرسیده و مخفی مانده است؛ بنابراین راهی برای کشف اینکه شارع آن را امضاء کرده باشد، وجود ندارد.

دوم آنکه: روشن نیست که آیا منع از سیره‌ی عقلائی که ده قرن بعد به وجود خواهد آمد، بر امامان علیهم‌السلام که با علم غیب آن را می‌دانستند، لازم است برای مردم عصر خود بیان نمایند یا خیر؟ مثال ذکر شده در رجوع جاهل به عالم برای اعتباربخشی به تمام سیره‌های مستحدثه کافی و واضح نیست؛ به همین جهت نظریه‌ی فوق از حجیت ساقط است.

تبیین طریق دوم:

راه دیگر برای اعتباربخشی به بناهای عقلائی جدید - با حفظ همین مبنا که باید بنای عقلاء به امضاء و تقریر معصوم علیهم‌السلام برسد - این است که استقراء نشان می‌دهد در عصر پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و ائمه علیهم‌السلام سیره‌های زیادی در روابط عقلاء وجود داشته که همه‌ی آنها امضاء شده است؛ مانند پذیرفته شدن اقرار اشخاص علیه خودشان، تسلط حقوقی افراد بر آنچه مالک هستند، لزوم پایبندی افراد به قراردادها، و وجود حق برهم زدن قراردادها در شرایطی خاص مانند غبن، تخلف و غیره... پذیرفته شدن این امور در شرع نشان می‌دهد که به طور کلی آنچه را که عقلاء نه بر پایه‌ی رسوم خاص، جغرافیا، فرهنگ ویژه یا عواطف، بلکه عقلاء بماهم عقلاء بر آن توافق کرده‌اند، شارع امضاء کرده است.

اشکالی که براین مطلب وارد می‌شود این است که:

حتی اگر چنین امری با استقراء کامل هم به دست آمده باشد، باید توجه داشت که امضای بنای عقلاء در هر زمان همراه با محدودیت‌هایی بوده است؛ لذا این احتمال وجود دارد که اگر سیره‌های عملی امروز در آن زمان وجود داشت با محدودیت و تغییر و تصحیح امضاء می‌شد، در نتیجه نمی‌توان به طور مطلق سیره‌ها و اعتبارات عقلانی جدید را با استدلال فوق پذیرفت و معتبر دانست.

ب) تبیین نظریه‌ی دوم: «بنای عقلاء بر اساس عقل»

در مسئله‌ی حجیت بنای عقلاء نظریه‌ی دیگری هم وجود دارد و آن این است که مستند روش عملی عقلاء، حکم بدیهی عقل باشد؛ عقلی که در کنار کتاب و سنت یکی از منابع استنباط احکام شمرده می‌شود. بنابراین با توجه به اینکه حکم قطعی عقل تنها در موضوعاتی است که از مسائل ضروری و بدیهی (مثل حسن و قبح) است، با استفاده از ملازمه‌ی حکم قطعی عقل با شرع می‌توان این مسئله را اثبات نمود که حق مالکیت فکری یک حق شرعی است که مستند آن حکم قطعی عقل است و عقلاء بماهیم عقلاء اگر به حکم عقل، سیره و روشی داشته باشند - از جهت اینکه مستند آن حکم عقل است - قابل استدلال خواهد بود.

مرحوم میرزا حسن آشتیانی در حاشیه‌ی رسائل، در ضمن عبارت مفصلی، همین مبنا را در مطلق بنای عقلاء تبیین کرده است (آشتیانی، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، ج ۶، ص ۴۶۴). ایشان برخلاف مرحوم شیخ انصاری و سایر علمای اصولی می‌فرماید:

«اعتبار بنای عقلاء به حکم عقل پیوند دارد و البته حکم عقل نیز باید به مهر و امضای شارع رسیده باشد؛ اما از باب تلازم بین حکم عقل و شرع، نه از جهت نیاز به تقریر معصوم علیه السلام و سنت»^۱ (شیخ انصاری، مکاسب، ص ۸۳؛ آشتیانی، بحر الفوائد، ۱۳۱۵ق، ج ۱، ص ۵۳-۵۲).

در مورد حق مالکیت فکری بر اساس این مبنا، می‌توان چنین استدلال کرد که در روابط اجتماعی امروزی، عقلاء برای کارهای فکری مثل تألیف کتاب و امثال آن، حق

۱... الوجه في اعتبار بناء العقلاء في المقام على فرض تحققه، بل في كل مقام هو كشفه عن حكم العقل....

و امتیاز قائل‌اند. اعتبار عقلانی مذکور بر این اساس است که نادیده گرفتن آن موجب اختلالات مختلف فرهنگی - اقتصادی در جامعه می‌شود و حکم بدیهی عقل در این زمینه بر قبح و محکومیت چنین عملی است؛ زیرا اختلال نظام را به دنبال دارد. همچنین این حکم، از نگاه شرع با قاعده‌ی «ما حکم به العقل حکم به الشرع» مورد تأیید است (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ش، ص ۱۶۲).

نکته‌ی دیگر قابل تذکر این است که: تنها آن دسته از بناهای عقلانی که به طور روشن به حکم قطعی عقلی برمی‌گردند - در همان حدی که حکم بدیهی عقلی بر منع و ردع آن است - می‌تواند از اعتبار شرعی برخوردار شود و نیاز به شمول اطلاق لفظی یا امضاء شارع ندارد ولی خارج از این حد و مرحله، هر چند اعتبار عقلایی داشته باشد، حجیتی ندارد (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ش، ص ۱۶۳). در بین عقلاء یک قاعده‌ی کلی وجود دارد که عقلاء بماه عقلاء بدون در نظر گرفتن مکاتب، مذاهب و ادیان برای خود، باید و نبایدهایی وضع کرده‌اند که این بایدها و نبایدها جزء مؤدای عقل عملی است و بنابر قاعده‌ی "کل ما حکم به العقل حکم به الشرع" هرگاه حکم عقل به تحقیق عقلاء بماه عقلاء ثابت شد، شارع مقدس نیز همان را تأیید کرده و از آن تخطی نمی‌کند. امروزه در تمام جوامع عقلانی و نظام‌های حقوقی دنیا، مسئله‌ی مالکیت‌های فکری جزء حقوقی است که عقلاء برای آن ارزش قائل‌اند و مختص به ذی حق است، به گونه‌ای که غیر از او کسی حق استفاده‌ی از آن را ندارد، مگر اینکه از ذی حق اجازه بگیرد.

در اینجا سؤالی مطرح می‌شود: آیا شارع مقدس هم این حق را پذیرفته است؟

در پاسخ می‌توان گفت: اگر مقصود از پذیرفتن شارع، شخص پیغمبر ﷺ یا ائمه اطهار علیهم‌السلام است که این مسئله را امضاء کرده باشند، این امر در زمان آنان مرسوم نبوده تا گفته شود: آیا این حقوق را امضاء کرده‌اند یا نه؟ بلکه این، یک مسئله‌ی حقوقی بوده و موضوع آن نیز جدید است و به طور مشخص، عقلاء بماه عقلاء در تمام جوامع اسلامی، مسیحی، یهودی، زردشتی، جوامع الهی و غیر الهی متفقاً برای حق طبع، حق انتشار، حق اختراع و سایر حقوق مشابه، ارزش قائل هستند و این مسئله را مختص به ذی حق می‌دانند.

در موضوعاتی که صرفاً عقلانی است، شارع مقدس همیشه در مسیر عقلاست و چیزی جز آنچه آنها گفته‌اند نمی‌گوید، علت آن هم فطرت عقلاست؛ زیرا فطرت، امری الهی است که در نهاد آدمی به ودیعت گزارده شده است. پس هرچه عقل سلیم حکم کند، شرع نیز همان‌گونه حکم خواهد نمود. در تبیین این مطلب باید گفت: احکام، تابع مصالح و مفاسدند؛ اگر در متعلق یک شیء مصلحت ملزمه باشد، شارع در آنجا جعل و جوب می‌کند و اگر در متعلق آن مفسده‌ی ملزمه باشد شارع، جعل حرمت می‌نماید، در جایی که شارع حکم به وجوب کرده باشد ما کشف می‌کنیم در متعلق آن شیء، مصلحت ملزمه وجود داشته است و همچنین اگر شارع حکم به حرمت کرده بود، کشف می‌کنیم که متعلق آن دارای مفسده‌ی ملزمه بوده است؛ این‌گونه کشفی "کشف اِتی" نامیده می‌شود (یعنی پی بردن از معلول به علت).

عکس این مطلب در جایی است که ما به وسیله‌ی عقل یا طریق دیگری فهمیدیم که چون در متعلق شیء مصلحت یا مفسده‌ی ملزمه بوده، پس آن چیز واجب یا حرام است؛ به این کشف "کشف لَمّی" گفته می‌شود (پی بردن از علت به معلول). نکته‌ی مهمی که باید مورد توجه واقع شود، این است که عقل نظری مستقلاً و بدون وساطت ملازمه‌ی شرعی، قدرت ادراک احکام شرعی و قدرت درک ملاکات آنها را - که همان مصالح و مفاسد باشد - ندارد.

اصولیون مدعی هستند که عقل نظری از طریق ملازمه می‌تواند حکم شرعی را استخراج نماید و این حکم عقلی حجت است، مثلاً در باب مستقلات عقلیه ابتدا عقل عملی، حُسن عدالت و قُبْح ظلم را درک می‌کند، سپس عقل نظری می‌گوید: «کَلِّمًا یَحْسَن فَعَلُهُ عَقْلًا، یَلْزَمُهُ عَقْلًا وَجُوبُهُ شَرْعًا وَ کَلِّمًا یَقْبِحُ فَعَلُهُ عَقْلًا، یَلْزَمُهُ عَقْلًا تَحْرِیمُهُ شَرْعًا» و آن‌گاه از این دو مقدمه چنین نتیجه می‌گیرد: «فَالْعَدْلُ وَاجِبٌ شَرْعًا» یا «فَالظُّلْمُ حَرَامٌ شَرْعًا» (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ ش، ص ۱۷۹).

حق مالکیت فکری هم در این محدوده قابل بررسی است؛ یعنی می‌توان حجیت و اعتبار این حقوق را با استفاده از درک حُسن آن با عقل عملی و ملازمه‌ی عقل نظری اثبات

کرد و ملازمه‌اش نیز قابل انکار نیست؛ زیرا وقتی عقل درک کرد چیزی دارای مصلحت ملازمه است، جزء آراء محموده به شمار رفته و دارای تطابق آرای عقلاء باشد، چگونه ممکن است شارع با آن مخالفت کند؟ در حالی که شارع، رئیس العقلاء بلکه خالق آنهاست و مطابق فطرت، جعل قانون می‌کند؛ پس نتیجه می‌گیریم که اراده‌ی تشریحیه‌ی ذات باری تعالی، نمی‌تواند برخلاف اراده‌ی تکوینیه او در انسان‌ها - که همان فطرت است - باشد. البته باید توجه داشته باشیم که اگر حکم عقل پس از جعل و تشریح پدید آمد، آن حکم شرعی ارشاد به آن حکم عقل خواهد بود، بنابراین در حکم ارشادی، حکم عقل باید در رتبه‌ی سابق بر حکم شرعی قرار بگیرد تا بتوان بین آنها ملازمه برقرار کرد. خلاصه اینکه:

وجه حجیت عقل این است که بعد از آنکه قطع به ملزوم پیدا شد و پس از اینکه به ملازمه‌ی بین حکم شرعی با حکم شرعی دیگریا حکم عقلی با حکم شرعی قطع پیدا شد، بدون تردید به لازم که همان حکم شرعی باشد نیز قطع پیدا می‌شود و وقتی قطع آمد، حجیت آن، ذاتی است و هر قطعی از هر راهی و برای هر کسی و در هر مکان حاصل شود، حجیت داشته و لازم الاتباع است.

۳-۲. عرف

یکی دیگر از مستندات اقامه شده بر مشروعیت حق مالکیت فکری، استناد به عرف است که در این زمینه بدین شکل اظهار نظر شده است که: «ما همواره موضوعات را از عرف و احکام را از شرع دریافت می‌کنیم، مثلاً وقتی می‌گوییم: قمار حرام است، این حکم تحریمی از قرآن و احادیث اسلامی گرفته شده است. اما موضوع قمار چیست؟ این، به تشخیص عرف بستگی دارد» (ناصرمکارم شیرازی، فصلنامه رهنمون، ص ۲۱۰).

در مورد مالکیت‌های فکری نیز مسئله همین‌گونه است. اسلام می‌گوید: ظلم و ستم و تجاوز به حق دیگران حرام است، این حکم از اسلام گرفته شده است؛ اما موضوعش یعنی ظلم و ستم و تجاوز به حق دیگران، موضوعی است که باید از عرف گرفته شود. و امروزه تقریباً

همه‌ی عقلاء این مسئله را به عنوان یک حق شناخته و سلب آن را از صاحبش ظلم می‌دانند. نقش عرف، تنقیح موضوع احکام شرعی به نحو اثباتی است یعنی شارع مقدس تشخیص موضوع را به عرف موکول کرده است، یعنی عرف باید بگوید: نویسنده‌ی یک اثر علمی چه حقی دارد، نه اینکه تشخیص موضوعاتی از این قبیل و میزان و حدود آنها به دست شارع باشد و عرف تنها طریق اثباتی درک آنها باشد. پس اساساً در این موارد، احتمال خطای عرف و رویه‌ی عقلاء و تخلف آنها از مراد شارع، تصور نمی‌شود و موضوعیت ندارد، چون خود شارع آن را به عرف واگذار نموده است (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲، ص ۱۶۵). در تبیین این مطلب مرحوم شهید صدر موردی را تصویر کرده است که عرف در تنقیح موضوع به نحو اثباتی سهیم است نه ثبوتی؛ ایشان این‌گونه مثال می‌زند که در دلیل شرعی «المؤمنون عند شروطهم»، مؤمنین موظف به رعایت شروط شده‌اند، اعم از اینکه به این شروط در ضمن عقد تصریح کنند و یا به نحوی دیگر لزوم آن شرط مورد التفات طرفین باشد مثل اینکه در ارتکازاتشان آن شرط را لحاظ نمایند (احمد واعظی، نقش عرف در استنباط فقهی به نقل از مجموعه‌ی آثار کنگره‌ی بررسی مبانی فقهی امام خمینی ره، ص ۴۴).

در توضیح مطالب گذشته باید به این نکته نیز توجه نمود که "عرف" با "بنای عقلاء" تفاوت‌هایی دارد، به عنوان نمونه: عرف در یک تقسیم‌بندی به عام و خاص تقسیم می‌شود؛ عرف خاص عبارت است از عرف متداول در محل معین و یا بین طبقه یا صنف معین، نظیر عرف تجار و غیره؛ و عرف عام عبارت است از عرف متداول بین گروهی از مردم که جهت جامع صنفی و دسته‌ای نداشته باشند، نظیر عرف یک محل معین که دارای صنف خاصی نباشند.

عرف خاص را نمی‌توان عرف عقلاء نامید، اما به معنای وسیع می‌توان عرف عام را عرف عقلاء نام نهاد؛ البته نمی‌توان آن را با بنای عقلاء یکی دانست؛ زیرا بناءات عقلائیة اموری هستند که هر عاقلی به آن معترف است و اختصاص به مذهب و مملکت و محل خاصی ندارد؛ پس بناءات عقلائیة را می‌توان نوعی عرف عقلاء قلمداد کرد، ولی با عرف متعارف یکی نیست (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲، ص ۱۶۸).

مسائلی از قبیل عمل به ظواهر کلام، عمل به خبرثقه، تقدیم خاص بر عام، رجوع جاهل به عالم و... از مصادیق سیره و بنای عقلاست، اما احکام جزئی همانند انصراف لفظ به معنای غیر لغوی و امثال اینها از مصادیق عرف به شمار می‌آید (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲، ش، ص ۱۶۸)

لکن؛ مسئله‌ای که ذکر آن در اینجا ضروری است، بحث از حجیت عرف و به‌ویژه حجیت عرف جدید است.

در نظر فقهای عامه، عرف به معنای دلیل مستقل در کنار سایر أدله مانند کتاب و سنت، کاشف از حکم شرعی است، ولی این دیدگاه مورد قبول فقهای امامیه نیست؛ عمده‌ی فقهای امامیه، حجیت عرف را مشروط به امضاء یا عدم رد از ناحیه‌ی معصوم علیه السلام می‌دانند و عرف را به خودی خود حجت نمی‌دانند؛ زیرا بنای عقلاء و عرف از جمله حجت‌های قطعی در مقام کشف واقع نیست و ممکن است شارع راهی را که اینها می‌پیمایند خطا بداند، پس این معیار حجیت، تنها در مورد عرف‌هایی معتبر و جاری است که در زمان شارع باشد.

برخی از علماء با تمسک به آیه‌ی شریفه ۱۹۹ سوره اعراف «خُذِ الْعُقُورَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ»، عرف را حجت دانسته‌اند؛ اغلب مفسرین اهل سنت و برخی از مفسرین شیعه - از جمله شیخ طبرسی و علامه طباطبایی - بر همین باورند، ولی با توجه به اینکه جمله‌ی «وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ» بین دو نکته‌ی اخلاقی واقع شده، حاوی پند اخلاقی است؛ پس نمی‌توان از کلمه‌ی "عرف" اطلاق گرفت تا شامل تمامی موارد استعمال عرف شود. برخی دیگر از علماء با تمسک به دلیل انسداد، عرف را حجت دانسته‌اند (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲، ش، ص ۱۷۱) با این بیان که به واسطه‌ی دلیل انسداد، مطلق ظن حجیت دارد به این معنی که ظن به حکم شرعی از هر منبعی باشد حجت است؛ آنها با چند مقدمه به این نتیجه رسیده‌اند که مطلق امور ظن‌آور مادامی که از آنها نهی نشده باشد حجت است؛ بر اساس این نظریه، هر چه موجب ظن به حکم شرعی شود معتبر خواهد بود حتی اگر سیره‌ی عرفی باشد که کاملاً مستحدث است، اما باید گفت: این نظریه، دارای اشکالات فراوانی است که در جای خود قابل بحث خواهد بود.

حاصل کلام اینکده:

عرف عملی عام، بناءات و سیره‌های عقلانی باید مستند به رضایت شارع باشد؛ و ما مستندی در این زمینه نداریم. پس عرف، یکی از منابع حکم شرعی نخواهد بود. البته این سخن به معنای ناسازگاری تمام شرع با سیره‌های مستحدث و طرد و عدم مشروعیت همه‌ی آنها نیست، بلکه در فقه شیعه راه‌هایی وجود دارد که به کمک آنها می‌توان بخش وسیعی از سیره‌های مستحدث را مورد اعتناء قرار داد.

۳-۳. حق الناس محض

حق الناس محض به حقوقی گفته می‌شود که شارع مقدس آنها را به طور خصوصی برای افراد جامعه وضع کرده است و منشأ چنین وضعی این است که هر فردی که در جامعه زندگی می‌کند همان طوری که به حقوق اجتماعی نیاز دارد به حقوق خصوصی هم نیازمند است که از آن بهره‌بردار (عربیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ۱۳۸۲ ش، ص ۱۸۱). حق التألیف هم یکی از این حقوق خصوصی است که به عنوان حق الناس محض، در نظر گرفته می‌شود. برای اثبات این ادعا می‌توان گفت: در گذشته کسی که کتابی را تألیف می‌کرد، برای خود منافع شخصی در نظر نمی‌گرفت، اما پس از آنکه کتاب وسیله‌ای برای تجارت شد، مؤلف این حق را پیدا کرد که از تألیف خود استفاده نماید؛ زیرا منطقی نیست که او کتابی بنویسد و دیگری از نوشته و اثر او صاحب درآمد - به خصوص درآمدهای کلان - شود، اگر این حق از آن مؤلف نباشد یا از او سلب گردد، حقوق زیادی از مؤلفان سلب شده، ضررهای جبران‌ناپذیری بر آنها وارد می‌آید و هرج و مرج گسترده‌ای در صنعت نشر و انتشار رخ می‌دهد که برای عقل و عقلاء و نیز شرع مقدس قابل پذیرش نیست. حقوق خصوصی در هر زمانی قابل تغییر و تبدل‌اند؛ چه اینکه جامعه در حال تکامل است و همیشه پیدایش حقوق از طرف عرف و عقلاء بوده است.

۳-۴. تمسک به قاعده‌ی لا ضرر و لا ضرار

یکی از مواردی که برای اثبات حق مالکیت فکری به آن استناد می‌شود، تمسک به

قاعده‌ی لا ضرر و لا ضرار است، طبق این قاعده، استفاده از اثر و نتیجه‌ی خلاقیت و ابتکار فرد دیگری که سال‌ها عمر خود را صرف به وجود آوردن آن اثر نموده، در حقیقت اضرار به غیر بوده و نهی شده است (سید کاظم حائری، فقه العقود، ۱۳۱۵ق، ص ۱۶۴).

به این نظریه اشکالی وارد شده است که:

ضرر در باب اموال و حقوق، چیزی جز سلب حق و مال نیست؛ و صدق این مقوله متوقف بر تمام بودن ملکیت و مال بودن حق تألیف است که خود، اول کلام است - و بحث درباره‌ی آن گذشت - گفته شد: اثبات حق و ملکیت به اثبات نظریه‌ی بنای عقلاء و عرف برمی‌گردد که باید در محل خود ثابت شود از این رو نیازی نیست که به "قاعده‌ی لا ضرر" استناد شود. مطلب دیگر اینکه قاعده‌ی «لا ضرر و لا ضرار» نفی حکم ضرری است و خودش مشرع نیست، یعنی اگر حکمی سبب ضرر شود این قاعده آن را برمی‌دارد ولی در حق التألیف و امثال آن، اثبات حق مورد مناقشه است (موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۲۶۵).

۳-۵. تمسک به قاعده‌ی تسلیط (سلطنت)

هر کسی چیزی تألیف کند، نتیجه‌ی کار فکری و اندیشه‌اش بوده و به طور طبیعی، مالک و صاحب اختیار آن است؛ به همین جهت حق دارد دیگران را از هرگونه دخل و تصرفی در آن باز دارد، زیرا مردم شرعاً و عرفاً بر اموال خویش مسلط هستند. البته مالکیت او مطلق نیست و دلیلی بر عدم انتفاع و تصرفات معنوی مانند مطالعه و استناد به آن وجود ندارد؛ آنچه جائز نیست نسخه برداری و تکثیر بدون اجازه‌ی مؤلف است که در این صورت او می‌تواند مطالبه‌ی حق نماید (روحانی، المسائل المستحدثة، ص ۲۲۳).

۴. دلایل نفی مالکیت معنوی (فکری)

برای نفی مالکیت معنوی دو دلیل عمده وجود دارد:

دلیل اول: در عصر شارع و در هنگام خرید و فروش چنین حقوقی، سیره‌ی عقلاء در کار نبوده است تا اینکه شارع بتواند از آن جلوگیری نماید و راهی به کشف امضای آن نیز وجود ندارد.

ردّ دلیل: این دلیل فقط عدم شایستگی اثبات مشروعیت مالکیت معنوی را به وسیله‌ی سیره‌ی عقلاء می‌رساند، ولی دلیلی بر مشروع نبودن مالکیت معنوی نیست.

دلیل دوم: عناوینی همچون عقود، تجارت و بیع - از انواع جدید آن - که در عصر شارع نبوده است، به همان زمان، انصراف دارد.

ردّ دلیل: علاوه بر تکرار پاسخ قبلی می‌توان در جواب گفت: خطابات شرعی همچون قضایای حقیقیه‌ای هستند که هرگاه موضوعات آن ایجاد شود، حکم نیز خواهد آمد؛ این عناوین نیز عرفی محض اند و تنها عرف می‌تواند مصادیق آن را تشخیص داده و معین کند، و عرف نیز خرید و فروش چنین حقوقی را که نزد عقلاء مالیت دارند، مصداق بیع و تجارت می‌داند.

مرحوم امام خمینی حق التالیف را در کتاب تحریر الوسیله مشروع ندانسته و می‌فرماید: «آنچه برخی به آن حق طبع می‌گویند، حق شرعی نیست؛ پس بازداشتن مردم از تسلط بر اموالشان بدون عقد و شرط خاصی جواز ندارد. بنابراین، صرف نشر کتاب و ثبت این مطلب - که حق چاپ و تقلید برای صاحب اثر محفوظ است - هیچ‌گونه حقی برای او ایجاد نمی‌کند و پیمانی با دیگران شمرده نمی‌شود؛ در نتیجه، دیگران می‌توانند آن را چاپ کنند و از آن تقلید نمایند و هیچ‌کس نمی‌تواند او را از این کار باز دارد» (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۹۶).

در نقد این نظر می‌توان گفت:

نادیده گرفتن زحمات طاق‌فرسای مؤلفان و نیز هزینه‌های مادی تألیف، بسیار دور از انصاف و عدالت است؛ همچنین بر اساس آن دسته از قواعد فقهی که عمل انسان را "مال" می‌شمارد، نادیده انگاشتن "حق مالکیت فکری" تجاوز به "مال" محسوب می‌شود. به علاوه؛ عموماتی هم که بر احترام گذاشتن به مال مسلمانان دلالت دارند، شامل همین مقوله‌اند. بنابراین احترام نگذاشتن به "حق مالکیت فکری" مصداق آشکار ضرر رساندن به دیگران است؛ زیرا مؤلفان و مخترعان نیز باید نیازهایشان برآورده شود تا امکان ادامه‌ی تحقیق و ابتکار داشته باشند.

خود مرحوم امام خمینی در جای دیگری پیرامون "مال بودنِ کار" می‌فرماید:

«ناگزیر کار شخص آزاد - فرقی نمی‌کند کاسب باشد یا غیر آن، همچون کسی که لباس می‌دوزد یا نهر حفر می‌کند - مالی است که در برابر آن ثمن می‌پردازند، و مال هم چیزی نیست جز آنکه مورد میل و رغبت و خواست عقلاء قرار می‌گیرد و در برابرش ثمن می‌پردازند (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۷).

طبق فرمایش ایشان مال، چیزی است که عقلاء آن را برای داشتن پسند می‌کنند و در برابر آن ثمن می‌پردازند، پس حق التألیف نیز مال است؛ زیرا بر اساس ملاک ایشان، عقلاء به آن رغبت دارند و در برابر آن پول می‌پردازند. علاوه بر این سخن، مطابق با استفتائی که در این زمینه از ایشان شده است، ایشان حقوق معنوی مؤلف را پذیرفته‌اند؛ و از این استفتاء می‌توان پذیرش حقوق مادی یا حداقل، عدم انکار این حقوق را استفاده کرد، زیرا از پذیرش حقوق معنوی مؤلف، می‌توان پذیرش حقوق مادی مؤلف را نیز استفاده کرد.

در توضیح مطلب می‌توان گفت: برخی از فقها عمل و صنعت را نیز مال شمرده‌اند، نظیر سید مرتضی که نکته‌ای را در بحث مهریه‌ی زوجه می‌آورد و آن را از منفردات شیعه می‌داند:

«... قول الإمامیة أن یجوز أن یکون المهر تعلیم شیء من القرآن والشافعی یوافق ذلك و باقی الفقهاء یخالفون فیه» (علم الهدی، شریف مرتضی، الانتصار، ص ۲۹۱) این مطلب در صورتی صحیح است که در مهریه‌ی زن قائل شویم که اصل، مال بودنِ مهر است و مهر قرار دادن آموزش قرآن را تنها از باب تبرک ندانیم، بلکه آن را مصداقی از صدق واقع شدن عمل انسان بدانیم؛ همان طور که شیخ طوسی نیز در کتاب خلاف می‌فرماید: «یجوز أن یکون منافع الحرمهراً، مثل تعلیم آیه أو شعر مباح أو بناء أو خیاطة ثوب و غیر ذلك و مما له أجره؛ دلیلنا إجماع الفرقة و أخبارهم» (شیخ طوسی، الخلاف، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۶۶). شیخ طوسی با تصریح جواز واقع شدن عمل و کار انسان به عنوان مهریه، دلیل آن را اجماع علمای شیعه و روایات برمی‌شمرد؛ ایشان در جای دیگر در باب غصبِ منافع می‌نویسد: «المنافع تضمن بالغصب كالأعیان» (شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۲) برخی از فقهای اخیر نیز صراحتاً حق التألیف را جزئی از منفعت دانسته‌اند (الفقه، ص ۲۵۱).

البته نباید غافل شد که هرچند مال دانستن حق مالکیت فکری، ملازمه‌ی عرفی با مشروعیت آن دارد، اما بین آن دو ملازمه‌ی عقلی وجود ندارد؛ زیرا گاهی در برخی از معاملات عرفی، عرف چیزی را مال می‌داند در حالی که شارع مالیت آن را نمی‌پذیرد مثل خمر که عرف آن را مال می‌داند ولی شارع مالیت آن را نمی‌پذیرد. پس نمی‌توان گفت: صرف اینکه عرف حق مالکیت فکری را مال می‌داند شارع هم مالیت آن را پذیرفته است.

نتیجه‌گیری

برای مشروع بودن مالکیت‌های فکری و حقوق مربوط به آنها دلایلی بیان شد که اهم آنها عبارتند از:

۱. بنای عقلاء. ۲. عرف. ۳. حکم عقل. ۴. حق الناس محض. ۵. تمسک به قاعده‌ی لا ضرر. ۶. تمسک به قاعده‌ی سلطنت.

بهترین دلیل برای اثبات مشروعیت حقوق مالکیت‌های فکری و حق التألیف، بنای عقلاست ولی دیگر ادله هر یک دارای اشکالاتی هستند و یا اینکه جامعیت لازم را ندارند، البته برخی براساس مبانی دیگری که در بنای عقلاء اتخاذ می‌کنند، نمی‌توانند از آن برای این منظور استفاده نمایند.

به نظر می‌رسد لزوم شناخته شدن حقوقی برای مؤلف و پدیدآورنده‌ای که عمری را در تولید آثار ادبی و هنری و تولیدات صنعتی و پیشرفت‌های تکنولوژی صرف کرده، این است که استفاده از این اثر و تولید آن باید در اختیار وی باشد؛ در غیر این صورت حقوق معنوی او نیز مختل خواهد شد، ولی این انحصار استفاده که در اختیار پدیدآورنده است، دارای مدت و محدودیت بوده و مطلق و بی‌قید نیست.

مؤلف و پدیدآورنده به دلیل صرف کردن عمر و فکر و اندیشه در تولید یک اثر، مستحق استفاده از اثر و مستحق تعلق اثر به اوست؛ اما پس از بهره‌برداری و کسب منافع اثر، اثر مزبور متعلق به جامعه و منافع عمومی خواهد بود که در این زمینه با وضع قوانین جامع و مانع، می‌توان زمینه‌های سوء استفاده از حقوق را از بین برد.

فهرست منابع

الف) کتب

- قرآن کریم

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، دارالصادر [بی‌جا]، ۱۴۱۴ق.
۲. اراکی، محمد علی، کتاب البیع، ناشر اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۵ق.
۳. امام خمینی، سید روح الله، الرسائل، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
۴. _____، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، تهران، ۱۳۷۹ش.
۵. _____، تحریر الوسیله، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ اول، ۱۳۷۹ش.
۶. امامی، حسن، حقوق مدنی، اسلامی، تهران، ۱۳۷۸ش.
۷. آشتیانی، میرزا محمد حسن، بحر الفوائد فی شرح الفراید، دارالطباعة سید مرتضی، تهران، ۱۳۱۵ش.
۸. آیتی، حمید، حقوق آفرینش‌های فکری، نشر حقوق دانان، چاپ اول، ۱۳۷۵ش.
۹. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغه الفقهی، مکتبه الصادقه، تهران، ۱۴۰۳ق.
۱۰. بستانی، فؤاد افرام، فرهنگ ابجدی، ناشر اسلامی، تهران، ۱۳۷۵ش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۷۷ش.
۱۲. _____، حقوق اموال، گنج دانش، ۱۳۷۶ش.
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، مؤسسه آل‌البتیة للاحیاء التراث، ۱۹۸۸م.
۱۴. حسینی حائری، سید محمد کاظم، فقه العقود، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۲۱ق.
۱۵. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین، حاشیه المکاسب، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ق.
۱۶. خوانساری، سید احمد بن یوسف. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۴۰۵ق.
۱۷. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، قم، نشر الفقاهة، ۱۳۷۷ش.
۱۸. روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثة، مؤسسه دارالکتاب، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۴ق.

۱۹. سامی مدکور، محمد، نظریه الحق، دار الفکر العربی، مصر [بی تا].
۲۰. سعدی، ابوجیب، قاموس الفقهی لغته و اصطلاحاً، دار الفکر، دمشق، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
۲۱. شاهرودی، سید هاشم، فرهنگ فقه مطابق فقه اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه دارالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، ۱۴۲۶ق.
۲۲. شهید صدر، سید محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، الدار الاسلامیه. بیروت، ۱۴۱۷ق.
۲۳. _____، دروس فی علم الاصول، الحلقة الثانیه، دار العلم، ۱۳۹۷ش.
۲۴. شیخ انصاری، مکاسب، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری الثمینیة الثانية... الأمانة العامة، قم، ۱۴۱۵ق.
۲۵. صدارت، علی، نراقی، مهدی، تحول حقوق مالکیت و مالکیت معنوی، انتشارات مرکز تحقیقات، ۱۳۵۵ش.
۲۶. صفایی، سید حسین، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، میزان، تهران، ۱۳۷۵ش.
۲۷. _____، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی (اموال و اشخاص)، مؤسسه عالی حساب داری، تهران، ۱۳۴۸ش.
۲۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۰ش.
۲۹. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، الخلاف، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.
۳۰. عبادی، شیرین، حقوق ادبی و هنری، انتشارات روشنگران، تهران، ۱۳۶۹ش.
۳۱. عربیان، جواد، حقوق مالکیت‌های فکری، انتشارات پژوهشکده‌ی امام خمینی علیه السلام، چاپ اول، ۱۳۸۲ش.
۳۲. علم الهدی، شریف مرتضی، الإنتصار فی انفرادات الامامیه، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۵ق.
۳۳. غروی نایینی، میرزا محمد حسین، مکاسب و البیع، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ق.
۳۴. فاضل لنکرانی، محمد جواد، حق التألیف، نشر حوزه‌ی فقه الأئمة الأطهار، سوریه، چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴ش.
۳۶. _____، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۸ش.

۳۷. _____، حقوق مدنی، معاملات معوض، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۶ش.
۳۸. _____، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷ش.
۳۹. کمپانی اصفهانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، (ط - الحدیثه)، ناشر محقق [بی جا]، ۱۳۷۶ش.
۴۰. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۹ش.
۴۱. مامقانی، ملا عبد الله بن حسن، نهاية المقال فی تکمله غایة الامال، مجمع الذخائر الاسلامیه، قم، ۱۳۵۱ق.
۴۲. مدنی، سید جلال الدین، مبانی و کلیات علم حقوق، نشر همراه، ۱۳۷۶ش.
۴۳. مطهری، مرتضی، نظری به اقتصاد اسلامی، صدرا، تهران، ۱۳۶۸ش.
۴۴. مظفر، محمد رضا، الاصول الفقه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۳ق.
۴۵. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، قواعد فقهیه، مؤسسه عروج، تهران، چاپ سوم، ۱۴۰۱ق.
۴۶. نظرزاده، مرضیه، حقوق معنوی آثار فرهنگی، انتشارات بوستان کتاب، قم، چاپ اول، ۱۳۹۰ش.
۴۷. واعظی، احمد، نقش عرف در استنباط فقهی، به نقل از مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی علیه السلام، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴ش.

ب) مقالات

۴۸. سیفی مازندرانی، علی اکبر، حلقات الفقه الفعال، شماره سوم.
۴۹. شفایی، عبد الله، حق التألیف از دیدگاه فقه تطبیقی، مجله ی فقه، سال ۱۰، شماره ی ۳۸ - ۳۷.
۵۰. مکارم شیرازی، ناصر، فصلنامه رهنمون ش ۲ و ۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۱ش.



فاصله بین دو عمره از منظر فقهای امامیه

امّ کلثوم ایمانی^۱

چکیده

فاصله بین دو عمره، مسئله‌ای است که مورد اختلاف آراء فقهای متقدم و متأخر واقع شده است. از میان اقوال متعدد - که عمدتاً آنها قول به یک سال، یک ماه، عشره‌ایام و قول به عدم لزوم فاصله می‌باشد - با نقض ابرام، دلایل اقوال و وجود قرائن مستحکم در روایات «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» و نیز به قرینه‌ی مقابله‌ی مکتب اهل بیت علیهم‌السلام با رأی رایج بین تابعین و تقیه‌ای بودن روایات یک سال، قول به فاصله‌ی یک ماه در مشروعیت انجام دو عمره‌ی استحبابی اختیار گردید.

واژگان کلیدی: عمره‌ی مفرده، قول سنه، لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ، قول عَشْرَةَ أَيَّامٍ، عدم لزوم فاصله

۱. دانش پژوه سطح ۴ جامعه الزهراء علیها‌السلام، رشته فقه و اصول.

مقدمه

آموزه‌های اسلام را سه ضلع احکام، اعتقادات و اخلاق تشکیل داده‌اند که مجموعه‌ی آنها - در صورت التزام صحیح عملی و اعتقادی - موجب سعادت بشر خواهد شد. در این میان، نقش احکام و فرامین الهی و نحوه‌ی انجام آن بسیار مهم می‌نماید. از این رو رسول گرامی اسلام ﷺ و به تبع ایشان، ائمه طاهرین علیهم‌السلام در تبیین زوایای مختلف اعمال عبادی و غیر عبادی، به فراخور زمان و سؤالات مطرح شده، اهتمام داشته‌اند.

از این رو حج و عمره که از شعائر و نمادهای اعظم اسلام به شمار می‌رود، به جهت حکمی و اخلاقی در منابع دینی بسیار مورد توجه بوده و از جمله عباداتی است که به سبب تأثیر شگرف آن بر عبودیت انسان و پاک‌سازی روح، بر تکرار آن تأکیدات فراوانی شده است.

بر این اساس، پژوهش حاضر سعی دارد به مسئله‌ی «فصل بین دو عمره»، اقوال مطرح شده و نقض و ابرام ادله‌ی هر یک از آراء پردازد تا به قول مطلوب و مختار دست یابد.

در روایات واصله، نسبت به فاصله‌ی دو عمره به یک سال، یک ماه، ده روز و در مواردی به عدم لزوم فاصله اشاره شده است و این اختلاف در دلالت روایات، موجب اختلاف اقوال فقها در اعصار مختلف شده است. از این رو ضرورت بررسی اقوال و ادله، برای دست یافتن به فاصله‌ی مشروع بین دو عمره، مبرهن است. مضاف بر اینکه؛ چالش‌های موجود در بحث زوایای مفید علمی در فقه و حوزه‌های مؤثر در آن را تبیین می‌کند.

پژوهش حاضر در چند بخش عمده به چهار قول مطرح و ادله‌ی آن و در نهایت، برگزیدن قول یک ماه می‌پردازد. مسئله‌ی فاصله‌ی عمره در کتب فقهی متقدم و متأخر، مورد بحث قرار گرفته است. از این میان، شیخ طوسی در «الاختلاف»، «المبسوط» و «الاقتصاد»، شیخ صدوق در «من لایحضره الفقیه»، ابن ادریس در «السرائر»، ابن حمزه در «المغنیه» و علامه حلی در «تذکره الفقهاء» و دیگر متقدمین...؛ همچنین از فقهای متأخر، شهید اول در «دروس»، شهید ثانی در «مسالک الأفهام» و نیز از علمای معاصر، مرحوم خوبی در «المعتمد»، مرحوم نراقی در «مستند الشیعه»، مرحوم امام خمینی در «تحریر الوسیله»،

آیت الله سبحانی در «الحج فی شریعة الغراء» و سایر فقهای عظام... به مناسبت، در حالت اجمالی و گاهی هم به صورت تفصیلی متعرض این مسئله شده‌اند.

بیان مباحث

۱. مفهوم شناسی

واژه‌ی «عُمَرَه» در نگاه لغت؛ به معنای «طاعت الهی» است که اصل آن از «أعتمار» به معنای زیارت و قصد آمده است (ابن منظور، ۱۸۶۳؛ ۱۰؛ ۲۷۹).

این کلمه در نگاه اصطلاح؛ شامل مناسک ویژه‌ای - همچون احرام از میقات، طواف و نماز طواف، سعی، تقصیر یا حلق، طواف نساء و نماز طواف نساء - است که در دو مورد اخیر بین دو قسم عمره‌ی تمتع و عمره‌ی مفرده تفاوت وجود دارد (نراقی، بی تا؛ ۱۳، ۱۱۹ و نیز: حلی، بی تا؛ ۱، ۳۳۷). عمره‌ی تمتع پیش از حج انجام می‌گیرد که تقصیر در آن متعین است و طواف نساء ندارد. اما عمره‌ی مفرده که به جهت جدا بودن از حج بدان مبتوله نیز اطلاق می‌شود در طول عمر با حصول شرایط، یک بار وجوب دارد البته این در صورتی است که به واسطه‌ی نذر، قسم یا عهد واجب نشده باشد و در غیر موارد وجوب، عمره‌ی مفرده استحباب داشته و منوط به زمان خاصی نیست (حلی، ۱۴۱۳، ۴، ۳۶۵). هرچند در فاصله‌ی بین دو عمره‌ی استحبابی، اقوال مختلفی وارد است و پژوهش حاضر در صدد تبیین و تعیین فاصله‌ی مشروع می‌باشد.

۲. استحباب تکرار عمره‌ی مفرده

از باب تمهید بر مطلب آتی در خصوص فاصله‌ی بین دو عمره - در قالب اختصار - به روایات باب استحباب عمره اشاره خواهد شد:

در یک دسته بندی کلی، روایات استحباب عمره به دو طایفه تقسیم می‌شود:

طایفه‌ی اول: روایاتی که دلالت دارد تکرار عمره، توأم با ثواب و فضیلت است؛ یعنی بالملازمه از ثواب و فضیلت، به استحباب عمره رهنمون می‌شویم. در باب ۴۵ از ابواب عمره و حج چنین آمده است: «عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الْحُجُّ وَالْعُمْرَةُ سُوقَانِ مِنْ أَسْوَاقِ الْآخِرَةِ اللَّارِئِ هُمَا فِي صَمَانِ اللَّهِ» (عاملی، ۱۳۶۲؛ ۸، ۸۷ و نیز: کلینی، ۱۳۶۷؛ ۴، ۲۵۵).

«عَنِ الرَّضَا عليه السلام: الْعُمْرَةُ إِلَى الْعُمْرَةِ كَفَّارَةٌ لِمَا بَيْنَهُمَا» (همان)، کفاره بودن تکرار عمره، فرع بر راجح بودن اتیان عمره است.

طایفه‌ی دوم: روایاتی که از سوی معصومین علیهم السلام از جمله نبی گرامی اسلام صلی الله علیه و آله صادر شده و دلالت بر تکرار عمره دارد. در باب ۲۲ از کتاب «وسائل الشیعه» صحیح‌هی معاویه بن عمار از امام صادق علیه السلام چنین می‌خوانیم: «إِعْتَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صلی الله علیه و آله ثَلَاثَ عُمَرٍ مُفْتَرِقَاتٍ» (عاملی، ۱۳۶۲: ۸، ۲۴۷)، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در زمان‌های مختلف سه عمره به جا آورد و همچنین ائمه علیهم السلام به فراخور شرایط، عمره را مکرر انجام می‌دادند. بنابراین، تکرار عمره و روایات وارد از آن حضرت، استحباب عمره و مطلوبیت آن را اثبات می‌کند.

۳. اقوال امامیه در فصل بین دو عمره

بین علمای امامیه در فاصله‌ی بین دو عمره، چهار قول وجود دارد:

قول اول: فصل به یک سال است: «لِكُلِّ سَنَةٍ عُمْرَةٌ»، که قول جمعی از علمای اهل سنت بوده است و نیز از علمای امامیه به ابن ابی عقیل نسبت داده شده است (ر.ک: حلی، ۱۴۱۳: ۴، ۳۵۹).

قول دوم: فصل به یک ماه - به معنای سی روز فاصله داشتن - است: «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ»، (البته معنای دیگر «شهر»، ورود در ماه قمری جدید است که با فاصله‌ی یک روز نیز امکان دارد و مورد بحث قرار گرفته است). جمعی از متقدمان همچون ابن حمزه (طوسی، ۱۴۰۸: ۱۹۵)، ابی الصلاح (حلی، ۱۴۰۳: ۲۲۱)، علامه در «مختلف» (حلی، ۱۴۱۳: ۴، ۵۰۴)، شهید اول در «دروس» (مکی‌العاملی، ۱۴۱۷: ۳۳۷) و جمع کثیری از متأخرین بر این رأی هستند (خویی، بی‌تا: ۲۷، ۱۳۸، الامام‌الخمینی، ۱۳۹۲: ۵، ۷۴).

قول سوم: فصل به ده روز بین دو عمره است: این قول را شیخ طوسی در «نهایة» (طوسی، ۱۴۰۰: ۱، ۲۸۱)، «مبسوط» (طوسی، ۱۳۸۷: ۱، ۳۰۹) و «خلاف» (طوسی، بی‌تا، ۲، ۲۶۰)، علامه در «ارشاد» (حلی، بی‌تا، ۱، ۳۳۸)، «منتهی‌المطلب» (حلی، ۱۴۱۲: ۱۳، ۲۰۱) و «تذکره الفقهاء» (حلی، ۱۴۱۴: ۸، ۴۳۷) انتخاب نموده‌اند.

قول چهارم: فصل بین عمرتین لازم نیست به گونه ای که حتی در یک روز، چند عمره نیز می توان انجام داد: سید مرتضی در «ناصریات» قائل به این قول است (شریف مرتضی، ۱۴۱۷: ۳۰۷) و ابن ادریس در «سرائر» چنین می آورد: بعضی قائل به این قول هستند که بین دو عمره استجابی، زمان خاصی متعین نیست؛ این قول در نزد من قوی است و به آن فتوا می دهم: «قال بعضهم: لا أوقت وقتا، ولا أجعل بينهما مدة، وتصح في كل يوم عمرة، وهذا القول يقوى في نفسي و به افقي» (حلی، ۱۴۱۰: ۱، ۵۴۰-۵۴۱). همچنین محقق اول، این قول را ائمه می داند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱، ۲۷۶). در کتاب «کشف اللثام» نیز این گونه می خوانیم: این قول أقرب است (فاضل هندی، بی تا: ۶، ۲۹۹).

همچنین؛ مرحوم نجفی در «جواهر الکلام» مشکل دانستن مسئله از معاصرین را امری عجیب می شمارد، ایشان در نهایت قائل به فصل زمان خاصی نیست و به احتیاط در مسئله بسنده می نماید: «ومن الغریب بعد هذا کله ما وقع من بعض متأخري المتأخري من دعوى كون المسألة مشكلة، لعدم وضوح دلیل علی شيء مما فيه من الأقوال، فلا يترك الاحتياط فيها علی حال» (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۰، ۴۶۵-۴۶۶).

۴. بررسی اقوال و أدله

۴-۱. بررسی أدله ی قول اول (فصل یک سال)

قول اول که قائل به فصل یک سال است، به دو روایت صحیح السند تمسک می کند: روایت اول: باب ششم از ابواب عمره: (عاملی، ۱۳۶۲، ۱۰، ۲۴۴)، صحیح‌هی حلی عن ابي عبد الله عليه السلام قال: «وَالْعُمْرَةُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً»، عمره در هر سال یک بار است. روایت دوم: صحیح‌هی زراره در همین باب، عن ابي جعفر عليه السلام: «لَا تَكُونُ عُمْرَتَانِ فِي سَنَةٍ»، در یک سال دو عمره جمع نمی شود.

لکن؛ در مقابل این دو روایت معتبر و صحیح السند، روایات متضافه و معتبره ای ذیل قول دوم وجود دارد که مضمون آن روایات معتبره، «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» است. به همین جهت؛ فقهای عظام در مقام حل تعارض میان این دو دسته از روایات، یکی

از طریق ترجیح یا تساقط یا اعمال قواعد را پیموده‌اند که به آنها اشاره می‌شود:

الف) «طرح روایات دسته‌ی اول»

جمعی از فقها معتقدند، روایاتی که می‌گویند: در هر سال یک عمره است، هرچند صحت سند دارند اما اصحاب از اینها اعراض کرده‌اند و اعراض اصحاب سبب اسقاط از حجیت است (مروی، تقریرات درس حج، ۱۳۹۳).

ب) «تساقط هر دو دسته‌ی روایات»

برخی دیگر از اعلام، در تعالیق مبسوطه فرموده‌اند: تعارض بین این طایفه (لَا تَكُونُ عُمَرَاتٍ فِي سَنَةٍ) و آن طایفه (لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ) ثابت است و بیان می‌دارند که روایات دسته‌ی اول به سبب مخالفت با کتاب و مخالفت با روایات مورد استناد امامیه کنار گذاشته می‌شوند: «إلا أنه لابد من طرحها (روایات سنه) في مقابلها باعتبار أنها داخله في الأخبار المخالفة للكتاب والسنه» (فیاض، بی‌تا؛ ۵۸، ۹). برخلاف وجه سابق که روایات «سنه» را به سبب اعراض حجت نمی‌دانست. طبق این وجه دو دسته از روایات «شهر» و «سنه» در تعارض قرار می‌گیرند؛ یعنی هر دو حجت هستند اما طبق یکی از مرجحات باب تعارض، روایات دسته‌ی اول به سبب مخالفت با کتاب طرد می‌شوند.

نقد:

بین اخبار دسته‌ی اول و آیات قرآن کریم مخالفتی نیست، زیرا مفاد دو آیه‌ی شریفه که می‌فرماید: «وَأْتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ» یا «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ» این است که حج و عمره بر مکلفین واجب است؛ و متعرض استحباب حج و عمره و مشروعیت «فِي كُلِّ سَنَةٍ» یا «لِكُلِّ شَهْرٍ» نشده است.

بنابراین، حج واجب فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً مخالف با کتاب نیست که اگر در روایتی این‌گونه آمد: «عمره، یک بار در سال واجب است» مخالف کتاب باشد. بر این اساس، آیه‌ی شریفه در خصوص چگونگی حج و عمره‌ی مستحبی ساکت است. پس اگر در روایتی فصل بین دو عمره، یک سال باشد مخالفتی با قرآن ندارد. حتی با فرض اینکه آیات قرآن اختلاف داشته باشد و مفاد آیه، بر عمره‌ی واجب و مستحب دلالت کند با این حال، روایات «سنه»

آیه را مقید می‌کند و استحباب عمره، در هر سال یک بار می‌شود و مخالفتی بین مفاد آیه و روایت وجود ندارد. البته عدم تخالف روایات «سنه» با قرآن به معنای عدم تعارض این روایات با روایات «فِي كُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» نیست و برای دست یافتن به فاصله‌ی مشروع بین دو عمره از بین دو دسته روایت «سنه» و «شهر» - همان‌طور که در وجه آتی خواهد آمد - امکان جمع این دو دسته مخدوش است و ناگزیری از این دو دسته باید اختیار گردد.

(ج) «جمع دو دسته از روایات سنه و شهر»

این وجه جمع را مرحوم شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۸۷؛ ۳۰۹، ۱) و جمعی از متأخرین از جمله، محقق خوئی (خویی، بی‌تا؛ ۲۷، ۱۴۰) پذیرفته‌اند؛ با این بیان که روایات «وَالْعُمْرَةُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةٌ» بر عمره‌ی تمتع حمل می‌شود؛ و چون ما در یک سال دو عمره‌ی تمتع نداریم، پس روایات «فِي كُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» بر عمره‌ی مفرد حمل خواهد شد.

نقد: این وجه جمع بعید است؛ زیرا تشریح عمره‌ی تمتع به صورتی است که این عمره قبل از حج آغاز می‌شود و همواره داخل در حج است، به همین خاطر این توهم که عمره‌ی تمتع دوباره به تنهایی تکرار شود، بی‌جهت است و از این توهم - نه در منابع شیعه و نه اهل سنت - اثری نیست. چنین نگاهی سبب می‌شود که این وجه جمع، تبرعی و بدون قرینه باشد و حمل روایت صحیح بر وجه مذکور صحیح نیست.

(د) «حمل روایات سنه بر تقیه»

این احتمال در کلمات برخی فقها از جمله صاحب جواهر (نجفی، ۱۲۶۶؛ ۲۰، ۴۶۶) به عنوان احتمال مطرح شده است.

به نظر می‌رسد: همین احتمال متعین است؛ زیرا در عصر امام سجاد علیه السلام و سپس عصر امام باقر و امام صادق علیهم السلام زمان نضح و نشو و به قلّه رسیدن فقه تابعین بوده است. در چنین زمانی بود که بین تابعین، دو گرایش مهم فقهی شکل گرفت. هویت‌شناسی این دو گرایش در نگاه به فقه تسنن مهم است (مروی، همان). دو گرایش عبارت بود از:

یکم: مکتب حجاز که معروف به مکتب حدیث بوده و به اجتهاد تکیه نداشته است.
دوم: مکتب کوفه که به رأی و قیاس و استحسان مبتنی بودند چنان‌که ابوحنیفه - مشهور

به رأس القیاسین - خود از اتباع مکتب بوده است.

این دو مکتب در اواخر زمان امام سجاد علیه السلام و زمان امام صادقین علیهم السلام دو گرایش مهم در فقه تسنن به شمار می آمدند.

جمعی از مشاهیر هر دو گرایش، معتقد به «لَا يَجُوزُ إِلَّا يَكُونُ» [عُمَرَتَانِ فِي سَنَةٍ] هستند. هرچند در بعض مکاتب فقهی شان این عدم جواز بیش از یک بار عمره در سال، بعد از تابعین، تبدیل به کراهت شده است، اما در زمان تابعین این نکته در هر دو گرایش فقهی تسنن از سوی بزرگان شان مطرح بوده است که دو عمره در یک سال جایز نیست (ر.ک؛ خلاف، ۴۱۸/۱) و شیخ در مسئله ی بیست و ششم اسامی را می آورد لکن گرایش ها را توضیح نمی دهد. اما از مکتب اصحاب حدیث و مکتب حجاز، سعید بن جبیر و ابن سیرین که از مشاهیر پیشوایان مکتب حجاز و حدیث در فقه تسنن اند، می گویند: دو عمره در یک سال جایز نیست و این گونه بیان می کنند که: «خالف بعض حجازینا فقال لا يعتمرفي السنة إلا مرة» (ر.ک؛ الأم شافعی، ۱۴۸/۲)

از مکتب اصحاب رأی، می توان به ابراهیم بن یزید نخعی اشاره نمود؛ ایشان قائل بوده است که دو عمره در یک سال بدعت محسوب می شود.

در «المغنی» مسئله ی ۲۲۱۲ آمده است: پیامبر صلی الله علیه و آله دو عمره در یک سال انجام نداد و صحابه نیز چنین نکردند: «قال النخعی: ما كانوا يعتمرون في السنة الا مرة ولا النبي [صلی الله علیه و آله] لم يفعل» (ابن قدامة، ۱۳۸۸: ۳، ۱۲۰).

همچنین در «موطأ مالک» آمده است: کسی را ندیدم که در یک سال، عمره ی مکرر به جا آورد: «لا أرى لأحد أن يعتمرفي السنة مراراً» (ابن انس، ۱۴۰۶، ۱: ۳۴۷).

این حرمت بعد از تابعین تبدیل به کراهت شد. در «مواهب الجلیل» می خوانیم: بین کراهت و حرمت، قول مشهور، کراهت تکرار عمره در یک سال است: «ثم قول ابن الحاجب: و

۱. ابراهیم بن یزید نخعی متوفای سال نود و شش هجری (دو سال بعد از شهادت امام سجاد علیه السلام) است. ابراهیم از ریشه های مکتب رأی است که أبوحنیفه به یک واسطه، شاگرد و مروج افکار اوست و به تعبیر ابن خلکان و ابن حجر از ائمه ی مشهور اهل سنت است.

في كراهة تكرار العمرة في السنة الواحدة قولان، المشهور الكراهة وهو مذهب المدونة والشاذ لمُطَرِّفِ إجازة تكرارها» (طرابلسی المغربی، ۱۴۱۲: ۲، ۴۶۷).

پس اینکه برخی از نویسندگان گفته‌اند: حمل این طایفه بر تقیه صحیح نیست و به کلام شافعی و مالکی و حنفی استشهاد کرده‌اند، نگاه ایشان به فقهی است که بعد از عصر ائمه علیهم‌السلام تدوین شده و شهرت پیدا کرده است.

گرایش قوی اهل سنت در هر دو مکتب مطرح در زمان ائمه علیهم‌السلام مخصوصاً زمان حضرت صادقین علیهم‌السلام بر این بوده است که اتیان دو عمره در یک سال جایز نیست؛ از این رو فضای حاکم، خلاف رأی اهل بیت علیهم‌السلام به «لِكُلِّ شَهْرٍ» بوده است.

بنابراین دو روایت «سنه» حمل بر تقیه می‌شود و حجیت ندارند؛ به همین خاطر در مقام تعارض، قابل استناد نخواهند بود.

۴-۲. بررسی ادله‌ی قول دوم (فصل یک ماه)

قول دوم، فاصله‌ی بین دو عمره را یک ماه می‌داند. درباره «شهر»، دو بیان وجود دارد که برخی سپری شدن سی روز و گروهی حلول ماه قمری جدید را - حتی به کمتر از سی روز - شرط فاصله‌ی بین دو عمره‌ی استحبابی می‌دانند. (بررسی ادله‌ی قول دوم، طبق رأی دوم از «شهر» است)

۴-۲-۱. بررسی سندی ادله‌ی قول دوم

بیان پنج روایت معتبر از روایات باب ششم از ابواب عمره: (عاملی، بی‌تا؛ ۱۰، ۲۴۴)

روایت اول: صحیح‌ه‌ی عبد الرحمن ابن حجاج عن ابی عبدالله علیه‌السلام، قال: «فِي كِتَابِ عَلِيِّ علیه‌السلام: فِي كُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ»، ابن حجاج از امام صادق علیه‌السلام نقل می‌کند که در کتاب حضرت علی علیه‌السلام در هر ماه یک عمره است.

روایت دوم: صحیح‌ه‌ی یونس بن یعقوب، قال: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه‌السلام يَقُولُ: «إِنَّ عَلِيًّا علیه‌السلام كَانَ يَقُولُ: فِي كُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ»، ابن یعقوب می‌گوید: شنیدم از امام صادق علیه‌السلام که حضرت امیرالمؤمنین علیه‌السلام همواره می‌فرمود: که هر ماه یک عمره دارد.

روایت سوم: صحیح‌ه‌ی معاویة بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام، كان علي عليه السلام يقول: «لكل شهر عمرة»، معاویة بن عمار به سند صحیح از امام صادق عليه السلام روایت می‌کند که حضرت علی عليه السلام پیوسته می‌فرمود: برای هر ماه یک عمره است.

روایت چهارم: موثقه‌ی اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام: «السنة اثنا عشر شهرا يعتمر لكل شهر عمرة»، در حدیث معتبری اسحاق بن عمار از امام صادق عليه السلام نقل می‌کند که هر سال دوازده ماه دارد. برای هر ماه یک عمره است.

روایت پنجم: صحیح‌ه‌ی علی بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «سألته عن العمرة متى هي قال يعتمر فيما أحب من الشهور»، علی بن جعفر از امام موسی کاظم عليه السلام نقل می‌کند که از ایشان پرسیدم: عمره‌ی مفرده چه زمانی انجام گیرد؟ حضرت فرمود: در هر ماهی از ماه‌ها که دوست دارید. بنابراین؛ در سند روایات مذکور، مناقشه‌ای نیست و می‌توان ادعای تواتر اجمالی نمود.

۴- ۲- ۲. دلالت روایت «شهر»

دلالت روایات مذکور از سوی برخی فقها با دواشکال عمده مواجه است که به بررسی آن می‌پردازیم:

اشکال اول: جماعتی از محققان مانند مرحوم نراقی در «مستند» (نراقی، بی‌تا؛ ۱۱، ۱۶۴)، مرحوم نجفی در «جواهر الکلام» (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۰، ۴۶۴) و مرحوم حکیم در «مستمسک» (حکیم، بی‌تا؛ ۱۱، ۱۴۶-۱۴۷) معتقدند: در دلالت این روایات مناقشه‌ای وجود دارد. مرحوم نجفی و مرحوم حکیم به شکلی ظهور این روایات را از نظر دلالت چنین تفسیر می‌کنند: مفاد روایات مزبور این است که در هر ماه یک عمره فضیلت دارد. اما برخی مانند مرحوم نراقی می‌فرماید: در مدلول این روایات، دوا احتمال است و قرینه بر یکی نداریم. بنابراین، روایات، مجمل بوده و دلالت‌شان بر مشروعیت فقط یک عمره در ماه، مورد تردید بوده و قابل قبول نیست.

الف) بیان دوا احتمال در دلالت روایات «شهر»

احتمال اول: این روایات در صدد بیان احکام شهر و عملی است که انسان سزاوار است

در هر ماه انجام دهد. پس روایات، باتعین و شرطیت، ارتباطی ندارد. مثل روایاتی که می‌گویند: خوب است مؤمن هر ماه سه روز روزه بگیرد، اما در صدد نفی چهار روز، روزه نیست. احتمال دوم: این روایات در مقام بیان افضلیت عمره در هر ماه نیستند بلکه در مقام شرطیت و تعیین‌اند که هر ماه یک عمره دارد؛ یعنی شرط صحت عمره، اتیان یک عمره در ماه است.

به سبب دو احتمال مذکور بعضی از فقها - همچون مرحوم نراقی - قائل به اجمال در ادله‌ی قول دوم‌اند. برخی از فقها از جمله صاحب جواهر و مرحوم حکیم در مستمسک معتقدند: ظهور این روایات بر افضلیت است.

صاحب جواهر می‌نویسد: این روایات دلالت ندارند که عمره در کمتر از این مدت جایز نباشد (به این معنا که دو عمره در یک ماه واقع گردد) به همین خاطر، روایت «شهر» بر افضلیت حمل می‌شود یعنی بهتر است که هر عمره در یک ماه قمری واقع شود: «بعد عدم دلالت علی عدمها (عمره) فی الأقل» (نجفی، ۱۲۶۶: ۲۰، ۴۶۴). و نیز در مستمسک آمده است: «بل ظاهر قولهم لكل شهر عمره، إن ذلك من وظائف الشهر فیهی تتأكد من حیث الزمان فی الشهر أكد منها فی العشر و یقتضیه الإرتکاز العرفی فی باب الإطاعات والخیرات فإنها كلما طال العهد بها إشتد تأکدها» (حکیم، بی‌تا؛ ۱۱، ۱۴۶).

مرحوم حکیم می‌فرماید: روایت در مقام بیان این نکته است که انسان در هر ماه وظیفه دارد حداقل یک عمره انجام دهد. اقتضای ارتکاز عرفی در باب اطاعات و خیرات نیز همین است که هر چه زمان در ترک طولانی‌تر شود، استحباب شدیدتر می‌گردد. بنابراین طبق احتمال افضلیت، مفاد روایات در صدد بیان وظیفه‌ی حداقلی در شهر است و اگر هر روز هم عمره انجام شود با روایات «شهر» منافاتی ندارد.

(ب) قرائن تعیین قول دوم (لِکُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ)

دو احتمال فوق‌گرفته بالوجدان در روایات موجود است، لکن قرائنی هست که به نظر می‌رسد، احتمال دوم متعین باشد؛ یعنی روایات «لِکُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» در مقام تحدید و تعیین شرط صحت‌اند و مفادشان این است که در هر ماه فقط یک عمره مشروع خواهد بود.

قرینه‌ی اول: روایاتی که در عمره‌ی مفرده‌ی فاسده وارد شده است، می‌فرماید: کسی که عمره‌ی مفرده‌اش را قبل از سعی به مباشرت باطل کند یا دچار چالش نماید تا دخول ماه آتی باید در مکه اقامت کند.

در باب دوازدهم از ابواب کفاراتِ استمتاع، روایاتی وجود دارد که شاهد بر این مطلب است: روایت اول: صحیح‌هی برید عجلی که راوی می‌پرسد: فردی در این حالت، با همسرش مباشرت کرده است؛ حضرت می‌فرماید: «عَلَيْهِ بَدَنَةٌ لِفَسَادِ عُمْرَتِهِ وَعَلَيْهِ أَنْ يُقِيمَ إِلَى الشَّهْرِ الْآخِرِ، فَيَخْرُجَ إِلَى بَعْضِ الْمَوَاقِيتِ فَيُحْرِمَ بِعُمْرَةٍ» (عاملی، بی‌تا؛ ۹، ۲۶۹)، باید شتری کفاره بدهد و تا ماه بعد در مکه بماند. سپس از یکی از مواقیت احرام، عمره‌ی مجدد ببندد. سؤال می‌شود: اگر چند بار عمره‌ی فی شهر واحد مشروع است، دلیل بر اقامت تا دخول ماه قمری آینده چیست؟!

روایت دوم: صحیح‌هی مَسْمَع است که ذیل باب کفاره‌ی استمتاع آمده است: «وَعَلَيْهِ بَدَنَةٌ وَعَلَيْهِ أَنْ يُقِيمَ بِمَكَّةَ حَتَّى يَخْرُجَ الشَّهْرُ الَّذِي اغْتَمَرَفِيهِ ثُمَّ يَخْرُجَ إِلَى الْوَقْتِ الَّذِي وَقَّتَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِأَهْلِهِ»، در مکه بماند تا ماهی که در آن عمره انجام داده، خارج شود.

صاحب مدارک در روایت مَسْمَع، به جهت سهل بن زیاد در دو طریق کلینی و شیخ طوسی، قائل به ضعف سندی شده‌اند. اما این روایت به طریق شیخ صدوق به علی بن رئاب نقل شده است و طریق را در «من لایحضر الفقیه» ذکر کرده‌اند. از این رو طریق شیخ صدوق به علی بن رئاب معتبر بود و فاقد مشکل است (صدوق، بی‌تا؛ ۲، ۴۵۲).

قرینه‌ی دوم: چند روایت در باب بیست و دوم از اقسام حج، قرینه بر شرطیت ماه در تکرار عمره است از جمله؛ صحیح‌هی حماد بن عیسی و معتبره‌ی اسحاق بن عمار (عاملی، بی‌تا؛ ۸، ۲۲۰). این روایات راجع به فردی است که عمره‌ی تمتع انجام داده و می‌فرماید: تا وقتی حجتش را انجام دهد، نباید از مکه خارج شود.

در بعضی از روایات چنین تعبیر شده است که حج تمتع و عمره‌ی تمتع، تا قیامت در هم داخل شدند و عملی واحد محسوب می‌شود و اگر بین این دو از مکه خارج گردد ممکن است مانعی پیش آید و به حج نرسد. [البته اگر نیاز به خروج از مکه بود، باید روایات

می فرمودند: به احرام حج محرم شود و سپس برای انجام کار، خارج گردد]. اگر متمتع، نسبت به مسئله‌ی فوق جاهل بود و عمره‌ی تمتع را مانند عمره‌ی مفرده می دانست، با تمام شدن عمره‌ی تمتع از مکه بیرون شود و بدون احرام حج، به مدینه برود. اکنون سؤال می شود: زمانی که می خواهد به مکه برگردد، آیا محرم وارد شود یا بدون احرام؟ امام صادق علیه السلام می فرماید: «إِنْ رَجَعَ فِي شَهْرِهِ دَخَلَ بِغَيْرِ احْرَامٍ وَإِنْ دَخَلَ فِي غَيْرِ الشَّهْرِ دَخَلَ مُحْرِمًا»، این جمله را در کنار روایت هشتم - معتبره‌ی اسحاق بن عمار - ذکر می کنند که همین سؤال در آن تکرار شده است؛ امام علیه السلام همین جواب را با یک تعلیل بیان فرمود که: «يُرْجَعُ إِلَى مَكَّةَ بِعُمْرَةٍ إِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الشَّهْرِ الَّذِي تَمَتَّعَ فِيهِ لِأَنَّ لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةً». روایات مذکور به وضوح دلالت دارد اگر متمتع در همان ماهی است که معتمر بوده، نباید به احرام عمره محرم شود و اگر در آن ماه نیست، به احرام عمره محرم شود؛ چرا که هر ماه یک عمره دارد.

قرینه‌ی سوم: این قرینه، مقابله بوده و مقصود از آن، نزاع بین تابعین و مکتب اهل بیت علیهم السلام است که رأی تابعین به تبع جمعی از مشاهیر علمای اهل سنت بر مشروعیت عمره در سال بود. لکن در مقابل، «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» مکتب اهل بیت علیهم السلام است که در آراء مشهور فقهای امامیه مشهود است.

لذا بدون شک، روایات «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» به حکم قرائن ثلاثه، در مشروعیت عمره‌ی در هر ماه یک بار ظهور دارد.

جواب از قرائن فوق

مرحوم حکیم به بعضی از قرائنی که ذیل استدلال بر قول دوم گذشت، جواب داده و می فرماید: دو طایفه از روایات که از آنها دخالت «شهر» در مشروعیت عمره استفاده می شود، عبارتند از:

طایفه‌ی اول: روایاتی که می فرمایند: متمتع اگر از مکه خارج شد، چه وظیفه‌ای دارد؟ امام علیه السلام فرمود: اگر در همان ماه می خواهد وارد مکه شود، احرام مجدد لازم نیست (دَخَلَ مُحْرِمًا) و اگر در غیر آن ماه می خواهد وارد مکه شود، احرام ببندد (دَخَلَ مُحْرِمًا). بعد چنین

تعلیل می‌کنند: «لَأَنَّ لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةً».

طایفه‌ی دوم: روایاتی که مفادشان چنین بود: هر کسی عمره‌ی مفرده‌اش را با مباشرت ابطال کرده است، باید شتری کفاره بدهد و تا ماه بعد در مکه بماند. سپس از یکی از مواقیت احرام، عمره‌ی مجدد ببندد؛ «عَلَيْهِ بَدَنَةٌ وَعَلَيْهِ أَنْ يَصْبِرَ إِلَى الشَّهْرِ الْآخِرِ...».

مرحوم حکیم از این دو قرینه دو جواب مطرح می‌کند: (حکیم، بی‌تا؛ ۱۱، ۱۴۷)

جواب اول: دلیل خاص می‌گوید: اگر در حالت جهل، بعد از عمره‌ی تمتع از مکه خارج شد حکمش چنین است و کسی که عمره را فاسد کرده نیز حکم مخصوص خود را دارد: «حکمان دَلَّ عَلِيهِمَا الدَّلِيلُ فِي خُصُوصِ الْمَوْرِدِ».

جواب دوم: ظاهر فتاوی فقها در دو مورد مزبور این است که حکم در دو مورد فوق الذکر، لزومی نیست. کسی که عمره‌اش را باطل کرده است، واجب نیست یک ماه صبر کند، بلکه می‌تواند یک ماه صبر نماید.

متمتعی که از مکه بیرون رفته است، اگر در همین ماه بود واجب نیست مُحَلًّا وارد شود، بلکه می‌تواند مُحَرَّم شده و آن‌گاه وارد شود.

از اینکه فتاوی فقها به نحو رخصت است نه عزیمت، دریافته می‌شود: لزوم اینکه هر عمره در یک ماه باشد وجود ندارد. به همین خاطر این روایات، به عنوان قرینه بر ضد مطلوب است؛ مطلوب، عزیمت و تعین و وجوب بود یعنی «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةً». اما فتاوی فقها دال بر رخصت است. بنابراین، روایات بر فضیلت دلالت دارند.

نقد بیان مرحوم حکیم:

۱. این نظریه (ذکر زمان برای فضیلت) اگر هم به فرض صحیح باشد، سند روایت علی بن حمزه - که ذیل قول سوم خواهد آمد - قابل قبول نیست؛ چرا که زمان صدور روایات در فهم و برداشت صواب از روایت، همچون شأن نزول در فهم آیات مهم است. بحث و اختلاف فراگیر میان صحابه و تابعین درباره زمان عمره وجود داشته است. چنان‌که قبلاً هم به آن اشاره شد.

جمع قابل توجهی از اکابر مکتب خلفا از گرایشات مختلف - مانند ابراهیم بن یزید

نخعی، ابن سیرین و حسن بصری - به صراحت می‌گویند: «لِكُلِّ سَنَةِ عُمْرَةٍ» و این‌گونه معنا می‌شود: در هر سال فقط یک عمره مشروع است نه بیشتر: «لَا تَكُونُ عُمَرَتَانِ فِي سَنَةٍ». در مقابل قول «سنه» که بعض صحابه و تابعین داشتند، از برخی دیگر صحابه و تابعین نقل می‌شود که فاصله‌ی بین دو عمره باید ده روز باشد و کمتر از آن مشروع نیست مانند انس که می‌گفت: «كُلُّ مَا حَمَمَ الرَّأْسَ فَعُمْرَةٌ» (ابن قدامه، ب تا؛ ج ۳، ۵۰۰). یا این قول که جمعی از آنها می‌گویند: إكْثَارِ عُمْرَةٍ مَكْرُوهٌ است چنان‌که به اتفاق سلف، موالاة بین عمره‌ها نیز مکروه است (ابن قدامه، همان). این زمان در کلام صحابه و تابعین، زمان صدور روایات است. لذا باید با توجه به فضای حاکم در زمان صادقین علیهم‌السلام و مکاتب فقهی مختلف، مسئله‌ی فصل بین دو عمره ملاحظه شود تا تقیّه‌ای بودن قول به فاصله‌ی یک سال روشن گردد.

۲. سه روایت از روایات «لِكُلِّ شَهْرِ عُمْرَةٌ» بر این مطلب دلالت داشت که این عمره، یک بار در ماه مشروع است. جواب اول مرحوم حکیم این بود که این دو طایفه از روایات، حکم در مورد خاص است.

لکن به نظر می‌رسد ایشان به تعلیل توجه نداشته‌اند؛ در صحیححه، تعلیل «لأنَّ لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» آمده است و از آنجا که «الْعَلَّةُ تَعْمَمُ وَتَخْصُصُ» پس نمی‌شود تعلیل در ذیل روایت را نادیده گرفت.

ایشان فرمود: ظاهر فتاوی که از دو مسئله در روایت اقامت در مکه تا ماه بعد، رخصت است و یک ماه صبر واجب نیست و می‌تواند یک ماه صبر کند و این دلیل است که یک ماه تعیین ندارد؛ گویا در بیان مرحوم حکیم سهوی رخ داده باشد که با بررسی فتاوی فقها سبب خلط روشن می‌شود؛ زیرا کسی که عمره‌اش را فاسد کند، روایت صحیححه می‌فرماید: «عَلَيْهِ بَدَنَةٌ وَعَلَيْهِ أَنْ يَصْبِرَ إِلَى الشَّهْرِ الْآخَرِ...».

شیخ طوسی در نهاییه می‌فرماید: «و من جامع إمرأته و هو محرم بعمره مبتولة قبل أن يفرغ من مناسكها فقد بطلت عمرته و كان عليه بدنة و المقام بمكة الى الشهر الداخل إلى أن ينقض عمرته ثم

۱. «حَمَمَ الرَّأْسَ» را به «أَبَتِ شَعْرًا» معنا می‌کردند که موهای سردر بیاید و سیاه شود به صورتی که بتوان آن را تیغ زد و لذا می‌گفتند: تحميم الرأس، در ده روز است.

ینصرف إلى ما شاء» (طوسی، ۱۴۰۰: ۲۳۱).

ظاهر این عبارت عزیمت است نه رخصت؛ چنان‌که این معنا از «الجمل والعقود»^۱ (طوسی، بی‌تا؛ ۱۳۷)، «الاقتصاد» (طوسی، بی‌تا؛ ۳۰۲) و «مبسوط» (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۳۷) نیز به دست می‌آید.

همچنین در «المهذب» این‌گونه آمده است: «أو یجامع وهو محرم بعمرة مبتولہ قبل الفراغ من مناسکها وعلیه مع ذلك المقام بمکة الى الشهر الداخل ليعید العمرة» (ابن براج، ۱۴۰۶: ۲۲۲)، «مصباح الشریعة» نیز می‌نویسد: «و یقیم مع ذلك بمکة ليعید العمرة في الشهر الداخل» (بی‌هقی، ۱۳۷۴: ۱۶۸) و ابن سعید حلی هم در «نزهة الناظر» چنین آورده است: «إذا جامع في العمرة المفردة قبل الفراغ منها وجب علیه بدنة وأبطلت عمرته ووجب علیه المقام بمکة إلى الشهر الداخل فإذا دخل الشهر خرج إلى بعض المواقیف فأحرم بعمرة» (حلی، ۱۳۹۴: ۵۴).

منشأ کلام مرحوم حکیم، سخنی است که ظاهراً از مرحوم علامه حلی دیده‌اند. علامه از جهتی روایات «شهر» را حمل بر استحباب و فضیلت کرده است و از جهت دیگر روایات «علیه المقام بمکة إلى الشهر القادم» را بدون اقامه‌ی هیچ قرینه‌ای برخلاف ظاهر، حمل بر استحباب نموده‌اند. پس تا زمان علامه حلی کسی به استحباب فتوا نداده است. همه‌ی ظواهر بلکه صریح بعض موارد این است که در شهر مکه، اقامت واجب است.

عبارت مرحوم علامه در قواعد چنین است: «ولو جامع إمرأته في إحرام العمرة المفردة أو المتمتع بها علی إشکالٍ قبل السعی عامدا عالماً بالتحريم بطلت عمرته ووجب إكمالها وقضاءها وبدنة و یستحب أن یكون القضاء في الشهر الداخل» (حلی، ۱۴۱۳: ۴۶۹). طبق فحوصی که صورت گرفت، اولین کسی که فتوای به استحباب را از روایات استفاده کرده، مرحوم علامه حلی است.

نتیجه اینکه؛ نقد مرحوم حکیم بر این دو قرینه وارد نیست. بنابراین، قرینتِ قرائنِ ثلاثه تمام است و نمی‌توان روایات «سنه» و «شهر» و «عشرة أيام» را حمل بر فضیلت کرد. به خصوص که مرحوم صاحب جواهر و مرحوم حکیم با صراحت، روایاتِ تحدید به «سنه» را هم حمل بر فضیلت می‌کنند با اینکه در آن روایات دو لسان است: یکی روایت صحیحه

۱. من فعل ذلك في العمرة المفردة لزمه اتمامها وعلیه قضاءها في الشهر الداخل....

که می‌گوید: «لِكُلِّ سَنَةِ عُمْرَةٌ» و دیگری در همانجا صحیح‌هی حریم مفادش چنین است: «لَا تَكُونُ عُمْرَتَانِ فِي سَنَةٍ»؛ با این حساب، چگونه حمل بر افضلیت می‌شود؟! اشکال دوم: اشکال مزبور به دلالت روایات است؛ به این معنا که بین روایات مورد اشاره و روایت ابن ابی حمزه (لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ) تعارض است و مشایخ ثلاثه این روایت را نقل کرده‌اند. شیخ طوسی و شیخ کلینی به طریق علی بن ابراهیم عن ابيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس عن علي بن أبي حمزة قال: «وَسُئِلَ ۞ عَنِ الرَّجُلِ يَدْخُلُ مَكَّةَ فِي السَّنَةِ، الْمَرَّةَ وَالْمَرَّتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، كَيْفَ يَصْنَعُ؟ قَالَ: إِذَا دَخَلَ، فَلْيَدْخُلْ مُلَبِّبًا، وَإِذَا خَرَجَ، فَلْيَخْرُجْ مُحَلًّا، وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ ۞: لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ، قِيلَ: يَكُونُ أَقَلُّ؟ قَالَ: فِي كُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» (عاملی، بی‌تا؛ ۱۰، ۲۴۴).

شیخ صدوق هم روایت را به اسناد خودش از علی بن ابی حمزه نقل کرده است که ذیل دلیل نظریه‌ی سوم بررسی می‌شود.

۴-۳. بررسی أدله‌ی قول سوم (فصل ده روز)

بر اساس این قول، شرط صحت عمره‌ی دوم، فاصله‌ی ده روز است. جماعتی از محققان - همچون علامه در «جامع الشرایع» (حلی، ۱۴۰۵، ۱: ۱۷۹) و «منتهی المطلب» (حلی، ۱۴۱۲: ۱۳، ۲۰۱) و «تذکره الفقهاء» (حلی، ۱۴۱۴، ۸: ۴۳۷) - بر این عقیده‌اند که اگر فاصله کمتر از ده روز بود، عمره‌ی دوم باطل است.

دلیل قول سوم:

در این نظریه به دو روایت استدلال شده است:

روایت اول: روایت علی بن حمزه که متن آن، پیش از این گذشت.

روایت دوم: روایتی است که آن را مرحوم صاحب جواهر آورده است: «وَلِقَوْلِ الصَّادِقِ ۞ فِي الْمُؤْتَقِ السَّنَةُ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا يُعْتَمَرُ لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ، قَالَ قُلْتُ: أَيَكُونُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ؟ قَالَ: لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۰، ۴۶۳).

روایت دومی که صاحب جواهر به آن استناد می‌کند، مؤثقه‌ی اسحاق بن عمار عن الصادق ۞ است: «فَقُلْتُ يَكُونُ أَقَلُّ؟ قَالَ: لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» لکن این روایت، یافت نشد.

شیخ صدوق در «من لایحضر الفقیه» و صاحب وسائل (عاملی، بی تا؛ ۱۰، ۲۴۴) نیز دو روایت را به دنبال یکدیگر آورده اند. همچنین در موثقه‌ی اسحاق بن عمار چنین آمده است: «السَّنَةُ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا يُعْتَمَرُ لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ».

روایت بعدی از علی بن ابی حمزه است که راوی ابتدا از امام علیه السلام سؤال می‌کند: فردی چند بار وارد مکه می‌شود چه کند؟ حضرت می‌فرماید: «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ»، راوی می‌گوید: «أَيُّكُونُ أَقْلٌ؟». ظاهراً صاحب جواهر این ذیل را که فقط در خبر علی بن ابی حمزه آمده، گمان کرده است در موثقه‌ی اسحاق بن عمار هم وارد شده است. به همین خاطر آن را در جواهر دو بار تکرار می‌کند: یک بار فرمود: «لخبر علی بن ابی حمزه» و یک بار دیگر فرمود: «والموثق اسحاق بن عمار عن الصادق علیه السلام» و دوباره آنجا تکرار کرد و فرمود: به همین موثقه چند نفر از فقها در فتوایشان اعتماد کرده‌اند، در حالی که این ذیل نیامده و سهواست.

لذا دلیل و مبنای نظریه‌ی سوم - یا به عبارت دیگر، معارض با روایات «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» - فقط خبر علی بن ابی حمزه است.

۴ - ۳ - ۱. بررسی سند روایت «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ»

مرحوم حکیم در مستمسک می‌نویسد: روایت علی بن ابی حمزه را شیخ صدوق در من لایحضر به سند خودشان به علی بن ابی حمزه نقل کرده است و طریق شیخ صدوق به علی بن ابی حمزه صحیح است. همچنین ایشان ادعا می‌کنند: در مورد علی بن ابی حمزه در این روایت، دو احتمال مطرح می‌باشد؛ ممکن است «أبی حمزه ثمالی مقصود باشد» که ثقة است و یا محتمل است «ابن ابی حمزه بطائنی باشد» که در این صورت به سبب روایت جمع کثیری از اعظام که در بین ایشان تعدادی از افراد اجماع هستند، ظاهراً حدیث معتبر است (حکیم، بی تا؛ ۱۱، ۱۴۶).

در کلام مرحوم حکیم در رابطه با روایت علی بن ابی حمزه دو نکته وجود دارد: (مروی، همان). نکته اول: اسناد مرحوم شیخ صدوق به علی بن ابی حمزه صحیح است. این حدیث در من لایحضر الفقیه تقطیع شده است؛ قسمت اول آن در باب ۱۲۱ از کتاب الحج، باب

«المتمتع يخرج من مكة ويرجع»، روی قاسم بن محمد عن علی بن ابی حمزه قال: «سألت أبا ابراهيم عن الرجل يدخل مكة في السنة، المرة والمرتين والثلاث، كيف يصنع؟ قال: إذا دخل، فلْيَدْخُلْ مُلَبِّياً، وَإِذَا خَرَجَ، فَلْيَخْرُجْ مُجِلاً». این قسمت از حدیث به محل بحث اشاره ندارد. شیخ صدوق ذیل آن را باب ۱۷۶ «باب العمرة في كل شهر وفي أقل ما يكون»، آورده است که فرمود: «روی علی بن ابی حمزه عن ابی الحسن علیه السلام قال: لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ فَقُلْتُ يَكُونُ أَقَلُّ قَالَ لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» که این محل استشهاد است.

طریق شیخ صدوق را که مرحوم حکیم توثیق کردند، در مورد محمد بن علی ماجیلوئیه آمده است: ایشان که از اساتید شیخ صدوق بوده و توثیق خاص نشده است. فقط إكثار روایت شیخ صدوق با ترصی از ایشان وجود دارد و اگر کسی اکتار شیخ صدوق به علاوه ترصی را اماره‌ی وثاقت بداند، می‌تواند این طریق را معتبر بداند و الا در اعتبار طریق شبهه است.

از طریق صدوق به اسماعیل بن رباح و از طریق صدوق به بزنی و نیز از طریق شیخ صدوق به ابراهیم بن ابی محمود می‌رسیم که در هر سه طریق ابن ماجیلوئیه وجود دارد که علامه، طرق را تصحیح می‌کند؛ معلوم می‌شود ایشان قائل به وثاقت این شخص هستند. محقق خوئی نیز با قاطعیت نفی وثاقت کرده و اکتار شیخ صدوق با ترصی را علامت وثاقت نمی‌دانند. (خویی، بی تا؛ ۲۷، ۱۳۹)

نکته دوم: ایشان فرمودند: در علی بن ابی حمزه دو احتمال است، ممکن است ابن ابی حمزه ثمالی باشد یا ابن ابی حمزه بطائنی باشد.

احتمال بطائنی بودن علی بن حمزه صحیح نیست، به دلیل اینکه شیخ صدوق به علی بن ابی حمزه در مشیخه‌ی من لایحضریک طریق دارد: «عن احمد بن محمد بن ابی نصر عن علی بن ابی حمزه» که احمد بن محمد بن ابی نصر بزنی از تلامذه‌ی امام رضا و امام جواد علیهما السلام است و ابن ابی حمزه ثمالی نیز از اصحاب امام سجاد و امام باقر علیهما السلام است و امکان ندارد بزنی که از اصحاب امام رضا و امام جواد علیهما السلام است از اصحاب امام سجاد و امام باقر علیهما السلام روایت نقل کند.

به علاوه؛ از ابن ابی حمزه ثمالی در کتب اربعه هیچ روایتی در خصوص احکام وارد

نشده است. تک روایتی هم که در کافی شریف آمده است از قاسم بن محمد جوهری از ابن ابی حمزه ثمالی چنان که محقق خوئی به این مطلب اشاره دارند (خوبی، همان). بنابراین، به اطمینان قوی خلطی در سند واقع شده و مقصود، ابن ابی حمزه بطائنی است نه ثمالی؛ زیرا قاسم بن محمد جوهری کثیر الروایة از بطائنی است. لذا احتمال اینکه ابن ابی حمزه در این روایات، ثمالی باشد، ساقط است. اما نسبت به بطائنی؛ اگر احراز می‌شود که دست آمد، أخذ روایت از او قبل الوقف بوده است به همین جهت می‌توان به روایت اعتماد کرد و اگر مجمل باشد یا أخذ بعد الوقف باشد، اعتماد به روایت ابن ابی حمزه مشکل است. و اما در مورد نسبت به روایت حاضر هم، قرینه‌ای بر أخذ قبل الوقف نیست. لذا از نظر سند قابل اعتماد نیست. در مقابل، روایات متضافره‌ی «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» است؛ همان طور که گذشت ظهور آن روایات در تعیین دانسته شد نه در افضلیت؛ و یک روایت غیر معتبر نمی‌تواند معارض با آن روایات قرار گیرد.

بنابراین؛ روایت «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» حجت نیست و مورد استدلال قرار نمی‌گیرد.

۴- ۳- ۲. بررسی دلالت روایت «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ»

گروهی که روایت ابن حمزه را معتبر دانسته‌اند، از نظر دلالت روایت دو تفسیر ارائه داده‌اند: تفسیر اول: جمعی از فقها مانند ابن جنید و شیخ طوسی در مبسوط (طوسی، ۱۳۸۷: ۱، ۳۰۹)، علامه حلی در دو کتابش: منتهی المطلب (حلی، ۱۴۱۲: ۱۳، ۲۰۱) و تذکرة الفقهاء (حلی، ۱۴۱۴: ۸، ۴۳۷) به این روایت اعتماد دارند و دلالتش را این گونه تفسیر می‌کنند: از جهتی این حدیث قرینه است که روایات «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» دال بر فضیلت است و اینکه ابن ابی حمزه از امام علیه السلام سؤال کرد: آیا کمتر از یک ماه هم می‌توان عمره انجام داد؟ امام علیه السلام فرمود: بله درده روز هم می‌شود انجام داد. این بیان قرینه است که «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» بر فضیلت دلالت دارد نه مشروعیت؛ و هر ماه یک عمره مستحب است؛ زیرا در ادامه فرمود: «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ». اما از جهت دیگر «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» دال بر فضیلت نیست بلکه دال بر مشروعیت است؛ آن هم به جهت تطابق بین سؤال و جواب که ابن ابی حمزه این گونه سؤال نمود:

«آیا در اقل از یک ماه عمره می‌شود؟»، ظاهر سؤال این است که آیا اقل از یک ماه، عمره‌ی مشروع است یا نه؟ امام علیه السلام فرمود: بله برای هر ده روز، عمره است.

براین اساس؛ روایات «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» دال بر فضیلت است اما «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» بر مشروعیت دلالت دارد و با این استدلال است که فتوا می‌دهند: بین دو عمره ده روز باید فاصله باشد. عبارت ابن جنید به نقل از علامه نیز چنین است: «لا یكون بین العمرتین أقل من عشرة أيام» و یا شیخ در «مبسوط» می‌نویسد: «أقل ما یكون بین العمرتین عشرة أيام».

نتیجه اینکه: یک تفسیر در دلالت این روایت، تفسیر جمعی از قدماء است که می‌گویند: جمله‌ی «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» دال بر فضیلت و جمله‌ی «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» دال بر مشروعیت است و طبق آن فتوا می‌دهند.

تفسیر دوم: تفسیری است که جمعی از فقها مانند صاحب جواهر و مرحوم حکیم و جمعی از متأخران ارائه داده‌اند که «لِكُلِّ سَنَةِ عُمْرَةٌ» و «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» و نیز «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ» دال بر افضلیت است نه مشروعیت و اینکه زمان، شرط صحت است.

ایشان با بیان سه جهت به این تفسیر رهنمون می‌شوند:

۱. اطلاعاتی وجود دارد که شخص را به انجام عمره بدون ذکر زمان، تحریض و ترغیب می‌کند، نظیر «الْعُمْرَةُ إِلَى الْعُمْرَةِ كَقَارَةِ مَا بَيْنَهُمَا» یا روایاتی که دلالت دارد کسی که مُدْمِن العمره است، ثواب فراوانی دارد. مقتضای اطلاق این أدله، استحباب عمره در هر روز بلکه بیش از یک مرتبه در یک روز است.

۲. سه طایفه از روایات را برای عمره‌ی زمان مطرح می‌کنند: روایت «لِكُلِّ سَنَةِ عُمْرَةٌ»، روایت «وَلِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ» و روایت «وَلِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمْرَةٌ».

۳. اگر زمان در هر یک از این طوایف برای تحدید و مشروعیت و شرط صحت باشد، تعارض لازم می‌آید. پس جمع عرفی بین این روایات، اقتضاء دارد زمان را در این طوایف حمل بر فضیلت کرده و بگوییم: هر سال یک عمره دارد (یعنی هر سال یک عمره، مطلوب است) و هر ماه نیز یک عمره، مطلوب است.

قرینه براین جمع عرفی، روایت ابن ابی حمزه است که امام علیه السلام در ابتدا فرمود: «لِكُلِّ شَهْرٍ

عُمَرَةُ»، بعد راوی سؤال می‌کند: در کمتر از ماه هم عمره می‌شود؟ امام علیه السلام می‌فرماید: «بله، هر ده روز یک بار».

بنابراین؛ روایت، گویا تحدید را شکسته است. اگر «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمَرَةٌ»، یعنی محدودیت، پس اینکه دوباره امام علیه السلام بفرمایند: «لِكُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ عُمَرَةٌ» چه معنا دارد؟ حاصل اینکه؛ جمع عرفی دلالت می‌کند که زمان، حمل بر افضلیت شود نه تعیین.

مرحوم حکیم ذیل استدلال، می‌فرماید: (حکیم، بی تا؛ ۱۱، ۱۴۷)

ارتکاز عرفی، در باب مستحبات نیز به همین صورت است که هر چه زمان در عدم انجام آن طولانی شود تأکید بیشتر است، به همین خاطر امام علیه السلام می‌فرماید: هر ده روز یک عمره و اگر نتوانستی هر ماه یک عمره و اگر نتوانستی هر سال یک عمره. ایشان نسبت به قرائن قول دوم خدشه می‌کنند تا افضلیت را برای روایات زمان عمره ثابت کنند؛ که البته جواب از اشکال ایشان ذیل بررسی قول به «شهر» گذشت.

۴-۴. بررسی أدله‌ی قول چهارم (عدم شرطیت زمان)

طبق این نظر در روایات عمره، زمان یا حمل بر افضلیت می‌شود و یا به سبب تعارض، ادله (سنه و شهر و عشره آیام) ساقط گردیده و به عام فوقانی مراجعه می‌شود که انجام عمره مطلقاً مطلوب است.

نقد: در اشکال بر این قول، به بیان صاحب تفصیل الشریعه اشاره می‌شود که به مرحوم نجفی و مرحوم حکیم چنین اشکال کرده‌اند: این آقایان روایات زمان را حمل بر فضیلت نموده و به اطلاقات تمسک کرده‌اند؛ با این بیان: «لعدم ثبوت الإطلاق لتلك الأدلة لأنها في مقام بیان أصل المشروعية والاستحباب، ولا إطلاق لها يشمل كل زمان ممکن» (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸: ۲، ۲۴۳) اما این اطلاقات مورد ادعا وجود خارجی ندارد و روایاتی هم که فقها به آنها تمسک کرده‌اند (الْعُمَرَةُ إِلَى الْعُمَرَةِ كَقَارَةَ مَا بَيْنَهُمَا) فاقد اطلاق است، بلکه این قبیل روایات، در مقام بیان اصل مشروعیت و استحباب تکرار عمره‌اند، اما این سخن که تکرار چگونه باشد؟ آیا هر روز باشد یا هر ماه؟ روایات اطلاق ندارد.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌هایی که صورت گرفته شد، در میان فقهای امامیه - در خصوص فاصله‌ی بین دو عمره - چهار قول مطرح است: گروهی قول به «سنه» را با قول به «شهر» در تعارض دانستند که یا موجب طرح احادیث «سنه» شد یا منجر به تساقط گردید. ولی گروهی دیگر به جمع عرفی این دو دسته معتقد شدند؛ با این بیان که روایات «سنه» ناظر به عمره‌ی تمتع و روایات «شهر» به عمره مفرده اشاره می‌کند. اما احتمال محکم در روایات «سنه» صدور تقیه‌ی متعین است. همچنین؛ با توجه به دلالت روایات، حمل بر افضلیت روایات «عمره» و شرط نبودن زمان، پذیرفته نشد و دو روایت «عشرة آیام» هم نتوانست دلیل متقن بر این قول باشد به همین جهت لاجت شدند؛ بر این اساس، بین اقوال اربعه با در نظر گرفتن موازنه‌ی أدله‌ی اقوال، قول دوم ثابت است. حاصل آن شد که: «بیش از یک عمره در ماه مشروع نیست».

پیوست

بر اساس اعتبار «شهر» در صحت عمره، آیا این شرط به دو عمره از مکلف واحد اختصاص دارد یا اعم از دو عمره است مطلقاً؟ (چه از فرد واحد باشد، چه به نیابت از دو نفر، یا خود معتمر و یک نائب)

در اینجا چهار فرض شکل می‌گیرد:

فرض اول: گاهی معتمر در یک ماه، برای خودش دو عمره انجام می‌دهد.
فرض دوم: این شخص در یک ماه، دو عمره به نیابت از شخص واحدی انجام می‌دهد.
فرض سوم: جناب معتمر، دو عمره‌ی نیابتی به نیابت از دو نفر در یک ماه انجام می‌دهد.
فرض چهارم: ایشان در ماه، یک عمره برای خود و یکی برای دیگری انجام می‌دهد.
سؤال می‌شود: آیا اطلاق عدم مشروعیت، شامل تمام این فروض می‌شود یا خیر؟ و اینکه معنای «مضی شهر» چیست؟

و اما؛ اقوال در عمره‌ی رجبیه و انجام عمره‌ی مفرده‌ی بین عمره‌ی تمتع و حج تمتع، مباحثی است که مجال مستقلاً را طلب می‌کند.

فهرست منابع

- قرآن کریم (ترجمه مکارم شیرازی)

۱. ابن براج، عبدالعزیز، المهذب، ج ۱، مؤسسه نشر اسلامی، قم ۱۴۰۶.
۲. ابن قدامه، عبد الرحمن، الشرح الكبير، ج ۳، دارالکتب الاسلامیة، بی جا، بی تا.
۳. ابن انس، مالک، الموطأ، دار أحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۶.
۴. البیهقی الکیدری، قطب الدین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم ۱۳۷۴.
۵. سلار، حمزه بن عبد العزیز، المراسم فی الفقه، بی نا، بی جا، بی تا.
۶. حلّی، حسن بن یوسف، ارشاد الازدهان إلى أحكام الإیمان، مؤسسه نشر اسلامی، قم، بی تا.
۷. _____، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مجمع البحوث الاسلامیة، مشهد، ۱۴۱۲.
۸. _____، تذکرة الفقهاء، مؤسسه آل البيت لأحیاء التراث، بی جا، ۱۴۱۴.
۹. _____، مختلف الشیعه، نشر مؤسسه اسلامی، قم، ۱۴۱۳.
۱۰. حلّی، یحیی بن سعید، نزہة الناظر فی الجمعین الاشباه والنظائر، منشورات رضی، قم، ۱۳۹۴.
۱۱. _____، الجامع للشاریح، محققین مترجمین جمعی از فضلاء، مؤسسه سید الشهداء، قم ۱۴۰۵.
۱۲. حلّی، نجم الدین، شرایع الاسلام، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸.
۱۳. حلّی، تقی الدین، الکافی فی الفقه، مکتبة الامام امیرالمؤمنین علیه السلام، اصفهان، ۱۴۰۳.
۱۴. حلّی، فخرالدین (ابن ادريس)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۱، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۰.
۱۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، إحياء التراث العربی، بیروت، بی تا.
۱۶. حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۳۹۱. خویی، ابوالقاسم، موسوعه ۱۷. الامام الخویی (المعتمد)، مؤسسه الخویی الاسلامیة، نجف، بی تا.
۱۷. صدوق، محمد بن علی، من لایحضره الفقیه، ج ۲، جماعة المدرّسین فی حوزة العلمیة، بی جایی تا.
۱۸. طوسی، ابن حمزه، الوسيلة، منشورات مکتبة المرعشی النجفی، قم، ۱۴۰۸.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۱، دارالکتب العربیة، بیروت، ۱۴۰۰.
۲۰. _____، المبسوط، ج ۱، المکتبة المرتضویة، تهران، ۱۳۸۷.
۲۱. _____، الخلاف، ج ۲، مؤسسه نشر اسلامی، بی جا، بی تا.

۲۲. _____، تهذیب الاحکام، ج ۵، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۴.
۲۳. _____، الجمل والعقود، بی نا، بی جا، بی تا.
۲۴. _____، الاقتصاد الهادی إلى طریق الرشاد، بی نا، بی جا، بی تا.
۲۵. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة، کتاب الحج، ج ۲، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۸.
۲۶. فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام، مؤسسه نشراسلامی، قم، بی تا.
۲۷. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۸.
۲۸. مرتضی، علی بن حسین، الناصریات، الثقافة والعلاقات الاسلامیه، تهران، ۱۴۱۷.
۲۹. مکی عاملی، شمس الدین محمد، الدروس الشریعة فی الفقه الامامیه، مؤسسه نشراسلامی، قم، ۱۴۱۷.
۳۰. موسوی خمینی، روح الله، موسوعة الامام الخمينی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۳۹۲.
۳۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۰، دار الإحياء التراث العربی، بیروت، ۱۳۶۲.
۳۲. نراقی، احمد، مستند الشیعه، ج ۱۱، مؤسسه آل البيت، قم، بی تا.



تطبیق مبنای امتناع اجتماع امر و نهی در مسئله‌ی نماز در مکان مغضوب

نجمه صباغ پورا

چکیده

یکی از شروط مهمی که در فقه و در باب شروط مکان نمازگزار، سابقه‌ی دیرینه داشته و محل ابتلاء واقع می‌شود، شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار است که در کلمات بسیاری از فقهاء بر آن ادعای اجماع شده است. اما اشکالاتی بر این ادعا وارد می‌شود که از جمله می‌توان به کلام فضل بن شاذان مبنی بر صحت نماز در مکان غصبی اشاره نمود و از سوی دیگر، ظاهر کلام کلینی که کلام فضل بن شاذان را نقل کرده اما تعلیقه‌ای بر آن نزنده است؛ و این، حکایت از آن دارد که مرحوم کلینی کلام فضل را پذیرفته باشد. همچنین شرط حجیت اجماع این است که کاشف از رأی معصوم علیه السلام باشد. در حالی که چنین شرطی ثابت نیست؛ زیرا اکثر مجمعین، برای شرطیت اباحه‌ی مکان مصلی بر وجه عقل، به امتناع اجتماع امر و نهی در شیء واحد استناد کرده‌اند. بنابراین اجماع تعبدی نیز ثابت نیست. مهمترین دلیل بر شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار، دخول این مسأله در بحث امتناع اجتماع امر و نهی است که در ابتدا استدلال صاحب کفایه برای اثبات امتناع اجتماع امر و نهی ذکر شده و بعد از آن، دخول و تطبیق این مسأله در بحث مذکور بیان گردید. و سپس برای روشن شدن بحث، آنچه احتمال انطباقش با عنوان غصب وجود دارد - مثل قرائت و اذکار، قیام و رکوع و سجود و... - مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: مکان نمازگزار، اباحه، غصب، امتناع اجتماع امر و نهی.

مقدمه

در نوشتار حاضر با عنوان «تطبیق مبنای امتناع اجتماع امر و نهی در مسأله‌ی نماز در مکان مغضوب» سعی شده است که پس از بیان مفاهیم کلی و ادله‌ی شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار، برای روشن شدن بحث آنچه احتمال انطباقش با عنوان غصب وجود دارد مطرح گردد.

برای روشن شدن بحث، ابتدا به مفهوم‌شناسی کلمات اباحه و مکان پرداخته می‌شود. پس از آن، ادله‌ی شرطیت اباحه بیان می‌گردد و آن‌گاه در تطبیق مبنای امتناع اجتماع امر و نهی، مواردی که احتمال تطبیق آن با عنوان غصب است، بررسی خواهد شد.

بیان مباحث

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. اباحه

یکی از مفاهیمی که در بحث شرطیت اباحه‌ی مکان مورد توجه قرار می‌گیرد، مفهوم اباحه است.

۱-۱-۱. معنای لغوی

واژه‌ی «اباحه» مصدر باب افعال از ماده‌ی «بوح» است و فعل آن، «باح الشيء بیوح» به معنای آشکار شدن است. فعل «باح» با حرف، متعدی می‌شود مانند: «باح بسر» یعنی راز او را آشکار کرد (فیومی، مصباح المنیر، ص ۶۵).

برای اباحه با توجه به الفاظ متضادی که با آن وجود دارد، چندین معنا ذکر کرده‌اند مانند حلال کردن، رها کردن، گسترش دادن و آشکار نمودن.

فراهیدی در «العین» می‌نویسد: اباحه، شبیه غنیمت گرفتن است (فراهیدی، خلیل بن

احمد، کتاب العین، ج ۳، ص ۳۱۱).

ابن فارس هم می‌نویسد: «بوح» یک ریشه دارد که معنایش گسترش، نمود و روشنی

شیء است (احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، ج ۱، ص ۳۱۵).

فیروز آبادی می‌گوید: چیزی را بر تو اباحه کردم یعنی آن را بر تو حلال نمودم (فیروز آبادی، القاموس المحيط، ج ۱، ص ۴۴۴).

زیبیدی در شرح کلام وی می‌گوید: یعنی خوردن آن چیز یا انجامش یا تملکش را بر تو مجاز کردم (واسطی، تاج العروس، ج ۴، ص ۱۷).

ابن فارس می‌نویسد: اباحه‌ی شیء یعنی اینکه آن چیز بر او ممنوع نیست بلکه در وسعت و بدون تنگناست (احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، ج ۱، ص ۳۱۵).

جوهری در «صحاح» چنین آورده است: مباح، مخالف محظور است؛ چیزی را برای تو مباح کردم یعنی برای تو حلال نمودم (جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه، ج ۱، ص ۳۵۷).

اما برخی از اهل لغت چنین حکایت کرده‌اند که اباحه در اصل به معنای «ظاهر کردن شیء برای بیننده» است تا هرگاه آن را خواست در برگیرد، چنان‌که «باح بسره» (سر خود را آشکار کرد) نیز از همین باب است (واسطی، تاج العروس، ج ۴، ص ۱۷).

حاصل آنکه؛ به نظر می‌رسد می‌توان همه یا بیشتر معانی فوق را به همان معنای «آشکار کردن» برگردانید.

۱-۲. معنای اصطلاحی

اباحه در بین فقهاء در چند معنا به کار رفته است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

معنای نخست: «اباحه‌ی تکلیفی» که خود به دو قسم تقسیم می‌شود:

الف) اباحه‌ی بالمعنی الأخص؛ که عبارت است از حکم شارع به تساوی بین فعل و ترک برای مکلفین، مثل مباح بودن طعام اهل کتاب برای مسلمانان در آیه‌ی «الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلٌ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلْلٌ لَهُمْ» (مائده/۵). امروز همه‌ی رزق‌های پاکیزه‌ی خدا برای شما حلال شد و طعام اهل کتاب [که مخلوط با مواد حرام و نجس نیست] بر شما حلال و طعام شما نیز بر آنان حلال است.

شهید ثانی در شرح کلام شهید اول - که می‌فرماید: مباح به معنای اخصّ، آن است که از وجه رجحان خالی باشد - می‌گوید: مباح آن است که از دو طرف رجحان خالی باشد؛ یعنی نه راجح باشد و نه مرجوح، تا اینکه اباحه به معنای اخصّ تحقق یابد (الروضة البهية، ج ۳، ص ۲۲۰).

شهید سید محمد باقر صدر می‌نویسد:

اباحه یعنی باز بودن میدان در پیش روی مکلف تا آنچه می‌خواهد اختیار کند. بنابراین مکلف آزادانه انجام دادن یا ترک کار را انتخاب می‌کند (صدر سید محمد باقر، دروس فی علم الأصول، ج ۱، ص ۱۶۵).

ب) اباحه بالمعنی الاعم (جواز فعل بدون حرمت ترك آن)؛ اباحه به معنای اعم گاه بر مطلق افعال جایز غیر الزامی، اطلاق می‌گردد که شامل مباح، مکروه و مستحب می‌شود؛ و گاه بر مطلق افعال غیر ممنوع، که واجب را نیز در بر می‌گیرد (مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، فرهنگ فقه فارسی، ج ۱، ص ۲۲۲).

تعریف‌های دیگری نیز از اباحه شده است، فخر المحققین می‌نویسد:

کار مباح چیزی است که اگر انسان قادر بخواهد، آن را انجام می‌دهد و شرعاً نه انجام دادن آن بر ترکش رجحان دارد و نه ترکش بر انجام آن (حلی، فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۵۱). اباحه گاهی نیز بر مطلق «عدم منع» که شامل وجوب است، اطلاق می‌گردد. چنان‌که گاهی بر عدم جعل حکم هم اطلاق می‌شود؛ مثل اباحه‌ی قبل از شرع. گاهی بر اعم از این اقسام یا بخشی از این اقسام اطلاق می‌گردد که این نیز اباحه‌ی به معنای اعم نام دارد؛ ولی با اختلاف در اعم بودن.

محقق عراقی درباره‌ی امری که بعد از منع یا هنگام توهّم منع، وارد شده، چنین می‌گوید: از این امر استفاده می‌شود که در انجام دادن فعل یا اباحه‌ی آن به معنای اعم - که جامع بین وجوب و استحباب و اباحه‌ی به معنای اخص است - منعی وجود ندارد (نهایة الافکار، ج ۱، ص ۲۱۰).

معنای دوم: «حکم عقل به اباحه‌ی عقلی»؛ یعنی از نظر عقل، انجام دادن کار، قبح و

مذمتی ندارد، یا معذور بودن مکلف و عدم استحقاق عقاب؛ در مقابل انجام دادن کاری که عقل به قبح یا استحقاق عقاب آن حکم می‌کند. این را اباحه‌ی عقلیه و گاهی نیز برائت عقلیه می‌گویند.

محقق نراقی گفته است:

تخیر بر دو قسم است: یکی تخیری که با حکم شارع ثابت شده است و دیگری تخیری که با حکم عقل ثابت می‌شود، نه به این معنا که عقل حکم کند که شارع حکم به تخیر کرده است، بلکه به این معنا که هرگاه شارع هیچ حکمی ندارد، مکلف، در آن مورد آزاد است و این، غیر از حکم شرعی است. خلاصه اینکه تخیر مکلف، گاهی ناشی از حکم شارع به اباحه است که این از احکام شرعی به حساب می‌آید و گاهی ناشی از نبود حکم شارع است و این تخیر حکم عقل است نه شرع، و یکی از دو معنای اباحه‌ی عقلیه محسوب می‌شود. معنای دیگر آن، حکم عقل است به اختیار شرعی و این حکمی شرعی است که با عقل ثابت می‌شود (نراقی، مولی احمد، عوائد الایام، ص ۳۶۸).

معنای سوم: «مأذون بودن و استحقاق تصرف»؛ این مطلب، در مقابل غضب و حرمت تصرف در مال غیر است. مانند اباحه‌ی استفاده از خوردنی یا آشامیدنی که میزبان، جلوی میهمان قرار می‌دهد، یا اباحه‌ی استفاده‌ی عباراز میوه‌های آویزان برگذرگاه و یا بهره بردن از مباحات عامه؛ به این اباحه، اباحه‌ی مالکیه یا حقیه گفته می‌شود.

باید توجه داشت که مراد از اباحه در موضوع محل بحث، همین معنا می‌باشد.

محدّث بحرانی در این زمینه می‌نویسد:

بین فقهای ما مشهور است که در مکان نمازگزار، اباحه شرط می‌باشد، مقصود ما از اباحه در اینجا معنای مقابل غضب است. پس هر مکانی که عین یا منفعت آن مملوک بوده و به هر نوعی از اقسام اذن، مأذون باشد - اذن صریح خصوصی یا عمومی یا اذن به فحوی یا به شاهد و قرینه‌ی حالیه - داخل در معنای اباحه است (بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره، ج ۷، ص ۱۶۲). اذن یعنی رضایتی که قبل از انجام دادن کاری، از ناحیه‌ی صاحب حق ابراز می‌شود و به واسطه‌ی آن، ممنوعیت آن کار برداشته می‌شود. از این رو حلبی گفته

است: «إذن مالک با گفتار یا چیزی که جانشین گفتار باشد، دلیل اباحه تصرف است» (حلبی، ابوالصلاح، تقی‌الدین، الکافی فی الفقه، ص ۳۲۲).

همه‌ی معانی اباحه نزد فقها در مناسبت با معنای لغوی، اشتراک دارند، ولی این معانی به لحاظ نوع اطلاق و سعه و نیز از لحاظ موضوعی که اباحه به آن تعلق می‌گیرد، متفاوت است.

۱-۲. بررسی مفهوم مکان

یکی دیگر از واژگانی که در این بحث مورد توجه قرار می‌گیرد، واژه‌ی «مکان» است لذا معنای لغوی و اصطلاحی آن بیان می‌شود:

۱-۲-۱. معنای لغوی

از کلمات لغویون استفاده می‌شود که «مکان» از ماده‌ی «الکون» به معنای «حدث و اتفاق» است.

فراهیدی در مورد این واژه می‌نویسد: واژه‌ی «مکان» که جمع آن «أمكنه» است به معنای «موضع و جایگاه» بوده، مشتق از فعل «کان یکون» می‌باشد و از آنجا که حرف «میم» در آن کثرت استعمال داشته، توهم شده که از حروف اصلی این واژه باشد پس «تمکن» به کار رفته است» (فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین؛ ج ۵، ص ۴۱۰).

جوهری (جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة؛ ج ۶، ص ۲۱۹۱ - ۲۱۸۹). ابن فارس (ابوالحسین، احمد بن فارس، معجم مقانیس اللغة، ج ۵، ص ۱۴۸). و واسطی (واسطی، حسینی، سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱، ص ۴۸۷). نیز همین نکات را بیان کرده‌اند.

ابن منظور بعد از ذکر مطالب فوق، این چنین نوشته است:

گفته شده که «میم» در «مکان» اصلی است، گویا از «التمکن» و نه «الکون» گرفته شده است. آنچه این نظر را تقویت می‌کند این است که جمع مکسر آن بروزن افعله است. البته سیبویه جمعی آن را «امکن» حکایت می‌کند حال آنکه این زائد در دلالت است، مضافاً بر اینکه وزن کلمه، «فعال» و نه «مفعل» است (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۳۶۵ - ۳۶۳).

فیومی نیز در مورد این واژه می‌نویسد:

«مکان» لفظ مذکر جمع آن «امکنه» و در موارد اندکی «امکن» است. همچنین؛ مؤنث این کلمه، «مکانه» و جمع آن «مکانات» و معنای آن «موضع بودن و حاصل شدن شیء» است (فیومی، احمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۵۴۵).

۱-۲-۲. معنای اصطلاحی

در مباحث فقهی واژه‌ی «مکان» به سه معنا (خوبی، سید ابوالقاسم، موسوعه الامام الخوئی، ج ۱۳، ص ۷ و ۸). اطلاق شده است:

الف) آنچه شیء بر آن مستقر و ثابت می‌شود که همانند وعاء و ظرفی برای آن شیء محسوب می‌گردد. از جمله احکامی که مختص به این معنا از «مکان» است، اشتراط استقرار مکان نمازگزار یا طهارت مکان نمازگزار است.

ب) فضا و جای خالی‌ای که انسان در قیام و قعود و رکوع و سجودش آن فضا را اشغال می‌کند. از جمله احکامی که اختصاص به این معنای دوم دارد، شرطیت عدم وقوع نماز در زیر سقفی است که در شُرْف انهدام و سقوط باشد.

ج) جامع بین دو معنای قبل است.

۲. شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار

مشهور فقهای امامیه، قائل به شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار هستند و در موارد علم به غضب مکان و اختیار، حکم به بطلان نماز در مکان غضبی نموده‌اند.

به عنوان مثال می‌توان در این زمینه به کلام صاحب «مفتاح الکرامه» اشاره نمود، ایشان می‌نویسد:

اگر در مکان مغضوب نماز بخواند در حالی که عالم به غضب و نیز مختار باشد نمازش

باطل است (عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۶، ص ۱۳۰).

نظر صاحب عروه نیز این است که مراد از مکان نمازگزار عبارت است آنچه از فضا - در ایستادن و نشستن و رکوع و سجودش و مانند آن - اشغال کرده و بر آن مستقر می‌شود و

در آن اموری شرط است که یکی از آنها اباحه‌ی مکان است، پس نماز در مکان غضبی باطل است، خواه غضب به عین یا منافع مکان تعلق گیرد، مثل اینکه مکان، مورد اجاره باشد و شخص بدون إذن مستاجر در آن نماز بخواند، هرچند از طرف مالک مأذون باشد، یا اینکه حقی همچون حق رهن و... به آن مکان تعلق گیرد (یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، عروه الوثقی، ج ۱، ص ۵۷۵).

همچنین مشهور فقهای معاصر پس از صاحب عروه نیز قائل به شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار و بطلان نماز در مکان غضبی شده‌اند (به عنوان مثال: حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک عروه الوثقی، ج ۵، ص ۴۱۶ و سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الاحکام، ج ۵، ص ۳۷۹ و خوبی، سید ابوالقاسم موسوی، موسوعه الامام الخویی، ج ۱۳، ص ۸).

۲-۱. ادله‌ی شرطیت مکان نمازگزار

۲-۱-۱. اجماع

معروف و مشهور بین فقها شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار است، بلکه در کلمات بسیاری از فقها ادعای اجماع بر آن شده است.

در «نهایة الاحکام» و «الناصریات» بر اساس آنچه نقل شده تعبیر «عِنْدَ عُلَمَاءِنَا أَجْمَعٍ» به کار برده شده و در کتب «منتهی»، «تذکره» و «مدارک» از تعبیر «عِنْدَ عُلَمَاءِنَا» استفاده شده است. همان طور که در کتب «دروس»، «بیان» و «جامع المقاصد» تعبیر «عِنْدَنَا» و در کتاب «الغرّیة» تعبیر «عِنْدَ الشَّیْعَةِ» به کار رفته است (عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۶، ص ۱۳۰).

سید مرتضی در «ناصریات» بر بطلان نماز در مکان مغضوب ادعای اجماع کرده است؛ عبارت ایشان بیانگر این است که جمیع أصحاب شیعه و نیز معمول متکلمین از معتزله - مانند ابوعلی و ابوهاشم و بقیه‌ی محققین معتزلی - نماز در مکان غضبی را باطل می‌دانند ولی عده‌ای شاذّ از معتزله - مثل ابواسحاق نظام و نیز سایر فقهاء، یعنی فقهای عامه غیر از اکثر متکلمین معتزله - قائل به صحت نماز در مکان مغضوب‌اند (شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، المسائل الناصریات، ص ۲۰۵).

شیخ طوسی نیز در خلاف، فقهای عامه را در مقابل متکلمین معتزله و شیعه قرار داده است: فقهای عامه، نماز در مکان مغضوب را صحیح می‌دانند ولی متکلمین و همچنین فقهای شیعه، این نماز را باطل می‌دانند (طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۱، ص ۵۰۹).

مناقشه در اجماع

با وجود چنین ادعایی برای اجماع بر شرطیت اباحه‌ی مکان، اشکالاتی هم در این دلیل وجود دارد که در ذیل به آن می‌پردازیم:

اشکال اول: عدم ثبوت اجماع

چنین اجماعی ثابت نیست؛ زیرا ظاهر کلام شیخ کلینی در «کافی»، برخلاف آن است. بیان مطلب اینکه: مرحوم کلینی در کافی، به مناسبت بحث طلاق، کلامی را از فضل بن شاذان نقل می‌کند. ایشان در آنجا می‌نویسد: نماز در لباس غضبی و مکان غضبی، صحیح است. مرحوم کلینی مقدمه‌ای را از شخصی به نام حمدان قلانسی نقل می‌کند - که از اصحاب به شمار می‌رود - حمدان می‌گوید: شخصی از اهل سنت به نام عمر بن شهاب عبدی به من گفت: اصحاب تراز کجا می‌پندارند که اگر کسی همسرش را سه طلاقه 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: اگر چنین است، پس درباره‌ی زنی که بر کتاب و سنت طلاق داده شده و از خانه خارج شده است، چه می‌گوئی؟ آیا از عده‌اش شمرده نمی‌شود و عده‌اش باطل است؟! مثلاً زن در ایام عده کلاً بیرون از خانه بوده است، آیا در اینجا باز هم می‌گوییم: باید دوباره عده بگیرد؛ چون خداوند متعال می‌فرماید: «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ» (طلاق ۱). (آن زنان را از خانه‌هایشان خارج نکنید و آنها نیز نباید خارج شوند)؟ چطور نهی در اینجا فساد نمی‌آورد اما در آنجا فساد آوراست؟!!

حمدان می‌گوید: من به او جوابی دادم لکن این جواب خودم را نیز قانع نکرد. لذا ایوب بن نوح را دیدم و این مسأله را از ایشان پرسیدم، گفت: ما متعبد به نص هستیم، آنجا گفته: درست است و آنجا گفته: درست نیست. سپس می‌گوید: علی بن راشد و معاویه

بن حکیم را دیدم و از آنها هم پرسیدم و هریک از آنها هم جوابی دادند که جواب آنها را هم نقل می‌کند. ظاهراً بعد از آن، خود کلینی می‌نویسد: فضل بن شاذان، وارد این بحث می‌شود که بین مثل «لا تصل فی الحریر و لا تصل فی المكان المغصوب» با «لا تخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ» فرق است: هنگامی که شخصی بدون اذن مالک، داخل خانه‌ای شد و در آن خانه، نماز خواند، نسبت به داخل شدن در خانه عاصی است و لکن نمازش صحیح است؛ زیرا اباحه‌ی مکان از شرایط نماز نیست به جهت اینکه نهی از غضب کردن مکان در هر حالی (چه در حال نماز یا غیر نماز) بر مکلف ثابت است. همچنین اگر مردی، لباسی را غضب کند یا بگیرد و بدون اذن صاحبش بپوشد، نمازش صحیح است و تنها در پوشیدن این لباس، عاصی است. زیرا مباح بودن لباس از شرایط نماز به شمار نمی‌رود؛ زیرا نهی از غضب کردن لباس چه در نماز یا غیر نماز بر او ثابت است (کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. الکافی ط دار الحدیث، ج ۱۱، ص ۵۶۵).

باید توجه داشت ظاهر کلام کلینی - که کلام فضل بن شاذان را نقل کرده و تعلیقه‌ای بر آن زده - این است که این کلام فضل را پذیرفته است. بنابراین ثبوت چنین اجماعی با مخالفت شخصی همچون کلینی، نقض می‌گردد.

اشکال دوم: عدم ثبوت شرط حجیت اجماع

شرط حجیت اجماع این است که کاشف از رأی معصوم علیه السلام باشد، حال آنکه چنین شرطی ثابت نیست؛ زیرا اکثر مجمعین، برای شرطیت اباحه‌ی مکان مصلی بروجه عقل، به امتناع اجتماع امر و نهی در شیء واحد استناد کرده‌اند (نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۸، ص ۲۸۵). بنابراین اجماع تعبدی ثابت نیست.

۲- ۱- ۲. امتناع اجتماع امر و نهی در شیء واحد

مهمترین دلیلی که قائلین به بطلان نماز در مکان غضبی به آن تمسک کرده‌اند، امتناع اجتماع امر و نهی در شیء واحد است.

اکثر اصولیون در بحث اجتماع امر و نهی، امتناعی هستند. از جمله مشهورترین قائلین

به امتناع اجتماع امر و نهی در شی واحد، آخوند خراسانی است (آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الأصول (طبع آل البيت)، ص ۱۵۸). در میان استدلال‌هایی که برای امتناع اقامه شده، محکم‌ترین و مختصرترین آنها، استدلال وی در کفایة الاصول است (آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الأصول (طبع آل البيت)، ص ۱۵۸ تا ۱۶۰). که مهمترین مقدمات آن عبارتند از:

الف) احکام خمس (وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه) با هم در تضاد هستند؛ یعنی این احکام، هنگامی که به مکلف ابلاغ شده و به مرحله‌ی فعلیت می‌رسند نمی‌توانند در شیء واحد و زمان واحد اجتماع کنند، چرا که نمی‌توان در زمان واحد، هم به سویی یک شیء بعث صورت گیرد و هم از آن منع و زجر شود یعنی ممکن نیست مولی هم یک شیء را بخواهد و در همان زمان آن را نخواهد و لذا چنین تکلیف کردنی محال است.

ب) متعلق احکام، فعل مکلف است؛ یعنی آنچه در خارج از او صادر می‌شود نه اسم و عنوان فعل، مثلاً این عنوان و ماهیت و مفهوم کلی "صلاه" نیست که متعلق وجوب است، آنچه واجب بوده و متعلق وجوب است "صلاه" خارجی است و اینکه در ظاهر می‌بینیم وجوب به "صلاه" کلی و عنوان "صلاه" خورده است، به این دلیل است که شارع عنوان مزبور را وسیله‌ای برای اشاره به صلاه‌های خارجی قرار داده است؛ یعنی وسیله‌ای برای حکایت از متعلق واقعی وجوب است. در نتیجه نمی‌تواند هم مورد نهی و هم مورد امر باشد هرچند این تعلق تکلیف به فعل خارجی از مجرای دو عنوان کلی مستقل باشد، چون معنایش آن است که هم محبوب است و هم مبعوض و چنین چیزی ممکن نیست.

ج) تعدد وجه و عنوان، باعث تعدد معنون و مسمی نمی‌شود و چه بسا عناوین فراوانی بریک معنون و مصداق، منطبق و صادق باشند و از یک معنون حکایت کنند. این مطلب با مراجعه به وجدان، روشن می‌شود. زیرا ملاحظه می‌کنیم که مثلاً برزید هم عنوان فقیه منطبق است و هم عنوان هاشمی و عادل و... در حالی که زید که شخص واحدی بیش نیست.

بهترین شاهد برایین مدعا وجود اقدس باری تعالی است که قطعاً و به حکم براهین متعدّدی که در توحید ذاتی در بخش واحدیت و احدیت اقامه شده است، او، هم واحد است و هم احد، هم فرد است و هم و ترو بسیط الحقیقه از جمیع جهات و نیز واحد به وحدت حقّه‌ی حقیقیّه است به گونه‌ای که هیچ جهت کثرتی در آن وجود راه ندارد، نه کثرت درون ذاتی که نشانه‌ی ترکیب است و نه کثرت برون ذاتی که نشانه‌ی کثرت و شرک است. و مع الوصف که يك ذات واحد احد فرد و ترصد در صد بسیط است، جمیع اسماء حسنی و صفات علیا (چه صفات جمال و ثبوتی از قبیل علم و قدرت و اراده و... و چه صفات سلبی و جلالی از قبیل: جسم نبودن، مرکب نبودن و...) برای آن ذات، ثابت و بر آن ذات صادق است. البته این عناوین از جهت مفهومی با یکدیگر مغایرت دارند، ولی از حیث مصداقی هیچ مغایرتی میان آنها نیست و تمام آنها به يك وجود موجودند و همه عین یکدیگر و عین ذات هستند (توحید صفاتی).

وقتی عناوین متعدّد بر ذات واحد بسیط من جمیع الجهات صدق کند، پس بر ذوات دیگر که جهت کثرتی در آنها وجود دارد به طریق اولی قابل صدق است. بنابراین، تعدّد عنوان موجب تعدّد معنون نمی‌شود.

د) موجود به وجود واحد، تنها ماهیت واحد دارد، بنابراین برای هر دو مفهوم متصادق بر یک موجود، ماهیت جداگانه‌ای وجود ندارد، لذا اگرچه بر مجمع، متعلق امر و نهی صدق می‌کند لکن همان طور که از نظر وجود، واحد است، از نظر ماهیت و ذات نیز واحد خواهد بود و قول به اصالة الوجود یا اصالة الماهية موجب تفاوتی در این مطلب نمی‌شود. سپس صاحب کفایه از مقدمات فوق نتیجه می‌گیرد که تعلق امر و نهی به معنون واحد ولو به واسطه‌ی دو عنوان باشد، محال است.

از دیگر قائلین به امتناع امر و نهی در شیء واحد، محقق حائری در «الفصول الغریبه» است. ایشان بعد از آنکه قول به عدم جواز را قول معروف بین امامیه می‌داند، به بیان دلیل خویش می‌پردازد که عمده‌ی آن همان دلیلی است که آخوند خراسانی بیان کرده است؛ خلاصه‌اش این است که امر و نهی به طبایع مجردة تعلق نمی‌گیرد از این رو معقول

نیست که شارع، ماهیت مجرده را متعلق تکلیف قرار دهد، زیرا در این صورت تکلیف به غیر مقدور پیش می‌آید. بنابراین متعلق تکالیف، وجودات خارجی است که واحد شخصی می‌باشد. در این صورت چنانچه امر و نهی به این وجود خارجی واحد متعلق شوند، اجتماع ضدین پیش می‌آید که بالضرورة باطل است (حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم، الفصول الغریبه، ص ۱۲۵).

۳. تطبیق مبنای امتناع اجتماع امر و نهی در مسأله‌ی نماز در مکان مغضوب
در اینجا برای روشن شدن بحث، آنچه را که احتمال انطباقش با عنوان غصب وجود دارد، مطرح می‌کنیم:

۳-۱. قرائت و اذکار نماز

شبهه این است که تکلم مشتمل بر حرکت دادن لب و زبان، در فضای مغضوب است و این حرکت به گونه‌ای تصرف در فضا محسوب می‌شود همچنین مشتمل بر ایجاد موج در فضا است که این نیز نوعی تصرف در فضا به شمار می‌رود (همان).

مرحوم صدر در «بحوث» می‌نویسد: در روایات، عنوان غصب، مرکز و مصب حرمت قرار نگرفته است. به تعبیر دیگر، دلیل لفظی مطلق در حرمت تصرف در مال غیر وجود ندارد، لکن با توجه به اینکه عنوان تصرف در معتبره‌ی اسدی آمده است و اطلاق دارد، احتمال دارد مراد وی همین ارتکاز عقلایی بر عدم حرمت مطلق تصرف در مال غیر باشد (صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، ج ۳ ص ۴۹).

این شبهه و ادعا این چنین دفع می‌شود که: (شهیدی پور، کتاب الصلاة، ج ۴، ص ۳۲).
اولاً: حرکت دادن زبان و دهان در فضای غصبی عرفاً تصرف در مال غیر محسوب نمی‌شود.
ثانیاً: بر فرض که عرفاً تصرف صدق کند، از آنجا که حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن حکمی تعبدی محض نیست بلکه بر اساس ارتکاز عقلایی است، چنین مواردی را شامل نمی‌شود. لذا این ارتکاز به منزله‌ی قرینه‌ی لَبّی متصل است که موجب انصراف روایاتی همچون مؤثقه‌ی سماعه (عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۵، ص ۱۲۰ / ابواب مکان مصلی، باب ۳).

و معتبره‌ی اسدی (عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۹، ص ۵۴۱ / ابواب انفال، باب ۳). می‌شود.
ثالثاً: حرکت دادن لب، سبب تکلم و تکلم سبب ایجاد موج در فضا است و دلیلی بر حرمت ایجاد موج در فضا وجود ندارد، لذا به عنوان مثال بر همسایه حرام نیست که از هوای خانه‌ی همسایه استفاده کند. آنچه حرام است تصرف در فضای ملک غیر است و این، غیر از تصرف در هوای ملک غیر است و بر آن مصداق تطبیق نمی‌شود.

محقق خویی می‌نویسد: (خویی، سید ابوالقاسم، موسوعة الامام الخوئی، ج ۱۳، ص ۸).
 حقیقت نماز هنگام تحلیل، عبارت است از برخی اذکار (همچون قرائت) و افعال (همچون رکوع و سجود) و در این بین تنها سجود، متحد با غضب است؛ زیرا مفهوم سجود، متقوم به قرار دادن پیشانی بر روی زمین است.

توضیح مطلب اینکه: اذکار (همچون قرائت و تسبیحات) هر چند موجب حرکت و موج در فضا می‌شود که در نتیجه به حسب دقت عقلی، تصرف در فضای غضبی صدق می‌کند لکن به حسب صدق عرفی (که مناط در تعلق احکام شرعیه‌اند) تصرف به شمار نمی‌رود، لذا از نگاه عرف به شخصی که در زمین دیگران تکلم می‌کند چنین گفته نمی‌شود که علاوه بر اصل استیلاء، تصرف اضافه‌ای در ملک دیگران کرده است به گونه‌ای که عقاب شخص متکلم زیادتر از عقاب شخص ساکت باشد. پس اذکار صلاتیه با غضب متحد نیستند. لذا نماز از جهت قرائت و اذکار، اشکالی در صحت آن در مکان مغضوب نیست.

۳-۲. قیام و جلوس و رکوع در نماز

استدلال شده است که این افعال، متحد با بودن و کون در مکان هستند و چون بودن در ملک غیر، از باب تصرف در مال غیر بدون اذن حرام است پس این افعال نیز حرام هستند. لذا بنا بر امتناع اجتماع امر و نهی، تعلق امر بر آنها محال است (نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۸، ص ۱۴۳).

برخی از فقهاء - همچون محقق نائینی و محقق خویی - به این استدلال پاسخ داده‌اند

که آنچه در رابطه با این افعال در نماز واجب است، ذات قیام و رکوع و جلوس است که از مقوله‌ی وضع بوده و عبارت از هیئت حاصله برای جسم به اعتبار اضافه‌ی بعضی از اجزاء به بعض دیگرند. در نتیجه، عنوان غضب بر آنها صدق نمی‌کند، زیرا این عنوان، منتزع از بودن در مکان مغضوب است که از مقوله‌ی «این» می‌باشد و مقوله‌ی «این» و «وضع» از نظر ذات با هم متباین‌اند، در نتیجه اتحاد خارجی این دو محال است (نائبی، محمد حسین، اجود التقریرات، ج ۱، ص ۳۵۲ تا ۳۵۵).

محقق عراقی در این بحث، استدلال دومی را بیان کرده‌اند و آن این است که عنوان حرام، به غضب اختصاص ندارد تا گفته شود که این عنوان غیر از نماز است. بلکه عنوان «تصرف در مال غیر» نیز حرام است؛ و واضح است که افعال صلاتی - همچون قیام و رکوع و سجود - متحد تصرف در مال غیر بوده در نتیجه این افعال نیز حرام به شمار می‌روند. بعلاوه؛ آنچه حرام است استیفاء منافع مال غیر است که اعم از تصرف است، بنابراین مواردی همچون استفاده‌ی از روشنایی نور دیگران، استیفاء محسوب می‌شود حال آنکه تصرف نمی‌باشد. پس این موارد حرام هستند و واضح است که افعال صلاتی همچون قیام و قعود نیز استیفاء بوده و حرام‌اند. بنابراین، حرمت به آنچه واجب شده است، تعلق گرفته است (شهیدی پور، کتاب الصلاة، ج ۴، ص ۳۳).

پاسخ بعضی از معاصرین به وی این است که:

اولاً: اگرچه عنوان تصرف در ملک غیر، حرام است لکن بر افعال صلاتی - همچون قیام و جلوس و رکوع - صدق نمی‌کند؛ زیرا این افعال از مقوله‌ی وضع (ثبوت) بوده و از نسبت بعضی اجزاء انسان با بعض دیگر انتزاع می‌شود حال آنکه تصرف از مقوله‌ی فعل (تغییر) می‌باشد. در مورد عنوان استیفاء هم اشکال همین است که همچون عنوان تصرف متحد با افعالی همانند رکوع و سجود نمی‌باشد.

ثانیاً: دلیلی بر حرمت انتفاع از مال غیر، مادامی که تصرف محسوب نشود، در دست نیست. بنابراین مواردی همچون مطالعه با نور چراغ دیگران یا انتفاع از حرارت آتش دیگران در فضای خارج از ملک وی، حرام نیست، زیرا کلام امام علیه السلام در موثقه‌ی سماعه، ظهور

در این مطلب دارد که آنچه مقدّر است عنوان تصرف و استعمال - و نه مطلق انتفاع - از مال غیر است. منشأ چنین ظهوری این است که آن اثر ظاهری که موافق با ارتکاز عقلایی است همین عنوان تصرف است. مؤید این مطلب، معتبره‌ی اسدی است که در آن عنوان «تصرف» ذکر شده است. مضافاً بر اینکه: در صورت حذف متعلق، لازم است که به قدر متیقن أخذ شود و مفروض این است که متعلق حلیت در موثقه‌ی سماعه، محذوف است (شهیدی پور، کتاب الصلاة، ج ۴، ص ۳۴ و ۳۳).

محقق خوبی در این بحث نوشته است:

«اقا هیئت‌های خاصه همچون رکوع و سجود و مانند آنها، نیز موجب تصرف در مغضوب نیستند زیرا مقدار واجب از این هیئات، خود هیئت است و مجرد این مقدار، مصداق تصرف، نیست. بله، مقدمات این هیئات همچون فرود آمدن و برخاستن، تصرف در مغضوب محسوب می‌شود. لکن این موارد، خارج از ماهیت مأمور هستند. پس آنچه واجب است، مورد نهی نیست و آنچه مورد نهی است مصداق واجب نیست بنابراین، اتحادی بین این دو وجود ندارد» (خوبی، سید ابوالقاسم، موسوعه الامام الخوئی، ج ۱۳، ص ۸).

بنابراین از نظری، از جهت قیام، رکوع و سجود اشکالی در صحت نماز در مکان مغضوب نیست.

۳-۳. هوی (در حال خم شدن) به رکوع و سجود و برخاستن برای قیام

شکی نیست که این دو، حرکت و تصرف حرام در ملک غیر به شمار می‌روند، زیرا از مقوله‌ی «این» هستند. تنها محقق نائینی، هوی به رکوع را از مقوله‌ی «وضع» دانسته است (نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، ج ۲، ص ۴۲۶) به این نحو که هوی به رکوع متشکل از وضع‌های متصل و به هم پیوسته است. پس مصداق تصرف محسوب نمی‌شوند.

بنا بر نظر مشهور که هوی به رکوع و سجود، تصرف در ملک غیر محسوب می‌شوند، برای واجب بودن هوی به رکوع و سجود به دو وجه استدلال شده است: (شهیدی پور، کتاب الصلاة (غیرمطبوع)، ج ۴، ص ۳۴).

الف) آنچه در نماز واجب است، احداث و ایجاد رکوع و سجود است؛ زیرا متفاهم عرفی از خطابات شرعی - مثل «وَأَرْكَعُوا مَعَ الرَّائِعِينَ» (بقره/۴۳) - که امر به رکوع و سجود می‌کند، همین مطلب است، لذا در صورتی که مکلف در حال سجود نماز باشد و آیه‌ی عزیمت را تلاوت کند واجب است، سرش را از زمین برداشته پس بار دیگر بر زمین قرار دهد. بنابراین در محل بحث نیز احداث رکوع، متقدم به هوی از حال قیام به حال رکوع است همان‌طور که احداث سجود، متقوم به وقوع بر زمین است؛ پس هوی به رکوع، جزئی از رکوع واجب و وقوع بر زمین، جزئی از سجود واجب است.

مناقشه‌ی بعضی از معاصرین به استدلال فوق: اینکه واجب، احداث رکوع و سجود است به این معنا نیست که مقدمه‌ی رکوع و سجود هم داخل در حقیقت واجب است (شهیدی پور، کتاب الصلاة (غیرمطبوع)، ج ۲، ص ۳۵)، زیرا «احداث» عبارت است از ایجاد حدوث و «حدوث» به معنای وجود مسبق به عدم است و این مطلب به معنای أخذ علت یک شیء در حقیقت آن شیء نیست.

ب) محقق خوبی در بحث رکنیت قیام قبل از رکوع بدین نحو استدلال کرده است که مقوم صدق رکوع در حق مکلفی که ایستاده نماز می‌خواند این است که رکوعش مسبق به قیام باشد. لذا در صورتی که رکوع را فراموش کند تا اینکه برای سجود بنشیند، سپس متذکر شده بدون قیام به حالت رکوع بازگردد، رکوع در حق این شخص، صدق نمی‌کند. بنابراین، مقوم صدق رکوع، «هوی از حالت قیام به رکوع» است؛ در نتیجه اشکال اتحاد نماز با غضب، به لحاظ اشتغال نماز بر هوی، شکل می‌گیرد (شهیدی پور، کتاب الصلاة (غیرمطبوع)، ج ۴، ص ۳۳).

مناقشه‌ی مرحوم امام استدلال فوق این است که (همان): بعید نیست ملتزم شویم که از نظر عرف و لغت، هوی، در مفهوم رکوع دخالتی ندارد. لذا بر کسی که بدون قصد رکوع، شروع به هوی به رکوع نماید، سپس قصد رکوع کرده و هوی را تا حد رکوع ادامه دهد، صدق می‌کند که رکوع کرده است و ظاهراً این است که رکوع بر این هیئت خاص صدق می‌کند و اگر از عرف پرسیده شود که شخصی که در این هیئت دیده می‌شود، در چه حالی است؟

عرف پاسخ می دهد: در حال رکوع است، گرچه نمی داند که آن شخص هوی به رکوع انجام داده است و ظاهر کلمات لغویون این است که رکوع همان انحناء و قوس پیدا کردن است. ظاهر بعضی از نصوص همچون موثقه‌ی عمار این است که هوی به رکوع، غیر از رکوع است. عَنْ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَنْسَى الْفُتُوتَ فِي الْوُثْرِ أَوْ غَيْرِ الْوُثْرِ فَقَالَ علیه السلام - لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَقَالَ إِنَّ ذِكْرَهُ وَقَدْ أَهْوَى إِلَى الرَّكُوعِ - قَبْلَ أَنْ يَضَعَ يَدَيْهِ عَلَى الرُّكْبَتَيْنِ - فَلْيَرْجِعْ قَائِمًا وَلْيَقْنُثْ ثُمَّ لْيَرْكَعْ - وَإِنْ وَضَعَ يَدَهُ عَلَى الرُّكْبَتَيْنِ - فَلْيَمُضْ فِي صَلَاتِهِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ (عاملی، حر، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۶، ص ۲۸۶).

در مورد شخصی سؤال شد که قنوت در نماز را فراموش کرده، امام علیه السلام فرمودند: نماز او صحیح است و چیزی براو نیست، دوباره سوال شد: اگر در حال هوی به رکوع یادش بیاید چه کند؟ امام علیه السلام فرمودند: اگر قبل از اینکه دستانش را برزانوانش بگذارد یادش آید، باید برگردد بایستد و قنوت را انجام دهد و سپس به رکوع برود و اگر دست به زانو گذاشته و یادش آمده، پس نمازش را ادامه دهد و چیزی براو نیست. بنابراین از دیدگاه ایشان از جهت هوی، نماز در مکان غصبی اشکالی ندارد.

۳-۴. استقرار در نماز

محقق اصفهانی استقرار در نماز را با غصب که همان بودن در مکان مغصوب است، متحد دانسته‌اند؛ زیرا استقرار هنگام قیام در حالت قرائت و ذکر واجب قیام، واجب است. همچنین در هنگام جلوس در حالت تشهد نیز واجب می باشد لذا با غصب اتحاد دارد (شهیدی پور، کتاب الصلاة، ج ۴، ص ۳۳).

در مقابل، بعضی از معاصرین (همان). به مناقشه‌ی کلام محقق اصفهانی پرداخته و استقرار را متحد با غصب ندانسته‌اند؛ زیرا استقرار واجب در نماز تنها به معنای طمأنینه و عدم حرکت اعضاء بدن است و این حالت خود مکلف با قطع نظر از بودن وی در مکان است. بنابراین در مواردی که مکلف در مکانی نباشد بلکه در فضا سیر می کند (همچون موارد نماز خواندن در هواپیما و قطار در هنگام سفر) نیز تحفظ بر استقرار مقدور وی

می‌باشد، بنابراین آنچه واجب است نفس استقرار است، نه استقرار در مکان. در نتیجه با غضب، اتحاد ندارد و صحت نماز با اشکالی مواجه نیست.

۳-۵. سجود

یکی از اجزاء بحث برانگیز نماز در محل بحث، سجود است. ابتدا بایستی اشاره کنیم که در رابطه با ماهیت سجود، بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد و می‌توان در این مورد، به دو دیدگاه کلی اشاره کرد:

دیدگاه اول: برخی همچون محقق خویی، حقیقت سجده را عبارت از وضع پیشانی و بقیه‌ی مساجد سبعة بر زمین دانسته‌اند. اینان مفهوم وضع را متقوم به اعتماد و القاء ثقل بر زمین دانسته و مجرد مماسه با زمین را در تحقق سجود، کافی نمی‌دانند (خویی، ابوالقاسم، مصباح‌الأصول، ج ۲، ص ۱۹۹-۱۹۸).

دیدگاه دوم: برخی همچون آیت الله سیستانی معتقدند در تحقق سجود، مجرد مماسه با زمین کفایت می‌کند و صدق سجود متوقف بر القاء ثقل بر زمین و اعتماد بر آن نیست، لذا اگر مکلف از منطقه‌ی جاذبه زمین خارج شده و در فضاء به هیئت سجود درآید، بر حرکت او سجده صدق می‌کند (شهیدی پور، کتاب الصلاة، ج ۴، ص ۳۸).

بعد از ذکر این مقدمه می‌گوییم: بر اساس قول به امتناع اجتماع امر و نهی در اینکه سجود در نماز مصداق اجتماع امر و نهی است یا خیر، چند قول وجود دارد که بیان خواهد شد:

قول اول: گروهی از فقهاء از جمله محقق خویی که در مورد ماهیت سجده، دیدگاه اول (اعتماد بر زمین) را برگزیدند، سجود بر زمین را مصداق غضب دانسته، قائل به بطلان نماز در مکان مغضوب شده‌اند، زیرا سجود، اعتماد بر زمین بوده و مجرد مماسه کافی نیست؛ و این اعتماد و اتکاء، نوعی تصرف در زمین محسوب می‌گردد، بنابراین مأمور به (سجود) با منهی عنه (غضب) از حیث وجود متحد می‌شوند و از آنجا که حرام، مصداق واجب واقع نمی‌شود، نماز مشتمل بر سجود، باطل است (شهیدی پور، کتاب الصلاة، ج ۴، ص ۳۸).

قول دوم: محقق اصفهانی معتقد است حتی اگر در سجود، مجرد مماسه را کافی

بدانیم، باز متحد با غضب خواهد بود، زیرا مصداق تصرف در زمین غیر و بودن در آن است، چون مماسه بر زمین که از مقوله‌ی «این» است هر چند مقوم ذات سجود - که از مقوله وضع است - نیست لکن مقوم سجود بر زمین که جزء نماز است، می باشد. به تعبیر دیگر؛ مماسه با زمین به وسیله‌ی قرار دادن پیشانی بر زمین، اگرچه غیر از هیئت سجود است اما شرعاً معتبر در جزء نماز است. در نتیجه نماز در مکان مغضوب صحیح نیست (شهیدی پور، کتاب الصلاه، ج ۴، ص ۳۸).

قول سوم: سید محمد روحانی در «منتقی الاصول» بر این باور است که حتی اگر مقوم سجود را اعتماد بر زمین بدانیم اتحاد آن با غضب ثابت نیست، زیرا ثابت نیست که اعتماد بر زمین در مفهوم سجود به نحو جزئیت اخذ شده باشد بلکه ممکن است این اخذ به نحو شرطیت صورت پذیرد؛ یعنی سجود عبارت است از هیئت خاصی که مقید باشد بر اینکه به نحو اعتماد بر زمین تحقق یابد. بنابراین، قید مزبور، خارج از حقیقت سجود است و آنچه داخل در حقیقت سجود قرار دارد تنها تقید به اعتماد بر زمین است. همچنین در صورتی که سجود را مقید به بودنش به نحو مماسه بر زمین بدانیم نیز مطلب همان است و مماسه، داخل در حقیقت سجود نیست. اگر شک کنیم که اخذ اعتماد یا مماسه، در حقیقت سجود، به نحو جزئیت یا شرطیت است در حقیقت شک در تعلق امر به ذات قید داریم و مقتضای اصل، عدم تعلق امر به ذات قید است. بنابراین از نظری، صحت نماز در مکان غضبی دارای اشکالی نیست (روحانی، محمد، منتقی الاصول، ج ۳؛ ص ۱۰۹).

جمع بندی

یکی از شروط مهمی که در باب شروط مکان نمازگزار در فقه، سابقه‌ی دیرینه داشته و محل ابتلاء واقع می شود شرط اباحه‌ی مکان است.

معروف و مشهور بین فقها شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار است، بلکه در کلمات بسیاری از فقهاء ادعای اجماع بر آن شده است. اما اشکالاتی بر این ادعا وارد می شود، از جمله؛ کلام فضل بن شاذان مبنی بر صحت نماز در مکان غضبی، و نیز ظاهر کلام

کلینی که کلام فضل بن شاذان را نقل کرده و تعلیقه‌ای بر آن زده، این است که کلام فضل را پذیرفته است. همچنین شرط حجیت اجتماع این است که کاشف از رأی معصوم علیه السلام باشد، حال آنکه چنین شرطی ثابت نیست؛ زیرا اکثر مجمعین، برای شرطیت اباحه‌ی مکان مصلی بروجه عقل، به امتناع اجتماع امر و نهی در شیء واحد استناد کرده‌اند. بنابراین اجتماع تعبدی ثابت نیست.

مهمترین دلیل بر شرطیت اباحه‌ی مکان نمازگزار، دخول این مسأله در بحث امتناع اجتماع امر و نهی است؛ مشهور فقها قائل‌اند: همه‌ی افعال نماز در مکان مغضوب، مصداق تصرف حرام است، در نتیجه بر اساس مبنای امتناع اجتماع امر و نهی، نماز به هر شکلی در مکان غضبی باطل است (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۸، ص ۲۸۴ و ۲۸۵). در مقابل، عده‌ای همچون محقق خوئی معتقدند: آنچه مصداق تصرف در مال غیر و حرام است، فقط سجود است آن هم فقط در صورتی که حقیقت سجود را اعتماد بر زمین - نه صرف تماس پیشانی با زمین - بدانیم. بنابراین، بطلان نماز در مکان غضبی تنها به موردی اختصاص دارد که نماز مشتمل بر سجود باشد و مثل مواردی همچون نماز میت یا نماز ایمائی که مشتمل بر سجود نیستند، نماز صحیح است (خویی، سید ابوالقاسم موسوی، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱۳، ص ۸).

فهرست منابع

- قرآن کریم

۱. ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، ۱۵ جلد، سوم، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع - دار صادر، بیروت، ۱۴۱۴ق
۲. ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، ۶ جلد، اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۴ق
۳. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الأصول (طبع آل البيت)، اول، مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۰۹ق
۴. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ۲۵ جلد، اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۵ق
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، ۶ جلد، دار العلم للملایین، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۰ق
۶. حائری اصفهانی، محمد حسین بن عبد الرحیم، الفصول الغریبه فی الأصول الفقهیه، ۱ جلد، اول، دار احیاء العلوم الاسلامیه، قم، ۱۴۰۴ق
۷. حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، اول، مؤسسه دارالتفسیر، قم - ایران، ۱۴۱۶ق
۸. حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین، الکافی فی الفقه، ۱ جلد، اول، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، اصفهان، ۱۴۰۳ق
۹. حلی، فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۴ جلد، اول، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۸۷ش
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الأصول (مباحث الفاظ - مكتبة الداوري)، ۱ جلد، اول، مكتبة الداوري، قم، ۱۴۲۲ق.
۱۱. _____، موسوعة الإمام الخوئي، ۳۳ جلد، اول، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئي علیه السلام، قم - ایران، ۱۴۱۸ق
۱۲. روحانی، محمد، منتقى الأصول، ۷ جلد، اول، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، قم، ۱۴۱۳ق

۱۳. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الاحکام، ۳۰ جلد، چهارم، مؤسسه المنار، قم - ایران، ۱۴۱۳ق
۱۴. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، المسائل الناصریات، ۱ جلد، اول، رابطة الثقافة و العلاقات الإسلامية، تهران - ایران، ۱۴۱۷ق
۱۵. شهیدی پور، کتاب الصلاة، فایل کتاب چاپ نشده است.
۱۶. صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، ۷ جلد، سوم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۷ق
۱۷. صدر، محمد باقر، دروس فی علم الاصول، ۲ جلد، مؤسسه النشر الإسلامی، بی تا
۱۸. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، ۶ جلد، اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۰۷ق
۱۹. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ۳۰ جلد، اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، ۱۴۰۹ق
۲۰. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، ۲۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۱۹ق.
۲۱. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة في شرح اللمعة دمشقية (المحشی - کلاتر)، ۱۰ جلد، کتاب فروشی داوری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ق
۲۲. عراقی، ضیاء الدین، نهاية الافکار، ۴ جلد، سوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ق
۲۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ۸ جلد، دوم، نشر هجرت، قم، ۱۴۱۰ق
۲۴. فیومی، احمد بن محمد مقری، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، ۱ جلد، اول، منشورات دار الرضی، قم، بی تا
۲۵. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۱۵، اول، دار الحدیث للطباعة والنشر، قم، ۱۴۲۹ق
۲۶. مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، فرهنگ فقه فارسی، ۵ جلد، دوم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي، قم، ۱۳۸۵ش
۲۷. نائینی، محمد حسین، اجود التقریرات، ۲ جلد، اول، مطبعة العرفان، قم، ۱۳۵۲ش

٢٨. نائينى، محمد حسين، فوائد الاصول، ٤ جلد، اول، جامعه مدرسين حوزة علميه قم، قم، ١٣٧٦ش
٢٩. نجفى، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ٤٣ جلد، هفتم، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٤٠٤ق
٣٠. نراقى، مولى احمد بن محمد مهدي، عوائد الايام في بيان قواعد الاحكام، يك جلد، اول، دفتر تبليغات اسلامى، قم، ١٤١٧ق.
٣١. واسطى حسيني، سيد محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، ٢٠ جلد، اول، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، ١٤١٤ق
٣٢. يزدى، سيد محمد كاظم طباطبايى، العروة الوثقى فيما تعم به البلوى، ٢ جلد، دوم، مؤسسه الأعلمي للمطبوعات، بيروت - لبنان، ١٤٠٩ق



الاستعانة بالمنهج القرآني للتخلص من إشكالية دية قطع الأجنان (موضوع المادة ٥٩٠ من قانون الجزاء الإسلامي)

فرحناز قاسمي سراب^١

الخلاصة

الخلفية والهدف: بخصوص دية قطع مجموع الأجنان؛ على الرغم من أنّ مشهور الفقهاء يعتقدون بثبوت الدية الكاملة، فقد استصوب بعضهم ثبوت خمسة أسداس الدية الكاملة. على أنّ الاختلاف بين الآراء قد وقع بشكلٍ أشدّ في مجال دية قطع بعض الأجنان بالانفراد؛ إذ قد أثبت بعضهم ربع الدية الكاملة لكلّ واحدٍ من الأجنان، فيما أفتت جماعةٌ أخرى بثبوت ثلثي الدية الكاملة في الأجنان العليا وثلث الدية الكاملة في الأجنان السفلى، ورجّح عدّة آخرون ثلث الدية الكاملة في الأجنان العليا ونصف الدية الكاملة في الأجنان السفلى. وإلى جانب هذه النظريات، فقد طُرِح كذلك نظريّة ثبوت الأُرش. ثمّ إنّ منشأ هذه الاختلافات هو الاختلاف في فهم الفقهاء للنصوص الشرعية. بدورها نصّت المادة ٥٩٠ من قانون الجزاء الإسلامي على اختيار أحد الآراء المذكورة؛ وهوائيات الدية الكاملة في قطع مجموع الأجنان، والتميز في قطعها على نحو الانفراد بين الأجنان العليا والسفلى؛ فحدّدت لكلّ من الأجنان العليا سدس الدية الكاملة، ولكلّ من الأجنان السفلى ربع الدية الكاملة. وقد تصدّى بعض الباحثين لبيان بعض الآراء في نقض وإبرام موقف المقتن، حيث لم تخلُ تلك الآراء من الضعف والإشكال في الجملة. النتائج: قامت هذه المقالة، وبالاعتماد على المقاربة التوصيفيّة - التحليليّة، بتقييم جميع الآراء المطروحة في هذا المجال، لتصل في نهاية المطاف، وبعد نقدها المواقف الفقهيّة المختلفة؛ لتصل إلى النتيجة التي تقول بعدم توقُّرأيّ دليلٍ مستقلّ على إثبات أحد الآراء المذكورة. وفي الوقت نفسه، تعتقد الكاتبة بإمكانية الاستعانة بالمنهج القرآني لإثبات ربع الدية الكاملة لكلّ واحدٍ من الأجنان.

الكلمات المفتاحية: القطع المجموعي، القطع الانفرادي، الأجنان، الدية، رواية ظريف.

١. خريجة السطح الثالث في جامعة الزهراء (ع).



الدراسة الفقهيّة للزوم «إذن الزوج للخروج من المنزل»

السيدة أمينة عماد الدين

الخلاصة

نظراً إلى الأهمية والمكانة الخاصّة التي تحظى بها الأسرة في الشريعة الإسلاميّة، وكذلك المتغيّرات الفكريّة الثقافيّة في المجتمعات المعاصرة، فإنّ بيان وشرح الأحكام والقوانين الإسلاميّة الحاكمة على هذه المؤسّسة المقدّسة يُعدّ أمراً لازماً وضرورياً جدّاً؛ على أنّ أحد تلك الموارد هو الدراسة الفقهيّة لمستندات شرطيّة إذن الزوج في الخروج من المنزل. لما كان الأصل الأوّلي لكل إنسان هو تسلّطه على نفسه وعلى الشؤون المرتبطة به؛ فإنّ لزوم الإذن لا يكون مقبولاً إلاّ في الموارد التي تمّ إثباتها بالأدلة الكافية. وقد اتّفق فقهاء الشيعة على لزوم إذن الزوج للخروج من المنزل بالاستناد إلى الروايات، هذا مضافاً إلى أنّ مقام قواميّة الرجل وتدبيره على أساس قوله تعالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (النساء ٣٤) يفرض أن يكون مثل هذا الحقّ أمراً لازماً وضرورياً له من أجل المحافظة على حرمة نظام الأسرة وحيثيّته. على أنّ الزوج لا يمكنه أن يحدّ المرأة ويمنعها من الخروج في الموارد التي فيها أداء الواجبات وضروريات الحياة... والتي لا يكون فيها خروج المرأة من المنزل متضمّناً لأيّ نحوٍ من أنحاء المفسدة ولا متنافياً مع أيّ منع شرعيّ؛ بل يعتبر ثبوت المصلحة فيها من المسلّمات بلحاظ وجود الأدلّة القطعيّة... وهذه الموارد قد أوردتها الفقهاء في كلماتهم بعنوان المستثنيات من لزوم إذن الزوج.

الكلمات المفتاحيّة: الإذن، الزوج، الإطاعة، النشوز، الخروج من المنزل.



الدراسة الفقهية - الحقوقية للملكيات الفكرية وحق التأليف

السيدة سميرة سلطاني تيراني^١

الخلاصة

بحث "الملكيّات الفكرية" هو أحد المباحث المهمّة المطروحة في العقود الأخيرة، حيث يُعدّ من جملة المسائل المستحدثة، وهو يشمل جملةً من المواضيع؛ من قبيل: حقّ التأليف، حقّ النشر، حقّ الاختراع، وغير ذلك... وقد طُرحت آراءً مختلفة في ما يرتبط بماهية هذه الحقوق وطرق إثباتها.

في هذه المقالة تطرّقنا بدايةً إلى دراسة ماهية حقّ الملكية الفكرية، ثمّ تناولنا دراسة المستندات الفقهية لمشروعيتها؛ من قبيل: بناء العقلاء، العرف، حكم العقل، والتمسك بقواعد من قبيل "لا ضرر" و"التسليط". وبعد ذلك تطرّقنا إلى بعض أدلّة نفي مشروعية الملكيّات الفكرية ورددناها، ثمّ وبعد تجميع القرائن والمستندات وصلنا إلى النتيجة التالية: «حقّ الملكية الفكرية مثل حقّ ملكية الأموال؛ يمكن ملاحظته والمطالبة به».

الكلمات المفتاحية: المال، الحق، الملكية الفكرية، حقّ التأليف.

١. طالبة في السطح الرابع مع تخصص الفقه والأسرة، جامعة الزهراء (ع).



الفاصلة بين العمرتين من منظار فقهاء الإمامية

السيدة إيماني

الخلاصة

الفاصلة بين العمرتين من المسائل التي وقعت محلّ اختلافٍ في آراء الفقهاء المتقدّمين والمتأخّرين، حيث طُرحت أقوال متعدّدة يمكن إيجازها في: القول بالسنة (الكاملة)، القول بالشهر، القول بعشرة أيّام، والقول بعدم لزوم الفاصلة أساساً. ومن بين الأقوال المذكورة تمّ ترجيح القول بفاصلة شهر واحد لمشروعية أداء عمرتين مستحبّتين؛ وذلك بناءً على تناول أدلّة الأقوال الأخرى بالنقض والإبرام، وبسبب وجود قرائن مستحكمة في روايات «لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ»، وكذلك بقرينة المقابلة بين رأي مدرسة أهل البيت عليه السلام والرأي الرائج بين التابعين، مع حمل روايات السنة الكاملة على التقيّة.

الكلمات المفتاحية: العمرة المفردة، قول السنّة، لِكُلِّ شَهْرٍ عُمْرَةٌ، القول بعشرة أيّام، عدم لزوم الفاصلة.



تطبيق مبنى امتناع اجتماع الأمر والنهي في مسألة الصلاة في المكان المغصوب

السيدة صباغ بور

الخلاصة

أحد الشروط المهمة التي ذُكرت منذ القدم في الفقه ضمن باب شروط مكان المصلي، والتي هي محل ابتلاء واقعا؛ شرطية إباحة مكان المصلي، وهو ما قد ادعى الإجماع عليه في كلمات كثير من الفقهاء. هذا، ولكن جملة من الإشكالات ترد على هذا المدعى؛ يمكن الإشارة من بينها إلى كلام الفضل بن شاذان المبني على صحة الصلاة في المكان المغصوب، مع ظاهر كلام الكليني الذي نقل كلام الفضل بن شاذان دون أن يعلق عليه، وهو ما يحكي عن قبول المرحوم الكليني لكلام الفضل. وكذلك فإن شرط حجية الإجماع هو أن يكون كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام، في حين أن مثل هذا الشرط غير ثابت؛ إذ إن أكثر المجمعين قد استندوا في إثبات شرطية إباحة مكان المصلي إلى حكم العقل بامتناع اجتماع الأمر والنهي في الشيء الواحد. بناءً عليه، فالإجماع التعبدي هو كذلك غير ثابت.

إنّ الدليل الأهمّ على شرطية إباحة مكان المصلي هو دخول هذه المسألة في بحث امتناع اجتماع الأمر والنهي، وقد ذكرنا في البداية استدلال صاحب الكفاية لإثبات امتناع اجتماع الأمر والنهي، وبيّنا بعد ذلك دخول المسألة وتطبيقها في البحث المذكور. ثمّ ولكي نوضح البحث أكثر، تناولنا دراسة ما يُحتمل انطباقه على عنوان الغصب؛ مثل القراءة والأذكار، القيام والركوع والسجود...

الكلمات المفتاحية: مكان المصلي، الإباحة، الغصب، امتناع اجتماع الأمر والنهي.