

## نقد و بررسی جایگاه اجماع و شهرت در فتاوی فقهی با تأکید بر مسائل زنان

مهدی شجریان\*

DOI: 10.22096/RC.2023.1972613.1082

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۲۵]

### چکیده

مسئله کانونی تحقیق این است که جایگاه اجماع و شهرت در استنباط احکام فقهی زنان چگونه نقد و بررسی می‌شود. این تحقیق با روش تحلیلی - انتقادی و با رجوع به منابع کتابخانه‌ای پاسخ این پرسش را می‌کاود. در خصوص غالب مسائل فقهی زنان ادعای اجماع یا شهرت وجود دارد. برخی فقیهان در مصاف دلالت دلیل از یک سو و اجماع و شهرت از سویی دیگر، جانب این دو را گرفته و از فتاوی مطابق با دلیل استنکاف کرده‌اند. این روند به لحاظ اصولی قابل قبول نیست؛ زیرا قوی‌ترین قسم اجماع در دانش اصول فقه فاقد اعتبار است و در این فرض نمی‌توان از سایر اقسام اجماع و شهرت در فتاوی فقهی بهره برد. علاوه بر این مخالفت با دلیل و موافقت با اجماع و شهرت نه تنها رفتاری مطابق با احتیاط نیست، بلکه به دلیل بی‌اعتنایی به دلیل معتبر، نوعی خلاف احتیاط تلقی می‌شود. درعین حال برخی فتاوی فقهی در حوزه مسائل زنان ریشه در مبانی انسان‌شناسی فقیهان دارد که اموری قابل مناقشه هستند؛ از این رو اجماع آنها مدرکی یا محتمل‌المدرک تلقی شده و فاقد اعتبار است. عمده در مسائل فقهی زنان بازپژوهی روشمند در ادله معتبر است، هرچند نتیجه این بازپژوهی امری مخالف با اجماع یا شهرت باشد.

**واژگان کلیدی:** اجماع در مسائل زنان؛ شهرت در مسائل زنان؛ فقه زنان؛ مرجعیت زنان.

\* استادیار، پژوهشکده مطالعات اجتماعی و تمدنی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.



## ۱. مقدمه

زنان و مردان در فتاوای اجماعی یا مشهور فقه امامیه، تمایزات چشمگیری در حوزه حقوق و تکالیف دارند. نابرابری ارث و دیه، تکلیف متمایز در حد واجب پوشش، نارو بودن عهده‌داری مناصب سیاسی کلان توسط بانوان، حق طلاق، حضانت کودکان، انتقال سیادت به فرزندان و مانند این موارد، برخی از این تمایزات هستند؛ تمایزاتی که امروزه بیش از همیشه پرسش بوده و بازاندیشی و بازپژوهی روشمند در منابع مربوط به آنها، یکی از ضرورت‌های فقهی عصر کنونی است.

به‌رغم اهمیتی که مسئله بازپژوهی در مسائل فقهی مذکور دارد، در صورتی که فقیه متعبد به اجماع و شهرت باشد، نمی‌تواند حرف تازه و درعین حال روشمندی در این مسائل عرضه کند؛ زیرا عمده این تمایزات فتاوایی اجماعی یا مشهور هستند و عبور روشمند از آنها تنها برای مجتهدی ممکن است که این دو را در نظام اصولی و فقهی خود معتبر نشمارد؛ از این رو بررسی جایگاهی که اجماع و شهرت در مقوله استنباط فقهی و به صورت خاص استنباط مسائل زنان دارند، اهمیت می‌یابد و این امر همان غایتی است که سبب نگارش این تحقیق شده است.

مسئله کانونی تحقیق این است: «جایگاه اجماع و شهرت در استنباط احکام فقهی زنان چگونه نقد و بررسی می‌شود». برای پاسخ به این سؤال اصلی لازم است مسائل فرعی ذیل نیز مورد بررسی قرار گیرند: ۱. مقصود از اجماع و شهرت چیست؛ ۲. اجماع و شهرت چه اثری در استنباط احکام شرعی و به صورت خاص مسائل زنان داشته‌اند؛ ۳. چه نقدهایی در خصوص روند بهره‌گیری از اجماع و شهرت در استنباط احکام فقهی مذکور وجود دارد.

این تحقیق با روش تحلیلی - انتقادی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای کوشیده است از سویی جایگاه اجماع و شهرت در استنباط فقهی مسائل زنان را نشان داده و از سویی دیگر نقدهایی که در این خصوص قابل بیان هستند را ذکر کند. این تحقیق در زمره تحقیقات روش‌شناسی قرار دارد و می‌کوشد تا شیوه بهره‌گیری از اجماع و شهرت در آثار فقهی را واکاوی می‌کند.

نگارنده پیشینه خاصی برای این تحقیق - که به صورت مشخص به سؤال اصلی مذکور بپردازد - سراغ ندارد. منابعی که انتقادات عمومی به حجیت اجماع و شهرت دارند، پیشینه عام این تحقیق هستند که در متن مقاله از آنها استفاده شده و انتقادهایی دیگر نیز به آنها افزوده شده است. در ادامه بر اساس سؤالات فرعی طراحی شده، مطالب مقاله را در سه بخش عرضه خواهیم کرد.

## ۲. مفاهیم

به صورت کلی دو مفهوم و اصطلاح عمده در این مقاله مرکز توجه است که در ادامه تبیین خواهد شد.

### ۱-۲. اجماع

اجماع در دانش فقه و اصول، اتفاق نظر میان اصحاب رأی و نظر است. برای این اصطلاح تعاریف مختلفی بیان شده است. «اتفاق تمامی علما در یک عصر»،<sup>۱</sup> «اتفاق عدد بزرگی از اهل تحقیق و فتوا در حکم شرعی به درجه‌ای که موجب احراز حکم شرعی شود»<sup>۲</sup> و «اتفاق نظری که کاشف از دخول قول معصوم است»،<sup>۳</sup> برخی از این تعاریف هستند.

از منظر بسیاری از فقیهان شیعی در اعتبار اجماع تعداد مجمعین شرط نیست، بلکه کاشفیت از قول معصوم شرط است، به همین روی ممکن است اجماع در ضمن چند دیدگاه انگشت‌شمار حاصل شود، اما به دلیل کشف مذکور معتبر تلقی گردد. بر همین اساس مخالفت افراد دیگر با اجماع نیز مضر به حجیت آن نیست، مادامی که اجماعی حیثیت کاشفیت مذکور را دارا باشد.<sup>۴</sup>

ورود تفصیلی به این تعاریف و نقض و ابرام آنها در این مجال ضرورتی ندارد. با این همه باید به این نکته توجه کرد که حتی اخذ مبنای روشن در تعریف صحیح اجماع، سبب نمی‌شود تا فقیه در سرتاسر مباحث فقهی خود به این تعریف پایبند باشد و تنها به اجماعاتی استناد کند که تعریف مختار بر آن منطبق است. بررسی آثار فقهی نشان می‌دهد که فقیهان با سهولت این اصطلاح را به کار می‌برند؛ حتی در مواردی که کاشفیت منتفی است و خود به نقد آن پرداخته‌اند. مثلاً شهید ثانی در رساله‌ای اجماعات شیخ طوسی را موضوع بررسی قرار داده و ۳۶ مورد از فتاویٰ وی را نقل می‌کند که در موضعی آنها را اجماعی دانسته و در موضعی دیگر با همان فتاوا به مخالفت برخاسته است.<sup>۵</sup> به هر روی در این مقاله نیز مقصود از اجماع اتفاق نظرهایی است که در کتب فقهی مورد استناد قرار می‌گیرند؛ اعم از اینکه تعریف خاصی بر آنها صدق کند یا نه.

۱. مرتضی انصاری، *فرائد الأصول*، جلد ۱ (قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم، ۱۴۱۶)، ۷۹.

۲. محمدباقر صدر، *دروس فی علم الأصول*، جلد ۱ (قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸)، ۲۷۳.

۳. مهدی نراقی، *أنیس المجتهدین فی علم الأصول*، جلد ۱ (قم: بوستان کتاب قم، ۱۳۸۸)، ۳۳۹.

۴. علی بن حسین علم‌الهدی، *الذریعة إلى أصول الشریعة*، جلد ۲ (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۶)، ۱۵۴-۱۵۶؛ انصاری، *فرائد الأصول*، ۱: ۸۰.

۵. جمع من المحققین باشراف رضا المختاری، *موسوعه الشهید الثانی*، جلد ۴ (قم: مرکز العالی للعلوم و الثقافه الاسلامیة، ۱۴۳۴)، ۱۴۱-۱۵۱.

برای اجماع اقسام مختلفی نظیر محصل، منقول، سکوتی، مرکب، قولی و مانند آن نیز ذکر شده است؛<sup>۶</sup> در این میان غالب اجماعاتی که در منابع فقهی نقل شده‌اند، اجماع منقول در مقابل اجماع محصل هستند. اجماع منقول در موردی است که خود فقیه اقوال مجمعین را احصا نکرده است، بلکه این اجماع را از دیگری مانند یک خبر واحد، با واسطه یا بی‌واسطه نقل می‌کند. به هر روی دستیابی به اجماع منقول متعسر است و برخی نیز در این میان آن را متعذر شمرده‌اند؛<sup>۷</sup> به همین دلیل عمده اجماعاتی که در کتب فقهی به آنها استناد می‌شود، اجماعات منقول هستند و در این تحقیق نیز همین روند دنبال شده است.

## ۲-۲. شهرت

شهرت نیز مانند اجماع از اصطلاحات کثیرالاستعمال در کتب فقهی است. مقصود از شهرت متداول و رایج بودن یک دیدگاه در میان اندیشمندان اسلامی است. دیدگاه مشهور دیدگاهی است که جمع کثیری از صاحب‌نظران آن را مطرح کرده باشند. البته گاهی این واژه در مواردی به کار می‌رود که دیدگاه مشهور، نه تنها موافق با جمع کثیر، بلکه موافق با قول اکثریت است.<sup>۸</sup> به هر روی شهرت مرتبه نازل اجماع است؛ به همین روی برخی از اصولیون آن را «اجماع ناقص» خوانده‌اند.<sup>۹</sup>

شهرت در یک تقسیم‌بندی مشهور به سه قسم روایی، عملی و فتوایی تقسیم شده است.<sup>۱۰</sup> شهرت روایی در جایی است که نقل یک روایت در میان ارباب حدیث مشهور باشد. این شهرت در مقام ترجیح یک روایت متعارض بر روایتی دیگر مورد استناد قرار می‌گیرد. شهرت عملی در جایی است که روایتی ضعیف‌السند وجود دارد که ای بسا شهرت روایی نیز ندارد، اما جمع کثیر یا اکثریت فقیهان به آن عمل کرده و فتوا داده‌اند. در نگاه برخی فقیهان این شهرت ضعف سند روایت مذکور را جبران می‌کند؛ چنانکه در نقطه مقابل اعراض فقیهان از یک روایت، حتی اگر سندی قوی داشته باشد، سبب ضعف و عدم اعتبار آن خواهد شد. شهرت فتوایی نیز در جایی است که برخلاف دو مورد قبل مستند روایی وجود ندارد، اما در عین حال

۶. محمدباقر بهبهانی، *الفوائد الحائریة* (قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۱۵)، ۳۰۹؛ محمد موسوی بجنوردی، *مصادر التشريع عند الإمامیة والسنة* (تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۸)، ۴۳.

۷. محمدجواد مغنیه، *علم أصول الفقه فی توبه الجدید* (بیروت: دار العلم للملایین، ۱۹۷۵)، ۲۲۷.

۸. محمدتقی اصفهانی نجفی، *هدایة المسترشدين فی شرح معالم الدین*، جلد ۳ (قم: مؤسسه آل‌البتیة لإحیاء التراث، ۱۴۲۹)، ۴۴۰.

۹. محمدباقر صدر، *بحوث فی علم الأصول*، جلد ۴ (قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷)، ۳۲۱.

۱۰. امام خمینی، *تهذیب الأصول*، جلد ۲ (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی، ۱۴۲۳)، ۹۰؛ علی مشکینی اردبیلی، *اصطلاحات الأصول و معظّم أبحاثها* (قم: نشر الهادی، ۱۳۷۴)، ۱۵۵-۵۶.

فتاویٰ میان فقیهان مشهور است. این قسم از شهرت نازله اجماع است و در مورد حجیت یا عدم حجیت آن در کتب اصولی بحث می‌شود.

به هر روی در این تحقیق مقصود از شهرت همان معنای نخست مقسمی است؛ یعنی رواج و شیوع یک فتوا در میان کثیر یا اکثریت از فقیهان، اعم از اینکه مستند روایی در این میان وجود داشته باشد یا نه؛ بنابراین دامنه بحث منحصر به یکی از اقسام فوق نیست.

بسیاری از اجماعات منقول در کتب فقهی، در حقیقت چیزی بیش از شهرت نیستند. دلیل این امر این است که فقیهان تحصیل‌کننده اجماع، عمدتاً استقراء تام نکرده‌اند و تنها با بررسی دیدگاه فقیهان مشهور، اتفاق نظر فقیهان دیگر را حدس زده‌اند. به همین روی بسیاری از اجماعات مورد ادعا، در حقیقت همان شهرت هستند.

### ۳. جایگاه اجماع و شهرت در مسائل فقهی زنان

آنچه در این مقاله از موارد اجماع و شهرت مدنظر قرار دارد، اجماعات و مشهوراتی است که به تقابل با دلیل رفته و ظفر یافته‌اند؛ مقصود این است که در بسیاری از فتاویٰ فقهی، دلیلی معتبر نظیر استظهار از نصوص و مانند آن، مدلولی خلاف اجماع و شهرت داشته است و فقیهان در مصاف این دو از دلیل اعراض کرده و مطابق با قول اجماعی یا مشهور فتوا داده‌اند. این روند در کل ابواب فقه قابل ره‌گیری است. مثلاً محقق اردبیلی بر این باور است که مقتضای جمع بین ادله، پاکی مطلق انسان است و قول به نجاست کتابی، مرتد، خوارج، غلات و نواصب خالی از اشکال نیست، اما با این همه به دلیل وجود اجماع از صدور فتاویٰ به پاکی آنان امتناع می‌ورزد.<sup>۱۱</sup> همو در مسئله امامت کودک نابالغ ممیز به دلیل پذیرش شرعی بودن عبادات او فتوا را ممکن می‌داند، اما تنها به دلیل اجماعی که علامه حلی نقل کرده است، از این فتوا نیز صرف‌نظر می‌کند.<sup>۱۲</sup> محدث بحرانی در نقد اردبیلی می‌نویسد: «در این اجماعات چیزی جز زیاد کردن سیاهی و ضایع کردن قلم نیست خصوصاً اجماعاتی که در تقابل با روایات ظاهر در مراد هستند».<sup>۱۳</sup>

به هر روی موارد فراوان دیگری نیز قابل ذکراند که به جهت اختصار از آنها چشم‌پوشی

۱۱. احمد بن محمد مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱ (قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، ۱۴۰۳)، ۳۲۲.

۱۲. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۲: ۳۵۰.

۱۳. یوسف بن احمد بحرانی، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، جلد ۱۰ (قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، ۱۴۰۵)، ۳.

می‌کنیم.<sup>۱۴</sup> به هر روی این روند (مقدم‌ساختن اجماع منقول بر دلیل) به صورت خاص در مسائل مربوط به زنان نیز قابل‌ره‌گیری است و در ادامه به سه مورد از آنها اشاره می‌کنیم.

### ۱-۳. پوشش قدمین در نماز

در خصوص ستر صلاتی و پوشش قدمین زن، روایت صحیح‌ای وجود دارد که دلالت بر عدم وجوب پوشش می‌کند.<sup>۱۵</sup> مطابق این روایت نمازخواندن زن در «درع» کفایت می‌کند. درع به معنای پیراهن است و پیراهن به صورت غالبی ساتر روی پا نیست. برخی فقیهان با استناد به همین روایت ظاهر بودن قدمین در نماز را جایز شمرده‌اند.<sup>۱۶</sup> از عبارات محقق اردبیلی نیز به دست می‌آید که در خصوص پوشش قدمین بر زن در نماز، متمایل به عدم تکلیف بوده است. وی به روایت مذکور و ادله‌ای دیگر استناد می‌کند،<sup>۱۷</sup> اما درعین حال از خوف اجماع چنین فتوایی را به صورت صریح صادر نمی‌کند. او در مقام پاسخ به کسانی که این پوشش را واجب می‌دانند معتقد است:

سهل و آسان بودن شریعت و نفی حرج و مشقت به حکم عقل و نقل دلالت بر عدم وجوب می‌کند. علاوه بر این عادت زنان خصوصاً در روستا و بادیه‌ها این است که قدمین را نمی‌پوشانند و درعین حال که این مسئله عادی و رایج بوده منعی در مورد آن از ائمه (علیهم‌السلام) و نه از اهل علم نقل نشده است؛ زیرا غالب این زنان بر این حد از پوشش قدرت ندارند مگر اینکه با مشقت خود را با این کیفیت بیوشانند. در نتیجه تکلیف شرعی آنها بعید است و اگر ترس از اجماع مورد ادعا وجود نداشت، حتی ممکن بود به استثناء غیر از قدمین در نماز از سر و آنچه غالباً پوشیده نمی‌شود نیز قائل شویم.<sup>۱۸</sup>

نکته حائز اهمیت در این عبارت این است که آنچه سبب استنکاف محقق اردبیلی از فتوای صریح شده است، اجماعی محصل نیست، بلکه صرفاً اجماعی منقول است که چندان به واقعی بودن آن نیز اعتماد نداشته است؛ زیرا از آن با تعبیر «الاجماع المدعی» یاد کرده است، اما درعین حال همین اجماع ضعیف نیز سبب ترس او شده و از فتوای برخلاف آن جلوگیری کرده است.

۱۴. جعفر بن حسن محقق حلی، *أحكام السرقة على ضوء القرآن والسنة* (قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۲۴)، ۳۲۱؛ جعفر بن حسن محقق حلی، *ریاض المسائل*، جلد ۵ (قم: مؤسسه آل‌البیت لإحياء التراث، ۱۴۱۸)، ۱۸۷-۱۸۸؛ محمدحسن صاحب جواهر، *جواهر الکلام*، جلد ۱۱ (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴)، ۴۵؛ سید ابوالفاسم موسوی خویی، *موسوعه الامام الخوئی*، جلد ۱۳ (قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸)، ۱۹۱-۱۹۲.

۱۵. محمد بن یعقوب کلینی، *الکافی*، جلد ۳ (تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷)، ۳۹۴.

۱۶. جعفر بن حسن محقق حلی، *المعتبر فی شرح المختصر*، جلد ۲ (قم: مؤسسه سید الشهداء (ع)، ۱۴۰۷)، ۱۰۰-۱۰۱.

۱۷. مقدس اردبیلی، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، ۲: ۱۰۴-۱۰۵.

۱۸. مقدس اردبیلی، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، ۲: ۱۰۵.

### ۲-۳. پوشش قدمین در غیر نماز

در خصوص ستر ناظری و پوشش قدمین نیز روایتی وجود دارد که در آن به صورت صریح قدمین مورد استثنا قرار گرفته است. راوی در این روایت از مقداری که می‌توان به زنان نامحرم نگاه کرد سؤال می‌کند. امام علیه السلام سه مورد استثنا را ذکر می‌کنند: صورت، کف دست و دو قدم زن.<sup>۱۹</sup> برخی از فقیهان به سند این روایت اعتماد کرده<sup>۲۰</sup> و عده‌ای در آن مناقشه دارند.<sup>۲۱</sup> به هر روی استثنای صورت و دست در میان بسیاری از فقیهان مشهور است، اما استثنای قدم در غیر نماز، هر چند در این روایات وارد شده است، شهرت ندارد. معلوم می‌شود که بسیاری فقیهان به این مورد سوم در روایت عمل نکرده‌اند. سر این مطلب این است که از نگاه آنها اعراض اصحاب از یک روایت، باعث سقوط آن روایت از حجیت خواهد شد. در خصوص این روایت نیز برخی از فقیهان هر چند اصل روایت را محل استناد قرار داده‌اند و دو مورد استثنای نخست را از آن استفاده کرده‌اند، اما با این همه در خصوص مورد سوم روایت را به دلیل اعراض فقها حجت ندانسته‌اند.<sup>۲۲</sup> برخی دیگر نیز تصریح می‌کنند که احدی استثنای سوم را مطرح نکرده است و به همین دلیل (مخالفت استثنای سوم با اجماع فقیهان)، استثنای سوم حجت نیست.<sup>۲۳</sup> از این بیانات به وضوح استفاده می‌شود که در تعارض ظاهر دلیلی معتبر - که چنانکه گذشت برخی سند آن را معتبر شمرده و برخی دیگر نیز به بخش‌های دیگر آن استناد کرده‌اند - با اجماع و شهرت، جانب اجماع و شهرت ترجیح داده شده است. البته باید توجه داشت که در خصوص استثنای سوم، اجماعی نیز وجود ندارد و برخی مراجع معاصر به تفصیل این اجماع را محقق ندانسته و نام چندین فقیه نام‌آشنا که قائل به استثنای سوم در غیر نماز شده‌اند را مطرح می‌کند.<sup>۲۴</sup>

### ۳-۳. مرجعیت زنان

به باور شهید ثانی مرد بودن شرط اجماعی مرجع تقلید است؛<sup>۲۵</sup> در نتیجه تقلید کردن از زنان و

۱۹. کلینی، *الکافی*، ۵: ۵۲۱.

۲۰. محمدتقی مجلسی، *روضۃ المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، جلد ۸ (قم: بنیاد فرهنگ اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶)، ۳۵۳.

۲۱. محمد محقق داماد، *کتاب الصلاة*، جلد ۱ (قم: جماعۃ المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم، ۱۴۱۶)، ۳۴۳؛ موسوی خویی، *موسوعه الامام الخوئی*، ۳۲: ۴۶.

۲۲. علی بن محمد علی طباطبایی حائری، *ریاض المسائل*، جلد ۲ (قم: مؤسسه آل‌البتین لإحياء التراث، ۱۴۱۸)، ۷۴.

۲۳. محقق داماد، *کتاب الصلاة*، ۱: ۳۴۳.

۲۴. موسی شبیری زنجانی، *کتاب نکاح*، جلد ۲ (قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۶)، ۵۸۳-۵۸۶.

۲۵. محمد بن مکی شهید اول، *الروضۃ البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تعلیقه: زین‌الدین بن علی شهید ثانی و محمد کلاتر، جلد ۳ (قم: جامعه النجف الدینیة، ۱۴۱۰)، ۶۲.

مرجعیت برای آنان جایز نیست. این در حالی است که ادله شرایط مرجعیت (سیره عقلا و نصوص) چنین دلالتی ندارند؛ زیرا در سیره عقلا تنها رجوع جاهل به عالم مطرح است، بدون اینکه جنسیت طرفین در آن شرط باشد و در روایات نیز تعابیر به کار رفته مانند «أهل الذکر»، «الفقیه»، «الناظر فی الحلال و الحرام» و مانند آن مطلق هستند و زن و مرد را شامل می‌شوند.<sup>۲۶</sup> به همین دلیل برخی فقها بر این باورند که غیر از اجماع منقول از شهید ثانی، دلیل دیگری بر ممنوعیت مرجعیت تقلید زنان وجود ندارد.<sup>۲۷</sup> با این همه هرچند اعتماد به این اجماع منقول مشکل است «اما درعین حال جرئت داشتن در فتوای به عدم اشتراط آن درحالی که فقهای شیعه بر آن اتفاق دارند مشکل تر است».<sup>۲۸</sup>

از توضیحات فوق معلوم می‌شود که ممنوعیت مرجعیت زنان دلیلی غیر از اجماع منقول ندارد، بلکه چنانکه گذشت دلیل برخلاف این مدعا است؛ بنابراین در این مسئله نیز اجماع منقول در طرفی قرار دارد و ادله در طرفی دیگر و در این مصاف در نگاه بسیاری از فقیهان جانب اجماع غلبه پیدا کرده و در نتیجه مرجعیت زنان ممنوع قلمداد شده است. پیداست که در صورت التزام به عدم حجیت اجماع، دلالت ادله در اینجا کافی است و شاید به همین دلیل است که برخی فقیهان قول به عدم اشتراط رجولیت را «قول محققین» محسوب کرده‌اند.<sup>۲۹</sup>

ناگفته نماند که برخی فقیهان صرف نظر از تمسک به اجماع مذکور کوشیده‌اند دلایل دیگری نیز برای این فتوا اقامه کنند؛ مانند تمسک به مذاق شارع مبنی بر اینکه در نگاه شارع وظیفه زن عهده‌داری امور خانه است و تصدی امور مربوط به اجتماع مسلمین بر او روا نیست<sup>۳۰</sup> یا تمسک به اولویت مسئله مرجعیت نسبت به مسئله امامت جماعت زن و طرح این ادعا که وقتی شارع امامت جماعت زن را روا ندانسته است به طریق قطعی اولوی مرجعیت را که امری خطیرتر است نیز بر او روا نمی‌شمارد؛<sup>۳۱</sup> اما با این همه به نظر می‌رسد این بیانات در حقیقت در مقام تحکیم و تثبیت همان اجماع منقول طراحی شده‌اند و الا آنچه در خصوص

۲۶. عادل علوی، *القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد*، جلد ۱ (قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۲۱)، ۴۲۶.

۲۷. مرتضی حسینی فیروزآبادی، *عناية الأصول فی شرح كفاية الأصول*، جلد ۶ (قم: فیروزآبادی، ۱۴۰۰)، ۲۹۳-۲۹۴.

۲۸. حسینی فیروزآبادی، *عناية الأصول فی شرح كفاية الأصول*، ۶: ۲۹۳-۲۹۴.

۲۹. محسن طباطبایی حکیم، *مستمسک العروة الوثقی*، جلد ۱ (قم: دار التفسیر، ۱۴۱۶)، ۴۳.

۳۰. سید ابوالقاسم خویی، *التتبیح فی شرح العروة الوثقی* (قم: تحت اشراف جناب آقای لطفی، ۱۴۱۸)، ۲۲۶؛ علوی، *القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد*، ۱: ۴۲۶.

۳۱. محمدفاضل موحدی لنکرانی، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة* (قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، ۱۴۱۴)، ۸۱.

مذاق شارع ذکر شده است، خود مسئله‌ای اجتهادی است. علاوه بر اینکه برخی آن را برای رادعیت اطلاقات ادله کافی نمی‌دانند.<sup>۳۲</sup> از طرفی دیگر قیاس اولوی که به آن استناد شده است نیز قطعی نبوده و محل کامل است و تعمیم عدم جواز به مسئله مرجعیت - که لزوماً همراه با ارتباط فیزیکی گسترده با مقلدین نیست به خلاف امامت جماعت که در مقابل مأمومین و در ارتباط مستقیم و گسترده با آنها است - محل تأمل است.

#### ۴. نقد و بررسی

از مباحث پیشین نمایان شد که در پاره‌ای مسائل فقهی و به صورت خاص در برخی مسائل مربوط به زنان، برخی فقیهان از مقتضای ادله عدول کرده و به آن فتوا نمی‌دهند؛ زیرا اجماع یا شهرتی برخلاف این ادله وجود دارد. این روند دارای مناقشاتی است که در ادامه بیان می‌شوند.

#### ۴-۱. عدم حجیت اجماع در دانش اصول فقه

چنانکه در کتب اصولی معتبر اثبات شده است، اجماع دلیل مستقلاً در عرض عقل و نقل نیست و اعتبار آن تنها در صورتی پذیرفته است که کاشف از حکم شارع باشد. فقها برای اثبات این کاشفیت و تبیین کیفیت آن طرق مختلفی را بیان کرده‌اند که خالی از مناقشه نیستند و طبعاً بررسی آنها از مجال این تحقیق بیرون است.<sup>۳۳</sup> شیخ انصاری هرچند برخی از اقسام اجماع را با پاره‌ای از قیود معتبر می‌داند، اما معتقد است چنین اجماعات معتبری امکان وقوع نداشته و حاصل نشده‌اند.<sup>۳۴</sup> وی معتقد است اتفاق فقها به‌خودی‌خود نه مستلزم کشف موافقت معصوم است و نه مستلزم اثبات وجود دلیل معتبری در نزد فقها و تنها اگر فقیه به این اجماع امارات و شواهدی دیگری را ضمیمه کند و از مجموعه این شواهد به «قطع» به قول امام یا وجود دلیل معتبری در نزد مجمعین پیدا کند، می‌توان آن را از باب حجیت ذاتی قطع معتبر شمرد.<sup>۳۵</sup>

به هر حال حتی قوی‌ترین فرد از مصادیق اجماع، یعنی اجماع محصل نیز به‌خودی‌خود فاقد حجیت است و در نهایت ظنی برای مجتهد به بار می‌آورد که دلیلی بر اعتبار و حجیت آن وجود ندارد. قطعی که شیخ انصاری از آن سخن گفته است نیز صرف نظر از مناقشه در باب

۳۲. طباطبایی حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱: ۴۳.

۳۳. محمدحسین نایینی، فوائد الاصول، جلد ۱۳ (قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، ۱۳۷۶)، ۱۵۰-۱۵۱.

۳۴. انصاری، فراند الاصول، ۱: ۹۵.

۳۵. انصاری، فراند الاصول، ۱: ۱۰۲-۱۰۳.

حجیت ذاتی قطع، قاعده‌مند نیست و به ذات اجماع مربوط نمی‌شود؛ زیرا اتفاق تمامی فقها - اگر چنین اتفاقی قابل تحصیل باشد - نیز به خودی خود قطع منطقی به موافقت امام یا وجود دلیلی معتبر را حاصل نمی‌کند؛ زیرا احتمال اینکه تمام آنها بر خطا رفته باشند امر محالی نیست؛ چراکه وقتی هیچ‌یک به تنهایی واجد مقام عصمت نیستند و احتمال خطا برای تک‌تک آنها وجود دارد، به گونه‌ای که برخی احتمال خطای مخبرین را به مراتب ضعیف‌تر از احتمال خطای مجمعین دانسته و به وجوهی برای اثبات این ادعا استناد کرده‌اند،<sup>۳۶</sup> در نتیجه از ضمیمه همه فتاوی آنها به یکدیگر نیز این احتمال خطا به صورت قطعی نفی نمی‌شود و تنها می‌توان از باب تراکم ظنون، احتمال خطای آنها را امری بسیار بعید دانست، نه امری ممتنع و روشن است که در چنین مقامی اگر مجتهد بر پایه دلیلی معتبر به فتوایی برخلاف فتوای مجمعین برسد، این فتوا در حق او حجت خواهد بود و اعتبار آن به دلیل تعارض با ظنی که از فتوای مجمعین مخالف به دست می‌آید، مخدوش نخواهد شد.

حال که اجماع محصل به منزله قوی‌ترین صنف اجماع فاقد اعتبار و حجیت باشد، امر سایر اقسام اجماع و نیز شهرت روشن می‌گردد. این همه در حالی است که در موارد مذکور پیشین، اجماعات منقول و محل کلام بر مقتضای دلیل مقدم شده و ترجیح داده شده‌اند و چنین روندی ترجیح مرجوح و غیر قابل قبول است.

#### ۲-۴. عدم حجیت اجماع در دانش فقه

در نگاه بسیاری از فقیهان بزرگ، هر چند اجماع از منظری اصولی حجت نیست و آنها در کتب اصولی خود به صراحت از آن نفی حجیت می‌کنند، اما در عین حال در مقام افتا و در کتب فقهی خود بیشترین تعبد را به اجماع و حتی مشهورات دارند و حتی الامکان نظام فتوایی خود را برخلاف آنها تنظیم نمی‌کنند. شیخ انصاری یکی از همین فقیهان است. وی به‌رغم انتقادهای اصولی متقن خود به اجماع، ادر فقه و در کتاب مکاسب خود بیشترین توجه را به اجماع و شهرت دارد و به صورت کلی اهمیت فراوانی برای فهم دیگران در نظام فقهی خود قائل است؛ گاهی با وجود اقامه دلایل فراوان بر یک فتوا، در نهایت از مخالفت صریح با آن پرهیز می‌کند؛ زیرا این مخالفت در مقابل فتوای مشهور و اجماع منقول است،<sup>۳۷</sup> گاهی در وهله اول دلیل عمده در یک مسئله را اجماع دانسته و در وهله بعد همین حکم اجماعی را حاصل تأمل در روایات نیز می‌شمارد،<sup>۳۸</sup> گاهی قبل از بیان دلیل بر مدعا، اقوال گذشتگان بر

۳۶. صدر، دروس فی علم الأصول، ۲: ۱۹۶-۲۰۰.

۳۷. مرتضی انصاری، مکاسب، جلد ۱ (قم: المؤتمر العالمی، ۱۳۹۰)، ۹۲-۹۵.

۳۸. انصاری، مکاسب، ۱: ۱۵۸.

آن مدعا را نقل کرده و به نوعی با اقوال دیگران جهت‌دهی بحث خود را نمایان می‌سازد،<sup>۳۹</sup> گاهی ضرورت منقول از دیگران را سبب اطمینان به فتوا دادن می‌شمارد<sup>۴۰</sup> و گاهی پس از یک بحث نسبتاً طولانی و طرح تفصیل در مسئله، در آخر قول مطابق با احتیاط را در خلاف این تفصیل و در عمل به فهم اطلاقی برخی از فقیهان دیگر محسوب می‌کند.<sup>۴۱</sup>

ممکن است در توجیه این رویکرد شیخ و دیگر فقیهان گفته شود که آنان از باب تجمیع ظنون و اقامه شواهد و قرائن بر یک فتوا، چنین می‌کرده‌اند؛ یعنی فتوای مشهور و فهم فقیهان بزرگ برای آنان اطمینان به قول شارع ایجاد می‌کرده و از این باب به آن ملتزم می‌شده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد چنین استدلالی عمومیت ندارد و چنین اطمینانی برای هر فقیه‌ای حاصل نمی‌شود و بر فرضی که چنین اطمینانی حاصل می‌شده است، این امر کاملاً شخصی است و نمی‌توان به صورت روشمند آن را قاعده‌ای در مقام استنباط شمرد. مجتهد معاصر می‌تواند فهم قدما را متأثر از مبانی اصولی خود آنها - که مجتهد معاصر هیچ اعتقادی به آنها ندارد و آنها را باطل می‌شمارد - محسوب کند، چنانکه بعید نیست پاره‌ای از این فهم‌های سلف، برساختی از فرهنگ و جامعه عصر آنها بوده باشد.

با این همه چرا ردکنندگان حجیت اصولی اجماع، استدلال‌کنندگان به آن در فقه هستند؟ به نظر می‌رسد پاسخ صحیح این سؤال مهم را در بخشی از کلمات شهید صدر می‌توان یافت. وی سخن از یک حالت نفسانی برای فقیه به میان می‌آورد که بر اساس آن نمی‌تواند با مسلمات فقهی و آنچه در کلمات اصحاب وجود دارد مخالفت ورزد. از منظر او فقیهان هر فتوای فقهی نوین دیگری را رد می‌کنند، فقط به این دلیل که لازمه پذیرش آنها «تأسیس فقه جدید» است. این مخالفت در مثنی آنان مستند به هیچ دلیلی نیست، مگر اینکه التزام به چنین فتاوی، مستلزم مخالفت با ضرورت‌های فقهی و امور مسلم در نزد اصحاب است. به اعتقاد شهید صدر برای حفظ این حالت نفسانی، مبانی متعددی مثل حجیت اجماع و شهرت و مانند آن نیز تأسیس شد و حتی با رد این مبانی همچنان اصرار بر این حالت نفسانی باقی مانده است و برای آن ادله دیگری مثل سیره عقلانیه تنظیم شده است تا همچنان استدلالی به نفع عدم مخالفت با مسلمات اصحاب وجود داشته باشد.<sup>۴۲</sup>

۳۹. انصاری، المکاسب، ۱: ۱۹۰-۱۹۱.

۴۰. انصاری، المکاسب، ۱: ۲۶۵-۲۶۶.

۴۱. انصاری، المکاسب، ۱: ۲۶۸.

۴۲. محمدباقر صدر، مباحث الاصول، جلد ۲ (قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۸)، ۹۴.

شهید صدر بر این باور است که فقهای معاصر می‌کوشند با این حالت نفسانی مقابله کرده و امور مذکور را به صرف حمایت از دیدگاه مشهور معتبر نشانند. او معتقد است اولین گام در این مسیر را خود شیخ انصاری برداشت؛ زیرا در کتب اصولی خود مثلاً حجیت اجماع منقول را رد کرد، اما در فقه همچنان به آن ملتزم بود. در این میان گام نخست مناقشه اصولی در اعتبار این امور بوده است، اما آنها به دلیل غلبه همین حالت نفسانی، همچنان در کتب فقهی خود به مخالفت با این امور نمی‌پرداخته‌اند و به گام دوم نرسیده‌اند.<sup>۴۳</sup>

بنا بر آنچه گفته شد این روند که اجماع در اصول حجت نباشد، اما در فقه محل استناد قرار گیرد، روندی قابل قبول نیست. پویایی تدریجی دانش فقه در طول تاریخ آن ایجاب می‌کند که دامنه عدم حجیت اجماع به کتب اصولی منحصر نشود و لوازم این سخن به دقت در دانش فقه دنبال شود.

#### ۳-۴. عدم ملازمه میان احتیاط در صدور فتوا و مطابقت فتوا با اجماع

چنانکه گذشت برخی فقیهان در مسئله مخالفت با اجماع و شهرت ترس دارند<sup>۴۴</sup> و حتی گاهی صریحاً از جرئت نداشتن بر این روند اعتراف می‌کنند.<sup>۴۵</sup> این امر نشان می‌دهد که در روش آنها مخالفت با اجماع و شهرت حتی در مواردی که دلیل بخلاف آنها وجود دارد، امری خلاف احتیاط است و مقتضای احتیاط در تبعیت از اجماع و شهرت است.

به نظر می‌رسد صدور فتوا شبیه فتاوی‌ای سایر فقها لزوماً امری مطابق با احتیاط نیست. احتیاط در امر استنباط و افتا زمانی حاصل می‌شود که مجتهد به صورت روشمند و با تکیه بر ادله معتبر، حکم شرعی را استنباط کند و به دنبال آن در مقام افتا، همان حکم مستنبط را برای مقلدین خود صادر نماید. با تحفظ بر این فرآیند، استنباط و افتای او امری مطابق با احتیاط خواهد بود که حتی اگر به خطا رفته باشد نیز برای شخص مجتهد عذرآفرین است. وقتی اجماع به خودی خود فاقد اعتبار و حجیت است، آنگاه نمی‌توان به صورت کلی متأثر شدن فتوا از آن را امری مطابق با احتیاط شمرد؛ بلکه فتوای مطابق با اجماع اما مخالف با دلیل معتبر، فتوایی برخلاف احتیاط است. اگر در مصاف دلیل معتبر از سویی و اجماع و شهرت از سویی دیگر، جانب اجماع و شهرت ترجیح یابد، این امر با نظر به عدم حجیت اجماع ترجیح مرجوح است و ترجیح مرجوح امری نامقبول و مخالف با احتیاط است. اگر حکم شرعی

۴۳. صدر، مباحث الاصول، ۲: ۹۵.

۴۴. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۲: ۱۰۵.

۴۵. حسینی فیروزآبادی، عنایة الأصول فی شرح کفایة الأصول، ۶: ۲۹۳-۲۹۴.

برای فقیهی با دلیلی معتبر ثابت شود، این حکم برای او و مقلدین حجت است و عقلاً و شرعاً مکلف به ابراز آن است و کتمان حکم مستکشف الهی خلاف احتیاط است و در حقیقت به نوعی خداحافظی با طریقه اجتهاد و مهار زدن بر پویایی فقه و نوعی تعبد و جمود به فهم دیگران است.

ممکن است اشکال شود که اجماع‌کنندگان در حقیقت دلایلی داشته‌اند و بدون وجود دلیل بر مسند فتوا تکیه نکرده‌اند. در نتیجه نمی‌توان فهم خود را هر چند مستند به دلیل باشد، بر فهم آنها مقدم شمرد؛ زیرا آنان نیز در این مقام ادله‌ای داشته‌اند که ای بسا معتبرتر از ادله کنونی ما بوده است. شیخ انصاری این اشکال را بر نمی‌تابد. به اعتقاد او کاملاً ممکن است که ادله مجمعین از نظر ما بی‌اعتبار باشد؛ در نتیجه اجماع و اتفاق نظر آنها نیز اثری نخواهد داشت. وی در همین راستا مسئله نجس شدن آب چاه به صرف ملاقات با نجاست را که دیدگاه اجماعی قدما بوده است مثال می‌زند. از نظر او ممکن است عده‌ای از قدما به اخبار ظاهر در این مطلب استناد کرده باشند، بدون اینکه اخبار معارض به دست ایشان رسیده باشد، چنانکه ممکن است عده‌ای دیگر اخبار معارض را نیز دیده باشند، اما به دلایلی در نظام اجتهادی آنها این اخبار معارض حجت نبوده است، بنابراین مجتهد متأخر مکلف به فهم روشمند و اجتهادی خود است و نباید به فهمی که از سلف باقی مانده است جمود بورزد.<sup>۴۶</sup> به هر روی به نظر می‌رسد با وجود این احتمال (عدم اعتبار دلایل مجمعین برای مجتهد معاصر) عمل کردن مجتهد معاصر به خلاف فتوایی که به صورت مدلل به آن رسیده است، امری مخالف با احتیاط است و در این مقام احتیاط در تبعیت از حجت و دلیل معتبر در منظر خود مجتهد معاصر است.

#### ۴-۴. تأثیر پذیری اجماع گذشتگان از نگاه منفی به جایگاه انسانی زن

اجماعاتی که منشأ احکام متمایز میان زنان و مردان هستند و در عین حال هیچ مستند معتبر دیگری برای آنها وجود ندارد - نظیر عدم جواز مرجعیت زن که گذشت - ریشه در برخی از مبانی نظری انسان‌شناسانه فقها در باب شخصیت و جایگاه انسانی زن دارند. اگر این مبانی نظری محل تردید واقع شوند این اجماع نیز قابل خدشه خواهند بود و کاشفیت آنها از رأی معصوم مورد تردید قرار خواهد گرفت. در ادامه ابتدا برخی از مبانی انسان‌شناسانه مؤثری که سبب فتاوی فقهی ایشان شده است را به صورت خلاصه گزارش می‌کنیم.

در نگاه فقیهان بدن زن عورت است و بر این مسئله ادعای اجماع شده است.<sup>۴۷</sup> این

۴۶. انصاری، *فراند الأصول*، ۱: ۱۰۲.

۴۷. علی بن حسین کرکی، *جامع المقاصد فی شرح الفوائد*، جلد ۲ (قم: مؤسسه آل‌البیت لإحياء التراث، ۱۴۱۴)، ۹۶.

دیدگاه مبتنی بر خیری است که به رسول اکرم ﷺ مستند است.<sup>۴۸</sup> عورت در اصل به صورت کلی بر هر امری که انسان آن را از روی حیا از دیگران می‌پوشاند و ظاهر بودن آن سبب عار است اطلاق شده است و در کاربرد به قبل و دبر انسان نیز گفته می‌شود.<sup>۴۹</sup> در نتیجه عورت بودن بدن زنان به این معنا است که نمایان شدن آنها، سبب شرم و حیا است و در نتیجه باید پوشیده و پنهان بمانند و اگر نمایان گردند انسان حیا می‌کند؛ مانند اندام تناسلی مردان که در صورت نمایان شدن آن حیا می‌کنند. این نوع نگاه به زن، در مسائل فقهی مربوط به زنان بازتاب دارد. مثلاً بنا به نقل بحرانی، مشهور فقها نماز زن با صدای بلند را باطل می‌دانند؛ زیرا به گمان آنها صدای زن عورت است و نباید اجنبی آن را بشنود.<sup>۵۰</sup> روشن است که با چنین پیش فرضی، جایی برای فتوا به جواز مرجعیت زنان باقی نمی‌ماند؛ زیرا مرجعیت دینی مقرون با حضور اجتماعی است و کسی که تمام اندام او عورت بوده و مکلف به مستوریت در خانه است، مجوزی برای این حضور و نیز تصدی سایر مناصب سیاسی و اجتماعی ندارد.

در نگاه برخی فقیهان زن کمالات وجودی مرد را ندارد. حسینی طهرانی بسیاری از احکام تشریحی را برخاسته و مبتنی بر جایگاه تکوینی زن و برتری وجودی مرد بر او شمرده و می‌گوید: «خداوند مردان را از جهات زیادی بر زنان برتری داده است؛ از جمله برتری عقلانی و حسن تدبیر و نیروی بدنی بیشتر در مورد به جا آوردن اعمال و طاعات»<sup>۵۱</sup> او این مبنای نظری و انسان‌شناسانه در باب زنان را، پایه تمایزات تشریحی زن و مرد می‌شمارد و ادامه می‌دهد: «و به همین جهت [برتری مردان] به آنها نبوت و امامت ولایت و اقامه شعائر و جهاد و قبول شهادت آنان در همه امور و فزونی سهمیه ارث و امثال آن داده شده است».<sup>۵۲</sup>

در همین راستا است که برخی از فقها نگاه نازل به جایگاه انسانی زن دارند. در لسان آنان در موارد متعددی زنان در کنار کودکان، دیوانگان و ضعیفان یاد شده‌اند؛<sup>۵۳</sup> برای نمونه برخی فقیهان یکی از شرایط امامی را که معرفت او واجب است و خروج بر او موجب بغی می‌شود مرد بودن

۴۸. کلینی، الکافی، ۵: ۵۳۵.

۴۹. فخرالدین بن محمد طریحی، مجمع البحرین، جلد ۳ (تهران: مرتضوی، ۱۳۷۵)، ۴۱۶.

۵۰. بحرانی، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ۸: ۱۴۱.

۵۱. طاهره مهرورزیان، «علل تفاوت تفاسیر فقها و اندیشمندان مسلمان درباره حقوق سیاسی اجتماعی زنان از متون ثابت دینی»، پژوهشنامه زنان، ۶، شماره ۲ (تابستان ۱۳۹۴): ۱۵۴.

۵۲. طاهره مهرورزیان، «علل تفاوت تفاسیر فقها و اندیشمندان مسلمان درباره حقوق سیاسی اجتماعی زنان از متون ثابت دینی»، ۱۵۴.

۵۳. محمد بن حسن طوسی، مصباح المتعجد، جلد ۲ (بیروت: مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۱)، ۸۵۴؛ حسن بن یوسف علامه حلی، تذکرة الفقهاء، جلد ۹ (قم: مکتبة المرتضویة، ۱۳۸۸)، ۶۹؛ محمد بن احمد ابن‌ادریس، السرائر، جلد ۲ (قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، ۱۴۱۰)، ۳.

دانسته‌اند؛ «زیرا زنان ناقص‌العقل هستند».<sup>۵۴</sup> در جای دیگری گفته شده است که مقصود از سفیه در آیه «به سفیهان دارایی‌های خود را ندهید»<sup>۵۵</sup> زنان و کودکان هستند؛ زیرا آنان اموال را تباه می‌کنند و اگر از کسانی هستند که نفقه و پوشاندن آنها بر شما واجب است، کافی است تا بخشی از این اموال را به آنها روزی دهید.<sup>۵۶</sup> در جای دیگر گفته‌اند: «اگر در میدان جهاد با کودکان، دیوانگان یا زنان سنگر درست شود و پیروزی بدون کشتن آنها ممکن نباشد، این امر جایز است».<sup>۵۷</sup> برخی در خصوص نماز میت خواندن زنان، معتقد به عدم جواز هستند «زیرا مردان کامل‌تر از زنان هستند و اجابت شدن دعای آنها پیش از اجابت دعای زنان انتظار می‌رود و نماز خواندن زن بر میت موجب اهانت بر میت است».<sup>۵۸</sup> برخی دیگر عدالت را در خصوص زنی که مربی کودک است (حاضنه) شرط ندانسته و شفقت و مهربانی او را به مثابه یک صفت حیوانی کافی می‌دانند؛ زیرا عادل بودن زنان امری نادر است و فسق در آنها غلبه دارد و برای محافظت از کودک مهربان بودن کافی است که در هر حیوانی وجود دارد.<sup>۵۹</sup> برخی دیگر احتمال داده‌اند که در فرضی که تنها آب برای غسل کردن یک نفر وجود دارد و مردی جنب و زنی حائض هر دو نیاز به غسل دارند، مرد مقدم است؛ زیرا او به کمال سزاوارتر است.<sup>۶۰</sup> در همین راستا احمد شاهرودی از شاگردان صاحب کفایه، در مقام توجیه حجاب گفته است:

در ادله فضیلت مرد و نقص زن گذشت که زن سريعة التآثر و الانفعال و شديدة التلون و التحول و الانقلاب است و ناقصة العقل سخيفة الرأي باشد. این چنین موضوعی اگر مستوره، محجوبه و خانه‌نشین باشد، محامد دختر مسلمه که گذشت، روی دهد و اگر متبرّزة مجاهره شد، مفاسد دختر مشرکه که کذا است پدید آید؛ پس حجاب در زنان بر وفق حکمت است.<sup>۶۱</sup>

در این مقام به دنبال بررسی محتوایی این مبانی نظری، یعنی عورت بودن زن، ناقص‌تر بودن او از مرد در کمالات وجودی، سفیه بودن زن، غلبه فسق در آنها، سخیف بودن دیدگاه آنها و مانند آن - که البته چنانچه در مجالی دیگر بیان کرده‌ام قطعاً کلیت آنها محل مناقشه است<sup>۶۲</sup>

۵۴. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۹: ۳۹۴.

۵۵. نساء: ۴.

۵۶. سعید بن هبه‌الله قطب راوندی، فقه القرآن، جلد ۲ (قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵)، ۱۱۶.

۵۷. جعفر بن حسن محقق حلی، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، جلد ۱ (قم: مطبوعات دینی، ۱۴۱۸)، ۱۱۲.

۵۸. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۲: ۴۶.

۵۹. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۱: ۲۸۹.

۶۰. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۲: ۲۲۳.

۶۱. رسول جعفریان، رسائل حجاییه (قم: دلیل ما، ۱۴۲۸)، ۵۸۹-۵۹۰.

۶۲. مهدی شجریان، اصول و مبانی عدالت جنسیتی در حکمت متعالیه (قم: دانشگاه باقرالعلوم، ۱۳۹۹)، ۱۸۱-۲۲۹.

- نیستیم و تنها بر این نکته روش شناسانه اشاره می‌کنیم که تأثیرگذاری این مبانی نظری در فتاوی‌های مجتهدین، اجماعات آنها در این خصوص را به سطح «اجماع مدرکی» تنزل می‌دهد. در اجماع مدرکی فتوای آحاد مجمعین مستند به یک دلیل خاص است و روشن است در چنین مواردی آنچه برای مخاطب اجماع و فقیه معاصر اهمیت پیدا می‌کند، همان دلیل است نه اتفاق نظری که پیرامون یک فتوا وجود دارد. فقیه در این موارد تابع دلالت دلیل است به گونه‌ای که اگر توانست اعتبار آن را تصدیق کند با مجمعین همراه می‌شود اما اگر در اعتبار آن خدشه کرد یا دلیل معتبری برخلاف آن پیدا کرد، طبعاً به مخالفت با مجمعین می‌پردازد و چنین مخالفتی در روش‌شناسی فقهی امر مذمومی نیست، بلکه لازمه روشن عدم حجیت اجماع مدرکی است.<sup>۶۳</sup>

در مواردی که ذکر شد فتاوی‌های فقهی مستقیماً از نوع نگاه انسان‌شناسانه فقها به زن سرچشمه گرفته است. عدم جواز مرجعیت زنان، عدم امکان امامت آنها، عدم اعطای مال به آنان، جواز ترس به زنان، عدم جواز اقامه نماز میت توسط آنها، عدم اشتراط عدالت در حاضنه، تقدم مرد در استفاده از آب برای طهارت و مانند آن، فتاوی‌هایی هستند که ریشه در نگاه فقیهان به جایگاه انسانی زن دارند. اگر در تلقی آنها زنان در کمالات وجودی با مردان برابر بودند، سرنوشت این فتاوا تغییر می‌کرد و به همین دلیل است که برخی دیگر با اصلاح این مبانی انسان‌شناسی، از صدور این فتاوا ابا ورزیده‌اند و مثلاً عدم اشتراط عدالت در زن حاضنه را به دلیل این ادعا که غالب زنان فاسق هستند، سخنی عجیب تلقی کرده‌اند.<sup>۶۴</sup>

ممکن است گفته شود که مدرکی بودن این اجماعات در این مقام ثابت نشده است، بلکه صرفاً احتمال آن تقویت شده است؛ اما این اشکال وارد به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً، تأثیرپذیری قطعی از این مبانی نظری در برخی موارد قطعی است؛<sup>۶۵</sup> ثانیاً، چنانکه برخی محققین اصول تصریح کرده‌اند، حتی احتمال مدرکی بودن یک اجماع، در صورتی که این احتمال قابل اعتنا باشد، مضر به حجیت آن است<sup>۶۶</sup> و در این مقام اثبات قطعی مدرکی بودن ضرورت ندارد و ثالثاً، وقتی برترین فرد اجماع یعنی اجماع محصل را فاقد اعتبار مستقل شمردیم، در نتیجه در مواردی که اجماع صرفاً منقول است نه محصل و علاوه بر این احتمال مدرکی بودن و مستند بودن آن به مبانی نظری فقها در باب شخصیت و جایگاه انسانی زن داده می‌شود، شکی

۶۳. حسن بجنوردی، القواعد الفقهية، جلد ۳ (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹) ۱۱۴.

۶۴. علی‌اکبر سیفی مازندرانی، دلیل تحریر الوسیلة (الوصیة) (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا)، ۱۵۹.

۶۵. خوبی، التتقیح فی شرح العروة الوثقی، ۲۲۶.

۶۶. صدر، بحوث فی علم الأصول، ۴: ۳۱۶.

در عدم حجیت این اجماع باقی نمی‌ماند و فقیه در این موارد موظف است تا با بازاندیشی و بررسی مجدد ادله و منابع معتبر در باب آن مسئله اظهار نظر کند و هرگز با دیدن اجماع و شهرت فقها دست از فرآیند استنباط نکشد.

## ۵. نتیجه‌گیری

۱. اجماع به معنای اتفاق نظر فقیهان که عمدتاً به صورت منقول مورد توجه قرار می‌گیرد و نیز شهرت به معنای صدور یک نظریه توسط اکثریت یا کثیری از فقیهان، در برخی استنباطات فقهی و از جمله مسائل زنان، مانع از تمسک به ادله گردیده است.
۲. ترجیح اجماع و شهرت بر سایر ادله از نظر روش‌شناسی قابل قبول نیست؛ زیرا حتی اجماع محصل که قوی‌ترین نوع اجماع است ملازمه قطعی با رأی شارع ندارد و در چنین وضعیتی ترجیح اجماع منقول و شهرت بر سایر ادله معتبر، ترجیح مرجوع است.
۳. صدور فتوا مطابق با فتوای اجماعی یا مشهور لزوماً امری مطابق با احتیاط نیست. احتیاط فقیه در تبعیت از دلیل معتبر است، حتی اگر محتوای این دلیل مخالف با اجماع و شهرت باشد.
۴. در خصوص مسائل زنان پاره‌ای از دیدگاه‌های فقهی نظیر مسئله مرجعت مستند به اجماع شده است. این در حالی است که خود این اجماعات ریشه در مبانی انسان‌شناسی و زن‌شناسی مجمعی داشته است و آنان در این خصوص نگاه نازلی به کمالات وجودی زن داشته‌اند؛ بنابراین اجماع در این مقام مدرکی یا محتمل‌المدرک است و اجماع مدرکی یا محتمل‌المدرک از درجه اعتبار ساقط است. فقیه متأخر در این مسائل مکلف با بازپژوهی در مبانی انسان‌شناسی مذکور است، نه تبعیت از دیدگاه‌های برآمده از آنها.
۵. بازپژوهی در مسائل فقهی زنان از ضرورت‌های عصر کنونی و لازمه قطعی پویایی فقه است. علاوه بر این تمسک به ادله معتبر و متقن در این مقام و پرهیز از تأثیرگذاری اموری مانند اجماع و شهرت که حجیت و اعتبار آنها مخدوش است در امر استنباط فقهی از مهم‌ترین ضرورت‌های روش‌شناسی در امر استنباط فقهی و لازمه قطعی پایایی فقه است.

## سياهه منابع

### الف - منابع فارسى:

- ابن ادریس، محمد بن احمد. *السرائر*. قم: جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم، ١٤١٠.
- اصفهانى نجفى، محمدتقى. *هداية المسترشدين فى شرح معالم الدين*. قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ١٤٢٩.
- انصارى، مرتضى. *المكاسب*. قم: المؤتمر العالمى، ١٣٩٠.
- انصارى، مرتضى. *فرائد الأصول*. قم: جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم، ١٤١٦.
- بجنوردى، حسن. *القواعد الفقهية*. قم: نشر الهادى، ١٤١٩.
- بحرانى، يوسف بن احمد. *الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة*. قم: جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم، ١٤٠٥.
- بهبهانى، محمدباقر. *الفوائد الحائرية*. قم: مجمع الفكر الإسلامى، ١٤١٥.
- جعفریان، رسول. *رسائل حجابيه*. قم: دليل ما، ١٤٢٨.
- جمع من المحققين باشراف رضا المختارى. *موسوعه الشهيد الثانى*. قم: المركز العالى للعلوم و الثقافه الاسلاميه، ١٤٣٤.
- حسينى فيروزآبادى، مرتضى. *عنايه الأصول فى شرح كفايه الأصول*. قم: فيروزآبادى، ١٤٠٠.
- خمينى، سيدروح الله. *تهذيب الأصول*. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الإمام الخمينى، ١٤٢٣.
- خويى، سيد ابوالقاسم. *التنقيح فى شرح العروة الوثقى*. قم: تحت اشراف جناب آقاى لطفى، ١٤١٨.
- سيفى مازندرانى، على اكبر، *دليل تحرير الوسيلة (الوصية)*. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (س)، [بى تا].
- شبيرى زنجانى، موسى. *كتاب نكاح*. قم: مؤسسه پژوهشى راي پرداز، ١٤١٦.
- شجریان، مهدى. *اصول و مباني عدالت جنسیتی در حکمت متعالیه*. قم: دانشگاه باقرالعلوم، ١٣٩٩.
- شهيد اول، محمد بن مكى. *الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية*. تعليقه زين الدين بن على شهيد ثانى و محمد كلانتر. قم: جامعة النجف الدينية، ١٤١٠.
- صاحب جواهر، محمدحسن. *جواهر الكلام*. بيروت: دار إحياء التراث العربى، ١٤٠٤.
- صدر، محمدباقر. *بحوث فى علم الأصول*. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامى، ١٤١٧.
- صدر، محمدباقر. *دروس فى علم الأصول*. قم: انتشارات اسلامى، ١٤١٨.
- صدر، محمدباقر. *مباحث الاصول*. قم: مكتب الاعلام الاسلامى، ١٤٠٨.
- طباطبايى حائرى، على. *رياض المسائل*. قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ١٤١٨.
- طباطبايى حكيم، محسن. *مستمسك العروة الوثقى*. قم: دار التفسير، ١٤١٦.
- طريحي، فخرالدين بن محمد. *مجمع البحرين*. تهران: مرتضوى، ١٣٧٥.

نقد و بررسی جایگاه اجماع و شهرت در فتاوی فقہی ... / شجریان ۱۶۵

- طوسی، محمد بن حسن. مصباح المتہجد. بیروت: مؤسسہ فقہ الشیعہ، ۱۴۱۱.
- علامہ حلّی، حسن بن یوسف. تذکرۃ الفقہاء. قم: مکتبۃ المرتضویۃ، ۱۳۸۸.
- علم الہدی، علی بن حسین. الذریعۃ الی اصول الشریعۃ. تہران: دانشگاه تہران، ۱۳۷۶.
- علوی، عادل. القول الرشید فی الاجتہاد و التقلید. قم: کتابخانہ عمومی حضرت آیت اللہ العظمیٰ مرعشی نجفی رحمۃ اللہ علیہ، ۱۴۲۱.
- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعۃ فی شرح تحریر الوسیلۃ. قم: جماعۃ المدرسین فی الحوزۃ العلمیۃ بقم، ۱۴۱۴.
- قطب راوندی، سعید بن ہبہ اللہ. فقہ القرآن. قم: کتابخانہ عمومی آیت اللہ العظمیٰ مرعشی نجفی، ۱۴۰۵.
- کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسۃ آل البیت لإحیاء التراث، ۱۴۱۴.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تہران: دار الکتب الإسلامیۃ، ۱۴۰۷.
- مجلسی، محمدتقی. روضۃ المتقین فی شرح من لا یحضرہ الفقیہ. قم: بنیاد فرہنگ اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. المعتبر فی شرح المختصر. قم: مؤسسہ سید الشہداء علیہ السلام، ۱۴۰۷.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. المختصر النافع فی فقہ الإمامیۃ. قم: مطبوعات دینی، ۱۴۱۸.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. ریاض المسائل. قم: مؤسسۃ آل البیت لإحیاء التراث، ۱۴۱۸.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. أحكام السرقة علی ضوء القرآن و السنۃ. قم: مکتبۃ آیۃ اللہ العظمیٰ المرعشی النجفی (رہ)، ۱۴۲۴.
- محقق داماد، محمد. کتاب الصلاة. قم: جماعۃ المدرسین فی الحوزۃ العلمیۃ بقم، ۱۴۱۶.
- مشکینی اردبیلی، علی. اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها. قم: نشر الہادی، ۱۳۷۴.
- مغنیہ، محمدجواد. علم أصول الفقہ فی ثوبہ الجدید. بیروت: دار العلم للملایین، ۱۹۷۵.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرہان فی شرح إرشاد الأذہان. قم: جماعۃ المدرسین فی الحوزۃ العلمیۃ بقم، ۱۴۰۳.
- مہرورزیان، طاہرہ. «علل تفاوت تفاسیر فقہا و اندیشمندان مسلمان درباره حقوق سیاسی اجتماعی زنان از متون ثابت دینی»، پژوهش نامہ زنان ۶، شمارہ ۲ (تابستان ۱۳۹۴): ۱۴۱-۷۱.
- موسوی بجنوردی، محمد. مصادر التشریح عند الإمامیۃ و السنۃ. تہران: مؤسسہ چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۸.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم. موسوعہ الامام الخوئی. قم: مؤسسۃ إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸.
- نابینی، محمدحسین. فوائد الاصول. قم: جماعۃ المدرسین فی الحوزۃ العلمیۃ بقم، ۱۳۷۶.
- نراقی، مہدی بن ابی ذر. أنیس المجتہدین فی علم الأصول. قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۸.