

متن پیاده سازی شده جلسه شصت و یکم خارج اصول فقه (دور دوم) 30 بهمن ماه 1400

بسم الله الرحمن الرحيم

سوال شده در مورد بحث شتر در سبد کالایی نکته خوبی اشاره کردید اما شرکت های بیمه زیر بار این مساله نمی روند. ما به این مشکل توجه داشتیم اما اگر واقع این باشد باید تدبیری اندیشید. شرکت های بیمه اگر حق بیمه بیشتری بگیرند حاضرند بیشتر بپردازند و خسارت دیده هم که حاضر است خسارت بیشتری بگیرد در این میان کسی که حق بیمه پرداخت می کند باید مبلغ بیشتری پرداخت کند که اگر واقع همین باشد که ما بیان کردیم باید برای این گروه تدبیری اندیشیده شود. حد اقل آن این است که حاکمیت جبران کند و از بیت المال کمک مردم کند.

بعد سوال شده که در چنین شرایطی کیفیت به دست آوردن حکم چیست؟ آیا نهاد مصلحت جاری است؟ اگر جاری است نتیجه اش قرار دادن شتر به عنوان ملاک است؟ یا اینکه باید بگویم اصل بیمه اشتباه است و باید برداشته شود؟ پاسخ اینکه اصل بیمه اشتباه نیست. فرضاً بیمه هم برداشته شود دادگاه حکم می کند و آسیب زندگان می گویند ما نمی توانیم جبران کنیم. اساساً کسی را به دلیل عدم پرداخت دیه نباید زندان بفرستند چون اگر دلیل عدم پرداخت اعسار است که فنظره الی میسر. حالا اگر کسی بگوید اگر زندان نروند نمی پردازند باز هم این موضوع برمی گردد به بد اخلاقی یا ضعف سیستم یا بد تربیت شدن مردم. باید توجه کرد که ما نمی توانیم فقه را به خاطر بعضی از مشکلات عوض کنیم. به هر حال ممکن است مصلحت، تدرج در اجرای احکام را بطلید که این بستگی به حاکمیت دارد که باید مصلحت سنجی کند.

سوال شده در چنین مواردی با چه ملاکی می توان حکم ثانوی را به دست آورد؟

پاسخ اینکه این موارد خط کشی شده نیست و نمی توان ملاکی داد. همینکه حکمی در اجرا، مصلحتی نداشته باشد حکم ثانوی می آید و نهادی که مجری حکم است باید مصلحت را تشخیص دهد و این تشخیص هم باید با استفاده از کارشناسان امین باشد.

سوال شده آیا می توان گفت در بحث دیه، عنوان مادر، بازدارندگی و تنبیه فرد خاطی است؟ و شارع نه به عنوان شارع بلکه به عنوان حاکم در زمان خود فرموده صد شتر یا این مقدار طلا یا ... آیا ما در زمان خود می توانیم هر چیزی که دو صفت بازدارندگی و تنبیه فرد خاطی را داشته باشد برای دیه مشخص کنیم؟

پاسخ اینکه بازدارندگی و تنبیه فرد خاطی ممکن است حکمت حکم باشد. خیلی باید مراقب بود در نوآوری ها مانند بحث عنوان مادر، کار خراب نشود. یک عده ای به این دلیل در برابر نوآوری ها مقاومت می کنند چون می بینند اگر بپذیرند ممکن است کار از مسیر صحیح خود منحرف بشود و سر از مثل و استحسان در بیاورد.

مثلاً در بسیاری از دیه ها ربطی به تنبیه و بازدارندگی ندارد مانند اینکه شخصی در خواب به کسی خسارتی وارد می کند.

بازدارندگی و تنبیه نهایتاً در عمد پذیرفته است و در خطا یا شبه خطا نمی توان این را پذیرفت. لذا سراغ آن عناوین نمی توان رفت.

بله اینکه کسی بگوید جناب عبدالمطلب صد شتر را به عنوان دیه انسان تعیین کرد و اسلام آن را امضا کرد ممکن است این حکم در بستر زمان تغییر کند اینجا باید بحث کرد که چارچوب تغییر چگونه است. ما قائل به این موضوع نیستیم و معتقدیم عنوان مادر باید به حکم قاطع عقل باشد یا در خود نصوص شرعی باشد.

سوال شده که آیا بحث تعیین مسافت شرعی که برخی آن را مسیر یک روز می دانند نه هشت فرسخ یا بحث سن تکلیف که برخی آن را توانایی بارداری در شخص می دانند، تطبیق این ملاک ها در همان زمان است؟

پاسخ: اینکه برخی می گویند توانایی دختر نه ساله آن زمان مانند دختر پانزده ساله الان است این حرف ها اساسی ندارد و تحقیقی هم که شده اینطور نیست. به علاوه اینکه سیزده سال در برخی از روایات هم هست و چیز جدیدی نیست. این ها مسائلی است که قابل اجتهاد است و اگر کسی از نظر فنی بر اساس ضوابطی که برای اجتهاد مشخص شده بتواند از طریق عقل قاطع یا از طریق تفسیر نصوص به این مساله برسد اشکالی ندارد. و اگر کسی در بحث مسافت یا سن تکلیف بر اساس ضوابط و چارچوب فقه به حرفی برسد نمی توان گفت خلاف ضرورت فقه سخن گفته است.

سوال شده راجع به روایات ذبح که آمده با حدید باشد اگر گفته شود که عنوان مادر این است که حیوان با وسیله ای ذبح بشود که زجر کش نشود نظر شما چیست؟

اگر کسی از مناسبات حکم و موضوع و الغای خصوصیت استفاده کرد می توان با غیر حدید هم ذبح را انجام داد. الغای خصوصیت هم سه راه دارد یا با عقل قطعی است یا به مساوات است و یا به فهم عرفی است. گاهی عرف از مناسبات حکم و موضوع، توسعه را درک می کند.

بحث در تقسیم حکم به مولوی و ارشادی بود و کاربرد این تقسیم در فقه بود. در این مساله نزاع ها و ابهاماتی وجود دارد. تا جایی که برخی گفته اند ما هر حکمی داریم مولوی است و برخی گفته اند هر چه داریم یا اکثر احکام ارشادی است. طلاب حوزه علمیه با کتاب اصول فقه مرحوم مظفر با این تقسیم آشنا می شوند و به گمان ما این کتاب در توضیح دو مصطلح حکم مولوی و حکم ارشادی موفق نبوده است. لذا تصورات نا صحیحی هم در حوزه نسبت به تعریف این دو مصطلح ایجاد شده است. این بحث به صورت مفصل در فقه و عقل آمده و ما خلاصه ای از آن را اینجا بیان می کنیم.

تصور اولیه از تعریف این دو مصطلح این است که حکم دو قسم است. مولوی و ارشادی. آنچه مولوی است دیگر ارشادی نیست و آنچه ارشادی است مولوی نیست چون گفته ایم این دو قسم هم دیگر هستند. ملاک مولویت هم این است که عقل حضور نداشته باشد مانند عبادات. در اجزای نماز عقل دآوری ندارد و ملاکات و مصالح آن را درک نمی کند. اگر عقل قادر بر ادراک مصالح و ملاکات باشد می شود ارشاد و اگر نباشد مولوی می شود. به همین دلیل محقق اصفهانی گفته که اکثر احکام ارشادی است چون عقل، ملاکات اکثر احکام را درک می کند.

اگر باحثی اصطلاحی را به نحوی استفاده کرد مانند محقق اصفهانی نمی توان به او گفت که تو نباید اینگونه استفاده کنی. محقق اصفهانی می گوید من وقتی گفتم ارشادی منظورم این است و وقتی می گویم مولوی منظور این است. کسی نمی تواند بگوید شما اشتباه می کنی چون باحث خودش اصطلاح را اعتبار می کند.

ولی گاهی ما می خواهیم مصطلحی که دیگران به کار بردند را با توجه به آنچه که در خارج وجود دارد مقایسه کنیم اینجا باید دید واقع چیست فارغ از اینکه معتبر چه چیزی را اعتبار کرده است. اینجا باید کار میدانی کرد و در استعمالات تتبع کرد و بر اساس تتبع در استعمالات به این نتیجه برسیم که تقسیم حکم در بحث مولوی و ارشادی ثنائی است یا ثلاثی است یا رباعی... و تعریف ها را هم بر اساس استعمالات شکل بدهیم و مناط را هم با توجه به استعمالات بیان کنیم. پس باید ابتدا در استعمالات تتبع کنیم:

مرحوم مظفر می فرمود: جایی که بحث حکم ارشادی و مولی مطرح می شود بحث وجوب اطاعت و حرمت معصیت است البته اطاعت کسی که واجب الاطاعه است و معصیت کسی که معصیتش حرام است مثل خداوند و هر کسی خداوند این شأن را به او بدهد که اینجا گفته می شود این حکم ارشادی است و شرع هم حضور ندارد. و اینکه شرع حضور ندارد ثمره دارد و کسی اگر کتاب اخلاق نوشت نمی تواند بگوید واجبات، نماز و روزه حج زکات و اطاعت خداست چون این اطاعت حکم شرع نیست بلکه حکم عقل است.

وقتی گفته می شود ارشادی است یعنی شرع حضور ندارد و عقل حضور دارد. نباید گفت پس اطیعوا الله و اطیعوا الرسول چه می شود چرا که اینها همه ارشاد به حکم عقل است و اگر شرع بخواهد حضور داشته باشد تسلسل می شود. اساسا حضور شارع در این موارد که عقل درک می کند لغو است. شارع یک دستوراتی می دهد به نام واجبات و یک دستوراتی ترکی دارد به

نام محرّمات از اینجا به بعد شارع می رود کنار چون اگر بخواهد خودش دستور بدهد دستور خودش جزو یکی از همان دستورات واجبات و محرّمات قرار می گیرد. اینجا عقل می گوید این خدا را باید اطاعت کرد و این خدا را نباید معصیت کرد. لذا فرض کنید اطاعت خدا در امر به نماز خودش یک واجب شرعی باشد اینجا ما یک اطاعت امر صلاتی داریم و یک اطاعت از امر به اطاعت از امر به صلاة داریم و این اطاعت هم واجب شرعی می شود که در نتیجه می شود وجوب اطاعت از امر به اطاعت امر به اطاعت امر به نماز. این سلسله باید قطع شود. ما یک امر به نماز داریم.

**خلاصه بحث:** در بحث تقسیم حکم به مولوی و ارشادی نزاعات و نقاط ابهامی وجود دارد که برای روشن شدن مطلب باید ابتدا سراغ تتبع استعمالات رفت تا به نتیجه صحیح برسیم. در تتبع استعمالات سراغ اصول فقه مرحوم مظفر می رویم که مبنای تصویری اولیه طلاب از تقسیم حکم به ارشادی و مولوی است که می گوید: اولین جایی که بحث حکم ارشادی و مولوی مطرح می شود بحث وجوب اطاعت و حرمت معصیت است البته اطاعت کسی که واجب الاطاعه است و معصیت کسی که معصیتش حرام است مثل خداوند و هر کسی خداوند این شأن را به او بدهد که اینجا گفته می شود این حکم ارشادی است و شرع هم حضور ندارد چرا که شرع حضورش لغو است و موجب تسلسل می شود.