



اصل اباحه و اصل حلیت در

فقه و حقوق ایران

دکتر طیبه قدرتی سیاهمزیگی
دانشیار دانشگاه آزاد لاهیجان
Ghodrati.t@gmail.com
عرفان حیدری (نویسنده مسئول)
دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق
erfan heydari@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹،۰۳،۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹،۰۹،۲۰

چکیده

اباحه و حلیت از واژگانی هستند که در آثار فقهی، قواعد فقهی و اصولی بسیار به چشم می‌آید اما غبار فراوانی، چهره‌ی این دو واژه را در معنا و مفهوم، اصل و اماره بودن و موارد جریان دربر گرفته است. باید بگوییم اباحه در لغت به معنای "آشکار شدن" و در اصطلاح عبارت است از باز بودن میدان، در پیش روی مکلف تا آنچه را که می‌خواهد اختیار کند. یعنی مکلف آزادانه انجام دادن یا ترک فعلی را انتخاب می‌کند و از سوی دیگر حلیت را در لغت به معنای «روا بودن» و در اصطلاح به معنای اینکه هرگونه تصرف در اشیاء حلال است مگر اینکه حرمت و منع آن از سوی شارع ثابت شده باشد گرفته‌اند. هدف ما در این پژوهش «بررسی اصل اباحه و اصل حلیت در فقه و حقوق ایران» بوده، که ما در آن سعی داریم به صورت دقیق براساس روش تحقیق (توصیفی-تحلیلی) و مطالعات کتابخانه‌ای معنا و مفهوم اباحه و حلیت را روشن کنیم و بیان نماییم که اباحه و حلیت معنایی مترادف هم دارند یعنی هر چیز مباح، حلال است و بالعکس و هر دو یک قاعده یا اصل فقهی به نام "اصاله الاباحه والحل" را تشکیل می‌دهند که مستندات آن قاعده کتاب، سنت، اجماع و عقل می‌باشد و در شبهات حکمی و شبهات موضوعیه در تمام ابواب فقه اعم از عبادات و معاملات جریان دارد و مختص به باب خاصی از فقه نیست.

واژگان کلیدی: اباحه، حلیت، اصل، قاعده فقهی، شبهه حکمی، شبهه موضوعیه.

مقدمه

بدون شک علم به احکام افعال مسلمین می‌تواند از عناصر مهم تشکیل تمدن اسلامی باشد و علم فقه و قواعد فقهی می‌توانند بار این مسئولیت سنگین را بر دوش گیرند. از آن جایی که عبودیت و بندگی خداوند که هدف خلقت آدمی است (ذاریات، آیه ۵۶) جز عمل و تعهد نسبت به شریعت الهی امکان پذیر نیست، بشریت مکلف است مطیع پروردگار باشد و اوامر و نواهی او را اجابت کند و این مهم میسر نمی‌شود مگر به دانستن علم فقه که به مکلفین حکم شرعی فرعی را از ادله تفصیلی می‌آموزد (مجموعه مولفین، درآمدی بر حقوق اسلامی، ص ۲۹۶)، به طوری که اگر وارد عرصه‌ای از امور و افعال بندگان الهی چون امور سیاسی، فرهنگی، حقوقی و ... شود می‌تواند پاسخگویی احکام شرعی آنان باشد و با صدای رسا علی‌رغم تمام شبهاتی که مخالفان حضور نهاد دین در دولت ایجاد می‌کنند بگوید فقه قابلیت اداره ی جامعه را دارد و اگر آن طور که شایسته است ما به آن جامع عمل بپوشانیم تمدنی پر افتخار، امن و ایمانی خواهیم داشت.

از آن جایی که قوانین کشور عزیز ایران اسلامی ما بر مبنای فقه و حقوق اسلامی اداره می‌شود، شناخت دقیق قواعد فقهی اسلام از ضروریات است چرا که زیر بنا و اساس فقه و حقوق اسلامی را تشکیل می‌دهد و دربردارنده حکم شرعی کلی است که قابل تطبیق بر مصادیق و موارد افعال مکلفین است و می‌تواند گره‌گشای عاملان به شریعت خصوصاً در مسائل مستحدثه باشد. متأسفانه یکی از دشواری‌هایی که دانش پژوهان فقه و حقوق اسلامی با آن روبرو هستند عدم روشن شدن جایگاه قواعد فقهی و مسائل و قواعد اصولی است به طوری که این دو مهم را خصوصاً در آثار قواعد فقهی یا اصولی با هم خلط می‌کنند حال آنکه باید این دو از هم تمیز داده شوند چرا که قواعد فقهی دربردارنده حکم کلی شرعی و اصل یا مسئله اصولی دربردارنده حکم شرعی فرعی از ادله ی تفصیلی است (صدر، محد باقر، الدروس فی علم الاصول، ج ۲، ص ۹) و اگر این دو به جای هم به کار روند ایجاد مشکل کرده و خطای در فکر و ابهام در مباحث ایجاد می‌کنند و حتی برای مراجعه کنندگان به آثار اسلامی نیز مشکلاتی را بوجود می‌آورند که خواننده تا مدت‌ها باید در فهم مطالب دچار مشکل شود زیرا قواعد فقهی هم برای مجتهد و هم برای مقلد یعنی به طور کلی عموم مکلفین قابل استفاده بوده ولی مسائل یا قواعد اصولی فقط به کار مجتهد و فقیه برای استنباط حکم شرعی می‌آید. از آن جایی که واژه ی «اباحه» که در لغت به معنای

«آشکار شدن» و در اصطلاح به معنای حکم شرعی به تخییر به فعل و ترک و مساوی بودن این دو نزد هم یا به معنای جواز وضعی انتزاعی در مقابل جواز تکلیفی یا حکم به اباحه عقلی برای انجام کاری است (شهید ثانی، زین‌الدین، روضه البهیة، ج ۳، ص ۲۲۰) و واژه ی «حلیت» که در لغت به معنای «روا بودن» و در اصطلاح به معنای این است که هرگاه در حلیت چیزی شک کردیم اصل برحلیت آن است مگر آنکه دلیل بر حرمت ثابت شود (آذری قمی، احمد، تحقیق الاصول، ج ۱، ص ۲۰۰). در کتب فقهی، قواعد فقهی و اصولی فراوان بکار رفته و در بیان مطالب به آن استناد شده و توضیح اندکی درباره آن ارائه گردیده به صورتی که برای خواننده معنا و مفهوم این دو واژه و این که آیا این ها اصل اصولی اند یا اصل و قاعده فقهی، آیا این ها مترادف یکدیگرند و یا خیر و یا در عالم خارج یک اصل هستند یا نه و یا موارد کاربرد و تطبیق این دو در فقه و حقوق در چه جاهایی است، مشخص نمی باشد لذا بر آن شدیم در این پژوهش به بررسی این موضوعات و مباحث بپردازیم.

تعریف اصل:

اصل در لغت به معنای بُن و ریشه است و در اصطلاح اصولی: «چیزی است که بدون ملاحظه کشف از واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در موقع شک و تردید حجت شناخته شده باشد، اعم از اینکه مثبت حکم تکلیفی باشد یا موضوع آن» مثلاً هرگاه در تحریم عملی تردید کنیم، مثل اینکه ندانیم سیگار کشیدن حرام است یا حلال، با کمک اصل براءت حلیت آن را ثابت می کنیم. و این اثبات فقط برای رفع تحیر و تردید در مقام عمل است، بدون اینکه بتوانیم بگوئیم در واقع و عندالله نیز سیگار کشیدن مباح است. این مثال برای اصل مثبت حکم است. مثال دیگر: هرگاه کسی یقین داشته باشد که به دیگری بدهکار بوده است و شک در تأدیة آن داشته باشد به موجب اصل استصحاب اشتغال ذمه او ادامه می یابد. این نیز اصل مثبت حکم است. برای اصل مثبت موضوع می توان به اصالة الصحة مثال زد، مثلاً هرگاه در صحت و درستی عقدی تردید داشته باشیم می گوئیم اصل صحت آن است تا بطلان آن مسلم شود و مانند استصحاب وجود غائب مفقودالاثَر (محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی با اصول فقه، ۱۳۹۱، ص ۲۵۷) در کتاب مساقات فقه نیز اصل به معنای درخت و نهال به کار رفته است.

تعریف دلیل

دلیل در اصطلاح منطق و اصول دو معنای نسبتاً متفاوت دارد در منطق دلیل مترادف است با برهان و قیاس و منظور از آن مجموع چند قضیه است که در تعریف آن‌ها مجهولی معلوم می‌گردد. مانند اینکه می‌گویند عالم متغیر است و هر تغییری حادث است پس عالم حادث است اما در اصول فقه دلیل اعم از آن است که در منطق مصطلح است. زیرا «به هر چیزی که بتواند ما را به مجهولی برساند و مجهولی را بر ما معلوم کند دلیل گویند». اعم از اینکه قیاس باشد و مؤلف و مرکب از چند قضیه، یا قضیه واحدی باشد. دلیل به معنای اخص عبارت است از چیزی که به لحاظ کشف از واقع مثبت حکم تکلیفی و کلی باشد مانند آیه شریفه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» (۲۷۵ بقره) که حکم حلال بودن بیع و حرام بودن ربا را در عالم واقع و حقیقت شرع بیان می‌کند. (محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، صص ۲۷۳ و ۲۷۴)

تعریف اماره:

«اماره» از ریشه «امر» مصدر دیگر باب تفعیل بر وزن «فعاله» است. در لغت به معنای علامت و نشانه و جمع آن امارات است (ابن منظور، محمدبن مکرم، لسان العرب بیروت لبنان، ج ۴، ص ۳۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه، ج ۲، ص ۵۸۲). در اصطلاح، به طریقی گفته می‌شود که ظن به حکم واقعی را افاده می‌نماید، مانند: خبر واحد. کاربرد رایج اماره در کلمات اصولیان، در اماره معتبر است که کاشفیت از واقع داشته و شارع آن را برای کشف حکم واقعی اعتبار نموده است. (خمنی، روح الله، تهذیب الأصول، ج ۱، ص ۳۱۶).

اغلب اصولیان، «اماره» را مترادف «دلیل» و «طریق» (مظفر، محمدرضا، أصول الفقه، ج ۳، ص ۱۵) و در مقابل «اصل عملی» به کار برده اند. در کتاب‌های اصولی، اماره علاوه بر طریق، در معنای ظن حاصل از کاربرد اماره نیز به کار می‌رود، مانند: ظن حاصل از خبر واحد.

این کاربرد دوم مسامحی بوده و به سبب وجود علاقه. میان سبب (اماره) و مسبب (ظن) حاصل شده است (مظفر، محمدرضا، أصول الفقه، ج ۳، ص ۱۶). سخن اصولیان در مورد مفاد امارات مختلف است.

هنگامی که مفاد اماره را حکم ظاهری می‌دانند، گاه نظر به حکمی بودن اماره داشته و کاشفیت آن را قصد کرده اند و گاه نظر به دلیل حجیت اماره داشته و ظنی بودن آن را توجه نموده‌اند. (اسلامی، رضا، بررسی تطبیقی ماهیت حکم ظاهری با تکیه بر آرای شهید صدر، قم، ص ۴۳).

تعریف حلیت

از مصدر (حَلَّ) به معنای روا بودن و متضاد حرمت است و گاه هر آن چیزی که در آن گناه باشد حرمت و هر آنچیزی که در آن گناه نباشد و هیچگونه سرزنش و نکوهشی متوجه انجام آن نباشد به آن (حَلَّ) می‌گویند.

حلال

مصدر به معنای جایز و روا بودن است چنانکه در قرآن کریم آمده است: «يَحْلُونَهُ عَاماً وَّ يَحْرَمُونَهُ عَاماً / یک سال آن را روا و یک سال آن را ناروا می‌شمارند». (انصاری، مسعود و دیگران، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۸۶۳).

تعریف اصطلاحی حلیت

در اصطلاح «حلیت، به معنای جواز تصرف در اشیای خارجی است که در حلیت آنها تردید شده است؛ برای مثال، هرگاه در حلال یا حرام بودن خوردن چیزی شک شود، با اجرای اصل حلیت، به حلال بودن آن حکم داده می‌شود». (آذری قمی، احمد، تحقیق الاصول المفیده فی اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۹)

تعریف اباحه:

معنای لغوی: اباحه مصدر باب افعال، از باح الشیء، یبوح، بَوْحاً، بَوْحاً و بَوْحاً و بَوْحاً گرفته شده و به معنای «آشکار شدن» است. (رفیعی آفریقی، جمال الدین، لسان العرب، ج ۱، ص ۱۰۵). خلیل می‌نویسد: «البَّوح: ظهور الشیء» بوح یعنی ظاهر شدن چیزی. (فراهیدی، خلیل بن احمد، ترتیب کتاب العین، ج ۱، ص ۹۸).

ابن فارس هم می‌نگارد: «بوح یک ریشه دارد و معنای آن گسترش نمودن و روشنی شیء» می‌باشد. فعل «باح» با حرف متعدی می‌شود؛ مانند باح بِسْرَهْ؛ یعنی راز او را آشکار کرد. باح در باب افعال نیز متعدی می‌گردد؛ مثل أَباحَهُ، أَباحَهُ یعنی چیزی را آشکار کرد. (ابن فارس، احمد، المعجم مقاییس اللغه، ج ۳، ص ۳۱۵). برای اباحه، با توجه به الفاظ متضاد با آن چندین معنا ذکر کرده اند؛ مانند حلال کردن؛ رها ساختن؛ گسترش دادن و آشکار نمودن. فیروزآبادی می‌آورد: «چیزی را بر تو اباحه کردم، یعنی آن را برای تو حلال کردم» (فیروزآبادی، مجدالدین معدن یعقوب، القاموس المحيط، جلد ۱، ص ۳۴) زبیدی در شرح کلام وی می‌نویسد: «یعنی خوردن آن چیز یا انجام دادن یا تملکش را بر تو مجاز کردم» (محب الدین ابن فیض، السید محمدالحسین، تاج العروس می جواهر القاموس، ج ۲، ص ۱۳۶). کسی مال خود را اباحه کرد، یعنی در گرفتن و ترک آن، اذن داد و در هر دو جهت، آزاد و مطلق گذاشت. (المقری القیومی، احمد ابن محمد، مصباح المنیر فی غریب الشرم الکبیر الدافعی، ج ۱، ص ۶۵). خلیل می‌نویسد: «اباحه، شبیه غنیمت گرفتن است». گرچه میان این معانی با نظر دقیق فرق وجود دارد، ولی روشن است که این نظر دقیق، مراد اهل لغت نیست. از این رو می‌توان همه یا بیشتر آن معانی را به یک معنا برگرداند و آن نیز همان معنای سعه و وسعت بخشیدن می‌باشد. زیرا اباحه کردن چیزی برای کسی یعنی وی را در وسعت قرار دادن و برداشتن هرگونه قیدی در انتخاب، انجام و عدم انجام آن چیز (ابن فارس، احمد، المعجم مقاییس اللغه، ج ۳، ص ۳۱۵). ابن فارس می‌آورد: «اباحه شیء یعنی این که آن چیز بر او ممنوع نیست و در وسعت و بدون تنگناست» (محب الدین ابن فیض، السید محمدالحسین، تاج العروس می جواهر القاموس، ج ۲، ص ۱۳۶). بستانی گفته است: «شیء را مباح شمرد؛ یعنی آن را وسعت بخشید و آزاد گذاشت.

از همین قبیل است وقتی گفته می‌شود چیزی را بر تو مباح کردم؛ یعنی آن را بر تو حلال کردم». اما از بعضی اهل لغت چنین حکایت شده که «اباحه در اصل به معنای ظاهر کردن شیء است برای بیننده، تا هرگاه آن را خواست در بر بگیرد، و باح بِسْرَهْ (سرّ خود را آشکار ساخت) نیز از همین باب است». برخی تصریح کرده اند که بین حلال و مباح فرق است؛ چون حلال، گشودن گره در تحریم بوده ولی مباح، توسعه در انجام کاری می‌باشد». (البستانی، بطرس، محیط المحيط، ج ۱، ص ۶۰).

معنای اصطلاحی اباحه:

اباحه در میان فقها چندین معنا دارد: ۱. حکم شرعی به تخییر بین فعل و ترک و مساوی بودن این دو نزد شرع؛ مثل مباح بودن غذاهای اهل کتاب. خداوند فرموده است: «الْيَوْمَ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَّ لَكُمْ وَ طَعَامِكُمْ حَلَّ لَهُمْ (مائده، آیه ۵)؛ امروز طیبات و غذاهای اهل کتاب بر شما حلال شده است و غذاهای شما نیز بر آنان حلال می باشد». اباحه به این معنی، اباحه به معنای اخص نامیده می شود؛ زیرا اباحه به معنای مذکور یکی از احکام تکلیفی پنجگانه است که عبارتند از: وجوب؛ استحباب؛ اباحه؛ کراهت و حرمت.

مقایسه اصل با دلیل و اماره:

تفاوت اصل با اماره و دلیل بسیار است که با دقت در تعاریف گذشته روشن می شود از جمله اینکه:

۱. دلیل و اماره برای کشف از واقع و پی بردن به حکم واقعی یا موضوعات احکام هستند ولی اصل به هیچ وجه جنبه کشف از واقع نداشته و برعکس، با فرض جهل به واقع و حکم واقعی برای رفع بلا تکلیفی در مقام عمل با کمک آن (اصل) تدبیری اندیشیده می شود.

۲. دلیل اماره را دلیل اجتهادی گویند زیرا مجتهد به وسیله آن ها در طریق دست یافتن به حکم شرعی تمام جهد و کوشش خود را مبذول داشته و از تحمل هیچ مشقتی خودداری نمیکند ولی این منظور با «اصل» تامین نمی شود با اصل فقط می توان راه حل عملی را فهمید و لذا اصل را دلیل فقهاتی گویند.

۳. از لحاظ اثبات مطلب اماره بر اصل برتری دارد و در صورت تعارض میان آن دو اماره بر اصل مقدم است. که گفته اند «الاصل دلیل حیث لا دلیل» این عقیده بیشتر اصولیین است، ولی شهید ثانی معتقد است که اصل غالباً بر اماره مقدم است. مثال: هرگاه زن و شوهر خلوت کامل داشته باشند و با این حال شوهر مدعی عدم آمیزش شود گرچه اصل عدم آن است ولی ظاهر این است که مباشرت انجام گرفته است. شهید اول معتقد است به ترجیح ظاهر ولی شهید ثانی اصل را بر ظاهر برتری داده است. (شهیدثانی، زین الدین، شرح لمعه، ج ۲، صفحه ۹۸).

۴. اماره غالباً مفید ظن است و مبنای حجیت آن کشف ظنی به واقع است. در حالی که اصل غالباً مفید ظن نیست و به هر حال مبنای حجیت آن ایجاد ظن نمی باشد.

۵. عمل به اصل هنگامی مجاز است که قبلاً برای یافتن دلیل فحص و جستجو شده باشد و از دسترسی آن به نومی‌دی و یأس حاصل شده باشد؛ در حالی که بکار بستن اماره نیازی به این امر ندارد و اماره حجت است. مگر اینکه دلیل قطعی یا اماره ای قوی‌تر برخلاف آن وجود داشته باشد. مثلاً اگر بخواهیم در موردی با اصل استصحاب مالکیت سابق را ثابت کنیم باید قبلاً تحقیق کنیم که آیا حالت سابق از بین رفته یا نه، ولی اگر بخواهیم با اماره و ید و تصرف مالکیت متصرف فعلی را ثابت کنیم نیازی به تحقیق نداریم و او را مالک می‌دانیم مگر اینکه مدعی مالکیت سند مالکیت نشان دهد یا مثلاً بینه شرعی بیاورد.

۶. اصل، مثبت آثار و لزوم عقلی و عادی خودنیست، ولی اماره مثبت آثار و لوازم عقلی و عادی خود هست! (محمودی، ابوالحسن، مبانی اصول استنباط، ص ۲۷۶)

مقایسه اصل اباحه با اصل برائت:

واژه برائت در لغت به معنای خلاصی از عیب و تهمت، رهایی از بدهی، بیزاری از چیزی و پاک شدن است. در اصطلاح اصولیان، اصل برائت عبارت است از: «حکم به عدم ثبوت تکلیف برای مکلف در موردی که اصل وجود تکلیف مشکوک باشد». یعنی، هرگاه دلیل معتبری بر وجود یک تکلیف الزامی دلالت نکند، هرچند احتمال تکلیف وجود داشته باشد در ظاهر حکم می‌شود که مکلف در این باره تکلیفی ندارد و ذمه او بری است. برای مثال، اگر مجتهد با مراجعه به منابع فقه دلیل معتبری برای حرمت تلقیح مصنوعی یا شبیه سازی انسان نیافت با استناد به اصل برائت حکم به جواز و عدم حرمت آن می‌کند یا اگر شخصی مدعی طلبی بر عهده دیگری شد و دلیل معتبری ارائه نکرد، دادرس با استناد به این اصل حکم به برائت صادر می‌کند، یعنی خواننده تکلیفی به پرداخت آن دین ندارد. (مفاد ماده ۱۹۷ ق.آ.د.م)

اصل برائت با توجه به مدرک و دلیل حجیت آن به برائت عقلی و برائت شرعی تقسیم می‌شود؛ یعنی اگر با کمک دلیل عقلی حجیت و اعتبار آن اثبات شود «برائت عقلی» نامیده می‌شود و اگر از راه استدلال به کتاب و سنت حجیت آن ثابت شود، اصل «برائت شرعی» خوانده می‌شود. در نوشته های کهن اصولی، گاه از اصل برائت با عنوان «برائت اصلیه» یا «استصحاب حال عقل» یا «استصحاب برائت» یاد شده است. (موسوی بجنوردی، سید محمد، اندیشه های حقوقی (۱) حقوق خانواده، ص ۳۰). اصل برائت را نباید با «اصاله الاباحه» مترادف و یکسان دانست. بحث اصاله الاباحه در پاسخ به این سوال مطرح می‌شود که قاعده اولیه درباره انجام کارها چیست. در این باره چند نظریه متفاوت ارائه شده است: برخی علما اصل

در اشیا را «منع» و «حظر» دانسته اند و معتقدند چون همه مخلوقات، از جمله انسان، ملک خداوند هستند، انسان نمی تواند هیچگونه تصرفی انجام دهد، مگر اینکه از سوی شارع به او اجازه داده شود؛ زیرا تصرف در ملک دیگری بدون اذن او عقلاً ممنوع است. (موسوی بجنوردی، سید محمد، اندیشه های حقوقی (۱) حقوق خانواده، ص ۳۰). اما گروه دیگری اصل را «اباحه» و «جواز» دانسته اند و معتقدند تا زمانی که نهی و منعی از سوی شارع نسبت به عملی صادر نشده باشد، انجام آن کار مباح و مجاز خواهد بود؛ زیرا حکمت الهی اقتضا دارد که خلق اشیا به منظور استفاده و انتفاع افراد از آن صورت گرفته باشد. افزون بر این، در آیات متعددی از قرآن تصریح شده که زمین و آنچه در زمین است برای انسان ها خلق شده است. بنابراین، از سوی شارع نسبت به انجام چنین تصرفاتی اجازه وجود دارد برخی نیز نه اصاله الاباحه را پذیرفته اند و نه اصاله الحظر را بلکه قائل به توقف شده اند. به هر تقدیر، اصاله الاباحه از جهات متعدد با اصل برائت تفاوت دارد؛ زیرا، اولاً، اصاله الاباحه بیانگر حکمی واقعی است، در حالی که اصل برائت تنها مفید حکم ظاهری است که در فرض جهل و شک درباره حکم واقعی، وظیفه عملی و ظاهری مکلف را روشن می کند و او را در مقام عمل از تحیر خارج می سازد؛ ثانیاً، با استناد به اصاله الاباحه تنها می توان تکلیف تحریمی و ممنوعیت عمل را منتفی دانست، در حالیکه به کمک اصل برائت هم تکلیف تحریمی مشکوک مرتفع می شود و هم تکلیف وجوبی مشکوک. به تعبیر دیگر کاربرد اصل اباحه تنها در شبهات تحریمی است؛ اما اصل برائت هم در شبهات تحریمی کاربرد دارد و هم در شبهات وجوبی. (موسوی بجنوردی، سید محمد، اندیشه های حقوقی (۱) حقوق خانواده، جلد ۲، ص ۵۰).

اصل یا اماره بودن حلیت

حلیت از اصول عملی ای است که با وجود اماره رجوع به آن جایز نیست و تنها در فرض نبود اماره بر حلیت با حرمت و شک در آن، به قاعده رجوع می شود. «شکی نیست که این قاعده اصل هست! با توجه به اخذ شک در موضوعش! بنابراین مادامی که برای حکم، دلیل لفظی دلالت کند، رجوع به این قاعده جایز نیست! همچنین اگر اماره ای بر اصلی ورود کند مقدم می شود چون بعد از دلالت دلیل اجتهادی (اماره) بر حکم، جهل و شک بر طرف میگردد! چون شارع مادای دلیل اجتهادی (اماره) را تعبداً به منزله ی علم به واقع قرار داده است! در واقع موضوع برای اصل به هنگام قیام دلیل، محقق نمی شود». (سیفی مازندرانی، علی اکبر، مبانی فقه الفعال فی القواعد الاساسیه، ج ۱، ص ۲۷). یکی از مهمترین

مستندات اصالت الحلیه، احادیث حلیت به صورت های مختلفی که در قسمت روایات ذکر شد می باشد. طوری که اصالت الحلیه را با حدیث حلیت برابر دانستند. برای اینکه بدانیم اصالت الحلیه در کجا جریان دارد باید به واکاوی حدیث حلیت و مواردی که فقها و اصولین در آن بحث کرده اند پردازیم.

موارد کاربرد اباحه در فقه و حقوق ایران

اباحه در فقه اهل سنت:

ابن تیمیه نظریه پرداز بزرگ وهابیت، به صراحت می نویسد: «وَمِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ الدِّينَ لَهُ «أَصْلَانِ» فَلَا دِينَ إِلَّا مَا شَرَعَ اللَّهُ وَلَا حَرَامَ إِلَّا مَا حَرَمَهُ اللَّهُ؛ واضح است که دو اصل برای دین است: دین به جز آنچه که خداوند مشروع ساخته نیست و حرامی غیر از آنچه خداوند حرام ساخته نیست» (ابن تیمیه، احمد، کتب و رسائل و فناوری شیخ الاسلام ابن تیمیه، ج ۱۱، ص ۶۲۳۱). این سخن نشان می دهد که وی نیز در گفتار معتقد به اصاله اباحه بوده و عقیده دارد چیزی که شریعت حرام نکرده، مباح می باشد و نمی شود حکم به حرمت آن کرد. علمای دیگر اهل سنت همانند: سرخسی (السرخسی، شمس الدین، المبسوط، ج ۱۱، ص ۲۱۷)، ابن قدامه (ابن قدامه، عمر، المغنی، ج ۳، ص ۲۹۶)، ابن حزم (ابن حزم، علی، الاحکام، ج ۶، ص ۷۴۹)، النووی (النووی، یحیی، اذکار النووی، ج ۱، ص ۳۰۹)، ابن عابدین (ابن عابدین الدمشقی، محمد امین، حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۱۱۳)، شوکانی (الشوکانی، محمد، نیل الاوطار، ج ۵، ص ۲۱۶-۲۱۷) و ... اصل در اشیاء را مثل شیعه، اباحه دانسته اند.

فقههای شیعه در بسیاری از مسائل فقهی به این اصل استناد کرده اند و براساس آن حکم داده اند طوری که فقط شیخ طوسی در کتاب خلاف بیش از ۵۷ بار بر اساس اصل اباحه فتوا داده است و در سایر آثار فقههای شیعه نیز مانند شیخ طوسی (شیخ طوسی، محمد، خلاف، ج ۱، ص ۶۸) مسائلی که مستند به اصل اباحه باشد بسیار است ما اینک به برخی از موارد کاربردی آن در فقه شیعه می پردازیم:

جواز ترمیم پرده بکارت

اگر در حرمت یا حلیت چیزی شک کنیم و دلیلی بر اثبات حرمت یافت نشود، با اصل اباحه حلیت و جواز استفاده و بکار گیری آن اثبات می شود. فقیهان در موارد مختلف به این اصل اشاره و به آن استناد

کرده‌اند. شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌نویسد: ان الأصل الإباحه فی جمیع الأشياء فمن ادعی التحريم فعليه الدلاله (شیخ طوسی، محمد، خلاف، ج ۱، ص ۶۸): اصل و قاعده در همه اشیاء اباحه است و هرکس ادعای حرمت اشیا را دارد، باید دلیل بیاورد. این اصل برگرفته از آیات و روایات بسیاری است که بررسی آن از موضوع بحث بیرون است. از این رو اگر عنوان خاصی بر ترمیم پرده بکارت منطبق شود که شک کنیم آیا حرام گردیده یا خیر؟ اصل اباحه حلیت آن را نتیجه می‌دهد. زیرا همه اشیاء بر حلیت است، مگر اینکه دلیلی بر حرمت آن رسیده باشد.

امکان استفاده از بی حسی برای محکومین به حد

بنابر اصل (اصالة الاباحه) و با توجه به عدم منع از سوی شارع امکان توسل به بی حسی برای محکوم قابل تصور است، پس می‌توان نتیجه گرفت که امکان اغمال بی حسی و نیز توسل به جراحی برای اجرای حد سرقه فاقد منع شرعی است. در حد محاربه نیز از مجموع دلایل فوق الذکر و با توجه به اصل (اصالة الاباحه) می‌توان نتیجه گرفت که در اجرای حد محاربه (مقصود قطع دست راست و پای چپ) می‌توان از بی حس نمودن اعضا و حتی عمل جراحی استفاده نمود. زیرا هدف شارع از وضع این نوع کیفر ناتوان کردن مرتکب در تمام صورت‌ها اگر گنج در دارالحرب یافت شود با تمام اقسامش اگر بر آن اثری از اسلام نباشد و زمین یافت شده در آن از اراضی مباحه یا موات بوده باشد شهرتی نزدیک به اجماع وجود دارد که گنج برای یابنده است و نیز اگر گنج در دارالاسلام یافت شود ولی بر آن اثری از اسلام نباشد و در اراضی مباحه یا موات پیدا شود. صاحب جواهر ادعای اجماع بر این حکم دارد و می‌آورد «هرگاه گنج در دارالحرب یافت شود مطلقاً با تمام اقسامش و هرآنچه که در دارالاسلام یافت شود و در اراضی مباحه یا موات پیدا شود و بر آن اثری از اسلام نباشد مخالفی در فقهاء نیست که آن گنج برای یابنده آن است البته بعد از تخمیس» (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۱۶، ص ۲۸). در مصباح الفقیه عبارتی مانند عبارت صاحب جواهر دارد بلکه حتی اگر اثر اسلام بر آن باشد آن را نیز برای واجد آن می‌داند (همدانی، رضا، مصباح الفقیه، ج ۳، ص ۱۱۷) صاحب حدائق نیز ادعای اجماع نموده که برای واجد گنج است هرگاه آن در دارالحرب یافت شود (بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره، ج ۱۲، ص ۳۳۳). به نظر ما هرآنچه که در دارالحرب یافت شود با تمام اقسامش برای یابنده آن است به دو دلیل: دلیل اول اینکه اصل در اشیاء اباحه است و از طرفی تصرف در مال غیر زمانی حرام است که ملک مالک محترمی باشد

و الاحرام نخواهد بود و زمانی که گنجی در دارالحرب یافت می‌شود معلوم نیست که برای مالک محترم المالیه بوده یا نه بلکه ظاهر یافته شدن گنج در دارالحرب این است که آن برای مالکی غیر محترم بوده است و صرف وجود اثر اسلام بر آن فایده‌ای ندارد در اثبات اینکه آن شاید برای فرد محترمی بوده. چون هنوز مسلم نیست که برای مسلمانی بوده باشد و صرفاً "در حد احتمال است چون ممکن است در معامله ای آن مال از دارالاسلام به آنجا منتقل شده باشد یا غصب و غنیمت بوده باشد و اگر شک شود که آیا این مال یافت شده در دارالحرب که اثر اسلام نیز بر آن وجود دارد برای فرد مسلمانی بوده یا خیر اصل عدم این امر است بخاطر اینکه پیدا شدن گنج در دارالکفر خود اماره ایست بر اینکه مال مال مسلمانی بوده و این اماره قوی‌تر است از اماره اثر اسلام بر آن گنج.

- دلیل دوم اینکه در این مورد اخذ می‌کنیم به عمومات ادله گنج و اطلاعات آن چرا که ظاهر این عمومات و اطلاعات این است که گنج یافت شده برای یابنده و ملک اوست که با دادن خمس چهار پنجم آن را مالک می‌شود اما هرگاه گنج در دارالاسلام یافت شود و اثر اسلام هم بر آن نباشد و در زمین‌های مباحه یافت گردد این نیز بعد از پرداخت خمس آن برای یابنده آن است به دلیل همان دو دلیل اقامه شده در گذشته، یعنی اطلاعات ادله و اصالة الاباحه و این اشکال که اصالة الاباحه در اموال جاری نمی‌شود درست نیست چون آن خارج از محل کلام است چون عدم جریان اصالة الاباحه در اموال برای جانی است که اماره ید وجود داشته باشد اگر اماره ید مسلم بر مالی باشد نوبت به اصالت الاباحه نمی‌رسد اما وقتی مال در دارالاسلام در زمین‌های موات و مباح به عنوان گنج یافت شود حتی اثر اسلام هم که بر آن باشد ید مسلم بر آن نیست مگر اینکه در ملک کسی یافت شود و این نظر در کتاب خلاف و سرائر و مدارک آمده و از طرفی ظاهر عبارات شیخ مفید و سیدمرتضی و صاحب جواهر نیز همین است اما در برابر این قول وجیه نظر دسته‌ای دیگر از فقهاء اند که گنج یافت شده در دارالاسلام که بر آن اثر اسلام است را گنج ندانسته بلکه آن را در حکم لقطه می‌دانند که این رأی اکثر متأخرین و عدّه زیادی از قدامت است. مانند شیخ طوسی در مبسوط. شیخ طوسی می‌نویسد: «اما گنج‌هایی که در شهرهای مسلمین پیدا می‌شوند اگر در زمین انسانی یافت شود واجب است یابنده از صاحب زمین نشانی بخواهد اگر نشانی داد مال صاحب زمین است و باید به او تحویل دهد اگر نشانی نداد و مالش را نشناخت یا اساساً مال را در زمینی پیدا کرد که صاحب نداشت این بر دو قسم است اگر بر آن اثری از اسلام بود آن به منزله

لقظه است و اگر بر آن اثری از اسلام نبود در اینجا با اخراج خمسه مالک می شود» (شیخ طوسی، محمد، المبسوط، ج ۱، ص ۲۳۶).

استفتائات شورای عالی قضائی در بی حس نمودن دست سارق

استفتائات شورای عالی قضائی سابق در پاسخ به بی حس نمودن دست سارق قبل از اجرای حد به شکل زیر اظهار نظر کرده است:

اگرچه مسئله در کتب حقوقی موجود در دسترس ما عنوان نگردیده ولیکن با مراجعه به اصل کلی اصالة الاباحه در فرض سوال منعی به نظر نمی رسد و مساله نکال و خزی مذکور در آیه شریفه مربوط به عبرت دیگران و ننگ و عار برای خود سارق است و ارتباطی با احساس درد و قطع بدون عمل جراحی ندارد. (زررخ، احسان و علی پناه، پرویز، بررسی بی حس نمودن اعضا در اجرای مجازات های بدنی، مجله پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۲، صص ۹۴-۹۵)

نتیجه گیری

اباحه در معنای لغوی از مصدر باب افعال، از باح الشيء، بوحاً گرفته شده و به معنای «آشکار ساختن» است و در اصطلاح فقها چندین معنادر که عبارتند از: حکم شرعی به تخییر بین فعل و ترک و مساوی بودن این دو نزد شارع، جواز وضعی انتزاعی در مقابل جواز تکلیفی که به معنای صحت و مشروع بودن و عدم بطلان است، حکم عقل به اباحه عقلی یعنی انجام دادن کار قبیح و مذمتی از نظر عقل ندارد. یا معذور بودن مکلف و عدم استحقاق عقاب، مأذون بودن و استحقاق تصرف در مقابل غضب و حرمت تصرف مال غیر می باشد و از طرف دیگر عبارتی داریم به نام حلّیت که در لغت از مصدر (حلّ) گرفته شده به معنای روا بودن و متضاد حرمت است و هرآن چیزی را که در آن گناه نباشد و هیچگونه سرزنش و نکوهشی متوجه انجام آن نباشد را شامل می شود و در تعریف اصطلاحی آن را از قواعد یا اصولی دانسته اند که هرگاه در حلّیت چیزی شک کردیم باید قاعده و اصل را بر حلال بودن و عدم حرمت آن شیء بگذاریم مگر آنکه خلافش ثابت شود.

از نظر مشهور فقها و اصولیین عنوان اباحه یک اصل یا قاعده فقهی است که در فقه آن را در شبهات حکمیه و موضوعیه به دو معنای اثبات اباحه ی ظاهری در سطح یک اصل عملی در موارد شک در جایی که فقیه بعد از جست و جو کردن به دلیل منع کننده دست پیدا نکند به مقتضای اصول عملیه با استصحاب اباحه ای که قبل از شرع بوده است یا اصاله البرائت شرعی یا عقلی حکم را صادر می کند. در این صورت برائت عام و اباحه خاص می شود و معنای دوم اثبات اباحه ی واقعی با بعضی از عموماً قرآنی و روایاتی است که دلالت دارند همه چیز مباح است مگر آن عناوینی که حرمت شرعی آنها با ادله دیگر ثابت شده باشد مثل شرب خمر، خون و غیر اینها. بر اساس قرآن استفاده از این عموم در بعضی از ابواب همچون خوردنی ها و مانند آن مانعی ندارد و شاید آیه ی «قُلْ لَا اِجْدِیْ مَا اُحِیْ اِلٰی مَحْرَمًا عَلٰی طَاعِمٍ یُّطَعَمُهٗ» (۴۵ انعام): «بگو در احکامی که به من وحی شده من چیزی را که برای خوردندگان طعام حرام باشد نمی یابم». دلیل بر آن باشد اما طبق نظر برخی از فقها کاربرد اباحه در مطلق افعال مکلفان و همه ی اباب فقه ننهنه محل اشکال است بلکه ممنوع نیز می باشد. زیرا دلیلی که اباحه همه ی اشیاء و افعال را با این گستردگی ثابت کند وجود ندارد. اما ما در این پژوهش معتقدیم اباحه یک قاعده یا اصل فقهی است که در همه ابواب فقه جاری است و فقط نمی توانیم اصاله الاباحه را به خوردنی ها و همانند آن محدود کنیم و باید بگوییم دلیل بر گستره اصاله الاباحه در تمام ابواب فقهی وجود دارد که از کتاب می توانیم به آیات فراوانی مانند الرحمان (۱۰) یا اعراف (۱۰) یا جاثیه (۱۲) که مضمونشان خلق کردن زمین، فراهم آوردن معایش و مسخر کردن کشتی ها و خلاصه در اختیار قرار دادن همه مخلوقات برای انسان است اشاره نماییم در روایات هم روایت «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» هم بر این موضوع اشاره دارد و بنای عقلا نیز بنا به قاعده «قبح عقاب بلا بیان» بوده و اصل را در اشیاء بر اباحه می دانند و این که گفته می شود اباحه به خوردنی ها و آشامیدنی ها محدود است صحیح نیست بلکه می توانیم با جست و جوی دقیق تر در کتب فقهی خلاف آن را ثابت کنیم هر چند که شیخ طوسی ۵۷ بار در کتاب «خلاف» بر اساس اصاله الاباحه فتوا داده است و در مورد جریان اصاله الاباحه در عبادات و معاملات ادعای اجماع شده است تا جایی که اجماع در اینجا منقول و مدرکی است و نمی تواند مستقلاً دلیل بر اباحه باشد، در موردحلیت نیز آن را باید یک قاعده یا اصل فقهی دانست که در کتب اصولی نیز کاربرد دارد.

چرا که از آن فقط فقیه برای تشخیص احکام و وظایف مکلفان استفاده نمی کند بلکه مکلفین نیز در جایی که در موضوعی شک کنند آن را به عنوان یک حکم شرعی کلی مورد تطبیق بر مصادیق قرار می

دهند و از آن استفاده می نمایند در اثبات این مهم آیات فراوانی از قرآن از جمله آیه ۱۱۴ سوره نحل که می فرماید: «خداوند آنچه را که بر شما روزی کرده و حلال و پاکیزه است بخورید» یا «ای پیامبر برای چه، چیزی را که خدا بر تو حلال کرده بر خود حرام می کنی ...» اشاره نموده و در سنت ۵ حدیث بر محتوای این قاعده فقهی دلالت دارند از جمله «کل شیء لک حلال حتی تعلم أنه حرام بعینه» یا «کل شیء فیہ حلال و حرام فهو حلال لک ابدأ حتی ان تعرف الحرام منه بعینه فتدعه» را آورده اند و همچنین بنای عقلا را بر اساس قاعده عقلی «قیح عقاب بلا بیان» می توان دلیل بر قاعده حلیت گرفت و گفت هر چیزی را که منعی بر آن صورت نگرفته عقلای عالم قبیح می دانند که از منظر خود آن را منع کنند و حلال و طیب برای خود به حساب می آورند و البته می توان بر جریان قاعده حلیت اجماع را نیز دلیل گرفت که هر چند چون اجماع مدرکی است قرینه ای بیش برای اثبات مدعا نیست و نمی تواند به تنهایی دلیل بحث باشد.

در مقایسه ی اصل اباحه و اصل حلیت باید گفت که فقها قائل به این هستند که معنا و مفهوم اباحه و حلیت یکی است به این معنا که ما شیئی نداریم که حلال باشد ولی مباح نباشد و یا بالعکس لذا معنا و مفهوم آن دو را یکی می دانند ولی در این که اباحه و حلیت را به عنوان یک اصل یا قاعده فقهی مدنظر قرار دهند اقوال مختلفی وجود دارد یک گروه اباحه و حلیت را به عنوان یک اصل و باهم آورده اند و این دو واژه را مترادف یکدیگر میدانند و از این دو کلمه در یک قاعده یا اصل فقهی به نام «اصاله الاباحه والحل» بحث می کنند که هم در شبهات حکمی و هم در شبهات موضوعیه به کار می رود. عده ای دیگر اباحه و حلیت را دو اصل مجزا می دانند که اباحه در شبهه ی حکمی و حلیت در شبهه ی موضوعیه به کار می رود و برخی دیگر اباحه و حلیت را مترادف هم می دانند ولی معتقدند ما یک «اصاله الاباحه والحل» داریم که بیان کننده حکم واقعی است و یا در شبهه حکمی به کار می رود و یک «قاعده الاباحه والحل» داریم که در شبهه موضوعیه به کار می رود، عده دیگری اصل اباحه و حلیت را زیر مجموعه اصل براءت می دانند و می گویند اینها بیان دیگری از اصل براءت هستند که به مقتضای بحث فقهی در هر یک از ابواب فقه به صورت خاصی به کار می روند. گاهی به مقتضای کتاب طهارت براءت را با «اصاله الطهاره» جاری می کنند یا به مقتضای کتاب اطعمه و اشربه آن را با «اصاله الحل» بیان می کنند و یا به مقتضای کتاب البیع آن را با «اصاله الاباحه» می آورند که عبارت از جواز در تصرف می باشد. آنچه که در این پژوهش به نظر ما صحیح تر است و البته هنوز نمی توانیم نظر قطعی درباره این مبحث بدهیم

این است که ما یک قاعده یا اصل فقهی به نام «اصاله الاباحه والحل» داریم که اصل را در اشیاء به مباح یا حلال بودن قرار می دهد و مطلق شک را چه شبهه، شبهه حکمیه باشد و چه شبهه، تحریمه باشد رفع می کند. این عقیده نظر مرحوم امام (قدس سره) و مرحوم آخوند (ره) است که البته مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی (ره) آن را نقد می کند ولی آنچه که به نظر ما در عالم خارج درست تر است این دیدگاه می باشد هرچند که معتقدیم باید در این زمینه کاردقیق تری انجام گیرد چرا که هنوز ابعاد کامل قضیه روشن نیست و این پایان نامه تنها اثر موجود می باشد که به عنوان یک اثر مستقل به بحث درباره اصل اباحه و اصل حلیت پرداخته است در واقع این مقاله می تواند سرآغازی برای تحقیقات بیشتر در این زمینه باشد تا بتوانیم به یک نتیجه قطعی ان شاء الله دست یابیم.

منابع

قرآن کریم

- ۱- ابن تیمیه، احمد، کتب و رسائل و فتاوری شیخ الاسلام ابن تیمیه، نشر اسلامی، ۱۳۸۷.
- ۲- ابن حزم، علی، الاحکام، نشر دارالافاق الحدیده، بیروت، بی تا.
- ۳- ابن عابدین الدمشقی، محمد امین، حاشیه رد المحتار، انتشارات دارالعالم الکتب، ریاض، بی تا.
- ۴- ابن فارس، احمد، المعجم مقاییس اللغ، ناشر مکتب الاعلام الاسلامیه، بیروت، چاپ ۱۴۰۴ق.
- ۵- ابن قدامه، عمر، المغنی، نشر دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۴ق.
- ۶- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب بیروت لبنان، دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
- ۷- ارجمند دانش و آیتی، جعفر و محمد رضا، اثبات فقهی صحت و حلیت خرید و فروش خون، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، شماره ۲۲، زمستان ۸۹.
- ۸- آخوند خراسانی، محمدکاظم، فوائد الاصول، انتشارات نشر اسلامی، قم، ۱۳۷۶ ش.
- ۹- آذری قمی، احمد، تحقیق الاصول المفیده فی اصول الفقه، کتابخانه مدرسه فقاقت .
- ۱۰- استرآبادی، مولی محمد امین، الفوائد المدینه، انتشارات دفتر نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۶ق.
- ۱۱- اسلامی، رضا، بررسی تطبیقی ماهیت حکم ظاهری با تکیه بر آرای شهید صدر، مؤسسه بوستان. کتاب (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)، قم، ۱۳۸۰، چاپ اول.
- ۱۲- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، مجمع الفکر اسلامی، قم، ۱۴۱۴ق.
- ۱۳- _____، رسائل الفقهیه، نشر مجمع الفکر اسلامی، قم، ۱۴۱۴ق.
- ۱۴- انصاری و طاهری، مسعود و محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، چاپ سوم.
- ۱۵- بحرانی، شیخ یوسف بن احمد، حدائق الناضره، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ بی تا.
- ۱۶- بروجردی، سید حسین، الحاشینه علی کفایه الاصول، انتشارات انصاریان، ۱۳۸۶ ش.
- ۱۷- بستانی، بطرس، محیط المحیط، انتشارات مکتبه لبنان، ۱۹۷۷ میلادی.
- ۱۸- تهنائی، محمدعلی، موسوعه کشاف الاصطلاح، نشر مکتب لبنان، بیروت، ۱۹۹۶م، چاپ اول.

- ۱۹- جعفری لنگرودی، محمد، ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱ش، چاپ ششم.
- ۲۰- جمعی از مولفان، پرسش ها و پاسخ ها، مجله فقه اهل بیت، انتشارات دائره المعارف اسلامی، قم، چاپ بی تا.
- لبنان، للملایین، بیروت دارالعلم العربیة، صحاح و اللغه تاج الصحاح اسماعیل بن حماد، ۲۱- جوهری،
ق ۱۴۱۰

