



سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم، پاییز ۱۳۹۷

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمی قم - شعبه خراسان رضوی

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سر دبیر: حسین ناصری مقدم

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

مجتبی الهی خراسانی (مدیر خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

سید عباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سعید ضیائی فر (مدیر خارج حوزه و دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

ابوالقاسم علیدوست (مدیر خارج حوزه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

احمد میلغی (مدیر خارج حوزه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

مهدی مهریزی (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)

حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

مدیر اجرایی: هادی مصباح الهدی

دبیر تحریریه: سید مصطفی اختراعی طوسی

ویراستار: عبدالله غلامی (عضو هیئت علمی دانشگاه رازی)

برگردان چکیده (عربی): شبکه بین المللی اجتهاد

برگردان چکیده (انگلیسی): ابراهیم داودی شریف آباد (استادیار دانشگاه باقر العلوم)

صفحه آرا: حامد امامی

چاپ و صحافی: مؤسسه بوستان کتاب

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی به استناد مجوز ۸۶۵۰ در تاریخ ۹۵/۱۰/۲۰ از شورای اعطای

مجوزها و امتیازهای علمی به نشریات حوزوی، حائز رتبه علمی پژوهشی گردید.

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پایگاه استنادی جهان اسلام (ISC)، نورمگز (Noormags.ir)،

بانک نشریات کشور (Magiran) و پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (journals.dte.ir) نمایه می شود.

نشانی پستی: مشهد مقدس، حدفاصل چهارراه خسروی و کوچه مخابرات، دفتر تبلیغات اسلامی

خراسان رضوی: کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

رایانامه: jostar.feqhi@gmail.com | سامانه الکترونیکی: jostar-fiqh.maalem.ir

ISSN: 2476-7565

ارزیابان علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

بی بی رحیمه ابراهیمی (استادیار دانشگاه شهید مطهری)
سید محسن حسینی فقیه (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه مشهد)
علیرضا دیانی نژاد (استادیار دانشگاه تهران)
علی رحمانی (عضو هیئت علمی مرکز تخصصی آخوند خراسانی)
عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
بلال شاکری (پژوهشگر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
محمد رضا علمی سولا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار دانشگاه یاسوج)
حمید مسجد سرائی (دانشیار دانشگاه سمنان)
محمد نوروزی (عضو هیئت علمی مرکز آموزشی شیخ بهایی)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۲

اولویت های جستارهای فقهی و اصولی

۱. فلسفه فقه و اصول فقه: به خصوص: ساختار و روابط درونی اصول فقه، تعاملات و کارکردهای بیرونی اصول فقه؛
 ۲. فقه و اصول فقه مقارن؛ به ویژه: بازشناسی و نقد فقه سلفیه، قواعد فقهی مقارن؛
 ۳. فقه فرهنگ و تمدن؛ با تأکید بر: فقه شهر و شهرنشینی، فقه ارتباطات فرهنگی؛
- تذکر: صرفاً مقالاتی دریافت و ارزیابی می شود که مطابق «ضوابط مقالات» (صفحات بعد) تدوین و ارسال شده باشد.
- نقل و اقتباس از مقاله های فصلنامه، با ذکر منبع آزاد است.

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

ضوابط محتوایی:

۱. مقاله باید نتیجه تحقیقات نوآمد نویسنده، و برخوردار از محتوا و یافته‌های غنی علمی در یکی از انواع زیر باشد:

الف) نظریه جدید؛ ب) تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛ ج) اثبات و استدلال جدید برای یک نظریه؛ د) ارزیابی و نقد جدید از یک نظریه؛ ه) مقایسه دو یا چند نظریه؛ و) کاربرد و تطبیقات جدید برای یک نظریه.

۱. مقاله، فقط برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشد.

۲. مقاله، پیشتر یا همزمان به مجله‌های دیگر ارائه نشده باشد و نویسنده به نشر آن در جای دیگر متعهد نباشد.

۳. مسئولیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است. چنانچه مقاله‌ای چند نویسنده داشته باشد و نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسئولیت مقاله با نویسنده اول است. درج نشانی الکترونیک در پایین صفحه اصلی مقاله، فقط به نویسنده اول اختصاص دارد.

ضوابط نشر:

۱. نویسنده مسئول لازم است مقاله خود را از طریق پایگاه اینترنتی مجله به نشانی: jostar-fiqh.maalem.ir ارسال نماید و اطلاعات ضروری (*) را تکمیل نماید.

۲. حق قبول، رد و ویرایش مقاله برای مجله محفوظ است. هر مقاله ارسالی به مجله، به صورت ناشناس توسط دو داور متخصص، داوری هم‌تراز (peer review) می‌شود و در صورت اختلاف نظر داوران، توسط داور سوم ارزیابی می‌شود. تأیید نهایی مقاله برای چاپ در فصلنامه، پس از نظر داوران با هیئت تحریریه است.

۳. ترتیب مقالات هر شماره، بر اساس اقتضانات مورد نظر فصلنامه صورت می‌گیرد.

ضوابط نگارشی:

۱. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است.

۲. حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.

۳. مقاله روی کاغذ A4 با نرم‌افزار Word فرمت Doc و متن با قلم ۱۳ IRZAR، و Times New Roman برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم‌هادر اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان سطور ۱cm باشد.

۴. هر مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۳

- **عنوان:** به طور فشرده و گویا، مسئله تحقیق را مشخص کند.

- **چکیده:** حداکثر در ۳۰۰ کلمه به طور صریح، موضوع، هدف، ابعاد، روش، و نتیجه تحقیق را بیان کند و فاقد جزئیات، جدول، شکل یا فرمول باشد. و همچنین ارائه چکیده انگلیسی الزامی است.

- **کلیدواژه:** بین ۳ تا ۷ کلیدواژه و ترجیحاً بر اساس اصطلاحنامه علوم اسلامی (به نشانی: thesaurus.islamicdoc.org) باشد.

- **مقدمه:** به ترتیب شامل بیان کلیات موضوع، خلاصه‌ای از تاریخچه موضوع و کارهای انجام شده و ویژگی‌های هر یک، بیان فعالیت متمایز مقاله و برای گشودن گره‌ها و حرکت به سمت یافته‌های نوین.

- **متن اصلی:** مشتمل بر مطالب اصلی یعنی: تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسأله، استدلال‌ات و نقدها، به صورت مرتبط و دنباله‌وار.

- **نتیجه‌گیری:** یافته‌های نهایی تحقیق و کاربردهای آن، و احیاناً طرح نکات مبهم و پیشنهاد گسترش تحقیق به زمینه‌های دیگر.

- **منابع:** فهرست کامل منابع مورد ارجاع در متن اصلی، به ترتیب حروف الفبا (ابتدا منابع فارسی و عربی، سپس انگلیسی).

۱. منابع در انتهای مقاله، به شیوه زیر (بسته به نوع منبع) درج شود:

- **کتاب:** نام خانوادگی/لقب، نام. (سال انتشار). عنوان کامل اثر شامل عنوان اصلی و فرعی (ایتالیک). نام مترجم یا مصحح. نوبت چاپ. محل نشر: نام ناشر.

- **مقاله:** نام خانوادگی، نام. «عنوان اصلی و فرعی مقاله»، نام مجله (ایتالیک)، سال نشر، جلد / دوره / سال، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

- **پایان نامه:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان نامه (ایتالیک). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان نامه یادشده در آن قابل دسترسی است.

- **سایت اینترنتی:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار و یا روزآمد شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). آدرس سایت به صورت کامل.

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله» (ایتالیک و سیاه)، عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل نشر: نام ناشر.

استناددهی:

۱. ارجاعات استنادی مطالب به کتاب یا مقاله بصورت درون متنی و در پرانتز، به ترتیب شامل: (نام مؤلف، سال انتشار، جلد / صفحه) آورده شود؛ مانند: (مطهری، ۱۳۸۸، ۲/۴۰) در صورت استناد مقاله به دو یا چند اثر از یک نویسنده، نام خلاصه اثر نیز آورده شود.

۲. ارجاعات توضیحی (مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن) در پانویس هر صفحه آورده شود و منابع مستند آنها نیز، مثل متن مقاله روش درون متنی درج شود.

۳. در صورت تکرار ارجاع، باید مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان و پیشین خودداری گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

فهرست

۷ اعتبار استصحاب استقبالی در استنباط احکام شرعی
مجتبی الهی خراسانی / امیرزاهدی

۳۱ تأملی در بهره گیری از «قرعه» در تراحم
میرزا محمد واعظی / محمدتقی قبولی / محمدتقی فخلعی

۵۳ تبیین جرم مانع با تأکید بر امور حسبیه
سجاد روستائی

۷۷ تحلیل آرای نادر فقهی شیعه درباره حجاب زن مسلمان
مژده سادات ابراهیمی / محمدتقی فخلعی / حسین صابری

۱۰۳ تأثیرات متقابل وضعیّت خاصّ دو قلوهای سیامی در مجازات قصاص
مهدیه غنی زاده / محمدرضا کیخا / علی تولایی

۱۲۷ بازخوانی انتقادی دیدگاه محقق خراسانی رحمته الله علیه در تجرّی با تکیه بر نظرات امام خمینی رحمته الله علیه
طاهر علی محمدی / محمد مهدی زارعی / حمزه نظرپور

۱۵۱ چکیده های عربی و انگلیسی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۵

اعتبار استصحاب استقبالی در استنباط احکام شرعی^۱

مجتبی الهی خراسانی^۲

امیر زاهدی^۳

اعتبار استصحاب
استقبالی در استنباط
احکام شرعی

چکیده

استصحاب یکی از ادله پر کاربرد در استنباط احکام شرعی است که یکی از اقسام چهارگانه آن بر اساس زمان متیقن و مشکوک، استصحاب استقبالی می باشد. استصحاب استقبالی به این معناست که اگر زمان یقین و شک و متیقن، هر سه در نزد مکلف فعلی باشد، اما زمان مشکوک در آینده فرض شود، از ادامه آن تا آینده، ابقا شود. این استصحاب، همانند استصحاب حالی متداول، دارای کاربردهایی مهم در فقه و استنباط احکام آن است. ادله ای نیز برای اثبات اعتبار آن وجود دارد، اما متأسفانه مورد غفلت بیشتر اصولیان واقع شده و بحثی جدی پیرامون این نوع استصحاب در کتاب های اصولی صورت نگرفته است. بهره گیری از اطلاق روایات استصحاب و تطبیق ارکان استصحاب بر استصحاب

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۱۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲

۲. استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: mo_elahi@gmail.com

۳. دانش آموخته سطح سه مرکز تخصصی آخوند خراسانی و دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد؛ (متخذ از پایان نامه سطح سه مرکز تخصصی)، رایانامه: amirzahedi18151@gmail.com

استقبالی، اعتبار استصحاب استقبالی را ثابت می‌کند و به اشکالات مطرح پاسخ می‌دهد. همچنین مروری بر کاربردهای آن در فقه مانند جواز بدار، عدم بازگشت دیه، لزوم معامله سلف، عدالت امین، تغییر فتوا و ... اهمیت آن را در اثبات مسائل فقهی نشان می‌دهد.

کلید واژه‌ها: استصحاب استقبالی، استصحاب حالی، یقین، متیقن، شک، مشکوک، اثر عملی.

مقدمه

استصحاب در لغت به معنای به همراهی آوردن و در اصطلاح اصولی به معنای بنا گذاشتن بر همان یقین سابق و ابقای یقین در مقام عمل است (شیخ انصاری، ۱۴۲۴، ۶۴۴/۲؛ آخوند خراسانی، ۱۴۳۰، ۱۶۴/۳؛ آمدی، ۱۴۱۰، ۳۶۷/۲) که از دیرباز به عنوان یکی از ادله پرکاربرد در استنباط احکام فقهی مطرح بوده و مورد استفاده فقهای شیعه و اهل سنت قرار گرفته است. پیرامون تعریف، دایره اعتبار و کاربرد آن بحث‌های فراوانی مطرح شده است، با این حال برخی از ابعاد این مهم به بسط و توسعه بیشتری نیازمند است؛ از جمله آن‌ها، بحث استصحاب استقبالی است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۸

پیشینه بحث

تحقیق در کتب فقهی نشان می‌دهد از استصحاب استقبالی استفاده‌های زیادی شده و از لحاظ فقهی و حقوقی (اعم از کیفری و غیر کیفری) کاربرد فراوانی دارد؛ امری که طرح و بحث این نوع استصحاب را ضروری می‌سازد.

با این حال، اصولیان نسبت به زوایا و دایره وسعت این نوع از استصحاب، کاری انجام نداده و به طور جدی به آن پرداخته‌اند، تا آنجا که مرحوم محقق خویی فرموده است: «من احدی را ندیده‌ام که به بررسی این نوع استصحاب به طور مستقل پرداخته باشد» (خویی، ۱۴۱۷، ۸۲/۴). البته حق با ایشان است، اما باید دانست که بذره‌های این بحث قبلاً در کتاب‌های دیگری همچون فوائد الاصول (نائینی، ۱۳۷۶، ۲۰۸/۱) و مقالات الاصول (عراقی، ۱۴۲۰، ۲۷۱/۱) و نیز در بحر الفوائد (آشتیانی، ۱۴۲۹، ۳۰۰/۶) به چشم می‌خورد. بعد از ایشان برخی دیگر در کتاب‌هایشان به عنوان تنبیه

مستقل به این نوع استصحاب پرداخته‌اند (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ۳/۵۵).

بعضی از فضلاء معاصر نیز در درس خارج خود به این مسئله پرداخته‌اند، اما یا به‌طور کامل زوایای آن را بررسی ننموده‌اند، بلکه تنها کلام منسوب به صاحب جواهر را از قول مرحوم نائینی نقل نموده و در نهایت، حجیت آن را رد نموده‌اند (موسوی جزایری، مدرسه فقهت، درس خارج اصول^۱؛ شهیدی‌پور، درس خارج اصول^۲) و یا با ذکر کلام مرحوم خویی و تنها با بررسی مسئله جواز بدار قائل به حجیت آن شده‌اند و نسبت به اهمیت آن در دیگر مسائل فقهی سخنی نگفته‌اند (فاضل لنکرانی، درس خارج اصول^۳).

شاید بتوان گفت، عدم پرداخت دقیق علمای فقه و اصول به استصحاب استقبالی و مطرح نکردن آن در کتاب‌های اصولی، به دلیل کم‌اهمیتی و کم‌کاربرد بودن آن نبوده، بلکه شاید به سبب وضوح آن بوده است. شاهد بر این کلام، ادعای اجماع افرادی مثل مرحوم آشتیانی و مرحوم آقا سیدمصطفی خمینی برای اعتبار این نوع استصحاب است (آشتیانی، ۱۴۲۹، ۳۰۰/۱؛ خمینی، ۱۴۱۸، ۳۱/۸)؛ ظاهراً این ادعا خلاف واقع است و همان‌طور که می‌آید، سیدمرتضی و بعضی از اخباریان، منکر اصل استصحاب شده‌اند.

در این مقاله با استفاده از کلام برخی اصولیان و فقهای برجسته همانند مرحوم شهید اول، سید یزدی، مرحوم نائینی و دیگران، سعی می‌شود تا موارد زیر تبیین گردد:
أ: منظور از این نوع استصحاب به صورت کامل توضیح داده شود و تفاوت آن با سایر اقسام استصحاب بیان گردد.

ب: با بررسی روایات وارده در استصحاب - که مهم‌ترین دلیل اصولیان معاصر در اعتبار شرعی استصحاب است -، ثابت شود که اطلاق آنها شامل استصحاب استقبالی نیز می‌شود؛ بنابراین، این نوع استصحاب به لحاظ شرعی و فقهی، اقتضای اعتبار و استدلال را داراست.

اعتبار استصحاب
استقبالی در استنباط
احکام شرعی

1. <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/jazayeri/osool>

2. <http://www.shahidipoor.ir/index.php>

3. <http://fazellankarani.com/persian/lesson/7158>

ج: پس از اثبات مقتضی اعتبار استصحاب استقبالی، با پرداختن به ارکان مقرر برای استصحاب و تطبیق آن در استصحاب استقبالی و بررسی اشکالات احتمالی یا مطرح شده، ثابت می‌شود که چنین استصحابی، ارکان و شرایط استصحاب را داراست و اشکال و مانعی بر سر راه اعتبار آن نیست.

د: بعد از اثبات اعتبار استصحاب استقبالی، برای روشن شدن کاربرد مباحث به مواردی از کاربردهای آن در فقه اشاره می‌شود تا از اهمیت زیاد آن روشن شود و پاسخی به دیدگاهی که این استصحاب را بی‌ثمر یا کم‌اهمیت می‌پندارد.

حقیقت استصحاب استقبالی

استصحاب از حیث تصوّر زمان متیقّن و مشکوک به حکم عقل از این‌نّه صورت خارج نیست:

- (۱) متیقّن و مشکوک هر دو در زمان گذشته؛
 - (۲) متیقّن و مشکوک هر دو در زمان حال؛
 - (۳) متیقّن و مشکوک هر دو در آینده؛
 - (۴) متیقّن در گذشته و مشکوک در حال؛
 - (۵) متیقّن در گذشته و مشکوک در آینده؛
 - (۶) متیقّن در حال و مشکوک در گذشته؛
 - (۷) متیقّن در حال و مشکوک در آینده؛
 - (۸) متیقّن در آینده و مشکوک در حال؛
 - (۹) متیقّن در آینده و مشکوک در گذشته از صور بالا مورد ۲، ۵ و ۹ قابل تصوّر نیست؛ زیرا در مورد ۲ اجتماع نقیضین و در مورد ۵ و ۹ ارتفاع آن صورت می‌گیرد، اما موارد دیگر قابل‌تصورست و اصولیان آن‌ها را ضمن چهار قالب تصویر نموده‌اند:
- الف)** جایی که متیقّن و مشکوک هر دو در گذشته تصوّر شود، برای مثال: اگر زید در روز شنبه عادل بوده و سپس در روز یکشنبه در عدالت او شک شود. بعد معلوم گردد در روز دوشنبه فاسق شده است، در صورتی که در روز سه‌شنبه حکم به بقای عدالت او در روز یکشنبه شود، به این عمل، «استصحاب ماضوی»

گفته می‌شود (خمینی، ۱۳۸۱، ۱۰). این قسم حجت نیست؛ زیرا اثری بر آن مترتب نمی‌شود؛ از همین رو، در کلام اصولیان حتی مثل مرحوم امام خمینی که رساله مستقلى در مبحث استصحاب نوشته‌اند، تعریفی برای آن ذکر نشده است.

ب) جایی که متیقّن در زمان گذشته و مشکوک در زمان حال تصوّر شود. استصحاب این نوع، همان استصحاب رایج است به نام «استصحاب حالی» متداول و معروف در کلام اصولیان است (انصاری، ۱۴۲۴، ۲/۶۴۴؛ نائینی، ۱۳۷۶، ۴/۳۰۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۳۰، ۳/۱۶۶؛ خمینی، ۱۳۸۱، ۹ و دیگران؛ مثل اینکه دیروز یقین داشتیم که زید عادل بود، ولی امروز در بقای عدالت زید شک داریم.

ج) جایی که متیقّن در زمان حال و مشکوک در زمان گذشته تصوّر شود (انصاری، ۱۴۲۴، ۳/۲۴؛ عراقی، ۱۴۲۰، ۲/۴۳۰؛ حلی، ۱۴۳۲، ۹/۱۱)؛ یا مشکوک در زمان حال و متیقّن در زمان آینده تصوّر شود. این نوع را «استصحاب قهقری» یا مقلوب نامیده‌اند؛ مثل اینکه الان یقین به استعمال یک لفظ در معنای خاصی وجود دارد، ولی شک می‌کنیم که در گذشته و لسان روایات هم این لفظ در این معنا به کار برده می‌شده است یا خیر؟ در اینجا با استصحاب قهقرای، حکم به عدم تغییر لفظ شده است (امام خمینی، ۱۳۸۱، ۱۰)؛ یا مثلاً جایی که شک دارم که آیا به حدّ مسافت شرعی رسیده‌ام یا خیر، چون نمی‌دانم آیا بیست کیلومتر آمده‌ام یا بیشتر، در حالی که یقین دارم در پنج کیلومتر دیگر مسافر می‌باشم. این قسم از استصحاب مقلوب نیز قابل استناد نیست؛ زیرا در اینجا اخذ به یقین سابق یعنی یقین به عدم صدق عنوان مسافر می‌شود؛ لذا یقین آینده مناسب جریان استصحاب نیست.

د) آخرین مورد که به «استصحاب استقبالی» مشهور است، به دو صورت قابل تصوّر است: صورت اول: جایی که متیقّن در زمان حال و مشکوک در آینده باشد، مثل اینکه فعلاً یقین دارم که زید عادل است و می‌شود پشت سرش نماز خواند، ولی شک دارم آیا این عدالت تا فردا و روزهای بعد باقی خواهد ماند یا خیر؟ (خویی، ۱۴۱۷، ۲/۸۹؛ طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ۳/۵۵).

صورت دوم: جایی است که متیقّن و مشکوک هر دو در آینده تصوّر شود. البته این صورت دوم همچون استصحاب ماضوی، در کلام علمای علم اصول نیامده و

کسی به آن پرداخته است؛ زیرا هیچ ثمره‌ای بر جریان این نوع استصحاب مترتب نمی‌گردد؛ مثلاً یقین دارم که زید فردا مسافر نیست، ولی شک دارم که پس فردا مسافر می‌شود یا خیر؟

نکته مورد ملاحظه در این استصحاب این است که شک، باید فعلی باشد و تنها مشکوک، استقبالی باشد؛ چرا که اگر زمان شک نیز در آینده باشد، در این صورت، شک تقدیری می‌شود که بنا به نظر اکثر اصولیان حجت نیست و از بحث استصحاب استقبالی خارج می‌گردد (نائینی، ۱۳۵۲، ۳۵۱/۲؛ خویی، ۱۴۱۷، ۱۰۹/۲؛ حلی، ۱۴۳۲، ۱۲/۹).

شمول ادله استصحاب بر استصحاب استقبالی

ادله استصحاب در اصول امامیه

ادله مطرح شده در استصحاب استقبالی همان ادله مورد استشهاد استصحاب متداول است و دلیل خاصی جدای از آن ادله برای اثبات صرف استصحاب استقبالی وجود ندارد، البته شاید بتوان مؤیداتی از روایات مسائلی همچون مسئله جواز بدار برداشت نمود (ر. ک: کلینی، ۱۴۰۷، باب جواز الصلاة عریاناً)، لکن به دو جهت به مطرح کردن آن روایات نیازی نیست، یکی اینکه روایات مطرح شده در مسئله جواز بدار با دسته‌ای دیگر از روایات وارده در همین باب تعارض دارد (ر. ک: نجفی، ۱۴۰۴، ۴۳۹/۷؛ نائینی، ۱۴۲۱، ۴۳)؛ جهت دیگر اینکه بعد از اثبات عمومیت روایات مطرح شده برای استصحاب متداول بر استصحاب استقبالی، دیگر مجالی برای مطرح کردن روایات مسائلی هم چون جواز بدار و نقض و ابرام‌های آن نمی‌ماند؛ پس هدف از نگارش این بخش طرح ادله مطرح شده در استصحاب و اثبات شمولیت روایات مورد قبول برای استصحاب استقبالی می‌باشد.

ادله مورد استدلال برای استصحاب متعدد می‌باشد که برخی از آن‌ها عبارت است از:

(۱) افاده ظن

بعضی برای اعتبار استصحاب به این دلیل چنین اشاره نموده‌اند که با توجه به اینکه استصحاب ظن آور است، لذا به آن می‌توان عمل نمود (انصاری، ۱۴۲۴، ۹۱/۳؛

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۲

آخوند خراسانی، ۱۴۳۰، ۱۷۷/۳). این دلیل مورد مناقشات فراوانی می‌باشد، به این صورت که اگر هم بر فرض جریان استصحاب برای مکلف ظن به بقای حالت سابق بیاورد، تا دلیلی بر اعتبار این ظن از سوی شارع نیاید، نمی‌توان به اعتبار آن حکم نمود و اگر دلیلی بر اعتبار آن به اثبات برسد، آن دلیل خود به عنوان دلیل استصحاب مطرح می‌گردد؛ لذا این دلیل قابل پیگیری برای مورد بحث نمی‌باشد.

(۲) سیره عقلا

بعضی برای اعتبار استصحاب به سیره عقلا اشاره نموده‌اند (عاملی، ۱۳۷۶، ۳۲۲؛ آخوند خراسانی، ۱۴۳۰، ۱۷۴/۳)؛ اگر این دلیل ثابت شود، می‌توان اعتبار آن را به جهت عدم فرق بین استصحاب حالی و استقبالی نسبت به مورد بحث نیز سرایت داد، اما حق این است که این دلیل نیز مانند دلیل اول حتی برای اعتبار اصل استصحاب مناسب نیست، تا چه رسد برای استصحاب استقبالی؛ زیرا این سیره اولاً معلوم التحقق نیست، به این سبب که بعضی از علما اصل استصحاب را به عنوان یک دلیل شرعی زیر سؤال برده‌اند (سید مرتضی، ۱۳۷۶، ۳۵۳/۲؛ استرآبادی، ۱۴۲۶، ۴۱). ثانیاً بر فرض وجود این سیره در نزد عقلا، نهی از طرف شارع برای از بین بردن اعتبار آن وجود دارد و آن ادله فراوان در نهی از عمل به غیر علم یا ادله مجوزه برای براءت از تکلیف و یا بیان‌کننده احتیاط است؛ چه اینکه هر سه دسته از این روایات، اگر دلیل دیگری برای اثبات اعتبار استصحاب وجود نداشت، می‌توانست ردع از طرف شارع برای سیره عقلا به شمار رود. پس این دلیل هم نمی‌تواند اعتبار مطلق استصحاب را که از جمله آن استصحاب استقبالی است، به اثبات برساند.

(۳) استقراء

یکی دیگر از ادله اعتبار استصحاب، استقراء می‌باشد؛ بدین معنا که حتی یک مورد هم در فقه نمی‌یابید که شارع به بقای حکم سابق حکم نکند و این خود دلیل بر اعتبار استصحاب است (شیخ انصاری، ۱۴۲۴، ۵۴/۳؛ صدر، ۱۴۱۷، ۲۸/۶). این دلیل هم مورد مناقشه است؛ به این جهت که اگر این استقراء موجب قطع شود، خود قطع دلیل

و حجت می‌گردد و اگر موجب قطع نشود، دلیلی بر اعتبار آن وجود ندارد؛ بنابراین، استقرا نمی‌تواند دلیل خوبی برای اعتبار استصحاب - به تمام اقسامش - باشد.

۴) روایات

عمده‌ترین دلیل در استصحاب که مقصود اصلی این بحث نیز می‌باشد، استشهاد به روایات مأثوره در این باب و اثبات اطلاق آن‌ها می‌باشد (نائینی، ۱۳۵۲، ۳۵۸/۲؛ خوبی، ۱۴۱۷، ۱۳/۲) روشن می‌شود که به لحاظ دلالتی نیز استشهاد به روایات برای اعتبار بخشیدن به این نوع استصحاب، بدون محذور می‌باشد از جمله این روایات، روایت زراره است که رجال ذکر شده در آن‌ها، همگی ثقة می‌باشند و کسی در سند آن‌ها اشکال نکرده است.

۱.۴. استناد به صحیح اول زراره

از امام علیه السلام سؤال می‌شود که آیا چرت زدن باعث از بین رفتن وضو می‌باشد یا خیر؟ حضرت در جواب می‌فرماید:

«لَا، حَتَّى يَسْتَقِينَ أَنَّهُ قَدْ نَامَ حَتَّى يَجِيءَ مِنْ ذَلِكَ أَمْرٌ بَيِّنٌ وَإِلَّا فَإِنَّهُ عَلَى يَقِينٍ مِنْ وُضُوئِهِ وَلَا يَنْقُضُ الْيَقِينَ أَبَدًا بِالشَّكِّ وَلَكِنْ يَنْقُضُهُ يَقِينٌ آخَرَ.» (حرعاملی، ۱۴۰۷، ۲۴۵/۱؛ ۱۴)

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

در اینجا حضرت در پاسخ دو عبارت را آورده‌اند: یکی عبارت «فَإِنَّهُ عَلَى يَقِينٍ مِنْ وُضُوئِهِ» که با توجه به اینکه مربوط به سؤال زراره می‌باشد. مورد این پرسش، استصحاب حالی است و مشکوک در زمان پرسش وجود دارد، مناسب استدلال بر استصحاب استقبالی نیست و نمی‌توان به آن استدلال نمود.

عبارت دیگر امام علیه السلام: «وَلَا يَنْقُضُ الْيَقِينَ أَبَدًا بِالشَّكِّ وَلَكِنْ يَنْقُضُهُ يَقِينٌ آخَرَ» است که حضرت به طور مطلق می‌فرماید: «یقین بما هو یقین هیچ‌گاه با شک نقض نمی‌شود، بلکه با یقین نقض می‌گردد». در اینجا با توجه به این مطلب که امام علیه السلام در بیان یک امر مرتکز عقلایی می‌باشند، می‌توانیم الغای خصوصیت از

۱. خیر: تا زمانی که یقین به خواب پیدا نشود. پس باید بر یقین به وضو باشد و نباید یقین را ابتداً به شک نقض نمود بلکه باید یقین را به یقین دیگر نقض کرد.

مورد نماییم؛ همان‌طور که بعضی از اصولیان فرموده‌اند که این روایت فقط شامل سؤال زراره نمی‌شود، بلکه در تمامی موارد مشابه نیز این گونه است (انصاری، ۱۴۲۴، ۵۶/۳؛ حائری، ۱۴۱۸، ۵۲۰؛ صدر، ۱۴۱۷، ۳۹/۶ و دیگران).

در مقام استدلال، همین کلام مشهور را توسعه داده و می‌گوییم: با الغای خصوصیت نه تنها می‌توان روایت را به تمامی موارد استصحاب حالی و متداول سرایت داد، بلکه می‌توان آن را در موارد استصحاب استقبالی نیز اعتبار بخشید؛ لذا باید گفت این روایت برای به اثبات رساندن اعتبار این نوع استصحاب دلیل خوبی است؛ زیرا امام علیه السلام جنس یقین را به عنوان یک قاعده کلی در نظر می‌گیرند و می‌فرمایند: تنها یقین است که می‌تواند یقین را نقض نماید نه شک و فرقی نمی‌کند که متعلق شک، امری حالی باشد یا استقبالی.

اگر کسی در مقام اشکال بر استدلال بگوید که انصراف به استقبال حالی مانع از اطلاق روایت نسبت به استصحاب استقبالی می‌گردد؛ در پاسخ گفته می‌شود: این انصراف از دو حال خارج نیست یا بدوی می‌باشد که با اندک تأملی زائل می‌گردد یا به دلیل کثرت وجود در ناحیه استصحاب حالی است که کثرت وجود نمی‌تواند دلیل بر انصراف باشد؛ زیرا انس بین لفظ و معنا با کثرت وجود حاصل نمی‌شود؛ چنان‌که اکثر اصولیان به این امر تصریح کرده‌اند (نائینی، ۱۳۷۶، ۶۳۲/۴؛ خویی، ۱۴۲۲، ۵۴۰/۴؛ صدر، ۱۴۱۷، ۵۲۷/۷).

پس استدلال به روایت اول زراره برای اعتبار بخشیدن به استصحاب استقبالی تمام است.

۲.۴. استناد به صحیح دوم زراره

روایت دوم زراره نیز صحیح است که زراره در آن، در مورد شک به وجود آمده نسبت به اصابت نجاست به لباسش، از حضرت سؤالاتی را می‌پرسد که حضرت در پاسخ به آن‌ها می‌فرمایند: «... قَالَ لِأَنَّكَ كُنْتَ عَلَى يَقِينٍ مِنْ طَهَارَتِكَ ثُمَّ شَكَّكَ فَلَيْسَ يَنْبَغِي لَكَ أَنْ تَنْقُضَ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ أَبَدًا.» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ۱۸۳/۱).^۱

۱. به جهت اینکه تو بر یقین بر طهارت بوده‌ای و سزاوار نیست یقینت را، در هیچ‌جا به شک نقض نمایی.

در این روایت، در مقام استدلال نیز به دو فقره اشاره شده است: لَيْسَ يَنْبَغِي لَكَ أَنْ تَنْقُضَ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ؛ استفاده می‌نمایند و تنها تفاوت بین این دو وجود کلمه «أَبَدًا» در یکی دون دیگری است.

نحوه استدلال به این روایت نیز همانند روایت قبلی است، بلکه با توجه به تعبیر امام به «لیس ینبغی» واضح است که اشاره به یک قاعده کلی مرتکز نزد عقلا دارند، مبنی بر اینکه جنس یقین نباید به سبب جنس شک نقض گردد؛ حال می‌خواهد متعلق شک یا همان مشکوک، حالی باشد یا استقبالی.

پس استدلال به این روایت هم برای اعتبار بخشیدن به استصحاب مورد بحث تمام است.

۳.۴. استناد به صحیحہ سوم زرارہ

این روایت نیز سند محکمی دارد که زرارہ در آن از حکم کسی می‌پرسد که در نماز، بین رکعت سوم و چهارم شک می‌کند و حضرت در پاسخ به او می‌فرمایند:

«قَامَ فَأَصَافَ إِلَيْهَا أُخْرَى وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَلَا يَنْقُضُ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ وَلَا يُدْخِلُ الشَّكَّ فِي الْيَقِينِ وَلَا يَخْلُطُ أَحَدُهُمَا بِالْأُخَرِ وَلَكِنَّهُ يَنْقُضُ الشَّكَّ بِالْيَقِينِ وَيُتِمُّ عَلَى الْيَقِينِ قِيَمَتِي عَلَيْهِ وَلَا يَعْتَدُ بِالشَّكِّ فِي حَالٍ مِنَ الْحَالَاتِ.» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳/۳۵۱)؛^۱

بعضی به این روایت برای اثبات استصحاب استدلال نموده‌اند و فرموده‌اند: این روایت بدون تردید اعتبار اصل استصحاب را می‌رساند (خمینی، ۱۳۸۱، ۵۵). البته به نظر می‌رسد با توجه به توضیح امام علیه السلام و عطف چند جمله به یکدیگر و مخالف بودن ظاهر این روایت با قول امامیه نمی‌توان به مفاد این روایت برای اعتبار اصل استصحاب استدلال نمود، تا چه رسد به اینکه بخواهیم اعتبار استصحاب استقبالی را از آن استفاده کنیم. چرا که امامیه قائل است در شک بین سه و چهار باید بنا را بر چهار گذاشت و یک رکعت نماز احتیاط به‌جا آورد، در حالی که ظاهر روایت،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۶

۱. بلند شو و یک رکعت دیگر به آن اضافه نما و چیزی بر تو (غیر از این) نمی‌باشد، و یقین را به سبب شک نقض نکن، و یکی را با دیگری مخلوط نکن، بلکه شک را با یقین نقض کن و بنا را بر ادامه یقین بگذار و به شک در هیچ حالتی اعتنا نداشته باش.

انجام رکعت چهارم به طور متصل است. لذا ظاهر روایت دلالتی بر اصل استصحاب ندارد.

البته محقق خویی^۱ می‌فرماید: از عطف چند جمله و تکرار امام^ع فهمیده می‌شود که امام صرفاً در مقام جواب زراره برنیامده است، بلکه با تکرار قاعده استصحاب در صدد بوده تا به زراره تقيه بودن کلام را بفهماند (خویی، ۱۴۱۷، ۶۰/۲). اگر این توجیه را بپذیریم، باید بگوییم این روایت با قرینه حالیه، دلیل محکمی برای اعتبار بخشی به استصحاب است و با توجه به اطلاقی که در آن وجود دارد، به کار استصحاب استقبالی نیز می‌آید.

در هر صورت، استدلال به این روایت با توجه به وجود احتمالات دیگر، با چالش مواجه است؛ زیرا بعضی آن را مورد استناد در مبحث اشتغال می‌دانند (انصاری، ۱۴۲۴، ۵۶۸/۲؛ نائینی، ۱۳۵۲، ۳۶۹/۲؛ صدر، ۱۴۱۷، ۸۶/۶) و می‌گویند که منظور امام^ع در این روایت اضافه کردن یک رکعت نماز به صورت متصل است، تا یقین به اتیان تکلیف حاصل شود، نه بناگذاری بر یقین سابق. با توجه به این احتمالات، در نهایت می‌توان این روایت را مؤیدی برای سایر روایات معتبر دانست.

اعتبار استصحاب
استقبالی در استنباط
احکام شرعی

۴.۴. استناد به صحیحہ عبد الله بن سنان

۱۷

این صحیحہ درباره لباسی است که به کافر ذمی عاریه داده شده و نجاست آن مشکوک است. در این مورد حضرت صادق^ع فرموده‌اند:

«صَلِّ فِيهِ وَلَا تَغْسِلُهُ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ، فَإِنَّكَ أَعَزَّتْهُ إِيَّاهُ وَهُوَ طَاهِرٌ وَلَمْ تَسْتَيْقِنْ أَنَّهُ نَجَسُهُ، فَلَا بَأْسَ أَنْ تُصَلِّيَ فِيهِ حَتَّى تَسْتَيْقِنْ أَنَّهُ نَجَسُهُ» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۳۶۱/۲)^۱

این روایت هم در مبحث استصحاب، مورد استناد اصولیان قرار گرفته و از آن اعتبار اصل استصحاب استفاده کرده‌اند. اما نسبت به استدلال به این روایت برای استصحاب استقبالی، مرحوم خویی فرموده است که شمول این روایت برای اعتبار

۱. در آن لباس نماز بخوان و بخاطر این عاریه آن را تغسیل مکن؛ زیرا در هنگام عاریه پاک بوده است و یقین به نجاست آن پیدا نموده‌ای، لذا حرجی در نماز خواندن با آن تا زمانی که یقین به نجاست پیدا نکرده‌ای نیست.

بخشیدن به استصحاب استقبالی نا کارآمد است و اگر بتوانیم از باب طهارت نیز الغای خصوصیت کنیم، باز هم با توجه به اینکه امام علیه السلام، قاعده را بر سؤال عبدالله بن سنان تطبیق می کنند و قاعده کلی در مقام جواب نمی فرمایند، تنها شامل استصحاب حالی می گردد و نمی تواند دلیل برای استصحاب استقبالی واقع شود (خویی، ۱۴۱۷، ۱۹۰/۲).

ولی کلام ایشان با توجه به عدم پذیرش اعتبار انصراف - در این گونه موارد که به حد انس بین لفظ و معنا نمی رسد - صحیح به نظر نمی رسد و همان طور که ذکر شد، خود مرحوم خوئی انصراف ناشی از غلبه وجودی را رد نموده است (خویی، ۱۴۲۲، ۵۴۰/۴). لذا حق این است که از صحیح عبدالله بن سنان نیز می توان اعتبار استصحاب استقبالی را فهمید و اگر نسبت به باب طهارت، الغای خصوصیت از روایت شود، دیگر فرقی بین استصحاب حالی و استقبالی در استشهاد به امثال این روایت وجود ندارد.

۵. استناد به روایت علی بن محمد قاسانی

در این روایت از روزه روزی که شک می شود از رمضان است یا خیر، پرسیده می شود و حضرت در پاسخ می فرماید: «الْيَقِينُ لَا يُدْخَلُ فِيهِ الشَّكُّ صُمْ لِلرُّؤْيَةِ وَ أَفْطِرْ لِلرُّؤْيَةِ.» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ۶۴/۲)؛^۱ حق این است که در اینجا فرض عهدیت «ال» منتفی است و لذا این روایت به خاطر اطلاق در یقین و شک می تواند شاهد خوبی برای اعتبار استصحاب و از جمله استصحاب استقبالی باشد. اما مشکل آن است که علی بن محمد قاسانی فاقد توثیق است (شیخ طوسی، ۱۳۸۹، ۴۱۷)؛ لذا این روایت از لحاظ سندی ضعیف است و در نهایت مؤیدی برای سایر روایات می باشد.

روایات دیگری نیز برای اعتبار استصحاب به آن استدلال شده که بیان تمامی آن ها در این مختصر نمی گنجد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۸

۱. شک در یقین داخل نمی گردد در هنگام رؤیت هلال (رمضان) روزه بگیر و در هنگام رؤیت هلال - شوال - افطار نما.

۶. اشکالات مطرح در تطبیق روایات استصحاب

۱.۶. عدم اطلاق روایات با توجه به لزوم حمل مطلق بر مقید

اشکال اول، اشکال به اطلاق روایات استصحاب است، به این صورت که ممکن است کسی بگوید: با توجه به اینکه در مقام به دو دسته روایات مطلق و مقید استشهاد شد، ما باید مطلق را بر مقید حمل نماییم؛ لذا باید بگوییم: نمی‌توان اعتبار مطلق استصحاب را که شامل استصحاب استقبالی را هم نتیجه گرفت.

در جواب باید گفت:

اولاً: با توجه به مبانی اتخاذ شده در باب مطلق و مقید، وقتی دلیل مطلق و مقید هر دو مثبت باشند، مطلق بر مقید حمل نمی‌شود؛ مثلاً: در تفاوت «أعتق رقبة» و «أعتق رقبة مؤمنة»، قید «مؤمنة» تکلیف نسبت به رقبة غیر مؤمنة را نفی نمی‌کند، همچنان که بعضی از اصولیان در باب مطلق و مقید به این مسئله اذعان نموده‌اند (خویی، ۱۴۱۹، ۳۴۲/۲؛ صدر، ۱۴۱۷، ۴۴۱/۳).

ثانیاً: نسبت به همان موارد مقید در روایات مانند: روایت عبدالله بن سنان، بیان شد که آنجا هم استفاده اعتبار مطلق استصحاب با الغای خصوصیت از مورد، بدون محذور است و مورد، مخصّص نمی‌باشد.

ثالثاً: هنگامی که ثابت شد که «ال» وارده شده بر «یقین» برای بیان عهدیت نیست و جنس یقین را شامل می‌شود، این مطلب به ضمیمه اشاره به امر ارتکازی عقلایی، جمله را در مرتبه نصّ در عمومیت دلیل استصحاب برای در برگیری استصحاب استقبالی قرار می‌دهد و دیگر قابل تخصیص نیست.

۲.۶. عدم اطلاق روایات، با توجه به عدم شمول استصحاب قهقرائی

اشکال مطرح دیگر این است که روایات وارده در مبحث استصحاب اصلاً دارای اطلاق نمی‌باشد تا اعتبار استصحاب استقبالی برداشت شود؛ زیرا از خارج می‌دانیم که شامل استصحاب قهقرائی نمی‌شود و وقتی اطلاقی در روایات وجود نداشت، به قدر متیقّن که استصحاب حالی است، اکتفا می‌شود؛ لذا دلیلی برای اعتبار استصحاب استقبالی باقی نمی‌ماند.

حق این است که این اشکال نیز وارد نیست و عدم اعتبار استصحاب قهقرایی ضرری به اطلاق روایات نمی‌رساند؛ به این بیان که ادله استصحاب اصلاً شامل استصحاب قهقرایی نمی‌شود و این استصحاب تخصّصاً از تحت روایات خارج است؛ زیرا اطلاق روایات می‌گوید: یقین نباید به وسیله شک نقض شود و ما نیز در استصحاب حالی و استقبالی به همان پایبند هستیم، در حالی که در استصحاب قهقرایی، به عکس است و شک به وسیله یقین نقض می‌گردد.

۳.۶. عدم صدق نقض

در این استصحاب عنوان نقض وجود ندارد؛ زیرا هنوز مشکوکی نیامده تا نقض صدق کند؛ زیرا برای مثال وقتی زمان مشکوکی حالی باشد، می‌گوییم: دیروز زید عادل بود، پشت سرش نماز خواندیم. امروز شک می‌کنیم عادل است یا نه؟ وقتی مشکوک فعلی شد، نقض معنا می‌یابد؛ یعنی اگر پشت سرش نماز نخواندیم، یقین ما نقض شده است، اما وقتی که مشکوک استقبالی است، هنوز ظرف مشکوک نیامده و چیزی که هنوز ظرفش نیامده، نقض اصلاً در مورد آن معنا ندارد؛ لذا ادله استصحاب شامل استصحاب استقبالی نمی‌شود!

این اشکال را آقای شیخ جواد فاضل لنکرانی در تقریرات بحث خویش مطرح نموده و در پاسخ گفته است:

«این اشکال در صورتی بر استصحاب استقبالی وارد است که مراد از نقض یقین و شک در روایات، نقض متیقّن و مشکوک باشد؛ همچنان که بعضی همچون مرحوم شیخ انصاری و مَنْ تَبِعَ اِيشَان به آن اذعان کرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۲۴، ۵۶۷/۲؛ آخوند خراسانی، ۱۴۳۰، ۱۸۳/۳). ولی اگر قول دیگر را پذیرفتیم و گفتیم ظاهر روایات استصحاب این است که مراد از یقین یعنی خود یقین و مراد از شک یعنی خود شک، همچنان که بعضی همچون مرحوم نائینی قائل به این مطلب شده‌اند و بر مرحوم شیخ و آخوند اشکال کرده‌اند (نائینی، ۱۳۵۲، ۳۵۵/۲؛ خویی، ۱۴۱۷، ۲۹/۲؛ امام خمینی، ۱۳۸۱، ۳۲)، در این صورت، اشکال وارد نمی‌باشد و استصحاب استقبالی نیز جریان می‌یابد؛ زیرا در این صورت، ما کاری به متیقّن و مشکوک

نداریم بلکه مهم یقین و شک فعلی است که هر دو وجود دارد.»^۱

آنچه در مقام جواب اقوا به نظر می‌رسد کلام محقق نائینی و مدرسه ایشان است، البته نه به دلیل آن جهتی که این بزرگوار فرموده است که پذیرش مبنای دیگر خلاف ظاهر استناد امام علیه السلام به یقین و شک است و نیاز به دلیل دارد، بلکه به خاطر ممنوعیت پذیرش کلام شیخ انصاری و تابعان ایشان در این نظریه است؛ زیرا اگر کسی ادعا نماید که مراد امام علیه السلام از عدم نقض یقین و شک، متعلق یقین و شک است نه خود آن‌ها و لذا در استصحاب استقبالی به خاطر فقدان مشکوک نقض معنا ندارد؛ جواب گفته می‌شود: پس در استصحاب متداول هم حکم به عدم نقض معنا ندارد؛ زیرا ظرف متیقن گذشته است و با آمدن شک، متیقن حقیقتاً نقض شده و دیگر برای حکم به عدم نقض آنچه حقیقتاً نقض شده، مجالی نیست، در حالی که کسی این اشکال را در ناحیه استصحاب متداول مطرح نمی‌کند.

لذا باید بپذیریم مرحوم شیخ انصاری و من تبع ایشان در پذیرش این مبنا به خطا رفته‌اند و قطعاً مراد امام علیه السلام از عدم نقض یقین به سبب شک، خود یقین و شک است نه متعلقات آن‌ها. به این ترتیب چون این یقین و شک در هنگام اجرای استصحاب استقبالی نیز موجود است، پس اجرای این استصحاب بلا محذورست. برای مثال، شک در عدالت زید در دو روز دیگر، اگر به آن اعتنا شود، همین الآن یقین را نسبت به همان روز نقض می‌کند. البته جای طرح این اشکال در شک تقدیری است که خارج از موضوع این نوشتار می‌باشد.

۷. تطبیق ارکان استصحاب در استصحاب استقبالی

استصحاب دارای چهار رکن اساسی است: یقین سابق، شک لاحق، وحدت متعلق یقین و شک و وجود اثر عملی (صدر، ۱۴۱۷، ۶/۱۱۱). نسبت به ارکان استصحاب دیدگاه‌های دیگری نیز وجود دارد و اکثر اصولیان به دو رکن نخست اکتفا کرده و از آن به «مقوم» تعبیر نموده و دو رکن دیگر را به صورت ضمنی و در

اعتبار استصحاب
استقبالی در استنباط
احکام شرعی

خلال بحث مطرح کرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ۲۴/۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۳۰، ۲۱۲/۳؛ نائینی، ۱۳۷۶، ۳۱۶/۴).

رکن اول

نسبت به رکن اول - یعنی یقین سابق - باید دو نکته مورد توجه قرار گیرد. نکته اول اینکه در تفسیر این رکن، دو نظر کلی وجود دارد: یکی اینکه یقین به حدوث به نحو موضوعی اخذ شده است که این، نظر مشهور اصولیان است (نائینی، ۱۳۵۲، ۳۵۰/۲؛ خویی، ۱۴۱۷، ۹۱/۲؛ صدر، ۱۴۱۷، ۱۱۱/۶). نظر مقابل این است که مجرد حدوث سابق به عنوان رکن در استصحاب اخذ شده است، چه یقین به آن وجود داشته باشد و چه نباشد، بلکه اماره‌ای بر حدوث بیاید، در هر حال این رکن محقق شده است (شیخ انصاری، ۱۴۲۴، ۲۴/۳).

با توجه به هر یک از دو مبنای فوق، تحقق این رکن در استصحاب استقبالی بلا محذور می‌باشد.

نکته دیگری که در مورد این رکن باید مدّ نظر گیرد، این است که زمان متیقّن باید مقدّم بر زمان مشکوک باشد و این مفروض ما در استصحاب استقبالی است. چه اینکه اگر زمان مشکوک مقدم بر زمان متیقّن باشد، استصحاب قهقراپی خواهد بود که از بحث ما خارج است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۲۲

رکن دوم

نسبت به رکن دوم - شک در بقاء - باید گفت آنچه در هنگام استصحاب وجودش به عنوان رکن استصحاب اخذ شده، وجود شک است و فرقی نمی‌کند که متعلّق شک یا همان مشکوک، در زمان آینده باشد یا گذشته، در هر حال، شک فعلی به هنگام جریان استصحاب استقبالی وجود دارد.

رکن سوم

نسبت به رکن سوم که وحدت متعلّق یقین و شک است، باید توجه داشت که در جریان استصحاب (به‌طور مطلق) از جایی بحث می‌شود که متعلّق یقین و شک یکی باشد، یعنی شک در همان مورد یقین به وجود بیاید؛ زیرا در غیر این صورت، بحث داخل در قاعده مقتضی و مانع خواهد شد و از بحث استصحاب خارج می‌شود.

رکن چهارم

آخرین رکن جریان استصحاب وجود اثر عملی است (صدر، ۱۴۱۷، ۱۱۱/۶)، ولی بعضی از آن به شرط یاد نموده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۳۲۹، ۲۱۴/۳؛ نائینی، ۱۳۵۲، ۸۸/۲)؛ به هر حال، اگر ثمره شرعی بر جریان استصحاب بار نشود، اعتباری ندارد؛ این امر در استصحاب استقبالی نیز مطرح است؛ مثلاً اگر در حال حاضر یقین به عدالت زید و شک در بقای عدالت او تا دو روز دیگر داشته باشیم و بخواهیم با اجرای استصحاب استقبالی بگوییم: زید دو روز دیگر عادل است، این لغو است؛ زیرا بر ثبوت عدالت زید در دو روز دیگر هیچ اثر شرعی در زمان جریان استصحاب مترتب نمی‌شود.

در اینجا باید بحث شود که آیا بر جریان استصحاب استقبالی اثری شرعی مترتب می‌گردد یا خیر؟ آیا این استصحاب موارد کاربردی در فقه دارد یا اجرای چنین استصحابی لغو است؟ با بیان کاربردهای فقهی استصحاب استقبالی در ادامه این نوشتار، تحقق این رکن نیز به اثبات می‌رسد.

اعتبار استصحاب
استقبالی در استنباط
احکام شرعی

۸. کاربرد فقهی استصحاب استقبالی

۱.۸. جواز بدار

۲۳

این مسئله را مرحوم صاحب عروه در مسائل باب تیمم مطرح کرده است. توضیح اینکه وضعیت شخصی که اول وقت از به جا آوردن بعضی از اجزا یا شرایط نماز عاجز است از سه حال خارج نیست:

الف) یقین دارد که این عجز و ناتوانی تا آخر وقت باقی خواهد ماند؛ در اینجا به اجماع، مبادرت به عمل ناقص و جایگزین ساختن آن به جای کامل جایز است.
ب) یقین دارد که این ناتوانی تا آخر وقت زائل خواهد شد؛ در این صورت، بلاشکال حق مبادرت ندارد، بلکه باید صبر کند و انتظار بکشد به دلیل اینکه این شخص مأمور به انجام عمل در خصوص اول وقت نیست تا بتواند به بدل آن منتقل شود، بلکه به طبیعی عمل در کل این وقت مأمور است و وقتی به بدل آن منتقل می‌شود که تمام افراد طولیه مبدل منه متعذر باشد که در اینجا چنین نیست.

ج) شك دارد که آیا عذر او تا پایان وقت باقی خواهد ماند یا خیر؟ در این صورت هم علی القاعده باید گفت: حق اتیان عمل را در اول وقت ندارد، ولی مرحوم سیدیزدی فرموده‌اند: این فرد می‌تواند تیمم و مبادرت به نماز نماید (یزدی، ۱۴۰۹، ۳۷۴/۱) دیگران نیز به این مسئله اشاره کرده، حکم نموده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۳۱۲/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹/۷).

علت حکم یادشده طبق بیان مرحوم خویی، جریان استصحاب استقبالی است؛ به این صورت که الآن یقین به عدم دسترسی به آب دارد و شک می‌کند در اینکه آیا تا پایان وقت آب برای وضو پیدا می‌کند یا خیر؟ در اینجا استصحاب می‌گوید: بنا را بر عدم وجدان آب بگذار و با تیمم نماز بخوان (خویی، ۱۴۱۷، ۸۹/۲).

۲.۸. وجوب روزه حائض

با توجه به اینکه شرط وجوب روزه برای زن طهارت از حیض در طول روز می‌باشد، اگر زنی که الآن طاهر است، شك نماید که آیا این طهارت تا غروب باقی می‌ماند یا خیر، فقها حکم به وجوب روزه و امساک برای زن در آن روز می‌نمایند. علت این حکم تمسک به استصحاب استقبالی طهارت تا غروب می‌باشد (اسدی حلی، ۱۴۰۷، ۱۵۵/۱؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۴/۳؛ همدانی، ۱۴۱۶، ۳۰/۴).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷
۲۴

۳.۸. یادگیری بعضی از احکام

بعضی از فقها فرموده‌اند: در جایی که انسان یقین دارد به اینکه در حال حاضر تکلیفی، مثل دفن میت به عهده‌اش نمی‌باشد، لازم نیست احکام آن را یاد بگیرد، ولی اگر شك کند که در زمان آینده آیا به گردنش واجب می‌شود یا خیر با استصحاب عدم ابتلا، وجوب تعلم آن نفی می‌شود و لازم نیست احکام آن را یاد بگیرد (خویی، ۱۴۲۲، ۴۵۴/۱؛ طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ۳۰۵/۲).

۴.۸. حرمت اتلاف آب وضو

در جایی که فردی یک میزان آب برای وضو دارد و می‌داند که مکلف به نماز

با وضو در هنگام زوال می‌باشد، اما شک دارد در اینکه جایز است این آب را بریزد، به این جهت که احتمال می‌دهد دیگر آب پیدا نکند و مجبور به نماز با تیمم شود یا جایز نیست؟ در اینجا برخی از فقها با استصحاب وجوب نماز با وضو به عدم جواز تلف آب حکم می‌نمایند (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۵۶/۵۵؛ یزدی، ۱۴۰۹، ۴۷۱/۱؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷، ۳۹/۱۰).

۵.۸. عدم بازگشت دیه

در کتاب دیات این مسئله مطرح شده که اگر فردی بر دیگری جنایتی وارد نماید که دیه کامل دارد، همانند اینکه قوه بینایی فردی را از بین ببرد. در اینجا یقین به ضمان فرد جانی نسبت به دیه کامل داریم، اما اگر شک شود در این ضمان، به این جهت که ممکن است این قوه بر اثر گذشت زمان یا جهت دیگری برگردد؛ در اینجا حکم به ضمان دیه کامل می‌گردد و جهت آن استصحاب بقای دیه است (شهید اول، ۱۴۲۷، ۶۵۱/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹۷/۴۳).

اعتبار استصحاب
استقبالی در استنباط
احکام شرعی

۶.۸. برداشت دیه کامل

یکی دیگر از مسائلی که در آن از استصحاب استقبالی استفاده شده، فتوای برخی از فقها در کتاب دیات است. ایشان گفته‌اند که: اگر فردی باعث شکستن کمر دیگری گردد باید دیه کامل بدهد، هر چند احتمال بدهد در آینده خوب می‌شود. علت این حکم استصحاب بقای دیه در آتی است (شهید اول، ۱۴۲۷، ۶۵۳/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۰۲/۴۳).

۷.۸. لزوم معامله سلف

از جمله کاربردهای استصحاب استقبالی در مبحث معاملات که در کلام فقها به چشم می‌خورد، در بیع سلم است و آن در جایی است که شک شود که آیا مبیع در سر رسید مقرر یافت می‌شود یا خیر؟ فقها فرموده‌اند: با جریان استصحاب استقبالی حکم به لزوم این معامله می‌شود (شهید اول، ۱۴۲۷، ۵۴۱/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۰۷/۲۴ و دیگران).

نکته حائز اهمیت در اینجا آن است که برخی از فضلاء معاصر به تبع مرحوم نائینی (نائینی، ۱۳۵۲، ۱/۱۵۸) به صاحب جواهر نسبت داده‌اند که ایشان استصحاب استقبالی را در کتابشان نپذیرفته است (موسوی جزایری، شهیدی‌پور و دیگران، مدرسه فقهت، تقریرات درس خارج)، در حالی که با بررسی بعضی از مسائل این کتاب مشخص گردید که ایشان نیز استصحاب استقبالی را مبنای بعضی از فتاوی خویش قرار داده‌اند؛ که از جمله آن‌ها مسئله ۴، ۵، ۶، ۷ است که در کتاب جواهر الکلام مطرح شده است؛ لذا وجه استناد مرحوم نائینی و تبعیت بعضی دیگر مشخص نگردید!

۸.۸. تغییر فتوا

بعضی از فقها فرموده‌اند: اگر برای مجتهدی تبدل رأی حاصل شود، تنها در زمانی لازم است به مقلد اطلاع دهد که علم داشته باشد که آن مسئله مورد ابتلای مکلف واقع می‌شود. اما در صورتی که یقین به عدم ابتلای مکلف در زمان حال داشته باشد و شک کند که آیا آن مسئله در آینده مورد ابتلا واقع می‌شود یا خیر، با تمسک به استصحاب استقبالی، حکم به عدم وجوب اعلام مجتهد می‌شود؛ زیرا فرض بر این است که مجتهد طبق موازین شرعی فتوا داده است (خویی، ۱۴۱۰، ۹/۱؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ۱/۱۰).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۲۶

۹.۸. عدالت امین

از دیگر مسائل شرعی که استصحاب استقبالی در آن کاربرد دارد، این مسئله است: کسی می‌تواند امین از طرف حاکم (بر اموال یتیم) قرار بگیرد که عادل باشد و حاکم نمی‌تواند غیرعادل را امین نماید. حال اگر فردی در زمان حاضر عادل بود و حاکم او را امین قرار داد و سپس شک کرد که او در آینده هم امین می‌ماند یا خیر؟ در اینجا با جریان استصحاب استقبالی عدالت، بقای عدالت در آینده را احراز می‌نماید و چیزی بر عهده حاکم نیست (خویی، ۱۴۱۱، ۱۸۲).

آنچه گذشت، مواردی از استدلال فقها به استصحاب استقبالی بود؛ که با رجوع

به کتاب‌های فقهی می‌توان مسائل مختلفی را به‌دست آورد که فقها با تمسک به این استصحاب، حکم مربوط را بیان نموده‌اند.

نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث مطرح شده مشخص گردید که استصحاب استقبالی همانند استصحاب حالی، از جمله ادلهٔ پرکاربرد در استنباط احکام شرعی است و مورد استناد فقها در بسیاری از مسائل فقهی قرار گرفته است. البته برخی مانند شهید اول به آن تصریح نموده‌اند و بیان کرده‌اند که مستند حکم، تمسک به استصحاب است و بعضی همانند صاحب جواهر در بعضی مسائل، پس از رد روایات وارده در بحث، حکم را بر مبنای استصحاب استقبالی ذکر نموده‌اند.

هم روایات استصحاب شامل استصحاب استقبالی است و هم ارکان استصحاب همگی در استصحاب استقبالی وجود دارند. مسیر استدلال به روایات یادشده برای اعتبار استصحاب استقبالی، این‌گونه است که یک دسته روایات به‌طور صریح و به‌عنوان یک قاعدهٔ کلی نقض یقین به شک را جایز نمی‌داند و استشهاد به این روایات برای اعتبار دادن به استصحاب استقبالی، تمام است. دسته دیگر روایات دارای خصوصیت و قیودی است که در بعضی از آن‌ها می‌توان الغای خصوصیت نمود و اعتبار استصحاب را به‌طور مطلق برداشت نمود.

با توجه به اینکه ادلهٔ بیان شده برای اعتبار این نوع استصحاب تمام می‌باشد، هر فقیه و اصولی ناگزیرست اعتبار این استصحاب را بپذیرد و کاربردهای آن را مورد توجه قرار دهد. بنابراین جا دارد اصولیان معاصر به واکاوی دقیق این مسئله پرداخته و با مشخص کردن ابعاد و زوایای آن، زمینه را برای بهره‌مندی هرچه بیشتر در فقه، فراهم آورند.

منابع

۱. آشتیانی، محمدحسن، (۱۴۲۹ق)، بحر الفوائد في شرح الفرائد، ۸جلد، چاپ اول، بیروت.
۲. آمدی، علی، (۱۴۱۰ق)، الإحكام في اصول الأحكام، ۲جلد، دار الكتب الاسلامی، چاپ سوم، بیروت.
۳. اشتهاودی، علی پناه، (۱۴۱۷ق)، مدارک العروه، ۳۰جلد، دار الاسوة، چاپ اول، تهران.
۴. اندلسی الظاهری، محمدعلی، (۱۴۰۷ق)، الإحكام في اصول الأحكام، ۲جلد، دار الحیل، چاپ دوم، بیروت.
۵. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق)، کتاب الطهارة، ۵جلد، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، قم.
۶. ———، (۱۴۲۴ق)، فرائد الأصول، ۴جلد، مجمع فکر اسلامی، چاپ نهم، قم.
۷. تبریزی، جواد، (۱۴۲۶ق)، منهاج الصالحین، ۲جلد، مجمع امام مهدی علیه السلام، چاپ اول، قم.
۸. حائری یزدی، عبدالکریم، (۱۴۱۸ق)، درر الفوائد، ۱جلد، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ ششم، قم.
۹. حرعاملی، محمدبن حسن، (۱۴۰۷ق)، وسائل الشیعه، ۳۰جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، قم.
۱۰. حسینی روحانی، سیدمحمد، (۱۴۱۹ق)، المرتقی الی الفقه الارقی، ۲جلد، دار الجلی، چاپ اول، تهران.
۱۱. حلّی، حسین، (۱۴۳۲ق)، اصول الفقه، ۱۲جلد، مکتبه الفقه و الاصول، چاپ اول، قم.
۱۲. حلّی، جمال الدین، (۱۴۰۷ق)، المذهب البارع في شرح المختصر النافع، ۵جلد، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم.
۱۳. خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۳۰ق)، کفایة الأصول (با تعلیقه زارعی سبزواری)، ۳جلد، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ ششم، قم.
۱۴. خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۱ش)، الاستصحاب، ۱جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران.
۱۵. خمینی، مصطفی، (۱۴۱۸ق)، تحریرات في الاصول، ۸جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۱۶. خویی، سیدابوالقاسم، (۱۴۱۹ق)، دراسات في علم الأصول، ۴جلد، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، قم.
۱۷. ———، (۱۴۱۱ق)، فقه الشیعه، ۱جلد، چاپخانه نو ظهور، چاپ سوم، قم.
۱۸. ———، (۱۴۲۲ق)، محاضرات في اصول الفقه، ۴جلد، مؤسسه احیاء آثار امام خویی،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

چاپ اول، قم.

۱۹. _____ (۱۴۲۲ق)، مصباح الأصول (مباحث الفاظ)، ۲جلد، انتشارات داوری، چاپ اول، قم.

۲۰. _____ (۱۴۱۷ق)، مصباح الأصول (مباحث حجج و امارات)، ۲جلد، انتشارات داوری، چاپ پنجم، قم.

۲۱. _____ (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، ۲جلد، انتشارات مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، قم.

۲۲. _____ (۱۴۱۷ق)، الهدایة فی الأصول، ۴جلد، مؤسسه صاحب الامر علیه السلام، چاپ اول، قم.

۲۳. رازی، محمد، (۱۴۱۲ق)، المحصول فی علم الاصول، ۶جلد، دار الفکر، چاپ دوم، بیروت.

۲۴. صدر، سید محمدباقر، (۱۴۱۷ق)، بحوث فی علم الأصول، ۷جلد، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ سوم، قم.

۲۵. طباطبائی قمی، سید تقی، (۱۳۷۱ش)، آراؤنا فی اصول الفقه، ۳جلد، انتشارات محلاتی، چاپ اول، قم.

۲۶. طوسی، شیخ محمد بن حسن، (۱۳۹۰ق)، الإستبصار فی ما اختلف من الأخبار، ۴جلد، انتشارات کُتُب اسلامی، چاپ اول، تهران.

۲۷. _____ (۱۴۰۷ق)، تهذیب الاحکام، ۱۰جلد، انتشارات کُتُب اسلامی، چاپ چهارم، تهران.

۲۸. _____ (۱۳۸۹ش)، الرجال، ۱جلد، انتشارات حیدری، چاپ دوم، قم.

۲۹. عاملی، حسن، (۱۳۷۶ش)، معالم الاصول (با حواشی سلطان العلماء)، ۱جلد، انتشارات قدس، چاپ دوم، قم.

۳۰. عاملی، سید محمدحسین، (۱۴۲۷ق)، زیادة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، ۹جلد، دار الفقه، چاپ چهارم، قم.

۳۱. عراقی، ضیاء الدین، (۱۴۲۰ق)، مقالات الأصول، ۲جلد، مجمع فکر اسلامی، چاپ اول، قم.

۳۲. علم الهدی، علی بن حسین، (۱۳۷۶ش)، الذریعة الی اصول الشریعة، ۲جلد، دانشگاه تهران، چاپ اول، تهران.

۳۳. غرناطی المالکی، ابراهیم، (۱۴۱۷ق)، الموافقات فی اصول الشریعة، ۲جلد، دار الکتب العلمیة، بیروت.

۳۴. غزالی، محمد. (۱۴۱۹ق)، المنحول من تعليقات الأصول، جلد، دار الفكر، چاپ سوم، بيروت.
۳۵. كليني، محمد بن يعقوب، (۱۴۰۷ق)، الكافي، جلد، انتشارات كُتب اسلامي، چاپ چهارم، تهران.
۳۶. نائيني، محمد حسين، (۱۳۵۲ق)، أجود التقريرات، ۲ جلد، مؤسسه صاحب الامر، چاپ اول، قم.
۳۷. ——— (۱۴۲۱ق)، الرسائل الفقيهيه، جلد، مؤسسه معارف اسلامي امام رضا علیه السلام، چاپ اول، قم.
۳۸. ——— (۱۳۷۶ش)، فوائد الأصول، جلد، مؤسسه نشر اسلامي، چاپ اول، قم.
۳۹. نجفي، جعفر، (۱۴۲۲ق)، كشف الغطاء عن مبهمات شريعة الغراء، ۴ جلد، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، چاپ اول، قم.
۴۰. نجفي، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ۴۳ جلد، انتشارات احياء تراث عربي، چاپ هفتم، بيروت.
۴۱. همداني، رضا، (۱۴۱۶ق)، مصباح الفقيه، ۱۴ جلد، مؤسسه جعفري، چاپ اول، قم.
۴۲. يزدي طباطبائي، سيد محمد كاظم، (۱۴۰۹ق)، عروة الوثقى، ۲ جلد، مؤسسه اعلمي، چاپ دوم، بيروت.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۳۰

تأملی در بهره‌گیری از «قرعه» در تزاحم^۱

میرزا محمد واعظی^۲

محمدتقی قبولی^۳

محمدتقی فخلعی^۴

چکیده

تأملی در بهره‌گیری از
«قرعه» در تزاحم

۳۱

نمونه‌های عینی دو حکم متزاحم در مصادیق بسیاری موج می‌زند و واری‌های سنجه‌های تشخیص اهم را مبرهن می‌نماید که به‌صورت دقیق مورد سنجش قرار نگرفته است. در این نوشتار، به جایگاه قرعه در میان سنجه‌های ترجیح در تزاحم نگریسته شده است، با این توضیح که متکفل استنباط اهم، معیارهای ترجیح یک حکم را مترصد شده و با تمسک به عقل، به کسر و انکسار سنجه‌های ترجیح می‌پردازد تا در نهایت، به تقدیم مقطوع یا احتمالی یکی از متزاحمین حکم نماید. در این تحقیق، پس از تبیین گونه‌های تزاحم و مدرک قاعده قرعه، نمونه‌های فقهی آن مورد کنکاش قرار گرفته، سپس شروط اعمال قرعه در میان اقسام تزاحم بررسی شده است. به‌زعم نگارندگان، کارایی قرعه پس از امارات و اصول عملیه و در هنگام فاقد بودن یا هم وزن شدن سنجه‌های قطعی و احتمالی با توجه به

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۰۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، (متخذ از رساله دکتری با عنوان «بررسی سنجه‌های تشخیص اهم از مهم در فقه»)، رایانامه: vaez1392@gmail.com

۳. دانشیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، (نویسنده مسئول)، رایانامه: ghabooli@um.ac.ir

۴. استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، رایانامه: faklaei@um.ac.ir

تقابل حقوق مختلف باید مطمئن نظر قرار گیرد. با عنایت به نمونه‌های دو حکم متزاحم از زاویه ترجیح، در تزاحم ملاکی مقبول می‌باشد و در تزاحم امتثالی، در صورت عدم حضور یا موازنه سنجه‌ها و عدم استناد به اصول عملیه، تمسک به قرعه موجب می‌نماید، هر چند در بیشتر موارد، اولویت تخییری بر اولویت تعیینی حاکم است.

کلیدواژه‌ها: أدله قرعه، مرجح تزاحم، اقسام تزاحم، اولویت تعیینی قرعه، شروط قرعه.

طرح مسئله

سنجه‌های تشخیص اهمّ مجموعه‌ای از معیارهای تعیین اولویت و مستفاد از أدله معتبر می‌باشد و شامل تمام مواردی است که یکی از دو حکم متزاحم را به عنوان اهمّ تعیین می‌کند. البته به اختلاف مبنا، این اولویت به صورتی قطعی یا احتمالی مقتضی ترجیح را در بر دارد. در مورد سنجه‌های قطعی به مواردی نظیر حکم عقل می‌توان اشاره نمود؛ مثل ترجیح حکم بدون بدل بر حکم دارای بدل که در تقدیم وجوب عینی بر کفایی به دلیل داشتن بدل افرادی جلوه می‌کند. همچنین تقدیم واجب مضیق بر موسّع به دلیل داشتن بدل زمانی و تقدیم واجب عینی بر واجب تخییری به دلیل داشتن بدل عرضی و مصداقی از جمله مصادیق قطعی تقدیم هستند. تقدیم فعلی که دارای مفسده کمتری است (دفع افسد به فاسد) و تقدیم حکمی که مصلحت آن بیشتر از حکم دیگر است، از دیگر نمودها و نمونه‌های قطعی ترجیح می‌باشند. در مورد سنجه‌های احتمالی تقدیم به مواردی مثل اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت و تقدیم حق الناس بر حق الله می‌توان اشاره نمود.

اینکه چگونه می‌توان فهمید که طبقه‌بندی اولویت‌ها طبق اسلوبی صحیح و معیاری درست انجام شده است و بهترین انتخاب صورت گرفته، سؤالات زیادی پدیدار می‌شود. پاسخ‌یابی عمیق و کامل به این پرسش‌ها به رهاوردی مناسب در حلّ مسئله مذکور منجر می‌گردد. از جمله معیارهای حلّ تزاحم که به منصه ظهور رسیده، تمسک به قرعه است که در تقدیم و ترجیح یکی از متزاحمین می‌تواند مثمر و ناجر باشد. مکلّف از بن بست تحیر باشد. در میان آثار فقیهان نیز برای رفع و حلّ تزاحم میان حقوق نمونه‌های بسیاری وجود دارد. ولی این امر این باور را تقویت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۳۲

می‌کند که بهره‌گیری از قرعه به صورت منضبط مطمح نظر نبوده است و این پرسش اساسی را در ذهن فقه‌پژوهان مطرح می‌نماید که هنگام دوران میان تکالیف، تمسک به قرعه چه زمانی برای حلّ تراحم صحیح می‌باشد؟ ذیل این پرسش، پرسش‌های دیگری نیز پدیدار می‌شود که عبارت‌اند از:

۱. نمونه‌های قرعه در أدله، هادی به چه شروطی برای ورود قرعه در حل تراحم هستند؟

۲. قرعه در حل تراحم ملاکی مؤثر است یا تراحم امتثالی؟

۳. تمسک به قرعه در هنگام حضور چه نوع کیفیتی از حضور سنجه‌ها جایز است؟

۴. اِعمال قرعه به صورت اولویت تعیینی است یا تخییری؟

آنچه در نوشتار پیش‌رو تلاش شده ضمن پاسخ به پرسش‌های مذکور، جایگاه تمسک به قرعه در هنگام تراحم معلوم گردد، ابتدا مباحثی مقدماتی از گونه‌های تراحم، تقدیم یا عدم تقدیم تعیینی اهم محتمل، مدرک قاعده قرعه و نمونه‌های فقهی آن می‌باشد و سپس شروط اِعمال قرعه در میان اقسام تراحم مورد کنکاش قرار گرفته تا حدود و ثغور بهره‌گیری از قرعه در تراحم تبیین گردد.

تأملی در بهره‌گیری از
«قرعه» در تراحم

حضور قرعه در اقسام تراحم

۳۳ در نگاشته‌های بسیاری، از أدله و مصادیق قرعه صحبت شده است، اما در این مسئله تبیین دقیقی صورت نگرفته که قرعه در کدام‌یک از اقسام تراحم حضور دارد و تمسک به آن صحیح و مقبول می‌باشد.

در کلام اصولیان، گونه‌های مختلفی از تراحم به چشم می‌خورد که از آن به «تراحم امتثالی»، حفظی و ملاکی تعبیر شده است. آنچه که بیشتر با اذهان مأنوس است، تراحم امتثالی است و آن هنگامی است که میان دو یا چند تکلیف در مقام عمل و امتثال، دوران حاصل شود و شخص مکلف ناگزیر است که در آن واحد، فقط یک مأمور به را اتیان نماید (خویی، ۱۴۱۷، ۵۴/۱). تراحم امتثالی نیز به اعتبارات مختلف در فقه و اصول تقسیم شده است^۱ و آنچه در اینجا مطمح نظر است، تقسیم

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: (نائینی، ۱۴۰۹، ۳۲۰/۱؛ نائینی، ۱۳۵۲، ۲۸۴؛ مشکینی، ۱۳۷۴، ۱۰۸؛ سبحانی، ۱۳۸۸، ۲/۱۸۸).

تزام به اعتبار احکام^۱ و حقوق^۲ است؛ نظیر التزام دو واجب یا التزام دو حق. گونه دیگر التزام، «تزام ملاکی» است و آن زمانی است که هنوز تکلیفی برای مکلف بیان نشده است، بلکه در یک فعل یا ترک فعل جهات گوناگونی است که این جهات با هم متزام هستند، اما در نتیجه کسر و انکسارات، یکی از ملاک‌ها نسبت به دیگر ملاک‌ها اقوی شناخته می‌شود؛ مثلاً در حدیثی داریم که «اگر مسواک زدن بر امت من مشقت و دشواری نداشت، هر آینه آن را فرض می‌نمودم.» (مجلسی، ۱۴۰۳، ۱۲۶/۷۳). در این روایت التزام میان مصلحت تسهیل و ترخیص بندگان، با مصلحت تنظیف بندگان می‌باشد که مولا جهت تسهیل را اقوی قرار داده است؛ در نتیجه حکم به وجوب مسواک زدن نشده است، بلکه به جهت اقوی بودن ملاک تسهیل و ترخیص، حکم به جواز شده است (خویی، ۱۴۱۷، ۵۴/۱).

در بعضی از مواقع نیز التزام به گونه‌ای دیگر مطمح نظر است که در قالب «تزام حفظی» جلوه‌نمایی می‌کند و آن هنگامی است که بین أغراض و ملاکات التزام واقع شده است، اما نه به لحاظ تأثیر دو غرض در ایجاد حب و بغض و نه به لحاظ تأثیر دو ملاک در الزام، بلکه به لحاظ تأثیر آن دو در توسعه دایره به حرکت واداشتن از قبل مولا که بر خلاف التزام ملاکی که در یک موضوع واحد مطرح بود، در موضوعات متعدّد فرض می‌شود (صدر، ۱۴۱۷، ۲۰۳/۴). مثلاً در فرض افتتاح باب علم به حجیت داشتن امارات حکم می‌شود. به دلیل اینکه مصلحت

۱. هنگام التزام در احکام، می‌توان حالات مختلفی را ترسیم نمود، که از میان آن‌ها آنچه که بیشتر مطمح نظر فقها بوده است، التزام دو حکم الزامی با تغییر کیفیت سلب و ایجاب بوده است که شامل التزام واجب و حرام (حفظ جان و اکل میت)، دو واجب (نماز و ازاله نجاست)، دو حرام (ساتر حریر یا نجس برای نماز) می‌شود. اما برای التزام دیگر احکام نیز موارد زیادی بیان شده است. مثلاً می‌توان از دوران بین نماز اول وقت فرادا یا نماز جماعت با تأخیر به التزام دو مستحب، تقابل روزه قضا و مندوبه به التزام میان واجب و مستحب و خواندن نماز در مقابل آینه به التزام واجب و مکروه، اشاره نمود.

۲. در ابواب مختلف فقهی، گاه از التزام حقوق صحبت شده است. این حقوق می‌تواند در انحای مختلف شکل گیرد. مثلاً قرار گرفتن مسجد در طرح توسعه خیابان از مصادیق التزام حقوق الهی با حقوق حکومتی، قراردادن ناودان در خیابان از موارد التزام حقوق اشخاص با حقوق حکومتی و حقوق صاحب عین و دیگر غرمای مفلس از نمونه‌های التزام حقوق اشخاص است و اگر بر عهده میت حقی از حقوق واجب الهی مثل زکات و حقی از حقوق واجب مردم مثل دین باشد، در صورت عجز از پرداخت کامل، التزام میان حق الله با حق الناس می‌باشد و اگر نصب پنجره در یک خانه موجب اذیت چند خانواده شود، التزام میان حق یک فرد با چند فرد ایجاد شده است؛ بنابراین، التزام می‌تواند در حق الناس با حق الله، حق الله با حق حکومت، حق الناس با حق حکومت، التزام حقی الهی با حق الهی دیگر، التزام حقوق اشخاص، التزام حق یک فرد با حق چند فرد و نظیر آن مورد بحث و گفتگو قرار گیرد.

تسهیل امر مکلفان برای شارع اهمّیت بیشتری نسبت به تکلف مکلفان برای تحصیل یقینی حکم واقعی دارد. بنابراین، شارع برای تحصیل حکم واقعی به ظنون معتبر اکتفا نموده است^۱ (اسلامی، ۱۳۸۲، ۲۸۳).

اولویّت تعیینی یا تخییری قرعه

یکی از مباحث مطمح نظر در قرعه که به آن التفات نشده این است که آیا قرعه به صورت تعیینی حلّ تراحم می نماید یا تخییری؟ با این توضیح که هرگاه سنجه های ترجیح در تراحم مفقود بودند یا در صورت کسر و انکسار و موازنه سنجه ها تعادل حاصل شد، آن گاه شخص مکلف در تمسّک به قرعه مخیر است یا مُلزم؟ برای دریافت پاسخی مناسب نیاز است که ابتدا تکلیف شخص در تمسّک به سنجه های احتمالی معین شود؛ چرا که در صورت حضور سنجه های قطعی هیچ کسی قائل به اعمال قرعه نمی باشد و در صورت مفقود بودن یا تساوی سنجه ها، نوبت به اعتبار یا عدم اعتبار تمسّک به سنجه های احتمالی خواهد بود که قرعه نیز از زمره سنجه های احتمالی شمرده می شود و پس از آن با توجه به نمونه های قرعه در ادله و شواهد فقهی آن، تعیینی بودن یا تخییری بودن تمسّک به قرعه نیاز به کنکاش دارد.

تأملی در بهره گیری از
«قرعه» در تراحم

۳۵ در پاره ای از مواقع سنجه ای نظیر یک آیه یا روایت به صورت احتمالی مبین اهم بودن یکی از متزاحمین می باشد که در صورت پذیرش ترجیح اهمّ محتمل، تقدیم متزاحم دارای سنجه احتمالی در رفع تردیدها در باب تراحم خروجی آن خواهد بود. نسبت به تشخیص اهم و ترجیح یا عدم ترجیح «اهمّ محتمل»، نظرات مختلفی بیان شده است. جمعی قائل به تقدیم و برخی قائل به عدم تقدیم شده اند. عمده دلایل تقدیم به شرح زیر است:

۱. در صورت اشتغال یقینی به تکلیف، قطع به انجام تکلیف و برائت در فرض تخییر حاصل نمی شود، اما با أخذ به قدر متیقن و تقدیم توأم با تعیین، برائت و قطع به

۱. برای مطالعه بیشتر در مورد تراحم امتثالی، حفظی و ملاکی و تفاوت های آنها؛ ر.ک: (نائینی، ۱۳۵۲، ۳۱۲/۱، خوبی، ۱۴۲۸، ۷۴۵/۲، خوبی، ۱۴۱۷، ۳۴۰/۲، صدر، ۱۴۱۷، ۲۰۳/۴، اصفهانی، ۱۴۲۹، ۳۰۲/۲، عراقی، ۱۴۱۷، ۴۳۸/۱، عراقی، ۱۴۲۰، ۳۷۲/۱).

انجام تکلیف محرز می‌نماید (عراقی، ۱۳۸۸، ۳۳۶).

۲. احتیاط اقتضا می‌کند که اهمّ محتمل مقدم شود و منشأ آن حکم عقل است. این احتیاط در دوران میان تعیین و تخییر نیز جاری است (مظفر، ۱۴۳۰، ۲۱۶/۳).
۳. در صورت علم به اهمّیت یکی از متزاحمین، علم به سقوط اطلاق از دیگری حاصل می‌شود، اما در احتمال اهمّیت یکی از متزاحمین، سقوط اطلاق محتمل‌الاهمیّه احراز نمی‌شود؛ لذا أخذ به آن موجه و معین است (صدر، ۱۴۱۷، ۹۰/۷).

۴. در هنگام شک در تقدیم یا تخییر محتمل‌الاهمیّه، عقل به صورت مستقل حکم به تعیین می‌کند، چرا که در تعیین، تخییر نیز اِعمال شده است، ولی در تخییر جانب تعیین رعایت نشده است. همان‌طور که در هنگام شک در تعیین یا تخییر حجّیت فتوای اُعلم و غیر اُعلم، با حکم به تعیین حجّیت فتوای اُعلم، جانب تخییر نیز لحاظ می‌شود (جزایری، ۱۴۱۵، ۵۶۱/۵).

عمده دلایل عدم تقدیم اهمّ محتمل به شرح زیر است:

۱. عقل به قبح تساوی راجح و مرجوح و همچنین ترجیح یکی از دو حکم متساوی حکم می‌کند، اما تطبیق این کبرای عقلی بر محتمل‌الاهمیّه، محلّ تردید است و حجّیت ندارد (اصفهانی، ۱۴۲۹، ۲۲۴/۴).

۲. در صورتی که مکلف عاجز از امثال چند تکلیف باشد، تقدیم اهمّ محتمل موجه نیست؛ زیرا علم اجمالی تبدیل به علم تفصیلی نمی‌گردد و تنجز تقدیم حاصل نیست. پس تخییر ثابت است (خویی، ۱۴۲۲، ۳۲۷/۱).

۳. احتمال اهمّ بودن در اهمّ محتمل نظیر احتمال اهمّ بودن در غیر اهمّ محتمل می‌باشد و هیچ کدام منجز نیستند، چرا که از جهت تمکّن موافقت قطعی و یا ترک مخالفت قطعی در یک حد می‌باشند (اصفهانی، ۱۴۲۹، ۲۲۵/۴).

به نظر می‌رسد در صورت شک در تقدیم اهمّ محتمل، می‌توان از اصل برائت از تکلیف زائد استفاده نمود، با این توضیح که در هنگام تراحم، حکم اولی تثبیت تخییر توسط عقل است و احتمال اهمّیت، احتمال احتیاط را تقویت می‌کند و تقدیم تعیین بر تخییر نوعی تحمیل تکلیف زائد است که اصل بر برائت از تکلیف زائد است،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۳۶

البته در صورتی که بتوان شک در اصل تکلیف را محرز دانست. از طرفی دیگر، شاید چنین به نظر برسد که شک در مکلف^۱ به منعقد می‌شود؛ چرا که اجمالاً می‌دانیم که در عالم واقع یکی از متزاحمین اهم است، هر چند که علم تفصیلی نداریم. اما این علم اجمالی ارتباطی با برائت از تکلیف زائد مبنی بر تعین اهم محتمل ندارد؛ چرا که علم اجمالی فقط نسبت به اصل تکلیف به اطراف تراحم است و صرف احتمال داشتن، دلیلی بر اهم مقطوع و معلوم نخواهد بود و با صرف احتمال، دلیلی برای اخذ به تعین وجود ندارد؛ مگر اینکه این احتمال از جهتی آنقدر تقویت شود که در نزد عقل موجب شود و به اصطلاح احتمال ترجیح، توسط عقل سلیم نوعی یا شخصی تأیید گردد، آنجا به نظر تقدیم اهم محتمل متعین می‌شود.^۱

مدرک و سند قاعده قرعه

قرعه در لغت به معنای نصیب و بهره (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۲۶۶/۸) و روشی برای تشخیص سهم و نصیب بیان شده است (شرتونی، ۱۴۱۶، ۳۱۸/۴). در عرف متشرعه به عمل معروف شناخته شده، یاد می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷، ۶۶۸). در لسان روایات از تعبیری نظیر «الْقُرْعَةُ لِكُلِّ أَمْرٍ مُشْكِلٍ»، «الْقُرْعَةُ تَقْوِيضُ الْأَمْرِ إِلَى اللَّهِ»، «الْقُرْعَةُ سُنَّةٌ»، «الْقُرْعَةُ لِكُلِّ أَمْرٍ مَجْهُولٍ» و «أَيُّ قَضِيَّةٍ أَعْدَلَ مِنْ قَضِيَّةِ الْقُرْعَةِ» استفاده شده است.^۲

تأملی در بهره‌گیری از
«قرعه» در تراحم

۱. به زعم نگارندگان، در صورت پذیرش تقدیم «اهم محتمل»، نمودهای بسیاری از متزاحمین را می‌توان مشمول تقدیم دانست. با این وجود رصد نمودن کمیت و کیفیت احتمال هر یک از متزاحمین، میزان سازگاری آن‌ها با مقاصد شریعت، میزان مصلحت و مفاسد موجود در هر یک، توجه به شخصی بودن یا نوعی بودن و حق الله یا حق الناس بودن متزاحمین، از جمله مؤلفه‌هایی هستند که در این مورد، نیاز است مدنظر قرار داده شوند. چه‌بسا در هر یک از متزاحمین به‌طور جداگانه سنجه‌های قطعی برای ترجیح موجود باشد که نتیجه آن، از ترجیح قطعی به ترجیح احتمالی تنزل یابد. و در همه مواردی که احتمال اهمیت حاصل می‌شود، این عقل است که در منصب داوری و قضاوت پس از کسر و انکسار ملاک‌های ترجیح احتمالی به اولویت یکی از متزاحمین حکم خواهد نمود، هرچند که در ارزیابی به اولویت یقینی نرسد؛ بلکه ترجیح با احتمال عقلایی نیز کفایت می‌کند. مثلاً: در صورتی که از ادله قرعه فقط احتمال عقلایی تقدیم یکی از متزاحمین به‌دست آید، در اینجا در صورت پذیرش تقدم اهم محتمل، تعیین بر تخییر مقدم خواهد بود. یا اگر هنگام دوران میان صدق و کذب به‌خاطر وجود مصالح و مفاسد در هر یک از آن‌ها، پس از مترصد شدن سنجه‌های ترجیح به احتمال عقلایی وجود مصلحت بیشتر در کذب برسیم، با پذیرش این مطلب می‌توان حکم به ترجیح کذب نمود. اما اگر تقدیم «اهم محتمل» پذیرفته نشود، در مثال اول تخییر حاکم خواهد بود و در مثال دوم، حرمت کذب باقی خواهد ماند؛ چرا که اقتضای حرمت برای کذب موجود و مانع نیز مفقود است.

۲. در صفحات بعد به بررسی تفصیلی این روایات پرداخته خواهد شد.

برای اثبات حجیت قرعه در میان آیات قرآن می‌توان به قرعه افتادن به حضرت یونس علیه السلام در بین سرنشینان کشتی (صافات، ۱۳۹-۱۴۱) و تکفل حضرت مریم علیها السلام (آل عمران، ۴۴) اشاره کرد. اجمالاً قرعه از باب تسالم با خصم، مؤید این قاعده می‌باشد؛ ولی چون از سوی بعضی از فقها با مناقشات جدی همراه است، بحث از آن از حوصله این نوشتار خارج است (ر.ک: صدر، ۱۴۲۰، ۲۲۳/۱؛ ابروانی، ۱۴۲۶، ۱۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۳۲۶/۱).

به دلیل کثرت روایی احادیث مورد استناد به قرعه در ابواب مختلف فقهی، تعدادی از علما قائل به تواتر لفظی یا معنوی (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۷، ۶۴۱؛ آشتیانی، ۱۴۰۳، ۲۱۹/۲؛ بجنوردی، ۱۳۹۵، ۶۰/۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۳۴۳/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ۴۴۰/۳) احادیث وارد شده از معصومان علیهم السلام می‌باشند. در این مجال، روایاتی که بتوان با حضور آن‌ها قاعده‌ای کلی را برداشت نمود و تعمیم قرعه را در تمام ابواب مقبول سازد، بررسی می‌شود. این روایات که بر عمومیت قرعه مورد استدلال قرار می‌گیرند عبارت‌اند از:

روایت اول: آزاد شدن عبد در هنگام ارث‌بری مالک

شیخ طوسی در تهذیب روایتی را از ابراهیم بن عمر با این مضمون بیان نموده است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي رَجُلٍ قَالَ أَوْلَ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ فَوَرِثَ ثَلَاثَةً قَالَ يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ أُعْتِقَ قَالَ وَالْقُرْعَةُ سُنَّةٌ.» (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۴۰/۶) که از امام صادق علیه السلام در مورد مردی که گفته بود: اولین عبدی را که مالک شود، آزاد است و سه غلام به ارث برده بود، فرمودند: بین غلامان قرعه انداخته شود و هرکس که قرعه به نامش افتاد، آزاد است. سپس فرمودند: قرعه سنت است.

در صدر روایت برای خروج از تحیر کسی که در آن واحد مالک چند غلام شده، فقره «يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ» بیان شده است. ذیل روایت با توجه به فقره «وَالْقُرْعَةُ سُنَّةٌ» تمسک به قرعه را می‌توان یک راهکار شرعی و قانون ثابت و عمل مستمر قلمداد نمود. علاوه بر آن، از «ال» در «الْقُرْعَةُ سُنَّةٌ» استفاده می‌شود که اماره‌ای برای تعمیم قرعه به دیگر مواردست. در نتیجه، هر چند صدر روایت به مورد خاص عنایت دارد،

اما توجه به ذیل روایت، امکان تعمیم قرعه به دیگر موارد را مقبول می‌گرداند.

روایت دوم: قرعه در هر امر مجهول

شیخ صدوق از محمد بن حکیم چنین روایت می‌کند که: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ علیه السلام عَنْ شَيْءٍ فَقَالَ لِي كُلُّ مَجْهُولٍ فِيهِ الْقُرْعَةُ فَقُلْتُ إِنَّ الْقُرْعَةَ تُخْطِئُ وَ تُصِيبُ فَقَالَ كُلُّ مَا حَكَمَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ بِهِ فَلَيْسَ بِمُخْطِئٍ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۹۲/۳)؛ از امام رضا علیه السلام در مورد مسئله‌ای سؤال کردم و حضرت به من فرمودند: در هر امر مجهولی قرعه جاری است. عرض کردم: قرعه هم خطا دارد و هم صواب. امام فرمودند: خدا هر چه را که به آن حکم کند، در آن خطا نیست.

در این روایت، هر چند که با توجه به قرینه «شیء» از مورد خاصی سؤال شده است، اما از عبارت «كُلُّ مَجْهُولٍ فِيهِ الْقُرْعَةُ» و الف و لام «القرعة» که از زبان معصوم علیه السلام صادر شده است. می‌توان چنین برداشت نمود که قرعه به عنوان یک معیار برای حل تراحم مقبول می‌نماید.

تأملی در بهره‌گیری از
«قرعه» در تراحم

روایت سوم: ارث‌بری صاحب یک مخرج

در تهذیب روایتی دیگر از عبدالله بن مسکان با این مضمون بیان شده است: ۳۹ «سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام وَ أَنَا عِنْدَهُ عَنْ مَوْلُودٍ لَيْسَ بِذَكَرٍ وَ لَا أُنْثَى لَيْسَ لَهُ إِلَّا ذُبُرٌ كَيْفَ يُورَثُ قَالَ يَجْلِسُ الْإِمَامُ وَ يَجْلِسُ عِنْدَهُ أَنَسٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَيَدْعُونَ اللَّهَ وَ يُجِيلُ السَّهَامَ عَلَيْهِ عَلَى أَيِّ مِيرَاثٍ يُورَثُهُ ثُمَّ قَالَ وَ أَيُّ قَضِيَّةٍ أَعْدَلَ مِنْ قَضِيَّةٍ يُجَالُ عَلَيْهَا بِالسَّهَامِ يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى - فَسَاهِمٌ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ» (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۵۷/۹)؛ از امام صادق علیه السلام در مورد فرزندی که به دنیا آمده بود، ولی فاقد آلت بود؛ بلکه فقط مخرج داشت، سؤال شد که چگونه ارث می‌برد؟ پس گفت: امام علیه السلام و جمعی از مسلمانان می‌نشینند، سپس دعا می‌خوانند و سهام (اوراق قرعه) را پخش می‌کنند [تا معلوم شود] که فرزند چه ارثی می‌برد. سپس فرمودند: کدام روش از قرعه عادلانه‌تر است که از طریق سهم‌اندازی حل می‌شود. همان‌طور که خداوند متعال می‌فرماید: یونس علیه السلام با سرنشینان کشتی قرعه انداختند و قرعه به نام او درآمد و محکوم شد». .

در این روایت، از قرعه به عنوان عادلانه‌ترین روش برای تشخیص سهم با توجه به فقره «أَيُّ قَضِيَّةٍ أَعْدَلُ مِنْ قَضِيَّةٍ يُجَالُ عَلَيْهَا بِالسَّهَامِ» معرفی شده است. در میان کثیری از روایات آنچه سبب انتخاب این روایت شد، این است که امام علیه السلام می‌توانستند در تراحم میان ذکوریت و انوئیت برای سهم الارث، حالت میانه را انتخاب کنند تا فرزند متولد شده، نصفی از سهم الارث مرد و زن را ببرد، اما ترجیح دادند تا با قرعه سهم الارث را معلوم کنند که حکایت از ارزش و اهمیت قرعه در نزد شارع دارد، هر چند که از حدیث بالا نمی‌توان تنقیح مناط نمود و به دیگر موارد، تعمیم داد.

روایت چهارم: عادلانه بودن داوری با قرعه

از منصور بن حازم نقل شده است: «سَأَلَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام عَنْ مَسْأَلَةٍ فَقَالَ هَذِهِ تُخْرَجُ فِي الْقُرْعَةِ ثُمَّ قَالَ فَأَيُّ قَضِيَّةٍ أَعْدَلُ مِنَ الْقُرْعَةِ إِذَا فَوَّضُوا أَمْرَهُمْ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَلَيْسَ اللَّهُ يَقُولُ فَسَاهِمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ» (برقی، ۱۳۷۱، ۶۰۳)؛ از امام صادق علیه السلام در مورد مسئله‌ای سؤال نمودند. امام فرمودند: هنگامی که کار به خداوند عز و جل واگذار شود، کدام قضیه و داوری از قرعه عادلانه‌تر است ...

از فقره «أَيُّ قَضِيَّةٍ أَعْدَلُ مِنَ الْقُرْعَةِ» می‌توان استفاده کرد در تمام موارد تراحم میان حقوق مختلف می‌توان به قرعه تمسک کرد. البته در جایی است که سنجه‌ای موجود نباشد یا در صورت کسر و انکسار سنجه‌ها، به تساوی در گزینش رسیده باشیم. همچنین از عادلانه بودن قرعه به عنوان یک روش کلی استفاده می‌شود که می‌توان قرعه را همخوان با یکی از مهم‌ترین مقاصد شریعت که اجرای عدالت باشد نیز، قلمداد نمود؛ زیرا امام علیه السلام قرعه را نزدیک‌ترین روش به عدالت در کشف تراحم بین دو حق می‌دانند.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۴۰

روایت پنجم: قرعه در معضلات

شیخ مفید از عبدالرحیم نقل می‌کند: «سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ علیه السلام يَقُولُ إِنَّ عَلِيًّا كَانَ إِذَا وَرَدَ عَلَيْهِ أَمْرٌ لَمْ يَجِءْ فِيهِ كِتَابٌ وَلَمْ تَجِءْ بِهِ سُنَّةٌ رَجَمَ فِيهِ يَغْنِي سَاهِمَ فَأَصَابَ ثُمَّ قَالَ يَا عَبْدَ الرَّحِيمِ وَتِلْكَ مِنَ الْمُعْضَلَاتِ» (مفید، ۱۴۱۳، ۳۱۰؛ نوری، ۱۴۰۸، ۲۰۱/۳)؛

امام صادق علیه السلام فرمودند: هنگامی که امری بر حضرت علی علیه السلام عارض می شد که در کتاب و سنت آورده نشده بود، قرعه می زد؛ سپس فرمودند: ای عبدالرحیم، امر مذکور از معضلات است.

با توجه به دو فقره «امر» و «معضلات» که به صورت مطلق بیان شده اند، می توان چنین برداشت نمود که هر گاه تراحم به گونه ای باشد که نتوان از روایات و آیات و دیگر أدله معتبر دلیلی بر اولویت یکی از متزاحمین پیدا نمود، تمسک به قرعه که خود مُستفاد از سیره عملی معصومین علیهم السلام است، یک راهکارست.

روایت ششم: الزام به قرعه در مشکلات

محدث نوری از کتاب دعائم الاسلام نقل می کند: «عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ وَ أَبِي جَعْفَرٍ وَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیهم السلام: أَنَّهُمْ أَوْجَبُوا الْحُكْمَ بِالْقُرْعَةِ فِيمَا أَشْكَلَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: وَ أَيُّ حُكْمٍ فِي الْمُلْتَبَسِ أَتَبْتُ مِنَ الْقُرْعَةِ أَلَيْسَ هُوَ التَّفْوِيضُ إِلَى اللَّهِ جَلَّ ذِكْرُهُ وَ ذَكَرَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قِصَّةَ يُونُسَ النَّبِيِّ فِي قَوْلِهِ جَلَّ ذِكْرُهُ فَسَاهِمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ وَ قِصَّةَ زَكَرِيَّا ... وَ ذَكَرَ قِصَّةَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ...» (نوری، ۱۴۰۸،

تأملی در بهره گیری از «قرعه» در تراحم

۳۷۳/۱۷)؛ حضرات امیرالمؤمنین امام علی و امام باقر و امام صادق علیهم السلام در مشکلات

۴۱ حکم به قرعه را لازم و واجب می دانستند. امام صادق علیه السلام فرمودند: کدام حکم و روش در شبهات از روش و حکم قرعه ثابت تر است؟ آیا قرعه تفویض امر به خداوند نیست؟ سپس ایشان قضیه حضرات یونس و مریم و عبدالمطلب علیهم السلام را بیان نمودند.

این روایت را به دلیل ارسال سندی ضعیف شمرده اند (ایروانی، ۱۴۲۶، ۱۷). با

وجود این، بسیاری از فقها به دلیل نصوص وارده استناد به قرعه را در هر مشکل یا مجهولی که حکم در آن مشتبّه است، شایسته می دانند و امری اجماعی تلقی

می کنند (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۹۹/۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۲۷۱/۳؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰،

۱۷۳/۲؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ۲۱۵/۶؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۳۵۱/۱). به نظر می رسد به

دلیل ارسال روایت نمی توان الزام به قرعه را از روایت مزبور برداشت نمود، هر چند

با توجه به سیره اهل بیت علیهم السلام به عنوان امری مستحسن و شایسته قلمداد می شود. اما

اگر تراحم در حقوق اتفاق افتد، در اینجا حکم نمودن به قرعه تنها کاری است که

می‌توان انجام داد؛ چرا که مثلاً گزینش قاضی به صورت تخییری و بدون اعمال قرعه، حکم قاضی و شخص قاضی را در معرض تهمت قرار می‌دهد.

نمونه‌های عینی قرعه در فقه

در ابواب مختلف فقهی برای رفع و حلّ تراحم، تمسک به قرعه مورد استناد قرار گرفته است، تعدادی از مصادیق عینی قرعه در ابواب فقهی به شرح زیر است:

در تشخیص قبله در صورت مشتبّه شدن، سید بن طاووس قائل به قرعه شده است (ابن طاووس، بی تا، ۹۳). البته به نظر می‌رسد تمسک به احتیاط و به چهار طرف خواندن در این حالت موجه می‌نماید؛ زیرا در احتیاط رعایت واقع شده است، درحالی که احتمال مطابقت با واقع در قرعه یک به چهار است. اما اگر به دلیل ضیق وقت اقامه نماز فقط به یک جهت مقدور باشد، تمسک به قرعه در صورت مفقود بودن دیگر سنجه‌های ترجیح مقبول است.

در تشخیص امام جماعت، مشهور فقها در صورت حضور چند امام جماعت و تساوی آن‌ها از جهت قرائت، فقاقت، تقدم در هجرت به دارالاسلام، مسن تر بودن و خوش سیماتر بودن، قائل به قرعه شده‌اند (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۳۹۲/۱). هر چند سنجه‌های ترجیح در تقدم و انتخاب قابل ملاحظه است، تمسک به قرعه به عنوان آخرین سنجه ترجیح با عنایت به جایگاه آن مقبول است.

در تشخیص ارث کسی که فاقد آلت مردانگی و زنانگی است، قرعه تعیین کننده است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۱۰۱/۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۴۰/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۵۷/۱۳). همچنین اگر کسی یکی از چهار زن خود را طلاق دهد و پس از ازدواج پنجم بمیرد و مطلقه مشتبّه شود، در اینجا بیان شده است که برای زنی که همسری او معلوم است، یک چهارم نصیب و مابقی سه چهارم نصیب به صورت مساوی تقسیم می‌شود و قولی به قرعه قائل شده است (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۱۰۷/۸). البته در این حالت به نظر می‌رسد قرعه با توجه به مدلول روایت سابق (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۵۷/۹) اولی است.

در قضاوت اگر هر دو طرف دعوا همزمان بر قاضی وارد شوند، قرعه استعمال

می‌شود (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۱۷۲/۲). در صورتی که دو یا چند نفر همزمان طالب علم یا فتوا باشند و بتوان بینشان جمع نمود، قرعه انداخته می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۷۴/۳). همچنین اگر در عینی دو مدعی که متصرف نیستند، بین‌های مساوی داشته باشند، قرعه زده می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۱۰۶/۳). اگر یکی از مدعیان، مدعی کل و دیگری مدعی نصف باشد و هر دو بینه داشته باشند، قاضی در مورد نصف مشترک مورد ادعا، قرعه می‌زند (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۱۱۱/۳). علاوه بر این، در هنگام تقسیم سهم مساوی و عدم تراضی، اختصاص یک سهم با قرعه معلوم می‌گردد (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۱۱۷/۳).

در اجاره، اگر موجر و مستأجر در مقدار اجاره‌بها اختلاف کنند، حکم به قرعه مناسب مذهب امامیه است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۱۴۹/۶). در صورت نزاع بین دو مالک در سقف وسط، قرعه انداخته می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۱۸۶/۴). همچنین هنگامی که شخصی دو درهم و دیگری یک درهم نزد کسی به ودیعه بگذارند و درهم‌ها بدون تفریط مخلوط شوند و یک درهم تلف شود، قول به قرعه موجه است (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۱۸۳/۴).

تأملی در بهره‌گیری از
«قرعه» در نزاحم

در احیای موات، در صورتی که در سبقت جستن دو نفر بر معدن آشکار، اختلاف افتد قرعه زده می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷، ۵۳۱/۳) و در وقف اگر موقوف علیه میان دو شخص یا دو عنوان مشتبّه شود، مرجع قضاوت، قرعه خواهد بود (حکیم، ۱۳۹۰، ۲۵۴/۲). در لقطه نیز اگر دو نفر مدعی پدری فرزندی شوند و هیچ کدام بین‌ای نداشته باشند یا هر دو بینه بیاورند، پدر با قرعه مشخص می‌شود (تستری، ۱۳۶۴، ۱۰۷/۱۰) و در صورت تساوی از جهت عدالت و عدد در شیء پیدا شده، قرعه زده می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۸۱/۷).

در تعیین ابتدا به نکاح، بین زوجه‌هایی که همزمان عقد شده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۱۶/۵)، در شروع نمودن به قسمت همسران در صورت تعدّد اقربا در سپردن حقّ حضانت (شهید ثانی، ۱۳۷۰، ۴۱۱/۵)، جهت تشخیص فرزند در هنگام مواقعه چند نفر با یک زن در یک طهر و تشخیص وطی به شبهه (حکیم، ۱۳۹۰، ۳۰۰/۲) در همه موارد بالا، قرعه زده می‌شود.

همچنین، در صورتی که علم اجمالی به وجود قاتل در بین افراد محدود و معین حاصل شود، مفاد کلمات بعضی از فقها بیانگر صلح یا توزیع دیه بر قاتلان یا عاقله آنها می باشد (ر.ک: نجفی، ۱۳۶۷، ۹۵/۴۲؛ خویی، ۱۳۹۶، ۱۱۸/۲؛ مروارید، ۱۴۱۰، ۱۱۳/۲۴). با وجود این، برخی دیگر نیز در صورت قائم نشدن حجت شرعی بر معین شدن قاتل، دیه را با قید قرعه تشخیص نموده اند (کریمی، ۱۳۶۵، ۱۷۰/۱).

شروط قرعه در حلّ تراحم

در استعمال قرعه، با توجّه به روایات شروطی در رفع و حلّ تراحم بیان شده است، این شروط عبارت است از:

۱. استعمال قرعه در موضوعات

با عنایت به صحیحۀ عبدالرحیم (مفید، ۱۴۱۳، ۳۱۰؛ نوری، ۱۴۰۸، ۲۰۱/۳)، که در مدارک قرعه به عنوان روایت پنجم ذکر شد، امیرالمؤمنین علی علیه السلام در موردی به قرعه متمسک می شدند که حکم آن در کتاب و سنت نبوده و از آن به «معضلات» تعبیر نمودند. بسیاری از فقها تمسک به قرعه را در شبهات حکمیه منتفی می دانند و بعضی از اصحاب اجماع دارند که قرعه فقط در موضوعات جاری می شود و به این اجماع تصریح نموده اند (شهید اول، ۱۴۰۰، ۲۴/۲) و دلیل عدم تمسک به قرعه در احکام و شبهات حکمیه، رسیدن دستورالعمل آن در کتاب و سنت و موجود بودن قواعد و اصول متناسب با آنها بیان شده است (حسینی شیرازی، ۱۴۲۲، ۵۴). همچنان که بیان شده، قرعه در موضوعات صحیح است و مراد از موضوعات نیز امور جزئی حیاتی مانند دین، زوجیت، حریت و بنوت می باشد (صدر، ۱۴۲۰، ۲۲۸/۱۰).

۲. استعمال قرعه در جزئیات

با توجّه به روایتی که از عبدالرحیم ذکر شد، قرعه را در مواردی باید استعمال نمود که حکم آن در قرآن و سنت بیان نشده است. از این دلیل می توان چنین برداشت نمود که قرعه در موضوعات و عناوین کلی، سالبه به انتفای موضوع است؛ چرا که

حکم عناوین کلی در کتاب و سنت آمده است. همان‌طور که بعضی بیان داشته‌اند که حکم زوجه مطلقه و حکم خنثی، با عناوین کلی در أدله تبیین شده است، اما اگر زوجه‌ای مطلقه در بین دیگر زوجات مشتبّه شد، مسلّم است که حکم آن زوجه مشتبّه به طور خاص در کتاب و سنت نیامده و تنها حکم ظاهری رسیدن به آن، تمسک به قرعه است (بجنوردی، ۱۳۹۵، ۶۸/۱).

۳. استعمال قرعه در موارد فاقد حکم (واقعی یا ظاهری)

برخی از فقها مُستفاد از روایات را اختصاص قرعه به مواردی می‌دانند که فاقد حکم شرعی واقعی یا ظاهری است؛ در نتیجه، تنها مورد تمسک به قرعه در شبهات موضوعیه‌ای است که حکم واقعی نداشته باشد و قواعدی از اصول عملیه در مورد آن‌ها جاری نشود (خویی، ۱۴۱۷، ۳/۳۴۳). یکی از مهمترین دلایل تأخر رتبی قرعه بر سایر امارات و اصول عملیه، ضعف عمومیت آن شمرده شده است (انصاری، ۱۴۱۹، ۷۲۹؛ آخوند خراسانی، بی‌تا، ۲/۴۹۴) و این ضعف به دلیل کثرت تخصیص‌های وارد شده بر آن از جمله خروج شبهات حکمیه، شک در تکلیف و شک در مکلف به می‌باشد، به گونه‌ای که اگر در جایی عمل اصحاب وجود نداشت، قرعه حجّیت نخواهد داشت (نائینی، ۱۳۵۲، ۴۹۴).

۴۵

با توجه به این شرط و تأخر رتبی قرعه نسبت به امارات و اصول عملیه، مورد قرعه علاوه بر آن که شامل شبهات حکمیه نمی‌شود، شبهات بدوی موضوعی را نیز به دلیل انصراف عنوان قرعه و امکان تمسک به برائت شامل نمی‌شود (نائینی، ۱۴۰۹، ۳/۳۴۳؛ روحانی، ۱۴۱۶، ۷/۲۳۴) و منحصر به مواردی می‌شود که مردّد بین متباینین می‌باشد (نائینی، ۱۳۵۲، ۴۵۳) یا مقرون به علم اجمالی است (صدر، ۱۴۲۰، ۱۰/۲۳۰؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ۱۹۳) که احتیاط در آن ممکن نیست (بجنوردی، ۱۳۹۵، ۶۶/۱). حتی اگر این احتیاط عقلی باشد (صدر، ۱۴۲۰، ۱۰/۲۳۱)؛ در نتیجه، در مواردی که اشتباه بین اقل و اکثر صورت می‌گیرد، به دلیل جاری شدن برائت، قرعه منتفی خواهد بود. همچنین در مواردی که احتیاط ممکن است، تمسک به قرعه جایز نیست. خلاصه آنکه قرعه در شبهات موضوعیه جزئی مردد بین متباینین

مقرون به علم اجمالی است که اعمال امارات یا اصول عملیه در آن ممکن نیست.

نظریه تحقیق

به نظر می‌رسد به‌طور کلی برای نمونه‌های دو حکم متزاحم، صورت‌های ذیل^۱ از زاویه ترجیح قابل اعتنا می‌باشد:

۱. هر دو حکم فاقد سنجه‌های ترجیح باشند.
۲. فقط یکی از دو متزاحم دارای سنجه‌ای از سنجه‌های قطعی ترجیح باشد.
۳. فقط یکی از دو متزاحم دارای سنجه‌ای از سنجه‌های احتمالی ترجیح باشد.
۴. هر دو حکم دارای سنجه‌های احتمالی هم نوع ترجیح باشند.
۵. هر دو حکم دارای سنجه‌های احتمالی غیر هم نوع ترجیح باشند.
۶. یکی از دو متزاحم دارای سنجه احتمالی و دیگری دارای سنجه قطعی باشد.
۷. هر دو حکم دارای سنجه‌های قطعی باشند و این سنجه‌ها از یک نوع^۲ باشند.
۸. هر دو حکم دارای سنجه‌های قطعی غیر هم نوع^۳ باشند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۴۶

۱. البته اگر بتوان سنجه‌های ظنی را قسیم دیگر سنجه‌ها قرار داد، تقسیم‌بندی متفاوت می‌شود. اما سنجه‌های ظنی در صورتی که در نزد شارع مقبول شوند، به سنجه‌های قطعی و در غیر این صورت به سنجه‌های احتمالی ملحق می‌شوند.

۲. منظور از سنجه‌های هم نوع، معیارهایی هستند که تحت یک عنوان واحد قرار می‌گیرند، نظیر اینکه هر دو سنجه از مقاصد شریعت باشند. مثلاً در صورت تزاحم میان حفظ جان یک نفر و جان معصوم علیه السلام اولویت حفظ جان معصوم نسبت به حفظ جان فرد مبرهن است، هر چند که حفظ جان فرد نیز با مقصد حفظ جان تطابق دارد. حتی اگر حفظ جان چند نفر با حفظ جان معصوم علیه السلام در دوران باشد، حفظ جان معصوم اهم است.

۳. منظور از سنجه‌های هم نوع، معیارهایی هستند که تحت یک عنوان واحد قرار نمی‌گیرند، نظیر این که یکی از سنجه‌ها زیر مجموعه مقاصد شریعت باشد و دیگر سنجه زیر مجموعه‌ی ملاکی دیگر قرار گیرد. مثلاً انجام جهاد یکی از احکام الهی است که به تناسب شرایط مختلف، حکم تکلیفی و وجوب عینی، وجوب کفائی و ... را دارا است. از طرف دیگر در قرآن دستور رسیده که: «وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا»؛ حال اگر دوران میان این دو بود به گونه‌ای که انجام جهاد با احسان نمودن به والدین در تنافی واقع شد، در این صورت اگر جهاد به دلیلی وجوب عینی پیدا کند و یا اگر احسان به والدین وجوب عینی داشته باشد تقدم محرز خواهد بود. اما اگر هر دو وجوب کفائی داشته باشند، در این جا از یک جهت هر دو با یکی از مقاصد شریعت؛ یعنی تحقق فرامین الهی همخوانی دارند، اما احترام و احسان به والدین علاوه بر آن با عنایت شارع به صورت خاص با توجه به روایت «أَنَّ رَجُلًا سَوَّلَ اللَّهُ ﷺ فَقَالَ إِنِّي رَجُلٌ شَابَّ نَشِيطٌ وَ أَحِبُّ الْجِهَادَ وَ لِي وَالِدَةٌ تَكْرَهُ ذَلِكَ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ اِرْجِعْ فَكُنْ مَعَ وَالِدَتِكَ فَوَ الَّذِي بَعَثَنِي بِالْحَقِّ نَبِيًّا لَا تَسْهَأُ بِكَ لَيْلَةٌ خَيْرٌ مِنْ جِهَادِكَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ سَنَةً» (کلینی، ۱۳۸۱، ۱۶۳/۲) دارای سنجه‌ای دیگر نیز می‌باشد، لذا در صورت وجوب کفائی در هر دو حکم، احسان مقدم می‌شود.

۴. در ترجیح هر یک از صورت‌ها بالجمله چنین به نظر می‌رسد که: در صورت اول که عقل به دلیل قبیح بودن ترجیح بلا مرجح، حکم به تأخیر می‌کند. در صورت دوم نیز اولویت یکی از متزاحمین محرز می‌باشد. در صورت سوم با توجه به مبنای کسانی که ترجیح احتمالی را اولی از تأخیر می‌دانند، متزاحم دارای ترجیح احتمالی تعین می‌یابد. در صورت چهارم و پنجم با توجه به پذیرش مبنای سابق عنایت به کمیت و کیفیت محتمل دارای ترجیح، اهم را معین می‌کند. در صورت

حضور قرعه در صورت دوم و ششم، از صورت‌های هشتگانه دو حکم متزاحم از جهت سنجه‌ها، سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا در آن‌ها سنجه‌ای قطعی برای حلّ تزاحم وجود دارد. در بقیه صورت‌ها، فی الجمله می‌توان از قرعه استفاده نمود، با این توضیح که در صورت فقدان سنجه‌ها یا موازنه آن‌ها تمسک به قرعه برای حلّ تزاحم مقبول می‌باشد؛ هر چند که نوع حقوق متزاحم را نیز باید تفکیک نمود؛ مثلاً در صورت سوم اگر تزاحم میان دو حق در نزد قاضی پیش آید و تنها سنجه احتمالی قرعه باشد، با تمسک به قرعه می‌توان از تحیر نجات یافت. اما در صورت پنجم، در صورت حضور دو سنجه احتمالی که کیفیت احتمال آن‌ها یکسان باشد و یکی از آن سنجه‌ها قرعه و دیگری سنجه‌ای باشد که به صورت شخصی برای قاضی حاصل شده است، تمسک به قرعه تقویت می‌شود؛ زیرا با تمسک به یک سنجه احتمالی، نمی‌توان قرعه را نادیده انگاشت، هر چند که این سنجه احتمالی در نزد عقل مقبول باشد؛ چرا که این سنجه احتمالی فقط در نزد قاضی حاصل شده است و در نزد کسی که حق به او اعطا نمی‌شود، نامقبول می‌نماید و احتمال در معرض اتهام قرار گرفتن قاضی و شبهه جانبداری را تقویت می‌کند؛ در حالی که در تمسک به قرعه این احتمال منتفی است و پذیرش آن برای هر دو مدعی مقبول است. اما اگر تزاحم مرتبط با دو مصداقی باشد که نتیجه و خروجی آن بر یک فرد برگردد، در اینجا موضوع قرعه در هنگام حضور سنجه‌ای احتمالی که عقلایی باشد، منتفی خواهد بود و لو از استحسان عقلی شخصی نشئت بگیرد؛ زیرا همان سنجه احتمالی تحیر را در شخص مکلف مرتفع نموده است و همان‌طور که قبلاً بیان شد، صرف احتمال اهم در انتخاب یکی از متزاحمین کفایت نمی‌کند، بلکه حضور احتمالی عقلایی مقبول می‌نماید.

همچنین با عنایت به مدرک قاعده به نظر می‌رسد که در مواردی اعمال قرعه برای حلّ تزاحم مقبول خواهد بود که تزاحم ملاکی جریان داشته باشد؛ زیرا مثال‌های بیان

ششم به دلیل اقوی بودن ملاک سنجه‌ی قطعی نسبت به سنجه‌ی احتمالی، تقدم مبرهن است. در صورت هفتم سنجش طولی سنجه‌هایی که از یک نوع شمرده می‌شوند، مبین ترجیح یکی از متزاحمین خواهد بود. در صورت هشتم نیز آنچه که ترجیح را میسور می‌نماید، کسر و انکسار مصالح هر یک از طرفین و تشخیص اقوی بودن یک ملاک نسبت به دیگری در نزد شارع مقدس است.

شده در ادله و شواهد فقهی نظیر قرعه در معضلات، امور مشکل و مجهول، مشتبّه شدن مطلقه، مقدار اجاره بها، نزاع دو مالک بر سقف وسط، مخلوط شدن اموال، اختلاف بر حق سبق، اختلاف بر ادعای بنوّت، تشخیص وطی به شبهه، توزیع دیه بر قاتلان نامعین و محدود، از مصادیق تراحم امثالی نمی‌باشند؛ چرا که در تراحم امثالی حکم مشتبّه و مجهول نمی‌باشد، بلکه در آن واحد چند تکلیف که حجیت آن‌ها اثبات شده و مطابق با واقع هستند، وجود دارد. علاوه بر آن، در تراحم ملاکی، پس از عمل به یکی از موارد تراحم که ملاک آن اقوی است، اتیان مصداق دیگر منتفی خواهد شد؛ در حالی که در تراحم امثالی ممکن است با توسعه زمان مکلف بتواند به هر دو مصداق عامل شود. با وجود این، در هنگام جریان تراحم امثالی می‌توان به قرعه به صورت اولویّتی تخییری تمسک نمود؛ زیرا از یک طرف انتساب آن به شارع مشکوک است و از طرف دیگر هنگام فاقد بودن تمامی سنجه‌ها برای ترجیح یا موازنه سنجه‌ها، تمسک به قرعه به عنوان یک سنجه احتمالی مقبول است و از طرف دیگر اصل تخییر در هنگام دوران بین محذورین حضور دارد و ادله قرعه مرتبط با تراحم ملاکی است و فقط احتمال تعمیم دادن ادله به تراحم امثالی وجود دارد و این احتمال نمی‌تواند اولویت قرعه را بر اصل تخییر تحمیل کند و بر آن حاکم شود اما حداقل می‌توان اولویّتی تخییری را برای ترجیح در نظر داشت؛ چرا که با ترجیح هر طرف، عمل به تخییر نیز صادق است و از طرفی روایات یادشده قرعه را نوعی انقیاد و تسلیم شدن در برابر معبود و حکم خدا بیان می‌کند و با هدف خلقت که عبودیت باشد، همخوانی دارد و به نوعی یکی از مقصدهای شریعت قلمداد می‌شود که از سنجه‌های تشخیص اهمّ به حساب می‌آید.

نتیجه‌گیری

تمسک به قرعه از جمله راه کارهایی است که با توجه به آیات و روایات و سیره فقها نسبت به امارات و اصول عملیه تأخر رتبی دارد و ممکن است که چنین به نظر برسد که در صورت اعمال تخییر هیچ مجرای برای قرعه باقی نمی‌ماند، اما در پاره‌ای از مواقع تمسک به تخییر موجب محذوریت‌هایی می‌شود، که تمسک

به سنجه قرعه را موجه می‌نماید. در این موارد تمسک به قرعه اولویتی تعیینی دارد. قرعه در نمونه‌های دو حکم متزاحم نیز در صورت فقدان سنجه‌ها یا موازنه آن‌ها استعمال می‌شود. با وجود این استفاده از قرعه در میان اقسام تزاحم در تزاحم ملاکی مقبول می‌باشد، اما در تزاحم امثالی، در صورت عدم حضور سنجه‌های قطعی و احتمالی یا موازنه آن‌ها و عدم استناد به اصول عملیه، موجه می‌نماید؛ هر چند که در بیشتر موارد اولویت تخییری بر اولویت تعیینی حاکم است.

منابع

• قرآن مجید

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، (بی‌تا)، کفایة الاصول، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، قم.
۲. آشتیانی، میرزا محمد حسن، (۱۴۰۳ق)، بحر الفوائد فی شرح الفوائد، چاپ مرعی.
۳. ابن‌ادریس، محمد بن منصور، (۱۴۱۰ق)، السرائر، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۴. ابن‌بابویه، محمد بن علی، (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۵. ابن‌طاووس، علی بن موسی، (بی‌تا)، الامان من اخطار الاسفار، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام.
۶. ابن‌فهد حلی، جمال‌الدین، (۱۴۰۷ق)، مهذب البارع فی شرح مختصر النافع، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۷. ابن‌منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان‌العرب، به کوشش احمد فارس، نشر دارالفکر، بیروت.
۸. اسلامی، رضا، (۱۳۸۲ش)، بررسی تطبیقی ماهیت حکم ظاهری با تکیه بر آراء شهید صدر، انتشارات بوستان کتاب، قم.
۹. ایروانی، محمد باقر، (۱۴۲۶ق)، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، نشر برهان.
۱۰. اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۲۹ق)، نه‌ایة الدراية فی شرح الکفایه، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام بیروت.
۱۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۹ق)، فرائد الاصول، مجمع فکر اسلامی، قم.
۱۲. بجنوردی، حسن، (۱۳۹۵ق)، القواعد الفقهیه، نشر الهادی، قم.
۱۳. برقی، أحمد بن محمد، (۱۳۷۱ق)، المحاسن، تصحیح جلال‌الدین محدث، دار الکتب الاسلامیه، قم.
۱۴. تستری، محمد تقی، (۱۳۶۴ش)، النجعه، کتابخانه صدوق.
۱۵. جزایری، محمد جعفر، (۱۴۱۵ق)، منتهی الدراية فی توضیح الکفایه، مؤسسه دارالکتاب، قم.
۱۶. حسینی شیرازی، سید محمد، (۱۴۲۲ق)، الفقه القواعد الفقهیه، انتشارات الهادی.

۱۷. حسینی مراغی، میر عبد الفتاح، (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۱۸. حکیم، محسن، (۱۳۹۰ق)، منهاج الصالحین، دار المتعارف المطبوعات، بیروت.
۱۹. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۸ق)، غایة المأمول، (مقرّر: محمد تقی جواهری)، مجمع فکر اسلامی، قم.
۲۰. _____، (۱۳۹۶ق)، مبانی تکملة المنهاج، مطبعة العلمیه، قم.
۲۱. _____، (۱۴۱۷ق)، مصباح الاصول، (مقرّر: محمد سرور واعظ بهسودی)، مکتب الداوری، قم.
۲۲. روحانی، سید محمد، (۱۴۱۶ق)، منتقى الاصول، (مقرّر: سید عبد الصاحب حکیم)، نشرهادی.
۲۳. سبحانی، جعفر، (۱۳۸۸ش)، الوسیط فی اصول الفقه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم.
۲۴. سبزواری، سید عبد الاعلی، (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، دفتر آیت الله سبزواری.
۲۵. شرتونی، سعید، (۱۴۱۶ق)، أقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد، دارالاسوه.
۲۶. شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۰۰ق)، القواعد و الفوائد، منشورات مکتبه المفید، قم.
۲۷. شهید ثانی، زین الدین، (۱۳۷۰ش)، الرّوضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، مکتب اعلام اسلامی، بیروت.
۲۸. _____، (۱۴۱۳ق)، مسالك الافهام إلی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه معارف اسلامی قم.
۲۹. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، (۱۳۶۷ش)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار الکتب السلامیه، تهران.
۳۰. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۱۷ق)، بحوث فی علم الاصول، (مقرّر: سید محمود هاشمی شاهرودی)، نشر غدیر.
۳۱. صدر، سید محمد، (۱۴۲۰ق)، ماوراء الفقه، دار الاضواء، بیروت.
۳۲. طباطبائی، سید علی، (۱۴۰۴ق)، ریاض المسائل، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، انتشارات جامعه مدرّسین، قم.
۳۴. _____، (۱۴۰۷ق)، تهذیب الاحکام، دار الکتب الاسلامیه، تهران.
۳۵. عراقی، ضیاء الدین، (۱۳۸۸ش)، الاجتهاد و التقليد، (مقرّر: ضیاء الدین نجفی)، نشر نوید اسلام، قم.
۳۶. _____، (۱۴۲۰ق)، مقالات الاصول، مجمع فکر اسلامی، قم.
۳۷. _____، (۱۴۱۷ق)، نهاية الافکار، (مقرّر: محمد تقی بروجردی)، دفتر انتشارات اسلامی، قم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۳۸. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ق)، تذکرة الفقهاء، نشر آل البيت ﷺ، قم.
۳۹. _____، (۱۴۱۳ق)، مختلف الشيعة في احكام الشريعة، جامعه مدرسين، قم.
۴۰. کریمی، حسین، (۱۳۶۵ق)، موازين قضائي از دیدگاه امام خمینی، انتشارات شکوری.
۴۱. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۸۱ق)، اصول کافی، نشر مکتبه الصدوق، تهران.
۴۲. مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۳ق)، بحار الانوار، مؤسسه الوفاء، بیروت.
۴۳. مجلسی، محمد تقی، (۱۴۰۶ق)، روضة المتقين، مؤسسه فرهنگی اسلامی، قم.
۴۴. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۴۵. مروارید، علی اصغر، (۱۴۱۰ق)، سلسله الینایع الفقهيہ، دار الاسلامیہ، بیروت.
۴۶. مشکینی، علی، (۱۳۷۴ش)، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، نشر الهادی، قم.
۴۷. مصطفوی، محمد کاظم، (۱۴۲۱ق)، القواعد مائة قاعدة فقهية معنا و مدرکاً و مورداً، نشر جامعه مدرسين، قم.
۴۸. مظفر، محمد رضا، (۱۴۳۰ق)، اصول الفقه، انتشارات اسلامی، قم.
۴۹. مفید، محمد، (۱۴۱۳ق)، الاختصاص، نشر مؤتمر العالمی، قم.
۵۰. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهيہ، انتشارات امیرالمؤمنین ﷺ.
۵۱. _____، (۱۴۱۶ق)، أنوار الاصول، انتشارات نسل جوان، قم.
۵۲. نائینی، محمد حسین، (۱۳۵۲ش)، أجود التقريرات، (مقرر: سيد ابوالقاسم خوئي)، نشر عرفان، قم.
۵۳. _____، (۱۴۰۹ق)، فوائد الاصول، (مقرر: محمد علی کاظمی)، مؤسسه نشر اسلامي، قم.
۵۴. نراقی، أحمد، (۱۴۱۷ق)، عوائد الايام في بيان قواعد الاحكام، مکتب الاعلام الاسلامی، قم.
۵۵. نوری، حسین بن محمد تقی، (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البيت ﷺ، قم.

تبیین جرم مانع با تأکید بر امور حسبه^۱

سجاد روستائی^۲

چکیده

تبیین جرم مانع
با تأکید بر امور حسبه

۵۳

بیشتر قریب به اتفاق پژوهش‌هایی که تحلیل مبانی فقهی جرایم مانع را بر عهده گرفته‌اند، در توجیه شرعی این جرایم به مسائل اصولی از جمله سد ذرایع، وجوب مقدمه واجب و حرمت مقدمه حرام و... پرداخته‌اند. غافل از اینکه هیچ کدام از آن‌ها را بالجمله نمی‌توان به عنوان یک قاعده کلی و عمومیت یافته در توجیه ممنوعیت جرایم مانع پذیرفت. آنچه مهم می‌نماید، بررسی غایت عدم جواز این گونه جرایم و نهایتاً ارائه یک ضابطه کلی است که بتواند در عین مانعیت، جامع تمام افراد این جرایم باشد؛ چرا که عدم ضابطه‌انگاری در این باره می‌تواند موجب تضییع حقوق افراد به بهانه دفاع از حقوق جامعه گردد. نوشتار حاضر، نهاد حسبه را که از اموری است که شارع هرگز راضی به ترک آن نیست، به عنوان وجیه‌ترین مبنا برای جرم مانع (بازدارنده) معرفی کرده است. در این مبنا، انتظام بخشی به جامعه و امور شهروندان و به‌طور کلی حفظ نظام، در قالب امور حسبی قرار می‌گیرند و گاهی نیز با جلوگیری از اسباب و مقدماتی که زمینه ارتکاب جرایم بعدی و مفساد بزرگ‌تر

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی؛ رایانامه:

sajadroostaei69@gmail.com

را فراهم می‌کند، محقق می‌شوند و این همان جایی است که گرانیگاه این جرایم در آنجا واقع شده است. بدین ترتیب، جرم مانع با این مبنا به انگاره‌ای قابل توجیه مبدل می‌شود.

کلید واژه‌ها: جرم مانع، امور حسبه، قواعد بازدارنده.

مقدمه

از آنجا که قوانین و مقررات کیفری در هر مکتبی رابطه بسیار مستقیمی با حقوق و آزادی‌های افراد دارد، داشته‌ها و نداشته‌های مستحکمی را می‌طلبد که تحدیدات ناشی از جرم‌انگاری بر آن استوار گردد. اصلی‌ترین منبع و مبنا در حقوق کیفری ایران، فقه اسلامی است. بر این محور، یکی از مواردی که همواره محل تنازع، نقض و ابرام بوده و هیچ‌گاه یک ضابطه روشن فقهی از آن ارائه نشده، مربوط به جرایم مانع (بازدارنده) است. اهمیت این بحث آنجا روشن می‌شود که چون این نوع از جرایم، اساساً بدون بزه‌دیده هستند، بیم آن می‌رود که قانونگذار به بهانه پاسداری از حقوق جامعه، دست به جرم‌انگاری‌های متعدد زده و هر بار محدوده آزادی‌های فردی را تنگ‌تر و آن‌ها را نادیده بگیرد، به خصوص اینکه اکثر قریب به اتفاق این رفتارها را افعال مباح تشکیل می‌دهند؛ لذا رهیدن از این چالش، مستلزم ارائه قالب منصفانه با یک قرائت صحیح از منابع معتبر اسلامی است؛ چرا که یقیناً شارع مقدس به ارتکاب اسباب و مقدماتی که به جرم ختم می‌شوند، راضی نیست.

عده‌ای در مقام تبیین شرعی این جرایم به مباحث اصول فقه متمسک شده‌اند تا توانسته باشند توجیه متناسب با برداشت خود را از منابع ارائه دهند؛ گرچه هر کدام از این برداشت‌ها قسمتی از مدعای آنان را پوشش می‌دهد، هر کدام از جهاتی قابل نقد به نظر می‌رسند.

نگارنده ضمن نقد ادله کسانی که برای اثبات مبانی جرایم مانع به مقدمه حرام دست یازیده‌اند، با یک تحلیل عمیق و بنیادین اصولی که البته برخاسته از همان مبانی رقیب است، به بررسی نظریه مختار و معیارهای آن می‌پردازد.

در تعریف جرایم مانع گفته شده است: زمانی که قانونگذار به جرم‌انگاری انحرافات و به‌طور کلی رفتارهایی پردازد که حاکی از حالت خطرناک بوده و ممکن

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۵۴

است زمینه‌ساز ارتکاب جرایم باشند و خساراتی برای جامعه ایجاد کند، هرچند آن خسارات فوری نباشد (نجفی ابرندآبادی و دیگران، ۱۳۸۳، ۲۵) و در آینده ایجاد شود، در حقیقت به دنبال مجازات رفتارهایی است که در ظاهر اخلاص چندان مهمی در جامعه پدید نمی‌آورند، ولی ممکن است مقدمه‌ای برای رفتارهای ضد اجتماعی سهمگین‌تری تلقی شوند (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۱/۵۰-۴۹). برای توجیه فقهی این جرایم از مفاهیم فقهی گوناگونی استفاده شده است. البته باید توجه داشت که آرای فقهایی عظیم الشان، پس از تعمق و تتبع بسیار زیاد و طاقت‌فرسا در منابع معتبر و گسترده اسلامی صادر می‌شوند، لذا فهم کلام و در نهایت انتساب یک نظر و اعتقاد به آن‌ها مستلزم دقت فراوان است.

پرسش مطرح این است که چه جلوه‌های فقهی‌ای برای جرایم مانع در تعالیم اسلامی وجود دارد؟ لذا پژوهش حاضر در پی تطابق ضابطه به‌دست آمده با داده‌های عمیق و البته علمی جرم‌شناسی است تا قوانین را از خطر تورم کیفری با جرم‌انگاری در حیطه افعال مباح برهاند و افق‌های روشنی را فراروی سیاست‌گذاران کلان عرصه سیاست جنایی قرار دهد.

تبیین جرم‌مانع
با تأکید بر امور حسبه

۱. بررسی ادله مطروحه در ممنوعیت اسباب و مقدمات حرام (جرم) و اثبات

۵۵

عدم اعتبار آن‌ها

ممکن است در اثبات عملیات مقدماتی افعال حرام، به اصول و طرقی تمسک شده و نتایج آن به بحث جرایم مانع تسری یابد. در ذیل به آن‌ها پرداخته می‌شود:

۱.۱. سد ذرایع

«ذرایع» در لغت به معنای توسل به وسیله (جوهری، ۱۴۱۰، ۳/۱۲۱۱؛ حمیری، ۱۴۲۰، ۴/۲۲۵۸؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۴/۳۲۸؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ۳/۳۰۹؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ۱۱/۱۲۸) و منظور از آن، این است که در شریعت اسلام، همه وسایل و راه‌هایی که افراد را به حرام می‌رساند، منع شده است (جناتی، ۱۳۷۰، ۳۷۰؛ الخادمی، ۱۴۲۳: ۲۸۱؛ عبدالرحمان، بی‌تا، ۲/۲۵۶). در این مفهوم، آنچه حکم به حرمت آن می‌شود لزوماً دارای مفسده ذاتی نیست، ولی ترس آن وجود دارد که انسان بعد از انجام آن

به حرام بیفتد. گرچه در برخی موارد، فقهای امامیه از این اصطلاح استفاده کرده‌اند (ر.ک: عاملی، بی‌تا، ۱۵۹/۲)، اما در کتاب‌های فقهی و اصولی امامیه کاربردی نداشته و اساساً تأسیس علمای عامّه بوده است.

قائلان به حجّیت سَدّ ذرایع، ادله چهارگانه را برای حمایت از آن فرا خوانده‌اند؛ بنابراین، بحث از منع طرق ایصال به حرام مطرح شده و بی‌تردید مبنای جامعی برای جرایم مانع در نظر گرفته می‌شود، لکن در نظرگاه اصولیان شیعه، عدم تمامیت آن دلایل اختلافی نیست؛ لذا باتوجه به عدم کاشفیت این دلیل از قول معصومان (ع) و امتناع فقهای شیعه از قبول آن به‌عنوان یکی از شیوه‌های عملیات استنباط در احکام شرع و ابتدای قوانین مدوّن جمهوری اسلامی ایران بر فقه امامیه، این دلیل در مبنا انگاری برای جرایم مانع پذیرفتنی نیست.

۱.۲. مقدمات حرام و واجب

برخی حرمت مقدمات حرام را در جهت مبنا انگاری با جرایم مانع، قابل مقایسه دانسته‌اند (برای مثال، ر.ک: میرخلیلی، ۱۳۹۰، ۱۱۱/۳۱؛ هوشیار، ۱۳۷۹، ۳). به دلایل آن‌ها و نقد زیر بنایی آن می‌پردازیم.

رسم شعاع دایره این مبحث با پرگار اصول فقهی، مبتنی بر طرح این مسئله است که آیا مقدمه حرام، حرام است یا خیر؟ محقق خویی در پاسخ به این سؤال می‌آورند: اجتناب از حرام متوقف بر ترک مقدمه نیست و مکلف پس از انجام مقدمه، قادر به ترک حرام است، برخلاف مقدمه واجب که مکلف بدون انجام آن قادر به انجام واجب نیست (خویی، ۱۴۱۷، ۴۳۹/۲) این بحث به اینکه آیا مقدمه واجب، واجب است، هیچ ارتباطی ندارد؛ چرا که وجوب یک امر وجودی است و وجود یک شیء متوقف بر مقدمات آن است؛ اما عدم یک شیء متوقف بر عدم مقدمات نیست (آملی، ۱۴۱۳، ۳۳/۱) و چون در عدم شیء، عدم أحد اجزا کافی است. این گزاره‌ای است که عقل هم در آن مستقل است.

صاحب کتاب کفایة الاصول با امعان نظر به این محذور می‌فرماید: اتصاف مقدمه حرام به حرمت، به دو صورت قابل تصور است: اول، مکلف به محض انجام

مقدمه، متمکن از ترک حرام باشد. همچنان که قبل از انجام آن متمکن بود. در این صورت، طلب ترک (حرمت) به مقدمه ترشح نمی‌کند. دوم، مکلف به محض انجام مقدمه، قدرت ترک حرام را نداشته باشد که در این حال، حکم حرمت به مقدمه سرایت می‌کند (خراسانی، ۱۴۳۲، ۱/۱۸۰-۱۸۱). ظاهر عبارت مطلق است. پس «عدم تمکن از ترک ذی‌المقدمه» هم شامل حالت عادی می‌شود و هم اگر اضطرار. امام خمینی پس از نقل و رد کلام مرحوم آخوند معتقدند: اگر مقدمه‌ای جزء اخیر علت تامه باشد، حرام است و در غیر این صورت حرام نیست (سبحانی، ۱۴۲۳، ۱/۴۰۰-۴۰۱). البته همه توجه این عقیده، به کالبد و مادّیت موضوع خارجی معطوف است.

شاید بتوان بر این نظر هم خدشه وارد کرد، به این شرح که اگر قائل به حرمت مقدمه‌ای شویم که جزء اخیر علت تامه باشد، دو حالت پیش می‌آید. یکی اینکه قائل به حرمت نفسی آن شویم که در این صورت از بحث خارج شده‌ایم؛ زیرا بحث ما از مقدمه خارجی‌ای است که به ذاته مباح است و نه خود حرامی که با طلب ترک مستقل، نهی شده است. دیگر اینکه قائل به حرمت غیری آن شویم که در آن صورت می‌توان گفت اولاً عرف در این گونه از موضوعات (توقف وجود یکی بر دیگری) هر دو را به منزله واحد می‌بیند و اساساً تفکیکی قائل نیست، تا گفته شود حکم حرمت به مقدمه سرایت می‌کند یا نمی‌کند؛ لذا بحث از اجزای علت تامه حرمت، در حقیقت بحث از همان ماهیت و اجزای منهی عنه است^۱ و در حاقّ واقع، همه آنها با هم یک حرمت نفسی دارند؛ برای مثال، زمانی که شخصی به قصد قتل، فردی را به بالای ساختمانی مرتفع برده و از بالا به پایین پرت می‌کند و آن فرد کشته می‌شود، پرتاب کننده فقط قاتل است و مستحق قصاص، و به دلیل پرتاب کردن مجازات نمی‌شود. حتی مرحوم آخوند در این زمینه قائل به استقلال عقل به عدم استحقاق دو عقاب (یکی برای امر نفسی و یکی برای امر غیری) شده‌اند (خراسانی، ۱۴۳۲، ۱/۱۵۶). بنابراین، از اینکه فاعل مقدمه و ذی‌المقدمه حرام، مستحق یک عقاب

۱. مگر اینکه کلام مرحوم امام را حمل بر مقدمه داخلی کنیم که البته حمل بعیدی به نظر می‌رسد چرا که خلاف ظاهر کلام مصنف است.

است، به صورت این استفاده می شود که در شرع هم با این گونه از تلازمات معامله واحد شده است. ثانیاً، تقسیم به مقدمه حرام (غیری) و ذی المقدمه آن (نفسی)، تنها زمانی پذیرفتنی است که مثمر ثمر باشد و در اینجا هیچ ثمره‌ای^۱ (از جمله اینکه به عنوان مثال بتوان دو عقاب فرض کرد) برای این تقسیم وجود ندارد، به خصوص اگر تفکیک به مقدمه داخلیه و ذی المقدمه باشد^۲. برای روشن تر شدن مدعای خود، مثال بالا را به نحو دیگری بیان می کنیم: فرض کنید شخصی به قصد کشتن غیر، از فاصله‌ای نزدیک با اسلحه بسیار قوی به سر وی شلیک می کند. این فعل دارای مقدماتی است که به استثنای شلیک کردن، تمامی آن‌ها از مقدمات بعیده محسوب می شوند، که چون جزء اخیر علت تامه نیستند، محل بحث قرار نمی گیرند. اما اینکه گفته شود شلیک کردن در این حالت حرام است، چه ثمره‌ای در پی دارد؟ آیا جز این است که قاتل یک حرام مرتکب شده و مستحق یک عقاب است؟

چنان که ملاحظه شد، بحث حرمت مقدمه حرام همواره محل نقض و ابرام است که در اینجا به گوشه‌ای از آن اشاره شد. بدین لحاظ، اگر بخواهیم تنه جرایم مانع را بر ریشه حرمت مقدمه حرام استوار کنیم - علاوه بر محاذیر فوق الذکر - اشکال اخص بودن دلیل از مدعا نیز به وجود می آید.

توضیح آنکه مدعای تحریم و در نهایت تجریم کلیه اموری بود که به حرام و جرم ختم شوند، چه آن امور از مقدمات موصله یا جزء اخیر علت تامه باشند یا نباشند و چه بین آن امور و حرام تلازم باشد یا نباشد. حال آنکه نهایت چیزی که ادله مذکور در حرمت مقدمه حرام بتوانند ثابت کنند، تحریم آن دسته از مقدماتی است

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۵۸

۱. ممکن است ثمره‌ای توهم شود به این صورت که، اگر مکلف مقدماتی را مرتکب شود که بعد از آن لزوماً حرامی واقع می گردد باید گفت: چون وقوع ذی المقدمه تحت اختیار مرتکب نبوده است و نهی (حرمت) هم فقط به امور اختیاری ممکن است، لذا، منهی عنه همان مقدمه خواهد بود؛ چرا که ارتکاب مقدمات اختیاری است. چند پاسخ به این استدلال مطرح می شود. اول: لازمه این سخن آن است که وقتی فردی با قصد خودکشی به خودش شلیک می کند، شلیک کردن حرام باشد ولی مردن حرام نباشد. حال آنکه بر طبق نصوص، منهی عنه خودکشی است نه اسباب تحقق آن. دوم: مطابق قاعده «الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار»، هر فردی که به عمد، اختیار خودش را سلب کند، به ذی المقدمه مجازات می شود و نه مقدمه (برای مثال ر. ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ۱۲۷/۲). سوم: بر فرض که این قاعده هم وجود نداشته باشد عرفاً تفکیکی میان این نوع از مقدمات و ذی المقدمات وجود ندارد تا این گونه از ثمرات به وجود آید.

۲. البته ناگفته نماند که ممکن است تقسیمات مربوط به مقدمه و ذی المقدمه، در جای دیگری از اصول فقه مانند مباحث مربوط به قصد امتثال کاربرد داشته باشد.

که آخرین علت ناقصه منهی عنه محسوب شوند^۱. البته تصوّر این حالت نیز در عالم واقع و تفکیک آن از دیگر مقدمات، خالی از تکلف نیست. ضمن اینکه دستیابی به یک پیشگیری مؤثر و به موقع از جرایم، مستلزم اقدامی خردمندانه است و مسلماً برخورد با آخرین رفتار مرتکب که بعد از آن، جرم الزاماً محقق می‌شود، منطقی به نظر نمی‌رسد. بدین ترتیب، نتیجه‌ای که از این بحث عمیق اصولی دریافت می‌شود، این است که استوار کردن سقف جرایم و ایجاد محدودیت در آزادی‌های افراد، بر ستون مبنا، مستلزم سنجش دقیق سنجه‌ها در کنار هم است که این معیار در اینجا وجود ندارد.

۱.۳. استدلال به آیات و روایات

در جهت اثبات جواز ممنوعیت مقدمات و اسباب حرام و تسری آن به جرم مانع، به آیات قرآن تمسک شده است (میرخلیلی، ۱۳۹۰: ش ۳۱/۱۱۴)، در اینجا به مهمترین آن‌ها اشاره می‌شود:

تبیین جرم مانع
باتأکید بر امور حسبه

۵۹

خداوند در آیه ۳۰ نور می‌فرماید: «به مردان مؤمن بگو دیدگان خویش را از نگاه به زنان اجنبی باز گیرند و فرج‌های خویش را نگهدارند. این برای ایشان پاکیزه‌تر است که خدا از کارهایی که می‌کنید، آگاه است». نحوه استدلال چنین است که خداوند در این آیه توصیه می‌کند که اگر می‌خواهید عقیف باشید، باید خود را از نخستین گام‌های مقدماتی حفظ کنید. در پاسخ باید گفت: امر به پوشاندن چشم، همان نهی از نگاه کردن است؛ به تعبیر دیگر، در حقیقت، آن امر، این نهی را هم افاده می‌کند (طباطبایی، بی‌تا، ۱۵/۱۱۰-۱۱۱). مرحوم علامه در ادامه می‌آورند که منظور از حفظ فروج، پوشاندن آن از نظر نامحرمان است، نه حفظ آن از زنا و لواط (طباطبایی، بی‌تا، ۱۵/۱۱۱). از این تفسیر به‌خوبی دریافت می‌شود که نهی در آیه، حرمت نفسی نگاه به نامحرم است و نه به‌عنوان مقدمه‌ای برای دیگر افعال در نهایت، استدلال به این آیه در جهت توجیه جرایم مانع پذیرفتنی نیست.

۱. البته اگر در این حالت بتوان به آن مقدمه خارجی گفت.

آیه «و به زنا نزدیک نشوید که کار بسیار زشت و بد راهی است» (اسراء، ۳۲) یا «به مال یتیم نزدیک نشوید مگر به نحو احسن» (انعام، ۱۵۲). ممکن است مورد استناد کسانی قرار گیرد که در صدد تأسیس قاعده‌ای هستند که مفاد آن شامل ممنوعیت رفتارهایی است که پیرامون نقطه کانونی حرام خواهد بود. به این بیان که اگر شارع برای ممنوعیت و تحریم از الفاظی استفاده کند که بیانگر آن است که این مسئله، اهمیت فوق‌العاده‌ای برای او دارد و خطر ارتکاب و عواقب آن بسیار سنگین است و به بخش‌های دیگر زندگی، معنویت و دین‌داری آسیب جدی وارد می‌آورد و گاه جبران آن ناممکن یا دشوار می‌باشد، روشن است در چنین موضوعاتی فقیه مستنبط می‌تواند فراتر از نقطه کانونی حرمت، محیط پیرامونی برای آن تعریف کند و حکم [حرمت یا حلیت] را به آن تسری دهد (داودی، ۱۳۹۳، ش، ۵۹/۴۳). «ولا تقربوا» در آیه بالا، بیانگر این موضوع است؛ به عبارت دیگر، چون قرآن کریم از این واژه استفاده نموده، حتی نزدیک شدن به مقدمات زنا نیز حرام است. طبق این اعتقاد، خداوند متعال ضمن حکم بر حرمت زنا، مثلاً چشم‌چرانی را نیز حرام اعلام نموده است.

در پاسخ به این استدلال باید گفت: این آیه نشانگر تأکید بیشتر در حرمت و مبالغه در آن است (طباطبایی، بی‌تا، ۸۶/۱۳) نه اینکه بخواهد حرمت مقدمات را بیان نماید. منطقی نیست که مبعوض خداوند متعال، در این قالب ریخته شود؛ چرا که اگر ترک، مطلوب بود باید بیان می‌شد «لو أرادَ کُبَینَ»؛ بنابراین، چون بیان نشده است، عقاب مرتکب آن، یقیناً بلا بیان و برهان خواهد بود. مضاف بر این، آنچه از روایات و به تبع فتاوی فقها استفاده شده است، حرمت نفسی هرگونه رفتاری با دیگران است که به قصد لذت باشد، چه این رفتارها موجب و مقدمه‌ای برای زنا نیز محسوب شوند یا خیر. حتی برخی از فقها صرف نگاه کردن به بدن نامحرم را بدون قصد لذت هم حرام دانسته‌اند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۸، ۱۵۲؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا، ۴۳: خمینی، ۱۴۲۲، ۲۵۹/۳؛ تبریزی، بی‌تا، ۳۴۷/۱).

بدیهی است اگر دلیل خارجی‌ای در حرمت اسباب و تمهیدات محرمات وجود داشته باشد، از محل بحث خارج خواهد شد؛ چرا که ما نحن فیه جایی است که آن اسباب و طرق، فاقد حکم باشند.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۶۰

روایاتی هم در این زمینه وجود دارد که ممکن است کانون توجه مستدلان به حرمت مقدمات قرار گیرد.

پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: «همانا برای هر فرمانروایی قُرُق گاهی است؛ قرق گاه خدا حلال و حرام اوست، در این میان مشتهباتی نیز وجود دارند؛ همان طور که اگر چوپانی گوسفندان خود را نزدیک قرق گاه بچراند، نمی تواند آن ها را از رفتن به وسط منطقه ممنوعه حفظ کند. مشتهبات را که همان قرق گاه های خداوند است، ترک کن» (طوسی، ۱۴۱۴، ۳۸۱).

وجه استدلال به این روایت این گونه ترسیم می شود که شعاع دایره نهی منهی عنه شامل اطراف آن هم شده و با نزدیک شدن به حریم حرام الهی، فرد مرتکب رفتار ممنوعه شده است (داودی، ۱۳۹۳، ش ۳۹/۴۳-۶۱). اما وجه تأمل این نظر هم آن است که: ۱. این روایت مربوط به احتیاط در مواجهه با شبهات است، نه حرمت ارتکاب آن ها. ۲. این احتیاط ارشادی است نه الزامی؛ بنابراین، این روایت و روایات هم سیاقی دیگر، ظهور در استحباب احتیاط دارند (انصاری، ۱۴۱۹، ۸۵/۲؛ آشتیانی، ۱۴۳۰، ۶۱۵/۳)؛ چرا که هیچ تلازمی میان ارتکاب شبهه و وقوع در حرام معلوم وجود ندارد؛ لذا این شبهات مشمول روایت پیامبر صلی الله علیه و آله می شوند که فرمود: «مردم در چیزهایی که نمی دانند «یقین ندارند» [حلال است یا حرام]، در آزادی عمل قرار دارند». (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵، ۴۲۴/۱) و اگر احتیاط در آن ها واجب باشد، اساساً مردم در سعه و آزادی قرار ندارند (خراسانی، ۱۴۳۲، ۱۳۸/۲).

بدین ترتیب، هیچ کدام از دلایلی که در این بخش مورد بررسی قرار گرفت، نمی تواند مبنایی برای جواز تجریم در جرایم مانع نامیده می شوند و جواز ممنوعیت آن ها قرار گیرند. تحریم و تحلیل افعالی که مورد نهی و امر واقع نشده اند، نیازمند دلایل متقن و استوار (مانند وضعیتی که صدور احکام ثانوی را تجویز می کند) هستند تا مبدا در این میان، گرفتار افترا به خداوند متعال و مشمول آیه ۱۱۶ سوره نحل واقع شد.

۲. نظریه مختار؛ از نهاد حَسبه تا جرم انگاری در جرایم مانع

یکی از مباحث مهمی که در شرع مقدس اسلام، برای جلوگیری از فروپاشی

جامعه مسلمانان، مورد تأکید فراوان قرار گرفته، رعایت نظم و حفظ انتظام در جوامع اسلامی است؛ زیرا دوام و قوام هر جامعه به حفظ نظم اجتماعی آن بستگی دارد (علی بابایی و فیروزجائی، ۱۳۸۸، ش ۸/۴). این قانون حتی برای غیرمسلمانانی که در محدوده جغرافیایی حکومت اسلامی هستند نیز لازم الرعایه است.

از آنجا که ارتکاب جرایم به عنوان جزء انفکاک ناپذیر جامعه، نظم عمومی را مختل می کند، منطقی ترین راه، جلوگیری از ارتکاب مقدماتی است که واصل فرد به جرم است، بنابراین، این نوشتار در پاسخ به این پرسش فوق که «قالب و محدوده دخالتی شارع برای اصلاح نظام جامعه و پیشگیری از انحطاط و زمینه های فساد چیست؟» آن گونه پاسخ می دهد که قالب اصلی برای این اصلاحات نهاد حسبه است. این نهاد که آغاز آن را می توان از دوره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله دانست (حسینی مشهدی و کاظمیان، ۱۳۹۲: ش ۲۷/۴)؛ برای مشاهده نمونه های حسبه در زمان رسول اکرم صلی الله علیه و آله ر.ک: ملک افصلی، ۱۳۸۶، ۸۰/۱-۸۳) از جمله تأسیسات شرعی با ارزشی است که در جهت اجرای هرچه بهتر هنجارهای برخاسته از آموزه های اسلامی در جامعه قرار می گیرد و حاکم اسلامی را قادر می سازد تا بتواند از رفتارهایی که زمینه ارتکاب جرم را فراهم می آورند، پیشگیری نماید؛ بنابراین، پیشگیری از کارهایی که افراد را در آستانه ارتکاب جرایم قرار می دهد، با استفاده از این نهاد توجیه پذیرست. رسیدن به بام تصدیق این انگاره، دخول گسترده تر در مفاهیم و ماهیت این نهاد را می طلبد.

۲.۱. تعاریف

حسبه از ماده احتساب و در لغت به معنای شمارش کردن است (حسینی، ۱۴۲۶، ۴۰۰/۱) و در اصطلاح اقدام به تحصیل ثواب از راه انجام کارهای نیک و شایسته آمده است (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳۸۲/۱). این نهاد، در نظر علمای عامه، همان امر به معروف است؛ آن زمان که ترک آن ظاهر شود و نهی از منکر است آن زمان که انجام آن هویدا گردد (ماوردی، ۱۴۰۶، ۲۴۰؛ ابویعلی، ۱۴۰۶، ۲۸۴). در عصر خلفا،

۱. نکته جالب و قابل توجه این است که تصرفات فقیه مباشرتاً یا به وکالت، در امور حسبه حتی نزد فقهایی که ولایت فقیه را از ادله ثابت نمی دانند، نافذ و معتبر است (خویی، بی تا، ۴۲۳/۱).

حسبه یکی از وظایف حکومت بوده است (ابن خلدون، ۱۹۷۸، ۲۳۵)، اما در فقه امامیه به اموری که شارع مقدس به آن اذن داده (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۳۶) یا راضی به اهمال و ترک آن نیست (نائینی، ۱۳۷۸، ۶۵؛ لنکرانی، بی تا، ۶۷/۲؛ منتظری، ۱۴۰۹، ۳۸۸/۱؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۶۶۵/۲) اطلاق می شود که البته برگرفته از امر به معروف و نهی از منکر است.

۲.۲. گستره نهاد حسبه و موقعیت جرایم مانع در آن

شهید اول که برای نخستین بار حسبه را در فقه امامیه به صورت مستقل مورد بحث و بررسی قرار داده، در کتاب الدروس، پس از طرح مسئله امر به معروف و نهی از منکر و لزوم رعایت شروط و تدرج در مراحل آن، به بحث اقامه حدود و تعزیرات اشاره می کنند (ر.ک: عاملی، بی تا، ۴۷/۲-۴۸).

او در این کتاب معتقد است ارشاد به معروف و نهی از منکر تا وقتی که به قلب و لسان بسنده شود، وظیفه همه مسلمانان است، اما در مراحل بالاتر (مانند جرح، حبس، قتل و....) از وظایف امام علیه السلام و در زمان غیبت از وظایف فقیه است که متکفل این نوع از ارشادات شود (عاملی، بی تا، ۴۷/۲-۴۸) مسئولیت اقامه حدود و اجرای تعزیرات نیز در زمان غیبت، به عهده فقیه نهاده شده است (عاملی، بی تا، ۴۷/۲-۴۸)؛ لذا از آنجا که شهید اول مباحث مربوط به امر به معروف، نهی از منکر (ما فوق قلبی و لسانی) و اقامه حدود و تعزیرات را ذیل بحث حسبه آورده و از وظایف حاکم شرع دانسته، استفاده می شود که در نظرگاه ایشان، اولاً، کنترل و اجرای موارد مذکور در صلاحیت انحصاری حاکم شرع است. موضع مشابهی از سوی صاحب جواهر، صاحب عروة الوثقی و امام خمینی علیه السلام در مورد اینکه ولایت حسبه توسط حاکم شرع اعمال می شود، وجود دارد (نجفی، ۱۳۶۷، ۳۳۳/۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷، ۲۵/۱؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۶۶۵/۲). به علاوه، توالی فاسد این انگاره که تک تک

تبیین جرم مانع
باتأکید بر امور حسبه

۶۳

۱. نظر مشابهی در این زمینه از امام خمینی علیه السلام و آقای حسینی خامنه ای مطرح شده است که معتقدند مراحل نهایی امر به معروف و نهی از منکر از سوی حاکم و حکومت صورت می پذیرد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۳۷۲-۳۷۶؛ خامنه ای، ۱۴۱۵، ۳۳۷-۳۴۰).

افراد جامعه بتوانند امور مهمی همچون اجرای مجازات‌ها، اقامه حدود و به‌طور کلی وظایف نهاد عدالت کیفری را متکفل شوند، پوشیده نیست. ثانیاً، حاکم اختیار دارد مرتکب هر عملی را که خلاف ضوابط اسلامی، اجتماعی یا عرفی باشد، تعزیر کند. از این رو، حسیبه‌ای که در قالب تعزیر می‌گنجد، همه شئون فردی و اجتماعی را در بر می‌گیرد.

با توجه به این بیان باید گفت، اجرای مراحل نهایی امر به معروف و نهی از منکر و اقامه حدود، تعزیرات و... از جمله امور حسیبه‌ای است که شارع، ولایت بر آنان را برای فقیهان مورد شناسایی قرار داده است؛ یعنی بدون اذن آن‌ها تصرف در امور یاد شده جایز نیست و ولایت فقیه به معنای مذکور ریشه در اعماق تاریخ فقه امامیه دارد و رد پای آن را می‌توان در آثار متقدمان نیز یافت؛ بنابراین، دقت در مصادیق حسیبه نشان می‌دهد که هرگونه اقدام برای انجام این امور، تنها در بستر یک تشکیلات، هرچند مردمی و در درون یک نظام سازمان‌یافته امکان‌پذیرست (عمید زنجانی، ۱۳۷۶، ۱۷/۱). تشکیل این نظام، در زمان وجود حکومت اسلامی با حاکم اسلامی است.

جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۶۴

حسیبه را در یک نگاه کلی می‌توان به دو بخش تقسیم نمود: حسیبه مربوط به امور دینی و حسیبه مشتمل بر امور مدنی^۱ (عجلانی، ۱۴۰۹، ۲۸۹). مصادیق مورد اول کاملاً روشن است و شامل نظارت بر همه اقسام احکام تکلیفی (واجب، حرام، مکروه، مستحب و مباح) می‌باشد، لکن محل بحث مورد دوم یعنی نظارت بر امور شهروندی و انتظام بخشی به آن است.

باید اذعان کرد که یکی از با اهمیت‌ترین موارد حسیبه مدنی، که مهم‌ترین شرط برای زندگی سالم هم محسوب می‌شود، برقراری نظم و امنیت در جامعه است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ۲/۴۳۷-۴۳۶). این مهم از اصل کلی وجوب حفظ نظام سرچشمه می‌گیرد (خویی، ۱۴۲۲، ۶/۱) و از وظایف اساسی حکومت اسلامی تلقی می‌شود.

۱. گرچه ممکن است بعضی از موارد این تقسیم‌بندی با هم تداخل داشته باشند؛ یعنی موردی باشد که هم داخل در احکام تکلیفی باشد و هم داخل در امور مربوط به نظم و انتظام اجتماعی و حقوق شهروندی، لکن در تفکیک بسیاری از موارد می‌تواند کارگشا باشد.

راهبرد برقراری نظم و امنیت در جوامع، گاهی توسط جرم‌انگاری رفتارهایی که انجام آن دارای مفسد و ترک آن موجب تفویت مصالح واقعی می‌شود، تحقق می‌یابد، یعنی اعمال کیفر در اعمالی که مستقیماً از طرف شارع ممنوع اعلام شده‌اند؛ مانند محرّمات شرعی یا عقلی (منتظری، ۱۳۶۶، ش ۸/۸) و گاهی توسط جلوگیری از اسباب و مقدماتی که زمینه ارتکاب جرایم بعدی و مفسد بزرگ‌تر را فراهم می‌کند، محقق می‌شود؛ مانند پاره‌ای از مباحات که عرفاً دارای نوعی ناپسندی باشند. چه بسا اموری که ذاتاً حرام نیستند، لکن مصالح اجتماعی و منافع ممالک اسلامی، مقتضی آن است که آزادی عمل افراد نسبت به چنین اموری محدود شود (منتظری، ۱۳۶۶، ش ۸/۸).

اگر حاکم اسلامی از حق بر تضییق چنین اموری محروم باشد، مصلحت عامه به مخاطره افتاده، جامعه طریق اضمحلال را طی خواهد کرد؛ در نتیجه، پایه‌های حکومت سست شده، مشروعیت و مقبولیت آن مورد خدشه واقع می‌شود. حتی برخی از فقها که تعزیر را به دلیل اصل اولیه و تقیید عموم ادله نقلی، محدود به موارد منصوصه در شرع مقدس می‌دانند یا اخبار و روایات را به ارتکاب معصیت منحصر می‌کنند، معتقدند اعمال تعزیر در آنچه موجب اذیت مردم، اخلال در نظام، هتک حرمت‌ها، فساد در امور جامعه، ضعف امنیت و اعتماد مردم نسبت به یکدیگر می‌شود، جایز است (صافی، ۱۴۰۴، ۱۳۹).

برخی دیگر از فقها بدهت امر را تا حدّی دانسته‌اند که مجازات و تأدیب مرتکبان رفتارهای منتهی به مفسده را جهت جلوگیری از مفسد اجتماعی بعدی، از باب حکم عقل واجب دانسته‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ۸۱/۱-۸۲).

بدین ترتیب، قانونگذار اسلامی به حکم قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» و به عنوان نایب ولی فقیه، با جرم‌انگاری رفتارهای زمینه‌ساز ارتکاب جرایم، واکنشی معقول از راه مبارزه با اسباب و مقدمات جرایم را مدّ نظر قرار می‌دهد که می‌تواند مرتکبان بالقوه را از ادامه مسیر مجرمانه باز دارد و بدین نحو به خلق جرایم بازدارنده یا مانع می‌پردازد.

۲.۳. مشکلات و موانع جرم‌انگاری جرایم مانع و راهکارهای برون‌رفت از آن

دیر زمانی است که تقابل دو گونهٔ تمامیت‌خواه آزادی‌های فردی و نظم اجتماعی مطمح‌نظر اندیشمندان حوزه علوم انسانی بوده است. به رغم اینکه انسان با پذیرش قرارداد اجتماعی و تن دادن به زندگی اجتماعی، بخشی از آزادی‌های خود را به جامعه واگذار و از آن چشم‌پوشی کرده است، همچنان هدف از برقراری نظم اجتماعی و قوانین باید حفظ حقوق و آزادی‌های فردی باشد [...] و دولت به‌عنوان مجموع اراده افراد نمی‌تواند این حقوق را نادیده بگیرد (داوودی، ۱۳۸۵، ش ۴۳/۹۴-۹۵). از این رو، در نظرگاه منتقدان به دول امنیت‌گرا، یکی از چالش‌برانگیزترین توجهات ورود قانونگذاران به حریم آزادی شهروندان، تأکید بیش از حد بر مفهوم خطر و احتمال ارتکاب جرم است که در نهایت به گسترش جرایم مانع منجر می‌گردد. حال، از یک طرف، باید دید چه آثاری بر جرم‌انگاری در حریم آزادی‌های فردی به عنوان جرم مانع و به قصد دفاع از حقوق جامعه مترتب است؟ و از طرف دیگر، وضعیت این تقابل در فقه امامیه که تنها منبع اصلی و ماهوی قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران است، چگونه است و به کدامین سو گرایش دارد؟

در پاسخ به پرسش نخست، باید اذعان کرد که اگرچه ممنوعیت رفتارهایی که پس از عبور از فیلترهای متعدد و تشخیص متخصصین علوم جنایی باید جرم‌انگاری شوند، لازم است، لکن جرم‌انگاری‌هایی که در حریم انحرافات و به نام تأمین دفاع اجتماعی با دادن یک نقش قیّم‌مآبانه به دولت صورت می‌پذیرد، بیانگر این واقعیت خواهد بود که پیمایش فضای جامعه به سمت امنیتی شدن است؛ چرا که اخلاص در نظم اجتماعی موکول به بروز رفتار مجرمانه نیست تا در پی آن جامعه واکنش مناسب از خود نشان دهد؛ همین که [قدرت عمومی به عنوان نماینده] جامعه احساس کرد خطری جدی این نظم را تهدید می‌کند، پیش از وقوع هر حادثه‌ای در صدد پیشگیری از آن بر می‌آید (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۳۶/۱). همین امر موجب تزايد جرایم مانع یا پیش‌گیرنده خواهد شد که می‌تواند تعداد اتهامات را بالا ببرد (شمعی و شهباز، ۱۳۹۴، ۴۲) و موجبات جرم‌انگاری‌های افراطی را که در نهایت به تورّم کیفری منجر می‌شود، فراهم آورد. در حالی که قانونگذار باید جامعه را به این اقلان

برساند که بدون جرم‌انگاری آن عمل خاص، تضمین همزیستی مسالمت‌آمیز ممکن نخواهد بود (فلاحی، ۱۳۹۳، ۲۳-۲۴).

طبق بررسی صورت گرفته در بیست سال اخیر در ایران بیش از ۲۷۰ فقره مقررہ کیفری از سوی مراجع مختلف به تصویب رسیده است. به طوری که بنا به ادعای برخی، در حال حاضر بیش از ۴۰۰۰ عنوان مجرمانه و به اعتقاد برخی دیگر، بیش از ۳۲۰۰ عنوان مجرمانه در قوانین کیفری ایران وجود دارد (شمس‌ناتری و جاهد، ۱۳۸۷، ش ۹۴/۱۷). علاوه بر این‌ها، انباشته شدن زندان‌ها، هزینه ۱۲۱ میلیاردی نگهداری زندانیان کشور، افزایش ۳۰ برابری تعداد زندانیان و اختصاص فقط ۲/۷ متر مربع برای هر زندانی (شمس‌ناتری و جاهد، ۱۳۸۷، ش ۱۱۶/۱۷). نتیجه وجود حدود ۱۴۰۰ نوع جرم است که برای مجرمان به آن‌ها، مجازات حبس در نظر گرفته شده است (آزمایش، ۱۳۸۰، ۳۱، ۳؛ برای اطلاعات بیشتر راجع به تورم کیفری و نتایج آن در حقوق ایران، ر.ک: حبیب‌زاده و دیگران، ۱۳۸۰؛ ش ۷۰/۴ به بعد). شدت قباح و آثار سوء ناشی از افراط در تجریم و تورم کیفری که در حقیقت دو روی یک سکه‌اند، زمانی بیشتر می‌شود که این جرم‌انگاری‌ها، در حریم افعال مباح و منطقه‌الفرغ صورت گرفته باشد.

۶۷ اما در پاسخ به سؤال دوم باید گفت تتبع در منابع حدیثی منقول از معصومان علیهم‌السلام، تردیدی باقی نمی‌گذارد که اسلام شریعتی سہلہ و سہلہ است^۱ (کلینی، ۱۴۰۷/۴۹۴؛ مجلسی، ۱۴۱۰، ۸۲/۳). این اصل در کلام جمهور فقہا و متفکران بزرگی چون شہید مطہری نیز به روشنی بیان شدہ است (مطہری، بی‌تا، ۱۷۳/۲۱). بر این بنیان، از قانونگذار جمهوری اسلامی ایران کہ طبق اصل اول و دوم قانون اساسی ہموارہ باید در راستای تعالیم اسلامی حرکت کند، انتظار می‌رود تا زمانی کہ بہ حکم معین شرع یا حدود ضرورت، مجبور بہ تضییق حقوق و آزادی‌های افراد نشدہ است، از این کار اجتناب نماید نہ اینکہ درست در جہت عکس آن آموزہ‌ها، ہر جا کہ قافیہ بہ تنگ آمد از ہیچ کوششی برای تجریم و تحدید آزادی‌های افراد

تبیین جرم‌مانع
باتأکید بر امور حسبه

۱. قرآن کریم در آیہ ۱۸۵ سورہ بقرہ می‌فرماید: «خداوند برای شما آسانی خواستہ و نہ سخت».

دریغ نکند؛ چرا که به کارگیری دستگاه پر هزینه قضایی و اعمال کیفر باید به عنوان آخرین راه چاره باشد و اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری^۱ در آن رعایت گردد. اهمیت بحث آنجا روشن می شود که از دیدگاه شارع مقدس اولاً اصل بر براءت و عدم تکلیف است؛ بنابراین، تشریع هرگونه تکلیف الزام آور که نقض آن مجازات را در پی دارد، خلاف اصل یاد شده است به طوری که حتی نفی تعزیر در مواقع وقوع شک در لزوم آن، به استناد اصل براءت، در کلام فقها جاری و ساری است (طوسی، ۱۴۲۰، ۵/۲۲۰). ثانیاً در فرض وجود تکالیف قطعی شرعی نیز اصل بر سهل گیری است؛ بنابراین، عقلاً و شرعاً شایسته نیست مقنن با جرم انگاری های متعدد این اصول را نادیده گیرد^۲ و افراد را به حرج اندازد؛ چرا که یقیناً جنس تصرفات حاکم اسلامی نباید با جنس تصرفات شارع مخالف باشد و عدم تطابق ظاهری اصول اولیه شرعی با مسائل مستحدثه و اصدار احکام ثانوی هم به صورت کاملاً استثنایی و تنها با اذن خود شارع امکان پذیر است. به بیان حقوقی، اگر در رفتاری دخالت دولت لازم بود، مساعدت، حمایت، به کارگیری قراردادهای بیمه، میانجی گری و... بر سایر قوای قهریه اولویت دارد. بنا بر فرض اگر هم واکنش قهری ضرورت یابد، گنجاندن آن در قالب ضمانت اجرا فاقد وجاهت است و اگر راهی جز اعمال ضمانت اجرا وجود نداشت، ضمانت اجرای مدنی بر اداری (فلاحی، ۱۳۹۳، ۴۲) و ضمانت اجرای اداری بر کیفری اولویت دارد؛ در نتیجه، آنچه باقی می ماند، موارد معدودی هستند که بعد از این پالایش و با رعایت شرایط و اصول قانونگذاری جرم انگاری

۱. این اصل بیانگر آن است که حقوق جزا الزاماً کمترین ورود به انحرافات و ناهنجاری ها را داشته باشد. تنها اصل ضرورت می تواند جرم انگاری را توجیه نماید.

۲. نگارندگان حاضر به این امر واقف هستند که مناط اثبات تکلیف در شرع با همان مناط در جرم انگاری ها که توسط حکومت ها برای ایجاد نظم اتخاذ می شود متفاوت است؛ لیکن، قابل انکار نیست که تصرفات حاکم اسلامی باید همسو با روح قوانین اسلام باشد. در واقع از یک طرف اصل بر آزادی افراد است که این اصل با اصل دیگری که همان اصالت الایحاحه است تقویت می شود و از طرف دیگر به بدهت شرعی ثابت است که تحدید و مجازات در هیچ زمانی مطلوب بالذات اسلام نبوده و نیست و گرنه تحریم حرام هایی که یقیناً معلل به مفساد واقعی هستند اولی به تحریم رفتارهایی است که عقل ناقص بشری آن را درک کرده است. این در حالی است که عقوبت دنیوی بسیاری از مواردی که در اسلام حرام اعلام شده اند فاقد هرگونه مستند قرآنی، روایی یا عقلی است، چه رسد به مجازات رفتارهایی که تشریعاً در حیطه میباحات قرار گرفته اند. بنابراین باید گفت، جرم انگاری در حریم منطقه الفراغ باید بسیار محتاطانه و اصولی انجام گیرد تا مبادا از کارایی حقوق جزا کاسته شده، به ورطه ی هولناک بدعت در دین و تضییع حقوق شهروندی نائل شود.

می‌شوند. بسیاری از کسانی که دغدغه حقوق کیفری دارند، بر این باورند که دامنه حقوق جزا اساساً نباید وسیع شود، چه سیاهه جرایم طولانی باشد چه نباشد (فلاحی، ۴۱، ۱۳۹۳).

بنابراین، با توجه به تبعات و خطرات عدم وجود ضابطه‌ای منطقی در تحدید حریم آزادی‌های فردی در قالب جرایم مانع - که یکی از اصلی‌ترین علل توزم کیفری است - همچنین موضع فقه امامیه در عدم تجویز تجاوز به این حریم، بلکه حرمت اعمال کیفر در مواردی که استحقاق آن وجود ندارد، باید ادامه این نوشتار را در ارائه ضابطه‌ای جامع - که در عین دفاع از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد بتواند از وقوع جرایم منشأ پیشگیری کند - از فقه پویای امامیه پیگیری نماییم.

ناکارآمدی و حتی در بعضی مواقع جرم‌زا بودن غالب جرم‌انگاری‌هایی که در فضاها و احساسی و در پاسخ به شور و حرارت عوام صورت می‌پذیرند، در طول زمان، بر هیچ یک از نظریه‌پردازان حقوق کیفری پوشیده نمانده است. همین توالی فاسد در تجربیم‌های غیر اصولی نیز وجود دارد، در حالی که تحدید آزادی‌های افراد و اعمال مجازات‌های سنگین، محتاج بررسی‌های عمیق و کارشناسی شده است؛ بنابراین، با توجه به اینکه از یک سو، هیچ نظام حقوقی‌ای مستغنی از جرم‌انگاری در

جرایم بازدارنده نیست و نظام حقوقی اسلام هم از این قاعده مستثنا نیست. از سوی دیگر، اگر این نوع از واکنش‌ها با فیلتری بسیار قوی پالایش نشوند، به بحران‌های فوق‌الذکر می‌انجامد؛ می‌توان گفت آن راه حلّی که نه تنها اسلام از آن حمایت می‌کند بلکه هادی به آن است، رجوع به اهل ذکر (نحل، ۴۳)، خبره و متخصص، در جهت کاهش مفاسد جرم‌انگاری‌های غیر اصولی است. البته به بداهت عقلی هم می‌توان این نتیجه را گرفت که در جایی که احتمال وقوع در حرام با تحدید و مجازات افراد به سبب ارتکاب فعل مباح، وجود دارد، احتیاط در عمل ضروری و فحوص از آن واجب است. چه بسا که رأی فقیه در مسائل تخصصی، بعد از رجوع به صاحب‌نظران و دانشمندان آن علم تغییر یافته است. بدین سان، به حکم عقل و شرع، در جرم‌انگاری، جلب نظر جرم‌شناسان و در موارد لزوم، تحقیقات روان‌شناسانه جامعه‌شناسان، توسط مراجع قانونگذاری اسلامی، علاوه بر اینکه به غنای

آن می‌افزاید و تا حدّ زیادی از مشکلات و ناکامی‌ها مصون می‌دارد، احتمال حرمت تجریم را نهایتاً به حرمت یا وجوب تجریم تبدیل می‌کند.^۱ این‌ها همان اهل ذکری هستند که رجوع به آن‌ها توصیه شده است.

در این راستا، جرم‌شناسان و صاحب‌نظران علوم جنایی با سنجش معیارهای علمی گوناگون برای جرم‌انگاری یک رفتار و عبور آن از سنجه‌های متعدد آماری، اخلاقی و اجتماعی، دستاوردهای حاصل از پژوهش‌های جرم‌شناسانه خود را مطرح می‌کنند و یا جرم‌انگاری یک رفتار را علمی و مبارزه با آن را لازم می‌دانند یا اینکه اقدام کیفری را در آن موارد بدون کارکرد قلمداد می‌کنند. این نظریات عموماً دقیق و اصولی هستند چرا که در آن‌ها از داده‌های علوم دیگر همچون آمار، پزشکی، جامعه‌شناسی، روان‌شناسی و به فراخور مسئله از سایر علوم نیز استفاده می‌شود. سرانجام، تعداد رفتارهای مجرمانه‌ای که در قانون تصریح می‌شوند، به حد مطلوب می‌رسد و از جرم‌انگاری‌های افراطی و نهایتاً تورم کیفری تا حدّ زیادی جلوگیری به عمل می‌آید.

نتیجه‌گیری

در توجیه فقهی جرم مانع، به مبانی مختلفی متمسک شده‌اند. سدّ ذرایع از این جهت که در منابع فقه شیعه، به‌عنوان گزاره‌ای مستقل مورد استفاده فقها قرار نگرفته است، نمی‌تواند توجیه‌گر این نوع از جرایم باشد. استدلال به حرمت مقدمه حرام، آیات و روایات، در جهت این مبنا انگاری نیز هرکدام دارای اشکالاتی بودند که استناد به آن‌ها را مخدوش می‌کند. در این میان، حسبه را می‌توان به‌عنوان مبنایی قابل قبول و جامع در توجیه جرم مانع معرفی کرد که در آن قالب جرم‌انگاری اسباب و مقدماتی که ممکن است به مفاسد بزرگ‌تر منتهی شوند، پذیرفتنی خواهد شد. لکن این راه نیز ممکن است اشکالاتی از جمله افراط در جرم‌انگاری و تورّم کیفری را به وجود آورد. راهکار مقابله با این اشکالات با توجه به رهنمود قرآنی رجوع به اهل

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۷۰

۱. ناگفته پیداست که کلیه این مباحث تنها در باب تعزیرات که البته قسمت اعظم مجازات‌های نظام حقوقی اسلامی را تشکیل می‌دهد، مجراست و نه در حدود، قصاص، دیات و جرایم منصوص شرعی.

ذکر، در متون اسلامی تعبیه شده است. طبق این آیه شریفه، رجوع به متخصصان علوم جنایی در جرم‌انگاری‌ها و به‌ویژه جرم‌انگاری‌هایی که با عنوان جرم مانع در قانون جزایی احصا می‌شوند، لازم است. این راهکار که اکنون دیگر رنگ و بوی قاعده‌ای عقلیه به خود گرفته است، یقیناً قانونگذاران را در یک جرم‌انگاری اصولی با حداقل اشکال ممکن یاری می‌رساند.

منابع

• قرآن کریم، ترجمه: مهدی الهی قمشه‌ای.

۱. آزمایش، علی، «زندان مجازات شکست خورده»، حقوق و اجتماع، شماره ۲۲، ۱۳۸۰ش ۱۴.

۲. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر. (۱۴۳۰هـ ش). بحر الفوائد فی شرح الفرائد، المحقق: السید محمد حسن الموسوی، بی‌جا، ذوی القربی

۳. آملی، محمد تقی. (۱۴۱۳هـ ق). المكاسب و البیع، تقریرات میرزای نائینی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

۴. ابن ابی‌جمهور، محمد بن علی. (۱۴۰۵هـ ق). عوالي اللتالي العزیزية، دار سید الشهداء للنشر، قم - ایران، اول.

۵. ابن اثیر، مبارک بن محمد شیبانی موصلی. (۱۳۶۴هـ ش). النهاية فی غریب الحديث و الاثر، اسماعیلیان، چاپ چهارم، قم.

۶. ابن خلدون حضرمی، ابوزید عبدالرحمن بن محمد. (۱۹۷۸م). مقدمه ابن خلدون، بیروت، دارالقلم.

۷. ابن اخوه، محمد بن احمد القرشی. (۱۴۰۸هـ ق). معالم القرية فی احکام الحسبه، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم.

۸. اردبیلی، محمد علی. (۱۳۹۲هـ ش). حقوق جزای عمومی، جلد نخست، سی و یکم، تهران، میزان

۹. ابویعلی الفراء، محمد بن الحسین. (۱۴۰۶هـ ش). الاحکام السلطانیة، قم، مکتبه الاعلام الاسلامی

۱۰. بورکاب، محمد احمد. (۱۴۲۳هـ ق). المصالح المرسله و اثرها فی مرونة الفقه الاسلامی، چاپ اول، الامارات العربیة المتحدہ، دار البحوث للدراسات الاسلامیة و إحياء التراث

۱۰. الحسینی، السید علی بن أحمد بن محمد معصوم، ۱۴۲۶ هـ ق، الطراز الأول، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث.

۱۱. تبریزی، جواد بن علی. (بی تا). استفتاءات جدید، قم، اول، بی نا

۱۲. جناتی، محمد ابراهیم. (۱۳۷۰ هـ ش). منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، چاپ اول، تهران، کیهان

۱۳. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ هـ ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، جلد سوم، دار العلم للملایین، بیروت - لبنان، اول

۱۴. حبیب زاده، محمد جعفر و علی حسین نجفی ابرندآبادی و کیومرث کلانتری، «تورم کيفری، عوامل و پیامدها»، مدرس علوم انسانی، دوره پنجم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۸۰

۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشیعة فی تحصیل مسائل الشریعه، مؤسسه آل البيت (ع)، قم - ایران، اول

۱۶. حسینی مشهدی، سید صدرالدین و غلامرضا کاظمیان، «مقایسه وظایف نهاد حسبه و مدیریت شهری نوین در ایران»، اسلام و مدیریت، سال دوم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۹۲ ش

۱۷. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ هـ ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، جلد ۱۸، دار الفکر المعاصر، بیروت - لبنان، اول

۱۹. الخادمی، نورالدین مختار. (۱۴۲۳ هـ ق). المقاصد فی المذهب المالکی، چاپ اول، الرياض، مکتبه الرشد

۲۰. خامنه‌ای، سید علی. (۱۴۱۵ هـ ق). اجوبة الاستفتائات، طبع الثانی، بیروت، دارالوسيلة

۲۱. الخراسانی، محمد کاظم. (۱۴۳۲ هـ ق). کفایة الاصول، اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی

۲۲. خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ هـ ق). تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع)، چاپ و نشر عروج

۲۳. ———. (۱۴۲۲ هـ ق). استفتاءات، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، پنجم

۲۴. ———. (۱۴۲۱ هـ ق). کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع)، تهران - ایران، اول

۲۵. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷ هـ ق). محاضرات فی الاصول، اول، قم، مؤسسه السبطين (ع)

۲۶. ———. (۱۴۱۸ هـ ق). موسوعة الإمام الخوئي، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ایران، اول

۲۷. ———. (بی تا). التنقيح فی شرح العروة الوثقى (کتاب جهاد و تقلید)، به قلم میرزا جواد

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

تبریزی، بی‌جا، مؤسسه آل‌ال‌بیت

۲۸. —. (۱۴۲۲ه ق). مبانی تکملة المنهاج، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ایران،

اول

۲۹. داودی، سعید، «قاعده حریم حمی»، حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۳، زمستان ۹۳

۳۰. داوودی، هما، «گستره آزادی در تقابل با حقوق کیفری»، ندای صادق، سال یازدهم،

شماره ۴۳، پاییز ۱۳۸۵

۳۱. السبحانی، الشیخ جعفر. (۱۴۲۳ه ق). تهذیب الاصول، تقریر اباحت الاستاذ الاعظم

آیة‌الله العظمی السید روح‌الله الموسوی، بی‌جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی

۳۲. شمس‌ناتری، محمد ابراهیم؛ جاهد، محمد علی، «عوامل و نتایج تورم کیفری و

راهکارهای مقابله با آن»، فقه و حقوق، سال پنجم، تابستان ۱۳۷۸

۳۳. شمعی، محمد و سارا شهباز. (۱۳۹۴ه ش). جرم‌انگاری حداکثری، چاپ اول، تهران،

جنگل

۳۴. الصافی، لطف‌الله. (۱۴۰۴ه ق). التعزیر انواعه و ملحقاته، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

۳۵. الطباطبایی، سید محمد حسین. (بی‌تا). المیزان فی التفسیر القرآن، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

۳۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۷ه ق). العروة الوثقی، قم، مؤسسه النشر

الاسلامی

۳۷. طریحی، فخر‌الدین. (۱۴۱۶ه ق). مجمع البحرین، کتابفروشی مرتضوی، تهران - ایران،

سوم

۳۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ه ق). الأمالی، اول، قم، دارالثقه

۳۹. —. (۱۴۲۰ه ق). الخلاف، دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی

۴۰. العاملی، زین‌الدین بن علی. (بی‌تا). الروضة البهیة فی الشرح للমেه الدمشقیه، تهران،

المکتبة الاسلامیه

۴۱. عاملی، محمد بن مکی. (بی‌تا). القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، قم - ایران، اول

۴۲. عجلانی، منیر. (۱۴۰۹ه ق). عبقریة الاسلام، بیروت، دار النفائس

۴۳. علی‌بابایی، یحیی و علی‌اصغر فیروزجائی، «تحلیل جامعه‌شناختی عوامل مؤثر بر

قانون‌گریزی»، فصلنامه دانش انتظامی، سال یازدهم، شماره چهارم، ۱۳۸۸ ش

۴۴. عمید زنجانی، عباسعلی، «دیدگاه حکومتی در نظریه حربه (فرضیه حکومت با اختیارات

محدود)»، حکومت اسلامی، سال دوم، شماره اول، بهار ۱۳۷۶

۴۵. فلاحی، احمد. (۱۳۹۳ه ش). اصل ضرورت در جرم‌انگاری، اول، تهران، دادگستر

تبیین جرم‌مانع
با تأکید بر امور حربه

۴۶. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ه ق). الکافی، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم

۴۷. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (بی تا). احکام پزشکان و بیماران، بی جا، بی تا

۴۸. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (بی تا). جامع المسائل، یازدهم، قم، امیر قلم

۴۹. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (۱۴۱۰ه ق). بحار الأنوار، مؤسسة الطبع و النشر، بیروت - لبنان، اول

۵۰. محمود عبد الرحمان. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، بی نا، بی جا

۵۱. المشکینی، الحاج الميرزا علي. (۱۴۱۳ه ق). اصطلاحات الأصول، قم، نشر الهادی

۵۲. مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ه ق). التحقيق في كلمات القرآن الكريم، ۱۴ جلد، مرکز الكتاب للترجمة و النشر، تهران - ایران، اول

۵۳. مطهری، مرتضی. (بی تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار)، قم - ایران، اول، بی تا

۵۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ه ق). کتاب النکاح، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم - ایران، اول

۵۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ه ق). رساله احکام برای جوانان، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم - ایران، پانزدهم

۵۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۶ه ش). پیام امیرالمومنین (ع)، اول، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۶ ش

۵۷. ملک افضلی، محسن، «نظارت در سیره حکومتی پیامبر اکرم (ص)»، حکومت اسلامی، سال دوازدهم، شماره اول، بهار ۱۳۸۶ ش

۵۸. منتظری، حسین علی. (۱۴۰۹ه ق). دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، نشر تفکر، قم - ایران، دوم

۵۹. —، «حسبه و شرایط محتسب (قسمت دوم)»، نور علم، دوره دوم، شماره هشتم، بی تا

۶۰. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم. (۱۴۲۷ه ق). فقه الحدود و التعزیرات، مؤسسة النشر لجامعة المفید (ع)، قم - ایران، دوم

۶۱. میرخلیلی، سید محمود، «سد ذرائع و پیشگیری از بزهکاری در آموزه های اسلامی»، حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۱، زمستان ۱۳۹۰ ش

۶۲. نائینی، محمد حسین. (۱۳۷۸ه ش). تنبيه الامة و تنزيه الملة، تهران، انتشار

۶۳. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷ه ش). جواهر الکلام، سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۷۴

۶۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۴ه ش). تقریرات جرم‌شناسی سیاست جنایی و تکنیک‌های حقوق کیفری، دوره دکتری، تهران، دانشگاه شهید بهشتی
۶۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ه ق). عوائد الایام فی بیان قواعد الأحکام، اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
۶۶. واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، حسینی، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴ه ق). تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت - لبنان، اول
۶۷. هوشیار، مرتضی. (۱۳۷۹ه ش). شروع به جرم در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام.

تحلیل آرای نادر فقهی شیعه دربارهٔ حجاب زن مسلمان^۱

مژده سادات ابراهیمی^۲

محمدتقی فخلعی^۳

حسین صابری^۴

تحلیل آرای نادر فقهی
شیعه دربارهٔ حجاب زن
مسلمان

چکیده:

۷۷

اصل پوشش زنان، ضروری است اما در حدود آن اتفاق نظر وجود ندارد. نظر اکثر فقها، بر وجوب پوشش تمام بدن زن به استثنای وجه و کفین است؛ از این رو، هر دیدگاهی در مقابل آن، رأی نادر به شمار می آید. از آنجاکه نه شهرت دلیل صحت و اتقان و نه ندرت سبب ضعف و وهن حکم است، بررسی دلایل و مستندات آرای نادر فقهی ضروری به نظر می رسد. نوشته حاضر، با تتبع در سیر تاریخی مسئله حجاب و شناسایی آرای نادر در ادوار مختلف، به تحلیل آن ها پرداخته است. برآیند حاصل از تحقیق، بیانگر آن است که دیدگاه

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۲۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲.

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (متخذ از پایان نامه کارشناسی ارشد) رایانامه: ebrahimim788@gmail.com

۳. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد. (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: fakhlaei@um.ac.ir

۴. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد. رایانامه: saberi@um.ac.ir

مشهور فقها، نظری میانه است که آرای نادر، در دو سوی افراط و تفریط آن، قرار دارد. روش این پژوهش توصیفی - تبیینی و گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای است.

کلید واژه‌ها: حجاب، شهرت فتوایی، لباس المصلی، ستر وجه و کفین.

طرح مسئله

صاحب نظران بسیاری در خصوص پوشش بانوان به بحث و گفت‌وگو پرداخته‌اند. بررسی‌های انجام گرفته، عمدتاً با نگاه به پیامدهای اجتماعی حجاب و آثار روانی ناشی از آن بر افراد و جامعه است، اما تحلیل کاملی از منظر فقهی برای آن ارائه نشده است. این تحقیق به حدود و ثغور حجاب مطابق دیدگاه‌های کلاسیک فقهی می‌پردازد؛ اما تبیین‌ها و نقدهای این مقاله، نظر برخی از فقه‌پژوهان معاصر را در بر نمی‌گیرد. آرای گوناگون فقها از پوشش حداکثری تا حداقلی مانند: وجوب پوشش تمام بدن، بدون استثنا؛ وجوب پوشش تمام بدن به استثنای وجه؛ وجوب پوشش تمام بدن، به جز وجه و کفین و ... در عبارات فقها مشاهده می‌شود. علاوه بر این، در مورد پوشاندن پاها، تفاوت ستر در حال نماز و غیر نماز و ... نیز اختلافاتی به چشم می‌خورد. با این حال، برخی از آرا، طرفداران بیشتری به خود اختصاص داده است که در اصطلاح «رای مشهور» و برخی قائلان کمتری دارد که در مقایسه با مورد قبل «رای نادر» نامیده می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۷۸

این پژوهش، با بیان مفهوم نادر و مشهور، به شناسایی این آرا پرداخته است. تتبع در سیر تاریخی موضوع میزان حجاب نشان می‌دهد که این مسئله دوره‌های متفاوتی به خود دیده است؛ از این رو، آرای نادر در هر دوره فقهی متفاوت است. به علاوه فقها معمولاً در دو کتاب به بحث از پوشش پرداخته‌اند؛ یکی کتاب صلات در بحث پوشش نمازگزار و دیگری در کتاب نکاح، ضمن مسئله نگاه به نامحرم. با این طرح بحث از سوی فقها، دستیابی به میزان وجوب پوشش زن در مقابل نامحرم، دو موضوع شایسته بررسی است: اول بررسی تفکیک میان پوشش صلاتی و پوشش در مقابل نامحرم و دوم وجود ملازمه میان نگاه و پوشش.

با این توضیح، پس از تعریف مفاهیم مورد نیاز، ابتدا تساوی یا عدم تساوی ستر

صلاتی و پوشش در مقابل نامحرم بررسی می‌شود. سپس وجود تلازم میان حرمت نگاه و وجوب پوشش، مورد توجه قرار می‌گیرد. در نهایت، دوره‌های دارای قول مشهور یکسان در ضمن سه دوره ترسیم می‌گردد و آرای نادر در هر دوره شناسایی و تحلیل می‌شود.

۱. مفهوم شناسی رأی نادر و مشهور

بررسی دقیق حکم هر مسئله منوط به شناخت صحیح آن است. در بحث حاضر اصطلاحاتی وجود دارد که قبل از ورود به بحث اصلی بایسته است منظور از آن‌ها تبیین گردد.

اصطلاح نادر غالباً در کنار اصطلاحاتی مانند شاذ تعریف می‌شود؛ لذا با بیان معنای رأی شاذ، معنای رأی نادر مشخص می‌شود. «شاذ» اسم فاعل از «شَذَّ» به معنای مخالف قاعده و قیاس است. همچنین به کسی که با جماعت مخالفت نموده یا از آن‌ها جدا شود، شاذ گفته می‌شود. درباره فرق میان شاذ و نادر آمده است: شاذ در زبان عربی درباره چیز زیاد اما خلاف قاعده به کار می‌رود، در حالی که نادر از نظر وجودی اندک، اما موافق قیاس و قاعده می‌باشد. شاذ در اصطلاح حنفیه و مالکیه، چیزی است که مقابل مشهور، راجح یا صحیح باشد؛ یعنی به رأی مرجوح، ضعیف یا غریب، شاذ می‌گویند (عبد المنعم، بی تا، ۳۱۲/۲-۳۱۱).

در تعریف مشهور آمده است: حکم یا فتوایی است که بیشتر فقها به آن فتوا داده‌اند و مخالف اندکی دارد که با وجود آن‌ها اجماعی تحقق نمی‌یابد (شهید صدر، ۱۴۲۰، ۵۰۶/۸).

در تقسیم ارائه شده در کتب اصولی شهرت به سه قسم شهرت روایی، عملی و فتوایی تقسیم می‌شود: شهرت روایی به معنای مشهور بودن نقل یک روایت بین حدیث‌شناسان و راویان آن، که نزدیک به زمان حضور معصوم علیه السلام بوده‌اند، می‌باشد. شهرت عملی مشهور بودن عمل به روایت و فراوانی استناد به آن در مقام فتواست. شهرت فتوایی عبارت است از مشهور بودن فتوا نسبت به حکمی در یک مسئله، بدون اینکه فتواهندگان به روایت خاصی استناد دهند (مشکینی، ۱۴۱۳، ۱۵۶-۱۵۵).

با توجه به تعاریف ذکر شده از اقسام شهرت، اگر رأی مشهور فقها در یک مسئله بر پایه ادله روشن و شناخته شده آن باب شکل گیرد، در هیچ کدام از اقسام سه گانه شهرت جای نمی گیرد. اما مقصود از «مشهور» در این مقاله، همین معنای از شهرت است؛ لذا یا باید مفهوم شهرت فتوایی را گسترش داد تا شامل آرای مستند به روایات هم بشود یا قسم چهارمی برای شهرت تعریف نمود که فتوای اکثر فقها را که دیدگاهشان مستند به ادله مشخص است، در بر گیرد.

۲. تطوّر پوشش صلاتی و پوشش در مقابل نامحرم

روشن شدن موضوع تفاوت یا عدم تفاوت پوشش زنان در نماز و در مقابل نامحرم، مستلزم بررسی آرای فقهاست. از این رو، با توجه به سیر تاریخی آرا، دیدگاه فقها ملاحظه می گردد.

از ابن ابی عقیل عمانی در مورد پوشش زن، نه در کتاب صلات و نه در کتاب نکاح، هیچ رأی و فتوایی موجود نیست (ابن ابی عقیل، بی تا، ۵۵-۲۰ و ۱۳۰-۱۱۸). اما ابن جنید دو عبارت در مورد پوشش مطرح کرده است. عبارت دوم او در زمینه پوشش زن در حال نماز با بحث کنونی ارتباط دارد. او می گوید: «اشکال ندارد که زن آزاد و کنیز زمانی که نامحرمی آنها را نبیند در حالی که سرشان باز است، نماز بخوانند». (ابن جنید، ۱۴۱۶، ۵۱). نکته ای که در این بحث می توان از بیان ابن جنید استخراج نمود، آن است که وی میان پوشش در نماز و ستر در مقابل نامحرم تفاوت قائل است. وی با وجوب پوشاندن سر در مقابل نامحرم، پوشش در مقابل نامحرم را بیش تر از ستر در حال نماز عنوان می کند. فقهای پس از ابن جنید در قرن چهارم و ششم، یعنی از شیخ صدوق، شیخ مفید، سید مرتضی، ابوالصلاح حلبی، شیخ طوسی، قاضی ابن براج، ابن ادریس حلّی، هیچ اظهارنظری درباره تفاوت یا عدم تفاوت ستر صلاتی با غیر صلاتی ندارند، همچنین بیشتر فقهای قرن هفتم تا چهاردهم در استثنای برخی از اعضا از محدوده پوشش (مثل گردی صورت و کف دست ها)، به واجب نبودن پوشش آنها در إحرام یا استناد به آیه «الّا ما ظَهَرَ مِنْهَا» یا عسر و حرج پوشاندنشان در خرید و فروش و ... اشاره می کنند (محقق حلّی،

۱۴۰۷، ۱۰۱/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۴۴۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۹، ۳۶۶/۱-۳۶۵؛ شهید اول، ۱۴۱۹، ۸/۳-۱۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۹۶/۲-۹۲؛ شهید ثانی، ۱۴۰۲، ۵۸۲/۲-۵۸۱). از سویی، هیچ کدام از این موارد مربوط به نماز نیست و از سوی دیگر، این دلایل را در باب ستر صلاتی مطرح می کنند؛ لذا می توان این فقها را قائل به تساوی پوشش در نماز و مقابل نامحرم دانست. در این میان تنها ابن فهد حلی، بحرانی و کاشف الغطاء صراحتاً تساوی دو مقام را بیان می دارند (ابن فهد، ۱۴۰۹، ۱۵۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۶/۷؛ کاشف الغطاء (حسن بن جعفر)، ۱۴۲۲، ۶۰). اما فقهای قرن چهاردهم و پانزدهم با تفکیک مباحث ستر صلاتی از غیر صلاتی، اعتقاد خود را بر اختلاف میزان پوشش در دو بحث یادآور می شوند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ۵۴۹/۱؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۵/۲۵۸-۲۳۹؛ اشتیاردی، ۱۴۱۷، ۱۲/۵۳۸-۴۵۶؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ۱/۱۴۴-۱۴۳؛ خویی، ۱۴۱۸، ۱۲/۱۰۴-۶۲؛ خمینی، بی تا، ۲/۲۴۴ و ۱/۱۴۲؛ سبزواری، ۱۴۱۶، ۵/۲۴۷-۲۲۸).

۳. ملازمه میان نگاه و پوشش

حال با توجه به اینکه اکثر فقهای اولیه تا قرن چهاردهم تفاوت یا عدم تفاوت ستر صلاتی با غیر صلاتی را بیان نکرده اند، همچنین پراکندگی بحث حجاب بانوان در باب های صلات و نکاح، باید دید آیا فقها وجود رابطه میان پوشش و نگاه را می پذیرند یا خیر؟ تا معلوم گردد که اگر بر مردان نگاه به اندام نامحرم حرام شود، آیا بر زنان پوشاندن آن نواحی لازم است یا خیر؟ تا حکم فقها نسبت به میزان پوشش در مقابل نامحرم روشن گردد.

برخی از فقها صراحتاً یا تلویحاً به این ارتباط اشاره کرده اند. علامه حلی نخستین فقیهی است که بحث نگاه را به مسئله پوشش گره می زند (علامه، ۱۴۱۲، ۴/۲۷۱) و در وجوب پوشاندن عورت در نماز و غیر نماز به روایت «لَعَنَ اللَّهُ النَّازِرَ وَالْمَنْظُورَ إِلَيْهِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۲/۵۶) که درباره نگاه استناد می کند (علامه، ۱۴۱۹، ۳۶۶/۱-۳۶۵).

طباطبایی یزدی در خصوص پوشش در مقابل نامحرم این بحث را با مسئله نگاه

ربط می دهد (طباطبائی، ۱۴۰۹، ۱/۵۵۰-۵۴۹). سید محسن حکیم ملازمه میان حرمت نگاه و وجوب پوشش را مفروغ عنه در ظاهر نص و فتوا می داند و روشنی حکم در لزوم پوشیدگی و حرمت نگاه را دلیل نپرداختن بیشتر نصوص به آن عنوان می کند (حکیم، ۱۴۱۶، ۵/۲۴۱-۲۴۰). محقق خویی نیز این ملازمه را به این ترتیب مطرح می کند که از حرمت اظهار و وجوب پوشش، حرمت نگاه اثبات می شود (اشتهاردی، ۱۴۱۸، ۳۲/۴۲). ایشان نیز دلیل واجب بودن پوشش برای زن را جایز نبودن نگاه به او می داند (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ۱۲/۴۵۸). امام خمینی می فرماید: همان طور که بر مرد حرام است به زن نامحرم نگاه کند، بر خانم پوشیده بودن واجب است (خمینی، بی تا، ۲/۲۴۴). شبیری زنجانی قائل به ملازمه ظاهری و اقتضایی^۱ میان حرمت کشف و حرمت نظر است (زنجانی، ۱۴۱۹، ۱/۳۴۹-۳۴۰). مکارم شیرازی در مباحث جواز نظر به وجه و کفین، قائل به ملازمه عرفی میان جواز ابداء و جواز نظر است (مکارم، ۱۴۲۵، ۶۴). سند بحرانی با آنکه ملازمه میان جواز نظر در صورت جواز ابداء را نمی پذیرد و قبول ندارد که آنچه نگاه به آن حرمت دارد، واجب است پوشیده شود، معتقد است میان هر چه که سترش واجب است تلازم حرمت نگاه به آن، برقرار است (سند، ۱۴۲۹، ۱/۲۴-۲۳).

با توضیحاتی که بیان شد، می توان گفت: وجود ارتباط بین نگاه و پوشش محرز است. اکثر فقها نیز قائل به وجود رابطه بین کشف و نظر هستند. همچنین آیات سی

۱. اقتضا مقابل فعل است؛ اگر کشف حرام شد، معلوم می شود که رؤیت دیگران مبعوض شارع است، برای اینکه این مبعوض واقع نشود، دستور ستر داده شده و کشف حرام شمرده شده است، درحالی که تحقق مبعوض به دو امر بستگی دارد: کشف از یک طرف و نگاه کردن از طرف دیگر، مبعوض شارع با فعل هر دو طرف واقع می شود. مثلاً قتل نفس که مبعوض شارع است، برای محقق شدن به دو فعل بستگی دارد، یکی اینکه شخصی گردن خود را آماده کند تا شمشیر بر آن فرود آید و دیگری زدن گردن او با شمشیر. طبعاً هر دو باید حرام باشد. در اینجا هم چون قوام مبعوض شارع هم به کشف است و هم به نظر، پس باید هر دو حرام باشد. چون مادامی که اجازه ای از ناحیه شارع صادر نشده باشد، حصول مبعوض شارع به هر دو فعل است و هر دو ممنوع می باشد.

ولی از نظر فعلی ممکن است بخاطر وجود مفسده ای، حرمت را از طرفین یا یک طرف بردارند، مثلاً غیبت کردن حرام است، از سوی دیگر تحصیل علم باعث تحریک حسادت فرد دیگری می شود و به غیبت می افتد. حال با ترک تحصیل، این مبعوض شارع - غیبت - واقع نمی شود. در اینجا شارع مصالح دیگری را در نظر می گیرد و با کسر و انکسار مصالح می گوید: تحصیل علم کن با اینکه غیبت کردن دیگری نیز خلاف شرع است. یعنی با اینکه تحصیل، برای حصول مبعوض شارع، جنبه اعدادی دارد و علت معده است، ولی در عین حال شارع حرمت را برمی دارد و تحصیل را اجازه می دهد. بنابراین، اقتضائاً بین حرمت کشف و حرمت نظر ملازمه برقرار است، ولی به حسب فعلیت ملازمه ای در کار نیست.

و سی و یکم سورة نور،^۱ مهم ترین آیاتی که در بحث حجاب زن به آن استناد می شود، مؤید این کلام است؛ زیرا در این آیه شریفه ابتدا به مسئله نگاه پرداخته شده، سپس درباره پوشش بانوان سخن به میان آمده است. حال اگر از منظر قرآنی تلازم میان این دو بحث استفاده نشود، وجود ارتباط میان نگاه و پوشش، ثابت است. افزون بر این، شاید بتوان وجود رابطه میان وجوب پوشش با حرمت نظر را از دید عرف حتمی دانست؛ زیرا اگر در عرف کسی بگوید: صورت خود را از نامحرم بپوشان، از این کلام استفاده می شود که نامحرم نیز حق نگاه کردن ندارد و اگر بر نامحرم دیدن برخی از اندام زن جایز نباشد، پوشاندن آن از نظر عرف لازم است.

۴. دوره های فقهی بر اساس قول مشهور در مسئله حجاب

با توجه به اختلاف نظر فقها درباره تساوی یا عدم تساوی پوشش در نماز و در مقابل نامحرم، همچنین با پذیرش ارتباط میان نگاه و پوشش، برای یافتن آرای فقها درباره پوشش بانوان در مقابل نامحرم باید دیدگاه فقها را در این دو مسئله روشن نمود. از آنجا که فقه های قرن چهارم تا ششم، سخنی در خصوص تفاوت یا عدم تفاوت ستر صلاتی با غیر صلاتی ندارند، لذا گفتار آنان در کتاب صلات، مخصوص پوشش صلاتی است. پس نظر ایشان را درباره پوشش در برابر نامحرم، با توجه به پذیرش ملازمه میان نگاه و ستر، باید از کتاب نکاح به دست آورد. اما با توجه به دیدگاه اکثر فقه های قرن هفتم تا سیزدهم در پذیرفتن تساوی پوشش در نماز و مقابل نامحرم، نظر ایشان در هر دو کتاب نکاح و صلات بررسی می گردد.

۴.۱. آرای فقه های قرن چهارم تا ششم

ابن جنید در کتاب الصلاة معتقد است، مقداری از بدن که واجب است پوشانده شود، دو عورت است که عبارت است از پیش و پس، از مرد و زن. علامه حلی پس از نقل این کلام از ابن جنید، نظر او را به تساوی زن و مرد در عورت تفسیر می کند؛

۱. ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ بَعْضُوا مِنْ أَنْصَارِهِمْ... وَلَا يُبَدِّلِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبَدِّلِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ...﴾ (نور، ۳۱-۳۰).

بنابراین، میزان واجب الستر برای زن از نظر ابن جنید همان شرمگاه (قبل و دبر) اوست نه بیشتر (علامه حلی، مختلف، ۱۴۱۳، ۹۸/۲).^۱

همچنین ابن جنید معتقد است که برای زن اشکالی ندارد، زمانی که نامحرمی او را نمی‌بیند در حالی نماز بخواند که سر او باز است. دلیل او دو حدیث از عبدالله بن بکیر از امام صادق علیه السلام است (ابن جنید، ۱۴۱۶، ۵۱).

صدوق در کتاب «من لا یحضر الفقیه» در این باره به بیان نظر خود پرداخته است. با توجه به روایی بودن این کتاب، مؤلف کتاب تصریح دارد به اینکه در آن تنها روایاتی را بیان نموده که به آن‌ها فتوا می‌دهد (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۳/۱)؛ لذا متن روایات به منزله رأی ایشان است وی در کتاب نکاح، در باب «أفضل النساء» روایتی را بیان می‌کند که طبق آن رسول خدا صلی الله علیه و آله از ویژگی‌های زنان با برکت به صفت «السَّيِّرَةِ» و «الْمُبَرَّجَةِ مَعَ زَوْجِهَا الْحَصَانِ مَعَ غَيْرِهِ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۳۸۹/۳)، اشاره می‌کنند، اما مقدار پوشش زن بیان نمی‌شود.

شیخ صدوق در باب لمس، در بحث غسل میّت، حدیثی از امام صادق علیه السلام ذکر می‌کند که حضرت فرمودند: «آن مواضعی که خداوند تیمّم را بر آن‌ها واجب فرموده شسته می‌شود، دست به او نمی‌زنند و چیزی از محاسنش که خداوند عزّوجلّ به پوشانیدن آن‌ها امر فرموده باز نمی‌شود. به آن حضرت عرض شد: چگونه با او رفتار کنند؟ آن حضرت فرمود: کف دست‌هایش شسته می‌شود و بعد صورتش و سپس پشت دست‌هایش» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۱۵۶/۱). بنابراین روایت، پوشش برای زنان از نظر صدوق، ستر تمام بدن به جز صورت و دست‌ها تا میچ است.

شیخ مفید در ابواب نکاح، نگاه نامحرم به صورت زن را با لذت و بدون قصد عقد حلال نمی‌داند (مفید، ۱۴۱۳، المقنعه، ۵۲۱-۵۲۰). در صورت قبول مفهوم وصف، می‌توان نگاه بدون لذت و با قصد عقد، به صورت زن را جایز دانست، در غیر این صورت، از این عبارت میزان واجب پوشش زن برداشت نمی‌شود.

تنها جمله‌ای که از سید مرتضی در خصوص پوشش بانوان آمده، این است که

۱. کتاب «الاحمدی فی الفقه المحمدی» از تألیفات ابن جنید از بین رفته است، ولی فتاوی او را علامه حلی در مختلف الشیعه و سایر فقها در آثار خود ذکر کرده‌اند (ربانی، ۱۳۸۶، ۶۷-۶۶).

«... بر زن آزاد واجب است در نماز سر خود را بپوشاند» (سیدمرتضی، ۱۳۸۷، ۵۵). اما از ایشان در کتاب‌های رسائل، الانتصار و مسائل الناصریات هیچ صحبتی از پوشش خانم‌ها در نماز یا غیر نماز وجود ندارد. علم الهدی برای پوشش در نماز همانند صدوق (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۳۷۲/۱) تنها به لزوم ستر سر اشاره می‌کند و به آن فتوا می‌دهد بدون آنکه دلیلی برای نظر خود بیاورد.

ابوالصلاح حلبی نگاه به زن نامحرم را بدون اراده تزویج جایز نمی‌داند (حلبی، ۱۴۰۳، ۲۹۶). با توجه به مقدمات حکمت، از آنجا که ایشان در مقام بیان بوده و استثنائاتی مطرح نکرده است، می‌توان برداشت کرد که ایشان معتقد به وجوب پوشش تمام بدن زن است.

عبارات شیخ طوسی در میزان پوشش زن مختلف است. بیان ایشان در بیش‌تر کتاب‌هایش، جواز نگاه به چهره و دست‌هاست (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۰۲/۱؛ طوسی، ۱۴۰۷، التهذیب، ۴۴۲/۱؛ طوسی، ۱۴۰۷، الخلاف، ۲۴۸/۴). کلام ایشان در المبسوط جواز همراه با کراهت است (طوسی، ۱۳۸۷، ۱۶۰/۴). اما در النهایة به حرمت نگاه به صورت و دست‌ها معتقد شده است (طوسی، ۱۴۰۰، ۴۸۴).

ابن براج نیز در صورت عدم اراده عقد ازدواج نگاه به هیچ قسمتی از بدن زن را جایز نمی‌داند (ابن براج، ۱۴۰۶، ۲۲۱/۲). قطب‌الدین راوندی معتقد به پوشاندن تمام بدن زن است (۱۴۰۵، ۹۵/۱). ابن حمزه نیز ضمن عورت دانستن تمام بدن زنان، برای بانوان واجب می‌داند تمام بدن خود به جز موضع سجود را بپوشانند (ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۸۹).

ابن زهره نیز عورت واجب‌الستر برای زنان را تمام بدنشان می‌داند (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۶۵). ابن ادریس حلی نیز نگاه نامحرم را به زن جایز نمی‌داند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۶۰۸/۲).

بنابراین، نظر مشهور فقهای این دوره، لزوم پوشش تمام بدن زن بدون استثنا در اعضای بدن است. با این حال، رأی ابن جنید مبنی بر وجوب پوشش عورتین و نیز دیدگاه شیخ صدوق مبنی بر جواز باز بودن چهره و کفین، همچنین رأی شیخ طوسی در جواز کشف وجه و کفین یا تنها وجه و نیز نظر ابن حمزه در وجوب پوشش تمام

بدن مگر سجده گاه، آرای نادر این دوره به شمار می‌رود.

۴.۱.۱. تحلیل آرای نادر این دوره

ابن جنید در نظریه تساوی عورتین در زن و مرد، هیچ دلیلی برای نظر خود نمی‌آورد تا مورد نقد و بررسی قرار گیرد. از سوی دیگر، هیچ مؤیدی بر مدعای ابن جنید وجود ندارد و هیچ‌یک از فقهای این دوره و حتی دیگر ادوار فقهی با وی موافق نیستند. نظر صدوق در جواز کشف وجه و کفین از متن روایت فهمیده می‌شود؛ لذا دلیل ایشان در پذیرش این قول، همان حدیث است. راوی روایت جواز کشف وجه و کفین، مُفَضَّل بن عُمَر از اصحاب و شاگردان امام صادق و امام کاظم (۳) است. درباره وثاقت و عدم وثاقت‌اش بین علما اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از بزرگان در خصوص وثاقت وی اظهارنظری ندارند؛ مثلاً شیخ مفید در الإرشاد مفَضَّل را در زمره اصحاب بزرگ امام صادق علیه السلام می‌خواند (مفید، ۱۴۱۳، ۲/۲۱۶). کَشّی نیز فقط روایات ستایش و نکوهش او را بیان می‌کند (کشی، ۱۴۹۰، ۳۲۱). شیخ طوسی نیز تنها به ذکر کتاب و وصیت او اشاره دارد (طوسی، بی‌تا، ۱۶۹). برخی تنها به آوردن نام مفَضَّل در زمره راویان اکتفا نموده‌اند (برقی، ۱۳۸۳، ۳۴؛ طوسی، ۱۴۲۷، ۳۰۷). اما برخی از رجالیان او را ضعیف، فاسد المذهب، مضطرب الروایة، متهافت، مرتفع القول، خطابی و... می‌دانند (نجاشی، ۱۴۰۷، ۴۱۶؛ ابن غضائری، بی‌تا، ۸۷؛ علامه حلی، ۱۳۸۱، ۲۵۸؛ تفرشی، ۱۴۱۸، ۴/۴۰۷). گروه دیگری از رجالیان، مفَضَّل را شخصی موثق و دارای اعتقادات صحیح می‌دانند. ایشان در مقابل روایات ذم مفَضَّل، احادیثی که در مدح او وارد شده، ذکر می‌کنند. همچنین قرائن و شواهدی را در میرا دانستن ایشان از اتهاماتی چون غلو، خطابی بودن و اضطراب روایت و... بیان می‌دارند (مامقانی، بی‌تا، ۳/۲۳۸؛ شوشتری، ۱۴۱۰، ۹/۹۳؛ خویی، ۱۳۷۲، ۱۹/۳۱۵). صدوق در مقدمه کتاب من لایحضر الفقیه تصریح می‌کند که در این کتاب فقط احادیث صحیح را جمع‌آوری کرده و آن را از مجامع روایی مشهور اخذ کرده است (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۱/۳). همچنین بروجردی برای اعتماد به احادیث این کتاب با اشاره به فرمایش خود صدوق می‌افزاید: بنابراین ضرورتی نداشته است

که وی سندها را ذکر کند، لذا اگر گاهی سندها را بیان کرده برای تیمّن و تبرک بوده است و نیز مواردی که طریقه‌ها را ذکر نکرده است، روایات آن به دلیل صحت انتساب کتاب‌ها به صاحبانش معتبر است (سبحانی، ۱۴۱۴، ۳۸۵).

بنابراین، با توجه به تفاوت آرا، کسانی همچون صدوق که مفضل را تأیید می‌کنند، جواز کشف وجه و کفین را می‌پذیرند، اما افرادی که به عدم وثاقت مفضل معتقد هستند، با استناد به روایت وی، نمی‌توانند به جواز کشف وجه و کفین رأی دهند. دیدگاه شیخ طوسی نیز چون با اختلاف نظر خود او همراه است، قابل نقد و بررسی دقیق نیست، اما از آنجا که رأی مشهور فقهای ادوار بعدی، جواز کشف صورت و دست‌ها تا میچ است، تفاوت نظرهای شیخ طوسی را می‌توان مربوط به دیدگاه ایشان در پوشش حدّاقلی و حدّاکثری دانست.

رأی «پوشش تمام بدن مگر سجده‌گاه» مختص به ابن حمزه است (ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۸۹). ایشان دلیلی برای نظر خود بیان نمی‌کند و مرحوم نائینی معتقد است وجهی برای این دیدگاه وجود ندارد (نائینی، ۱۴۱۱، ۳۸۴/۱). اما شاید دلیل ایشان روایت سماعه باشد که در آن روای می‌گوید: درباره زنی که با نقاب نماز می‌خواند، پرسیدم. ایشان فرمودند: اگر محل سجده‌اش باز باشد، اشکالی ندارد. البته اگر آن را نیز بپوشاند، بهتر است (طوسی، تهذیب، ۱۴۰۷، ۲/۲۳۰). با توجه به سایر روایات و وجود لفظ «افضل» در این روایت شاید بتوان استحباب پوشاندن صورت را در شرایط خاص مانند احتمال نگاه حرام به وی استفاده نمود.

۴.۲. آرای فقهای قرن هفتم تا سیزدهم

محقق حلی در کتاب نکاح، نگاه به وجه و کفین نامحرم را در مرتبه اول مکروه و تکرار نگاه را غیرجایز (حرام) می‌داند (حلی، ۱۴۰۸، ۲/۲۱۳). اما در جای دیگر قایل به حرمت نگاه به طور مطلق شده است (حلی، ۱۴۱۸، ۴۳۴).

ایشان در کتاب صلات، صورت و دست‌ها تا میچ را از میزان پوشش زن خارج می‌کند. با اینکه در مورد استثنای پاها مردد است، اما به نظر می‌رسد جواز آن را می‌پسندد (حلی، ۱۴۰۸، ۱/۶۰-۵۹؛ حلی، ۱۴۱۸، ۱/۲۵). همچنین در کتاب المعتمر

این قول را تقویت کرده و دلایل خود را بیان می‌کند (حلی، ۱۴۰۷، ۱۰۲/۲-۱۰۱). با اینکه این مطالب در کتاب صلات ایشان آمده است، مستنداتش حاکی از آن است که میان پوشش خانم‌ها در حال نماز با غیر نماز تفاوتی قائل نیست؛ چرا که دلیل استثنای صورت را اجماع علمای اسلام و حدیث «جسد المرأة عورة» از پیامبر ﷺ ذکر می‌کند. دلیل بر عورت نبودن کفان را علاوه بر اجماع مذهب شیعه، عادت بر آشکارایشان در أخذ و عطا و تفسیر به زینت ظاهره شدن آن‌ها، در قول ابن عباس (بیهقی، ۱۴۲۴، ۲/۲۲۵) معرفی می‌کند. همچنین درباره پوشش روی پاها به سخن شیخ طوسی مبنی بر اینکه پوشاندن آن‌ها واجب نیست، اشاره می‌کند و می‌افزاید که بنابر مکتب شیعه، این دو عضو غالباً آشکار هستند. پس همانند کفین می‌باشند، بلکه ظاهر کردن آن‌ها بدتر از نمایان نمودن چهره نیست. ایشان مؤید سخن خود را روایت محمد بن مسلم، از امام باقر علیه السلام می‌داند (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۰۲/۲-۱۰۱).

رای ایشان در مورد عدم تکرار نگاه روشن می‌سازد که خصوصیتی در نگاه اول بوده (نگاه حرام با قصد لذت) که باعث حرمت نگاه‌های بعدی شده است. همچنین اطلاق حرمت نگاه با موارد استثنائی که در پوشش نمازگزار ذکر می‌کند، مقید می‌گردد.

علامه حلی دو حکم در مورد نگاه به نامحرم دارند؛ یکی حرمت نگاه به طور مطلق (الإرشاد، ۱۴۱۰، ۵/۲؛ تذکره، ۱۳۸۸، ۵۷۳) و دیگری کراهت نگاه در مرتبه اول، نه بیشتر (تحریر، ۱۴۲۰، ۴۱۹/۳؛ قواعد، ۱۴۱۳، ۶/۳).

ایشان در بحث نماز، بازگذاشتن صورت و دست‌ها تا میچ را جایز دانسته، به پوشیدگی سر بانوان اشاره می‌کند (تحریر، ۱۴۲۰، ۲۰۲/۱؛ نه‌ایه، ۱۴۱۹، ۳۶۶/۱). همچنین، اجماع را دلیل جواز کشف صورت و روایت زراره،^۲ آشکار بودن دست‌ها به طور معمول و نیاز به باز بودن آن‌ها در اخذ و عطا را دلایل باز بودن دست‌ها تا میچ

۱. «قلت: ما ترى للرجل أن يصلي في قميص واحد؟ قال: إذا كان كثيفاً فلا بأس والمرأة تصلي في الدرع والمقنعة إذا كان الدرع كثيفاً، يعني إذا كان ستيراً» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۳۸۷/۴).

۲ - «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ أَذْنَى مَا تُصَلِّي فِيهِ الْمَرْأَةُ قَالَ دَرْعٌ وَ مِلْحَفَةٌ تُشْتَرُهَا عَلَى رَأْسِهَا وَ تَجَلَّلُ بِهِ» (طوسی، ۱۳۹۰، ۱/۳۸۹-۳۸۸)

می‌داند (حلی، ۱۴۱۳، ۹۶-۹۹/۲؛ ۱۴۱۴، ۴۴۷/۲). حرام بودن پوشاندن دست‌ها تا مچ با دستکش و صورت با نقاب را در حال إحرام دلیل دیگری در جواز باز بودن آن‌ها می‌داند (حلی، ۱۴۱۲، ۲۷۴/۴-۲۷۱). اینکه در بحث نماز، نیاز به أخذ و عطا مطرح می‌شود، شاهی است بر اینکه علامه موافق تساوی ستر صلاتی و غیر صلاتی است. ایشان به نحوی عدم ستر پاها را نیز می‌پذیرد و مانند محقق حلی در باز بودن پاها شک و تردید ندارد، اما کلام ایشان درباره میزان آن مختلف است (حلی، ۱۳۸۸، ۴۴۷؛ ۱۴۱۹، ۳۶۶/۱؛ ۱۴۱۳، ۹۸/۲؛ ۱۴۱۲، ۲۷۳/۴؛ ۱۴۲۰، ۲۰۲/۱). بنابراین مقصود علامه از مطلق حرمت نگاه، وجوب پوشش سراسری نیست، بلکه وجه و کفین و به نحوی قدمین از آن استثنا شده است.

شهید اول در وجوب ستر عورت در غیر نماز و طواف می‌گوید: بنابر اجماع، پوشش در غیر نماز و طواف واجب است. ایشان در تحدید عورت، تمام بدن و سر زن آزاد به جز صورت و ظاهر کفین و قدمین او را عورت می‌داند (شهید اول، ۱۴۱۹، ۶-۷/۳).

فاضل مقداد در توضیح آیه ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ (نور/۳۱) که مطمئناً درباره پوشش در غیر نماز است، می‌نگارد: این آیه در تحریم آشکار ساختن زینت است و مراد خود زینت است. نگاه به آن فقط به این دلیل حرام است که اگر نگاه به این زینت، مباح [جایز و حلال] باشد، وسیله‌ای برای نگاه به مواضع زینت می‌شود. اما نگاه به زینت‌های آشکار حرام نیست، زیرا مستلزم عسر و حرج است. مقصود از زینت آشکار فقط لباس‌هاست؛ چرا که فقها اتفاق نظر دارند بر اینکه تمام بدن زن در حکم عورت است مگر برای زوج و محارم او (فاضل مقداد، ۱۴۲۵، ۲۲۲/۲). به نظر می‌رسد منظور وی از ثیاب، لباس‌های رو باشد زیرا ذیل آیه ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ... أَنْ يَصْغُنَ ثِيَابَهُنَّ﴾ (نور/۶۰) مراد از ثیاب را لباس‌هایی عنوان می‌کند که روی خمار و روسری قرار می‌گیرند، مثل چادر، ملحفه و دیگر لباس‌ها (فاضل مقداد، ۱۴۲۵، ۲۲۶/۲). بنابراین، فاضل مقداد، لباس را تنها زینت آشکاری که زن جایز است آن را نمایان کند، معرفی می‌نماید و هیچ سخنی از استثنای اعضا نمی‌آورد. اما در جای دیگر نگاه به چهره را یکبار بدون تکرار جایز می‌داند (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۲۱/۳).

البته سیوری بعد از بیان بقیه اقوال در مورد زینت آشکار، که مراد از آن را صورت و دو کف دست یا مراد سرمه و خضاب (رنگ کردن بدن با حنا و غیر آن) یا انگشتر می‌دانند، می‌گوید: استدلال به اینکه مسامحه در این امور به دلیل نیاز به نمایان ساختن آن‌هاست، ضعیف است؛ چون اگر این موارد در صورت ضرورت دیده شوند و از پوشاندن آن‌ها حرج و سختی لازم آید، خود این حرج، دلیل جواز می‌باشد نه آیه و الا اگر حرج و ضرورت نباشد، دلیلی بر جواز آشکار ساختن موارد بالا وجود ندارد (فاضل مقداد، ۱۴۲۵، ۲/۲۲۲).

ابن فهد حلی عورت زن در نماز و در مقابل نامحرم را تمام بدنشان به جز صورت، کف دست‌ها و پاها معرفی می‌کند (ابن فهد، ۱۴۰۹، ۱۵۱). اما در المذهب ظاهراً تنها جواز نگاه به وجه و کفین را پذیرفته است (ابن فهد، ۱۴۰۷، ۳/۲۰۵).

محقق کرکی در کتاب نکاح، فقط نگاه به چهره را جایز می‌داند (کرکی، ۱۴۱۴، ۱۲/۳۵)، اما در کتاب صلات، جواز نمایان شدن صورت و کف دست‌ها در مقابل نامحرم را بیان می‌کند؛ چرا که تنها دلیلی که برای خارج نمودن این دو عضو بیان می‌کند و شامل غیر نماز هم می‌شود، تفسیر آیه «الَا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» به صورت و کف دست‌هاست، ولی روایت محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۴/۳۸۷) که استثنای صورت و دست‌ها و پاها از آن استنباط می‌شود، صریح در حالت نماز است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۲/۹۷-۹۲). با وجود این تفاوت، چون ایشان به‌طور صریح، تساوی پوشش صلاتی و غیر صلاتی را مطرح، می‌توان استثنای قدمین در مقابل نامحرم را برداشت نمود. نهایت اینکه کرکی، میان پوشش و نگاه تفاوت قائل است.

شهید ثانی به‌طور قطع صورت، دست‌ها و پاها تا میج را از میزان پوشش زن نمازگزار استثنا می‌نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱/۱۶۶؛ شهید ثانی، ۱۴۲۰، ۲/۵۸۲-۵۸۱)؛ لذا می‌توان سخن ایشان در رسائل که فقط روی پا را جزو مستثنیات می‌آورد (شهید ثانی، ۱۴۲۱، ۲/۷۳۵) تأثیر کلام شیخ طوسی در المبسوط یا محقق در الشرائع یا رأی گذشته ایشان دانست. ایشان در کتاب نکاح، جواز نگاه به وجه و کفین را مورد اتفاق می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۷/۴۶). شهید ثانی در زمره فقهای قائل به

تساوی پوشش صلاتی و در مقابل نامحرم است، لذا شاید بتوان دلیل عدم استثنا قدمین در مقابل نامحرم را احتیاط ایشان به دلیل اختلاف نظر فقها در مورد پاها دانست.

محقق بحرانی که قائل به تساوی دو مقام است (بحرانی، ۱۴۰۵، ۶/۷) تنها استثنای صورت را می‌پذیرد. ایشان عدم استثنای دست‌ها و پاها تا میج را ظاهر می‌داند. وی استفاده فقها از صحیحۀ محمد بن مسلم (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۳۸۷/۴) را مبنی بر اینکه پیراهن غالباً کفین و قدمین را نمی‌پوشاند، نادرست می‌خواند و می‌گوید: باید پیراهن زنان زمان صدور حدیث مدّ نظر قرار گیرد. لباس بانوان آن دوران به‌طور کامل بزرگ بوده و از نظر طولی هم روی زمین کشیده می‌شده است. به احتمال زیاد این سنت از قدیم تاکنون نیز میان زنان جاری است. مؤید این کلام را موثقة سماعه از امام صادق علیه السلام می‌داند؛ زیرا در این حدیث تصریح می‌شود که پیراهن زنان روی زمین کشیده می‌شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۴۵۸/۶). ایشان درباره روایات دیگر در این خصوص می‌گوید: این احادیث نیز به وجوب ستر دست‌ها و پاها ضرری نمی‌رساند؛ زیرا در روایت زرارۀ (طوسی، ۱۳۹۰، ۱/۳۸۹-۳۸۸) از ملحفه صحبت می‌شود و آن لباسی گشاد و بلند است که تمام بدن را فرا می‌گیرد و بر روی لباس‌ها پوشیده می‌شود. پس وقتی در روایت تجلّل با ملحفه مطرح می‌شود؛ یعنی کفین و قدمین نیز پوشیده می‌شود. اضافه بر اینکه با درع نیز ستر طولی و عرضی حاصل می‌شود (۱۴۰۵، ۱۱/۷-۸).

کاشف الغطا موافق تساوی پوشش زن در نماز و غیر آن است، اما باز مقدار سائر عورت را به دو قسم عورت نظر و عورت نماز تقسیم می‌نماید. در هر دو، رأی به وجوب پوشاندن اندام و مو و گوش‌ها و نزع‌تان برخلاف چهره و صدغین و سفیدی جلوی گوش‌ها و کف دست‌ها تا میج و اطراف انگشتان می‌دهد. ایشان همچنین الحاق روی پاها به این مستثنیات را قول قوی می‌داند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۱۳/۳-۹). بنابراین، نظر مشهور فقها در این دوره عبارت است از: «وجوب پوشش تمام بدن در مقابل نامحرم به استثنای وجه و کفین» و آرای نادر این دوره عبارت است از: «پوشش تمام بدن بدون استثنا» و «پوشاندن تمام بدن زن به‌جز صورت». لازم

به ذکر است، اکثر فقهای این دوره معتقد به واجب نبودن پوشش پا هستند، اما چون در میزان آن اختلاف نظر زیادی وجود دارد، به گونه‌ای که نه می‌توان آن را در رأی مشهور و نه در زمره آرای نادر برشمرد، از پرداختن به آن صرف نظر می‌شود.

۴.۲.۱. تحلیل آرای نادر این دوره

فاضل مقداد با اعتقاد به اینکه تمام بدن زن بدون استثنا عورت است و تنها جامه‌های روئین او می‌تواند دیده شود (فاضل مقداد، ۱۴۲۵، ۲/۲۲۶)، اولین دیدگاه نادر این دوره را رقم می‌زند. اما از آنجا که ایشان ضرورت و عسر و حرج را دلایل معتبر و مستقلی بر عدم پوشش صورت و دست‌ها تا مچ می‌داند (فاضل مقداد، ۱۴۲۵، ۲/۲۲۶) و پوشاندن این دو عضو از سوی زنان با سختی همراه است، پس می‌توان ایشان را موافق قول مشهور فقها دانست.

بحرانی با مستند قرار دادن روایت سماعه تنها چهره را از میزان پوشش استثنا می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۸/۷) و دیگر رأی نادر این دوره یعنی «پوشاندن تمام بدن زن به جز صورت» را بیان می‌کند. نظریه بحرانی، رأی مشهور دوره قبل است، لذا برخی از فقها به موافقان آن دیدگاه پاسخ داده‌اند، مثلاً شهید اول علت کلام شیخ طوسی در الاقتصاد و عبارت ابوالصلاح را در ممنوعیت باز بودن دست‌ها و پاها، عمومیت گفتار پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در حدیث «المرأة عورة» (ترمذی، ۱۴۰۳، ۲/۳۱۹؛ هیشمی، ۱۴۰۸، ۲/۳۵) می‌داند و در جواب می‌گوید این مقدار با دلیل از تحت عمومیت روایت خارج شده است. [مقصود ایشان از دلیل، گفتار ابن عباس در تفسیر زینت آشکار به وجه و کفین است (بیهقی، ۱۴۲۴، ۲/۲۲۵)]. همچنین در عدم پوشش پا به فرمایش امام باقر علیه السلام (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۴/۳۸۷) در کفایت پیراهن و مقنعه برای زنان استناد می‌کند و می‌گوید: پیراهن و مقنعه غالباً پاها را نمی‌پوشاند (شهید اول، ۱۴۱۹، ۸/۳).

محقق کرکی نیز با استناد به تفسیر آیه «الْمَا ظَهَرَ مِنْهَا» به صورت و کف دست‌ها و همچنین قول مشهور بین فقهای امامیه در استثنای پاها، به دلیل آشکاری این دو عضو و به دلیل روایت محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۴/۳۸۷) در

اکتفای آن حضرت به درع و مقنعه و اینکه پیراهن نیز در بیشتر موارد پاها را نمی پوشاند، نتیجه می گیرد که آنچه از ظاهر کلام شیخ طوسی و ابوالصلاح در ممنوعیت باز بودن کف دست ها و پاها برمی آید صحیح نیست و بدون شک مذهب درست را در استثناء صورت و دست ها و پاها می داند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۹۷/۲-۹۶). مستند فقها، روایات هستند و در روایات (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۸۷/۴؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۲۵۷/۱) نیز لباس هایی مانند درع و خمار برای پوشش بانوان بیان شده است. این جامه ها نیز با اختلاف معنایی روبه رو هستند؛^۱ هم پوشش تمام بدن به جز صورت تا حداکثر استثنای کفین و قدمین را شامل می شوند؛ بنابراین، فقها در قول به «وجوب پوشش بدن زن به استثنای صورت» بیشترین میزان پوشاندگی را در نظر گرفته اند و در قول «وجوب پوشش بدن به جز وجه و کفین و قدمین» کمترین میزان پوشاندن این لباس ها را پذیرفته اند.

۴.۳. آرای فقهای قرن چهاردهم تا پانزدهم

محقق یزدی پوشش را دو قسم می داند؛ اول ستر ما یلزم فی نفسه [همان پوشش در مقابل نامحرم] و دوم ستر مخصوص حالت نماز. یزدی در خصوص پوشش در مقابل نامحرم وجوب پوشش تمام بدن به جز صورت و دست ها را بیان می کند و ستر خاص و کیفیت ویژه ای در آن شرط نمی داند، بلکه مناط را مجرد ستر عنوان می کند. ایشان در مورد پوشش در نماز معتقد است که، ستر در نماز به صورت مطلق واجب است خواه نامحرمی باشد یا نباشد و در آن کیفیت خاص و ستر مخصوص شرط است که نسبت به زن و مرد نیز متفاوت می شود. بر زن واجب است در نماز

۱. (خ م ر) به معنای پوشیدن شیئ است، از این رو به شراب خمر گفته می شود چرا که عقل را می پوشاند (طریحی، ۱۴۱۶/۳۷۲). البته کلمه خمار که جمع آن (خُمَر) است، در معنای جامه ای که زن با آن سر خود را می پوشاند، متعارف شده است (راغب، ۱۴۱۲، ۲۹۸؛ عاملی، ۱۴۱۳، ۸۱؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ۳۶۶/۶). برخی آن را وسیله ای برای پوشاندن سر و سینه زنان معرفی می کنند (فراهیدی، ۱۴۱۰، ۱۴۶/۲). همچنین خمار را پارچه ای که زن با آن صورت خود را می پوشاند و از چشم ها پوشیده می شود نیز به کار رفته است (عبد المنعم، بی تا، ۵۴/۲).
دزع در عبارات فقها به هر لباسی که دست داخل آن رود اطلاق شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ۵۹۷/۳). اهل لغت دَزَعُ المرأة را به قمیص یعنی پیراهن او معنا نموده اند (جوهری، ۱۴۱۰، ۲۰۶/۳؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ۲۶۸/۲؛ ابن اثیر، بی تا، ۱۱۳/۲). به نقل از کتاب التهذیب، درع لباسی است که زن وسط آن را به صورت گریبانی باز می کند و دو [آستین] برای آن قرار می دهد و درز دو طرف را می دوزد (عبد المنعم، بی تا، ۷۹/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۸۱/۸).

تمام بدنش حتی سر و گردن و مویش را بپوشاند. همچنین زیر چانه حتی مقداری از آن که با وجود روسری دیده می‌شود بنابر احوط باید پوشیده شود. از این مقدار، صورت همان اندازه که در وضو شسته می‌شود و پشت و روی دست‌ها تا مچ و پاها تا [مفصل] ساق استثنا می‌باشد. همچنین لازم است مقدار بیشتری از باب مقدمه پوشیده شود. اگر در حال نماز نامحرمی با ریه به صورت یا کف دست‌ها یا پاها زدن نگاه کند، بر خانم واجب است آن‌ها را بپوشاند اما نه از جهت نماز [بلکه به دلیل وجود نامحرم]؛ چرا که اگر نمازش را به همان صورت و بدون پوشاندن آن قسمت‌ها تمام کند، نمازش باطل نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ۵۵۱/۱، ۵۴۹).

بیشتر فقهای این دوره، این تقسیم محقق یزدی را می‌پذیرند؛ یعنی پوشش زنان در حال نماز تمام بدن به جز چهره، دست‌ها و پاها تا مچ است، اما در مقابل نامحرم، تنها به دو استثنای اول بسنده کرده و قدمین را جزو محدوده واجب الستر می‌دانند. همچنین در ستر فی نفسه، به صورت مطلق حکم به احوط بودن ستر وجه و کفین از غیر محارم می‌دهند (حکیم، ۱۴۱۶، ۲۵۸/۵-۲۳۹؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷، ۵۳۸/۱۲-۴۵۶؛ سبزواری، ۱۴۱۶، ۲۴۷/۵-۲۲۸؛ اراکی، ۱۴۲۱، ۱۷۸-۱۷۷؛ ۱۴۱۹، ۲۴).
مرعشی نجفی در قسمت ستر فی نفسه احوط بلکه اقوی را در پوشاندن وجه و کفین اظهار می‌کند (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ۱۴۴/۱-۱۴۳).

با عنایت به سخن فقها در این قسمت، روشن شد که فقهای این دوره تحت تأثیر محقق یزدی، پوشش واجب در مقابل نامحرم را تمام بدن به استثنای وجه و کفین می‌دانند و در نماز پوشش پاها تا مچ را نیز لازم نمی‌دانند. بیشتر فقهای این دوره به ستر گردن، موی سر و زیر چانه و همچنین ستر افزون‌تر از حد واجب، از باب مقدمه نیز اشاره نموده‌اند. لذا در این دوره رأی نادری از سوی فقها مطرح نشده است.

نتیجه‌گیری

۱. اکثر فقهای اولیه تا قرن چهاردهم اظهار نظری در مورد تفاوت یا عدم تفاوت ستر صلاتی با غیر صلاتی نداشته‌اند.

۲. فقها در قرن چهاردهم و پانزدهم، با تفکیک ستر صلاتی از غیر صلاتی، میان

دو مقام تفاوت قائل شده‌اند.

۳. فقهای که به عدم برابری دو مقام اشاره دارند (:محقق کرکی و فقیهان قرن چهاردهم و پانزدهم) غالباً پوشش در مقابل نامحرم را بیشتر از ستر صلاتی می‌دانند. همچنین فقهی مثل صاحب‌حدائق، که قائل به تساوی دو مقام است، تنها به استثنای چهره از محدوده پوشش فتوا می‌دهد.

۴. فقها از زمان شیخ مفید تا ابن‌ادریس حلی، وجوب پوشش تمام بدن زن یا حداکثر استثنای چهره را از میزان واجب‌الستر بانوان پذیرفته‌اند. این نظر، نزدیک به یک قرن و نیم رأی مشهور بین فقها بوده است. حال با توجه به اینکه فقهای پیش از ابوالصلاح مانند شیخ مفید و سید مرتضی اظهار نظر زیادی درباره پوشش نداشته‌اند، می‌توان نتیجه گرفت که آنان نیز حداکثر صورت را جزو محدوده حجاب بانوان نمی‌دانستند و ابوالصلاح و فقهای بعد از ایشان یعنی شیخ طوسی، ابن‌براج، راوندی، ابن‌زهره، ابن‌ادریس و ...، که نظریه «پوشش تمام بدن» را مطرح کردند، از ادله، استنباطی مانند فقهای گذشته داشته‌اند. بنابراین، رأی مشهور قدمای فقهای شیعه، از شیخ مفید (۴۱۳ق) تا محقق (۶۷۶ق) «پوشاندن تمام بدن زنان بدون استثناء» بوده است. اما فقهای ادوار بعد کم‌کم این دیدگاه را کنار گذاشته و دست‌ها تا میج و به طریقی پاها تا میج را نیز به استثنای چهره افزوده‌اند.

تحلیل آرای نادر فقهی
شیعه درباره حجاب زن
مسلمین

منابع

• قرآن کریم

۱. ابن‌ابی‌عقیل، حسن بن علی. (بی‌تا). مجموعه فتاوی‌ایسن‌ابی‌عقیل. جامع عبد‌الکریم بروجردی. تحقیق: علی‌پناه‌اشتهاردی. قم: بی‌تا.
۲. ابن‌اثیر جزری، مبارک بن محمد. (بی‌تا). النهاية في غريب الحديث و الأثر. قم: اسماعیلیان، بی‌تا.
۳. ابن‌ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰). السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن‌بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۵. ابن براج، عبد العزيز بن تحرير. (۱۴۰۶). المذهب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد. (۱۴۱۶). مجموعة فتاوی ابن جنید. جامع و محقق علی پناه اشتهاردی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷. ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸). الوسيلة إلى نيل الفضيلة. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۸. ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷). غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق.
۹. ابن غضائری، احمد بن ابی عبد الله. (بی تا). رجال ابن الغضائري - كتاب الضعفاء. قم: بی نا.
۱۰. ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴). معجم مقائیس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۱. ابن فهد حلّی، احمد بن محمد. (۱۴۰۹). الرسائل العشر. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۱۲. _____ (۱۴۰۷). المذهب البارع في شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
۱۴. ابو الصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین. (۱۴۰۳). الکافي في الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امیرالمؤمنین.
۱۵. اراکی، محمد علی. (۱۴۲۱). کتاب الصلاة، قم، دفتر جناب مؤلف.
۱۶. _____ (۱۴۱۹). کتاب النکاح. قم: نور نگار.
۱۷. اشتهاردی، علی پناه. (۱۴۱۷). مدارك العروة. تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
۱۸. بحرانی، محمد سند. (۱۴۲۹). سند العروة الوثقی - کتاب النکاح، محقق قیصر تمیمی و علی محمود عبادی. قم: مکتبه فدک.
۱۹. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۰. برقی، احمد بن محمد. (۱۳۸۳). رجال البرقي. تهران: انتشارات انشگاه تهران.
۲۱. بیهقی، أبوبکر. (۱۴۲۴). السنن الكبرى. محقق: محمد عبد القادر عطا، بیروت: دار

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

الكتب العلمية.

۲۲. ترمذی، محمد بن عیسی. (۱۴۰۳). سنن الترمذی. تحقیق و تصحیح: عبدالوهاب عبداللطیف. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

۲۳. تفرشی، سید مصطفی. (۱۴۱۸). نقد الرجال. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

۲۴. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم للملایین.

۲۵. حائری یزدی، عبد الکریم. (۱۴۰۴). کتاب الصلاة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۲۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

۲۷. حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.

۲۸. خمینی، سید روح الله، بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران. (بی تا). تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

۲۹. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۲). معجم رجال الحديث. قم: مرکز النشر الثقافة الاسلامیة فی العالم.

۳۰. ———. (۱۴۱۸). موسوعة الإمام الخوئي، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي علیه السلام.

۳۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). مفردات ألفاظ القرآن. محقق صفوان عدنان داودی. سوریه: دار العلم - الدار الشامیة.

۳۲. ربانی، محمد حسن. (۱۳۸۶). فقه و فقهای امامیه در گذر زمان، تهران: شرکت چاپ و نشر بین الملل.

۳۳. زبیدی، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

۳۴. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۴). کلیات فی علم الرجال. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.

۳۵. سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳). مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. قم: مؤسسه المنار.

۳۶. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.

۳۷. شریف مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۵). الانتصار فی انفرادات الإمامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.

۳۸. ———. (۱۴۱۷). المسائل الناصريات. تهران: رابطة الثقافة و العلاقات الإسلامیة.

۳۹. _____ . (۱۳۸۷) . جمل العلم و العمل . نجف اشرف: مطبعة الآداب .
۴۰. _____ . (۱۴۰۵) . رسائل الشريف المرتضى . قم: دار القرآن الكريم .
۴۱. شوشتری، محمدتقی . (۱۴۱۰) . قاموس الرجال . قم: مؤسسه نشر اسلامی .
۴۲. شهید اول، محمد بن مکی . (۱۴۰۸) . الألفية في فقه الصلاة اليومية . قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم .
۴۳. _____ . (۱۴۱۷) . الدروس الشرعية في فقه الإمامية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم .
۴۴. _____ . (۱۴۱۹) . ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة . قم: مؤسسه آل البيت (ع) .
۴۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی . (۱۴۲۱) . رسائل الشهيد الثاني (ط - الحديثه) . قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم .
۴۶. _____ . (۱۴۲۰) . روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان (ط - الحديثه) . قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم .
۴۷. _____ . (۱۴۱۳) . مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام . قم: مؤسسه المعارف الإسلامية .
۴۸. شهید صدر، سید محمد (۱۴۲۰) . ماوراء الفقه . بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع .
۴۹. شیخ مفید، محمد بن محمد . (۱۴۱۳) . أحكام النساء . قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید .
۵۰. _____ . (۱۴۱۳) . الارشاد فی معرفة حجج الله علی العباد . قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید .
۵۱. _____ . (۱۴۱۳) . المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید .
۵۲. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد . (۱۴۱۴) . المحيط في اللغة . بیروت: عالم الكتاب .
۵۳. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم . (۱۴۰۹) . العروة الوثقی . بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات .
۵۴. طریحی، فخر الدین . (۱۴۱۶) . مجمع البحرين . تهران: کتابفروشی مرتضوی .
۵۵. طوسی، محمد بن حسن . (۱۳۹۰) . الاستبصار فيما اختلف من الأخبار . تهران: دار الكتب الإسلامية .
۵۶. _____ . (۱۳۷۵) . الاقتصاد الهادي إلى طريق الرشاد . تهران: انتشارات کتابخانه جامع چهل ستون .
۵۷. _____ . (بی تا) . التبيان في تفسير القرآن . تحقیق احمد قصیر عاملی . بیروت:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

داراحياء التراثالعربي، بى تا.

۵۸. _____ . (۱۴۰۷). تهذيب الأحكام. تهران: دار الكتب الإسلامية.

۵۹. _____ . (۱۳۸۷). الجمل و العقود في العبادات. مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی مشهد.

۶۰. _____ . (۱۴۰۷). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.

۶۱. _____ . (۱۴۲۷). رجال الشيخ الطوسي. مصحح جواد قیومی اصفهانی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.

۶۲. _____ . (بى تا). الفهرست. نجف: المكتبة الرضوية.

۶۳. _____ . (۱۳۸۷). المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

۶۴. _____ . (۱۴۰۰). النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بيروت: دار الكتاب العربي.

۶۵. عاملی، یاسین عیسی. (۱۴۱۳). الاصطلاحات الفقهية في الرسائل العملية. بيروت: دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزيع.

۶۶. عبد المنعم، محمود عبد الرحمان. (بى تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية. بى جا: بى نا.

۶۷. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.

۶۸. _____ . (۱۴۱۱). تبصرة المتعلمين في أحكام الدين. تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۶۹. _____ . (۱۴۲۰). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة). قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.

۷۰. _____ . (۱۳۸۸). تذكرة الفقهاء (ط - القديمة). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

۷۱. _____ . (۱۳۸۱). رجال العلامة - خلاصة الأقوال. نجف: منشورات المطبعة الحيدرية.

۷۲. _____ . (۱۴۱۳). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.

۷۳. _____ . (۱۴۱۳). مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.

۷۴. _____ . (۱۴۱۲). منتهى المطلب في تحقيق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.

تحليل آرای نادر فقهی
شیعه درباره حجاب زن
مسلمین

۷۵. ———. (۱۴۱۹). نهاية الأحكام في معرفة الأحكام. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۷۶. فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله. (۱۴۰۴). التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی.
۷۷. ———. (۱۴۲۵). كنز العرفان في فقه القرآن. قم: انتشارات مرتضوی.
۷۸. فراهیدی، خليل بن احمد. (۱۴۱۰). كتاب العين. قم: نشر هجرت.
۷۹. قرشي، سيد علي اكبر. (۱۴۱۲). قاموس قرآن. تهران: دار الكتب الإسلامية.
۸۰. قطب الدين راوندی، سعيد بن هبة الله. (۱۴۰۵). فقه القرآن في شرح آيات الأحكام. قم: كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی.
۸۱. كاشف الغطاء، جعفر بن خضر. (۱۴۲۲). كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم.
۸۲. كاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲). أنوار الفقاهة - كتاب الصلاة. نجف اشرف: مؤسسه كاشف الغطاء.
۸۳. كشى، محمد بن عمر. (۱۴۹۰). رجال كشى. محقق حسن مصطفوی. مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی.
۸۴. كليني، محمد بن يعقوب. (۱۴۰۷). الكافي، محقق علي اكبر غفاري، تهران: دار الكتب الإسلامية.
۸۵. مامقاني، عبد الله. (بی تا). تنقيح المقال. تهران: نشر جهان.
۸۶. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸). المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مؤسسة المطبوعات الدينية.
۸۷. ———. (۱۴۰۷). المعبر في شرح المختصر. قم: مؤسسه سيد الشهداء عليه السلام.
۸۸. ———. (۱۴۰۸). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعيليان.
۸۹. محقق كركی، علی بن حسین. (۱۴۱۴). جامع المقاصد في شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۹۰. مرعشي نجفی، سيد شهاب الدين. (۱۴۰۶). منهاج المؤمنين. تنظيم سيد عادل علوی. قم: كتابخانه عمومي آيت الله العظمي مرعشي نجفی.
۹۱. مشكيني، ميرزا علي. (۱۴۱۳). اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها. قم، دفتر نشر الهادي.
۹۲. مقدس اردبيلي، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۹۳. مكارم شيرازي، ناصر. (۱۴۲۵). أنوار الفقاهة - كتاب النكاح. قم: انتشارات مدرسة الإمام

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۰۰

- علي بن أبي طالب عليه السلام.
۹۴. نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۴۱۱). کتاب الصلاة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹۵. نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۰۷). رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشيعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۶). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۹۷. هیشمی، علی بن ابی بکر. (۱۴۰۸). مجمع الزوائد. بیروت: دار الکتب العلمیه.

تأثیرات متقابل وضعیت خاص دوقلوهای سیامی در مجازات قصاص^۱

مهديه غني زاده^۲

محمد رضا كيخا^۳

علي تولايي^۴

تأثیرات متقابل وضعیت
خاص دوقلوهای سیامی
در مجازات قصاص

چکیده

۱۰۳

دوقلوهای به هم چسبیده نمونه‌ای از مکلفان غیر عادی به‌شمار می‌روند که در بسیاری موارد احکام آنان متمایز از سایر افراد عادی جامعه می‌باشد. یکی از این موارد احکام جزایی این دسته از مکلفان است. این پژوهش به شیوه توصیفی - تحلیلی به بررسی احکام مربوط به قتل عمد در ارتباط با آنان می‌پردازد. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که مؤثرترین مؤلفه در تعیین احکام مربوط به دوقلوهای به هم چسبیده، تعدد یا وحدت این افراد از حیث شخصیت است. در ارتباط با قتل عمد، دوقلوی واحد در حکم افراد عادی است،

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۳۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان. (متخذ از رساله دکتری). رایانامه: mahdiye_ghanizade@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان. (نویسنده مسئول)، رایانامه: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

۴. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یزد. رایانامه: tavallaei@yazd.ac.ir

در حالی که احکام مربوط به دوقلوی متعدد در بسیار مواقع متمایز از افراد عادی می باشد؛ نسبت به این قسم از دوقلو چنانچه یکی از قل ها مرتکب قتل گردد، با توجه به مرگ قل دیگر به واسطه قصاص او، قصاص متعذر می گردد، مگر در حالتی که جداسازی ممکن باشد و در صورتی که شخصی عمداً دو قلوها را به قتل رساند، تعدد جرم، تعدد مجازات را می طلبد. اما در صورتی که یکی از دو قل، عمداً کشته شود و دیگری به تبع او فوت نماید، در ارتباط با قل اول، قاتل قصاص می گردد و در مورد قل دوم منوط به تعیین عمدی یا غیر عمدی بودن قتل، حکم صادر می گردد.

کلید واژه ها: دو قلوهای به هم چسبیده (سیامی)، قتل عمد، قصاص، تعدد، وحدت.

۱. مقدمه

قتل از شنيع ترين اعمالی است که در تمامی ادیان آسمانی، حرمت آن مقرر بوده و همواره سنگین ترین مجازات برای آن در نظر گرفته شده است. شرع مقدس اسلام با احترام به حق حیات برای هر انسانی، مقرر داشته چنانچه کسی به عمد حق حیات را از دیگری سلب نماید، ولی مقتول در قصاص قاتل، محق است. در ارتباط با افراد عادی جامعه، احکام مربوط به این جرم و مجازات آن به وضوح در متون فقهی و حقوقی بیان گردیده است. حال با توجه به این امر، این سؤال پیش می آید که اگر قاتل یا مقتول از شرایط جسمی خاص برخوردار باشد، وضعیت چگونه خواهد بود؟ نمونه بارز این افراد، دو قلوهای به هم چسبیده می باشند که با توجه به حضور آنان در سطح جامعه، احکام مربوط به آنان همچنان مسکوت مانده است؛ از این جهت، پژوهش حاضر تلاشی است برای پاسخ به این سؤال مهم که در فرض ارتکاب جرم قتل له یا علیه دوقلوی به هم چسبیده، آیا احکام افراد عادی جامعه بر آنها بار خواهد شد یا به نحو متفاوتی در مورد آنان حکم می گردد؟

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۱۰۴

۲- مفهوم دو قلوهای به هم چسبیده (سیامی) و صور آن

دو قلوی به هم چسبیده^۱ حاصل بارور شدن تخمکی واحد است؛ از این جهت، به

1. Conjoined twins

آنها دو قلوهای همسان یا تک تخمکی نیز اطلاق می گردد. سلول تخم تشکیل دهنده جنین، پس از گذشت دو هفته از لقاح، شروع به تقسیم به دو جنین مجزا می کند. اگر این روند پیش از تکامل متوقف شود، سلول تخمی که هنوز به طور کامل تقسیم نشده، به رشد خود ادامه می دهد و در نتیجه دو قلو ی به هم چسبیده حاصل می گردد. از نظر طبی نشئت از یک سلول تخم، به جنسیت واحد دو قلوهای به هم چسبیده منجر می گردد و اختلاف جنسیت را در آنها منتفی می سازد. از این نوع دو قلو همچنین با عنوان «دو قلوهای سیامی»^۱ یاد می شود؛ دلیل این نامگذاری، شهرت چانگ و انگ بانکر دو قلوهای به هم چسبیده اهل سیام (تایلند سابق) می باشد (Kaufman, 2004, P. 508, Layde & Erickson & Falek & McCarthy, 1980, P. 69).

مهم ترین انواعی که برای آنان در علم پزشکی مطرح گردیده را به طور خلاصه می توان در سه دسته خلاصه نمود:

دسته اول: دو قلوهای به هم چسبیده ای که قسمت تحتانی آنها واحد و قسمت فوقانی دوتایی می باشد.^۲

دسته دوم: دو قلوهایی که در قسمت فوقانی واحد و در قسمت تحتانی دوتایی اند.^۳

دسته سوم: دو قلوهایی که در قسمت میانی به هم چسبیده و قسمت فوقانی و تحتانی بدن آنها دوتایی است^۴ (Guttmacher & Nichols, 1967, p.7).

۳- تعدد یا وحدت دو قلوهای به هم چسبیده

یکی از عوامل تأثیرگذار در تعیین احکام مربوط به دو قلوهای به هم چسبیده، مسئله تعدد یا وحدت آنان از حیث شخصیت می باشد. دو قلوهای به هم چسبیده، گاه دو شخصیت مستقل می باشند که در برخی نواحی بدن به هم متصل گردیده و گاه شخصیتی واحد به شمار می آید که در برخی اعضای بدن زوائدی وجود دارد.

-
1. Siames twins
 2. TERATACATADIDYMUS
 3. TERATAANADIDYMA
 4. TERATAANACATADIDYMA

در معیار و ضابطه تشخیص این امر، بحث بسیار است. در منابع روایی ما مسئله دو قلوی به هم چسبیده با عنوان، «له رأسان و بدنان علی حقو واحد» در باب ارث مطرح گردیده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۶/۲۹۶-۲۹۵؛ مجلسی، ۱۴۱۰، ۱۰۱/۳۵۵-۳۵۴) به نظر می‌رسد در فقه امامیه تنها به یک قسم از دو قلوی به هم چسبیده اشاره شده؛ یعنی دسته اول آن‌ها، گروهی که بالا تنه دوتایی (له رأسان أو بدنان) و پایین تنه واحد (علی حقو واحد) می‌باشد.^۱ به تبع این امر، اظهار نظر فقهی درباره تعدد یا وحدت شخصیت این افراد، به همین قسم منحصر گردیده است.

فقه‌ها به استناد روایات باب ارث، ضابطه تشخیص وحدت یا تعدد را نحوه بیدار شدن دو قلوها در نظر گرفته‌اند؛ به این نحو که اگر به‌طور همزمان بیدار شوند، یک فرد و چنانچه یکی زودتر از دیگری بیدار شود، دو شخص محسوب می‌گردند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۶/۲۹۶-۲۹۵؛ مجلسی، ۱۴۱۰، ۱۰۱/۳۵۵-۳۵۴).

ضابطه یادشده، ملاک حکم را مرکز عصبی قرار داده است؛ بدین نحو که اگر هدایت واحدی دو بدن و سر را جهت دهد، یک شخص محسوب می‌شود، اما هنگامی که هر بخش، با سیستم عصبی مستقل از دیگری اداره شود، دو شخص به‌شمار می‌روند. بهترین راه تشخیص وحدت یا تعدد سیستم عصبی، خواب و بیداری است؛ چنانچه دو بدن با یک سیستم عصبی اداره شود، امکان ندارد یکی از دو سر بیدار باشد و دیگری در خواب. پس چنین امری دلالت می‌کند که دو مغز مختلف، دو فرمان متفاوت را صادر می‌کند؛ در نتیجه، دو اثر متضاد را به دنبال دارد (فلسفی، بی‌تا، ۹۴/۱). از سوی دیگر، مبنای تعدد یا وحدت شخصیت در اصل، وحدت یا تعدد روح می‌باشد. چنانچه دو قلوی به هم چسبیده دارای یک روح باشد، بازگشت روح واحد به بدن هنگام بیدار شدن جز با سرایت آن به تمام اجزا امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ بنابراین، در جایی که به‌طور همزمان بیدار شوند، این امر نشانگر وحدت روح و به تبع، وحدت شخصیت می‌باشد و اگر یکی زودتر از دیگری بیدار شود، دال بر حکومت دو روح بر بدن و تعدد شخصیت می‌باشد (مراغی، ۱۴۱۷، ۵۸/۱).

۱. مراد از حقو، محل بستن کمربند می‌باشد و در اینجا مجاز از پایین تنه است (فیومی، بی‌تا، ۱۴۵/۲).

در نتیجه می‌توان گفت این علامت (: خواب و بیداری) خود نشانه‌ای بر اماره‌ای مهم‌تر است. مانند: تعدد یا وحدت مغز یا تعدد یا وحدت روح و هر کدام نشانگر تعدد یا وحدت شخصیت می‌باشد؛ لذا چنانچه از طریق دیگر نیز بتوان به این مقصود نائل آمد، دلیلی بر قول به تعددی بودن این اماره وجود ندارد.

در عصر حاضر با پیشرفت علم پزشکی شناخت این امر بسیار آسان گردیده است، به نحوی که نیازی به اعمال علائم ظنی نیست. از دیدگاه طب، چنانچه مقوّمات اساسی حیات مانند قلب و مغز در دو قلوهای به هم چسبیده مشترک باشد، قطعاً یک نفر و در صورتی که هر یک به نحو جداگانه از مقوّمات حیات برخوردار باشند، یقیناً دو شخص به‌شمار می‌آیند؛ چرا که وجود دو مغز یا دو قلب برای شخص واحد امکان‌پذیر نیست (Guttmacher, 1967, p. 10).

مطابق آنچه ذکر شد، در دسته‌بندی سه‌گانه برای دو قلوهای به هم چسبیده می‌توان نسبت به تعدّد یا وحدت آنان این‌گونه قضاوت نمود: در دسته سوم که اتصال از ناحیه میانی بدن می‌باشد و قسمت فوقانی و تحتانی در آن‌ها دوتایی است، قول به تعدّد، خالی از قوت نیست؛ زیرا این دسته از دو قلوها معمولاً تمام اعضا را به‌طور کامل و به‌صورت جفت دارا هستند، به‌جز اینکه در برخی نواحی مانند ناف یا لگن و... به هم متصل شده‌اند؛ بنابراین در چنین حالتی احتمال اینکه یکی از قل‌ها در حالی که واجد اعضای کامل است، بخش زائندی از بدن قل دیگر باشد و اینکه دو قلوی به هم چسبیده یک فرد محسوب گردد، بسیار دور از ذهن می‌باشد؛ سید عبدالاعلی سبزواری در این باره چنین آورده است: «چنانچه هر یک از آن دو جسمی کامل داشته باشد که از ناحیه پشت یا سر و... به هم چسبیده باشند، دو میراث به آنان تعلق می‌گیرد؛ زیرا عرفاً و بلکه حقیقتاً دو شخص محسوب می‌گردند» (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۵۸/۳۰).

در دسته دوم که قسمت فوقانی بدن، واحد و قسمت تحتانی دوتایی است، می‌توان قائل به وحدت گردید؛ زیرا واحد بودن قسمت فوقانی بدن، وحدت مغز و قلب را به‌دنبال دارد؛ در این حالت قطعاً دو قلوی به هم چسبیده، یک شخص می‌باشد که برخی از اعضای تحتانی بدن او زائد است.

دسته اول؛ یعنی نمونه مذکور فقهی و حالتی که بالا تنه متعدد و پایین تنه واحد می باشد، در واقع نمونه مشتبهی است که برای آشکار شدن وضعیتش باید به ضوابطی که در باب تعدد و وحدت ذکر گردید، تمسک جست و شاید به دلیل همین شبهه برانگیز بودن است که در فقه تنها از این نمونه یاد شده و ضوابط مربوط به تعدد یا وحدت در ارتباط با آن مطرح گردیده است.

۴. اشکال مختلف قتل عمد در دو قلوی به هم چسبیده

در مسئله قتل عمد در دو قلوهای به هم چسبیده به طور کلی دو صورت تصور می شود؛ ارتکاب قتل از سوی دو قلوی به هم چسبیده و وقوع قتل نسبت به هریک. برای هریک از این دو صورت، چند حالت وجود دارد که به بیان هریک از آنها و حکم مربوط به آن می پردازیم.

۴-۱. ارتکاب قتل عمد از سوی دو قلوی به هم چسبیده

با توجه به اینکه دو قلوی به هم چسبیده یا دارای شخصیتی واحد است یا متعدد، به تبع آن ارتکاب قتل از سوی او دو صورت خواهد داشت؛ یا از سوی دو قلوی متعدد واقع می گردد یا از جانب دو قلوی واحد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۰۸

۴-۱-۱. ارتکاب قتل عمد از سوی دو قلوی متعدد

در دو قلوهای به هم چسبیده ای که از حیث شخصیت متعدد به شمار می آیند، با توجه به قوای ادراکی متعدد و به تبع نیروی ارادی مستقل، بی تردید امکان اراده جرم از سوی هریک به نحو مستقل وجود دارد. نهایت اینکه تحقق جرم منوط به اعمال اراده و ارتکاب فعل مجرمانه می باشد. در این مرحله، دو قلوی به هم چسبیده نسبت به سایر افراد عادی با محدودیت هایی روبروست؛ چرا که استقلال عمل برای هریک از آن دو به نحو تام متصور نیست و در عمل، هریک تا حدی تابع دیگری می باشد. این امر علاوه بر وضعیت خاص دو قلوها می تواند متأثر از ویژگی های دیگر چون تفاوت در قوای جسمانی آنان باشد. در هریک از این موارد، اعمال مستقلانه

و آزادانه اراده در هر یک از دو قلوها با محدودیت روبه‌رو می‌گردد.^۱ با این وجود، در دو قلوهای به هم چسبیده نیز همچون سایر اشخاص، در بسیاری موارد امکان ارتکاب جرم از جمله، قتل وجود دارد که گاه با مشارکت هر دو قل و گاه به واسطه یکی از آن دو محقق می‌گردد.

۴-۱-۱-۱. مشارکت دو قلوئی متعدد در قتل

در صورتی که دو قلوئی به هم چسبیده متعدد، اعم از مذکر و مؤنث، هر دو واجد شرایط اجرای قصاص باشند و در قتل یک شخص شریک گردند، این حالت مصداقی از مسئله تعدد قاتل و وحدت مقتول است که در انسان‌های عادی، ولی دم، بر سه امر مخیر است: قصاص هر دو و ردّ دیه مازاد بر جنایت هر یک از آن‌ها، قصاص یکی از آن دو که در این حالت قاتلی که مورد عفو قرار گرفته، نصف دیه را به ورثه شریکش می‌پردازد یا مطالبه دیه از قاتلان (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ۵۳۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، اب، ۵/ ۱۵۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵۹۵/۳).

در ارتباط با دو قلوئی به هم چسبیده، با توجه به ارتکاب جرم از سوی هر دو، مقتضای عدالت، اعمال مجازات بر هر دو می‌باشد؛ اما در نحوه اعمال مجازات، با توجه به شرایط خاص جسمانی آن دو و اتصالشان به یکدیگر، امکان قصاص از یکی بدون دیگری تنها در صورتی امکان‌پذیر است که جداسازی آن‌ها به وسیله جراحی ممکن باشد. در غیر این صورت، ولی دم امکان مطالبه قصاص از یکی از آن‌ها را نخواهد داشت؛ زیرا در دو قلوهای به هم چسبیده، مرگ یکی خواه ناخواه به مرگ دیگری منجر می‌شود (Guttmacher, 1967, p. 10)؛ بنابراین، ولی دم در قصاص هر دو یا اخذ دیه مخیر می‌گردد. در صورت مطالبه دیه، هر یک نصف دیه مقتول را می‌پردازند. اما در صورت مطالبه قصاص برای هر دو در

۱. به عنوان نمونه، در حالتی که دو قلوها از ناحیه ستون فقرات به یکدیگر متصل باشند و از حیث قوای جسمانی در وضعیتی مشابه، ممانعت یکی از قل‌ها در بسیاری موارد، استقلال عمل را از دیگری سلب خواهد نمود یا در مواردی که در دو قلوهای به هم چسبیده بالا تنه متعدد بر پایین تنه واحد واقع گردد هر یک از آن دو می‌تواند محدودیت‌هایی را در عمل بر دیگری تحمیل نماید، همچنین حالتی که یکی از دو قل نسبت به دیگری از قدرت جسمانی بیشتری برخوردار باشد، در بسیاری موارد اعمال دیگری از او متأثر می‌گردد.

وجوب پرداخت مازاد دیه اختلاف است: برخی از فقها، در مسئله قصاص، به طور کلی دو قلوبی به هم چسبیده را در حکم یک فرد دانسته و رد مازاد دیه را نفی می کنند. آنان اصل عدم رد را مؤیدی بر قول خود می دانند (آشتیانی، ۱۴۱۸، ۲۰۰). گروه دیگر از فقها با توجه به تنقیح مناط و عمل به روایت در همه فروع، در صورت اثبات تعدد با معیار فقهی، قائل به لزوم پرداخت مازاد دیه می باشند (حسینی، بی تا، ۲۴۳/۸؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴/۲۶۹؛ مراغی، ۱۴۱۷، ۱/۸۵) و برخی از فقها با توجه به ضعف روایت و صدور آن در باب ارث، دچار تردید گردیده و در این مسئله قائل به توقف شده اند (نجفی، بی تا، ۳۹/۲۹۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۸/۲۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، قواعد، ۳/۳۹۲).

آن گونه که پیداست، منشأ اختلاف، اکتفا بر روایت حاکی از معیار فقهی وحدت یا تعدد (خواب و بیداری) می باشد. این در حالی است که با عنایت به آنچه ذیل روایت ذکر گردید، از جبران ضعف سند با عمل اصحاب و عدم اختصاص اماره به ارث و کاربرد آن در تمامی احکام، دلیلی برای چنین اختلاف نظری وجود ندارد. از سوی دیگر، قول به وحدت در قصاص در جایی که هر یک از آن دو دارای اراده مستقل بوده و قادر به اراده قتل و اعمال آن باشند، بدون وجه است. با صرف نظر از تمام این مباحث، همان گونه که ذکر گردید، بنای این اختلاف، در واقع اکتفا بر معیار فقهی تعدد یا وحدت می باشد، در حالی که این معیار تنها یکی از امارات محسوب است؛ چرا که در عصر حال حاضر با پیشرفت علم پزشکی، جایی برای اکتفا به چنین علائم ظنی وجود ندارد. اگر بر مبنای ضوابط طبی ثابت گردد که دو قلوبی به هم چسبیده دارای دو شخصیت مستقل است، مسلماً در بحث قصاص آنان در برابر قتل واحد، پرداخت مازاد دیه بر ولی دم لازم است و در این مسئله صرف اتصال دو بدن، به تفاوت حکم این اشخاص با سایر افراد عادی منجر نمی گردد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۱۰

۴-۱-۱-۲. ارتکاب قتل از سوی یکی از دو قلوبهای متعدد

از آنجا که دو قلوبی به هم چسبیده متعدد، هر یک دارای شخصیت و اراده مستقل از دیگری اند، اراده جرم و ارتکاب آن از سوی یکی از آنها بدون دیگری

نیز امکان پذیرست؛ در نتیجه، در برخی موارد ممکن است یکی از آن دو صرفاً به واسطه شرایط خاص جسمی و اتصال به دیگری خلاف میلش، مجبور به همراهی با قل مجرم گشته باشد؛ چرا که در برخی موارد حتی دو قلوها از حیث قدرت جسمانی متفاوت می باشند (Guttmacher, 1967, p. 15).

در نتیجه ممکن است قل دوم به مقاومت در مقابل قل جانی قادر نباشد و مجبور به همراهی با او گردد. بنابراین، در چنین حالتی که یکی از آن دو بدون مداخله در جرم، صرفاً شاهد جنایت قل دیگر بوده، مسلماً قصاص و مجازات تنها بر قاتل واجب می گردد و بر قل دیگر به صرف مشاهده جرم، گناهی نیست؛ چرا که مطابق اصل شخصی بودن مجازات (قاعده وزر)^۱ هر کس مسئول اعمال خویش است و هیچ شخصی را به واسطه فعل دیگری نمی توان مؤاخذه کرد.

همچنین به مقتضای اصل عدالت، اعمال مجازات بر قاتل باید به نحوی صورت گیرد که اثر آن به دیگری سرایت نکند؛ زیرا نسبت به غیر قاتل، ضرر ناروایی است که مطابق قاعده لا ضرر نفی گردیده است. حال اگر بتوان از تأثیر عقوبت در قل بی گناه ممانعت نمود، مجازات قاتل بدون مانع است. به نظر می رسد چنین مانعی در قصاص تنها جداسازی آنان از یکدیگر باشد. ایجاد چنین مانعی، تنها در برخی انواع امکان پذیر می باشد و در برخی از حالات، مخصوصاً زمانی که اتصال در نواحی حساسی مانند قلب باشد جداسازی، به مرگ یکی از آن دو یا هر دوی آنها منجر می شود. در هر حال، چنین امری نیاز به بررسی دقیق پزشکی دارد (Zimmermann & Lic, 1967, p. 23).

چنانچه ایجاد چنین مانعی ناممکن باشد، آن گونه که بیان شد، به واسطه شرایط خاص جسمانی این گونه افراد، اجرای قصاص بر یکی از آن دو و مرگ او به فوت قل دیگر منجر می گردد که مصداقی از ریختن خون بی گناه و اسراف و زیاده روی در قتل است و مورد نهی خداوند متعال می باشد.^۲ از این جهت به رغم وجوب قصاص

۱. قاعده بالا دارای ریشه قرآنی و برگرفته از آیه ۱۶۴ سوره انعام ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ می باشد.

۲. ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً﴾ (اسراء، ۳۳)

در صورت مطالبه ولی دم، فقها به صراحت اجرای قصاص را در این حالت منتفی دانسته‌اند؛ زیرا موجبی برای ائتلاف و اضرار دیگری است (نجفی، بی تا، ۲۹۸/۳۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، قواعد، ۳/۳۹۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۳/۲۵۹). حال زمانی که استیفای قصاص ناممکن باشد دیه، بدل و جایگزین آن می‌گردد؛ زیرا عدم لزوم پرداخت دیه، به تضييع حقوق مقتول و ابطال خون وی منجر می‌گردد که این تالی، مطابق قاعده لا یبطل^۱ فاسد است؛ بنابراین، در این حالت ثبوت دیه لازمه جمع بین دو حق (عدم اضرار بی گناه و ممانعت از تضييع حق مقتول) می‌باشد و قاتل ملزم به پرداخت دیه می‌گردد (مراغی، ۱۴۱۷، ۸۶/۱؛ غروی، ۱۴۲۱، ۳۷۵). شایان ذکر است حالتی که هر دوی آنان مرتکب قتل شوند و تنها یکی از آنها واجد شرایط اجرای قصاص باشد- مانند جایی که یکی از دو قل عاقل و دیگری مجنون باشد- نیز به این حالت، ملحق می‌شود؛ زیرا در هر دو صورت تنها یکی از آن دو مستحق قصاص می‌باشد.

۴-۱-۱-۳. معاونت قل دیگر در قتل

فرض متصور مداخله قل دوم در قتل به صورت معاونت است؛ یعنی حالتی که یکی از آن دو مجرم اصلی است و مباشرتاً اقدام به قتل نموده و دیگری بدون دخالت در عملیات اجرایی، به نحوی از انحاء، امکانات را برای تحقق جرم فراهم آورده و ارتکاب جرم را برای مجرم اصلی تسهیل نموده است (امام خمینی، ۱۴۱۵، ۱/۱۹۴؛ بجنوردی، ۱۴۰۱، ۲/۲۳۷). در ارتباط با دو قلولی به هم چسبیده با توجه به اتصال دو بدن به یکدیگر و محدودیت هر یک در استقلال عمل، چنانچه قل دیگر با علم به قصد دیگری در قتل با میل و رغبت با او همراهی نماید و ممانعتی برای او ایجاد نکنند، در واقع ارتکاب جرم را بر او آسان نموده و این عمل، مصداقی از معاونت در جرم می‌باشد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۱۲

۱. لا یبطل قاعده‌ای کلی است که مقتضای آن ممنوعیت بطلان خون مسلمان به هر نحوی است و منشأ آن روایتی از امیر المؤمنین علی (ع) می‌باشد که در ذیل آن چنین آمده: لَا یَبْطُلُ دَمُ أَفْرِئِ مُسْلِمٍ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، تهذیب، ۶/۲۶۶)

در فقه اسلامی، مواردی چون ممسک^۱، ناظر^۲ و آمر^۳ از مصادیق معاون در قتل به‌شمار آمده‌است. فقها مجازات ممسک و آمر را حبس ابد دانسته (نجفی، بی‌تا، ۴۸/۴۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱۸۴/۴) و درباره ناظر به کور کردن چشم، حکم داده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۷۴۵؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۳۴۵/۳). چنان‌که مشهود است، در حالتی که یکی از دو قتل‌ها قاتل باشد و دیگری معاون در قتل، اگرچه هر دو مرتکب جرم گردیده‌اند و به تبع مستحق مجازات‌اند از آنجایی که نوع مجازات آن‌ها متفاوت است، طبق اصل تناسب جرم و مجازات که از اصول حاکم بر مجازات‌های اسلامی است^۴ مجازات مجرم باید متناسب با میزان جرم ارتكابی او باشد و از هر نوع افراط و تفریطی پرهیز گردد. از طرفی، با توجه به شرایط خاص دو قتل‌های به هم چسبیده و اتصال دو بدن به یکدیگر، به مقتضای اصل عدالت، نحوه مجازات باید به گونه‌ای باشد که اثر مجازات یکی به دیگری سرایت نکند؛ زیرا در این حالت شخص متحمل کیفری مازاد بر آنچه مستحق بوده، گردیده و چنین چیزی مطابق شرع و قانون ممنوع می‌باشد.

آنچه مسلم است اینکه در صورت امکان مجازات هر یک، بدون تأثیر بر دیگری، بی‌تردید مجازات بر هر دو جاری خواهد شد، اما در دو قتل‌های به هم چسبیده، همان‌طور که ذکر شد اجرای قصاص بر قاتل و به تبع آن مرگ او منجر به فوت دیگری خواهد شد که در حق دیگری ضرری ناروا و مازاد بر جنایت او می‌باشد؛ از این حیث اعمال آن بر قاتل با مانع مواجه می‌گردد. از سوی دیگر، چنانچه برای قل دوم که معاون در قتل بوده، بر فرض به حسب جرم، حبس در نظر گرفته شود،

۱. مراد از ممسک، کسی است که مجنی علیه را نگه دارد تا قاتل به راحتی بتواند او را به قتل رساند (خویی، بی‌تا، ۱۳/۲؛ مرعشی نجفی، بی‌تا، ۹۵/۱).

۲. فقها مراد از ناظر را شخصی می‌دانند که با مراقبت و نگهبانی در اطراف صحنه قتل، امکان ارتکاب قتل با آسودگی خاطر را برای قاتل فراهم می‌آورد (تبریزی، ۱۴۲۶، ۳۸؛ منتظری، ۱۴۰۹، ۵۲۴/۲).

۳. آمر بر قتل، در صورتی به عنوان معاون در قتل مجازات می‌گردد که مأمور، عاقل و بالغ باشد. اما در جایی که مأمور، صغیر غیر ممیز یا مجنون باشد، بر مأمور ضمانی نمی‌باشد و آمر به عنوان قاتل قصاص خواهد شد (نجفی، بی‌تا، ۵۴/۴۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۹۰/۱۵).

۴. خداوند در چند سوره از قرآن کریم از لزوم رعایت این اصل اساسی در مجازات‌ها یاد کرده است. از جمله، آیه ﴿جَزَاءُ وَفَاقًا﴾ (سوره نیا، ۲۶)، ﴿جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةً مِّثْلُهَا﴾ (شوری، ۴۰)، ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ (نحل، ۱۲۶) و ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ (بقره: آیه ۱۹۴).

مسلماً در دیگری اثر خواهد داشت، اگر چه ضرر از نوع معنوی و روحی باشد و در حق او مجازاتی است که با جرمش تناسب نخواهد داشت؛ بنابراین، در چنین شرایطی به اقتضای اصل عدالت، ترتب مجازات به واسطه وقوع جرم و به منظور تنبیه مجرم و جلوگیری از اشاعه فساد در جامعه ضروری است. همچنین خالی ماندن جرم قتل از مجازات، عامل ابطال خون مسلمان می باشد؛ لذا اگر از بین بردن محذور و ایجاد مانع از تأثیر عقوبت هر یک در دیگری ممکن باشد، چه بسا در صورت مطالبه قصاص از سوی ولی دم، ایجاد مانع واجب گردد؛ زیرا اقامه واجب جز به آن ممکن نیست. در فرض حاضر ارتباط با قصاص قاتل، تنها مانعی که می تواند از تأثیر آن در قل دیگر جلوگیری نماید، جداسازی دو قلوی به هم چسبیده می باشد که جز در برخی موارد ممکن نمی باشد؛ لذا در مواردی که اعمال آن ناممکن است، مطابق قاعده میسور^۱، آن مقدار از مجازات که ممکن می باشد اعمال می گردد و چه بسا در این مورد در مجازات آن دو قدر متیقنی در نظر گرفته شود که هر دوی آنان نسبت به آن مستحق می باشند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۱۱۴

۴-۱-۲. ارتکاب قتل از سوی دو قلوی واحد

همان گونه که ذکر شد، مراد از دو قلوی به هم چسبیده واحد، دو قلویی است که قوای حیاتی در او واحد بوده و برخی از اعضای بدن او زائد باشد. چنانچه چنین فردی، مرتکب قتل شود، مسلماً ولی دم، حق قصاص او را دارد. فقها ردّ مازاد دیه در مقابل بخش زائد بدن را به دلیل معدوم بودن امارات متعدد و اصل عدم رد، قولی ضعیف دانسته اند (حسینی، بی تا، ۲۴۳/۸؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۲۶۷/۴). در واقع، چنین دو قلویی در حکم نفس واحدی است که تحت عموم: النفس بالنفس، قرار می گیرد؛ در نتیجه، در قصاص او نیازی به ردّ مازاد دیه نمی باشد.

۱. «المیسور لا یسقط بالمعسور»؛ یعنی اگر انجام واجب به طور کامل ناممکن باشد، آن مقدار که ممکن است ادا می گردد (صدر، ۱۴۰۸، ۴/۴۰۸).

۴-۲. وقوع قتل بر دو قلوبی به هم چسبیده

چنانچه دو قلوبی به هم چسبیده مقتول واقع شود، آیا در قصاص و دیه حکم اشخاص عادی را دارد یا به تبع شرایط خاص او به نحو دیگری حکم می‌شود؟ برای پاسخ به این پرسش، تفصیل میان دو قلوهای متعدد و دو قلوبی واحد ضروری است، لذا بر مبنای این دو منظر به بررسی حکم مسئله می‌پردازیم.

۴-۲-۱. وقوع قتل بر دو قلوبی متعدد

چنانچه بر دو قلوبی متعدد قتلی واقع گردد، در یک صورت ممکن است فردی هر دوی آنان و در صورت دیگر، تنها یکی از آن دو را به قتل رساند.

۴-۲-۱-۱. قتل هر دو قل

قتل دو قلوبی به هم چسبیده به وسیله یک شخص، مصداقی از مسئله تعدد مقتول و وحدت قاتل می‌باشد که در آن برای تمامی اولیای دم حق قصاص وجود دارد. در این فرض، چنانچه همه آنان خواهان قصاص باشند و به صورت جمعی این حق را استیفا نمایند، طبعاً حق همه با استیفا ساقط می‌گردد (طباطبایی، ۱۴۰۹، ۴۳۹/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۴۸/۱۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۳۱۱/۱۶) و در صورتی که بر مطالبه دیه اجماع کنند، برای هر یک از دو مقتول یک دیه کامل می‌باشد؛ زیرا برای هر یک نفسی کامل بوده که قاتل با اتلاف آن، ملزم به پرداخت دیه‌ای کامل می‌گردد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۳۱۱/۱۶؛ طباطبایی، ۱۴۰۹، ۴۳۹/۳)، اما چنانچه همه اولیای دم بر استیفاء قصاص اجماع نکرده، گروهی طالب قصاص باشند و گروهی خواهان دیه، برخی از فقها، قائل به جمع بین قصاص و دیه در قتل متعدد می‌باشند؛ در نتیجه، اخذ دیه از سوی برخی از اولیای دم، در حین مطالبه قصاص از جانب بقیه را جایز می‌دانند. ابن جنید (۱۴۱۶، ۳۷۰) ابن زهره (۱۴۱۷، ۴۰۵) کیدری (۱۴۱۶، ۴۹۳) و علامه حلی (۱۴۱۳، مختلف، ۴۵۲/۹) از جمله این افراد می‌باشند. در مقابل مشهور، فقهای امامیه معتقدند در قتل عمد واجب، قصاص قاتل است؛ بنابراین، در فرض تعدد قتل نیز اولیای دم فقط از حق قصاص قاتل برخوردار هستند و اخذ دیه جز به رضایت قاتل ممکن نیست (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، الف، ۱۷۶/۵؛ شهید ثانی، بی‌تا، ۲۰۷؛ نجفی، بی‌تا، ۲۸۱/۴۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۲۲۲/۷). این گروه از فقها در

فرض تعدد قتل، در صورتی که حق قصاص به وسیله برخی از اولیای دم استیفا گردد به دو دسته تقسیم می‌شوند: گروهی که بیشتر شامل قدماتی امامیه می‌باشد معتقدند چنانچه قصاص توسط یکی از آنان صورت گیرد، حق بقیه نیز ساقط می‌گردد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۳۱۱/۱۶؛ نجفی، بی تا، ۱۲۰/۴۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۹۹/۲۸؛ حسینی، بی تا، ۱۰۴/۱۱). شیخ طوسی بر این قول ادعای اجماع نموده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ الف، ۵/۱۸۳).

مطابق عقیده این گروه در قتل عمد، آنچه واجب است، قصاص می‌باشد و در فرض با استیفای آن از سوی گروهی از اولیای دم، موضوع آن منتفی می‌گردد. از سوی دیگر، مطابق قاعده «أن الجاني لايجني على أكثر من نفسه» قاتل جز تسلیم نفس خویش موظف به چیز دیگری نیست و حکم کردن بر دیه، مجازات جانی در بیشتر از جان او و مخالف اصل و اجماع می‌باشد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۳۱۱/۱۶؛ نجفی، بی تا، ۱۲۰/۴۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۹۹/۲۸).

در مقابل، گروه دیگر که اکثر فقهای متأخر می‌باشند، در فرض استیفای قصاص توسط برخی از اولیای دم برای بقیه دیه را ثابت می‌دانند (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۴۰۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ۴۹۷/۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۶۲۷/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۴۸/۱۵؛ خوئی، بی تا، ۶۶/۴۲). علامه مجلسی این قول را مشهورتر دانسته است (مجلسی، بی تا، ۹۹). مطابق قول این گروه از فقها، چنانچه یکی از اولیای دم حق قصاص را استیفا نماید، برای سایر اولیای دم استیفا ناممکن می‌گردد؛ بنابراین، چنانچه قاتل به لزوم پرداخت دیه نباشیم، به ابطال خون مسلمان منجر می‌گردد که چنین امری، مطابق قاعده لایبطل محکوم می‌باشد؛ در نتیجه، زمانی که استیفای قصاص متعذر باشد، حق ساقط نمی‌گردد و به دیه تبدیل می‌شود؛ همچون قیمت اموال تلف شده که بدل آن محسوب می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۴۴۸/۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۶۲۷/۴؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۱۸۲).

این گروه در اثبات قول خود به صحیحۀ ابی بصیر از امام صادق (ع) استناد نموده‌اند. امام (ع) درباره شخصی که دیگری را عمداً به قتل رساند و سپس گریخت - به نحوی که به او دسترسی نبود- فرمودند: اگر برایش مالی باشد دیه از مالش

گرفته می‌شود وگرنه خویشان او دیه را می‌پردازند و اگر برای او خویشاوندی نباشد، از بیت المال پرداخت می‌شود؛ چراکه خون مسلمان نباید هدر رود (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۶۵/۷).

مطابق قول این گروه، روایت به مورد آن یعنی فرار قاتل اختصاص ندارد؛ زیرا موضوع حکم، عدم قدرت بر قصاص است: (فَلَمْ يُقَدَّرْ عَلَيْهِ) و از این حیث، تفاوتی میان تعذر به جهت فرار قاتل یا مرگ او به سبب استیفای قصاص از سوی یکی از اولیای دم وجود ندارد؛ بنابراین، در هر مورد که قصاص از قاتل به هر دلیلی ناممکن باشد، حق قصاص به دیه منتقل می‌شود (خویی، بی‌تا، ۶۶/۴۲). از سوی دیگر، عمومیت تعلیل یادشده در روایت «لَا تَهْ لَا يُبْطَلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» نیز به روشنی گویای این امر می‌باشد (تبریزی، ۱۴۲۶، ۱۱۵؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۴۷). در واقع، لا یبطل قاعده‌ای کلی است که مقتضای آن ممنوعیت بطلان خون مسلمان به هر نحوی است؛ بنابراین، چنانچه قصاص قاتل متعذر باشد، دیه جایگزین آن می‌گردد (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۱۹۲).

تأثیرات متقابل وضعیّت
خاص دو قلوهای سیامی
در مجازات قصاص

۱۱۷

با بررسی ادله دو گروه، به نظر اجماعی که شیخ طوسی مدعی آن می‌باشد با وجود مخالفت بسیاری از فقها و اعتقاد آنان بر ثبوت دیه، مخدوش می‌باشد (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۴۶). از طرفی، اصل مورد ادعا و برائت ذمه قاتل نسبت به مازاد قصاص، در جایی کاربرد دارد که دلیلی بر اشتغال ذمه او به پرداخت دیه وجود نداشته باشد، حال آنکه مطابق دلایلی که در این باب ذکر می‌گردد، جایی برای تمسک به این اصل باقی نمی‌ماند.

در نتیجه بهتر است که گفته شود در فرض تعدّد مقتول، نه تنها پس از استیفای قصاص توسط برخی از اولیای دم و تعذر آن برای سایرین، بلکه از همان ابتدا برای هر یک از اولیای دم حق مطالبه قصاص یا دیه وجود دارد؛ زیرا:

۱- جانی مالک نفسی واحد است که مطابق قول خداوند متعال [النفس بالنفس] تنها در مقابل جان یکی از قربانیان قرار می‌گیرد، در حالی که جانی از هریک از آنان، نفسی کامل را تلف نموده است؛ در نتیجه، قصاص او در مقابل ائتلاف جان چندین شخص کافی نیست (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ۵۳۸).

۲- چنانچه قاتل تنها در مقابل یکی از قربانیان قصاص گردد و در مقابل بقیه مسئولیتی نداشته باشد، به ابطال و هدر رفتن خون آنان منجر می گردد که مطابق قاعده لایطلل.. چنین امری محکوم است (نجفی، بی تا، ۳۱۷/۴۲)؛ در نتیجه، به اقتضای عدالت اسلامی، قاتل در برابر تمامی آنان متعهد است.

۳- هر قتل سببی مجزا برای مجازات محسوب می گردد و از آنجا که حق الناس مبنی بر مداقه و احتیاط می باشد، اصل عدم تداخل اسباب و عدم کفایت قصاص جانی در برابر چندین قتل می باشد (شهید اول، بی تا، ۱۶۷/۱).

۴- در شریعت اسلام نه تنها در مسئله قصاص، بلکه در مطلق مجازات ها، یکی از اصول بنیادین رعایت تناسب جرم و مجازات می باشد، حال آنکه اکتفا بر قصاص قاتل در قبال اتلاف جان چندین شخص با این اصل بنیادین در تضاد است.

۵- به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اولیای دم، از باب جمع بین دو حق، قاتل در برابر یکی قصاص می گردد و به مابقی دیه تعلق می گیرد (نجفی، بی تا، ۱۲۰/۴۲).

۶- یکی از اهداف مهم اسلام در تشریع مجازات ها نقش بازدارندگی آن از ارتکاب مجدد جرم می باشد، در حالی که در محل بحث چنانچه قاتل بداند که در صورت ارتکاب چندین قتل، همان مجازات قتل واحد بر او اعمال می گردد و چیزی افزون بر آن به او تحمیل نمی شود، نه تنها از ارتکاب جرم باز نمی ایستد، بلکه بر انجام آن جسور می گردد؛ بنابراین، چنین امری با فلسفه تشریع مجازات سنخیت ندارد.

۷- از آنجا که قتل عمد، نسبت به قتل خطایی جرمی سنگین تر دارد، از این لحاظ عدالت حکم می کند که مجازات سنگین تری نیز نسبت به آن اعمال گردد. حال آنکه در ارتباط با قتل خطایی بر فرض تعدد مقتول، قاتل در مقابل هر یک از آنان به پرداخت دیه ملزم می باشد؛ یعنی حقوق همه قربانیان مد نظر واقع می گردد، در حالی که در قتل عمد بر فرض تعدد مقتول در صورت اکتفا بر قصاص و ندادن حق مطالبه دیه به ولی دم، نفسی واحد به تنهایی در مقابل جان تمامی قربانیان قرار می گیرد و این به نوعی نادیده گرفتن حقوق آنان است؛ در نتیجه، مجازات قتل عمد سبک تر از قتل خطایی می گردد (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ۲۲۶/۵).

۸- زمانی که فرد مرتکب چندین قتل گردید، یقین می شود که ذمه او نسبت به

هر یک از قربانیان مشغول می‌باشد؛ بنابراین، در جایی که نسبت به اشتغال ذمه یقین وجود دارد، باید به نحوی عمل شود که یقین به فراغت ذمه حاصل آید و فراغت ذمه یقینی ایجاد می‌کند تا علاوه بر قصاص برای سایر مقتولان دیه در نظر گرفته شود.

۹- اقتضای عمومیت سلطنتی^۱ که خداوند برای ولی دم نسبت به قاتل قرار داده، مختار بودن او در قصاص، مطالبه دیه یا عفو او به‌طور مطلق است و منحصر کردن حق او به قصاص و کنار گذاشتن دیه به نوعی ایجاد محدودیت برای او در اعمال سلطنتش و اسقاط بخشی از حق اوست، حال آنکه در صورت مطالبه دیه کسی که حق به گردن اوست یعنی قاتل مانند هر مدیون دیگری حق امتناع ندارد (سیوری، ۱۴۰۴، ۴/۴۴۳) و بحث رضایت قاتل در اعطای دیه مربوط به جایی است که جان قاتل بتواند بدل جان قربانی قرار گیرد، تا در صورت عدم رضایت به دیه، با تقدیم جانش حق ولی دم ادا گردد. اما در فرضی که با ارتکاب قتل متعدد، نفس او تنها بدل جان یکی از قربانیان واقع می‌گردد، برای ادای حق سایرین، راهی جز پرداخت دیه وجود ندارد؛ بنابراین، چنانچه ولی دم تقاضای دیه نماید، به منزله طلبکاری است که دین خود را مطالبه کند و بر قاتل پرداخت آن واجب است مگر اینکه تمامی اولیای دم به استیفای قصاص رضایت دهند که در این صورت گویا به گرفتن آنچه کمتر از حق آنان باشد، رضایت داده‌اند.

در باره دو قلولی به هم چسبیده نیز قتل آنان بر فرض تعدد، مصداق تعدد مقتول است و ممکن است اولیای دم آن‌ها یک گروه مشترک باشند یا در فرض جواز نکاح آن دو و صاحب فرزند بودنشان، دو گروه مستقل که در هر صورت، تفاوتی در اصل مسئله و حکم آن ایجاد نمی‌شود و قاتل به سبب تعدد جرم در مقابل قتل هر یک از آن‌ها مسئول است.

۴-۲-۱-۲. قتل یکی از دو قلولها

این فرض بدین صورت است که شخصی عمداً یکی از دو قلولها را به قتل رساند،

تأثیرات متقابل وضعیّت
خاص دو قلولهای سیامی
در مجازات قصاص

۱. ﴿مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ (الاسراء: ۳۳)

سپس مرگ او سبب فوت قل دوم گردد، آن گونه که معمولاً با فوت یکی از آن دو اتفاق می افتد (Guttmacher, 1967, p. 10).

در اینجا فوت قل دوم در واقع بر اثر سرایت جنایتی است که بر دیگری واقع شده است؛ در نتیجه، می توان گفت در این حالت دو جنایت رخ داده است: یکی بالمباشرة و دیگری بالتسبیب.^۱ نسبت به قل اول که جنایت مستقیماً بر او واقع شده و شخص به عمد او را به قتل رسانده، مسلماً قصاص ثابت است و نسبت به قل دوم، تعیین مجازات به تشخیص نوع قتل از عمد یا غیر عمد بودن منوط است. از آنجا که دو قلوهای به هم چسبیده در کالبد مشترک بوده، به مثابه اعضای یک بدن می باشند، قصد فعل بر یکی از آن دو به طور ضمنی، قصد فعل بر دیگری نیز هست؛ بنابراین، زمانی که جانی، نسبت به قل اول جنایتی مرتکب شود، گو اینکه نسبت به قل دوم نیز قصد فعل را داشته است. حال با وجود قصد فعل، چنانچه قصد نتیجه نیز موجود باشد، قتل عمدی محسوب می گردد و در غیر این صورت شبه عمد می باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۱۵/۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ۴۵۶/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۲۸/۴). در مسئله ای که بیان شد، از آنجایی که جنایت صورت گرفته بر قل دوم حاصل سرایت جنایت از قل اول می باشد؛ قصد نتیجه در صورتی حاصل می گردد که مرتکب با قتل قل اول، به طور ضمنی قتل دیگری را نیز مدّ نظر داشته باشد، یا اینکه با علم به وضعیت خاصّ دو قلوهای به هم چسبیده و التفات بر این امر که در ارتباط با آنان غالباً جنایت از یکی به دیگری سرایت می کند و به قتل دیگری نیز منجر می گردد، مرتکب جنایت بر اولی شده باشد؛ زیرا با التفات وی بر سببیت فعل خویش و اثر ملازم با آن در واقع به نوعی جنایت را قصد نموده است و قصد فعل با علم به ترتّب جنایت بر آن، مانند قصد خود نتیجه (جنایت) می باشد (صادقی، ۱۳۸۶، ۱۱۸؛ مرعشی، ۱۴۲۷، ۱۵۸/۲). حال چنانچه جنایت نسبت به قل دوم نیز از نوع عمد باشد، حکم این مورد نیز همان است که در مسئله قبل (تعدد قتل عمد) بیان گردید، اما چنانچه مرتکب نسبت به قل دیگر، نه قتل را قصد نموده باشد و نه از شرایط

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۲۰

۱. مراد حالتی است که شخص مستقیماً مرتکب جنایت نشده بلکه اسباب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم نموده باشد به نحوی که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نگردد. (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۳۸۳/۱۳؛ علامه حلی، بی تا، ۴۳۸/۷)

خاص آنان آگاه باشد، در اینجا با وجود قصد فعل و فقدان قصد نتیجه، قتل نسبت به قل دوم شبه‌عمد محسوب شده و مستلزم پرداخت دیه از مال قاتل می‌باشد. در نتیجه می‌توان گفت یکی از مهم‌ترین امور در تعیین نوع جرم نسبت به دو قلوهای به هم چسبیده، التفات و آگاهی جانی نسبت به شرایط خاص آنان می‌باشد. به‌طور کلی، در مواردی که فعل نسبت به مجنی‌علیه به سبب شرایط خاص او قتاله محسوب می‌گردد، همواره احتمال عقلایی بر عدم آگاهی جانی نسبت به خصوصیات جسمی و روحی مجنی‌علیه و یا عوامل مؤثر دیگر در کشنده بودن فعل او وجود دارد؛ لذا لزوم آگاهی جانی از نتایج فعل خویش در این باره بسیار ضروری است؛ از این رو، فقها همواره لزوم این امر را در جنایت بر افراد خاص، یادآور شده‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۴۲۴/۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴۵۳/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۶۵/۱۵؛ امام خمینی، بی‌تا، ۵۰۹/۲).

۲-۲-۴. وقوع قتل بر دو قلو و واحد

چنانچه دو قلو و واحد توسط شخصی به قتل رسد، تمامی احکام افراد عادی از حق قصاص یا مطالبه دیه و... برای اولیای دم او ثابت است و بر بخش زائد بدن چیزی تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا قتل او، جنایتی واحد و مطابق قاعده عدل و اصل تناسب جرم و مجازات، مستحق مجازاتی واحد است. همچنین عموم دلیل «النفس بالنفس» بر اکتفای قصاص بر این مورد دلالت دارد؛ بنابراین، قول صاحب‌العناوین^۱ که در این مسئله علاوه بر قصاص در مقابل بخش زائد بدن، دیه را نیز ثابت می‌داند، فاقد دلیل و ضعیف به‌شمار می‌رود.

نتیجه‌گیری

نتایج این پژوهش حاکی از آن است، مهم‌ترین ویژگی در تعیین حکم مربوط به دو قلوهای به هم چسبیده، وحدت یا تعدد آنان از حیث شخصیت است. در احکام

۱. در مسئله یادشده، مراغی دو احتمال را مطرح نموده یک احتمال، اکتفا بر قصاص جانی و دیگری جمع بین قصاص و دیه که از میان این دو احتمال، احتمال دوم را صحیح‌تر دانسته است (مراغی، ۱۴۱۷، ۸۵/۱).

مربوط به قتل عمد، دو قلوی واحد تا حدی تابع احکام سایر افراد عادی می باشد، اما در ارتباط با دو قلوی متعدد، در بسیاری موارد، احکام مربوط به او متمایز از سایر افراد عادی است. مهم ترین موارد از این قرار است:

۱- در فرض تعدّد و ارتکاب قتل از سوی هر دو (قتل واحد)، ولیّ دم حق مطالبه قصاص برای یکی، بدون دیگری را ندارد.

۲- چنانچه یکی از آنها بدون مداخله دیگری مرتکب قتل شود، قصاص قاتل در صورتی جایز است که امکان جداسازی دو قلوها وجود داشته باشد. این حکم شامل موردی که هر دو مرتکب قتل گردند و تنها یکی شرایط اجرای قصاص را داشته باشد نیز می گردد.

۳- چنانچه یکی مرتکب قتل شود و دیگری معاون او باشد، با توجه به اختلاف نوع مجازات، در فرض عدم امکان ممانعت از تأثیر عقوبت یکی بر دیگری، آن مقدار از مجازات که هر دو مستحق آن می باشند، اعمال می گردد.

۴- قتل هر دو قل، مصداقی از تعدّد قتل است و از دید نگارندگان، قول راجح این است که به سبب تعدّد جرم، مجازات متعدد گردیده، قاتل در برابر قتل هر یک از آن دو مسئول است.

۵- چنانچه قتل بر یکی از آنها واقع گردد و دیگری در اثر سرایت جنایت فوت نماید، نسبت به قل اول مجازات قصاص قاتل است و در ارتباط با دیگری، مجازات به تعیین عمد یا غیر عمد بودن قتل منوط است.

منابع و مأخذ

• قرآن کریم

۱. آشتیانی، محمد حسن، (۱۴۱۸ق). رساله فی القواعد الفقهیه (مع التعليقات المدرس الطهرانی)، چاپ اول، تهران، مؤسسه اطلاعات.
۲. ابن ادریس حلی، محمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابن بابویه، محمد (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی

وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴. ابن جنید اسکافی، محمد (۱۴۱۶ق). مجموعه فتاوی ابن جنید، چاپ اول، قم، دفتر

انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۵. ابن زهره حلبی (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، چاپ اول، قم، موسسه

امام صادق علیه السلام.

۶. ابن براج طرابلسی، عبد العزیز (۱۴۰۶). المذهب، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی

وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۷. ابن فهد حلی، احمد (۱۴۰۷ق). المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم،

دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۸. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ

اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۹. امام خمینی، سید روح الله، (بی تا). تحریر الوسيلة، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم.

۱۰. —، (۱۴۱۵ق). المكاسب المحرمة، چاپ اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام

خمینی علیه السلام.

۱۱. بجنوردی، محمد، (۱۴۰۱ق). القواعد الفقهية، چاپ سوم، تهران، مؤسسه عروج.

۱۲. تبریزی، جعفر سبحانی (۱۴۱۵ق). نظام الارث فی الشريعة الاسلامیة الغراء، چاپ اول، قم،

موسسه امام صادق علیه السلام.

۱۳. تبریزی، جواد (۱۴۲۶ق). تنقیح مبانی الاحکام - کتاب القصاص، چاپ دوم، قم، دار

الصدیقة علیها السلام.

۱۴. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، چاپ

اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۱۵. حسینی، جواد بن محمد (بی تا). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة - القدیمة، چاپ

اول، بیروت، دار إحياء التراث العربی.

۱۶. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع،

چاپ دوم، قم، موسسه اسماعیلیان.

۱۶. خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). مبانی تکملة المنهاج، بی جا، بی نا.

۱۷. سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار -

دفتر آية الله.

۱۸. سید مرتضی، علی (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الامامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی

- وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۰. سیوری، فاضل مقداد (۱۴۰۴). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ اول، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۲۱. شهید اول، محمد (بی تا). القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم، کتابفروشی مفید.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری.
۲۳. — (بی تا). حاشیة المختصر النافع، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۴. — (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الإسلامیة.
۲۵. شیخ طوسی، محمد (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، چاپ اول، تهران، دار الكتب الإسلامیة.
۲۶. — (۱۴۰۷) الف. الخلاف، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. — (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیة، چاپ سوم، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۲۸. — (۱۴۰۷ق) ب. تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الإسلامیة.
۲۹. شیخ مفید، محمد (۱۴۱۳ق). المقنعة، چاپ اول، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۳۰. صادقی، محمد هادی (۱۳۸۶). جرائم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)، چاپ دهم، تهران، نشر میزان.
۳۱. صدر، محمد باقر (۱۴۰۸ق). القواعد الفقهیة (مباحث الاصول)، چاپ اول، قم، نشر مقرر.
۳۲. طباطبایی، سید علی (۱۴۰۹ق). الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۳۳. طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۶ق). مبانی منهج الصالحین، چاپ اول، قم، منشورات قلم الشرق.
۳۴. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل - الحدیثة، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت .
۳۵. فخر المحققین (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۲۴

۳۶. فلسفی، محمد تقی (بی‌تا). الطفل بین الوراثة و التریة، بیروت، دار التعاریف للمطبوعات.
۳۷. فیومی، احمد بن محمد مقری (بی‌تا). المصباح المنیر، چاپ اول، قم، منشورات دار الرضی.
۳۸. علامه حلی، حسن (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۹. — (بی‌تا). تذکرة الفقهاء - الحديث، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۰. — (۱۴۱۳ق) قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۱. — (۱۴۱۳ق) مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۲. غروی، شیخ علی (۱۴۲۱). ایضاح الغوامض فی تقسیم الفرائض - القديمة، چاپ دوم، قم، بنیاد فرهنگ اسلامی.
۴۳. کاشف الغطاء، حسن (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهة - کتاب المیراث، چاپ اول، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۴. کلینی، محمد (۱۴۰۷ق). الکافی (ط - الاسلامیة)، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیة.
۴۵. کیدری، قطب الدین (۱۴۱۶ق). إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۴۶. مجلسی، محمد باقر (۱۴۱۰ق). بحار الانوار، چاپ اول، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر.
۴۷. — (بی‌تا). حدود و قصاص و دیات، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر الآثار الاسلامیة.
۴۸. محسنی قندهاری، محمد آصف (۱۴۲۴ق). الفقه و مسائل طیبة، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۹. محقق حلی، جعفر (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۵۰. مدنی کاشانی، حاج آقا رضا (۱۴۱۰ق). کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۱. مراغی، عبد الفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقھیة، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۲. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن (۱۴۲۷ق). دیدگاه‌های نو در حقوق، چاپ دوم،

تهران، نشر میزان.

۵۳. مرعشی نجفی، شهاب‌الدین (بی‌تا). القصاص علی ضوء القرآن و السنة، قم، بی‌نا.

۵۴. منتظری، حسین علی (۱۴۰۹ق). دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، چاپ دوم، قم، نشر تفکر.

۵۵. نجفی، محمد حسن (بی‌تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۱۲۶

بازخوانی انتقادی دیدگاه محقق خراسانی در تجزّی با تکیه بر نظرات امام خمینی^۱

طاهر علی محمدی^۲

محمد مهدی زارعی^۳

حمزه نظرپور^۴

بازخوانی انتقادی
دیدگاه محقق خراسانی
در تجزّی با تکیه بر نظرات
امام خمینی

۱۲۷

چکیده

تجزّی به معنای مخالفت کردن با حجّت شرعی یا عقلی است بدون آنکه مخالفتی با واقع شده باشد. این مسئله از مقولاتی است که بسته به نوع نگاه به آن، دارای ماهیتی متفاوت خواهد شد، اما چون در دانش اصول فقه به آن پرداخته می شود، در حکم آن میان اصولیان اختلاف نظر وجود دارد. در این میان، محقق خراسانی قائل به حرمت آن و استحقاق عقاب برای فردی است که این کار را انجام می دهد. وی برای اثبات نظر خود به موارد و ادله ای چند استناد نموده و به مباحث دخیل در این بحث مانند عدم اختیاری بودن فعل متجزّی، بررسی اختیاری بودن مقوله اراده یا عدم آن و بررسی قُرب و بُعد انسان نسبت

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۱۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲

۲. دانشیار رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه ایلام، (نویسنده مسئول)، رایانامه: t.alimohamadi@ilam.ac.ir

۳. استادیار رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مازندران، رایانامه: m.zarei@umz.ac.ir

۴. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مازندران، رایانامه: hamzehnazarpour@gmail.com

به ساحت مولا اشاره کرده است. در مقابل، امام خمینی با بررسی دقیق ماهیت تجزّی، قائل به عدم حرمت و عدم استحقاق عذاب نسبت به متجزّی است و با این ملاک به نقد دیدگاه‌های محقّق خراسانی پرداخته است. در این نوشتار ضمن پذیرش فقهی بودن ماهیت تجزّی، با روش توصیفی تحلیلی، صحت دیدگاه امام خمینی مورد تأیید قرار گرفته است.

کلید واژه‌ها: تجزّی، قاعدة الذاتی لا یعلل، اراده، اختیار، تعدّد عقاب، محقّق خراسانی، امام خمینی.

مقدمه

تجزّی از مباحث دقیقی است که نظریه‌های متفاوتی پیرامون آن مطرح شده است. در تجزّی که همچون معصیت، اقدام برخلاف دستور مولا است، مخالفت واقعی رخ نمی‌دهد. در ماهیت تجزّی، میان دانشمندان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی این مبحث را اصولی، فقهی یا کلامی دانسته‌اند، اما امام خمینی ماهیت اصولی بودن تجزّی را رد کرده است.

در اینکه آیا تجزّی، عنوانی است که بر اراده فرد متجزّی منطبق است که فعلی از افعال قلب بوده و معنایش عزم داشتن بر عصیان و قصد مخالفت مولا است یا عنوانی است که بر فعل خارجی منطبق می‌شود، دو نظر وجود دارد: نظر اول این است که تجزّی از جهت خبث باطن فرد و سوء قصد او، قبح عقلی و فاعلی دارد و بر اساس دیدگاه دوم به دلیل سوء عمل خارجی از قبح فعلی برخوردار است.

در مورد حکم تجزّی اقوال گوناگونی وجود دارد. برخی مانند محقّق خراسانی قائل به حرمت و سبب استحقاق عقاب بودن آن هستند. عده‌ای دیگر بسان شیخ انصاری، محقّق خوئی و امام خمینی نظری مقابل و مخالف ایشان برگزیده و معتقدند تجزّی حرام نیست و متجزّی نیز مستحقّ عقاب نمی‌باشد. صاحب فصول نیز در این میان قائل به تفصیل شده و می‌گوید تجزّی مقتضی قبح و استحقاق عقاب است، به طوری که اگر مانع، یعنی جهت حسنی بر فعل متجزّی به عارض نشود، محکوم به قبح و عقاب است و در غیر این صورت، قبح و عقاب نخواهد داشت.

در این نوشتار حقیقت تجزّی از دیدگاه محقّق خراسانی بررسی می‌شود و سپس

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم

پاییز ۱۳۹۷

۱۲۸

به فراخور هر بحث و نظر، دیدگاه امام خمینی که دیدگاهی انتقادی نسبت به آن می‌باشد، مطرح می‌گردد.

۱. مفهوم‌شناسی تجزّی

تجزّی در لغت به معانی‌ای چون جرأت پیدا کردن (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۴۴/۱) و جسارت نمودن (فراهیدی، ۱۴۰۹، ۱۷۳/۶) آمده و در اصطلاح، «مخالفت کردن با حکم الزامی‌ای است که به آن قطع پیدا شده، خواه ایجابی باشد یا تحریمی؛ با این شرط که قطع، مخالف با واقع باشد» (خمینی، ۱۴۱۸، ۴۴/۶).

شهید صدر می‌گوید تجزّی، مخالفت کردن با قطع است، در حالی که قطع مخالف با واقع باشد، خواه این قطع وجدانی باشد یا اینکه از امارات معتبر یا اصلی شرعی یا عقلی به دست آید یا اینکه مخالفت با دلیلی باشد که دلالت بر حجّیت دلیلی دارد که آن دلیل بر حکمی شرعی دلالت دارد (انصاری اراکی، ۱۴۱۵، ۴۵). آقای سبحانی نیز معتقد است تجزّی، مخالفت کردن با حجّت شرعی یا عقلی بر حسب اعتقاد است، در حالی که در واقع مخالفتی صورت نگرفته است (جلالی مازندرانی، ۱۴۱۴، ۲۶/۳).

بازخوانی انتقادی
دیدگاه محقق خراسانی
در تجزّی با تکیه بر نظرات
امام خمینی

۱۲۹

۲. بیان اقوال

در قبح تجزّی به معنای کاشفیتش از بد طینتی فاعل نسبت به مولا و قصد سوء او در مخالفت با مولا اختلافی نیست؛ بلکه نزاع در حرمت فعل «متجزّی به» و عملی است که مکلف علم به معصیت داشتنش دارد در عین حال تصادفاً چنین رخ ندهد. در این بحث چندین دیدگاه وجود دارد:

۱.۲. حرمت و استحقاق عذاب و عقاب

این نظریه، مختار آخوند (خراسانی، ۱۴۳۴، ۱۲/۲)، محقق عراقی (بروجردی نجفی، ۱۴۱۷، ۳۰/۳) و محقق بروجردی (منتظری، ۱۴۱۵، ۴۱۷) است. محقق خراسانی چهار دلیل برای مقصود خود بیان می‌نماید و در میان آن‌ها تأکید و تکیه فراوانی بر

شهادت وجدان و عقل فطری دارد و دلیل آیه و روایت را به عنوان مؤید بیان کرده است. ایشان همچنین گریزی به دلیل عقلی زده و با بیان بی‌نیازی از آن، بر نظرات محقق سبزواری ایراد می‌نماید (خراسانی، ۱۴۳۴، ۱۲/۲).

۲.۲. عدم حرمت و عدم استحقاق عذاب

این نظریه برگزیده شیخ اعظم است (انصاری، ۱۴۲۸، ۳۴۹/۱). امام خمینی نیز به همین نظر اعتقاد دارد و می‌نویسد: «صِرف قبح عقلی، حرمت را به دنبال ندارد؛ زیرا میان قبح شیء و استلزام عقوبت، ملازمه‌ای وجود ندارد. از سوی دیگر، ترجیح مرجوح قبیح است و موجب عقاب نمی‌شود. مسئله در بسیاری از قباح عقلی و عقلایی هنگامی که درباره آن‌ها نهی وارد نشود یا عنوان محرمی بر آن‌ها منطبق نگردد یا وقتی که عقل صحت و درستی عقاب مخالفت با آن را درک نکند نیز همین حکم را دارد» (سبحانی، ۱۴۲۳، ۳۰۲/۲). ایشان همچنین می‌نویسد: «حق این است که میان متجری و عاصی در جمیع مراحل انجام فعل مساوی هستند و تفاوت آن‌ها در آخرین مرحله است؛ به این صورت که عاصی مرتکب حرام واقعی می‌شود بر خلاف متجری» (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۵۴/۱). ایشان می‌افزاید: «متجری مستلزم عقاب نیست؛ زیرا اگر فرض شود که عقل به قبح تجری و استحقاق عقوبت حکم کند، این حکم طبق ملاکی نبود که مختص به تجری باشد و در معصیت یافت نشود؛ بلکه اگر چنین ملاکی تصوّر شود، به ناچار باید میان آن‌دو مشترک باشد» (سبحانی، ۱۴۲۳، ۳۰۳/۲). از سوی دیگر، شکی نیست که استحقاق عقوبت صرفاً به دلیل ارتکاب فعل مبعوض مولا و کار دارای مفسده نیست؛ زیرا در غیر این صورت لازم می‌آید که فرد جاهل به حکم که مرتکب حرام می‌شود، مستحق عقوبت باشد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ۳۸۱/۱).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۳۰

۳.۲. تفصیل در صورت قطع به حرمت موضوعی

می‌توان در صورت قطع به حرمت موضوعی که در واقع حرام نیست، قائل به تفصیل شد. در نتیجه، استحقاق مذمت و عقاب متجری را نسبت به فعلش ترجیح داد؛ مگر

اینکه به حرمت واجبی معتقد شود که مشروط به یت قربت نباشد، در این فرض، عدم استحقاق عقاب بر ارتکاب چنین فعلی بعید نیست (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴، ۴۳۱).

۴.۲. دو جنبه بودن فعل صادر شده

فعل صادر شده دارای دو جنبه است: جنبه ذاتی و جنبه وجودی و صدور. از جانب ذات قبحی در پی نخواهد داشت، اما از حیث صدور قبیح است و مستحق عقاب نمی‌باشد؛ زیرا مناط استحقاق، قبح فاعلی است که از قبح فعل به وجود می‌آید نه از سوء سریره فرد (آشتیانی، ۱۴۲۹، ۶۹/۱؛ کاظمی، ۱۳۷۶، ۴۲/۳).

۲.۵. متجری به دلیل مجرد عزم بر عصیان محض، مستحق عقوبت است، بدون ارتباط میان او و فعل متجری به، به این دلیل که تجری از امور جوانحی است (حائری یزدی، ۱۴۱۸، ۳۳۷).

۳. ثمره بحث

شاید تنها کسی که علاوه بر ترتب عقاب برای مسئله ثمره ذکر کرده، محقق عراقی باشد. وی می‌گوید: ثمره این بحث در عبادات ظاهر می‌شود و اگر قائل شدیم که تجری ذاتاً قبیح و مبعد است، هر چند اماره معتبر بر حرمت شیء اقامه شود، با تجری، عمل شخص قبیح شده و قابلیت تقرّب ندارد و فرد نمی‌تواند عمل را به قصد رجا انجام دهد. اما طبق مبنای شیخ انصاری که گفته تجری مجرد یک خبث باطنی و سوء سریره است و فعل خارجی قبحی پیدا نمی‌کند و نیز طبق مبنای محقق خراسانی که گفته منشأ عزم بر معصیت یک فعل نفسانی است و نه فعل خارجی، فعل خارجی به هیچ وجه متّصف به قبح نمی‌شود و این قابلیت وجود دارد که مکلف آن را به رجا و امید مطلوبیت انجام دهد (بروجردی نجفی، ۱۴۱۷، ۴۲/۳).

نقد ثمره

به نظر می‌رسد چنین ثمره‌ای کامل نیست و فعل عبادی در هر صورت باطل می‌شود؛ چرا که منظور از تقرّب و اتیان به خاطر مولا، این است که آن را به انگیزه

و خواست مولا انجام دهد؛ به دیگر سخن، حال مولا بر تقدیر فعل و انجام آن، بهتر از زمانی باشد که آن را ترک کرده و انجام ندهد؛ بنابراین، در فرض تنجّز حرمت بر مکلف، چگونه او فعل را به انگیزه و خواست مولا انجام می‌دهد؟ (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۱۷، ۶۶/۴). به عبارت دیگر از آن‌جا که در اتیان عبادت، قصد قربت شرط است، با انجام حرام و امید به خلاف آن، این قصد، تحقق‌پذیر نیست و عبادت بدون قصد قربت باطل است.

۴. تبیین ماهیت بحث تجزّی

پیش از تبیین ماهیت بحث، لازم است به گونه‌بندی تجزّی اشاره گردد. از دیدگاه شیخ انصاری تجزّی شش‌گونه است:

۱. مجرّد قصد معصیت؛ ۲. قصد عصیان با اشتغال و پرداختن به مقدمات آن؛ ۳. قصد معصیت با ارتکاب فعلی که نسبت به گناه بودنش قطع وجود دارد؛ ۴. ارتکاب فعلی که احتمال معصیت بودنش هست با امید به تحقّق معصیت؛ ۵. ارتکاب فعلی که احتمال معصیت بودنش هست؛ به دلیل بی‌مبالائی از انجام حرام؛ ۶. ارتکاب فعلی بدان امید که معصیت نباشد، اما ترس از معصیت بودن آن وجود دارد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۳۲

از این شش‌گونه، سه قسم نخست مجرای تجزّی است، ولی سه قسم دیگر با این شرط که جهل فاعل عذر عقلی یا شرعی نباشد، مجرا خواهند بود؛ مانند اینکه در شبهه محصوره وجوب یا تحریم جاهل معذور نیست؛ زیرا اگر جهل او از نظر عقل یا شرع عذر محسوب شود، احتمال معصیت تحقّق نمی‌یابد، اگرچه محتملاً با واقع مخالفت کرده باشد (انصاری، ۱۴۲۸، ۴۸/۱).

با این مقدمه باید گفت، بحث تجزّی از چند جهت قابل بررسی است که هر یک حکم و ماهیت خاصّ خود را دارد:

۱. آیا تجزّی با بقای فعل «متجزّی‌به» بر همان حالت مبغوضیت یا محبوبیت، موجب استحقاق عقاب است یا خیر؟ از این جهت تجزّی، بحثی کلامی خواهد بود (روزدری، ۱۴۰۹، ۲۷۲/۳؛ قوچانی، ۱۴۳۰، ۱۹/۲).

۲. قبیح بودن و نبودن فعل «متجرّی به» و مترتب ساختن حکم حرمت و عدم حرمت بر آن به واسطه قاعده ملازمه؛ تجرّی را از این جهت، اصولی می‌دانند؛ زیرا در این صورت، نتیجه بحث، کبرا برای مسئله‌ای فرعی واقع می‌شود (حائری یزدی، ۱۴۱۸، ۳۳۵؛ خراسانی، ۱۴۱۰، ۳۶) و ضابطه اصولی بودن یک مسئله، کبرای قیاس واقع شدن است.

۳. حرام شرعی بودن و نبودن «متجرّی به»؛ در این صورت تجرّی، بحثی فقهی است (خمینی، ۱۴۱۸، ۴۶/۶).

۱.۴. بررسی جوانب گوناگون

امام خمینی به دیدگاه دوم چنین اشکال می‌کند: این قاعده (ملازمه) بر فرض تام بودنش تنها در سلسله علّت و احکام و مبادی آن مانند مصالح و مفساد درست است و در سلسله مسبّبات مانند اطاعت و عصیان صحیح نیست و قبیح بودن مخالفت قاطع با قطع خود، تنها در سلسله مسبّبات و نتایج جای دارد نه در علّت و مقدّمات. به عبارت دیگر، قبح تجرّی مانند قبح معصیت و حسن اطاعت در زمره مسبّبات و معلول‌های احکام شرعی قرار دارد و قاعده ملازمه شامل آن نمی‌شود، این لازم می‌آید که در معصیت و اطاعت، دو معصیت و اطاعت وجود داشته باشد: یکی معصیت و اطاعتی که به خاطر مخالفت نهی مولا یا موافقت امر او صورت می‌گیرد و دیگری به خاطر موافقت یا مخالفت‌هایی که از حکم عقل کشف می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۴۶/۱).

برخلاف این دیدگاه، محقّق نائینی در این خصوص دو نظریه دارد: اول اینکه بحث در مسئله تجرّی پیرامون این نکته است که آیا برای ادله احکام مثل «خمر بر شما حرام شد» اطلاقی هست که شامل موردی بشود که علم به خمریت هست؛ اما در واقع خمر نیست؟ مسئله در این صورت اصولی خواهد بود؛ زیرا بحث از اطلاقی دلیل و عدم آن، از مسائل اصولی است. دوم اینکه این بحث وقتی در خطابات شرعی واقع شود، در هر دو صورت موافقت و مخالفت قطع با واقع، بحث تجرّی، مسئله‌ای اصولی خواهد بود (کاظمی، ۱۳۷۶، ۳۷/۳).

امام خمینی با ردّ نظر نائینی، درباره دیدگاه اوّل می گوید: بحث از حجّیت و عدم حجّیت اطلاق، گرچه از مسائل اصولی است؛ اما بحث از وجود اطلاق برای دلیل یا تحقّق آن - کما فی ما نحن فیه - بحثی صغروی است و امثال بحث صغروی، از زمره مسائل اصولی شمرده نمی شوند (تقوی اشتهاردی، ۱۴۱۸، ۲۳/۳). به اعتقاد ایشان، «مسائل اصولی، همان کُبریاتی اند که در مسیر تحصیل و استنباط احکام فرعی (فقه) مورد استفاده قرار می گیرند؛ مانند بحث از حجّیت اصالت اطلاق نه بحث از شمول آن نسبت به موردی خاصّ. در غیر این صورت بیشتر مباحث فقهی داخل در اصول می شوند؛ چرا که در مسئله ای از مسائل فقهی کم اتفاق می افتد که بحث از شمول عموم یا اطلاق نسبت به برخی موضوعات واقع نشود» (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۴۷/۱). امام با ردّ اصولی بودن تجرّی (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۴۸/۱) در جایی دیگر فقهی بودن تجرّی را نیز ردّ می کند؛ زیرا تعلّق حکم شرعی به حرمت آن درست نیست؛ به این دلیل که فرض صحّت آن به واسطه ملاک و مناط جرّائی است که در معصیت حاصل می شود که البته در این صورت مستلزم عدم تناهی خواهد بود؛ یعنی لازم می آید که عبد مستحقّ عقوبات نامتناهی گردد (سبحانی، ۱۴۲۳، ۲۹۹/۲).

به نظر می رسد امام خمینی داخل نبودن تجرّی در علم اصول را روی این فرض متمرکز کرده که بحث روی یک خطاب یا اطلاق دلیل خاص باشد که به همین دلیل یک مسئله جزئی است و از مسائل علم اصول نیست، در حالی که با دقت در کلام محقّق نائینی می توان دریافت وی بحث را روی یک خطاب یا اطلاق دلیل خاص متمرکز ننموده؛ بلکه بحث این است که آیا همه خطابات موجود - مثلاً در باب محرّمات - شامل متجرّی هم می شود یا خیر؟ از این گذشته موارد دیگری نظیر همین مورد در علم اصول وجود دارد که از مسائل آن محسوب می شود؛ مانند موضوع خطابات شفاهی که مورد این پرسش است که آیا خطابات شفاهی شامل افراد غائب و معدوم نیز می شود یا خیر؟ پس همان طور که این مطلب یک بحث اصولی است، اینجا هم که از شمول اطلاقات نسبت به متجرّی بحث می شود، باید بحثی اصولی باشد.

۲.۴. نظر مختار

به چند دلیل دیدگاه سید مصطفی مبنی بر فقهی بودن تجرّی (خمینی، ۱۴۱۸، ۴۶/۶) صحیح تر به نظر می‌رسد: اول اینکه، بحث در تجرّی پیرامون حرمت و عدم حرمت آن است. دوم اینکه، در مورد استحقاق عقوبت عبد بحث می‌شود که عبد این استحقاق را دارد یا نه تا بتوان حکم فسق و آثار آن مثل عدم قبول شهادت او را مترتب ساخت؛ سوم اینکه، می‌توان با ادعای کاشفیت عقل در مورد آن نسبت به حرمت شرعی قائل به فقهی بودن شد. پس از مصادیق این قاعده کلی می‌شود: «هر کاری که از نظر عقل قبیح باشد، در صورت ارتکاب، عبد مستحق عقوبت نسبت به آن خواهد بود».

۵. بقای فعل «متجرّی به» بر عنوان واقعی خود

در اینکه فعل «متجرّی به» به سبب قصد سوء، تبدیل به حرام شرعی یا قبیح عقلی نمی‌شود، اشکالی وجود ندارد؛ زیرا فعل بواسطه تعلق قطع به آن از عنوان واقعی‌اش تغییر نمی‌کند. سرّ مسئله آن است که قطع جنبه طریقت دارد و مصلحت‌ساز یا مفسده‌آور نیست؛ بلکه فقط برای نشان دادن اموری که مصلحت یا مفسده دارند طریقت دارد. بنابراین فعل «متجرّی به» یا «منقاد به» به همان حالت قبل از تجرّی و انقیاد باقی خواهند ماند؛ یعنی در تجرّی، حلیّت آن به حرمت و محبوبیت آن به مبغوضیت، و در انقیاد، حرمت آن به حلیّت و مبغوضیت به محبوبیت تبدیل نمی‌شود. به بیان علمی؛ در تجرّی، قبح فاعلی مطرح است نه قبح فعلی؛ زیرا فرض این است که در صورت عدم اصابت قطع به واقع، فعل نه تنها قبیحی ندارد که حسن نیز دارد. در انقیاد نیز حسن فاعلی مطرح است نه فعلی؛ زیرا فرض این است که در صورت عدم اصابت به واقع، فعل نه تنها حسن ندارد، بلکه قبیح نیز می‌باشد (صالحی مازندرانی، ۱۳۸۲، ۳۵/۵).

محقق خراسانی بر این نظر سه دلیل اقامه می‌کند:

۱. قطع به حسن (در انقیاد) یا قبح (در تجرّی) از عناوینی نیست که چیزی را حسن یا قبیح کند و ملاک برای محبوبیت یا مبغوضیت نیز نمی‌باشد.

۲. محال است که قطع، فعلی را از محبوبیت به مغبوضیت یا بر عکس سوق دهد.
۳. فعلی که تجرّی یا انقیاد به واسطه آن حاصل می شود، به عنوان اینکه مقطوع الحرمه یا متیقّن الوجوب هستند، اختیاری و ارادی نبوده تا متّصف به حسن یا قبح شوند؛ چرا که قاطع فعل را قصد نمی کند جز با همان عنوان استقلالی واقعی که دارد، نه به عنوان عارضی و آلی که پس از تعلّق قطع به آن حادث گردیده است؛ بلکه اساساً این عنوان طاری غالباً مورد التفات و توجّه نمی باشد (خراسانی، ۱۴۳۴، ۱۳/۲).

ایشان در جای دیگر می نویسند: «گاهی از متجرّی اصلاً فعل اختیاری سر نمی زند؛ زیرا آنچه قصد کرده، واقع نشده و آنچه واقع شده، مقصود وی نبوده است» (خراسانی، ۱۴۱۰، ۳۷).

امام خمینی نسبت به این نظر محقّق خراسانی ایراد می کند و می نویسد: «در این مطلب اشکال وجود دارد؛ البته نه از آن جهتی که برخی گفته اند که التفات به علم از کامل ترین نوع التفات است، بلکه خود التفات است و نیازمند التفاتی دیگر نیست (کاظمی، ۱۳۷۶، ۴۵/۳)؛ چرا که این سخنی خطابی است و قابلیت استماع را ندارد، بلکه به این دلیل که بداهت و وجدان شهادت می دهند که فرد قاطع، زمان قطع همه توجّه خود را نسبت به «مقطوع به» مبذول داشته است و قطع او به نظر استقلالی بدون توجّه به آن بوده و نظر به قطع به صورت آلی و به واقع «مقطوع به» به صورت استقلالی می باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۴۸/۱).

در حقیقت ایشان اشکال خود را چنین مطرح می کند: عناوینی که مورد غفلت و بی توجّهی واقع می شوند، دو گونه اند:

(الف) مواردی که حتی با نظر و توجّه ثانوی هم امکان التفات به آن ها وجود ندارد؛ مثل عناوین نسیان و تجرّی.

(ب) مواردی که امکان التفات هر چند با توجّه و نظر ثانوی وجود دارد؛ مثل عناوین قصد و علم.

حال اگر از موارد دسته نخست باشد، نمی توان آنان را مخاطب قرار داد و امکان ندارد که خطاب به آن ها اختصاص یابد. برای همین - مثلاً - نمی توان گفت: «اینها

النَّاسِي الجزء الفلانی إفعل كذا» یا «إيَّها المتجرّی فی كذا إفعل كذا»؛ زیرا با نفس این خطاب از این عنوان خارج شده و تحت عنوان مقابل آن مندرج می‌شود. البته خطاب به کمک عناوینی که ملازم آن عناوین هستند، امکان‌پذیر است. اما اگر از دسته دوم باشند، مانعی از تعلّق خطاب به آن‌ها وجود نخواهد داشت؛ بنابراین، فردی که به وجود خمر علم دارد، به صورت توجه استقلالی با توجّه و نظر ثانوی متوجّه علم خود می‌شود. وقوع علم در شریعت در حالی که به احکام زیادی تعلّق می‌گیرد، بر این مطلب و مدعا دلالت دارد؛ مثل «كُلُّ شَيْءٍ نَظِيفٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذِرٌ؛ هر چیزی پاک است تا وقتی که بدانی ناپاک است» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۳/۴۶۷) و مثل حکم کردن به اینکه فردی که قصد ده روز می‌کند، نماز او تمام است (کلینی، ۱۴۲۹، ۵۰۴/۶) با اینکه نسبت قصد به مقصود همانند نسبت علم به معلوم است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۱/۴۹؛ نیز ر.ک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ۱/۳۷۹؛ سبحانی، ۱۴۲۳، ۲/۳۰۰).

بنابراین، باید گفت که میان عدم امکان التفات به طور کلی و میان التفاتی که امکان توجّه به آن وجود دارد، تفاوت روشن است.

بازخوانی انتقادی
دیدگاه محقق خراسانی
در تجرّی با تکیه بر نظرات
امام خمینی

۱۳۷

۶. اختیاری بودن یا نبودن اراده

مسئله اختیاری بودن اراده از جمله مسائلی است که درباره آن اختلاف نظر وجود دارد. از جمله اشکالات وارد در باب اراده، حادث بودن آن است. اراده انسانی وقتی که از خارج اسباب و عللی که به اراده قدیم منتهی می‌شود، بر آن وارد شود، به وقوع پیوستنش واجب می‌شود؛ چه عبد آن را اراده کند یا نکند. در این صورت عبد در اراده خود مضطر است: «وَمَا تَشَاؤُنَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ» (انسان: ۳۰). در این صورت، افعال انسان چگونه بر اراده او مبتنی می‌شود وقتی که اراده او به اراده خودش نیست (ر.ک: موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۱/۶۱).

حال این اشکال مطرح می‌شود که عقاب و ثواب باید بر عمل اختیاری مترتب شود، در حالی که اراده یک امر اختیاری نیست، پس نباید عقاب بر اراده و عزم معصیت مترتب گردد. محقق خراسانی در پاسخ می‌نویسد: «اگر چه خود اختیار،

اختیاری نیست ولی برخی از مبادی آن غالباً وجودشان مستند به اختیار است، چون به واسطه تفکر در عقوبت و سرزنشِ مترتب بر فعلی که عزم بر آن نموده، از ترک و اختیار فعل متمکن بوده و به این ترتیب، اقدام بر فعل، مستند به اختیار فرد می‌باشد (خراسانی، ۱۴۳۴، ۱۴/۲).

به نظر می‌رسد پاسخ محقق خراسانی درست نباشد؛ زیرا اگر فرض شود که اختیاری نیست، مخالف کلام اوست و اگر فرض بر اختیاری بودن باشد، مجدداً همان اشکال رخ می‌نماید که آیا مسبوق به اراده است یا خیر؟ گذشته از این اشکال، کاربرد واژه «غالباً» در کلام وی مبین آن است که ایشان پذیرفته است که در بعضی از موارد، عزم بر عمل هم اختیاری نیست و غیراختیاری است.

امام خمینی در مقام پاسخ به این اشکال تمام سخن را بر فعل اختیاری متمرکز نموده که ظاهراً این را از عبارات صدرالمتألهین برداشت کرده است. ملاصدرا می‌نویسد: «مختار، شخصی است که فعلی را که انجام می‌دهد به اراده‌اش باشد، نه اینکه کسی باشد که اراده او هم ارادی باشد وگرنه لازم می‌آید که اراده حق تعالی عین ذات خدا نباشد» (صدرالمتألهین شیرازی، ۱۹۸۱، ۳۸۸/۶).

در هر صورت، امام خمینی در ادامه سخن خود چنین می‌گوید: روشن است که فعلی که از روی اختیار صادر می‌شود، موضوع برای درستی عقوبت است. همه عقلا هم به مجرد اینکه کاری مخالف با دستورات مولا از روی اختیار صورت گیرد، به استحقاق عقاب حکم می‌کنند. خاستگاه مشکل همین جاست که فعل اختیاری به فعلی که دارای مبادی اختیاری است، تعریف شده است. این در حالی است که عقلا به اختیاری بودن مبادی و ارادی بودن آن‌ها و چگونگی وجودشان توجهی ندارند؛ بلکه توجه آن‌ها به صدور فعل معطوف است. (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۶۴/۱).

ایشان در ادامه می‌افزاید: اگر بپذیریم فعل اختیاری آن است که مبادی آن هم باید اختیاری باشد، می‌گوییم: «عقلا در باب عقوبت، اختیاری به معنای ادعا شده را لازم نمی‌بینند و معتقدند که صحت عقوبت از جمله مواردی است که عقل بر آن صحه گذاشته است؛ البته باید دانست که صرف صدور فعل از روی اراده، نمی‌تواند

موضوع حکم عقل برای صحت عقوبت باشد... موضوع در واقع صدور فعل از روی اختیاری است که از تمیز خوب از بد ناشی می‌شود... بنابراین، میان اراده و اختیار تفاوت وجود دارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۶۵/۱).

از امام خمینی نقل شده که گفته است، اینکه برخی از مبادی اختیار غالباً وجودشان به صورت اختیاری می‌باشد، سخن تامی نیست (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ۳۸۴/۱). وی ضمن بیان تحقیقی مفصل اشکال اساسی یادشده در مسئله را حل می‌کند و می‌نویسد: افعال اختیاری که از فرد سر می‌زند، دو گونه است:

الف) دسته‌ای از افعال که توسط آلات و وسایل صادر می‌شوند؛ مانند کتابت، رنگرزی و بنایی. در این قبیل موارد نفس در مرحله نخست، فاعل و برانگیزاننده حرکت و در مرحله دوم فاعل برای اثر حاصل از آن خواهد بود؛ بنابراین، بنا تنها سنگ‌ها و چوب‌ها را از محلی به محل دیگر جابه‌جا کرده، آن‌ها را طبق نظمی خاص قرار می‌دهد و از این حرکت، هیئت و شکل خاصی به وجود می‌آید. البته این نظم و هیئت خاص جز به صورت عرضی از افعال انسان تلقی نمی‌گردد و آنچه به کمک آلات و وسایل آن را انجام می‌دهد، همان حرکتی است که: *أولاً* به وسیله عضلات و ثانیاً به وسیله اجسام و وسایل صورت می‌گیرد. در این کار میان نفس مجرد و کار و فعل، مبادی و حلقه اتصالی مانند: تصور عزم و تحریک عضلات وجود دارد.

ب) دسته‌ای از افعال که بدون واسطه یا به کمک واسطه‌ای غیر جسمانی صادر می‌شوند؛ مانند برخی تصوّراتی که تحقق آن‌ها به فعالیت و ایجاد نفس می‌باشد؛ همانند اینکه نفس مهندس، شکلی بدیع هندسی اختراع نماید؛ زیرا نفس با اینکه با علم و اراده و اختیار فعال می‌باشد؛ اما این مبادی به نحو تفصیل مثل مبادی افعالی که با آلات و وسایل جسمانی حاصل می‌شوند، نمی‌باشد؛ زیرا بدیهی است که آفرینش و خلق تصور در نفس، نیازمند تصور، تصدیق به فایده آن، شوق، عزم و تحریک عضلات نیست، بلکه واسطه‌گری این حلقه اتصال میان آن و نفس ممکن نیست؛ چرا که امکان ندارد تصور، مبدأ برای تصور باشد، بلکه خود آن به کمک خلاقیت

نفس ایجاد می‌شود و این خلاقیت نسبت به تصور، فاعل بالعنایه^۱ بلکه فاعل بالتجلی^۲ است؛ زیرا خلاقیت، مجرّد است و مجرّد، واجد فعلیات مواردی است که در مرتبه ذات معلول آن هستند. بنابراین، خلاقیت آن نیازمند تصور زائد بلکه واجبیّت ذاتی در مرتبه تجرّد ذاتی وجودی آن نیست؛ چنان که نیازی به اراده، عزم و قصد زائد بر نفس نیز ندارد. پس از این مقدمه باید گفت که: عزم، اراده، تصمیم و قصد از افعال نفس است، ولی وضعیت آن‌ها با شوق و محبّت که از امور انفعالی‌اند، متفاوت است. بنابراین، نفس، مبدأ اراده و تصمیم است، ولی این مبدأ بودن آن به‌توسط آلات و وسایل جسمانی نمی‌باشد؛ بلکه نفس بدون واسطه جسمانی، اراده را ایجاد می‌کند و آنچه حال و وضعیتش در صدور آن از نفس چنین است، نمی‌توان میان آن و نفس، اراده زائدی تصور نمود، بلکه نفس، ایجادکننده اراده به کمک علم و توجّهی است که در مرتبه ذات و نیز به کمک عزم، اراده و اختیار حاصل در همان مرحله است؛ زیرا نفس مبدأ و نقطه آغاز آن بوده و نسبت به اراده، فاعل الهی محسوب می‌شود. فاعل الهی نیز به‌صورت اعلی و کامل اثر آن را ایجاد می‌کند. پس همان‌گونه که مبدأ و نقطه آغاز برای صور علمی که واجد آن در مرحله ذات بسیط آن به‌طور کامل و تامّ است، همان‌گونه هم فاعل اراده است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ۵۳).

۷. نقد سخن محقق خراسانی در معنای بُعد و قرب

محقق خراسانی در خلال تبیین بحث به اشکالاتی که به نظرات وی وارد می‌شده نیز اشاره کرده است. از جمله اشکالات مذکور یکی این است که عزم و قصد انجام یک عمل، از مبادی اختیاری بوده؛ در صورتی که خودشان اختیاری نیستند؛ چرا که در غیر این صورت موجب تسلسل خواهد بود. به دیگر سخن برای انجام یک عمل شش مقدمه نیاز است، که می‌توان آنان را چنین برشمرد: خطور عمل، تصوّر فایده، تصدیق فایده، شوق اکید، جزم و عزم.

حال در مقام اشکال می‌توان گفت: اگر اختیار بخواید ایجاد شود، نیاز به بوجود

۱. فاعل بالعنایه، فاعلی دارای شعور است که نیاز به انگیزه زائد بر ذات نداشته باشد (رک: مصباح یزدی، ۱۳۹۰، ۲/۱۲۳).

۲. فاعل بالتجلی، فاعلی است که در مقام ذات خودش علم تفصیلی به فعل داشته باشد (رک: مصباح یزدی، ۱۳۹۰، ۲/۱۲۳).

آمدن مقدمات مذکور است که جزم و عزم هم از آن‌ها بودند و روشن است که نفس مقدمات، خارجی و اختیاری نمی‌باشند؛ چرا که اگر جزم و عزم اختیاری باشند، معنایش آن است که خود این جزم و عزم عملی، جزم و عزم دیگر می‌خواهد چون از مبادی فعل اختیاری هستند و به همین شکل ... در حالی که این مصداق تسلسل می‌باشد. بنابراین مبادی اختیار مانند خود اختیار، اختیاری نبوده و چیزی هم که اختیاری نباشد، عقاب بر آن مترتب نخواهد شد.

وی دو پاسخ به این اشکال می‌دهد: یکی اینکه گرچه خود اراده و اختیار، ارادی و اختیاری نیست؛ اما برخی از مقدمات و مبادی اختیار، اختیاری‌اند. دیگر آنکه بر فرض غیر اختیاری بودن اشکال ندارد کسی به خاطر یک امر غیراختیاری که ریشه در ذات او داشته باشد، عقاب شود و از این جهت به خداوند ارتباطی نخواهد داشت. وی می‌نویسد: «حسن مؤاخذه و عقوبت از لوازم دور شدن عبد از ساحت مولا است که به وسیله تجرّی به وجود می‌آید؛ چنان که همین عقوبت و مؤاخذه از لوازم عصیان است ...؛ نیز هیچ بُعدی ندارد که موجب حسن عقوبت نیز بشود؛ حتی اگر این ایجاب در اختیارش نباشد، ولی نفس سوء سریره که به حسب نقصان و اقتضای استعداد اشخاص ذاتاً و امکاناً متفاوت است، موجب و باعث آن می‌باشد؛ پس ذات شخص علت العلل است و وقتی سخن در ذات جاری می‌شود، سؤال از علت تمام می‌شود و سلسله علل و معلول به پایان می‌رسد و دیگر سؤال نمی‌شود که چرا انسان، دارای سعادت و شقاوت شده است. از این رو سؤال نمی‌شود چرا کافر و عاصی، کفر و عصیان و مؤمن و مطیع، ایمان و اطاعت را انتخاب و اختیار کرده‌اند؛ زیرا مثل این سؤال است که چرا الاغ، ناهق شده و انسان، ناطق. پس همان‌طور که از ناطق شدن انسان و ناهق شدن الاغ، سؤال نمی‌شود (زیرا ذاتی آن‌ها است) از اختیار کفر و ایمان توسط شخص نیز سؤال نمی‌شود (خراسانی، ۱۴۳۴، ۱۴/۲).

امام خمینی پیش از نقد این سخن می‌نویسد: «قرب و بُعد نسبت به خداوند، گاهی از کمال وجود و نقص آن انتزاع می‌شود ... و گاهی از مقام تکامل عبد به کمک طاعات و عبادات و یا نقطه مقابل آن به کمک عصیان و تجرّی. بنابراین به عبد، مطیع گفته می‌شود؛ زیرا نسبت به ساحت مولا قرب دارد و متجرّی گفته

می‌شود؛ چرا که دور از ساحت ربوبی مولا است. ظاهراً مقصود محقق خراسانی از قرب و بعد مطرح در کلامشان همین برداشت باشد. چکیده نظر محقق خراسانی آن است که تفاوت مردم در استحقاق بهشت و دوزخ و پاداش و مجازات و رسیدن به شفاعت و عدم آن، قرب آن‌ها به کمک اطاعت و انقیاد نسبت به خداوند و بُعد آن‌ها به کمک تجزّی و معصیت نسبت به ذات ربوبی است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۶۹/۱).

امام در ادامه می‌نویسد: «قرب و بُعد دو امر اعتباری‌اند که از طاعت و عصیان انتزاع می‌شوند. با اینکه استحقاق عقوبت و پاداش از پیامدهای نفس طاعت و انقیاد و تجزّی و عصیان است و تنها عقل است که بدون توجّه به قرب و بُعد، حکم به استحقاق بنده مطیع یا بنده گناهکار می‌کند. گذشته از این، سخن محقق خراسانی دارای تشویش است. در ابتدای بحث می‌نویسد که متجزّی مستحقّ عقوبت بر تجزّی خود و حریم شکنی نسبت به مولا است و پس از بیان اشکالات و ارائه پاسخ به آن‌ها، معتقد است که تجزّی سبب بُعد از ساحت مولا است و این باعث عقوبت می‌شود و سپس اضافه می‌کند اینکه تجزّی موجب بُعد و حسن عقوبت است، هر دو در یک عرض است و سپس تصریح می‌کند که تفاوت انسان‌ها در قرب و بعد سبب اختلاف آنان در استحقاق عقوبت و پاداش است و در پایان بحث هم می‌گوید منشأ استحقاق عقوبت، حریم شکنی مولا است (خراسانی، ۱۴۳۴، ۱۷-۱۲/۲). ملاک اختیاری بودن حسن و قبح که به آن اشاره کردیم، به نوعی در سخن محقق خراسانی متجلی می‌شود که گفته است تجزّی هر چند به اختیار نباشد، بوسیله سوء سریره موجب عقوبت می‌شود و نیز معلوم می‌شود فعلی که ملاک حسن عقوبت نزد عقل و عقلاست، همان فعل از روی اختیار است؛ یعنی فعلی که اثر اختیار و منشأ آن اختیار باشد. اما مسئله بد طینتی و خبث باطن و نقصان وجود و استعداد، از مواردی نخواهد بود که از نظر عقل موجب عقوبت شود؛ البته بعید نیست که برخی از مراتب و مراحل ظلمت و وحشت جهالت افراد از پیامدهای بد طینتی یا خبث باطن باشد ولی این موارد ذاتی نیستند؛ بلکه در صورت تلاش فرد همگی قابل زوال و ازاله است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۶۹/۱).

۸. نقد سخن محقق خراسانی در قاعده «الذاتی لا یعلل»

محقق خراسانی معتقد است که وقتی حسن عقوبت منتهی به سوء سریره و خبث باطن گردید، اشکال مرتفع شده و دیگر جای پرسش از علت وجود نخواهد داشت؛ چرا که سوء سریره و خبث باطن همان شقاوت ذاتی است و ذاتیات برای ذات، ضروری الثبوت هستند (خراسانی، ۱۴۳۴، ۹۹/۱ و ۱۵/۲). در مجموع ایشان معتقد است که تفاوت افراد در قرب و بُعد از مقام ربوبی، در اختلاف آن‌ها از حیث استحقاق بهشت و دوزخ است که این تفاوت ذاتی بوده و ذاتیات دارای علت نیستند. امام خمینی در مقام نقد این دیدگاه، جهت روشن کردن خلط مبحث محقق خراسانی و مقصود از ذاتی در قاعده «الذاتی لا یعلل و العرضی یعلل» و رفع اشکال، مقدماتی ذکر می‌کند:

۱. منظور از ذاتی در این قاعده، ذاتی باب برهان است که قابل انفکاک از ذات نیست، اعم از اینکه جزء ذات باشد (یعنی همان ذاتی باب ایساغوجی) و یا خارج از آن و ملازم ذات باشد.

۲. وجود، عوارض و اوصاف وجود داخل در ذات یک ماهیت امکانی نیستند. بدین معنا که ماهیت امکانی وجود ندارد تا بتوان گفت وجود یا عوارض وجود، داخل در ذات آن است؛ بر این اساس، یک ماهیت ممکن مانند انسان اگر بخواهد موجود شود، نیازمند علت است؛ بنابراین وجود، خارج از ذات است. در مورد خداوند نیز چون وجود او عین ذات اوست، پس نیاز به علت ندارد.

۳. ماهیات با لوازمشان اصلاً منشأ آثار نیستند. ماهیت نمی‌تواند علت یا معلول واقع شود؛ اگر هم در موردی گفته شود فلان ماهیت علت فلان چیز است، از باب تسامح است.

۴. هر جمال، کمال و خیری بازگشت به وجود دارد؛ بدین معنا که هر چیزی که بخواهد این عناوین را داشته باشد، می‌بایست به وجود منتهی گردد و ماهیات تنها امور اعتباری اند و هیچ حقیقتی ندارند و ماهیت «کَسْرَابٍ بِقِيعَةٍ يَحْسَبُهُ الظَّمَانُ مَاءً» (همچون سرابی است در یک کویر که انسان تشنه از دور آن را آب می‌پندارد!) (نور: ۳۹).

۵. دو گونه سعادت وجود دارد: سعادت عقلی و سعادت حسی ظنی. سعادت

از سنخ وجود و کمال وجودی است. تحقیق مسئله آن است که سعادت مساوی با وجود است و در ماهیات اعتباری و ذاتیات اختراعی، اصلاً سعادت و خیری وجود ندارد. حال که خیر و سعادت مربوط به وجود است، هر اندازه که وجود کامل تر و اتم باشد، سعادت هم کامل تر است. اما شقاوت نیز بر دو گونه است: یک نوع شقاوتی است که در مقابل امر وجودی است و به عدم و نقصان بر می گردد؛ و نوع دوم، شقاوت کسبی است که از جهل مرگب، عقائد فاسد، اوهام خرافی در عقاید، رذائل و اخلاق بد مانند: کبر، حسد، نفاق و ... بدست می آید. از این نوع شقاوت، یک صورتی در نفس انسان و یک باطنی در ملکوت بوجود می آید؛ و در نتیجه، یک امر عدمی نبوده و بهره‌ای از وجود دارد و همین صورت نفسی که یک ملکوتی هم در عالم دارد، در عالم آخرت ظاهر می شود. آن زمان، زمان ظهور ملکات نفس است و مسئله عذاب و حتی جاودانگی در عذاب، بستگی به همین صورت نفسانیه‌ای دارد که انسان به عنوان شقاوت برای خودش حاصل کرده است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۷۳/۱. نیز ببینید: تقوی اشتهاردی، ۱۴۱۸، ۴۳/۳، فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ۳۸۷/۱).

در نتیجه طبق این مقدمات، سعادت و شقاوت از سنخ وجود است. از سوی دیگر سعادت و شقاوت هر دو در انسان موجود می شوند، و وقتی که مربوط به عالم وجود هستند، دیگر ارتباطی به ذات و ذاتیات پیدا نمی کنند، و قاعده «الذاتی لا یُعْلَلُ» شامل آن نمی شود؛ چرا که این قانون، مربوط به خود ذاتیات است، و اما آنچه که مربوط به وجود است، نیاز به علت دارد و علتش باید محقق شود تا موجود شود. بنابراین، نظر امام خمینی در برابر محقق خراسانی، اشکال در اصل استناد به این قانون است؛ چرا که قاعده «الذاتی لا یُعْلَلُ» ربطی به مسئله سعادت و شقاوت که از سنخ وجود هستند، ندارد.

۹. بررسی نزاع در وحدت یا تعدد عقاب در معصیت

این بحث در موارد مصادفت تجزّی با معصیت قابل طرح است که آیا دو عقاب مترتب است یا یک عقاب و نیز بنابر مبنای کسانی پیش می آید که قائل به عقاب در

تجری هستند وگرنه بر مبنای امثال شیخ اعظم و محقق نائینی این بحث مجال طرح ندارد.

بررسی اقوال و نقد آن‌ها

در مجموع نسبت به این مسئله چهار نظر قابل دسترسی است:

۱. نظر صاحب فصول (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴، ۸۷): سبب، متعدد اما منشأ عقاب واحد است.

۲. دیدگاه محقق خراسانی (خراسانی، ۱۴۳۴، ۱۷/۲) و ظاهر سخن محقق خویی (خویی، ۱۴۱۷، ۳۱/۱): هتک حرمت مولا سبب عقاب است و سبب و عقاب واحدند.

۳. نظر محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۲۹، ۴۵/۳): سبب و عقاب واحد است، اما این سبب واحد، فعل نفسانی نیست؛ بلکه فعل متجری به خارجی است.

۴. نظر امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۸۹/۱): چون سبب متعدد است، باید عقاب هم متعدد باشد.

شیخ انصاری در نقد نظر صاحب فصول که در وقوع معصیت قائل به تعدد عقاب است؛ یکی نسبت به ارتکاب حرام و دیگری نسبت به تجری که البته تداخل می‌کند (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴، ۸۷): می‌گوید: اگر منظور از تداخل و تعدد، این است که یک عقاب بیشتر نیست، باید گفت شما خود از افرادی هستید که برای عنوان تجری قائل به عقوبت مستقل هستید. حال اگر یک عقاب باشد، این یک عقاب برای تجری است یا معصیت واقع؟ به هر کدام که نسبت دهید، ترجیح بلا مرجح است. از سوی دیگر اگر منظور از تداخل، ازدیاد کیفر است، این تداخل نیست؛ بلکه یک قانون کلی است که عمل دارای یک عنوان قبیح، یک عقاب و عملی که دو عنوان قبیح داشته باشد، دو عقاب خواهد داشت (انصاری، ۱۴۲۸، ۴۵/۱).

محقق خراسانی با تعمق بیشتری در نقد نظر صاحب فصول می‌نویسد: مخفی نماند که در معصیت حقیقی، بیشتر از یک منشأ برای استحقاق عقوبت وجود ندارد و آن عبارت است از هتک حرمت مولا و غیر از این معنا، سبب دیگری برای عقاب

وجود ندارد. از این رو، وجهی جهت استحقاق عاصی برای عقاب متعدّد در میان نیست، چنان که وجهی برای تداخل دو عقاب به فرض استحقاق آن وجود نداشته و سببی برای توهم آن سراغ نداریم مگر وضوح این معنا که در معصیت واحد بیش از یک عقوبت نباید باشد، برای همین قائل به تداخل است. زیرا دو سبب برای عقاب قائل است و از طرفی یک عقاب بیشتر ثابت نیست. لاجرم وی چاره‌ای ندیده مگر آنکه ملتزم به تداخل دو عقاب گردد. این در حالی است که از این نکته غفلت نموده که وحدت مسبب یعنی عقاب، خود به نحو دلیل انّی از وحدت سبب کشف می‌کند. یعنی از وحدت عقاب باید کشف نمود که یک عصیان بیشتر واقع نشده است (خراسانی، ۱۴۳۴، ۱۷/۲). در حقیقت محقق خراسانی در مقام ردّ توهم صاحب فصول، در صغری و کبرای قضیه او خدشه وارد می‌کند. برای تبیین نظر ایشان باید گفت که عصیان بر دو گونه است: حقیقی (مثل اینکه شخصی واقعاً شرب خمر کند) و حکمی (مثل اینکه شخصی مایعی را به قصد شرب خمر می‌نوشد که در واقع سرکه است).... در نقد صغری و کبرای نظر صاحب فصول دو پرسش قابل طرح است: اوّل آنکه ملاک استحقاق عقوبت چیست؟ و دوّم اینکه، آیا این ملاک، یک چیز است یا دو چیز؟ همان گونه که پیشتر گفته شد ملاک استحقاق عقوبت در عصیان حقیقی از دیدگاه محقق خراسانی، هتک حرمت مولا است و در تجزّی (عصیان حکمی) نیز ملاک همان است، لذا ملاک استحقاق در عصیان و تجزّی یک چیز است و چون ملاک واحد است، قطعاً استحقاق عقاب نیز واحد خواهد بود نه متعدّد تا اینکه متداخل شوند. این اشکال در صغری بود، وی ضمن اشکال در کبری می‌گوید: بر فرض که استحقاق عقوبت دو تا باشد، تداخل معنا ندارد. زیرا تداخل، خلاف اصل است و از اجماع هم نمی‌توان تداخل دو استحقاق عقاب را کشف نمود. از دیدگاه ایشان، صاحب فصول برداشت مناسب و درستی از اجماع نداشته است؛ با این توضیح که این گونه نیست که از اجماع بر واحد بودن عقوبت، کشف کنیم که استحقاق عقاب دو تا بوده و در یکدیگر تداخل کرده‌اند؛ بلکه از قیام اجماع بر عقوبت واحد کشف می‌شود که ریشه عقوبت، واحد بوده که همان هتک حرمت مولا می‌باشد (رک: صالحی مازندرانی، ۵/۱۳۸۲، ۵۵).

امام خمینی که نظر محقق خراسانی را خلاف بداهت دانسته، می نویسد: «لازمه این نظر آن است که برای «منهی عنه»، اصلاً مفسده اخروی تصور نشود و برای «مأموریه» نیز اصلاً مصلحت منظور نشود (یعنی بر مبنای سخن ایشان باید مصلحت و مفسده موجود در افعال نادیده گرفته شود. اما اگر اشکال شود که ثواب و عقاب بر قصد اطاعت مولا و هتک حرمت مولا مترتب می شود و فعل اقتضای ثواب و عقاب ندارد) باید گفت که البته این بر خلاف ارتکاز متشرعه^۱، آیات قرآن (عنکبوت: ۴۵؛ حج: ۲۷ و ۲۸) و روایاتی است که در باب ثواب و عقاب وارده شده اند (رک: صدوق، ۱۳۸۵، ۱/۲۴۷). حق آن است که تجزّی سببی مستقل است که عقوبات و پیامدهای مخصوص به خود را دارد. در معصیت و طاعت دو منشأ وجود دارد: در معصیت، منشأ اول همان است که در تجزّی نیز وجود دارد و آن هتک، ستم و خروج از زّی بندگی مولا است و منشأ دوم نیز فعل خارجی است که عنوان معصیت را دارد. در باب اطاعت نیز یک منشأ، انقیاد شخص است و منشأ دیگر هم عمل خارجی اوست (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۱/۸۹).

شاید در پاسخ از اشکال امام خمینی که حرف محقق خراسانی را خلاف ارتکاز متشرعه می داند؛ بتوان چنین گفت که در بین متشرعه مسئله تداخل به هیچ صورت مطرح نیست و در معصیت واقع جز یک عقاب وجود ندارد.... به دیگر سخن، در مورد وقوع معصیت می توان گفت به حکم عقل عنوان «هتک» در ضمن «فعل حرام» مدّ نظر قرار نمی گیرد؛ یعنی یا اصل «هتک» وجود نخواهد داشت؛ یا اگر هتکی وجود داشته باشد، در خود عمل مستور است که در هر حال فقط معصیت، منشأ و موضوع عقاب خواهد بود. نتیجه اینکه عقل می گوید در موردی که معصیت واقع وجود دارد و عمل شخص مصادف با واقع در می آید، عنوان هتک دیگر ملحوظ نیست، نمی گویند «هَتَكَ وَ فَعَلَ»؛ بلکه عقل فقط فعل را در نظر می گیرد. به دیگر سخن در این موارد یا باید گفته شود که اصلاً هتک نیست و یا اگر هتکی هست، در باطن عمل از بین می رود، و در هر دو صورت، تنها موضوع برای عقاب، معصیت

۱. ارتکاز متشرعه عبارت است از اینکه علاوه بر وجود سیره بر فعل یا ترک چیزی، نوع حکم آن در شعور و عمق ذهن جای گرفته باشد، هر چند منشأ آن ناشناخته باقی بماند (حکیم، ۱۴۱۸، ۱۹۴).

واقع خواهد بود. پس، تحقیق در مسئله این است که هر چند بپذیریم عقل هتک را سبب عقاب می‌داند، اما آن را مطلقاً سبب نمی‌داند. بنابراین، اگر کسی هم بپذیرد که تجزّی عقاب دارد، نتیجه این می‌شود که در صورت مصادفت عمل با واقع و این که عمل معصیت واقع باشد، مجالی برای نظریه تعدد عقاب نیست (رک: درس خارج اصول فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰/۰۶/۰۲ ش).

نتیجه‌گیری

از آنچه بیان شد، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. تجزّی به لحاظ ماهیت، یک مسئله فقهی است.
۲. به نظر می‌رسد تنها ثمره بحث از تجزّی، ترتّب و عدم ترتّب عقاب می‌باشد.
۳. وجدان شهادت می‌دهد فردی که قطع می‌یابد، در زمان قطع همه توجّه خود را نسبت به آنچه بدان قطع یافته به کار گرفته است. بنابراین فعل «متجزّی به» امری اختیاری و ارادی است.
۴. بر خلاف نظر محقّق خراسانی و برخی دیگر از فقها که قائل به حرمت تجزّی و استحقاق عقاب برای متجزّی شده‌اند؛ چنانکه امام خمینی و تعدادی دیگر از فقها به درستی معتقدند، ملازمه‌ای میان قبح شیء و استلزام حرمت و عقوبت، نیست و تجزّی حرمت و عقاب ندارد.

۵. محقّق خراسانی در معصیت حقیقی، قائل به تعدد عقاب نیست و معتقد است که بیشتر از یک منشأ برای استحقاق عقوبت؛ یعنی هتک حرمت مولا وجود ندارد؛ اما همانگونه که از سخنان امام خمینی برمی‌آید اگر تجزّی، خود سبب مستقّلی برای عقاب باشد در معصیت نیز به دلیل اینکه دو منشأ هتک حرمت و فعل خارجی را دارد باید دو عقاب باشد.

منابع

• قرآن کریم؛ ترجمه حسین انصاریان.

۱. آشتیانی، محمدحسن، (۱۴۲۹ق)، بحر الفوائد فی شرح الفرائد. بیروت، مؤسسه التاریخ

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی دوازدهم
پاییز ۱۳۹۷

۱۴۸

العربی، چاپ اول.

۲. ابن منظور، محمد بن مكرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب. بيروت، دارالفكر، دارصادر، چاپ سوم.

۳. اصفهانی، محمدحسین، (۱۴۲۹ق)، نهاية الدرايه في شرح الكفايه. بيروت، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، چاپ دوم.

۴. انصاری اراکي، محمدابراهيم، (۱۴۱۵ق)، جواهر الاصول. تقريرات درس آيت الله محمدباقر صدر، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات، چاپ اول.

۵. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۸ق)، فرائد الاصول. قم: مجمع الفكر الاسلامی، چاپ نهم.

۶. بروجردی نجفی، محمدتقی، (۱۴۱۷ق)، نهاية الافكار. تقريرات درس شيخ آغا ضياء عراقی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم.

۷. تقوی اشتهاردی، حسین، (۱۴۱۸ق)، تنقيح الاصول. تقريرات درس اصول امام خمینی. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.

۸. جلالی مازندرانی، محمود، (۱۴۱۴ق)، المحصول في علم الاصول. تقريرات درس آيت الله سبحانی، قم: مؤسسه الامام الصادق عليه السلام، چاپ اول.

۹. حائری اصفهانی، محمدحسین، (۱۴۰۴ق)، الفصول الغروية في الاصول الفقهيہ. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیہ، چاپ اول.

۱۰. حائری یزدی، عبدالکریم، (۱۴۱۸ق)، درر الفوائد. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ ششم.

۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ اول.

۱۲. حکیم، محمدتقی، (۱۴۱۸ق)، الاصول العامه في الفقه المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت عليه السلام، چاپ دوم.

۱۳. خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۰۷ق)، فوائد الاصول. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.

۱۴. —، (۱۴۱۰ق)، درر الفوائد في الحاشیه علی الفوائد. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.

۱۵. —، (۱۴۳۴ق)، کفايه الاصول. قم: مجمع الفكر الاسلامی، چاپ چهارم.

۱۶. خمینی، مصطفی، (۱۴۱۸ق)، تحریرات فی الاصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.

۱۷. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۷ق)، مصباح الاصول. مقرر: محمد سرور واعظ حسینی

- بهسودی، قم: مکتبه الداوری، چاپ پنجم.
۱۸. روحانی، محمدصادق، (۱۳۸۲ش)، زبدة الاصول. تهران: حدیث دل، چاپ دوم.
۱۹. روزدري، مولى على، (۱۴۰۹ق)، تقریرات آیت الله المجدد الشیرازی. قم: موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول.
۲۰. سبحانی، جعفر، (۱۴۲۳ق)، تهذیب الاصول. تقریرات درس اصول امام خمینی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۲۱. صالحی مازندرانی، اسماعیل، (۱۳۸۲ش)، شرح کفایه الاصول. قم: صالحان، چاپ اول.
۲۲. صدرالدین شیرازی، محمد، (۱۹۸۱م)، الحکمة المتعالیة فی الأسفار العقلیة الأربعة. بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ سوم.
۲۳. صدوق، محمدبن علی، (۱۳۸۵ش)، علل الشرایع. قم: صالحان، چاپ اول.
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۲۰ق)، معتمد الاصول. تقریرات درس اصول امام خمینی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۰۹ق)، کتاب العین. قم: هجرت، چاپ دوم.
۲۶. قوچانی، علی، (۱۴۳۰ق)، تعلیقه القوچانی علی کفایه الاصول. قم: بی نا، چاپ اول.
۲۷. کاظمی، محمدعلی، (۱۳۷۶ش)، فوائد الاصول. تقریرات درس محقق نائینی، قم: جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۲۸. کلینی، محمدبن یعقوب، (۱۴۲۹ق)، الکافی. قم: دار الحدیث، چاپ اول.
۲۹. مصباح یزدی، محمدتقی، (۱۳۹۰ش)، آموزش فلسفه. قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ اول.
۳۰. منتظری، حسین علی، (۱۴۱۵ق)، نهایه الاصول. تقریرات درس محقق بروجردی، تهران: تفکر، چاپ اول.
۳۱. موسوی خمینی، روح الله، (۱۴۱۵ق)، انوار الهدایه فی التعلیقه علی الکفایه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم.
۳۲. ———، (۱۳۷۹ش)، الطلب والاراده. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۳۳. هاشمی شاهرودی، محمود، (۱۴۱۷ق)، بحوث فی علم الاصول. تقریرات درس آیت الله محمدباقر صدر، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ سوم.
۳۴. پایگاه اطلاع رسانی آیت الله محمد جواد فاضل لنکرانی؛ www.fazellankarani.com



بحوث فقهية وأصولية فصلية محكمة

السنة الرابعة، الرقم المسلسل اثنى عشر؛ خريف ١٣٩٧ شمسي

مكتب الإعلام الإسلامي حوزة قم العلمية فرع خراسان رضوي

المدير المسؤول: مجتبی الهی الخراساني

رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم

أعضاء هيئة التحرير: (على أساس الحروف الهجائية)

مجتبی الهی الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية و الأستاذ المساعد بمركز آخوند الخراساني التخصصي)

محمد حسن الحائري (أستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

السيد عباس صالحی (الأستاذ المساعد بمعهد العلوم والثقافة الإسلامية)

سعيد ضیائی فر (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بمعهد العلوم والثقافة الإسلامية)

أبو القاسم علی دوست (أستاذ البحث الخارج والأستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)

أحمد مبلغي (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)

حسين ناصري مقدم (الأستاذ المشارك في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

المدير التنفيذي: هادي مصباح الهدی

سكرتير التحرير: السيد مصطفى إختراعی الطوسي

المحرر: عبد الله غلامي

ترجمة الملخص (إلى العربية): فريق شبكة الإجتهد

ترجمة الملخص (إلى الانجليزية): ابراهيم داوودي

التصميم: حامد إمامي

الطباعة والتجليد: مؤسسة بوستان كتاب

إستناداً إلى ترخيص رقم ٨٦٥٠ بتاريخ ٢٠ / ١٠ / ١٣٩٥ شمسي من قبل مجلس إعطاء الرخص و المنح العلمية للمنشورات والدوريات الحوزوية نالت فصلية بحوث فقهية وأصولية على مرتبة العلمية المحكمة.

اعتبار الاستصحاب الاستقبالي في استنباط الأحكام الشرعية

مجتبى إلهي الخراساني
امير زاهدي

الملخص

يعد الاستصحاب من الأدلة التي تستخدم في استنباط الأحكام الشرعية على نطاق واسع. ومن أقسامه الأربعة على أساس الزمان المتيقن والمشكوك هو الاستصحاب الاستقبالي.

يعرف الاستصحاب الاستقبالي بأنه إذا كان زمان اليقين أو الشك أو المتيقن عند المكلف فعلياً لكن المشكوك فيه فرض استقبالياً، يحكم ببقائه إلى المستقبل.

لهذا النوع من الاستصحاب، كالاستصحاب الحالي، استخدامات هامة في الفقه واستنباط أحكامه. كما توجد أدلة لإثبات اعتبار هذا الاستصحاب، لكن للأسف لم يهتم علماء الأصول به ولا توجد دراسة ومناقشة جادة حوله في الكتب الأصولية.

الاستفادة من اطلاق روايات الاستصحاب وتطبيق أركان الاستصحاب علي الاستصحاب الاستقبالي، يثبت اعتباره و يجب على الأسئلة الواردة في هذا المجال.

كما أن نظرة عابرة على استخدام الاستصحاب الاستقبالي في الفقه كجواز البدار و عدم عودة الدية؟ لزوم معاملة السلف، عدالة الأمين، تغيير الفتوى و.. يظهر أهمية هذا الاستصحاب في اثبات المسائل الفقهية.

الكلمات المفتاحية: الاستصحاب الاستقبالي، الاستصحاب الحالي، اليقين، الشك، المتيقن، المشكوك، الأثر العلمي.

بحوث فقهية وأصولية

السنة الرابعة

الرقم المسلسل اثني عشر

خريف ١٣٩٧

١٥٢

نظرة في استخدام القرعة في التزاحم

ميرزا محمد واعظي
محمد تقي قبولي
محمد تقي فخلعي

الملخص

هناك مصاديق كثيرة تشاهد فيها نماذج حية للحكمين المتزاحمين مما يقودنا إلى أهمية القيام بمناقشة المعايير الخاصة بمعرفة «الأهم» الذي لم يتم تقييمه بشكل دقيق. قد تطرق هذا المقال إلى مكانة القرعة في مرجحات التزاحم، موضحاً أن الشخص الذي يقوم باستنباط الأهم يفحص معايير ترجيح أحد الحكمين ومع تمسكه بالعقل، يقارن بين بعضها ما ينتهي به إلى التقديم القاطع أو المحتمل لأحد المتزاحمين.

مخلص

١٥٣

في هذا المقال قد تمت دراسة أنواع التزاحم و أدلة حجية قاعدة القرعة، إضافة إلى مناقشة المصاديق الفقهية و شروط تطبيق القرعة في أنواع التزاحم. حسب رأى كاتبوا المقال، يجب إستعمال القرعة عند فقد الأمارات و الأصول العملية و لدى عدم توافر المرجحات القاطعة و المحتملة كما هو الحال عند مساواتها و تعذر الترجيح نظراً إلى تعارض الحقوق المختلفة.

فاعلية القرعة مقبولة في التزاحم الملاكي و هذا بالنظر إلى نماذج الحكمين المتزاحمين من زاوية الترجيح؛ بينما في التزاحم الامتثالي يمكن الإستدلال بالقرعة في حال عدم وجود المرجحات أو تكافؤها و عدم إستعمال الأصول العملية إلا أن الأولوية التخيرية تحكم على الأولوية التعينية في معظم المواقف..

الكلمات المفتاحية: أدلة القرعة، مرجح التزاحم، أقسام التزاحم، الأولوية التعينية

للقرعة ، شروط القرعة.

شرح الجريمة العائقة، مع التأكيد على أمور الحسبة

سجاد روستائي

الملخص

إن الغالبية العظمى من الدراسات التي قامت بتحليل الأسس القانونية للجرائم العائقة، قد تناولت في التبرير الشرعي لهذه الجرائم قضايا أصولية مثل سدّ الذرائع، وجوب مقدمة الواجب وحرمة مقدمة الحرام وغيرها. بغض النظر عن أنه لا يمكن اعتبار أي منها كقاعدة عامة تبرر ارتكاب الجرائم العائقة.

والأمر الأكثر أهمية هو دراسة غاية عدم جواز هذا النوع من الجرائم، وفي النهاية تقديم معيار كلي يمكن أن يكون مانعاً، وفي الوقت نفسه جامعاً لجميع مصاديق هذه الجريمة؛ لأن عدم وضع معيار في هذا الصدد يمكن أن يؤدي إلى تضييع حق الأفراد بذريعة الدفاع عن حقوق المجتمع.

تدور هذه الرسالة حول مؤسسة الحسبة، وهي من الأمور التي لا يرضى الشارع أبداً أن تُترك، وقد وصفت بأنها أنسب أساس للجريمة العائقة. على هذا الأساس، فإن تنظيم المجتمع وشؤون المواطنين، وبشكل عام، الحفاظ على النظام يقع في إطار أمور الحسبة، وأحياناً يتحقق ذلك بمنع الأسباب والمقدمات التي توفر الأرضية لارتكاب الجرائم التالية والمفاسد الأكبر، وهذا هو مركز الجاذبية التي تقع فيه هذه الجرائم. وبالتالي فإن الجرائم العائقة على هذا الأساس تتحول إلى أشكال مبررة.

الكلمات المفتاحية: الجريمة المانعة، أمور الحسبة، القواعد المعوقة.

بحوثُ فقهيةٌ وأصوليةٌ

السنة الرابعة

الرقم المسلسل اثني عشر

خريف ١٣٩٧

١٥٤

تحليل الآراء الفقهية النادرة لعلماء الشيعة حول حجاب المرأة المسلمة

مُجده سادات ابراهيمي
محمد تقى فخلعي
حسين صابري

الملخص

مخلص
١٥٥ إن الستر للمرأة أصل ضروري، لكن لا يوجد اجماع حول حدود هذا الستر. يرى أكثر الفقهاء وجوب تغطية المرأة جسمها كله ما عدا الوجه والكفين، ومن هذا المنطلق، تُعدّ الآراء المخالفة لهذا الرأي نادرة وشاذة. يبدوا من الضروري مراجعة دلائل الآراء الشاذة والنادرة ومستنداتها لأن الشهرة ليست دليل الصحة والإتقان، والندرة سبباً لضعف الحكم ووهنه. تتضمن المقالة تحليلاً حول الآراء النادرة في مسألة الحجاب وذلك بالتتبع في الأدوار التاريخية لها والتعرف على تلك الأدلة. تشير نتيجة الدراسة أن رأي المشهور للفقهاء، هو رأيٌ وسطى تتوسطه الآراء النادرة بين الإفراط والتفريط. والطريقة المتبعة في الدراسة توصيفية - تحليلية و جمع معلومات مكتبية .
الكلمات المفتاحية: الحجاب، الشهرة الفتوائية، لباس المصلي، الستر في الوجه و الكفين.

التأثير المتبادل بين الأوضاع المختصة بالتوأمين السياميين وعقوبة القصاص

مهديه غني زاده
محمدرضا كاخا
على تولايي

الملخص

يعتبر الإعتداء على النفس و التعرض للسلامة الجسدية للأفراد من الجرائم التي قد إهتمت بهما القوانين العرفية منذ سالف الزمان حيث قد تم وضع أشد العقوبات لهما دائماً. و قد ذهب التشريع الإسلامى إلى وضع القصاص عقاباً لهذه الجرائم. تواجه مناقشة هذه الجريمة تحديات عديدة بالنسبة إلى الذين يعانون من الإعاقات الجسمية و الصحية كالتوأمين السياميين.

تفيد نتائج البحث بأن كلاً من التوأمين السياميين يتمتع بشخصية مستقلة تارة فيما يعتبران شخصية موحدة تارة أخرى. و هذا ما يحظى بأثر كبير فى الأحكام الخاصة بهم.

وبخصوص مسألة قتل العمد، إذا ارتكب أحد التوأمين القتل، يتعذر قصاص الجاني لأنه يؤدي إلى موت التوأم الآخر و هذا فى حال عدم إمكانية فصلهما. من جهة أخرى إذا قام أحد بقتل كلا التوأمين فتتعدد العقوبة بتعدد الجريمة. ولكن إذا قتل أحد التوأمين عمداً فينتهى موته إلى موت توأمه، ينفذ القصاص عقاباً لقتل التوأم الأول إلا أن تنفيذ القصاص مقابل موت التوأم الثاني يتوقف على تحديد كون القتل عمداً أو غير متعمد.

الكلمات المفتاحية: التوائم السيامية، قتل العمد، القصاص، التعدد، الوحدة .

بحوثُ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة الرابعة
الرقم المسلسل اثني عشر
خريف ١٣٩٧
١٥٦

قراءة نقدية في رؤية المحقق الخراساني عن التجري على أساس آراء الإمام الخميني

طاهر علي محمدي
مهدي زارعي
حمزة نظريور

الملخص

التجري هو مخالفة الحجة الشرعية أو العقلية دون مخالفة الواقع. وهو من المسائل التي لها ماهية مختلفة اعتماداً على طبيعة النظر إليها، لكن بما أنها يُتطرق إليها في علم أصول الفقه، فقد اختلف الأصوليون في حكمها. فقد يرى المحقق الخراساني بحرمة واستحقاق العقاب لمن ارتكبه استناداً بأدلة متعددة. ويشير إلى المباحث الدخيلة والمرتبطة في هذا البحث كمسألة عدم اختيارية الفعل المتجري، دراسة اختيارية مسألة الإرادة أو عدمها، وكذلك دراسة مسألة قرب الإنسان أو بعده عن ساحة المولى. وعلى النقيض من هذا الرأي، يرى الإمام الخميني بعد التدقيق في ماهية التجري، بعدم حرمة التجري وعدم استحقاق العذاب للفرد المتجري، منتقداً بذلك رأي المحقق الخراساني في المسألة.

يؤيد المقال في دراسته هذه التي كتبها بطريقة توصيفية - تحليلية، صحة رأي الإمام الخميني وإمعانه في المسألة، مع قبوله بأن ماهية التجري فقهية ولا الأصولية.

الكلمات المفتاحية: التجري، الإرادة، الاختيار، تعدد العقاب، المحقق الخراساني، الإمام الخميني.

A Comparative Study of Tajarri from Muhaqeq Khorāsāni's and Imam Khomeini's Perspectives

Taher Alimohammadi

Mahdi Zarei

Hamzeh Nazarpour

Abstract

Tajarri means disagreement with legal or intellectual proofs without any disagreement with the fact. Tajarri is among the subject that finds different entities based on the approach taken to it, but as this subject is discussed in the principle of jurisprudence, there might be different views and rulings by the Osūli scholars on that. Muhaqeq Khorāsāni maintains that tajarri is illegal and the one who does so deserves punishment. To support his claim, he mentions some proofs and believes that the motejarri is obliged to do so and Muhaqeq examines the arbitrariness of freewill and determination and he also studies the dimensions of human's proximity and distance to his lord to shed more lights on this issue. On the contrary to what Muhaqeq has mentioned, having examined the nature of tajarri, Imam Khomeini is of the opinion that motejarri has committed no illegal act and does not deserve any punishment. Thus, he has criticized Muhaqeq by proposing this criterion. Deploying a descriptive-analytical method, the authors have approved the jurisprudential nature of tajarri and approved that Imam Khomeini's approach to this issue is more authentic on his dispute with Muhaqeq Khorāsāni.

Key words: Tajarri, freewill, authority, multiplicity of punishments, Muhaqeq Khorāsāni, Imam Khomeini.

**The Scientific-Research
Fighhi and Usūli Research**
Vol.4, No. 12
Fall 2018

VII

The Extent of Interplay between the Special Status of Siamese Twins in Islamic Lex talionis Punishment

Mahdiyeh Ghanizādeh

Muhammad Reza Keikhā

Ali Tawallāyee

Abstract

Abstract

VI

Murder or injury to the peoples' physical entirety is considered among crimes which have been attracted the attention of human law-makers, and consequently, the most severe punishments have been leveled against such crimes. The Islamic lawmaker has considered lex talionis as the penalty for murder. Such a crime punishment turns to be so complicated in cases it is associated with people with special physical conditions such as Siamese Twins which needs to be investigated. The findings of this paper report that Siamese Twins reflect either independent or joint personalities. Thus, this issue is effective in the related sentences passed for them. Regarding the murder sentence, if one of the twins commits murder, due to the death of the other because of the lex talionis, this sentence would be cancelled, otherwise one of them could be separated from the other, and if the twins are intentionally murdered, due to the multiplicity of crimes, punishments are also multiplied. However, if one of the twins is killed intentionally and the other dies consequently, regarding to the first one, the murderer is sentenced to lex talionis and with respect to the other, given the murder is intentional or unintentional, the related sentence is passed.

Key words: Siamese Twins, intentional murder, lex talionis, multiplicity, unity.

Stating Deterrent Crimes with Emphasis on Non-litigious Matters

Sajjād Routayee

Abstract

Most of the studies done on the analysis of the jurisprudential principles of deterrent crimes have legally justified such crimes based on Osūli principles of preventing any corruptive deed (Sade Zaraye'), the obligation of the obligatory introduction and illegality of illegal introduction and so on and so forth. However, they have all ignored this fact that none of the above mentioned principles could not be considered as general rules and thereof are not generalizable to justify the prohibition of deterrent crimes. The significant issue is studying the end of non-permissibility of such crimes and finally proposing a general rule, so that it could be a comprehensive rule for such crimes, as the lack of formulating rules and frameworks in this respect may lead to deprive committers' rights under the pretext of social rights. According to present research findings, non-litigious institution- a phenomenon which fully supported by the legislator- could be the most acceptable criterion for deterrent crimes. Based on this view, bringing order to the society and citizens' affairs and in general, strengthening the regime are considered among Non-litigious affairs which occasionally are fulfilled by preventing the preliminaries and means which pave the ground for other major crimes. Thus, this is the focal point where the crimes are committed. Therefore, according to this criterion, deterrent crime could be changed to a considerable assumption.

Key words: Deterrent crime, non-litigious affairs, deterrent rules.

The Scientific-Research
Fighhi and Usūli Research
Vol.4, No. 12
Fall 2018

V

An Analysis of Rare *Shia* Injunctions on Muslim Women's Covering

Mojdeh Sādāt Ebrahimi

Muhammad Taqi Fakhla'i

Hossein Sāberi

Abstract

Abstract

IV

The existence of women's covering is essential but there is no consensus on its limit and extent. The majorities of jurists believe in the obligation of covering the whole body except for the face and hand palms. Hence, any view contrary to such is considered a unique and exceptional one. Since neither is the popularity reason for the authenticity nor is the rareness the reason for weakness of the rule, investigating the reasons and documents for unique and rare ruling seems to be essential. Having examined the development of covering and identifying the rare rulings and views in different periods, the present study have analyzed them. The findings of the study reveal that the majority of jurists are of a moderate view and the rare views are placed in the middle of the extreme. The research method is descriptive and explanatory, and data gathering is done through library research.

Key words: Covering, Fitwa popularity, Prayer's Dressing, face and hand palms covering.

A Reflection upon Using Lots in Contradiction

Mirzā Muhammad Wāezi

Muhammad Taqi Qabouli

Muhammad Taqi Fakhla'i

Abstract

The objective examples of two contradictory rules could be seen in so many instances and clarifies the investigation of the metrics for identifying the most important ones which have not been examined closely. The present paper has focused on the status of using lots among the metrics of preference in the contradiction issue. To be noted that, the one who is charge of deducing the most significant looks for the criteria for preferring a rule to the others and by resorting to the rationality, he refracts the metrics of preference so that he could conclude or see it likely to rule against or for one of the contradic-tors. Having stated the types of contradiction and using lots rules, this paper is to analyze and investigate jurisprudential examples in this regard and discusses the conditions of using lots in different categor-izations of contradiction. According to the authors, the applicability of lots given the indications and practical principles are met should be taken into account, while the definite and probable metrics are (un) balanced due to the contradiction of different rights. With respect to two instances of contradiction from the viewpoint of preference, it is acceptable in criterion-based contradiction while in complying con-tradiction, if the metrics are absent or unbalanced and practical prin-ciples are not referable, resorting to the lots is sound, although in most cases optional priority is prioritized to the obligatory ones.

Key words: Lots indications, contradiction preference, types of contradiction, obligatory priorities of lots, lots conditions.

The Scientific-Research
Fighhi and Usūli Research
Vol.4, No. 12
Fall 2018

III

The Validity of Future Time Presumption of Continuity in Deducing Legal Rules

Mojtaba Elāhi Khorāsāni

Amir Zāhedi

Abstract

Presumption of Continuity (Istishāb) is one of the most applicable evidences in deducing legal rules, one of which is future time presumption of continuity according to definite and uncertain time. Future time presumption of continuity means that given all the three sureness time, doubt, and definite happen at present before the obliged but the uncertain time is presumed in the future, it is reinstated from its continuation to the future. Likewise present common type of presumption of continuity, such a kind of presumption of continuity has got paramount significance and application to jurisprudence and deduces rules. However, most of Osūli scholars have failed to discuss it and trivial discussion have been made regarding to this type of presumption of continuity in Osūli books, albeit there are some evidences to the effect that future time presumption of continuity could be proved. The traditions on the issue of presumption of continuity and conformity of presumption of continuity with future time presumption of continuity prove the validity of future time presumption of continuity and would resolve the proposed problems in this regard. Similarly, a review of its applications to jurisprudence such as bedār permissibility, blood money non-reparation, early transaction necessity, trustee's justice, fetwā alteration, and etc. all show the significance of this type of presumption of continuity.

Key words: Future time presumption of continuity, present time presumption of continuity, certainty, certain, doubt, uncertain, practical effect.

Abstract

II

The Scientific-Research Journal of Fighhi and Usūli Research

Vol.4, No. 12, Fall 2018

Concessionaire: Islamic Propagation Office of Qom Seminary

Khorāsān-e- Razavi Branch

Director: Mojtabā Elāhi Khorāsāni

Editor-in-Chief: Hossein Nāsseri Moqadam

Editorial Board:

Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty
Member of Akhund Khorāsani Specialized Center)

Mūhammad Hassan Hāeri (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Sayid Abbās Sālehi (Assistant Professor of the Islamic Sciences and Culture Research
Centre)

Saeed Ziyāee Far (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of
the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the
Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Ahmad Moballegghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor
of Islamic Denominations University)

Mahdi Mehrizi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran Science and
Research Branch)

Hossein Nāsseri Moqadam (Associate Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Executive Director: Haādi Misbāholhodā

Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousi

Editor: Sayid Abdollah Gholami (Assistant Professor of Rāzi University kermansha)

Arabic Abstracts Translator: Ijtihad International Network Group

English Abstracts Translator: Ebrahim Davoudi Sharifabad (Assistant Professor of
Bāqir-al Olum University)

Layout: Hāmed Emami

Publisher: Boustāne Ketab Publishing Company

By the virtue of the license No. 8650 in 19 January 2016 from the Council
for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is qualified for
promoting to Scientific-

Journal of Fighhi and Usūli Research is indexed in: Noormags.ir, ISC, Magiran,
and journals.dte.ir Research rank.

Address: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e- Razavi Branch,
Khosravi to Shohadā Crossroads, On the Corner of Roshan Alley.

P.O. Box: 9134683187

Telefax: + 985132213325

E-mail: jostar.feghi@gmail.com

Website: jostar-figh.maalem.ir

ISSN: 7565-2476