

Interpretation of General Terms and Emerging Developments; A Comparative Study of *Imami* Jurisprudence and American Law

Reza Pourmohammadi¹

Rahim Nobahar²

Abstract

How do new technologies affect the way we interpret legal texts? This is, on its face, an enormous question. Technology and science are ever-expanding in a rapid pace but, legislatures are often one step behind. This fact raises an important question: How do emerging developments in science and technology affect the way we interpret legal texts? One could fill many volumes in an effort to engage this issue in a serious way. But we can also learn a great deal about the larger subject by asking a more modest question: Can general old terms cover emerging developments that did not exist before? In this article, we, firstly, show applying general terms to emerging developments is an accepted method in *Imami* jurisprudence and American law. Secondly, a distinction must be made between emerging developments that could not have been dreamed of before or seemed impossible and emerging developments that could have been anticipated by an ordinary man.

Keywords: general terms, new issues, judge Scalia, textualism

¹ Ph. D. Candidate in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author); Email: r_pourmohammadi@sbu.ac.ir

² Associate Professor at Islamic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

استناد به عمومات در حل مسائل نوپدید؛ مطالعه تطبیقی فقه امامیه و حقوق آمریکا

رضا پورمحمدی^۱

رحیم نوبهار^۲

چکیده

غالب متون قانونی به صورت قضایای عام نوشته یا گفته شده‌اند. از طرف دیگر، همواره قانون‌گذار -در بهترین حالت- یک قدم از اختراعات و تحولات عقب بوده است. این دو امر، این پرسش بسیار مهم را به همراه خواهد داشت که آیا مفسر می‌تواند در فهم و حل مسائل نوپدید که در زمان تقنین وجود نداشته‌اند، به عمومات قانونی استناد نماید؟ اگر می‌تواند، ضوابط و اصول حاکم بر این استناد کدامند؟ در مقاله حاضر، سعی می‌کنیم با تکیه بر اصول مشترک تفسیری در میان فقهای امامیه و حقوق‌دانان آمریکایی، به این سوال بسیار مهم و بنیادین پاسخ دهیم. دیدگاه ما در قالب یک نظریه عمومی ذیل دو محور ارائه می‌گردد: در محور اول، نشان می‌دهیم که استناد به عمومات در حل مسائل نوپدید روشی عقلانی در تفسیر متون فقهی و حقوقی است؛ سپس در محور دوم، تلاش می‌کنیم تا شما را قانع نماییم که در این استناد باید میان مسائلی که در زمان تقنین برای مخاطب عادتاً محال و غیرممکن به نظر می‌رسیده و غیر آن تفاوت گذاشت، و صرفاً در صورت اول است که استناد به عمومات قابل قبول است.

کلیدواژه‌ها: عمومات، تفسیر، مسائل مستحدثه، قاضی اسکالیا، نص‌گرایی

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:

r_pourmohammadi@sbu.ac.ir

^۲ دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

مقدمه

از ویژگی‌های غالبی متون قانونی، تاریخ‌مندی آن است، این تاریخ‌مندی در برخی متون قانونی مانند متن فقهی به ۱۴ قرن و در برخی دیگر مانند کد ناپلئون و یا قانون مدنی ایران -به ترتیب- به دویست یا صد سال می‌رسد. در واقع شکل‌گیری محتوای قانون و تدوین آن در مقطع زمانی خاص و ناظر بودن واضح یا واضعان قانون به شرایط اجتماعی و مسائل و مشکلات عصر و زمانه خود طبعاً این پرسش را به همراه خواهد داشت که آیا می‌توان قوانین قدیمی را به گونه‌ای تفسیر کرد که حکم مسائل نوپدید را از آن استفاده نمود؟ این سوال از آن‌جا ناشی می‌گردد که در مسائل نوپدید، فقیه یا حقوق‌دان با فرضی مواجه می‌شود که نه تنها در زمان تقنین متعارف نبوده بلکه گاهی آن را محال و ناممکن می‌پنداشته‌اند. بدین‌سان این پرسش مطرح می‌شود که آیا با استناد به عموماًت کهن می‌توان حکم مسائل و مصادیق نوپدید را استنباط نمود؟ برای نمونه، اگر در قانون سال ۱۸۰۰ میلادی آمده باشد که «آزادی بیان حق هر شهروند آمریکایی می‌باشد»، آیا می‌توان ماده مذکور را شامل آزادی بیان در اینترنت و شبکه‌های اجتماعی در سال ۲۰۲۱ دانست؟ یا اگر در متن فقهی آمده است که «سرقه حرام است»، آیا می‌توان متن مذکور را شامل سرقت از شبکه‌های کامپیوتری دانست؟ در مقاله حاضر مشخصاً در صدد پاسخ به این سوال هستیم که آیا استناد به عموماًت در حل مسائل نوپدید صحیح است یا خیر و در صورت صحیح بودن ضابطه آن چیست؟ اما قبل از هر چیز باید دانست که منظور ما از «عموماًت» در این مقاله، معنایی است که «مطلق» در نزد اصولیان را نیز شامل می‌شود (برای پیشینه این معنا از واژه عام ر.ک.: حکیم طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ۲: ۹-۱۰).

مقاله حاضر در سه بخش سامان یافته است: در بخش اول به بررسی مفهوم «مسائل نوپدید» آن خواهیم پرداخت. در بخش دوم، جایگاه مسائل نوپدید در نظام فقه امامیه و حقوق آمریکا مطالعه خواهد شد. همچنین در این بخش نظریات فقهای امامیه و حقوق‌دانان آمریکایی درباره صحت یا عدم صحت استناد به عموماًت در حل مسائل نوپدید نیز بررسی خواهد شد. علت انتخاب نظام حقوقی آمریکا از میان سایر نظام‌های حقوقی، وفاداری ویژه غالب قضات و حقوق -دانان آمریکایی به ظهور عرفی متن قانون در زمان تقنین است که بسیار مشابه با نظریه تفسیری مورد پذیرش فقیهان امامیه است. بخش سوم نیز، با در نظر گرفتن مبانی و پیش فرض‌های مشترک

تفسیری در میان فقهای امامیه و حقوق‌دانان آمریکایی، ضوابط استناد به عمومات قانونی را بررسی می‌کند.

اموری که در این پژوهش مفروض قلمداد شده و بحث مبتنی بر آن‌هاست عبارتند از:

۱. همواره جریان غالب در تفسیر فقهی (برای نمونه می‌توان به مباحث پیش‌رو اشاره کرد که اصولیان در صدد شناسایی ظهور حین‌الصدور هستند. ر.ک.: شهید ثانی، ۱۴۱۶ق: ۱۲/ابن‌شہید ثانی، بی تا: ۳۴-۳۵/قمی، ۱۴۳۰ق، ۱: ۹۴، ۱۷۲، ۳۰۹، ۴۲۵-۴۲۶/حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ۱۷، ۳۲، ۴۴، ۵۲/کلاتری، ۱۳۸۳، ۱: ۲۹، ۷۳، ۷۵، ۲۴۸، ۶۱۳، ۶۹۷/آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۸، ۲۱، ۲۳، ۳۶، ۱۹۴، ۲۰۶، ۲۰۷/کرباسی، بی تا: ۳۱/مظفر، ۱۳۷۵، ۱: ۳۰/اشتهاردی، ۱۴۱۸ق، ۱: ۸۸/سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳ق، ۱: ۸۵) و حقوقی (Aleinikoff, 1988; Chemerinsky, 2019: 25; Cooley, 1998: 59; Dickerson, 1987; Easterbrook, 1988: 59; For the opposite opinion, see: Graham, 2009; Thibaut, 2008: 45; Witherspoon, 1956) در هنگام صدور و یا به تعبیر اصولیان «الظهور حین‌الصدور» را به دست آورد. حتی در حقوق آمریکا با قاعده‌ای مواجه هستیم که با عنوان «قاعده معنای ثابت»^۱ شناخته می‌شود و مطابق با آن مفسر در تفسیر حقوقی باید در تلاش باشد تا معنای معنای الفاظ قانون در زمان تقنین را به دست آورد. (Webster, 1851:164)

این پیش‌فرض در تفسیر فقهی نسبتاً مسلم انگاشته می‌شود، اما در نظام حقوقی آمریکا ضرورتاً همه مکاتب تفسیری خود را متعهد به تحصیل معنای الفاظ قانون در زمان تقنین نمی‌دانند، بلکه برخی معتقدند که مفسر باید در زمان تقنین با در نظر گرفتن اهداف قانون‌گذار (Marmor, 2014: 114; Radin, 1930; Scalia & Garner, 2012: 40) یا پیامدهای قانون در خارج (Form and Substance in Anglo-American Law, 1987: 109; Scalia, 1988) قانون پردازد. متناسب با رویکردهای اخیر، نزاع صحت یا عدم صحت استناد به عمومات در حل مسائل نوپدید موضوع پیدا نخواهد کرد.

۲. خطابات فقهی برای همه مردم حتی غیرمعاصران عصر تشریح اعتبار دارد. (مظفر، ۱۳۷۵، ۲: ۱۵۵/آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ۲: ۴۶/برای نظر مخالف ر.ک.: بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ۵۳۸/حسینی عاملی،

¹ Fixed-Meaning Canon.

۱۴۱۹ق، ۱۲: ۲۱۴-۲۱۵ / طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ۸: ۱۶۳-۱۶۴ / نجفی، ۱۳۶۲، ۴۱: ۱۶ / قمی، ۱۴۳۰ق، ۲: ۲۲۴، ۵۲۸) همچنین اعتبار خطابات قانونی برای غیر معاصرین از مبانی نسبتاً پذیرفته شده در تفسیر حقوقی محسوب می‌شود (See, e.g., *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 439 (1935); *United States v. Revis*, 22 F.Supp.2d 1242, 1255 (N.D.Okla. 1998); *May v. Saginaw County*, 32 F. 629, 632 (C.C.E.D. Mich. 1887); *Grimme v. Grimme*, 101 Ill. App. 389, 395 (Ill. Ct. App.1902); *Steiner v. Peterman*, 63 A. 1102, 1104 (N.J. Ch. 1906); *City of Goldsboro v. Moffett*, 49 F. 213, 215 (C.C.E.D.N.C. 1892); *Laws of Rhode Island* at 551; Antonin Scalia and Bryan A. Garner, 2012: 76). همچنین باید توجه کرد که قضایای فقهی و حقوقی مربوط به مصادیق خارجی در زمان تقنین نبوده و به صورت قضایای حقیقیه‌اند.

۳. بحث از امکان یا عدم امکان بهره‌مندی از عمومات صرفاً در فرضی مطرح می‌شود که از حیث لغوی و عرفی بتوان موضوع نوپدید را از مصادیق عبارت عام دانست و آلاً اساساً بحث حاضر موضوع پیدا نخواهد کرد. یعنی اگر از صحت یا عدم صحت استناد به آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» نسبت به بیع اینترنتی بحث می‌شود، ابتدا باید صدق عرفی عنوان «الْبَيْعَ» نسبت به بیع اینترنتی را مفروض دانست و سپس از صحت یا عدم صحت چنین استنادی بحث کرد.

۱. چیستی و گونه‌شناسی مسائل نوپدید

در ادبیات حقوقی - و مشخصاً حقوق آمریکا - هیچ معادل اختصاصی برای مسائل و موضوعات نوپدید وجود ندارد و بحث در این رابطه صرفاً با عنوان «تکنولوژی‌های جدید» (See., Scalia, 2017: 59; Scalia & Garner, 2012: 38, 91, 92; Scalia & Kagan, 2020: 33,130,209,212) مورد بررسی قرار گرفته و سوال به این صورت مطرح می‌شود که «آیا عمومات قانونی می‌توانند شامل نوآوری‌ها و تکنولوژی‌های جدید شوند؟» (Maloney & Snead, 2017; See, e.g., Scalia & Garner, 2012: 91-92, 131; Snead, 2004). اما در ادبیات فقهی، با توجه به فاصله گرفتن از عصر تشریح، از قدیم الایام بحث‌های مفصلی ذیل تعریف و ضوابط «مسائل نوپدید: الْمَسَائِلُ الْمُسْتَحْدَثَةُ» و عناوین مشابه^۱ ارائه شده است. (برای نمونه ر.ک.: نراقی، ۱۴۱۵ق، ۱۵: ۸۸ / روحانی، ۱۴۳۵ق، ۱: ۱۸۹)

^۱ برخی عناوین مشابه عبارتند از مسائل یا موضوعات نوازل، مستجده، جدیدة.

مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۲۳۳ / قاننی، ۱۴۲۴ق، ۱: ۲۰ / هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹ق، ۳: ۳۸۳ / تبریزی، ۱۴۰۳ق، ۴: ۲۴۵ / اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۴: ۲۴۵ / فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۱۴ق، ۴: ۲۴۵ / سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵ق، ۳: ۱۰ / کاشف الغطاء، ۱۳۸۱ش، ۲: ۴۹؛ برای ملاحظه تعاریف فقهای اهل سنت ر.ک.: اسلامی، ۱۳۹۸: ص ۶۵) شایان گفتن است به رغم وجود تعاریف گوناگون و فراوان، همه اتفاق نظر دارند که مسائل نوپدید به موضوعاتی گفته می‌شود که جدید بوده و حکم شرعی آن‌ها در متن فقهی - اعم از آیات، روایات و کلمات فقها - یافت نشود. متناسب با تعریف مذکور، مسائل نوپدید در حقوق را می‌توان موضوعاتی دانست که جدید بوده و حکم آن‌ها در متون حقوقی - اعم از متون قانونی یا آرای قضات - یافت نشود. این نیافتن - در متن فقهی یا حقوقی - دو دلیل می‌درتواند باشد:

۱. موضوع در زمان تشریح یا تقنین وجود نداشته است تا حکمی برای آن صادر گردد. مانند شنود مکالمات شهروندان، سرقت کامپیوتری، رمز ارز، حق مالکیت معنوی، ردیابی شهروندان با GPS، تصویربرداری با دوربین ماهواره‌ای یا حرارتی، ادای شهادت از طریق پخش زنده، آزادی بیان در اینترنت، بیمه، بیع ازمانی، مهندسی ژنتیک و واکسیناسیون، کارت‌های اعتباری.
۲. موضوع در زمان تشریح یا تقنین وجود داشته، ولی خصوصیات شرایط و قیود آن در زمان کنونی عوض شده که مقتضی حکم جدیدی است. مانند خرید و فروش فاضلاب که در زمان تقنین، امکان بازیافت و مالیت نداشته و در عصر کنونی امکان و مالیت یافته است.

۳. نظریات فقهای امامیه و حقوق‌دانان آمریکایی

اعتبار عمومات موجود در متن فقهی و حقوقی از جمله اصول مفروض در بین دانشوران فقه است (ر.ک.: کلانتری، ۱۳۸۳، ۲: ۱۶۳ / آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۲۲۶ / کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶، ۱: ۲۵۵ / مظفر، ۱۳۷۵، ۱: ۲۹ / فیاض، ۱۴۱۷ق، ۵: ۱۹۷ / صدر، ۱۳۷۹، ۲: ۶۹ / خمینی، ۱۴۱۸ق، ۵: ۲۷۸). حتی در تفسیر فقهی، برخی استناد به عمومات را همان اجتهاد دانسته‌اند (ر.ک.: ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ۲: ۴۳۳). همچنین در حقوق آمریکا نیز قاعدای وجود دارد با عنوان «قاعدة عبارات عام»^۱ که بر اساس آن باید الفاظ را حمل بر معنای عام آن نمود (Scalia & Garner, 2012: 76) اما با این وجود، موضع فقه و حقوق آمریکا نسبت به استناد به

¹ General Term Canon.

عمومات در مسائل نوپدید چندان روشن نیست. در ادامه به آرای فقهای امامیه و حقوق‌دانان آمریکایی خواهیم پرداخت.

۱.۳ دیدگاه فقهای امامیه در استناد به عمومات فقهی در مسائل نوپدید

رویکرد غالب در تفسیر متون فقهی بر این است که می‌توان مطلقاً و عمومات را شامل موضوعات نوپدید دانست، برای نمونه، در برخی متون فقهی احکام خاص و ویژه‌ای برای «سلاح» وجود دارد. همان‌طور که از امام باقر (ع) نقل شده است: «مَنْ جَرَحَ صَيْدًا بِسِلَاحٍ وَ ذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ... فَلْيَأْكُلْ مِنْهُ إِنْ شَاءَ» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۲۳: ۳۶۲)، حال برای فقها این سوال پیش آمده است که آیا واژه «سلاح» در متن مذکور صرفاً شامل سلاح‌های رایج در زمان تشریح -مثلاً شمشیر، نیزه و تیرکمان- می‌شود یا اختراعات بعدی مانند تفنگ را نیز در بر می‌گیرد؟ محقق سبزواری در کفایة الاحکام می‌نویسد: «تردید وجود دارد که بتوان تفنگ [را که موضوعی مستحدث است] مشمول عمومات صید با سلاح دانست» (محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ۲: ۵۷۶) سپس وی قول به حلیت صید با تفنگ را غیربعید می‌شمارد و در استدلال‌های خود به عمومات حلیت صید با سلاح استناد می‌کند (محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ۲: ۵۷۶). فقهای دیگری همچون علامه مجلسی (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ۶۲: ۲۷۲) و محقق نراقی (نراقی، ۱۴۱۵ق، ۱۵: ۳۱۹/نراقی، ۱۳۸۰، ۱: ۱۷۶) نیز در این مساله از محقق سبزواری تبعیت می‌کنند. فتوای برخی فقیهان مبنی بر شامل شدن «سلاح» نسبت به هر نوع سلاحی که عرف آن را «سلاح» می‌شناسد نیز شاید مبتنی بر همین نظریه است. (ر.ک.: طوسی، ۱۴۰۰ق: ۳۶۶/علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ۲: ۴۶۷/شهید ثانی، ۱۳۷۹، ۱: ۵۱۵/انصاری، ۱۴۱۵ الف، ۱: ۱۵۰/اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۹۹/طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ۱۰: ۶۱۸/فیاض، ۱۴۱۸ق: ۲۷۴)

بسیاری از فقیهان مشخصاً به پذیرش یا عدم پذیرش استناد به عمومات در حل مسائل نوپدید تصریح نکرده‌اند، اما بسیاری از فتاوا و استدلال‌های فقهی ایشان کاملاً مبتنی بر پذیرش این نظریه می‌باشد. برای نمونه می‌توان به موارد پیش‌رو اشاره کرد: حرمت تولید، نگهداری و استفاده از مواد مخدر با استناد به عموم «وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۶۲۵)؛ استنباط حکم نماز در مناطقی مانند قطب شمال و قطب جنوب که شش ماه شب و شش ماه روز است با استناد به عمومات عدم ترک نماز در هیچ حالی (خامنه‌ای، ۱۴۱۵ق/سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۱: ۴۶۷/مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۲: ۷۳)؛ حرمت اقسام جدید غنا با استناد به عمومات نهی از غنا (مقدس

اردبیلی، ۱۳۶۲، ۱۲: ۳۳۶؛ حق فرزندداری برای زوج (مومن قمی، ۱۳۷۵: ۱۲۱)، کنترل جمعیت با عقیم سازی (مومن قمی، ۱۳۷۵: ۱۱۴)، ذبح شرعی با دستگاه‌های خودکار (جوهری، ۱۴۲۲ق، ۲: ۳۲۰)، پاکی و نجاست ژلاتین خوکی و موارد مشابه (محسنی، ۱۳۸۲: ۳۵۴-۶۴)، برقراری نسب از طریق تغییر جنسیت (خرازی، ۱۳۷۹: ۴۰ / مومن قمی، ۱۴۱۵ق: ۱۱۶)، کاهش ارزش پول در باب قرض (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸)، اعتبار آزمایش ژنتیک (محسنی، ۱۳۸۲: ۳۰-۳۲). همچنین آثار پذیرش نظریه صحت استناد به عموماًت در حل مسائل نوپدید را می‌توان در دو مسئله فقهی ذیل ملاحظه کرد:

الف) عمومیت وفا به عقود و عقود نوپدید

این سوال برای فقیهان مطرح شده است که آیا عموماًت وفا به عقود و تعهدات از جمله: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (مائده: ۱) و «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۵: ۴۰۳-۴۰۴) صرفاً شامل عقود رایج در زمان تقنین می‌شود و یا عقود نوپدید مانند بیمه، بیع ازمائی را نیز در برمی‌گیرد؟ محقق نائینی در این باره می‌نویسد: «اگر سببی (عقدی) در زمان شارع متعارف نبود و بعداً رواج پیدا کرد، همین مقدار که بر آن صدق «معامله» شود، عموماًت و اطلاقات شامل آن خواهند شد و وجهی برای اختصاص یا انصراف وجود ندارد» (نائینی، ۱۳۷۳، ۱: ۱۰۴-۱۰۵).

ب) سرقت از شبکه‌های کامپیوتری

درباره سرقت اطلاعات از شبکه‌های کامپیوتری یا از کامپیوترهای شخصی این سؤال وجود دارد که آیا ادله حرمت سرقت - مثل «حُرْمَ السَّرْقَةِ لِمَا فِيهَا مِنْ فَسَادِ الْأَمْوَالِ وَ قَتْلِ الْأَنْفُسِ» (حرعاملی، ۱۴۱۶ق، ۲۸: ۲۴۱-۲۴۲) - شامل این گونه اعمال می‌شود یا نه؟ این سوال ریشه در سوال دیگری دارد و آن اینکه آیا ادله حرمت سرقت صرفاً شامل مصادیق رایج سرقت در زمان تشریع می‌شود و یا اینکه مصادیق نوپدید سرقت را نیز در برمی‌گیرد؟ برخی از فقیهان که به این مسأله پرداخته‌اند، عموماًت سرقت را شامل این مصادیق نوپدید ندانسته‌اند (ر.ک.: یزدی، ۱۳۸۰: ۱۰۳)، البته نسبت به فتاوای ایشان این احتمال نیز وجود دارد که ظهور واژه «سرقت» و عناوین مشابه را صرفاً ناظر به ربودن اموال فیزیکی می‌دانند، در این صورت، سرقت از شبکه‌های کامپیوتری اساساً از موضوع نزاع ما خارج خواهد بود.

در جمع‌بندی آرای فقیهان امامیه می‌توان معتقد شد که مشهور ایشان استناد به عموماً در حل مسائل نوپدید را — با فرض صدق عرفی عنوان عام بر موضوع نوپدید — مطلقاً صحیح می‌دانند. در ادبیات حقوقی ایران که متأثر از فقه امامیه است، میان نویسندگان حقوقی تمایل به این نظریه کاملاً مشهود است (برای نمونه ر.ک.: گندمکار و دیگران، ۱۴۰۰؛ الهام، ۱۴۰۰).

۲.۳. دیدگاه حقوق‌دانان آمریکایی در استناد به عموماً در مسائل

نوپدید

همان‌طور که گذشت، اساساً سوال از صحت یا عدم صحت استناد به عموماً در حل مسائل نوپدید صرفاً برای آن حقوق‌دانانی مطرح است که خود را متعهد به تحصیل معنای متعارف متن قانون در زمان تقنین و یا قصد تقنینی قانون‌گذار در زمان تقنین می‌دانند. این گروه که در میان حقوق‌دانان با عناوین «اصل‌گرایان»^۱، «نص‌گرایان اصل‌گرا»^۲ و «قصد‌گرایان»^۳ شناخته می‌شوند، با این چالش مواجه هستند که از یک سو متعهد به تحصیل معنای قانون در زمان تقنین می‌باشند و از سوی دیگر، بدون شک معنای قانون در زمان تقنین، ظهوری در مسائل نوپدید نداشته است، خصوصاً مسائل و اختراعاتی که قانون‌گذار آن‌ها را در زمان تقنین عادتاً محال می‌پنداشته است. در حل این مسئله، بسیاری از حقوق‌دانان آمریکایی بر این باورند که اگر عنوان عام عرفاً بر آن مصداق نوپدید صادق است، می‌توان آن را مضمول قانون دانست (See Scalia & Garner, 2012: 38). هرچند قانون‌گذار بدان موضوع نوپدید التفات نداشته و یا آن را اساساً محال می‌پنداشته است (See Scalia & Garner, 2012: 38; Scalia & Kagan, 2020: 267). برای نمونه، این سوال برای حقوق‌دانان آمریکایی مطرح شده است که آیا «قانون کنترل اسلحه» (The Gun Control Act, 1968) مصوب ۱۹۶۸ میلادی صرفاً شامل اسلحه‌های موجود در زمان تقنین می‌شود یا اینکه اختراعات بعدی را نیز در برمی‌گیرد؟ لان فولر^۴ در پاسخ به این سوال می‌نویسد: «فرض کنید قانون‌گذار مقرر می‌دارد: حمل هرگونه سلاح خطرناک به صورت مخفیانه جرم است. بعد از تصویب قانون، وسیله‌ای در ابعاد یک خودنویس اختراع می‌شود که می‌تواند اشعه‌کشنده پرتاب نماید. آیا مخفی کردن چنین خودکاری مضمول قانون

¹ Originalists.

² Textual originalists.

³ Intentionalists.

⁴ Lon Fuller (1978).

مذکور نخواهد بود؟! بی شک، متن مذکور چنین خودکاری را نیز در برمی گیرد». (Fuller, 1936: 429, 445-446) قاضی اسکالیا نیز می نویسد: «عبارات قانون به معنای آن چیزی هستند که در زمان نوشتن به افراد معقول منتقل می کرده اند، با این پیش فرض که عبارات کلی ممکن است نوآوری های تکنولوژیکی بعدی را نیز شامل شوند...» (Scalia & Garner, 2012b: 38) نباید این چنین تصور شود که پذیرش نظریه اصالت گرایی، استناد به قوانین برای استنباط حکم فناوری های جدید که در زمان تقنین وجود نداشته را غیرممکن می سازد. (Birch, 2003: 445, 467-468; See, e.g., Landau, 2011) ایالات متحده آمریکا^۱ شامل آزادی بیان در اینترنت نمی گردد، همچنین قوانین مربوط به معاملات نسبت به خرید و فروش تراشه های کامپیوتری، کاربردی ندارند. این ادعا [که عموماً قانونی شامل موضوعات نوپدید نشوند] ادعایی بی اساس است. زیرا قانون گذاران به خوبی می دانند که قوانین تصویب شده توسط ایشان، شامل موضوعات نوپدید نیز می گردد، همان طور که قانون ممنوعیت سرقت مصوب قرن نوزدهم میلادی شامل سرقت اجاق گاز مایکروویوی نیز می گردد (See *K Mart Corp. V. Cartier, Inc.*, 1987). (Scalia & Garner, 2012: 36) همچنین می توان به پرونده کریسپین علیه شرکت کریستین اودیجیر (۲۰۱۰م) اشاره کرد که در آن، علی رغم اینکه قانون «ارتباطات ذخیره شده»^۲ مصوب سال ۱۹۸۶ میلادی است، قاضی آن را شامل اطلاعات ذخیره شده در شبکه های اجتماعی -از جمله فیس بوک- دانست (*Crispin v. Christian Audigier, Inc.*, 2010).

نظریه استناد به عموماً در حل مسائل نوپدید، در میان حقوق دانان آمریکایی مطلق بوده و با بهانه هایی مانند تعارض آن با اصل تفسیر به نفع متهم در حوزه حقوق کیفری کنار گذاشته نمی شود. در پرونده برودر علیه ایالات متحده (۱۹۴۱م)، قاضی دادگاه عالی در رأی خود تصریح می کند: «قوانین قدیمی در موقعیت های تغییر یافته اعمال می شوند... حتی یک قانون کیفری

^۱ «کنگره در خصوص رسمیت بخشیدن به یک دین، یا منع پیروی آزادانه از آن یا محدود ساختن آزادی بیان یا مطبوعات یا حق مردم برای برپایی اجتماعات آرام و دادخواهی از حکومت برای جبران خسارت، هیچ قانونی را وضع نمی کند».

^۲ Stored Communications Act.

شامل هر چیزی است که متعاقباً در نگاه عرف مشمول آن قانون می‌شود». (*Browder v. United States*, 1941)

در مقابل، برخی حقوق‌دانان آمریکایی مخالف استناد به عموماً کهن در حل مسائل نوپدید هستند. برای مثال برخی قوانین مربوط با ممنوعیت تجسس در حریم خصوصی مصوب ۱۸۷۵ میلادی را شامل تجسس با GPS نمی‌دانند. (See Landau, 2011) گروه دیگری نیز صریحاً شمولیت قانون اساسی آمریکا را نسبت به تکنولوژی‌های جدید نفی می‌کنند (See Birch, 2003).

تقابل این دو دیدگاه را به می‌توان در سه پرونده بسیار مشهور و جنجالی در نظام قضائی آمریکا ملاحظه کرد:

الف) پرونده مریلند علیه کریگ

متمم ششم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا مصوب ۱۷۹۱ میلادی مقرر می‌دارد: «در کلیه مجازات‌های کیفری، متهم از حق مواجهه با شهود علیه خود برخوردار است». در پرونده مریلند علیه کریگ (۱۹۹۰ میلادی)، کرگ به جرایم جنسی و آزار و اذیت مریلند، یک کودک شش ساله متهم شده بود. قاضی پرونده به مریلند اجازه داد که خارج از حضور متهم و از طریق دوربین مداربسته که به طور زنده در دادگاه پخش می‌شد، شهادت دهد. چرا که شکی نیست که شهادت در دادگاه علنی برای دختر جوان شش ساله تجربه‌ای عمیقاً آسیب‌زا بوده و احتمالاً او را از شهادت منع می‌کرد. از طرف دیگر، بدون شهادت کودک، محکومیت بسیار بعید بود. سؤالی که در دادگاه عالی ارائه شد این بود که آیا رویه مذکور (شهادت از طریق پخش زنده) با الزامات متمم ششم قانون اساسی مطابقت دارد یا خیر؟ واضح است که متمم ششم زمانی تصویب شده بود که اساساً شهادت از طریق پخش زنده محال به نظر می‌رسیده، اما قضات در آن پرونده به این جمع‌بندی رسیدند که واژه «مواجهه: Confrontation» که در متن قانون ذکر شده است، عام بوده و می‌تواند مصادیق نوپدید مواجهه مانند مواجهه از طریق پخش زنده را نیز در برگیرد.

ب) پرونده ایالت متحده علیه کامرسیل

در پرونده ایالات متحده علیه کامرسیل (۱۹۹۹م)، یک مرد نوزده ساله ساکن شهر ریور دیل در ایالت یوتا، از پیام رسان فوری (AOL) برای ارسال تهدید ساختگی بمب به کارفرمای نامزد

خود در شهر اوگدن واقع در ایالت یوتا استفاده کرد. قانون ایالات متحده مصوب ۱۹۴۸ میلادی مقرر می‌دارد: «هر کس هر گونه پیامی حاوی هر گونه تهدید به آدم‌ربایی یا هر گونه تهدید به آسیب رساندن به شخص دیگری را در بین ایالت‌های آمریکا و یا خارج از ایالات متحده [به داخل ایالات متحده] مخابره کند، تحت این عنوان جریمه خواهد شد یا حداکثر پنج سال حبس خواهد شد، یا هر دو» (U.S. Code § 875 - Interstate Communications). قابل توجه است که در سال ۱۹۹۹ میلادی، هر پیام (ایمیل یا غیره) که از طریق AOL ارسال می‌شد، ابتدا به یک سرور AOL در ایالت ویرجینیا هدایت و سپس به مقصد ارسال می‌شد. بنابراین تهدید بمب - که از شهری در ایالت یوتا به شهری مجاور در همان ایالت ارسال شده بود - در واقع از خطوط ایالتی عبور کرده و باعث ایجاد رابطه بین ایالتی لازم برای صلاحیت دادگاه فدرال شد. دادگاه آمریکا با استناد به قانون مصوب ۱۹۴۸ میلادی، کامیرسل را مجرم شناخت چرا که از سوی او، پیامی بین ایالتی حاوی تهدید آسیب‌رساندن به دیگران ارسال شده بود. وکیل کامیرسل مدعی بود که هر چند متن قانون مذکور عام است و هر نوع پیام بین ایالتی حاوی تهدید را شامل است، اما نباید آن را به گونه‌ای تفسیر نمود که تغییر و تحولات تکنولوژیک را نیز شامل گردد. اما قاضی پل جی. کلی با اعتقاد به اینکه عمومات قانونی، موضوعات نوپدید و مستحدثت را نیز شامل می‌شوند، متهم را به جرم ارسال پیام تهدیدآمیز بین دو ایالت محکوم کرد (U.S. v. Kammersell, 1999).

۳.۲.۳. پرونده کایلو علیه ایالات متحده آمریکا

متمم چهارم قانون اساسی ایالات متحده مصوب ۱۷۹۱ میلادی «هر نوع تجسس و توقیف غیرمنطقی» را ممنوع اعلام می‌دارد. پیشرفت‌های تکنولوژیک، قضات آمریکایی را با این پرسش مواجه کرد که آیا بررسی‌هایی که به واسطه برخی ابزار جدید -مانند ردیابی GPS ماشین- صورت می‌پذیرد، از مصادیق «تجسس غیرمنطقی» است یا خیر؟ در پرونده کایلو علیه ایالات متحده (۱۹۹۹م)، کایلو استدلال کرد که دولت بدون اجازه با استفاده از فناوری تصویربرداری حرارتی به جمع‌آوری اطلاعات از خانه متهم پرداخته است و این نقض متمم چهارم قانون اساسی است. دولت در مقام دفاع پاسخ داد که قانون مذکور که در سال ۱۷۹۱ میلادی تصویب شده است، صرفاً ناظر به بازرسی فیزیکی (ورود فیزیکی به اماکن) می‌باشد، حال آن‌که دولت هیچ ورودی به خانه آقای کایلو نداشته است و صرفاً به طور قانونی در خیابان ایستاده و اطلاعات

مربوط به گرمای ناشی از بیرون خانه را جمع آوری کرده است. قاضی اسکالیا در مقام قضاوت میان آقای کایلو و دولت، به حمایت از کایلو پرداخت (Kyllo v. United States, 2001; See also Minnesota v. Dickerson, 1993)، زیرا هرچند متمم چهارم در سال ۱۷۹۱ میلادی به تصویب رسیده است و در آن زمان تصویربرداری حرارتی وجود نداشته است، اما با توجه به اینکه عموماً موضوعات نوپدید را نیز شامل می‌شوند، پس افعالی که در سال ۲۰۰۱ میلادی و یا سال‌های بعد نیز عرفاً «بازرسی» شناخته می‌شوند نیز ممنوع هستند. (Scalia & Garner, 2012: 92)

۴. نظریهٔ منتخب در استناد به عموماً قانونی در حل مسائل نوپدید

به نظر می‌رسد که در استناد به عموماً فقهی و قانونی باید میان موضوعات نوپدیدی که در زمان تقنین رایج نبوده‌اند اما با این وجود عرف آن‌ها را محال نمی‌پنداشته است؛ و موضوعاتی نوپدیدی که در زمان تقنین عادتاً محال و غیرممکن به نظر می‌رسیده‌اند، تفاوت گذاشت. اثبات این نظریه متوقف بر تبیین دو امر است:

اولاً؛ به باور فقیهان تفاسیر ارائه شده از متن فقهی باید مطابق با ذوق سلیم شناخته شود (ابن شهید ثانی، بی تا: ۹۹/ حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ۶۸/ سبحانی تبریزی، ۱۳۸۳: ۱۸/ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳ق: ۲/ ۲۲۴/ قدسی، ۱۴۲۸، ۲: ۱۸۴/ حاج عاملی، ۱۴۲۴، ۳: ۳۶۰). همچنین تبعیت تفسیر از طبع انسان نیز از پیش فرض‌های نسبتاً پذیرفته شده در میان فقیهان می‌باشد. (قمی، ۱۴۳۰ق: ۱/ ۱۶۴/ کلانتری، ۱۳۸۳، ۴: ۷۶۵/ اشتهاردی، ۱۴۱۸ق: ۱: ۲۴۱). به همین ترتیب، فقیهان تلاش می‌کنند تا از ارائه تفاسیر مستهجن خودداری نمایند. (اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ۳: ۹۱/ مظفر، ۱۳۷۵، ۲: ۳۰۰، ۳۱۸/ حاج عاملی، ۱۴۲۴ق: ۳: ۴۹۰/ قدسی، ۱۴۲۸ق: ۲: ۴۰۴، ۳، ۱۸۳، ۲۴۸). متناسب با همین دیدگاه است که فقیهان ارائه تفسیری که منجر به تخصیص اکثر (ابن شهید ثانی، بی تا: ۱۱۰/ اصفهانی نجفی، بی تا، ۳: ۲۵۹) یا تخصیص عام آبی از تخصیص (خویی، ۱۳۵۲، ۱: ۵۰۰-۵۰۱؛ ۲: ۱۸۳/ کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶، ۲: ۵۵۹؛ ۳: ۱۶۱) شود را مستهجن و غیر صحیح می‌دانند. از این رو کلیه تفاسیر از متن فقهی با این پیش فرض بررسی می‌شود که متن به زبان عرفی صادر شده است. (برای نمونه ر.ک.: خمینی، ۱۴۳۴ق: ۱: ۴۸۷؛ ۳: ۴۶۷؛ ۴: ۷۶، ۲۱۹، ۴۳۸؛ ۵: ۱۳۹، ۲۵۶/ حسینی میلانی، ۱۴۰۵ق: ۱: ۲۶۱/ مقدس اردبیلی، ۱۳۶۲، ۸: ۳۸۷/

نراقی، ۱۳۷۵: ۵۷/ نجفی، ۱۳۶۲، ۵: ۳۰۹/ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۹۸، ۱۴۱۵: ۱/ حسینی
مراغی، ۱۴۱۷: ۱: ۲۲۰؛ ۲: ۲۵۱، ۲۵۶)

در فضای تفسیر حقوقی نیز عرفی بودن متن حقوقی یکی از پیش فرض‌های مسلم تفسیری است. (Boyce, 2015; See Kent, 1826: 432; Patterson, 1964; See also The California Code of Civil Procedure, 1861)¹ یکی از بزرگ‌ترین قضاوت و حقوق دانان آمریکایی در قرن ۱۹ میلادی، در رابطه با عرفی بودن متن قانون اساسی^۲ می‌نویسد: «هر واژه‌ای که در متن قانون اساسی به کار رفته است باید مطابق با معنای عرفی آن تفسیر شود، مگر اینکه از سیاق فهمیده شود که از واژگان معنای غیر عرفی آن اراده شده است. قانون اساسی متنی در رابطه با امور متافیزیکی یا منطقی... یا بیان مباحث فلسفی و حقوقی نیست. بلکه [متن قانون اساسی] ابزاری است که در راستای مسائل عرف و برای نیازهای عرف که به گونه‌ای قابل فهم برای عرف طراحی شده است» (Story, 1833: 157).

ثانیاً؛ به نظر می‌رسد مسائل نوپدید را به دو گروه تقسیم کرد:

۱. مسائلی که در عصر تقنین محل ابتلا نبوده‌اند بدین لحاظ که به آن‌ها هیچ توجهی نشده است تا از حکمشان سؤال شود؛ اما اگر به آن‌ها توجه می‌شد، عرف آن‌ها را اموری ممکن و معقول می‌دانست. مثل اتانازی (قتل از روی ترحم)، بیع ازمانی، بیمه، سرقتی و یا بسیاری از عقود نوپدید دیگر. موارد مذکور در زمان تقنین معقول و ممکن تلقی می‌شده‌اند منتهی به هر دلیلی مورد ابتلای عرف دوران تقنین نبوده است تا حکم آن‌ها بیان گردد.

۲. موضوعات و متعلقات غیر مبتلا در عصر تقنین که برای عرف زمان تقنین غیر معقول و محال به نظر می‌رسیده است. مثل مکالمه تصویری، تغییر جنسیت، تست ژنتیک، سرقت از شبکه‌های کامپیوتری، رحم اجاره‌ای، اهدای عضو متوفی، شنود مکالمات شهروندان.

¹ "The terms of a writing are presumed to have been used in their primary and general acceptance . . .".

² هرچند کلام قاضی استوری در رابطه با قانون اساسی است، اما برخی تصریح کرده‌اند که قانون اساسی موضوعیت نداشته و عرفی بودن متن قانونی وصف همه قوانین است. ر.ک.:

Antonin Scalia and Bryan A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, 1st edition (St. Paul, MN: West, 2012), 79.

با در نظر گرفتن دو مقدمه مذکور، اگر معیار در تفسیر قوانین، عرف و فهم عرفی است، در صحت یا عدم صحت استناد به عموماًت در حل مسائل نوپدید نیز باید به عرف و فهم عرفی مراجعه نمود. به عبارت دیگر، اینکه الفاظ قانون باید حمل بر معنای حقیقی شوند؛ یا اینکه تخصیص مستهجن قبیح است، و سایر اصول لفظی در هیچ آیه یا روایتی بیان نشده است، بلکه قواعد حاکم بر زبان عرف چنین اقتضا می‌کند. در جواز یا عدم جواز استناد به اطلاقات و عموماًت در حل مسائل مستحدثه نیز باید عرف و فهم عرفی را محور قرار داد. به نظر می‌رسد که عرف تمسک به اطلاقات و عموماًت در قسم اول را صحیح و عقلانی و استناد به عموماًت در قسم دوم را غلط و غیرعقلانی می‌شمارد. برای مثال هر چند بیع ازمانی در صدر اسلام میان مردمان آن دوران رایج نبوده است بلکه اساساً چنین بیعی وجود نداشته است، اما اگر در آن زمان چنین بیعی به عرف ارائه می‌شد، عرف بدون هیچ تردیدی اطلاقات و عموماًت قانونی مانند «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) و «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ [ص] نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغُرَرِ» (ابن حیون، ۱۳۸۵، ۲: ۲۱)؛ را شامل آن می‌دانست. همچنین اگر در زمان حضور معصوم (ع) مسئله قتل از روی ترحم پیش می‌آمد، استناد به اطلاقات و عموماًت نهی از قتل نفس محترم کاملاً عقلانی و مورد پذیرش فهم عرفی بود، همان‌طور که اگر از مردمان ایالات متحده در سال ۱۹۶۸ میلادی پرسیده می‌شد که آیا خودکاری که کارکرد اسلحه خطرناک دارد و عرفاً اسلحه شناخته می‌شود را شامل قانون ممنوعیت اسلحه می‌دانند، بدون شک پاسخ مثبت می‌دانند هر چند در آن دوران چنین اسلحه‌ای وجود نداشت.

در مقابل، استناد به عموماًت در قسم دوم غیرعقلانی و مستهجن است. در واقع این مسائل حتی اگر در زمان تقنین نیز پدید می‌آمدند، عرف به عموماًت موجود در آن زمان تمسک نمی‌کرد بلکه حیران و مردد می‌ماند تا از معصوم Γ یا نهاد قانون‌گذاری خود کسب تکلیف نماید. برای مثال حتی اگر در عصر تشریح نیز مسئله آزمایش DNA پیش می‌آمد، حقیقتاً عرف در شمولیت عموماًتی مانند «الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ وَاللِّعَازِرِ الْحَجَرُ» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۲۱: ۱۶۹) نسبت به آن تردید پیدا می‌کرد. یعنی عرف این حق را برای خود قائل نبود تا در استنباط حکم مذکور به عموماًت مراجعه نماید بلکه چنین استنادی را غیرعقلانی و مستهجن می‌دانست. برای تقریب به ذهن می‌توان گفت که در دوران ما «سفر در زمان» امری محال به نظر می‌رسد، آیا آیندگان با تمسک به عموماًتی که در حال حاضر از قانون‌گذار ما صادر می‌شود، می‌توانند حکم جواز یا

عدم جواز و یا سایر احکام سفر در زمان را استنباط نمایند؟! برای مثال ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی مقرر دارند: «شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته و یا به واسطه مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود». آیا آیندگان می‌توانند واژه «سفر» در قانون مذکور را شامل سفر در زمان بدانند؟ بدون شک، ارائه چنین تفاسیری از متون قانونی خلاف فهم و ارتکاز عقلانی محسوب است.

باید توجه کرد که برخی حقوق‌دانان آمریکایی هرچند استناد به عمومات در حل مسائل نوپدید را جائز می‌شمارند اما در این رابطه تفاوتی میان موضوعاتی که در زمان تقنین محال به نظر می‌رسیده‌اند و غیر آن نمی‌دانند. برای نمونه اسکالیا می‌نویسد: «اگر قانونی در رابطه با هواپیماها در سال ۲۰۱۲ میلادی تصویب شود، و در سال ۲۱۱۲ میلادی نیز آن قانون کماکان معتبر باشد، نسبت به آن چه عرفاً هواپیما شناخته می‌شود لازم الاجرا است هرچند در سال ۲۰۱۲، اختراع شدن چنین هواپیمایی محال به نظر می‌رسیده است» (Scalia & Garner, 2012: 38). اما در تفصیلی که ما ارائه کردیم، استناد به عمومات در موضوعاتی که عادتاً در زمان تقنین محال به نظر می‌رسیده‌اند، محال است.

با این حال نظریه‌ای که ارائه کردیم با دو چالش مواجه است:

اولاً؛ ممکن است اشکال شود که نظریه ارائه شده هرچند نسبت به قانون‌گذاران عرفی صادق است اما نسبت به قانون‌گذار اسلام که عالم مطلق می‌باشد، صحیح نخواهد بود.^۱ اشکال مذکور وارد نیست، زیرا ما استهجان استناد به عمومات را ناشی از محدودیت علم قانون‌گذار ندانستیم تا ادعا شود که قانون‌گذار اسلام عالم مطلق است، بلکه ما مدعی هستیم اساساً متن فقهی در منظر عرف فاقد چنین قابلیت است که مسائل قسم دوم را در بر بگیرد. یعنی همان‌طور که عرف حمل الفاظ بر خلاف معنای ظاهری و یا تخصیص عام آبی از تخصیص را مستهجن و قبیح می‌شمارد، استناد به عمومات کهن در حل مسائلی که در زمان تقنین عادتاً محال به نظر می‌رسند را نیز قبیح و مستهجن می‌شمارد. بنابراین استناد به عمومات در حل مسائل نوپدید خلاف روش رایج میان عقلا در فهم و مفاهمه است، و در این رابطه تفاوتی میان متن فقهی و حقوقی وجود ندارد.

ثانیاً؛ با فرض پذیرش ضابطه ارائه شده در استناد به عمومات، این پرسش مطرح خواهد شد

^۱ این اشکال از سوی آیت الله سید محمد رضا مدرسی یزدی، فقیه عضو شورای نگهبان، به نظریه ارائه شده از سوی نگارنده وارد شده است (پورمحمدی، رضا. ۱۳۹۹/۱۲/۱۸). مصاحبه شخصی).

که چطور و چگونه می‌توان کشف کرد که آیا فلان موضوع در زمان تقنین صرفاً محل ابتلاء نبوده است یا اینکه عرف آن دوران اساساً آن را محال می‌پنداشته؟ برای مثال چطور می‌توانیم کشف نماییم که آیا عقد بیمه در منظر مردمان صدر اسلام صرفاً رایج نبوده است یا اینکه اساساً آن را محال می‌پنداشته‌اند؟ فارغ از اینکه استحاله عرفی و یا عدم آن در بسیاری از موضوعات –مانند عقود- روشن و واضح است، مفسر باید با بررسی اسناد و شواهد تاریخی به قضاوت در رابطه با استحاله یا عدم استحاله عرفی موضوع نوپدید در زمان تقنین پردازد. اما اگر با این وجود مفسر به نتیجه‌ای مشخص دست پیدا نکند، استناد به عموماً در حل مسائل نوپدید از باب استناد به عام در شبهه مصداقیه خود عام خواهد بود که قطعاً صحیح نمی‌باشد (خویی، ۱۴۱۸ق، ۱۰: ۱۱۲؛ توحیدی، بی‌تا، ۲: ۱۳۲).

نتیجه‌گیری

مقاله با این پرسش آغاز شد که آیا می‌توان در فهم و استنباط حکم مسائل نوپدید به عموماً فقهی و حقوقی استناد نمود؟ اگر می‌توان، ضابطه در چنین استنادی چیست؟ در پاسخ به پرسش اول نشان دادیم که استناد به عموماً در فهم و حل مسائل نوپدید امری کاملاً عقلانی و پذیرفته شده در نزد مشهور فقیهان امامیه و حقوق دانان آمریکایی است. در پاسخ به پرسش دوم نیز ثابت کردیم که با تکیه بر برخی مبانی تفسیری مشترک در میان فقیهان و حقوق دانان آمریکایی – البته برخلاف نونص گرایانی مانند قاضی اسکالیا- ضابطه صحت استناد به عموماً این است که اگر آن موضوع نوپدید در زمان تقنین امری عادتاً محال و غیرممکن به نظر می‌رسیده است، استناد به عموماً صحیح نیست، اما اگر موضوع نوپدید از موضوعاتی است که هرچند در زمان تقنین رایج نبوده است، اما عرف آن‌ها را محال نمی‌پنداشته، استناد به عموم در فهم و حل آن موضوع صحیح خواهد بود. البته نظریه مذکور برای مفسرانی قابل استفاده است که در فرایند تفسیر متن، خود را متعهد به معنای متعارف متن قانون می‌دانند. اما در مکاتبی مانند هدف‌گرایی^۱، پیامد‌گرایی^۲ و تفسیر پویا^۳ ممکن است مسئله حل و فهم موضوعات نوپدید از اساس به روش‌های دیگری مانند فهم مقاصد و اهداف قانون‌گذار و همچنین مصلحت‌سنجی‌های قضات در هر مورد

¹ Purposivism.

² Consequentialism.

³ Dynamic Interpretation.

خاص صورت بپذیرد. به عبارت دقیق‌تر، بر اساس مکتب پیامدگرایی -مثلاً- از اساس سوال به این گونه مطرح می‌شود که قانون‌گذار از تصویب قانون چه پیامدهایی را دنبال می‌کرده است و آیا با شامل دانستن عام نسبت به موضوع نوپدید، آن پیامدها کماکان وجود خواهند داشت یا خیر؟ ناگفته پیداست که این سوال در ناحیه خروج افرادی که مسلماً در زمان تقنین شامل عام بوده‌اند اما اکنون پیامدهای مورد توقع قانون‌گذار در آن‌ها وجود ندارد نیز قابل جریان خواهد بود. ما در نظریه ارائه شده، میان موضوعات نوپدید در حقوق جزا و غیر آن تفصیل قائل نشدیم، اما ممکن است شخصی با توجه به برخی اصول لفظی و غیرلفظی مانند اصل تفسیر مضیق و یا اصل برائت، قائل به تفصیل گردد. در هر حال پیداست که به حکم قاعده قبح عقاب بدون بیان مجازات باید با استناد به قانونی صورت گیرد که عرفاً مصداق "بیان" باشد.

منابع

۱. ابن حیون، نعمان بن محمد. ۱۳۸۵ق. دعائم الإسلام. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام لإحياء التراث.
۲. ابن فهد حلّی، احمد بن محمد. ۱۴۰۷ق. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳. ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین. [بی تا]. معالم الدین و ملاذ المجتهدین. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۴. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. ۱۴۰۹ق. کفایه الأصول. چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
۵. اسلامی، رضا. ۱۳۹۸ش. جایگاه قواعد استظهار در حل مسائل مستحدثه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۶. آشتیانی، محمد حسن بن جعفر. ۱۴۰۳ق. بحر الفوائد فی شرح الفرائد. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
۷. اصفهانی نجفی، محمد تقی بن عبدالرحیم. ۱۴۲۹ق. هدایه المسترشدين فی شرح معالم الدین. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام) لإحياء التراث.

۸. اصفهانی، ابوالحسن. ۱۴۲۲ق. وسیله النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی). قم: موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (س).
۹. اصفهانی، محمدحسین. ۱۴۰۹ق. بحوث فی الأصول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. اصفهانی، محمدحسین. ۱۴۲۹ق. نهاية الدراية فی شرح الکفاية. بیروت: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
۱۱. الهام، غلامحسین؛ برزگر، محمد رضا؛ عامری ثانی، امیرکیا، ۱۴۰۰. امکان سنجی استفاده از دفاع اضطرار توسط برنامه نویس خودروی خودران بر اساس مبانی حقوق کفیری ایران و رویه های مربوط به قتل ناشی از اضطرار در کامن لا. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۸(۱)، ۲۶-۱.
۱۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین. ۱۴۱۵الف. کتاب المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین. ۱۴۱۵ب. کتاب الزکاة. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین. ۱۴۱۵ج. کتاب الطهارة. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۵. بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل. ۱۴۱۷ق. حاشیه مجمع الفائدة و البرهان. قم: موسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی.
۱۶. تبریزی، یوسف. ۱۴۰۳ق. درر الفوائد فی شرح الفرائد. قم: مکتبه بصیرتی.
۱۷. تقوی اشتهاردی، حسین. ۱۴۱۸ق. تنقیح الأصول. تهران: موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (س).
۱۸. توحیدی، محمدعلی، بی تا، مصباح الفقاهة (تقریرات درس خارج آیت الله خوئی)، بی جا.
۱۹. جواهری، حسن. ۱۴۲۲ق. بحوث فی الفقه المعاصر. بیروت: دار الذخائر مجمع الذخائر الاسلامیة.
۲۰. حاج عاملی، محمد حسین. ۱۴۲۴ق. إرشاد العقول الی مباحث الأصول (تقریرات درس خارج آیت الله سبحانی). قم: موسسه امام صادق (ع).
۲۱. حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم. ۱۴۰۴ق. الفصول الغرویة فی الأصول الفقهیة. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیة.

٢٢. حر عاملی، محمد بن حسن. ١٤١٦ق. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
٢٣. حسینی عاملی، محمد باقر. ١٤١٩ق. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
٢٤. حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی. ١٤١٧ق. العناوین الفقهيّة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
٢٥. حسینی میلانی، علی. ١٤٢٦ق. الشهادات (تقریرات درس خارج آیت الله گلپایگانی). قم: دفتر السید علی الحسینی میلانی.
٢٦. خامنه ای، سید علی. ١٤١٥ق. أجوبه الاستفتاءات. کویت: نشر دار البناء.
٢٧. خرازی، سید محسن. ١٣٧٩. «تغییر جنسیت». فقه اهل بیت ٢٣ (٦): ٤٧-١٠٤.
٢٨. خمینی، روح الله. ١٤٣٤ق. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
٢٩. خمینی، مصطفی. ١٤١٨ق. تحریرات فی الأصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
٣٠. خویی، سید ابو القاسم، ١٤١٨ق. موسوعه الإمام الخوئی، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره.
٣١. خویی، سید ابوالقاسم. ١٣٥٢ش. أجود التقریرات (تقریرات درس خارج میرزای نائینی). قم: مطبعه العرفان.
٣٢. روحانی، محمد صادق. ١٤٣٥ق. فقه الصادق علیه السلام. قم: آئین دانش.
٣٣. سبحانی تبریزی، جعفر. ١٣٨٣ش. اصول الفقه المقارن فيما لا نصّ فيه، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
٣٤. سبحانی تبریزی، جعفر. ١٤١٥ق. الرسائل الأربع: قواعد أصولیة و فقهیة. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
٣٥. سبحانی تبریزی، جعفر. ١٤٢٣ق. تهذیب الأصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
٣٦. سیستانی، علی. ١٤١٤ق. منهاج الصالحین. قم: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی.

٣٧. سيفى مازندراني، على اكبر. ١٤٢٨ق. دليل تحرير الوسيلة. تهران: موسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني (س).
٣٨. شهيد ثاني، زين الدين بن علي. ١٣٧٩. رسائل الشهيد الثاني. قم: دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، مركز انتشارات.
٣٩. شهيد ثاني، زين الدين بن علي. ١٤١٦ق. تمهيد القواعد. قم: دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، مركز انتشارات.
٤٠. صدر، محمد باقر. ١٣٧٩ش. المعالم الجديدة للأصول. چاپ دوم، قم: كنگره شهيد صدر.
٤١. طباطبائي حكيم، محمد سعيد. ١٤١٤ق. المحكم في أصول الفقه. قم: المنار
٤٢. طباطبائي قمى، تقى. ١٤٢٦ق. مباني منهاج الصالحين. قم: قلم الشرق.
٤٣. طباطبائي كربلايى، على بن محمد على. ١٤١٨ق. رياض المسائل. قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
٤٤. طوسى، محمد بن حسن. ١٤٠٠ق. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بيروت: دار الكتاب العربى.
٤٥. علامه حلى، حسن بن يوسف. ١٤١٠ق. نهاية الأحكام في معرفه الأحكام. قم: اسماعيليان.
٤٦. فاضل موحدى لنكرانى، محمد. ١٤١٤ق. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (الاجتهاد و التقليد). قم: مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام).
٤٧. فياض، محمد اسحاق. ١٤١٧ق. محاضرات في اصول الفقه. قم: دار الهادى للمطبوعات.
٤٨. فياض، محمد اسحاق. ١٤١٨ق. تعاليق مبسوطه على مناسك الحج. قم: محلاتى.
٤٩. قائنى، محمد. ١٤٢٤ق. المبسوط في فقه المسائل المعاصرة. قم: مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام).
٥٠. قدسى، احمد. ١٤٢٨ق. أنوار الأصول (تقريرات درس خارج آيت الله مكارم). قم: مدرسة الإمام على بن أبى طالب (عليه السلام).
٥١. قمى، ميرزا ابوالقاسم. ١٤٣٠ق. القوانين المحكمه في الأصول. قم: احياء الكتب الاسلاميه.

۵۲. کاشف الغطاء، علی بن محمد رضا. ۱۳۸۱ ش. *النور الساطع فی الفقه النافع*. نجف اشرف: مطبعة الآداب.
۵۳. کاظمی خراسانی، محمد علی. ۱۳۷۶ ش. *فوائد الأصول* (تقریرات درس خارج میرزای نائینی). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۵۴. کرباسی، محمد بن ابراهیم. [بی تا]. *إشارات الأصول*. [بی جا]: بی جا.
۵۵. کلانتری، ابوالقاسم. ۱۳۸۳ ش. *مطرح الأنظار* (تقریرات درس خارج شیخ انصاری). قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۵۶. کلینی، محمد بن یعقوب. ۱۴۰۷ ق. *الکافی*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۵۷. گندمکار، رضا حسین؛ صالحی مازندرانی، محمد؛ حمیدی، محمد مهدی، ۱۴۰۰. بررسی تطبیقی امکان وجود شخصیت حقوقی برای سامانه‌های هوشمند در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق غرب. *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۸ (۴)، ۲۶۶-۲۳۵.
۵۸. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. ۱۴۰۳ ق. *بحار الأنوار*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۹. محسنی، محمد آصف. ۱۳۸۲ ش. *الفقه و مسائل طبیة*. قم: بوستان کتاب قم (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم).
۶۰. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد. ۱۳۸۱ ش. *کفایة الفقه*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۶۱. مظفر، محمد رضا. ۱۳۷۵ ش. *أصول الفقه*. قم: اسماعیلیان.
۶۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. ۱۳۶۲ ش. *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۶۳. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۳۸۰ ش. *بحوث فقهیة هامّة*. قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام).
۶۴. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۲۷ ق. *الفتاوی الجدیة*. قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام).
۶۵. مومن قمی، محمد. ۱۳۷۵ ش. «سخنی در تنظیم خانواده». *فقه اهل بیت* ۸ (۲): ۸۴-۶۱.

٦٦. مومن قمی، محمد. ١٤١٥ق. کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
٦٧. نائینی، محمد حسین. ١٣٧٣ش. منیة الطالب. تهران: المکتبه المحمدیه.
٦٨. نجفی، محمدحسن بن باقر. ١٣٦٢ش. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
٦٩. نراقی، احمد بن محمد مهدی. ١٤١٥ق. مستند الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
٧٠. نراقی، احمد بن محمد مهدی. ١٣٧٥ش. عوائد الأيام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، مرکز انتشارات.
٧١. نراقی، احمد بن محمد مهدی. ١٣٨٠ش. رسائل و مسائل. قم: کنگره بزرگداشت محققان ملا مهدی و ملا احمد نراقی..
٧٢. هاشمی شاهرودی، سید علی. ١٤١٩ق. دراسات فی علم الأصول (تقریرات درس خارج آیت الله خوئی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
٧٣. هاشمی شاهرودی، سید محمود. ١٣٧٨. «احکام فقهی کاهش ارزش پول». دادرسی ١٦ (٣): ٥-١١.
٧٤. یزدی، محمد. ١٣٨٠ش. مسائل جدید فقهی. قم: نشر نصایح.

75. Aleinikoff, T. (1988). Updating Statutory Interpretation. *Michigan Law Review*, 87(1), 20–66.
76. Birch, C. (2003). The Connotation/Denotation Distinction in Constitutional Interpretation. *The Journal of Appellate Practice and Process*, 5(2), 445.
77. Boyce, M. (2015). Ordinary Meaning, a Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation, by Brian G. Slocum. *Osgoode Hall Law Journal*, 53, 1124.
78. *Browder v. United States*, (U.S. Supreme Court February 17, 1941).

79. Chemerinsky, E. (2019). *Constitutional Law: Principles and Policies*.
80. Cooley, T. M. (1998). *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union* (5th edition). The Lawbook Exchange, Ltd.
81. *Crispin v. Christian Audigier, Inc.*, (United States District Court, C.D. California May 26, 2010).
82. Dickerson, R. (1987). Statutes and Constitutions in an Age of Common Law. *48 University of Pittsburgh Law Review* 773 (1987). <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1535>
83. Easterbrook, F. (1988). The Role of Original Intent in Statutory Construction. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 11, 59.
84. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. (1987). Oxford University Press.
85. Fuller, L. L. (1936). *American legal realism*. Lancaster Press.
86. Graham, R. N. M. (2009). What Judges Want: Judicial Self-interest and Statutory Interpretation*. *Statute Law Review*, 30(1), 38–72. <https://doi.org/10.1093/slr/hmp002>
87. *K Mart Corp. V. Cartier, Inc.*, (U.S. Supreme Court October 6, 1987).
88. Kent, J. (1826). *Commentaries on American Law*. O. Halsted.
89. *Kyllo v. United States*, (US Supreme Court February 20, 2001).
90. Landau, J. (2011). Some Thoughts About State Constitutional Interpretation. *Dickinson Law Review*, 115(4), 837.
91. Maloney, S. A., & Snead, O. C. (2017). *Technology and the American Constitution* (R. Brownsword, E. Scotford, & K. Yeung, Eds.; Vol. 1). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199680832.013.11>
92. Marmor, A. (2014). *The Language of Law*. Oxford University Press.
93. *Minnesota v. Dickerson*, (US Supreme Court June 7, 1993).
94. Patterson, E. W. (1964). The Interpretation and Construction of Contracts. *Columbia Law Review*, 64(5), 833. <https://doi.org/10.2307/1120825>
95. Radin, M. (1930). Statutory Interpretation. *Harvard Law Review*, 43(6), 863–885. <https://doi.org/10.2307/1330769>

96. Scalia, A. (1988). Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, 57, 849.
97. Scalia, A. (2017). *A matter of interpretation, new edition: Federal courts and the law*. Princeton University Press.
98. Scalia, A., & Garner, B. A. (2012a). *Reading law: The interpretation of legal texts*. Thomson/West.
99. Scalia, A., & Garner, B. A. (2012b). *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (1st edition). West.
100. Scalia, A., & Kagan, E. (2020). *The Essential Scalia: On the Constitution, the Courts, and the Rule of Law* (J. S. Sutton & E. Whelan, Eds.). Crown Forum.
101. Snead, O. C. (2004). Technology and the Constitution. *The New Atlantis*, 5, 61–69.
102. Story, J. (1833). *Commentaries on the Constitution of the United States: With a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States, Before the Adoption of the Constitution*. Hilliard, Gray,.
103. The California Code of Civil Procedure, (1861).
104. The Gun Control Act, (1968).
105. Thibaut, A. F. J. (2008). *An Introduction to the Study of Jurisprudence: Being a Translation of the* (N. Lindley, Trans.). Kessinger Publishing, LLC.
106. U.S. v. Kammersell, (United States Court of Appeals, Tenth Circuit November 15, 1999).
107. Webster, D. (1851). *The Works of Daniel Webster ...: Speeches in Congress*. C.C. Little and J. Brown.
108. Witherspoon, J. P. (1956). Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning: The High Road. *Texas Law Review*, 35, 63.