در تاریخ ۲۶ دی ۱۴۰۰
فقه هنر (1400-1401)

جلسه 11

بسم الله الرحمن الرحیم

الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین

اسم گرایی و کارکرد گرایی در فقه؛ به ویژه در فقه هنر

ما بحثی را شروع کردیم که می تواند در فقه هنر کاربست خوبی داشته باشد و لذا اگر قدری معطل آن شدیم به دلیل اهمیت مساله است ... معمولا هم میدانید که این ها در کتب اصولی نیست در حالی که قطعا در فرایندااستنباط به کار می آید ... اگر یادتان باشد ما گفتیم چه در متون فقه و چه در شریعت که مربوط به خداست (مثل روایات)، هم رگه هایی از کارکرد گرایی می بینیم هم از اسم گرایی ... لذا من در این کتابی که نوشتم گفتم که نگویید: «دو روش استنباط»؛ و فقها را هم تقسیم نکنید به کارکرد گراها و اسم گراها؛ مهم این است که بتوانید مدیریت کنید هم کار دیگران را هم کار خود را.

مجموعا درست است که هر دو رویکرد را داریم؛ اما یا اکثرا رویکرداسم گرایانه دارند یا کارکرد گرایانه ... و این که کسی بیشتر رویکرد اول را داشته باشد یا دوم را.

مثلا کسانی که با حقوق آشنایی دارند؛ کار مرحوم آقای دکتر مهدی شهیدی بیشتر رویکرد اسم گرایانه دارد ... و لذا زیاد به روح قانون و مقصد قانون گذار خیلی توجه نمی کند ... در مقابل برخی دیگر از نویسندگان مشهور مثل مرحوم آقای دکتر کاتوزیان، یک رویکرد کارکردگرایانه دارند.

وقتی فقیه می بیند مناطات احکام قابل درک است و یا این که شارع مقاصدی دارد و یا در همین بحث نکاح چه تاکیداتی روی بحث خانواده دارد ممکن است رویکرد او عوض شود این است که کار فقیه سنگین می شود.

واقعیت این است که ما نه میتوانیم اسم گرایی را انکار کنیم و نه کارکرد گرایی را ...

این جا است که باید «مدیریت متضادنماها» را داشته باشیم ...

سوال این است که آیا ما می توانیم موضوع را اصالت ندهیم

و خودمان، توسعه دهیم یا ضیق کنیم؟

به عنوان مثال : اگر شارع فرمود از اسباب فسخ نکاح، مثلا جزام و ... است؛ طبیعتا این موارد را که در احادیث آمده ما باید بگیریم و عینا ما در فتاوای خود بیاوریم ... اصالة الموضوعیة بدهیم به عناوین مأخوذ در دلیل.

سوال: چرا ما اهل قیاس را نکوهش و سرزنش می کنیم؟

به این دلیل که آنها از این عناوین به مناسبتها دست بر می دارند ... (به مشابهت ظنیه) و الا به مشابهت قطعیه هم که ما قبول داریم.

ما در واقع اصالت میدهیم به این موضوع و این همان اسم گرایی است.

ولی آیا نشنیدید که گاهی اوقات می آیند و الغای خصوصیت می کنند و یا تنقیح مناط می کنند؟

می آیند ومناسبات حکم و موضوع را وسط می آورند؛ برخی از این ها مصداق کارکرد گرایی است؛ مثلا جایی که عرف همراهی کند و یا انسان تنقیح مناط قطعی کند؛ یا به مساوات یا به اولویت؛ این ها یک نوع کارکرد گرایی است.

کسی هم البته حساسیت نشان نمی دهد. من در درس امروز نمی خواهم بگویم کدام درست است ... مهم توجه به موارد است.

در مورد «شتر» ما به نوعی کارکردگرایی رسیدیم ... و تغییر در ارزش این مورد را در دیه از زاویه کارکرد گرایی بررسی کردیم.

و یا مثل حله را که گفتیم باید فرایند تولید مورد توجه قرار گیرد که عوض شده و لذا بر این اساس حکم هم تغییر میکند؛ زمانی با دست بود و دشواریها و قیمت بالای آن اما امروزه با ماشین ها و صنایع نساجی و آسانی بافت و ارزش کم آن ...

اگر یک نفر زد یک زخم کاری بر کسی وارد کرد مثل این که چاقو به شکم کسی زد ولی این مصدوم مثلا پدرش حوصله نکرد و

قبل از این که این بچه بمیرد رفت و قصاص کرد و صادم را کشت قبل این که فرزندش فوت کند می دانید که تا قبل از این که نمرده این صدمه زننده محقون الدم ولی وقتی مرد صادم مهدور الدم است ؛ زمانی که صدمه زننده محقون الدم بود و ولی بچه رفت و صادم را کشت و اتفاقا فردا پسرش هم مرد، اگر پسر نمیرد و خوب شود ولی دم به خاطر این که صدمه زننده را کشته می شود قاتل، ولی اگر بچه هم مُرد، سوال این است که آیا این ولی دم را قصاص می کنند یا نه؟این سوال از این جهت است که زمان قصاص ،این مقتول (که درواقع همان صدمه زننده اول بوده،) محقون بوده است نه مهدور و بعد شده مهدور ...قانون گذار ج .ا. ایران گفته اگر مصدوم فوت کند، ولی دم را نمی کشند البته او را تعزیر می کنند که چرا کشتی...هنوز اجازه کشتن نداشتی! برخی نقد میکنند که این چه حرفی است که قانون گذار زده است؟! این ماده در مجامع دانشگاهی و حوزوی مورد بحث واقع شده است.

ماده 349قانون مجازات اسلامی (مصوب 92):

● ولی دم نمی‌تواند پیش از فوت مجنیٌ علیه، مرتکب را قصاص کند و درصورتی که اقدام به قتل مرتکب نماید، چنانچه جنایت در نهایت سبب فوت مجنیٌ علیه نشود مستحق قصاص است، در غیراین صورت به تعزیر مقرر در قانون، محکوم میشود

برخی گفته اند:

«ولی دم در فرض مزبور مجوز قصاص ندارد ..زیرا قاتل هنوز قتلی را انجام نداده است.و از آن جا که ولی دم فردی را که محقون الدم در زمان قصاص است به قتل رسانیده است، موضوع برای قصاص محقق نشده است؛ بایدولی دم قصاص شود».

به نظر شما در این اشکالی که برخی ها دارند، آیا نوعی اسم گرایی نخوابیده است؟

درست است که موضوع قصاص، قتل است؛ اما برخی چیزها هست که کارکرد قتل را دارد.در مثال ما وقتی چاقو به شکم کسی زده است فرض ما این است که این شخص مرده است...بحث این است که این کارکرد قتل را دارد .حالا اگر کسی ضربه ای به سر کسی وارد ساخت و او را مبتلا به مرگ مغزی کرد؛ در مرگ مغزی هم معتقدند شخص بدون شک خواهد مرد ...در این فاصله ولی دم رفت و بی حوصلگی کرد و صادم ر ابه قتل رسانید؛ این جا میگویند حق قتل نداشته ...این نوع قصاص ، خودکارکرد قتل را داراست ...ولی صحبت این است که کسی که کارکرد گرا هست به این شکل قبول ندارد و همان ماده 349قانون مجازات را قبول دارد ...و بعد آن حدیث امام کاظم علیه السلام را می خواند که :

● إنَّ اللّهَ عز و جل لَم یُحَرِّمِ الخَمرَ لِاسمِها ، ولکِنَّهُ حَرَّمَها لِعاقِبَتِها ؛ فَما کانَ عاقِبَتُهُ عاقِبَةَ الخَمرِ فَهُوَ خَمرٌ .

● امام کاظم علیه السلام : خداوند عز و جل شراب را برای نامش حرام نکرد؛ بلکه به جهت آثار و پیامدهایش حرام کرد و هرچه پیامدش مانند شراب باشد، آن هم شراب است.

این را در باب قصاص این گونه می توان تعبیر کرد که:

ان الله لم یجوز القصاص فی القتل لاسمه ؛ و انما جعله فی القتل لعاقبته فما فعل فعل القتل فهو القتل

و لذا اگر با ضربه مغزی زد یا با چاقو و طرف بمیرد...می خواهم در این جا بگویم قصاص بوده اما حق اقدام نداشته است....

اگر در مورد مرگ طبیعی احکامی باشد ،این جا ، پیاده می شود.

این مهم است که انسان این گونه جاها چه رویکردی داشته باشد...

و لذا طبق این معنا ما نمیرویم و مصباح المنیر را نگاه کنیم...که ببینیم قتل را چه معنا کرده است...چون موضوع قصاص اصولا معلوم است...البته این حرفها پشتوانه ای هم دارد وآن این که اگر شارع قصاص را جعل می کند ، در واقع قصاص برای جبران آن قتل است.حال یا زمان قصاص ،آن قتل واقع شده باشد یا فردای آن ، قتل واقع شده باشد...

اگر این ضربه به مردن منتهی نشود، قصاص این جا تعلق نمی گیرد...

هنر و زیرشاخه های آن بسته به اینکه با چه رویکردی ما به آن نگاه کنیم؛ کارکرد گرایانه و یا اسم گرایانه؛ خروجی و اصطیاد ما در حکم متفاوت خواهد بود.

مثلا در موضوع غنا اگر نگاه ما کارکردگرایانه باشد ، نیاز نیست که ما مدام در کتب لغت دنبال معنای غنا بگردیم و ...در حالی که در سیستم اجتهادی اسم گرایی ما درگیر لغت و معنای لغوی کلمات می شویم ...

یک مساله ای علمای ما دارند و آن اینکه اگر کسی سلاح کشید به صورت یک نفر و تهدیدش کرد؛ و این شخص هم که تهدید

شده بود پا به فرار گذاشت، رسید به لب بام و خود را به پایین پرتاب کرد ....یا خود را د رچاه انداخت ...و مُرد...سوال این است که این جا ، وضعیت چه می شود؟ یکی بحث قصاص است یکی بحث ضمان دیه است .... آیا خون این آدم هدر است یا نه؟ این جا دو گفتمان به هم آمیخت پیدا کرده است؛ گفتمان قانون گرایی اسم گرایانه و گفتمان کارکردگرایانه ....

مرحوم آقای خویی می فرماید که در این صورت که طرف از ترس سلاح و چاقوی طرف فرار می کند و خود را از بالا به پایین می اندازد ؛ قصاص که هیچ ، ضامن دیه هم نیست؛ حتی اگر بی اختیار باشد.....

بی اختیار باشد مثل این که نمی د اند این جا چاه است و یا نابینا است نهایتا این که چه کار باید کرد؟نهایتا مدتی زندانی شود!...

می گوید:

● اما اذا کان بغیر اختیار کما اذا کان اعمی او بصیرا لا یعلم به فقیل انه یضمن ...لا یخلو من اشکال بل لا یبعد عدم الضمان و کذلک الحال اذا اضطره الی مضیق فافترسه سبع ...

ما به آقای خویی می گوییم ما ژورنالیست نیستیم اما این چه فقهی است؟

ایشان می فرماید که: در این موارد ، مباشر قتل کیست؟

جواب: خودش؛ چون خودش بود که فرار کرد ...

ما میگوییم آن آقا سبب است؛ او هم می گوید: بله که ایشان سبب است.مواردی را که شارع سبب را ضامن دانسته است، بر میشمریم او میگوید : این ها در جای خود قابل بررسی است...خلاف اصل است که سبب ضامن باشد...در ادامه می گوید:

● ان ضمان بالتسبیب بما انه علی خلاف القاعده یحتاج الی دلیل بعد عدم الصحة اسناد الفعل الی السبب؛

می گوید: وقتی فعل به سبب در این موارد مستند نیست و به مباشر مستند است، دلیل نداریم سبب ، ضامن باشد ...

باز ایشان ادامه می دهد :

● قد تقدم الدلیل فی موارد خاصة و لا یمکن التعدی عنها الی غیرها ففی المقام بما ان الفعل مستند الی المباشر دون السبب و لا دلیل علی ضمان السبب لا یمکن الالتزام به ...

ایشان ،کلمه التزام را نیاورده ولی می گوید بگویید که چه کسی ، چه کسی را کشته است..د رواقع خود شخص که رفت ته کوچه و داخل چاه افتاد ...

میگوییم سبب چه کار کرده؟ می فرماید :سبب کاری نکرده و اصولا فعل مستند به سبب نیست...دو صورتی که در یکی شخص وقتی به لبه بام می رسد به اختیار خود، خود را پرتاب می کند و یا این که غیر اختیار به پایین پرتاب می شود، جای بحث دارد؛ به این شکل که در حالت اول، اختلافی است اما در حالت دوم (بدون اختیار) شخص ضامن است.

آقای خویی می گوید: همه علما هر چه بخواهند بگویند؛ نظر من متفاوت است...

سوال این است که دلیل اختلاف آقای خویی با دیگران چیست؟ بحث این است که ایشان دارد به نحوه مردن اشکال می گیرد و باید گفت همانطور که مباشر نقش دارد ، سبب هم نقش دارد...

بحث این است که ایشان فعل، را همان لحظه مردن در نظر گرفته است...باید گفت: مردن یا قتل یک فرایندا‌ست...به آقای خویی میگوییم اگر شارع جایی، سبب را ضامن دانسته است باید گفت آیا تعبدی بوده که اقتصار می کنیم بر مورد خودش؟

مثلا بگوییم اگر دایه غلت زد روی بچه و بچه خفه شدضامن است ولی اگر پرستار این کار را کرد ضامن نیست؛ این در واقع نتیجه حرف آقای خویی است چون در روایات از دایه صحبت شده است!! چون تاکید بر اسم است ...

یا این که نه ...ضمان سبب، آن جا که سبب، اقوا باشد؛ مطابق قاعده است؛ اگر کسی به بچه ای اسلحه ای داد و بچه هم متوجه نیست و به او گفت فلانی که آمد و روبروی تفنگ قرار گرفت ؛ تو هم ماشه را بکش! بچه که درک لازم را ندارد حال اگر این بچه چنین کاری را کرد و آ ن شخص مرد، و کشته شد، آیا نمی گویند که این آدم که این بچه را راهنمایی کرده و گفته چه کار بکن ،مقصر است؟!

آیا این قدر با ید روی اسم گرایی متمرکز باشیم که در نهایت بگوییم سبب مقصر نیست و فقط مباشر است که مقصر است؟!!این جا باید ببینیم کار این آدم، کارکرد قتل را دارد یا ندارد....اگر کارش کارکرد قتل را دارد، ضامن است...این آدم باید قصاص شود؛ ما به دیه هم راضی نمی شویم...

پرونده ای هست که شخصی ماشینی را دزدید در حالی که فرزندی داخل آن بود و بعد مدتی بچه از تشنگی و گرسنگی مرد و او

هم ماشین را در بیابان رها کرد و بعد مدتی او را گرفتند ....این جا طبق حرف آقای خویی ، باید بیاییم و بگوییم چنین شخصی را نباید کشت!! آیا این قضیه به این شکل برای شما قابل قبول است؟

به هر حال درست است که این شخص، طفل را به قتل نرسانیده ،اما کار این آدم، کارکرد قتل را دارد...

این آیه که :

● وَ ما كانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَأً وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَ دِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلي أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَ هُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَ إِنْ كانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَ بَيْنَهُمْ ميثاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلي أَهْلِهِ وَ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَ كانَ اللَّهُ عَليماً حَكيماً وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزاؤُهُ جَهَنَّمُ خالِداً فيها وَ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ لَعَنَهُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذاباً عَظيماً

آقای خویی اگر باشد وقتی این آیه را می شنوند میروند و در مصباح المنیر می گردند و بنابر زاویه اسم گرایی نظر می دهندکه در این جا ،کاربست مناسبی نیست و ایشان از این موارد زیاد دارند...(البته احترام استادی جای خود؛ بحث علمی هم جایگاه خود را دارد)

ایشان همچنین یک بحثی در اکراه دارند که اگر کسی، کسی را اکراه کرد؛ و به او دستور داد که انگشت چنین شخصی را قطع کن، و الا می کشمت!

سوال این است که آیا ، این بنده خدا میتواند انگشت آن شخص را قطع کند یا نه؟

سوال: آیا بعد قطع این انگشتان ،آیا دیه تعلق می گیرد یا نه؟

آیا قصاص هست یا نه؟

اگر دیه دارد یا قصاص دارد چه کسی باید قصاص شود؟

یا دیه را چه کسی باید بدهد؟ مُکرِه؟ یا مُکرَه؟

ایشان می گوید: مکرِه که در امان خدا است؛ مگر مکرِه انگشتان را قطع کرده که باید دیه بدهد؟

این جا ایشان معتقد است، قصاصی که در کار نیست؛ و مکرَه هم قصاص نمیشود ؛ چون ناچار به این کار بوده است....ولی دیه را باید بدهد..

● أمّا عدم ثبوت القصاص على المكرِه بالكسر فلعدم كونه قاطعاً لليد حتّى يثبت عليه القود، و إنّما القاطع هو المكرَه بالفتح باختياره و لو من جهة دفع الضرر الأهمّ.و أمّا عدم ثبوته على المكرَه بالفتح فلأنّ صدور القطع منه ليس عدواناً و ظلماً الذي هو الموضوع للقصاص.

● لو اكره شخصا على قطع يد ثالث و هدّده بالقتل ان لم يفعل جاز له قطع يده و هل يثبت القصاص على المكرِه او ان القصاص يثبت و تسقط الدية على المباشر....

نتیجتا این که قصاص را اصلا قبول نمی کند ...فقط دیه را قبول می کند آن هم به این شرط که مکرَه دیه را بدهد ...

این گونه احکام قلبا قابل قبول نیست؛ به عبارت عوامانه به دل نمی نشیند؛ این جریان مثل این است که یک خانی زورگوی قلدری بیاید و بخواهد دست کشاورزی را قطع کند و به یکی از بستگان او بگوید باید این کار را بکنی و الا خودت کشته می شوی ..طبق حرف آقای خویی کسی که این انگشتان را قطع کرده باید دیه بدهد!! می پرسیم خان چطور؟!میگویدخان گناه کرده ولی چیزی بر او نیست...وجدان انسان این گونه احکام را به این شکل نمی تواند قبول کند...

من از شما سوال می کنم این جا، قاطع انگشتان کیست؟اگر بر اساس ظاهرکلمات بخواهیم قضاوت کنیم، قطع یعنی «بُرید» پس مقصر اصلی کسی است که این کار را کرده است در واقع این جا قاطع مکرَه است نه مکرِه....این جور جاها ما بایداز پشت کلمه ، مطلب را در بیاوریم...من می خواهم بگویم دیه که هیچ..دست این جناب خان را باید قطع کرد ...این آدم با توجه به سطوتی که داشت و آن مکرَه را که تهدید به قتل کرده بود، اگر می خواهند قصاص کنند، باید قصاص کنند (یعنی این خان را باید قصاص کنند)...

و اگر می خواهند دیه بگیرند از این آدم باید دیه بگیرند ...

مشکل کار مرحوم آقای خویی ، مشکل رویکرد اسم گرایانه است...

اما اگر نگاه ما به موضوع، نگاهی بود که در قتل به مباشر و سبب توجه داشت آیا باز هم نگاه ما همان نگاه مرحوم آقای خویی

است؟!

و یا یک مثال دیگر؛ یک خبیث وهابی سخنرانی می کند و پیروانش را به شیعه کشی دعوت می کند؛ عده ای طرفدار این ها هم حرکت می کنند می آیند در سوریه و عراق حرکت انتحاری می کنند...سوال این است که چه کسی سبب شده ؟ جواب: آن خبیثی که در مسجد الحرام آن سخنرانی را مطرح است.....

این شخص را باید شصت بار ! اعدام کنند؛ نه به خاطر قصاص به خاطر افساد فی الارض ...

با ادبیات امام کاظم علیه السلام اگر بخواهیم بگوییم این است:

جعل القصاص فی القطع لم یجعل لاسمه بل لعاقبته فما فعل فعل القطع، فهو قطع

عرف را هم که نگاه کنیم کشاورز بیچاره را محکوم نمی کند ....

این جا فتوا به این میدهم که حکم قصاص است و سبب است که باید قصاص شود ...

این مطلب را در جواهر دنبال کنید ... و حتما خواهید یافت کسی را که این حرف را زده باشد.

الحمد لله رب العالمین