

ملاحظاتى در نقد مقاله^۱

«حقوق و اخلاق»

از كتاب «تضاد و تعارض در اسلام» نوشته كلسون

حسنعلی علی اکبریان*

مقدمه

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

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

* عضو هیأت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

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

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

پس معلوم می شود وحدت و جدایی حقوق و اخلاق، در مکاتب مختلف، مطلوبیت یکسان ندارد. همین اختلافات باعث شده دایره الزامات حقوقی در قواعد اخلاقی در حکومت های مختلف، متفاوت باشد. روند تحولات وحدت و جدایی اخلاق و حقوق، در غرب یکنواخت نبوده است و در قرن هجده روند جدایی آن دو شدت گرفت (همان، ص

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ثالثاً: حتی به فرض این که جماع با خلوت اثبات شود و حمل نیز احراز گردد، سهم ارث زن منوط به تولد زنده فرزند است و تنها اثری که حمل دارد، این است که در محاسبه ابتدایی ارث، سهمی را برای حمل کنار می‌گذارند.^۸

۵. این سخن در مشروعیت فرزند، صحیح است؛ به دلیل این که مراد از «الولد للفراش» (حرانی، ۱۴۰۴ ق، ص ۳۴) صرف عقد نکاح نیست، بلکه علاوه بر آن باید امکان وطی نیز وجود داشته باشد (سیدمرتضی، ۱۴۰۵ ق،

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

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

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

توضیح آن که:

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

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

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

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

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

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

۸. در ملاحظه ششم گفته شد که همه احکام روزه از حوزه حقوق جدا نیست.
 ۹. نویسنده عمل واجبی را که دینی (!) است، از عمل واجبی که یک تکلیف اجتماعی است، تفکیک کرده است؛ و واجب دینی را صرفاً دارای ضمانت اجرای الاهی و واجب اجتماعی را دارای الزام حقوقی و ضمانت اجرای حقوقی دانسته است. همچنین چند سطر بعد، محرماتی را که صرفاً شخصی تلقی می‌شوند، از محرماتی که در زمره تکالیف اجتماعی قرار دارند، تفکیک کرده است، و محرمات شخصی را بدون ضمانت اجرای حقوقی اعم از مدنی و کیفری، و محرمات اجتماعی را دارای مجازات و یا اثر حقوقی بطلان دانسته است.

در این جا ملاحظاتی وجود دارد:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(قانون حکومتی، نه شرعی) می‌دانند.

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

در این جا هم ملاحظاتی وجود دارد:

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

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

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

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

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

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

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

اما این تصویر از دو جهت تمام نیست:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

یادداشت های توضیحی:

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

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

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

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

فهرست منابع:

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

الإمامة، چاپ اول.

- ۲۰۱
۱۱. حفيد، ابن رشد: (۱۴۱۵ ق)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح و تصحيح خالد عطار، إشراف مكتبة البحوث و الدراسات، بيروت، دارالفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
۱۲. حلى، علامه: (۱۴۲۲ ق)، تحرير الأحكام، تحقيق إبراهيم بهادري، إشراف جعفر سبحاني، قم، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، چاپ اول.
۱۳. حلى، محقق: (۱۴۱۰ ق)، المختصر النافع، تهران، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، چاپ سوم.
۱۴. خراساني (آخوند)، محمدكاظم: (۱۴۰۶ ق)، حاشية المكاسب، تحقيق و تصحيح و تعليق مهدي شمس الدين، تهران، وزارت إرشاد إسلامي، چاپ اول.
۱۵. خسروپناه، عبدالحسين: (۱۳۸۰ ش)، جامعه مدني و حاكميت ديني، تهران، وثوق.
۱۶. خميني (امام)، سيد روح الله: (۱۳۹۰ ق)، تحرير الوسيلة، نجف، مكتبة الأدب، چاپ دوم.
۱۷. رشاد، علي اكبر: (۱۳۸۲ ش)، دموكراسي قدسي، ويرايش دوم، تهران، دانش و انديشه معاصر.
۱۸. رعيني، خطاب: (۱۴۱۶ ق)، مواهب الجليل، ضبط و تخريج زكريا عميرات، بيروت، دارالكتب العلمية، چاپ اول.
۱۹. سجستاني، ابن اشعث: (۱۴۱۰ ق)، سنن ابى داود، تحقيق و تعليق سعيد محمد لحام، دارالفكر للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ اول.
۲۰. سرخسي: (بى تا)، المبسوط، بيروت، دارالمعرفة للطباعة و النشر و التوزيع.
۲۱. سيد مرتضى: (۱۴۱۵ ق)، الإنتصار، قم، تحقيق و نشر مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين.

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

الإسلامية، چاپ چهارم.

۲۰۴

ف

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

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

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

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

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

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

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

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

۴۰. قیروانی: (بی تا)، رسالة ابن أبي زيد، بیروت، المكتبة الثقافية.

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

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

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

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

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