

مبانی تحدید حقوق و آزادی های عمومی در گفتمان اسلامی

سید احمد حبیب نژاد¹

عضو هیات علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

چکیده :

هرچند وجود حقوق و آزادی ها برای انسان موجب تفریق او از حیوانات و بسیار حیاتی می باشد ولی آزادی بدون محدودیت و به گونه مطلق نه امکان پذیر است و نه بایسته .

لزوم ادامه حیات جمعی برای انسان ها کاملاً به تحدید حقوق و آزادی ها بستگی دارد تا مردم در کنار هم و پس از تعیین مرزهای آزادی ، زندگی خود را ادامه دهند .

بنابراین همانگونه که استبداد و سلب حقوق و آزادی ناشایست تلقی می شود ، آزادی مطلق نیز بر فرض تحقق آن در خارج - نتیجه ای جز استبداد و خود

کامگی ندارد .

در این مقاله با مبانی تحدید حقوق و آزادی های عمومی بر اساس گفتمان اسلامی آشنا می شویم. بر اساس سنت فقها در تاسیس اصل در خصوص موضوع ،با تکیه بر نصوص دینی ، اصل را بر حقوق و آزادی های عمومی قرار داده و سپس بر اساس باب تزام و تعارض حقوق به تحدید حقوق و آزادی ها در این گفتمان و نیز قواعدی که در این راستا کارکردهای ویژه دارند می پردازیم.

کلید واژگان :

تحدید ،حقوق و آزادی های عمومی ، تزام حقوق ، گفتمان اسلامی،قاعده اهم و مهم ، مصالح عمومی

مقدمه

زندگی جمعی انسان ها برای حل اختلافات و رفع نیاز ها صورت می پذیرد و در این دامنۀ انسان به فعالیت می پردازد و این فعالیت انسانی بدون محدودیت های برآن، نه امکان پذیر است و نه معقول.

تزام حقوق و آزادی ها و تعارض میان آنها امری بدیهی و تجربه شده می باشد و مبنایی است برای تحدید آنها و لذا آزادی مطلق و بدون محدودیت با زندگی جمعی تناسبی ندارد .

نظریاتی مانند قرارداد اجتماعی در غرب ، در راستای همین اندیشه و برای آشتی میان آزادی فردی با مقتضیات زندگی جمعی می باشد، به گونه ای که به صراحت بر عدم تحقق آزادی مطلق و لزوم وضع محدودیت هایی بر آزادی و قوق شهروندان تاکید داشته اند.

وجود حقوق و آزادی برای انسان از ارزشمندترین سرمایه های انسانی است و فارق بین انسان و دیگر موجودات به شمار می رود.

آزادی عنصر حیاتی و از لوازم حیات و تکامل انسان است و از عالیتین ارزشهای انسانی می باشد اندیشمندانی مانند روسو آزادی را یک ارزش مطلق می دانند که با انسانیت انسان یکی است و بدین گونه انسان کسی است که در قبال اعمالش مسوول است و این با آزادی ممکن است لذا ترک آزادی به معنای ترک انسان بودن و چشم پوشیدن از حقوق و حتی تکالیف بشری است².

هرچند آزادی در یک جامعه و برای شهروندان یک اصل می باشد اما با اینحال نمی توان بدون محدودیت آزادی را پذیرفت و استثنائاتی را باید بر اصل گفته شده پذیرفت .

نمی توان روزی را تصور کرد که به انسانها گفته شود : شما

². برلین، آیزایا، آزادی و خیانت به آزادی، ترجمه عزت الله فولادوند ، نشر ماهی، 1387، ص 78-80

امروز «آزاد» هستید و در طول روز هر چه بخواهید می‌توانید انجام دهید؛ تصور چنین امری بسیار آزار دهنده می‌باشد چون بی شک آزادی مطلق منجر به عدم آزادی می‌گردد. تجربه تاریخی و تجربی بشر هم عدم امکان آزادی مطلق را نشان می‌دهد.

آزادی مطلق و بدون محدودیت با زندگی جمعی تناسبی ندارد و لذا اندیشمندان غربی نیز مانند کانت معتقدند که برای اجرای قانون و ایجاد نظم چاره ای از تحدید آزادی ها نیست³؛ همچنانکه ژان ژاک روسو به پارادوکس آزادی مطلق و ضرورت زندگی جمعی رسید.⁴

در این مقاله با نگاهی اسلامی به مبانی تحدید حقوق و آزادی ها نظر می افکنیم و به دنبال آنیم که در این ره‌یافت، اصل در حقوق و آزادی ها چیست و چه قواعدی در تراث اسلامی ناظر بر این موضوع مهم می باشند.

³. قربانزیا، ناصر، تحدید حقوق و آزادی ها، فصلنامه فقه و حقوق، شماره 10، سال سوم، پائیز 1385، ص13

⁴. آیزایا برلین، آزادی و خیانت به آزادی، منبع پیشین، ص 85-86

گفتار اول: مفهوم‌شناسی حقوق و آزادی‌های عمومی و تجدید آنان

مبحث اول: چیستی حقوق و آزادی‌های عمومی

بند اول: مفهوم‌شناسی حق

مادر عصر حقوق —Age of Rights— زندگی می‌کنیم، عصری که آکنده از این مفهوم و مسائل مرتبط با آن می‌باشد و کمتر مساله ای مانند)) حق ((مورد تبادل نظر در عصر کنونی قرار گرفته است.

در این مجال گذری خواهیم کرد بر چیستی حقوق و آزادی های عمومی که در ابتدا با آشنایی با واژه حق شروع می‌نماییم .

الف: حق در لغت:

گروهی به دلیل تغییر یافتن شکل و ماهیت دائمی حق آنرا غیر قابل تعریف دانسته اند ⁵.

در مقابل از حقوق تعاریف متعددی ارائه شده است که به طور کلی می‌توان واژه حقوق را در دو مفهوم اصلی گنج‌اند⁶:

الف: علم حقوق؛ که در این معنا، حقوق مترادف Law می‌باشد به معنی مجموع مقرراتی که تنظیم‌کننده روابط اشخاص

⁵ تارا، جواد، فلسفه حقوق و احکام در اسلام، چاپخانه علمیه قم، 1345، ص 1

⁶ برای مطالعه بیشتر ر. ک: ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد اول: 31-34.

می‌باشد.

در این تعریف، حقوق به صورت اسم جمع به کار گرفته می‌شود.
ب: امتیاز؛ که در این معنی حقوق، جمع «حق» ها است و مترادف آن Rights.

با توجه به محور بودن تعریف حق در معنای دوم در این رساله، این مفهوم را بررسی می‌نماییم.
برای ریشه حق،⁷ دو معنای اصلی ذکر شده است: یکی استحکام و استواری، چنان‌که «ثوب محقق» به معنای لباس یا پارچه ای با بافت محکم است؛ و دیگری موافقت و مطابقت، چنان‌که به حفره ای که پاشنه در، در آن قرار می‌گیرد و می‌چرخد «حِقُّ الباب» و به محل اتصال دو استخوان «حُق» می‌گویند.
مهم‌ترین کاربردهای ریشه ح ق ق، نخست مصدرهای حق و حقیقت به معنای واقعیت است و دوم، صفت حق است در وصف اعتقاد یا حکمی که با واقعیت مطابقت دارد.
لغت‌شناسان عرب، حق را به ضد باطل⁸ و دلالت‌کننده بر صحت چیزی⁹ تعریف نموده اند.

ریشه حق و برخی مشتقات آن، در زبان عرب پیش از اسلام

⁷ ر. ک: حداد عادل، غلامعلی، دانشنامه جهان اسلام، بنیاد دایره المعارف اسلامی، چاپ اول، تهران، 1375، ج 13، ص 588

⁸ ابن منظور مصری، لسان العرب، نشر ادب الحوزه، چاپ اول، قم، 1405 هـ. ق، ج 1، ص 980

⁹ احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، منبع پیشین، ج 1، ص 3

متداول بوده و دست‌کم در معانی اصلی واقعیت و راستی و بهره
یا نصیب در اشعار و مَثَل‌ها به کار رفته است و همچنین، دو
واژه حاکی از نام خدا، به صورت حق و حقت، در کتیبه‌های
جنوب عربستان یافته شده است.¹⁰

در قرآن¹¹، واژه حق و مشتقات آن 287 بار، در حوزه‌های
معنایی گوناگون، به کار رفته است که مهم‌ترین زمینه معنایی
واژه حق در قرآن، مربوط به مفاهیم وجود و هستی است. مطابق
آیات قرآن، مصداق کامل و منشأ اصلی حق، خداوند است (حج:
6، 62؛ نور: 25؛ لقمان: 30). علاوه بر این، الحق ی‌کی از
اسماء الحسنی است (طه: 114؛ مؤمنون: 116).¹²

در کتب لغت فارسی، راست کردن سخن، ثابت، درست، صحیح، حکم
مطابق با واقع¹³؛ و راست، درست، مقابل باطل و نادرست،
سزاوار، بایسته عدل، انصاف¹⁴ را در تعریف لغوی حق آورده
اند.

در فلسفه، حق دارای معانی است مانند: مطلق وجود خارجی که
زمانی به فعلیت برسد؛ وجود دائم مانند عقول؛ قول و

¹⁰ غلامعلی حداد عادل، دانشنامه جهان اسلام، منبع پیشین، ج 13، ص 588

¹¹ همان.

¹² همان: 589

¹³ علی اکبر دهخدا، 1377 لغت نامه منبع پیشین، ج 6، ص 9142

¹⁴ حسن انوری، فرهنگ بزرگ سخن، منبع پیشین، ج 3، ص 2547

اعتقادی که مطابق با واقع است.¹⁵

ب: حق در اندیشه مسلمانان

در فقه شیعه، موارد ذیل، از مهمترین تحلیل‌های مفهوم حق محسوب می‌گردند.

حق به منزله سلطنت؛

حق به منزله ملکیت ضعیف؛

حق به منزله اعتبار خاص.

به اعتقاد برخی از فقهای شیعه، حق نوعی سلطنت فعلیه بر شی یا بر شخص است که تصور آن بر وجود دو طرف قائم است؛ من له الحق ومن علیه الحق¹⁶ (سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، ج 1، 1378: 55) و همین تعریف را شیخ انصاری نیز ارائه مینماید.¹⁷

میرزای نایینی با تقسیم حق در دو معنای عام و خاص معتقد می‌باشد که چون حق در لغت به معنای ثبوت می‌باشد پس حق در معنای عام خود شامل تمام مواردی می‌شود که توسط شارع وضع

¹⁵. نبویان، سید محمود، حق و چهار پرسش بنیادین، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، قم، 1388، ص 30

¹⁶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، اسماعیلین، قم، 1378، ج 1، ص 55

¹⁷. انصاری، مرتضی، المکاسب، المؤتمر العالمی لتخلید ذکری الشیخ الاعظم، چاپ اول، قم، 1415، ج 3، ص 9
: «الحق سلطنه فعلیه لا یعقل قیام طرفیه بشخص الواحد»

شده است و حتی حکم را هم شامل می‌شود ولی در معنای خاص خود به معنای یک اضافه ضعیفی است که برای ذی الحق ایجاد می‌شود¹⁸.

برخی نیز حق را نوعی اعتبار خاصی می‌دانند که آثاری (مانند حق فسخ معامله) را به همراه دارد و حق به مفهوم یاد شده، مانند بسیاری از امور وضعی عرفی و شرعی، وجود اعتباری دارد، نه وجود حقیقی و خارجی.¹⁹ هرچند به نظر آخوند خراسانی ماهیت حق، سلطه داشتن نیست؛ بلکه سلطه از احکام و آثار حق به شمار می‌رود ولی محمد حسین اصفهانی در حاشیه خود بر مکاسب معتقد هست که حق، سلطنت است.²⁰

معمولا اوصافی مانند قابلیت نقل و انتقال و اسقاط را نیز برای حق ذکر می‌نمایند.²¹

18. نائینی، محمد حسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب، المحمدیه، تهران، 1373، ج 1، ص 41:

«فانه عبارة عن اضافه ضعيفه حاصله لذی الحق»
19 خراسانی، محمد کاظم (آخوند)، حاشیه المکاسب، وزات فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، 1406، ص 4

20. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، چاپ عباس محمدآل سباع قطیفی، قم، 1418، ج 1، ص 41

21. برای مطالعه بیشتر ر. ک: غلامعلی حداد عادل،، دانشنامه جهان اسلام، منبع پیشین ج 13، ص 595-596 و نیز؛ ناصر قربان نیا، حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه،، منبع پیشین، ص 30-34.

بند دوم: حقوق (آزادی‌های) عمومی

حقوق (rights) را از زاویه‌های گوناگون تقسیم بندی نموده

اند: ²²

حقوق شخصی و نوعی ، حقوق مالی و غیر مالی ، حقوق عینی و دینی، حق مطلق و مقید ، حق مثبت و حق منفی ، حقوق بنیادین ، حقوق غیر قابل تعلیق ، حقوق مطلق²³، و یا به نسل‌های سه گانه ای دسته بندی می‌نمایند.

یکی از مهمترین اقسام حقوق، حقوق و آزادی‌های عمومی است.

ما در این مقاله ، حقوق و آزادی‌های عمومی را بر این سه

عنوان به کار می‌بریم: ²⁴

الف: حقوق سیاسی: اختیاری است که شخص برای شرکت در قوای

عموم و سازمان های دولت دارد مانند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن

ب: حقوق عمومی: حقوقی که مرتبط با شخصیت انسان و ناظر به

روابط دولت و فرد است مانند حق حیات

ج: حقوق مربوط به شخصیت: حقوقی که موضوع آن مال یا شخص

22. برای مطالعه بیشتر ر. ک: سید قاری سید فاطمی، حقوق بشر در جهان معاصر، ج 1: 53-57؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی: 835-855؛

Chrictain Tomuschat, Human Rights: 25-69.

23. در خصوص حقوق تعلیق ناپذیر، حقوق بنیادین و حقوق مطلق در مباحث آینده خواهیم گفت

24. ر. ک: ناصر قربان نیا، حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ص 34-36.

خارجی نبوده بلکه از عناوینی مانند آزاد زیستن و انتظار
حرمت داشتن در زندگی اجتماعی است.

نکته دیگر آن است که:

در این رساله ما دو مفهوم آزادی عمومی و حقوق عمومی را
مترادف بکار می‌بریم.

می‌دانیم که دو واژه آزادی عمومی (public liberty) و حقوق
عمومی (public rights) با یکدیگر تفاوت‌های دارند.

آزادی عبارت است از مجموعه قدرت‌ها و ابتکارات انسان در
حاکمیت بر سر نوشت خویش و در این راستا برخورداری از
آزادی، مستلزم عدم مداخله از سوی دیگری است در حالیکه حق
همواره اینگونه نمی‌باشد.

گاهی حق مبین اراده مستقل فردی است و در اینجا مترادف با
آزادی است مانند حق رفت و آمد که مترادف با آزادی رفت و
آمد می‌باشد و گاهی حق، مبین قدرت‌های است که بر دیگری
اعمال می‌کند که در اینجا با مفهوم آزادی کمی تفاوت می‌کند.

25

اما آنچه در اینجا قطعی است آن است که حق به معنای آزادی
یکی از معانی چهارگانه حق می‌باشد و حق بر انجام²⁶ نیز همان
مفهوم آزادی را دارد لذا وقتی می‌گوییم که «الف» حق بهره

²⁵. هاشمی، سیدمحمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، نشر میزان، تهران،

مندی از خانه خود را دارد در حقیقت همان مفهوم آزادی را به کار برده ایم و به همین ترتیب حق بهره گیری از ملک به معنای آزادی انجام تصرفات مالکانه می‌باشد.²⁷

نتیجه آن که در عرصه حقوق بشری، حق‌ها از یک منظر – در ارتباط با دارنده حق – به معنای آزادی²⁸ هستند.²⁹

بنابر این همچنانکه «آزادی را می‌توان با واژگان حق ترجمه کرد»³⁰، ما در این رساله حق و آزادی را دارای یک جلوه می‌بینیم و براین اساس بدون در نظر گرفتن تفاوت های آن دو در برخی از عناوین و مصادیق،³¹ عبارت «حقوق و آزادی های عمومی» را به عنوان یک اصطلاح واحد به کار می‌بریم.

نکته دی‌گر تفاوت واژه «حقوق و آزادی های عمومی» با اصطلاح «حقوق آزادی های عمومی» می‌باشد.

«حقوق آزادی های عمومی»³² یکی از شاخه های معروف حقوق عمومی بوده و موضوع «حقوق آزادی های عمومی» تحت عنوان های مختلف از جمله «حقوق بشر و آزادی های عمومی»³³ مورد مطالعه قرار می‌گیرد، اما متخصصان بر این عقیده اند که نظام حقوقی

²⁷ سید محمد قاری سید فاطمی، حقوق بشر در جهان معاصر، منبع پیشین، ج 2، ص 63

28. Liberty - right.

²⁹ همان.

³⁰ همان: 62

³¹ همان

32. Le droit des libertes publiques.

33. Droits de l'homme et libertes publiques.

آزادی‌های عمومی، همچنان دارای ویژگی‌های مهم مخصوص به خود است.

«ژان ریورو»، از استادان برجسته حقوق عمومی دانشگاه‌های پاریس، معتقد است که اگر آزادی‌های عمومی جزء حقوق بشر محسوب می‌شود، اما عکس این موضوع صدق نمی‌کند، یعنی مجموعه حقوق بشر، آزادی‌های عمومی به شمار نمی‌رود.³⁴

نکته آخر در این قسمت آن که در این تحقیق میان دو واژه freedom و liberty تفاوت نگذارده و مترادف به کار می‌بریم با این توضیح که برخی مانند ها آرنست³⁵ معتقد هستند که این دو واژه با یکدیگر تفاوت دارند به عنوان مثال liberty صفت فاعل است و یا مربوط به بعد اجتماعی و سیاسی است و یا متضمن صیانت در مقابل دخالت دولت است در حالی که freedom صفت اشیای بی جان است و یا مربوط به ماهیت مابعد الطبیعی نفس است و یا متضمن دخالت فعالانه در سیاست است³⁶ ولی واقعیت آن است که به دلیل عدم تفاوت ماهوی این دو واژه³⁷ ما نیز این دو را مترادف محسوب می‌نماییم.

³⁴ معتمد نژاد، رویا، تدارک مقررات حقوقی برای آزادهای عمومی، مجله اطلاعات اقتصادی سیاسی، شماره 165 و 166، تابستان 1381، ص 4

³⁵ Hannah Arendt

³⁶ گری، تیم، آزادی، ترجمه محمود سیفی پرگو، پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، چاپ اول، 1387، ص 5-6

بند سوم : مفهوم شناسی تحدید

تحدید لغتی عربی از ریشه «حدد» است.

صاحب لسان العرب می‌نویسد که «حدد: الحَدُّ» به معنای جدا کردن بین دو چیز است تا یکی در دیگری آمیخته نگردد³⁸ نویسنده فرهنگ سخن «حد چیزی را مشخص کردن، محدود و مشخص کردن» را در تعریف «تحدید»³⁹ و «اندازه؛ مقدار؛ شرایطی که چیزی یا کسی را محدود یا مقید می‌سازد» را در مقابل «حد»⁴⁰ آورده است.

در لسان فقهی همان معنای لغوی تحدید - مانند به معنای حد چیزی را مشخص کردن - به کار می‌رود و در ابواب مختلف فقه، عناوینی چون تحدید اجل الثمن، تحدید اول شهر رمضان، تحدید المسافه الموجهه للتقصیر و.. به کار رفته است.

در در زبان انگلیسی Restriction و Limitation برای این واژه استفاده می‌گردد. به عنوان نمونه در بند دوم ماده 29 اعلامیه جهانی حقوق بشر⁴¹ و همچنین ماده 18 میثاق بین المللی حقوق

³⁸. ابن منظور مصری، لسان العرب، منبع پیشین، ج 3، ص 140 «الفصل بین الشیئین لئلا یختلط أحدهما بالآخر أو لئلا یتعدی أحدهما علی الآخر، و جمعه حُدود. و فصل ما بین کل شیئین: حُدُبَینهما. و منتهی کل شیء: حُدّه؛ و منه: أحد حُدود الأرضین و حُدود الحرم؛ و فی الحدیث فی صفة القرآن: لکل حرف حدّ و لکل حدّ مطلع؛ قیل: أراد لکل منتهی نهاییه»

³⁹ حسن انوری، فرهنگ بزرگ سخن، منبع پیشین، ص 571

⁴⁰ همان: 844

41. In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and

مدنی و سیاسی⁴² و بند دوم ماده 9 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر واژه Limitation رفته است.⁴³

از سوی دیگر به عنوان نمونه در بند دوم ماده 11 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر⁴⁴ یا ماده 15 کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر⁴⁵ واژه Restriction آمده است بنابر این این دو واژه در اسناد بین المللی به صورت مترادف به کار برده می شود و تفاوت ماهوی چندانی با یکدیگر ندارند.

موید این دیدگاه پاورقی است که در متن اصول سیراکوزا نوشته شده است⁴⁶ و طی آن این دو واژه را مترادف با هم اعلام

freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

42. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.

43. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

44. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

45. Article 15. Right of Assembly The right of peaceful assembly, without arms, is recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights or freedom of others.

46. The term 'limitations' in these principles includes the term 'restrictions' as used in the Covenant.

کرده است.

مبحث دوم : محدود بودن یا نبودن ذاتی حقوق و آزادی ها

پرسشی بنیادینی اکنون مطرح می شود : آیا آزادی و حقوق فی ذاته محدود هستند یا خیر؟

دو رویکرد را در این زمینه می توان در نظر گرفت:

الف: برخی آزادی را در نفس خود مقید و محدود می دانند و پذیرای حدود و مرزهایی و از این رو آزادی را با آنارشیسم متفاوت می دانند و در تایید سخنان خود به جملاتی از کارل پوپر در کتاب جامعه باز استناد می کنند که معتقد است : «معنای آزادی نامحدود این است که قوی می تواند به ضعیف زور بگوید و او را مرعوب و از آزادی محروم کند ... آزادی به مفهوم فقدان هرگونه قید و بند لزوماً به قید و بند بسیار شدید می انجامد»⁴⁷.

در این رویکرد، از ابتدا حقوق و آزادی را به صورت محدود در نظر گرفته و مثلاً می گوییم از ابتدا حق آزادی بیان شامل توهین به اشخاص نمی باشد؛

در این صورت مشکل تزام حق ها ناشی از عدم تعریف مرزهای

⁴⁷. همتی، همایون، پارادوکس آزادی مطلق ، رواق اندیشه ، شماره 5، بهمن 1385، ص 110

حق است و لذا به دلیل تعریف محدود حق ، مساله تعارض حق ها مطرح نمی‌گردد.

ب: در رویکرد دوم مفهوم حق دارای محدودیتی نمی باشد و مانند رویکرد پیشین مرزهایی از ابتدا برایش تعیین نشده است که در این صورت تعارض حق ها مطرح می‌گردد چون از سویی الف حق آزادی بیان دارد و «ب» نیز حق حریم شخصیتی و حیثیتی⁴⁸.

اما به نظر می‌رسد باید بحث را در دو مرحله پیگیری نمود : در مرحله ثبوت باید پذیرفت که آزادی مفهومی مطلق است و فاقد قید و بند ، هرچند در مرحله اثبات و تحقق آزادی در عالم خارج ، آزادی مطلق نه وجود دارد و نه می‌تواند وجود داشته باشد و لذا با قیود و بندهای همراه می‌شود. استناد به جملاتی مانند آنچه پوپر گفته است در نفی آزادی مطلق در مرحله ثبوت صحیح نمی‌باشد چون ناظر بر مرحله تحقق آزادی در عالم خارج است.

با این تحلیل دیگر بحث از اینکه آزادی مطلق یک تعبیر تناقض آلود می‌باشد⁴⁹ صحیح نمی‌باشد هر چند می‌پذیریم که آزادی هیچگاه نمی‌تواند مطلق و نا محدود باشد. انسان موجودی محدود و مقید است و بالتبع اوصاف او نیز

48 برای مطالعه بیشتر ر. ک: سید محمد قاری سید فاطمی، حقوق بشر در جهان معاصر، منبع پیشین، ج 2، 1388: 180-182.

49. همایون همتی، پارادوکس آزادی مطلق، منبع پیشین، ص114

محدود و مقید ند ؛ چون در غیر اینصورت موجب تجاوز وصف (آزادی) از موصوف (انسان) می‌شود که امری محال است.

گفتار دوم: مبانی تحدید حقوق و آزادی ه

مبحث اول : تاسیس اصل : اصل بودن آزادی و استثنا بودن تحدید

معمولاً فقها برای بررسی و واکاوی مسایل فقهی، و برای منظم شدن مباحث، اقدام به تاسیس اصل می نمایند که ما نیز در این موضوع، با همین رویه آغاز می کنیم.

بر اساس آموزه های اسلامی، اصل بر آزادی است و تحدید آن و محدودیت های مقرر در آن به عنوان استثنا تلقی می گردد.

علاوه بر آیاتی مانند ((هو الذی خلق لکم ما فی الأرض جمیعاً))⁵⁰ روایات زیادی⁵¹ مانند ((کل شی فیه

⁵⁰. (بقره 29) یعنی خداوند همه چیز را در زمین برای شما آفرید؛
⁵¹ فاضل هندی، بهاء الدین محمد، کشف اللثام، مؤسسه نشر اسلامی، قم، 1416، ج 1، ص 373؛ محقق نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه، مؤسسه آل البیت، چاپ اول، قم، 1415، ج 10، ص 42؛ محمدی ری شهری، محمد، میزان الحکمه، مؤسسه فرهنگی دارالحديث، چاپ اول، 1379، ج 1،

حلال و حرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه)⁵² ((كل شيء لك حلال))⁵³؛ ((كل شيء مطلق حتى يرد فيه النص))⁵⁴؛ ((كل ما يكون فيه حلال و حرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه))⁵⁵ هم دال بر این اصل وجود دارد.

تمامی این آیات و احادیث دلالت بر این دارند که همه چیز بر انسان حلال و مباح است مگر مواردی که شارع، آن را ممنوع کرده باشد و این ممنوعیت هم به انسان مکلف رسیده باشد. بر این اساس ((اصل حریت))، ((اصل جواز))، و ((اصل اباحه)) یا ((قاعده حل))⁵⁶ به عنوان قاعده ای مهم پذیرفته شده است و اگر شک در حریت یا عدم حریت چیزی باشد یا شک در جواز یا عدم جواز انجام امری باشد، اصل بر جواز آن عمل و حریت آن چیز می شود و مخالف این اصل باید دلیل ارایه نماید. علاوه بر روایات پیش گفته، تسالم فقها بدون خلاف در

⁵² کلینی محمد بن یعقوب، کافی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، 1365، ج 5، ص 313؛ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، موسسه آل البیت، قم، 1409، ج 24، ص 236

⁵³ شیخ کلینی، کافی، منبع پیشین، ج 5، ص 313 و 336؛ محقق نراقی، مستند الشیعه، منبع پیشین، ج 10، ص 43

⁵⁴ شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، منبع پیشین، ج 6، ص 289

⁵⁵ شیخ کلینی، کافی، منبع پیشین، ج 5، ص 336

⁵⁶ مصطفوی، سید محمد کاظم، ماته قاعده الفقهی، موسسه نشر اسلامی، قم، چاپ چهارم، 1421، صص 123-125

مدلول این قاعده وجود دارد⁵⁷ و هم عقل بر آن دلالت دارد و هم اجماع بر آن برقرار است.⁵⁸

کلام زیبای امام علی علیه السلام در قرار دادن آزادی به عنوانی اصلی اصیل بسیار زیباست که فرمودند ((وَلَا تَكُنْ عَبْدَ غَيْرِكَ وَ قَدْ جَعَلَكَ اللَّهُ حُرًّا))⁵⁹ یعنی خودت را عبد دیگران قرار مده زیرا خداوند تو را آزاد قرار داد (و خلق نمود)).

لذا می توان به خوبی در یافت که در شرع، اصل بر آزادی اعمال و افعال انسانی است همچنان که قاعده ((قبح عقاب بلا بیان)) - از قواعد مسلم نزد فقیهان و اصولیان - هم موید این دیدگاه می باشد که ممنوعیت از انجام فعلی باید از قبل به مکلف اعلام گردد و در غیر این صورت، سرزنش و عقاب او قبیح می باشد.

مبحث دوم : تزامم و تعارض حقوق

⁵⁷ همان

⁵⁸ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، منبع پیشین، ج 3، ص 67

⁵⁹ . علامه مجلسی، بحار الانوار، منبع پیشین، ج 74، ص 215

دو واژه تعارض و تزاحم هرچند در مکالمات عادی مترادف هم به کار می‌روند ولی دارای تفاوت مهم در دانش اسلامی هستند.

نخستین بار شیخ انصاری⁶⁰ 'تزاحم را به عنوان اصطلاحی اصولی مطرح کرده است و به دنبال آن برخی از شاگردانش، مانند میرزا حسن شیرازی و محمدحسن آشتیانی، نیز این اصطلاح را به کار برده اند اما اولین بار آخوند ملا محمد کاظم خراسانی - از شاگردان بزرگ شیخ انصاری - در کتاب کفایة الاصول به طور گسترده و جدی بحث تزاحم را مطرح کرد.

تعارض در لغت به معنای «با یکدیگر اختلاف داشتن، ناسازگاری»⁶⁰ و در اصطلاح اصولی عبارت است از «تنافی مدلول دو دلیل، به صورت تناقض یا تضاد»⁶¹

⁶⁰. حسن انوری، فرهنگ بزرگ سخن، ج 1: 1774

⁶¹ تناقض یعنی، اختلاف بین دو قضیه به گونه‌ای که از صدق یکی، به کذب دیگری برسیم و بالعکس. و این دو به صورتی هستند که نه با یکدیگر در صدق جمع می‌شوند و نه در کذب. (یعنی نه هر دو با هم صادق هستند نه کاذب) لایجتماع و لایرتفعان.

تضاد، اختلاف بین دو قضیه است، به صورتی که با یکدیگر در صدق جمع نمی‌شوند یعنی از صدق یکی به کذب دیگری می‌رسیم ولی از کذب یکی، به صدق دیگری نمی‌رسیم چون احتمال دارد هر دو کاذب باشند: لایجتماع و یجوزان یرتفعان.

⁶² میرزای قمی، قوانین الاصول، چاپخانه حاج ابراهیم، تهران، 1303 هـ.

تعریف می‌کنند.

آخوند خراسانی نیز تعارض را به «تنافی دو دلیل به حسب دلالت و مقام اثبات به صورت تناقض یا تضاد»⁶³ تعریف کرده است.⁶⁴

صاحب کتاب اصول الفقه معتقد است که معنای معارضه آن است که هر گاه دو دلیل با فرض تمام بودن مقومات و ارکان حجیت شان، دیگری را ابطال می‌نماید.⁶⁵ اصولیین شروط هفتگانه ای را برای تحقق تعارض می‌نویسند که عبارت هستند از:⁶⁶

- 1- هیچ یک از دو دلیل قطعی نباشد.
- 2- ظن معتبری بر حجیت هر دو دلیل اقامه نگردد.
- 3- مدلول دو دلیل به گونه ای متنافی باشند که صلق هر دو محال باشد.
- 4- هر دو دلیل دارای شرایط کامل حجیت باشند.
- 5- دو دلیل متزاحم نباشند

⁶³. خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، موسسه آل البیته چاپ اول، قم، 1409، ص 437

⁶⁴ «التعارض هو تنافی الدلیلین او الادله بحسب الدلاله»

⁶⁵ «التعارض مصدر من باب تفاعل الذی یقتضی الفاعلین ومعنی المعارضه ان كلا منهما اذا تمت مقومات حجیته یبطل الآخر».

⁶⁶ مظفر، محمدرضا؛ اصول فقه، تحقیق سید مهدی حسینی گلپایگانی، موسسه الامام المنتظر، چاپ اول، قم، 1382ش، ج2، صص 210 - 214؛ ولائی، عیسی، فرهنگ تشریح اصطلاحات اصول، نشر نی، تهران، چاپ دوم، 1380، ص145

6- یکی از دو دلیل حاکم بر دیگری نباشد.⁶⁷

7- یکی از دو دلیل بر یکدیگر وارد نباشند.⁶⁸

اما تزاحم در اصطلاح اصول فقه به‌موردی که دو حکم شرعی در مقام عمل، به‌طور هم‌زمان قابل انجام نباشند، تزاحم گفته می‌شود و در فقه نیز به‌حالات تداخل دو حق به‌نحوی که نتوان هر دو را ایفا کرد، اطلاق می‌شود.⁶⁹

بنابر این بیشتر عالمان اصولی تزاحم را بر ناسازگاری و تمانع دو حکم که ناشی از قدرت نداشتن مکلف بر امتثال آن دو باشد، اطلاق کرده اند.

بنابر این تعارض در جایی است که امتناع و تنافی مدلول‌ها، مربوط به مقام تشریع و قانون‌گذاری باشد ولی اگر این امتناع، مربوط به مقام امتثال (مقام اجرا) باشد و امتثال هر دو در زمان و مکان واحد، ممکن نباشد، تزاحم وجود دارد و به عبارت دیگر در تعارض تنافی در متعلق حکم است.

نتیجه آنکه به گفته صاحب اصول الفقه فرق حقیقی

⁶⁷ هرگاه دلیلی مفسر و ناظر دلیل دیگر باشد دلیل مفسر و ناظر، دلیل حاکم و دلیل دیگر دلیل محکوم نامیده می‌شود . رک: عیسی و لائی ،، فرهنگ تشریح اصطلاحات اصول، منبع پیشین، ص 178

⁶⁸ . ورود عبارت است از اینکه یکی از دو دلیل سبب معدوم شدن موضوع دلیل دیگر توسط تعبد شرعی به طور حقیقی و وجدانی گردد . رک: عیسی و لائی،، فرهنگ تشریح اصطلاحات اصول، منبع پیشین، ص 340

⁶⁹ . مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول، نشر الیهادی، قم، 1413ق، ص 102

بین تزاحم و تعارض آن است که هرگاه اجتماع دو دلیل (مانند وجوب نماز جمعه در زمان غیبت با عدم وجوب آن در زمان غیبت) در مقام تشریع ممتنع باشد مربوط به باب تعارض و اگر این امتناع مربوط به مقام اجرا و اعمال باشد مربوط به باب تزاحم می‌باشد.⁷⁰

به عنوان مثال اگر دو دلیل داشته باشیم که در یک دلیل خواندن سوره توحید واجب شمرده شود و در دلیل دوم، عدم وجوب را برای آن ذکر نماید، تعارض اتفاق افتاده است ولی اگر دو نفر در حال غرق شدن باشند و ندانیم که کدام را باید نجات دهیم (بفرض عدم امکان نجات هر دو)؛ تزاحم به وجود آمده است.

به عنوان نمونه همین رویکرد در فقه اسلامی تحت عنوان تزاحم حقوق دیده می‌شود به عنوان نمونه تزاحم میان غُرْمَاء (طلبکاران) در مال بدهکاری که قاضی به افلاس او حکم داده است و او پس از حکم قاضی به مدیون بودن خود نسبت به شخصی غیر از غُرْمَاء اقرار نماید و یا تزاحم موصایا هنگامی که بیش از ثلث شود و وراثت آنها را تنفیذ ننمایند.

حتی برخی از فقها مانند شهید اول کتابی با عنوان «تزاحم الحقوق» از کتاب دروس را به تزاحم حقوق مردم در برخی مشترکات عمومی، مانند خیابانها و

⁷⁰. محمد رضا مظفر، اصول الفقه، منبع پیشین، صص 213 - 214

کوچه‌ها و دیوارهای اشتراکی، اختصاص داده است⁷¹ و در کتاب القواعد و الفوائد، قاعده ای را تحت عنوان «فی ازدحام الحقوق بیان نموده است.⁷² با این مقدمه نتیجه می‌توان گرفت آنچه برای حقوق اشخاص در مقابل هم و حقوق اشخاص با حقوق جامعه ایجاد می‌شود هم «تزامم حقوق» است و هم «تعارض حقوق».

تعارض حقوق در عالم تشریع و قانونگذاری است چون اثبات شده است که شارع حکیم می‌باشد پس تعارض حقوق در امر واقع ممکن نمی‌باشد ولی تعارض میان آنچه که از شارع به دست ما رسیده است (دلیل) هم ممکن است و هم به وقوع پیوسته است. در حل این تعارض دوم باید از ترجیح ادله مانند وجود برتری در سند یا وجود شهرت روایی یا عملی یا ترجیح به سبب موافقت با قرآن استفاده نمود⁷³ که مربوط به بحث ما نیست.

اما در تزامم حقوق، آنچه میان حقوق مختلف میان

⁷¹. محمد بن مکی العاملی (شهید اول)، الدروس الشرعیة فی الفقه الامامیه، نشر اسلامی، چاپ دوم، قم، 1417، ج 3، صص 339 - 351

⁷² محمد بن مکی العاملی (شهید اول)، القواعد و الفوائد، به تحقیق عبدالهادی حکیم، قم، مکتبة المفید، 1399 هـ. ق.، ص 329

⁷³. محمد رضا مظفر، اصول الفقه، منبع پیشین، صص 248 - 256

انسان‌ها تنافی ایجاد می‌کند؛ آن است که اشخاص می‌خواهند در عالم خارج و واقع حقوق خود را به اجرا گذاشته و از منافع آن برخوردار شوند در حالیکه هم انسان محدود است و هم طبیعت و هم امکانات و ظرفیت‌های جامعه.

در تزامن میان حقوق چاره ای نیست مگر آن که دست به گزینش بزنیم و برخی از حقوق را برای اجرای حقوق دیگر به طور موقت به کناری نهیم.

بهترین راه برای حل این تزامن ها رجوع به قواعدی است که به بررسی مختصر مهمترین آن ها می پردازیم.

مبحث سوم : قواعد فقهی جاری در تزامن حقوق

بند اول : قاعده اهم و مهم

یکی از مهمترین قواعد جاری در تزامن میان حقوق- که مورد اتفاق همه علمای اسلامی است- قاعده اهم و مهم می‌باشد که طی آن در مقام تزامن حقوق و عدم امتثال همزمان از دو تکلیف، باید حقی را برگزینیم که دارای اهمیت بیشتری است و با گزینش حق مهمتر، حق دوم را محدود می نماییم و چنانکه علامه جعفری گفته است: ((اصل در مورد تزامن، تقدیم اهم و مهم

استاد مطهری در خصوص این اصل می نویسد: ((ملازمه و پیوند عقل و دین انعطافی به دستورات دین داده است و به اصطلاح فقها اهم و مهم در کار می آید. اگر بین دو دستور دین تزاحم برقرار شود باید به کمک عقل اهم را بر مهم ترجیح داد مثل ورود به زمین غصبی برای نجان غریق، اسلام راهی برای تزاحم باز کرده {است} .))⁷⁵

از متون فقهی و اصولی می‌توان به سه اصل ذیل در تقدیم اهم و مهم رسید:

الف - تقدم حق الناس بر حق الله

در تزاحم حق الناس (حقوق شهروندان) با حق الله، حق الناس مقدم است و لذا «هر حقی که متعلق به حق الناس باشد در اولویت است از تکالیف شرعی محض»⁷⁶

ب: تقدم حقوق مربوط به حق حیات و حیثیت در تعارض میان حقوق اشخاص، حقوق مربوط به حق حیات و یا عرض و ناموس (الدماء و العرض)، نسبت به حقوق

⁷⁴ جعفری، محمد تقی، رسائل فقهی، موسسه منشورات کرامت، تهران، چاپ اول، 1419، ص 106

⁷⁵ . مطهری، مرتضی، مجموعه آثار، اسلام و نیازهای زمان، انتشارات صدرا، 1368، ج 21، ص 330

⁷⁶ . همان: 218

دیگر در اولویت هستند.

به عنوان نمونه در تزامم میان دو حق شخصی – مانند تزامم میان حق شخص بر اموال خود که تکلیفی را برای دیگران در حرمت گذاشتن به آن ایجاد می‌کند با حق تمامیت جسمانی یا شرافتی شخص بدون شک حق دوم در اولویت قرار دارد و از همین رو می‌توان در جهت نجات انسان دیگری یا جان خود، مال دیگری را تخریب کرد و بر این اساس است که فقها بیان میدارند که «حرمة اتلاف مال الغير مع وجوب تحفظ علی العرض کانا متزاممین... فیجوز فی مقام التزا حم رعایه التحفظ علی العرض»⁷⁷

پیامبر اکرم می‌فرماید: «اذا اجتمعت الحرمتان طرحت الصغری للکبری» یعنی «هرگاه دو امر واجب الاحترام با یکدیگر جمع شدند، امر کم اهمیت را برای انجام امر با اهمیت تر کنار گذاشته می‌شود»⁷⁸

در حدیثی⁷⁹ می‌خوانیم که بردن آبروی فردی از زنا

⁷⁷. تبریزی، شیخ جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، 1416، ج 3، ص 23

⁷⁸. ابن اثیر (أبو السعادات المبارک بن محمد الجزری)، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، مکتبه العلمیه، بیروت، 1399، ج 1، ص 941

⁷⁹. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، موسسه آل البیت قم، 1409، ج 12، ص 285

بدتر است⁸⁰، و حتی فقها⁸¹، تقیه را در باب جان تمامی انسان‌ها - و نه تنها مسلمانان - روا نمی‌دانند⁸² و برخی از فقها مانند صاحب جامع المدارک در خصوص روایت «لا تقیه فی الدماء» معتقد هستند که واژه «دم» به مادون قتل (جنایات کمتر از کشتن) هم اشاره دارد و می‌نویسند: «و لا یبعد شمول الروایه ما اوجب الجرح و لم یصل الی القتل»⁸³

ج: تقدم حقوق جامعه بر حقوق فرد
در تعارض میان حقوق اشخاص و حقوق جامعه، حقوق جامعه مقدم است⁸⁴ و لذا فقها بیان می‌دارند که: «حفظ مصالح عامه غالباً بر مصالح افراد ترجیح دارد»⁸⁵، و

80 «الا أخبركم بالذي هو اشد من الزنا وقع الرجل في عرض اخیه». ⁸¹ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، اسلامیه، چاپ سوم، تهران، 1367.، ج 36، ص 441

82 «لعدم جواز حفظ النفس باتلاف اخرى و لذا لم یکن تقیه فی الدماء و لا فرقی ذلک بین اسید و العبد و الولد و الوالد و الشریف و الوضیع بل فی لامسالك و الکافر المحترم کالذمی و المعاهد»⁸³. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی الشرح مختصر النافع موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، 1405، ج 5، ص 414

84 در همان حدیث پیامبر به نقل از ابن اثیر در ادامه حدیث نویسنده چنین توضیح داده است که «أی إذا کان أُمراً فیهِ مَنفَعَة لِعامة الناس ومَضَرَّة على الخاصة قُدِّمَتْ منفعة العامة». ⁸⁵ منتظری، حسینعلی، نظام الحکم فی الاسلام، نشر سرایی، چاپ اول، قم،

«ادله قصاص و ضمان گرچه مطلق اند ولی در تزاحم با مصالح عامه؛ امام می‌تواند مصالح عامه را بر آنها مقدم دارد»⁸⁶ و «حبس جانی گرچه منافات دارد با سلطنت بر خود ولی چون آزادی او امنیت عمومی را تهدید می‌کند، عقل حکم می‌کند که مصلحت عامه بر خاصه ترجیح دارد»⁸⁷

بند دوم : قاعده لاضرر

قاعده لاضرر از قواعد مهم فقهی می‌باشد⁸⁸ که بر طبق آن ضرر در اسلام مشروع نبوده و هرگونه ضرر و اضرار نفی گردیده است و ضرر دیگری، مانع از اعمال حق برای فرد می‌گردد.

ادله فراوانی بر این قاعده دلالت دارد که حدیث مشهور پیامبر اسلام ((لاضرر و لاضرار)) از مهمترین آن‌هاست.

1380، ص 331

⁸⁶. همان: 332

⁸⁷. همان: 340

⁸⁸ برای مطالعه بیشتر ر . ک: موسوی بجنوردی ، سید حسن ، القواعد الفقهیه، مطبعه الآداب، نجف، 1389ق، ج 1، ص 176؛ مکارم شیرازی‌ناصر، القواعد الفقهیه، مدرسه امام علی بن ابیطالب، چاپ پنجم، قم، 1380، ج 1، ص 28؛ ولائی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، منبع پیشین ص 253؛

طبق این روایت⁸⁹ شاخه ای از درخت سمرة بن جندب در درون منزل مردی از انصار بود و منزل شخص انصاری در درب باغ قرار داشت. سمرة بدون اذن انصاری به نخل خود سرکشی می کرد، از این رو، او با سمرة صحبت کرد و از او خواست هنگام آمدن به آن جا اذن بگیرد، ولی سمرة از این کار خودداری ورزید. شخص انصاری که چنین دید، نزد پیامبر صلی الله علیه و آله - رفت و از این بابت به آن حضرت شکایت نمود. پیامبر صلی الله علیه و آله - هم به دنبال سمرة فرستاد و شکایت انصاری را با او در میان نهاد و به او فرمود: هرگاه خواستی وارد شوی اجازه بگیر، ولی سمرة از این کار خودداری نمود. پیامبر که چنین دید به قصد خریدن درخت سمرة با او گفت وگو نمود و قیمت بالایی به او پیشنهاد کرد، ولی سمرة از فروختن آن ابا ورزید. در این هنگام پیامبر به او فرمود: (اگر به فروختن این درخت رضایت دهی) در مقابل آن درختی پر برکت در بهشت خواهی داشت. باز هم سمرة از فروختن آن سر باز زد. این جا بود که رسول خدا به شخص انصاری فرمود: برو درخت او را بکن و به پیش او انداز؛ زیرا که ضرر و ضرار، مردود است.

از دیدگاه شیخ اعظم، مفاد جمله «لاضرر و لا ضرار» عبارت است از نفی احکام شرعیه ضرریه و عدم جعل آن ها از ناحیه شارع؛ یعنی شارع با این بیان، جعل هر حکمی را از سوی خود که منشأ ضرر باشد، منفی اعلام نموده است.⁹⁰

از دیدگاه صاحب کفایه، نفی در این جمله، نفی حقیقی است و به معنای نهی نیست، ولی نه از باب نفی حکم ابتدائاً و به طور مستقیم، بلکه از باب نفی حکم به

⁸⁹ شیخ کلینی، کافی، منبع پیشین، ج 5، ص 292؛ شیخ طوسی، التهذیب، منبع پیشین، ج 7، ص 146

⁹⁰ کلانتری، علی اکبر لإحکم ثانوی در تشریع اسلامی، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، قم، 1378، ص 19

لسان نفی موضوع، همانند دو جمله «لاشك لكثير الشك» و «لاربا بين الوالد و الولد» که در این دو جمله، هدف از نفی شك و نفی ربا، نفی اثر آن دو است نه نفی خود آن ها؛ زیرا بی تردید اخبار از نفی خود آن ها، کذب است.⁹¹

طی این قاعده افعال انسان نباید موجب ضرر به دیگری گردد و زیان وارد نمودن به دیگری، به لحاظ شرعی، ممنوع است و مورد تایید شارع نیست و هر کار ضرری که از فردی، متوجه فرد دیگری شود، حرام است همچنانکه از آثار دیگر این قاعده آن است که هرگاه دو ضرر باهم مورد بحث باشند، باید از ضرر اقوی خودداری نمود.⁹²

بند سوم : الضرورات تتقدر بقدرها

می دانیم که اصل اولی در موازین اسلامی، آزادی بوده و البته تا جایی این آزادی مورد حمایت قرار می گیرد که موجب ضرر به دیگری نگردد ولی مواردی اتفاق می افتد که چاره ای از ورود به حوزه خصوصی افراد دیگر نمی باشد به عنوان مثال اگر نجات جان انسانی، متوقف بر ورود به ملک کسی دیگر باشد یا منوط به تخریب مال دیگری گردد.

در این موارد دو قاعده قابل اعمال است:

الف: قاعده ((الضرورات تبیح المحذورات))⁹³، موجب

مباح شدن برخی از ممنوعیت ها مانند ممنوعیت تصرف

⁹¹ همان

⁹² . ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، منبع پیشین، ج 1، ص 97
⁹³ . سید عبدالحسین لاری، التعلیقہ علی المکاسب، منبع پیشین، ج 1، ص 198

در ملک دیگری می گردد.

ب: اما از سوی دیگر قاعده فوق، دارای ضابطه مهمی است که تحت قاعده ((الضرورات تقدر بقدرها))⁹⁴ بیان شده است.

مطابق این قاعده، برای رفع حالت ضرورت، باید به قدر متیقن عمل نمود و نباید از مقداری مه رفع نیاز کند، تجاوز کرد.

برخی از محققان نوشته اند که ((انما تقدر بقدرها کما و کیفاً و زماناً و مکاناً و وجوداً و عدماً))⁹⁵ و لذا هرچند اسلام، برای رفع ضرورتی (مانند حفظ جان)، محدودیت را بر حقوق و آزادی های دیگری (مانند حق تصرف مالکانه بر ملک خویش) پذیرفته است ولی این اذن تابع شرایطی بوده و نباید به صورت مطلق و بدون ضابطه مورد استفاده قرار گیرد بنابراین بر اساس گفتمان اسلامی هم اصل تحدید حقوق و آزادی ها پذیرفته شده و هم با دادن معیارهایی، اصول این تحدید ارائه گردیده است

⁹⁴ محمد تقی حکیم، اصول الفقه المقارن، منبع پیشین، ص 641؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، منبع پیشین، ج 7، ص 425؛ کاشف الغطاء تحریر المجله، منبع پیشین، ج 1، ص 25

⁹⁵ همان، ص 221

منابع و مآخذ

– قرآن کریم .

– نهج البلاغه .

الف: منابع فارسی

1. 1- برلین، آیزایا، آزادی و خیانت به آزادی، ترجمه عزت الله فولادوند، نشر ماهی، 1387
2. قربان‌نیا، ناصر، تحدید حقوق و آزادی‌ها، فصلنامه فقه و حقوق، شماره 10، سال سوم، پائیز 1385.
3. تارا، جواد، فلسفه حقوق و احکام در اسلام، چاپخانه علمیه، قم، 1345
4. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، 1381
5. حداد عادل، غلامعلی، دانشنامه جهان اسلام، بنیاد دایره المعارف اسلامی، چاپ اول، تهران، 1375
6. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، دانشگاه تهران، چاپ

دوم از دوره جدید، 1377

7. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، انتشارات سخن، چاپ اول،

تهران، 1381

8. نبویان، سید محمود، حق و چهار پرسش بنیادین، موسسه

آموزشی و پژوهشی امام خمینی، قم، 1388

9. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر،

شهر دانش، چاپ اول، تهران، 1388

10. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی های اساسی، نشر

میزان، تهران، 1384.

11. انصاری، مسعود و طاهری محمد علی، دانشنامه حقوق

خصوصی، محراب فکر، چاپ اول، تهران، 1384

12. معتمد نژاد، رویا، تدارک مقررات حقوقی برای

آزادی های عمومی، مجله اطلاعات اقتصادی سیاسی، شماره

165 و 166، تابستان 1381

13. گری، تیم، آزادی، ترجمه محمود سیفی پرگو،

پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، چاپ اول، 1387

14. همتی، همایون، پارادوکس آزادی مطلق، رواق اندیشه،

شماره 5، بهمن 1385

15. محمدی ری شهری، محمد، میزان الحکمه، مؤسسه فرهنگی

دارالحدیث، چاپ اول، 1379

16. ولایی، عیسی، فرهنگ تشریح اصطلاحات اصول، نشر نی، تهران،

چاپ دوم، 1380

17. جعفری ، محمد تقی ، رسائل فقہی ، موسسه منشورات کرامت ،
تهران، چاپ اول، 1419
18. مطهری ، مرتضی ، مجموعه آثار ، اسلام و نیازهای زمان ،
انتشارات صدرا ، 1368، ج 21
19. کلانتری ، علی اکبر لإحکم ثانوي در تشریع اسلامي ، مرکز
انتشارات دفتر تبلیغات اسلامي، چاپ اول، قم، 1378،
20. لاری، سید عبدالحسین ، التعليقه علی المکاسب ، موسسه
معارف اسلامي، چاپ اول، قم ، 1418
21. حکیم ، سید محمدتقی ، اصول العامه للفقه المقارن ،
قم، مؤسسه آل البيت، چ 2، 1390
22. کاشف الغطا ، شیخ محمد حسین، تحریر المجله ، مکتبه
المرتضويه، چاپ اول، نجف اشرف، 1359

ب : منابع عربی

23. ابن منظور مصری، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه ،
چاپ اول، 1405 هـ. ق،
24. احمد بن فارس، معجم مقایس اللغة ، دارالفکر ، 1399
هـ . ق
25. انصاری ، مرتضی ، المکاسب ، المؤتمر العالمی لتخلید
ذکری الشيخ الاعظم ، چاپ اول، قم ، 1415
26. خراسانی، محمد کاظم (آخوند) ، حاشیه المکاسب ، وزات
فرهنگ و ارشاد اسلامي، تهران، 1406
27. مظفر، محمدرضا ؛ اصول فقه ، تحقیق سید مهدی حسینی

گلپایگانی، موسسه الامام المنتظر، قم ، چاپ اول ، 1382ش،

ج2

28. نائینی، محمد حسین ، منیه الطالب فی شرح المكاسب،

المحمدیه، تهران، 1373

29. اصفهانی، محمد حسین ، حاشیة کتاب المكاسب ، چاپ

عباس محمد آل سباع قطیفی، قم ، 1418

30. فاضل هندی ، بهاء الدین محمد ، كشف اللثام ، موسسه

نشر اسلامی، قم ، 1416

31. محقق نراقی ، احمد بن محمد مهدی ، مستند الشیعه ،

موسسه آل البيت، چاپ اول، قم ، 1415

32. کلینی محمد بن یعقوب ، کافی ، دارالکتب الاسلامیه ،

تهران، 1365

33. محقق نراقی ، احمد بن محمد مهدی ، مستند الشیعه ،

موسسه آل البيت، چاپ اول، قم ، 1415

34. حر عاملی ، محمد بن حسن ، وسائل الشیعه ، موسسه آل

البيت، قم ، 1409

35. مصطفوی ، سید محمد کاظم ، ماته قاعده الفقهیة ،

موسسه نشر اسلامی، قم ، چاپ چهارم ، 1421

36. نجفی ، محمد حسن ، جواهر الکلام ، تهران ، مکتبه

الاسلامیه ، چاپ سوم ، 1367

37. مجلسی ، محمد تقی ، بحار الانوار ، موسسه الوفاء ،

بیروت، 1404 ، ج 23

38. میرزای قمی، قوانین الاصول، چاپخانه حاج ابراهیم، تهران، 1303 هـ. ق.، ج 2
39. مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول، نشر الیهادی، قم، 1413ق
40. محمد بن مکی العاملی (شهید اول)، الدروس الشرعیہ فی الفقه الامامیہ، نشر اسلامی، چاپ دوم، قم، 1417، ج 3
41. محمد بن مکی العاملی (شهید اول)، القواعد و الفوائد، به تحقیق عبداللہادی حکیم، قم، مکتبۃ المفید، 1399 هـ. ق
42. تبریزی، شیخ جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، موسسہ اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، 1416، ج 3
43. ابن اثیر (أبو السعادات المبارک بن محمد الجزری)، النہایہ فی غریب الحدیث و الاثر، مکتبہ العلمیہ، بیروت، 1399، ج1
44. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی الشرح مختصر النافع، موسسہ اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، 1405، ج 5
45. منتظری، حسینعلی، نظام الحکم فی الاسلام، نشر سراپی، چاپ اول، قم، 1380
46. موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقہیہ، مطبعہ الآداب، نجف، 1389ق، ج 1
47. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقہیہ، مدرسہ امام علی بن ابیطالب، چاپ پنجم، قم

