

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال دهم / شماره سی و شش / تابستان ۹۳ / صفحات ۷۲-۵۱

نقد نظریه ممنوعیت قضاوت زنان از منظر فلسفه فقه^{۱*}

علیرضا پوراسماعیلی*

علیرضا صادقی**

چکیده

شایستگی زنان برای قضاوت از جمله موضوعاتی است که مورد توجه بسیاری از پژوهشگران قرار گرفته و صاحب نظران حوزه‌های فقه، حقوق، علوم قرآنی و حدیث و ... تلاش کرده‌اند تا شایستگی زنان را برای تصدی منصب قضاوت مدلل و مستند ساخته، ادله دیدگاه مقابل را نقد کنند. این نوشتار با توجه به پژوهش‌های انجام شده، تلاش دارد تا از منظر دیگری به موضوع بنگرد و در این راستا، موضوع را از زاویه فلسفه فقه می‌نگرد و تلاش می‌کند تا اهمیت کاوش‌های عقلی را در فقه نشان داده و خلاء تمسک به احکام عقلی را در فقه و به ویژه بحث حاضر نمایان سازد و به عنوان نتیجه، صدور چنین فتاوایی را در گستره فقه ناشی از ناکارآمدی اجتهاد عقل ستیز می‌داند که در نتیجه وجهه شرع را نیز مخدوش خواهد ساخت.

کلید واژه‌ها: قضاوت زن، اجماع، نقصان عقل، اجتهاد.

۱- تاریخ وصول: ۹۲/۴/۲۶ تاریخ پذیرش: ۹۳/۴/۲۴

* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه حکیم سبزواری سبزواری a.pouresmaeili@hsu.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه حکیم سبزواری سبزواری

۱- مقدمه

ممنوعیت زنان از قضاوت از جمله موضوعاتی است که اندکی پیش از سقوط رژیم شاهنشاهی به حوزه‌ی مقررات کشور راه یافت و پس از انقلاب نیز ماندگار شد؛ زیرا قانون گذار در نگاهی به فقه در راستای انطباق قوانین با شرع، تصدی زنان بر منصب قضاوت را خلاف موازین شرعی تشخیص داد و بنابراین بسیاری از زنان پیش از انقلاب عهده‌دار منصب قضاوت شده بودند نیز از کار برکنار شدند و از آن هنگام تاکنون زنی به عنوان قاضی استخدام نشده است یا اگر زنانی در قوه قضاییه استخدام شده‌اند، راساً حق انشاء رأی ندارند.

به هر حال پس از این ممنوعیت، پژوهش‌های بسیاری در این زمینه انجام شده است که در یک استقراء معلوم گردید حدود ۲۵ مقاله فقط در مجلات علمی کشور در زمینه قضاوت زنان به چاپ رسیده که ۱۳ مقاله آن در مجلات علمی- پژوهشی بوده است^۱ و از این حیث نسبت به بقیه موارد یعنی مجلات علمی- ترویجی، همایش‌ها و نیز مجموعه مقالات بیشترین عدد را به خود اختصاص می‌دهد و جالب این که در همه‌ی این مقالات، دیدگاه مشهور مبنی بر ممنوعیت زنان از قضاوت مورد نقد قرار گرفته و ادله‌ی آن مخدوش دانسته شده است. بنابراین از این جهت، موضوع حاضر یکی از چالش برانگیزترین موضوعات مورد توجه بوده است.

نوشتار حاضر که مختصری است در فلسفه فقه، به بهانه بررسی ممنوعیت قضاوت زنان تلاش می‌کند تا پیش فرض‌های موجود در ذهن فقیهان در بررسی‌های فقهی و به ویژه موضوع حاضر را بررسی کند و آن را به نقد بکشد تا معلوم گردد اولاً چرا فقیهان نمی‌توانند حکم به شایستگی زنان در تصدی منصب قضاوت بدهند و ثانیاً چرا برخی از فتاوی‌ چالش برانگیز در فقه به ویژه در حوزه حقوق زنان، حقوق کودکان و حقوق اقلیت‌ها هنوز دیده می‌شود و فقیه امروزی نیز با وجود مخدوش دانستن برخی مبانی فتاوی‌ مشهور نمی‌تواند از آن عدول کند.

پس این نوشتار با پیش کشیدن بحث ممنوعیت قضاوت زنان به عنوان یک نمونه، به نقد روش استنباط فقیهان می‌پردازد و تلاش می‌کند تا با نگاهی کلی و جامع ریشه برخی از فتاوی‌ بحث برانگیز که موجب تبعیض میان زن و مرد در قضاوت، شهادت ... و در نگاهی کلان موجب مخدوش شدن چهره زیبایی شریعت می‌گردد را دریابد.

۲- نقد اجماع

عموم فقیه‌های امامیه (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۶۷ و همو، ۱۴۱۳، ۱۳، ۳۲۸؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۴۱-۴۰) از مرد بودن به عنوان یکی از شرایط اثباتی جهت تصدی منصب قضاوت یاد کرده‌اند و در مقابل زنان را شایسته قضاوت نمی‌دانند. بنابراین می‌توان این نظر را نظر اجماعی فقیه‌های دانست، در حالی که از زمان علامه حلی (م. ۷۲۶ه.ق) اجماع در ردیف دیگر دلیل‌ها قرار گرفته و اتفاق نظر فقیهانی که از نیمه دوم قرن پنجم تا اواخر قرن هفتم می‌زیسته‌اند، به عنوان دلیل مستقل بر ناروایی قضاوت زنان مطرح گردیده و تا زمان حاضر ادامه دارد؛ زیرا فقیه‌های نزدیک به دوره امامان تنها از دو شرط بنیادی و اساسی مصرح در آیات و روایات (عدالت و علم) یاد کرده‌اند، ولی با گذشت زمان و همسو با گسترش و تغییر روزگار، شرح و بسط احکام مختلف فقهی و از جمله باب قضا، فقیه‌های شرایط دیگر را اندک اندک برای قاضی برشمردند و بدین ترتیب برخی از شرایط قاضی بر پایه برداشت‌های فقیه‌های شرایط وارد فقه گشت (کدیور، ۱۳۸۵، ۴۲).

به طور کلی نگاهی به آثار فقهی متقدم روشن می‌سازد که در برخی، شرایط قاضی شمارش نشده است؛ مانند: کتاب‌های «فقه الرضا(ع)» (امام رضا(ع)، ۱۴۰۶، ۲۶۰-۲۶۲)، «مقنع» (شیخ صدوق، ۱۴۱۵، ۳۹۵-۳۹۷) و «الهدایه بالخیر» (شیخ صدوق، ۱۴۱۸، ۱، ۲۸۵-۲۹۱)، «مقنعه» (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۷۱۹-۷۲۵)، «انتصار» (سیدمرتضی علم الهدی، ۱۴۱۵، ۴۸۶-۴۹۳) و «ناصریات» (سید مرتضی علم الهدی، ۱۴۱۷، ۴۲۷-۴۳۳)، «المراسم العلویه» (سلار دیلمی، ۱۴۰۴، ص ۲۳۰-۲۳۲)، «جواهر الفقه» (ابن براج طرابلسی، ۱۴۱۱، ۲۳۱-۲۳۷) و «فقه القرآن» (قطب راوندی، ۱۴۰۵، ۲، ۵-۱۴) و برخی فقیه‌های نیز که درباره‌ی شرایط قاضی سخن گفته‌اند، به شرط مرد بودن قاضی نپرداخته‌اند؛ مانند: شیخ طوسی در کتاب «نهایه» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ۲۸۹-۲۹۰ و ۳۳۷)، سید بن زهره (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۴۳۶-۴۳۷)، ابن حمزه (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۰۸-۲۰۹) و ابن ادریس حلی (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۲، ۱۵۲-۱۵۶).

شیخ طوسی، نخستین فقیه شیعی است که شرط مرد بودن را برای قاضی بیان داشته است. ایشان در کتاب «مبسوط» از این شرط سخن گفته است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۸، ۱۰۱)، در حالی که در کتاب «نهایه» از این شرط سخنی به میان نمی‌آورد. بنابراین از نبودن این شرط در کتاب «نهایه» می‌توان دریافت که این شرط در زمان امامان وجود نداشته است؛ زیرا کتاب «نهایه»، یک کتاب فقهی روایی است و شیخ طوسی، روایات پیشوایان را به عنوان فتوا در این کتاب گنجانده است. از این رو، می‌توان گفت که این شرط، برداشت و استنباط پیروان شیخ بوده که فقیه‌های پس از شیخ به پیروی از او در کتب خود آورده-

اند(شمس الدین، ۱۳۷۶، ۱۰۸)؛ زیرا در تاریخ فقه شیعه، دوره پس از شیخ طوسی به عصر مقلده معروف است که در فقیهان این دوره کمتر به تفقه و اجتهاد می‌پرداختند و صرفاً به بیان آراء شیخ طوسی بسنده می‌کردند(ابویی مهریزی، ۱۳۸۵، ۸۰-۶۳). در نتیجه بعید نیست که شرط مرد بودن قاضی نیز از همین دوره از فقه اهل سنت به فقه شیعه راه یافته باشد؛ زیرا فقه شیعه خاستگاهی سنی دارد و در دوره متقدمان فقیهان شیعه آراء خود را در کنار فقه اهل سنت بیان می‌کردند و از دوره شیخ به بعد فقه شیعه از فقه اهل سنت جدا شده و با حفظ همان ساختار یا تعدیل آن طی سال‌ها به تکامل رسیده است. بنابراین همانگونه که صاحب جواهر گزارش می‌کند بسیاری از شرایط قاضی از کتب فقهی اهل سنت به شیعه راه یافته است و این شرایط در کتب روایی شیعه به چشم نمی‌خورد و زاییده استحسان و قیاس‌های اهل سنت است که در شیعه پذیرش آن استحسان یا قیاس‌ها دشوار است. از این رو تنها باید به شرایطی بسنده کرد که در نصوص و متون روایی شیعه نیز مبنایی برای آن بتوان یافت(نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰، ۱۸).

به هر روی پس از شیخ طوسی، شرط مرد بودن همواره از شرایط قاضی دانسته شده است و حتی شهید ثانی عمده‌ی شرایط و از جمله شرط مرد بودن قاضی را اجماعی‌داند. (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۶۲) و همین‌داعای اجماع شهید ثانی، مستند فتوای فقیهان پس از او قرار می‌گیرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ۳۸۱)، در حالی که فقیه اخباری ملا محمد تقی مجلسی نه تنها مرد بودن را شرط تصدی منصب قضا ندانسته است، بلکه صراحتاً از احراز مقام قضا از سوی زنان دفاع می‌کند. مجلسی می‌گوید: «مرد بودن قاضی اختصاص به قاضی منصوب توسط امام معصوم دارد. پس اگر یک زن عالم عهده دار مقام قضاوت میان مردان و زنان محرم شود، این قضاوت بی‌اشکال است و حتی می‌توان قائل به عمومیت شد و گفت زن می‌تواند میان زنان و مردان محرم و نامحرم نیز قضاوت کند و احوط در فتوا نیز همین قول است» (مجلسی، روضه المتقین، ۱۹۱) از این سخن مجلسی دو نکته فهمیده می‌شود: اولاً مجلسی که خود مسلک اخباری دارد و اشراف به روایات، شرط مرد بودن قاضی را یا در روایات نیافته است و یا آن که مستند روایی آن را ضعیف دانسته است، وگرنه فقیه اخباری حتماً مرد بودن را از شرایط قاضی می‌دانست؛ ثانیاً از نظر مجلسی «علم و عالم بودن» از جمله شرایط قاضی است که در روایات نیز بدان اشاره شده است. پس مرد بودن مستند روایی متقنی ندارد.

بالآخره مقدس اردبیلی(متوفی ۹۹۳ق) نیز در دوره پس از مجلسی با تشکیک در اجماع فقیهان به صراحت قضاوت زنان را می‌پذیرد. مقدس اردبیلی با تفکیک و تقسیم امور قضاوت به سه دسته امورخاص

مردان، امور خاص زنان و امور مشترک زنان و مردان، قضاوت زنان در امور خاص زنان و مشترک بین زنان و مردان را نافذ می‌داند.^۱ (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲، ۱۵). حسین‌یعاملی - صاحب مفتاح الکرامه - نیز پس از نقل دیدگاه مقدس اردبیلی مبنی بر نفی قول مشهور می‌نویسد: «مستند دیدگاه مشهور، اجماع نیست». ایشان سپس به سراغ روایات رفته و بر «ناقص عقل و دین بودن زنان»، «عدم شایستگی زنان در عهده - دار شدن امامت جماعت نمازهای پنجگانه» و نیز «محاسبه‌ی ارزش گواهی زنان به اندازه نصف گواهی مردان» تکیه می‌کند. (حسینی عاملی، بی‌تا، ۱۰، ۹)

بالأخره در میان فقیهان معاصر دو فقیه، ادله‌ی ممنوعیت زنان از قضاوت را محدود دانسته‌اند؛ آیت - الله صانعی صریحاً و به طور مطلق قضاوت زنان را نافذ می‌داند. (صانعی، ۱۳۹۱، ص ۴۸) آیت الله موسوی اردبیلی نیز عمده‌ی دلایل نقلی و عقلی ممنوعیت قضاوت زنان را مورد تردید و اشکال قرار می‌دهد، ولی در پایان مقتضای اصل عدم را ممنوعیت قضاوت زنان می‌داند (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸، ص ۸۲).

نتیجه این که اولاً شرط مرد بودن قاضی در فتاوی فقیهان نزدیک به عصر ائمه و متقدمان وجود نداشته است و از دوره‌ی شیخ طوسی کم کم در کتب فقهی مطرح می‌شود و بنابراین تحقق اجماع در میان فقیهان درباره ممنوعیت زنان از قضاوت دشوار و غیرممکن است؛ ثانیاً با فرض پذیرش اجماع، چنین اجماعی قابل استناد نیست؛ زیرا اجماع دلیل عقلی است و قدر متیقن از آن موردی است که زنان بخواهند براساس اجتهاد خود عمل کنند؛ ثالثاً حجیت اجماع در شیعه به دلیل کاشف بودن از قول معصوم است و بنابراین اجماع طریقت دارد. پس اجماع مذکور اجماع اصطلاحی نیست که کاشف از قول معصوم باشد بلکه اجماع مذکور مدرکی است نه اجماع تبعیدی و اجماع مدرکی اعتباری ندارد (مرعشی، ۱۳۷۵، ص ۱۸).

۳- فردگرایی در فقه شیعه و فقدان رویکرد اجتماعی به فقه

گرایش فقه فردگرا، هم در روش اجتهاد و هم در بینش فقیهان این پندار را رشد داده که فقه تنها

۱- و اما اشتراط الذکوره، فذلک ظاهر فیما لم یجز للمرأة فیه أمر، و اما فی غیر ذلک فلان علمه دلایلا واضحا، نعم ذلک هوالمشهور. فلو کان إجماعا، فلا بحث، و الا فال منع بالکلیة محل بحث، إذ لا محذور فی حکمها بشهادةالنساء، مع سماع شهادتهن بین المرأتین مثلا بشيء مع اتصافها بشرائط الحکم.

۲- اجماع مدرکی یا مستند، مقابلا جماعت عیدی است و عبارت است از: اتفاق نظر علما شیعه درمسأله ای که درمورد آن دلیل و مستند لفظی وجود دارد و علم یا احتمال آن هست که اتفاق کنندگان به آن دلیل یا اصل به عنوان مدرک نظر خود استناد نموده باشند، در حالی که اجماع تبعیدی یا اصطلاحی عبارت است از اتفاق نظر علما شیعه در یک مساله به گونه‌ای که کاشف از قول، فعل و یا تقریر معصوم باشد (محقق داماد، ۱۳۶۲، ۲۹۲-۱۰۳)

بیان احکام و تکالیف فردی است و در نتیجه توجه به مسائل اجتماعی با همان بینش فرد محوری مدنظر قرار گرفته است. در واقع، فقه فردگرا همواره به دنبال تعیین تکلیف فرد مسلمان است و توجه به عامل زمان و مکان و مصلحت در فقه و اجتهاد بانگاهی اجتماعی به نصوص در این نوع رویکرد مغفول می‌ماند. استیلاي طولانی مدت فقه فردگرا طی قرن‌های گذشته بر فقه و اجتهاد اسلامی موجب عدم توجه به مسائل اجتماعی و تاثیر زمان و مکان بر موضوعات در بین فقهای شیعه شده است، در حالی که بنا به گفته سید محمدباقر صدر حرکت اجتهاد باید به سوی دو هدف پیش برود: یکی برابر سازی رفتار مؤمنان با دین در عرصه زندگی فردی و دیگر برابر سازی در عرصه زندگی اجتماعی. در صورتی که «اجتهاد شیعه در مسیر تاریخی خود که در دامن تشیع زیسته، بیشترین هدف خود را همان عرصه نخستین (فرد گرایی) قرار می‌دهد و بس؛ مجتهد در لابلای فعالیت برای استنباط احکام، در ذهن خود چهره فرد- والته بیشتر مرد- مسلمانی را مجسم می‌کند که می‌خواهد روش و رفتار خود را بر نظریه اسلام درباره زندگی منطبق گرداند، نه این که چهره جامعه مسلمانی را مجسم نماید که می‌خواهد زندگی و روابط خود را بر بنیاد اسلام پرورش دهد» (صدر، ۱۳۵۹، ۸ و ۱۲-۱۳ به نقل از علیزاده، ۱۳۸۴، ۱۴۴). بدین ترتیب تلقی و برداشت مجتهد از مسأله فردگرایی یا جمع گرایی در برداشت اواز احادیث نیز تأثیر خواهد نهاد. فقیهی که جامعه را اصولاً اعتباری و بدون حکم و به دور از نظر اصلی شارع تلقی کند و اسلام را دین فردی می‌داند، طبعاً قاعده لاضرر را به نفي ضرر شخصی منحصر می‌سازد و انتظاری از نصوص برای ارائه راه حلی جهت مشکلات اجتماعی نخواهد داشت (رحیمیان، ۱۳۷۴، ۱۸۳) در حالی که فقیهی که نگاهی اجتماعی دارد، نصوص را هم از همین دریچه می‌نگرد و تفسیر می‌کند و لاضرر را قاعده‌ای اجتماعی می‌بیند که صرفاً نفي حکم نمی‌کند بلکه اثبات حکم نیز می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۵، ۲۴۳-۲۴۶).

پس منظور از رویکرد اجتماعی در فقه، نوعی واقع گرایی اجتماعی و فقهی حقوقی است که در عین توجه به بسترهای اجتماعی مبتنی بر زمان و مکان، جایگاه هنجارهای برتر و گذشته را نیز کتمان نمی‌کند. در این رویکرد فقیه و به طریق اولی حقوقدان باید ارتباط و همبستگی حقوق و جامعه را بپذیرد و قبول کند که روابط و نیازهای اجتماعی دگرگون می‌شود و در نتیجه آن و به همراه آن باید دگرگونی‌های حقوقی روی دهد و در نتیجه این تحولات فقیهان نیز به تغییر فتاوی خود در حوزه فقه اجتماعی پرداخته و احکام متناسب با مقتضیات زمانی و مکانی صادر کنند (علیزاده، ۱۳۸۷، ۲۹۲).

البته در این نظر و رویکرد به طور مطلق نظر بر این نیست که احکام دنباله رو جامعه باشد بلکه منابع و اصول کلی و نص شریعت به عنوان راهنما و هدایت گر نقش نظم دهنده به این تغییر و تحولات را دارد. بنابراین از این منظر، رویکرد اجتماعی توجه به «فقه حکومتی» در عرصه فقه است. اجرای احکام در نظام حکومتی به عنوان نهاد اداره جامعه در رویکرد اجتماعی، مدنظر قرار می‌گیرد و به تعبیردیگر در این رویکرد، قابلیت اجرای احکام در یک نظام حکومتی به عنوان شاخص مهم مطرح است، در حالی که رویکرد فردی تنها تلاش می‌شود تا احکام و وظایف فرد استنباط شود (ضیائی فر، ۱۳۹۰، ۱۰).

افزون بر این، در رویکرد اجتماعی عوامل فرا حقوقی و کلیاتی همچون شریعت و در مراتبی پایین تر سیاست و اقتصاد دارای تاثیر است. در واقع، این نظریه نه به دنبال نفی هنجارهای دیرینه و کهن دینی و در واقع احکام دینی بوده و نه یکسره به دنبال نفی و انکار واقعیت و قبول احکام گذشته و به عبارتی ثابت می‌باشد بلکه با عنایت به اصول و قواعد کلی شریعت به تحول و تغییرات حاصله در نتیجه گذشت زمان و متغییرات مکانی به تحول و تناسب احکام با این تحولات و مدیریت آن می‌پردازد (علیزاده، ۱۳۸۷، ۲۹۲).

پذیرفتن این رویکرد لزوماً به معنای این نیست که از یک سو، یکسره اراده الهی را در حقوق و زندگی حقوقی و اجتماعی انکار کرد یا اینکه به نسبی‌گرایی افراطی قواعد و نهادهای حقوقی معتقد شد، یا آنکه برای قانون‌گذاری مردم و حق مالکیت آنان بر سرنوشت خویش، هیچ مرزی نشناخت، ولی باید برخی از عقاید ناصواب را کنار گذاشت و از پافشاری بر آنچه بنیان استواری ندارد، پرهیز کرد (علیزاده، ۱۳۸۴، ۱۱۵-۱۵۶). مهم‌ترین مؤلفه‌های فقه حکومتی را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

۳-۱- زمان و مکان

منظور از نقش زمان و مکان در احکام و اجتهاد یعنی توجه به شیوه‌های زندگی و اوضاع اجتماعی بر حسب پیشرفت زمان و گسترش شبکه اطلاعات است (سبحانی، ۱۳۸۴، ۵۷، برای تأثیر زمان و مکان در تحول احکام و اجتهاد بنگرید: قاضی‌زاده، ۷۴، ۱۴۷-۱۸۱). فقه امامیه در طول هزار سال با تمسک به قرآن و اندیشه‌های معصومان تطور یافته است. پویایی فقه شیعه در تاریخ فقه در گرو «باز بودن باب اجتهاد» است و اجتهاد نیز باید با توجه به عوامل زمانی و مکانی در بستر جامعه متحول گردد.

به طور کلی از بایسته‌های سیستم استنباط باز و اجتهاد مطلق این است که مجتهد هنگام مراجعه مردم به وی، عالم به زمان و اعلم مردمان برای راه‌گشایی و مشکل‌زدایی باشد. در حقیقت نظریه تقلید جاهل از عالم، در بن خود این حقیقت را جای داده است که باید از عالمی پیروی شود که با رویدادها درگیر است و از نظر علمی در جریان آنها قرار دارد. بنابراین لازمه افتتاح باب اجتهاد آگاهی به شرایط و مقتضیات زمان است که خود پویایی فقه شیعی را تضمین نماید (سادات فخر، ۱۳۸۳، ۱۴۷).

روایات نقل شده از امامان معصوم (ع) نیز به این حقیقت اشاره دارد که زمان و مکان در دگرگونی احکام نقش دارد و این تغییر به سبب آن است که موضوعات احکام نیز به مرور زمان، تغییر می‌کند؛ به عنوان نمونه روایت: «محمد بن مسلم و زراره از امام باقر (ع) حکم خوردن گوشت الاغ اهلی را پرسیدند. حضرت پاسخ دادند که پیامبر (ص) روز جنگ خیبر از خوردن گوشت الاغ اهلی نهی کردند و این نهی ناظر به همان زمان است؛ زیرا الاغ وسیله حمل و نقل و حمل بار در آن زمان بوده است و حرام‌ها همان است که خداوند در قرآن حرام کرده است» (الحر العاملی، ۱۴۰۹، ۲۴، ۱۱۷). با توجه به حدیث، چون کشتن الاغ در آن زمان باعث حرج و مشقت بوده است، بنابراین پیامبر (ص) برای رفع حرج در آن زمان به صورت مقطعی آن را ممنوع دانسته‌اند نه آن که برای همیشه حرام باشد. پس این امر نشان می‌دهد که اگر در زمان دیگری به این حیوان نیاز نباشد، ملاک حرمت ذبح و خوردن گوشت آن هم از بین خواهد رفت.

مقدس اردبیلی نیز با توجه به این مهم در تأثیر و زمان و مکان و استنباط متفاوت و مترقی فقیهان بیان می‌دارد: «هیچ حکمی کلیت ندارد؛ زیرا روشن است که احکام به اعتبار خصوصیات، اوضاع، احوال، زمان‌ها، مکان‌ها و اشخاص مختلف، تغییر می‌کنند و امتیاز عالمان و فقیهان، از غیر آنها به واسطه استخراج همین اختلافات و انطباق آن بر مصادیقی است که از شرع مقدس گرفته می‌شود» (مقدس اردبیلی، ۳، ۴۳۶).

امام خمینی، خورشید فروزان فقاقت در پیوند فقه سنتی و پویای فقه شیعه، با عنایت به زمان و مکان بیان داشته‌اند: «من به فقه رایج میان فقیهان و اجتهاد به شیوه‌ی مرحوم صاحب جواهر اعتقاد دارم. این نوع فقه و اجتهاد اجتناب‌ناپذیر است؛ اما این بدان معنا نیست که فقه اسلامی بر نیازهای زمان منطبق نیست؛

۱- مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ وَ زُرَّارَةُ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) أَنَّهُ مَسَّأَلَهُ عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْهَيْبَةِ فَقَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (ص) عَنْ أَكْلِهَا يَوْمَ خَيْبَرَ وَ إِنَّمَا نَهَى عَنْ أَكْلِهَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ لِأَنَّهَا كَانَتْ حَمُولَةَ النَّاسِ وَإِنَّمَا الْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي الْقُرْآنِ.

۲- ولایمکن القول بکلیه‌شیء، بل تختلف الاحکام باعتبار الخصوصیات والأحوال والازمان والأمكنه والأشخاص وهو ظاهر و باستخراج هذه الاختلافات و الانطباق علی الجزئیات المأخوذة من الشرع الشریف، امتیاز أهل العلم و الفقهاء شکرالله سعیهم و رفع درجاتهم.

بلکه عنصر زمان و مکان در اجتهاد مؤثر است. چه بسا یک واقعه در یک زمان دارای حکمی باشد اما همین واقعه در پرتو اصول حاکم بر جامعه و سیاست و اقتصادش، حکمی دیگر پیدا کند» (امام خمینی، صحیفه نور، ۲۱، ۲۸۹).

گرچه امام بر این نکته تأکید می‌کند که اجتهاد امروز باید در بستر اجتهاد سنتی (فقه جواهری) صورت بگیرد، ولی در ادامه بر عنصر زمان و مکان نیز توجه می‌کند که این توجه باید براساس اصول حاکم بر جامعه، مصالح، نیازها و مقتضیات آن باشد که در تذکر امام به شورای نگهبان اهتمام جدی امام به مصالح و اولویت آن به وضوح دیده می‌شود (صحیفه نور، ۲۱، ۲۱۸-۲۱۷؛ مبلغی، ۱۳۷۶، ۲۸).

۳-۲- ثابت و متغیر

در تعریف و تعیین مصادیق احکام ثابت و متغیر تقسیمات گوناگونی ارائه شده است. به طور کلی احکام و معارف اسلامی به سه دسته تقسیم می‌شود: مسائل اعتقادی؛ مسائل اخلاقی و احکام و قوانین عملی؛ یعنی احکام و قوانینی که جهت حیات اجتماعی و همزیستی سالم جامعه لازم است و شامل تمام ارتباط‌های مالی و اقتصادی و حقوقی افراد جامعه می‌گردد.

از میان معارف مذکور تنها قسم سوم با زمان و مقتضیات آن و تحول انسان در ارتباط است، حال آن که مسائل عقیدتی، جنبه فردی و درونی دارد و گرچه اساس و مبنای احکام عملی است ولی ارتباط جمعی و گذشت زمان در آن مطرح نیست و ثابت، پایدار و جاودانه می‌باشند (نصیریان، ۱۳۷۴، ۱۸۰).

در تقسیمی دیگر می‌توان احکام اسلام را به دو بخش عبادات و معاملات به معنای اعم تقسیم کرد؛ در این تقسیم‌بندی احکام عبادی با گذشت زمان دچار تغییر و تحول نشده و همواره ثابت خواهد ماند و به عبارتی دیگر، فرد مسلمان همواره باید احکام تعبدی و تأسیسی را اجرا کرده و در هیچ زمانی تعطیل‌پذیر و تحت تأثیر زمان و مکان نخواهد بود، بلکه این زمان و مکان است که تسلیم احکام عبادی شریعت است، ولی احکام مربوط به معاملات یا اجتماعیات مربوط به اجتماع بوده و تبیین‌کننده و نظم‌دهنده جامعه است و همین بخش از احکام ظرفیت رویکرد اجتماعی را دارد و همان طور که در نظر امام خمینی پیشتر نیز اشاره شد در معاملات- جایی که احکام شرع امضایی هستند- فقیه آگاه به زمان با عنایت به مقتضیات زمانی و مکانی در چارچوب فقه جواهری به استنباط احکام شریعت می‌پردازد و از آنجایی که هدر معاملات، قصد قربت شرط نیست تأثیر زمان و مکان بر موضوع و در نتیجه تغییر در احکام آن بدیهی است، زیرا موضوع

معاملات معمولاً از نوع موضوعات عرفی محسوب می‌شود و با دخالت عرف و مبنای عقلا این موضوعات در زمان و مکان‌های مختلف تغییر می‌کند و در نتیجه حکم آنها عوض می‌شود. بنابراین مسائل عرفی و اجتماعی هر جامعه در محدوده همان زمان و مکان قابل استناد است (صابریان، ۱۳۸۵، ۱۳-۱۴، این تراب، ۱۳۸۸، ۷). پس در حوزه احکام امضایی که به زندگی اجتماعی توجه دارد، عرف نقش محوری را ایفا می‌کند و با توجه به عرف حاکم، نصوص تفسیر می‌شود و فهم اجتماعی و مصالح در تفسیر متون مدنظر قرار می‌گیرد و خود این فهم عرفی، از فروع حجیت ظهور است که از نظر عقلا حجت خواهد بود، در حالی که در محدوده عبادات که احکام تاسیسی هستند، باید به الفاظ شرع توجه کرد و فهم عرفی را در تفسیر آن دخالت داد (صدر، ۹۸-۹۹ به نقل از رحیمیان، ۱۳۷۴، ۱۹۰).

باید افزود که عرف و عادت نه تنها در احراز موضوع نقش آفرینی می‌کند که گاه در تغییر حکم شرعی نیز دخالت می‌کند که این تاثیر عرف در فقه شیعه کم رنگ تر از نقش پیشین آن است و البته این بدان معنا نیست که این مهم مغفول مانده باشد؛ زیرا در طول تاریخ فقه شیعه برخی از فقیهان تیزبین بدین نقش عرف پی برده‌اند؛ به عنوان نمونه شهید اول در کتاب «قواعد و فوائد» درباره نقش عرف، رویکردی را اتخاذ می‌کند که به نظر اهل سنت نزدیک می‌شود: «جایز است که احکام به تغییر و تحول عادت‌ها، تغییر و تحول یابد» (شهید اول، ۱۴۰۰، ۱، ۱۵۱-۱۵۲). در واقع شهید اول همانند اهل سنت به عنوان یکی از منابع اجتهاد به عرف نگریسته است و نقش عرف را در تعیین مصداق محدود نمی‌سازد. این نقش عرف وقتی با اهمیت جلوه می‌کند که اولاً توجه شود در حوزه معاملات، احکام شرع امضایی است و ثانیاً در کلام شیعی احکام بر مصالح و مفاسد مبتنی هستند و بنابراین نباید از تعلیل احکام در حوزه معاملات یا مسائل عرفی و درک مصالح هراس داشت و این چنین مصلحت به حوزه فقه شیعه راه خود را باز می‌کند و اساساً در میان متقدمان توجه به مصلحت سابقه دارد (صابری، ۱۳۸۴، ۱۴۵-۱۵۶). به عنوان نمونه علامه حلی (متوفای ۷۲۶ ق) می‌فرماید: «احکام در شرع اسلام منوط به مصالح است و مصالح نیز با توجه به تغییر زمان و مکلفان تغییر می‌کند. بنابراین امکان دارد که حکم معینی برای قومی در زمان خاصی مصلحت باشد و به آن امر شود، ولی برای قومی دیگر و در زمان دیگر مفسده باشد و مورد نهی قرار گیرد» (علامه حلی، ۱۴۰۷، ۳۵۸، جناتی، ۱۳۸۲، ۲۱).

۱- در حوزه اهل سنت از این قاعده به قاعده فقهی «العاده محکمه» یاد شده است؛ صابری، همان.

پس مسائل عرفی و اجتماعی هر جامعه که احکام متغیر نیز در همین گستره جای می‌گیرد در محدوده‌ی همان جامعه و همان زمان و مکان قابل استناد است و ممکن است با تغییر شرایط و تحولات زمانی، حکم نیز تغییر کرده باشد. از این رو امام خمینی در این باره می‌فرماید: «زمان و مکان، دو عنصر تعیین کننده در اجتهادند؛ مسأله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده است، به ظاهر همان مسأله، در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام، ممکن است حکم جدیدی پیدا کند. بدان معنی که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی، همان موضوع اول که از نظر ظاهر با قدیم فرقی نکرده است، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد» (صحیفه نور، ۲۱، ۲۷۳) و براساس همین رویکرد و توجه دقیق است که فقیه به جواز خرید و فروش خون^۱ و جواز شطرنج^۲ و ... فتوا می‌دهد و البته همین فقیه بر دریافت مصالح تاکید ورزیده و حفظ نظام را بالاترین مصالح می‌داند: «تذکری پدران به اعضای عزیز شورای نگهبان می‌دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند، چرا که یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پر آشوب کنونی، نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری‌ها است. حکومت، فلسفه عملی برخورد با شرک و کفر و معضلات داخلی و خارجی را تعیین می‌کند و این بحث‌های طلبگی مدارس که در چارچوب تئوری‌ها است، نه تنها قابل حل نیست که ما را به بن بست‌هایی می‌کشاند که منجر به نقض ظاهری قانون اساسی می‌گردد. شما در عین این که باید تمام توان خودتان را بگذارید که خلاف شرعی صورت نگیرد - و خدا آن روز را نیاورد - باید تمام سعی خودتان را بنمایید که خدای ناکرده اسلام در پیچ و خم‌های اقتصادی، نظامی، اجتماعی و سیاسی مترم به عدم قدرت اداره جهان نگردد» (صحیفه نور، ۲۱، ۲۱۸-۲۱۷).

با این همه در توجه به نقش زمان و مکان باید دو نکته را توجه داشت:

۱- دوری جستن از افراط و تفریط: بنا به تحلیل شهید مطهری در تبیین مقتضیات زمان و مکان در گذر تاریخ دو نظریه افراطی و تفریطی در زمینه توجه به مقتضیات زمانی و مکانی وجود داشته و نماینده و شاخص افراط گرایان خلیفه دوم بوده که نگاه ایشان به مقتضیات زمانی و مکانی بستر رشد و گسترش

۱- صحیفه نور، ۲۱، ۱۲۹.

۲- امام خمینی، المکاسب المحرمه، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵، ۱، ۵۷-۵۸: «و یتضح ممّا ذکر، أنّ لهنّی عن بیع سبعة أشياء منه اللدم، فی مرفوعه أبی یحیی الواسطی، یراد بها لیبع للأکل، لتعارفاً کله فی تلك الأمکنة والأزمنة، کما یشهد به الروایات. فالأشبهه جواز بیعه إذا کان له نفع عقلانی فی هذا العصر و الظاهر من ثنا تکلمات الفقهاء أیضا دوران حرمة التکسّب بالنجاسات مدار عدم جواز الانتفاع، کما مرّت جملة من کلماتهم».

اجتهاد به رأی را فراهم کرد و در نقطه مقابل، شاخص‌ترین جریان عدم توجه به نقش زمان و مکان در اجتهاد (تفریط‌گرایان) خوارج هستند و بالأخره شیعه در این میان، راه اعتدال و میانه را برگزیده است (مطهری، اسلام و مقتضیات زمان، ۷۰ و ۱۱۵).

۲- مخفی بودن تبدیل‌پذیری موضوع: تبدیل یک موضوع به موضوع دیگر همواره ممکن نیست که به صورت آشکارا رخ دهد مثل تبدیل شراب به سرکه، بلکه ممکن است موضوعی به صورت مخفی و بی‌سر و صدا به موضوع دیگر تبدیل شود؛ بنابراین در حوزه اجتماعی باید منتظر تبدیل موضوع بود و نباید هم به انتظار تبدیل آشکار نشست بلکه ممکن است تبدیل موضوع پیچیده و نهان باشد (مبلغی، ۱۳۷۶، ۳۰).

۴- عدم توجه به احکام حکومتی

دوری فقه شیعه از حاکمیت و اداره جامعه و انزوای پیاپی آن، موجب شده تا طی قرن‌ها شکوفایی فقه شیعه، برخی از مباحث قوی‌تر از بقیه احکام گردد. به عنوان نمونه اهتمام بسیاری از فقیهان به بخش معاملات و مغفول ماندن احکام حکومتی یا آنچه مربوط به حوزه‌ی فقه سیاسی است از جمله پیامدهای دوری فقه شیعه از اداره جامعه است. در واقع، درگیر نبودن فقیهان با مسائل و مباحث مربوط به اداره جامعه سبب کم‌رنگ شدن و یا به حاشیه رفتن این دست مباحث شده است، و گرنه وجود هزاران مجلد کتاب فقهی نشان از رشد و گسترش فقه استدلالی و عمق منابع فقه و بیانگر ظرفیت عمیق فقه اجتهادی در جهت نظام‌سازی اجتماعی می‌باشد. امری که امروزه اجتناب‌ناپذیر می‌نماید و فقیه امروز باید اهتمام جدی به احکام حکومتی داشته باشد و از توجه به مسائلی که دیگر مورد ابتلا نیست بپرهیزد.

۵- جغرافیا و تاریخ‌گرایی

محققان، بوم‌گرایی یا جغرافیای‌گرایی را یکی از ویژگی‌های سنت فکری فقیهان سنت‌گرا می‌دانند که بر طبق این روش و سنت فکری، فقیهان تلاش می‌کنند همه‌ی آئین‌ها و احکام و سنت‌های جاری در میان جامعه و در زمان خود را به احکام و سنت‌های جاری در مدینه النبی دوره پیامبر(ص) تقلیل و در نتیجه، عرف آن منطقه را که روایات و منقولات، ناظر به آن محیط و یا ناشی از آن محیط است را بر عرف رایج ترجیح داده و آن را اصالت بخشند. در واقع، عرف امروز به عرف رایج در زمان نزول وحی فروکاسته

می شود و ارزش‌ها و هنجارهای آن دوره اصالت داده می‌شود (فنائی، ۱۳۸۹، ۱۰۹-۱۱۷؛ سروش، ۱۳۷۸، ۱۷).

پس در پرتو جغرافیاگرایی، تمامی نهادها و کلیات عرفی قداست می‌یابد و بر تن عرف و مقتضیات زمانی و مکانی گذشته جامه عرف مشروع پوشانده می‌شود. در نتیجه با این پیش زمینه‌های فکری شرایط زمانی و مکانی اجتماع خود را انکار می‌کنند تا به یکسان سازی و ادغام جغرافیای کنونی با جغرافیای مورد نظر خود برسند (حکیم پور، ۱۳۸۴، ۵۲). نمونه بارز تفکر مبتنی بر اصالت جغرافیا در مقابل تفکر متناسب با زمان در پاسخ نامه‌ای که امام خمینی در جواب یکی از شاگردان خود بیان داشته‌اند دیده می‌شود؛ امام در پاسخ به نامه حجت الاسلام قدیری در مورد شطرنج و آلات موسیقی بیان می‌دارند: «اینجانب لازماست از برداشت جناب عالی از اخبار و احکام الهی اظهار تأسف کنم. بنا بر نوشته جنابعالی زکات تنها برای مصارف فقرا و سایر اموری است که ذکرش رفته است و اکنون که مصارف به صدها مقابل آن رسیده است راهی نیست و (رهان) در (سبق) و (رمایه) مختص است به تیر و کمان و اسب دوانی و امثال آن که در جنگ‌های سابق به کار گرفته می‌شده است و امروز هم تنها در همان موارد است و انفال که بر شیعیان تحلیل شده است، امروز هم شیعیان می‌توانند بدون هیچ مانعی با ماشین‌های کذایی جنگل‌ها را از بین ببرند و آنچه را که باعث حفظ و سلامت محیط زیست است، نابود کنند و جان میلیون‌ها انسان را به خطر بیندازند و هیچ کس هم حق نداشته باشد مانع آنها باشد. منازل و مساجدی که در خیابان کشیها برای حل معضل ترافیک و حفظ جان هزاران نفر مورد احتیاج است، نباید تخریب گردد و امثال آنو بالجمله آن گونه که جناب عالی از اخبار و روایات برداشت دارید، تمدن جدید به کلی باید از بین برود و مردم کوخ نشین بوده و یا برای همیشه در صحراها زندگی نمایند» (صحیفه نور، ۲۱، ۱۵۲-۱۴۹).

تاریخ گرایی و اصالت تعینات تاریخی از دیگر ویژگی‌های سنت فکری فقیهان است که در نتیجه آن راه هرگونه تفسیر متناسب با زمان و مکان را می‌بندد. ایراد عمده این سنت فکری آن است که امر واقع را یکسره دست ساز شریعت می‌داند و بدان جامه قداست می‌پوشاند، حال آن که دین و شریعت ناظر و نازل به امر واقع است و نه سازنده و خالق آن؛ چه خالق امر واقع، مناسبات و الزامات اجتماعی است (حکیم پور، ۱۳۸۴، ۵۳). پس مجتهد امروز باید دین را از ظرفی که برای نخستین بار در قالب آن نازل شده است تفکیک کند و نه آن که بر فرهنگ حاکم بر دوران پیامبر (ص) جامه قدسی پوشانده آن را بر مردمان دوره‌ها و عصرهای دیگر هم تحمیل کند (فنائی، ۴۵۲-۵۰۰). به این ترتیب عدم پوشاندن جامه قداست بر ظرف

زمانی و مکانی که احکام شرع در آن نازل شده است زمینه اجتهاد کارآمد و به روزی را فراهم خواهد ساخت و هر مجتهد می‌تواند با این ابزار به روز با توجه به شرایط زمانی و مکانی خود فتوا دهد و این مهم در سخنان علامه حلی نیز متجلی است که پیشتر نیز بدان اشاره شد (علامه حلی، ۱۴۰۷، ۳۵۸) و بالاخره، ماجرای ممنوعیت خوردن گوشت الاغ در جنگ خیبر توسط پیامبر رحمت (ص) نیز تأیید می‌کند که برخی اوامر و نواهی با توجه به مصالح و مفاسد یک دوره زمانی خاص و برای قومی معین صادر شده است.

۶- تقلید گرایی

همانطور که در پیشتر گفته شد شرط مرد بودن قاضی اولین بار توسط شیخ طوسی بیان شده است و پس از ایشان دیگر فقیهان به تقلید از ایشان از این صفت یاد کرده‌اند. بی‌گمان فقه شیعه مرهون تلاش‌های شیخ طوسی است، ولی این بدان معنا نیست که باید به تقلید صرف روی آورد و در مقام فتوا نیز به احتیاط کردن بسنده کرد، هر چند که تا یک قرن پس از شیخ طوسی، فقیهان شیعه به استنباط‌های شیخ بسنده کردند و حتی جمله‌ای بر خلاف نظر او نمی‌گفتند. در این یک قرن فقه از پویایی و تحرک باز ایستاد و از رهگذر این رکود، فقه و اجتهاد خسارت سنگینی را متحمل شدند که جبران آن بر مجتهدان سخت و دشوار شد و حتی پیامدهای نامطلوب و ناپسند آن پس از قرن‌ها هنوز به چشم می‌خورد که اگر آن رکود و ایستایی در فقه وجود نیامده بود امروزه فقه از شکوفایی بیشتر و گسترده‌تری برخوردار بود (جناتی، ۱۳۷۱، ۴۳-۴۲).

باز بودن باب اجتهاد در فقه شیعه از مهم‌ترین ویژگی‌های این مکتب است و راز پویایی و به روز بودن را نیز باید در همین ویژگی جست. پس فقیه امروز نباید از نقد اجماع یا قول مشهور بهراسد؛ چه بسیاری از اجماعات نقل شده، یا اجماع اصطلاحی نیست و کاشف از رای معصوم نخواهد بود. افزون بر این، شهرت نیز حجت نیست و تنها به صرف این که شاید متقدمان دلیلی در دست داشته‌اند که نظری داده‌اند و مشهور گشته نباید فقیه تیز بین را از توجه به واقعیات جامعه و استنباط باز بدارد هر چند که در فقه شیعه گاه فقیهی تیز بین چون شهید ثانی از اعلام نظر خلاف مشهور باز می‌ماند و گویا مشهور بودن یک حکم علی رغم انتقادپذیر بودن آن راه را بر روی فقیه می‌بندد و او را مجبور به تسلیم می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۵، ۲۰۶-۲۱۰؛ پوراسماعیلی و مظفری، ۱۳۹۰، ۲۷۲-۲۷۵).

جناتی در نقد این نگاه مشهور در تقلید گرایی می‌نویسد اولاً، این اعتقاد با تشریح اصل اجتهاد منافات دارد، چون در نهاد این عنصر تحقیق نهفته است و تحقیق در منابع با توجه به شرایط زمانی که در بستر آن متحولند، اختلاف‌نظرها و برداشتهای نو را از آنها در پی دارد، و این براساس «إِنَّ لِلْمُجْتَهِدِ الْمُصِيبِ أَجْرَانَ وَلِلْمُخْطِئِ أَجْرٌ وَاحِدٌ»، مورد تأیید شرع است؛

ثانیاً این دیدگاه موجب سدّ باب اجتهاد می‌شود، حال آن که اسلام و پیشوایان بر تفقه و اجتهاد تأکید داشته‌اند؛

ثالثاً، چگونه می‌توان این را قائل شد، در حالی که مسائل گذشته با گذشت زمان نیازمند حکم جدید فقهی است و در آخر بیان می‌دارند که این اندیشه که تمامی فتاوی فقهای گذشته مطابق واقع می‌باشد و قداست بخشیدن به آرای این فقیهان با اصل مبنای شیعه که قائل به تصویب است نه تخطئه منافات دارد(جناتی، ۱۳۷۸، ۷۷-۷۸).

پس فقیهان باید در مقام استنباط در مسائل نظری بر اساس مبانی اجتهادی مسائل را مورد بررسی قرار دهند نه بر اساس آراء و نظریات مجتهدان و فقیهان پیشین؛ زیرا فقیهان در طول تاریخ در هر مقام و مرتبه‌ای که بوده‌اند، به تمامی مطالب حقّ راه نیافته‌اند، چنان که نمی‌توان تصور کرد که تمامی آنها خطا کرده‌اند. بنابراین از آنجایی که با گذشت زمان و شرایط جدید، ویژگی‌های درونی و بیرونی موضوعات متحول شده است، این تحول نیازمند متحول شدن احکام این موضوعات و صدور رای برخلاف آرای گذشتگان می‌باشد؛ چرا که اجتهاد در مسائل نظری براساس مبانی و منابع برای همه یکسان نمی‌باشد(جناتی، ۱۳۷۸، ۷۹). در این زمینه سیره عملی امام خمینی نیز جالب توجه خواهد بود: امام خمینی (قدس سره) زمانی که در نجف اشرف به تدریس اشتغال داشتند، هنگام درس بسیاری از آراء و نظرهای اصولی مرحوم آیت‌الله نائینی را مورد نقد قرار می‌دادند. برخی به ایشان گفتند: اساتید حوزه علمیه نجف بیشتر از شاگردان مرحوم نائینی می‌باشند، مناسب است کمتر به اشکال و نقد آرای او بپردازید. ایشان در پاسخ فرموده بودند: این اشتباه است که نقد آرای بزرگان را خلاف احترام بدانیم، زیرا نقد آرای آنان احترام آنها به حساب می‌آید(جناتی، ۱۳۷۸، ۸۵).

۷- عدم تغییر نگرش فقیهان نسبت به زن

عدم تغییر نوع نگرش فقیهان نسبت به زنان سبب شده تا در طول تاریخ زن همواره محکوم به «ناقص عقل بودن» باشد. به باور فقیهان(نراقی، ۱۷، ۱۴۱۵، ۳۵-۳۴) تمامی احادیث و روایاتی که زنان را

مذمت می‌کند و از مشاوره با آنان برحذر می‌دارد و یا آنان را شایسته مقام قضاوت نمی‌داند- بر فرض صحت و اعتبار روایت‌های مربوطه- ناظر به ذات و طبیعت زنان است؛ از این رو ضمن احترام به فقیهانی که به صراحت از حق زن در تصدی مقام قضاوت دفاع کرده‌اند، همه‌ی فقیهان اعم از متقدمان و متاخران و نیز معاصران در موضوع قضاوت زنان و موضوعات مشابه راجع به حقوق زنان دیدگاه مشابهی دارند بدون آن که تفاوت زمانی و مکانی بر دیدگاه آنان تأثیری گذاشته باشد.

به دیگر سخن، فقیهان به زن به عنوان وسیله‌ای برای دفع غرایز جنسی می‌نگرند (جعفری تبار، ۱۳۸۷، ۱۱۷-۱۱۸) که به دلیل نقصان عقل و در معرض فساد بودن و یا موجب فساد جامعه شدن باید از حقی که خداوند برای زن و مرد به یک اندازه مقرر فرموده است محروم باشد. این دسته فقیهان برای روشن ساختن درستی نظر خود درباره نقصان عقل زن به سراغ روایاتی می‌روند که بر این سخن مهر تأیید می‌زند و حتی خود را بی‌نیاز از سنجش آن روایات یافته و به محک عقل نمی‌سنجند^۱. (آیت‌الهی، ۱۳۷۹، ش ۹۷، مهدی مهریزی، ۱۳۷۶، ص ۸۱) جالب این که این نوع نگرش در تضاد با آموزه‌های قرآنی است؛ زیرا قرآن صراحتاً از سرشت مشترک زن و مرد سخن گفته است و در آموزه‌های اسلام اصالت با روح آدمی است نه بدن و تمام حقیقت انسان روح او است، اگرچه بدن نیز ضرورت دارد در نتیجه اختلافات و تفاوت‌های زن و مرد از جنسیت ناشی شده که به بدن مربوط است، حال آن که در دین مبین اسلام حقیقت روح می‌باشد و روح انسان مجرد است و مذکر و مؤنث ندارد (جوادی عاملی، ۱۳۷۸، ۷۶).

کوتاه سخن آن که غالب سخنان فقیهان راجع به زنان، ناظر به زنان موجود در جامعه است نه ناظر به جنس زن در جمیع ادوار (علائی رحمانی، ۱۳۸۳، ۱۱۴) و چنین نگرشی نسبت به زن در دین اسلام منع شده و رسالت دین اسلام حفظ حقوق و ارزش زن بوده است و همین امر راه را برای بدخواهان باز کرده که بر این طبل بکوبند که نگاه اسلام به زن نگاهی انسانی و رحمانی نیست.

۸- عدم توجه به مبانی و اصول کلی شریعت

از آنچه گفته شد روشن گردید که در ساحت فقه شیعه، فقیه یکسره به دنبال نصوص است تا احکام موضوعات نوپیدا را با توجه به نصوص دریابد و گاه از این که نص خلاف مبانی و اصول کلی دین اسلام

۱- «مَعَاشِرَ النَّاسِ إِنَّ النِّسَاءَ نَوَاقِصُ الْإِيمَانِ نَوَاقِصُ الْحُطُوطِ نَوَاقِصُ الْعُقُولِ» خطبه ۷۹ نهج البلاغه، «وَأَيُّكُمْ وَ مَشَاوِرَةَ النِّسَاءِ فَإِنَّ رَأْيَ هُنَّ إِلَى أَفْنٍ وَ عَزْمُهُنَّ إِلَى وَهْنٍ... وَ لَاتَمْلِكِ الْمَرْأَةُ مِنْ أَمْرِهَا مَا جَاوَزَ نَفْسَهَا (فَإِنَّ الْمَرْأَةَ رَيْحَانُهُ وَلِي سَتْفَهْرُ مَانِهِ وَلَا تَعْدُ بِكَرَامَتِهَا نَفْسَهَا)» نامه ۳۱ نهج البلاغه

هم باشد نمی‌هراسد، در حالی که فقیه باید نصوص و البته فتاوی خود را به محک اصول بسنجد؛ اصولی مانند سهولت و سماحت دین که ریشه در آیات قرآن دارد (سوره مائده آیه ۶، سوره بقره آیه ۱۸۵ و سوره حج آیه ۷۸) و نیز اصل عدالت فقیه را بر آن می‌دارد تا از ارائه فتاوی خلاف آن خودداری ورزد (مجتهد شبستری، ۱۳۷۸، ۱۰؛ قرضاوی، ۱۳۸۶، ۱۵۶-۱۵۷)؛ زیرا احکام شرعی که اموری عرضی‌اند، ابزارهای اجرا و گسترش عدالت بوده و در خدمت این هدف هستند^۱ (امام خمینی، بی‌تا، ۲، ۶۳۳).

در حالی که تعصب نسبت به نصوص و عدم توجه به اصول حاکم بر شریعت فقیه را بر آن می‌دارد که خلاف عدالت، زن را شایسته قضاوت نداند.

شهید مطهری عدالت را دارای پایه‌هایی در طبیعت و فطرت می‌داند که می‌توان با توجه بدان پایه‌ها یک طرح ثابت و جاودانه برای بشر طراحی کرد (مطهری، ۱۳۸۹، ۱۸۴)، عدم توجه به اصل عدالت را موجب عدم رشد فلسفه اجتماعی فقیهان و ظهور فقهی غیرمتناسب با سایر اصول دانسته، می‌نویسد: «اصل عدالت اجتماعی با همه اهمیت آن در فقه ما مورد غفلت واقع شده است و در حالی که از آیاتی چون «بالولدین احسانا و اوفوا بالعقود» عموماتی در فقه به دست آمده است، ولی با این همه تأکیدی که در قرآن کریم بر روی مسأله عدالت اجتماعی دارد معهذاً یک قاعده و اصل عام در فقه از آن استنباط نشده و این مطلب سبب رکود تفکر اجتماعی فقهای ما گردیده است»^۲ (مطهری، ۱۴۰۳، ۲۶-۲۷ به نقل از: مهریزی، ۱۳۷۶، ۱۴۳-۱۴۴)

۹- نتیجه

همه‌ی پژوهش‌های انجام‌شده در زمینه‌ی ممنوعیت قضاوت زنان - صرف نظر از این که شباهت-هایی با یکدیگر دارد- به لحاظ ساختاری با بررسی دلایل نقلی (آیات و روایات) آغاز می‌شود و پس از نقد آن به دلایل عقلی از قبیل شبهه نقصان عقل زن می‌پردازد و در نتیجه زنان را شایسته قضاوت می‌داند. گرچه از میان این پژوهش‌های تکراری برخی به وسواس و دقت به بررسی پرداخته‌اند، ولی هیچ یک به بررسی این مهم نپرداخته‌اند که چرا پیروان دیدگاه مشهور که زنان را شایسته قضاوت نمی‌دانند، نخواستند و

۱-الأحكام مطلوبات بالعرض، وأمر آلیة لإجرائها و بسط العدالة.

۲- این مطلب در کتاب بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی چاپ انتشارات حکمت، تهران، ۱۴۰۳ هـ.ق آمده است که در چاپ جدید این کتاب که با عنوان «نظری به نظام اقتصادی اسلام» منشر شده است دیده نمی‌شود.

یا نتوانسته‌اند زنان را شایسته قضاوت بدانند و چرا امروزه فقیهان معاصر نیز نمی‌خواهند برخلاف مشهور فتوا دهند؟ واقع این است که فقیهان امروز و دیروز در مسائلی مانند قضاوت زنان نمی‌توانند به حکمی متفاوت دست یابند و نه آن که نخواهند؛ زیرا ساختاری که فقیهان در آن به استنباط احکام می‌پردازند، اجازه چنین استنباطی را نمی‌دهد و از این فقه نقلی نباید بیش از این انتظار داشت.

پس راز این نتوانستن را باید در غفلت آنان از فلسفه فقه و عدم توجه به عقل و عدم بازنگری در شیوه استنباط احکام و اجتهاد دانست. به دیگر سخن عدم توانایی فقیهان ریشه در ساختار فقه و شیوه اجتهاد دارد و تا زمانی که فقیه به عقل به عنوان یک منبع اجتهاد به دیده تردید بنگرد و پیامبر باطن را ناتوان از استنباط احکام بداند و آن را از استنباط باز بدارد نمی‌توان از چنین فقهی انتظار تحول و صدور حکمی خلاف مشهور انتظار داشت و این فقه نه تنها درباره‌ی قضاوت زنان و بلکه در سایر موارد به بیان فتاوی مشهور بسنده خواهد کرد حتی اگر آن فتوا چهره‌ی شریعت را زشت کند. پس تا زمانی که فقیهان با توجه به نصوص ولو ضعیف راه را بر روی پیامبر باطن می‌بندند، میان دین و ظرف زمانی و مکانی احکام دینی تفاوتی نمی‌نهند و حتی فتاوی خود را به محک مبانی اسلامی و از همه مهم تر اصل «عدالت» نمی‌سنجند و بالاخره به جای نقد دیدگاه مشهور، آن را ستایش کرده، برکنار از نقد می‌دانند، نباید شاهد متحول شدن فتاوی فقیهان بود.

فهرست منابع

- ۱- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی. قم.
- ۲- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز، (۱۴۱۱)، جواهر الفقه، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۳- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، (۱۴۰۸)، الوسیله الی نیل الفضیله، مکتبه آیه الله مرعشی النجفی، قم.
- ۴- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی حسینی، (۱۴۱۷)، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، مؤسسه امام صادق(ع)، قم.
- ۵- ابوی مهریزی، حسین، (۱۳۸۵)، تأثیر شخصیت شیخ طوسی بر آرای فقه‌های پس از خود، اسلام پژوهی، شماره ۲، ۶۳-۸۰.

- ۶- امام خمینی، سید روح‌الله موسوی خمینی، (۱۴۱۵)، المکاسب المحرمه، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ج ۱.
- ۷- امام خمینی، سید روح‌الله موسوی خمینی، (بی‌تا)، کتاب البیع، جلد دوم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
- ۸- امام خمینی، سید روح‌الله موسوی خمینی، (۱۳۷۹)، صحیفه امام خمینی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
- ۹- امام، رضا، (۱۴۰۶)، فقه الرضا، مؤسسه آل‌البتیت (ع)، مشهد.
- ۱۰- انصاری، مرتضی (شیخ اعظم)، (۱۴۱۵)، القضاء و الشهادات، تحقیق گروه پژوهش در کنگره، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری قم.
- ۱۱- پوراسماعیلی، علیرضا و مصطفی مظفری، (۱۳۹۰)، اخلاق‌گرایی و نه قانون‌گذاری: سهم اخلاق در پهنه خانواده، خانواده پژوهی.
- ۱۲- جعفری‌تبار، حسن، (۱۳۸۷)، حقوق عاشقانه علیه حقوق کامجویانه: گفتاری در فلسفه حقوق خانواده، فصلنامه حقوق.
- ۱۳- جوادی عاملی، عبدالله، (۱۳۷۸)، زن در آینه جلال و جمال، دارالهدی، نشر اسراء، قم.
- ۱۴- جناتی، محمدابراهیم، (۱۳۷۱)، عصر استخدام عناصر مشترک اجتهاد، مجله کیهان اندیشه.
- ۱۵- جناتی، محمدابراهیم، (۱۳۷۸)، نقدی بر شیوه‌های استنباطی پیشینیان، مجله اندیشه حوزه.
- ۱۶- جناتی، محمدابراهیم، (۱۳۸۲)، نظریه اجتهاد تفریعی و تطبیقی، مجله علوم سیاسی.
- ۱۷- الحرالعاملی، محمدبن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، تحقیق مؤسسه آل‌البتیت، مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام، قم.
- ۱۸- حسینی عاملی، محمدجواد، (بی‌تا)، مفتاح‌الکرامه، داراحیاء التراث العربی، بیروت.
- ۱۹- راوندی، قطب‌الدین سعید بن عبدالله، (۱۴۰۵)، فقه القرآن، مکتبه آیة‌الله مرعشی نجفی، قم.
- ۲۰- رحیمیان، سعید، (۱۳۷۴)، شیوه اکتشاف ملاک و نقش آن در تعبیر احکام، مجله نقد و نظر.
- ۲۱- سادات فخر، سید علی، (۱۳۷۹)، عوامل پویایی فقه، مجله قبسات، شماره ۱۵ و ۱۶، ۱۴۵-۱۵۵.
- ۲۲- سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۳۸۴)، نقش زمان و مکان در استنباط، فقه اهل بیت (فارسی)، شماره ۴۳، ۵۳-۱۲۷.

- ۲۳- سروش، عبدالکریم، (۱۳۷۸)، فقه در ترازو؛ طرح چند پرسش از محضر حضرت آیت‌الله منتظری، مجله کیان، شماره ۴۶. ص ۱۴-۲۱.
- ۲۴- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، (۱۴۰۴)، المراسم العلویه و الاحکام النبویه فی الفقه، منشورات الحرمین، قم.
- ۲۵- شهید اول، محمدبن مکی، (بی‌تا)، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، تحقیق سید عبدالهادی حکیم. منشورات مکتبه المفید، قم؛ افسست از روی چاپ نجف اشرف، مطبعه الآداب.
- ۲۶- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی، (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، محقق سید محمدکلانتر، انتشارات داوری، قم.
- ۲۷- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
- ۲۸- شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۵)، المقنح، مؤسسه امام هادی، قم.
- ۲۹- شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۸)، الهدایه فی الوصول و الفروع، مؤسسه امام هادی، قم.
- ۳۰- شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۰)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتاب، بیروت.
- ۳۱- شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، محقق سید محمد تقی کشفی، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، تهران.
- ۳۲- شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، (۱۴۱۳)، المقنعه، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم.
- ۳۳- شمس‌الدین، محمد مهدی، (۱۳۷۶)، حدود مشارکت سیاسی زنان در اسلام، برگردان محسن عابدی، تهران، بعث.
- ۳۴- صابری، حسین، (۱۳۸۴)، فقه و مصالح عرفی، بوستان کتاب، قم.
- ۳۵- صابریان، علیرضا، (۱۳۸۵)، زمان و مکان و نقش این دو در اجتهاد، پژوهش‌های دینی.
- ۳۶- صانعی، یوسف، (۱۳۹۱)، حقوق زنان و کودکان، میثم تمار، قم.
- ۳۷- ضیائی‌فر، سعید، ۱۳۹۰، رویکرد حکومتی در فقه، فصلنامه علوم سیاسی، سال چهاردهم، شماره ۱ (پیاپی ۵۳)، ص ۷-۳۱.
- ۳۸- عراقی نسب، افسانه؛ ابن تراب، مریم، (۱۳۸۸)، نظریه مصلحت در اندیشه امام خمینی، فصلنامه الهیات، شماره ۹، ص ۵-۱۶.
- ۳۹- علائی رحمانی، فاطمه، (۱۳۸۳) تحلیلی بر خطبه ۸۰ نهج البلاغه، فصلنامه نهج البلاغه، شماره ۹ و ۱۰. ص ۱۱۲-۱۳۴.

- ۴۰- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۰۷)، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، تحقیق حسن حسن-زاده آملی، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۴۱- علم الهدی، سید مرتضی، (۱۴۱۵)، الانتصار فی انفرادات الامامیه، محقق گروه پژوهش، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۴۲- علم الهدی، سید مرتضی، (۱۴۱۷)، المسائل الناصریات، رابطه الثقافه و العلاقات الاسلامیه، تهران.
- ۴۳- علیزاده، عبدالرضا، (۱۳۸۷)، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت، قم.
- ۴۴- فنایی، ابوالقاسم، (۱۳۸۹)، اخلاق دین شناسی؛ پژوهشی در مبانی معرفتی و اخلاقی فقه، نگاه معاصر، تهران.
- ۴۵- قاضی زاده، کاظم، (۱۳۷۴)، امام خمینی و فقهت مبتنی بر عنصر زمان و مکان، مجله نقد و نظر، شماره ۵، ص ۱۴۷-۱۸۱.
- ۴۶- قرضاوی، یوسف، (۱۳۸۶)، به سوی فقه آسان و روزآمد، ترجمه علیرضا اسماعیل آبادی، فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۱۲، ص ۱۵۳-۱۸۱.
- ۴۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، انتشارات بهنشر، تهران.
- ۴۸- کدیور، جمیله، (۱۳۸۵)، بنیادهای نظری مخالفان قضاوت زنان در ایران، مطالعات زنان، سال ۴، شماره ۱، ص ۳۵-۵۴.
- ۴۹- مبلغی، احمد، (۱۳۷۶)، ثابت و متغیر در نگاه امام خمینی، علامه طباطبایی و شهید صدر، دو ماهنامه کیهان اندیشه، شماره ۷۱، ص ۲۸-۳۸.
- ۵۰- مجتهد شبستری، محمد، (۱۳۷۸)، بستر معنوی و عقلایی علم فقه، مجله کیان، شماره ۴۶، ص ۵-۱۳.
- ۵۱- مجلسی، ملا محمد باقر، (۱۳۹۳)، روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، سید محمد حسین موسوی کرمانی و شیخ علی پناه اشتهاردی، بنیاد فرهنگ اسلامی، تهران.
- ۵۲- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۶۲)، مباحثی از اصول فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.
- ۵۳- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳)، مجمع الفائده و البرهان، محققان آقا مجتبی عراقی، شیخ علی پناه اشتهاردی و آقا حسین یزدی اصفهانی، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۵۴- مرعشی، سید محمد حسن، (۱۳۷۵)، دآوری زن در اسلام، مجله حقوقی قضائی دادگستری، شماره ۱۷ و ۱۸، ص ۱۷-۲۴.

- ۵۵- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، (۱۳۸۱)، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی، پژوهشکده‌ی امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران.
- ۵۶- مهریزی، مهدی، (۱۳۷۶)، تأملی در احادیث نقصان عقل زنان (نقدی بر مقاله دفاع از حدیث-۲)، مجله علوم حدیث، شماره ۴، ص ۸۱-۹۹.
- ۵۷- مهریزی، مهدی، (۱۳۷۶)، فقه حکومتی، مجله نقد و نظر، سال ۳، شماره ۴، ص ۱۴۱-۱۶۵.
- ۵۸- نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام، تحقیق عباس قوچانی و علی آخوندی، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ۵۹- نراقی، ملا احمد، (۱۴۱۵)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البیت، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم.
- ۶۰- نصیریان، یدالله، (۱۳۸۲)، مروری بر اسلام و مقتضیات زمان، مجله مقالات و بررسیها، دفتر ۷۴، ۱۷۷-۱۸۸.