



فقه و اصول



- واقعیت دیدگاه اصولیان اهل سنت در مسأله تصویب و ریشه‌های آن / حسن آب سواران
 ضمان عاقله از نگاهی دیگر / محسن احمدوند - دکتر حسین ناصری مقدم
 پژوهشی در «سیره منتشره» شرایط حجّیت و شبکه روابط مفهومی آن
 زهرا سادات احمدی سلیمانی - دکتر محمد تقی فخلی - دکتر محمد حسن حائری
 حجّیت متعارضان در نفی حکم ثالث / ساجده اسلامی مهدی آبادی - دکتر علی تولایی
 احسان به جمع (احسان جمعی) و نقش آن در مسئولیت مدنی / دکتر محمود حکمت نیا - مسعود فیاضی
 نقد مبنایی بر حکم کیفری مشارکت در قتل عمد قانون مجازات اسلامی / دکتر امیرحمزه سالارزایی
 واکاوی معنا و مفهوم اعانه بر اثم در آرای فقهای امامیه / محمدعلی شیخ الاسلامی
 درآمدی بر قاعده زوال مانع (بازگشت ممنوع در صورت زوال مانع) / دکتر علیرضا عابدی سرآسیا - عادل رحمانی
 تحلیل و نقد ادله فردی بودن حجاب / محسن ملک افصلی اردکانی - فاطمه فلاح
 امکان استناد به موازین فقهی در جرم‌زدایی از اتانازی غیر فعال / دکتر سعید نظری توکلی - شکبیا امیرخانی



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۱۰۱ - تابستان ۱۳۹۴ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سرمدیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵

هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل قنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس قم دانشگاه تهران

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ۱۳۹۰، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۳۰۰۰۰ ریال

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۷۳

نشانی اینترنتی:

<http://jm.um.ac.ir/index.php/muslim>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی).
- ۲ - اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳ - بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود می‌شود).
- ۴ - در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵ - نتایج داوری‌ها در جلسات هیأت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶ - نظر نهایی هیأت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.
- ۷ - پس از چاپ، ده نسخه از مقاله و یک نسخه از مجله به نویسندگان اهدا خواهد شد. چنانچه نویسندگان به نسخه‌های بیشتری نیاز داشته باشند، می‌توانند به شیوه‌ای که در «برگ درخواست اشتراک» توضیح داده شده است نسبت به خرید مجله اقدام کنند.

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.

۲- زبان غالب نشریه فارسی است؛ ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۰۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

۴- چکیده مقاله (شامل اهداف، روش‌ها و نتایج) به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) الزامی است.

۶- هیأت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷- شکل لاتینی نام‌های خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.

۸- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.

۹- ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () بیاید.

۹-۱- منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا کد متداول آن است؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)

۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)

۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.

۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.

۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر

کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتاب‌ها و گزارش‌ها و سایر مراجع به شرح زیر است:

۱۰-۱- مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.

- ۱۰-۲- کتاب‌ها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال انتشار.
- ۱۰-۳- گزارش‌ها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.
- ۱۱- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر: ۲).
- ۱۴- پرانتز (،) و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:)، نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرانتز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـُ و ـٌ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارةٔ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامهٔ من) الزامی است و در بقیه موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ غرضه / غرضه؛ حرف / حَرَف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۲. دکتر جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۳. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۴. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۵. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۶. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۷. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. سید علی جبار گلباغی ماسوله (عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۴. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۵. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۶. دکتر محسن ملک افضلی (دانشیار دانشگاه قم)
۱۷. آية الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۸. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

صفحه	عنوان
۹	واقعیت دیدگاه اصولیان اهل سنت در مسأله تصویب و ریشه‌های آن حسن آب سواران
۳۱	ضمان عاقله از نگاهی دیگر محسن احمدوند - دکتر حسین ناصری مقدم
۵۵	پژوهشی در «سیره متشرعه» شرایط حجیت و شبکه روابط مفهومی آن زهرا سادات احمدی سلیمانی - دکتر محمد تقی فخلعی - دکتر محمد حسن حائری
۷۹	حجیت متعارضان در نفی حکم ثالث ساجده اسلامی مهدی آبادی - دکتر علی تولایی
۹۹	احسان به جمع (احسان جمعی) و نقش آن در مسئولیت مدنی دکتر محمود حکمت نیا - مسعود فیاضی
۱۱۷	نقد مبنایی بر حکم کیفری مشارکت در قتل عمد قانون مجازات اسلامی دکتر امیرحمزه سالارزایی
۱۳۵	واکاوی معنا و مفهوم اعانه بر اثم در آرای فقهای امامیه محمدعلی شیخ الاسلامی
۱۵۹	درآمدی بر قاعده زوال مانع (بازگشت ممنوع در صورت زوال مانع) دکتر علیرضا عابدی سرآسیا - عادلہ رحمانی
۱۸۳	تحلیل و نقد ادله فردی بودن حجاب محسن ملک افصلی اردکانی - فاطمه فلاح
۲۰۵	امکان استناد به موازین فقهی در جرم‌زدایی از اتانازی غیر فعال دکتر سعید نظری توکلی - شکبیا امیرخانی
۲۴۰	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۳۰-۹

واقعیت دیدگاه اصولیان اهل سنت در مسأله تصویب و ریشه‌های آن*

حسن آب سواران

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

Email: absavaran.h@ut.ac.ir

چکیده

تصویب اصطلاحی و مشهور بین اصولیان امامیه این است که همواره حکم خداوند، تابع نظر مجتهد است و حتی در مواردی که بین آراء و نظرات مجتهدان، اختلاف وجود دارد، همه آن‌ها صواب و درست و احکام خداوند هستند که به دو نحو تصویب معتزلی و اشعری، بیان شده است. حال سؤال این است که آیا اصولیان اهل سنت (عامه) قائل به این تصویب هستند؟ برای یافتن حقیقت این امر، بعد از روشن شدن معانی تصویب، معانی رأی، اجتهاد و جایگاه و موارد آن از منظر اصولیان عامه و انشعابات که در کلام، فقه و اصول آن‌ها از آغاز تا اکنون رخ داده، تبیین شده است. سپس به طور گسترده، نظر اصولیان عامه، به ویژه جصاص، غزالی و ابن‌العربی، مورد بررسی قرار گرفته و با توجه به اعمال عقاید اشاعره در مورد حسن و قبح افعال توسط غزالی و ابن‌العربی در اصول فقهشان، روشن شد که آن‌ها حکم خداوند را فقط در قالب خطاب قطعی، حکم می‌دانند و غیر از این را نه حکم بلکه منطقه الفراغ از حکم خداوند می‌دانند؛ بنابراین آن‌ها قائل به تصویب اصطلاحی نیستند بلکه در کتاب‌هایشان آن را رد می‌کنند و قائلان بدان را بیشتر متکلمان معتزلی و اشعری معرفی می‌کنند. البته اصولیان عامه قائل به نوع دیگری از تصویب هستند که باطل است. به نظر می‌رسد برای پی‌بردن به ریشه‌های تصویب اصطلاحی می‌بایست در بنیادها و آموزه‌های کلامی عامه به جستجو و تحقیق پرداخت.

کلیدواژه‌ها: اجتهاد، اصولیان اهل سنت، تخطئه، تصویب، حکم، رأی، ظن، منطقه الفراغ.

مقدمه

موضوع مسأله تخطئه و تصویب، نظر و رأیی است که مجتهد در مواجهه با مسائل فرعی (شرعی و فقهی)، در فرایند اجتهادش بدان می‌رسد. این مسأله، فقط در بستر مسائل شرعی فرعی (فقه)، شکل می‌گیرد اما در مسائل اصلی (کلامی) تقریباً اختلافی وجود ندارد و همه مخطئه هستند.

این مسأله از دیرباز بین علماء امامیه و عامه، مطرح و مورد اختلاف آن‌ها بوده است. اصولیان امامیه در تمام ادوار علم اصول فقه، از ابتدا تا کنون، به این مسأله پرداخته‌اند. سید مرتضی در الذریعه إلی اصول الشریعه که جزء اولین کتاب‌های اصولی است که بدست ما رسیده، بطور مفصلی به این مسأله پرداخته است (سید مرتضی، الذریعه إلی اصول الشریعه، ۱۸۰/۲-۱۷۹، ۲/۲۹۵-۲۷۸). بعد از ایشان، شیخ طوسی و محقق حلی و علامه حلی و هکذا تا دوره کنونی. این امر در مورد اصولیان عامه و دوره‌های مختلف اصول فقہشان تا زمان حاضر نیز صادق است که در ادامه، نظرات آن‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

علماء امامیه بر طبق آموزه‌های مکتب اهل بیت -علیهم‌السلام- قائل به تخطئه نظر و رأی مجتهد هستند اما علماء عامه، بر طبق آموزه‌های مکتبشان، قائل به تصویب رأی مجتهدان هستند. تخطئه بر این استوار است که احکام الهی، تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند؛ زیرا افعال، دارای حسن یا قبح ذاتی هستند و از سوی دیگر، احکام واقعی، مشترک بین عالم و جاهل هستند. ولیکن تصویب بر این استوار است که احکام، تابع مصالح و مفاسد واقعی نیستند و نیز احکام واقعی، فقط برای عالمان بدان احکام، جعل شده‌اند.

حال این سؤال مطرح می‌شود، تصویبی را که بیشتر فقهاء و اصولیان امامیه به عامه نسبت می‌دهند به چه معناست؟ آیا اصولیان عامه، واقعاً قائل به این تصویب هستند؟ حقیقت نظرشان چیست؟ ریشه‌های آن تصویب نسبت داده شده کجاست؟

مفهوم‌شناسی تصویب

آ- معنای لغوی

با تحقیق در کتب معتبر لغت عربی به این نتیجه رسیدیم که «صوب» یعنی چیزی به چیزی رسیدن که بازگشت سایر معانی مثل برخورد تیر به هدف و درک کردن، به همین معناست. همچنین در آن کتب آمده است: «الصَّوَابُ: نقيض الخطأ» یعنی معنای صواب در مقابل معنای

خطأ است؛ پس صواب یعنی درست و صحیح. صواب را بدان جهت صواب می‌گویند زیرا نظر و درک فرد صائب، به واقع رسیده است یا عملش مطابق با واقع است. «صوب» اگر به باب تفعیل برود متعدی می‌شود، بنابراین تصویب یعنی چیزی را به چیز دیگری رساندن که معانی مثل چیزی را درست انگاشتن و عمل کسی را صحیح دانستن و نسبت صواب به وی دادن از مصادیق معنای کلی چیزی را به چیزی رساندن است. همچنین نقیض معنای تصویب، می‌شود معنای تخطئه (فراهیدی، ۱۶۶/۷؛ ابن‌فارس، ۳۱۷/۳؛ جوهری، ۱۶۴/۱).

ب- معنای اصطلاحی

اصطلاح تصویب، در لسان فقهاء و اصولیان امامیه، فقط در دایره علم فقه که از علوم اعتباری است، جریان دارد زیرا در امور تکوینی، موضوعی برای تصویب وجود ندارد و در این موارد، همه علماء فرقی و مذاهب اسلامی، قائل به تخطئه هستند زیرا واقعیت هر شیئی ثابت است و به اعتقاد و نظر افراد بستگی ندارد. حال با توجه به این مطلب، فقهاء و اصولیان امامیه، تخطئه را این‌طور تعریف کرده‌اند: خداوند سبحان احکام شرعی واقعی را برای تمام بندگان، چه عالم و چه جاهل به آن‌ها، جعل کرده است که اگر مجتهدی با اینکه در استنباطش بر طبق قواعد و بذل کمال و سعش در رسیدن به آن حکم، به حکمی غیر از آن دست یافت، خطاء کرده است اما معذور است و حتی به خاطر تلاش‌های علمی، به تفضّل الهی، اجر می‌برد؛ بنابراین تخطئه در مذهب امامیه یعنی تمام اجتهدهای مجتهدان، درست و مطابق با احکام واقعی نیست و تنها آن اجتهدهایی درست است که نتیجه آن اجتهد، مطابق با حکم واقعی باشد.

در مقابل تخطئه، تصویب قرار دارد که فقهاء و اصولیان امامیه، تصویب را این‌طور تعریف کرده‌اند: برای خداوند سبحان در مورد هر چیزی، به تعداد آراء و نظرات مجتهدان، احکامی هست پس هر آنچه را که اجتهد مجتهدان به آن برسد، همان حکم خداوند است و به تعبیر دیگر هر آنچه را که مجتهد در اجتهداش بدان می‌رسد، همان حکم شرعی واقعی است و این با گزاره‌های اثبات شده در مذهب امامیه مانند اشتراک احکام واقعی بین عالم و جاهل، تبعیت احکام واقعی از مصالح و مفاسد واقعی و ذاتی بودن حسن و قبح افعال، مخالف است. بیشتر فقهاء و اصولیان امامیه، قائلان به این قول را عالمان اهل سنت، اعم از متکلمان، فقهاء و اصولیان اهل سنت، می‌دانند که به دو صورت بیان شده است:

۱. خداوند سبحان، بعد از اجتهد مجتهدان، مطابق با نظر و رأی آن‌ها، احکام واقعی را

جعل می‌کند و قبل از آن اجتهادها اصلاً حکمی در لوح محفوظ برای بندگان قرار نداده است و هر آنچه را که آراء مجتهدان بدان می‌رسد همان حکم الله واقعی می‌شود برای بندگان. این تصویب در میان فقهای امامیه به تصویب اشعری معروف است.

۲. خداوند سبحان، قبل از اجتهاد مجتهدان و از ازل در لوح محفوظ، در عرض حکم واقعی که برای هر چیزی، منحصر به فرد است، احکام واقعی دیگری به تعداد آراء مجتهدان، جعل کرده است. این تصویب در میان فقهای امامیه به تصویب معتزلی معروف است. معتزله و اشاعره دو فرقه‌ی کلامی از متکلمان اهل سنت هستند و این دو صورت از تصویب، مورد عدم پذیرش همه علماء امامیه است و آن را باطل می‌دانند (انصاری، فرائد الاصول ۷۱/۱-۷۰؛ آخوند خراسانی، ۴۶۸-۴۷۰؛ نائینی، ۲۵۳/۱، ۹۵-۹۶/۳؛ خویی، ۵۳۳/۲؛ فاضل لنکرانی، ۳۶۵/۶-۳۶۶؛ مکارم شیرازی، دائره‌المعارف فقه مقارن، ۲۱۸؛ مشکینی، ۹۸؛ جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۳۹۳/۲).

بنابراین، تصویب اصطلاحی که به علماء اهل سنت نسبت می‌دهند، یعنی تمام اجتهادهای مجتهدان، درست و مطابق با احکام واقعی است پس تمام مجتهدان، در رأی و نظرشان، مصیب هستند.

بررسی مسأله تصویب از منظر اصولیان اهل سنت

برای درک درست از کلمات و اصطلاحات اصولیان عامه و فهم هر چه بهتر مقاصد آنها از کلامشان، ذکر دو مقدمه، لازم است.

الف- قبل از ورود به بحث، لازم است به انشعاب‌های ایجاد شده در علم کلام و فقه و اصول فقه اهل سنت، توجه کنیم.

اهل سنت در علم کلام و عقاید، دارای مسلک‌ها و مذاهب مختلفی بوده‌اند که دو مسلک از بقیه مشهورتر است و بیشتر اهل سنت در عقاید، جزء یکی از این دو فرقه کلامی هستند: ۱. معتزله ۲. اشاعره (حلبی، ۴۹-۴۵، ۹۷-۶۷؛ سبحانی، بحوث فی الملل و النحل، ۱۲۰/۱-۱۱۷؛ خاتمی، ۲۹-۱۸).

اهل سنت در فقه نیز دارای انشعاب‌هایی هستند که عمده آن، چهار مذهب است: ۱. مذهب حنفی که رئیس آن، ابوحنیفه نعمان بن ثابت، شاگرد امام صادق -علیه‌السلام- بوده است. ۲. مذهب مالکی که رئیس آن، مالک بن انس و شاگرد ابوحنیفه بوده است. ۳. مذهب

شافعی که رئیس آن، محمد بن إدريس شافعی و شاگرد مالک بن أنس بوده است. ۴. مذهب حنبلی که رئیس آن، احمد بن حنبل و شاگرد شافعی بوده است. البته مذاهب فقهی اهل سنت بیش از این بوده است و حتی تا سیزده مذهب نیز برشمرده‌اند اما بنا به دلایلی در اواسط قرن هفتم هجری قمری، فقهای آن عصر حکم به تبعیت از این مذاهب چهارگانه و حرمت پیروی از دیگر مذاهب کردند (الحجوى، ۱/ ۴۱۰ و به بعد؛ خلاّف، ۲۶۰-۲۴۳؛ القطان، ۳۹۷-۳۲۵؛ سبحانی، تاریخ الفقه الإسلامی و أدواره، ۸۲-۵۷؛ آقابزرگ تهرانی، ۱۱۲/۹۵-۱۰۱). اصول فقه اهل سنت نیز در سلسله تحولاتش از قرن دوم قمری تا قرن حاضر، دارای چهار طریقه مهم بوده است:

۱. طریقه متکلمان یا طریقه الشافعیه: در این طریقه، بدون ملاک قرار دادن نظر رئیس و امام مذهب، به قواعد و مسائل اصولی و تحقیق منطقی آن‌ها اعتناء می‌شود. در این روش ابتداء، قواعد اصولی، تحقیق منطقی و عقلی می‌شود بعد بر طبق همین قواعد، مسائل فقهی بررسی می‌شود و هر آنچه را که دلیل، اثباتش می‌کند، پذیرفته و هر آنچه را که دلیل، ردّش می‌کند یا دلیلش ضعیف باشد، مردود می‌شود؛ میل به استدلالات عقلی و بحث و جدل در این طریقه زیاد است و بیشتر، مسائل کلامی و منطقی و فلسفی، در این طریقه راه دارند. علم اصول فقه در نزد صاحبان این طریقه، مستقل از فقه است و بیشتر افرادی که این طریقه را پیش گرفته‌اند از علماء کلامی اشاعره یا معتزله هستند. از مشاهیر علماء این طریقه اینانند: قاضی ابوبکر الباقلانی ۴۰۳ ق. قاضی عبدالجبار ۴۱۵ ق. ابوالحسین البصری ۴۳۶ ق. ابواسحاق الشیرازی ۴۷۶ ق. عبدالملک بن عبدالله الجوینی ۴۷۸ ق. ابوحامد محمد بن محمد الغزالی ۵۰۵ ق. فخرالدین الرازی ۶۰۶ ق. سیف‌الدین الآمدی ۶۳۱ ق. ابن حاجب المالکی ۶۴۶ ق. عبدالله بن عمر البیضاوی ۶۸۵ ق. جمال‌الدین الإسنوی ۷۷۲ ق.

۲. طریقه فقهاء یا طریقه الحنفیه: متوکی تأسیس این طریقه، علماء مذهب حنفیه هستند. در این طریقه تلاش می‌شود تقریر قواعد اصولی و تحقیق آن، منطبق بر نظرات فقهی رئیس و امامان آن مذهب باشد و ملاک، نظرات آنان است و قواعد اصولی از مسائل فقهی آن‌ها به دست می‌آید. پس هیچ‌گاه به نظری مخالف با نظر رئیس و امامان مذاهبشان نمی‌رسند. در این روش علم اصول فقه، علمی ابزاری و غیرمستقل از فقه است. از مشاهیر علماء این طریقه اینانند: ابوبکر الجصاص ۳۷۰ ق. عبدالله بن عمر الدبوسی ۴۳۰ ق. فخرالدین البزدوی ۴۸۲ ق. شمس‌الدین السرخسی ۴۸۲ ق.

۳. طریقه متأخران: این طریقه در قرن هفتم قمری شکل گرفت و جمع بین دو طریقه پیشین کرده است به این نحو که به تنقیح قواعد اصولی و تحقیق و اقامه برهان بر آنها پرداخته همچنان که اهتمام به تطبیق این قواعد بر مسائل فقهی و ربط میان آنها، داشته است. از مشاهیر علماء این طریقه اینانند: احمد بن علی الساعاتی ۶۹۴ ق. عبیدالله بن مسعود البخاری ۷۴۷ ق. تاج‌الدین السبکی ۷۷۱ ق. عبدالوهاب خلاّف ۱۳۷۵ ق.

۴. طریقه مقاصدی: این طریقه در دهه‌های اخیر ایجاد و فراگیر شده است گرچه رهروانش مبتکر آن را شاطبی ابراهیم بن موسی ۷۹۰ ق. در کتاب المقاصد که جلد دوم الموافقات است، می‌دانند. مبنای این طریقه بر این است که شریعت برای مصالح دنیوی و اخروی عباد وضع شده و این مصالح، علل وضع احکام شرعی هستند که شارع مقدس احکامش را بر اساس آنها جعل می‌کند و قواعد اصولی، مبتنی بر حفظ همین مقاصد است. برخی از تألیفات در این طریقه عبارت‌اند از: الموافقات تألیف شاطبی ۷۹۰ ق؛ مقاصد الشریعه تألیف عیاض بن نامی عضو هیأت علمی دانشکده الهیات دانشگاه ریاض؛ علم المقاصد الشریعه تألیف دکتر نورالدین مختار الخادمی؛ الإجتهد المقاصدی تألیف دکتر نورالدین مختار الخادمی؛ نظریه المقاصد عند الامام الشاطبی تألیف دکتر احمد الریسونی.

این گزیده‌ای بود درباره این چهار طریقه (خلاّف، ۲۰-۱۹؛ الدوسری، ۶-۳؛ النمله، المذهب فی علم اصول الفقه المقارن، ۱/۶۶-۵۹؛ ابن قدامه، ۱/۲۲-۱۸).

ب- اگر بخواهیم مفهوم درستی از تصویب در اجتهاد مجتهدان، بنابر آنچه که اصولیان اهل سنت قائل‌اند، داشته باشیم، ابتدا می‌بایست بفهمیم آنها درباره اجتهاد چه می‌گویند و چه تعریفی از آن دارند.

با تفحص و بررسی در کتب اصولیان اهل سنت، از قداماء آنها تا حاضرانشان، به این نتیجه رسیدیم که اجتهاد از منظر ایشان این است: «إستفراغ الفقیه الوُسْعَ لِتَحْصِيلِ الظَّنِّ بِالْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ» یعنی اجتهاد، سعی و تلاش فقیه مجتهد است در حدّ توانایی وی تا اینکه به حکم شرعی، ظن و گمان پیدا کند. به نظر همه فقهاء و اصولیان اهل سنت، اولاً اجتهاد فقط در احکام شرعی یعنی فقط در فقه است ثانیاً در مواردی که دلیل قطعی بر حکمش باشد مثل اینکه از کتاب یا سنت نبوی یا سنت صحابه، تصریحی بدان شده باشد یا مورد اجماع باشد، اجتهاد تحقق پیدا نمی‌کند چرا که فقیه، تلاش زیادی برای یافتن حکم شرعی، نکرده است. اجتهاد در سه مورد تحقق پیدا می‌کند ۱. صدور نص، قطعی اما دلالتش ظنی باشد ۲. صدور

نص، ظنی اما دلالتش قطعی باشد ۳. صدور نص و دلالت هر دو ظنی باشند. علاوه بر این سه مورد، مورد دیگری برای تحقق اجتهاد هست و آن در مواردی است که اصلاً چیزی از کتاب یا سنت درباره‌اش نیامده باشد که این مورد چهارم از اجتهاد و از همه بارزتر است مانند قیاس، استحسان، استصلاح. بنابراین، اجتهاد فقط در دلایل ظنی، محقق می‌شود. در کتب متقدمان از اصولیان اهل سنت، الفاظ «الرأی و الإجتهد» و «إجتهد الرأی» زیاد دیده می‌شود که مرادشان از این‌ها، الإجتهد لتحصيل الرأی و النظر است یعنی اجتهاد کنند تا در مورد حکم مسأله‌ای به رأی و نظر برسند. تعریف بیشتر متقدمان آن‌ها از اجتهاد، «غالب الرأی» یا «غالب الظن» است که چون احتمال در ظن و رأی، بیشتر از طرف مقابلش است، تعبیر به غالب کرده‌اند که البته مخالف با تعریف ارائه شده نیست بلکه آن تعریف، کامل‌تر و جامع‌تر است (جصاص، ۲۵/۴؛ زرکشی، ۲۳۶/۸-۲۲۶؛ الشیرازی، التبصره، ۵۲۰؛ غزالی، المستصفی، ۳۴۲؛ فخررازی، ۲۷/۶-۶/۶؛ تفتازانی، ۲۴۵/۲؛ خلاف، ۲۰۵؛ النمله، المذهب فی علم اصول الفقه المقارن، ۲۳۲۰-۲۳۱۷؛ شافعی، ۴۷۷؛ ابن‌الصلاح، ۲۷-۲۵).

اکنون ببینیم نظر اصولیان اهل سنت از هر چهار طریقه، درباره تصویب چیست؟ ما برای اینکه فهم درستی از این مسأله، بنا بر آنچه را که اصولیان اهل سنت می‌گویند، داشته باشیم، به کتاب‌های زیادی از ایشان مراجعه کردیم و آن‌ها را مورد بررسی قرار دادیم و در اینجا فقط به برخی از مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم.

ابواسحاق الشیرازی در این مسأله می‌گوید احکام بر دو قسم‌اند، عقلی و شرعی. در احکام عقلی مثل اثبات صانع، حق واحد است و از کسی جز عبیدالله بن الحسن العنبری نقل خلاف نشده است که بعضی کلام عنبری را توجیه کرده‌اند که منظورش تعدد حق نبوده است. احکام شرعی نیز بر دو قسم‌اند، آن‌هایی که اجتهاد در آن‌ها جایز نیست که خود دو قسم‌اند ۱. آن‌هایی که ضروری دین رسول اکرم [صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم] دانسته می‌شوند مثل وجوب نمازهای یومیه ۲. آن‌هایی که ضروری دین دانسته نمی‌شوند یعنی احکامی که با اجماع ثابت می‌شوند؛ که در هر دو قسم، اجماع بر این است که حق واحد است؛ اما در آن احکامی که اجتهاد جایز است یعنی احکامی که فقهاء در آن اختلاف دارند، اقوال مختلف است بعضی قائل به تخطئه و وحدت حق هستند که این مذهب شافعی است و بعضی قائل به تعدد حق هستند که مذهب معتزله و ابوالحسن اشعری است که ظاهر قول مالک و ابوحنیفه نیز چنین است. بعد خودش قول حق را وحدت حق و تخطئه می‌داند (الشیرازی، اللمع، ۷۲).

ابوالمعالی الجوینی بحث در این مسأله را دو قسم می‌کند ۱. در مسائل قطعی که خودش به دو قسم عقلیه مثل اثبات صانع و سمعیه تقسیم می‌شود و خود سمعیه به نص (تصریح آیه یا روایت) و اجماع تقسیم می‌شود. ۲. در مسائل اجتهادیه که عاری از قطع است. در قسم اول همه قائل به وحدت حق هستند مگر عنبری که در اصول و فروع قائل به تصویب است؛ اما حکایات از وی مختلف است و حقیقت سخنش معلوم نیست؛ اما در قسم دوم اختلاف نظر وجود دارد. در مورد شافعی اختلاف نقل است اما اکثر می‌گویند قائل به وحدت حق بوده است. در مورد ابوحنیفه نیز اختلاف نقل وجود دارد اما صحیح این است که می‌گوید هر مجتهدی در اجتهادش مصیب است اما در حکم، فقط یکی از آن‌ها مصیب است و بقیه مخطئی هستند. معتزله نیز قائل به تصویب در اجتهاد و حکم هر دو هستند و ابوالحسن اشعری نیز تمایل به این عقیده داشته است. سپس ادله مخطئه را بیان و آن‌ها را رد می‌کند و در خلال بحث می‌گوید ما قطع داریم به اینکه هر مجتهدی مصیب است (الجوینی، التلخیص، ۳/۳۸۲-۳۳۱). وی در البرهان فی اصول الفقه منظورش از تصویب را به وضوح بیان می‌کند؛ بعد از اینکه مسائل را به عقلی و شرعی تقسیم و مورد اختلاف را تبیین می‌کند می‌گوید در تصویب، بعضی میانه رو و بعضی تندرو هستند میانه‌روها می‌گویند در وقایعی که عاری از نصوص و اجماع باشند خداوند حکم معینی برای آن‌ها جعل نکرده است اما مجتهد می‌بایست به ظن غالبش عمل کند اما تندروهایشان می‌گویند هیچ مطلوبی در اجتهاد نیست و بدون ظن غالب به هر کدام که خواست می‌تواند عمل کند. همچنین در میان مخطئه بعضی میانه رو و بعضی تندرو هستند که میانه‌روهایشان می‌گویند مجتهد مصیب، دو اجر دارد و مخطئی یک اجر اما تندروهایشان قائل به معاقب بودن مجتهد مخطئی هستند. سپس ادله طرفین را بیان می‌کند و می‌گوید ما جمع بین این دو قول می‌کنیم و محاسن هر یک را می‌گیریم به این صورت که مجتهد لازم است بر طبق ظن غالبش عمل کند اما اینکه خداوند برای هر واقعه‌ای حکم معینی جعل نکرده، نظر درستی نیست زیرا اجتهاد طلبی است که مطلوب می‌خواهد و طلب بدون مطلوب محال است و مطلوب در اجتهاد طلب شبه (دلیل یا آماره قوی‌تر) است؛ و تصریح می‌کند به اینکه هیچ واقعه‌ای از حکم الهی خالی نیست و نظرش را در غالب مثال‌هایی بیان می‌کند. از جمله اینکه اگر حکم الهی در واقعه‌ای تحریم باشد و مجتهد در اجتهادش به کراهت رسید و به آن عمل کرد به دلیل لزوم عمل به اجتهادش، که واجب است به کراهت عمل کند، مصیب است و به دلیل اینکه به حکم واقعی حرمت پی نبرده است، مخطئی است

(همو، البرهان، ۸۶۸/۲-۸۵۹). وی در کتاب الورقات نیز قائل به عدم تصویب شده است (همو، الورقات، ۳۱)؛ بنابراین مراد ایشان از تصویب این است که مجتهد می‌بایست بر طبق اجتهادش عمل کند بدون اینکه خداوند سبحان حکمی را بر طبق مؤدای اجتهادش، جعل کند یا تغییر دهد؛ بنابراین ایشان، قائل به تصویب اصطلاحی نبوده است.

فخر رازی این مسأله را ابتداء در اصول عقاید بررسی می‌کند و قول جاحظ [عمرو بن بحر از سران متکلمان معتزله] و عنبری را توجیه می‌کند به اینکه منظور آن‌ها از تصویب، نفی اِثْم و خروج از عهده تکلیف بوده است. سپس این مسأله را در احکام شرعی بررسی می‌کند و شقوق مسأله و اختلاف نظرات را بیان می‌کند و می‌گوید قائلان به تصویب، جمهور متکلمان اشاعره و معتزله هستند؛ و در آخر می‌گوید: خداوند در هر واقعه‌ای حکم معینی جعل کرده و مجتهدی که به آن حکم نرسد، معذور است (فخر رازی، ۳۶/۶-۲۹).

آمدی به نقل اقوال و بیان اختلاف نظرها در تصویب در مسائل ظنی فقهی می‌پردازد و قول به تصویب را به افرادی که همه از سران متکلمان اشاعره یا معتزله هستند نسبت می‌دهد و در آخر نظر مختارش را که امتناع تصویب مجتهدان است ابراز می‌کند و سپس به بیان ادله می‌پردازد (آمدی، ۱۸۴/۴-۱۸۳).

شمس‌الدین اصفهانی در بیان المختصر که شرح مختصر ابن‌حاجب است در متن اصلی که برای خود ابن‌حاجب است، مصیب بودن در مسائل اجتهادی غیرقطعی را به قاضی [ابوبکر باقلانی از سران متکلم اشعری مسلک] و جبائی [از سران متکلم معتزلی] نسبت داده است و بعد اختلاف نظرات را بیان می‌کند و در آخر می‌گوید دلیلی برای تصویب وجود ندارد و اصل عدم تصویب است و به بیان ادله می‌پردازد. خود شارح نیز قائل است به مخطئ بودن مجتهد، بدون اینکه وی، گناهکار باشد (اصفهانی، ۳۱۱/۳-۳۰۹).

جمال‌الدین اِسنوی در نهاییه السؤال که شرح منهاج الوصول الی علم الاصول بیضاوی است، ابتداء کلام بیضاوی را در فصل دوم از باب اجتهاد می‌آورد. نظر مختار بیضاوی این است که در هر واقعه‌ای حکم معینی وجود دارد که اگر مجتهد بدان نرسد، به خطا رفته است اما گناه نکرده. خودش در شرح کلام بیضاوی، قول به تصویب را به جمهور متکلمان اشاعره و معتزله نسبت داده و قول به مخطئ و معذور و مأجور بودن مجتهد را به تمام فقهاء و سران مذاهب چهارگانه نسبت داده است و خودش نیز همین قول را اختیار کرده (اِسنوی، نهاییه السؤال: شرح منهاج الوصول، ۴۰۰-۳۹۹).

بزدوی قول به تصویب را به معتزله نسبت داده و در آخر می‌گوید: نظر مختار این است که مجتهد گاهی مخطئ است و گاهی مصیب و ما دوری می‌کنیم از اعتزال چه در ظاهر و چه در باطن و همه مشایخ و اساتید مقدم بر ما بر این نظر بودند (بزدوی، ۲۸۰-۲۷۸).

سرخسی در چندین بحث، قول به تخطئه را قبول و قول به تصویب را رد کرده است و معتزله را قائل به تصویب می‌داند (سرخسی، ۱۲۷/۱، ۲۹۶/۱، ۱۴/۳، ۱۳۱/۳).

عبدالله بن مسعود المحبوبی البخاری کتابی دارد بنام تنقیح الاصول که خودش آن را شرح کرده بنام شرح التنقیح فی حل غوامض التنقیح که تفتازانی بر این شرح، شرحی زده است به عنوان شرح التلویح علی التوضیح لمتن التنقیح که در آن، خود متن و شرح و شرح بر شرح، هر سه آمده است. در این کتاب در باب الاجتهاد به مسأله تصویب پرداخته شده. خود ابن مسعود البخاری در متن و شرح می‌گوید در نزد ما مجتهد گاهی به خطا می‌رود و گاهی مصیب است و در نزد معتزله، هر مجتهدی مصیب است و مسأله را مبتنی بر این می‌کند که آیا در هر حادثه‌ای حکم معینی در نزد خداوند هست یا حکم آن است اجتهاد و نظر مجتهد بدان برسد. تفتازانی نیز مسأله را مبتنی به همین امر کرده است و می‌گوید در اینجا چهار مذهب وجود دارد و قول به تصویب و اینکه قبل از اجتهاد حکمی وجود ندارد را به معتزله و أشاعره نسبت می‌دهد و خودش نیز نظر مصنف را رد نمی‌کند (تفتازانی، ۲۵۳/۲-۲۴۶).

تاج‌الدین السبکی در رفع الحاجب عن مختصر ابن‌الحاجب به این مسأله پرداخته و خودش و ابن‌حاجب هر دو قائل به تخطئه هستند و لازمه قول به تصویب را محال می‌دانند (سبکی، رفع الحاجب عن مختصر ابن‌الحاجب، ۳۶۹/۴، ۵۵۴/۴-۵۴۵).

شاطبی می‌گوید کل شریعت در فروع است به یک قول بر می‌گردد گرچه اختلاف زیاد باشد همان طوری که شریعت در اصول به قول واحد بر می‌گردد. سپس به بیان ادله‌اش می‌پردازد (شاطبی، ۱۲۹/۴-۱۱۸).

ابن‌قدامة می‌گوید حق در نزد یکی از مجتهدان است و بقیه مخطئ هستند، چه در اصول و چه در فروع سپس می‌گوید بعضی از متکلمان قائل به تصویب مجتهد در ظنیات هستند (ابن‌قدامة، ۳۴۸/۲-۳۴۷).

عبدالکریم النملہ قائلان به تخطئه را جمهور علماء می‌داند و خودش هم قائل به تخطئه می‌شود و بعد ادله را ذکر می‌کند و اکثر معتزله و بعضی از متکلمان را قائل به تصویب می‌داند و مسأله تصویب در اجتهاد در فروع است را مبتنی بر این می‌کند که آیا حکم معینی برای هر

واقعۀ‌ای وجود دارد یا خیر؟ (النمله، المذهب فی علم اصول الفقه المقارن، ۲۳۴۹/۵-۲۳۵۶). عیاض بن نامی السلمی به بیان اختلاف و موارد اختلاف و ادله طرفین می‌پردازد و این مسأله را مبتنی بر این می‌کند که آیا برای هر واقعۀ‌ای حکم معینی از طرف خداوند جعل شده است یا خیر؟ و می‌گوید جمهور متکلمان قائل به عدم حکم معین و اکثر فقهاء قائل به وجود حکم معین شده‌اند؛ و خودش با بیان ادله، قائل به تخطئه می‌شود (السلمی، ۴۶۱-۴۶۶).

و دیگر از اصولیان اهل سنت که به دلیل إطاله کلام، نظرات آن‌ها را نیاوردیم و اهل تحقیق می‌توانند برای اطلاع از آن‌ها به پایان‌نامه نگارنده رجوع کنند (آب‌سواران، ۲۳)؛ بنابراین تا آنجایی که ما تفحص کردیم، هیچ یک از فقهاء و اصولیان اهل سنت، قائل به تصویب اصطلاحی، نبوده و نیست مگر سه اصولی بنام‌های ابوبکر الجصاص، ابوحامد الغزالی و ابوبکر محمد بن عبدالله بن العربی که شاگرد غزالی بوده است. حال بینیم آیا آن‌ها واقعاً قائل به تصویب اصطلاحی بوده‌اند؟

ابوبکر الجصاص ابتداء دیدگاه‌ها و اختلافات را بیان می‌کند و اینکه در مسائل ظنی آیا حکم معینی هست یا نیست؟ سپس به بیان ادله می‌پردازد و خودش قائل به تصویب می‌شود و می‌گوید: پس حالا که ثابت شد هر مجتهدی، آن حکمی را که با اجتهادش به آن رسیده، امضاء می‌کند و مأمور است که بر طبق اجتهادش حکم و عمل کند پس جایز نیست (ممتنع است) غیر مصیب به حکم الهی باشد زیرا مجتهدان از طرف خداوند، مکلف به اجتهاد و عمل بر طبق آن شده‌اند و محال است درحالی که به آنچه خداوند بدان امر کرده، عمل می‌کنند، خطاکار در انجام آن فرمان نیز باشند، بنابراین حق در تمام اقوال مجتهدان است و همه ایشان مصیب هستند. سپس مثالی مطرح می‌شود که اگر کسی مأمور به پرتاب تیر به طرف شخص کافری بود اما اشتباهاً تیر به فرد مسلمانی برخورد کرد و وی را کشت در اینجا پرتابگر تیر مخطئ است و معذور و همین در این بحث نیز جاری است. به این نحو که خطای پرتابگر، خطای در حکم نبوده و فقط در مطلوب خطا کرده است بنابراین مجتهد نیز در حکم، خطا نکرده و مصیب است اما در مطلوب خطا کرده است (جصاص، ۳۱۴/۴-۲۹۵) و در آخر می‌گوید: بر صحت آنچه گفتیم این مطلب دلالت می‌کند که همه اتفاق نظر دارند در اینکه مجتهدان (متخصصان) در امور و طراحی جنگ، اگر در موردی اختلاف نظر داشته باشند، همه آن‌ها به آنچه که بدان مکلف‌اند، مصیب‌اند، گرچه حقیقتی که نزد خداوند متعال در مورد آن وجود دارد، یکی از آن آراء و نظرات می‌باشد ولیکن کسی که رأیش به آن حقیقت در نزد خدا

نرسیده است، خطاکار نیست، حال، اجتهاد در احکام نیز مثل اجتهاد در امور جنگی است و همان نظر، اینجا هم ثابت است (همو، ۳۲۴/۴).

با توجه به این مطلب اخیر و دقت در کلمات وی و استدلال‌هایی که برای نفی تخطئه و اثبات تصویب بکار می‌برد معلوم می‌شود که منظور وی از حکم الهی، حکمی است که به مخاطب رسیده باشد و خداوند سبحان دلیل قاطعی برای آن، ابلاغ کرده باشد و غیر این را اصلاً حکم الهی نمی‌داند و آنچه را که مجتهدان بدان می‌رسند حکم خودشان است که شارع مقدس آن‌ها را تصویب (لازم الإجراء) می‌کند و به تعبیر دیگر، وی حکم را فقط در مرحله تنجز، حکم می‌داند و تنجز هم فقط با دلیل قطعی ثابت می‌شود؛ بنابراین نمی‌توان جصاص را از قائلان به تصویب اصطلاحی دانست زیرا اولاً منظور از حکم در اینکه خداوند حکم معینی در مسائل ظنی فرعی ندارد، حکم در مرحله تنجز است و ثانیاً این را می‌پذیرد که مجتهد ممکن است در مطلوب خطاء کند و ثالثاً ادله وی برای نفی تخطئه و اثبات تصویب، ناظر به عدم وقوع إثم از طرف مجتهد در اجتهادش است بدین معنا وقتی دلیل قاطعی از طرف شارع مقدس برای آن حقیقت ارائه نشده است، جایز نیست و تکلیف به مالایطاق است که خداوند عادل مجتهد را مکلف به پی بردن و عمل به آن حقیقت کند؛ بنابراین یک منطقه الفراغی از طرف شارع مقدس ایجاد می‌شود که خالی از حکم الهی است و پر کردن آن به مجتهدان با حکمی که بدان می‌رسند، واگذار و تکلیف شده است. پس حالا که مجتهد را مکلف به عمل بر طبق اجتهادش کرده است پس می‌بایست تمام مجتهدان مصیب باشند؛ بنابراین معنای مصیب بودن این نیست که این حکم مجتهد با آن حکم الهی در لوح محفوظ (که البته به اعتقاد ما، حکم است اما به اعتقاد وی حکم نیست)، منطبق می‌شود بلکه معنای مصیب بودن این می‌شود که خداوند در چنین مواردی، تمام احکام مجتهدان را تصویب و امضاء می‌کند و تصویب در اینجا یعنی لازم الإجراء بودن زیرا بنا بر نظر وی، در اینجا اصلاً حکمی از طرف شارع مقدس بیان نشده است تا حکم مجتهد با آن منطبق باشد یا نباشد و این حکم که هر مجتهدی لازم است بر طبق اجتهادش عمل کند در طول آن حقیقتی قرار دارد که شارع مقدس، دلیل قاطعی بر آن ارائه نکرده است.

غزالی ابتدا مسأله تصویب را در اجتهاد در عقلیات بحث می‌کند و بعد از نقل نظر عنبری و جواب از اشکالی می‌گوید: اما در فقهیاتی که نصی بر آن نداریم، جهل در آن‌ها تصور نمی‌شود زیرا در این گونه موارد، حق معینی وجود ندارد. سپس در مسأله إثم المجتهد فی الفروع، دلایل

تصویب را بیان و دلایل تخطئه را رد می‌کند بعد در الحکم الثانی فی الإجتهد و التصویب و التخطئه بعد از اینکه به ذکر اختلاف می‌پردازد می‌گوید: آنچه را که محققان از مصوبه بدان قائل‌اند این است: واقعه‌ای که نصی در موردش نیامده، حکم معینی ندارد که مجتهد به دنبال پیدا کردن ظن به آن باشد بلکه حکم، تابع ظن مجتهد است و حکم خداوند در مورد هر مجتهدی، آن چیزی است که به ظن غالبش رسیده است و این نظر مختار ما و قاضی [یعنی قاضی ابوبکر الباقلانی محمد بن الطیب بن محمد، متکلم اشعری مسلک] می‌باشد و بعضی مصوبه قائل‌اند که خداوند حکم معینی دارد که مجتهد [در اجتهادش] آن را طلب می‌کند. سپس در مسأله الخطأ و الإصابه فی الإجتهد قائل به این است که حسن و قبح نسبی هستند، در نزد زید چیزی حسن است که همان چیز در نزد بکر قبیح است عُمر چیزهایی را حسن می‌دانسته است که ابوبکر آن‌ها را قبیح می‌دانسته. سپس می‌گوید بعضی از فقهاء دچار اشتباه شده‌اند زیرا گمان کرده‌اند که حلال و حرام، وصف‌هایی برای اعیان [یعنی ذوات] هستند همان طوری که برخی گمان کرده‌اند که حُسن و قُبُح وصف‌هایی برای ذوات هستند (غزالی، المستصفی، ۳۶۴-۳۴۹)؛ اما ایشان در کتاب المنخول من تعلیقات الاصول چیز دیگری می‌گوید. وی همان نظر استادش، جوینی در البرهان را می‌آورد و مصوبه و مخطئه را به دو گروه تندرو و میانه رو تقسیم می‌کند سپس می‌گوید: «یجب قطعاً علی کل مجتهد العمل بإجتهاده شرعاً والوجوب بأمر الله وما وجب بإیجاب الله فهو حق فهو المعنی بكون كل واحد مصیباً للحق فی حق نفسه» یعنی مراد از تصویب این است که مجتهد می‌بایست طبق اجتهادش عمل کند و این است معنای اینکه هر مجتهدی در حق خودش مصیب حق است. سپس قائل به این می‌شود که برای خداوند در وقایع مظنونه (عدم ورود نص در موردش)، حکم معینی وجود دارد و نظر قاضی ابوبکر الباقلانی را که قائل به عدم حکم معین است، رد می‌کند (همو، المنخول فی تعلیقات الاصول، ۵۶۵-۵۶۱). همچنین وی در مواردی از کتاب إحياء علوم الدین، تصریح به تصویب مجتهدان می‌کند (همو، إحياء علوم الدین، ۱۱۵/۱، ۱۴۱/۲، ۳۲۷/۲). درست است که کتاب المنخول تعلیقات درس استادش ابوالمعالی الجوینی می‌باشد اما غزالی در اول این اثر و مخصوصاً در آخر آن، مطالبش را تأیید کرده است و آن‌ها را حق و مطابق با عقل می‌داند.

حال، وجه جمع بین این دو اظهار نظر این است که ۱. با دقت در کلمات وی معلوم می‌شود که منظورش از حکم در المستصفی، آن حکمی است که از طرف شارع مقدس خطاب

قطعی نسبت به آن ابلاغ و ارائه شده باشد و اگر چنین خطاب و دلیل قطعی از طرف شارع به مجتهدان نرسیده باشد، در آن موارد، حکمی از برای شارع مقدس نیست؛ بنابراین وی، حکم را فقط در مرحله تنجّز، حکم می‌داند و احکام الهی فقط آن‌هایی هستند که دلیل قاطعی بر آن‌ها از طرف شارع مقدس ارائه شده باشد همان طوری که خودش می‌گوید: حکم در نزد ما، عبارت است از خطاب شرع اگر به افعال مکلفان تعلّق بگیرد، پس حرام یعنی قولی که درباره حرمت چیزی وارد شده باشد مثل لا تفعلوه و واجب یعنی قولی که درباره وجوب چیزی وارد شده باشد مثل إفعلوه، پس اگر در مورد چیزی، خطابی از شارع پیدا نشد، حکمی نیست و حکمی برای افعال قبل از ورود خطاب شرع، نیست (همو، المستصفی، ۴۵). بالتبع در مسائل فقهی ظنی، اصلاً حکمی وجود ندارد تا حکم مجتهد با آن منطبق باشد یا نباشد و مجتهد مصیب باشد یا نباشد و می‌بایست به این مطلب توجه داشت که وی، در کلام، اشعری مسلک است و در مسلک اصولی‌اش، جزء طریقه متکلمان است که اصولشان را بر مبنای مسلک کلامیشان بناء می‌کنند، پس چون وی قائل به حُسن و قُبْح ذاتی افعال نیست و حُسن و قُبْح افعال را فقط با حکم شارع، ثابت می‌داند بنابراین قائل به این شده است، در مواردی که خطاب شارع وجود ندارد، حکمی نیز در آن مورد وجود ندارد. ۲. ادله وی برای نفی تخطئه و اثبات تصویب ناظر به عدم ارتکاب گناه از طرف مجتهد است. وی می‌گوید: «تکلیف الإصابه بمالم ينصب عليه دليل قاطع، تکلیف بما لا يطاق» یعنی اگر مجتهد در مسائل فقهی ظنی، مکلف باشد که به واقع برسد تکلیف بمالایطاق است زیرا شارع مقدس، به این مجتهد، دلیل قطعی بر حکم، ابلاغ نکرده است تا از وی بخواهد که به آن برسد و مطابقتش عمل کند و اصلاً حکمی در این مورد نیست تا حکم مجتهد با آن منطبق باشد یا نباشد بلکه در اینجا منطقه الفراغ از حکم الهی است و شارع مقدس، مجتهدان را مکلف کرده است تا با احکام اجتهادی خودشان آنجا را پر کنند؛ بنابراین نمی‌توان گفت که غزالی، قائل به تصویب اصطلاحی است زیرا اولاً مرادش از حکم با حکمی که ما می‌گوییم متفاوت است و ثانیاً از کلامش استفاده نمی‌شود که در لوح محفوظ نیز حکمی مطابق با اجتهاد مجتهد ایجاد و جعل می‌شود. این کلام از مرحوم شیخ مرتضی انصاری نیز مؤید نظر ما می‌باشد، ایشان فرموده است: قول به عدم ذاتی بودن حُسن و قُبْح افعال، ملازم با تصویب نیست زیرا قائلان به عدم حسن و قبح ذاتی افعال، قائل به حکم واقعی نیستند و به نظرشان، حسن و قبح واقعی وجود ندارد، درحالی‌که لازمه قول به تصویب، حدوث حکم واقعی، به واسطه ظن است (انصاری، مطارح الأنظار، ۲۴۵).

ابن‌العربی می‌گوید بعضی می‌گویند هر مجتهدی در فروع، مصیب است و این قول علماء می‌باشد و بعض دیگر می‌گویند حق در نزد بعضی از مجتهدان است و ضعفاء [در علم] به دلیل جهلشان متمایل به این قول شده‌اند و صحیح این است که هر مجتهدی مصیب است و اگر اشکال شود به اینکه اجتماع تحلیل و تحریم پیش می‌آید جوابش این است که تحلیل و تحریم از صفات اعیان و ذات نیستند بلکه آن‌ها فقط عبارت‌اند از قول شارع در آنچه که تشریع کرده و قول مفتی در آنچه که فتوا داده است (ابن‌العربی، ۱۵۳-۱۵۲). وی در ابتدای این کتاب، حکم را این‌طور تعریف می‌کند: الأحكام لیست من التکلیف و لا من صفات الأفعال وإنما الحكم هو قول الله سبحانه؛ و در جای دیگر می‌گوید: فأما الحكم فليس بصفة للأفعال وإنما هو عبارة عن خطاب الله فيها (همو، ۲۳)؛ یعنی حکم شرعی از منظر وی، کلام و خطاب خداوند است که البته پر واضح است که خطاب، بدون مخاطب، معنا ندارد و تا خطاب، به مخاطب نرسد، اطلاق خطاب به آن نمی‌شود بنابراین نمی‌توان گفت ابن‌العربی حتماً قائل به تصویب اصطلاحی بوده است زیرا وی نیز مثل استادش غزالی، از لحاظ مسلک کلامی، اشعری است و در بحث‌های اصول فقه، طریقه متکلمان دارد و هر آنچه را که درباره غزالی گفتیم درباره وی نیز صادق است و کلامش نیز به همان کلام غزالی حمل می‌شود زیرا اولاً تعریفش از حکم با حکمی که ما می‌گوییم متفاوت است. وی حکم را فقط در مرحله تنجّز، حکم می‌داند آن هم به خطاب قطعی شارع، بالتبع در مطنونات اصلاً حکمی نیست تا بگوییم اجتهاد مجتهد با آن منطبق هست یا نیست؛ و ثانیاً اینکه در لوح محفوظ نیز حکمی موافق با رأی مجتهد ایجاد و جعل شود از کلمات وی استفاده نمی‌شود؛ و منظورش از تصویب یا عدم گناه مجتهد در رأیش است یا اینکه مجتهد می‌بایست بر طبق رأیش عمل کند.

بنابراین هیچ یک از فقهاء و اصولیان اهل سنت، قائل به تصویب اصطلاحی که در اوایل بحث بیان شد، نیستند و قائلان به تصویب را بیشتر متکلمان معتزله و اشاعره، معرفی می‌کنند. بله آن‌ها قائل به نوع دیگری از تصویب هستند که با تصویب اصطلاحی و مشهور، متفاوت است که شیخ مرتضی انصاری نیز به این نکته اشاره کرده‌اند (انصاری، مطارح الأنظار، ۲۴۵). این تصویب در مرحله عدم تنجّز احکام واقعی است و از جهت بطلان، مثل همان تصویبی است که مرحوم آخوند خراسانی و مرحوم آقا ضیاء عراقی به عنوان تصویب نوع سوم، مطرح می‌کنند و آن تصویب در احکام فعلی و در مرتبه فعلیت احکام ظاهری است و گرچه این نوع

تصویب را ممتنع بلکه خالی از وجه نمی‌دانند ولیکن آن را نمی‌پذیرند (آخوند خراسانی، ۴۶۹؛ آقاضیاء عراقی، ۲۳۱/۵).

ریشه‌های مسأله تصویب اصطلاحی

حال با توجه به مطالبی که ارائه شد و اینکه خود اصولیان اهل سنت، قائلان به تصویب را بیشتر متکلمان معتزله و أشاعره، معرفی می‌کنند و با توجه به کلام شیخ طوسی که اختلاف در این مسأله را بیشتر، اختلاف متکلمان می‌داند (شیخ طوسی، ۷۲۸/۲-۷۲۳)، نتیجه می‌گیریم که مسأله تصویب یک مسأله اعتقادی بوده است و نه یک مسأله فقهی یا اصولی. آقای بروجردی نیز این مسأله را مسأله‌ای عقلی می‌داند و نه یک مسأله شرعی تعبدی و منشاء این نزاع را اختلاف نظر در احوال صحابه پیامبر -صلی‌الله‌علیه‌وآله- می‌داند از این جهت که آیا تمام صحابه، مبرای از خطاء و فسق هستند یا خیر؟ و بعد، اختلاف‌های متکلمان اهل سنت را تبیین می‌کند (بروجردی، ۱۵۲-۱۵۱). مرحوم محقق اردبیلی نیز ریشه قائل شدن به تصویب در اهل سنت را اعتقادات و تعصبات باطلی می‌داند که قائلان به این مسأله، در مورد بعضی از صحابه داشتند و دارند تا جایی که از طرفی بعضی از آن صحابه را از جایگاه اصلی‌شان بالا بردند و برایشان مقام عصمت و عدم لغزش و اشتباه قائل شدند و از طرف دیگر، پیامبر اکرم -صلی‌الله‌علیه‌وآله- را از جایگاه اصلی‌شان و مقام عصمت کلیه‌شان، پایین آوردند تا جایی که عمل، قول و رأی آن‌ها را بر قول پیامبر اکرم -صلی‌الله‌علیه‌وآله- که همه‌اش وحیانی است، با دلایل وهمانی، ترجیح دادند و بعضی دیگر از صحابه را که مورد تجلیل و تمجید کلام‌الله و به منزله نفس پیامبر -صلی‌الله‌علیه‌وآله- بودند، به دلیل حُب دنیا، کنار زدند (محقق اردبیلی، ۲۲۰/۳-۲۱۴)؛ بنابراین مسأله تصویب، یک مسأله اعتقادی است و حتی می‌توان گفت یک مسأله سیاسی بوده است، چرا که موضوع سیاست، حکومت و قدرت است و در اینجا، قدرت‌طلبی، سبب ایجاد، ترویج و بقاء یک عقیده باطل شده است. (برای مطالعه بیشتر ر.ک: آب‌سواران، ۲۹).

نتیجه‌گیری

اول اینکه هیچ‌یک از اصولیان اهل سنت، قائل به تصویب اصطلاحی و مشهور، نیستند. ظاهر کلام آن سه عالم اصولی سنی (جصاص، غزالی، ابن‌العربی) نشان می‌دهد که قائل به تصویب اصطلاحی هستند اما با کنکاش و بررسی دیگر کلماتشان و در نظر گرفتن مجموع

آن‌ها، معلوم می‌شود که آن‌ها نیز قائل به این نوع تصویب نیستند؛ زیرا آن‌ها حکم را فقط با ابلاغ و خطاب قطعی شارع، حکم می‌دانند و حکم را فقط در مرحله تنجز، حکم می‌دانند و ماوراء این خطاب، یا اصلاً حقیقتی وجود ندارد؛ زیرا (به عقیده برخی از آن‌ها) افعال حُسن و قُبْح ذاتی ندارند، یا اگر حقیقتی هم وجود داشته باشد، چون به خطاب قطعی به آن دلالت نشده است، عمل به آن، برای مجتهد لازم نیست. پس در آن وقایعی که خطاب قطعی از شارع، بیان نشده است، اصلاً حکمی نیست تا خداوند، نظر مجتهد را حکم واقعی یا در عرض آن قرار دهد. در آن موارد، منطقه الفراغ از حکم الهی است که خداوند از مجتهدان خواسته است تا آن را با احکامی که با اجتهادشان بدان می‌رسند، پر کنند و خودشان و مقلدانشان به آن‌ها عمل کنند و مرتکب گناهی نشده‌اند؛ زیرا طبق اجتهادشان و آنچه که مأمور بدان بوده‌اند عمل کرده‌اند و معنای خطاکار نبودن مجتهد، همین است.

در ثانی درست است که قول اصولیان عامه، ملازم با تصویب اصطلاحی نیست لیکن ملازم با نوع دیگری از تصویب است که آن تصویب در مرحله عدم تنجز احکام واقعی است که این نوع تصویب نیز، با توجه به آموزه‌های مکتب اهل بیت -علیهم‌السلام- باطل است.

منابع

قرآن کریم.

- ابن شهید ثانی، حسن بن زین‌الدین، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، تحقیق عبدالحسین محمد علی البقال قم: دارالحکمه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- ابن‌الصلاح، عثمان بن عبدالرحمن، *أدب المفتی و المستفتی*، تحقیق موفق عبدالله عبدالقادر، المدینة المنورة: مكتبة العلوم و الحكم، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ق.
- ابن‌العربی، محمد بن عبدالله، *المحصول فی الاصول*، تحقیق حسین علی الیدری، اردن: دارالبیارق، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- ابن‌امیرالحاج، محمد بن محمد، *التقریر و التحبیر*، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.
- ابن‌خلکان، احمد بن علی، *وفیات الأعیان و أنباء إبناء الزمان*، تحقیق احسان عباس، بیروت: دارصادر، چاپ اول، ۱۹۹۴ م.
- ابن‌فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، تصحیح و تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد، *روضة الناظر و جنة المناظر*، بی‌جا، مؤسسه الریان، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ق.

- ابن ملافروخ، محمد بن عبدالعظیم، *القول السدید فی بعض مسائل الإجتہاد و التقلید*، تحقیق جاسم مهلهل الیاسین و عدنان سالم الرومی، کویت: دارالدعوه، چاپ اول ۱۹۸۸ م.
- أزهری، محمد بن احمد، *تهذیب اللغة*، تحقیق محمد عوض مرعب، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ اول ۲۰۰۱ م.
- إسنوی، عبدالرحیم بن حسن، *التمهید فی تخریج الفروع علی الاصول*، تحقیق محمد حسن هیتو، بیروت: مؤسسه الرساله، چاپ اول ۱۴۰۰ ق.
- إسنوی، عبدالرحیم بن حسن، *نهایة السؤل: شرح منهاج الوصول*، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول ۱۴۲۰ ق.
- اصفهانى، محمود بن عبدالرحمان، *بیان المختصر: شرح المختصر ابن الحاجب*، تحقیق محمد مظهر بقا، عربستان: دارالمدنی، چاپ اول ۱۴۰۶ ق.
- امیرپادشاه، محمدامین بن محمود، *تیسیر التحریر*، بیروت: دارالفکر، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، تعلیق مصطفی اعتمادی، قم: مؤسسه دارالکتاب، چاپ اول ۱۳۷۷.
- _____، *مطرح الأنظار*، تقریر ابوالقاسم کلانتری، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول ۱۴۰۴ ق.
- آب‌سواران، حسن، *واکاوی در مسئله اجزاء با حفظ رویکرد تخطئه بر مبنای فقه امامیه*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران (پردیس بین‌المللی قم)، ۱۳۹۱.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم، *کفایة الاصول*، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- آقابزرگ تهرانی، محمدمحسن، *توضیح الرشاد فی تاریخ حصر الإجتہاد*، تحقیق و تصحیح محمدعلی انصاری شوشتری، قم: چاپخانه خیام، چاپ اول ۱۴۰۱ ق.
- آمدی، علی بن ابی‌علی، *الإحکام فی اصول الأحکام*، تحقیق عبدالرزاق عفیفی، بیروت و دمشق: المکتب الاسلامی، بی تا.
- برقی، احمد بن محمد، *المحاسن*، قم: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۷۱ ق.
- بروجردی، حسین، *نهایة الاصول*، تقریر حسینعلی منتظری، تهران: نشر تفکر، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- بَزْدَوِی، علی بن محمد، *اصول البزروی*، کراتشی: مطبعه جاوید، بی تا.
- بصری، محمد بن علی، *المعتمد فی اصول الفقه*، تحقیق خلیل المیس، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.
- تفتازانی، مسعود بن عمر، *شرح التلویح علی التوضیح لمثن التنقیح*، تحقیق زکریا عمیرات، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.

- جَصَّاص، احمد بن علی، *الفصول فی الاصول*، کویت: وزارة الاوقاف، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح*، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- جوینی، عبدالملک بن عبدالله، *البرهان فی اصول الفقه*، تحقیق عبدالعظیم محمود الدیب، مصر: الوفاء و المنصوره، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *التلخیص فی اصول الفقه*، تحقیق عبدالله جولم النبالی و بشیر احمد العمری، بیروت: دارالبشائر الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *الورقات*، تحقیق عبداللطیف محمد العبد، بی‌جا، بی‌تا.
- حبش، محمد، *شرح المعتمد فی اصول الفقه*، با مقدمه محمد الزحیلی، بی‌جا، بی‌تا.
- الحجوی، محمد، *الفکر السامی فی تاریخ الفقه الاسلامی*، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق.
- حلبی، علی اصغر، *تاریخ علم کلام در ایران و جهان*، تهران: اساطیر، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- خاتمی، احمد، *فرهنگ علم کلام*، تهران: صبا، چاپ اول، ۱۳۷۰.
- خلاف، عبدالوهاب، *علم اصول الفقه و خلاصه تاریخ التشریع*، مصر: مؤسسه السعودیه، بی‌تا.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، تقریر سیدمحمدسرور واعظ حسینی بهسودی، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، چاپ سوم، ۱۴۲۸ ق.
- الدوسری، ترحیب، *حجیه قول الصحابی عند السلف*، بی‌جا، بی‌تا.
- دهلوی، احمد بن عبدالرحیم، *عقد الجید فی احکام الاجتهاد و التقليد*، تحقیق محب‌الدین الخطیب، قاهره: المطبعه السلفیه، ۱۳۸۵ ق.
- ریسونی، احمد، *نظریه المقاصد عند الإمام الشاطبی*، دارالعالمیه للکتاب الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۲ ق.
- زَرَّکشی، محمد بن عبدالله، *البحر المحيط*، دارالکتبی، ۱۴۱۴ ق.
- سبحانی، جعفر، *بحوث فی الملل و النحل*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی و مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، بی‌تا.
- _____، *تاریخ الفقه الاسلامی و أدواره*، بیروت: دارالإضواء، بی‌تا.
- سبکی، عبدالوهاب بن علی، *الإبهاج فی شرح المنهاج*، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق.
- _____، *رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب*، تحقیق علی محمد معوض و عادل احمد عبدالوجود، بیروت: عالم الکتب، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

- السلمی، عیاض، *اصول الفقه الذی لایسع الفقیه جهله*، بی جا، بی تا.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی، *الموافقات*، تحقیق عبدالله دراز، بیروت: دارالمعرفه، بی تا.
- _____، *الموافقات*، تحقیق مشهور بن حسن آل سلمان، بی جا، دار ابن عفان، ١٤١٧ ق.
- شافعی، محمد بن إدريس، *الرساله*، تحقیق احمد محمد شاکر، بیروت: دارالکتب العلمیه، بی تا.
- شریف الرضی، محمد بن حسین، *الذریعة إلى اصول الشریعة*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول ١٣٧٦.
- _____، *رسائل الشریف المرتضی*، تحقیق سیدمهدی رجایی، قم: دارالقرآن الکریم، چاپ اول ١٤٠٥ ق.
- _____، *نهج البلاغه*، تحقیق عزیزالله عطاردی، قم: مؤسسه نهج البلاغه، چاپ اول ١٤١٤ ق.
- شمس الاثمه سرخسی، محمد بن احمد، *اصول السرخسی*، بیروت: دارالمعرفه، بی تا.
- شوکانی، محمد بن علی، *إرشاد الفحول إلى تحقیق الحق من الاصول*، تحقیق احمد عزو عنایه، دارالکتب العربی، چاپ اول ١٤١٩ ق.
- _____، *القول المفید فی أدله الإجتهد و التقليد*، تحقیق عبدالرحمن عبدالخالق، کویت: دارالقلم، چاپ اول ١٣٩٦ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *تمهید القواعد الاصولیة و العربیة لتفریع قواعد الأحکام الشریعة*، تحقیق عباس تبریزیان و دیگران، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ١٤١٦ ق.
- صاحب بن عباد، *المحیط فی اللغة*، تحقیق محمدحسن آل یاسین، بیروت: عالم الکتب، چاپ اول ١٤١٤ ق.
- صدر، محمد باقر، *المعالم الجدیة*، کتابفروشی النجاشی، چاپ دوم، ١٣٩٥ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *العدة فی اصول الفقه*، قم: چاپخانه ستاره، چاپ اول ١٤١٧ ق.
- عراقی، ضیاءالدین، *نهایة الأفکار*، تقریر محمدتقی بروجردی نجفی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ١٤١٧ ق.
- عطار، حسن بن محمد، *حاشیة العطار علی شرح الجلال المحلی علی جمع الجوامع*، بیروت: دارالکتب العلمیه، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *مبادئ الوصول إلى علم الاصول*، قم: المطبعة العلمیه، چاپ اول ١٤٠٤ ق.
- _____، *نهایة الوصول إلى علم الاصول*، قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، چاپ اول ١٤٢٥ ق.

- غزالی، محمد بن محمد، *إحياء علوم الدين*، بیروت: دارالمعرفه، [بی تا].
- _____، *المستصفی*، تحقیق محمد عبدالسلام عبدالشافی، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- _____، *المنحول فی تعلیقات الاصول*، تحقیق محمد حسن هیتو، بیروت و دمشق: دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *ایضاح الکفایه*، تقریر سید محمد حسینی قمی، قم: نوح، چاپ چهارم، ۱۳۸۲.
- فاعور، محمود، *المقاصد عند الإمام الشاطبی*، صیدا: بسیونی، چاپ اول ۱۴۲۷ ق.
- فخررازی، محمد بن عمر، *المحصول فی علم الاصول*، تحقیق طه جابر فیاض العلوانی، بیروت: مؤسسه الرساله، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرای، قم: نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- فیروزآبادی شافعی، ابراهیم بن علی، *التبصره فی اصول الشافعیه*، تحقیق محمد حسن هیتو، دمشق: دارالفکر، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.
- _____، *اللمع*، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.
- القطان، مناع بن خلیل، *تاریخ التشریع الاسلامی*، بی جا، مکتبه وهبه، چاپ پنجم، ۱۴۲۲ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *معارج الاصول*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.
- مروزی، منصور بن احمد، *قواطع الأدله فی الاصول*، تحقیق محمد حسن اسماعیل الشافعی، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.
- مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول و معظم أبحاثها*، قم: نشر الهادی، چاپ ششم، ۱۴۱۶ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، تحقیق مجتبی عراقی و دیگران، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الاصول*، تقریر احمد قدسی، قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- _____، *دائرة المعارف فقه مقارن*، تحقیق جمعی از اساتید و محققان حوزه، قم: مدرسه امام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ اول ۱۴۲۷ ق.

۳۰	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۱
میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، <i>قوانین الاصول</i>، تهران: کتابفروشی علمیه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۷۸ ق. نائینی، محمدحسین، <i>فوائد الاصول</i>، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، تعلیق آقاضیاء عراقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق. النملہ، عبدالکریم، <i>الجامع لمسائل اصول الفقه و تطبیقها علی المذهب الراجح</i>، ریاض: مکتبۃ الرشید، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق. _____، <i>المہذب فی علم اصول الفقه المقارن</i>، ریاض: مکتبۃ الرشید، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.		

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۵۴-۳۱

ضمان عاقله از نگاهی دیگر*

محسن احمدوند^۱

دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

Email: hadis172@gmail.com

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

چکیده

مشهور فقیهان امامی بر این باورند که مسئولیت جنایت خطایی محض (دیه) بر عهده نهادی به نام «عاقله» یعنی خویشاوندان پدری جانی است. این حکم از آغاز با چالش‌هایی «نظیر تضاد با اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری» روبرو بود که فقیهان را وا داشت تا با ارائه توجیهات متفاوتی، چرایی آن را تبیین کنند. این نوشتار با تکیه بر قواعد، عمومات و اطلاعات قرآنی و با بهره‌گیری از فقه جواهری در پی اثبات این باور است که این رأی، با وجود مخالفانی چون شیخ مفید، اجماعی نیست و عمده مستند مشهور که روایات است، افزون بر تردیدهای جدی به لحاظ سند و دلالت، با عمومات، اطلاعات قرآنی و عقل مستقل، در تضاد است و قدر متیقن ادله روایی که فاقد معارض و مخالف است، ضمان عاقله را تنها در جایی ثابت می‌کند که عاقله، عهده دار سرپرستی و مواظبت از جانی بوده و یا عرفاً مسئول شمرده شود.

کلیدواژه‌ها: عاقله، مسئولیت کیفری، دیه، جنایت خطایی، اصل شخصی بودن مجازات.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۲/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۷/۰۶.

۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

از جمله احکامی که به دلیل قرار گرفتن در بخش اجتماعی اسلام، فهم مناظ و معیار جعل آن دور از دسترس عقل بشری نیست، احکام «دیات» است که به شهادت تاریخ، پیش از اسلام وجود داشته و توسط رسول گرامی اسلام (ص) امضاء گردیده است.

در این میان «حکم به ضمان عاقله» به دلیل مخالفت آن با قواعد دینی و ابنیه عقلایی از دیرباز مورد توجه فقیهان شیعه قرار گرفته است و برخی برای تطابق آن با اصل عدالت و نفی ظلم توجیهاتی ذکر نموده‌اند. اما هنوز مجال فراوانی در آن برای کنکاش فقهی به سبک فقه جواهری وجود دارد. آنچه در پی خواهد آمد تلاشی است در این جهت. امید است که با رفع نقص و تکمیل آن به ارائه نظریه‌ای راه‌گشا در این بخش بیانجامد.

آرای فقیهان در بحث ضمان عاقله

بیشتر فقیهان به ضمان عاقله به صورت مطلق حکم کرده‌اند؛ یعنی در صورت وقوع قتل و یا جنایت خطایی و اثبات آن توسط بینه «عاقله» ضامن پرداخت دیه می‌باشد؛ خواه در وقوع جنایت نقشی داشته باشد و یا خیر و فرد جانی هیچ ضمانتی در برابر انجام عمل ندارد؛ خواه فقیر باشد و خواه غنی باشد.

شیخ طوسی در این مورد می‌گوید: «در قتل خطایی دیه نفس بر عاقله است و در اطراف نیز این گونه است و هیچ اختلافی در این خصوص وجود ندارد.» (طوسی، ۶۹/۵)
صاحب جواهر با یک مرتبه تنزل از نظر شیخ طوسی و همفکرانش که ضمان و پرداخت را بر عاقله واجب می‌دانند می‌گوید:

«تدبر در نصوص و قاعده اختصاص جنایت به شخص جانی این است که جانی ضامن است اما عاقله تکلیف پرداخت را به عهده دارد.» (۴۴۴/۴۳)

در مقابل این دیدگاه‌ها، رای شیخ مفید قرار دارد. ایشان بعد از آن‌که دیه قتل خطایی را بر عهده عاقله می‌داند می‌نویسد:

«عاقله برای اخذ آنچه که در عوض قاتل پرداخت نموده است، به وی مراجعه می‌نماید، اگر قاتل دارای مال بود، آنچه را که عوض او پرداخت نموده از او می‌ستانند و در صورتی که مالی نداشت، چیزی بر او لازم نیست. (شیخ مفید، ۷۳۷)

هم‌چنین سلار در مراسم (سلار، ۲۳۹) و قطب راوندی (راوندی، ۴۰۸/ ۲) نیز با عبارتی

نزدیک به هم نظر شیخ مفید را تایید می‌کنند. از معاصران نیز آقای صانعی با رد نظریه مشهور، ضمان عاقله را مختص به عاقله مسئول که به وظایف خویش عمل نکرده می‌داند (صانعی، ۲۹۰/۱)

اصل در مساله

طبق رویه معمول در مباحث فقهی، لازم است پیش از ورود به بحث از دلایل و نقض و ابرام آن‌ها، اصل در مساله روشن شود تا در صورت عدم توفیق به دلیل معتبر، تکلیف ضمان در پرداخت دیه با مراجعه به آن مشخص گردد.

تقریباً تمام کسانی که در خصوص ضمان عاقله سخن گفته‌اند اصل برائت ذمه عاقله و تعلق ضمان به خود جانی را پذیرفته‌اند. اما از این اصل، به خاطر وجود دلیل، عدول نموده‌اند و بدیهی است در صورت فقدان دلیل و یا اثبات عدم حجیت آن، ناگزیریم به همان اصل که عدم ضمان عاقله و ضمان فرد خطاکار است، باز گردیم. به عنوان نمونه به برخی از این عبارات اشاره می‌شود:

شیخ طوسی در کتاب خلاف، می‌گوید: «ذمه عاقله بر طبق اصل بری است و اشتغال ذمه او نیازمند دلیل خواهد بود» (طوسی، ۵/ ۲۶۹) وی در جای دیگر می‌گوید: «اگر ما بودیم و حکم عقل، چنین حکمی (ضمان عاقله) را قرار نمی‌دادیم» (طوسی، تبیان، ۳/ ۲۹۴).

ابن ادریس نیز در رد ضمان عاقله در باب شبه عمد بر این اصل تأکید نموده و خروج از آن را نیازمند دلیلی قوی و غالب و فائق بر سایر دلایل پذیرفته است و تصریح کرده که با تکیه بر اخبار واحد که نه علم‌آور است و نه می‌توان به آن عمل کرد، نمی‌توان از این اصل دست کشید. (ابن ادریس، ۳/ ۳۳۵)

تمسک به این اصل در عبارت محقق در نکت النهایه، (محقق، ۳/ ۳۶۷) و علامه حلی در مختلف، (علامه حلی، ۹/ ۴۱۵) نیز دیده می‌شود.

صاحب جواهر دلیل اصل را مانند صاحب ریاض، (طباطبایی حائری، ۱۶/ ۵۷۸) آیه «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» معرفی نموده است. (صاحب جواهر، ۴۳/ ۴۲۹)

نتیجه این که: اصل عدم ضمان عاقله است و خروج از چنین اصل روشنی که متکی به دلایل قرآنی و عقل و اعتبارات عقلایی است نمی‌تواند یک و یا چند روایت ضعیف و یا مجمل و مبهم باشد بلکه باید به تعبیر ابن ادریس دلیل ما برای عدول از این اصل «دلیل قاهر»

باشد. (ابن ادریس، ۳/ ۳۳۵). بر همین اساس، در خروج از این اصل نیز باید به قدر متیقن اکتفا نمود.

دلایل نظریه مشهور

مشهور فقیهانی که رایشان بر ضمان مطلق عاقله استوار است به دو دلیل استناد کرده‌اند:

دلیل اول: اجماع

در بیان این دلیل، به نقل عبارت صاحب جواهر اکتفا می‌کنیم. وی در بیان این دلیل می‌گوید: «در این‌که دیه در قتل خطاء محض به عهده عاقله می‌باشد احدی از فقهای اهل سنت و امامیه با آن مخالفت نکرده است و شیخ طوسی در کتاب خلاف، مسأله را اجماعی دانسته و گفته است: «مخالفت اصل قابل اعتنا نمی‌باشد». (۴۳/ ۴۱۵)

دلیل دوم: روایات

صاحب مفتاح الکرامه که از همراهان مشهور است می‌گوید: دلیل این مسئله (ضمان عاقله) اجماع و اخبار متواتر است. (عاملی، ۱۰/ ۳۶۱ - ۳۶۰) که در ذیل نقد دلایل مشهور به روایات خواهیم پرداخت.

نقد دلایل مشهور

نقد اجماع

اجماع و اخبار، که در برخی از عبارات اصحاب در کنار یکدیگر ذکر شده‌اند تنها دلیل ضمان عاقله است. و بسیار روشن است که قرارگرفتن اجماع در کنار اخبار به دلیل احتمال اتکای آن به اخبار، موجب تزلزل آن و به تعبیر رایج، «مدرکی بودن» آن می‌شود. که باید به سراغ مدرک آن‌که همان اخبار است، رفت که در هر صورت، اجماع به عنوان دلیلی مستقل فاقد اعتبار است.

از سوی دیگر، وجود اختلافات در مسائل گوناگون بحث عاقله که هر کدام به روایتی نیز مستند است. اعتماد به اجماع و تواتر اخبار در ضمان مطلق عاقله را با تردید جدی روبرو می‌سازد که در ذیل، به برخی از این اختلافات اشاره می‌کنیم:

اختلاف نخست: معنای «عصبه»

پیوند عمیق میان معنای «عاقله» و کلمه «عصبه» در کلام شیخ طوسی تأثیر مستقیم بر تعیین

عاقله می‌گذارد. وی در کتاب خلاف در باره معنای «عصبه» آورده است: «عصبه، تمام کسانی هستند که از یک پدر و مادر متولد شده باشند و یا تنها از جهت پدر باشند و یا از فرزندان آنان باشند و آنان برادران و فرزندان آنها می‌باشند. اگر از یک پدر و مادر باشند و یا از جهت پدر تنها باشند و همین‌طور عموها و فرزندانشان و نیز عموهای پدر و فرزندان آنان جزء عاقله‌اند و نظر شافعی و جماعت اهل علم از عامه هم همین است. (طوسی، ۵/ ۲۷۷)

چنان‌که مشهود است، در این نظر سخنی از این‌که آیا عصبه فرد باید از اهل میراث او باشد به میان نیامده است.

اما در مقابل این قول، نظریه دیگری است که به صراحت «عصبه» را وارثان دینه معرفی می‌کند (ابن زهره، ۴۱۳).

مستند این نظر، روایاتی نظیر مرسله یونس (حر عاملی، ۲۹/ ۳۹۷) است. ابن جنید در این خصوص با عبارتی به این مضمون بیان می‌دارد:

«عاقله کسانی هستند که از میان مردان عاقل مستحق میراث فرد می‌باشند و تفاوتی نمی‌کند خویشی از طرف پدر یا مادر باشد.» (ابن جنید، ۳۵۵)

اختلاف دوم: محدوده عاقله

دومین اختلاف نظر که آن نیز مستند به روایات است، اختلاف در محدوده عاقله است که آیا اختصاص به خویشان پدری؛ مانند عمو و برادر و فرزندانشان دارد یا این‌که پدر و اولاد نیز جزو عاقله هستند؟ صاحب جواهر به این اختلاف نظر اشاره کرده است که ما در ذیل خلاصه مطالب ایشان را با کمی تصرف نقل می‌کنیم: «از قائلان به عدم دخول این افراد در شمار عاقله، شیخ در مبسوط و خلاف و صاحب وسیله و مهذب، است. در مقابل، جماعتی از فقها از جمله، شیخ مفید، ابن ادریس حلی، یحیی بن سعید و فاضلین و شهید در لمعه و ظاهر عبارت تنقیح حاکی از موافقت با آن است تا جایی که در ایضاح ادعای شهرت بر آن شده و مرحوم حلی ادعای اجماع کرده است که پدر و پسر داخل در عاقله هستند. (۴۳/ ۴۲۱ - ۴۲۰)

اختلاف سوم: مخالفت در ضمان عاقله

اختلاف مهم دیگری که در ضمان عاقله پدید آمده است. اختلاف میان شیخ مفید و تابعانش، از یک سو و شیخ طوسی و پیروان وی از سوی دیگر است. شیخ مفید در بحث ضمان عاقله با اتخاذ رویه‌ای منطقی، با جمع میان عقل و نقل در چگونگی پرداخت دینه آورده است:

«عاقله پس از پرداخت دینه (از مال خویش برای گرفتن دینه) به قاتل مراجعه می‌نماید، اگر او

مالی داشت، از مالش پرداخت نموده در غیر این صورت، چیزی بر عهده او نیست.» (شیخ مفید، ۷۳۷) نظریه‌ای که شیخ طوسی مدعی است مدرکی برای آن نیافته است، (طوسی، ۵/ ۶۹) اما سلار آن را پسندیده است (سلار، ۲۳۹) و علامه در مختلف آن را بر اساس موازین صحیح اجتهادی معرفی می‌کند:

«هیچ بعدی در این نظریه نیست؛ بلکه از امتیازات این نظر آن است که جمع میان معقول و منقول است؛ و سخن شیخ طوسی (در شیوه اعتراض به کلام مفید) درست است که فرمود من نصی بر رأی مفید نیافتم (و نگفته است نصی وجود ندارد) و او را به مخالفت با اجماع و اصول مذهب متهم نکرد؛ چرا که شاید در این باب، او نصی یافته و یا به دلیل عقل استناد نموده است. (علامه حلی، مختلف، ۲۹۱- ۲۹۰)

نتیجه اینکه :

اولاً: اجماع ادعا شده مدرکی و فاقد اعتبار و وجاهت لازم برای احتجاج می‌باشد و ثانیاً: در مسأله‌ای که از ابتدا با اختلافاتی متعدد روبرو بوده است، چگونه می‌توان ادعای اجماع نمود و در نهایت این که شاید ضمان عاقله در قتل خطایی به شکل اجمالی مورد اجماع توافق قرار گرفته که ما نیز با آن موافقیم اما آنچه که جای بحث و تأمل است اطلاق این ضمان است.

نقد روایات

از آنچه که در مورد اجماع گذشت، روشن شد که در باب ضمان عاقله، تنها دلیل، روایات متعدد و مختلفی است که در مجامع روایی وارد گردیده است و شاید تعداد این روایات موجب پدید آمدن این اشتباه شده است که روایات در ضمان عاقله در قتل خطایی متواتر است و یا به تعبیر صاحب جواهر، «اگر متواتر نباشد، شکی در یقین آوردن آن نیست» (۲۳/ ۲۵) در ادامه به بررسی هر یک از روایاتی که مستند مشهور قرار گرفته است، خواهیم پرداخت تا روشن شود که حتی یک روایت که به طور مطلق عاقله را ضامن معرفی کند و از نظر متن و سند خالی از شبهه باشد، نمی‌توان یافت. علاوه بر آن که در نگاه کلی با مشکلات بزرگی نظیر مخالفت با کتاب و اصول و قواعد مسلم عقلی و عقلایی روبرو است. پیش از آن لازم است بر این نکته تأکید کنیم که: اصل وجود نهادی به عنوان عاقله که در برخی موارد از وقوع قتل خطایی ضامن شمرده شده است. قدر متیقن روایات و مورد تواتر اجمالی و غیر قابل انکار است آنچه مورد نقد و اشکال ماست اطلاق ضمان عاقله می‌باشد.

روایت اول: روایتی است که ابی‌ولاد از امام صادق نقل کرده است.

در جنایات میان اهل ذمه معاقله وجود ندارد و تنها آن را از مالشان برمی دارند. پس اگر مالی نداشتند، امام به جای آنان می پردازد چراکه آنان به امام جزیه می پردازند (حر عاملی، ۲۹/۳۹۱).

این روایت از نظر سند صحیح است، اما همان گونه که واضح است، مربوط به عدم وجود معاقله میان اهل ذمه است و بر فرض وجود مفهوم، بر بیش از وجود معاقله میان مسلمانان دلالت ندارد و به تعبیر مقدس اردبیلی، «از صحیحه ابی ولاد فهمیده می شود که اجمالاً معاقله وجود دارد» (اردبیلی، ۱۴/۲۸۸). که هیچ کس منکر اصل وجود عاقله نیست.

روایت دوم: که مضمون روایت چنین است: «مردی را که مرتکب قتل خطای محض شده بود، خدمت حضرت علی آوردند. وی در کوفه عشیره و فامیلی نداشت و می گفت: اهل «موصل» هستم. حضرت به فرماندار موصل نامه ای نوشت و سرگذشت این مرد را بیان کرد، سپس فرمود: اگر اقوام و عاقله ای دارد، دیه این قتل را از آنها بگیر...» (حر عاملی، ۲۹/۳۹۲). این روایت به روایت سلمه بن کهیل معروف است که به دلیل وجود همین سلمه بن کهیل، در سند روایت و ضعف اعتقادی و مذهبی او، محقق در شرایع (محقق، ۴/۲۷۱) و شهید ثانی در شرح لمعه (عاملی، ۱۰/۳۱۰) آن را ضعیف دانسته اند.

علاوه بر آن در متن این روایت مطالبی وجود دارد که موجب ضعف آن گردیده است. مانند آن که اهل شهر را هم عاقله معرفی کرده است که هیچ یک از فقها آن را نپذیرفته اند و به تعبیر صاحب جواهر «مطرحه لم نجد عاملاً بها» (۴۳/۴۲۲). و در صورت اثبات بر چیزی بیش از اصل ضمان عاقله دلالت ندارد که ما نیز منکر آن نیستیم اما اطلاقی در این خصوص ندارد.

روایت سوم: از یونس بن عبدالرحمن است که می گوید: «اگر کسی کسی را به خطا کشت و پیش از آن که دیه را بپردازد، از دنیا رفت، دیه بر عهده ورثه اوست و اگر عاقله ندارد بر عهده والی است که از بیت المال بپردازد» (طوسی، تهذیب، ۱۰/۱۷۲). اولاً: سند این حدیث مرسل است و ثانیاً: این حدیث بر ضمان عاقله دلالت ندارد و برعکس بر عدم ضمان آن دلالت دارد. گویا این که خود قاتل باید دیه را بپردازد، برای سائل امری مسلّم بوده و امام نیز آن را تقریر نموده است.

روایت چهارم و پنجم، روایت حسین بن مهران از امام صادق و ابی حمزه از امام باقر است: در مورد زن آبستنی که سارق بر او وارد شد و حمل زن را کشته زن نیز به دفاع از خود

به دزد حمله کرد و او را کشت پرسیدم. امام صادق (ع) پاسخ داد: بر زن چیزی نیست، اما دیه جنین او بر عهده خویشاوندان (عصبه) سارق مقتول است. (حر عاملی، ۲۹/ ۴۰۲) و در روایت ابی حمزه بر (معقله) فرد قرار داده شده است.

سند روایت اوّل به دلیل وجود محمدبن سهل، مهمل است چراکه در مورد وثاقت و عدم وثاقت او چیزی نگفته‌اند و روایت ابی حمزه نیز به دلیل فاصله ابن محبوب از ابی حمزه و حذف واسطه، مرسل خواهد بود.

اما در متن هر دو حدیث نیز توجه به این نکته ضروری است که فردی که بر زن وارد شده و جنین او را کشته است قتل او خطایی نبوده؛ و به استناد همین روایت خون سارق هدر بوده است. و صاحب جواهر وجه آن را دفاعی بودن قتل دزد دانسته است. (۴۳/ ۸۸)

علاوه بر آن، در مقابل این دو روایت، روایت دیگری است که آن را محمدبن فضیل از امام رضا نقل نموده است که مضمون آن نیز همان مضمون روایت قبلی است، اما در جواب، امام دیه جنین را بر خود مقتول واجب دانسته است. (حر عاملی، ۲۹/ ۴۰۲) که مطابق قواعد و اصول مسلم مستفاد از قرآن کریم و عقل است.

روایت ششم، روایت محمدبن مسلم از امام باقر چنین نقل می‌کند: «حضرت علی (ع) همواره ضمانت جنایت انسان مجنون را بر عهده عاقله‌اش قرار می‌داد، چه در قتل خطا و چه در قتل عمد» (طوسی، ۱۰/ ۲۳۳)

نظیر آنچه در این روایت آمده چندین روایت دیگر نیز با اسناد مختلف به همین مضمون نقل شده است. (همان، ۴/ ۱۱۵)

اما با این تفاوت که در روایت اسماعیل ابی زیاد بر خلاف روایت محمدبن مسلم سخنی از عاقله به میان نیامده است؛ بلکه امام؛ دیه را بر قوم او واجب نمود که اگر در سند این روایات تردیدی نکنیم و متن آن را نیز با وجود اختلافات بپذیریم، مشکل اساسی این روایات اختصاص آن به مجنون است که هیچ‌کس در ضمان عاقله او تردیدی ندارد چراکه وقتی مسئولیت حفظ و نگهداری او با قوم و خویش عاقله اوست، ضمان اعمال او نیز برعهده آنان است، اما این روایات فاقد صلاحیت لازم جهت استدلال در زمینه مورد بحث ما که ضمان عمل فرد عاقل و بالغی است که خود مسئول رفتار و کردار خویش شمرده می‌شود.

روایت هفتم، روایت حلبی از امام صادق است که می‌گوید: «در مورد دو نفر که در یک منازعه یکی دیگری را با کوبیدن حربه‌ای بر سرش کور کرده و او هم طرف مقابل را کشته

است، سوال نمودم، امام هر دو را متجاوز و متعدی معرفی نموده در عین حال حکم فرموده به این که دیه مقتول بر عهده عاقله شخص نابینا است؛ چراکه او در هنگام قتل، نابینا بوده و جنایات او حکم خطا را دارد و بعد فرمود اگر شخص اعمی (نابینا) عاقله ندارد، از مال خود او دیه را بر می دارند» (همان، ۱۰ / ۲۳۳ - ۲۳۲).

این حدیث، از نظر سند، به دلیل وجود محمد بن عبدالله بن هلال مجهول است و متن حدیث نیز با قواعد سازگار نمی باشد؛ هرچند امام در ابتدا هردو را متعدی معرفی نموده است، اما در آخر، حکم به خطا بودن عمد نابینا نموده است.

در مقابل آن روایت دیگری قریب به همین مضمون از ابو عبیده از امام باقر (ع) پیرامون جنایات شخصی که نابینا است نقل گردیده که امام (ع) در آنجا برخلاف این روایت جنایت را بر عهده خود فرد قرار داده است. (حر عاملی، وسائل ۸۹ / ۲۹)

شهید در مسالک، در مورد روایت ابو عبیده از امام باقر و روایت حلبی از امام صادق می فرماید: «این دو روایت در دلالت بر خطاب بودن اعمال عمدی فرد نابینا و در ضعف سند، مشترکند و در حکم، مختلف و هردو مخالف اصولند؛ چراکه روایت اول دیه را بر عاقله واجب نموده و در صورت فقدان عاقله آن را بر جانی لازم کرده است و این با حکم خطا مخالف است و در روایت دوم، دیه جنایت را بر خود جانی و در صورت عدم تمکن مالی بر امام واجب نموده و بر عاقله چیزی قرار نداده است و ظاهر دو حکم، مخالف یکدیگر و هردو با حکم خطایی مخالفند. (شهید ثانی، مسالک، ۱۵ / ۱۶۸)

روایت هشتم: روایت ابی بصیر از امام صادق است: (کلینی، کافی، ۷ / ۳۶۵) که می گوید: «از امام صادق در مورد قتل عمد سؤال کردم که فرد قاتل گریخته است. امام فرمود: از مالش برمی دارند و در صورت فقدان مال از نزدیکانش به ترتیب نزدیکی و در صورت نداشتن خویشاوند، امام آن را می پردازد. (حر عاملی، ۲۹ / ۳۹۵).

گرچه روایت موثق است، ولی چون بحث در مورد قتل عمد است، هیچ ارتباطی به بحث قتل خطایی و وجوب دیه بر عاقله ندارد. مضافاً بر این که مدعی مشهور، وجوب دیه بر عاقله است اولاً و بالذات و در امثال این روایات ابتدا دیه، را در مال جانی قرار داده، سپس بحث اقربا یا عاقله را طرح کرده است.

روایت دیگر خبر ابن ابی نصر از ابی جعفر است که مشابه روایت ابی بصیر است و در مورد قتل عمد وارد شده بود و ارتباطی به مسأله قتل خطایی و موضوع عاقله ندارد. (کلینی،

کافی، ۷/ ۳۶۵).

روایت نهم، روایت علی بن ابی حمزه از ابی بصیر از امام باقر است که امام در آن فرموده: «عاقله ضامن دیه قتل عمد، اقرار و نیز صلح نیست» (کلینی، همان، ۷/ ۳۶۶) سند این حدیث به دلیل وجود علی بن ابی حمزه بطائنی ضعیف است (طوسی، اختیار معرفه الرجال ۸۳۱) و روایات دیگری نیز با همین مضمون و یا قریب به آن نقل گردیده است (طوسی، تهذیب، ۱۰/ ۱۷۵)

اگر از ضعف اسناد روایات بگذریم و صدور آن را بپذیریم، همانگونه که پیداست، این روایات پیرامون عدم ضمان عاقله در صورت وقوع عمدی جنایت و یا صلح بر دیه یا اقرار فرد در قتل خطا است. در مقابل آن، وجود ضمان در صورت اثبات به وسیله بینه می‌باشد. به عبارت دیگر، در مقام بیان نفی اصل ضمان و اثبات اصل ضمان است؛ یعنی ضمان عاقله را به صورت اجمال در موردی که به وسیله بینه ثابت شود، اثبات می‌کند، اما در مقام بیان این‌که آیا این ضمان مطلق است و یا در شرایط خاصی این ضمان وجود دارد، نیست و بدیهی است این میزان دلالت را کسی منکر نیست و قدر متیقن آن در جایی است که عاقله در وقوع قتل و انجام وظایف شرعی و عرفی تقصیر نموده است.

روایت دهم، روایت ابی مریم از امام باقر نقل می‌کند که امام فرمود: حضرت امیر مؤمنان حکم کرد که عاقله - در قتل خطای محض - جنایت موضحه به بالا را ضامن است (کلینی، ۷/ ۳۶۵) چنانکه محقق صاحب شرایع فرموده است: این روایت ضعیف است» (محقق، ۴/ ۲۷۲). گرچه این روایت نیز در مقام بیان میزان ضمان عاقله می‌باشد و در اصل مسأله اطلاقی ندارد. به عبارتی دیگر محتوای این روایت آن است که عاقله‌ای که فرض بر ضمان اوست در موضحه و بالاتر ضامن است، اما این‌که عاقله در کدام فرض ضامن خطای فرد است، آیا به صورت مطلق در همه موارد؛ اعم از صورتی که تقصیری داشته یا خیر؟ ساکت بوده و در مقام بیان نیست.

روایت یازدهم، مجموعه دیگری از روایات است که در مجامع روایی ذکر و در آن نیز به اصل مسأله ضمان عاقله در قتل خطایی و نفی آن در صورت وقوع عمدی جنایات پرداخته شده است؛ مانند عاقله دیه عمد را ضامن نیست و تنها خطا را ضامن است (ابن اشعث، ۱۲۹). و یا صحیح محمد بن قیس به نقل از امام صادق (ع) و روایات مشابه دیگر در مورد قضاوت امیر مومنان (ع) الحاق ولای معتق به عصبه فرد که عاقله او هستند نه فرزند او.

فارق از اشکالات سندی برخی از روایات، در روایات صحیح السند نیز مقام بیان بحث عتق و یا ارث است. لذا نمی‌توان از آن اطلاقی که وجوب دیه را بر عاقله در همه صور قتل خطا، چه عاقله مقصر باشد و یا نباشد، قاتل توان پرداخت دیه را داشته باشد و یا نداشته باشد، برداشت نمود.

محمد بن مسلم از امام باقر نقل کرده است که فرمود: «اگر دایه برای عز و فخر شیردهی کرده و در خواب باعث قتل بچه شده دیه با دایه است و اگر بخاطر فقر و جهت تأمین معاش، شیردهی کرده است، دیه با عاقله است» (حر عاملی، ۲۹ / ۲۶۶).

این روایت که از طرق مختلف نقل شده، و فقیهان ناموری مانند محقق در شرایع، بر اساس آن فتوی داده‌اند (محقق، شرایع، ۴ / ۲۳۵) از بهترین شواهد بر عدم اطلاق ضمان عاقله است.

نتیجه این که: این روایات که تنها دلیل قائلان به اطلاق ضمان عاقله است و ادعای تواتر و حصول یقین از آن‌ها گردیده هیچ‌یک در مقام بیان اطلاق ضمان عاقله در صورت وقوع جنایات خطایی نیست بلکه در مقام بیان امور دیگری؛ نظیر عدم وجود نهاد عاقله میان اهل ذمه، تعیین عاقله و چگونگی تقسیم دیه بر آنان، عدم ضمان عاقله در جنایات عمدی و.... سایر جهاتی است که هر یک به نحوی مربوط به این نهاد اجتماعی می‌باشد. و تواتر اجمالی بر اصل ضمان عاقله دارند که ما نیز با آن موافقیم اما اینکه عاقله تمام صور قتل خطا را ضامن است نمی‌توان از این روایات چنین برداشتی را به صورت قطع نمود.

پس از بررسی روایات، در بخش بعد به مسائل دیگری که بر فرض پذیرش اطلاق روایات بر آن وارد است، خواهیم پرداخت.

مسئله اول: مخالفت با قرآن

شکی نیست که اگر روایتی در نهایت درجه اعتبار سندی باشد، اما محتوای آن مخالف با آیات قرآن کریم باشد، فاقد حجیت و استناد به عنوان دلیل فقهی و حجت شرعی است لذا بر فرض وجود اطلاق در روایات ضمان عاقله، این اطلاق به دلیل مخالفت با آیات قرآن کریم از حجیت ساقط می‌گردد.

تصویر مخالفت روایات با قرآن کریم در برخی صور آن بسیار واضح است. به عنوان نمونه، در صورتی که قاتل بالغ و عاقل بوده و دارای تمکن مالی کافی باشد و در مقابل، عاقله از رفاه چندانی برخوردار نباشد و مسئولیت حفظ و نگهداری جانی را نیز بر عهده نداشته است که او را مقصر بدانیم تحمیل دیه بر خویشاوندان قاتل که هیچ نقشی در جنایت ندارند،

بارکردن سنگینی عمل فرد بر دیگری است که با آیه شریفه «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (انعام: ۱۶۴).

و هم‌چنین با آیات دیگری که بر مسؤولیت فرد در قبال کردار خویش دلالت دارد، (انبیاء: ۲۲)؛ (نحل: ۹۳)؛ (نجم: ۳۹)؛ (فصلت: ۴۶)؛ (انعام: ۱۶۴) مخالف است.

ممکن است کسی بگوید این آیه در مورد تحمیل بار گناه دیگری است؛ یعنی هیچ کس بار گناه دیگری را به دوش نمی‌کشد.

اما در مسأله قتل خطایی که گناهی انجام نشده، بلکه صرفاً یک خطا بوده است، لذا آیه ارتباطی به مسأله جنایات خطایی ندارد که در پاسخ می‌گوییم:

اولاً: فقها در کتب فقهی در مواضع گوناگون؛ از جمله در همین بحث ضمان عاقله در صورت اقرار فرد و یا وقوع قتل شبه عمد، به آیه استناد نموده‌اند؛ در حالی که در آنجا نیز به‌طور قطع گناهی صورت نپذیرفته است. علاوه بر آن، در عبارات برخی از فقیهان به صراحت مورد ضمانت عاقله را استثنا از این آیه و عدول و یا تخصیص آن دانسته‌اند (فاضل مقداد، ۴/ ۵۳۱؛ فخر المحققین، ۴/ ۷۴۷) که فرع بر پذیرش شمول آیه بر معنای مورد نظر ما و گواه روشن بر این است که تلقی ایشان نیز از کلمه (وزر) معنای گناه نبوده است.

ثانیاً: کلمه وزر در لغت، به معنای سنگینی است که این سنگینی شامل هر نوع سنگینی؛ از جمله تحمیل بار مالی بدون توجیه منطقی بر فرد است و اختصاصی به گناه ندارد؛ به خصوص در جایی که خود قاتل توان مالی کافی برای پرداخت دیه را دارد.

ممکن است برای فرار از مخالفت بین روایت و آیه شریفه گفته شود، این آیه مربوط به آخرت و مرحله حسابرسی و جزای اعمال است و ارتباطی به امور دنیوی ندارد. در پاسخ می‌گوییم: این اختصاص، فاقد دلیل است چراکه خداوند تبارک و تعالی در صدد بیان یک حقیقت غیر قابل انکار است هر کس ضامن اعمال و رفتار خویش است. علامه طباطبایی در ذیل این آیه شریفه می‌نویسد:

«از آن‌چه گذشت، معلوم شد که مجموع دو جمله «وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا» و «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» یک معنا را افاده می‌کنند و آن این است که هر کس هر آنچه می‌کند مانند سایه به دنبالش هست و از او به دیگری تجاوز نمی‌کند و این مفاد آیه «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ» می‌باشد. (علامه طباطبایی، ۷/ ۳۹۶).

اضافه بر آن در برخی روایات (حر عاملی، ۲۸/ ۱۰۸) به صراحت از آن برداشت فقهی

شده است و هیچ یک از فقها نیز به خاطر چنین برداشتی، از آیه دست نکشیده‌اند بلکه به عکس در کتاب‌های فقهی به این آیه استناد کرده‌اند (صاحب جواهر، ۴۱/ ۲۳۷) که از آن جمله همین مورد بحث ماست.

مسأله دوم: مخالفت با عقل

از جمله مباحثی که اندیشمندان اسلامی آن را پذیرفته‌اند، عدم حجیت روایاتی است که با احکام عقل به مخالفت برخیزد و حاوی مدلولی برخلاف عقل باشد.

شیخ مفید می‌گوید: «اگر روایتی بیابیم که با احکام [قطعی] عقل مخالف است، آن را طرد می‌کنیم، چراکه عقل، به فساد مفاد آن حکم می‌کند و این بدان معناست که یا روایت به جهت خاصی، نظیر تقیّه صادر شده یا اساساً از معصومان صادر نشده، بلکه به آن‌ها نسبت داده شده است. (شیخ مفید، تصحیح الاعتقادات، ۱۴۹).

از این رو یکی دیگر از جهات ضعف روایاتی که مشهور به آن تمسک نموده‌اند مخالفت با عقل است. فهم این مخالفت با توجه به این دو مقدمه که در عبارات فقهیان بارها تکرار شده است چندان مشکل به نظر نمی‌رسد.

به این بیان که اولاً: عقل به اختصاص اثر جنایت به فاعل جنایت دلالت می‌کند و مکافات عمل فرد بر دیگری و مواخذۀ غیر به سبب فعل دیگری را ظلم و قبیح می‌شمارد. چنان‌که در عبارت فاضل مقداد آمده است: «عقل دلالت می‌کند بر اختصاص اثر جنایت به فاعل آن، نه دیگری و کتاب نیز به مانند آن (حکم عقل) تصریح کرده و فرموده است: «لاتزر وازره وزیر اخری» (فاضل مقداد، ۴/ ۵۳۱).

ثانیاً: براساس رأی مشهور، روایات، اثر جنایت قاتل و جانی را که دیه است از روی دوش او برداشته و بر گردۀ عاقله قرار داده‌اند.

در نتیجه مدلول این روایات بر فرض ثبوت، مخالف عقل بوده ناگزیر، از حجیت ساقط است و یا نیازمند توجیه می‌باشد؛ چنان‌که شیخ مفید با توجه به این امر، به توجیه روایات دست یازیده است؛ گرچه با اعتراض شدید ابن ادریس مواجه گردیده، اما علامه حلی با اشاره به همین قاعده عقلی در توجیه نظریۀ شیخ مبنی بر مراجعۀ عاقله برای دریافت دیه‌ای که در عوض قاتل پرداخت نموده است چنین گفته:

هیچ بعدی در این نظریه نیست؛ بلکه از امتیازات این نظر آن است که جمع میان معقول و منقول می‌باشد؛ چراکه وقتی اجماع بر ضمان عاقله دلالت دارد و از سویی عقل بر ضمان

قاتل، شیخ مفید ما با ذهن روشن‌گر و فکر صحیح خود جمع میان دو دلیل کرده ضمان را بر عاقله دانسته و برای او حق مراجعه به جانی را نیز به دلیل عقل قرار داده است. (علامه حلی، مختلف، ۹/ ۲۹۰).

جالب آن‌که صاحبان نظریه مشهور، خود به دلالت عقل بر خلاف رأیشان توجه نموده‌اند، اما جای بسی تعجب که نتوانسته‌اند خود را از بند چند روایت که بر خلاف مقتضای عقل فرمان می‌دهد، برهانند؛ چنان‌که شیخ طوسی در این باره می‌نویسد:

و اداری کردن عاقله به پرداخت دیه در قتل خطایی، به معنای مجازات بی‌گناه به جای گناهکار نیست؛ زیرا چنین عملی اصلاً مجازات نیست؛ بلکه حکمی شرعی است که براساس مصلحتی که شارع در نظر گرفته، جعل شده است و اگر ما بودیم و حکم عقل، چنین حکمی را قرار نمی‌دادیم (طوسی، تبیان، ۳/ ۲۹۴).

علاوه بر آن‌که؛ تخصیص زدن دلیل عقلی امکان‌پذیر نیست و نمی‌توان با چند روایت که از نظر سند و دلالت دارای اشکال هستند حکم عقل را کنار بگذاریم.

و همین مخالف بودن اطلاق ضمان دیگری به جای فرد خطا کار، سبب گردیده که فقیهان از دیر باز به توجیه ضمان عاقله بپردازند لذا توجیهات مذکور از یک نگاه، خود تأکیدی ضمنی بر این مطلب است که تحمیل ضمان فرد بر دوش دیگری، مخالف با عقل و قواعد عرفی و مبانی دینی و غیر قابل پذیرش است که این اندازه تلاش در جهت توجیه آن صورت می‌گیرد؛ که در ذیل، به بررسی و نقد برخی از آن‌ها می‌پردازیم:

توجیهاتی مانند آنچه ابن شهر آشوب در کتاب خود با این بیان آورده است: گفته شده (ضمان عاقله) به جهت خیرخواهی خویشان برای یکدیگر است یا مسأله ارث و یا ... (ابن شهر آشوب، ۲/ ۲۲۰)

و یا آنچه که در عبارت محقق در نکت النهایه آمده است مبنی بر این‌که: سبب عدول از اصل ضمان ارفاقی است که به جانی شده زیرا او قصد قتل نداشته است (محقق حلی، ۳/ ۳۶۷).

الف (عاقله نهادی است حمایتی

برخی ضمان عاقله را، حمایتی طبیعی خویشان از یکدیگر دانسته‌اند :
الزام دیه خطایی بر عاقله مواخذة بی‌گناه به جای گناه کار نیست؛ بلکه این حکمی است که

گفته شده توجیه آن، مواسات و همکاری است (راوندی، ۲/ ۴۱۲).

نقد توجیه

این توجیه با ادله موجود، به خصوص براساس تلقی مشهور از آن، چندان سازگار نبوده و نمی‌توان آن را توجیه جامع و کاملی دانست؛ چرا که در صورتی که خود فرد براساس وجدان اخلاقی به قتل اعتراف نموده است، ولی به دلیل فقر، توان پرداخت را ندارد. با آنکه منشأ این حمایت بسیار قوی است آن را لازم ندانسته است و در مقابل، در جایی که قاتل نیاز به چنین حمایتی نداشته، آن را واجب نموده است. و از سوی دیگر، تعاون عمل بسیار زیبایی است که در شریعت اسلامی نیز به آن توصیه گردیده است. اما در بحث ضمان عاقله، سخن از وجوب و الزام به این نوع تعاون مطرح است آن هم به شیوه‌ای غیر متعارف که فرد خاطی غیر مسئول و در مقابل تمام بار بر دوش خانواده و یا جامعه قرار می‌گیرد که با معنای لغوی تعاون نیز سازگار نمی‌باشد.

ب) من له الغنم فعليه الغرم

زمانی که همبستگی قومی و خویشاوندی، دارای آثار مثبتی برای فرد بوده و موجب بهره‌مندی آنان از میراث او می‌شود - که در برخی روایات به این مسأله اشاره شده - طبیعی است که جنبه‌های ناخوشایند آن را نیز؛ مانند دیه قتل خطایی باید پذیرفت و تعبیر «من له الغنم فعليه الغرم» در این مورد مناسب است.

نقد توجیه

در پاسخ این سخن نیز باید بگوییم: گذشت که روایتی که عاقله را وارثان فرد معرفی نموده است، به دلیل ضعف سند و محتوا مورد اعراض غالب فقها قرار گرفته است. علاوه بر آن که این توجیه در برخی صورت‌های آن، نه جامع است و نه مانع؛ چرا که در برخی فروض آن «غنم» وجود دارد؛ در حالی که هیچ غرامتی نیست.

ج) اجرای عدالت

یکی از سست‌ترین توجیهات مذکور در باب ضمان عاقله، توجیهی است که عبدالقادر عوده از دانشمندان برجسته اهل سنت بیان می‌دارد. (عوده، عبدالقادر، ۱/ ۶۷۴ - ۶۷۷) با این بیان، از جمله لوازم رعایت قاعده کلی «هرکس بار خود را به دوش بکشد» این است که در صورت وقوع جنایت از سوی اغنیا می‌توان فرد را مجازات نمود؛ در حالی که تعداد اغنیای جامعه کم است و در صورت ارتکاب جنایت از سوی فقرا، با توجه به کثرت آن‌ها در جامعه،

عملاً نمی‌توان ایشان را به کشیدن بار عمل خود وادار نمود.

از سوی دیگر، مجنی‌علیه تنها در صورت وقوع جنایت از سوی ثروتمندان به غرامت خود می‌رسد و این باعث به هم خوردن مساوات و از بین رفتن عدالت بین جانیان و مجنی‌علیه‌هم خواهد بود.

نقد توجیه

با این بیان، ضروری است که ما در خصوص اتلاف اموال توسط فقرا نیز این سخن را بگوییم؟!.

از طرفی آیا عدالت حکم نمی‌کند در صورتی که خود جانی دارای مال است خسارت را از مال خویش بپردازد؟

نظریه مختار و دلایل آن

آنچه که از مجموع دلایل می‌توان استخراج نمود و بدون هیچ‌گونه نگرانی به آن ملتزم گردید: ضمان عاقله مطلق نبوده و در جایی است که عاقله به نوعی در انجام وظایف خویش در سرپرستی و نگاهبانی طفل و یا مجنون و یا دستگیری از خطاکار فقیر کوتاهی نموده و اهمال و کوتاهی عاقله باعث ایجاد زمینه خطر و جنایت باشد. که توجه به دو مطلب پذیرش آنرا آسان می‌کند:

اولاً: از نگاهی گذرا به تاریخ، به سادگی می‌توان در یافت که در باب دیات و قصاص حرکت دین در مسیر تضییق دایره ضمان به فردجانی است؛ زیرا در زمانی که تمامی جنایات اعم از خطا و عمد و شبه عمد را کل عشیره و قبیله به عهده داشت و گاه در این میان زنان و کودکان و حتی جانوران و اشیای متعلق به قبیله، کیفر می‌دیدند، اسلام مسأله تفکیک جنایات به سه قسم را مطرح نمود؛ (حر عاملی، ۲۹/ ۴۰). مسأله‌ای که قرآن کریم پیش از آن در آیات قصاص، با تنگ نمودن دایره مسئولیت به خود فرد خاطی و جنایتکار، آنرا برعهده قاتل قرار داد.

همین نگاه را در عبارات فقیه محققى مانند صاحب جواهر می‌بینیم با آنکه دلایل متعددی در ضمان امام به عنوان عاقله در قتل خطایی وجود دارد ایشان با اتخاذ رویه‌ای متفاوت در جهت مسؤول دانستن فرد جانی می‌گویند: «در عصر ما اگر جانی، عاقله‌ای نداشته باشد، دیه بر نایب امام نیست و نمی‌تواند از مال خمس و سایر اموال مسلمانان بپردازد و حتی گفته کسانی که دیه را در عصر ما از بیت‌المال مسلمین دانسته‌اند؛ نظیر خرافات در فقه می‌داند، پس چاره‌ای

در این نمی‌بیند به جز این که بگوید دیه در عصر ما بر جانی ثابت است. (همان، ۴۴۶).

ثانیاً: مسأله ضمان عاقله، از امور امضایی است که ملاکات احکام آن روشن است و با نگاه کلی و بررسی دلایل، می‌توان نکات تأثیرگذار و مناط و ملاک احکام آن را کشف نمود، به عنوان نمونه قرار دادن عمل مجنون و یا کودکانی که تحت سرپرستی دیگران قرار دارند را بر ولی، که امروزه در تمامی جوامع بشری پذیرفته شده؛ و یا در مواردی که فرد فاقد سرپرست است و یا توان پرداخت دیه را ندارد، «امام» که تعبیری کنایی از حکومت است، مسؤول شمرده شده است که این نیز در تمامی جوامع، اصلی پذیرفته است. و یا در باب پرداخت خسارت توسط عاقله، آنجا که میزان خسارت به قدری اندک است (کمتر از موضحه) که معمولاً افراد خود از عهده پرداخت آن برمی‌آیند مسولیت را از عهده عاقله سلب نموده است.

این همه، گواهی است، که در این باب، تعبدی غیر قابل درک و فهم از سوی شارع مقدس صورت نگرفته تا با یک روایت و یا دو روایت بتوان حکمی غیر قابل پذیرش برای عقل و عرف و برخلاف قرآن کریم و ابنیه عقلانیه جعل نمود.

دلایل نظریه مختار

هر چند باتوجه به فقدان دلیل معتبر بر اثبات نظریه ضمان مطلق، برای اثبات نظریه مختار ما در این مسأله به تلاش چندانی نیاز نیست؛ اما در پی به دلایل نظر خویش خواهیم پرداخت.

دلیل نخست: قرآن

در قرآن کریم، دلایل متعددی بر ضمان شخص خطاکار در جنایت دلالت می‌کند که در ذیل به بیان آن می‌پردازیم:

آیه اوّل

هیچ مؤمنی حق ندارد مؤمنی دیگر را بکشد، مگر به خطا، حال اگر کسی مؤمنی را به خطا به قتل برساند، باید (در کفاره آن) یک برده مؤمن را آزاد کند و خون‌بهایی هم به کسان او تسلیم نماید، مگر آن که خونخواهان آن را ببخشند (نساء: ۹۲).

طبرسی می‌گوید:

اگر ما بودیم و ظاهر آیه هر آینه می‌گفتیم که دیه‌ی خطاء بر شخص قاتل است اما به دلیل سنت رسول و اجماع، دانستیم که دیه بر عهده عاقله است» (طبرسی، ۹۲/۵)

محقق اردبیلی نیز در مورد ظهور آیه می‌فرماید: «ظهور آیه و عقل، حاکی از لزوم دیه بر خود

قاتل است، اما به دلیل نص و اجماع آن را بر عاقله حمل می‌نمایم» (محقق اردبیلی، زبده البیان، ۶۷۶)

هم‌چنین فاضل جواد در تأیید این ظهور می‌فرماید: «ظاهر آیه اقتضا دارد که دیه و كفاره هر دو بر فرد قاتل باشد. جز این که نص و اجماع میان آن دو فرق گذاشته و دیه را بر عاقله واجب نموده که این از دلیل خارجی روشن شده است» (فاضل جواد، ۲۲۷/۴)

هر چند ایشان ظهور آیه را در وجوب دیه و كفاره هر دو بر قاتل، می‌پذیرد، اما ایشان نیز به دلیل خارجی، دست از ظهور آیه بر می‌دارد.

صاحب جواهر نیز با ذکر سبب چنین برداشتی از آیه شریفه می‌گوید: «ممکن است از آیه شریفه «هر که مؤمنی را به خطا بکشد، بر او است آزادکردن بنده مؤمنی و پرداخت خون بها به کسان او»، این معنا استفاده شود که دیه، بر قاتل است. چرا که در این آیه بین دیه و كفاره جمع شده است و معلوم است که كفاره بر قاتل است، پس قرینه می‌شود که دیه هم در ذمه او باشد» روشن است با توجه به ظهور آیه شریفه که مورد تأیید بسیاری از فقها و مفسران قرار گرفته و مطابق عقل است، دیه بر عهده قاتل بوده و نادیده گرفتن این ظهور، نیازمند دلیلی محکم و روشن‌تر از این ظهور است که گذشت چنین دلیل مطلق وجود ندارد.

آیه دوم

«وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»؛ هیچ کس بار دیگری را به دوش نمی‌کشد

توجیه استدلال به این آیات کریمه با این بیان است که تحمیل دیه بر عاقله در حقیقت، قراردادن وزر فرد قاتل بر عهده دیگری است که این آیات آن را نفی می‌کند.

علامه طباطبایی می‌گوید: «..... یعنی حمل نمی‌کند احدی سنگینی دیگری را به طوریکه صاحبش به کلی از وزر فارغ شود» (علامه طباطبایی، ۳۵ / ۱۷)

جمله «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» مذکور در این آیه که در آیات متعدد تکرار شده و مضمون آن نیز در آیات قبل و بعد تأیید گردیده و آیات دیگری نیز در قرآن کریم بر آن گواهی می‌دهد، مبین قاعده کلی مسؤولیت فرد در مقابل رفتار و اعمال خویش است؛ مسؤولیتی که کاملاً عقلی و فطری است و به تعبیر فاضل مقداد امری که عقل بر آن راهنمایی نموده و قرآن با جمله «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» به آن تصریح کرده است (فاضل مقداد، تنقیح، ۵۳۱ / ۴)

و در ایضاح در چرایی عدم جواز حمل وزر کسی بر دیگری می‌گوید: «مکافات فرد به جای دیگری ظلم است و ظلم بر خداوند محال است» (فخرالمحققین، ۴۲۶ / ۴)

نتیجه این که چون آیه شریفه در مقام بیان مطلبی کاملاً عقلی و فطری است و تطابق نظام عادلانه تکوین و تشریع را می‌رساند، به تعبیر رایج در علم اصول لسان دلیل، عام آبی از تخصیص است؛ زیرا بازگشت آن به تخصیص، حکم عقلی و فطری است؛ بلکه هر قانون شرعی که در کتاب و سنت آمده است، اگر برابر با حکم عقل باشد؛ به این معنا که عقل در همان موضوع، حکمی برابر قانون شرع داشته باشد، آن خطاب شرعی درخور تخصیص نیست. امام در ذیل آیه شریفه: «ولا تعاونوا علی الأثم والعُدوان» می‌فرماید: بعد از آن که عقل قبح اعانه بر گناه را درک نمود که مدلول آیه شریفه است، تخصیص آن جایز نیست و اگر روایتی تعاون در مورد گناهی را جایز بشمارد، نمی‌توان آن را اخذ نمود (امام خمینی، ۱/ ۱۹۶).

چرا که نمی‌توان گفت بر اساس قانون عادلانه عالم خلقت، هر کسی در گروی اعمال خویش است و هیچ کس وزر دیگری را به دوش نمی‌کشد، مگر در این صورت که عاقله موظف است وزر دیگری را به دوش بکشد و یا بگوییم نباید کیفر دیگران را بر عهده شخص دیگر قرار داد، چون ظلم است، مگر در فلان مورد.

ممکن است کسی بگوید بر اساس نظریه شما نیز که در برخی فرض‌ها مسؤولیت عاقله را پذیرفته‌اید، بار مسؤولیت دیگری برعهده عاقله قرار داده شده است و شما نیز این آیه را تخصیص زده‌اید که در جواب می‌گوییم در آنجایی که عاقله مسؤول نگهداری و یا پشتیبانی از فرد بوده و به وظیفه خویش عمل نکرده است، در حقیقت وزر خویش را به دوش میکشد، نه وزر دیگران را. و باید تاوان افعال کاری و بی‌مسئولیتی خویش را به دوش بکشند.

دلیل دوم: روایات

از جمله دلایل نظریه مختار، روایاتی است که دیه را در قتل خطا برعهده جانی قرار داده است.

روایت اول

ابی‌العباس از امام صادق می‌پرسد: اگر شخصی گوسفندی را نشانه گیرد و تیراندازی کند، ولی تیر به انسان اصابت کند، حکم آن چیست؟ امام در پاسخ می‌فرماید: «این همان قتل خطا است و تردیدی نیست که بر او دیه و کفاره است. (طوسی، تهذیب، ۱۰/ ۱۵۶)

چنان‌که پیداست، در این روایت امام به صراحت دیه و کفاره را برعهده جانی دانسته است که موافق؛ بلکه مطابق مضمون آیه شریفه و بر طبق قواعد و اصول عقلی و عقلایی است.

صاحب جواهر با اشاره به این روایت می‌گوید: «هرچند در اذهان است که دیه قتل خطا از

همان ابتدا بر عاقله است، ولی با تدبیر در نصوص و توجه به اختصاص جنایت بر جانی، استنباط می‌شود که دیه بر جانی ثابت می‌شود هر چند از طرف او، عاقله دیه راپردازد و این معنا از این روایت و اخبار دیگر به دست می‌آید. اضافه بر آن که ممکن است از آیه شریفه «هر که مؤمنی را به خطا بکشد بر او است آزادکردن بنده مؤمنی و پرداخت خون بها به کسان او (نساء: ۹۲) این معنا استفاده شود؛ به جهت آن که در این آیه بین دیه و کفاره جمع شده است و کفاره بر قاتل است، پس این کنار هم آمدن، قرینه می‌شود که دیه هم در ذمه او باشد» (۴۳/ ۴۴۵ - ۴۴۴)

و در ادامه می‌گوید: «در عصر ما اگر جانی، عاقله‌ای نداشته باشد، دیه بر نایب امام نیست و نمی‌تواند از مال خمس و سایر اموال مسلمانان پردازد و حتی گفته کسانی که دیه را در عصر ما از بیت‌المال مسلمین دانسته‌اند؛ نظیر خرافات در فقه می‌داند، پس چاره‌ای در این نمی‌بیند به جز این که بگوید دیه در عصر ما بر جانی ثابت است. (همان، ۴۴۶).

روایت دوم

یونس بن عبدالرحمن نقل می‌کند: «اگر فردی کسی را به خطا کشت و هنوز دیه او را نداده است و قاتل از دنیا رفت، دیه بر عهده ورثه اوست و اگر عاقله ندارد بر عهده والی است از بیت المال پردازد. (طوسی، تهذیب، ۱۰ / ۱۷۲).

چنان که مشاهده می‌کنید در این روایت نیز مسأله وجوب پرداخت دیه توسط خود جانی مسلم فرض شده که طبق قواعد، در صورت فوت شخص توسط ورثه، از میراث او پرداخت می‌شود.

روایت سوم

محمد بن مسلم از امام باقر نقل کرده است که فرمود: «اگر دایه برای عز و فخر شیردهی کرده و در خواب باعث قتل بچه شده دیه با دایه است و اگر بخاطر فقر و جهت تأمین معاش، شیردهی کرده است، دیه با عاقله است» (شیخ حر، ۲۹ / ۲۶۶).

برخی نظیر شهید در مسالک به تصور وجود ضعف در این روایت، از عمل به آن خودداری نموده است. (شهید ثانی، ۱۵ / ۳۵۲)

اما با توجه به این روایت که از زیباترین و به تعبیری از محاسن کلمات اهل بیت است، روشن می‌شود که در حقیقت این حدیث بیانگر یک ضابطه اساسی و مطابق با عالیت‌ترین اصول اخلاقی و انسانی و حقوقی است که اگر فقر، زن را به قبول مسؤولیت مخاطره‌آمیز دایگی فرزند

شیرخوار دیگران کشانده است، آنان که به عنوان عاقله در ایفای نقش حمایتی خویش کوتاهی نموده‌اند مسئول جبران خسارت و در حقیقت تحمل بار بی‌مسئولیتی خویش هستند اما اگر زن نیازی برای قبول چنین مسئولیت نداشته و حس جاه‌طلبی و تفاخر، او را به این کار وسوسه و تحریک نموده است، خود باید بار خویش را به‌دوش بکشد. لذا بر خلاف نظر شهید این مضمون مطابق قواعد و مذاق شرع و اصول اخلاقی و حقوقی است.

علاوه بر آن که سخن شهید ثانی در مورد ضعف سندی روایت در حالی است که این روایت را مشایخ ثلاثه در کتب خود به طرق مختلف نقل نموده‌اند (کلینی، ۱۴/ ۵۳۲). و در کتاب محاسن برقی که از کتاب‌های معروف است نیز نقل گردیده است. (برقی، ۲/ ۳۰۵) از این رو روایت مورد اعتماد قرار گرفته است (صدوق، من لایحضر، ۴/ ۱۶۰) و بنای عقلا نیز بر حجیت چنین روایاتی است که مضمون آن مطابق عقل و اعتبار و نقل است.

گرچه طرق نقل روایت مختلف است، اما مضمون، یکی است و فقیهان ناموری مانند مرحوم محقق در شرایع روایت را نقل کرده و بر اساس آن فتوی داده و گفته است: اگر دایه بر روی کودک بغلطد و او را بکشد دیه را از مال خویش می‌پردازد اگر برای فخر این عمل را به عهده گرفته است و بر عاقله اوست اگر ضرورت او را به این کار کشانده است (محقق، شرایع، ۴/ ۲۳۵)

روایت چهارم

مؤثقه عمار ساباطی است که حضرت در مورد عمد شخص نابینا آن را مثل خطاء دانسته است که باید دیه را از مال خویش بپردازد و در صورتی که مالی نداشت دیه بر امام است (حر عاملی، ۸۹/۲۹)

دلالت روایت بر پرداخت دیه از مال فرد مطابق قواعد و عمومات و عقل است

دلیل سوم: عقل

حکم عقل به ضمان فرد خطاکار بسیار واضح است که در عبارت فقهیان از آن به قاعده تعبیر شده است. (صاحب جواهر، ۴۳/ ۴۴۴)

همانگونه که ظالمانه بودن مؤاخذه دیگری و یا تحمیل اثر فعل شخص بر فرد دیگر، بدون آن که نقشی در این جنایت داشته باشد به قدری روشن است که فخرالمحققین در «ایضاح» در بحث قبح تحمیل وزر والدین بر ولدالزنا به آن استدلال کرده است و آن را ظلم شمرده و روایات وارده در این خصوص را غیر قابل پذیرش دانسته است (فخرالمحققین، ۴/ ۴۲۶)

مساله‌ای که طرفداران نظریه مشهور نیز برای فرار از آن به توجیه حکم پرداختند. هم‌چنین، علامه حلی مخالفت شیخ مفید با اجماع را با تمسک به همین دلیل عقلی توجیه کرده است. (علامه حلی، ۹/ ۲۹۰) و محقق اردبیلی نیز به آن تصریح نمود، (محقق اردبیلی، زبده البیان، ۶۷۶) و فاضل مقداد با تقدیم رتبه آن بر متن آیه شریفه، آنرا پیش از آیه آورده است و فرموده است: «عقل بر اختصاص جنایت به فاعل آن راهنمایی نموده و قرآن با جمله «لاتزر وازره و زر اخری» به آن تصریح کرده است. (فاضل مقداد، ۴/ ۵۳۱). و صاحب جواهر نیز تقدم ضمان جانی در قتل خطایی بر بیت المال را حتی در فرض حضور امام (ع) مطابق جریان عدالت دانسته است (۴۳/ ۴۴۶).

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه گذشت در صورت بروز هرگونه اختلال در رفتار فرد و ایراد ضرر و زیان به دیگران، سرپرست او مسؤول جبران شمرده می‌شود و ضمان به عهده ولیّ اوست است. و هر جای دیگر که این مسئولیت وجود دارد مانند عاقله زن فقیری که برای کسب درآمد به شیردادن کودک دیگران اشتغال دارد و عرف و شرع، کوتاهی را به فردی غیر از خطا کار منتسب می‌داند، ضمان نیز به او منتقل خواهد شد. در حقیقت، ضمان به عاقله مسؤول منتقل شده آن هم در جایی که در انجام مسئولیت خویش کوتاهی نموده‌اند.

به نظر می‌رسد با توجه به مخالف بودن حکم ضمان مطلق عاقله با روش‌ها و قواعد آشکار فقهی و تعارض آن با قرآن کریم، این توجیه امری کاملاً عقلایی و موافق با هدف قانون‌گذار و در حقیقت، بهترین راه جمع میان دلایل موجود است. با آنکه ما به طور کلی براین باوریم از آنجا که بخش ضمانات و تعهدات از امور امضایی است حکومت می‌تواند بر اساس اصول و قواعد شرعی شیوه بهتری را در جبران خسارت توسط عاقله تعیین نماید و شواهدی نیز در عبارات فقهی بر این اختیار یافت می‌گردد. (نجفی، ۴۳/ ۴۱۹)

منابع

قرآن کریم

- ابن اشعث، محمد بن محمد، *الجعفریات*، تهران: مکتبه النینوی الحدیثه، چاپ اول، بی‌تا.
ابن بابویه، محمد بن علی، *الأمالی*، علمی، بیروت: چاپ پنجم، ۱۴۰۰ق.
_____، *الخصال*، قم: جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۳۶۲.

- _____، **المقنع**، قم: مؤسسه امام مهدى (عجل الله تعالى فرجه الشريف)، ۱۴۱۵ ق.
- _____، **من لا يحضره الفقيه**، قم: دفتر انتشارات اسلامى، چاپ سوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن جنيد اسكافى، محمد بن احمد، **مجموعه فتاوى ابن جنيد**، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۶ ق.
- ابن حيون، نعمان بن محمد، **دعائم الاسلام**، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ دوم، ۱۳۸۵ ق.
- ابن زهره، حمزه بن علي، **غنية النزوع**، قم: مؤسسه امام صادق، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ابن شهر آشوب، محمد بن علي، **مشابه القرآن و مختلفه**، قم: دار البیدار للنشر، چاپ دوم، ۱۳۶۹ ق.
- ابن فهد حلي، احمد بن محمد، **المهذب البارع**، قم: دفتر انتشارات اسلامى، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- برقى، احمد بن محمد، **المحاسن**، قم: دارالكتب الاسلاميه، ۱۳۷۱ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعة**، قم: مؤسسة آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حسينى عاملی، سيد محمد جواد، **مفتاح الكرامة**، قم: دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، بی تا.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، **قرب الاسناد**، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- خمینی، روح الله، **کتاب الطهارة**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
- _____، **مکاسب محرمة**، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
- سأر دیلمی، حمزة بن عبدالعزيز، **المراسم العلوية**، قم: منشورات الحرمين، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- شهید ثاني، زين الدين بن علي، **الروضة البهية**، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، **مسالك الافهام**، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، **جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام**، بی تا.
- صانعی، يوسف، **استفتائات قضایی**، انتشارات پرتو خورشید، چاپ سوم، ۱۳۸۸.
- طباطبائی، محمد حسین، **المیزان فی تفسیر القرآن**، قم: انتشارات جامعه مدرسين، ۱۴۱۷ ق.
- طباطبائي کربلايي، علي بن محمدعلي، **رياض المسائل**، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۸ ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، **مجمع البيان فی تفسیر القرآن**، بيروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۹ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، **التبيان**، بيروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- _____، **الخلاف**، قم: دفتر انتشارات اسلامى، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- _____، **تهذيب الاحکام**، تهران: دارالكتب الاسلاميه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف، **مختلف الشیعة**، قم: دفتر انتشارات اسلامى، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- عوده، عبدالقادر، **التشريع الجنائي الاسلامی**، بيروت: مؤسسه الرسالة، ۱۴۱۵ ق.
- عیاشی، محمد بن مسعود، **تفسیر العیاشی**، تهران: المطبعة العلمیه، ۱۳۸۰.
- فاضل جواد، جواد بن سعید، **مسالك الافهام الى آیات الاحکام**، بی تا، بی نا.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، **التنقيح الرائع لمختصر الشرايع**، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی،

۱۴۰۴ ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق. ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
قطب راوندي، سعيد بن هبة الله، *فقه القرآن*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *بحار الانوار*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.
محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: انتشارات دارالتفسیر، چاپ سوم، ۱۴۲۵ ق.

_____، *نکت النهایة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

_____، *تصحیح اعتقادات الامامیه*، قم: کنگره شیخ مفید، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق. این رساله به ضمیمه اوائل المقالات با مقدمه علامه زنجانی چاپ شده است.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تهران: المكتبة الجعفریة، چاپ اول بی تا.

_____، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*، مؤسسة النشر

الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۷۸-۵۵

پژوهشی در «سیره متشرعه» شرایط حجیت و شبکه روابط مفهومی آن*

زهره سادات احمدی سلیمانی

دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد

Email: zs.ahmadi1368@yahoo.com

دکتر محمد تقی فخلعی^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@um.ac.ir

دکتر محمد حسن حائری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri_m@um.ac.ir

چکیده

مقاله پیش رو، به تنقیح شرایط حجیت «سیره متشرعه» و جایگاه آن در میان ادله استنباط امامیه می‌پردازد و در آن کوشش شده است با جمع‌آوری و انضباط بخشیدن به مباحث پراکنده مرتبط، کاستی جستارهای انجام گرفته در منابع اصولی پیشین از میان برداشته شود. محور نخست بحث، به تبیین شرایط حجیت «سیره متشرعه» در پرتو اتخاذ رویکردی مقایسه‌ای، اختصاص می‌یابد. در این جا نسبت «سیره متشرعه» با «سیره عقلا» به لحاظ دلالتی سنجیده می‌شود. محور دوم بحث، عهده‌دار تبیین جایگاه «سیره متشرعه» در میان سایر ادله است. نویسندگان در این جا، ضمن بحث از رابطه «سیره متشرعه» با تأسیسات مشابهی چون «سنت»، «اجماع» و «ارتکاز»، موقعیت دلالتی آن را مورد بررسی قرار می‌دهند. اشتراط موضع موافق شارع در حجیت «سیره متشرعه» و تحلیل آن ذیل سنت قولی و فعلی، تقدم دلالتی «سیره متشرعه» بر «اجماع»، تحلیل عینی «ارتکاز متشرعه» بر پایه «سیره متشرعه» و برتری آن به لحاظ حجیت، از جمله دستاوردهای این پژوهش است.

کلیدواژه‌ها: سیره، متشرعه، عقلا، سنت، اجماع، ارتکاز.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۷/۱۳، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۰/۱۸.

^۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

پی‌جویی در متون فقهی و اصولی امامیه، پژوهش‌گر را به مواردی می‌رساند که از موقعیت قوی «سیره متشرعه» در مجال استنباط خبر می‌دهد. در این میان اگر ذهنی کاوش‌گر، سعی بر آن داشته باشد که آرای مختلف را از میان ابواب پراکنده بیرون کشد و با داشتن رویکردی مقایسه‌ای، در میان حجم انبوهی از نقد و نظر، به داوری بنشیند، در ابتدای امر، متوجه ارتباط تنگاتنگ این نهاد با مفاهیم مشابهی چون «بنای عقلا»، «سنت»، «اجماع» و «ارتکاز» خواهد شد که در پرتو اتخاذ مبانی مختلف فراهم آمده است.

از این رو، هیچ یک از دو وجه ثبوتی و اثباتی «سیره متشرعه» را نمی‌توان، صرفاً با داشتن نگاهی استقلالی و یک‌جانبه دنبال نمود و تنها با داشتن رویکردی همه‌جانبه در میدان بحث و نظر از این دسته مفاهیم مشابه است که می‌توان حق مطلب را در طریق ارائه پژوهشی جامع ادا نمود و زوایای تازه‌ای از بحث را گشود.

مروری بر تعاریف

عباراتی چون «استمرار عادت جمیع مسلمانان - بما هم مسلمون - و یا جمیع اهل مذهبی خاص و تبانی عملی آنان بر فعل و یا ترک چیزی» (مظفر، ۱۳/۱۷۶)، «فعل و یا ترک فعلی که از جانب گروهی از مردم متصف به دین یا مذهب معینی صادر شود» (حکیم، الأصول العامة، متن/۱۹۲-۱۹۳)، «سلوک عمومی متدینان در عصر تشریع» (صدر، المعالم، ۱۶۸) جملگی تعاریف ارائه شده برای «سیره متشرعه» است.

خاستگاه «سیره متشرعه»

«سیره متشرعه»، تنها بر تأسیسی اطلاق می‌گردد که تدین پدیدآورندگان، علت منحصره و تامة تکون آن بوده است و خاستگاه دیگری برای آن قابل فرض نیست. از این رو جریانش در امور توفیقی محض شرط است.

نسبت «سیره متشرعه» با «سیره عقلا»

از جمله مباحث مهم در زمینه تبیین ماهوی و دلالی «سیره متشرعه»، نسبت آن با «سیره

عقلا^۱ و وجوه تشابه و تمایز آن دو، به لحاظ حجیت است. توجه کافی نیافتن به این مسأله، به خلط مبحث‌هایی انجامیده که مؤلفان فقهی و اصولی، گاه به آن دچار شده‌اند. در این زمینه می‌توان به کاربرد ناصحیح «سیره متشرعه» در مواضع عقلایی اشاره نمود (طوسی، ۱۳۸۴/۱؛ مصطفوی، ۲۵/۱) که در نظر برخی، در این گونه از موارد، بازگشت «سیره متشرعه» به «سیره عقلا» خواهد بود (خمینی، تهذیب الاصول، ۲۰۲/۲؛ همو، انوار الهدایة، ۳۱۵/۱؛ صدر، الاجتهاد و التقليد، ۹۷؛ حائری، ۳۹۳؛ مؤمن قمی، ۱۰۲/۲).

در این جا کوشش می‌شود، ضمن بیان شرایط حجیت «سیره متشرعه» با داشتن رویکردی مقایسه‌ای، رابطه دلالتی این دو قسم، روشن گردد.

۱- شرایط حجیت «سیره متشرعه»

از خاصیت انداختن «عرف»، به عنوان دلیلی مستقل در کنار سایر ادله (مغنیه، ۱۱۷/۶؛ علیدوست، ۲۰۱ و ۱۶۹) موجبات طرح آن را به عنوان یکی از اقسام «سنت» فراهم می‌آورد. در این صورت، «سیره متشرعه»، تمامی وجاهت خویش را در ناحیه مرجوع^۲ الیه (سنت) دنبال می‌نماید و تبعاً این امر، اصرار بر لزوم اتصال آن به ادوار معصومان را مقتضی است. بر این اساس، سیره‌های معاصر یقیناً حجّت و کاشف قطعی از رأی معصومان و اما سیره‌های غیر معاصر، کاشف ظنی از موافقت شارع و فاقد اعتبارند (مظفر، ۱۷۹/۳).

با تکیه بر چنین شرطی، دیدگاه رایج اصولیان، حجیت بی‌قید و شرط «سیره متشرعه»، پس از احراز معاصرش با ادوار معصومان است (همان؛ صدر، مباحث الاصول، ۲۳۵/۲؛ نجم‌آبادی، ۲۵۸/۲؛ حکیم، المدخل إلى علم الأصول، ۷۶). گو آن‌که به صرف اثبات معاصرت، حجیت اقتضایی آن فعلیت می‌یابد.

لیکن به نظر می‌رسد، سخن بزرگان مبنی بر حجیت بی‌قید و شرط سیره‌های معاصر، از دقت لازم برخوردار نیست؛ بلکه اصل نخست، عدم سندیت «سیره متشرعه»، به عنوان یکی از اقسام «عرف» است. از این رو اعتبار «سیره» باید در ناحیه مرجوع^۳ الیه (سنت) دنبال شود و

۱. مقصود از «سیره عقلا» میل عمومی عقلا به سلوکی معین است که شارع در تکوین آن نقش‌آفرینی نداشته است (صدر، المعالم، ۱۶۸). «حکم ظنی و غیر منجز عقل» (آشتیانی، ۱۷۱/۱)، «مصلحت حفظ نظام» (نائینی، ۱۹۳/۳)، «اراده سیاسی» (همان، ۱۹۲)، «تربیت پیامبرانه» (همان)، «تمایلات غریزی» (انصاری، فرائد الاصول، ۵۸۲/۲)، «عقل و فطرت» (فخلعی، پژوهشی در چیستی سیره عقلا، ۱۰۴) از جمله خاستگاه‌های شناخته شده برای «سیره عقلا» است.

تمامی وجاهتش در سایه موضع ملائم شارع، تحلیل گردد. در این مقام، تثبیت نظریه مختار را طی چند نکته اساسی سامان می‌بخشیم.

نخست آن‌که، با عنایت به اصل بنیادین اندیشه توحیدی - که حق مالکیت مطلق در عرصه تشریع از آن خداوند است - پذیرش راه کارهای بشری در امر تقنین، به مفهوم نهادن انسان در جایگاه خداوند و موجب شرک تشریعی است (فخلعی، بررسی شرط معاصرت سیره عقلا، ۸۶-۸۷).

دوم آن‌که، بی‌تردید اصل «توحید در تشریع»، در برابر هر یک از راه کارهای بشری - اعم از مسلمانان و غیر مسلمانان - که قد برافرازد، از قطعیات دین محسوب می‌شود. در طرف دیگر اندیشه شمول شریعت، بر این بنیان استوار گردیده است که برای هر حکمی، دلیلی از شریعت بیابد و هیچ بنایی از «عرف» - اعم از عرف عام عقلایی و یا عرف خاص متشرعی - را تا وجهی شرعی نیابد، معتبر نداند. در این میان، به نظر نمی‌رسد که انتساب افراد به دین و یا مذهبی معین، به تنهایی بتواند بر اندام عرف‌های رایج میان آنان، لباس سندیت بپوشاند و به آن صبغه‌ای از تأسیس و تشریع ببخشد.

سوم آن‌که، انگیزه اصلی اصولیان بر اشتراط معاصرت، بدست آوردن موضع اثباتی و یا نفی معصومان، در قبال سیره رایج است (حکیم، الأصول العامة، متن/۱۹۳). چهارم آن‌که، حاصل پی‌جویی در نصوص اصولی، فهم این نکته است که اصولیان، نتیجه احراز معاصرت را کشف از فعل و یا تقریر معصوم دانسته‌اند (همان؛ مظفر، ۱۷۹/۳). آیا دلالت این تعبیر و نظایر آن، جز این است که «سیره متشرعه» در حجیت خود نیازمند موافقت شارع است؟!^۲

حاصل نکات فوق، اشتراط ضمنی موافقت شارع در سیره‌های متشرعه - هم‌چون سیره‌های عقلایی - است.^۲ طبق این منطق، وجه تمایز «سیره متشرعه» از «سیره عقلا» را باید در لزوم اثبات و طرق احراز موافقت شارع دنبال نمود. به دیگر سخن، اصولیان، دلالت «سیره متشرعه» بر موضع موافق شارع را به دلالت برهان‌ی شبیه یافته‌اند. با این توضیح که: متشرعان معاصر با عهد ائمه، امکان اخذ احکام شرعی به طریق حسّی و یا نزدیک به حس را داشته‌اند. از دیگر سو، مفروض آن است که «سیره»، در

۲. در این باره یکی از شارحان بیان می‌دارد: «اساسی‌ترین شرط در حجیت «سیره متشرعه»، شرط معاصرت آن است و الا صلاحیت دلیلیت و کاشفیت از حکم شرعی را نخواهد داشت و اما شرط دومی نیز فرض است و آن عدم ثبوت ردع معصوم می‌باشد» (حسینی، التعلیق و الشرح المفید، ۲۹۷/۱).

مسأله شرعی محض منعقد شده است. پس اگر فرض شود که سلوک عملی آنان مرضی شارع نبوده، این به معنای فرض غفلت حسّی از سوی تعداد زیادی از مردم است که یا غفلت از اصل فحص داشته‌اند و یا غافل از فحص تام بوده‌اند که این به حساب احتمالات منتفی است؛ زیرا غفلت جمیع مردم در مسأله‌ای حسّی، پذیرفته نخواهد بود (صدر، بحوث، ۲/۴۲۷).

بنابراین، اگرچه اعتبار «سیره متشرعه» نیز در پیوند با سنت و موضع موافق شارع، تحلیل می‌گردد؛ لیکن، چون برخاسته از احساس متدینانه‌ای است که مفروض آن است که از هر گونه احساسات شائبه‌دار بدعت و وهم، دور است، دیگر نیازی به احراز موافقت از طریق فحص از رادع نیست؛ بلکه به صرف اثبات معاصرت، موافقت معصوم، محرّز است؛ مگر آن‌که به دلیل خاص، ردعی قطعی ثابت باشد.

اما این بیان نمی‌تواند در مورد «سیره عقلانی» تمام باشد؛ زیرا ممکن است، مرتکبات عقلایی به سبب نفوذ در مردم و تبدیل آن به عاداتی ناخودآگاه، منشأ استقرار سلوکی معین شده باشد و سبب آن، تنها در اخذ «سیره» از شارع منحصر نباشد. (همان؛ نجم‌آبادی، ۲/۲۵۹). از این روست که در نگرش برخی، علم یافتن به موضع‌گیری موافق شارع، ضروری است (عراقی، مقالات الاصول، ۱۱۰/۲-۱۱۱).

طبق دیدگاه دیگر، در اثبات دلالت «سیره عقلایی»، ناگزیر از بکارگیری دو قضیه شرطی هستیم. نخست آن‌که، اگر شارع موافق با مضمون «سیره» نبود، قطعاً از آن ردع می‌نمود. دوم آن‌که اگر شارع از آن ردع می‌نمود، قطعاً به ما می‌رسید.^۳ بنابراین، از آن‌جا که ردعی واصل نیست، ردعی صورت نگرفته است (صدر، بحوث، ۲/۴۳۷) و این عدم وصول ردع، کاشف از عدم ثبوت ردع و در نتیجه، کاشف از امضای شارع است.^۴ از این رو، اگرچه می‌توان امضای شارع را به طریق اثبات عدم ردع بدست آورد، لیکن احراز عدم ردع، ضروری است.

۳. مبنای این استدلال آن است که میزان و عمق ردع از هر سیره‌ای، به ملاک اهمیت و بسط نفوذ آن «سیره» تعیین می‌گردد؛ بنابراین، خبر ردع معصوم از عمل فردی، ممکن است به ما نرسد، لیکن، ردع از تصرف همگانی، باید در اوضاع گوناگون تکرار گردد تا آن‌که متناسب با میزان نفوذ سیره مردوع گردد و تبعاً در نتیجه اهتزاز که در ابتدای ردع از «سیره» ایجاد می‌شود، چنین ردعی، دقت متشرعان در سؤال و بازتاب آن در روایات را مقتضی است که به حساب احتمالات، مخفی ماندن همه این روایات به دور از ذهن خواهد بود. (ر. ک: صدر، بحوث، ۲/۴۲۴).

۴. سپس همو در یک بیان تکمیلی، دلالت تام «سیره عقلانی» را موقوف به سه مقدمه می‌نماید: ۱. ثبوت عدم ردع، دالّ بر امضای شارع است و به دو طریق برای اثبات این ادعا اشاره می‌نماید: (أ) طریق عقلی: توضیح اجمالی آن‌که، وظیفه معصوم، ابلاغ رسالت است و اگر در برابر اوضاع اجتماعی مردم، موضعی مخالف دارد، باید ردع و منع صورت پذیرد و الا نقض غرض خواهد بود. (ب) طریق استظهاری: سکوت معصوم در برابر سیره عقلانی عام، ظهور حالی دارد در این‌که او موافق با این «سیره» است. البته این ظهور حالی، باید به مرتبه یقین رسد تا حجت واقع گردد. ۲. عدم وصول ردع، کاشف از عدم ثبوت ردع است؛ چون امکان ندارد که ردعی نوعی صورت پذیرد و واصل نشود؛ چه آن‌که ردع نوعی مستلزم تکرار در ادوار مختلف است. ۳. ردعی واصل نگردد. البته مقصود از عدم وصول ردع، عدم وصول مطلق ردع است،

بعضی دیگر، صرف عدم ثبوت ردع را در احراز موافقت شارع کافی یافتند (آشتیانی، ۲۷۷/۲؛ آخوند، ۳۰۳؛ عراقی، نهاية الافکار، ۱۳۸/۳). به بیان آنان، «سیره عقلا» حجیت اقتضایی دارد و از آنجا که شارع سید العقلاست، عدم ثبوت مانع، آن را فعلی می‌گرداند (اصفهانی، نهاية الدراية، ۲۳۳/۲؛ مظفر، ۱۷۷/۳) و لازم نیست عدم المانع ثابت شود.^۵

اگرچه طبق مبنای سوم، عدم ثبوت ردع، در حجیت بناهای عقلایی کافی است و به مانند سیره‌های متشرعی احتمال رادعیت، مانع حجیت نمی‌گردد و تنها در صورت ثبوت ردع است که سبب کنار گذاشتن «سیره» می‌شود؛ لیکن این سخن، موجب منتفی شدن وظیفه فحوص از رادع - آن گونه که در سیره‌های متشرعه مطرح است - نخواهد شد؛ بلکه در سیره‌های عقلایی، وظیفه فحوص و یأس از رادع قطعی، همچنان ثابت است. از این روست که در باب حجیت «سیره عقلا»، تحصیل موافقت شارع، ولو به طریق عدم ثبوت ردع، شرط است و این در حالی است که «سیره متشرعه» به خودی خود و تنها با احراز شرط معاصرت، حجّت خواهد بود (اصفهانی، حاشیه المکاسب، ۱۰۵/۱ و ۱۰۴؛ مظفر، ۱۷۹/۳).

تفاوت «سیره متشرعه» با «سیره عقلا» نیز بنا بر آن دسته از مبانی که علم به موافقت شارع را شرط حجیت بنائات عقلایی قرار داده و یا دست‌کم اثبات عدم ردع را شرط دانسته‌اند، روشن است.

گفتنی است، اکثر دانشیان، احتمال مطرح شده در باب رادعیت آیات نهی از اتباع ظنّ (نجم: ۲۳ و ۲۸؛ اسراء: ۳۶) را صرفاً در باب سیره‌های عقلایی مطرح نموده و آن را در باب سیره‌های متشرعه منتفی دانسته‌اند (عراقی، نهاية الافکار، ۱۳۷/۳ و ۱۳۸؛ صدر، مباحث الاصول، ۱۴۴/۲ و ۱۴۵؛ نجم‌آبادی، ۲۵۹/۲) که به باور ما، وجه تمایز را باید در نکته پیشین دنبال نمود؛ زیرا «سیره متشرعه» برخاسته از احساس خالص متشرعی است که در قوام سیره، وجه تعلیلی یافته است و به همین جهت، علم به موافقت معصوم - به صرف اثبات معاصرت - قطعی است. در این صورت، «سیره متشرعه» موضوعاً از شمول آیات نهی از اتباع به ظن خارج است.

نه آن‌که، مقصود فقط عدم وصول ردع در قالب خبری صحیح یا موثق باشد. بنابراین، وصول ردع ولو در محمل خبری ضعیف، در عدم تمامیت استدلال به «سیره عقلائی» مجزی خواهد بود. (ن. ک: همان، ۲۴۳ - ۲۴۴).

۵. تفاوت عملی دو دیدگاه سابق، به هنگام ورود رادع احتمالی رخ می‌نماید. با این توضیح که، اشتراط احراز عدم ثبوت ردع در سیره‌های عقلایی، احتمال رادعیت اخبار ضعیف را قویاً مطرح می‌نماید و از آنجا که احتمال ردع، مانع از اثبات عدم ردع خواهد شد، ورود رادع احتمالی در مسأله نیز قاذح حجیت «سیره عقلا» خواهد بود. اما در سیره‌هایی که عدم ثبوت ردع در موضع موافق شارع کافی است، احتمال ردع اخبار ضعیف، نمی‌تواند قاذح حجیت آنان باشد. (ن. ک: فخلعی، بررسی شرط معاصرت سیره عقلا، ۹۱).

۲- اقسام «سیره عقلانیّه»

از آن چه گذشت، تمایز دلالتی «سیره متشرعه» از «سیره عقلا»، با تکیه بر شروط حجیت، به خوبی روشن شد. هم‌اکنون وجه تمایز را در پرتو اقسام نیز تحلیل می‌نماییم.

مظفر، به ملاک شرایط حجیت، از سه قسم «سیره عقلا» یاد می‌کند:

۱. شارع در آن «سیره»، متحد المسلك با عقلاست و مانعی چون لزوم جهل و احتیاج، در این اتحاد مسلك وجود ندارد. مانند رجوع به بینه در مسائل مربوط به دادرسی. در این قسم، معاصرت، شرط نمی‌باشد و حجیت به صرف عدم ثبوت ردع، تمام است و حتی رادع احتمالی نیز نمی‌تواند قاذح آن باشد؛ زیرا «سیره عقلا»، انگیزه از ادراکات ناب عقلی است و از آن‌جا که شارع، خود رئیس العقلاست و مانعی در جهت اتحاد مسلك وجود ندارد، می‌توان با استناد به قانون ملازمه حکم عقل و شرع، شرط بودن معاصرت را منتفی دانست. از دیگر سو، شارع در مقام شارعیت سلوکی عقلایی دارد، مگر در مواردی که مانع باشد که در این صورت، ردع و یا موضع جدید شارع باید به دلیلی قطعی ثابت شود (مظفر، ۱۷۷/۳).

۲. اتحاد مسلك شارع با عقلا در مضمون «سیره»، ممتنع است؛ لیکن جریان «سیره» در امور شرعی، معلوم است. مانند بنای عقلا بر متیقن سابق. این قسم، پس از احراز معاصرت و به صرف عدم ثبوت ردع، حجیت می‌یابد؛ زیرا جریان «سیره» در امور شرعی نشان می‌دهد که «سیره» از موضوعات مورد اهتمام شارع بوده و اگر به آن راضی نمی‌بود - در صورت عدم وجود مانع از قبیل تقیه - به هر شکل ممکن از آن ردع می‌نمود و نهی خویش را به هر طریق به آنان می‌رساند (همان، ۱۷۷ - ۱۷۸).

۳. علاوه بر امتناع اتحاد مسلك شارع با عقلا در مضمون «سیره»، جریان آن در امور شرعی نیز معلوم نیست. مانند رجوع به اهل خبره در اثبات لغات. در این قسم، معاصرت و علم به موضع موافق شارع، دو شرط اساسی حجیت است؛ زیرا شارع در مسلك خویش با عقلا متحد نمی‌باشد و در نتیجه، نمی‌توان با استناد به قانون ملازمه حکم عقل و شرع، شرط معاصرت را در حجیت منتفی دانست. هم‌چنین، برای کشف موقف ملائم شارع بر اجرای «سیره» در امور شرعی، باید دلیل خاص اقامه گردد؛ زیرا چه بسا شارع، عقلا را از اجرای «سیره» منع کرده باشد و آنان نیز به تبع همین نهی، آن را در امور شرعی جریان نداده‌اند و یا آن‌که اگر مسلمانان از جانب خود - و نه به نهی شارع - «سیره» را در امور شرعی جاری نکرده‌اند، در این صورت

وظیفه شارع نیست که اگر به جریان «سیره» در امور شرعی راضی نباشد، از آن منع کند (همان، ۱۷۸).

با عنایت به اقسام پیشین، به دقت می‌توان مرز سیره‌های عقلایی را از سیره‌های متشرعه تمایز بخشید. با این توضیح که چنانچه در مقام بیان وجه تمایز، آن دسته از سیره‌های عقلایی منظور گردد که خاستگاهی کاملاً عقلانی و فطری دارند، نمی‌توان وجه تمایز را صرفاً در میدان اشتراط موافقت شارع - به طریق عدم ثبوت ردع - و فحص از رادع در ناحیه سیره‌های عقلایی دنبال نمود؛ بلکه تفاوت دیگر، در میدان شرط معاصرت، آشکار می‌گردد؛ با این توضیح که می‌توان با استفاده از قانون ملازمه حکم عقل و شرع، قائل به شرط نبودن معاصرت در حجیت سیره‌های عقلایی شد و این در حالی است که در سیره‌های متشرعه، احراز معاصرت «سیره» با عصر معصوم شرط است؛ زیرا ممکن است «سیره»، انگیزته از عادات باطلی باشد که در میان جوامع اسلامی نیز ریشه دوانده است؛ به گونه‌ای که مخالفت با آن قبیح و رعایت آن حسن می‌نماید.

ولی چنانچه آن دسته از بناهای عقلایی اراده شود که در مسیر وحدت مسلک شارع با عقلا، مانع وجود دارد - چه «سیره» در امور شرعی جاری باشد و چه جریان آن در امور شرعی معلوم نباشد - باید وجه تمایز را صرفاً در باب شرط بودن احراز موضع موافق شارع و فحص از رادع، در ناحیه «سیره عقلا» - بر خلاف «سیره متشرعه» - دنبال نمود و اشتراط معاصرت نیز در زمره وجوه تشابه آن دو است.

افزون بر این، در منابع متأخر شیعی، تفصیل‌های دیگری نیز گزارش شده است. به عنوان نمونه، شهید صدر از سه قسم «سیره» یاد می‌کند:

۱. سیره‌ای که بر امور توقیفی و شرعی محض واقع گشته و تشرع متشرعه در آن حیثیتی تعلیلی یافته است. نظیر «سیره متشرعه» بر جهر در نماز ظهر روز جمعه (در قالب فرض). به مانند چنین سیره‌ای، «سیره متشرعه به معنای خاص» گفته می‌شود.
۲. سیره‌ای که ممارست متشرعه بر آن، می‌تواند از حیث تشرعشان و یا به مقتضای طبع عقلایی‌شان باشد. مانند سیره اصحاب ائمه بر عمل به مضمون اخبار ثقات. به مثل چنین سیره‌ای، «سیره متشرعه به معنای عام» اطلاق می‌گردد.

۳. سیره‌ای که در آن احراز شده است که طبیعت عقلایی بدون وجود دواعی خارجی، انعقاد چنین سیره‌ای را مقتضی است (صدر، بحوث، ۲۴۷/۴ - ۲۴۸).

در دو قسم نخست، احراز معاصرت شرط است؛ زیرا در میدان استنباط، سیره‌ای مفید است که کاشف از موضع شارع باشد و این خود، متوقف بر معاصرت «سیره» با عصر تشریع است (همان، ۲۳۷). هم‌چنین، هر دو به طریق برهان *إِنِّی حَجَّیْتُ* می‌یابند؛^۶ بدین معنا که صرف اثبات معاصرت، در حجیت آنان کافی است (همان، ۲۴۸).

اما نسبت به قسم سوم - که وجه تمایز «سیرهٔ متشرعه» از «سیرهٔ عقلا» در قیاس همین قسم با دو قسم پیشین روشن می‌شود - کافی است ثابت شود، طبیعت عقلایی در صورت عدم ردع و رهایی از قیود خارجی، اقتضای چنین عملی را دارد؛ هرچند که عمل اصحاب و عقلای معاصر آنان بر طبق مقتضای این طبیعت، ثابت نگردد و اما در حجیت چنین سیره‌ای، عدم ردع باید ثابت شود؛ زیرا انعقاد «سیرهٔ عقلاییه» - بر خلاف «سیرهٔ متشرعه» در دو قسم اخیر - معلول و زائیدهٔ بیان شرعی نیست، بلکه زائیدهٔ قضیه‌ای است عقلایی که شرعاً احتمال ردع از آن محتمل است (همان، ۲۴۷).

نسبت «سیرهٔ متشرعه» با «سنت»

مطالب پیشین نشان داد که حجیت «سیره» - اعم از سیرهٔ عقلا و سیرهٔ متشرعه - بر مبنای شرط «معاصرت» و به عنوان یکی از اقسام «سنت»، پایه‌ریزی شده است. از این رو، سیره‌ای حجّت است که کاشف از «سنت قولی»، «سنت فعلی» و یا «سنت تقریری» باشد؛ در غیر این صورت، اگر بازگشت «سیره» به یکی از این سه نباشد، فاقد حجیت است؛ زیرا آنچه به قطع منتهی نشود، حجّت نخواهد بود و شک در حجیت شیء، جهت عدم حجیت آن کافی است (حکیم، *الأصول العامة*، متن/۱۹۳).

لیکن باید توجه داشت، از آن‌جا که «سیرهٔ متشرعه» به ملاک کشف از رأی معصوم در امور شرعی محض، حجیت یافته است، حکم مستفاد از این قسم سیره، حکمی تأسیسی از جانب

۶. نقد: به نظر می‌رسد که معنای دوم نمی‌تواند به ملاک کاشفیت معلول از علت، حجیت یابد؛ چه آن‌که، محتمل است که «سیره» ریشه در ارتکازات ناب عقلایی داشته باشد. به دیگر بیان، اگرچه غفلت از فحص نسبت به موقف شرعی از سوی جمیع متشرعه، ممتنع است و در نتیجه، «سیره» - بنفسه - استناد به موقف شارع یافته و نیازی به فحص از رادع نخواهد بود؛ لیکن این سخن در مواردی که «ارتکاز»، امری راسخ در طباع عقلایی باشد تمام نخواهد بود؛ زیرا در این صورت عمق رسوخ ارتکاز، احتمال غفلت جمعی از فحص را قوت می‌بخشد؛ به گونه‌ای که هم به موضع موافق شارع را به همراه خواهد داشت. با این توضیح، معلوم می‌شود که قسم دوم از «سیرهٔ متشرعه» در حجیت خود، نیازمند اثبات عنایتی زاید (فحص از رادع) خواهد بود؛ تنها می‌توان بیان داشت که در صورت وجود رادع، التزام و تدبیر متشرعه، مانع از انعقاد «سیره» می‌گشت؛ بنابراین، صرف تحقق «سیره» برای اثبات عدم ردع کافی است و این بیان، تنها در مورد سیره‌های متشرعی نوع نخست، صادق است (هاشمی، ۲/۲۴۷).

معصوم است که از قول یا فعل وی حکایت دارد (قوچانی، ۵۴۵/۲). طبق این منطق، می‌توان بازگشت «سیره متشرعه» را به «سنت قولی» و یا «سنت فعلی» منحصر دانست.

به دیگر بیان، جریان «سیره متشرعه» در امور توقیفی محض، حاکی از وجود تأسیسی از جانب شارع در قالب قول یا فعل است که مبنای عمل متشرعه واقع گشته است؛ زیرا بنا بر دکترین شیعه، موضع منفعل شارع در توقیفیات مطرح نیست و در این گونه مواضع، به ناچار بایستی سراغ از تأسیس شارع گرفت.

طبق این منطق، طرق دست‌یابی به رأی معصوم، منحصر در اخبار حاکی از کلام یا فعل وی نیست؛ بلکه، «سیره متشرعه» نیز اگرچه همانند روایات، به طور مستقیم، اخبار از قول و رأی معصوم ندارد و لیکن به نحو غیر مستقیم، دال بر آن است که عمل متشرعان، ناشی از توجیهی از جانب شارع است؛ توجیهی که به مقتضای زمان بر ما مخفی مانده است (حکیم، المدخل إلى علم الأصول ۷۴). به دیگر بیان، از وجود چنین سیره‌ای، حدسی قطعی بر وجود خبر حاکی از قول و فعل معصوم زده می‌شود که در گذر زمان ضایع گردیده است. چنین سیره‌ای، «خبر حدسی» نام می‌گیرد؛ هم‌چنان که روایات، اخبار حسّی نام دارند.

بنابراین، بازگشت «سیره متشرعه» به «سنت تقریری» امتناع وقوعی می‌یابد؛ چه آن‌که به لحاظ ماهوی، سیره متشرعه - به معنای مصطلحش - به سیره‌ای اطلاق می‌گردد که در امور توقیفی محض، جریان یابد و به هیچ عنوان، حیثیت عقلایی اصحاب سیره، در تکوّن آن، وجه تعلیلی نداشته باشد. این در حالی است که مقصود از «تقریر»، کشف تأیید و رضایت معصوم نسبت به چیزی است که عرف یا عقلا، مستقلاً معتبر دانسته‌اند. از دیگر سو، موضع منفعل شارع در امور توقیفی، پذیرفته نیست و ابراز رأی از سوی ایشان، ضروری است؛ از این رو، با وجود تأسیس شارع - اعم از قولی یا فعلی - در امور شرعی محض، تقریر معصوم در برابر افعال متشرعان، لغو و به دور از شأن شارعیت است. طبق این گفته، بازگشت «سیره متشرعه» به «سنت تقریری» محال می‌شود.

تنها یک فرض در مسأله باقی است و آن امکان بازگشت «سیره متشرعه» به «سنت تقریری» در مباحث مربوط به سنن^۷ است؛ زیرا ممکن است عملی در زمره سنن، از جانب فردی پایه‌گذاری شده و سپس در قالب سیره رایج، در میان متشرعه استمرار یافته و آن‌گاه امام آن را

۷. مقصود از سنن در این جا همان اعمال مستحب و نوافلی است که فرد بر انجامش، مستحق ثواب و اما بر ترک آن، غیر معاقب است (انصاری، الحدود الانیقة، ۷۶/۱).

تقریر نموده است.

از دیگر سو، احکام مستفاد از بناهای عقلایی، به عنوان احکامی عقلایی، در زمره مسائل امضایی قرار می‌گیرند که در این صورت، «سیره عقلائیه» کاشف از «سنت تقریری» است؛ زیرا حاکی از تأیید شارع نسبت به مضمون آن چیزی است که عقلاً مستقلاً معتبر یافته‌اند. از این رو، سکوت معصوم در برابر فعل و یا ترک فعلی که در منظر او انجام گیرد - در صورتی که مانعی از ابراز رأی نباشد و ردعی نیز ثابت نباشد - کاشف از رضایت‌مندی او خواهد بود. این سکوت می‌تواند در برابر فعلی شخصی و در واقعه‌ای معین صورت پذیرد و یا آن‌که معصوم در برابر سلوکی جمعی، سکوت تقریرآمیز خویش را نشانی بر رضایت قرار دهد. قسم اخیر، با عنوان «سیره عقلا» شناخته می‌شود (صدر، دروس، ۱۱۶/۲ - ۱۱۵).

تحقیق فوق ما را به وجود سه تفاوت در رابطه با «سیره عقلا» و «سنت تقریری» هدایت می‌کند:

۱. به لحاظ شکلی، «سیره» از جنس عملی شایع است و این در حالی است که در «سنت تقریری» - به مفهوم خاص آن - ما در واقعه‌ای معین با عملی فردی روبه رو هستیم؛ اگرچه در هر دو، سکوت معصوم دال بر رضای اوست.

۲. در «سنت تقریری» فعلی جزئی، در منظر معصوم انجام می‌گیرد؛ به این معنا که حضور امام در محل وقوع فعل، شرط است و این در حالی است که آنچه در «سیره عقلا» اهمیت یافته، ممارست بر عمل، در زمان حیات امام است؛ هرچند امام مستقیماً شاهد بر آن نبوده باشد. به دیگر سخن، «سیره عقلائیه» به دلیل طبیعت گسترده‌اش، موضع‌گیری امام را در عصر حضور می‌طلبد و نبود موضع‌گیری سلبی، دلیل بر امضای مضمون «سیره» است.

۳. تفاوت دیگر را می‌توان در طریق احراز موضع موافق شارع دنبال کرد. با این توضیح که سکوت و عدم ردع شارع در برابر سلوک شخصی، باید با دلیل خاص اثبات گردد؛ زیرا چه بسا شارع فرد را از رفتار منع نموده باشد؛ لیکن به دلیل شخصی بودن فعل، بر تکرار ردع اهتمام نداشته است و از این رو شاهد بازتاب آن در روایات نمی‌باشیم. اما در رابطه با سلوک نوعی عقلا، صرف عدم وصول ردع، کاشف از عدم ردع خواهد بود؛ زیرا ردع از رفتار جمعی در شرایط گوناگون تکرار می‌گردد و به حساب احتمالات، مخفی ماندن همه این روایات به دور از ذهن است.

نسبت «سیره متشرعه» با «اجماع علما»

اکثر قریب به اتفاق دانشیان بر حجّیت «سیره متشرعه» توافق یافته و به آن به عنوان سندی از اسناد کشف شریعت نظر کرده‌اند. با این وجود، برخی فایده آن را در میدان تأیید و ترجیح - در مقام اختلاف آراء و تعارض اخبار - منحصر دانسته‌اند (کاظمی، ۲۱۶). صاحبان این اندیشه برآنند که تنها صلاحیت «سیره»، تأیید حکم عقل - در صورت موافقت - و یا تأیید حکم شرعی ثابت شده به نصّ شرعی - در صورت مخالفت با حکم عقل - است (همان). محور اظهار نظر در این گفته، کاشفیت «سیره» نسبت به اجماع علما است. وجود چنین اندیشه‌ای، بهانه‌ای بدست داد تا نویسندگان نسبت «سیره متشرعه» و «اجماع مصطلح» را در عالم دلیلیت، مورد بررسی قرار دهند.

بر بنیان اندیشه فوق، حجّیت «سیره»، حول یکی از دو محور ذیل شکل خواهد گرفت:

۱. مبنای حجّیت «سیره»، کشف از اجماع علماست؛ اجماعی که خود کاشف از قول «حجّت» است.

۲. مبنای حجّیت «سیره»، کشف از رأی معصوم است (نراقی، ۶۹۱).

لیکن پیرامون محور نخست گفته شده: تحصیل وفاق علما، ضمن تحقّق «سیره» ما را بی‌نیاز از حجّیت «سیره» خواهد نمود (همان).

فرض تحقّق «سیره» به همراه سکوت علما نیز مانع از انعقاد سیره کاشفه است؛ زیرا علما در مقام تبلیغ دین، بایستی نقش تبلیغی خویش را در برابر سیره رایج و کاشف از حکم شرعی، ایفا نمایند و چون سکوت ورزند، نشان از تحفّظ آنان نسبت به مضمون «سیره» است. اساساً با وجود سکوت و تحفّظ علما، چگونه می‌توان به چنین سیره‌ای صبغه شرعی بخشید؟! وجود مخالفت علما با سیره رایج نیز به طریق اولی، قادح حجّیت آن است.^۸

طبق مبنای دوم نیز نمی‌توان برای «سیره» وجهی از اعتبار را قائل شد. توضیح آن‌که، «سیره» تمامی اعتبار خویش را در ناحیه معاصرت و احراز موافقت معصوم یافته است و این در حالی است که عمل غیر فقها (عامه مردم) نه نقل می‌شود و نه مضبوط است و اگر هم به ندرت ضبط شده، مربوط به اهل یک زمان و یک دوران است. به دیگر سخن، چگونه اثبات تحقّق «سیره» از سوی عامه مردم - به مقداری که از عمل حجّت کشف نماید - بدون واسطه

۸. در این میان یکی از اصولیان معاصر، ملاک تحقّق و حجّیت «سیره» را قیام غالب مردم در بنا نهادن بر آن دانسته است؛ هرچند تعدادی از علما با آن مخالفت ورزند (ر. ک: خرازی، ۳۲۸/۵).

شدن اقوال و افعال علما، امکان‌پذیر است؟! پر واضح است که تنها توسط فتاوای علماست که می‌توان شرط معاصرت را کسب نمود و بدون آن، اطلاع یافتن بر «سیره» کاری بس دشوار است؛ حال آن‌که با وجود آرای آنان، دیگر ما را حاجتی به «سیره» نخواهد بود (همان).

تقریر دیگر بحث آن است که گفته شود: «سیره متشرعه» بر دو مبنا استوار است: (۱) اختلاف علما دانسته نشود. (۲) اتفاق قولی و عملی فقها، ما را بی‌نیاز از «سیره» نکنند. لیکن تحقّق «سیره» با دو شرط مذکور، نادر است؛ زیرا یا به واسطه وجود مخالفی از نصّ و فتوا، کاشفیّت «سیره» دچار معارض می‌شود و یا آن‌که به واسطه تحقّق اجماع در مسأله، بی‌نیاز از دلیلیّت «سیره» خواهیم شد؛ فرض تحقّق «سیره» بدون وجود مخالفی از نصّ و فتوا و یا بدون فرض تحقّق اجماع در کنار آن نیز اگر محال نباشد، موردی به غایت نادر است. از این رو در کتب اصولی «سیره» را بنفسه به عنوان یکی از ادله محسوب نکرده‌اند (کاظمی، ۲۱۶). دقّت در بیان فوق و تأمل در مباحث دیگر، روشن می‌سازد که این اظهارات، نه تنها نقضی بی‌پاسخ بر حجّیت «سیره متشرعه» نیست، بلکه تأکیدی بر آن است.

توضیح آن‌که، اشتراط معاصرت و موضع ملائم شارع در حجّیت «سیره متشرعه»، مقتضی آن است که در مقام نسبت‌سنجی، اجماعات عصر حضور در کانون توجّه قرار گیرد. اجماعات عصر حضور نیز ذیل اجماعات حسّی و یا در نهایت امر، ضمن اجماعات تقریری تحلیل می‌شود. در این میان، به نظر می‌رسد که اجماعات حسّی، معماگونه‌ترین سرنوشت را در میان اجماعات امامیه یافته است و هیچ گونه تصویر واضحی از ارتکازات سیّد مرتضی (علم الهدی، ۱۵۴/۲-۱۵۶) قابل تصوّر نیست؛ زیرا وجود رأیی متمایز از سوی فردی مجهول النسب که نشان از دخول حسّی امام در صف مجمعان داشته باشد (میه‌رزای قمی، ۳۵۰) فاقد معنای محصل است. از این رو، تحصیل اجماعات عصر حضور، ممتنع است؛ گرچه امکان تحصیل رویکردی مجموعی و برآیندی از آن دوره - آن‌گونه که در «سیره متشرعه» مطرح است - وجود دارد.

در مورد اجماعات تقریری نیز باید به این نکته توجّه نمود که گرچه حال غیبت با استظهار امضا از سکوت ناسازگار است (صدر، دروس، ۲۳۵/۱) و در نتیجه، طرح اجماعات تقریری صرفاً در عصر حضور معنا می‌یابد؛ لیکن دانشیان، این نوع از اجماع را بر اساس شروط «سنّت تقریری» تحلیل نموده‌اند (مظفر، ۱۱۵/۳) و از این رو، حاجتی به توسّل به اجماع نخواهد بود.

از دیگر سو، نهاد «سیره»، در فضا و رویکردی عمومی، پایه‌گذاری شده است؛ به گونه‌ای که صرف تحقق و استمرار رفتاری خارجی در بدنه جامعه ایمانی عصر حضور، می‌تواند لعاب عرفی بودن را از چهره عرف‌های رایج بزدايد و به واسطه کشف از رأی حجت، بدان صبغه‌ای از تشریع و تأسیس ببخشد.

بنابراین، روشن است که عنصر اتفاق در اجماع، مأخوذ است و این در حالی است که این عنصر، در «سیره» وجود ندارد؛ بلکه سلوکی اکثری، جهت انعقاد «سیره» کافی است (حکیم، الأصول العامة، متن/۴۰۶)؛ گرچه استثنائاتی هم در میان باشد.^۹ حاصل آن‌که، محدودیت‌های نهاده شده در طریق استناد به اجماع، پیدایش قطع به قول معصوم را کمیاب و راه را بر متصدی استنباط، تنگ می‌سازد و اگر رأی مشهور اکابر امامیه بر اعتبار اجماع نمی‌بود، بسیاری از اهل نظر، عصای احتیاط را بر زمین می‌نهادند و با کشیدن خط بطلان بر چهره مبهم اجماعات، پرونده رازآلود آن را در صحنه استنباط کنار می‌گذاشتند. این در حالی است که «سیره متشرعه» به صرف وجود گرایشی مجموعی، به منصه ظهور می‌رسد و این گشایش و انعطاف موجب می‌گردد که متصدی استنباط، با فراغت از محدودیت‌ها و دشواری‌های اجماع، به ردیابی و تحصیل رویکرد جمعی تا عصر حضور بپردازد و این چنین است که «سیره»، قابلیت استناد بیش‌تری نسبت به «اجماع» خواهد یافت.

تثبیت نظریه مختار را با ذکر سخن پاره‌ای از اندیشمندان پی می‌گیریم:

در نگرش شهید صدر، «سیره متشرعه» غالباً حلقه میانی اجماع و دلیل شرعی است. وی در این باره اظهار می‌دارد: «توافق فقها بر حکمی که مستند به نصوص موجود نمی‌باشد، به ظن متأخم به یقین، کاشف از توافق عملی و ذهنی متشرعان عصر تشریع است و این به نوبه خود، کاشف از دلیل شرعی خواهد بود و به عبارت دیگر، توافق فقها، کاشف از روایتی غیر مکتوب است و این روایت غیر مکتوب، همان راه و رسم زندگی عملی و ذهنی عموم متشرعان می‌باشد» (صدر، دروس، ۲۴۷/۱).

مشاهده می‌شود، در نگرش شهید صدر - برخلاف نظر نراقی و تستری - این «اجماع» است که بر پایه «سیره» تحلیل می‌شود؛ از این رو به لحاظ رتبی، مقام «سیره» قبل از «اجماع» خواهد بود و وجود «سیره» ما را غنی از تحصیل اجماع خواهد نمود.

۹. البته نزد دانشیان متقدم، «ثبوت ردع» از جانب اکابر اصحاب نیز اگرچه هم‌ردیف و مترادف با ردع معصومان نباشد؛ لیکن اطمینان به مشروعیت «سیره متشرعه» را با مشکلی به غایت بنیادین مواجه خواهد نمود؛ حال آن‌که حجیت هر حجتی تا به علم ختم نگردد، تمام نخواهد بود (ر.ک: ابن‌زهره، ۱۶۰).

به بیان روشن‌تر، بر اساس دکترین شیعه، اجماع، نشئت یافته از دلیل شرعی معتبر است و «سیره» به واسطه کاشفیت خود، حلقه میانی اجماع و این دلیل شرعی واقع می‌گردد. گو آن‌که اجماع، مولود «سیره» و «سیره» خود نیز مولود دلیل شرعی است. در نتیجه، سخن نراقی و تستری در باب نیازمندی «سیره» به «اجماع» - در طریق کشف از رأی معصوم - فاقد معنای محصل است؛ زیرا با تحقق «سیره» دیگر حاجتی به تحصیل «اجماع» نخواهد بود.

برخی همین نکته را در مقام ردّ اعتراض محقق اصفهانی بر کاشفیت اجماع^{۱۰} به کار گرفته‌اند: «کسی ادعا نکرده است که مستند مجمعان به ناچار باید نصی روایی باشد تا آن‌گاه چنین اشکالی حاصل گردد؛ بلکه مستند آنان می‌تواند ارتکازات و سیره‌های متشرعی باشد که به لحاظ اعتبار، اقوی از روایت است. بنابراین، «سیره متشرعه» حلقه واسطه بین اجماع و دلیل شرعی خواهد بود» (حیدری، ۲/۲۵۴). وی اذعان می‌دارد که دأب فقها، ذکر ادله استنادی در فتواست و اگر اجماع مدرکی نباشد و دلیل مجمعان بر ما مخفی بماند، این خود، کاشف قطعی از استناد آنان به «ارتکاز» و «سیره متشرعه» است (همان).

برآیند کلی همه این تعبیر، برتری «سیره متشرعه» بر اجماع مصطلح، به لحاظ حجیت است و از این رو، با طرح «سیره متشرعه» در بین مستندات، به راحتی می‌توان از ساز و کار رازآلود اجماع، دست شست.

نسبت «سیره متشرعه» با «ارتکاز متشرعه»

فقها در برخی از مواضع و آن هم در قالب استنادات خرد فقهی به «ارتکاز متشرعه» نیز توجه داشته و اجمالاً آن را در زمره ادله استنباط قرار داده‌اند. مقصود از این اصطلاح ظاهراً ادراک و شعور ناخودآگاه متشرعه، نسبت به نوع حکم است که اجمالاً می‌توان بیان داشت علت پیدایش آن پابندی متشرعه به کیش و مذهب خود بوده است (حسینی، الدلیل الفقهی، ۲۰).

بنا بر تعریف فوق می‌توان بیان داشت، حکمی که در اثر تکرار مستمر سیره‌های متشرعی مشروع، در ذهن ثبوت و استقرار یافته باشد را «ارتکاز متشرعه» نامند که به شرط معاصرت و عدم ثبوت ردع قطعی (انصاری، الموسوعة الفقهية، ۲/۳۹۲) دلالتی بسی قوی‌تر از «سیره

۱۰. وی مدرک مجمعان را در «سنت حاکمی» منحصر و آن را نیز به جهت سندی و دلالتی مخدوش می‌داند؛ زیرا اولاً: مبانی فقها در اعتبار بخشی به اخبار آحاد متفاوت است و ثانیاً: از جهت دلالت نیز استظهار فقهای متقدم بر فقهای متأخر حجت نخواهد بود (اصفهانی، ۱۷۷/۲ - ۱۷۸).

مُتَشَرَّعَه» دارد. لیکن، اثبات چنین نتیجه‌ای، خود در گرو تحلیل «ارتکازات مُتَشَرَّعَه» بر پایه «سیره‌های مُتَشَرَّعِی» در عالم تعین و وجود است؛ به دیگر سخن، تنها آن دسته از ارتکازاتی حجّیت می‌یابند که معلول سیره‌های رایج و مشروع مُتَشَرَّعَه باشند؛ این چنین است که می‌توان بیان داشت، در بدو امر، سیره‌ای مشروع نمود خارجی یافته و به تدریج در طول زمان، استمرار «سیره» منجر به فهم عمیق مُتَشَرَّعَه نسبت به نوع حکم گردیده است که به لحاظ رتبه حجّیت بر «سیره مُتَشَرَّعَه» برتری دارد.

تثبیت نظریه مختار را با بررسی اندیشه‌ها در رابطه با نسبت ارتکازات و سیره‌های مُتَشَرَّعِی در عالم تعین و وجود پی‌می‌گیریم.

حسینی شیرازی رابطه «ارتکاز» با «سیره» را از نوع تلازم عرفی علی - معلولی می‌داند. به دیگر سخن، هر سیره‌ای، نتیجه ارتکاز و هر ارتکازی، علت سیره است (بیان الاصول ۲۳۷/۱). لیکن با تأمل در مسأله، رابطه‌ای از نوع «عموم و خصوص من وجه» میان «ارتکاز» و «سیره» تصویر می‌یابد؛ زیرا ممکن است ارتکازی تحقق یابد، اما به علت وجود موانعی چون تقیّه، سیره‌ای بر طبق آن شکل نگیرد. از طرف دیگر، تَکَوُّن «سیره» ناشی از وجود مصالحی خاص در مسأله نیز محتمل است؛ بی‌آن‌که بر پایه ارتکازی قبلی تحلیل گردد.^{۱۱}

البته کلام آقای شیرازی نیز با تقریر ذیل قابل توجیه است:

استدلال وی در رابطه علی - معلولی «سیره» و «ارتکاز»، حول دو محور سامان می‌یابد: ۱. اعتقاد به انتفای حجّیت در صورت وجود مانع ۲. تحلیل تلازم علی و معلولی در مقام حجّیت. توضیح مطلب آن‌که، به باور وی، وجود موانع خارجی در هر مسأله‌ای، حجّیت حجّت را تحت شعاع خود قرار می‌دهد. بنابراین، در ظرف تقیّه، مانع (تقیّه) با اصابت به حجّت، آن را فاقد حجّیت می‌سازد. حال در محلّ بحث نیز اصابت مانع خارجی چون تقیّه به ارتکازات ذهنی، منجر به عدم نمود خارجی آنان در قالب سیره رایج خواهد شد و در نتیجه این دسته از ارتکازات فاقد حجّیت‌اند.

هم‌چنین به باور وی، نسبت «سیره» و «ارتکاز» را بایستی در مقام حجّیت دنبال نمود. بر این بنیان است که در مقام دلیلیّت، میان «ارتکاز» و «سیره»، رابطه‌ای علی - معلولی تصویر می‌یابد؛ زیرا بنا بر تحلیل پیشین - مبنی بر انتفای حجّیت در صورت وجود مانع - تنها آن دسته

۱۱. تصویر رابطه فوق در قالب نسبت «عموم و خصوص من وجه» تنها علیّت منحصراً «ارتکاز» را در معرض انکار قرار می‌دهد؛ یعنی ممکن است سیره‌ای ناشی از عاملی غیر ارتکاز چون وجود قوه تشریعی، جریان یابد. بر مبنای رابطه فوق، اگرچه «ارتکاز» مقتضی وجود «سیره» است و لیکن گاه به علت عدم تحقق موضوع و یا وجود مانعی از قبیل تقیّه، تحقق «سیره» ممتنع می‌گردد.

از ارتکازاتی حجّت خواهند بود که با مانع خارجی مواجه نشده‌اند و در نتیجه در قالب سیره رایج، نمودی عینی یافته‌اند. بر این بنیان، علم به حجّت، موانع محتمل را منتفی می‌سازد؛ در این صورت است که با قاطعیت و در قالب قضیه موجبۀ کلیه می‌توان بیان داشت، هر ارتکازی، علّت «سیره» خواهد بود.

آنچه گذشت، صرفاً تحلیل ذهنی نویسندگان از عبارت به غایت مجمل مؤلف مذکور است که ما را به مناقشات وارد بر کلام وی واقف می‌سازد. نخست آن‌که، دو چیزی که مصنّف بر آن باور یافته، محلّ بحث و کلام، و اثبات آن بر عهده مدّعی است.

دوم آن‌که، بر فرض تمام بودن این دو باور و بنا بر تحلیل وی، صرفاً اثبات علیّت «ارتکاز» نسبت به سیره‌های رایج ممکن است و اما اثبات این موضوع که هر سیره‌ای نتیجه «ارتکاز» است (در قالب قضیه موجبۀ کلیه)، دلیلی مستقل می‌طلبد؛ زیرا فرض حصول «سیره» بدون تحقق «ارتکاز» نیز محتمل است که وی متعرّض آن نشده است. بنابراین، باز هم تلازم عرفی میان دو نهاد اثبات نمی‌شود؛ بلکه نهایت امر تصویر رابطۀ «عموم و خصوص مطلق» میان آنان است؛ یعنی در مقام حجّیت، هر ارتکازی، علّت «سیره» واقع می‌گردد؛ لیکن «سیره» می‌تواند ریشه در «ارتکاز» داشته باشد و یا آن‌که بدون تحقق آن شکل گیرد.

دیگری نیز نسبت «ارتکاز» و «سیره» را چنین بیان می‌دارد: مراد از ارتکاز به عنوان دلیل، ارتکازی است که سیره عملی بر طبق آن موجود باشد و ارتکاز در حقیقت پشتوانۀ فکری «سیره» به شمار آید (انصاری، الموسوعة الفقهية، ۳۹۱/۲). طبق این گفته نیز «سیره» بر پایه «ارتکاز» تحلیل می‌گردد.

در مقابل، حکیم در الاصول العامة می‌افزاید: «افزون بر انعقاد فراوان «سیره» بر فعل و یا ترک عمل، یک نوع فهم عمیق نسبت به نوع حکم، در اذهان متشرعه شکل می‌گیرد و به عنوان ارتکاز متشرعی - مشروط به شرایطی - حجّیت می‌یابد» (الأصول العامة، متن/۹۴). مشاهده می‌شود، طبق این گفته، «سیره» بر «ارتکاز» تقدّم وجودی دارد.

به اعتقاد نویسندگان این مقاله، هیچ‌یک از گفته‌های فوق در باب رابطۀ «سیره» و «ارتکاز» تمام نمی‌باشد؛ بلکه نظر صحیح، ساختاری آمیخته از این دو، آن هم در مقام تفکیک دو قسم از سیره عقلایی و متشرعی است. بنابراین، ابتدا بحث را با محوریت بناها و ارتکازات عقلایی دنبال می‌کنیم.

سخن از نسبت «عموم و خصوص مطلق» در رابطه «سیره عقلا» و «ارتکاز عقلایی» تمام است؛ چه آن‌که، گاه محتمل است ارتکازی عقلایی منشأ یافته از فطرت و غریزه، تحقق یابد؛ لیکن به جهت وجود مانع و یا عدم تحقق موضوع در عالم خارج، در قالب سیره‌ای رایج، نمود خارجی نیابد. مثلاً در رابطه با ثبوت کَرِیت به طریق قول ذوالید چنین استدلال شده است: «سیره عملی در این مقام اگرچه به علت ندرت ابتلا، غیر ثابت است؛ لیکن سیره ارتکازی، محقق است؛ چه آن‌که نزد متشرعه تردیدی بر جواز اعتماد به خبر ذوالید در کَرِیت و نجاست و غیر آن دو وجود ندارد و سیره ارتکازی نیز هم‌چون سیره‌های عملی حجت است» (حکیم، مستمسک، ۲۱۵/۱).

باید توجه داشت که گرچه در مثال فقهی فوق، سخن از «ارتکاز متشرعه» به میان آمده است، لیکن گویا عنوان متشرعه با توجه به حیثیتی عقلایی لحاظ شده است؛ زیرا اعتماد بر خبر ذوالید از مواضع عقلایی است؛ خواه مورد آن مسأله‌ای کاملاً شرعی از قبیل کَرِیت و نجاست باشد و یا مسائل عقلایی محض از قبیل ملکیت (خویی، ۱۵۷/۳؛ آملی، ۲۳۳/۱). در دیگر سو، می‌توان از ارتکازاتی عقلایی ناشی از فطرت و غریزه یاد نمود که منشأ تحقق «سیره عقلا» واقع شده‌اند. نظیر ارتکاز عقلا بر حجیت خبر ثقه که عقلا معیشت خویش را بر این اصل مرتکز مبتنی ساخته‌اند (انصاری، الموسوعة الفقهية، ۳۹۱/۲).

در مقابل می‌توان به آن دسته از طریقه‌های عقلایی اشاره کرد که بر پایه ارتکازات قبلی تحلیل نمی‌گردند؛ بلکه خود رفته رفته منشأ تحقق ارتکاز شده‌اند. در واقع آن دسته از آموزه‌های پیامبران که بازتاب رهیافت‌های عقلی و تمایلات فطری است، موجب خیزشی عقلانی و تحقق سیره‌ای ریشه‌دار در جوامع بشری می‌گردد که با استمرارش رفته رفته به ارتکازی عقلایی مبدل می‌شود (فخلعی، پژوهشی در چیستی سیره عقلا، ۱۰۶).

نکته قابل توجه آن‌که هر سیره‌ای عقلایی به ناچار باید به ارتکاز عقلایی مبدل گردد؛ چه آن‌که با استمرار و تکرار عمل حاصل «سیره»، موجبات تحقق «ارتکاز» فراهم است و سخن از حصول عاداتی مقطعی که منجر به حصول ارتکازات عقلایی نگردد^{۱۲} نیز ناشی از عدم درک لازم نسبت به ماهیت «سیره» است.

۱۲. این دسته از سیره‌ها به واقع ریشه در اراده سیاسی حاکم داشته که نتوانسته است عقول خردمندان را با خود همراه سازد و سپس به عنوان سیره‌ای فراگیر با استمرار خویش موجبات ارتکاز اذهان را فراهم آورد.

به دیگر بیان، عنصر تکرار و استمرار در ماهیت «سیره» اخذ شده است^{۱۳} و اگر فرض شود حاکمی جابر در برهه‌ای از زمان روشی را به زور پیاده نماید، از میان رفتن آن دیری نخواهد پایید (فیض، نقش زمان و مکان، ۲۳) و از این رو، عنوان «سیره» در آن صدق نخواهد کرد. برآیند کلی تحقیق فوق، تصویر نسبت «عموم و خصوص مطلق» میان دو نهاد «سیره» و «ارتکاز» در قالب مجموع قضایای منطقی ذیل است:

بعضی از ارتکازات فطری و عقلایی، به حصول «سیره» می‌انجامند. (موجبه جزئیّه)
 برخی از ارتکازات فطری و عقلایی، منشأ تحقق «سیره» نخواهند شد. (موجبه جزئیّه)
 هر سیره مستمر عقلایی، منجر به حصول ارتکازی عقلایی خواهد شد. (موجبه کلیّه)
 پس از فراغت از مطلب فوق، هم‌اکنون بحث را با محوریت سیره‌ها و ارتکازات متشرعی پی‌می‌گیریم و نظریه مختار خویش را بر چند نکته مبتنی می‌سازیم:

نخست آن‌که، تعیین نوع حکم به طریق ارتکازات متشرعی نشان از آن دارد که مقصود از واژه شریعت در ابحات مرتبط با کشف و استنباط حکم شرعی به طریق «سیره» و «ارتکاز»، «شریعت بالمعنی الاخص» و انحصار آن در احکام شرعی (آموزه‌هایی درباره رفتارهای مجاز و غیر مجاز، راجح و مرجوح و گزاره‌های اعتباری وضعی) است.

بنابراین در مباحث مرتبط با ارتکازات متشرعی، تشرع متشرعه ناظر بر احکام تکلیفی و وضعی است؛ بدون آن‌که معارف اعتقادی یا اخلاقی را نیز دربرگیرد. طبق این گفته، مقصود از «ارتکاز متشرعه» در لسان فقها صرفاً شعور و ادراک ذهنی آنان نسبت به نوع حکم اعمال عبادی (فروع) خواهد بود (تهانوی، ۷۶۱/۱-۷۶۰).

دوم آن‌که، آن‌چه مسلم است نیل به ره‌یافت‌های محض شرعی - در مسائل مربوط به فروع - نه به طریق فطرت و عقل؛ بلکه به طریق آموزه‌های اوصیای الهی و نیز مراجع مؤثق دینی ممکن است؛ گو آن‌که متشرعه در عصر حضور، بر مبنای آموزه‌هایی از سنت قولی و فعلی معصومان بر حکمی از احکام شرعی التزام و ممارست یافته‌اند و رفته رفته در نتیجه استمرار عمل، نوع حکم، مرتکز ذهن آنان شده است؛ گرچه هم‌اکنون منبع آن نامعلوم باشد.
 سوم آن‌که، جریان «سیره» و «ارتکازات متشرعی» در امور شرعی محض، فرض تحلیل «ارتکازات متشرعی» بر پایه فطرت و غریزه را بر نمی‌تابد.

۱۳. نائینی طریقه و بنای عقلا را تکرار و استمرار عمل عقلا - بما هم عقلا - می‌داند (ر. ک: نائینی، ۱۹۳/۳ - ۱۹۲).

چهارم آن‌که، به نظر می‌رسد، بیان آموزه‌ها و فروع دینی از سوی معصومان نسبت به آن‌چه فاقد موضوع و زمینه برای تحقق است، کاری لغو بوده و اساساً بنای این بزرگان - دست‌کم در احکام و دستورالعمل‌های عملی - بر گزارش از آینده نبوده است. از این رو، فرض تحقق ارتکازی متشرعی ناشی از تعالیم پیغمبرانه و نیز مصاحبت متشرعه با نزدیکان آن حضرت در موضوعاتی که فاقد زمینه تحقق بوده است، وجیه به نظر نمی‌رسد.

حاصل نکات فوق، تصویر رابطه‌ای علی - معلولی میان «سیره» و «ارتکاز» در قالب قضیه‌ای موجه و کلیه است که از جانب «سیره» سامان می‌یابد؛ به گونه‌ای که ممارست متشرعه بر اعمال سلوکی معین بر مبنای آموزه‌های دینی ائمه و به تبع آن، حصول «سیره»، علت تحقق «ارتکاز» واقع می‌گردد. مؤید این سخن را کلامی از مرحوم حکیم قرار می‌دهیم. وی بیان می‌دارد: «به لحاظ روان‌شناختی، شکل‌گیری ارتکاز در افکار عمومی به بیش‌تر از ثبت و درج فتوا - مثلاً بر حرمت - در دو یا سه نسل، نیاز ندارد تا آن‌که فتوا در نفوس عاملان به آن ارتکاز شود» (حکیم، الأصول العامة، متن/۱۹۴) و اما اخذ عنصر «استمرار» در ماهیت «سیره» نیز فرض عدم حصول «ارتکاز» را از ناحیه برخی عرف‌های مقطعی منتفی می‌دارد.

نتیجه‌گیری

مقایسه انگاره‌های مطرح در باب حجیت دو قسم از دلیل «سیره» - «سیره عقلانی» و «سیره متشرعه» - ما را به محوری مشترک در گفته‌ها؛ یعنی موضع موافق شارع - که حداقل آن عدم ثبوت ردع است - واقف می‌سازد؛ زیرا آن‌چه در همه این گفته‌ها، به صراحت یا به ظهور مورد تأکید قرار گرفته، سخن از فعل و تقریر معصوم است که معنایی جز اشتراط ضمنی امضا ندارد؛ جز آن‌که در شیوه دلالت هر یک بر موضع موافق شارع، تفاوت‌هایی ظاهر می‌شود؛ به این معنا که در سیره‌های متشرعی، به صرف احراز معاصرت، شرط موافقت شارع با مضمون «سیره» فراهم است؛ زیرا حیثیت تشرع، مقتضی نفی هرگونه ردع احتمالی و اعتبار «سیره» رایج است و اما در مورد چگونگی احراز موضع موافق شارع در سیره‌های عقلایی، طرق سه‌گانه «لزوم امضا»، «لزوم اثبات عدم ردع» و «کفایت عدم ثبوت ردع» مطرح است. از این رو، متصدی استنباط کوشیده است تا به «سیره» در چهارچوب «سنت»، تفسیری روشن بخشد. در این میان، با توجه به جریان «سیره متشرعه» در امور توقیفی محض، بازگشت آن به «سنت قولی» و یا

«سنت فعلی» منحصر می‌شود؛ یعنی از وجود «سیره متشرعه»، حدس قطعی بر وجود خبری حاکی از قول و فعل معصوم زده می‌شود که در گذر زمان ضایع گردیده است. بنابراین اعتبار، «سیره متشرعه» می‌تواند به عنوان حلقه واسطه میان اجماع علما و کشف حجّت شرعی، نقشی اساسی ایفا نماید. به این صورت که فقیه با تحقّق یافتن سیره کاشفه، فتوای خویش را به طور غیر مباشر بر قول و یا فعل معصوم، مستند می‌یابد. فراتر از این، با تحقّق «سیره» دیگر نیازی به تحصیل آرای یک‌پارچه فقها و اجماع مصطلح نخواهد بود؛ زیرا از یک سو، فقها نیز به عنوان بخشی از جامعه ایمانی در این سلوک حداکثری داخلند و از دیگر سو، شیوع و نفوذ غالبی «سیره» در کشف از قول و رأی حجّت، کافی است. افزون بر این، «سیره متشرعه» با استمرار خود در بدنه جامعه ایمانی، منجر به حصول فهمی عمیق نسبت به نوع حکم در اذهان متشرعه می‌گردد. این چنین است که به شرط معاصرت و عدم ردع قطعی، دلالتی قوی‌تر از «سیره متشرعه» در میان ادله می‌یابد. از این رو، با وجود ارتکازات متشرعی عصر حضور، دیگر نیازی به تحصیل سیره‌ها و یا اجماعات دوران حضور نخواهیم بود.

فرجام سخن این‌که، آنچه نوشته شد ضمن شفاف‌سازی نسبت «سیره متشرعه» با تأسیسات مشابه، خواننده را با شرایط حجّیت و موقعیت این نهاد در میان ادله استنباطی آشنا می‌سازد و اما با عنایت پروردگار ادله حجّیت این نهاد در مقاله‌ای مستقل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم: آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، *بحر الفوائد فی شرح الفرائد*، قم: ذوی القربی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- آملی، هاشم، *المعالم المأثورة*، به تقریر محمد علی اسماعیل پور قمشه‌ای، قم: مؤلف الکتاب، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع إلى علمی الاصول والفروع*، قم: مؤسسه الإمام الصادق، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- اصفهانی، محمد حسین، *نهایة الدراية فی شرح الکفایة*، قم: سید الشهداء، چاپ اول، ۱۳۷۴ق.

- _____، **حاشیه کتاب المکاسب (ط - الحديثه)**، محقق و مصحح: عباس محمد آل سباع قطیفی، قم: انوار الهدی، چاپ اول ۱۴۱۸ق.
- انصاری، زکریا بن محمد، **الحدود الأنیقة و التعریفات الدقیقة**، بیروت: دارالفکر، چاپ اول بی تا.
- انصاری، محمد علی، **الموسوعة الفقهية المیسرة**، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول ۱۳۷۳.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، **فرائد الاصول**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ق.
- تهانوی، محمد اعلی بن علی، **کشاف اصطلاحات الفنون**، به تصحیح محمد وجیه و عبدالحق و غلام قادر و به اهتمام الویس اسپرنگر و ولیم ناسولیس، کلکته: شیاتک سوسیتی آف بنگال ۱۸۶۲م.
- حائری، عبدالکریم، **درر الفوائد (طبع جدید)**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ ششم، ۱۴۱۸ق.
- حسینی، محمد، **الدلیل الفقهي تطبیقات فقهية لمصطلحات علم الأصول**، دمشق: مرکز ابن ادریس الحلبي للدراسات الفقهية، ۲۰۰۷م.
- حسینی، محمد علی، **التعلیق و الشرح المفید للحلقة الاولى**، قم: مؤسسه عاشورا، چاپ اول ۱۴۲۸ق.
- حسینی شیرازی، صادق، **بیان الاصول**، قم: دار الانصار، چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- حکیم، محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، قم: مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول ۱۴۱۶ق.
- حکیم، محمد تقی، **الأصول العامة فی الفقه المقارن**، قم: مجمع جهانی اهل بیت، چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.
- حکیم، محمد کاظم، **المدخل إلى علم الأصول دروس فی مبادئ علم الأصول**، قم: دارالفقه للطباعة و النشر، چاپ اول ۱۴۲۱ق.
- حیدری، کمال، **الدروس شرح الحلقة الثانية**، به قلم علاء سالم، قم: دار فراقد للطباعة و النشر، چاپ اول ۱۴۲۸ق.
- خرازی، محسن، **عمدة الأصول**، قم: مؤسسه در راه حق، چاپ اول ۱۴۲۲ق.
- خمینی، روح الله، **تهذیب الاصول**، مقرر: جعفر سبحانی تبریزی، تهران: اسماعیلیان، ۱۳۸۲.
- _____، **انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.
- خویی، ابوالقاسم، **التنقیح فی شرح العروة الوثقی**، مقرر: علی غروی تبریزی، قم: دارالهدی، چاپ سوم، ۱۴۱۰ق.
- صدر، رضا، **الاجتهاد و التقليد**، محقق و مصحح: سید باقر خسروشاهی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیّه، چاپ اول ۱۴۲۰ق.
- صدر، محمد باقر، **بحوث فی علم الاصول**، به تقریر محمود هاشمی شاهرودی، بی جا، مؤسسه دایرة المعارف الاسلامی، ۱۴۱۷ق.

- _____، *المعالم الجديدة للأصول (طبع قديم)*، تهران: کتابفروشی النجاشی، ۱۳۹۵ق.
- _____، *مباحث الأصول*، به تقرير سيد كاظم حسيني حائري، مقرر، بی جا، ۱۴۰۸ق.
- _____، *دروس فی علم الاصول*، بیروت: مكتبة المدرسة، ۱۴۰۶ق.
- طوسي، محمد بن حسن، *العدة في أصول الفقه*، محمد تقی علاقبندیان، قم: چاپ اول ۱۴۱۷ق.
- عراقی، ضياء الدين، *نهاية الافكار*، به تقرير محمد تقی بروجردی، قم: دفتر انتشارات اسلامي، چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- _____، *مقالات الاصول*، قم: مجمع الفكر الاسلامي، چاپ اول ۱۴۲۰ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *النريعة الى اصول الشريعة*، تصحيح ابوالقاسم گرجی، دانشگاه تهران: ۱۳۴۶.
- علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ اندیشه اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۴.
- فخلعی، محمد تقی، مقالة «بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان»، فصل نامه علمی - پژوهشی *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و دوم، شماره پیاپی: ۸۵/۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، صص ۱۰۴ - ۸۵.
- _____، مقالة «پژوهشی در چيستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، فصل نامه علمی - پژوهشی *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و دوم، شماره پیاپی: ۸۴/۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹ش، صص ۹۷ - ۱۲۶.
- فیض، علی رضا، مقالة «نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد»، *فصل نامه حضور*، ش ۵ و ۶.
- قوچانی، علی، *تعليقة القوچانی على كفاية الأصول*، قم: مكتبة الفقه و الاصول المختصة، چاپ اول ۱۴۳۰ق.
- کاظمی، اسد الله بن اسماعیل، *كشف القناع عن وجوه حجية الإجماع*، احمد شیرازی، تهران: چاپ اول بی تا.
- مصطفوی، محمد کاظم، *القواعد الفقهية و يحتوى على خمسين قاعدة فقهية*، قم: مرکز العالمي للدراسات الإسلامية، چاپ اول ۱۴۲۶ق.
- مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم: مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ق.
- مغنیه، محمد جواد، *فقه الإمام الصادق*، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.
- مؤمن قمی، محمد، *تسديد الأصول*، قم: مؤسسه النشر الاسلامي، چاپ اول ۱۴۱۹ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *قوانين الأصول (طبع قديم)*، تهران: المكتبة العلمية الإسلامية، چاپ دوم، ۱۳۷۸ق.

- نائینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، به تقریر محمد علی کاظمی خراسانی، قم: جامعة مدرّسین حوزة علمیّه، چاپ اوّل، ۱۳۷۶.
- نجم آبادی، ابوالفضل، *الاصول: من تقریرات بحث العلمین الایتین النائینی و العراقی*، قم: مؤسّسة آية الله العظمی البروجردی لنشر معالم اهل البيت، چاپ اوّل، ۱۳۸۰.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیّه، چاپ اوّل، ۱۳۷۵.
- هاشمی شاهرودی، محمود، *اضواء و آراء: تعلیقات علی کتابنا «بحوث فی علم الاصول»*، قم: مؤسّسة دایرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اوّل، ۱۴۳۱ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۹۷-۷۹

حجیت متعارضان در نفی حکم ثالث*

ساجده اسلامی مهدی آبادی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید قم

Email: s.islamic@ymail.com

دکتر علی تولایی

استادیار دانشگاه یزد

Email: tavallaei@hotmail.com

چکیده

یکی از مواردی که در فقه مطرح می‌شود این است که دو دلیل در صورت تعارض ساقط می‌شوند ولی در مورد نفی حکم ثالث که ملازمه با آن دو دلیل دارد، در صورت حجیت آن، رجوع به اطلاقات، عمومات و اصول عملیه امکان پذیر نیست اما در صورت عدم حجیت آن، رجوع به این موارد ممکن می‌شود.

آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد، مبانی حجیت و عدم حجیت نفی ثالث است تا با برگزیدن هر یک، ثمره‌ی عملی آن را در مباحث فقهی بیان کنیم. مهم‌ترین دلیلی که قائلان به حجیت نفی ثالث به آن استناد کرده‌اند، عدم تبعیت دلالت التزامی از دلالت مطابقی در حجیت است و دلیل قائلان به عدم حجیت آن، تبعیت دلالت التزامی از مطابقی در حجیت و عدم استقلال دلالت التزامی است. ما در این مقاله، قول به عدم حجیت نفی ثالث را قابل خدشه دانسته و در آخر قول به حجیت نفی ثالث را ترجیح داده‌ایم اما نه از باب دلالت التزامی و عدم تبعیت دلالت التزامی از دلالت مطابقی که اکثر اصولی‌ها به آن قائل شده‌اند؛ بلکه به دلیل اشتراک دو دلیل متعارض در نفی ثالث است که این امر تنها در صورتی محقق می‌شود که تعارض دو دلیل، تعارض ذاتی باشد ولی در تعارض عرضی، دو دلیل متعارض در نفی ثالث متفق نبوده و بنابراین نفی ثالث در آن‌ها حجت نیست.

کلیدواژه‌ها: حجیت، نفی ثالث، دلالت مطابقی، دلالت التزامی، تبعیت، متعارضان.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۹/۰۸، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۷/۲۳.

در ابتدا، به بیان مقدمات لازم برای ورود به بحث اصلی، بررسی دلالت التزامی و بیان نظرات علمای منطق و اصول در زمینه دلالت التزامی می‌پردازیم:

چیستی و ماهیت دلالت‌های وضعی لفظی

«دالت در لغت به معنای نشان دادن و ارشاد است» (ابن منظور، ۱۱/۲۴۹). راغب می‌گوید: «دالت آن است که با آن به معرفت و شناختن چیزی برسند؛ مثل دلالت لفظ بر معنا» (راغب اصفهانی، ۳۱۶).

در قرآن کریم نیز دلالت به همین معنا به کار رفته است؛ از جمله می‌توان به آیه «مردم را بر مرگ سلیمان دلالت نکرد مگر موریانه‌ای» (سبا، ۱۴) و آیه «شمس دلیل و نشان دهنده سایه است؛ زیرا اگر شمس نبود وجود سایه معلوم نمی‌گشت» (فرقان، ۴۵ - ۴۶) اشاره کرد.

بحث «دلالت» از وجوه ممیزه منطق ابن سینا نسبت به منطق‌های پیشین است و طرح شبهات و تشکیک‌ها در این باب نیز عمده‌تاً از جانب شارحان منطق ابن سینا صورت گرفته است؛ هر چند دلالت اقسام مختلفی دارد اما آنچه که ما به بحث از آن در این مقاله می‌پردازیم، دلالت وضعی لفظی است.

منطق‌دانان به تبع ابن سینا دلالت وضعی لفظی را معمولاً بدین صورت تقسیم می‌کنند: «لفظ بر معنا یا به نحو مطابقی دلالت می‌کند؛ یعنی لفظ برای این معنا وضع شده است، مثل دلالت مثلث بر شکلی که محیط به سه ضلع است یا به نحو تضمّن دلالت می‌کند؛ یعنی معنای مدلول، جزئی از معنایی است که لفظ مطابق آن می‌باشد، مثل دلالت مثلث بر شکل ... و یا دلالت به نحو التزام و تبعی صورت می‌گیرد؛ یعنی لفظ به مطابقه بر معنایی دلالت دارد و معنای دیگر به مثابه یک رفیق خارجی ملازم آن معنا است و البته این مانند ملازمه جزء از کل نمی‌باشد؛ مثال این قسم از دلالت، دلالت لفظ سقف است بر دیوار یا دلالت لفظ انسان است بر توانایی کتابت ...» (ابن سینا، الاشارات و التنبیها، ۲۸/۱).

عقلی یا استقرایی بودن این تقسیم از بحث‌های اختلافی است؛ اما بنابر قول غالب، انحصار دلالت وضعی لفظی در سه قسم، حصری عقلی است و از نظر افرادی چون قطب الدین شیرازی، از تقسیم ثنائی و از دوران بین نفی و اثبات حاصل می‌شود (شیرازی، قطب الدین، شرح حکمة الاشراق، ۳۶)؛ البته صدر المتألهین نیز به این امر تأکید کرده است (شیرازی، صدرالدین، ۳۶).

از عبارت ابن سینا در *الاشارات* بر می آید که دلالت لفظ بر معنا از حیث نوع رابطه میان مدلول و موضوع له به سه قسم، تقسیم می شود. گوینده با بیان لفظ (دال) معنایی را اراده می کند (مدلول)؛ که ممکن است در رابطه با معنایی که لفظ برای آن وضع شده است (موضوع له)، واجد یکی از نسبت های سه گانه تساوی، عموم و خصوص مطلق و یا تباین باشد؛ با این توضیح که در دلالت مطابقی، رابطه میان مدلول و موضوع له، رابطه ی تساوی و در دلالت تضمّنی، رابطه میان آن ها عموم و خصوص مطلق و در دلالت التزامی، تباین است؛ (ابن سینا، ۱/ ۱۲۹).

بررسی مبانی استقلال یا عدم استقلال دلالت التزامی

آنچه که منشأ اختلاف اصولی ها در حجیت یا عدم حجیت نفی حکم ثالث و به عبارت دیگر، موجب اختلاف آن ها در حجیت دلالت التزامی در اخبار متعارض گردیده، این است که آیا دلالت التزامی در حجیت، تابع دلالت مطابقی است یا نوعی دلالت مستقل محسوب می شود؟ برای پاسخ به سؤال مطرح شده، بایستی به بررسی این مورد پردازیم که دلالت التزامی از اقسام دلالت وضعی لفظی است یا دلالت عقلی و یا این که دلالت التزامی، اعم از دلالت وضعی و عقلی می باشد.

یکی از مناقشه های مطرح شده، تردید در استقلال دلالت التزامی است:

قول اول: موافقان عدم استقلال التزام معتقدند که دلالت التزامی صرفاً از دو دلالت مطابقی (دلالت وضعی لفظی محض) تشکیل شده است (سبزواری، ۱۲؛ آشتیانی، ۱۴۶-۱۴۸). آقای سیستمانی نیز بر این باور است که رابطه لفظ با معنای مطابقی، رابطه این همانی بوده که رابطه لفظ همان رابطه معناست و در این صورت تصوّر معنای مطابقی، ملازم با تصوّر معنای التزامی است و می توان معنای التزامی را به لفظ نسبت داد و به این ترتیب دلالت التزامی، دلالت وضعی لفظی خواهد بود و به همین دلیل، به عنوان دلالتی جداگانه و در عرض دلالت مطابقی محسوب نمی شود (سیستمانی، ۱۶۰).

بیان اشکال: برخی گمان کرده اند که دلالت تضمّن و التزام، هرکدام از دو دلالت مطابقی جداگانه تشکیل شده اند و به این ترتیب، دلالت مستقلی محسوب نمی شوند؛ مثلاً در دلالت تضمّنی، لفظ برای دو معنا (کل و جزء) به نحو جداگانه وضع شده است، مانند وضع لفظ امکان برای امکان عام و خاص؛ این در حالی است که امکان عام، جزء امکان خاص

می‌باشد^۱ یا در دلالت التزامی، لفظ برای دو معنا (لازم و ملزوم) به نحو جداگانه وضع شده است، مانند وضع شمس هم برای ستاره خورشید (جرم آن) و هم برای آفتاب (نور خورشید)؛ این بدان معنا است که نور خورشید، لازمه‌ی وجود آن است. بدیهی است که در چنین مواردی مثال‌های امکان برای جزء و کل یا شمس برای لازم و ملزوم، مشترک لفظی محسوب می‌شوند. قول دوم: ابن سینا برای رفع اشکال فوق، به نحو گذرا به این مطلب اشاره می‌کند که دلالت التزام از نوع اشتراک لفظی نیست (ابن سینا، همان، ۱۳۹/۱) و خواجه طوسی در شرح عبارت مذکور و بیان تمایز میان دلالت مطابقی با دو دلالت دیگر، به وضعی لفظی محض بودن دلالت مطابقی تصریح می‌کند. وی تأکید می‌کند که منشأ دلالت مطابقی به دلیل این همانی بین مدلول و موضوع له، صرف وضع لفظ است، در حالی که منشأ پیدایش دلالت در دو مورد دیگر (دلالت تضمینی و التزامی)، فقط وضع نیست بلکه عقل نیز سهم قابل توجهی در این دلالت‌ها دارد. آگاهی از وضع لفظ برای موضوع له، صرفاً امری وضعی محسوب می‌شود ولی اگر مدلول خود موضوع له نباشد، اطلاع از وضع برای فهم دلالت کافی نیست و برای انتقال از موضوع له به مدلول فعالیت عقلی نیز لازم است (طوسی، نصیرالدین، شرح الاشارات و التنبیهات، ۲۸/۱-۲۹؛ همو، اساس الاقتباس، ۸) و این همان عبارتی است که قطب الدین رازی به اختصار به آن اشاره کرده است: «دلالت تطابقی به مجرد وضع است ولی دلالت تضمین و التزام با مشارکت عقل و وضع به دست می‌آید...» (رازی، قطب الدین، تحریر القواعد، ۲۸/۱-۲۹) وی همچنین ضمن نفی اشتراک لفظ میان جزء و کل یا لازم و ملزوم در دو دلالت تضمینی و التزامی می‌گوید: «...در این صورت، دلالت بر جزء و دلالت بر لازم، غیرمطابقی نخواهد بود؛ زیرا مطابقه قوی‌تر از تضمین و التزام است و با وجود دلالت قوی‌تر (دلالت مطابقی)، دلالت ضعیف‌تر (دلالت تضمینی و التزامی) به کار نمی‌آید» (همان، ۲۹/۱).

قول سوم: دلالت التزامی از دلالت‌های وضعی لفظی نیست، بلکه نوعی دلالت عقلیه می‌باشد. امام خمینی بیان می‌دارند که «دلالت التزامی از دلالت‌های لفظی نیست؛ زیرا دلالت التزامی عبارت است از انتقال نفس از تصور ملزوم موضوع له به تصور لازم آن، به ملازمه‌ی

^۱ - امکان عام: سلب ضرورت از طرف مقابل؛ امکان خاص: سلب ضرورت از دو طرف موافق و مقابل.

^۲ - قطب الدین رازی برای رد اشکال مذکور مبنی بر مشترک لفظی بودن جزء با کل و لازم با ملزوم، در دلالت تضمینی و التزامی بیان می‌کند که این امر موجب می‌شود تا دلالت بر جزء و لازم، مطابقی باشد، در حالی که دلالت مطابقی چیزی غیر از دلالت تضمینی و التزامی و قوی‌تر از آن‌ها است؛ زیرا در مطابقی، کلام متکلم به طور مستقیم بر آن دلالت دارد و صرف وضع برای آگاهی از موضوع له کافی است، ولی در دو دلالت دیگر علاوه بر وضع به عقل نیز برای درک مراد متکلم نیاز است.

عقلی یا عرفی و لفظ دخالتی در این انتقال ندارد، جز این که انتقال به ملزوم به سبب لفظ است و این باعث نمی‌شود که لوازم معنای لفظ را از مدلول‌های خود لفظ به شمار آوریم؛ زیرا حکایت گری لفظ نسبت به میزان وضع و گستره‌ی آن است و این لفظ جز برای ملزوم وضع نشده است، در این صورت چگونه بر چیزی که خارج معنای آن است دلالت کند؟ ولی در هر حال عقل می‌تواند بدون کمک گرفتن از مدلول لفظ به لوازم آن پی ببرد؛ بنابراین معلوم گردید که التزام عبارت است از دلالت معنا بر معنا و به همین دلیل اگر معنایی در ذهن حاصل شد، لازمه‌اش نیز ایجاد می‌شود» (خمینی، ۱/۱۵۵).

این قول با توجه به آنچه که قائلان به قول مشارکت عقل و وضع در دلالت تضمینی و التزامی بیان داشته‌اند قابل خدشه است؛ زیرا بدیهی است که اولاً: «اگر لفظ برای کل یا ملزوم وضع نشده باشد بر جزء، از آن جهت که جزء است و بر لازم از آن جهت که لازم است، دلالت نخواهد داشت» (رازی، همان، ۱/۲۸-۲۹)؛ بنابراین قبل از نقش عقل در این دو دلالت، بایستی به تأثیر وضع نیز توجه داشت. ثانیاً: شارح مطالع در شرح سخنان ارموی بیان می‌دارد که «... برخی استدلال کرده‌اند که دلالت التزامی، عقلی است؛ زیرا لفظ برای مدلول التزامی وضع نگردیده است. از آنجایی که هدف از کاربرد الفاظ، استفاده از معانی به واسطه‌ی وضع است، این دلالت (التزامی) مهجور می‌باشد (رازی، شرح المطالع، ۳۵).

شارح مطالع این سخن را رد کرده و بیان می‌دارد: «اگر مقصود از عقلی بودن التزام این است که وضع هیچ دخالتی در آن ندارد، ادعایی باطل است... و اگر مقصود، مشارکت عقل در این دلالت است، ادعایی صحیح خواهد بود و البته موجب مهجوریت و متروک ماندن دلالت التزامی نمی‌شود» (همان، ۳۵).

با توجه به آنچه بیان گردید، اگر این قول را که دلالت التزامی نوعی دلالت معنا بر معنا است بپذیریم، موجب متروک ماندن دلالت التزامی می‌شود؛ در حالی که دلالت التزامی در علوم مختلف کاربرد داشته و معتبر است؛ بنابراین از بین اقوال بیان شده به نظر می‌رسد که قول قائلان به استقلال دلالت التزامی (مشارکت عقل و وضع در دلالت التزامی) تقدم یابد و با توجه به این قول اگرچه دلالت التزامی در وجود تابع دلالت مطابقی است و در صورتی که فرد بخواهد بدون این که به مدلول مطابقی توجه کند به لازم آن دست یابد، باید قرینه‌ای برای انصراف از معنای مطابقی و اراده‌ی معنای التزامی ارائه کند؛ در این صورت کاربرد لفظ در بیان لازم معنا، مجازی خواهد بود و قرینه صارفه، راهنمای مخاطب به مقصود گوینده می‌شود

و به این ترتیب، ارتباط میان لفظ و مدلول مطابقی آن قطع شده و دلالت وضعی ملاک نخواهد بود؛ بنابراین دلالت التزامی در وجود تابع دلالت مطابقی خواهد بود و در صورتی ایحاد می شود که پیش از آن مدلول مطابقی وجود داشته باشد و به همین دلیل است که برخی، دلالت التزامی را دلالت استتباع نامیده اند (ابن تیمیه، الرد علی المنطقیین، ۷۶/۱). ولی این گونه نیست که به محض اینکه دلالت مطابقیاز حجیت ساقط شود، دلالت التزامی نیز از بین برود؛ زیرا بنابر این قول، دلالت التزامی مستقل از دلالت مطابقی بوده و استقلال در دلالت التزامی به این معنی است که در عرض دلالت مطابقی بوده نه در طول آن، تا با برداشته شدن دلالت مطابقی، دلالت التزامی نیز از حجیت ساقط شود. اگرچه برخی بر این عقیده اند که مدلول التزامی چیزی جز لازم معنای مطابقی نیست و به عبارت دیگر، دلالت التزامی مساوی با دلالت مطابقی است؛ زیرا محال است که مدلول مطابقی، لازم خود را در بر نداشته باشد (آمدی، ۳۷). گروهی نیز میان لازم و ملزوم، رابطه این همانی قائل هستند؛ بنابراین به محض آن که مدلول مطابقی ساقط شود، لازم آن نیز از بین خواهد رفت (سیستانی، ۶۰).

بنابراین آنچه ما به اثبات رسانده و برگزیده ایم، تبعیت دلالت التزامی در وجود از دلالت مطابقی است اما این به آن معنا نیست که با معدوم شدن دلالت مطابقی، دلالت التزامی نیز برداشته شود.

بررسی تبعیت یا عدم تبعیت دلالت التزامی از اراده

در تقسیم دیگر، دلالت دو نوع است: دلالت تصوّری و دلالت تصدیقی. در دلالت و ظهور تصوّری الفاظ، بین تصوّر لفظ و معنا تلازمی برقرار است که به محض شنیدن لفظ، معنا به ذهن می آید. این دلالت تنها وابسته به وضع بوده و هرکسی که با وضع آن آشنا باشد، به این معنا از لفظ منتقل می شود (مشکینی، ۱۳۲)؛ به بیان دیگر خاستگاه دلالت و ظهور تصوّری، وضع الفاظ بر معانی مخصوصشان می باشد که همان دلالت مفردات متن و کلام بر معنای لغوی و عرفی شان است؛ به گونه ای که حتی اگر قرینه ی متّصلی در کلام وجود داشته باشد مبنی بر این که متن در معنای حقیقی و وضعی خود استعمال نشده است، باز هم متن و کلام ظهور تصوّری خود را از دست نمی دهد، گرچه شنونده آن را مراد متکلم نداند؛ بنابر این ظهور تصوّری تابع وضع است؛ خواه قرینه ای برخلاف آن در متن یا خارج باشد، خواه نباشد. دلالت و ظهور تصدیقی نیز به معنای آن است که شنونده با شنیدن لفظ، مراد بودن آن از

جانب متکلم را تصدیق کند؛ پس دلالت تصدیقی لفظی، عبارت است از: کشف اراده متکلم از لفظ (همان، ۱۳۲). تصدیقی بودن دلالت وضعی به معنای آن است که خود لفظ، کاشف از تحقق اراده‌ی متکلم باشد. اگر دلالت وضعی الفاظ، دلالت تصدیقی باشد، در این صورت بر حسب قانون وضع، تنها الفاظی را که متکلم استعمال می‌کند، کاشف از اراده معنای آن‌ها از سوی اوست و برای تحقق دلالت وضعی، احراز اراده متکلم از خارج، لزومی ندارد (روحانی، ۶۲/۱). پس مراد از ظهور تصدیقی، همان معنایی است که در واقع مراد متکلم بوده و از مجموع کلام حاصل می‌شود؛ زیرا چه بسا به دلیل وجود قراین متصله در کلام، معنای حاصل از متن با معنای حاصل از مفردات آن، تطابق نداشته باشد؛ از این رو ظهور تصدیقی بعد از اتمام کلام به دست می‌آید (نایینی، ۱۴۰/۲). بنابراین تعریف، وجود دلالت تصدیقی، متوقف بر موارد زیر است: احراز بودن متکلم در مقام بیان و افاده‌ی پیام، جدی بودن متکلم، داشتن قصد معنا و عدم وجود قرینه‌ای بر خلاف ظاهر کلام متکلم (مظفر، ۴۸/۱).

از جمله مباحث دلالت التزامی، ارادی بودن یا نبودن مدلول التزامی است. برخی بر این باورند که متکلم، قصدی در باب معنای التزامی کلام خود ندارد، بلکه شنونده با ثبوت معنای کلام، لوازم آن را ثابت می‌داند. این دلالت، عقلی و تابع دلالت ارادی (مدلول مطابقی) است و لفظی قرار دادن آن به دلیل آن است که لفظ به واسطه‌ی دلالت بر ملزوم، بر لازم آن نیز دلالت می‌کند (ابن تیمیه، درء تعارض العقل و النقل، ۲۶۷/۵)؛ به عبارت دیگر، این دسته قائل به تصویری بودن دلالت التزامی هستند و تصدیقی بودن دلالت التزامی را محال می‌شمارند. بالاتر از این برخی از عالمان بلاغی بر این عقیده‌اند که نه فقط دلالت التزامی بلکه هیچ یک از دلالت‌ها را تابع اراده‌ی گوینده نمی‌دانند؛ برای نمونه تفتازانی در باب عدم تابعیت دلالت از اراده‌ی گوینده چنین می‌گوید: «دلالت وضعیه مقتضی تبعیت از اراده نیست؛ بلکه تابع وضع است؛ زیرا ما به یقین می‌دانیم که هرگاه لفظ را بشنویم و به وضع آگاه باشیم، معنای آن را درک می‌کنیم؛ خواه گوینده آن را اراده کند و خواه اراده نکند. مقصود ما از دلالت چیزی جز این نیست. پس دیدگاه تابعیت دلالت نسبت به اراده نادرست است؛ بویژه در تضمّن و التزام. حتی بسیاری بر آن‌اند که تضمّن، فهم جزء در ضمن کل و التزام، فهم لازم در ضمن ملزوم است؛ در صورتی که گوینده اگر جزء یا لازم معنای خود را قصد کند دلالت مطابقی خواهد بود نه تضمّن و التزام» (تفتازانی، ۲۴۲ - ۲۴۳).

کلام تفتازانی قابل خدشه است؛ زیرا اگرچه شنونده بایستی برای فهم کلام متکلم، علاوه

بر اراده‌ی آن به وضع هم آگاه باشد تا با شنیدن لفظ معنای کلام متکلم را درک کند و به این ترتیب، دلالت برای شنونده تابع وضع و اراده است؛ متکلم نیز در صورتی کلامش حجت است که معنای کلامش را اراده کند، در غیر این صورت کلام متکلم لغو خواهد شد؛ بنابراین دلالت برای متکلم تابع اراده است که فقها در هنگام شک در اینکه آیا متکلم آن معنای خاص را از لفظ اراده کرده یا نه، به اصول عقلایی تمسک می‌جویند.

آقای خویی معتقد است که اگر سخن‌گوینده، لازم بین اخص داشته باشد، تصور غفلت‌گوینده از آن نمی‌رود (خویی، ۴/۷۷) و به این ترتیب می‌توان گفت که گوینده، همواره بین اخص سخن خود را اراده می‌کند؛ به عبارت دیگر، می‌توان گفت که همواره مدلول بین بمعنی الاخص نیز همانند مدلول مطابقی به اراده‌ی گوینده در می‌آید؛ مگر آن که به خلاف آن تصریح کند و مقصود خود را با قرار دادن قرینه بیان نماید.

این سخن در ردّ قول قائلان به عدم تبعیت دلالت التزامی از اراده است؛ به نظر می‌رسد که گوینده، لوازم سخن خودش را نیز اراده می‌کند؛ زیرا از طرفی، لوازم بین سخن، از معنای مطابقی تفکیک‌ناپذیر است و به تبع آن، متعلق اراده قرار می‌گیرد و از سوی دیگر عرف عقلا، گوینده را به پذیرش لوازم بین سخن خود ملزم می‌دانند؛ بنابراین گوینده، با اراده مدلول مطابقی، لوازم آن را نیز اراده کرده است و دلالت التزامی به اراده متکلم در می‌آید.

معتبر بودن دلالت التزامی و کاربرد آن در علوم

برخی از منطق‌دانان، دلالت التزامی را معتبر ندانسته و کاربرد آن را در علوم قابل‌خداشه دانسته‌اند؛ استفاده از دلالت التزامی در علوم مختلف معمولاً به دو دلیل مورد‌خداشه قرار می‌گیرد:

لفظی نبودن التزام و مهجوریت آن: برخی دلالت التزامی را به عنوان قسمی از اقسام دلالت لفظی به حساب نیاورده‌اند و آن را در شمار دلالت معنا بر معنا دانسته‌اند. شارح مطالع در شرح سخنان ارموی بیان می‌دارد که «...برخی استدلال آورده‌اند که دلالت التزامی عقلی است؛ زیرا لفظ برای مدلول التزامی وضع نگردیده است. از آنجایی که هدف از کاربرد الفاظ، استفاده از معانی به واسطه‌ی وضع است، این دلالت (التزام) مهجور می‌باشد (رازی، شرح المطالع، ۳۵). شارح مطالع این استدلال را نقض کرده و بیان می‌دارد «اگر مقصود از عقلی بودن التزام این است که وضع هیچ دخالتی در آن ندارد، ادعایی باطل است... و اگر مقصود مشارکت

عقل در این دلالت است، ادعایی صحیح خواهد بود و البته موجب متروک ماندن دلالت التزامی نمی‌شود؛ همان طور که در تضمّن هم چنین نیست» (همان، ۳۵)؛ به عبارت دیگر، شارح مطالع با استناد به تضمّن و اینکه اگر دلیل فوق صحیح باشد، مستلزم مهجور بودن دلالت تضمّنی نیز است؛ در حالی که هیچ کس قائل به این امر نشده است، استدلال ذکر شده را قابل خدشه دانسته و آن را رد کرده است. بر این اساس، هر دلالت التزامی متشکل از دو دلالت است؛ دلالت وضعی لفظی (دلالت لفظ بر معنا) و دلالت عقلی (دلالت معنا بر معنا). با چنین تحلیلی می‌توان دلالت التزامی را انتقالی از لفظ به معنا- و نه معنا به معنا- محسوب نمود و آن را از اقسام دلالت وضعی لفظی دانست (شیرازی قطب الدین، درة التاج، ۳۰۹ - ۳۱۰).

نامتناهی بودن لوازم دلالت التزامی: برخی به دلیل عدم محدودیت یا نامتناهی بودن لوازم، دلالت التزامی را غیرمعتبر به شمار آورده‌اند. چنان که صاحب بصائر می‌گوید: «...این دلالت، منحصر نیست؛ زیرا لوازم آن، دارای لوازمی هستند و این سلسله تا بی نهایت ادامه دارد (ابن سهلان ساوی، ۷، ۷). ابن تیمیه نیز در برخی از آثارش، دلالت التزامی را به کلی بی اعتبار می‌داند؛ زیرا او معتقد است که لوازم کلام، محدود و منحصر نبوده، در صورتی که اگر همه‌ی آن‌ها را معتبر بدانیم، لفظ واحد، بی نهایت معنا خواهد داشت که محال بودن آن روشن است (ابن تیمیه، الرد علی المنطقیین، ۷۶/۱)؛ اگرچه وی در کتاب درء تعارض العقل و النقل، اصل دلالت التزامی را پذیرفته است (ابن تیمیه، درء تعارض العقل و النقل، ۲۶۷/۵)؛ توضیح این که با حصول لفظ در ذهن، باید لازم موضوع له و لازم لازم موضوع له و لازم لازم لازم موضوع له ... و تمام لوازم نامتناهی آن به ذهن بیاید؛ به دلیل این که لازم لازم شیء، لازم خود آن شیء نیز است. به این ترتیب توجه به لفظ واحد، مستلزم التفات به بی نهایت امر دیگر خواهد شد و این محال است. قطب الدین رازی به حل مسأله پرداخته است؛ از نظر وی دلالت التزامی در لوازم غیر بین، معانی نامتناهی دارد^۳؛ در حالی که آنچه در دلالت التزامی اعتبار دارد، لوازم بین و متناهی است^۴ (رازی قطب الدین، شرح المطالع، ۳۵). برخی دیگر بیان داشته‌اند که اگر

۳. دلالت غیر بین آن است که: برای آگاهی یافتن از لزوم، افزون بر لزوم تصوّر لازم و ملزوم، به استدلال نیاز داریم (فیاض، تقریر محاضرات فی اصول الفقه، ۵۷/۵).

۴. دلالت بین بردو قسم است (همان، ۵۸/۵).

الف) بین بمعنی الاخص: با تصوّر ملزوم، تصوّر لازم نیز حاصل می‌شود؛ دلالت آتش بر حرارت یا خورشید بر نور را می‌توان به عنوان مثال ذکر کرد.

ب) بین بمعنی الاعم: با تصوّر لازم و ملزوم و تحلیل نسبت میان آن دو، قطع به لزوم حاصل می‌شود؛ مانند تصوّر زوجیت بر عدد چهار.

بعضی از معانی نسبت به دیگر لوازم مشهورتر بود، بر همان مدلول حمل می‌شود؛ مثلاً واژه شیر دارای معانی التزامی متعددی است، ولی آنچه که از همه مشهورتر به شمار می‌آید، معنای شجاعت است؛ بنابراین با وجود این معنا، از لوازم غیر مشهوری مانند «ابخر» استفاده نمی‌شود. (طوسی نصیرالدین، اساس الاقتباس، ۸).

شروط نفی حکم ثالث

این بحث در جایی مطرح می‌شود که اولاً: دو دلیل از هر جهت مساوی باشند (متعادلین). ثانیاً: در این صورت بنابر قول مشهور، مقتضای قاعده اولیه^۵ در دودلیل متعارض بر مبنای طریقت، تساقط است (بروجردی، ۳/ ۱۸۰). بنابراین نفی ثالث، برای گروهی که قاعده اولیه در دو دلیل متعارض را حتی بر مبنای طریقت تخییر می‌دانند، مطرح نمی‌شود (عراقی، مقالات الاصول، ۴۶۶/۲). ثالثاً: و شرط دیگر این است که در میان دو خبر متعارض، علم به معلوم الصدور بودن یکی از آن دو خبر از سوی معصوم وجود نداشته باشد و الا اگر بدانیم که یقیناً یکی از آن دو - بدون این که تعیین شود - از معصوم صادر شده است، در این صورت، مدلول التزامی آن دو حجت است و شکی در آن نیست؛ زیرا علم داریم که یکی از آن دو از معصوم صادر شده است.^۶ رابعاً: این بحث تنها برای افرادی معنا پیدا می‌کند که قائل به معتبر بودن دلالت التزامی و کاربرد آن در علوم باشند؛ زیرا اگر کسی دلالت التزامی را - به دلیل این که نوعی دلالت معنا بر معنا است یا لوازم آن محصور نیست - معتبر نداند،^۷ آن را به منزله معدوم دانسته و بنابراین برای قائلان به این نظر، بحث نفی حکم ثالث و حجیت مدلول التزامی کلام مطرح نخواهد شد مگر این که، آن را از باب دلالت التزامی ندانیم که در ادامه این مطلب خواهد آمد.

محل نزاع

این بحث که آیا با سقوط دو دلیل متعارض (مدلول مطابقی)، نفی حکم ثالث (مدلول التزامی) حجت است یا نه؛ تنها در جایی مطرح می‌شود که ملازمه به صورت عرفی است نه

^۵ مراد از قاعده اولیه، حکم عقل و دلیل عقلی با قطع نظر از ادله خاصه و روایات است.

^۶ طریقت عبارت است از این که: مصلحت تنها از آن واقع است و طبق مؤدای اماره هیچ مصلحتی حادث نمی‌گردد، بلکه اماره صرفاً طریقت دارد و اگر مخالف واقع در آمد صرفاً به عنوان معذّر است.

^۷ درس خارج فقه آیت الله سبحانی، مبحث حجیت و عدم حجیت دو دلیل متعارض در دلالت التزامی.

^۸ برک به صص ۹ تا ۱۱ از همین مقاله.

عقلی.

روحانی در این زمینه بیان می‌دارد که «پنهان نیست که محلّ نزاع همان دلالت التزامی عرفی است نه عقلی؛ زیرا دلالت عقلی اگرچه از آن به دلالت تعبیر می‌شود ولی در حقیقت آن از باب دلالت الفاظ که از ظهور ناشی می‌شود خارج است؛ پس برای کلام ظهوری در لازم عقلی نیست، و تنها از علم به ثبوت ملزوم، علم به ثبوت لازم عقلی به نحو حقیقی یا تعبّدی حاصل می‌شود... و از اینجا دلیل خروج این دلالت (دالت التزامی عقلی) از محل نزاع ظاهر می‌شود؛ زیرا محل نزاع حجیت دلالت التزامی و ظهور کلام در مدلول التزامی، بعد از سقوط حجیت مدلول مطابقی است و بیان گردید که در لازم عقلی برای کلام ظهوری نیست، پس در واقع دلالت التزامی نیست تا از حجیت و عدم حجیت آن بحث شود. دلالت حکم عقلی به ثبوت لازم تنها با احراز ثبوت ملزوم حاصل می‌شود» (روحانی، ۳۸۵/۲)؛ به عبارت دیگر، ملازمه عقلی (دالت التزامی عقلی) نوعی دلالت لفظی وضعی به شمار نمی‌آید، بلکه دلالتی عقلی است که خارج از دلالت لفظی و در عرض دلالت وضعی قرار دارد و دلالت لفظی وضعی به دلالت مطابقی، تضمّنی و التزامی تقسیم می‌شود و بحثی که ما در این مقاله به آن می‌پردازیم، حجیت و عدم حجیت دلالت التزامی در صورت سقوط دلالت مطابقی از حجیت است؛ بنابراین دلالت التزامی عقلی (ملازمه عقلی) نوعی دلالت عقلی است که مورد بحث ما در این مقاله نیست.

بررسی اقوال

قول اول: با بررسی که از کتب اصولی به دست آمد، به طور کلی می‌توان ادله قائلان به حجیت نفی ثالث را در دو مورد بیان کرد: اولاً: دو دلیل متعارض، به دلیل تکاذب یکدیگر از حجیت ساقط می‌شوند، اما نسبت به آنچه که در آن مشترک هستند (نفی ثالث) دلیلی بر ساقط شدن این دو دلیل از حجیت نداریم؛ ثانیاً: دلالت التزامی نیز اگرچه در وجود تابع دلالت مطابقی است ولی در حجیت مستقل از دلالت مطابقی بوده و بنابراین با سقوط دلالت مطابقی از حجیت، دلالت التزامی ساقط نمی‌شود (آخوند خراسانی، ۴۳۹؛ مظفر، ۳۹۷/۲، روحانی، ۳۸۲/۲؛ حکیم، محسن، ۵۹۹/۲).

صاحب کفایه بیان می‌دارد: در میان دو خبر متعارض، یکی از آن دو لایعینه معلوم الکذب است (زیرا کلام متعارض از معصوم صادر نمی‌شود) و دیگری هم احتمال صدق و هم احتمال

کذب در آن داده می‌شود؛ خبری که معلوم الکذب است حجت نیست و دیگری که محتمل الصدق و الکذب است حجت می‌باشد ولی چون آن‌ها را نمی‌شناسیم در نتیجه نمی‌توانیم به مدلول مطابقی هیچ یک عمل کنیم ولی مدلول التزامی آن‌ها حجت است و نفی ثالث نسبت به یکی از آن دو حجت دارد؛ مثلاً نماز جمعه یا حرام است یا واجب ولی به هر حال قطعاً مستحب نیست (آخوند خراسانی، ۴۳۹).

از عبارت فوق می‌توان پی برد که وی قائل به حجیت نفی ثالث است؛ ولی این قول خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً: مورد بحث در جایی است که تعارض میان دو حجت وجود داشته باشد و این امکان پذیر نیست مگر این که بگوییم اگرچه یکی از دو خبر معلوم الکذب است اما چون لایعینه است و ما به طور یقین نمی‌دانیم کدام یک از دو خبر کاذب است بنابراین علم ما به کاذب بودن یکی از دو خبر، علم اجمالی است و علم اجمالی نیز مانع از حجیت یکی از دو خبر نمی‌شود و در نتیجه، هر دو خبر حجت است و تعارض، از باب تعارض دو حجت خواهد بود و نفی حکم ثالث در هر دو به صورت مشترک است. اما اگر بنا را بر مانع بودن علم اجمالی از حجیت یکی از دو خبر قرار دهیم، در این صورت خبر معلوم الکذب به نحو اجمال خارج می‌شود و تنها خبری که به نحو اجمالی و بدون تعیین مورد شک است باقی می‌ماند و لازمه این امر، تخصیص نفی ثالث به یکی از این دو خبر، بدون تعیین است نه نفی حکم ثالث از هر دو خبر به صورت مشترک؛ و در این حالت، تعارض بین این دو خبر از باب اشتباه حجت و لا حجت است که مورد بحث ما نیست؛ لازمه قول آخوند خراسانی (حجیت نفی ثالث نسبت به یکی از دو خبر) هم این است که یکی از دو خبر (خبر معلوم الکذب) حجت نباشد و به نحو اجمال خارج شود و در این صورت، تعارض از باب حجت و لا حجت است که مورد بحث نیست؛ زیرا نفی حکم ثالث در جایی مطرح است که تعارض بین دو حجت باشد (عراقی، نه‌ایة الافکار، ۱۷۶/۴ - ۱۷۷). و ثانیاً: این که در عبارت آخوند خراسانی، لفظ «احدهما» آمده است،^۹ آیا مراد احدهمایی است که در ذهن است یا در خارج و یا در نزد خداوند؟ اگر مراد احدهمایی است که در ذهن است می‌گوییم که حجیت ندارد؛ زیرا حجیت باید در خارج باشد و الا چیزی که در ذهن کسی است نمی‌تواند حجت باشد و اگر مراد احدهمایی است که در خارج واقع شده و لایعینه است می‌گوییم: خارج، ظرف تعیین است و ظرف و فضایی برای تردد نیست (قانون کلی این است که در خارج، تردد معنا ندارد و تردد

^۹ «نعم یكون نفی ثالث باحدهما لبقائه علی الحجیه» (آخوند خراسانی، همان، ۴۳۹).

تنها مربوط به مقام تصوّر است) و اگر هم بگوییم احدهمای لابعینه نزد خدا حجت است، این کلام صحیح است ولی دیگر معنا ندارد که محتمل الصدق و الکذب باشد؛ امری که علمش نزد خداوند است، یا به نحو قطع صادق است یا کاذب.^{۱۰}

قول دوم: گروهی که قائل به عدم حجیت نفی ثالث شده‌اند، دو ایراد بر قول اول وارد کرده‌اند که یکی نقضی و دیگری حلّی است. موارد نقضی عبارت‌اند از اولاً: زمانی که بینه به برخورد لباسی با بول خبر می‌دهد، در حالی که ما علم به کذب بینه و عدم تلاقی لباس با بول داریم اما احتمال می‌دهیم که لباس از جهت دیگری، مثلاً برخورد با خون نجس شده است؛ در این صورت، هیچ کس با استناد به مدلول التزامی، حکم به نجاست لباس - به طور مطلق و از هر طریق مثلاً احتمال ملاقات آن با خون - نمی‌دهد؛ زیرا وقتی مدلول مطابقی کلام، به بیان چیزی به طرز مقید می‌پردازد (برخورد لباس با بول) نمی‌توان مدلول التزامی را مطلق قرار داد (مطلق نجاست از هر طریق که حاصل شود) بلکه بایستی مدلول التزامی، با حصّی خاص در مدلول التزامی بیان شود؛ اما این مورد قابل خدشه است و مهم‌ترین اشکالی که بر آن وارد می‌شود این است که: مورد از موارد علم به خطای مستند در اخبار است؛ به عبارت دیگر، ما علم به کذب بینه داریم و بنابراین در این مورد، سقوط دلالت التزامی به خاطر تبعیت آن از مدلول مطابقی نیست بلکه به دلیل علم به کذب مستند است و دیگر این که مورد از مواردی است که مدلول مطابقی، موضوع و مدلول التزامی به عنوان حکم واقع می‌شود و قبلاً بیان شد که این مورد از محل بحث خارج است؛ زیرا خبر دادن از ملاقات لباس با نجاست، مدلول مطابقی کلام و به عنوان موضوع است و این امر ملازمه‌ی با نجاست ملاقی (لباس) دارد و به عبارت دیگر، مدلول التزامی کلام، نجاست است و نجاست نیز به عنوان حکم مسأله شناخته می‌شود. بنابراین در این مورد، سقوط دلالت التزامی (نجاست) به خاطر تبعیت آن از مدلول مطابقی نیست بلکه به دلیل تبعیت حکم از موضوع و منتفی شدن آن به تبع منتفی شدن موضوع است (روحانی، ۳۸۳/۲ - ۳۸۸). به نظر می‌رسد که، اشکال و جواب‌های داده شده به آن، از محل نزاع و آنچه مورد بحث ما در این مقاله است، خارج می‌باشد؛ زیرا ما به بحث از حجیت و عدم حجیت نفی ثالث می‌پردازیم، در حالی که آنچه که بیان شده (حکم نجاست) مدلول التزامی کلام به نحو اثباتی است و در واقع حکم ثالثی نفی نشده بلکه حکم به نجاست ثابت شده است.

^{۱۰} درس خارج فقه آیت الله جعفر سبحانی، مبحث حجیت و عدم حجیت دو دلیل متعارض در دلالت التزامی.

ثانیاً: زمانی که خانه‌ای در ید زید باشد و بینة بر این که خانه برای عمرو است، اقامه شود و از طرف دیگر، بینة بر این که خانه برای بکر است، اقامه شود؛ در این صورت، مدلول مطابقی کلام به دلیل تعارض بینة ساقط می‌شود ولی هیچ کس قائل به این امر نشده است که خانه برای زید نیست تا حکم خانه مجهول المالك شود، در حالی که اگر قائل به حجیت نفی ثالث شویم، بایستی حکم به عدم ملکیت برای زید کنیم. ولی در جواب این اشکال بیان داشته‌اند که: مانعی از ملتزم شدن به نفی حکم ثالث و عمل کردن به دلالت التزامی نیست؛ زیرا این مورد از مواردی است که مخالفتی با ضرورت فقه ندارد (روحانی، ۳۸۳/۲ - ۳۸۷).

ایرادهای حلّی نیز عبارت‌اند از اولاً: ثبوت لازم مبتنی بر ثبوت ملزوم است؛ بنابراین با منتفی شدن ملزوم، لازم نیز ساقط می‌شود و در بحث مورد نظر، با منتفی شدن دلالت مطابقی که همان ملزوم است، دلالت التزامی (لازم) نیز ساقط می‌شود. ولی قائلان به حجیت نفی ثالث، این قول را قابل خدشه دانسته‌اند؛ آن‌ها بیان داشته‌اند که: حکم به ثبوت لازم بعد از علم به ثبوت ملزوم، در دلالت عقلی مطرح می‌شود که این دلالت نیز مورد بحث ما نیست اما دلالت عرفی، متوقف بر ثبوت ملزوم نیست بلکه منشأ تحقق دلالت عرفی، دلالت کلام بر ثبوت ملزوم است و این امر نیز محقق است؛ زیرا دلالت مطابقی، فقط از حجیت ساقط می‌شود نه از ثبوت و شاهد بر این کلام که- دلالت التزامی با علم به انتفاء ملزوم و عدم اراده‌ی دلالت مطابقی به طور جدی ثابت می‌باشد- استعمالات کنایی هستند (همو، ۳۸۴/۲ - ۳۸۸). به نظر می‌رسد، استدلال فوق که- قائلان به حجیت نفی ثالث- بیان داشته‌اند خالی از اشکال نباشد؛ زیرا همان گونه که قبلاً بیان گردید، دلالت التزامی تنها در صورتی معتبر است که به نحو بین بمعنی الاخص باشد؛^{۱۱} اما در استدلال فوق، شاهد مطلب را استعمالات کنایی قرار داده‌اند که در آن با علم به عدم اراده‌ی جدی دلالت مطابقی، دلالت التزامی باقی است؛ به عنوان مثال اگر گفته شود خاکستر خانه زید زیاد است،^{۱۲} متکلم معنای مطابقی کلام را اراده نکرده، بلکه آنچه را که ملازمه با این امر دارد- یعنی مهمان نواز بودن زید- را اراده کرده است؛ در حالی که با کمی تأمل می‌توان به این مطلب پی برد که ملازمه‌ای که در استعمالات کنایی وجود دارد، به نحو بین بمعنی الاخص نیست. از تعریف کنایه می‌توان به این مطلب پی برد؛ زیرا کنایه یعنی آنچه که متکلم بیان می‌دارد ولی غیر آن را اراده می‌کند و آنچه که اراده شده نیز به صورت

^{۱۱}. رک به ص ۱۱ و ۹ از همین مقاله.

^{۱۲}. "زيد كثير الرماد".

مستتر و پنهان است و به عبارت دیگر بین نیست (ابن منظور، ۲۳۳/۱۵؛ ابوجیب، ۳۲۵). ثانیاً: وقتی مدلول مطابقی کلام، به بیان چیزی به طور مقید می‌پردازد (برخورد لباس با بول)، نمی‌توان مدلول التزامی را مطلق قرار داد (مطلق نجاست از هر طریقی که حاصل شود) بلکه بایستی مدلول التزامی با حصه خاص در مدلول مطابقی بیان شود (روحانی، ۳۸۴/۲).

برخی از قائلان به عدم حجیت نفی ثالث نیز به دلایل دیگری استناد کرده‌اند: بحث مورد نظر، از باب دلالت التزامی نیست؛ زیرا این دلالت فقط به نحو لازم بین بمعنی الاخص دارای اعتبار است و در علوم مختلف کاربرد دارد؛ بین بمعنی الاخص نیز به این معنا است که به موجب تصور معنای ملزوم (دلالت مطابقی)، ذهن به معنای لازم انتقال یابد، در حالی که در بحث مورد نظر، بین اثبات شیء و نفی هر آنچه که مخالف آن است (نفی ثالث) این ملازمه وجود ندارد. دلیل دیگر این که، لفظ به طور مستقل دلالت بر مدلول التزامی کلام ندارد بلکه این دلالت، به تبع مدلول مطابقی است؛ به عبارت دیگر، اگر لازم واجب، عدم استحباب است، پس زمانی که وجوب- که اصل است- به دلیل تعارض ساقط شود، چگونه عدم استحباب- که فرع است- باقی بماند (مؤمن قمی، ۴۵۲/۲). به نظر می‌رسد که، دلیل اخیر خالی از اشکال نباشد؛ زیرا با توجه به آنچه که قبلاً بیان گردید،^{۱۳} اگرچه دلالت التزامی در وجود تابع دلالت مطابقی بوده اما این به آن معنا نیست که با ساقط شدن دلالت مطابقی- به دلایل مختلف مثل تعارض- دلالت التزامی نیز ساقط شده و از بین برود؛ زیرا دلالت مطابقی، نوعی دلالت لفظ بر معنا است، در حالی که دلالت التزامی علاوه بر این که نوعی دلالت لفظ بر معنا است، دلالت بر معنا نیز می‌باشد؛ به عبارت دیگر، دلالت التزامی اعم از دلالت مطابقی است و بنابراین دلالت التزامی مساوی با دلالت مطابقی نیست که به محض ساقط شدن آن، لازم آن نیز از بین برود؛ همان گونه که برخی قائل به این امر شده‌اند (سیستانی، ۱۶۰). برای تقریب این مطلب به ذهن می‌توان تمثیلی را بیان کرد؛ به این ترتیب که، اگرچه فرزند در وجود تابع پدر و مادر است و تا وقتی پدر و مادر موجود نباشند، فرزند نیز وجودی نخواهد داشت ولی بعد از ایجاد فرزند، فوت پدر و مادر، موجب از بین رفتن فرزند نمی‌شود؛ زیرا فرزند مستقل از آنها است. یکی دیگر از اشکالاتی که قائلان به عدم حجیت نفی ثالث بیان داشته‌اند این است که: دلالت مطابقی، تضمینی و التزامی گاه تصویری است و گاه تصدیقی. در هر صورت در دلالت

^{۱۳} رک به ص ۶ به بعد از همین مقاله.

تصدیقی، اراده کردن وجود دارد ولی در دلالت تصویری این اراده نیست.^{۱۴} در دلالت تصدیقی اگر لفظ در مدلول مطابقی حجت نباشد، قطعاً در مدلول التزامی هم حجت نخواهد بود؛ زیرا مراد از حجیت این است که بتوانیم آن را به متکلم نسبت دهیم و متکلم آن را اراده کرده باشد؛ بنابراین اگر نتوانیم مضمون یک خبر را از نظر مطابقی به امام نسبت دهیم - چون متعارض است و حجت نیست و معلوم نیست که امام کدام خبر متعارض را اراده کرده است - در این صورت نمی‌توانیم مدلول التزامی را هم به امام نسبت دهیم.^{۱۵} در پاسخ به این اشکال باید گفت که برای احراز اراده‌ی متکلم شرایطی بیان گردیده ولی در هیچ یک، تعارض به عنوان شرطی که بتوان از آن به عدم اراده متکلم پی برد نیامده است؛^{۱۶} بنابراین نمی‌توان گفت که صرف تعارض به این معنا است که متکلم کلامش را اراده نکرده است؛ در نتیجه متکلم، مدلول مطابقی کلام را اراده کرده و مدلول التزامی نیز به اراده متکلم درآمده است.^{۱۷} ولی مدلول مطابقی به دلیل تعارض ساقط شده اما مدلول التزامی چون تعارضی ندارد، دلیلی بر ساقط شدن آن نیست؛ با توجه به آنچه ثابت کردیم که مدلول التزامی در حجیت مستقل از مدلول مطابقی است.

تا اینجا به دو قول مهم که در بحث نفی ثالث مطرح می‌شود، پرداختیم. قول سوم که در این زمینه وجود دارد قول به تفصیل است: اگر دو خبر، تعارض ذاتی داشته باشند، در این صورت متعارضان در نفی ثالث مشترک بوده و با هم در عدم حکم ثالث حجت هستند؛ ولی زمانی که تعارض بین این دو، به خاطر امر خارجی باشد که در اصطلاح به آن تعارض عرضی گفته می‌شود، در این صورت، مشترک در نفی ثالث نبوده و بنابراین نفی ثالث حجیت ندارد؛ مانند اینکه مفاد یکی از دو دلیل وجوب نماز ظهر و دیگری وجوب نماز جمعه باشد و ما به دلیل خارجی، علم به عدم وجوب دو نماز باهم و در یک زمان داشته باشیم (نابینی، ۸۰/۵ - ۸۱). قول به عدم حجیت نفی ثالث در دو دلیلی که تعارض عرضی دارند، قول خوبی بوده و از بدیهیات است؛ زیرا دو دلیل متعارض - به دلیل عدم وجود تعارض در ذات آن دو - مشترک در نفی حکم ثالث نبوده پس دلیلی بر حجیت نفی ثالث نیست.

^{۱۴} رک به ص ۷ به بعد از همین مقاله.

^{۱۵} درس خارج فقه آیت الله سبحانی، مبحث حجیت و عدم حجیت نفی ثالث.

^{۱۶} رک به ص ۹ از همین مقاله.

^{۱۷} رک به صص ۹ و ۱۰ از همین مقاله.

نظر مختار

با توجه به آنچه بیان شد، اگر نفی ثالث ملازمه به نحو بین بمعنی الاخص با دلالت مطابقی داشته باشد، می‌توان حکم به حجیت نفی ثالث کرد، در غیر این صورت این بحث از باب دلالت التزامی نبوده و در نتیجه در صورت تعارض دو دلیل و ساقط شدن آن دو از حجیت، نمی‌توان گفت که دلالت التزامی در حجیت تابع دلالت مطابقی نیست و حکم به حجیت نفی ثالث کرد؛ زیرا این بحث از باب دلالت التزامی نیست ولی از طریق دیگری می‌توان حکم به حجیت نفی ثالث کرد و آن عبارت است از این که اگر تعارض بین دو دلیل تعارض ذاتی باشد، به دلیل اشتراک و متفق بودن این دو در نفی ثالث، آن حجت است. در غیر این صورت، اگر تعارض به نحو عرضی باشد، نفی ثالث حجت نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

با بررسی دلایل قائلان به حجیت و عدم حجیت نفی ثالث به این نتیجه رسیدیم که دلایل هر دو گروه در عین قوت دارای ضعف نیز می‌باشد و دلیل اصلی را که هر یک برای اثبات قول خود به آن استناد کرده‌اند، با بیان استدلال رد کردیم و در نهایت قول به حجیت نفی ثالث را ترجیح دادیم ولی بر خلاف اصولی‌ها که نفی ثالث را از باب دلالت التزامی دانسته و با اثبات این امر که دلالت التزامی در حجیت تابع دلالت مطابقی نیست، قائل به حجیت نفی ثالث شده‌اند؛ آن را از باب دلالت التزامی ندانسته بلکه از طریق اشتراک دو دلیل متعارض در نفی ثالث، به اثبات حجیت نفی ثالث پرداخته‌ایم؛ البته اشتراک دو دلیل متعارض در نفی ثالث در صورتی است که تعارض بین آن‌ها ذاتی باشد و در آخر ثمره‌ی فقهی بحث را در این قرار دادیم که در تعارض ذاتی بین دو دلیل، حجیت نفی ثالث اثبات می‌شود و بنابراین امکان رجوع به اطلاقات، عمومات و اصول عملیه امکان پذیر نیست اما در صورت تعارض عرضی بین دو دلیل، عدم حجیت را برگزیدیم و ثمره عملی آن امکان رجوع به اطلاقات، عمومات و اصول عملیه است.

منابع

- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، *الرد علی المنطقیین*، بیروت: دارالمعرفه، بی تا.
- _____، *درء تعارض العقل و النقل*، تحقیق محمد رشاد سالم، الرياض: دارالکنوز الادبیہ، ۱۳۹۱ ق.
- ابن سهلان ساوی، عمر، *البصائر النصیریة فی المنطق*، شمس تبریزی، تهران: چاپ اول ۱۳۸۳
- ابن سینا، حسین بن عبدالله، *الاشارات و التنبیہات*، تصحیح سلیمان دنیا، قاهره: دارالمعارف، ۱۳۳۶.
- _____، *الاشارات و التنبیہات*، قم: نشرالبلاغه، چاپ اول ۱۳۷۵.
- ابن منظور، محمدبن مکرم، *لسان العرب*، به تحقیق و تصحیح احمد فارس صاحب الجوائب، بیروت: دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- ابوجیب، سعدی، *القاموس الفقہی لغة و اصطلاحاً*، دمشق: دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، تحقیق لجنة التحقیق تراث الشیخ الاعظم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۲۲ ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ سوم، ۱۴۲۹ ق.
- آشتیانی، مهدی، *تعلیقه علی شرح المنظومه السبزواری (قسم المنطق)*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۷۶.
- آمدی، علی بن محمد، *الاحکام فی اصول الاحکام*، تحقیق د. سید الجمیلی، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۴ ق.
- بروجردی، حسین، *الحاشیة علی کفایة الاصول*، لوح فشرده المكتبة الشاملة.
- تفتازانی، مسعود بن عمر، *المطول فی شرح تلخیص المفتاح*، تهران: مكتبة علمية اسلامیه، ۱۳۷۴ ق.
- حسینی سیستانی، علی، *الرافد فی علم الاصول*، به تقریر سید منیر سید عدنان قطیفی، قم: دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۰۴ ق.
- حکیم، محسن، *حقائق الاصول*، قم: مكتبة بصیرتی، بی تا.
- حکیم، محمد سعید، *المحکم فی اصول الفقه*، قم: جاوید، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- خمینی، روح الله، *تهذیب الاصول*، مقرر جعفر سبحانی، قم: دارالفکر، ۱۴۰۱ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *محاضرات فی اصول الفقه*، مقرر محمد اسحاق فیاض، قم: دارالهادی، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان- سوریه، دارالعلم، چاپ اول ۱۴۱۲ ق.
- روحانی، محمد صادق، *زبدة الاصول*، بی جا، نشر مدرسه‌ی امام صادق (ع)، بی تا.

روحانی، محمد، *منتفی الاصول*، به تقریر سید عبد الصاحب حکیم، قم: نشر الهادی، چاپ دوم، ۱۴۱۶ق.

سبزواری، هادی بن مهدی، *شرح منظومه‌ی منطق*، قم: انتشارات دارالعلم، بی‌تا.

صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، لوح فشرده المكتبة الشاملة.

صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، *شرح حکمة الاشراق (تعلیقات)*، قم: انتشارات بیدار، بی‌تا.

عراقی، ضیاء الدین، *مقالات الاصول*، به تحقیق شیخ محسن عراقی و السید منظر الحکیم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

_____، *نهاية الافکار*، به تقریر محمد تقی بروجردی، قم: مؤسسه‌ی نشر اسلامی، بی‌تا.

فیاض، محمد اسحاق، *تقریر محاضرات فی اصول الفقه خویی*، قم: مؤسسه‌ی نشر اسلامی، وابسته به جامعه‌ی مدرسین قم: چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

قطب‌الدین رازی، محمد بن محمد، *تحریر القواعد المنطق فی شرح الرسالة الشمسية*، صاحب رساله: کاتبی قزوینی، قم: انتشارات بیدار، چاپ سوم، ۱۳۸۴.

_____، *شرح المطالع*، قم: انتشارات کتبی نجفی، بی‌تا.

قطب‌الدین شیرازی، محمود بن مسعود، *درة التاج لغرة الدباج*، به اهتمام و تصحیح سید محمد مشکوة، تهران: انتشارات حکمت، چاپ سوم، ۱۳۶۹.

_____، *شرح حکمة الاشراق سهروردی*، به اهتمام عبدالله نوری و مهدی محقق، تهران: انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ۱۳۸۴.

مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*، قم: نشر الهادی، چاپ ششم، ۱۴۱۶ق.

مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، ترجمه محسن غروی‌ان و علی شیروانی، قم: دارالفکر، چاپ پنجم، ۱۳۸۴.

مؤمن قمی، محمد، *تسديد الاصول*، قم: مؤسسه‌ی نشر اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین قم: چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

نایینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، لوح فشرده المكتبة الشاملة.

نصیرالدین طوسی، محمد بن محمد، *اساس الاقتباس*، به تصحیح مدرس رضوی، تهران: انتشارات تهران: چاپ دوم، ۱۳۵۵.

_____، *الاشارات والتنبيهات (شارح)*، قم: نشر البلاغه، چاپ اول،

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۹۹-۱۱۵

احسان به جمع (احسان جمعی) و نقش آن در مسئولیت مدنی*

دکتر محمود حکمت نیا

دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

Email: dr.hekmatnia@yahoo.com

مسعود فیاضی

پژوهشگر گروه منطق فهم دین پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

Email: msd.fayazi@chmail.ir

چکیده

قاعده احسان یکی از قواعد مسلم فقهی است که رافع مسئولیت مدنی فرد در اتلافی است که در فرایند احسان به دیگران وارد می‌کند. قدر متیقن از این قاعده در جایی است که در احسان صورت گرفته حسن فاعلی و حسن فعلی توأمان وجود داشته باشد. در احسان به فرد شرط است که خود احسان باید اتلاف گونه یا سبب زیان‌بار باشد؛ اما وقتی طرف احسان یک جمع است و آن احسان نیز فی‌نفسه نه اتلاف است و نه سبب زیان‌بار، این سوال مطرح است که اگر در ضمن آن برخی از افراد جمع متضرر شدند آیا به فاعل آن ضمانی تعلق می‌گیرد یا خیر؟ در این مقاله با تفکیک مواردی که جمع به صورت عام مجموعی مورد احسان قرار می‌گیرند یا عام استغراقی یا عام علی‌البدل ثابت شده که در جایی که احسان به نحو عام مجموعی و با لحاظ مصلحت عمومی صورت می‌گیرد، جریان قاعده و رفع ضمان بدون اشکال است. در همین صورت نیز تلاش شده با معیار عرفی کالدور-هیكس ضابطه‌ای برای درستی مصلحت در نظر گرفته شده ارائه شود.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، قاعده احسان، احسان جمعی، احسان فردی، ضمان.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۰/۳۰، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۱/۳۱.

مقدمه

براساس آموزه‌های فقهی و حقوقی در حوزه مسئولیت مدنی، مقتضای اصل اولی آن است که اگر فردی بدون مجوز به دیگری ضرری وارد کند، در مقابل ضرر وارده ضامن بوده و دارای مسئولیت مدنی است؛ اما با وجود این، مواردی نیز وجود دارند که در آن‌ها برخلاف اصل مزبور عمل شده و در عین اینکه فرد به دیگری ضرر وارد کرده است، ولی ضمانی در برابر آن ندارد. موارد قاعده احسان از جمله این موارد است. زیرا بر اساس این قاعده اگر فردی عمل محسنانه‌ای انجام دهد که یا خود آن عمل نسبت به طرف احسان اتلاف باشد- مانند جایی که دست فاسد شده فردی را قطع می‌کند تا از مرگ او جلوگیری کنند- یا عمل محسنانه او سبب زیان‌بار به غیر قلمداد شود - مانند جایی که به منظور احسان به فرد چاهی در منزل او حفر می‌کنند و اتفاقاً او در آن چاه می‌افتد و می‌میرد- و یا در ضمن آن اتلافی نسبت به غیر رخ دهد- مانند اینکه به جمعی احسان می‌کند ولی در ضمن احسان او به آن جمع افرادی نیز در آن جمع ضرر می‌کنند، ولی باز ضمان وجود ندارد. البته باید توجه داشت که موارد احسان اعم از موارد قاعده احسان است. زیرا هر فعلی که متصف به حسن شود، چه ناظر به غیر باشد یا نباشد از مصادیق احسان خواهد بود^۱ (موسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، ۹/۷). ولی قاعده احسان تنها در احسان‌هایی به غیر مطرح است که اگر این قاعده نبود، فاعل آن احسان (محسن) نسبت به طرف احسان ضامن بود.

حجیت قاعده احسان مستند به ادله نقلی (مراغی، ۴۷۴/۲؛ بجنوردی، ۹/۴)، عقلی (مراغی، ۴۷۵/۲؛ بجنوردی، همان، ۱۲) و اجماع (بجنوردی، همان، ۱۳) است و هرچند در گستره قلمرو آن اختلافاتی بین فقها وجود دارد، ولی در اصل حجیت آن بین آن‌ها اختلافی نیست. مهم‌ترین دلیل نقلی این قاعده، کبرای کلی «ما علی المحسنین من سبیل» در آیه شریفه «لیس علی الضعفاء و لا علی المرضى و لا علی الذین لایجدون ما ینفقون حرج اذا نصحوا لله و لرسوله، ما علی المحسنین من سبیل و الله غفور رحیم» (توبه: ۹۱) است. این آیه در مورد برخی از یاران پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم در جنگ تبوک نازل شد که توانایی جسمی و مالی برای شرکت در جنگ نداشتند و بدین وسیله به آن‌ها مجوز عدم حضور در جنگ داده شد. فقها از فقره مزبور این قاعده کلی را استخراج کرده‌اند که اگر فردی در عمل

۱ - البته در کلام برخی فقها مانند ابن ادریس و علامه حلی به افعال مباحی مانند احداث ناودان یا برخی روزه‌ها و سوراخ‌ها که فردی برای نیاز عادی‌اش در راه عمومی احداث می‌کند نیز به دلیل معصیت نبودنش اطلاق احسان کرده‌اند. (حلی، ۹/ ۳۶۱)

خود محسن بود و ضرری به دیگری وارد کرد، مواخذه ناشی از حکم تکلیفی و عوارض ناشی از حکم وضعی ضمان متوجه او نیست (مراغی، ۴۷۵/۲؛ فاضل لنکرانی، ۲۸۶). البته در اینکه به طور کلی هر مواخذه ناشی از مخالفت حکم تکلیفی متوجه او نیست اختلافی وجود ندارد ولی در اینکه همه عوارض ناشی از حکم وضعی ضمان نیز از او زائل می شود اختلافاتی وجود دارد (ر.ک: موسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، ۲۹/۷) که سعه و ضیق قلمرو این قاعده را روشن می کند. البته برخی از اندیشمندان با استناد به شأن نزول آیه شریفه و مدخلیت آن در سیاق و دلالت آیات، بر استناد فقها بر این فقره از آیه شریفه مبنی بر اثبات قاعده احسان، اشکال کرده اند (علیدوست، ۱۳)، ولی همان طور که خود ایشان تصریح نموده اند، این مناقشه به معنای آن نیست که این قاعده حجیت ندارد و از دایره شرع بیرون است، بلکه به عکس، گفته اند که این قاعده از قواعد مسلم شرعی و فقهی است. (همو، ۸)

دلیل عقلی حجیت این قاعده نیز به این بر می گردد که احسان ذاتا حَسَن است، به گونه ای که فطرت انسان این حُسَن را درک می کند و لذا مقابله غیر محسنانه با آن قبیح است و ضامن قرار دادن محسن در مقابل احسانی که انجام داده است، مواجهه غیر محسنانه با احسان اوست، که آن نیز قبیح است (بجنوردی، ۱۲/۴؛ لنکرانی، ۲۸۴). حتی فقها آیه شریفه «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» را نیز اشعار بر همین دلیل عقلی می دانند که به طور غیر مستقیم هر نوع سبیلی را بر محسن نفی می کند (مراغی، ۴۷۵/۲) البته در بین فقها هستند کسانی که به این دلیل خدشه وارد کرده اند (ر.ک: موسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، ۳۲/۷) ولی در هر صورت دلیل نقلی مزبور و اجماع برای اثبات حجیت این قاعده کفایت می کند. به همین دلیل بحث قاعده احسان در جایی است که «محسن بودن» صادق باشد. همان طور که مشهور فقها معتقدند و قدر متیقن نیز همین است، محسن بودن وقتی صادق است که هم حسن فاعلی و هم حسن فعلی وجود داشته باشد، به این معنا که هم فاعل قصد احسان داشته باشد و هم عمل او درواقع محسنانه باشد. (مراغی، ۴۷۸/۲؛ لنکرانی، ۲۸۸). البته برخی از فقها نیز بیان داشته اند که صرف قصد احسان در صدق محسن بودن فاعل کافی است (اصفهانی، بحوث فی الفقه، ۳۵). در مقابل این دسته، فقهای دیگری نیز وجود دارند که در صدق احسان به قصد فاعل اهمیتی نمی دهند و ملاک اصلی را محسنانه بودن فعل در واقع، می دانند (بجنوردی، ۴/۱۲) ولی آنچه پیش فرض این مقاله است همان نظر مشهور است که به طور قطع از مصادیق احسان است و در آن هم حُسَن فعلی و هم حسن فاعلی در صدق محسن بودن فاعل لازم

است.

بر این اساس، در قاعده احسان اگر فاعل قصد نتیجه نکند، یا به قصد منت نهادن فعل را انجام دهد یا فعلی که انجام می‌دهد بر او واجب باشد، نمی‌توان او را محسن نامید. از سوی دیگر منوط کردن صدق احسان به رضایت طرف احسان نیز وجهی ندارد و محسن نیز نهایتاً بر طرف احسان ولایتی پیدا نمی‌کند (رک: لنگرودی، الفارق، ۱/ ۱۶۱-۱۶۳)

نکته مهم این است که محل جریان قاعده احسان در جایی است که عامل متغیر فقط احسان باشد، به این معنا که اگر بر فعل انجام شده عنوان احسان صدق نکند، ثبوت ضمان قطعی باشد. به همین دلیل، قاعده احسان برخلاف ادله وجود ضمان در صورت اتلاف است. همین امر سبب شده که برخی فقها در عمل به آن بسیار محتاط باشند و جز در مواردی که مورد عمل مشهور فقها بوده، به آن استناد نکنند. به عنوان مثال صاحب جواهر می‌گوید؛ اگر به ظاهر آیه احسان عمل شود، فقه جدیدی پدید می‌آید، به همین دلیل در موارد جریان این قاعده به موارد مفتی‌به باید بسنده کرد. (نقل از: لنگرودی، فلسفه اعلی، ۲۴۱) ولی با توجه به اینکه این قاعده در بین خردمندان جاری بوده و مورد تأیید شارع مقدس نیز قرار گرفته است، قاعدتاً از اصولی پیروی می‌کند. به همین دلیل با یافتن آن اصول می‌توان آن قاعده را منضبط کرد و سپس در موارد غیر مفتی‌به نیز از آن استفاده نمود. یکی از مهم‌ترین اصول توجه به مجرای اصلی جریان قاعده است. زیرا در مواردی که احسان به یک فرد صورت می‌گیرد، مجرای اصلی قاعده تنها در جایی است که خود عمل احسانی اتلاف یا سبب زیان‌بار باشد و در مواردی که احسان به جمع صورت می‌گیرد، این مجرا علاوه بر دو مورد فوق، شامل مواردی که خود احسان اتلاف نیست و سبب زیان‌بار نیز نمی‌باشد ولی در ضمن آن به بعضی افراد جمع ضرری وارد شود، نیز می‌شود. به همین دلیل بحث را باید در دو حوزه احسان به فرد و احسان به جمع پیگیری کرد. البته در جایی که طرف احسان تنها یک فرد است بین فقها مباحث متنوعی صورت گرفته است، ولی آنچه مسئله اصلی این مقاله است، مربوط به احسان جمعی است، که فقها و حقوقدانان بسیار کم به آن پرداخته‌اند. در این راستا، سوال اصلی مقاله این است که اگر فردی به جمعی احسان کند، ولی از قبل احسان او عده‌ایی از آن جمع ضرر ببینند و عده‌ای نیز منتفع گردند، آیا می‌توان قاعده احسان را در مورد فاعل آن جاری کرد و ضمان و مسئولیت مدنی را نسبت به افراد زیان دیده از فاعل احسان برداشت یا نمی‌توان؟ بر فرض آنکه به صورت موجهه جزئیة بتوان احسان را در مواردی رافع مسئولیت دانست،

ماهیت موارد مزبور کدام و ملاک آن چیست؟

فرضیه مقاله حاضر در پاسخ به این پرسش، این است که؛ تنها صورتی از احسان جمعی رافع مسئولیت است که محسن الیه به صورت عام مجموعی و نه استغراقی یا بدلی در نظر گرفته شده باشد. گفتنی است پاسخ به این پرسش که بستگی به تحلیل موضوع به لحاظ انواع عام دارد، حکمی کلی خواهد بود که در حوزه استنباطات فقهی قرار می‌گیرد و ابزارهای مناسب خود را می‌طلبد. البته با توجه به تلاش‌های خردمندانه‌ای که در اینجا صورت گرفته است می‌توان ملاک‌های روشنی مانند ملاک کالدور-هیگس را برای صدق مفهوم احسان در اینگونه موارد، به کار گرفت.

ضمناً، پس از این پاسخ، با پرسش‌های دیگری نیز روبرو می‌شویم. مانند اینکه روش‌های تشخیص مصداق خارجی این‌گونه احسان‌ها چگونه و تابع چه عواملی بوده؟ و مرجع تشخیص آن چه شخص یا نهادی است؟ پاسخ به این پرسش‌ها، مربوط به مباحث مصداق شناسی است که پرداختن به آن خود نیازمند نگارش مقاله مستقلی است و از رسالت این مقاله خارج است.

بنابراین، از آنجا که موضوع مقاله مربوط به استنباط حکم کلی اینگونه احسان‌هاست، با توجه به ادله باید موضوع و حکم را به صورت جداگانه مورد بررسی قرار داد. و به دلیل اینکه در این میان نمی‌توان به آراء اندیشمندان بی‌توجه بود. در ضمن بیان مباحث مربوط به موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی نظرات اندیشمندان را که به صراحت یا به طور ضمنی به این مسأله اشاره کرده‌اند را بیان کرده و در پایان تحلیل خود را در پاسخ به مسئله اصلی ارائه خواهیم کرد.

موضوع‌شناسی

یافتن پاسخ سوال اصلی مقاله -که عبارت از یافتن حکم احسان جمعی‌ای است که منجر به ورود ضرر به برخی افراد طرف احسان شده است-، در گرو شناخت دقیق موضوع آن است. شناخت دقیق موضوع نیز از طریق شناخت عناصر رکنی آن و نحوه دخالیشان در موضوع قابل دست‌یابی است، که این مهم نیز از طریق تجزیه و تحلیل موضوع انجام می‌شود. براین اساس، در نگاه اولی قاعده احسان را باید مبتنی بر دو رکن اصلی دانست؛ اول: ضمان آور بودن فعل احسان بدون درنظر گرفتن این قاعده و دوم: محسن بودن فاعل.

بررسی رکن اول

در مقدمه بیان شد که احسان به معنای فعل متصف به حسن لزوماً مورد نفی مسوولیت مدنی قاعده احسان نیست، بلکه تنها احسان‌هایی مورد این قاعده است، که اگر این قاعده جاری نمی‌شد، انجام آن فعل برای فاعل آن ضمان آور بود. از این رو در مواردی که به فرد احسان می‌شود احسان‌هایی مورد قاعده قرار می‌گیرند، که یا راساً از نوع اتلاف باشند یا سبب زیان بار قلمداد شوند، و در مواردی نیز که به جمعی احسان صورت می‌پذیرد، علاوه بر دو مورد فوق، مورد سومی نیز وجود دارد که موضوع اصلی بحث در مقاله بوده و عبارت از موردی است که عملی از سوی شخصی نسبت به جمعی به قصد احسان انجام گرفته که رأساً نه اتلاف است و نه سبب زیان بار، ولی در عین اینکه برخی از افراد جمع از ثمرات آن فعل بهره‌مند شده‌اند، عده‌ای نیز وجود دارند که از فعل مزبور ضرر کرده‌اند.

حکم دو مورد اول که عبارت از عدم ضمان فاعل نسبت به اتلاف انجام شده است، مشخص است و اختلافی هم در آن نیست، زیرا بر شخص مزبور عنوان محسن بودن صدق می‌کند و لذا سببلی از جمله پرداخت خسارت بر او نیست. مثال آن نیز مانند جایی است که جمعی در خانه‌ای که مشترکاً مالک آن هستند، گرفتار حریق شده‌اند، و فردی برای نجات آن‌ها بخشی از منزلشان را تخریب کند. در این مورد به استناد قاعده احسان چون فعل آن فرد محسنانه بوده، ضمانی نسبت به اتلاف صورت گرفته، ندارد. ولی در مورد سوم، مسأله به این روشنی نیست. زیرا از یک سوی، براساس قاعده اولی به دلیل اینکه فاعل به عده‌ای ضرر وارد کرده، ضامن است، از سوی دیگر چون فعل فاعل به قصد احسان بوده، می‌تواند مجرای قاعده احسان باشد، از سوی سوم چون عده‌ای ضرر کرده و عده‌ای ضرر نکرده‌اند، ممکن است این مورد از مصادیق مواردی باشد که از ضرر وارده کشف می‌شود که فعل انجام شده در واقع محسنانه نبوده است و لذا قاعده احسان اساساً محلی برای جریان نمی‌یابد. به همین دلیل باید این موضوع را با تحلیل سایر بخشهای موثر آن بیشتر شناخت و در مرحله حکم‌شناسی، حکم آن را مشخص کرده و سوال اصلی مقاله را پاسخ گفت.

بررسی رکن دوم

با تحلیل رکن دوم که عبارت بود از محسن بودن فاعل، به سه عنصر بر می‌خوریم که چگونگی آن‌ها در صدق «محسن بودن» نسبت به فاعل آن مدخلیت دارند. این سه عنصر عبارت‌اند از: عنصر فاعلی، عنصر فعلی و عنصر مفعولی (طرف احسان).

۱- عنصر فاعلی

شرطی که باید در عنصر فاعلی وجود داشته باشد و در صورت نبود آن نمی‌توان فرد را محسن نامید عبارت از نیت و قصد احسان است که باید توسط فاعل صورت گرفته باشد. بر این اساس اگر فردی نتواند قصد کند یا قادر بر قصد نمودن است ولی قصد او محسنانه نباشد، نمی‌توان او را محسن نامید. به همین دلیل ساهی، شخص خواب، مجنون، کودک نابالغ غیر ممیز و امثال آن‌ها که امکان قصد در مورد آن‌ها وجود ندارد را نمی‌توان محسن نامید (نائینی، المکاسب، ۱/ ۴۰۰؛ یزدی، سید محمد، ۳/ ۳۸۰). در مقابل، اطلاق محسن بر صغیر غیربالغ ممیز که قدرت بر قصد دارد، اشکالی ندارد. خصوصاً اینکه محل بحث در مورد حکم وضعی ضمان است، که شامل غیر بالغان نیز می‌شود. کسانی نیز که قادر بر قصد هستند ولی قصدشان محسنانه نیست مانند اینکه قصد منت نهادن و مانند آن دارند، متصف به «محسن بودن» نمی‌شود. مواردی را نیز که بر فاعل واجب است، نمی‌توان احسان نامید زیرا در آن‌ها قصد احسان نمی‌توان کرد. (جعفری لنگرودی، الفارق، ۱/ ۱۶۲). البته تشخیص چنین امری در محاکم دشوار است و اینکه چه کسی وظیفه اثبات آن را به عهده دارد از مواردی است که در مقال دیگری باید در مورد آن به بحث نشست.

۲- عنصر فعلی

عنصر فعلی همان فعل احسان است که بنابر نظر مشهور فقها که مختار مقاله نیز است، در جایی که احسان به یک فرد صورت می‌گیرد، باید در واقع و صرف نظر از قصد فاعل محسنانه باشد و در غیر این صورت مصداق احسان نخواهد بود.^۱ براین اساس اگر از سوی فعلی که به قصد احسان انجام شده، ولی اتلاف گونه - مانند قطع دست فاسد شده مریض برای زنده ماندن او - نبوده یا خود سبب زیانبار - مانند کندن چاهی که به قصد احسان به دیگری حفر شد و اتفاقاً او در آن افتاد - قلمداد نمی‌شده، ضرری به غیر وارد شود، کشف می‌شود که آن فعل محسنانه نبوده و در واقع قبیح بوده است (حلی، فخرالمحققین، ۴/ ۶۶۲) به همین دلیل

۱- برخی از فقها در مورد ضرورت مباح بودن فعل احسان به اظهار نظر پرداخته و گفته‌اند که فعل احسان باید مباح بوده و حرام نباشد و یا با وسیله غضبی انجام نشود. دلیل ایشان نیز در این مدعا استناد به آیه شریفه «انما یتقبل الله من المتقین» است که در آن شرط قبولی همه اعمال نزد خدای متعال را تقوی دانسته است (خویی، ۱/ ۳۵۳). اما به نظر می‌رسد بررسی این مطلب نیازمند تحقیق جداگانه‌ای است، و استناد به آیه شریفه نیز مناسب مقام نباشد. زیرا ثمره جریان یا عدم جریان قاعده احسان، در وجود و عدم ضمان است، که حکمی وضعی است و قصد قربت هم در آن معتبر نیست تا عدم تقوا مانع آن باشد. برای روشن شدن مطلب به این مثال توجه نمایید که اگر پزشک حادثی با چاقوی غضبی به قصد احسان به جراحی مریضی بپردازد و او را از مرگ نجات دهد، آیا به دلیل آنکه چاقوی او غضبی بوده می‌توان او را ضامن جراحات وارده بر بدن مریض دانست و از او مطالبه دیه کرد؟

فاعل آن محسن قلمداد نمی‌شود و ضامن ضرر وارده می‌باشد. توجه به همین نکته سبب شد تا بیان شود که محل کلام در احسان جمعی در جایی است که به جمعی احسان غیر متلفانه صورت می‌گیرد، ولی در ضمن آن افرادی نیز ضرر می‌کنند. زیرا در اینجا بحث در این خواهد بود که آیا اینجا نیز مانند آنچه در احسان فردی گفته شد، است تا از ضرر رخ داده کشف شود که فعل انجام شده حسن نبوده یا خیر این کشف صورت نگرفته و فعل او احسانی خواهد بود و ضمانی هم در کار نیست؟

در این مورد، برخی از فقها مانند صاحب جواهر (۴۳/۱۰۲)، فخر المحققین (۴/۶۶۲)، شهید ثانی در مسالک (۱۵/۳۶۳) و فاضل هندی (کشف اللثام، ۱۱/۲۶۵) معتقدند که این کشف صورت می‌گیرد و لذا عمل انجام شده محسنانه نیست و از مصادیق اضرار به غیر است (همان). در مقابل این دسته، شیخ طوسی (۷/۱۸۶)، محقق حلی (۴/۲۳۷)، شهیدثانی در الروضة البهیه (۱۰/۱۵۱) محقق خوانساری (۶/۲۰۶) و امام خمینی (۲/۵۶۴) معتقدند که فعل او متصف به حسن بوده و محسنانه است. البته در مساله حفر چاه در مسیر عمومی که اتفاقاً موجب وقوع شخصی در آن شده و مرگ او را در پی دارد - که یکی از مسائلی است که نظر فقها در احسان جمعی را در آن می‌توان جستجو کرد- خویی نیز در کتاب تکمله المنهاج قائل به عدم ضمان حافر شده است (۱۰۲)^۲ ولی در مبانی تکلمه المنهاج در تعلیل این فتوا مواردی را بیان کرده که از آن، این‌گونه استنباط می‌شود که، در نظر وی دلیل این فتوا تمسک به قاعده احسان نیست، بلکه دلیل آن، اعتقاد به عدم وجود رابطه سببیت بین حفر چاه و سقوط فرد در آن، در این موارد است، به همین دلیل رخ دادن ضرر برای فرد در این موارد از مصادیق تضرر است نه اضرار. لذا به دلیل اینکه رابطه سببیت برقرار نیست، اضرار به غیر صدق نمی‌کند و بالتبع ادله ضمان جاری نمی‌شود. وقتی هم ادله ضمان جاری نشد، اصلاً زمینه‌ای برای اجرای قاعده احسان باقی نمی‌ماند تا دلیل عدم ضمان را در این موارد مستند به آن بدانیم. (ر.ک: خویی، ۲/۳۰۰)^۳ چراکه قاعده احسان در مواردی جریان می‌یابد که بین فعل و ضرر رابطه سببیت برقرار باشد، به‌طوری که اگر قاعده احسان جاری نشود، مسئولیت مدنی محقق باشد.

۲- البته در مبانی تکمله المنهاج در توضیح این فقره مقرر طوری مطلب را توضیح داده است که گویی آقای خویی قائل به ضمان هستند، ولی از آنجا که اصل فتوی به عدم ضمان صراحت داشت همان را به عنوان نظر ایشان بیان کردیم.

۳- «و الوجه فیما ذکرناه [عدم ضمان الحافر]: أنَّ الإمام (علیه السلام) قد جعل الموضوع للضمان فی صحیحة الحلبي المتقدمة هو الإضرار، مع أنَّ السؤال فیها كان عن مطلق وضع شیء فی الطريق و لو لمصلحة عامة، فهو يدلُّ علی أنَّ مطلق وضع شیء فیہ لیس موضوعاً له. و من المعلوم أنَّه لا فرق فی ذلک بین وضع شیء فی الطريق أو حفر بئر فیہ، فالمناط فی الضمان هو الإضرار.»

۳- عنصر مفعولی (طرف احسان یا المحسن الیه)

در خصوص شرایط عمومی طرف احسان، در بین فقها مباحث متنوعی مورد بحث قرار گرفته که مورد مناقشه این مقاله نیست. مباحثی مانند اینکه در طرف احسان ایمان، اسلام و حتی عقل شرط نیست (موسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، ۷/ ۲۱) از آن جمله‌اند. اما از آنجا که به موضوع مورد بحث مقاله - که عبارت از احسان به جمع است نه احسان به فرد - در کلمات فقها کمتر پرداخته شده است باید شرایط خاص آن را مورد بحث قرار دهیم. زیرا ویژگی جمع بودن از سویی و مدخلیت قصد فاعل از سوی دیگر، صورتهایی را پدید می‌آورد که حکم هر صورت با دیگری فرق می‌کند و عدم توجه به آن‌ها ما را در مرحله حکم شناسیدچار تشویش می‌کند. و این تشویش همان چیزی است که صاحب جواهر، به صراحت آن را به آراء فقها در مورد مسأله‌ای که مربوط به ساخت مسجد در طریق مسلمانان است و موجب ضرر به عده‌ای از مردم می‌شود، -که یکی از مصادیق احسان جمعی است- نسبت می‌دهد^۴. (صاحب جواهر، ۱۰۵/۴۳)

از این رو، با تحلیل ویژگی جمع بودن طرف احسان، مشاهده می‌کنیم که وقتی عده‌ای به صورت جمعی مورد احسان قرار می‌گیرند به سه صورت ممکن است مورد قصد قرار گرفته باشند: به طور عام استغراقی، به طور عام مجموعی و به طور عام علی البدل. دلیل آن نیز این است که در برخی احسان‌ها، تک تک افراد مورد نظر هستند و دارای ملاک می‌باشند. در این موارد احسان انجام شده، به تعداد افراد منحل می‌شود و احسان انجام شده به تعداد افراد متعدد است. اما گاه تک تک افراد جمع مقصود فاعل احسان نیستند، بلکه جمع آن‌ها مورد نظر می‌باشند. در این موارد احسان انجام شده را نمی‌توان به تعداد افراد منحل کرد، و باید آن را تنها یک احسان قلمداد نمود که به مجموع آن‌ها تعلق گرفته است. مثال مورد اول در جایی است که افراد محدودی بیمارند و فردی از روی احسان به آن‌ها دارویی می‌دهد، که اتفاقاً برخی شفا می‌یابند و بر شدت بیماری برخی دیگر افزوده می‌شود. در این مثال سلامتی تک تک افراد این جمع محدود مهم بوده و دارای ملاک هستند. مثال دوم نیز جایی است که فرد یا گروهی برای حفظ امنیت شهر، خندقی در اطراف شهر حفر می‌کنند که برای عموم مردم شهر منفعت دارد. ولی در عین حال عده‌ای صدمه می‌بینند.

۴- در جواهر در ذیل این مسأله به طور خلاصه می‌گوید: «و فی کشف اللثام: «و کانه اخذه مما فی محکی التحریر...». و نحوه فی الحواشی و الروضه و فی المسالک...». «.. الی غیر ذلک من کلماتهم التي لاتخلو من تشویش فی الجملة..».

اما مورد سوم که از قبیل عام علی البدل است، به دلیل اینکه از مصادیق احسان فردی است، از محل بحث مقاله خارج است.

البته توجه به این نکته نیز ضروری است که تقسیم پیش گفته، با تمرکز بر چگونگی قصد فاعل صورت گرفت، اما صرف نظر از قصد فاعل نیز باید توجه داشت که برخی از جمع‌ها ذاتا اقتضای خاصی دارند و هرگونه که فاعل خواست نمی‌تواند آن‌ها را مورد قصد احسان خود قرار دهد، خصوصا اینکه رعایت این تناسب در نسبت بین نوع فعل و نوع جمع نیز بسیار حائز اهمیت است. چراکه فاعل بسته به نوع احسانی که بنا دارد انجام دهد، باید جمع را به نحو عام مجموعی مورد ملاحظه قرار دهد. ولی همان فاعل نسبت به همان جمع اگر احسان دیگری بخواهد انجام دهد باید افراد آن جمع، را به صورت عام استغراقی مورد توجه قرار دهد. به عنوان مثال احسان‌هایی که به کلیت جامعه مربوطند، از مواردی هستند که در اغلب موارد، فاعل آن‌ها باید جامعه را به صورت عام مجموعی قصد کند، زیرا در این موارد معمولا، رعایت مصالح همه افراد به صورت تک تک، امکان‌پذیر نیست.

اما با این همه، به دلیل اینکه مقصود اصلی مقاله بررسی حکم احسان جمعی است، موردی را موضوع بحث قرار می‌دهیم که فاعل ناظر به نوع احسانی که انجام می‌دهد از سویی و نوع جمعی که طرف احسان اوست از سوی دیگر، به درستی قصد نموده و عمل کرده است. در مواردی نیز که قصد مجموعی یا استغراقی هر دو امکان‌پذیر است، قصد فاعل مبنای عمل خواهد بود.

با توجه به آنچه بیان شد موضوع بحث درجایی خواهد بود که فعلی با قصد احسان، به جمعی صورت می‌گیرد که نه راسا اتلاف است و نه سبب زیان‌بار قلمداد می‌شود، ولی در عین حال تعدادی از افراد محسن الیه‌م ضرر می‌کنند، قصد فاعل نیز متناسب با موضوع یا به صورت عام مجموعی بوده یا به صورت عام استغراقی.

با این همه باید توجه داشت که در جایی که عام استغراقی مورد نظر است و قبل از عمل احسان، فاعل احسان علم به ضرر دیدن برخی اشخاص دارد، یا موردی که طرف احسان خود اقدام به ضرر دیدن کرده است، یا مواردی که افراط و تفریطی در احسان رخ نداده ولی در عین حال از روی اتفاق ضرری به فردی وارد می‌شود از محل بحث خارج‌اند. زیرا در صورت اول ضامن فاعل قطعی است، چراکه از ضرر وارده کشف می‌شود که فعل او محسنانه نبوده است. در مورد دوم نیز عدم وجود ضامن به دلیل اقدام خود شخص زیان‌دیده بر زیان، روشن

است. در مورد سوم نیز چون رابطه سببیت وجود ندارد و نمی‌توان اتلاف را به محسن نسبت داد، نمی‌توان ضمانی نیز برای او در نظر گرفت.

حکم شناسی

پس از اینکه موضوع احسان جمعی مشخص شد، باید به بررسی حکم این موضوع بپردازیم. در این راستا ابتدا نظرات فقها در این خصوص را بازگو می‌کنیم، سپس با توجه به نکاتی که در بحث موضوع شناسی بیان کردیم به تبیین نظریه مختار خواهیم پرداخت.

مروری بر نظرات فقها

مراجعه به آراء فقها نشان می‌دهد که معمولاً اظهار نظر صریحی در مسأله مورد بحث وجود ندارد، ولی در باب موجبات ضمان مربوط به بخش دیات، در ذیل مسأله حفر چاه، یا قراردادن سنگ و امثال آن در مسیر عمومی برای رعایت حال عابران و همین‌طور ساختن مسجد در مسیر عمومی مباحثی مطرح شده است که می‌توان نظرات ایشان را در مسأله مورد بحث نیز به دست آورد.

در این مسائل مسأله این‌طور مطرح شده است که اگر در مسیر عمومی با نیت و قصد مصلحت عمومی چاهی کنده شود ولی کسی در آن بیفتد و تلف شود یا مسجدی ساخته شود که به عده‌ای ضرر وارد کند، آیا حافر یا سازنده مسجد ضامن ضرر دیدگان است یا خیر؟ در پاسخ به این سوال می‌توان فقها را به دو گروه کلی تقسیم کرد. گروه اول کسانی هستند که معتقدند ضمان وجود دارد (صاحب جواهر، ۴۳/۱۰۲؛ فخر المحققین، ۴/۶۶۲؛ شهید ثانی، مسالک، ۱۵/۳۶۳؛ فاضل هندی، ۱۱/۲۶۵) در مقابل ایشان گروه دیگری هستند که معتقدند که ضمانی در کار نیست (طوسی، ۷/۱۸۶؛ محقق حلی، ۴/۲۳۷؛ شهید ثانی، الروضه، ۱۰/۱۵۱؛ خوانساری، ۶/۲۰۶؛ خمینی، ۲/۵۶۴؛ خویی، تکملة المنهاج، ۱۰۲)

دلیل گروه اول این است که، به دلیل اینکه از قبل این عمل ضرری به فرد یا افرادی وارد شده، ادله ضمان می‌آیند و مانعی نیز در برابر جریان آن‌ها وجود ندارد. یکی از ادله مزبور روایت صحیح‌ه‌ای از ابی الصباح کنانی از قول امام صادق علیه السلام است که می‌فرماید: «من اضر بشيء فی طریق المسلمین فهو له ضامن»، هر کس در راه عمومی مسلمانان با امری ایجاد ضرر کند ضامن آن است. (کلینی، ۱۴/۴۸۰).

به این دلیل نیز مانعی در مسیر جریان این ادله وجود ندارد، که تنها مانع ممکن، جریان

قاعده احسان در این مورد است. اما با کمی دقت در می‌یابیم که این قاعده قابلیت جریان در این مورد را ندارد. زیرا مورد این قاعده احسان و احسان هم آن است که از جهت آن ضرری متوجه کسی نشود و اگر ضرری رخ دهد کشف می‌شود که فعل انجام شده از مصادیق احسان نبوده است. (فخرالمحققین، ۴/ ۶۶۲؛ صاحب جواهر، ۴۳/ ۱۰۳) از این رو قاعده احسان جاری نیست. البته این گروه معتقدند که اگر امام یا حاکم شرع اذن در تصرف در مسیر عمومی را به شخصی بدهد تا او بنایی را برای عابران ایجاد کند یا چاهی را برای مصلحت ایشان حفر کند، مانند جایی خواهد بود که مالک شخصی به فردی اجازه دهد که در ملک شخصی خودش چاهی برای او حفر کند. از این رو همان‌طور که اگر بدون افراط و تفریط چاه‌کن، مالک اصلی در چاه افتاد و مرد، آن چاه‌کن ضامن نیست؛ در این مسأله هم وقتی امام یا حاکم شرع به او اجازه عمل داده، ضررهای ناشی از آن ضامن آور نیست. (صاحب جواهر، همان، ۱۰۲) دلیل هم آن است که ولایت امام مافوق ولایت همه مالکان نسبت به اموالشان است و شامل مسیرهای عمومی نیز می‌شود (همو؛ کاشف الغطاء، ۱/ ۶۳۱). البته صاحب کشف اللثام معتقد است؛ حتی با وجود اذن امام نیز ضامن وجود دارد. (فاضل هندی، ۱۱/ ۲۶۶) که مورد مخالفت صاحب جواهر قرار می‌گیرد. (۴۳/ ۱۰۴)

اما دسته دوم معتقدند اولاً ادله ضامن شامل این مورد نیست زیرا در روایات مزبور ضامن مزبور موکول به اضرار شده، نه مطلق قراردادن چیزی در مسیر عمومی (روحانی، ۲۶/ ۲۱۷) و اینجا هم اضراری نبوده است، مضافاً اینکه این فعل به دلیل اینکه برای رعایت مصلحت عمومی عابران بوده محسنانه بوده و قاعده احسان در مورد آن جاری است و ضامن مزبور را رفع می‌کند (طوسی، ۷/ ۱۸۶؛ محقق حلی، ۴/ ۲۳۷؛ شهید ثانی، الروضه، ۱۰/ ۱۵۱؛ خوانساری، ۶/ ۲۰۶؛ خمینی، ۲/ ۵۶۴؛ خویی، تکمله المنهاج، ۱۰۲؛ روحانی، ۲۶/ ۲۱۷)

تبیین نظریه مختار

همان‌طور که در بیان نظرات فقها ملاحظه شد، تبیین دقیقی از موضوع به چشم نمی‌خورد. و همین امر موجب تنوع و تفاوت در آراء ایشان شده است. (صاحب جواهر، ۴۳/ ۱۰۵). اما همان‌طور که در مقدمه ذکر شد، وقتی طرف احسان جمعی از افراد هستند، نمی‌توان خصوصیات جمع و نحوه تعلق قصد عامل نسبت به آن‌ها را در نظر نگرفت. زیرا وقتی جمع به دلیل خصوصیات درونی و ذاتی آن باید به طور مجموعی مورد ملاحظه قرار گیرد و عامل هم در فعل خود همین‌گونه قصد کرده است، فعل انجام شده یک فعل است و به تعداد افراد

منحل نمی‌شود، از این رو ملاکات محسنانه بودن فعل در مورد آن‌ها درست است. مثال آن نیز جایی است که مثلاً برای مصلحت عمومی شهر مانند حفظ امنیت آن در برابر مهاجمان، خندقی در اطراف آن حفر می‌شود. در این موارد موضوع به گونه‌ای است که مصلحت مطرح، مصلحت جمع افراد بما هو جمع است، از این رو اگر در این بین خانه‌هایی نیز خراب شود عاملان ضمانی در برابر آن ندارند و از ضررهای وارده نیز کشف نمی‌شود که عمل انجام شده محسنانه نبوده است. فقیهی از فقها نیز در این مورد حکم به ضمان عاملان نداده است.

در مقابل گاه اگر خصوصیات درونی و محیطی جمع طرف احسان به گونه‌ای باشد که تک تک افراد دارای ملاک باشند و به همین دلیل نتوان آن جمع را من حیث المجموع مورد نظر قرار داد و عامل نیز در فعل خود همین گونه قصد کرده است، احسان او به تعداد افراد منحل می‌شود و فعل او را نمی‌توان فعل واحد قلمداد کرد. از این رو به فردی از آن جمع از جهت احسان او نباید ضرری وارد شود، مگر اینکه اساساً خود احسان اتلاف‌گونه باشد که بحث آن در بخش موضوع‌شناسی گذشت. مثال آن نیز مانند جایی است که برای جمع محدودی مانند ده نفر که مبتلا به مرض خاصی هستند، اگر فردی به قصد احسان دارویی تجویز کند که در نتیجه استعمال آن عده‌ای بهبود بیابند، و عده دیگری نیز بر شدت مریضی‌شان افزوده شود یا مرض جدیدی بگیرند، عامل مزبور ضامن خواهد بود. زیرا چون احسان او به تعداد افراد منحل می‌شود، گویی دارویی برای همان فرد ضرر دیده به تنهایی تجویز کرده که به او ضرر زده است، در این مورد نیز ضمان وجود دارد (خمینی، تحریر، ۲/ ۵۶۰) و از ضرر وارده کشف می‌شود که فعل انجام شده محسنانه نبوده است.

به نظر می‌رسد منشاء اختلاف فقها نیز در این مسأله، با عنایت به همین نکته قابل شناسایی است. زیرا افرادی که معتقد بودند؛ به دلیل این‌که عامل در احسان جمعی قصد مصلحت عمومی را داشته، پس ضمانی ندارد، ناظر به موضوعاتی این نظر را داده‌اند که باید جمع را من حیث المجموع ملاحظه کرد و کسانی نیز که معتقد بودند در احسان جمعی نباید ضرری به کسی وارد کرد و اگر ضرری به فردی وارد شد، وجود ضمان نیز قطعی است، کسانی هستند که ناظر به جمعی سخن می‌گویند که افراد آن جمع به نحو استغراقی دارای ملاک بوده و باید مورد لحاظ قرار گیرند.

اما نکته مهم این است که در صورتی از احسان جمعی که به نحو عام مجموعی مورد قصد قرار می‌گیرد، و در صورت وجود مصلحت عمومی می‌توان قاعده احسان را جاری کرد، ملاک

وجود مصلحت عمومی چیست؟ به عبارت دیگر نسبت ضرر برخی و منفعت جمع چگونه باید باشد تا عرف بگوید، در آن احسان صدق می‌کند؟

البته فقها صریحا به این مطلب نپرداخته و ضابطه مشخصی برای آن ارائه نداده‌اند، اما بر اساس مطالعات تطبیقی صورت گرفته، برخی از اندیشمندان مکاتب فکری دیگر که در حوزه تامین رفاه عمومی اقتصادی قائل به نظریه‌های منفعت هستند، نظریاتی براساس دقت در عرف و روش‌های عقلایی ارائه کرده‌اند که هدف آن‌ها در این تلاش، ضابطه‌مند کردن منفعت عمومی است. با اینکه ایشان از سویی مباحث خود را ناظر به منفعت عمومی سامان داده‌اند و نه مصلحت عمومی و از سوی دیگر ناظر به فعل سخن گفته‌اند و نه قصد فاعل، و با اینکه نقدهایی به مبانی نظری تفکراتشان وارد است، ولی در عین حال می‌توان نظریه آن‌ها را بررسی کرد و در صورت عدم مخالفت با مسلمات فقهی، در محل بحث که عبارت از ملاک مصلحت عمومی در قصد فاعل احسان در احسان جمعی است، به کار گرفت.

در این ساحت در بین اندیشمندان مزبور به دو نظریه برمی‌خوریم، که با محل بحث تناسب دارند. نظریه اول مربوط به ویلفردو پارتو^۵ است که معتقد است یک تغییر اجتماعی وقتی بهینه است که از ناحیه آن حداقل یک نفر منفعت ببرد، ولی در عین حال هیچ کس نیز ضرر نکند. (لیارد و والترز، ترجمه شاکری، ۳۹) این نظریه مطلوب‌ترین حالت است که در محل بحث قدر متیقن از احسان است، و البته از مصب جریان قاعده احسان خارج است. زیرا در احسانی که هیچ‌کس متضرر نشود، ضمانی وجود ندارد تا این قاعده برا رفع آن اجرا شود. نظریه دوم مربوط به نیکولاس کالدور^۶ و جان ریچارد هیکس^۷ است که به معیار کالدور-هیکس معروف است، در این معیار وجود ضرر برای یک عده‌ای و منفعت برای عده دیگر مفروض گرفته می‌شود و بیان می‌شود که در این صورت اگر افرادی که منفعت می‌برند، نه تنها بتوانند ضرر و زیان ضرر دیدگان را جبران کنند، بلکه وضعیت جدید به گونه‌ای باید باشد که برای همه از جمله ضرر دیدگان بهتر از حالت قبل باشد و آن‌ها نیز به این شرایط راضی باشند. (فرجی، ۴۹۸) توضیح آن نیز در همان مثال حفر خندق که در اثر آن، خانه عده‌ای از مردم شهر خراب می‌شود، این است که در این مورد دو اقدام صورت می‌گیرد که توجیه‌گر مصلحت موجود در این کار بوده و انجام آن را موجه می‌سازد. در این نظریه، به دلیل اینکه در خصوص ملاک

۵- Vilferdo Pareto

۶- Nicholas Kaldor

۷- John Richard Hicks

منفعت عمومی بحث می‌شود از مسئولیت مدنی ناشی از آن صحبتی به میان نمی‌آید و به همین دلیل این بحث مطرح نمی‌شود که جبران ضرر وارده به زیان دیدگان به عهده کیست؟ آیا مسئول آن منفعت دیدگان هستند یا دولت و یا فرد حقیقی و حقوقی دیگر؟ اما ملاکی که برای درستی این منفعت عمومی داده می‌شود، این است که با اقدامی که صورت می‌گیرد، شرایط جدید به گونه‌ای تغییر یابد که حتی متضرران نیز به آن راضی باشند و نسبت به حالت قبل احساس بهتری کنند. تطبیق این امر نیز در مثال حفر خندق در این است که بعد از حفر خندق و ایجاد مانع برای دشمنان حتی افرادی که خانه‌هایشان نیز خراب شده به این شرایط راضی تر از قبل هستند، زیرا آن‌ها نیز نمی‌خواهند دشمن وارد شهر شود و همه‌جا را ویران کند و بر اوضاع مسلط شود.

به نظر می‌رسد در محل بحث نیز ملاک کالدور-هیكس قابلیت جریان دارد، و می‌تواند ضابطه‌ای برای رعایت مصلحت عمومی در احسان جمعی - که مقصود رعایت مصلحت عمومی جمع بما هو جمع است- باشد. زیرا اولاً ملاک ارائه این ضابطه اصطیاد عرف و روش عقلا در مسأله است و ثانیاً با مسلمات فقهی ما در این باب نیز مخالفتی ندارد.

نتیجه‌گیری

براساس آنچه گذشت، در احسان جمعی وقتی احسان ذاتا اتلاف یا سبب زیان‌بار نیست، می‌بایست در تناسب با نوع احسان از سویی و نوع جمع از سوی دیگر، خصوصیت‌های جمع را مورد ملاحظه قرار داد. براین اساس در مواردی که باید احسان را به نحو استغراقی قصد کرد، اگر عده‌ای از جمع، از قبل احسان صورت گرفته ضرر کنند، کشف می‌شود که احسان صورت گرفته احسان نبوده و بالتبع قاعده احسان را نیز نمی‌توان جاری کرد و به همین دلیل فاعل ضامن است، زیرا حسن فعلی یکی از شروط اجرای قاعده احسان است، که ضرر وارد شده کشف می‌کند که این حسن وجود نداشته است.

در مواردی نیز که احسان به نحو عام مجموعی قصد شده در صورتی که مصلحت عمومی مقصود فاعل احسان به واقع مصلحت جمع باش، احسان صدق می‌کند و فاعلان محسن است و در برابر ضرر عده‌ای ضمانتی نیز برای فاعلان احسان وجود ندارد. البته برای تشخیص درستی مصلحت عمومی هرچند براساس مذاق فقها، فقیه در این موارد باید در تناسب بین نوع احسان و نوع جمع مبتنی بر عرف حکم کند، ولی می‌تواند ملاک کالدور-هیكس را نیز مورد

توجه قرار دهد.

منابع

قرآن کریم

- اصفهانى، محمد حسين، *بحوث فى الفقه*، قم: انتشارات جامعه مدرسين حوزه علميه قم: ۱۴۱۸ ق.
- آل كاشف الغطاء، على، *النور الساطع فى الفقه النافع*، نجف اشرف، مطبعة الآداب، چاپ اول ۱۳۸۱ ق.
- بجنوردى، حسن، *القواعد الفقهية*، قم: نشر الهادى، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، *الفارق*، تهران: كتابخانه گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۶ .
- _____، *فلسفه اعلى*، تهران: كتابخانه گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۲ .
- حسينى مراغى، عبدالفتاح بن علي، *العناوين الفقهية*، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم: چاپ اول ۱۴۱۷ ق.
- خمينى، روح الله، *تحرير الوسيلة*، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول بى تا.
- خويى، ابو القاسم، *تكملة المنهاج*، قم: نشر مدينة العلم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مباني تكملة المنهاج* (ج ۴۲ موسوعه الامام الخويى)، بى جا، بى تا، بى تا.
- _____، *مصباح الفقاهة*، بى جا، بى تا، بى تا.
- روحانى، محمد صادق، *فقه الصادق عليه السلام*، بى جا، بى تا، بى تا.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على، *الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية*، قم: كتابفروشى داورى، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام*، بيروت: دار إحياء التراث، چاپ هفتم، بى تا.
- طوسى، محمد بن حسن، *المبسوط فى فقه الإمامية*، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- علامه حلى، حسن بن يوسف، *مختلف الشيعة فى احكام الشريعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم: چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- عليدوست، ابو القاسم، *مجله فقه و حقوق*، ش ۱۷، بى تا، ۱۳۸۷ .
- فاضل موحدي لنكراني، محمد، *القواعد الفقهية*، بى جا، بى تا، بى تا.

- فاضل هندي، محمد بن حسن، *كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم: چاپ اول ۱۴۱۶ ق.
- فخرالمحققين، محمد بن حسن، *إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ اول ۱۳۸۷ ق.
- فرجی، يوسف، *اقتصاد خرد*، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، چاپ اول ۱۳۸۰ .
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافي*، قم: دار الحديث للطباعة و النشر، چاپ اول ۱۴۲۹ ق.
- لایارد، ریچارد و آلن آرتور والترز، ترجمه عباس شاکری، *تئوری اقتصاد خرد*، تهران: نشر نی، چاپ اول ۱۳۷۷ .
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، محمد، *کتاب الحج*، قم: چاپخانه مهر، چاپ اول ۱۴۰۱ ق.
- موسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، *الموسوعة الفقه الاسلامی*، قم: ۱۴۲۸ .
- موسوي خوانساري، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۵ ق.
- نائینی، محمد حسین، *المکاسب و البیع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم: چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- _____، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تهران: المكتبة المحمدية، چاپ اول بی تا.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۱۳۴-۱۱۷

نقد مبنایی بر حکم کیفری مشارکت در قتل عمد قانون مجازات اسلامی*

دکتر امیرحمزه سالارزایی

دانشیار دانشگاه سیستان و بلوچستان

Email: Amir_hsalar@yahoo.com

چکیده

پرسش اساسی مقاله این است که آیا می‌توان ده‌ها، بلکه صدها نفر و همین‌طور جمع زیادی که در قتل یک نفر هم‌دست بوده‌اند را قصاص کرد؟ آیا این حکم با روح سیاست و عدالت کیفری اسلام، تفسیر حداقلی و به نفع متهم، سازگار است؟

فرضیه و مدعای نویسنده این است که، جواز قصاص جماعتی که در قتل یک نفر شرکت داشته‌اند با روح قوانین عدالت‌گستر کیفری اسلام و با تکیه بر فهم آیه‌ی مهم و مبنایی قرآن (آیه‌ی ۳۳ سوره‌ی اسراء) ناسازگار و غیرقابل توجیه و حداقل مورد شبهه و تردید است. مهم‌تر این که با یک ارزیابی دقیق از مفاد روایات متعارض و در عین حال مرتبط و سیاق آیات قصاص، حکم به قصاص بیش از یک نفر از شرکت‌کنندگان در قتل (لا علی التعین) و آن هم به اختیار ولی دم، مصداق بارزی از اِعمال قاعده‌ی درءالحدود بالشبهات خواهد بود، لذا در قصاص یک فرد از میان جماعت شرکت‌کننده در قتل آن‌هم به اختیار اولیای دم و محاسبه تفاضل دیه (که خود دیه، مجازات مستقلی محسوب می‌شود) عدالت، قصاص و مماثلت در جرم و مجازات بیشتر تأمین می‌شود تا در قتل همه‌ی شرکت‌کنندگان به خاطر یک نفر.

در ضرورت تحقیق همین بس که احتیاط در دماء و فروج از اهمّ مسائلی است که هر چه بیشتر پیرامون احکام آن نقد و نظر صورت پذیرد، احکام متقن‌تر و به حقیقت نزدیک‌تر می‌گردد. در نوشته‌ی پیش‌رو که به بیان توصیفی-تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای ارائه می‌گردد، نقدی جدی و مبنایی بر حکم کیفری مشارکت در قتل عمد دارد.

کلیدواژه‌ها: شرکت در قتل، قصاص، احتیاط، تخیر، تفاضل دیه، اولیای دم.

مقدمه

حکم جزایی مشارکت در قتل عمد، خواه در قانون پیشین مجازات اسلامی (ماده‌ی ۲۱۲ ق.م.ا) و خواه در قانون فعلی (ماده‌ی ۳۷۴ ق.م.ا) از نظر نگارنده به طور جدی قابل مناقشه می‌باشد، چراکه با روح عدالت کیفری اسلام سازگار نیست و مهم‌ترین دلیل آن، مخالفت قانون مورد بحث با ظاهر آیه سی و سوم سوره‌ی اسراء است که اولین و مهم‌ترین مستند حکم مزبور می‌باشد و در یک جمله ماده مذکور، با روح قرآن و سنت و نیز حق مقابله به مثل (نه تعدی از آن) که حامی عدالت کیفری است همخوانی ندارد.

حکم مورد تحقیق با معنای قصاص «النفس بالنفس» و برخی روایات موافق با ظاهر آیه مذکور نیز سازگار نیست، تفسیر حداقلی (مضیق) و به نفع متهم که یک سیاست کیفری پذیرفته بشری است هم با حکم مذکور نمی‌خواند.

فرضیه و مدعای نویسنده این است که در صورتی، حکم مجازات شرکت در قتل عمد با عدالت کیفری سازگار می‌گردد که یک نفر آن هم به اختیار اولیای دم و یا در نهایت با مشکل شدن اختیار یک نفر علی‌البدل، قرعه‌ی اعمال گردد و باقی‌مانده شرکت‌کنندگان در قتل، سهم خود از شرکت در قتل را به صورت دیه به قصاص‌شونده و اولیای دم تأدیه نمایند.

متن قانون شرکت در قتل

پیش از پرداختن به نقد قانون شرکت در قتل، متن مواد مرتبط را در زیر می‌آوریم:

هرگاه دو یا چند مرد مسلمان مشترکاً مرد مسلمان را بکشند، ولی دم می‌تواند با اذن ولی امر همه‌ی آنها را قصاص کند و در صورتی که قاتل دو نفر باشند باید به هر کدام از آنها نصف دیه و اگر سه نفر باشند باید به هر کدام از آنها دو ثلث دیه و اگر چهار نفر باشند باید به هر یک از آنها سه ربع دیه را پردازد و به همین نسبت در افراد بیشتر. (ماده‌ی ۲۱۲ ق.م.ا)

تبصره‌ی ۱: ولی دم می‌تواند برخی از شرکای در قتل را با پرداخت دیه‌ی مذکور در این ماده قصاص نماید و از بقیه‌ی شرکاء نسبت به سهم، دیه اخذ نماید.

فی‌الجمله، متن این ماده سخت نیازمند ویراست ادبی و حتی محتوایی است. از طرفی با فن قانون‌نویسی که باید عبارات کوتاه و گویا باشد، ناسازگار است. اما به لحاظ اینکه بنای نویسنده بر اصلاح این موارد نبوده و قانون مذکور نیز از اعتبار افتاده، از محل مناقشه خارج می‌گردد.

متن ماده‌ی ۳۷۴ قانون جدید مجازات اسلامی: در موارد شرکت در جنایت عمدی، حسب مورد، مجنی‌علیه یا ولی دم می‌تواند یکی از شرکاء در جنایت عمدی را قصاص کند و دیگران باید فوراً سهم خود از دیه را به قصاص شونده بپردازند و یا این‌که همه شریکان یا بیش از یکی از آنان را قصاص کند، مشروط بر اینکه دیه مازاد بر جنایت پدید آمده را پیش از قصاص، به قصاص‌شوندگان بپردازد. اگر قصاص‌شوندگان همه شرکاء نباشند، هر یک از شرکاء که قصاص نمی‌شود نیز باید سهم خود از دیه جنایت را به نسبت تعداد شرکاء، بپردازند.

تبصره: اگر مجنی‌علیه یا ولی دم، خواهان قصاص برخی از شرکاء باشد و از حق خود نسبت به برخی دیگر، مجانی گذشت کند یا با آنان مصالحه نماید، در صورتی که دیه قصاص‌شوندگان به جهت گذشت یا مصالحه برخی شرکاء، بیش از سهم جنایتشان باشد، باید پیش از قصاص مازاد دیه آنان را به قصاص‌شوندگان بپردازد.

به نظر نگارنده عبارت آشفته و طولانی ماده و تبصره فوق را می‌توان فارسی‌تر و مختصرتر نموده و به صورت زیر نوشت: هرگاه چند نفر با قصد نتیجه جرم، در جنایت بر روی یک فرد همدستی کنند، بزه‌دیده یا جانشین او می‌تواند همه یا برخی از بزه‌کاران را قصاص کند.

تبصره: تفاضل دیه، هم در جرم و هم در قصاص محاسبه و پیش از اجرای حکم قصاص، به صاحبان حق پرداخت می‌شود.

دلایل نگارنده در نقد حکم کیفری مشارکت در قتل عمد

چنان‌که در مقدمه گذشت، از عدالت و انصاف به دور است که ده‌ها همدست در قتل یکنفر را، بتوان قصاص کرد و البته این انتقام با روح عدالت کیفری که از مبنایی نظام حقوقی اسلام شمرده می‌شود، ناسازگار است. در زیر دلایلی که عمدتاً قرآنی است را ذکر می‌کنیم.

دلیل اول: آیات ناظر به حق مقابله به مثل نه بیشتر

در قرآن از حق مقابله به مثل که یک دکترین حقوقی است، به قصاص تعبیر شده، چنان‌که خداوند می‌فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ

وَرَحْمَةً فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (بقره/۱۷۸). ای کسانی که ایمان آورده‌اید در باره کشتگان بر شما [حق] قصاص مقرر شده آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده و زن عوض زن و هر کس که از جانب برادر [دینی] اش [یعنی ولی مقتول] چیزی [از حق قصاص] به او گذشت شود [باید از گذشت ولی مقتول] به طور پسندیده پیروی کند و با [رعایت] احسان [خونبها را] به او بپردازد این [حکم] تخفیف و رحمتی از پروردگار شماست پس هر کس بعد از آن از اندازه درگذرد وی را عذابی دردناک است ای افرادی که ایمان آورده‌اید! حکم قصاص در مورد کشتگان بر شما نوشته شده است ... پس کسی که بعد از آن تجاوز کند عذاب دردناکی خواهد داشت. در آیه‌ی فوق، از باب مفهوم بلاغی مقابله (برای اطلاع بیشتر از فن بلاغی مقابله رک الدرویش، ۲۲۴/۱) نقطه‌ی مقابل اقتصاص، اعتداء ذکر شده تا بفهماند که مراقب نقطه‌ی تعادل و اعتدال در کیفر باشیم، به ویژه که هرگاه از اعتدال خارج شویم با تهدید «فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ» رو به رو می‌شویم.

به نظر می‌رسد و بلکه چنین است که قضایای فقهی و حقوقی، صرف بیان ماهیات و مماثلات نیست. یکی از متألهان و حکیمان معاصر با این مضمون بیان می‌کند که طبیعت کلی (در قضایا که قضیه النفس بالنفس ازجمله آن است) وسیله‌ای برای ارائه افراد است و اگر هم قضیه محصوره نیست در حکم قضیه جزئیة تلقی شده و بیانگر کمیت افراد است نه صرف ماهیت و مماثلت (نگ: مطهری، ۶۷ - ۶۸).

ب) «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (بقره/۱۷۹)؛ و برای شما در قصاص حیات و زندگی است ای صاحبان خرد، تا شما تقوی پیشه کنید.

اگر نگوییم دلالت آیه بر مساوات بین جرم و مجازات صریح نیست حداقل مشعر به تساوی بین جرم و مجازات هست و طبعاً به عنوان قرینه بر مدعای نویسنده عمل می‌کند و هینطور آیات ذیل:

ج) «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ» (بقره/۱۹۴). ماه حرام، در برابر ماه حرام! (اگر دشمنان، احترام آن را شکستند و در آن با شما جنگیدند، شما نیز حق دارید مقابله به مثل کنید)؛ و تمام حرام‌ها، (قابل) قصاص است؛ و (به طور کلی) هر کس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تعدی کنید! و از خدا بپرهیزید (و زیاده روی ننمایید)! و بدانید خدا با پرهیزکاران است!

دو آیه‌ی فوق با ذکر تقوی به عنوان ترمز و مهار هیجانات با اعمال هوش هیجانی (Q.E)^۱، انسان را به جای انتقام‌گیری به عدالت و عقلانیت منصفانه دعوت می‌کند.

د) «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ» (نحل/۱۲۶)؛ و هر گاه خواستید مجازات کنید تنها به مقداری که به شما تعدی شده کیفر دهید؛ و اگر شکیبائی پیشه کنید این کار برای شکیبایان بهتر است.

ه) «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ» (شوری/۴۰) و کیفر بدی، مجازاتی همانند آن است و هر کس عفو و اصلاح کند اجر و پاداش او با خدا است؛ خداوند ظالمان را دوست ندارد.

در یکی از تفاسیر مهم آیات الأحکام ذیل این آیه آمده: «إِنَّهُ يَجِبُ فِي الْإِقْتِصَاصِ عَلَى الْمِثْلِ وَ عَدَمِ التَّجَاوُزِ عَنْهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ» (فاضل سیوری، ۳۷۳/۲).

به نظر نگارنده، در بحث مسئولیت کیفری هیچ جای قرآن انتقام حداکثری و سرکوب گرانه مشاهده نمی‌گردد، بلکه توجه به انعطاف و عطف روح غالب است؛ در چهار آیه شریفه فوق به نوعی موازنه و برابری جرم و مجازات به صراحت بیان گردیده و این خود حاکی از عدالت در سزادهی است و طبعاً از مقدمات و مبادی موضوع بحث مقاله تلقی می‌گردد.

و) «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده/۴۵)؛ و بر آن‌ها (بنی اسرائیل) در آن (تورات) مقرر داشتیم که جان در مقابل جان و چشم در مقابل چشم و بینی در برابر بینی و گوش در مقابل گوش و دندان در برابر دندان، می‌باشد و هر زخمی قصاص دارد و اگر کسی آن را ببخشد (و از قصاص صرف نظر کند) کفاره‌ی (گناهان) او محسوب می‌شود و هر کس به احکامی که خدا نازل کرده حکم نکند، ستمگر است.

در آیه فوق دو کلمه کلیدی، بسیار مهم قلمداد می‌گردد.

۱- **قصاص**: در لغت عرب به معنای عکس العملی است که با فعل مماثلت و برابری داشته باشد، در یکی از قدیمی‌ترین منابع لغت عرب (۳۹۵ ق) چنین آمده، «و ذالک أنه يفعل به مثل فعله بالأول» فکأنه اقتص أثره» (ابن فارس زکریا، ۸۸۲).

در یک منبع مهم لغوی دیگر در معنای قصاص (مماثلت در مجازات) چنین آمده:

«القصاص: أن يوقع على الجاني مثل ما جنى: النفس بالنفس» (حسن الزيات، ۷۴۰).

جالب این‌که واژه‌ی «قَوْد» که در لسان روایات بعضاً به جای قصاص به کار رفته (ر.ک: کلینی، ۲۹۱/۷؛ صدوق، ۴۹/۴؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۷۷/۱۰)، در قرآن اصلاً استفاده نشده است. (ر.ک: کلانتری، المعجم المفهرس لآیات القرآن الکریم) چراکه قصاص علیرغم این‌که به معنای «قَوْد» است ولی در قصاص نوعی تناصف و برابری مطرح است به طوری که تقاص را صاحب لسان‌العرب به تناصف در قصاص یاد می‌کند؛ تناصف از معانی تقاص و قصاص شمرده شده است (ابن منظور، ۳۸۹/۷).

وقتی ده نفر در قتل یک نفر شرکت داشتند و علی‌القاعده سهم هر یک در قتل یک دهم بوده و در قصاص همه آن‌ها باید نه دهم فاضل دیه دریافت کنند، چگونه با قصاص ده نفر با این نسبت ریاضی مشارکت در قتل، قصاص و برابری رعایت می‌شود؟! حداقل با این عقوبت عنوان قصاص مخدوش و مشتبه می‌گردد.

در یک حدیث مُعْنَعَن و در حکم سلسله‌الذهب، امام حسن عسکری از پدران بزرگوار خود و از جد خود علی بن الحسین (علیهم السلام) روایت می‌کند:

قال: «يا أيها الذين آمنوا كتبَ عليكمُ الْقصاصُ في الْقَتْلِ...» یعنی: المساواة (حرعاملی، ۲۱۸/۱۰).

پس با حجیت قول لغوی و تأیید امام، قصاص مجازات برابر با جرم، معنی می‌دهد. حال اگر بتوان ده‌ها همدست در قتل یک نفر (مثلاً رجل سیاسی) را به خاطر او قصاص کرد، این تعداد از قتل چگونه با قصاص، موازنه دارد؟ و چگونه چنین حکمی را با اطمینان می‌توان مطابق حکم بما انزل الله، قلمداد کرد؟ حال آن‌که و من لم يحکم بما انزل الله فأولئك هم الظالمون (مائده/۴۵) از مسلمات قانون عقوبت است. عده‌ای از فحول فقیهان سلف، مانند سید مرتضی، شیخ طوسی و محقق حلی قائل به عدم جواز تخصیص قرآن به اخبار آحادند (نگ: حیدری، ۱۱۸) و نویسندگان نیز جزء کسانی است که قائل به عدم جواز تخصیص ظهور آیات به اخبار آحاد است، خصوصاً در جایی که خبر واحد معارض داشته و مفاد آیه موافق قاعده‌ای از قواعد فقهی هم باشد چنانکه در موضوع بحث ما چنین مطلبی وجود دارد.

۲- النفس بالنفس، اگر بپذیریم که می‌توان چند نفس که در قتل مشارکت داشتند را به خاطر یک نفس اعدام کرد، باید می‌فرمود: الأنفس بالنفس و حداقل می‌توان گفت معلوم نیست مراد آیه این مورد هم باشد. خود این تردید مصداق بارزی خواهد بود از قاعده‌ی فقهی متخذ

از حدیث نبوی «إدروا الحدود بالشبهات» (نوری، ۲۶/۱۸؛ حرانی، ۱۲۸؛ صدوق، ۴۸۱). اگر گفته شود که آیا این قاعده، مجازات قصاص را هم پوشش می‌دهد، در پاسخ می‌گوییم، منظور از حدود مطلق مجازات است، در المقنعه چنین آمده: «انها تجب الحدود بالأفعال المحظورة علی الاختیار» (شیخ مفید، ۷۸۴) بدیهی است که قتل عمدی نفس معصومه از افعال محظور محسوب می‌شود و به عبارتی صغرای عبارت مرحوم شیخ قلمداد می‌گردد. در جای دیگر با صراحت ذکر می‌گردد که: «فان قيل: اذا قتل الرجل زوجته لم لم تقولوا یتنصب النکاح فی درء القصاص عن الزوج کما انتصب النسب الذی هو فرعه شبهه فی درء القصاص عن النسب، اذا النکاح ضرب من الرق، فکان یحب ان یتنصب شبهه فی درء القصاص.» (ابن العربی، ۶۳/۱) معروف است که از وظایف ذاتی امام عادل معصوم، اقامه حدود الهی است. (ر.ک: مجلسی، ۴۴/۹۰) و نیز، محمد تقی مجلسی در کتاب روضه المتقین گفته است: «حدود شامل حدّ تعزیر و قصاص نیز می‌شود». (ر.ک: محقق داماد، ۷۸)

به نظر نویسنده با توجه به آیه «ولکم فی القصاص حیات» در یک جمع جبری بین اعمال مجازات قصاص و حیات که حیات محمول و اعم از موضوع است و همین طور سیاست انقباضی کیفری، مماثلت در کمیت و تعداد، بیشتر مد نظر قرار می‌گیرد تا مماثلت در وصف و جنس (کیفیت)، برخی جرم شناسان معاصر معتقدند که قصاص همه شرکاء برخلاف اصل مماثله که زیر بنای قصاص را تشکیل می‌دهد، است و با آیه النفس بالنفس و نیز فلا یسرف فی القتل منافات دارد. (ر.ک: میر محمد صادقی، ۳۵۰)

قاعده‌ی درء الحد، جزء قواعد مسلمی است که در منابع اهل سنت هم وارد شده است. از جمله این احادیث:

«إدروا الحدود من المسلمین ما استطعتم فإن کان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام یخطئ فی العفو خیر من أن یخطئ فی العقوبة» (ترمذی، ۳۳/۴). تا جایی که امکان دارد حدود را از مسلمانان دفع کنید، اگر راهی برای تبرئه انسان خاطی وجود دارد، از اعمال مجازات صرف نظر کنید، چراکه اگر امام مسلمانان در بخشش خطا کند بهتر از این است که در عقوبت اشتباه کند.

در منبع دیگر چنین آمده: «إدفعوا الحدود ما وجدتم مدفعاً» (ابن حزم، ۵۹/۲) تا جایی که راهی برای دفع حد یافت می‌شود، آن را دفع کنید.

ممکن است گفته شود، عبارت «النفس بالنفس»، اسم جنس است و ناظر به مماثلت در

تعداد نیست، در صورتی که به نظر نویسندگان، این گونه قضایا در قوانین، حمله محصوره (مسوره) بوده و فقط ناظر به مصادیق می باشد. چنان که اهل منطق قائل اند، اصولاً قضایای طبیعی صرفاً در فلسفه الهی که درباره ماهیات تحقیق می شود مورد استعمال دارد، ولی در علوم دیگر هیچگاه به کار نمی آیند، بلکه در علوم دیگر (از جمله علم فقه و حقوق) از قضایای محصوره که ناظر به کمیت افراد است استفاده می گردد. (مظفر، المنطق، ۶۲ - ۶۳) با این تفسیر وقتی «ال» در النفس از باب استغراق جنس باشد، یعنی هر فرد در برابر هر فرد کشته می شود. از نظر علم منطق می توان گفت عمده‌تاً در قضایای نظری صرف، مانند فلسفه و تا حدی ریاضی و منطق به عنوان علوم پایه، حمل‌ها به صورت مفهوم بر مفهوم و از باب حمل اولی ذاتی است، لکن در علوم کاربردی چون حقوق جزا و قوانین مرتبط به آن، حمل شایع صناعی یعنی حمل مصادیق بر مفاهیم مطرح است و در این صورت، فرد مورد نظر قرار می گیرد (برای اطلاع بیشتر ر.ک: علامه حلی، ۷-۹۶؛ مظفر، المنطق، ۴۲-۱۳۸). پس قضایای فقهی و حقوقی ناظر به افرادند نه ماهیات.

آیه ۴۵ سوره مائده، یک قانون اصیل و کلی الهی است و مخصوص شریعت یهود نمی باشد. شیخ الطائفه در می نویسد: «و لیس لأحد أن يقول: إن الآية إنما هي الإخبار عما كتب الله تعالى على اليهود في التوراة، و ليس فيها أن ذالك حكماً، لأن الآية و إن تضمنت أن ذالك كان مكتوباً على اهل التوراة فحكمها سار فيها. يدل على ذالك ما رواه: الحسين بن سعيد، عن فضالة عن ابان عن زارة عن احدهما (عليهما السلام) في قول الله عز و جل: «النفس بالنفس و العين بالعين و الأنف بالأنف- الآية» قال: «هي محكمة» (شیخ طوسی، تهذیب، ۲۰۹/۱۰-۲۱۰) بر هیچ کس روا نیست که بگوید این حکم در تورات فقط بر یهودیان فرض گشته و حکم ما نیست، زیر هر چند حکمی است مندرج در تورات اما حکم شریعت ما نیز قلمداد می گردد؛ بر اساس سخن یکی از دو امام صادق یا باقر (سلام الله علیهما) قول خداوند در آیه النفس بالنفس ... دلالت بر سرایت حکم به زبان ما را دارد. از این رو خداوند نفرمود «و علیهم کتبنا فیها ...» که اختصاص را از باب تقدیم ما حقه التأخیر افاده کند.

افزون بر اینکه حداقل با قصاص چند نفر بخاطر یک نفر شبهه ظلم وجود دارد، از باب نمونه، وقتی در قتل گروهی مثلاً ۱۰ نفری که فردی که سهم قتل او یک دهم است وی را قصاص می کنند. در این گونه موارد نه عدم العلم به شبهه بلکه علم به عدم شبهه نیاز است و بدیهی است که آیه عدم العلم را افاده نمی کند و گر نه اختلاف نظر معنا نداشت.

دلیل دوم: روایات

روایتی را که در زیر نقل می‌کنیم، هم ناظر به بیان آیه‌ی ۳۳ سوره‌ی اسراء است و هم در راستای معنای آیه‌ی النفس بالنفس آن هم با حمل شایع صناعی، تلقی می‌گردد و همین‌طور، بیشتر موافق با سیاست کیفری عدالت گستر اسلام می‌باشد و در نهایت فرضیه و مدعای نویسنده را حمایت می‌کند.

(أ) «الحسین بن سعید عن ابن ابی عمیر، عن القاسم بن عروة، عن ابی العباس و غیره، عن ابی عبدالله (علیه السلام) قال: إذا اجتمع العدة علی قتل رجل واحد حکم الوالی أن یقتل أیّهم شاؤوا لیس لهم أن یقتلوا اکثر من واحد، إن الله عزّ و جلّ یقول: و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً فلا یسرف فی القتل» (اسراء/۳۳). امام صادق (ع) فرمودند: اگر گروهی بر قتل یک فرد همدست شدند و آن را عملی کردند، اولیای مقتول با حکم حاکم شرع جامعه‌ی اسلامی، قتل هر یک را که خواستند اجراء می‌کنند و حق ندارند بیش از یک نفر از شرکای قتل را بکشند چرا که خداوند چنین فرموده: «و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً فلا یسرف فی القتل» (اسراء/۳۳).

وقتی امام (علیه السلام) حکم خود را مستند به قرآن می‌کند، بحث تقیه بخاطر والی جور یک احتمال ضعیف قلمداد می‌شود. از سوی دیگر می‌دانیم روح سیاست کیفری اسلام مبنی بر انتقام و مجازات محوری نیست.

کلمه اجتماع در حدیث فوق، باب افتعال است و باب افتعال از صیغه‌های ثلاثی مزیدی است که دلالت به مطاوعه می‌کند یعنی انجام عملی با قصد و اراده و اینجا قصد، قتل است، این خود دال بر شرکت عمدی در قتل محسوب می‌شود. این نحوه بیان، معاونت در قتل را در بر نمی‌گیرد زیرا در معاونت وحدت قصد لازم نیست. بلکه معاون غالباً خارج از میدان عملیات اجرایی جرم قرار دارد و لذا عناصر تشکیل دهنده جرم انجام شده توسط مباشر یا شریک در او جمع نیست. (نوربها، ۲۰۴).

(ب) «و رواه الشیخ بإسناده عن الحسین بن سعید، عن ابن ابی عمیر وزاد: و اذا قتل ثلاثة واحداً خیر الوالی ایّ الثلاثة شاء أن یقتل و یضمن الآخران ثلثی الدیة لورثة المقتول» اگر سه نفر یک نفر را به قتل برسانند، ولی امر مسلمانان می‌تواند یکی از آن سه نفر را که خواست بکشد و دو نفر دیگر دو سوم دیه (سهم جنایت خود) را به وارثان مقتول پرداخت می‌کنند. (ر. ک: شیخ طوسی، ۲۵۰/۱۰) به نظر می‌رسد وقتی شیخ طوسی که هم فقیه و هم مفسر و هم

محدث است این خبر را نقل می‌کند، دیگر تضعیف نمی‌کند و از طرفی به نظر نویسنده، وقتی حدیث معلّل به مفاد آیه باشد، ضعف ارسال آن قابل جبران خواهد بود. استناد امام به آیه قرآن که یک نفر علی البدل در مقابل یک نفر مراد از آن است ولو چندین نفر با هم مشارکت در قتل داشته باشند و به دنبال آن منع از کشتن چند نفر همدست در قتل، به خاطر یک نفر افزون بر اِعمال قانون از طریق حاکمیت (والی امور مسلمین) از مزیت‌های این دو روایت است، حال آن‌که در روایات دیگر که معارض با این روایات است چنین توجیهی دیده نشده یعنی امام (علیه السلام) برای جواز قتل چندین و یا چند نفر به خاطر یک نفر به قرآن استناد نمی‌کنند، وقتی امام بر بخش آخر آیه مورد بحث که پیش‌گیری از اسراف در قتل است تکیه و استناد می‌کند، نشان می‌دهد که حداقل حقیقتاً جواز قتل چند نفر، محل ایراد است.

(ج) «عن محمد بن یحیی، عن بعض اصحابه، عن یحیی بن المبارک، عن عبدالله ابن جبلة، عن اسحاق بن عمار عن ابی عبدالله (علیه السلام) فی عبد و حرّ قتل رجلاً قال: إن شاء قتل الحرّ و إن شاء قتل العبد، فإن اختار قتل الحرّ ضرب جنبی العبد.» در اینجا وقتی یک فرد آزاد و یک برده در قتل یک نفر همدست شدند باز هم نمی‌توان هم برده و هم آزاد را قصاص کرد.

محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن یحیی مثله.

و باسناده عن محمد بن احمد بن یحیی، عن بعض اصحابه مثله.

در این دو سند هم باز حکم آن همانند حکم فوق ذکر می‌گردد.

وقتی از مجموع ۱۱ روایت مندرج در ذیل مشارکت در قتل (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۳/۱۰- ۲۱۱) روایات معارض فوق با دیگر روایات مشاهده می‌گردد، چگونه می‌توان به کشتن چند نفر در مقابل یک نفر حکم کرد؟! و نیز با استناد به قاعده تفسیر حداقلی (مضیق) و تفسیر قوانین کیفری به نفع متهم، چگونه می‌توان چندین نفر را به خاطر یک نفر به قتل رساند؟! یکی از حقوقدانان معاصر، تفسیر به نفع متهم در قوانین جزایی اسلام و کشورهای دیگر را به طور مستند بیان کرده است. (ر.ک: نور بهاء، ۱۵۸ به بعد) در یکی از کتاب‌های قواعد فقهی، مصادیق متعددی از منظر فقهای سرشناس شیعه را ذکر می‌کند که حکایت از قاعده تفسیر مضیق و به نفع متهم دارد که ذکر و شرح آن خود نیازمند مقاله مستقلی است. (ر.ک: محقق داماد ۸۲-۸۸)

یکی از کیفر شناسان معاصر می‌نویسد: «اصل بَرائت در صورت تردید در مسئولیت، مطابق

با قاعده معروف تفسیر به نفع متهم است.» (ر.ک: علی زاده، ۴۴). شیخ طوسی این روایات که مبین تساوی و تعادل در مجازات است را حمل بر تقیه می‌کند (شیخ طوسی، الاستبصار، ۶۵۳) حال آن‌که به نظر نویسنده به دو دلیل اساسی تقیه جایگاهی ندارد.

۱- تقیه در ریختن خون جایز نیست، به اصطلاح «لا تقیه فی الدماء» (شیخ مفید، ۸۰۹). اصولاً تقیه در اینجا خروج تخصّصی دارد.

۲- وقتی جمعی از عالمان اهل سنت آن هم به استناد رأی عمر، قتل جماعت به خاطر یک نفر را قبول می‌کنند، تقیه مخدوش می‌باشد. در یکی از منابع مهم فقهی اهل سنت چنین آمده است: «إذا قتل جماعة واحداً عمداً أقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه» (انصاری، ۵۶۹/۴).

یکی از توجیهات قتل جماعت به خاطر یک نفر این است که اگر نتوان ده‌ها نفر همدست در قتل یک نفر را قصاص کرد، باطل‌کننده‌ی مقصود آیه شریفه «و لکم فی القصاص حیاة یا اولی الالباب» است «لأنّ المعنی إنّ القاتل إذا علم أنّه یقتل إذا قتل، کفّ عن القتل و کان فی ذالک حیاة و حیاة من همّ بقتله» (ابن ادریس، ۳/۳۴۵)؛ یعنی اگر جماعت را به خاطر یک نفر قصاص نکنیم، آیه قصاص نقض می‌شود.

جواب نقضی آن چنین خواهد بود که وقتی بتوان ده‌ها و ای بسا صدها نفر را به خاطر یک نفر قصاص کرد، این خود با قصاص (برابری) و حکمت آن ناسازگار است؛ «و من قتله الف أو واحد فقتل مظلوماً و جب أن یكون لولیة سلطان فی القود» (شیخ طوسی، الخلاف، ۸/۵-۱۵۷).

اگر هزار نفر را به خاطر یک نفر اعدام کنند، چه خشونت و مصیبتی خواهد بود، حال آن‌که سهم جرم هر کدام طبق قانون، یک هزارم است و باید نهصد و نود و نه هزارم هر یک از آن‌ها پیش از قتل به آن‌ها پرداخت شود، اولاً از کجا چنین هزینه‌ای؟! ثانیاً آیا این امر در نزد عقلا، عدالت کیفری است؟!

حال آن‌که به نظر نگارنده و مطابق با برخی روایات و حتی برداشت از بخش مهمی از آیه که «فلا یسرف فی القتل» بوده و کمتر مورد توجه قرار گرفته است، قصاص یک نفر لا علی التعین و آن هم به اختیار ولی دم و از طریق دادگاه صالح، هم عادلانه و هم بازدارنده است، چراکه فرض کنیم اگر فردی با مشارکت ده نفر اقدام به قتل کند و بداند به احتمال یک دهم قصاص می‌شود، خود این احتمال بازدارنده است.

نکته دیگر اینکه کدام انسان عاقل از آبی که یک درصد احتمال می‌دهد آلوده به سمی کشنده باشد، می‌نوشد؟ می‌دانیم وقتی موضوع یک امر خطیر باشد (مثل هلاکت انسان) احتمال اندک هم زیاد تلقی می‌شود. از طرفی علم اجمالی در میان چند احتمال خود منجزیت و دلیلت عقلایی دارد، وقتی چند نفر همدست در قتل، بدانند که احتمال کشتن هر یک از شرکت‌کنندگان به اختیار ولی دم خواهد بود، خود این احتمال قصاص بازدارنده است، مگر این که مجرم از افراد خطرناک و حرفه‌ای باشد که قهراً جان او هم برایش ارزشی ندارد و او در هر حال مرتکب جرم می‌شود. البته اگر اولیای دم نسبت به قصاص فرد معینی از میان مجرمان به توافق نرسند در نهایت و در عمل، قرعه راه برون‌رفت از مشکل خواهد بود با فرض این که حکم قصاص یک نفر علی‌البدل باشد و اختیار یکی از شرکت‌کنندگان برای ولی دم مشکل گردد.

تحلیل معنای اسراف در قتل

اگر معنای اسراف در قتل و مراد آیه از آن به خوبی و با دلیل روشن شود، کمک مهمی در اثبات فرضیه و مدعای نویسنده خواهد کرد.

به نظر می‌رسد این قید (قبح اسراف در قتل) در آیه شریفه بیان‌گر سیاست کیفری اسلام و در واقع قرآن است. توضیح اینکه ضمیر مکنون در فلا یسرف به ولی بر می‌گردد، قرینه آن هم «فاء» در فلا یسرف است، برای این که به لحاظ دستوری، «فاء» رابط جواب شرط مقدّر و محذوف تلقی می‌شود، در واقع معنای آیه چنین بوده است که: «إن أراد (الوالی أو الأولیاء) القصاص فلا یسرف فی القصاص» و جمله بعد یعنی «إنّه کان منصورا» هم تعلیل به لحاظ می‌گردد، یعنی وقتی خداوند قانون قصاص در دنیا و عقاب در آخرت را قرار داده چرا اولیای دم در مجازات از حدّ بگذرند و به اسراف مبتلا گردند؟

با این بیان، بدون شک کشتن چندین نفر به خاطر یک نفر اسراف قلمداد می‌گردد. برخی منابع ادبی به نکته و ظرافت دستوری فوق اذعان کرده می‌نویسند: «الفاء (در فلا یسرف) رابط لجواب شرط مقدّر و «لا یسرف...» فی محلّ الجزم جواب شرط مقدّر ای إن أراد القصاص فلا یسرف و «إنّه کان منصورا» لا محلّ لها تعلیلیة» (صافی محمود، ۴۳/۱۵).

به نظر نگارنده، مهم‌ترین قید و قرینه قرآنی که مانع از قصاص چندین مشارک در قتل یک نفر می‌شود، همین «فلا یسرف فی القتل» می‌باشد. اگر بنا بود، اولیای دم سلطنت مطلق در

قصاص یک یا چند یا همه افراد دست اندر کار قتل عمد را داشتند که قید فلا یسرف و به دنبال آن «إِنَّهٗ كَانَ مَنْصُورًا»، لازم به نظر نمی‌رسید. حال آن‌که ما معتقدیم هرچه قید در یک گزاره علمی از جمله گزاره فقهی - حقوقی بیشتر شود، قلمرو مصادیق کمتر می‌شود (ر.ک: خوانساری، ۸۰).

شیخ طوسی از یک سو اخباری را که قائل به عدم جواز قصاص جماعت به خاطر قتل یک نفر را از باب تقیه می‌داند، در همان حال از سوی دیگر جمعی از صحابه، تابعین و فقهای اهل سنت را نقل می‌کند که آن‌ها نیز قتل چند نفر را به خاطر یک نفر نمی‌پذیرند، لذا می‌نویسد: «و قال محمد بن الحسن: القياس أن لا يقتل جماعة بواحد ... و ذهب طائفة الى أن الجماعة لا تقتل بالواحد لكن ولي المقتول يقتل واحداً و يسقط من الدية بحصته و يأخذ من الباقي الباقي من الدية على عدد الجناية و ذهب اليه في الصحابة عبدالله بن الزبير و معاذ و في التابعين ابن سيرين و الزهري» و عجیب این‌که حتی طایفه‌ای از مسلمانان بر آن‌اند که وقتی جمعی با همدستی هم یک نفر را به قتل رساندند، هیچکدام از آن جماعت را نمی‌توان قصاص کرد، از این رو در ادامه می‌نویسد: «گروهی بر آن‌اند که جماعتی را نمی‌توان به خاطر قتل یک نفر به قتل رساند و نه هم یک نفر از آن جماعت را، ربیعہ بن ابی عبدالرحمن و پیروان ظاهر بن داوود و یاران او بر این عقیده‌اند.» (شیخ طوسی، الخلاف، ۵/۱۵۶).

پس تا اینجا سه نظر ذکر گردید و هر یک از دیدگاه‌ها پیروانی در میان صحابه و تابعین دارند.

۱- جواز قصاص جماعت شرکت‌کننده در قتل به سبب یک نفر؛

۲- عدم جواز قصاص جماعت به خاطر یک نفر بلکه یک نفر لا علی التعیین به اختیار ولی دم؛

۳- عدم جواز قتل هیچکدام از افراد شرکت‌کننده در قتل یک نفر؛

از دو دسته اخباری که در تعارض‌اند برخی خبرها چنان‌که ذکر گردید و موافق با رأی نگارنده است، از امام و با استناد به قرآن می‌باشد. (آیه ۳۳ اسراء) اما اخباری که جواز قتل همه شرکت‌کنندگان در قتل را تأیید می‌کند، مؤید و مستند به آیه‌ای ذکر نمی‌شود. (چنان‌که پیش‌تر هم استدلال کردیم) نظر مناسب و به عدالت نزدیک‌تر همان نظر وسط می‌باشد که بتوان یک نفر را به اختیار صاحب خون قصاص کرد و مابقی سهم خود از جنایت را به صورت دیه پرداخت کنند، خود الزام به پرداخت دیه هم یک نوع مجازات است چراکه مجازات‌های

مندرج در فقه و حقوق کیفری پنج صنف‌اند: حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده و در واقع باقی‌مانده جماعت شرکت‌کننده به غیر از قصاص شونده با پرداخت دیه مجازات می‌شوند و در عین حال عدالت کیفری هم محفوظ می‌ماند و در بازدارندگی هم چون هر یک از قاتلان پیش از انتخاب ولی دم در معرض قصاص‌اند، نقض غرض اتفاق نمی‌افتد. اما اگر بگوییم که ولو هزار نفر در قتل یک نفر مشارکت داشتند را می‌توان قصاص کرد چگونه با سیاست کیفری دین رحمت و عدالت اسلام سازگار است؟! آیا می‌توان با اطمینان حکم کرد که هزار نفر را در مقابل یک نفر (مثلاً رجل سیاسی) قصاص کرد؟! مطلب زیر که پیش‌تر هم گذشت در این باره واضح است:

«و من قتله الف أو واحد فقتل مظلوماً وجب أن يكون لوليه سلطان في القود به» (شیخ طوسی، الخلاف، ۱۵۷/۵)

حال با این فتوی،

۱- قاعده مسلّم «الحدود تدرأ بالشبهات» چه می‌شود؟

در ادبیات فقهی حدود به معنای مطلق عقوبت و مجازات نیز بکار رفته است. در کتاب مقنعه چنین آمده: «من قتل علی العمد فی غیر الحرم، ثم لجأ الی الحرم، لم یقتل فیہ لکن یمنع الطعام و الشرب ... حتی یخرج من الحرم، فیقام فیہ حدالله و یقاد منه کما صنع فان قتل فی الحرم او جنی فی الحرم، قتل فیہ، و اقیم علیه الحد فیہ و من جنی ما یستحق علیه عقاباً، فلجأ الی مشهد من مشاهد ائمه الهدی، صنع به کما صنع بمن یلجأ الی الحرم، مستعصماً من اقامه الحدود علیه.» (شیخ مفید، ۷۴۴)

چنان‌که معنای سخن واضح است شیخ از مجازات قتل عمد که همان قصاص باشد در چند جا تعبیر اجرای حد می‌کند.

۲- تفسیر قوانین کیفری به نفع متهم چه می‌شود؟

۳- احتیاط در دماء مسلمانان کجا تحقق دارد؟

این فرض در حالی است که دلایل لفظی صریح نبوده و اخبار معارض وجود دارد و در نهایت اصول عملیه کارگشاست.

۴- اتهام خشونت و سرکوب نسبت به قوانین کیفری اسلام را چگونه پاسخ دهیم؟

البته این امر موجب سلب کلی مجازات‌های سنگین نیست بلکه تا حد امکان و ضرورت می‌توان با استناد به روح سیاست جنایی اسلام به قدر متیقن بسنده و حکم کرد.

۵- آیه «فلا یسرف فی القتل» را چگونه توجیه کنیم؟

۶- کلام قرآن که «و إن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم» چه می‌شود؟

۷- این آیه چه می‌شود که می‌فرماید: فمن اعتدی علیکم فأعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم و اتقوا الله و اعلموا أن الله مع المتقین (۱۹۴/۲).

گفتیم قضایای فقهی - حقوقی از نظر منطقی ناظر به مصادیق و جزئیات است نه مفهوم کلی و انتزاعی مماثلت.

بلاخره آیا عادلانه است که فردی که یک صدم در قتل یک نفر سهم دارد را قصاص کرد و نود و نه صدم دیه او را پرداخت کرد، چرا عکس این حالت اتفاق نیافتد تا هم قصاص تحقق یابد (یک نفر در برابر یک نفر = النفس بالنفس) و هم پرداخت دیه، توسط قصاص نشدگانی که در قتل سهم داشتند؛ مگر نمی‌گوییم که صد نفر گناهکار اشتباهاً تبرئه شوند بهتر است از این که یک نفر به ناحق و اشتباهاً مجازات شود؟

نکته دیگر این که عمدتاً اسراف در جایی اتفاق می‌افتد که پایه آن بر اباحه مبتنی باشد، «کلوا و اشربوا و لا تسرفوا...» (اعراف/۳۱) خوردن و نوشیدن هر چند مباح است اما وقتی از حد بگذرد حرام و ممنوع می‌گردد. در کلام عرب چنین آمده: «سرفت الأم ولدها أی افسدته بکثرة لبنها» یعنی مادر با دادن شیر بیش از حد به شیرخوار خود، او را آسیب زده و بیمار کرد. (معلوف، ۳۳۱/۱).

در یکی از فرهنگ‌های لغت قرآن در خصوص ممنوعیت اسراف چنین آمده: «السرف: تجاوز الحد فی کل فعل یفعله الانسان و إن کان ذالک فی الإنفاق. قال تعالى: و الذین إذا انفقوا لم یسرفوا و لم یقتروا و کان بین ذالک قواماً» (فرقان/۶۶) و کسانی که هر گاه انفاق کنند، نه اسراف و زیاده‌روی می‌نمایند و نه سخت‌گیری بلکه در میان این دو حد، اعتدال دارند.

«و إن المسرفین هم اصحاب النار» (غافر/۴۳) یعنی: «المتجاوزین الحد فی امورهم» (راغب اصفهانی، ۸-۴۰۷) در آیه «و لا تأکلوها اسرافاً...» (نساء/۵) در عین حال که اصل خوردن از مال یتیم برای کسی که محافظت از آن می‌کند به اندازه اجرت خود، جایز است اما در حد اسراف حرام و ممنوع است (فاضل مقداد، ۱۰۴/۲).

در مسأله مورد بحث هم هر چند همه شرکت‌کنندگان در قتل مجرم‌اند و خونشان پیش از انتخاب ولی دم از باب سلطنت مباح است اما در مقام عمل کشتن بیش از یک نفر از باب تقاص، اسراف بوده و در قرآن منهی واقع شده است. متأسفانه در این باب به این نکته ظریف

به شایستگی توجه نشده است.

اگر کسی بگوید هرگاه در اشتراک در قتل، غیر قاتل یا قاتلان را قصاص کنیم، اسراف تلقی می‌گردد، در پاسخ می‌گوییم، این به لحاظ لغوی و عرفی اسراف نیست بلکه خود اعتدی و ستم مستقل محسوب می‌گردد نه اسراف، چنان‌که در تفسیر مجمع‌البیان هم به این نکته در ذیل آیه ۱۷۸ سوره بقره که می‌فرماید «کتب علیکم القصاص فی القتلی ... فمن اعتدی بعد ذالک فله عذاب الیم» اشاره شده و نقل می‌کند: «بأن قتل غیر قاتله» (طبرسی، ۴۸۰/۱).

به نظر نویسنده، مواد قانونی زیر (بر خلاف ماده مورد بحث) به زیبایی با سیاست کیفری اسلام که با اندک شبهه‌ای در موضوع و یا حکم، قصاص و مجازات متنفی می‌شود را نشان می‌دهد و قانون مورد منازعه هم در بحث اشتراک در قتل عمد اگر مطابق نظر نویسنده تغییر کند با مواد زیر هماهنگ می‌شود.

ماده ۲۳۵ ق.م.ا: اگر کسی به قتل عمدی شخصی اقرار نماید و دیگری به قتل عمدی یا خطایی همان مقتول اقرار کند ولی دم در مراجعه به هریک از این دو نفر مخیر است که برابر اقرارش عمل نماید و نمی‌تواند مجازات هر دو را مطالبه کند.

ماده ۲۳۶ ق.م.ا: اگر کسی به قتل عمدی شخصی اقرار کند و پس از آن دیگری به قتل عمدی همان مقتول اقرار نماید در صورتی که اولی از اقرارش برگردد قصاص یا دیه از هر دو ساقط است و دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود... به نظر نویسنده شاید یک حالت برای اقرار دو فرد مذکور این باشد که هر دو در قتل شرکت داشته‌اند و نمی‌توان گفت این احتمال کاملاً متنفی است.

از نظر نویسنده واژه «کسی» در صدر ماده، نکره است و به عنوان یک گزاره حقوقی افاده شمول می‌کند (نگ: مظفر، اصول الفقه، ۱/ ۱۵۸؛ حیدری، ۱۲۲ در افاده شمول نکره) و حداقل مشعر به این مطلب است که یک فرد مد نظر نیست.

نتیجه‌گیری

قتل جماعت به خاطر یک نفر ممنوع است و حداقل مشکوک است، زیرا:

- ۱- با قصاص (مساوات) و مماثلت نمی‌سازد.
- ۲- مصداقی از اسراف در قتل که منهی آیه قصاص است تلقی می‌شود. با آن همه اختلاف نظرهایی که در متن مقاله گذشت، به نظر نویسنده بدون شک مجرای این قاعده خواهد بود.

- ۳- مصداق بارز قاعده درء الحدود بالشبهات قلمداد می‌شود.
- ۴- معارض با تعداد قابل توجهی از روایات است.
- ۵- با ادبیات حقوق کیفری، تفسیر به نفع متهم (حداقلی) نمی‌سازد.
- متن پیشنهادی نویسنده برای ماده قانونی مذکور بیشتر با فن قانون‌نویسی آن هم در امور کیفری سازگار است.
- مجازات شرکت‌کنندگان در قتل عمد، هم دیه و هم قصاص است، لکن قصاص یک مجرم به اختیار اولیای دم و پرداخت دیه مازاد جنایت قصاص‌شونده به وی، پیش از قصاص و پرداخت دیه جنایت قصاص‌نشدگان به نسبت سهم آن‌ها در جنایت به اولیای دم می‌باشد. در یک جمله و قاطعانه می‌توان گفت اعمال ماده مورد بحث با عدالت جزایی و قاعده مسلم درء الحدود بالشبهات سازگار نیست.

منابع

قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم: مؤسسة النشر الإسلامیه جامعه مدرسین، ۱۴۱۴ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم: انتشارات نور وحی، ۱۴۲۸ ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی*، بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۸ ق.
- ابن شعبه، حسن بن علی، *تحف العقول*، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۸ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *ترتیب مقایس اللغة*، قم: مرکز دراسات الحوزه و الجامعه، چاپ اول ۱۳۸۷.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قاهره، دار الحديث، ۱۴۸۰ ق.
- انصاری، محمد عبد الحی، *الهدایة فی شرح البلاغة*، کویته پاکستان: مکتبه رشیدیه، ۱۳۴۰ ق.
- ترمذی، محمد بن عیسی، *سنن الترمذی*، بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۳ ق.
- حرّعاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسایل الشیعه*، قم: منشورات ذوی القربی، چاپ اول ۱۳۸۷.
- حیدری، علی نقی، *اصول الاستنباط*، قم: انتشارات مکتبه المفید، ۱۴۱۲ ق.
- خوانساری، محمد، *دوره مختصر منطق صوری*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران: چاپ بیستم، ۱۳۹۰.
- الدرویش، محی‌الدین، *اعراب قرآن و بیانہ*، نجف اشرف: مطبعة سلیمان زاده، ط الثاني، ۱۴۲۸ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت: دار الشامیه، ۱۴۲۷ ق.
- الزیات، حسن، *المعجم الوسیط*، تهران: مؤسسة الصادق للطباعة و النشر، ۱۴۲۶ ق.

شماره ۱۰۱	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	۱۳۴
	طبرسی، فضل بن حسن، <i>مجمع البیان فی تفسیر القرآن</i> ؛ بیروت: دار المعرفة، ۱۴۱۸ ق.	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>الاستبصار</i> ، قم: انتشارات نور وحی، ۱۴۲۸ ق.	
	_____، <i>الخلاف</i> ، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۲۰ ق.	
	_____، <i>تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة</i> ، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۳۶۵.	
	علّامه حلّی، حسن بن یوسف، <i>الجواهر النضید فی شرح منطق التجرید</i> ، قم: انتشارات بیدار، ۱۳۷۱.	
	علیزاده، علی، <i>مسئولیت کیفری</i> ، تهران: ناشر گل مریم، ۱۳۸۹.	
	فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، <i>کنز العرفان فی فقه القرآن</i> ، قم: نشر نوید اسلام، ۱۳۸۵.	
	کلانتری، الیاس، <i>معجم المفهرس لآیات القرآن الکریم</i> ، تهران: انتشارات اسوه، ۱۳۷۷.	
	کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الکافی</i> ، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۳۶۵.	
	محقق داماد، مصطفی، <i>قواعد فقه</i> ، تهران: مرکز نشر اسلامی، ۱۳۹۰.	
	محمود، صافی، <i>الجدول فی اعراب القرآن و صرفه و بیانه</i> ، بیروت: مؤسسة الإيمان، دارالرشید، ۱۴۱۸ ق.	
	مظفر، محمدرضا، <i>اصول الفقه</i> ، قم: نشر دانش اسلامی، ۱۴۲۵ ق.	
	_____، <i>المنطق</i> ، قم: انتشارات دارالتفسیر، ط الثالث، ۱۴۲۰ ق.	
	معلوف، لويس، <i>المنجد</i> ، تهران: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۴.	
	مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعة</i> ، قم: چاپ کنگره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.	
	نوری، حسین بن محمد تقی، <i>مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل</i> ، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۰۸ ق.	

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۱۵۸-۱۳۵

واکاوی معنا و مفهوم اعانه بر اثم در آرای فقهای امامیه*

محمدعلی شیخ الاسلامی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: mohammadali.1367@yahoo.com

چکیده

اعانه بر اثم از جمله قواعدی است که متکی به دلیل قرآن و روایت و عقل و اجماع است و حجّیت آن خدشه ناپذیر است. در حجّت بودن آن تقریباً اختلافی نیست اما مفهوم اعانه بر اثم همواره محل بحث و نزاع فقهای بوده است. آنچه در این تحقیق مهم انگاشته شده است بررسی سیر تاریخی و تغییر و تحولات آرای فقهای امامیه در این باب از ابتدا تاکنون می باشد که برای نیل به این منظور از روش تحلیلی - توصیفی مبتنی بر اسناد کتابخانه‌ای بهره گرفته شده است. با نگاهی به آرای فقها، پی به تشّت فراوان آن می‌بریم که هریک تعریفی متفاوت از اعانه بر اثم ارائه داده‌اند که قریب به اتفاق این تعاریف، مستند به فهم عرفی است. در رابطه با چگونگی انطباق مفهوم اعانه بر عرف، ملاک‌های مختلفی ذکر شده است که بازگشت اکثر آن‌ها به یک ملاک است که شیخ انصاری بهتر از همه آن را بیان نموده است و آن، یاری رساندن در مقدماتی است که فایده‌اش منحصر در حرام باشد. در پایان با جمع‌بندی اقوال نتیجه گرفته می‌شود که در صورت قصور فهم عرفی از مسأله، ملاک در صدق عرفی اعانه، قاصد بودن معین است.

کلیدواژه‌ها: فقه، قاعده اعانه بر اثم، مفهوم اعانه بر اثم، شرطیت قصد در اعانه بر اثم، مدخلیت

عرف در مفهوم اعانه بر اثم

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۲/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۳/۰۷.

مقدمه

یکی از مباحث مهمی که در کتب فقهی در بخش مکاسب محرّمه بدان توجه شده، بحث «اعانه بر اثم» است. (انصاری، المكاسب، ۱/۱۲۳؛ نائینی، منیة الطالب ۱/۲۶؛ خمینی، المكاسب المحرّمه، ۱/۱۹۴) شخص گنهکار گاهی به تنهایی مرتکب معصیت - و یا جرم- شده و گاهی با همکاری دیگران مبادرت به آن نموده است. این همکاری ممکن است به دو صورت باشد: صورت اول دخالت تمامی همکاران در عنصر مادی گناه -یا جرم- است که به آنان شرکا گفته می‌شود. در صورت دوم فرد یا افرادی به تنهایی مرتکب عنصر مادی گناه - یا جرم- شده ولی فرد یا افراد دیگری وی را در ارتکاب عنصر مادی، یاری و معاونت می‌کنند که در فقه اسلامی از این عمل به «اعانه بر اثم» یاد می‌شود. آن چه که اهمیت این قاعده را نزد ما والا می‌دارد؛ آیه شریفه‌ای است که از چنین عملی نهی نموده است.^۱ البته در مقابل عده‌ای که استناد به آیه شریفه را از باب بیان حکم اعانه بر اثم می‌پذیرند (خمینی، المكاسب المحرّمه، ۱/۲۱۰؛ شیرازی، ۳/۳۴۷)، گروهی دیگر از فقها، آیه شریفه را بیانگر حکم تعاون بر اثم دانسته‌اند نه اعانه بر اثم (ایروانی، ۱/۱۵؛ قمی، ۱۳؛ خویی، ۱/۱۸۰؛ فاضل لنگرانی، ۱/۴۴۵) و تا منهی عنه که اعانه بر اثم است روشن نگردد؛ نمی‌توان تفسیری از آیه شریفه ارائه داد. علاوه بر این اگرچه بحث ما بر سر مصداقیابی و ارائه مفهومی روشن از اعانه بر اثم و معصیت است اما به تبع آن می‌توان از محصول آن در ارائه تعریفی از معاونت در جرم نیز بهره برد چرا که جرم، تحت مجموعه اثم می‌گنجد.^۲ این قاعده علاوه بر حوزه عبادات (منتظری، ۲/۳۱۴)، معاملات و حتی جزائیات (ایروانی، ۱/۱۶) را هم شامل می‌شود. بسیاری از فقها^۳ این مبحث را در باب «معوّنة الظالمین» بیان نموده‌اند که ارتباط این بحث با حوزه فقه سیاسی را می‌رساند؛ بنابراین قاعده مذکور پایه‌های روابط جوامع بشری را محکم‌تر می‌نماید و سبب پویایی و استمرار استوانه فقه می‌گردد، مشکلات قضایی مردم را حل می‌کند و در تنظیم و اعتبار بعضی مواد قانونی موثر و حائز اهمیت است. اهمیت مطلب آنقدر بین فقها بالا بوده که غالب آنان این قاعده را به صورت جداگانه در کتب قواعد فقهی و یا حتی در کتب فقهی خویش پوشش

۱. «... تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (مائده/۲)

۲. با توجه به رویکردی که بین فقهاء مبنی بر معصیت بودن تخطی از قوانین وجود دارد؛ جرم تحت مجموعه معاصی قرار می‌گیرد. با توجه به این که عمل بر خلاف قانون تضییع حقوق دیگران است و در نتیجه حرمت عقلی و شرعی دارد. تضییع حقوق دیگران نیز منهی شارع می‌باشد. (خمینی، ۲/۲۴۱؛ خونی، ۱/۲۳۱)

۳. از جمله شیخ انصاری (کتاب المكاسب، ۵۳/۲)، کاشف الغطاء (احکام المتاجر المحرّمه، ۱۳۸) مامقانی (غایة الأمال فی شرح کتاب المكاسب، ۱/۱۲۵)

داده‌اند و فصلی را تحت این عنوان گشوده‌اند و حتی در کتب اصولی نیز از این مساله استطراداً سخن به میان آمده است. فقها، ابتدا اشاره‌ای به مدارک و مستندات قاعده داشته و با پرورش و یا خدشه در آن‌ها به نقد یک ادله پرداخته‌اند. مهم‌ترین بحثی که تحت این عنوان بیان می‌شود؛ مفهوم عرفی اعانه بر اثم می‌باشد که چه زمانی اعانه بر اثم صدق می‌کند تا حکم مستفاد از ادله بر آن منطبق شود. اگرچه که تمامی فقها، منبع درک و فهم اعانه را به عرف حواله می‌دهند؛ اما با بیاناتی که ارائه می‌دهند، واضح و روشن می‌گردد که ضابطه دقیقی از مفاهیم عرفی بین آنان وجود ندارد. ما در این تحقیق مختصر بر آنیم تا گزارش و تحلیلی از آرای فقها در بیان ملاک و معیار صدق عرفی اعانه بیاوریم. حتی الامکان سعی بر این شده است که سیر تاریخی، در بیان این گزارش لحاظ گردد. با توجه به محدودیت موجود در مقالات، این پژوهش تنها متعرض آرای فقهای امامیه در مورد معنا و مفهوم اعانه بر اثم شده و مباحث جانبی را نپرداخته است.

مدارک و مستندات قاعده

در رابطه با مدارک قاعده به هر چهار منبع استنباطی شیعه استناد شده است. علاوه بر آیه شریفه «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»^۱ روایاتی نیز عموماً^۲ و خصوصاً^۳ به اعانه بر اثم پرداخته است. برخی فقها نیز در مورد این قاعده به عقل (اردبیلی، ۵۵/۱۰؛ مراغه‌ای ۱/ ۵۶۵؛ طباطبایی، ۱۴۵/۸؛ مکارم، ۴۴۸) و اجماع (مکارم، ۴۰۱؛ مراغه‌ای، ۱/ ۵۶۵؛ نراقی، ۷۵) استناد نموده‌اند؛ اما در این مقاله مجالی برای شرح و بسط بیش از این نیست. غالب به اتفاق فقها حکم تکلیفی اعانه بر اثم را حرمت می‌دانند. (حلی، مختلف الشیعه، ۵/ ۲۲؛ حلی، شرائع الاسلام، ۳/ ۲؛ انصاری، المکاسب، ۱/ ۱۴) اگرچه در رابطه با حکم وضعی آن بین فقها اختلاف نظر است و برخی قائل به فساد و بطلان چنین معامله‌ای می‌باشند (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۵/ ۲۲) و برخی قائل به صحت چنین معامله‌ای می‌باشند. (اردبیلی، ۵۶/۱۰)

۱. مانده ۲/

۲. قوله صلى الله عليه وآله «من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة، جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه: آيس من رحمۃ الله» (احسائي، ۳۳۳/۲)

۳. اخبار خاصه‌ای که در مصادیق مختلفی که اعانه بر آن‌ها صدق می‌کند بیان شده و مورد نهی قرار گرفته است که البته تعداد این روایات نیز زیاد است.

ملاک در کشف معنا و مفهوم اعانه

چنان‌که بیان خواهد شد؛ تمامی فقها که متعرض این مساله شده‌اند مرجع نهایی برای کشف مفهوم اعانه را عرف می‌دانند و همگی سعی بر این دارند که ضابطه‌ای برای مفهوم عرفی اعانه بر اتم ارائه دهند. تا جایی که گاه می‌بینیم دو فقیه با استناد به عرف دو مفهوم متفاوت از آن برداشت می‌کنند که دقیقاً مقابل یکدیگر می‌باشند.^۱

بحث از عرف به عنوان مرجع تشخیص معنا و مفهوم موضوعات خارجیه در دوران معاصر

۱. موضوعات عرفی به دو بخش تقسیم می‌شوند:

الف. موضوعات عرفی که شارع برای آن حدودی وضع کرده است.

شهید اول به نمونه‌هایی از تصرفات شارع در موضوعات عرفی اشاره کرده و دلیل آن را آشکار نبودن این مفاهیم در نظر عرف دانسته است. در نظر شهید مسائلی چون: مقدار کر مرز بلوغ شرعی مقدار مسافت از این گونه است: «الامور الخفیه جرت عاده الشرع ان يجعل لها ضوابط ظاهره ومنه الاستنجااء... و القصر... و العقل» (شهید اول، ۲۷۸/۱) اموری که حدود آن عادت بر مردم پنهان می‌ماند روش شریعت بر آن است که برای آن حدود و ضوابطی روشن تعیین کند. از آن جمله است: تعیین تعداد سنگ در استنجااء [برای طهارت] و مقدار مسافت برای سفر شرعی و عقل از شرائط بلوغ شرعی. البته در تعیین این موارد و حدود تصرف شارع در موضوعات عرفیه بین فقهاء ضوابط مشخصی وجود ندارد. در موارد بسیار این بحث مطرح است که: آیا تعیین و نظر دادن شارع در موضوعات از باب شارعیت است و تجاوز از گفته شرع جایز نیست و یا نظر شارع به عنوان ارشاد عرف و تعیین مصداق بارز آن است و می‌توان در مواردی از آن عدول کرد. مسأله تعیین سنگ در استنجااء که شبهه آن را در محدوده تصرفات شرع قرار داده از این گونه است. در نظر بسیاری از فقهاء ملاک طهارت محل است نه تعداد سنگ.

ب. موضوعاتی که شارع در آن‌ها هیچ گونه تصرفی نفرموده و معیار دریافت مفاهیم و تعیین مصداق آن همان دریافت عرف است. پیامبر (ص) و ائمه (ع) نیز در تعیین مفاهیم و بیان مصداق به عرف رجوع کرده و بر اساس فهم عرفی به تشریع حکم می‌پردازند. شهید اول نیز در تعیین مفاهیم عرفی و فهم شرائط و اسباب و موانع و تعیین مصداق خارجی اشیاء عرف را ملاک گرفته و در این امور احتیاجی به نصب دلیل از ناحیه شرع نمی‌بیند. (همان، ۱۵۰) صاحب جواهر در سرتاسر کتاب خود در بیان مفاهیم و تعیین مصداق خارجی عرف را معیار شناخت آن‌ها قرار داده است و گستره مرجعیت عرف سرتاسر ابواب عبادات و معاملات را در بر می‌گیرد. از جمله در باب تعیین حدود کثرت و قلت کار خارج از نماز نوشته است: «بر تو پنهان نماند که در تبیین مسمای کثرت به عرف و عادت مردم می‌توان اکتفا کرد؛ چرا که این معیار مورد اجماع است و احتیاجی به نص مخصوص نیست.» (نجفی، ۶۰/۱۱) در تشریح این مطلب افزوده است که: «مقصود از رجوع به عرف مراجعه به فهم عرفی در تعیین احکام نیست تا اشکال شود که عرف را به تبیین حکم چه کار، بلکه مقصود از رجوع به عرف استفاده از عرف در صورت و موضوع حکم است؛ و بر این اساس می‌توان در تبیین مفهوم مبطلات نماز چون حدود طول دادن ذکر در وسط نماز، مقدار سکوت، جهیدن و... از عرف متعارف استفاده برد.» (همان، ۶۵)

صاحب جواهر در الفاظ و مصداق مربوط به قضا و شهادت نیز عرف را مرجع قرار داده است. در تعیین مدعی و منکر بعد از بیان معنای عرفی آن و رد به کارگیری دقت‌های عقلی در تعیین موضوع از ناحیه برخی از فقهاء نوشته است: «وعلی کل حال فالمرجع فیها العرف علی حسب غیرهما من الالفاظ التي لم تثبت لها حقیقه شرعیة ولاقرینه علی اراده معنی مجازی خاص.» (همان، ۳۷۱/۴۰)

به هر حال مرجع در تعیین مدعی و منکر عرف است بر همان روش و سیاق سایر الفاظی که در آن‌ها حقیقت شرعی به ثبوت نرسید؛ و قرینه‌ای نیز بر معنای غیر ظاهر در آن اراده نشده باشد.

البته قسم سوئی را هم می‌توان در نظر گرفت که آن، موضوعات لغویه است. فرق موضوع عرفی و موضوع لغوی این است که موضوع عرفی از مفاهیمی است که نزد عرف استعمال می‌شود و در عرف رایج و مستعمل است اما منظور از موضوع لغوی مفهومی است که در عرف استعمال نمی‌شود یا اگر هم استعمال می‌شود در غیر معنای سابقش استعمال می‌شود.

گاهی در تشخیص مفاهیم الفاظ و موضوعات، میان عرف و لغت، تعارض واقع می‌شود. در چنین مواردی عرف مقدم بر لغت است؛ زیرا حجیت قول لغوی مورد تأمل بوده و نزد بسیاری از فقهاء، فاقد دلیل معتبر شرعی است. در حالی که عرف مورد اعتماد شارع است و خطابات او با توجه به فهم عرفی صادر شده است.

است که بیشتر رونق یافته است. امام خمینی در کتاب البیع خویش در این باره می‌فرماید: «اگر موضوع، برگرفته از دلیل لفظی یا معقد اجماع باشد؛ برای تشخیص آن، باید به عرف رجوع کرد.» (خمینی، کتاب البیع، ۳۸/۱) بنا بر این تعریف اگر مدرک قاعده را آیات و روایات و یا اجماع بگیریم؛ در تبیین معنا و مفهوم اعانه باید به عرف مراجعه نمود.

نائینی در فوائد الاصول می‌گوید: «هیچ اشکالی در این نیست که مرجع در مفاهیم الفاظ و مدلول‌های آن، فقط عرف است؛ چه این عرف، موافق لغت باشد چه مخالف آن. اگر عرف عام بر خلاف لغت باشد، لغت هیچ اعتباری ندارد. الفاظ به حسب آن چه در اذهان اهل محاورات مرتکز می‌شود منصرف به مفاهیم عرفی‌اش می‌باشد.» وی سپس در ادامه متذکر می‌شود: «در تشخیص موضوعات خارجی، باید به عرف رجوع کرد.» (فوائد الاصول، ۵۷۴/۴)

امام خمینی در کتاب البیع در مورد چگونگی مرجعیت عرف معتقد است: «به طور کلی بررسی کبریات و تشخیص مصادیق (صغریات) در گرو عرف است.» (خمینی، کتاب البیع، ۲۵۸/۱)

اگر مبنای حرمت را حکم عقل به قبح تهیه اسباب و مقدمات معصیت بگیریم پس در این صورت باید دیدگاه عرفی در صدق مفهوم اعانه را کنار بگذاریم و تفصیلاتی که بیان شده دیگر به کار نمی‌آید زیرا حکم عقل تخصیص بردار نیست. حکم عقل قبح تهیه مطلق اسباب معصیت است. حکم عقل هم از تحصیل شرائط و اسباب معصیت به مطلق آن چه دخیل در معصیت است-مثل اخذ عشر از تاجر- سرایت نمی‌کند. اگر مستند حکم حرمت اعانه بر اثم، آیه شریفه باشد در این صورت مفهوم عرفی اعانه بر اثم مراد خواهد بود. (مجله فقه اهل البیت، ۱۱۱/۷)

مفهوم عرفی اعانه بر اثم در دیدگاه فقها

در لغت «معاونت» یا «اعانت» از ریشه عون به معنای یاری، دستگیری و پشتیبانی، جمع آن اعوان می‌باشد. (ابن منظور، ۴۸۴/۹؛ عبدالرحمن، ۲۲۲/۱) اثم نیز در لغت به معنای گناه است یعنی عملی که حلال نباشد. (ابن منظور، ۵/۱۲) البته علماء علم لغت، مراد از اثم را گناه عملی در مقابل گناه قلبی مانند حسد می‌دانند. (طریحی، ۵/۶) بنابراین در رابطه با گناه قلبی اعانه بر اثم صدق نمی‌کند.

پیش از بیان کلام فقها در این زمینه لازم به ذکر است که مراد از معین، شخصی است که

با مساعدت خویش، زمینه را برای تحقق اثم و معصیت فراهم می‌سازد. معان نیز کسی است که فاعل فعل حرام است که از سوی معین برای این عمل، مساعدت شده است و معان علیه همان اثم و معصیت است که در جهت تحقق آن، مساعدت و مباشرت صورت گرفته است.

اولین کسی که به این قاعده استدلال نموده است شیخ طوسی در کتاب مبسوطش می‌باشد که در آن جا به حرمت اعطاء زکات به فقیر عصیانگر و گنهکار فتوا داده است که دلیلش حرمت اعانه بر اثم بوده است. (طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ۲۵۱/۱) نظر ایشان مطلق است و هیچ اشاره‌ای به این ندارد که قصد معصیت باشد یا خیر بلکه مطلقاً حکم به حرمت داده است.

محقق حلی در شرایع نیز در کتاب التجاره به هنگام شمارش انواع مکاسب محرّمه، حکم به حرمت هر آنچه منجر به مساعدت و یاری رساندن به حرام شود؛ داده است؛ مانند فروش سلاح به دشمنان دین (حلی، شرائع الاسلام، ۳/۲)

شهید ثانی در مسالک ذیل کلام ایشان، دشمنان دین را به مسلمان و کافر تعمیم داده و دلیلش استناد به این قاعده بوده است. البته ایشان پس از این، قیدی را نیز اضافه نموده است و آن این که تنها زمانی حرام است که قصد مساعدت داشته باشد یا در حال جنگ و یا آمادگی برای جنگ باشند. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۲۳/۳)

علامه حلی در مختلف پس از بیان حکم ابن ادریس به جواز فروش چوب به کسی که از آن بت و صلیب می‌سازد می‌فرماید: «به نظر ما مشتمل بر مفسده است پس حرام می‌باشد؛ زیرا اعانه بر منکر می‌باشد.» (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۲۲/۵) همچنین در تذکره به خاطر اعانه بر معصیت بودن آن، حکم به حرمت وقف بر کلیساهای، کنیسه‌ها و آتشکده‌ها داده است. (حلی، تذکره الفقهاء، ۴۲۹)

محقق اردبیلی در زبده البیان در تفسیر آیه اعانه بر اثم، اعانه را در جایی صادق می‌داند که یا قصد باشد یا این که عرفاً عنوان اعانه صدق کند مثل جایی که ظالمی از شخصی چوب می‌خواهد تا دیگری را بزند؛ در این جا صرف اعطاء چوب توسط معین صدق می‌کند که اعانه محقق شده است ولو معین، قاصد بر این امر نباشد. (اردبیلی، ۲۹۸) اگرچه چنین تعریفی تا زمان محقق اردبیلی سابقه نداشته اما با کمی دقت می‌توان متوجه شد که کلام ایشان تا حدودی برگرفته از بیانی است که شهید ثانی در مسالک آورده است و قبلاً بدان اشاره شد. ایشان اعانه بر اثم را که محقق در بیع سلاح به دشمنان دین صادق دانسته است؛ در صورتی وارد دانسته

که شخص، قصد اعانه داشته باشد یا دشمن در حال جنگ و یا آمادگی برای جنگ باشد. در حال جنگ یا آماده بودن دشمن برای جنگ همانی است که محقق از آن، تعبیر به صدق عرفی نموده است. مثالی که ایشان نیز می‌زند موید کلام ما است؛ زیرا اعطاء چوب به ظالمی که همه شرایط برای او فراهم است تا دیگری را بزند مانند اعطاء سلاح به دشمنی است که آماده جنگ است و دیگری برای او سلاح می‌فرستد؛ بنابراین اگر هم نگوییم که کلام محقق همان کلام شهید است؛ می‌توان گفت که برگرفته از آن می‌باشد.

محقق کرکی در بحث وقف به مناسبتی می‌گوید اعانه بر اثم حرام است اما تعریفی از اعانه به میان نمی‌آورد. البته مثالی که ایشان در این باب می‌آورد به نوعی قاصد بودن را می‌رساند: وقف برای کمک به زنا کاران و وقف برای راهزنان. (کرکی، ۴۷/۹) ضمن این که شیخ انصاری از ایشان به عنوان اولین فقیهی نام می‌برد که قائل به مدخلیت قصد در مفهوم اعانه می‌باشد. (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۳۲/۱) البته می‌توان در کلام شیخ خدشه وارد ساخت؛ زیرا ثابت شد که پیش از محقق ثانی، شهید ثانی معتقد به اعتبار قصد در مفهوم اعانه بوده است. اگرچه که ایشان صراحتاً مفهوم قصد را وارد در عنوان اعانه ندانسته است مگر این که گفته شود مراد شیخ از این بیان این بوده است که محقق ثانی اولین کسی است که قصد را به تنهایی دخیل در عنوان اعانه می‌داند که البته این توجیه بعید است زیرا به نظر می‌رسد که شیخ یا به عبارت شهید ثانی در مسالک دسترسی نداشته و یا آن را به عنوان تعریفی از اعانه قبول نداشته است.

سبزواری در مهذب، در مبحث تروک احرام، پس از حرام دانستن صید حیوان بری؛ اعانه بر چنین صیدی را نیز حرام دانسته البته به شرط آن که معین، قصد صید داشته باشد. (سبزواری، ۱۳۷/۱۲)

صاحب ریاض در بحث فروش سلاح به دشمنان دین، حکم حرمت را مختص به جایی می‌داند که قصد اعانه باشد و در غیر این صورت حرمتی قائل نیست. (طباطبائی، ۱۴۴/۸) نراقی در عوائد الایام، برای اولین بار ضابطه دیگری را در تحقق مفهوم اعانه، شرط می‌داند. ایشان ملاک در معصیت و حرمت را عمل معین به قصد معصیت می‌داند چه معان علیه در خارج محقق شود چه نشود؛ در حالی که ملاک در تحقق اعانه را عمل معین به قصد معصیت به اضافه وقوع معان علیه در خارج می‌داند. (نراقی، ۷۹) وی معتقد است اگر کسی به

قصد حرام فعلی را مرتکب شود عملش از بابت قصدش حرام بوده حال اگر آن چه که وی بر وقوع آن اعانه کرده است واقع شود حرمتش از بابت اعانه بر اثم خواهد بود. (همان، ۷۹)

صاحب عناوین نیز ضابطه در مفهوم عرفی اعانه را یکی از این دو چیز می داند: ۱. قصد و نیت ۲. فعل و عملی که آنقدر به اعانه نزدیک است که جزء آن به شمار می رود. اگرچه که شخص معین، قاصد هم نباشد. مثل وزراء، عمال و جنود ظلمه که اگرچه قصد اعانه بر معاصی را ندارند اما صرف حضورشان در حکومت ظلمه موجب شوکت آنان خواهد بود. ایشان سپس بیان می دارند که در حرمت این فعل - اعانه بر اثم - تحقق معان علیه در خارج شرط نیست. سپس می فرمایند البته ممکن است گفته شود در اینجا که اثم در خارج محقق نشده است؛ حرمت آن از جهت دیگری غیر از اعانه است لیکن در نهایت این احتمال را رد می کند. (همان، ۵۶۸/۱)

در مفتاح الکرامه پس از نقل کلام محقق ثانی در مدخلیت قصد در عنوان اعانه آمده است که این کلام محقق متین است زیرا سیره مستمره حاکی از معامله مسلمانان در طعام و نوشیدنی شان با کفار حتی در ماه رمضان است با این که آن ها علم به این دارند که کفار از ثمن به دست آمده در اکل و شرب در این ماه استفاده می کنند با این که روزه نگرفتن در ماه رمضان حرام است. (عاملی، ۱۲۸/۱۲)

صاحب جواهر عنصر قصد را داخل مفهوم اعانه دانسته و با آوردن امثله دیگر نشان می دهد که صرف علم، نمی تواند محقق مفهوم اعانه باشد. (نجفی، ۳۲/۲۲)

شیخ انصاری در مکاسب محرمة مفصل تر از باقی فقها به این بحث پرداخته است. ایشان ابتدا گزارشی از آرای فقها در این زمینه بیان کرده و سپس با نقادی یک یک آراء، نظر خویش را بیان می دارد. ایشان در دو جا ضابطه برای مفهوم اعانه بیان می دارد. ابتدا می فرماید که حقیقت اعانه بر چیزی عبارت است از فعل، به قصد شیء (حرام) چه این که در خارج واقع شود چه نشود. (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۳۳/۱) ایشان سپس معیار دیگری برای صدق عرفی اعانه می آورد که در آن، قصد دخیل نمی باشد. ایشان با تفاوت قائل شدن بین مقدمه ای که منحصر در رسیدن به حرام است و مقدمه ای که چنین نیست می فرماید آن مقدمه ای که فایده و منفعتش عرفاً در حرام است؛ اعانه بر آن، اعانه بر حرام است؛ مانند رساندن چوب به دست ظالم برای زدن دیگری در حالی که وی برای چنین کاری چوب، طلب می کند. یا رساندن جام و ظرف به کسی که برای نوشیدن شراب، طلب جام می کند؛ اما اگر مقدمه از مقدماتی نباشد که فایده اش

منحصر در حرام باشد در این صورت عمل معین، مصداق اعانه نمی‌باشد... مانند این که معین خمر را به ملکیت خمار در آورد که در این جا منفعت تملیک عرفاً منحصر در خمر نیست حتی نزد خمار. (همان، ۱۴۰/۱)

وی چند سطر بعد در مقام نتیجه می‌گوید اگر بتوان موارد اعانه را از عرف تشخیص داد که همان، مفهوم اعانه است و در آن، اعانه صدق می‌کند. اما اگر از رای عرفی آگاه نبودیم؛ ظاهر این است که قصد معین در صدق معنای اعانه دخیل است. (همان، ۱۴۱/۱)

کاشف الغطاء در بحث وصیت به معصیت، کلامی دارند که مشعر بر این است که ایشان قصد را در تحقق اعانه لازم و دخیل می‌دانند. ایشان می‌فرماید وصیت به معصیت و هر آن چه که اعانه بر اثم تلقی می‌شود صحیح نمی‌باشد. سپس مثال می‌آورد: مثل وصیت به فاسقی که برای معصیت طلب یاری می‌کند و یا وصیت نسبت به ظالمی که برای ظلمش یاری می‌طلبد. (نجفی، تحریر المجله، ۵۹/۲) این که ایشان در مثال‌هایش در مورد معان، واژه «یستعین» را می‌آورد معلوم است که کسی که در مورد حرامی یاری می‌طلبد و دیگری به او یاری می‌رساند؛ قطعاً عمل معین همراه با قصد می‌باشد و الاً نیازی نبود که ایشان یاری طلبی معان را بیان نمایند.

رشتی در تعلیقش بر مکاسب در مسأله تشبیب، جنبه حرمت آن را از ابعاد مختلف بررسی می‌کند. ایشان یکی از ابعاد حرمت تشبیب را اعانه بر اثم می‌داند؛ البته در صورتی که به قصد تحریک شهوت فاسقان باشد. (رشتی، ۵۰۶)

مامقانی در شرح مکاسب، از قول محقق حلی تحقق اعانه بر اثم را در بیع سلاح به اعداء، منوط به یکی از این دو چیز می‌کند: ۱- قصد اعانه از سوی معین ۲- قیام به حرب از سوی اعداء، به طوری که با اعطاء سلاح، اعانه صدق کند. (مامقانی، ۵/۱) ایشان بعد از ذکر این مطلب می‌فرماید: «وبه يتحقق الاعانه» ضمن این که کلام ایشان بسیار مشابه کلام شهید ثانی است؛ هم صدا با شیخ انصاری نیز می‌باشد که یا قصد را در تحقق اعانه شرط می‌داند و یا این که بگوئیم عمل معین منحصر در فعل حرام است زیرا فروش سلاح به دشمنی که در حال قیام حرب علیه مسلمانان است فایده‌اش منحصر به همان حرب علیه مسلمانان است. ایشان با انتقاد از محقق اردبیلی که معیار را در مواردی که معین قاصد نباشد، صدق عرفی می‌داند می‌گوید در این موارد باید ملاک و مناط صدق عرفی واضح و روشن شود. ایشان به مثال محقق در مورد صدق عرفی اشکال گرفته که در آن جا وقتی شخص چوبی را به ظالمی می‌دهد

که مظلومی را بزند عرف می‌گوید که معطی قاصد بوده است؛ حال اگر او عذری آورد که غافل بوده دیگر عرف او را معین بر اثم نمی‌داند. (همان، ۵۸/۱) وی در پایان نظر عرف را جدای از قصد اعانه، وقوع معان علیه در خارج می‌داند؛ زیرا عرف در صورت عدم وقوع معان علیه حکم به عدم صدق اعانه می‌دهد. طبق این بیان، عرف در این مواقع نمی‌گوید «اعان» بلکه می‌گوید «اراد اعانته علیه». (همان، ۵۸/۱) پس می‌توان گفت ایشان نیز در تحقق اعانه علاوه بر قصد معین به صدور حرام، وقوع معان علیه در خارج را نیز شرط می‌داند.

سید یزدی پس از نقل کلام شیخ، قول به صدق اعانه با وجود علم معین می‌دهد؛ ولو این که قاصد نباشد. ایشان با فرق گذاشتن بین قصد و حبّ می‌فرماید که با وجود علم، قصد نیز همراه خواهد بود. (یزدی، ۷/۱)

میرزای شیرازی نیز در مباحث فروش عنب به خمّار و فروش سلاح به دشمنان دین، قصد معین را در تحقق اعانه شرط می‌داند. (شیرازی، ۵۰/۱)

ایروانی در تحقق اعانه بر اثم، علم معین به صدور حرام از سوی معان را شرط می‌داند و برای قصد، مداخلیتی قائل نیست زیرا اعانه را از عناوین واقعیه می‌داند نه از عناوین قصدیه. البته ایشان در تحقق اعانه وقوع معان علیه در خارج را شرط می‌داند. (ایروانی، ۱۴-۱۵) بنا بر نظر ایروانی اعانه عبارت است از مساعدت دیگری با انجام مقدمات فاعلی فعل او نه مطلق هر مقدمه‌ای که شامل مقدمات مادیه نیز می‌شود؛ به همین جهت است که تجارت تجّار و اخذ عشر از آنان اعانه بر اثم تلقی نمی‌شود. (همان، ۱۵)

میرزای نائینی در مداخلیت و یا عدم مداخلیت قصد، در صدق معنای اعانه قائل به تفصیل شده است. ایشان با بیان ضابطه‌ای بیان می‌دارد که هر فعلی که می‌تواند مقدمه حرام شود در صورتی که از آن فعل قصد صدور حرام از غیر باشد؛ آن عمل مصداق اعانه است و اگر از آن فعل قصد صدور حرام نشود؛ مصداق اعانه نخواهد بود و اگر فعل معین آخرین جزء از سلسله مقدمات موجب حرام باشد به طوری که به محض وقوع آن، حرام انجام خواهد شد؛ در این صورت فعل معین حتّی بدون قصد، مصداق اعانه بر اثم خواهد بود. (نائینی، منیه الطالب، ۲۷/۱) در واقع این تفصیلی است بین مقدمات قریبه و بعیده و شاید بتوان آن را این گونه تعبیر نمود که مراد از مقدمات قریبه که بدون دخالت قصد، محقق مفهوم اعانه می‌باشد؛ همان مقدماتی است که فایده‌اش منحصر در حرام می‌باشد و بازگشت آن هم به ملاکی است که شیخ ارائه داده بود.

آقای خوئی با نقل اقوال مختلف در مورد مفهوم اعانه، وجه‌ترین اقوال را معتبر دانستن وقوع معان‌علیه در خارج دانسته و قصد و علم را در تحقق اعانه دخیل نمی‌داند. (خوئی، ۱۷۶/۱) وی با ردّ دخالت علم و قصد معین در تحقق مفهوم اعانه؛ در تایید کلام خود اشاره‌ای به مفهوم اعانه در لغت و همچنین آیات و روایات دارد و نتیجه می‌گیرد که در کلام عرب و لسان شارع و معصومان در جایی که یاری رساندن بدون قصد بوده از واژه «اعانه» استفاده شده است؛ بنابراین عدم قصد در این مفهوم لحاظ شده و این، خود حاکی از این است که علم معین نیز به فعل معان تأثیری در صدق عمل معین بر اعانه ندارد. (همان، ۱۷۸/۱)

طبق نظر امام خمینی در این زمینه، بسته به این‌که مستند حرمت اعانه را چه بگیریم؛ معنایی که از آن لحاظ می‌شود متفاوت خواهد بود. اگر مبنای حکم به حرمت، قبیح تهیه اسباب معصیت باشد؛ دیگر موضوع حکم عقل، عنوان اعانه بر اثم نمی‌باشد؛ اما اگر مستند حکم، آیه «ولا تعاونوا علی الاثم و العدوان» باشد؛ بحث در مفهوم عرفی اعانه بر اثم خواهد بود. (خمینی، المکاسب المحرمه، ۲۱۰/۱)

ایشان در رابطه با عنصر قصد؛ اقرب را اعتبار آن، در صدق مفهوم اعانه می‌داند؛ زیرا ظاهر از اعانه شخص بر چیزی این است که بر تحقق آن شیء مساعدت کند و پشتیبان فاعل آن فعل باشد و این هم زمانی صادق است که معان را در رسیدنش به تحقق آن شیء کمک کند. (همان، ۲۱۲/۱)

با توجه به دیدگاه مقاصد الشریعه‌ای امام، وی مساله را از زاویه‌ای دیگر نیز مورد بررسی قرار داده و می‌فرماید شارع مقدس با نهی از اعانه بر اثم، ریشه کن کردن ماده فساد و منع از شیوع اثم و عدوان را خواسته است. در این‌جا تحقق هدف دورتر و مهم‌تر که همان ریشه‌کنی ماده فساد است را خواسته است. سپس ایشان در پایان با تعمیم حکم، قائل به حرمت تهیه اسباب معصیت برای کسی است که اهتمام به آن دارد؛ چه همراه با قصد معین باشد چه نباشد، چه معان‌علیه در خارج واقع شود و چه نشود. ایشان مؤید کلامشان را قبیح عقلی چنین عملی می‌دانند.^۱

تبریزی در ارشاد الطالب معتقد است که جای هیچ شکّی نیست که اعانه بر اثم در صورتی صادق است که حرام از غیر صادر شود؛ زیرا در غیر این صورت دیگر اعانه بر اثم معنی نخواهد داشت بلکه عناوین دیگری مثل تجرّی خواهد آمد. (تبریزی، ۹۲/۱)

۱. البته واضح است که ایشان تصرّفی در مفهوم عرفی اعانه نکردند و تنها با دیدگاه مقاصد الشریعه‌ای خود، حکم حرمت را تعمیم بخشیدند.

فاضل لنکرانی، وقوع معان علیه در خارج را شرط اساسی صدق اعانه بیان می‌دارد و می‌نویسد اگر کسی دیگری را در رسیدن به قصد اثم و معصیت یاری رساند ولی در خارج محقق نشود به هیچ عنوان، اعانه صدق نمی‌کند اگرچه که ممکن است از جهت دیگری چون تجرّی، فعل معین محکوم به حرمت شود. (فاضل لنکرانی، ۴۵۳) وی سپس در آخر کلام با بیان این که آنچه بیان شد در مقام تحدید ضابطه عرفی بود، می‌گوید در تحقق اعانه یکی از این دو چیز - به نحو مانعة الخلو - در مواردی که نصّی بر حرمت آن از جهت اعانه نیست؛ شرط است: ۱- قصد ترتّب فعل حرام؛ به این معنی که غرض از فعل و ایجاد مقدّمه، ترتّب حرام و وقوع آن در خارج باشد. ۲- فعل مشرف بر حرام باشد و عمل معین مکمل علت تامّه تحقق حرام باشد به طوری که عرفاً اعانه صدق کند اگرچه که معین قصد ترتّب حرام را نداشته باشد. (همان، ۴۵۷)

آقای منتظری با اشاره به کلام محقق ایروانی که اعانه را از عناوین قصديه ندانسته است می‌فرماید اگرچه که اعانه از عناوین قصديه نیست اما این به معنای عدم مدخلیت قصد در عنوان اعانه نیست بلکه از عناوین قصديه نبودن اعانه به معنای عدم توقف صدق اعانه بر قصد عنوان اعانه است و این منافاتی ندارد که در تحقق عنوان اعانه، قصد به ترتّب حرام از سوی معان لحاظ گردد. (منتظری، ۳۱۸/۲) پس وی نیز قاصد بودن معین را در تحقق اعانه شرط می‌داند هرچند مدخلیتی برای وقوع معان علیه در خارج قائل نیست (همان، ۳۱۸/۲)

برخی از معاصران معنای اعانه را چیزی غیر از معنای لغوی آن- یعنی مساعدت- نمی‌دانند و فهم عرفی را نیز منطبق بر آن می‌دانند. (تبریزی، ۹۲) تبریزی صدق عرفی را در صدق عنوان اعانه کافی می‌داند ولو اینکه معان علیه در خارج واقع نشود و حتّی قصدی در کار نباشد. ایشان حتّی پرداخت عشر به عمال ظلمه را نیز از مصادیق اعانه می‌داند که البته برای آن، حرمتی قائل نیست؛ بنابراین ایشان مفهوم وسیع‌تری از اعانه ارائه می‌دهد که هم شامل حکم حرمت و هم غیر حرمت می‌شود. همچنین در مواردی که علم به وقوع حرام از سوی معین نسبت به معان باشد اعانه صدق می‌کند چرا که به فرموده ایشان علم، از قصد جدا نمی‌باشد و در حقیقت این قصد است که در چنین حالتی از علم منتزع می‌شود. ایشان در پایان در مقام نتیجه‌گیری می‌گوید در هر جا که عرف، مصداق اعانه بودن را احراز کرد، اعانه صدق می‌کند و گرنه در صدق اعانه قصد معین مدخلیت دارد. (همان، ۹۴)

فقیه معاصر، مکارم شیرازی برای بررسی مفهوم اعانه ابتدا آن را ذیل عناوین قصديه می‌گنجاند و بیان می‌دارد که همیشه در صدق مفهوم اعانه، قصد دخیل است. ایشان در این باره می‌فرمایند که اعتبار قصد در مفهوم اعانه نه به خاطر این است که جزء عناوین قصديه است بلکه علت در این است که نسبت فعل اختیاری به فاعل آن، زمانی است که فاعل، قاصد آن فعل نیز باشد. همچنین بنا بر نظر ایشان در صدق اعانه لازم است که مقدمه‌ای که معین ایجاد می‌کند از مقدمات قریبه باشد؛ یعنی این طور نباشد که بین فعل معین و فعل معان، واسطه‌های مختلفی باشد. مثل این که شما انگور را به کسی بفروشید سپس او دانه‌های انگور را بکارد و انگور به دست آمده را بفروشد تا دیگری از آن، در تولید خمر بهره‌برد. در این جا فعل معین اولی نمی‌تواند مصداق اعانه بر اثم باشد. دلیل ایشان برای این مدعا صحت سلب عنوان اعانه در مقدمات بعیده است. وگرنه با علم اجمالی به این که افعال ما می‌تواند مقدمه باشد برای فعل حرام - بعد از چندین واسطه - باید در مورد آن‌ها اعانه صدق کند. شرط سوم ایشان برای تحقق اعانه این است که معان علیه در خارج تحقق یابد؛ زیرا در صورتی که تحقق نیابد دیگر اثمی نیست که اعانه بر آن، صدق کند. شرط چهارم نیز طبق دیدگاه ایشان این است که معین قصد ایجاد مقدمه را داشته باشد نه این که از فعل او چیزی صادر شود که مقدمه برای حرام باشد. (مکارم شیرازی، ۱۱۱-۱۱۳) پس وی تفصیل جدیدی ارائه نموده که برخلاف نظر مرحوم امام دایره اعانه را بسیار ضیق می‌کند زیرا قصد و مقدمه قریبه بودن، تحقق معان علیه در خارج و قصد ایجاد مقدمه را باهم شرط می‌دانند.

قمی در مورد مفهوم اعانه معتقد است در تحقق آن علم معین به معصیت و حرام شرط نیست و بر فرض اشتراط، انگیزه و قصد در تحقق مفهوم اعانه دخیل نیست. دلیل وی صحت حمل اعانه بر چنین مواردی است که البته عرف هم ناظر به این معنی است. (قمی، ۱۲) ضمن این که وی تحقق معان علیه در خارج را نیز شرط در صدق مفهوم اعانه نمی‌داند (همان، ۱۲) پس وی در واقع همان صدق عرفی را ملاک می‌داند.

روحانی نیز بر این باور است که با رجوع به مواردی که قصد در اعانه شرط نمی‌باشد ظاهر، عدم التزام به اعتبار قصد در مفهوم اعانه است؛ زیرا اعانه نمی‌تواند مشترک لفظی باشد که هم قید قصد داخل در عنوان آن باشد و هم نباشد و نمی‌توان تصویر جامعی از فعل بدون قصد در برخی موارد و فعل همراه با قصد در موارد دیگر داشت. (روحانی، ۱۴/۱۷۸) طبق نظر وی اعانه زمانی صادق است که معین مقدمات فاعلیه فعل معان را فراهم سازد و به خاطر

همین است که تجارت تاجر با وجود علم او به اخذ عشر توسط اعوان ظلمه حرام نمی‌باشد؛ نه این که به خاطر اعتبار قصد در مفهوم اعانه باشد. (همان، ۱۷۸/۱۴)

وی درباره عدم اعتبار وقوع معان‌علیه در خارج در مفهوم اعانه کلام شیخ انصاری را رد کرده و گفته است که اگر معان‌علیه در خارج واقع نگردد؛ اصلاً اثمی صورت نگرفته است بلکه فقط از باب تجرّی^۲ معصیت کرده است. سپس وی با نیکو شمردن قول شیخ مبنی بر این که در صورت تحقّق حرام (وقوع معان‌علیه در خارج) عقاب، متعدّد نخواهد شد؛ می‌گوید در صورتی که معان‌علیه در خارج محقّق شود، دیگر بر فعل معین تجرّی صدق نمی‌کند بلکه در این جا حقیقتاً معصیت صورت پذیرفته است در نتیجه یک عقاب و آن هم به خاطر اعانه بر اثم برایش متصور است. (همان، ۱۷۹/۱۴)

مازندرانی نیز مفهوم اعانه را به عرف حواله می‌دهد. (مازندرانی، ۱۱۷/۱) وی علم معین به این که معان‌علیه در صدد فعل حرام است را در تحقّق اعانه شرط می‌داند؛ چه همراه با قصد باشد چه نباشد. (همان، ۱۱۹/۱) البته وقوع معان‌علیه در خارج را هم شرط می‌داند زیرا به عقیده وی در صورت عدم تحقّق معان‌علیه دیگر عنوان اعانه بر اثم صدق نمی‌کند بلکه اعانه در جهت وصول به حرام صدق می‌کند که جز عنوان تجرّی عنوان دیگری بر آن صدق نمی‌کند. (همان، ۱۲۰/۱)

دسته‌بندی آرای فقها

با توجه به آن چه از اقوال فقها، بیان شد می‌توان نتیجه گرفت که در بیان مفهوم عرفی اعانه بر اثم اگرچه ظاهراً مفهوم بسیطی است اما تعاریف فقها بسیار مشتّت و متفاوت با یکدیگر است. فقهای متقدّم سعی‌شان بر این بود که معنا و مفهوم اعانه بر اثم را بیان نمایند صرف نظر از این که ضابطه عرفی برایشان مطرح کنند. از زمان محقق اردبیلی بحث از ملاک و ضابطه عرفی مطرح شد (اردبیلی، ۲۹۸) و اولین کسی که برای آن ضابطه معرفی کرد صاحب عناوین بود (مراغه‌ای، ۵۶۸/۱) و البته پس از او این مساله رایج شد. در این بخش ابتدا مفهوم اعانه بر

۲. تجرّی به معنای این است که با وجود این که علم به تحقّق معصیت داریم، نافرمانی کرده و مرتکب آن عمل شویم اما از قضا چون علم ما مطابق با واقع نبوده است؛ معصیت در خارج صورت پذیرفته است. (انصاری، فرائد الاصول، ۳۷/۱) حال در مورد این مساله نیز تجرّی مصداق پیدا می‌کند زیرا در صورتی که شخص با علم به وقوع معان‌علیه در خارج اقدام به اعانه دیگری نماید اگر معان‌علیه در خارج محقّق نشود تجرّی صورت پذیرفته است. البته در این مساله علاه‌ای چون شیخ برای تجرّی تنها قبح فاعلی قائل‌اند نه قبح فعلی در نتیجه شخص را عاصی نمی‌دانند (انصاری، فرائد الاصول، ۴۹/۱) و بر عکس علاه‌ای چون آخوند چنین شخصی را نیز عاصی می‌دانند. (آخوند خراسانی، ۲۵۹)

اثم از دیدگاه فقها را بیان نموده و پس از ذکر ادله سراغ ضابطه عرفی از معنی و مفهوم اعانه بر اثم از دیدگاه فقها می‌رویم. ملاک در تحقق اعانه بر اثم، تحقق عرفی آن است اما در صورت قصور فهم عرفی از مساله، فقها ملاک‌های دیگری را بیان می‌دارند که در ادامه بیان می‌گردد:

برخی فقها، فقط قصد معین را در تحقق اعانه شرط می‌دانند (شهید ثانی، ۳/ ۱۲۳؛ کرکی، ۹/ ۴۷؛ انصاری، المکاسب، ۱/ ۱۳۳) و برخی دیگر علاوه بر آن، وقوع معان علیه در خارج را نیز شرط می‌دانند. (نراقی، ۷۹) دسته دیگر تنها عنصر اخیر را دخیل در مفهوم اعانه می‌دانند. (خویی، ۱/ ۱۷۶) برخی از آنان علم به وقوع حرام را محقق اعانه بر اثم می‌دانند؛ چه قصد باشد چه نباشد؛ چه وقوع در خارج باشد چه نباشد. (ایروانی، ۱۴ و ۱۵؛ یزدی، ۱/ ۷) البته بسیاری از فقها برای مفهوم عرفی اعانه بر اثم ضابطه عرفی ارائه می‌دهند و در صورت قصور آن، قائل به یکی از اقوال فوق می‌شوند. (اردبیلی، ۲۹۸؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۱/ ۱۳۳؛ مراغه‌ای، ۱/ ۵۶۸؛ نائینی، منیه الطالب، ۱/ ۲۷)

با نگاهی به سیر تاریخی آرای فقها، می‌بینیم غالب فقهای بزرگی که ما از آن‌ها نقل قول کردیم قصد را داخل در مفهوم اعانه می‌دانند. هر چه به سمت فقه معاصر پیش می‌رویم مشاهده می‌شود که فقهای بیشتری به جای قصد، علم به ترتب حرام را در مفهوم اعانه اخذ نموده‌اند که البته با توجیهاتی که بیان می‌دارند معلوم می‌شود مرادشان از علم همان قصد معین می‌باشد.^۳ (یزدی، ۱/ ۷؛ ایروانی، ۱۴ - ۱۵؛ مازندرانی، ۱/ ۱۱۹) ضمن این که در فقه معاصر، بیش از گذشته بر روی مدخلیت وقوع معان علیه در خارج در تحقق مفهوم اعانه تکیه شده است؛ هرچند که تعداد آن‌ها زیاد نمی‌باشد.

چنان‌که اشاره شد فقها در مسأله مذکور برای صدق مفهوم اعانه، عرف را مرجع و مبنا قرار داده‌اند اما در جایی که ما نتوانستیم ملاکی برای مفهوم عرفی اعانه بر اثم ارائه دهیم؛ در رابطه با مدخلیت سه عنصر قصد، علم و وقوع معان علیه در خارج سه قول عمده در میان کسانی که به این مساله پرداخته‌اند دیده می‌شود:

۱- از ابتدا تا زمان سید یزدی تمامی فقهایی که به بررسی مفهوم اعانه پرداخته‌اند؛ عنصر قصد را داخل در مفهوم اعانه دانسته و دخالتی برای وقوع معان علیه در خارج در صدق مفهوم اعانه قائل نیستند. (شهید ثانی، ۳/ ۲۷۰؛ اردبیلی، ۲۹۸؛ کرکی، ۹/ ۴۷؛ سبزواری، ۱۳/ ۱۳۷؛

۳. نباید بین قصد به مفهوم شوق، انگیزه و داعی و قصد به مفهوم آخرین مرحله اراده که همان فعل اختیاری است خلط شود. قصدی که مورد نظر فقهاء بوده و داخل در مفهوم اعانه است، همان معنای اولی است که بدان اشاره شد.

انصاری، ۱/ ۱۳۳) بعد از سید یزدی و در میان فقهای معاصر نیز این نظریه بیشترین شهرت را دارد. (شیرازی، ۱/ ۵۰؛ نائینی، منیة الطالب ۱/ ۲۷؛ خمینی، ۱/ ۲۱۲؛ منتظری، ۲/ ۳۱۸)

۲- از زمان سید یزدی تعدادی از فقها عنصر علم را بدل از قصد، داخل در عنوان اعانه دانسته‌اند (یزدی، ۱/ ۷؛ ایروانی، ۱۴) که البته در همین دوره نیز اکثرا قائل به عدم مداخلت عنصر علم هستند.

۳- نراقی اولین نفری بود که در صدق مفهوم اعانه، قائل به مداخلت وقوع معان‌علیه در خارج شد. (نراقی، ۷۹) این نظریه در بین معاصران او طرفداری نداشت اما به مانند مداخلت علم به جای قصد در صدق مفهوم اعانه، این وجه نیز در بین فقهای معاصر از زمان مامقانی جا باز کرد (مامقانی، ۱/ ۵۸) و تنی چند از فقها نیز تا زمان حاضر ایشان را در این نظریه همراهی نموده‌اند. (خوئی، ۱/ ۱۷۶؛ تبریزی، ۱/ ۱۹۲؛ فاضل لنگرانی، ۴۵۷؛ مکارم شیرازی، ۱۱۱؛ روحانی، ۱۴/ ۱۷۹) البته در بین فقهای معاصر نیز چنان‌که اشاره شد، اکثرا قائل به مداخلت عنصر قصد و عدم مداخلت وقوع معان‌علیه در خارج هستند.

بررسی ادله آرای فقها

در این بخش به دلایل مهم هر یک از اقوال مختصر اشاره‌ای می‌شود:

قول اول

۱- قائلان به مداخلت عنوان قصد در مفهوم اعانه بر اثم پس از معنای لغوی اعانه^۴ که در آن عنصر قصد گنجانده شده است؛ دلیلشان مبتنی بر روایات باب است که علم را داخل در مفهوم اعانه بر اثم نمی‌داند (و باتوجه به این‌که احدی از فقها جز در موارد انطباق مفهوم اعانه بر اثم بر عرف، انجام مقدمات فعل معان بدون علم و قصد را اعانه بر اثم نمی‌داند؛ نفی یکی از این دو وجود دیگری را اثبات می‌کند).^۵

مانند «روایة أبی کهمس قال: سأل رجل أبا عبد الله - علیه السلام - عن العصیر، الیان قال (ع): هو ذا، نحن نبيع تمرنا ممّن نعلم أنّه یصنعه خمرًا» (حر عاملی، ۱۲/ ۱۷۰) و یا روایات

۴. امام خمینی در رابطه با عنصر قصد؛ اقرب را اعتبار آن، در صدق مفهوم اعانه می‌داند؛ زیرا ظاهر از اعانه شخص بر چیزی این است که بر تحقق آن شیء مساعدت کند و پشتیبان فاعل آن فعل باشد و این هم زمانی صادق است که معان را در رسیدنش به تحقق آن شیء کمک کند. (خمینی، المکاسب المحرمه، ۲۱۲/۱)

۵. مگر این‌که به مانند برخی از فقهاء، مفهوم قصد و علمی که دخیل در صدق عنوان اعانه است را یکی بدانیم.

دیگری که حضرت با وجود علم به صرف در کار حرام، فراهم سازی مقدمات آن را بلا اشکال دانسته‌اند. (وسائل، ۱۲/۱۶۹)

۲- سیره مسلمانان: سیره مستمره حاکمی از معامله مسلمانان در طعام و نوشیدنی‌شان با کفار حتی در ماه رمضان است با این که آن‌ها علم به این دارند که کفار از ثمن به دست آمده در اکل و شرب در این ماه استفاده می‌کنند با این که روزه نگرفتن در ماه رمضان حرام است. (عاملی، ۱۲۸/۱۲)

قول دوم

۱- روایات معارض با روایات قول اول که در آن وجود علم مانع از انجام مقدمات عمل حرام شده است:

«روایة عمرو بن حرث عن التوت أبيه مَن يصنع الصليب أو الصنم؟ قال: «لا.» (حر عاملی، ۱۲۷/۱۲)

پاسخ

مهم‌ترین وجه جمعی که برای این دسته از روایات آمده وجه جمعی است که شیخ آورده است که اعتقاد دارد روایات مانعه، بر کراهت دلالت می‌کند. (انصاری، المکاسب المحرمه، ۱۳۱/۱)

۲- اعانه از عناوین واقعیه است نه از عناوین قصديه بنابراین عنصر قصد نمی‌تواند داخل در مفهوم اعانه باشد. (ایروانی، ۱۵) عمده دلیل طرفداران این قول همین است.

پاسخ

آ- اگرچه که اعانه از عناوین قصديه نیست اما این به معنای عدم مدخلیت قصد در عنوان اعانه نیست بلکه از عناوین قصديه نبودن اعانه به معنای عدم توقف صدق اعانه بر قصد عنوان اعانه است و این منافاتی ندارد که در تحقق عنوان اعانه، قصد به ترتب حرام از سوی معان لحاظ گردد. (منتظری، ۳۱۸/۲)

ب- برخی از طرفداران این قول معتقدند که معنی و مفهومی که از علم به وقوع حرام می‌شود همانی است که دیگر فقها به آن قصد می‌گویند و معتقدند که با وجود علم، قصد نیز محقق خواهد شد. (یزدی، ۷/۱؛ تبریزی، ۹۴)

اگر در روایاتی هم مفهوم اعانه بدون قصد لحاظ شده باشد اولاً در تحقق اعانه بر اثم با موارد دیگر فرق قائلیم زیرا در اینجا مستند ما روایات و کلام فقها است. ضمن این که ممکن است روایتی مفهوم عرفی اعانه را لحاظ کرده باشد که ما در آن بحثی نداریم؛ زیرا کلام ما در جایی است که فهم عرفی معنا و مفهوم اعانه بر اثم برای ما روشن نباشد.

قول سوم

عرف در صورت عدم وقوع معان‌علیه حکم به عدم صدق اعانه می‌دهد. عرف در این مواقع نمی‌گوید «اعان» بلکه می‌گوید «اراد اعانته علیه». (مامقانی، ۱/ ۵۸؛ تبریزی، ۱/ ۹۲) در صورتی که معان‌علیه در خارج تحقق نیابد دیگر اثمی نیست که اعانه بر آن، صدق کند. (مکارم شیرازی، ۱۱۱) بلکه عنوان تجرّی بر آن، صدق می‌کند. (روحانی، ۱۴/ ۱۷۹؛ مازندرانی، ۱/ ۱۲۰)

پاسخ

در پاسخ به این قول هم به دیدگاه عرفی مراجعه می‌شود. وقتی شخصی دیگری را در رسیدن به معصیتی یاری می‌رساند در همان زمان به او معین بر اثم و معصیت گفته می‌شود بدون این که منتظر تحقق معان‌علیه در خارج باشیم و این همان نظر عرفی است که ملاک ما در مساله است. اگر ما در صدق معنای اعانه بر اثم، معتقد به تحقق معان‌علیه در خارج باشیم در واقع به این معتقد شده‌ایم که وقوع معان‌علیه در خارج، به عنوان شرط متأخر در تحقق معنای اعانه است که هیچ کس قائل به آن نیست. (خمینی، ۱/ ۲۱۱) ضمن این که در هیچ یک از نصوص، حرمت اعانه بر اثم را منوط به تحقق آن در خارج نساخته است و همین که شخص از معصوم (ع) در رابطه با انجام مقدمات فعل حرام از سوی معان (مثل فروش چوب برای تولید بت و یا فروش انگور برای تهیه شراب) سوال می‌پرسد، معصوم (ع) بدون موقوف کردن آن به تحقق در خارج، آن را جایز ندانسته‌اند. (حرّ عاملی، ۱۲/ ۱۲۷) بنابراین چون اینجا نصّ خاص داریم، حرمت آن از باب نصّ خاص است نه از باب تجرّی.

ضابطه عرفی تحقق اعانه بر اثم

با نگاه به آرای فقها متقدم و متاخر می‌بینیم که ضابطه‌هایی که برای تحقق عرفی اعانه بر اثم ارائه نموده‌اند؛ اگرچه در لفظ متفاوت است ولی بازگشت همگی به یک ضابطه است. بنا بر نظر فقها، اعانه بر اثم زمانی صادق است که عرفاً اعانه صدق نماید. حال برای ضابطه عرفی آن، اظهار نظرهای مختلفی نموده‌اند که با دقت در آن‌ها معلوم می‌شود که بازگشتشان به یک مفهوم است، اگرچه که در نحوه بیان آن تفاوت است.

شهید ثانی فروش سلاح به دشمنان دین را در صورتی مصادق اعانه بر اثم می‌داند که دشمن یا در حال جنگ باشد و یا در حال آمادگی برای جنگ. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۲۳/۳)

محقق اردبیلی اولین کسی است که برای رسیدن به مفهوم اعانه بر اثم، بیان ضابطه عرفی را

مطرح نموده است اگرچه خود ملاکی برای آن ذکر نکرده (اردبیلی، ۲۹۸) هرچند قبل از او شهید اول در قالب مثال به آن توجه نموده است. مثال محقق اردبیلی جایی است که ظالمی از شخصی چوب می‌خواهد تا دیگری را بزند؛ در این جا صرف اعطاء چوب توسط معین صدق می‌کند که اعانه محقق شده است ولو معین، قاصد بر این امر نباشد. (همان)

ضابطه عرفی صاحب عناوین برای تحقق مفهوم عرفی اعانه، فعل و عملی است که آنقدر به اعانه نزدیک است که جزء آن به شمار می‌رود. مثل وزراء، عمال و جنود ظلمه. (مراغه‌ای، ۵۶۸/۱)

البته کلام ایشان نیز قابلیت آن را دارد که برگرفته از کلام شهید ثانی یا محقق اردبیلی بدانیم؛ زیرا شهید که فرمود بیع سلاح به دشمنی که در حال جنگ یا آماده سازی برای جنگ است بدون قصد به دلیل مساعدت و یاری رساندن به حرام، حرام می‌باشد ممکن است به دلیل نزدیکی انطباق این عمل بر اعانه بوده باشد. هم چنین در کلام و مثال صاحب عناوین در این باره می‌توان قائل به صدق عرفی شد؛ تنها فرقی این است که ایشان برای این صدق عرفی ضابطه‌ای بیان نکرده در حالی که محقق اردبیلی ضابطه‌ای آورده و تنها به ذکر مثال مفهوم، اکتفا نموده است.

شیخ انصاری با تفاوت قائل شدن بین مقدمه‌ای که منحصر در رسیدن به حرام است و مقدمه‌ای که چنین نیست می‌گوید مقدمه‌ای که فایده و منفعتش منحصر در حرام است؛ اعانه بر آن، اعانه بر حرام و اثم است. (انصاری، کتاب المکاسب، ۱/۱۴۰) مثالی که ایشان می‌زند عیناً همان مثال محقق اردبیلی است. (همان)

این که شیخ انصاری ضابطه عرفی در مفهوم اعانه را در مقدمه‌ای می‌داند که فایده‌اش در حرام باشد؛ همان صدق عرفی در کلام محقق اردبیلی است که ایشان برای آن ضابطه‌ای بیان ننموده است. ضابطه‌ای که شهید ثانی آن را به بیان دیگری و مثال دیگری آورد یعنی بیع سلاح به دشمنان دینی که در حال جنگ یا آماده‌سازی برای جنگ می‌باشند. در آن جا نیز شهید می‌توانست ضابطه «مقدمه‌ای که فایده‌اش منحصر در حرام است» را بر مثالش منطبق سازد. هم چنین این ضابطه نیز مشابه ضابطه صاحب عناوین است که نزدیکی عمل به اعانه را مصداق اعانه دانسته است؛ زیرا در جایی که قصد نباشد و مقدمه فراهم شده از سوی معین منحصر در حرام باشد، ضابطه صاحب عناوین صدق می‌کند تنها با این تفاوت که ضابطه شیخ انصاری روشن‌تر و شفاف‌تر از ضابطه بیان شده از سوی صاحب عناوین است.

میرزای نائینی معتقد است اگر فعل معین آخرین جزء از سلسله مقدمات موجب حرام باشد به طوری که به محض وقوع آن، حرام انجام خواهد شد؛ در این صورت فعل معین حتی بدون

قصد، مصداق اعانه بر اثم خواهد بود. (نائینی، منیة الطالب، ۱/ ۲۷) در واقع این تفصیلی است بین مقدمات قریبه و بعیده و شاید بتوان آن را این گونه تعبیر نمود که مراد از مقدمات قریبه که بدون دخالت قصد، محقق مفهوم اعانه می‌باشد؛ همان مقدماتی است که فایده‌اش منحصر در حرام می‌باشد و بازگشت آن هم به ملاکی است که شیخ ارائه داده بود.

فاضل لنکرانی در رابطه با ضابطه مفهوم عرفی اعانه بر اثم معتقد است که اعانه باید فعل مشرف بر حرام باشد و عمل معین مکمل علت تامه تحقق حرام باشد به طوری که عرفاً اعانه صدق کند اگرچه که معین قصد ترتب حرام را نداشته باشد. (لنکرانی، ۴۵۷) کلام وی در واقع تعبیر دیگری است از ملاک و ضابطه میرزای نائینی یعنی تفاوت بین مقدمات قریبه و بعیده؛ زیرا مشرف بر فعل حرام همان مقدمه‌ای است که به محض وقوع آن، حرام انجام خواهد شد. بنا بر نظر آقای مکارم در صدق اعانه لازم است که مقدمه‌ای که معین ایجاد می‌کند از مقدمات قریبه باشد؛ یعنی این طور نباشد که بین فعل معین و فعل معان، واسطه‌های مختلفی باشد. (مکارم شیرازی، ۱۱۱) این ملاک و ضابطه همانی است که میرزای نائینی بیان نموده است.

واضح‌ترین ضابطه از مفهوم عرفی اعانه بر اثم همانی است که شیخ اعظم بیان کرد. این برداشت هیچ تفاوت ماهوی با آنچه سایر فقها ارائه نموده‌اند - مخصوصاً فقهای معاصر - ندارد و ما فقط به خاطر سادگی این ملاک، آن را بر سایر ملاک‌ها ترجیح می‌دهیم. با نگاه به مثال‌هایی که هر یک از فقها در رابطه با ضابطه عرفی اعانه بر اثم آورده‌اند - که امکان تکرار همه آن امثله در این بخش نبود و در جای خود آورده شده است - متوجه وحدت ضابطه نزد همه آن فقها می‌باشیم؛ زیرا تمامیان مثال‌ها بر تمامی این ضوابط قابل انطباق است.

در واقع آن چیزی که این آرا را به هم نزدیک می‌کند این نکته است که ضابطه عرفی در رابطه با این که بر یک عمل چه زمانی عنوان اعانه بر اثم صدق می‌کند نزد همه یکی است و آن، جایی است که عرفاً این عمل منجر به حرام گردد. بازگشت تمام ضابطه‌ها به همین نکته است و تنها ادبیات بیان آن‌ها با یکدیگر متفاوت است. برای همین است که هیچ یک از فقها، ضابطه عرفی دیگری را ردّ ننموده است و تنها سعی بر ارائه ضابطه‌ای ساده‌تر و ملموس‌تر نسبت به سایر آرا داشته‌اند.

هدف از بیان سیر تاریخی آرای فقها در رابطه با مفهوم اعانه بر اثم این بود که معلوم گردد بازگشت ملاک فقها در رابطه با مفهوم عرفی اعانه بر اثم یکی است البته با تفاوت در نحوه بیان. از طرفی هرچه به سمت معاصر پیش می‌رویم - از زمان میرزای نائینی تا کنون - ملاک و

ضابطه رنگ واحدی به خود گرفته است و این به خاطر این است که مقتضیات زمانی در معرفّی ضابطه عرفی مؤثر است. (سبحانی، دراسات ۴۳)

دلیل تفاوت آرا

همان‌طور که قبلاً بیان شد اگرچه که غالب به اتفاق فقها، تعریفشان از اعانه را مستند به فهم عرفی می‌کنند اما اختلاف آرا در این فهم عرفی بسیار زیاد است. دلیل این اختلاف آرا به خاطر آن است که در فقه و اصول ما ضابطه‌ای برای فهم عرفی بیان نشده است. البته در این بین برخی فقها اصلاً برای مفاهیم عرفی ضابطه‌ای دقیق که در تمام موارد گره‌گشا باشد؛ قائل نیستند و معتقدند که عرف خود، مفاهیم را بر مصادیقش منطبق می‌کند. (سبحانی، المختار ۴۱۴)

البته دلیل دیگری که برای تفاوت آرای فقها در متفاهم عرفی می‌توان بیان کرد؛ تفاوت مقتضیات و ازمه و محیط‌هایی است که فقها در آن رشد نموده و با آن‌ها برخورد داشته‌اند. سبحانی در کتاب دراساتش به هنگام بحث از خیار غبن و ملاک کشف قلت و کثرت در تفاوت قیمت‌ها می‌گوید که مرجع در این رابطه عرف است اما نظر عرف از وجوه مختلفی متفاوت است که از جمله آن‌ها ویژگی‌های بیع و اختلاف زمان و مکان‌ها است. (همان، ۴۳)

محمدتقی حکیم نیز در کتاب اصولی‌اش می‌نویسد: «در مواردی که در تشخیص مفاهیم، به عرف مراجعه می‌شود تفاوت احکام را شاهد هستیم که به خاطر تفاوت موضوعاتی است که ناشی از اختلاف عرف با توجه به اختلاف زمان‌ها و محیط‌ها است.» (حکیم، ۴۰۸)

این مطلب در مسأله ما نیز نمود پیدا می‌کند. چرا که اولاً ضابطه‌ای از مفهوم عرفی در فقه و اصول ما بیان نشده است تا بتوانیم با استمداد از آن‌ها ضابطه‌ای برای مفهوم عرفی اعانه پیدا کنیم. ثانیاً با نگاه به سیر تاریخی آرای فقها، روشن می‌شود که تفاوت زمانی و مکانی که بین فقها بوده است؛ تاثیر بسیاری بر این تفاوت آرا گذاشته است. به طوری که برای فرار از بیان این ضابطه‌ها عدّه‌ای از فقها ملاک در مفهوم اعانه را مواردی دانسته‌اند که فهم عرف بر آن منطبق باشد. (اردبیلی، ۲۹۸) ضمن این که فقها در هر مسأله‌ای که در آن به فهم عرف رجوع می‌کنند-مثلاً بحث زکات، خیار غبن و مانحن فیه- سعی در ارائه ملاک در آن مورد خاص دارند بدون این که آن را قابل تعمیم در تمام ابواب فقهی بدانند.

جمع‌بندی آرا

اگر بخواهیم از مجموع آرای فقها در این زمینه به یک جمع‌بندی برسیم آن، این است که در تحقق مفهوم اعانه باید به عرف مراجعه نمود تا ببینیم عرف چه مواردی را تحت این عنوان می‌گنجاند. ضوابطی که فقها در مورد صدق عرفی آورده‌اند بسیار مشابه یکدیگر است و شاید مناسب‌ترین آن‌ها همان ملاک و ضابطه شیخ باشد که اگر مقدمه‌ای منحصر در حرام باشد؛ اعانه بر آن مصداق اعانه بر اثم خواهد بود ولو این که معین در فعلش قاصد نباشد. حال اگر متفاهم عرفی بر ما روشن شد که همان اعانه بر اثم خواهد بود و آلا در شناخت مفهوم اعانه باید به قدر متیقن آن بسنده کرد که همان قاصد بودن معین است که پیش از این در ملاک بودن آن در صورت قصور فهم عرفی سخن به میان آمد.

نتیجه‌گیری

قاعده اعانه بر اثم با توجه به مؤیداتی که از قرآن، روایات و دلیل عقل دارد؛ غیر قابل خدشه می‌باشد. با توجه به این که اعانه از جمله موضوعات خارجیه است برای پی بردن به مفهوم آن، باید به عرف مراجعه نمود. به خاطر نبود ملاک واحد در رابطه با مفهوم عرفی، فقهای شیعه از ابتدا تا کنون ضوابط مختلفی در مورد مفهوم عرفی اعانه ارائه داده‌اند که البته با وجود تفاوت در بیان، قابل انطباق بر یکدیگر است. با توجه به آن چه که از بررسی کلام فقها و ادله‌شان بیان شد به نظر می‌رسد هر کجا که به صدق عرفی اعانه یقین وجود داشت؛ در آن جا اعانه بر اثم صادق است و هر جا که فهم عرفی آن بر ما محل شک و شبهه بود؛ ملاک در قاصد بودن معین است تا اعانه بر اثم صدق کند. در نتیجه وقوع معان‌علیه در خارج شرط نخواهد بود. از آرای فقها چنین برداشت می‌شود که بهترین ملاک برای صدق عرفی اعانه بر اثم، انحصار مقدمه‌ای که دیگری در مورد آن یاری رسانده؛ در حرام است و این ضابطه ضمن بساطت معنی، قابل انطباق بر ضوابط دیگری است که در این مورد بیان گردیده است.

منابع

- ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین، *عوالی اللالی العزیزیه*، قم: دار سید الشهداء و للنشر، ۱۴۰۵ ق.
 ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
 ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت: دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
 انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۱ ق.
 ایروانی، علی، *حاشیه المکاسب*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
 آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم: موسسه آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ ق.

- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهية*، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- تبریزی، جواد، *ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب*، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
- جمعی از مؤلفین، *مجله فقه اهل البيت*، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، بی تا.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوين الفقهية*، بی جا، بی تا.
- حکیم، محمدتقی، *الاصول العامة*، نجف: المجمع العالمی لاهل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- خمینی، روح الله، *المکاسب المحرمه*، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
- _____، *کتاب البيع*، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، بی جا، بی تا.
- رشتی، حبیب الله بن محمدعلی، *التعليق على مکاسب الشيخ الانصاری*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۱۶ ق.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق (ع)*، قم: دار الکتاب، ۱۴۱۲ ق.
- سبحانی، جعفر، *المختار فی احکام الخیار*، قم: موسسه اما صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط*، قم: المركز العلمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
- سبزواری، عبد الاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم: دفتر آیه سبزواری، ۱۴۱۳ ق.
- سیفی، علی اکبر، *مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهية الاساسية*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم: کتابفروشی مفید، ۱۴۰۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- شهیدی تبریزی، میرفتاح، *هدایة الطالب الى اسرار المكاسب*، تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
- شیرازی، محمد تقی، *حاشية المكاسب*، قم: منشورات الشریف الرضی، ۱۴۱۲ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسین بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دارالاحیاء و التراث العربی، بی تا.
- طباطبایی قمی، تقی، *الانوار البهیة فی القواعد الفقهية*، قم: محلّاتی، ۱۴۲۳ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم: موسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

- عبد الرحمن، محمود، *معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهيه*، بی جا، بی تا.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
- _____، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: اسلامی، ١٤١٣ ق.
- فاضل موحّدی لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهیه*، قم: چاپخانه مهر، ١٤١٦ ق.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، *انوار الفقاهة*، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ١٤٢٢ ق.
- کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجلة*، نجف: المكتبة المرتضویه، ١٣٥٩ ق.
- کاشف الغطاء، مهدی، *احکام المتاجر المحرمة*، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ١٤٢٣ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ١٤٠٧ ق.
- مامقانی، عبدالله، *غایه الآمال فی شرح کتاب المكاسب*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، ١٣١٦ ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار*، بیروت: مؤسسة الطبع و النشر، ١٤١٠ ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بی جا، ١٤١١ ق.
- مرعشی، محمد حسن، *دیدگاه های نو در حقوق*، تهران: میزان، ١٤٢٧ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدہ البیان فی احکام القرآن*، تهران: المكتبة الجعفریه، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم: مدرسه امام امیرالمومنین (ع)، ١٤١١ ق.
- منتظری، حسین علی، *دراسات فی المكاسب المحرمة*، قم: نشر تفکر، ١٤١٥ ق.
- نائینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، بی جا، بی تا.
- _____، *منية الطالب فی حاشیه المكاسب*، تهران: المكتبة المحمدیه، ١٣٧٣ ق.
- نجفی تبریزی، محمد حسین، *تحلیل الکلام فی فقه الاسلام*، تهران: امیر قلم، ١٤١٣ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام*، بی جا، بی تا.
- همدانی، رضا بن محمد هادی، *حاشیه کتاب المكاسب*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٦ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المكاسب*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٢١ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۱۸۱-۱۵۹

درآمدی بر قاعده زوال مانع (بازگشت ممنوع در صورت زوال مانع)*

دکتر علیرضا عابدی سرآسیا

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: a-abedi@um.ac.ir

عادلہ رحمانی

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: a67.rahmani@yahoo.com

چکیده

یکی از قواعد پرکاربرد در فقه، قاعده زوال مانع است که با عبارت «إذا زال المانع عاد الممنوع» از آن تعبیر می‌شود. کاربرد این قاعده در امور شرعی ثمرات مهمی دارد؛ زیرا مانع در امور شرعی می‌تواند از نفوذ حکم اولی جلوگیری کرده و موجب تنجز و فعلیت حکمی ثانوی گردد. کاربرد قاعده زوال مانع، در این حیطة بدان معناست که اگر حکمی وضعی یا تکلیفی به خاطر وجود مانعی، غیر نافذ گشته باشد پس از برطرف شدن آن مانع، حکم ثانویه غیر قابل اجرا گشته و حکم اولیه دوباره در حق مکلف نافذ می‌گردد. متأسفانه این قاعده علی‌رغم کاربرد فراوانی که در حیطة احکام ثانویه و احکام حکومتی دارد و با وجود استناد فراوان بدان در کتب فقهی، مورد بحث و بررسی مستقل قرار نگرفته و به حدود و ثغور و ضوابط اجرا یا شرایط حجیت آن پرداخته نشده است و از این رو شاهد کاربرد نادرست این قاعده در برخی متون می‌باشیم. بنابراین به منظور روشن شدن جوانب امر، با روشی توصیفی-تحلیلی و با ابزار گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای و اسنادی، ابتدا به تعریف دقیق و جامع مانع پرداخته شده و تفاوت آن با موارد مشابه نظیر رافع، قاطع، و عذر بیان گشته و سپس به مقایسه این قاعده با قواعد مشابه یا مرتبط نظیر قاعده «الضرورات تبیح المحظورات»، «الضرورة تقدر بقدرها»، «ماجاز لعذر بطل بزواله» و «الساقط لا يعود» پرداخته شده است. همچنین پس از بررسی ادله قاعده (نظیر تنقیح مناط و الغای خصوصیت، دلیل عقلی و بنای عقلا)، با توجه به کاربرد و ماهیت قاعده، نه شرط برای اجرا یا حجیت آن ترسیم شده است.

کلیدواژه‌ها: قواعد فقه، قاعده زوال مانع، قاعده بازگشت ممنوع، قاعده اذا زال المانع عاد

الممنوع.

مقدمه

دانسته است که قواعد فقهی نقش مهمی در استنباط احکام از یک سو، و فهم و تحلیل احکام مستنبط از دیگر سو دارند. یکی از این قواعد، قاعده بازگشت ممنوع در صورت زوال مانع است که آن را به اختصار، قاعده زوال مانع یا قاعده بازگشت ممنوع می‌نامیم. به رغم اینکه این قاعده در کلام فقها به کرات استفاده شده و مورد استناد قرار می‌گیرد، اما به طور مستقل مورد بحث و بررسی قرار نگرفته و مانند سایر قواعد فقه، به مستندات، شرایط و استثنائات آن پرداخته نشده است که این مقاله در صدد بررسی این مسأله می‌باشد.

بر اساس این قاعده اگر مانعی جلوی نفوذ حکمی را بگیرد و از اجرا شدن آن جلوگیری نماید، پس از زایل شدن آن مانع، حکمی که به خاطر وجود مانع اجرا نمی‌شد (ممنوع)، به حالت قبلی خود باز می‌گردد.

از این قاعده معمولاً با عبارت «اذا زال المانع عاد الممنوع» (هنگامی که مانع برطرف شد، ممنوع باز می‌گردد) (جمعی از علماء، ۱۹/۱؛ زحیلی، ۵۰۶/۱؛ جمعه، ۶۲؛ الغزّی، ۳۱۶/۱؛ حیدر، ۳۹/۱؛ الباسین، ۵۳۸؛ محقق داماد، ۴، ۱۴۵؛ بهرامی، ۱۸۳/۱؛ شبیر، ۲۱۵) تعبیر می‌شود. گاهی نیز تعبیر «اذا زال المانع زال الممتنع لاجله» (هنگامی که مانع برطرف شد، چیزی که به خاطر وجود مانع ممتنع گشته بود برطرف می‌شود) به کار می‌رود (زحیلی، پیشین) که به نظر عبارت صحیحی نمی‌باشد و عبارت درست این است که: اذا زال المانع، عاد الممتنع لاجله «هنگامی که مانع برطرف شد، چیزی که به خاطر وجود مانع ممتنع گشته بود باز می‌گردد». مشابه عبارت فوق است تعبیر به: «اذا زال المانع بطل الممنوع» (کاشف الغطاء، ۲۶/۱) زیرا در صورت برطرف شدن مانع، ممنوع باطل و زایل نمی‌شود بلکه به حالت اول باز گشته و اعتبار می‌یابد. البته شاید بتوان با اندکی تسامح، این عبارت را نیز صحیح دانست به این شکل که بگوییم مقصود از بطل الممنوع آن است که آن چیز، دیگر ممنوع نیست و ممنوع بودنش از بین رفته است. پس در این عبارات، مقصود از بطل الممنوع آن است که آن چیز، دیگر ممنوع و ممتنع نیست؛ و مقصود از عاد الممنوع آن است که چیزی که به خاطر مانع، ممتنع گشته (و مورد عمل قرار نگرفته) دوباره به حالت اول باز می‌گردد و به همان حکم اولیه آن اخذ می‌شود.

توضیح مفردات قاعده

اذا

اذا در اینجا ادات ظرف غیر جازم است که اختصاص به جمله فعلیه داشته و پس از آن معمولاً فعل ماضی می آید و بر مستقبل دلالت دارد. (الدحاح، ۸۶؛ دقر، ۵۳)

زال / زوال

زوال مصدر زال یزول و در لغت به معنای رفتن، از بین رفتن، نابود شدن و استحاله است. (زبیدی، ۳۱۸/۱۴) در این قاعده نیز به همان معنای لغوی می باشد.

مانع

مانع در فارسی به معنای بازدارنده، منع کننده، و جلوگیری کننده می باشد و مترادف با کلماتی نظیر حائل، دافع، رادع، زاجر و عایق به کار می رود. (ن ک: دهخدا، ذیل واژه) بر اساس تعریفی که می توان آن را تعریف مشهور دانست، مانع عبارت است از: «ما یلزم من وجوده العدم، و لا یلزم من عدمه وجود و لا عدم لذاته» (عثمان، ۲۵۷؛ شهید اول، ۲۵۵/۱؛ فاضل مقداد، ۵۴) (یعنی: مانع چیزی است که بودنش مستلزم نبودن [معلول و اثر] است اما نبودنش به خودی خود مستلزم بودن یا نبودن [آن] نیست). برای نمونه، قتل مورث توسط وارث مانع ارث است یعنی بودنش جلوی ارث را می گیرد اما نبودنش نه مستلزم ارث بردن است و نه مستلزم ارث نبردن.

در حقیقت آنچه باعث می گردد که وجود مانع، مستلزم نبودن معلول گردد آن است که مانع، جلوی اثرگذاری سبب و مقتضی را می گیرد و از این رو علت تامه برای تحقق معلول، حاصل نمی شود.

اما در مقابل تعریف مشهور، تعریف های متعددی در مورد مانع مطرح شده که بررسی تمامی آنها در حد این مقال نمی گنجد اما پس از بررسی این تعاریف و نیز موارد استعمال مانع، می توان در یک جمع بندی به شش نکته در تعریف مانع دست یافت:

اول: مانع، معنا و کاربرد بسیار عام و وسیعی دارد که هم در امور تکوینی مطرح است (مثل آتش سوزی که متوقف بر فقدان عایق است) و هم در امور تشریعی: اعم از حکم وضعی (نظیر صحت بیع که مقید به نبودن اجبار است) یا حکم تکلیفی (مثل وجوب روزه که متوقف بر فقدان مرض است). همچنین خود مانع، ممکن است امری وجودی باشد (نظیر قتل مورث که مانع ارث بردن قاتل است) یا امری عدمی (مثل عجز از تسلیم مبیع که مانع صحت بیع

است).^۱ و نیز ممکن است مقام حاکم به مانعیت، عقل باشد یا شرع یا عرف.
دوم: مانع حقیقی آن است که مزاحمت آن برای اثرگذاری مقتضی، فعلی باشد و نه شأنی.
به عبارت دیگر، مانع آن است که از اثرگذاری مقتضی، پس از تمامیت آن برای اثرگذاری جلوگیری کند، از این رو در مواردی که مقتضی به خاطر نبودن شرطش، اساساً تام الاثر نشده و فاعلیت آن کامل نگشته است نمی‌توان عدم معلول را به مانع نسبت داد بلکه اساساً با فقدان مقتضی یا شرط، چیزی به نام مانع (یعنی چیزی که جلوی اثرگذاری را گرفته باشد) وجود ندارد.^۲

سوم: آنچه از مطلب پیشین به دست می‌آید نسبی بودن مانعیت است؛ زیرا یک چیز ممکن است در مقایسه با امری مانع باشد و در مقایسه با امر دیگری مانع نباشد.
چهارم: مانع محدود به امور عارضی نیست؛ زیرا مانع ممکن است قدیم بوده و از ابتدا دافع وجود چیزی باشد و اساساً از حدوث امری جلوگیری کرده باشد کما این که ممکن است از بقای یک چیز ممانعت کند و رافع وجود آن باشد.
پنجم: مانع در امور تشریعی امری است که تنجز و نفوذ حکم شرعی متوقف بر عدم آن باشد و از این رو تحقق آن از تنجز و فعلیت حکم جلوگیری می‌کند. متوقف بودن نفوذ حکم شرعی بر عدم مانع ممکن است به جهت این باشد که خود حکم یا متعلق آن یا موضوع آن و یا اسباب و شرایط هر کدام از آنها به عدم آن مقید شده باشند.
ششم: مانع در معنای اعم، شامل هریک از: دافع، رافع، قاطع و عذر می‌باشد. ولی گاهی مانع در مقابل رافع یا قاطع و یا عذر به کار می‌رود که در این صورت معنای خاص‌تری می‌یابد که در مباحث بعدی به این مسئله خواهیم پرداخت.

انواع مانع

برای مانع تقسیمات متعددی مطرح شده است از جمله تقسیم به مانع خود حکم یا مانع

۱- این اعتقاد که «عدم نمی‌تواند اثرگذار باشد پس نمی‌تواند مانع باشد» مبتنی بر خلط میان عدم محض، و میان عدم مضاف است. عدم محض نمی‌تواند مانع باشد اما عدم مضاف که با تقابل عدم و ملکه در مقابل وجود قرار می‌گیرد، بهره‌ای از وجود دارد و از این رو شارع می‌تواند آن را مانع بداند مثل این که عجز را مانع نماز جماعت بداند. (خونی، ۲۷۱/۵ و نیز ن ک: خوانساری، ۱۳۷) و ثانیاً اساساً مقصود از علت ناقصه بودن عدم مانع، صرف توقف معلول بر آن است و نه اثرگذاری آن تا اثرگذاری عدم را محال تلقی کنیم (ن ک: نائینی، ۱۲۴).
۲- برای نمونه اگر مقتضی سوختن خانه‌ای (مثلاً حرارت) وجود نداشته باشد و یا شرایط آن (نظیر ماده محترقه یا اکسیژن) محقق نباشند، نمی‌توان رطوبت را مانع سوختن آن خانه دانست. در این جا عدم تحقق آتش سوزی به مانع منسوب نیست بلکه به فقدان مقتضی و شرایط منسوب است. به عبارت دیگر، در این جا چیزی که رطوبت مزاحم آن باشد و بخواهد از آن ممانعت کند تحقق پیدا نکرده و از این رو نمی‌توان آن را مانع نامید مگر با مجاز یا مسامحه.

سبب حکم (ر.ک: وهبة الزحیلی، ۱۰۳؛ شافعی، ۲۶۲؛ ربیعی، ۲۶۷؛ خضری بک، ۶۵؛ عثمان، ۲۵۷؛ خالد رمضان، ۲۴۱)، یا مانعی که حادث شدنش هم در ابتدا و هم در اثناء مانع است، و مانعی که عارض شدنش در آغاز مانع و در اثناء مانع نیست، و یا مانعی که در اثناء مانع باشد و در آغاز مانع نباشد. (شهید اوله ۲۰۵-۲۰۸)

اما از آنجا که این تقسیمات عمدتاً ناظر به مسئله حدوث مانع هستند و نه زوال آن، نقش مهمی در فهم مفاد قاعده ندارند. ولی آنچه به بحث ما مرتبط می شود تقسیم مانع به دو قسم است که ما آن دو را مانع بقایی و مانع حدوثی می نامیم. مانع بقایی آن است که خود یک چیز و بقای آن مانع باشد؛ و مانع صدور یا حدوثی آن است که صرف صدور و حدوث یک چیز ولو در برهه ای از زمان، مانع محسوب شود. به عنوان مثال فسق نسبت به شهادت یا امامت در نماز جماعت، مانع بقایی است اما نسبت به مقام امامت، مانع صدور است. اگر کسی قبلاً مرتکب فسق بوده ولی توبه کرده و فسق او برطرف شده باشد، می تواند شاهد یا امام در نماز جماعت شود؛ اما در مورد مقام امامت، اگر کسی مرتکب فسق شود براساس آیه «لاینال عهدی الظالمین» (بقره: ۱۲۴)، دیگر لیاقت رسیدن به مقام امامت را ندارد حتی اگر توبه کند و فسق او برطرف شود؛ چرا که مانع، صدور فسق بوده و نه خود آن، و این مانع برطرف نشده و دیگر نخواهد شد. با این توضیح می توان فهمید که مانع صدور اساساً زوال پذیر نیست. نمونه مانع صدور در مسائل حقوقی داشتن سوء سابقه کیفری است که باعث محرومیت دائمی فرد از برخی حقوق اجتماعی از قبیل: داوطلب شدن در انتخابات ریاست جمهوری، مجلس خبرگان رهبری، مجلس شورای اسلامی و مجلس شورای اسلامی شهر و روستا می شود. (تبصره ۲، ماده ۲۶ قانون مجازات جدید)

در مباحث بعدی اشاره خواهد شد که قاعده زوال مانع، تنها در مورد مانع بقایی جاری می شود.

تفاوت مانع و رافع

قبلاً بیان شد که مانع یک معنای اعم دارد که شامل رافع نیز می شود ولی وقتی این دو در مقابل یکدیگر به کار می روند معنای متفاوتی دارند: مانع چیزی است که از اصل حدوث چیزی جلوگیری می کند اما رافع آن است که جلوی بقای چیزی را می گیرد (ن.ک: آل الشیخ راضی، ۶۸/۸).

تفاوت مانع و قاطع

همان گونه که قبلاً بیان شد مانع در کاربرد عام خود، اعم از قاطع است؛ اما گاهی مانع در مقابل قاطع به کار می‌رود و از این رو معنای متفاوت و متباینی پیدا می‌کند.

در نظر گروهی از اصولیان همچون شیخ انصاری، قاطع چیزی است که هیأت اتصالیه را در مواردی که وجود این هیأت، شرط است از بین می‌برد. (انصاری، ۳۵۹/۲) و موجب تخیل بین اجزای سابق و لاحق می‌گردد به گونه‌ای که این اجزا را از قابلیت انضمام به یکدیگر ساقط می‌کند (همان، ۳۷۴) (و نیز ن ک: عراقی، ۴۱۲/۳؛ طباطبایی، ۱۰۴-۱۰۶؛ طباطبایی فشاری، ۱۵۹؛ عراقی، ۷۴/۲؛ فیروز آبادی، ۲۲۵/۴)

بررسی معنای لغوی و نیز موارد کاربرد قطع در روایات باب صلاة، نشان می‌دهد که قطع ایجاد انفصال و جدایی بین اجزای یک چیز است؛ از این رو تنها پس از به وجود آمدن شیء مطرح می‌شود در حالی که منع اعم از این است که از قبل از حدوث شیء باشد^۳ یا پس از آن^۴. به عبارت دیگر، منع جلوگیری از امری است به طور مطلق؛ خواه ممانعت از حدوث آن باشد یا بقای آن؛ اما قطع جلوگیری از استمرار و بقای شیء (با همان هیأت ترکیبی خودش) است. البته باید افزود که قطع تنها در مورد امور مرکب مطرح است و با ایجاد تخیل و انفصال بین اجزا تحقق می‌یابد.^۵ با این توضیح روشن می‌شود که برای مثال اگر کسی بدون وضو نماز بخواند، این حدث مانع است نه قاطع (چون منع قبل از حدوث شیء است)؛ ولی اگر با وضو وارد نماز شود و در وسط نماز حدثی از او سر بزند، این حدث قاطع نماز محسوب می‌شود.

اما تفاوتی که شیخ انصاری بیان کرده بود مبنی بر این که قاطع، قابلیت انضمام اجزای سابق و لاحق را از بین می‌برد، از نظر لغوی شاهی ندارد بلکه قطع در معنایی اعم به کار می‌رود؛ اما شاید بتوان گفت در روایات باب صلاة، کلمه قطع، تنها در همین موارد به کار رفته است و از این رو بعید نیست که بتوان آن را به عنوان اصطلاحی در باب صلاة پذیرفت. در توضیح این اصطلاح می‌توان افزود که قاطع در این معنا، در حقیقت موجب از بین رفتن یا ناقص گردیدن سایر اجزا و شرایط می‌شود و دیگر شخص مرتکب، از نظر شارع مشغول به انجام آن عمل محسوب نمی‌شود. در همین جا تذکر این نکته لازم است که اگر معتقد شویم که قاطع در همه جا چنین معنای خاصی دارد، در این صورت قاعده زوال مانع، در مورد قاطع

۳- مثل قول خداوند که: «یا ایلیس ما منعک أن تسجد لما خلقت بیدي أَسْتَكْبَرْتَ أَمْ كُنْتَ مِنَ الْغَالِينَ» (ص: ۷۵)

۴- مثل آیه: «وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذَكَّرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَا» (بقره: ۱۱۴)

۵- که این نکته خود می‌تواند بیانگر تفاوت قاطع و رافع باشد.

اجرا نمی‌شود؛ زیرا طبق فرض، با حصول قاطع، به سایر اجزا و شرایط خلل وارد شده و این امور اعتبار خود را از دست داده‌اند و قابلیت قرار گرفتن در ترکیب سازنده شیء را ندارند و از این رو، زوال قاطع موجب حصول علت تامه و عود مقطوع نمی‌باشد.

نکته دیگری که ذکر آن ضروری است آن است که برخی اصطلاح قاطع در این معنای خاص را مباین مانع دانسته‌اند. در این کاربرد مانع اختصاص به مواردی دارد که قابلیت انضمام اجزای سابق و لاحق را از بین نبرده باشد. (فیروز آبادی، ۲۲۵/۴) اما این سخن نه تنها شاهدی ندارد بلکه برخلاف آن، یعنی در تایید استعمال مانع در معنای اعم از قاطع، می‌توان در لغت یا کلمات اصحاب شواهد زیادی پیدا کرد. حتی در عبارات شیخ انصاری نیز چنین شواهدی را می‌توان یافت.^۶ البته در مواردی که مانع و قاطع در مقابل یکدیگر به کار می‌روند، نظیر بحث از دوران شیء بین مانعیت و قاطعیت، به قرینه مقابله می‌توان تباین فوق الذکر را پذیرفت.

تفاوت عذر با مانع

عذر در لغت به معنای حجتی است که با آن پوزش خواسته می‌شود (ابن منظور، ۵۴۵/۴؛ زبیدی، ۱۹۵)، یا چیزی که باعث برطرف شدن ملامت و سرزنش گردد (ن ک: فیومی، ۳۹۸). «تعذر امر» نیز به معنای تمنع، تعسر، و سخت و دشوار شدن یک چیز است (ابن اثیر، ۱۹۸؛ فیومی، ۳۹۹؛ زبیدی، ۱۹۷؛ ابن منظور، ۵۴۹) که در حقیقت به معنای حصول عذر در یک چیز می‌باشد (مصطفوی، التحقيق، ۷۰/۷-۷۲).

اما در اصطلاح شرع، گاهی گفته شده است: عذر آن است که عمل به موجب شرع در مورد آن متعذر است مگر با تحمل ضرری زائد. (عثمان، ۲۰۶؛ محمود عبدالرحمن، ۴۸۵/۲؛ سعدی أبوحیب، ۲۴۵/۱؛ التعریفات جرجانی، ذیل واژه). اما این تعریف شامل مواردی که انجام یک عمل محال و ممتنع عقلی گردد نمی‌شود.

در کلام ابن حجر، عذر عبارت است از صفتی که بر مکلف عارض شده و مناسب با تسهیل بر وی است. (سعدی أبوحیب، ۲۴۵/۱)

گاهی در تفاوت عذر و مانع به این نکته اشاره شده است که: «عذر، آن است که مشروعیت

۶- از جمله ن ک: انصاری، ۳۷۴/۲؛ ولیس مطلق الشک فی مانعیة الشیء- کالزیادة فی مانحن فیه- شکاً فی القاطعیة.

حکم به وسیله آن محقق می‌شود مثل مشقت، حاجت یا ضرورت و این با مانع متمایز است؛ چرا که مشروعیت به وسیله مانع تحقق پیدا نمی‌کند مانند حیض که مانع مشروعیت صلاه است. (ابوناجی، ۴۱) اما وجه این تفاوت روشن نیست زیرا همه اعدار محقق مشروعیت نیستند و گاهی موجب رفع مشروعیت می‌شوند مثل ضرر در خوردن گوشت قربانی، و اگر مقصود از مشروعیت را مشروعیت ترک وظیفه بدانیم که این وجه، بدون هیچ اشکالی مشترک بین مانع و عذر است.

اما گذشته از تعاریفات فوق، باید اظهار داشت که: کسی که موارد استعمال عذر و مانع در کلمات فقه‌های شیعه و سنی را بررسی کند مشاهده می‌کند که ایشان عذر و مانع را بسیار به جای یکدیگر به کار می‌برند و عذر را مانع تلقی می‌کنند و بالعکس و از این رو علی الظاهر فرقی میان این دو باقی نمی‌ماند. مگر آن که گفته شود: مانع، عذر نامیده نمی‌شود مگر اینکه مقصود از آن رفع ملامت یا مجازات از فاعلش و قرار دادن او در تسهیل و تخفیف باشد. نظیر کسی که روزه را به خاطر سفر یا وضو را به خاطر ضرر ترک کرده باشد. بنابراین به عنوان مثال اکراه در ارتکاب جرم، عذر نامیده می‌شود و از این رو فاعلش ملامت نمی‌شود کما این که مانع از حکم محسوب می‌شود و از این رو مرتکب مجازات نمی‌شود؛ اما اکراه در معامله مانع از نفوذ محسوب می‌شود ولی عذر نامیده نمی‌شود مگر وقتی که مقصود از آن رفع ملامت از فاعل در مورد انعقاد آن باشد. بنابر این می‌توان عذر را این گونه تعریف کرد:

العذر هو المانع اذا قُصِدَ به رفعُ الملامةِ او العقوبةِ عن المکلفِ و جَعَلَهُ فِی تخفیفٍ و تسهیلٍ. (عذر همان مانع است در صورتی که مقصود از آن، رفع ملامت یا عقوبت از مکلف و قرار دادن وی در تخفیف و تسهیل باشد).

از توضیحات فوق روشن می‌شود که رابطه مانع و عذر یا تساوی است و یا اعم و اخص مطلق و از این رو قاعده زوال مانع، شامل تمامی اعدار نیز می‌شود و بنابراین، با زوال عذر نیز، حکم به حالت اولیه خود باز می‌گردد.

عاد

عاد به معنای بازگشتن است و در عبارت «عاد الممنوع» مقصود بازگشتن به حالت اولیه یعنی حالتی که هنوز مانعی وجود نداشته است. برخی گفته‌اند که مقصود از عاد در این قاعده ظاهر شدن یا حاصل شدن است تا مواردی را که در اصل به خاطر مانعی ممتنع بوده نیز شامل

گردد (زحیلی، ۵۰۶) علت این تفسیر یا تأویل آن است که در حقیقت در این موارد، حالتی قبل از مانع وجود نداشته تا با زوال مانع، بخواهد باز گردد و این تعبیر، تفسیر مناسبی است.

ممنوع

ممنوع در اصطلاح فقهی عنوان دیگری است برای حرام یا محظور و آن عبارت است از: هرچه شرع آن را منع و تحریم کرده باشد به این معنا که ترک آن را الزامی و انجام آن را مستوجب مجازات دانسته باشد و در مقابل مجاز، مباح و حلال استعمال می‌شود. در حقوق نیز مشابه همین معنا می‌باشد یعنی چیزی که قانون آن را منع و تحریم کرده باشد (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی، ش ۵۵۱۰).

اما گاهی ممنوع به معنای عام‌تری به کار می‌رود. در این کاربرد هر مانعی که تأثیر در چیزی می‌کند در مقابل خود، چیز متأثری دارد که آن را ممنوع نامیده‌اند. مانع در این کاربرد در معنای لغوی خود به کار رفته که اعم از معنای اصطلاحی آن در فقه و حقوق می‌باشد. (همو، دانشنامه، ۴/۴۳۳)

همانطور که قبلاً اشاره شد مقصود از ممنوع در این قاعده، محظور و حرام نیست بلکه مقصود «الممتنع لِأجل المانع» است؛ یعنی چیزی که به خاطر وجود مانع، ممتنع گشته است. مقصود از امتناع نیز در این جا اعم از امتناع عقلی، شرعی یا عرفی است. البته از آنجا که در فقه و حقوق، سخن در مورد احکام و تنجز و عدم تنجز آنها است، پس مقصود از ممنوع شدن و ممتنع شدن حکم، همان عدم تنجز و نفوذ حکم است. پس ممنوع در امور تشریعی همان حکمی است که به خاطر وجود مانع، تنجز و فعلیت پیدا نکرده است.

رابطه قاعده با قواعد مشابه

اولین قاعده مرتبط به قاعده مورد بحث ما قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» یا همان قاعده اضطرار است.

ضرورت باعث مباح شدن امور ممنوعه می‌شود و البته این قاعده به صورت مطلق نیست بلکه قیودی دارد که آن را محدود می‌کند به این صورت که امور ممنوعه (مثل شرب خمر) در حالت ضرورت (مثلاً عطش بسیار) مباح است، اما در ضرورت باید به حداقل رجوع کرد «قاعده الضرورات تُقَدَّر بقدرها» و اباحه ضرورت مقید به باقی ماندن عذر می‌باشد «ما جاز

لَعَذْرَ بَطْلَ بَزْوَالِهِ» و «اذا زال المانع عاد الممنوع». (شبیر، ۲۱۳ و ۲۲۰-۲۲۳؛ طیب، ۱۹۸؛ الباحسین، ۲۴۳ و ۲۴۵، ۲۵۴)

با توجه به نکات بالا می‌توان فهمید که قاعده زوال مانع، در حقیقت یکی از قیود و یا به تعبیری از استثنائات و یا به تعبیر دیگر، غایت اجرای قاعده اضطرار است. در حقیقت می‌توان گفت: قاعده اضطرار ناظر به حالت حدوث مانع و اضطرار است و قاعده زوال مانع، مربوط به حالت زوال مانع و اضطرار؛ اولی می‌گوید اگر مانعی مثل اضطرار پیش آمد چه باید کرد و دومی می‌گوید اگر این مانع برطرف شد چه باید کرد. البته باید توجه داشت که رابطه مانع و اضطرار، عموم و خصوص مطلق است؛ چرا که اولاً ضرورت یک نوع مانع بوده، و مانع اعم از اضطرار است و ثانیاً اباحه محظورات یکی از کارهایی است که مانع می‌تواند انجام دهد.

قاعده مشابه دیگر قاعده «الضرورات تُقَدَّرُ/تَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهَا» است که همان‌طور که قبلاً بیان شد به معنی این است که در ضرورات باید به حداقل رجوع نموده و به اندازه‌ای که موجب رفع حاجت می‌شود از حالت ضرورت استفاده کرد. به عبارت دیگر مفاد این قاعده، وجوب اكتفاء به مقدار ضرورت و عدم جواز تعدی از آن است. براساس این قاعده حکم ثانوی (ضروری) محدود به حدود ضرورت می‌شود و وجوداً یا عدماً تابع آن است و از این رو با انتفاء ضرورت، حکم نیز به خاطر انتفاء موضوعش منتفی می‌گردد (رک: مصطفوی، القواعد، ۱۵۳؛ بجنوردی، ۴۲-۴۳)

بعضی این قاعده را نزدیک به قاعده «ماجاز لعذر بطل بزواله» دانسته‌اند (سیوطی، ۹۴؛ ابن نجیم، ۸۶) و برخی این مطلب را که تجاوز از حد مجاز جایز نیست به قاعده‌های دیگر، یعنی الضروات تبیح المحظورات، مجاز بعذر بطل بزواله، و اذا زال المانع عاد الممنوع، نسبت داده‌اند. (بهرامی احمدی، ۱۸۳-۱۸۸)

با توجه به آنچه قبلاً بیان شد که مانع اعم از ضرورت است می‌توان گفت که این قاعده نیز از فروع قاعده زوال مانع بوده و اخص از آن است زیرا ضرورت، مانع نفوذ حکم اولیه حرمت، و موجب فعلیت یافتن حکم ثانویه اباحه گردیده است و با زوال ضرورت، حکم به حالت اولیه خود باز می‌گردد.

قاعده سوم «قاعده ما جاز لعذر/بعذر بطل بزواله» است. این قاعده مکمل قاعده الضروات تقدّر بقدرها است به این معنی که زمانی که ضرورت وجود دارد به آن عمل می‌شود اما قاعده ما جاز بیان می‌کند که در پی از میان رفتن عذر چه باید کرد. (الباحسین، ۲۵۸؛ زحیلی، ۳۱۸).

قبلاً تفاوت عذر و مانع بیان شد اما در مورد این دو قاعده، برخی معتقدند که قاعده «اذا زال المانع عاد الممنوع»، عکس قاعده «ما جاز لعذر بطل بزواله» است یعنی حکمی که به خاطر عذری جایز شده بعد از زوال آن عذر حکم نیز از بین می‌رود در حالی که در قاعده مورد بحث حکم به خاطر مانع، ممنوع می‌گردد و با از بین رفتن مانع حکم جاری می‌گردد. (زحیلی، ۵۰۶)

ظاهراً بیان تفاوت فوق ناشی از خلط میان معانی ممنوع است و در این جا ممنوع به معنای حرام و محظور اخذ شده است. در این تفسیر مفاد قاعده زوال مانع آن می‌شود که اگر چیزی به خاطر مانعی حرام شده باشد با زوال مانع، آن چیز به حالت اول یعنی حلیت باز می‌گردد. در این صورت، مفاد قاعده عیناً عکس قاعده زوال عذر می‌شود که بر اساس آن اگر چیز حرامی به خاطر عذری جایز شده باشد، با زوال عذر آن جواز نیز از بین می‌رود و حکم به حالت اولیه خودش باز می‌گردد.

اما قبلاً بیان شد که ممنوع در قاعده زوال مانع به معنای حرام نیست و معنای وسیع‌تری دارد. البته شاید بتوان گفت که در قاعده زوال مانع، نظر به حکم اولیه‌ای است که به خاطر مانع، ممنوع و غیر نافذ گشته و بعد از زوال مانع دوباره نافذ می‌شود؛ اما در قاعده زوال عذر، نظر به حکم ثانویه‌ای است که به خاطر عذر نافذ گشته و پس از زوال آن، باطل می‌گردد. مثلاً ضرر موجب می‌شود که وجوب وضو (حکم اولیه) غیر نافذ شده و وجوب تیمم (حکم ثانویه) منجز شود. با رفع ضرر، هم ممنوع (وجوب وضو که غیر نافذ شده) باطل می‌شود و از حالت امتناع خارج می‌شود و از این رو دوباره نافذ می‌گردد و هم حکم ثانویه تیمم از بین می‌رود و غیر نافذ می‌گردد. اما هنگامی که نظر به باطل شدن ممنوع و نافذ شدن حکم اولی باشد تعبیر اذا زال المانع به کار می‌رود و هنگامی که نظر به باطل شدن حکم ثانوی باشد تعبیر ما زال لعذر به کار می‌رود.

البته باید توجه داشت که اولاً این تغایر اعتباری است و ثانیاً باعث نمی‌شود که مفاد این دو قاعده دقیقاً عکس یکدیگر باشد چرا که قاعده مآجاز لعذر فقط مواردی را شامل می‌شود که مانع موجب تجویز یک حکم حرام شده باشد اما سایر موارد کاربرد قاعده زوال مانع را در بر نمی‌گیرد مثل این که مانع، موجب تحریم یک حکم حلال شده باشد. عکس قاعده زوال مانع این است که بگوییم: ما جاء بسبب ذهب بزواله.

قاعده دیگر قاعده «اذا زال الخطر عاد الحظر» است مقصود از این قاعده آن است که زمانی

که خطر (مثلاً عطشی که موجب مرگ است) از بین رفت، آنچه از آن ممنوع و محظور بودیم (مثلاً شرب خمر) به حالت اول خویش (حرمت شرب) بازمی‌گردد؛ این قاعده در ذیل قاعده «الضرورات تُقَدَّرُ/تَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهَا» بیان شده است و به عبارتی از قیود قاعده «الضرورات تبیح المحظورات» می‌باشد به این معنی که اضطرار به مقدار برطرف شدن خطر، باعث می‌شود که امور ممنوعه مباح شوند و بعد از رفع اضطرار حکم اولیه که همان حرمت است بازمی‌گردد. (حکیم، ۱۲۷؛ بجنوردی، ۲۸۱).

به نظر می‌رسد که قاعده اخیر اخص از قاعده اذا زال المانع باشد؛ زیرا ممنوع در قاعده زوال مانع ممکن است هر یک از احکام خمسۀ تکلیفیه یا احکام وضعی باشد در حالی که قاعده اذا زال الخطر مخصوص مواردی است که ممنوع از نوع حظر و منع (حکم تکلیفی حرمت) باشد. البته در نظر کسی که ممنوع را در قاعده زوال مانع، به معنای محظور و حرام می‌داند، این دو قاعده معادل یکدیگر خواهند بود.

آخرین قاعده مرتبط ولی کاملاً مخالف با قاعده زوال مانع، قاعده «الساقط لا يعود» است. این قاعده ظاهراً مخالف قاعده بازگشت ممنوع (اذا زال المانع عاد الممنوع) است. ابن نجیم در این زمینه می‌نویسد: «اگر مقتضی حکم موجود باشد و حکم معدوم باشد از باب قاعده المانع است اما اگر مقتضی معدوم باشد از باب قاعده الساقط است» (۳۱۹) بنابراین، سقوط در این قاعده به معنی انعدام و زوال مقتضی حکم است که باعث انعدام حکم می‌شود و این با قاعده زوال المانع فرق دارد چرا که در آنجا صرفاً به خاطر وجود مانع به ممنوع عمل نمی‌شود، ولی مقتضی همچنان باقی است؛ مانند نفقه برای زوجه که مقتضی آن باقی و نشوز مانع است که اگر اطاعت کند نفقه به خاطر وجود مقتضی برمی‌گردد. ولی در قاعده الساقط لا يعود، فروش مال وصیت شده باعث سقوط وصیت می‌شود و با خرید دوباره آن توسط موصی وصیت بر نمی‌گردد و همچنین است اگر چیزی را هبه کند سپس از هبه خود رجوع نماید. (الباحسین، ۵۳۸)

در کتاب تحریر المجله مطرح شده که شاید ملحوظ در قاعده الساقط، قضیه حقوق ساقط شده باشد مثل این که داین با ابراء ذمه مدیون، دین خودش را ساقط کند که در این صورت دیگر این دین باز نمی‌گردد. (کاشف الغطاء، ۳۶/۱)

ادله قاعده زوال مانع

در اثبات این قاعده می‌توان به دلایلی چون قرآن، سنت، اجماع، عقل، و بنای عقلاء و دیگر استناد کرد.

أ و ب) قرآن و سنت

در اثبات قاعده ممکن است به برخی آیات و مضامین قرآنی استناد شود از جمله ترک بیع به خاطر نماز جمعه (جمعه: ۹)، وجوب قضای روزه ماه رمضان بعد از زوال مرض یا مسافرت در ماه رمضان (بقره: ۱۸۴) مانع بودن اکراه در کفر از ترتب عذاب الهی (نحل: ۱۰۶) مانع بودن مستی و جنابت برای [صحت] نماز (نساء: ۴۳) ممنوع شدن نزدیکی به خاطر حیض و بازگشت حکم اولی پس از رفع مانع (بقره: ۲۲۲) و...

مشابه چنین استدلال‌هایی ممکن است نسبت به برخی روایات مطرح شود از جمله روایاتی که نیافتن آب را مانع تنجز حکم وضو می‌دانند و اظهار می‌دارند که با یافتن آب، دیگر نمی‌توان تیمم کرد و حکم به حالت اولیه خود بازمی‌گردد. (طیب، ۲۸۴)

اما به نظر می‌رسد که این گونه استدلال‌ها نا تمام باشند؛ زیرا تمامی این موارد، به فرض صحت، از مصادیق و فروعات قاعده محسوب می‌شوند و نه ادله آن. استدلال به این فروعات برای اثبات قاعده‌ای کلی، میسر نیست مگر با نوعی قیاس که امامیه آن را قبول ندارد مگر این که بتوان گفت دلیل آن، تنقیح مناط قطعی همراه با الغای خصوصیت مورد است؛ زیرا به‌طور قطع می‌دانیم که علت بازگشت حکم اولیه در تمامی این مسائل، همان برطرف شدن مانع است و خصوصیت مورد نظیر نماز بودن، یا روزه بودن، دخالتی در حکم ندارد. البته در این صورت، دیگر دلیل ما کتاب و سنت نخواهد بود بلکه همان تنقیح مناط قطعی است و از باب حجیت ذاتی قطع، و نه قیاس، معتبر است.

ج) اجماع

اگرچه نسبت به این قاعده نقل اجماعی نشده اما با بررسی کتب فقهای شیعه و عامه می‌توان اجماع عملی ایشان را تحصیل کرد. در کتب فقهای فریقین به کرات مشاهده می‌شود که یک فقیه برای اثبات نظریه خویش به این قاعده استناد کرده بدون این که به توضیح یا اثبات این قاعده بپردازد و کسانی که نظریه مورد قبول وی را نمی‌پذیرند نیز هیچ گاه در کبرای این قاعده تردید نکرده‌اند (برای نمونه ن ک: علامه، مختلف، ۳۷۰-۳۷۱؛ همو، شرایع، ۴۹/۱؛

نجفی، ۲۵۷/۷-۲۵۸؛ جمعی از علماء، ۱/ ماده ۳۴۷؛ روحانی، ۱۷/ ۳۴۲؛ عماد علی جمعه، ۶۲) و این نکته مشخص می‌کند که این قاعده از قواعد مسلّم و مفروغ عنه نزد فریقین می‌باشد.

(د) عقل

چهارمین و بلکه مهم‌ترین دلیل بر این قاعده، دلیل عقلی است و این دلیل چیزی نیست جز کامل شدن اجزای علت تامه به خاطر زوال مانع. همان طور که قبلاً نیز اشاره شد، قاعده زوال مانع، مخصوص جایی است که مقتضی و شرایط تحقق یک چیز فراهم باشد و تنها مشکل، وجود مانعی است که از اثر گذاری مقتضی جلوگیری کرده است. با این توصیف، اگر مانع زایل شود، مقتضی کامل شده و اثرگذار خواهد بود و گرنه مستلزم تخلف معلول از علت تامه است. در این صورت، می‌توان استدلالی را به شکل زیر ترسیم کرد:

- در صورتی که مانع نفوذ حکم شرعی، زایل شود علت تامه نفوذ حکم محقق می‌گردد.
- در صورتی که علت تامه نفوذ حکم شرعی محقق شود آن حکم ضرورتاً نافذ می‌شود و گرنه مستلزم تخلف معلول از علت تامه است. نتیجه آن که در صورت زوال مانع، حکم شرعی (که قبلاً به خاطر وجود مانع، ممتنع گشته بود) دوباره به حالت اول بازگشته و نافذ می‌گردد.

همان طور که مشاهده می‌شود در استدلال فوق، از هیچ مقدمه غیر عقلی استفاده نشده و از این رو این دلیل در شمار مستقلات عقلیه جای می‌گیرد.

ممکن است گفته شود که استدلال فوق، در امور تکوینی صادق است و نه در امور تشریعی؛ زیرا اسباب، شرایط و موانع در امور تشریعی معرف هستند و نه مؤثر. اما در جواب باید گفت همان گونه که برخی محققان تصریح نموده‌اند (نجفی، ۱۷/ ۳۴۸؛ ۴۰/ ۲۲۳؛ طباطبایی یزدی، ۶/ ۴۸۱) علل شرعی اگرچه معرف‌اند اما بعد از جعل، به منزله علل حقیقی‌اند.

(ه) بنای عقلا

بنای عقلا دلیل دیگری است که می‌توان به آن استناد کرد. عقلای عالم هنگامی که برای کسی مانعی پیش بیاید که نتواند تکلیفی را انجام دهد وی را معذور دانسته و مورد مؤاخذه قرار نمی‌دهند؛ همان گونه که اگر در مورد این شخص مانع برطرف گردد دیگر عذری را نمی‌پذیرند و او را نسبت به آن تکلیف اولیه موظف می‌دانند. از طرفی سکوت و عدم ردع شارع، دلیل بر امضای این سیره است.

و) لزوم پرهیز از جمع بین مانع و ممنوع و حکم اولی و ثانوی

در قاعده «ماجاز لعذر بطل بزواله» برخی استدلال کرده‌اند که: اگر به آن قاعده عمل نشود لازم است بین خلف و اصل، جمع حاصل شود که این قبیح است (طیب، ۲۸۲) به نظر می‌رسد در این قاعده نیز همین امر جریان داشته باشد. در این مورد اگر این قاعده اجرا نشود لازم می‌آید که بین خلف و اصل و به تعبیری بین مانع و ممنوع و یا به عبارت دیگر بین حکم اولی و حکم ثانوی جمع شود؛ درحالی که این امر جایز نمی‌باشد. البته نتیجه این استدلال عدم جواز جمع بین دو حکم است اما برای اثبات اینکه در صورت زوال مانع، باید به حکم اولیه عمل شود و نه حکم ثانویه استدلال بیشتری لازم است. می‌توان این استدلال را این گونه تکمیل کرد که در علم اصول ثابت گشته که اولاً حکم اولیه و ثانویه در طول یکدیگرند و از این رو در آن واحد در حق مکلف تنجز پیدا نمی‌کنند و ثانیاً در جایی که شرایط تنجز حکم اولیه وجود داشته باشد نوبت به حکم ثانویه نمی‌رسد و تنجز نمی‌یابد. (رک: مشکینی، ۱۲۱؛ آخوند خراسانی، ۲۷۰/۲) با این توضیحات، می‌توان فهمید که در صورت زوال مانع، شرایط تنجز حکم اولیه تکمیل شده و بنابراین، نوبت به حکم ثانویه نمی‌رسد و از این رو، باید به بازگشت ممنوع و حکم اولیه ملتزم شد.

شرایط حجیت یا جریان قاعده

در مورد این که شرایط حجیت یا جریان قاعده زوال مانع چیست در کتب قواعد فقه مطلبی مشاهده نشد اما با توجه به ماهیت و موارد کاربرد آن می‌توان برای این امر شرایطی را در نظر گرفت؛ از جمله:

۱) احراز مانعیت امر موجود

چیزی را که می‌خواهیم با استناد به زوال آن، حکم به عود ممنوع کنیم باید قبلاً مانعیتش ثابت شده باشد. به عبارت دیگر قطعاً یا با دلیل معتبر بدانیم که وجود این مانع، مزاحم بودن آن شیء و به تعبیر دیگر، بودن آن، علت نبودن آن شیء است (رابطه علیت بین وجود مانع و زوال ممنوع). بر این اساس، زوال چیزی که مانعیت آن مشکوک یا مظنون (به ظن غیرمعتبر) باشد موجب عود ممنوع نخواهد شد.

۲) فعلیت در مانعیت

قبلاً بیان شد که مانع شأنی حقیقتاً مانع نیست و عنوان مانع را می‌توان از آن سلب کرد؛ اما

اگر کسی معتقد باشد که مانع شأنی نیز مانع است، باید گفت که زوال مانع شأنی نمی‌تواند موجب عود ممنوع باشد؛ زیرا فقدان ممنوع، حقیقتاً منسوب به آن نبوده تا با زوال آن، ممنوع بازگردد. می‌توان این شرط را این گونه مطرح کرد که فقدان شیء (ممنوع) تنها به خاطر وجود مانع باشد و علت دیگری نداشته باشد؛ و به تعبیری دیگر، وجود مانع، علت منحصره برای فقدان شیء بوده باشد؛ و به عبارت دیگر، شرایط و مقتضی وجود شیء فراهم باشد و آن شیء صرفاً به خاطر وجود مانع و جلوگیری آن از تأثیرگذاری مقتضی، معدوم گشته باشد؛ یعنی نقص دیگری از ناحیه مقتضی و شرایط نداشته باشد. اگر احتمال بدهیم که چیز دیگری نیز مانع بوده یا در شرایط و مقتضی نقصی وجود دارد، زوال مانع، نمی‌تواند دلیل عود ممنوع باشد و در این موارد صرف احتمال کافی نیست و حتی استصحاب عدم ممنوع، علیه آن است.

۳) عدم ایجاد خلل در سایر اجزا و شرایط به خاطر حدوث مانع

گاهی تمامی اجزا و شرایط محققند و مقتضی آماده اثرگذاری است اما با حدوث مانع، نه تنها از اثرگذاری مقتضی جلوگیری می‌شود بلکه برخی از اجزا و شرایط و یا حتی خود مقتضی نیز از بین می‌روند. در این صورت، زوال مانع موجب عود ممنوع نخواهد شد. بر همین مبنا، قبلاً بیان کردیم که زوال قاطع در اصطلاح خاصش در باب صلاة (به معنای چیزی که قابلیت انضمام اجزای سابق و لاحق را از بین می‌برد) موجب عود مقطوع نمی‌باشد؛ زیرا طبق فرض، با حصول قاطع، به سایر اجزا و شرایط خلل وارد شده و این امور اعتبار خود را از دست داده و قابلیت قرار گرفتن در ترکیب سازنده شیء را ندارند و از این رو، زوال قاطع موجب حصول علت تامه و عود مقطوع نمی‌باشد.

نمونه دیگر در بحث نماز مسافر است: کسی که به قصد سفر از شهر خارج می‌شود و بعد از مخفی شدن دیوارهای شهر و عدم شنیدن اذان، به خاطر وجود مانعی (نظیر مریضی) از سفر منع می‌شود (و در همان جا موقتاً سکنا می‌گزیند) اگر همچنان بر نیت سفر باشد و مانع زایل گردد تا یک ماه نمازش شکسته است اما اگر قصدش را تغییر دهد (و از قصد سفر منصرف گردد) یا مردد باشد، به خاطر انتفاء شرط (قصد) نمازش کامل است. (علامه، نه‌ایه، ۱۷۴/۲) در فرض دوم، اگر چه مانع (مریضی) برطرف شده اما ممنوع (قصر نماز) باز نمی‌گردد؛ زیرا حدوث مانع، باعث منتفی شدن شرط قصر یعنی قصد سفر گشته است.

۴) مانعیت بقاء نه مانعیت حدوث و صدور

همان گونه که در انواع مانع اشاره شد قاعده بازگشت ممنوع در جایی اجرا می‌شود که

مانع، مانع بقایی باشد نه مانع حدوثی و صدوری؛ به این معنا که شرط است که خود یک چیز و بقای آن مانع باشد؛ نه صدور و حدوث آن. بنابراین، اگر چیزی حدوث و صدورش مانع باشد دیگر زوال آن موجب عود ممنوع نیست و به عبارت دقیق‌تر چنین مانعی اساساً زوال‌پذیر نیست. (و از این رو می‌تواند به شرط پنجم بازگردد) همچنان که می‌توان گفت در این موارد حدوث مانع، شرایط دیگر حکم یا موضوع حکم را تغییر می‌دهد (و از این رو می‌تواند به شرط سوم بازگردد).

۵) احراز برطرف شدن مانع

همان‌گونه که مانعیت چیزی باید محرز گردد، رفع و زوال مانع نیز باید محرز شود و قطعی باشد یا با دلیل معتبری ثابت گردد. صرف احتمال رفع مانع، دلیل عود ممنوع نمی‌باشد و حتی استصحاب عدم ممنوع، علیه آن است.

۶) ظاهر و منضبط بودن مانع

برخی در تعریف مانع دو قید ظاهر و منضبط را اضافه کرده‌اند. (الغزی، ۳۱۶/۱؛ ابوناجی، ۳۷ و نیز ن.ک: الربیعی، ۲۶۶؛ هیتو، ۳۵۵) ظاهر در مقابل خفی است و منضبط در برابر مضطرب. (محمود عبدالرحمن، ۱۹۵/۳) وصف ظاهر آن است که بتوان آن را با یکی از حواس ظاهری درک کرد. (حکیم، ۳۰۹).

وصف منضبط نیز یعنی محدّد؛ به این معنا که دارای حقیقت معین و محدودی باشد که به اختلاف اشخاص و احوال مختلف نشود و یا اختلاف آن به میزانی باشد که قابل توجه نباشد (خالد رمضان، ۱۸۹)؛ مثل قتل در محرومت قاتل از ارث که حقیقت معین و محدودی دارد و با اختلاف قاتل و مقتول متفاوت نمی‌شود؛ یا مثلاً اسکار که علت حرمت خمر [و مانع نماز] است دارای حقیقت معین و محدّدی است که عبارت است از: چیزی که موجب اختلال عقل می‌گردد و اگر چه قوت و ضعف اسکار در مسکرات مختلف متفاوت است اما توجهی بدان نمی‌شود؛ چراکه اختلاف اندکی است که تأثیری در حقیقت اسکار و وجود آن ندارد.

آنچه درست‌تر به نظر می‌رسد این است که این دو قید نمی‌توانند توصیف خود مانع بما هو مانع باشند؛ چرا که در واقع و نفس الامر بسیاری موانع هستند که این دو صفت را ندارند؛ ولی در این صورت، حدوث یا زوال آن برای فقیه قابل تشخیص نیست و از این رو شرط اجرای قاعده المانع آن است که مانع، منضبط و ظاهر باشد. البته می‌توان گفت این شرط، شرط

مستقلی نیست و در حقیقت به شرط اول و پنجم بازمی‌گردد؛ چرا که بدون ظاهر بودن و منضبط بودن، احراز مانعیت امر موجود و احراز برطرف شدن مانع میسر نمی‌باشد.

۷) بازگشت ممنوع، مستلزم ایجاد خلل به اصل عمل نگردد.

گاهی تمامی اجزا و شرایط محقق‌اند و حصول مانع نیز خللی از این جهت ایجاد نکرده^۷ ولی بازگشت ممنوع مستلزم ایجاد خلل است که در این صورت قاعده اجرا نمی‌شود. بنابراین مثلاً اگر بازگشت ممنوع در نماز موجب اضافه شدن رکنی به ارکان نماز گردد، یا موجب برهم زدن ترتیب اجزاء نماز بشود قاعده اجرا نمی‌شود؛ مثل جایی که فردی به خاطر مریضی یا گرفتگی عضلات نمی‌تواند بعد از رکوع قیام کند و بلافاصله به سجده می‌رود، و مانع او بعد از سجده رفتن زایل شود. در این جا برای جلوگیری از تقدیم سجده بر رکوع یا به وجود نیامدن زیادی سجده، ممنوع برنمی‌گردد و قیام فوت شده اعاده نمی‌شود؛ اما اگر مانع، قبل از سجود برطرف شود، ممنوع بازمی‌گردد و باید قیام را انجام دهد؛ زیرا ایستادن و طمأنینه واجب است و انجام آن ممکن می‌باشد و چیزی هم که منافی باشد حاصل نشده است. (ن ک: محقق حلی، المعتمر، ۲/۲۰۵)

۸) بازگشت ممنوع مخالف قاعده اجزاء نباشد.

جاری شدن قاعده اجزاء، خود مانع از اجرای قاعده المانع، و به تعبیری استثنای آن محسوب می‌شود؛ مثلاً اگر مسافر نماز بخواند و قبل از اتمام وقت از سفر برگردد، اعاده نماز بر وی واجب نیست. (علامه، تذکره، ۹۷/۴) چرا که امر شارع به خواسته خود او امتثال شده است و از این رو عمل مکلف مجزی است؛ و همچنین مانند جایی که مکلف به خاطر عذر یا مانعی وضوء جبیره‌ای بگیرد و یا مسحی را به خاطر تقیه انجام دهد با از بین رفتن مانع، ممنوع برنمی‌گردد و نیازی به طهارت مجدد نیست؛ زیرا امر شارع امتثال شده است. (نجفی، ۲/۳۰۸-۳۱۱).^۸

۹) بازگشت ممنوع محذوری نظیر بدعت و تشریع نداشته باشد.

این مطلب معمولاً در مواردی پیش می‌آید که امری در اصل خود ممتنع بوده و سابقه حدوث در شریعت را نداشته باشد سپس بدانیم که مانع حدوث آن برطرف شده است. در این موارد حدوث ممنوع، نباید منجر به محذوری نظیر تشریع و بدعت گردد.

۷- برعکس شرط سوم که در آنجا حصول مانع، در اجزا و شرایط خلل ایجاد می‌کند.

۸- البته کسانی که در موارد فوق حکم به لزوم اعاده می‌کنند اشکال آنها صغروی است و نه کبروی؛ یعنی در حقیقت قاعده اجزاء را در این جا جاری نمی‌دانند.

برای نمونه اهل سنت معتقدند که: خواندن نماز تراویح به جماعت از سنت عمر است و در زمان پیامبر (ص) به خاطر وجود مانع (ترس از فریضه شدن نماز تراویح) به جماعت خوانده نمی شد؛ پس با وفات پیامبر (ص) مانع برطرف شد و ممنوع بازگشت و مسلمانان نمازهای مستحبی را به جماعت می خواندند و ترسی از فریضه شدن آن نداشتند. (ن ک: طبسی، ۶۷-۶۸؛ زکریای انصاری، ۱۰۳؛ الدویش، ۲۱-۲۲۰)

اشکال این استدلال این است که اولاً قطع به مانعیت امر موجود نداریم (عدم رعایت شرط اول اجرای قاعده)؛ زیرا ممکن است علت این که پیامبر (ص) این نماز را به جماعت نمی خواندند چیز دیگری بوده باشد؛^۹ ثانیاً به فرض این که ثابت شود، مانع، همان ترس از فریضه شدن نماز تراویح بوده باشد^{۱۰}، نمی توان فعلیت در مانعیت و به تعبیری انحصار این امر در علت را فهمید (عدم رعایت شرط دوم)؛ زیرا شاید امور دیگری نیز در این امر دخالت داشته اند که عقل بشری را یارای رسیدن به آن نباشد (ان دین الله لایصاب بالعقول)؛ ثالثاً به فرض این که ثابت شود، ترس از فریضه شدن نماز تراویح علت منحصره در منع بوده باشد^{۱۱}، اما این امر مربوط به عبادات می شود؛ و به اجماع، احداث یک عبادت جدید یا یک کیفیت جدید در عبادت بدعت و تشریع است و حرام می باشد و تقسیم بدعت به بدعت حسنه و سیئه^{۱۲} نه اصل و اساس درستی دارد^{۱۳} و نه مشکلی را حل می نماید؛ چرا که به فرموده رسول اکرم (ص): «كُلُّ بَدْعَةٍ ضَالَّةٌ، وَ كُلُّ ضَالَّةٍ فِي النَّارِ» (کحلائی، ۴۹/۲) و در میان اهل سنت مالك بن انس نیز به اشتباه بودن این تقسیم تصریح می کند: «کسی که در اسلام بدعتی ایجاد کند و آن

۹- و آنچه در روایت بخاری (ن ک: پاورقی بعدی) به عنوان تعلیل ذکر شده حکمت حکم بوده و نه علت آن که حکم دایر مدار آن باشد.

۱۰- همان طور که در روایت بخاری آمده است: یحیی بن بکیر، از عقیل، از ابن شهاب، از عروه روایت کرده که عایشه بر من خبر داد که رسول خدا در نیمه شبی به مسجد رفتند و گروهی با نماز آن حضرت نماز خواندند و این خبر منتشر شد و در پی آن جمعیت بیشتری آمدند و با پیامبر نماز گزارند، صبح شد و خبر نماز پیغمبر زبان به زبان گشت و در شب سوم نیز با نماز آن حضرت نماز خواندند و چون شب چهارم فرارسید، مسجد گنجایش جماعت را نداشت تا اینکه مردم برای ادای فریضه صبح اجتماع کردند و پیامبر پس از نماز صبح شهادتین گفته، سپس فرمودند: از تنگی مکان بیم نداشتیم، لیکن ترسیدم که این نماز بر شما واجب شود (خَشِيتُ أَنْ تُفْرَضَ عَلَیْكُمْ...) و از انجام آن ناتوان شوید. پیامبر رحلت نمودند و امر بدین منوال بود (بخاری، ۳۴۳/۱)

۱۱- که شاید بتوان گفت اطلاق روایت بخاری البته به فرض صحت آن روایت، ظهور در این امر دارد.

۱۲- اشاره به اعتقاد گروهی از اهل سنت از جمله شافعی، ابن حزم و غزالی که بدعت را به دو قسم حسنه و سیئه منقسم می دانند (سبحانی، ۶۷). که این خود برگرفته از سخن عمر بن خطاب است که پس از مشاهده اینکه مردم به امر او نماز تراویح را به جماعت خواندند، اظهار داشت که «نعمت البدعة هذه» (مالك، الموطأ، ۱/۱۱۵).

۱۳- ظاهر اصل این مطلب همان عمل و سخن خلیفه دوم است که با توجه به این که وی مشرّع نیست و نمی تواند خلاف حکم خدا و رسول او حکمی کند و حتی عمومات و اطلاقات قرآن و سنت را تخصیص یا تقیید بزند نادرستی آن روشن می شود که این که افرادی که بدعت را به خوب و بد منقسم کرده اند بدعت را به معنای لغوی که همان نوآوری است معنا کرده اند که این دور شدن از محل بحث و خروج از اصطلاح است.

را حسنه بیندارد، گمان کرده که محمد(ص) در رسالت خویش خیانت کرده است؛ چرا که خداوند فرموده: *الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَ أَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَ رَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا* پس هر آنچه در آن روز، جزء دین نبوده، امروز نیز جزء دین محسوب نمی‌شود^{۱۴}.

البته باتوجه به این که آیه فوق در غدیر خم نازل شده و در آن روز، دین با جعل ولایت کامل شد باید گفت: هرآنچه آن روز جزء دین نبوده و از طریق ولایت نیز به ما نرسیده است جزء دین محسوب نمی‌شود.

منابع

قرآن کریم.

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، قم: ناشر مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۳۶۴.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم: نشر ادب الحوزة، ۱۴۰۵ق.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، *الاشباه و النظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان*، بی‌جا، نشر دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۰ق.
- ابوحارث غزی، محمد صدقی بن احمد، *موسوعة القواعد الفقهية*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- انصاری، زکریا بن محمد، *فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب*، بی‌جا، بی‌نا، چاپ اول ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم: مجمع الفکر اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۹ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفاية الاصول*، حاشیه مرحوم مشکینی، قم: نشر جامعه مدرسین، ۱۳۸۷.
- آل‌الشیخ، محمد طاهر، *بداية الوصول في شرح كفاية الأصول*، بی‌جا، أسرة آل‌الشیخ راضی، چاپ اول ۱۴۲۵ق.
- آل‌کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحرير المجلة*، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية، چاپ اول ۱۳۵۹ق.
- کحلانی، محمد بن اسماعیل، *سبل السلام*، مصر: شركة مكتبة ومطبعة، چاپ چهارم، ۱۳۷۹.
- باحسین، یعقوب، *المفصل في القواعد الفقهية*، بی‌جا، نشر دار التدمرية، چاپ اول ۱۴۳۱ق.
- بجنوردی، محمد حسن، *القواعد الفقهية*، قم: نشر الهادی، چاپ اول ۱۴۱۹ق.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحيح البخارى*، استانبول: دارالفکر، ۱۴۰۱ق.

۱۴- امروز، دین شما را کامل کردم و نعمت خود را بر شما تمام نمودم و اسلام را به عنوان آیین شما پذیرفتم. (مائده: ۳).

۱۵- ابن حزم، علی بن احمد، *الاحکام فی اصول الاحکام*، ۷۹۱/۶. نقل شده در: خلیفات، ۳۶۰.

- بهرامی احمدی، حمید، *قواعد فقه*، تهران: دانشگاه امام صادق، چاپ زلال کوثر، چاپ اول، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵.
- _____، *دانشنامه حقوقی*، ۵ جلد، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چاپخانه سپهر: چاپ ششم، ۱۳۷۶.
- جمعه، عماد علی، *القواعد الفقهية الميسرة*، بی جا، بی تا، ۱۴۲۷ق.
- جمعی از علماء، *مجلة الاحكام العدلية*، بی جا، انتشارات کراتشی، بی تا.
- حکیم، محمد تقی، *القواعد العامة فی فقه المقارن*، قم: نشر مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، چاپ اول، بی تا.
- حیدر، علی، *درر الاحکام فی شرح مجلة الاحکام*، بیروت: نشر دارالکتاب العربیة، ۱۳۷۰.
- خالد رمضان، حسن، *معجم اصول الفقه*، بی جا، نشر الروضه، ۱۹۹۸م.
- خضری بک، محمد، *اصول الفقه*، مصر: المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة السادسة، ۱۳۸۹ق.
- خلیفات، مروان، و *رکبت السفینة*، بی جا، مرکز الغدير للدراسات الاسلامیة، الطبعة الثانية، بی تا.
- خوانساری، محمد، *الحاشية الأولى علی المکاسب*، نسخه نرم افزار جامع فقه اهل بیت نسخه ۲/۰.
- خوئی، ابو القاسم، *مصباح الفقاهة* (المکاسب)، نسخه نرم افزار جامع فقه اهل بیت.
- دحداح، آنطوان، *فرهنگ اصطلاحات صرف و نحو عربی*، با ترجمه ابو الفضل علامی و صفر سفیدرو، بی جا، انتشارات ظفر، چاپ اول ۱۳۷۷.
- دقر، عبدالمغنی، *معجم النحو*، ترجمه فاطمه مدرس، تهران: انتشارات چاپار، چاپ اول ۱۳۸۹.
- دویش، أحمد بن عبد الرزاق، *فتاوی اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء*، بیروت: نشر دار الکتب العلمیة، بی تا.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه* (سی دی)، نسخه ۲/۱، ۲۰۰۱م.
- الربيعی، شیخ حسن، *علم اصول الفقه الاسلامی*، نجف اشرف، بی تا، چاپ اول ۱۴۲۹ق.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق* (ع)، قم: مؤسسه دار الکتاب، چاپ دوم، ۱۴۱۲ق.
- زحیلی، محمد، *القواعد الفقهیه و تطبيقاتها علی المذاهب الاربعه*، دمشق، انتشارات دارالفکر، ۱۴۳۰ق.
- زحیلی، وهبه، *نظریه ضرورت در فقه اسلامی*، ترجمه حسین صابری، بی جا، نشر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۸.
- سبحانی تبریزی، جعفر، *البدعة: مفهومها، حدها و آثارها*، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۶ق.
- سعدی، ابو حبيب، *القاموس الفقهي*، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الاشباه و النظائر*، بی جا، نشر دایرةالمعارف العثمانیة، ۱۳۵۹.
- شافعی، احمد محمود، *اصول الفقه الاسلامی*، لبنان، نشر الجلی الحقوقیة، ۲۰۰۲م.

١٨٠	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ١٠١
شبير، محمد عثمان، <i>القواعد الكلية و الضوابط الفقهية فى الشريعة الاسلامية</i> ، بى جا، نشر دار الفرقان، چاپ اول ١٤٢٠ق.		
شهيد اول، محمد بن مكى، <i>القواعد و الفوائد</i> ، تحقيق: سيد عبدالهادى حكيم، قم: نشر مكتبة المفيد، بى تا.		
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام</i> ، تهران: نشر دار الكتب الإسلامية، چاپ دوم، ١٣٦٥.		
طباطبايى، محمدرضا، <i>تنقيح الأصول</i> ، نجف اشرف: نشر مطبعة الحيدرية، ١٣٣١ق.		
طبسى، نجم الدين، <i>صلوة التراويح بين السنة والبدعة</i> ، قم: نشر الحوزة العلمية، ١٤٢٠ق.		
طيب، سعاد اوهاب بنت محمد، <i>الاستثناء فى القواعد الفقهية</i> ، بيروت (لبنان): نشر التراث، چاپ اول ١٤١٣ق.		
عثمان، محمود حامد، <i>القاموس المبين فى اصطلاحات الاصوليين</i> ، قاهره: نشر دارالحديث، ١٤٢١ق.		
عراقى، ضياء الدين، <i>نهاية الافكار</i> ، قم: مؤسسه النشر الاسلامى، ١٣٦٢.		
علامه حلى، حسن بن يوسف، <i>تذكرة الفقهاء</i> (ط.ج)، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چاپ اول ١٤١٤ق.		
_____، <i>شرايع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام</i> ، تهران: نشر استقلال، چاپ دوم، ١٤٠٩ق.		
_____، <i>مختلف الشيعة</i> ، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامى، چاپ دوم، قم: نشر مؤسسة النشر الإسلامى، ١٤١٣ق.		
فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، <i>نضد القواعد الفقهية على المذهب الاماميه</i> ، تحقيق: سيد عبداللطيف كوهكمري، قم: نشر مكتبة آية الله العظمى مرعشى، ١٤٠٣ق.		
فشاركى، محمد، <i>الرسائل الفشاركية</i> ، قم: نشر جامعه مدرسين، چاپ دوم، ١٣٧٨.		
فيروز آبادى، مرتضى، <i>عناية الاصول فى شرح كفاية الاصول</i> ، نجف اشرف: نشر مطبعة النجف، ١٣٨٤.		
فيومى، احمد بن محمد، <i>المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى</i> ، قم: المطبعة البهية المصرية، ١٤٠٥ق.		
مالك بن انس، <i>الموطأ</i> ، تصحيح: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: نشر داراحياء التراث العربى، ١٤٠٦ق.		
محقق حلى، جعفر بن حسن، <i>المعتبر</i> ، قم: نشر مؤسسه سيد الشهداء(ع)، ١٣٤٦.		
محقق داماد، مصطفى، <i>قواعد فقه ٤</i> ، بخش جزاى، چاپ پنجم، تهران: نشر علوم اسلامى، ١٣٨٤.		
محمود، عبدالرحمن، <i>معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية</i> ، نسخه نرم افزار جامع فقه اهل البيت ٢.		
مرتضى زبيدى، محمد بن محمد، <i>تاج العروس من جواهر القاموس</i> ، بيروت: دار الفكر، ١٤١٤ق.		

- مشکینی، علی، *إصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*، قم: الهادی، ۱۴۱۳ق.
- مصطفوی، محمد کاظم، *القواعد: مائة قاعدة فقهية*، چاپ سوم، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۷ق.
- نائینی، محمد حسین، *رسالة الصلاة في المشكوك*، بی جا، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- هیتو، محمد حسن، *الوجيز في اصول التشريع الاسلامي*، بیروت: انتشارات مؤسسه الرساله، ۱۴۰۳ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقى*، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۲۰۴-۱۸۳

تحلیل و نقد ادله فردی بودن حجاب*

محسن ملک افضلی اردکانی

دانشیار جامعه المصطفی العالمية

Email: mohsenmalekafzali@yahoo.com

فاطمه فلاح^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم

چکیده

حجاب، دستوری شرعی است که وجوب آن مستند به منابع و ادله فقهی متعددی است. عده‌ای قائل‌اند حجاب از موضوعات فردی است نه اجتماعی؛ لذا اصولاً در دایره دخالت حکومت و حتی سایر مردم نیز قرار نمی‌گیرد. این مقاله به این بحث مهم و کلیدی در حوزه مسئولیت حکومت اسلامی می‌پردازد و با نقد ادله ادلة قائلان فردی بودن حجاب اجتماعی بودن آن را اثبات می‌کند. این ادله به دو دسته عمده ادلة فقهی-حقوقی، قرآنی و تقسیم می‌شود که در این مقاله علاوه بر پاسخ‌های متناسب به هر دلیل، جنبه فقهی مسأله هم واکاوی می‌شود.

البته اجتماعی بودن حجاب و عفاف و وظیفه‌مند بودن حکومت اسلامی در پاس‌داشت و گسترش آن، به معنی آن نیست که حکومت باید بدین منظور از قوه قاهره و اقدامات قضایی و جزایی بهره‌بردار، بلکه به استناد ادله فقهی، دولت موظف به اتخاذ نیکوترین طرق دعوت برای اقامه این معروف است.

کلیدواژه‌ها: حجاب، حریم خصوصی، عبادی بودن حجاب، حق حجاب، اجتماعی بودن

حجاب.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۵/۲۰، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۸/۲۴.

۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

حجاب، دستوری قرآنی است که وجوب آن را نمی‌توان انکار کرد و اگر شخصی از روی عمد این واجب را ترک کند، مانند بقیه گناهان عقاب خواهد شد. آنچه در این بین محل نزاع است، این است برخی گفته‌اند حجاب گرچه از ضروریات دین است، اما واجبی است فردی که تک تک مسلمانان موظف به رعایت آن هستند؛ اما چون موضوعی شخصی است، حکومت حق مداخله در آن را در قالب جعل قوانین محدود کننده و ایجاد ضمانت‌های اجرایی، از جمله اعمال تعزیرات ندارد؛ (محقق داماد، ۷۸/۱؛ ایازی، ۳۳۰/۱) این نظریه، در متن خود این موضوع را مسلم فرض کرده است که حجاب از موضوعات فردی است نه اجتماعی؛ که اصولاً در دایره دخالت حکومت و حتی سایر مردم نیز قرار نمی‌گیرد؛ و چون تابع اراده و خواست فرد است، نمی‌توان برای آن ضمانت اجرایی را از جانب غیر در نظر گرفت.

بر این اساس مهم‌ترین بحث، برای بررسی مسئولیت حکومت در حوزه حجاب و عفت عمومی این است که مشخص شود آیا این حکم از جمله احکام فردی اسلام است یا از جمله احکام اجتماعی؟ زیرا بر اساس مبانی قائلان به فردی بودن با اثبات فردی و شخصی بودن حجاب، بحث مسئولیت حکومت، خودبخود منتفی می‌شود و دلیلی بر الزام آن نیست. لذا آنچه اهمیت دارد واکاوی ادله قائلان فردی بودن حجاب و نقد و بررسی آن است. لازم به ذکر است که از آنجا که حجاب از آن دسته واجباتی است که از مقولات فرهنگی است و در نقطه تلاقی اندیشه و احساس قرار دارد، در نقد و بررسی‌ها به این عنصر نیز توجه شده و علماً و عملاً نمی‌توان با دیدگاه‌های فقهی صرف، به پاسخگویی و نقد دیدگاه‌ها پرداخت.

در ادامه ادله قائلان فردی بودن حجاب به دو دسته عمده ادله فقهی-حقوقی و قرآنی تقسیم می‌شود که در این مقاله علاوه بر پاسخ‌های متناسب به هر دلیل، جنبه فقهی مسأله هم واکاوی می‌شود.

ادله فقهی-حقوقی**۱- حجاب مصداقی برای حریم خصوصی**

بحث از فردی و اجتماعی بودن این حکم، پیوند ناگسستنی با حریم خصوصی دارد. در تعریف حریم خصوصی نیز آمده است: «حریم خصوصی، قلمروی از زندگی هر انسان است که در آن از آزادی در برابر بازخواست و کیفر حقوقی، برخوردار می‌باشد و هرگونه

تصمیم‌گیری درباره آن و نیز اطلاع، ورود و نظارت بر آن منحصراً در اختیار اوست و مداخله دیگران در آن یا دسترسی به آن بدون اذن او مجاز نیست.» (اسکندری، ۱۵۷) حریم خصوصی را می‌توان در چهار حوزه مجزا ولی مرتبط، مورد بررسی قرار داد:

۱- حریم خصوصی ارضی

۲- حریم خصوصی اطلاعاتی

۳- حریم خصوصی ارتباطاتی

۴- حریم خصوصی جسمانی

براین اساس، می‌توان دریافت که کسانی که بحث فردی بودن حجاب را بیان می‌کنند، منظورشان دقیقاً ملتزم شدن به لوازم حریم خصوصی است که قائلان به فردی بودن حجاب، می‌توانند آن را در دو مصداق ذیل، عنوان کنند:

حجاب مصداقی برای حریم خصوصی اطلاعاتی: با توجه به مصادیق حریم خصوصی، شاید بتوان حجاب را جزء حریم خصوصی اطلاعاتی به شمار آورد؛ زیرا از جمله عقاید اشخاص است و بنابر آزادی عقیده نمی‌توان کسی را ملزم به عقیده خاصی کرد؛ و کسی حق دخالت یا الزام، اعم از حکومت یا سایر مردم را ندارد. گاه ممکن است برای تأیید این گفتار، به ماده ۱۸ و ۱۹ اعلامیه حقوق بشر نیز تمسک کرده که به آزادی اندیشه، وجدان و دین مربوط می‌شود و در آن آمده کسی در برابر اظهار عقیده دیگری، حق دخالت ندارد.^۱ البته در اصل ۲۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز تفتیش عقاید ممنوع شده است.^۲

نقد و بررسی

در نقد نظر فوق نکات زیر قابل تأمل است:

اول: اظهار حجاب یا عدم آن با توجه به تعریف حریم خصوصی اطلاعاتی که به حمایت داده‌ها نیز تعبیر می‌شود، جزء مصادیق حریم خصوصی نیست؛ چرا که در تعریف آن بیان شده است: «حریمی که دربرگیرنده قواعد حاکم بر پردازش داده‌ها^۳ و اطلاعات مربوطه به اشخاص

۱. ماده ۱۸: هرکس حق دارد از آزادی اندیشه، وجدان و مذهب بهره‌مند گردد، این حق شامل آزادی تغییر مذهب یا باور و نیز آزادی اظهار مذهب یا باور به شکل آموزش، عمل به شعائر، نیایش و بجای آوردن آیین‌ها چه به تنهایی و چه به صورت جمعی نیز می‌گردد.

ماده ۱۹: هرکس حق آزادی عقیده و بیان دارد؛ این حق در برگیرنده آزادی داشتن عقیده بدون مداخله و آزادی در جست و جو، دریافت و انتقال اطلاعات و عقاید از طریق هر نوع رسانه‌ای بدون در نظر گرفتن مرزها می‌شود. (مصوب: دهم دسامبر ۱۹۴۸ میلادی، ۱۹ آذر ۱۳۲۷).

۲. تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد.

۳. منظور از پردازش، هرگونه تحصیل، نگهداری، سازمان‌دهی، ذخیره، هک و اصلاح، جایگزین کردن استعمال، افشاء، انتقال، انتشار و اقدامات مشابه در خصوص داده‌ها است.

است.^۴

دوم: بر فرض پذیرش حجاب به عنوانی مصداقی برای این حریم، باید فرق بین اندیشه و عقیده را دانست؛ «منظور از عقیده، اندیشه‌ای است که به باور تبدیل شده است و صاحب آن، به آن اندیشه، ایمان و اعتقاد دارد، به عبارت دیگر آن را به عنوان یک حقیقت پذیرفته است. در حالی که اندیشه یک تفکر صرف است که هر آن ممکن است تغییر یابد و صاحب آن به امکان و احتمال تغییر در صورت ارائه اندیشه‌ای بهتر اعتراف می‌کند.» (قاسمی، ۱/۳۲۵) به عبارت دیگر، اندیشه با دلیل و علم و برهان همراه و قرین است؛ زیرا دارنده آن هنوز در مرحله تحقیق است اما عقیده گاه از این مقدمه اندیشه‌مدار بهره برده و مطابق واقع است و گاه با تقلید، دلیل‌نما، تعصب و چه بسا عناد و لجاجت عقیده‌ای برای شخصی ثابت شده است و چه بسا عقاید غلط، باعث اسارت انسان‌ها و خروج از مسیر انسانیت می‌شود و باید این زنجیرها را از دست و پای او باز کرد؛ مانند طبیعی که آزادی انسان‌هایی را که از خارش بدن لذت می‌برند، می‌گیرد و به طبابت آنان می‌پردازد (مطهری، ۲۶/۳۵۶)؛ لذا باید بررسی شود عدم عقیده به حجاب، اعتقادی صحیح است یا بر اساس تقلید یا تحت تأثیر بودن یا نداشتن شناخت و... بوجود آمده است که در این صورت باید زمینه‌های آگاه‌سازی فرد فراهم شود.

سوم: بر فرض پذیرش این مطلب که بی حجابی عقیده‌ای مبتنی بر دلیل است، باید دانست که عقیده به حجاب یا عدم آن، با اظهار این عقیده تفاوت دارد و نظامی که بر اساس دین و اعتقاد به خدا و ماورای طبیعت پدید آمده است و حکومت آن، اسلامی است، باید در آن قوانین اسلامی هم رعایت شود، نباید تظاهر به منکرات در جامعه اسلامی انجام بگیرد. حتی در مورد اقلیت‌های مذهبی هم که در کشور اسلامی هستند، یکی از شرایط عدم تظاهر به منکرات اسلامی است. (محقق حلی، ۱/۲۵۲؛ ابن فهد الحلّی، ۲/۳۰۸؛ شهیدثانی، ۳/۷۴؛ النجفی، ۲۱/۲۶۵؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۵۰۱)

چهارم: بر فرض پذیرش آزادی ابراز عقیده برای همه، باید در نظر داشت که این حق با حق بهره‌مندی از فضای مناسب دینی که یکی از شاخه‌های حق دین و دین‌داری است تزاخم می‌کند. حق بهره‌مندی از فضای مناسب دینی یکی از مسلماتی است که در فقه پذیرفته شده است و اسلام گاه برای تأمین این حق مقرراتی را نیز وضع می‌کند؛ برای مثال اگر کسی

۴. برای اطلاع بیشتر رک. حمید شهریاری، «حریم خصوصی و جامعه اطلاعاتی»، پژوهش‌های فلسفی-کلامی، سال هشتم، شماره سوم و چهارم.

آشکارا در ماه مبارک رمضان روزه خواری کند، مجازات می‌شود؛ همچنین در ایام حج، مقررات امنیتی خاصی برای ادای این فریضه الهی از جمله حرمت حمل سلاح و... وضع گردیده است تا مسلمانان به خوبی بتوانند حج خویش را به جای آورند. حال با توجه به این حق و اینکه در جامعه اسلامی که اکثریت آن مسلمان هستند و باید به قوانین اسلامی پایبند باشند، اگر کسی حکم ضروری حجاب را نادیده بگیرد و علناً فضا را غیر اسلامی کند، حق نوعی بر حق فردی تقدم پیدا می‌کند؛ چراکه در همه مکاتب حقوقی، در تعارض حقوق فرد با مصالح یک جامعه، مصلحت نوعی بر مصالح شخصی و به تعبیری بر حریم خصوصی فرد، مقدم است.

حجاب مصداقی برای حریم خصوصی جسمانی: بنابر نظر برخی دیگر، حجاب به حریم خصوصی جسمانی مربوط می‌شود؛ چرا که ارتباط با نوع پوشش دارد. می‌گویند «این هم از توابع حریم جسمانی است»؛ «آنچه که در اصل ۲۲ قانون اساسی از آن به عنوان تمامیت جسمانی افراد نام برده شده است؛ شامل طرز پوشش هم می‌شود؛ یعنی حریم خصوصی مربوط به تمامیت جسمانی شامل نوع پوشش افراد هم هست. از سال ۱۳۰۰ شمسی تا کنون در ۲ مورد شاهد و ناظر دخالت دولت‌ها در حریم خصوصی مربوط به تمامیت جسمی بوده‌ایم.» که منظور او یکی مربوط به دوران رضاخان است که به‌زور حجاب را برداشتند و لذا می‌گوید «این نقض حریم خصوصی است.» و مورد دوم را در سال ۱۳۶۷ می‌دانند که «پلیس در حریم خصوصی مربوط به تمامیت جسمانی افراد دخالت می‌کرد و موهای بلند مردان را از ته می‌تراشید و مجبور می‌کردند حجاب باید رعایت شود.» (به نقل از سروش محلاتی، نشست: آبان ۱۳۸۹)

نقد و بررسی

اول آنکه: آنچه وجدان عمومی بر آن صحه می‌گذارد این است که لباس، تنها جنبه شخصی برای پوشاندن بدن ندارد که با آن، بدن پوشانده شود تا در زمستان گرم مانده و یا در گرمای تابستان موجب اذیت نشود؛ بلکه جنبه اجتماعی و بیرونی هم دارد و شخص متناسب با محلی که در آن حضور می‌یابد، نوع پوشش خود را عوض می‌کند؛ اما اینکه میزان دخالت جنبه عمومی در این مسأله به چه میزان خواهد بود، این ابتدای کلام است که عده‌ای قائل به دخالت حکومت در این زمینه هستند و برخی خیر. است و سؤال اینجاست که آیا می‌توان این تأثیرات را نادیده گرفت.

دوم: در تعریف این نوع حریم آمده است: «حریم خصوصی جسمانی در باب حمایت از تمامیت جسمانی و اطلاعات مربوط به سلامتی انسان است.» (نوری، نخجوانی، ۳۵) با توجه به این تعریف می‌توان به مواردی از جمله هر گونه بازرسی، تفتیش بدنی، انجام معاینات و آزمایش‌های پزشکی؛ افشای اطلاعات حاصل از این قبیل اقدامات؛ اطلاعات شخصی مربوط به سلامت جسمی و روانی؛ خصوصیات ژنتیکی و وراثتی؛ اطلاعات شخصی - جنسی به عنوان مصادیقی برای این قسم اشاره کرد و آنچه از ظاهر این نوع حریم بر می‌آید داشتن هر نوع پوششی را نمی‌توان جزء مصادیق این حریم به حساب آورد.

سوم: اگر نوع پوشش را نیز جزء حریم خصوصی بدانیم و به طور کلی اگر یک مسأله‌ای جزء حریم خصوصی باشد، این حق افراد، مطلق نبوده و بنابر مستندات عقلی^۵ و نقلی^۶ و همچنین قوانین ایران^۷ و جوامع بین‌المللی^۸ می‌توان در برخی از حالات و شرایط خاص و در محدوده خاص آن را نقض نمود.

علاوه بر نکته فوق، اگر بر فرض حجاب امری صددرصد خصوصی تلقی شود، باز هم در دایره اختیارات حکومت قرار می‌گیرد چرا که جرائمی چون زنا که ممکن است در حریم و حیطة خصوصی و با رضایت طرفین انجام شود، در صورت اثبات نزد حاکم، حق مجازات مرتکب برای حاکم وجود دارد، در حالی که در این حالت، یک جرم خصوصی و فردی در یک محیط خصوصی واقع شده است. البته این موضوع منحصر به جامعه و حاکم اسلامی نیست و در سایر جوامع نیز حکومت‌ها خود را مجاز به ورود به حوزه‌های خصوصی همچون مصرف مواد مخدر و یا قرص‌های روان گردان در حیطة خصوصی، استفاده از تجهیزات ایمنی هنگام کار، بستن کمربند موقع رانندگی، بیمه‌های مختلف و... می‌دانند. (غلامی، ۳۳۴)

۲- حق بودن حجاب برای زن

گاهی این‌گونه تصور می‌شود که داشتن پوشش برای مرد و یا زن یک حق فردی تلقی

۵. حکم عقل به ضرورت انتخاب اهم و فدا نمودن مهم در قبال آن در موارد تلاقی است؛ یعنی حکم عقل سلیم به ضرورت انتخاب امر اهم در موارد تخییر بین اهم و مهم.

۶. آیه ۱۲ سوره حجرات دال بر جواز برخی سوء ظن‌ها «إِنَّ بَغْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ» (نساء: ۱۴۸)؛ جواز افشاگری علیه ظالم «لَا يَجِبُ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعاً عَلِیْماً» و از سنت معصومان علیهم‌السلام: روایات دال بر جواز تجسس؛ (احمدی میانجی، ۱۳۷؛ روایات دال بر جواز غیبت، ریشه‌ری، ۳۰۹۴/۷).

۷. اصول ۱۴، ۲۲، ۲۴، ۲۵، ۱۴۲ قانون اساسی؛ قانون مجازات اسلامی با تفسیر مواد ۵۸۲، ۶۴۸ و ۶۰۶؛ قانون آیین دادرسی کیفری با تفسیر مواد ۹۶، ۶۷ و ۱۰۶؛ قانون مطبوعات.

۸. برای اطلاع از ریز مواد قانونی مرتبط دیگر کشورها رک. جعفر کوشا، جرایم علیه عدالت قضایی، اول، (میزان: تهران: ۱۳۸۱ ش)، ص ۱۹ به بعد.

می‌شود؛ و از آنجاکه حق آن‌هاست و با توجه به ویژگی اسقاط پذیری حق (امام خمینی، البیع، ۲۷/۱) می‌توانند این حق را اسقاط کنند و یا از آن به هر نحو دیگری خواستند، بهره‌برداری کنند.

نقد و بررسی

در نقد بیان فوق توجه به نکات زیر ضروری است:

نکته اول: مبنای حقوق اسلامی اراده شارع است. شارعی که خالق و حکیم است و انسان را عبث خلق نکرده است؛ و اراده شارع بر این است که هر کجا حقی است، تکلیفی نیز وجود دارد. (مصباح یزدی، ۱/۱۵۳؛ جوادی آملی، حق و تکلیف در اسلام، ۲۵۷) نگرش عمیق و بی‌غرضانه به آیه‌های حجاب نیز به روشنی می‌نمایاند که حجاب، افزون بر اینکه حق و تکلیف شخصی بانوان مسلمان است بلکه جنبه تکلیفی آن قوی‌تر است، جامعه دینی نیز تکلیفی در مقابل این حق دارد؛ و البته حکمت تکلیفی بودن پوشش و حجاب که در این آیات آمده است، این مطلب را تأیید می‌کند. (احزاب: ۵۹)

نکته دوم: باید دانست که حق بودن حجاب به معنای آن نیست که می‌توان آن را ساقط کرد و بدون پوشش بود؛ بلکه به این معناست که کس دیگر اعم از دولت و غیر دولت نمی‌تواند به نداشتن آن فرمان دهد. این حق مانند حق حیات است که کسی نمی‌تواند به آن تعرض کند؛ ولی صاحب حق نیز نمی‌تواند این حق را از خود اسقاط نماید و این اقدام مشروعیت حقوقی نخواهد داشت. (حکمت نیا، ۳۲۶)

نکته سوم: هر چند می‌توان پذیرفت که پوشش حق زن است؛ اما حجاب به معنای شرعی آن اصلاً جزء حقوق زن نیست که بخواهد اسقاط کند و جزء حقوق الهی است. چرا که وقتی قرآن کریم مسأله لزوم حجاب را بازگو می‌کند، علت و فلسفه ضرورت حجاب را چنین بیان می‌فرماید: «ذلک أدنی أن یعرفن فلا یؤذین» یعنی برای این‌که شناخته نشوند و مورد اذیت واقع نگردند. چرا که آنان تجسم حرمت و عفاف جامعه هستند و حرمت دارند. (جوادی آملی، زن در آئینه جمال و جلال، ۴۳۸)

جوادی آملی در این خصوص می‌نویسد: «... عصمت زن، حق الله است و به هیچ کسی ارتباط ندارد... زن به عنوان امین حق الله از نظر قرآن مطرح است؛ یعنی این مقام را و این حرمت و حیثیت را خدای سبحان که حق خود اوست، به زن داده و فرموده: این حق مرا تو به عنوان امانت حفظ کن.» (همان، ۴۳۸)

وی در قسمتی دیگر می‌آورد: «تبیین حجاب در بینش قرآن کریم این است که زن باید کاملاً درک کند که حجاب او تنها مربوط به خود او نیست تا بگوید من از حق خودم صرف‌نظر کردم، حجاب زن مربوط به مرد نیست تا مرد بگوید من راضی‌ام، حجاب زن مربوط به خانواده نیست تا اعضای خانواده رضایت بدهند، حجاب زن، حقی الهی است»، (همان، ۴۳۷)

۳- عبادی بودن حجاب

برخی معتقدند که چون حجاب جزء احکام عبادی و فردی است؛ بنابراین، این مسأله، یک تکلیف شخصی محض است نه یک مسأله اجتماعی؛ و حکومت دینی حق الزام در اعمال و فرایض عبادی را ندارد؛ زیرا اعمال عبادی منوط به قصد قربت است و چنین قصدی باید از روی اعتقاد قلبی صادر شود. از جمله امور عبادی که به قصد قربت نیاز دارد، حجاب است. (ایازی، ۳۵۶/۱)

یا گفته شده: «حجاب امر خواستنی و انتخابی است و هیچ مجازاتی، برای غیر عامل به حجاب تعیین نشده است و صرفاً گناهی است که فقط توسط خداوند قابل بازخواست است.» (روزنامه نشاط، ۱۳۷۸/۳/۱۷، ۳)

نقد و بررسی

این دلیل خود مشتمل بر چند مطلب است که هریک جداگانه مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

اول: حجاب امری عبادی است پس فردی محسوب می‌شود نه اجتماعی؛ دوم: حجاب چون عبادی است، نیاز به قصد قربت دارد پس نمی‌توان کسی را به آن الزام کرد و این همان فردی بودن مسأله را می‌رساند نه اجتماعی بودن آن را.

نقد بیان اول به این است که اولاً تنها برخی اعمال که در آن‌ها پرستش باشد، عنوان تعبدی^۹ را خواهد گرفت که مسلماً حجاب جزء این گونه اعمال نیست. ثانیاً اگر حجاب را جزء اعمال تقریبی غیر تعبدی بدانیم باید این مسأله حل شود که آیا هر عملی که قصد قربت در آن شرط

۹. برخی معاصران، واجبات را به تقرُّبی و توصُّلی تقسیم کرده و تقرُّبی را به تعبدی و غیرتعبدی تقسیم کرده و گفته‌اند: مراد از تقرُّبی واجباتی هستند که قصد قربت در آن‌ها شرط است و خود بر دو دسته‌اند: یکی واجباتی که عنوان عبادت و پرستش بر آن‌ها صدق می‌کند، مانند نماز، اعتکاف و حج و دیگری واجباتی که مصداق عبادت نیستند ولی باید به قصد تقرب و اطاعت انجام شود و مشخص است که اطاعت غیر از عبادت است؛ مانند زکات و خمس؛ بنابراین تنها دسته اول مصداق تعبدی محسوب می‌گردد؛ و در همین جا اگر عمل توصُّلی به قصد تقرب و اطاعت انجام شود، صحیح بوده و عنوان تقرُّبی می‌گیرد نه تعبدی. (سبحانی، ۲۰۶/۱-۲۰۷)

است، فردی خواهد بود و یا اینکه ملازمه‌ای بین این دو نیست.

با مراجعه به ابواب مختلف فقه درمی‌یابیم که برخی عبادات نظیر خمس و زکات هم جنبه فردی دارند و هم اجتماعی و چه بسا جنبه اجتماعی این اعمال بر جنبه فردی آن غلبه دارد؛ و حتی برخی عبادات نظیر نماز و حج که عباداتی فردی محسوب می‌شوند، نیز با مسائل اجتماعی و سیاسی و امور دنیایی پیوند دارند؛ چنان‌که امام خمینی معتقد است: «فیهما ایضا جهات اجتماعی و سیاسی مربوطه بالحیة والمعیشة الدنیویة» (امام خمینی، البیع، ۶۱۷/۲) بنابراین رابطه تساوی بین عمل تقریبی و فردی برقرار نیست و این‌ها لازم و ملزوم هم نیستند و حداکثر می‌توان رابطه عموم و خصوص من وجه را تصور کرد.^{۱۰}

در نقد بیان دوم باید گفت که عمل به فرائض غیرعبادی به معنای کنش غیرعبادی نیست و هرگاه به قصد تقرب و اطاعت انجام شود، تقریبی محسوب می‌شود؛ بنابراین این‌که حکومت دینی چگونه و در چه حدی می‌تواند اتباعش را به امری ملزم نماید؛ فرع بر پذیرش اصل موضوع الزام است که چنین چیزی عقلاً و نقلاً ممکن است.

اما پاسخ اساسی‌تر این است که در شریعت اسلامی رعایت حجاب به قصد قربت مشروط نیست. هیچ فقیهی رعایت حجاب اسلامی را مشروط به قصد قربت نکرده است و فقها آورده‌اند، زن باید بدن و موی سر غیر از صورت و دست‌های خود را از مرد نامحرم بپوشاند. (توضیح المسائل مراجع، ۴۸۸/۲) لذا حجاب جزء اعمال تقریبی نیست و پایه استدلال صحیح نمی‌باشد.

۴- نبودن مجازات در صدر اسلام

گفته شده: «در مورد حجاب نه تنها شواهدی مبنی بر حکومتی بودن آن وجود ندارد، بلکه مواردی در تاریخ شیعه وجود ندارد که زنی به دلیل رعایت نکردن حجاب، مجازات شده باشد. هرچا امری، مجازاتی داشته، در کتب روایی، جزء جزء آن ذکر شده است، اما در مورد حجاب، نه تنها روایتی در این زمینه نداریم، بلکه احادیث زیادی وجود دارد که الزام زنان به رعایت حجاب و [همچنین] تقصیر آنان را [در ترک حجاب] به گردن شوهرانشان می‌گذارد نه حکومت. حتی مجازات بی‌حجابی به عنوان تعزیر هم سابقه ندارد. احکام مربوط به حجاب هم مثل نماز و روزه و نه مثل احکام حقوقی، فاقد ضمانت اجرای اجتماعی است.» (صدر،

۱۰. به اینکه برخی تقریبی‌اند و فردی مثل نماز و برخی غیرتقریبی‌اند و فردی مثل تطهیر لباس و برخی تقریبی‌اند و اجتماعی مثل زکات و خمس و برخی غیرتقریبی‌اند و اجتماعی مثل امر به معروف و نهی از منکر.

«در هیچ یک از متون تاریخی نیز برخوردی از ناحیه حکومت اسلامی و یا از امام معصوم علیه السلام گزارش نشده است؛ بنابراین حکمی کاملاً خصوصی بوده که حکومت حق دخالت در آن را ندارد.» (ایازی، ۳۲۵-۳۶۸؛ مفتاح، ۲۹۵-۳۲۵) این بیان دو مسأله را لازم و ملزوم یکدیگر دانسته و آن نبود مجازات ترک حجاب در صدر اسلام و اجتماعی بودن یک چیز است؛ بدین معنا که هرگاه امری فردی شد، تارک آن مجازات نخواهد شد.

نقد و بررسی

در پاسخ به بیان فوق اول آن که گزارش تاریخی یا عدم آن جزء منابع استنادی فقهی محسوب نمی‌شود؛ چراکه فقیه پس از دستیابی به ادله لفظیه قانع کننده، هیچ‌گاه به انتظار سندی تاریخی از اجرای حکم نمی‌نشیند مگر بنابر این بوده است که تمام فعالیت‌های اجتماعی به کل اسناد تاریخی منتقل شوند؟! (زیبایی‌نژاد، ۳۰)

در ضمن اگر ادعا شود این مسأله به عنوان سیره متشرعه مطرح است که یکی از منابع اصیل فقهی است و از آنجا که در زمان پیامبر و ائمه (علیهم السلام) چنین رویه‌ای نبوده است، لذا استنباط می‌شود که حجاب امری اجتماعی نیست و حکومت حق دخالت را ندارد. در جواب باید گفت؛ اولاً سیره از جمله دلایل لُبی بوده که باید به قدر متیقن آن عمل نمود و از اطلاق آن به مانند ادله لفظیه نمی‌توان بهره جست؛ با این وصف اگر بپذیریم در صدر اسلام، با پدیده بی‌حجابی برخورد الزام‌آور یا بازدارنده نمی‌شده، تنها نتیجه آن، عدم لزوم مداخله حکومت است نه عدم جواز آن؛ ثانیاً اگر گزارش‌های تاریخی نمایانگر تسامح معصوم علیه السلام در برابر اجرای حکم می‌بود، می‌توانست به عنوان قرینه‌ای در کنار قرائن دیگر ملاحظه شود که چنین چیزی هم ثابت نیست بلکه با ادله روایی قابل نقض است.

دوم آنکه: آنچه در مقام واقع قابل مشاهده است، گزارش‌های تاریخی حاکی از حساسیت‌های معصومان علیهم السلام و جامعه اسلامی به این پدیده است؛ از جمله: پیامبر اکرم (ص) در فرمانی خطاب به عمرو بن حزم که به عنوان والی نجران منصوب شده بود، می‌فرماید: «این بیانی است از سوی خدا و رسول او... و مردم را از اینکه لباس کوچکی بپوشند که عورتشان آشکار شود، بازدارد و از اینکه کسی موهایش را پشت سرش انباشته کند، نهی کند...» (الحمیری، ۱۰۱۵/۴؛ میانجی، ۵۲۷/۲)

امیرالمؤمنین علی علیه السلام نیز در زمان خلافت و به عنوان حاکم به مردم عراق می‌فرمودند: «آیا شرم نمی‌کنید و به غیرت نمی‌آیید که زنان راهی بازارها و دکان‌ها می‌شوند

و با افراد بی دین برخورد می‌کنند» (کلینی، ۱۱/۲۳۲)^{۱۱}

سوم آن‌که: به نظر می‌رسد ملازمه‌ای بین فردی بودن عملی و عدم قرار دادن مجازات در صدر اسلام نباشد؛ زیرا برای اینکه برای عملی مجازات تعیین شود، ملاک‌های خاصی وجود دارد نه آن‌که ملاک فردی یا اجتماعی بودن آن باشد. برخی مجازات‌ها در اسلام در چهار حوزه حدود، قصاص، دیات و تعزیرات است و ملاک جرم‌انگاری در هر قسمت تفاوت می‌کند و در هیچ‌کدام تلازمی بین فردی بودن و مجازات وجود ندارد؛ به طور مثال جرم زنا یا استعمال مواد مخدر و روان گردان یک جرم فردی محسوب می‌شود، با این حال برای آن مجازات تعیین شده است. لذا پایه استدلال درست نمی‌باشد. با این اوصاف اگر ادعا شود چون شارع برای بی حجابی مجازات تعیین نکرده، پس هم اکنون نیز نباید مجازات برای آن قرار داده شود؛ این ادعا، ادعای دیگری است که ملاک برای جرم‌انگاری را تعیین و تصریح شارع دانسته است و پرواضح است که این مسأله ربطی به فردی یا اجتماعی بودن یک حکم ندارد.

چهارم آن‌که: نکته‌ای که در بحث جرم‌انگاری بی‌حجابی قابل توجه است توجه به عنصر زمان و مکان است. در چند دهه اخیر ایده دخالت حداکثری حکومت‌ها در شؤونات اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی مطرح شده درحالی‌که در دوران گذشته بسیاری از مداخله‌ها توسط خانواده، طایفه و مردم انجام می‌گرفت و دولت نقش ناظر و هدایتگر کلی و مداخله‌گر موردی را ایفا می‌کرد. در جوامع گذشته غالباً دولت‌ها کوچک بودند و نیروهای انتظامی را تعدادی اندک تشکیل می‌دادند که مأمور مقابله با ناامنی و پاسخ به مراعات و اجرای حدود بودند؛ آن هم نه ضرورتاً به این دلیل که حکومت خود را ممنوع از مقابله با هر گناه و جرمی می‌دید بلکه به این دلیل که مردم خود اقدام می‌کردند و دولت ضرورتی به مداخله در هر امری نمی‌دید؛ بنابراین عدم تصدی گری دولتی در مواردی چون حفظ حجاب این نتیجه را نخواهد داشت که دولت‌های جدید که شأن خود را مداخله در بسیاری از امور می‌دانند نیز حق دخالت در موضوعاتی چون حجاب را ندارند. (زیبایی نژاد، ۳۱)

پرواضح است که مداخله دولت در امور اجتماعی، همواره به معنی برخوردهای خشن و قضایی مثل پیش‌بینی مجازات یا اعمال آن نیست. بلکه می‌توان گفت بین ترویج مسایل فرهنگی، از جمله حجاب و عفاف و تدابیر فرهنگی و عقلانی در این خصوص ملازمه وجود

۱۱ لازم به ذکر است اشاره به گزینه مجازات در این قسمت به معنای انحصار این گزینه برای برخورد حکومتی با منکراتی همچون بدحجابی نیست بلکه بنابر آنچه در روایات آمده حکومت وظیفه تعلیم و تربیت را در کنار وظایف اجرای حدود و مجازات دارد.

دارد.

ادله قرآنی

۱- عدم تصریح به اجتماعی بودن

قاسم امین یکی از نظریه پردازان مسلمان عرب که تحصیل کرده پاریس بود. تحصیل در فرانسه، تأثیر خاص خود را بر او گذاشته بود. قاسم امین ابتدا کتاب تحریر المرأة را نگاشت و پس از آن در کتاب المرأة العصرية یا المرأة الجديده به پاسخ‌گویی به انتقادهایی که از وی شده بود، پرداخت. ^۱ وی بحث حجاب را مانع بر سر راه رشد و ترقی زن می‌دانست و معتقد بود حجاب یک امر فردی است؛ وی در این باره می‌نویسد: «اگر نهی در متون دینی باشد که بر وجوب حجاب، دلالت کند، قطعاً دلیل بر اجتماعی بودن آن نیست، چون نه در قرآن و نه در روایت، مطلبی نیست که بر اجتماعی بودن حجاب دلالت کند، پس اگر واجب بودن آن ثابت می‌شد، قطعاً اجتماعی بودن آن به دست نمی‌آمد؛ زیرا آن حکم، تنها بر وجوب آن دلالت می‌کرد نه بر اجتماعی بودن آن.» (امین، ۲۳۷/۲۶)

نویسنده دیگری می‌نویسد: «تقریباً در همه کتاب‌های تفسیر آمده که دلیل نزول آیات حجاب، متمایز ساختن زنان آزاده از کنیزان برای جلوگیری از تعرض مردان مدینه به آن‌ها بوده است. حال با وجود، آیا می‌توان حجاب را یک امر اجتماعی دانست؟» (صدر، ۱۰۳/۱۴)

نقد و بررسی

مبنای استدلال فوق بر این پایه است که حکمت‌های مطرح شده در آیات، با اجتماعی بودن حجاب سازگار نیست؛ اما با بررسی آیات حجاب، مشخص می‌گردد که اولاً؛ خداوند متعال به برخی حکمت‌های این واجب اشاره کرده است از جمله حفظ حرمت و احترام زن، کاهش خطا و خطر و مصونیت زن (احزاب: ۵۹) ^۲ پرهیز از مفسده (نور: ۶۰) ^۳ و طهارت قلبی انسان‌ها (احزاب: ۵۹) ^۴ و بیان این حکمت‌ها به معنای این نیست که تمام فلسفه حجاب در این امور نهفته است؛ بلکه قرآن کریم به بخشی از این وجوه اشاره کرده است. ثانیاً؛ هر چند حفظ احترام، پرهیز از مفسده و یا طهارت قلبی و... یک امر شخصی محسوب می‌شود ولی

۱. برای آگاهی بیشتر رک. رسول جعفریان، «مسأله حجاب و تاثیر اندیشه‌های قاسم امین مصری در ایران»، آینه پژوهش، شماره ۷۰، ۱۳۸۰.

۲. «...ذَلِكَ أَتَى أَنْ يُغْفَرَنَّ فَلَا يُؤْذَنُ...»

۳. «...وَأَنْ يَسْتَغْفِرَ خَيْرٌ لَهُنَّ...»

۴. «...ذَلِكَ أَمْطَرُ لِقُلُوبِكُمْ وَ قُلُوبِهِنَّ...»

تعریف و لوازم آن‌ها منحصر در حوزه شخصی نیست؛ مثلاً در مورد احترام، این مسأله در تعامل با سایرین شکل می‌گیرد و به فرموده علامه طباطبایی که در تفسیر آیه آورده است: «پوشاندن همه بدن به شناخته شدن به اینکه اهل عفت و حجاب و صلاح و سدادند، نزدیک‌تر است، در نتیجه وقتی به این عنوان شناخته شدند، دیگر اذیت نمی‌شوند، یعنی اهل فسق و فجور متعرض آنان نمی‌گردند» (طباطبایی، ۱۳۴۰/۱۶) نشان از آن دارد که احترامی که در این مسأله بیان شده، در اثر برخورد با افراد دیگر باید حاصل شود و البته کسی نمی‌تواند ادعا کند که به واسطه آزادی شخصی نمی‌خواهد از این احترام برخوردار باشد؛ زیرا این آزادی شخصی با حکم حجاب که یکی از حکمت‌های آن حفظ احترام است، مقید شده است.

همین‌طور این نکته درباره طهارت قلبی نیز جریان دارد. هر چند جنبه شخصی بودن طهارت در اینجا نمود بیشتری دارد؛ اما وقتی به این حکمت مورد اشاره قرآن در مورد حجاب دقت می‌کنیم در می‌یابیم که «...ذَلِكُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِكُمْ وَقُلُوبِهِنَّ...» نیز بیانگر نحوه ارتباط زنان و مردان است و به تأثیر نگاه نامحرمان به یکدیگر در قلوب آنان اشاره دارد. (طباطبایی، ۳۳۷/۱۶؛ طبرسی، ۵۷۶/۸؛ قرآنی، ۳۹۱/۹)

آنچه بیان شد اشاره به برخی حکمت‌هایی بود که در آیات آمده که بیانگر جنبه اجتماعی بودن مسأله هم هست و گر نه آنچه در فلسفه حجاب از جنبه‌های مختلف بیان شده اعم از حکم عقل و جامعه‌شناسی و روانشناسی و... عمدتاً نظر به جنبه اجتماعی است تا فردی.

۲- استدلالات قرآنی بر فردی بودن حجاب

دکتر محمد شحرور از قرآن‌پژوهان نواندیش سوریه است که دیدگاه‌های متفاوت در برابر حجاب ابراز کرده است، گاهی حجاب را نفی و گاهی هم به عنوان تکلیف شخصی معرفی می‌کند. وی با استناد به جمله «وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» (نور: ۳۱) می‌گوید: «در قرآن (زینت) به سه معنی به کار رفته است: الف. زینت شیئی. ب. زینت مکانی. ج. زینت شیئی و مکانی. مراد از زینت در آیه یاد شده، زینت مکانی است و منظور جسم زن است و نه زیورآلات و آرایش زن. از عبارت (وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا) مشخص می‌شود که زن دو گونه زینت دارد. زینت ظاهری و زینت مخفی. آنچه خداوند در خلقت زن ظاهر ساخته است زینت ظاهری است، مانند سر، شکم، پشت، دست‌ها و پاها؛ و آنچه خداوند در ساختار خلقت زن مخفی نموده است زینت مخفی است.» (شحرور، ۶۰۶)

سپس به ریشه‌یابی واژه «جیوب» پرداخته و می‌گوید: «جیوب جمع جیب از ماده (جیب)

به معنای (یقه ساختن برای پیراهن و مانند آن) گرفته شده است و (جیب) شکافی است که دارای دو لبه است و اصل اشتقاق واژه (جیب) به واژه (جوب) بر می‌گردد که در زبان عربی دارای یک اصل معنایی است و آن عبارت از شکافتن چیزی و برگرداندن کلام - پرسش و پاسخ - است. پس (جیب) در زن بر عضوی اطلاق می‌شود که یا دارای دو قسمت باشد و یا دارای دو قسمت همراه با شکاف؛ بنابراین تحلیل، جیوب زن عبارت است از: دو سینه و زیر دو سینه، زیر دو بغل، فرج و سرین؛ بنابراین زن تنها همین نوع از جیوب را باید بپوشاند.» (همان، ۶۰۷)

کاملاً روشن است که از نگاه شحرور، فقط پوشانیدن قسمتی از جیوب که طبق معنای او مربوط به باطن ساختار وجود زن است، واجب می‌باشد. سپس شحرور با بیان این مقدمات در واژه‌شناسی زینت و جیوب اظهار می‌کند که این نوع پوشش هم فردی است؛ وی می‌نویسد: «این مقدار از پوشش هم حکم شخصی و در عین حال تربیتی است و این حکم شخصی، در جهت تربیت زن و بازدارندگی او از رفتار منافی عفت، صادر شده و نه جز غیر آن و نه یک حکم خشن و نه حکمی در قلمروی قانون و قابل پیگرد.» (همان)

نویسنده دیگری برای اثبات شخصی بودن حجاب به استدلال قرآنی متفاوتی تمسک کرده است. وی می‌گوید: «در امر حجاب مطلقاً، دین با دموکراسی سازگار است؛ زیرا خطاب حکم حجاب در قرآن با مؤمنان و مؤمنات است؛ یعنی رعایت حکم، به ایمان افراد واگذار شده که امر انتخابی و خواستنی است و صرفاً گناهی است که فقط توسط خداوند قابل بازخواست است.» (مرتضوی، ۱۱۶)

نقد و بررسی

گرچه آقای شحرور معتقد است که تمام گفته‌های خود در این زمینه را در فرایند بازخوانی از قرآن، استنباط می‌کند؛ اما تأمل در سخنان وی و انطباق گفته‌های او با قرآن و نیز درک تعارض گفتار او، بی‌ارتباطی دیدگاه‌های او را با قرآن کاملاً آشکار می‌کند. لازم به ذکر است نقد مفهوم واژه‌هایی که شحرور آورده تنها به دلیل بیان تعارضات گفتار او که منجر به نتیجه‌گیری خاص او که فردی بودن حجاب است، می‌باشد.

وی بیان می‌دارد که زینت سه نوع است اما زینت در آیه مورد نظر، فقط زینت مکانی که جسم زن باشد است؛ بنابراین زیور آلات و آرایش مورد نهی قرآن نیست؛ برای بررسی این مطلب باید منظور از زینت و مورد آیه مشخص شود؛ ابن منظور در یک بیان کلی زینت را یک

اسم جامعی می‌داند که شامل هر آنچه زینت دهنده باشد، است (ابن منظور، ۱۲۱/۱۳) و صاحب مجمع البحرین زینت را منحصر در آنچه انسان خود را با آن می‌آراید، می‌داند؛ (طریحی، ۲۶۲/۶) اما راغب در یک بررسی کامل زینت را سه قسم کرده و آن را شامل زینت نفسانی مانند علم و اعتقادات نیکو، زینت بدنی مانند توان جسمانی و زیبایی اندام؛ زینت خارجی مانند مال و... (راغب، ۳۸۸) می‌داند؛ بنابراین معنای لغوی زینت بسیار گسترده‌تر از معنای زیور فارسی است. از طرف دیگر در این آیه که زنان را از آشکار ساختن زینت خود باز می‌دارد. از این فرمان دو مورد استثناء شده است یکی جمله «الا ما ظهر منها» و دیگری «لا لبعولتهن او آبائهن او...» در استثنای اول آنچه از زینت را که خود بخود آشکار است از حکم حرمت آشکار سازی زینت جدا می‌کند؛ بنابراین آیه به دو نوع زینت زن اشاره دارد یک دسته که خود بخود نمایان است و دسته دیگر که نوعاً پنهان است مگر این‌که شخص به قصد بخواهد آن‌ها را آشکار سازد و آیه آنان را از آن بازداشته است. پرسشی که در اینجا مطرح است این است که زینت «نمایان» کدام است و زینت «پنهان» کدام؟ این سؤالی است که از گذشته میان کسانی که در صدد شرح آیه برآمده‌اند و یا در فقه در مقام تمسک به آن بوده‌اند منشأ اختلاف شده است.

اگر مصادیق زینت‌های آشکار - یعنی آنچه استثناء شده مشخص گردد، قهراً مواردی از زینت که پوشاندن آن در مقابل نامحرمان واجب است (مقدار مستثنی له) نیز معلوم خواهد شد برای این کار چاره‌ای جز تعیین مصداق زینت در جمله نخست که مستثنی منه است، نیست و با روشن کردن مصادیق آن موارد زینت آشکار نیز معلوم خواهد شد؛ زیرا با توجه به ضمیر منها که به کلمه زینت برمی‌گردد تعیین مصادیق زینت در هر دو جمله مرتبط به هم می‌باشد. در تبیین مصادیق زینت در آیه سه نظر عمده وجود دارد:

الف) منظور اصلی در آیه، زینت بدنی و جسم زن است؛ بنابراین اگر منعی وجود دارد مربوط به محل زینت و زیور است و گرچه نمایان ساختن خود زیورآلات همانند گوشواره و دست‌بند و بازوبند و نگاه به آن‌ها منعی ندارد. مرحوم طبرسی (طبرسی، ۲۱۷/۷)، علامه طباطبایی (طباطبایی، ۱۱۱/۱۵) و برخی دیگر این نظر را برگزیده‌اند.

ب) مراد از زینت، خود زینت و زیورآلات است ولی نه به تنهایی بلکه وقتی مورد استفاده قرار گرفته و روی بدن باشد طبیعی است نمایان ساختن زیورآلات در چنین حالتی، نوعاً همراه با آشکار ساختن اندامی است که به آن‌ها آراسته شده است. گفته شده است: زینت‌های آشکار

همانند انگشتر، حلقه، سرمه و حنا مانعی ندارد که آشکار شود اما زینت‌های پنهان از قبیل دست‌بند، ساق‌بند، بازوبند، گردن‌بند تاج کمربند و گوشواره باید پوشانده شود مگر در برابر کسانی که در ادامه آیه استثنا شده‌اند. (فاضل مقداد، ۲۲۲/۲؛ مکارم شیرازی، ۴۴۰/۱۴؛ زمخشری، ۶۱/۳)

ج) ظاهراً زینت بمعنی عرفی آن چیزی را گویند که شیئی را به آن بیاریند و زینت یافتن هر چیزی در خور خود و مناسب وی است؛ ظاهراً در کلمه (زینتهن) دو قید مأخوذ است یکی اعضاء بدن زن که محل زینت است و دیگر آن اشیایی مثل گوشواره و دست‌بند و گردن‌بند و امثال آن‌ها هر چیزی که زن به آن آراسته گردد و بر حسن و زیبایی وی افزوده شود و هیچ‌یک به تنهایی بدون دیگر از مصادیق زینت بشمار نمی‌آید. (بانوی اصفهانی، ۱۰۴/۹)

در بررسی و ارزیابی هر یک از سه نظر یاد شده، اگر به استناد ظاهر آیه مقصود از زینت خود زینت بدنیم و نه محل آن و از سوی دیگر آن را چنان که از برخی روایات برمی‌آید به زیورهای مصنوعی چون زیورآلات محدود سازیم نتیجه می‌گیریم که پنهان ساختن زیورهایی چون گردنبند و بازوبند و گوشواره و کمربند از نگاه نامحرم‌ان لازم است و مواردی چون انگشتر و سرمه و حنای دست که نوعاً و خود بخود نمایان است آشکار ماندن آن جایز است ولی اگر یکی از دو نظر دیگر را برگزینیم و مصداق زینت را خود اندام زیبا یا محل زینت بشماریم و یا هر دو با هم، آن وقت باید بگوئیم منظور از استثنای در جمله «الا مظهر منها» که پوشاندن آن واجب نیست، چهره و دست تا میچ است. به نظر می‌رسد قول سوم، با در نظر گرفتن معنای لغوی زینت که شامل همه نوع زینتی می‌شد و همچنین نظر به روایات صحیح‌تر باشد؛ از جمله روایاتی که زینت را شامل زیور آلات می‌داند؛ روایت امام صادق (ع) در تفسیر جمله «الا مظهر منها» است که فرمودند: «زینت آشکار سرمه و انگشتری است.»^۱ (کلینی، ۱۹۷/۱۱)

۱. ابومسیر از اصحاب امام صادق (ع) گفته است درباره این جمله «ولایبدین زینتهن الا ما ظهر منها» از آن حضرت پرسیدم فرمود: «الْحَاتَمُ، وَ الْمَسْكَةُ، وَ هِيَ الْقَلْبُ» (همان). انگشتری و مسکه که همان دستبند است؛ علی بن ابراهیم قمی صاحب تفسیر روایی معروف از حضرت امام باقر علیه‌السلام در شرح آیه مورد بحث نقل کرده است که فرمود: «فَهِيَ الْثِيَابُ وَ الْكُحْلُ وَ الْحَاتَمُ وَ خِضَابُ الْكَفِّ وَ السَّوَارُ، وَ الزَّيْنَةُ ثَلَاثُ: زَيْنَةُ لِلنَّاسِ وَ زَيْنَةُ لِلْمَحْرَمِ وَ زَيْنَةُ لِلزَّوْجِ، فَأَمَّا زَيْنَةُ النَّاسِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَ أَمَّا زَيْنَةُ الْمَحْرَمِ فَمَوْضِعُ الْقِلَادَةِ فَمَا فَوْقَهَا- وَ الدُّمْلُجُ وَ مَا دُونَهُ وَ الْخَلْخَالُ وَ مَا أَسْفَلَ مِنْهُ- وَ أَمَّا زَيْنَةُ لِلزَّوْجِ فَالْجَنَّةُ كُلُّهَا» (القمی، ۱۰۱/۲)

زینت آشکار عبارت است از لباس و سرمه و حنای دست و انگو دست و انگو و زینت (اساساً) سه گونه است: یک نوع زینت برای مردم است که گفتیم (لباس، سرمه، حنای دست و انگو) و زینت محرم، جای گردنبند و بالاتر آن و بازوبند و پایین آن و خلخال و پایین‌تر آن است و اما زینت شوهر، عبارت از همه بدن است. چنان‌که از این روایت پیداست قسمت نخست همان زینت‌هایی است که آشکار است و از این

از جمله روایاتی که زینت را شامل اندام نیز می‌داند، روایت فضیل است از امام صادق (ع) که می‌گوید: درباره ساعدهای زن پرسیدم که آیا جزو زینتی هست که خداوند درباره آن فرمود است: (ولا یبدین زینتهن الا لبعولتهن)؟ حضرت فرمود: «آری و (نیز) آنچه پایین (زیر) روسری (مقنعه) و آنچه پایین دست‌بندهاست.» (کلینی، ۱۹۶/۱۱)

اقتضای جمع بین روایات گفته شده که از نظر سندی صحیح می‌باشند، آن است که مصداق زینت را عام دانسته و شامل خود اندام نیز شود؛ حتی اگر خالی از زیورآلات و آرایش باشد و همان‌طور که بیان شد، این معنا با اطلاق لفظ زینت در آیه مورد بحث نیز سازگاری بیشتری دارد. البته در فقه اسلامی در استدلال بر وجوب پوشاندن اندام زن جز آنچه خود بخود آشکار است یعنی صورت و دست، دلیل‌های دیگری نیز وجود دارد که حتی با فرض اختصاص زینت در آیه مورد بحث به زیورآلات همان دلیل‌ها در اثبات وجوب پوشش کفایت می‌کند. از آنچه بیان شد، تعبیر شحرور از زینت و اختصاص آن به زینت جسمانی قابل پذیرش نیست.

نکته دوم درباره واژه جیوب است. جیب در مورد انسان به معنای مطلق شکاف به کار نرفته است تا منظور از آیه قسمت‌های باطنی بدن زن باشد. چنانکه شحرور می‌پندارد؛ بلکه هرگاه در مورد انسان به کار رفته به معنای شکاف پیراهن یا زره اوست.^۲ تنها یک مورد درباره خود انسان به کار رفته و آن هم به معنای قلب و سینه اوست: «فَلَا تُنَاصِحُ الْجَيْبَ: یَعْنَىٰ بَذْلُکَ قَلْبِهِ وَ صَدْرِهِ، أَوْ أَمِينٍ»^۳ و در همین مورد هم معنای کنایی مراد است نه معنای ظاهری.

با این وصف ایشان هیچ توضیحی نداده است که به چه دلیل معنای وضعی (جیوب) که در تمام فرهنگ‌ها و استعمالات عرب برای (یقه) به کار رفته است به یکباره تغییر معنی داده و برای اعضای دارای شکاف در بدن زن استعمال شده است؟ اگر تنها به خاطر وجود ارتباطی بین یک واژه و یک شیء، معنای آن واژه را بدون هیچ قرینه‌ای بر آن شیء حمل کنیم، واژه‌ای باقی نخواهد ماند که از این قاعده مستثنی باشد؟ چه بسیار واژه‌هایی که با اندک ارتباطی می‌توانند بر اشیاء و حالات مختلفی حمل شوند.

در نقد استدلال دوم باید گفت جستجو و تتبع در آیات اجتماعی قرآن، به روشنی

رو از آن به عنوان زینت عمومی نام برده شده است ولی دو قسم دیگر یکی به محارم اختصاص دارد چون در اندامی استفاده می‌شود که باید از نامحرمان پوشانده شود و دیگری ویژه شوهر است که شامل همه بدن می‌شود.

۲. رک. لسان العرب، العین، مفردات غریب القرآن، المصباح المنیر و... ذیل جیب.

۳. لسان العرب ذیل جیب.

می‌نمایند که بیشترین آیات اجتماعی این کتاب الهی نیز مؤمنان را مورد خطاب قرار داده است مانند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى...» (بقره: ۱۷۸)؛ آیا حکم قصاص که مخاطب آن، اهل ایمان می‌باشد، از احکام اجتماعی اسلام نیست؟

و مانند آیه کریمه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدِينِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...» (بقره، ۲۸۲)؛ این آیه کریمه که بزرگ‌ترین آیه در قرآن است جوانب گوناگون داد و ستد به صورت دین را مطرح کرده است و مخاطب آن هم اهل ایمان است، آیا این از آیات اجتماعی قرآن نیست؟ بنابراین خطاب به مؤمنان به معنای شخصی بودن تکلیف نیست.

برعکس در پاره‌ای از موارد، عامه مردم اعم از مؤمن و غیر مؤمن، مأمور به تقوا شده با اینکه تقوا کاملاً یک امری شخصی است. «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ...» (نساء: ۱)؛ و گاهی همه مردم با تعبیر «يَا أَيُّهَا النَّاسُ» در جهت سود جستن از طبیعت، مخاطب قرار می‌گیرد؛ مانند: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا» (بقره: ۱۶۸).

و گاهی هم برای این سود جستن، با جمله «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» مخاطب قرار می‌گیرد. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ...» (بقره: ۱۷۲).

دولت اسلامی می‌تواند رباخواران، حرام‌خواران و کسانی را که از راه حرام کسب درآمد می‌کنند، متخلفان از دستور پیامبر و فرمان‌های حکومتی و نیز متخلفان از فرمان جهاد را مجازات کند. پس میان مخاطب قرار دادن مؤمنان و اختیاری بودن تکالیفی که بر عهده ایشان نهاده می‌شود، هیچ تلازمی وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

با نقد ادله قائلان فردی بودن حجاب از یک سو، اجتماعی بودن این واجب الهی و از سوی دیگر وظیفه‌مندی حکومت اسلامی در ترویج فرهنگ حجاب و اصلاح معضل بدحجابی به اثبات می‌رسد. اجتماعی دانستن حجاب و رعایت آن در جامعه آثاری چون آرامش روانی شهروندان جامعه، اعم از مرد و زن، استحکام پیوند خانواده‌ها، استواری اجتماع و مصونیت آن از حاکمیت فضای جنسی و... در پی دارد و فقدان آن، یعنی نبود آثار و حقوق فوق در جامعه. البته این بیان هیچ‌گاه به معنی عدم وجود مصالح فراوان فردی برای حجاب نیست؛ اگر چه در مقام تعارض بین مصالح و حقوق اجتماعی و فردی، تقدم با مصالح و حقوق اجتماعی است.

بر این اساس دولت باید به احیای حقوق اجتماع قیام کرده و با ناقضان این حقوق برخورد کند.

بدیهی است کارکرد ویژه حکومت در این زمینه منحصر به گزینه قضایی یا برخوردهای تند جزایی و غیر عقلانی و نسجیده نبوده و از آنجا که حجاب از مؤلفه‌های مهم فرهنگی است، توجه به این عنصر، می‌تواند به طراحی راه حلی معقول و سنجیده از سوی متولیان امر در این مورد بیانجامد. پیروی از دستورات شرع از جمله رعایت مراتب امر به معروف و نهی از منکر و استفاده از جدال احسن و گشودن زبان نصیحت و خیرخواهی از یک‌سو و برنامه‌ریزی فرهنگی و آموزشی و بکارگیری تدابیر پیش‌گیرانه از سوی دیگر، از مهم‌ترین اقدامات عقلانی و مورد انتظار از سوی نهادهای مربوط است.

منابع

- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، تحقیق: الحجة الشیخ مجتبی العراقی، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، محقق و مصحح: جمال الدین میر دامادی، بیروت: دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- ابن هشام، عبدالملک بن هشام، *السيرة النبویه*، تحقیق: محمد محیی الدین عبد الحمید، مصر، مکتبه محمد علی صبیح وأولاده، ۱۹۶۳ م.
- اسکندری، مصطفی، «ماهیت و اهمیت حریم خصوصی»، *حکومت اسلامی*، سال پانزدهم، شماره چهارم، زمستان، ۱۳۸۹.
- امین، مهدی، «مسأله الحجاب فی القرآن، وقفه مع الدكتور محمد شحرور»، *المنهاج*، شماره ۲۶، تابستان، ۱۳۸۱.
- امین، نصرت بیگم، *مخزن العرفان در تفسیر قرآن*، تهران: نهضت زنان مسلمان، ۱۳۶۱.
- ایازی، محمد علی، «نقد و بررسی ادله فقهی الزام حکومتی حجاب»، *حجاب مسئولیت‌ها و اختیارات دولت اسلامی*، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- بنی‌هاشمی خمینی، محمدحسن، *توضیح المسائل مراجع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۱.
- جعفریان، رسول، «مساله حجاب و تاثیر اندیشه‌های قاسم امین مصری در ایران»، *آینه پژوهش*، شماره ۷۰، ۱۳۸۰.

۲۰۲	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۱
	جوادی آملی، عبدالله، <i>حق و تکلیف در اسلام</i> ، محقق: مصطفی خلیلی، قم: إسرائ، چاپ سوم، ۱۳۸۸.	
	_____، <i>زن در آئینه جمال و جلال</i> ، محقق: محمود لطیفی، قم: إسرائ، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۸.	
	حکمت نیا، محمود، <i>حقوق و مسؤولیت‌های فردی و اجتماعی زن</i> ، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۰.	
	خمینی، روح الله، <i>تحریر الوسيله</i> ، قم: دارالعلم، ۱۳۷۹.	
	_____، <i>کتاب البیع</i> ، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا.	
	راغب اصفهانی، حسین بن محمد، <i>مفردات ألفاظ القرآن</i> ، محقق و مصحح: صفوان عدنان داوودی، بیروت: دار القلم، ۱۴۱۲ ق.	
	زمخشری، محمود بن عمر، <i>الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل</i> ، بیروت: دار الكتاب العربی، چاپ سوم، ۱۴۰۷ ق.	
	زیبایی نژاد، محمد رضا، «نظام اسلامی و مسأله پوشش زنان»، <i>نظام اسلامی و مسأله حجاب</i> ، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چاپ اول، ۱۳۸۷.	
	سبحانی، جعفر، <i>تهذیب الأصول</i> ، تفرات بحث اصول سید روح الله موسوی خمینی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۸۱.	
	شحرور، محمد، <i>الکتاب و القرآن قراءة معاصرة</i> ، دمشق: ۱۹۹۹ م، برگرفته از سایت رسمی محمد شحرور www.shahrour.org .	
	شهریاری، حمید، «حریم خصوصی و جامعه اطلاعاتی»، <i>پژوهش‌های فلسفی-کلامی</i> ، سال هشتم، شماره سوم و چهارم.	
	شهید ثانی، زین الدین بن علی، <i>مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام</i> ، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.	
	صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام</i> ، تحقیق و تعلیق: الشیخ عباس الفوجانی، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۲.	
	صدر، شادی، «آیا حکومت مسئول بی حجابی است؟»، <i>ماهنامه زنان</i> ، شماره ۱۰۳، ۱۳۸۲.	
	طباطبایی، محمد حسین، <i>المیزان فی تفسیر القرآن</i> ، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.	
	طبرسی، فضل بن حسن، <i>مجمع البیان فی تفسیر القرآن</i> ، تهران: ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۲.	
	طریحی، فخر الدین بن محمد، <i>مجمع البحرین</i> ، محقق و مصحح: احمد حسینی اشکوری، تهران: ۱۳۷۵.	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>المبسوط فی فقه الإمامیه</i> ، تهران: مکتبه المرتضویه، چاپ سوم، ۱۳۸۷.	

- غلامی، علی، *مسأله حجاب در جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۳۹۱.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- فراهیدی، خلیل بن أحمد، *کتاب العین*، قم: نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- فیومی، أحمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر*، قم: موسسه دار الهجرة، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- قاسمی سیانی، علی اصغر، «بررسی تطبیقی مفهوم آزادی در نظام‌های لیبرال دموکراسی و مردم‌سالاری دینی»، *همایش مردم سالاری دینی*، قم: دفتر نشر معارف، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- قرائتی، محسن، *تفسیر نور*، تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن، چاپ یازدهم، ۱۳۸۳.
- قمی، علی بن ابراهیم، *تفسیر القمی*، محقق و مصحح: طیب موسوی جزائری، قم: دار الکتب، چاپ سوم، ۱۴۰۴ ق.
- کدیور، محسن، *حق الناس؛ اسلام و حقوق بشر*، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۸۷.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، قم: دار الحديث، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق.
- کوشا، جعفر، *جرايم عليه عدالت قضایی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- لیثی واسطی، علی بن محمد، *عیون الحکم و المواعظ (للثیسی)*، محقق و مصحح: حسین حسینی بیرجندی، قم: دار الحديث، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- محقق داماد، مصطفی، *مجموعه گفتگوهای هم‌اندیشی بررسی مسائل و مشکلات زنان اولویت‌ها و رویکردها*، قم: مرکز تحقیقات زن و خانواده، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- مصباح یزدی، محمد تقی، *مشکات (نظریه حقوقی اسلام)*، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
- مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار*، تهران: صدرا، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
- مفتح، محمد هادی، «وظیفه حکومت اسلامی در زمینه پوشش بانوان»، *حجاب مسئولیت‌ها و اختیارات دولت اسلامی*، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ اول، ۱۳۷۴.
- میانجی، علی احمدی، *مکاتیب الرسول صلی الله علیه و آله و سلم*، چاپ اول، قم: دار الحديث، ۱۴۱۹ ق.
- نماینده ولی فقیه سپاه، *آزادی از دیدگاه امام خمینی (ره)*، تهران: پژوهشکده تحقیقات اسلامی، ستاد نمایندگی ولی فقیه در سپاه، ۱۳۷۸.

نوری، محمدعلی و رضا نخجوانی، *حقوق حمایت داده‌ها*، تهران: کمیته مطالعات حقوق فناوری ریاست جمهوری، ۱۳۸۳.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۱
تابستان ۱۳۹۴، ص ۲۲۶-۲۰۵

امکان استناد به موازین فقهی در جرم‌زدایی از اتانازی غیر فعال*

دکتر سعید نظری توکلی

دانشیار دانشگاه تهران

Email: sntavakkoli@ut.ac.ir

شکیبا امیرخانی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: shakiba_amirkhany@yahoo.com

چکیده

ابتلا به بیماری‌هایی که علم پزشکی تا کنون به درمان قطعی آن‌ها موفق نگردیده، از رخدادهای تلخ جامعه بشری است. از آنجا که انجام اقدامات درمانی ناکارآمد برای این گروه بیماری‌ها، افزون بر تحمیل هزینه زیاد بر خانواده بیمار، تأثیر خاصی بر بهبود بیمار نداشته، تنها بر طول عمر وی اندکی می‌افزاید که خود آرامش روانی بیمار و بستگان او را با خطر جدی مواجه می‌سازد؛ اقدام به اتانازی به وسیله ترک اقدامات درمانی جهت تسریع و سهولت مرگ این اشخاص، موجه به نظر می‌رسد. هدف از این پژوهش تبیین روایی فقهی و تلقی غیر مجرمانه از این شیوه سلب حیات است، به‌ویژه آن‌که برخی از فقیهان بر تأثیر وجود انگیزه احسان در نفی مسئولیت از فردی که با رفتار ایجابی به سلب حیات از دیگری مبادرت ورزیده است، تصریح کرده‌اند.

این تحقیق به روش تحلیلی- توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای انجام شده است. پس از تبیین مفاهیم اصلی بحث، آراء فقیهان در ارتباط با موضوع، مورد تحلیل و واکاوی قرار گرفته و سرانجام دیدگاه منطبق با فرضیه پژوهش ترجیح داده شده است.

سلب حیات از بیماران مشرف به موت از طریق ترک اقدامات درمانی (اتانازی غیرفعال) به لحاظ فقهی بر هیچ عنوان مجرمانه‌ای منطبق نیست و هیچ مسوولیت کیفری را برای مشارکت کنندگان در اقدام به آن به دنبال ندارد.

کلیدواژه‌ها: اتانازی، اتانازی غیر فعال، جرم‌زدایی.

مقدمه

ابتلا به بیماری‌های سخت و گاه بدون درمان، یکی از وقایع تلخ جوامع بشری است. بیماری‌هایی که با بی‌نتیجه گذاردن درمان‌های متداول پزشکی، سرانجام، مرگ بیمار را به دنبال دارند. پایان حیات این بیماران، گاه پس از گذشت مدتی طولانی از زمان تشخیص ناکارآمدی درمان آن‌ها رقم می‌خورد و در این میان، بیمار مسیر دشوار منتهی به مرگ را به آهستگی و گاه با تحمل درد و رنج بسیار و حتی از کار افتادگی کامل می‌پیماید. از طرفی هزینه‌های سنگین اقدامات درمانی این افراد، خانواده آن‌ها را نیز به شدت متأثر ساخته و بر درد و پریشانی روحی ایشان می‌افزاید. اتانازی راهکاری است در جهت سرعت بخشیدن و آسان‌سازی مرگ این بیماران که چنانچه با قطع اقدامات درمانی انجام پذیرد، اتانازی غیر فعال نامیده می‌شود. در این روش، درمان‌هایی که مرگ را به تأخیر می‌اندازند به درخواست بیمار یا بدون خواست وی، ادامه نمی‌یابد که به لحاظ وجود یا عدم تقاضای بیمار، به دو قسم اتانازی غیر فعال مثبت (داوطلبانه) و اتانازی غیر فعال منفی (غیر داوطلبانه) تقسیم می‌شود. صرف نظر از مباحث بسیار پیرامون روایی یا ناروایی اخلاقی اتانازی غیر فعال، جایگاه فقهی این شیوه سلب حیات برای بیماران مسلمان از اهمیت به‌سزایی برخوردار است به‌ویژه آن‌که عده‌ای از اندیشمندان بر امکان تحقق قتل عمد از طریق ترک فعل تأکید ورزیده و بدین صورت، برای اتانازی غیر فعال نیز ماهیتی مجرمانه تصور کرده‌اند. در این پژوهش تلاش می‌شود از رهگذر واکاوی دقیق آرای فقیهان درخصوص تحقق قتل عمد به واسطه ترک فعل و نیز بررسی دلایل دیگر نظیر انگیزه احسان مرتکب و تأثیر اجازه بیمار بر ادامه نیافتن اقدامات درمانی، امکان جرم زدایی از اتانازی غیرفعال و رفع مسوولیت کیفری از مرتکبان آن، اثبات گردد.

پیشینه پژوهش

چند وجهی بودن پدیده اتانازی سبب می‌شود که رویکرد و مسائل تحقیق در خصوص آن بسیار متفاوت باشد، همچون: روایی یا ناروایی اخلاقی اتانازی در دستگاه‌های مختلف اخلاقی (نظری توکلی، «بررسی تطبیقی اتانازی...»، ۱۶۳)، مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی اتانازی در کشورهای مختلف (زارع، ۶۳)، تحلیل و واکاوی دلایل موافقان و مخالفان اتانازی (محمودیان، ۱۷) تبیین دیدگاه قرآن درباره اتانازی (یدالله پور، ۵۶) و جایگاه قاعده اذن در اثبات مشروعیت اتانازی (خدایار، ۳۵) که محور اصلی بیشتر آن‌ها اتانازی فعال داوطلبانه و قتل انگاری آن

است.

در این میان یزدانی فر و ساریخانی در دو مقاله مستقل کوشیده‌اند مسئولیت کیفری ناشی از اتانازی غیر فعال را مورد بررسی قرار دهند (یزدانی فر، ۱۳۲؛ ساریخانی، ۳۵) اما این دو مقاله از یک سو تنها ناظر به تبیین حقوقی مسأله بوده و به بیان شواهد فقهی در آن‌ها بسنده شده است و از سوی دیگر اتانازی داوطلبانه، مصداق ترک نجات نفس محترمه به حساب آمده است، حال آن‌که در پژوهش حاضر نخست روشن شده است که موضوع اتانازی غیر فعال، آسان‌سازی فرآیند مرگ انسان‌هایی است که همچنان از حیات انسانی برخوردارند، نه مردگان مغزی. از طرفی امکان تحقق قتل عمد با ترک فعل (فعل منفی) مورد سنجش فقهی قرار گرفته و پس از اثبات سلب مسوولیت کیفری قتل از مشارکت کنندگان در اتانازی غیر فعال، سرانجام توجه خوانندگان به این نکته جلب شده است که ترک درمان در اتانازی غیر فعال، مصداق ترک نجات نفس محترمه نیز به شمار نمی‌آید. از این رو، این پژوهش دست‌کم از سه جهت دارای نوآوری بوده، با تحقیقات پیشین خود در فرضیه و نتایج متفاوت است.

مفهوم شناسی

اتانازی: «Euthanasia» از نظر ساختار لغوی عبارتی است مرکب از دو واژه «eu» به معنای خوب و راحت و «thanatos» به معنای مرگ است که از ترکیب این دو قسمت می‌توان به معنای مرگ راحت یا به مرگی دست یافت.

منظور از اتانازی در اصطلاح اخلاق پزشکی عبارت است از فراهم کردن عمدی زمینه مرگ بیمار به وسیله انجام یا ترک یک کار با انگیزه مشفقانه که بیشتر در بیماران مبتلا به بیماری‌های درمان‌ناپذیر انجام می‌شود.^۱ اتانازی به دو نوع فعال^۲ و غیر فعال^۳ تقسیم می‌گردد که ملاک تمایز آن دو را ایجابی یا سلبی بودن عمل ارتكابی منجر به تسریع مرگ بیمار تشکیل می‌دهد. در اتانازی فعال، انجام یک فعل مثبت نظیر تزریق دارویی خاص به زندگی بیمار پایان می‌بخشد که اگر به درخواست صریح بیمار باشد، اتانازی فعال داوطلبانه و اگر بدون کسب رضایت بیمار باشد، اتانازی فعال غیر داوطلبانه نامیده می‌شود. در اتانازی غیر فعال، قطع معالجه

۱ - Mercy killing

۲ - Active euthanasia

۳ - Passive euthanasia

و اقدامات درمانی که ماهیت ترک فعل دارند، مرگ بیمار را سرعت می‌بخشد که با توجه به بود یا نبود رضایت و اذن صریح بیمار، به دو قسم داوطلبانه^۴ و غیر داوطلبانه^۵ تقسیم می‌شود.

جرم: «جرم» در لغت به معنای «قطع» و «گناه» است. قرابت دو معنای مذکور از آنجاست که گناه مسیر حقیقت و دستیابی به سعادت و رحمت الهی را قطع کرده و آن را به سمت تباهی و باطل منحرف می‌سازد. (طریحی، ۲۸/۶؛ فیومی، ۹۷/۲) در متون فقهی نیز واژه جرم به معنای لغوی ارتکاب گناه استعمال شده و برای برخی معاصی کیفر و عقوبت دنیوی نیز در نظر گرفته شده است. در اصطلاح حقوقی عملی را جرم می‌گویند که قانون آن را از طریق تعیین کیفر منع کرده باشد. (لنگرودی، ۱۹۱) گرچه به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی در ماده ۲ خود تبیین دقیق‌تری از جرم ارائه داده و بر هر فعل و ترک فعلی که قانون برای آن مجازات تعیین کرده باشد، عنوان جرم را اطلاق نموده است. طبق تعاریف مطرح شده جرم‌زدایی از یک یا ترک فعل به لحاظ فقهی متوقف بر آن است که از شمول عناوین حرام الهی خارج گردد و به لحاظ حقوقی مبتنی بر آن است که از گستره عناوینی که قانونگذار برای آن‌ها تعیین مجازات کرده، بیرون آید.

فعل و ترک فعل: چنانچه ماهیت رفتاری از یک عمل مثبت و مادی تشکیل شده باشد، به آن فعل می‌گویند. (لنگرودی، ۱۴۸ و ۵۰۴) اغلب رفتارهای متداول و متعارف انسان‌ها دربردارنده یک عمل فیزیکی و از جنس فعل هستند نظیر غذا خوردن، راه رفتن و... در سیستم جنایی بسیاری جرائم از طریق افعال مادی به وقوع می‌پیوندند مانند سرقت و البته گاه نیز ممکن است جرمی را از طریق انجام ندادن یک فعل مرتکب شد. این مسأله اغلب در فرضی صادق است که شخص موظف به انجام کاری بوده و آن را با اختیار ترک نماید مانند بزه ترک انفاق که مرتکب آن، تأمین معاش افراد واجب‌النفقة خویش را ترک کرده است. (ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی) امکان ارتکاب قتل عمد از طریق ترک فعل نیز همواره یکی از مباحث چالش برانگیز میان فقیهان مسلمان بوده است.

قتل: لطمه وارد کردن به جان دیگری و سلب حیات از وی، در قالبی غیر از سقط جنین، قتل نامیده می‌شود. (لنگرودی، ۵۲۸) اندیشمندان فقیه با در نظر گرفتن میزان و نحوه تأثیر قصد مجرمانه قاتل در ارتکاب قتل، آن را به سه قسم عمد، شبه عمد و خطای محض، تقسیم

۴ - Voluntary euthanasia

۵ - Non-Voluntary euthanasia

کرده و برای قسم اول از آن مجازات قصاص را در نظر گرفته‌اند. بنا بر نظر مشهور فقیهان مجازات قصاص بر آن دسته از قاتلان بالغ و عاقل قابل اجراست که عمداً و ظالمانه، حیات محترم افراد مسلمان و آزاد را به ورطه هلاکت و نابودی می‌کشانند. از طرفی وصف عمدی بودن قتل از احراز قصد قتل مرتکب دانسته می‌شود، هرچند ممکن است قاتل بدون قصد قتل مرتکب رفتاری شود که نوعاً یا نسبت به شخص مجنی علیه کشنده باشد که در این صورت نیز قتل عمد به وقوع پیوسته است.

بیمار: شکل‌گیری مباحث مرتبط با اتانازی و انواع آن، برای آسان‌سازی فرایند مرگ افرادی است که یا خود مایل به ادامه زندگی نیستند یا کادر پزشکی یا خانواده ایشان از ادامه درمان به دلیل بی‌نتیجه بودن آن منصرف می‌شوند. از این رو، اتانازی غیر فعال، داوطلبانه باشد یا غیر داوطلبانه، دربرگیرنده گروهی از بیماران است که از نعمت زندگی برخوردار هستند؛ اما این زندگی به واسطه همراه شدن با بیماری درمان‌ناپذیر، همراه با درد و رنج است. بدین ترتیب، واژه «بیمار» در این پژوهش ناظر به مردگان مغزی نیست؛ زیرا مرگ مغزی از نظر نویسندگان مرگ حتمی بوده، غیر قابل برگشت پذیر بودن حیات، شرط اساسی تحقق آن است (ر.ک: نظری توکلی، «مقایسه مرگ مغزی...»، ۸۷).

قتل عمد و نقش ترک فعل در تحقق آن

از آنجا که ماهیت اصلی اتانازی غیر فعال را ترک فعلی تشکیل می‌دهد که عامدانه و به قصد سلب حیات از بیمار مشرف به مرگ انجام می‌شود، نخست باید بررسی کرد که آیا می‌توان با بهره‌گیری از آموزه‌های فقهی، قتل عمدی را تصور کرد که به واسطه ترک فعل ارتکاب یابد و تارک را در معرض مجازات قصاص قرار دهد؟

آ- عدم امکان وقوع قتل عمد با ترک فعل: آنچنان که از متون فقهی برداشت می‌شود اغلب فقیهان به دلایل زیر نسبت به امکان ارتکاب قتل عمد از طریق ترک فعل رویکرد منفی و سختگیرانه‌ای دارند:

عدم احراز قصد مجرمانه در ترک فعل: وجود قصد مجرمانه برای ارتکاب قتل، یکی از ارکان تحقق قتل عمد شمرده شده است. این قصد ممکن است حین ارتکاب رفتار مجرمانه قاتل، به صورت بالفعل موجود باشد یا آنکه در رفتار نوعاً کشنده مرتکب مخفی باشد آن گونه که حتی وی وجود چنان قصدی را انکار کند (خمینی، ۵۰۸/۲) مانند کسی که با قصد قتل،

دیگری را از مکان مرتفعی پرت می‌کند یا بدون قصد قتل، شیء برنده‌ای را در بدن او فرو می‌برد که در هر دو صورت، سبب مرگ وی شده، عنوان قتل بر هر دو رفتار به طور یکسان صدق می‌کند، زیرا گرچه در فرض اخیر، جانی هنگام مجروح ساختن مجنی علیه، قتل وی را قصد نکرده، اما از آنجا که مرتکب رفتاری شده که نوعاً سبب سلب حیات می‌شود، قصد قتل در همین رفتار مجرمانه وی پنهان بوده، او را می‌توان به عنوان قاتل تحت تعقیب قرار داد.

تشخیص و احراز قصد مجرمانه در فرضی که مرتکب قتل، برای دست‌اندازی به حیات دیگران به افعال مثبت و مادی نظیر مثال‌های بالا متوسل گردد، دشوار نیست، اما چگونه می‌توان این قصد را در حالتی که جانی مرتکب هیچ فعل خارجی نگردیده نیز احراز کرد؟!

نقد و بررسی: در پاسخ به این سؤال برخی بر این باورند که اگر ترک فعل منجر به مرگ مجنی علیه، وظیفه قانونی یا شرعی شخص باشد و ترک فعل عمدی فرد، به گونه‌ای است که نوعاً سبب مرگ می‌شود، می‌توان وی را به اتهام قتل تعقیب کرد، بر خلاف هنگامی که فعل ترک شده از چنین وصفی برخوردار نیست. (عوده، ۹۶/۱) به عنوان مثال چنانچه نجات غریق یا آتش نشان عمداً از ایفای وظایف خود در نجات اشخاص در معرض خطر اهمال ورزیده و ترک فعل ایشان منجر به سلب حیات از این افراد گردد، مرتکب قتل عمد گردیده‌اند؛ بر خلاف افرادی که چنین وظیفه‌ای قانوناً بر عهده آنان قرار داده نشده است.

صرف نظر از این که طبق موازین فقهی نمی‌توان تکلیف نجات جان اشخاص را صرفاً برعهده افرادی خاص قرار داد و از دیگران سلب مسئولیت کرد، سؤال این جاست که آیا وظیفه بودن یک فعل، می‌تواند معیاری برای احراز قصد مجرمانه تارک آن محسوب شود؟! و آیا تصور آن که شخص موظف، به دلایل دیگری نظیر ترس از گرفتار شدن در خطر، از انجام وظیفه خود کوتاهی کند، ممکن نیست؟! مسلماً در فرض اخیر می‌توان او را به عنوان ترک وظیفه و کوتاهی در انجام آن تحت تعقیب قرار داد، اما آیا عنوان قتل را نیز می‌توان بر ترک فعل وی اطلاق نمود؟! روشن است که هرچند احراز قصد قتل در ترک فعل محال نیست، اما در عمل، بدون همراهی با سایر قرائن و نشانه‌ها، بسیار دشوار است. به همین جهت برخی از فقها در فرضی که شخصی عمداً از غذا دادن به فرد در حال اضطراب خودداری کرده و سبب مرگ وی می‌شود، با احتمال دخالت وجود برخی از رذایل اخلاقی، نظیر خست و ترس از کاهش مال در قصد تارک، مجازات قصاص را از وی دور کرده‌اند. (کاشانی، ۱۴۹) همچنان که برخی نیز برای احراز قصد مجرمانه تارک، رفتار قبلی او را مورد توجه قرار داده و مجموعه‌ای

از فعل و ترک فعل را مبین قصد قتل عمد شمرده‌اند. به عنوان مثال بنا بر نظر ایشان آب و غذا ندادن به شخص زندانی در مدتی که هر انسانی به طور معمول بدون آب و غذا زنده نمی‌ماند، هنگامی می‌تواند قصد مجرمانه تارک را بر قتل عمد روشن کند که زندانی کردن آن شخص نیز توسط همان فرد تارک انجام شده باشد. (علامه حلی، تلخیص، ۵۸۴) به همین ترتیب، شخصی که از نجات فرد در معرض خطر غرق شدن یا سوختن خودداری می‌کند، آنگاه مرتکب قتل عمد شده است که به دست خود، مجنی علیه را در شرایط خطر گرفتار کرده باشد. (خمینی، ۵۱۰ / ۲)

عدم احراز رابطه سببیت میان ترک فعل و سلب حیات: برای آن‌که بتوان یک فعل را عنصر مادی قتل عمد به حساب آورد، لازم است میان فعل ارتكابی توسط جانی و سلب حیات از مجنی علیه رابطه سببیت وجود داشته باشد. افزون بر این، می‌بایست این رابطه علت و معلولی تا دستیابی به نتیجه نهایی استمرار پیدا کرده و توسط سبب دیگری قطع نشود. (علامه حلی، ارشاد، ۱۹۵ / ۲) در این میان، میزان تأثیر و مداخله افعال ارتكابی در بروز قتل عمد، در انتساب این جرم به مرتکبان متعدد، مؤثر نیست. (علامه حلی، قواعد، ۵۸۸ / ۳) به عنوان مثال چنانچه چند نفر با مشارکت یکدیگر مرتکب قتل عمد گردند، بدین نحو که هریک با وارد آوردن ضربه‌ای به مجنی علیه سبب سلب حیات از وی شوند، صرف نظر از این که ضربه‌های هریک از آن‌ها تا چه اندازه در مرگ مضروب مؤثر بوده، به صرف انتساب مرگ به ضربه‌های تمامی آن‌ها، همه را می‌توان به اتهام قتل عمد مورد تعقیب و مجازات قرار داد. در همین فرض اگر فرد مجروح که نهایتاً در اثر ضربات وارده جان خود را از دست می‌دهد، مثلاً با شلیک گلوله توسط شخص دیگری بمیرد، تنها فرد اخیر را می‌توان قاتل شمرد. (علامه حلی، تلخیص، ۵۸۹؛ تبریزی، ۵۵)

این مطالب زمانی که ترک فعل، عنصر مادی قتل عمد قرار گیرد نیز صادق است؛ یعنی در ترک فعل نیز بایستی وجود رابطه سببیت میان ترک فعل و قتل عمد احراز شود. حال سؤال اینجاست که آیا می‌توان چنین رابطه‌ای را میان ترک فعل و سلب حیات برقرار کرد؟! بدیهی است در فرضی که جانی با ارتكاب یک فعل و به قصد قتل، مجنی علیه را در شرایط خطر گرفتار کرده، سپس از نجات جان او خودداری کند، قاتل محسوب می‌شود؛ مانند کسی که دیگری را زندانی کرده و از دادن آب و غذا به وی خودداری کند تا در اثر تشنگی و گرسنگی بمیرد. (علامه حلی، تلخیص، ۳۳۵؛ علامه حلی، قواعد، ۵۸۴ / ۳) همچنان که اگر

فردی دیگری را مجروح کند و جراحت به گونه‌ای باشد که با درمان، بهبود پیدا می‌کند، اما مجروح اقدام به درمان نکند و در اثر آن بمیرد، مرگ به کسی نسبت داده می‌شود که مرتکب جراحت شده، نه شخص مجروح که با اختیار درمان را ترک کرده است. (علامه حلی، ارشاد، ۱۹۵/۲)

اما اگر فرد در اثر عوامل دیگری که شخص تارک در ایجاد آن نقشی نداشته، در معرض خطر مرگ قرار گیرد و از نجات جان او خودداری شود تا بمیرد، حتی در فرضی که این ترک فعل به قصد قتل وی نیز باشد، نمی‌توان مسئولیت کیفری قتل را متوجه تارک دانست، چرا که رابطه سببیت میان ترک فعل و سلب حیات برقرار نیست. به عنوان مثال اگر شخصی در حال غرق شدن باشد و دیگران از نجات جان وی خودداری کنند، صرف نظر از این که به خاطر عدم اقدام به حفظ حیات نفس محترم، مرتکب حرام شده و مورد توبیخ الهی قرار خواهند گرفت، نمی‌توان آن‌ها را به اتهام ارتکاب قتل عمد، مورد تعقیب کیفری قرار داد، زیرا عرفاً مرگ غریق به شرایط مخاطره‌آمیز گرفتار شدن در امواج آب مستند است، نه به ترک فعل افرادی که شاهد ماجرا بوده و با وجود توانایی، از نجات او خودداری کرده‌اند، حتی اگر این ترک فعل با قصد مجرمانه باشد. (نجفی، ۴۳/۱۵۳؛ کاشانی، ۱۴۹؛ شهید ثانی، مسالک، ۱۲/۱۱۸)

ب- امکان تحقق قتل عمد با ترک فعل: هرچند بیشتر فقیهان شیعه، امکان ارتکاب قتل عمد از طریق ترک فعل را به دلایل پیش‌گفته مردود شمرده‌اند، اما گروهی از فقهای اهل سنت از رهگذر طرح چند مثال وقوع قتل عمد را به واسطه ترک فعل، دور از انتظار ندانسته‌اند. به عنوان مثال در فرضی که قابله‌ای بند ناف نوزاد را عمداً قطع و از پیوند مجدد آن خودداری کرده و طفل در اثر این ترک فعل جان می‌سپارد، وی را قاتل خوانده، حتی امکان قاتل‌شمردن سایر بانوانی که نظاره‌گر این عمل بوده و به عمد از ترمیم بند ناف نوزاد اجتناب کرده‌اند را منتفی ندانسته‌اند. (ابن حجر، ۱/۲۲۱) همچنین، فردی را که عمداً و با علم به نیاز حیاتی مسافری به آب، از آب رساندن به وی، خودداری کند، مستحق قصاص نفس دانسته‌اند (الخطّاب، ۶/۲۴۰) از سوی دیگر، عنوان قتل عمد را بر عمل مادری اطلاق کرده‌اند که به قصد کشتن کودک خود، از شیردادن به او امتناع می‌کند. (عوده، ۸۷/۱)

آن‌گونه که برخی احتمال داده‌اند، از این مصادیق می‌توان به ملاکی برای تشخیص آن دسته از ترک فعل‌هایی که به قتل عمد منجر می‌شوند، دست یافت؛ یعنی اگر انجام یک فعل، وظیفه

قانونی، شرعی یا عرفی شخص باشد و او وظیفه خود را در مقابل دیگری، از روی عمد و با قصد قتل، ترک کند، مرتکب قتل عمد گردیده، مستحق مجازات خواهد بود، چرا که وظیفه بودن یک فعل، سبب انتساب سلب حیات به ترک کننده آن فعل می‌شود، برخلاف جایی که شخص وظیفه‌ای در ارتباط با جان دیگران عهده‌دار نیست. (عوده، ۹۶/۱)

بر این اساس، مادری که به قصد قتل فرزندش از شیردادن به او خودداری می‌کند یا آتش نشانی که با همین قصد، از نجات افراد گرفتار در شعله‌های آتش امتناع می‌کند یا نجات غرقی که وظیفه‌اش را به قصد قتل فرد در حال غرق شدن، انجام نمی‌دهد، همگی اقدام به قتل عمدی کرده‌اند که عنصر مادی آن‌ها ترک فعل است.

هرچند این اندیشمندان استدلال روشنی بر مدعای خود طرح نکرده‌اند اما چنین به نظر می‌رسد که بر مبنای نظر ایشان پذیرش مسئولیت از سوی افراد، سبب می‌شود دیگران برای ورود به شرایط مخاطره‌آمیز نه‌راسند و با اطمینان به برخورداری از حمایت افراد دارای صلاحیت، جان خود را در معرض خطر قرار دهند (میرمحمد صادقی، ۳۴). به عنوان مثال، وجود نجات غریق سبب می‌شود که به اعتماد حضور او، افراد فاقد مهارت شنا، وارد آب شوند. حال اگر نجات غریق که خود به نحوی شرایط خطر را برای شناگر فراهم ساخته، عاقدانه و به قصد قتل، از نجات آن فرد خودداری کند، مرتکب قتل عمد شده است.

نقد و بررسی: روشن است که نمی‌توان بر اساس این استدلال مدعی شد در تمام مواردی که شخص تکلیفی را در ارتباط با نجات جان دیگران بر عهده می‌گیرد، به مناسبت پذیرش این وظیفه، دیگران را در شرایط خطر قرار می‌دهد؛ زیرا هرگز نمی‌توان گفت مردم به خاطر وجود آتش‌نشان یا مأمور اورژانس، خود را گرفتار آتش کرده یا مجروح می‌کنند!

صرف نظر از آنچه گفته شد اینکه چگونه وظیفه بودن یک فعل می‌تواند عامل انتساب سلب حیات به ترک آن فعل باشد؟! سوالی است که در کلام این فقیهان پاسخ روشنی به آن داده نشده است. از سوی دیگر چگونگی تشخیص این وظایف و ملاک تمیز آن‌ها از فعلی که وظیفه محسوب نمی‌شود، از دیگر ابهامات این نظریه است، چرا که دین مبین اسلام، حفظ حیات دیگران را وظیفه همه افرادی می‌داند که قدرت بر انجام آن دارند، هرچند این تکلیف در برخی شرایط، شکل قانونی یا عرفی به خود نگیرد. از این رو، اگر شخصی نظاره‌گر در خطر قرارگرفتن دیگری باشد و با وجود قدرت بر نجات او و به قصد قتل، از نجات وی خودداری کند، می‌بایست ترک فعل او را اقدام به قتل عمد دانست، حال آن که فقیهان بر

خروج چنین مثال‌هایی از شمول قاعده پیش‌گفته اتفاق نظر دارند. (الحجاوی المقدسی، ۲۵۰/۴؛ نجفی، ۱۵۳/۴۳)

اتانازی غیر فعال و مسئولیت کیفری

پس از بیان دیدگاه فقهای مسلمان در امکان یا عدم امکان وقوع قتل عمد از طریق ترک فعل، اینک نوبت آن فرا رسیده است تا بررسی شود آیا می‌توان اقدام به اتانازی غیر فعال را از مصادیق قتل عمد به حساب آورد و در نتیجه، برای کادر درمانی یا هر فرد مؤثر دیگر در انجام آن، مسئولیت کیفری در نظر گرفت؟ از سوی دیگر چنانچه اتهام ارتکاب قتل عمد متوجه این اشخاص نباشد، آیا می‌توان به جهت و دلیل دیگری آن‌ها را تحت تعقیب کیفری قرار داد؟

بنابراین برای بررسی این مسأله می‌بایست به دو پرسش زیر پاسخ داد:

– آیا انجام اتانازی غیر فعال، اقدام به قتل عمد با ترک فعل است؟

– بر فرض پاسخ منفی به پرسش نخست، آیا انجام یا مشارکت در اتانازی غیر فعال،

مسئولیت کیفری دیگری به دنبال دارد؟

مسأله اول- اتانازی غیر فعال و مسئولیت ناشی از قتل

آ- قتل انگاری اتانازی غیر فعال: به منظور متوجه ساختن مسئولیت قتل به مرتکبان اتانازی غیر فعال می‌توان به برخی گزاره‌های فقهی اشاره کرد که طبق آن‌ها قتل بیمار مشرف به موت مستلزم مجازات قصاص نفس شمرده شده است. (علامه حلی، قواعد، ۳/ ۵۹۳؛ سبزواری، ۲۸/ ۲۰۵) بر مبنای نظر اغلب فقیهان چنانچه فردی بیمار مشرف به موتی را که واجد حیات مستقر است، با قصد قتل یا انجام فعل نوعاً کشنده، به قتل رساند، وی را می‌توان به جهت ارتکاب قتل عمد مجازات نمود. ایشان حیات مستقر را به برخورداری از توان ادراک و نطق و حرکت ارادی در بیمار تفسیر کرده و بر این اساس سلب حیات از بیماران فاقد این اوصاف را تحت عنوان قتل عمد جای نداده‌اند. (اردبیلی، ۱۳/ ۳۹۸) هرچند برخی از فقیهان ضمن رد این تخصیص، مجازات قصاص را سرنوشت همه افرادی معرفی می‌کنند که از بیماران رو به موت سلب حیات نمایند، بدون آنکه میان اشخاص واجد حیات مستقر و فاقدین این وصف، تفاوتی قائل باشند. (فاضل هندی، ۱۱/ ۴۴) با پذیرش آنکه از یک سو برخی بیماران هدف در اتانازی غیرفعال از قدرت درک و شعور و حرکت اختیاری برخوردارند و بلکه عده‌ای از ایشان خود مرگ خویش را خواستارند و از دیگر سو به باور بعضی فقیهان،

ترک فعلی که انجام آن وظیفه قانونی، شرعی یا عرفی تارک است، به شرط همراهی با قصد قتل می‌تواند زمینه‌ساز وقوع قتل عمد باشد، بنابراین می‌توان تحقق قتل عمد را در اتانازی غیر فعال نیز تصور نمود. بر این اساس چنانچه کادر درمان معالجه بیمار مشرف به موتی را که به بازیابی سلامت او امیدی نیست، ترک گویند، مرتکب قتل عمد گردیده‌اند، البته به شرط آنکه ترک فعل ایشان به قصد سلب حیات از بیماری باشد که به رغم ابتلا به بیماری، همچنان از حیات مستقر برخوردار است. در این میان متفاوت نیست که بیمار خود مرگ خویش را تقاضا کرده باشد یا آنکه خاتمه بخشیدن به حیات وی، به تشخیص پرسنل درمان یا به صلاح‌دید بستگان او صورت پذیرد.

ب- **عدم قتل انگاری اتانازی غیر فعال:** در متون فقهی می‌توان دلایل زیر را برای سلب مسوولیت کیفری قتل از مرتکبان اتانازی غیر فعال جستجو کرد:

۱- نبود رابطه علیت میان ترک فعل و مرگ بیمار

چنانکه می‌دانیم ماهیت اتانازی غیر فعال را ترک اقدامات درمانی نسبت به بیمار مشرف به موت تشکیل می‌دهد، بدیهی است تصور هرگونه مسوولیت کیفری نسبت به تارک منوط به احراز رابطه سببیت میان ترک فعل وی و مرگ بیمار خواهد بود. با توجه به مباحثی که پیرامون امکان یا عدم امکان وقوع قتل عمد از طریق ترک فعل مطرح شد، باید پرسید که آیا می‌توان مرتکب اتانازی غیر فعال را مسبب مرگ بیمار شمرد؟ گرچه در معنای عرفی سبب مترادف با علت به کار می‌رود، اما فقیهان عمدتاً این اصطلاح را در تقابل با واژه مباشرت استعمال کرده‌اند. در متون فقه جزا، جنایاتی که ممکن است علیه تمامیت جسمانی اشخاص صورت پذیرد، یا مستقیماً از سوی شخص جانی ارتکاب پیدا می‌کند یا آنکه وی غیر مستقیم سبب وقوع جنایت بر مجنی علیه می‌گردد. (خمینی، ۵۰۹/۲؛ علامه حلی، قواعد، ۵۸۳/۳) به عنوان مثال قتل یک شخص ممکن است با فرو بردن یک آلت برنده در بدن مقتول واقع شود یا آنکه قاتل او را به مهمانی خویش دعوت کرده و غذای مسمومی را پیش روی او گذارد تا با استفاده از آن جان خویش را از دست دهد. در حالت نخست گفته می‌شود که وی مباشرتاً مرتکب قتل شده است بر خلاف حالت دوم که قتل به سبب خوردن طعام مسموم، تحقق یافته است. (خمینی، ۵۱۱/۲؛ علامه حلی، قواعد، ۵۹۱/۳) تعدد و گاه تداخل اسباب از یک سو و از سوی دیگر میزان قرب و بعد تأثیر اسباب نسبت به جنایات، بحث‌های بسیاری را پیرامون تشخیص سبب مسوول در وقوع جنایت و احیاناً میزان مسوولیت هر یک از اسباب متعدد، به

دنبال داشته است که در این مجال اندک در پی طرح آن‌ها نیستیم. در این میان آنچه حائز اهمیت است آن است که در همه اسباب دخیل در تحقق جنایات یک نوع رابطه علی میان سبب و جنایت وجود دارد به گونه‌ای که در صورت عدم حضور سبب، مسبب (جنایت) واقع نمی‌شود. از طرفی این رابطه تا زمان تحقق کامل جنایت برقرار است و از این رو چنانچه در اثناء توسط سببی دیگر قطع شود، تنها سبب اخیر را می‌توان مسوول دانست. به عنوان مثال چنانچه شخصی جراحتی را به کسی وارد کند که به تنهایی بتواند او را از پا درآورد، اما پیش از تأثیر این سبب، شخص دیگر با وارد کردن جراحتی دیگر او را بکشد، شخص دوم قاتل و واجد مسوولیت کیفری خواهد بود و شخص اول صرفاً عهده‌دار دیه جراحتی خواهد بود که عمداً مرتکب شده است. (اردبیلی، ۱۳ / ۳۹۸)^۶ حال در اتانازی غیر فعال آیا چنان رابطه‌ای میان ترک فعل و مرگ بیمار وجود دارد؟! پاسخ منفی است، چه آنکه از یک سو تارک نقشی در بروز بیماری نداشته و بیماری تحت تأثیر عوامل طبیعی خاص خود رخ داده است و از دیگر سو ترک فعل هیچ رابطه‌ای با مرگ بیمار نداشته و صرفاً از جنس مانع نشدن نسبت به تأثیر طبیعی بیماری است و تنها بر سرعت حرکت بیمار به سوی مرگ می‌افزاید. پس چگونه می‌توان شخص تارک را مسوول مرگ بیمار شمرده و به لحاظ کیفری او را تعقیب نمود؟!

۲- اجازه (اذن) بیمار به قطع اقدامات درمانی

همانطور که پیش‌تر نیز گفته شد در اتانازی غیر فعال داوطلبانه، قطع اقدامات درمانی به خواست و رضایت بیمار صورت می‌پذیرد، حال سؤال اینجاست که آیا اجازه بیمار می‌تواند رافع مسوولیت کیفری ناشی از قتل از کسانی باشد که به خواسته وی ترتیب اثر داده و با ترک ادامه درمان به زندگی او خاتمه می‌بخشند؟ پاسخ به این سؤال را می‌توان در گزاره‌های فقهی جستجو کرد که به موجب آن‌ها چنانچه فردی دیگری را مأمور به قتل خود کند، در صورت وقوع قتل، حق مطالبه قصاص از اولیای مقتول سلب می‌شود. بدین استدلال که مقتول با اذن خود به قتل در واقع به اتلاف نفس خویش رضایت داده و حق مطالبه قصاص را از خود ساقط نموده است. از طرفی از آنجا که اعمال این حق نخست در اختیار مجنی‌علیه بوده و شارع صرفاً پس از مرگ و عدم امکان مطالبه قصاص از سوی مقتول آن را در اختیار ورثه وی قرار داده است، از این رو جایگاهی برای درخواست قصاص از سوی ایشان وجود ندارد.

۶ - البته چنانچه نخستین جانی فرد مجنی‌علیه را به شدت مجروح سازد آنگونه که وی را در حکم مرده قرار دهد و سپس فرد دیگر با وارد آوردن جراحتی به اندک حیات باقیمانده در او خاتمه بخشد، شخص اول را باید قاتل شمرد زیرا مرگ مجنی‌علیه به فعل وی مستند است (نجفی، ۵۸ / ۴۲)

(محقق حلی، ۱۸۵/۴) برخی دیگر از فقیهان نیز قاتل را در این فرض به ابزاری در دست مقتول تشبیه کرده‌اند که با استفاده از آن به زندگی خویش پایان می‌بخشد و بدین جهت مقتول را مهدور الدم شمرده‌اند. (شیخ طوسی، الخلاف، ۵/۱۶۹)

هرچند اکثر فقیهان حکم مذکور را در جایی مطرح کرده‌اند که قاتل از سوی آمر به قتل تهدید شده و به اکراه مرتکب قتل می‌شود، اما استدلال ایشان برای رفع مجازات قصاص، اختصاص به حالت اکراه قاتل نداشته و در فرض مختار بودن قاتل نیز صادق است. (خوبی، ۲/۱۸) بدین جهت برخی فقیهان فرض مکروه بودن قاتل را به کلی در طرح مسأله نادیده انگاشته و به صورت مطلق بر رفع مجازات قصاص از وی تأکید ورزیده‌اند. (شیخ طوسی، المبسوط، ۷/۴۳) همچنین بر مبنای نظر مشهور فقیهان گرچه اذن به قتل مسوولیت کیفری مرتکب آن را زایل و قصاص را از او دور می‌کند، اما از آنجاکه سلب حیات از دیگران جز در موارد معدود و نادر مورد نهی شارع قرار گرفته است، حرمت تکلیفی و عقوبت اخروی ناشی از ارتکاب قتل ناگزیر دامنگیر مرتکب خواهد شد. (علامه حلی، ارشاد، ۲/۱۹۳)

از آنچه گفته شد می‌توان چنین استنباط کرد که هرچند امر یک شخص نمی‌تواند مجوز ارتکاب قتل توسط مأمور باشد، اما در صورت تحقق چنین قتلی نمی‌توان قاتل را واجد مسوولیت کیفری و مستحق قصاص دانست. این در حالی است که ظاهر عبارات فقیهان به انضمام رویکرد سختگیرانه ایشان به امکان ارتکاب قتل عمد از طریق ترک فعل، همگی حکایت از آن دارد که در فرض مذکور قاتل به واسطه یک فعل ایجابی مرتکب قتل شده است. حال آنکه آنچه در اتانازی غیر فعال رخ می‌دهد عملی است از جنس ترک فعل که صرفاً تأثیر علت (بیماری) را بر مرگ سرعت می‌بخشد و نمی‌توان آن را عامل مرگ و قتل بیمار شمرد، بلکه علت مرگ همان اوضاع وخیم بیمار است که سرانجام او را به نقطه پایان حیات خویش خواهد کشاند. بنابراین در جایی که فقیهان قاتل را به واسطه اذن مرتکز در امر مقتول از مجازات قصاص معاف شمرده‌اند، به طریق اولی در فرضی که کادر درمان به درخواست بیمار، مداوای وی را ترک می‌کنند و سبب تسریع در مرگ او می‌شوند، نمی‌توان ایشان را واجد مسوولیت کیفری ناشی از قتل دانست.

۳- انگیزه احسان مرتکب

هرچند اغلب فقیهان قصد ارتکاب قتل یا انجام رفتار نوعاً کشنده را برای صدق عنوان قتل عمد کافی شمرده و برای انگیزه خیرخواهانه قاتل تأثیری قائل نشده‌اند، اما در خلال

مثال‌های مطرح شده از سوی برخی از ایشان، باور به مدخلیت انگیزه احسان مرتکب قتل در سلب مجازات از وی به چشم می‌خورد. از نظر علامه حلی چنانچه «الف»، «ب» را در آتش یا آب اندازد و «ج» که شاهد در مهلکه افتادن «ب» و جان سپردن دردناک وی است و می‌داند امکان نجات وی از خطر مرگ وجود ندارد، به انگیزه کاستن از آلام «ب» وی را بکشد، نمی‌توان «ج» را واجد هیچ گونه مسوولیت کیفری و مدنی دانست، چه آنکه وی به انگیزه احسان و ترحم نسبت به «ب» مرتکب این قتل شده است^۷ (علامه حلی، قواعد، ۳/ ۵۸۵؛ عمیدی، ۳/ ۶۷۴). هرچند نظر علامه حلی از سوی اغلب فقیهان مطرح نشده، حتی مورد تردید قرار گرفته است (نجفی، ۲۷/۴۲)، اما در هر حال تفکیک قتل شرورانه و قتل با انگیزه احسان، می‌تواند راهگشای اظهار نظرهای جدید نسبت به سلب مسوولیت کیفری در اتانازی قرارگیرد با این تفاوت که موضوع بحث این فقیهان قتل با فعل مثبت است، حال آن که موضوع بحث در اتانازی غیر فعال ترک فعل است.

نقد و بررسی: همانطور که پیش‌تر گفته شد فرض مسوولیت کیفری برای مرتکبان اتانازی غیر فعال نخست متوقف بر آن است که بتوان ترک فعل ایشان را بر عنوان مجرمانه ای منطبق دانست. در نخستین نگاه ممکن است رابطه این ترک فعل و سلب حیات از بیماران مشرف به موت، این فرضیه را به ذهن متبادر سازد که ارتکاب اتانازی غیر فعال به مثابه ارتکاب قتل عمد می‌تواند مجازات قصاص را به دنبال داشته باشد. اما چنان‌که گذشت این گمانه‌زنی بر اساس موازین فقهی ناتمام است، چه آنکه اولاً امکان ارتکاب قتل عمد به واسطه ترک فعل مورد تردید جدی اغلب فقیهان قرار گرفته است، وانگهی بر مبنای نظر معدود اندیشمندانی که ارتکاب قتل عمد را از طریق ترک فعل پذیرفته‌اند، قتل عمد در فرضی تحقق می‌یابد که شخصی موظف به تکلیفی باشد و آن را به قصد سلب حیات از دیگری ترک نماید و این ترک فعل به مرگ بیانجامد، آن‌گونه که اگر آن وظیفه ترک نمی‌شد، امکان نجات جان مقتول وجود داشت. حال آنکه در اتانازی غیر فعال این مقدمات کامل نیست، زیرا از یک سو ابتلا به بیماری در اثر شرایط و حوادثی بوده است که کادر درمان در ایجاد آن‌ها نقش نداشته است و تحت تأثیر همان عوامل، سرانجام مرگ بیمار رقم خواهد خورد و از طرفی هرگونه اقدام درمانی نسبت این بیماران، به نجات جان ایشان نمی‌انجامد، تا بتوان ترک این درمان‌های حمایتی را

۷- قوله رحمه الله «ولو غرقه آخر لقصد التخليص من التلف أو من زيادة الألم، فالأقرب الحواله بالضممان على الأول» أقول: وجه القرب أن الأول متعداً بالقائه إلى النار و الثاني مخلص قصد إنقاذه من الهلاك، أو أنه أزال عنه أكثر الآلام و في صورتين هو محسنٌ وقال الله تعالى «ما على المحسنين من سبيل»، فكان الضمان على المتعدي.

سبب مرگ شمرده. ثانیاً آن دسته از گزاره‌های فقهی که قتل بیمار مشرف به موت را مستلزم قصاص شمرده است، مربوط به فرضی است که با ارتکاب یک فعل ایجابی و مثبت از بیمار رو به موت سلب حیات شود و به ترک فعل موضوع اتانازی غیر فعال بی‌ارتباط است، زیرا از یک سو این نظر از سوی فقیهانی مطرح شده است که ارتکاب قتل عمد از طریق ترک فعل را منتفی دانسته‌اند و از سوی دیگر جایگاه این اظهار نظر حاکی از ارتکاب قتل از طریق انجام یک فعل است، چه آنکه بلافاصله پس از فرضی آمده است که شخص فردی را به شدت مجروح می‌سازد آنگونه که مجروح در آستانه مرگ قرار می‌گیرد و توان ادراک و نطق و حرکت ارادی را از دست می‌دهد و سپس دیگری او را ذبح کرده و به قتل می‌رساند. (نجفی، ۵۸/۴۲) بنابراین پذیرش مسوولیت کیفری قتل برای کسانی که معالجه را نسبت به بیمار مشرف به موت ترک می‌کنند و اجازه می‌دهند بیماری با تأثیر طبیعی خود منجر به مرگ فرد مبتلا شود، بسیار دشوار خواهد بود. در این میان چنانچه این ترک درمان به تقاضای خود بیمار باشد، مسأله واضح‌تر است چرا که بنا بر آنچه گذشت به باور اکثر فقیهان اجازه به قتل، در فرضی که سلب حیات با افعال ایجابی صورت پذیرد، رافع مجازات قصاص از قاتل است، چه رسد به اتانازی غیر فعال که در آن هیچ فعلی ارتکاب نیافته و صرفاً در برابر مرگ زود هنگام بیمار مقاومتی نشده است.

مسأله دوم- اتانازی غیر فعال و مسوولیت کیفری ناشی از ترک درمان

آ- جرم انگاری ترک درمان در اتانازی غیر فعال

چنانچه به اتانازی غیر فعال از منظر فقیهانی نگریسته شود که امکان ارتکاب قتل عمد از طریق ترک فعل را منتفی دانسته‌اند، باز هم فرض مسوولیت کیفری برای مرتکبان آن دشوار نخواهد بود، چه آنکه ایشان با ترک معالجه در حقیقت از اقدام به نجات یک نفس محترم که از مهم‌ترین واجبات شرعی است، امتناع ورزیده‌اند و لذا به جهت ارتکاب این حرام گناهکار بوده و مستحق تعزیر شرعی شمرده می‌شوند. (نجفی، ۵۸/۲) به عنوان مثال چنانچه شخص واجد قدرت دیگری را در معرض خطر غرق شدن یا سوختن ببیند و از نجات او خودداری کند، گرچه امکان تعقیب کیفری او تحت عنوان قتل وجود ندارد، اما می‌توان وی را به دلیل عدم اقدام به نجات جان هم‌نوع و ترک این تکلیف شرعی مجازات نمود. باور برخی فقیهان نیز بر امکان اعمال این تعزیر شرعی منطبق است و آن را دور از انتظار ندانسته‌اند. (مرعشی، ۱/۱۳۰)

ب- عدم جرم انگاری ترک درمان در اتانازی غیر فعال

بی تردید اکثر قریب به اتفاق فقیهان نجات جان انسان را یکی از بزرگ‌ترین واجبات الهی و شرعی قلمداد کرده و با عنوان «حفظ نفس محترم» از آن یاد نموده‌اند. آراء و نظرات ایشان در خلال مسائل متنوع پراکنده است که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد؛

۱- خوراندن غذا به مضطربی که بقای حیاتش به آن غذا وابسته است، در هر حال واجب است، گرچه از پرداخت عوض آن طعام ناتوان باشد. (محقق حلی، ۳/ ۱۸۲؛ صیمری، ۴/ ۷۶؛ فیض، ۲/ ۲۲۸)

۲- در مواردی که مقدار اندکی آب وجود دارد و از یک سو حدث یا خبثی باید مرتفع گردد و از سوی دیگر تشنه‌ای برای رفع عطش و رهایی از مرگ به آن آب نیازمند است، باید از آن آب نخست تشنه را سیراب کرد. (شهید اول، ۱/ ۱۸۹؛ نراقی، ۴۶۹؛ بحرانی، ۴/ ۳۹۶)

۳- چنانچه طفلی بدون کفیل و سرپرست رها شود، به نحوی که در معرض خطر مرگ قرار گیرد، باید او را نگهداری کرد. (اردبیلی، ۱۰/ ۳۹۳؛ سبزواری، ۲/ ۵۲۲)

گرچه بر استواری این نظریه دلایل متعدد نقلی از کتاب^۸ و سنت^۹ مطرح شده و محور مباحثات گسترده فقهی قرار گرفته است، اما به نظر می‌رسد استحکام و بداهت این حکم شرعی تا بدان جا است که عقل سلیم نیز به تنهایی آن را درک می‌کند و چه بسا برای اثبات آن به دلایل خاص شرعی هیچ نیازی نیست. (نجفی، ۳۶/ ۴۳۲) با این حال نباید تصور کرد که وجوب حفظ جان انسان، برخوردار از اطلاق در همه احوال و زمان‌ها بوده و مقید به هیچ شرطی نیست. تلاش برای مصون ماندن دیگران از خطر مرگ، در شمار احکام واجب کفایی جای می‌گیرد. بدان معنا که نمی‌توان این تکلیف را وظیفه عینی تک تک مکلفان شمرد. از این رو چنانچه فرد یا افراد مورد نیاز به انجام این مهم اهتمام ورزند، ذمه سایرین از عهده این واجب بری می‌شود. از طرفی شک نیست که همه احکام الزام‌آور شرعی بر وجود شرایط عمومی تکلیف یعنی بلوغ، عقل و قدرت وابسته‌اند. (شهید ثانی، الروضه، ۷/ ۷۷؛ علامه حلی، قواعد، ۱۷/ ۳۱۰) بنابراین سایر شرایطی که وجوب حفظ حیات دیگران متوقف به حصول آنهاست، به شرح ذیل است؛

۸- «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» مانده: ۳۲.

۹- برای ملاحظه روایات و دسته‌بندی آنها رک: توکلی، ۱۹۷-۲۰۱.

شرایط وجوب حفظ حیات

آ- نفی ضرر و عسر و حرج از ناجی

بی‌تردید قانون‌گذار در صورتی می‌تواند افراد جامعه را به نجات جان اشخاصی که در معرض خطر مرگ قرار گرفته‌اند، تکلیف نماید که از ناحیه این مسوولیت، زحمت و مشقّتی نامعقول به ایشان وارد نیاید، یا آن‌که ضرر جانی یا مالی، فراتر از حدّ متعارف همه تکالیف، متوجه آن‌ها نگردد.^{۱۰} نمی‌توان انتظار داشت اشخاص برای رهانیدن دیگران از خطر مرگ، حیات خود را به مخاطره اندازند یا اموال زیادی را برای معالجه دیگران و دفع خطر مرگ از ایشان صرف کنند، زیرا وضع قوانین اجتماعی به نحوی که تنها مصلحت برخی افراد را در نظر گیرد و بر متضرّر شدن دیگران چشم پوشد، نتایج اسف باری به دنبال خواهد داشت. از این روست که قانون‌گذار اسلام نیز از جعل مقررات الزام آوری که منجر به ورود ضرر به افراد شود، پرهیز نموده است. به عنوان مثال نمی‌توان بر مضطربّی که خود به طعمای نیازمند است یا در اثر از دست دادن قوت خود به سختی غیر قابل تحمّل مبتلا می‌گردد، الزام کرد که مضطربّ دیگری را سیر کند. هم‌چنان که ممکن نیست نجات غریق را که به خاطر تلاطم دریا از خطر مرگ خود هراس دارد، به نجات جان غرق‌ی تکلیف نمود. البته کم نیستند انسان‌هایی که داستان‌های شگفت‌انگیز و زیبایی از ایثار را به نمایش گذاشته‌اند و برای نجات جان دیگران، اموال یا حتی جان خویش را از دست داده‌اند. بدیهی است نیکویی و حسن ایثار و ترجیح حیات دیگران بر زندگی خود، مقوله‌ای کاملاً متفاوت از تکلیف و الزام قانونی بدین کار است.

ب- امکان تأثیر اقدام ناجی در رهانیدن شخص از مرگ

شرط دیگری که برای تکلیف به حفظ حیات دیگران ضروری به نظر می‌رسد، آن است که به واسطه عملیات ناجی، امکان رهایی از مرگ برای فرد گرفتار در خطر وجود داشته باشد. به بیان دیگر زمانی می‌توان افراد جامعه را به خاطر عدم اقدام به نجات جان یک انسان، مورد عقوبت و مواخذه قرار داد که در صورت عملکرد به موقع ایشان، امکان رهانیدن شخص در معرض خطر از مرگ وجود داشته ولی با ترک فعل ایشان، فرصت نجات جان وی از دست رفته باشد. گرچه این معنا به صراحت در کلام فقیهان دیده نمی‌شود، اما قرائن موجود در کلام و مثال‌های ایشان به روشنی حکایت از آن دارد که حکم به وجوب حفظ حیات دیگران، مبتنی

۱۰ - «قوله فی المبسوط أقوى عندی، لما فیہ من حفظ نفس الغير مع القدره علیہ و إنتفاء الضرر.» (علّامه حلّی، قواعد، ۸/ ۳۵۴)

بر وجود این شرط است.^{۱۱} کاربرد واژگانی چون «خلاص»^{۱۲} و «نجات»^{۱۳} که بر امکان رهایی از موقعیت هلاکت بار دلالت دارد، نمونه‌ای از این دست است. از این رو بسیار بعید است که بتوان کسی را به خاطر ترک فعلش مورد سرزنش قرار داد، حال آن‌که اقدام فرضی او نیز تأثیری بر نجات شخص در معرض خطر نمی‌گذاشته است.

حال نوبت پاسخ به این سؤال است که آیا شخص بیماری که در اثر ابتلا به مرضی سخت، امکان بقای حیات از او سلب شده و فاصله‌ای تا مرگ ندارد، باید به هر نحو ممکن زنده نگاهداشته شود و بر کادر درمان واجب است کلیه تمهیدات درمانی را جهت افزایش طول عمر وی به کار بندند؟ درست همانگونه که مکلف‌اند مبتلایان به بیماری‌های ساده را با تمام توان و تخصص معالجه کرده و از درمان آن‌ها کوتاهی نورزند؟ پاسخ به این سؤال قدری مشکل است، به‌ویژه آنجا که بحث از نقطه نظر عواطف کسانی سنجیده شود که نظاره‌گر رنج و درد عزیزان خود هستند و حاضرند به انجام هر کار حتی تأمین هزینه‌های گزاف درمان تن دهند تا مگر روزی را به حیات بستگان خویش بیفزایند. اما آن‌چنان‌که از ظاهر عبارات فقیهان و مثال‌های ایشان، همچنین کاربرد واژه «انقاذ» به معنای نجات دادن و رهایی بخشیدن (فیومی، ۲/ ۶۲۱؛ ابن منظور، ۳/ ۵۱۶)، استفاده می‌شود، این وجوب را نمی‌توان به حالاتی سرایت داد که عملاً امکان نجات دادن فرد مبتلا وجود ندارد. بنابراین ترک اقدامات درمانی در اتانازی غیر فعال صرف نظر از مسبوق بودن یا نبودن به اجازه و درخواست بیمار، نمی‌تواند مصداق ترک واجب تلقی شده و مسوولیت کیفری را بر عهده مرتکبان آن قرار دهد، چه آنکه ترک فعل ایشان در واقع مانع نشدن در برابر تأثیر طبیعی بیماری مهلک است و نه عدم اقدام به نجات بیمار.

نتیجه‌گیری

در تبیین نتایج این پژوهش می‌توان گفت:

- ۱- بر اساس آموزه‌های فقهی تحقق قتل عمد از طریق ترک فعل بدون آنکه مسبوق به انجام یک فعل از سوی تارک باشد، بسیار دشوار است، زیرا در قصد مجرمانه تارک فعل، همچنین در وجود رابطه علیت میان ترک فعل و سلب حیات به راحتی می‌توان تشکیک کرد.

۱۱- «أخذ اللقيط واجباً على الكفاية، إذا توقف عليه حفظه» (خویی، ۲/ ۱۳۶)

۱۲- «كل من تمكن من خلاص انسان من مهلكة، فلم يفعل أثم ولا ضمان» (نجفی، ۴۳/ ۱۵۲)

۱۳- «كل من رأى انساناً في مهلكة، فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك، لم يلزمه ضمانه» (علامه حلی، ۵/ ۵۵۱)

۲- وظیفه بودن یک فعل به موجب قرارداد یا قانون نیز نمی‌تواند عامل انتساب مرگ به شخص موظف باشد، زیرا از یک سو شرع اسلام حفظ حیات افراد در معرض خطر را از حیطة وظایف اشخاص خاص خارج ساخته و آن را به همه افراد واجد قدرت تعمیم داده است و از سوی دیگر برای ترک کنندگان این وظیفه عقوبت کیفری دنیوی در نظر نگرفته است.

۳- برای مشارکت کنندگان در اقدام به اتانازی غیر فعال نیز که ماهیتی از جنس ترک فعل دارد، نمی‌توان مسوولیت کیفری قتل عمد را پیش‌بینی نمود زیرا؛
(آ) میان ترک اقدامات درمانی و سلب حیات از بیمار رابطه سببیت موجود نیست و بیمار حتی در صورت بهره‌مندی از خدمات درمانی نیز، به جهت وخامت و شدت بیماری جان خود را از دست خواهد داد؛ در این میان متفاوت نیست که اتانازی غیر فعال از نوع داوطلبانه یا غیر داوطلبانه باشد.

ب) همچنین در برخی موارد که ترک درمان به درخواست بیمار صورت می‌پذیرد (اتانازی غیر فعال داوطلبانه)، نمی‌توان مسوولیت قتل را متوجه تارک دانست زیرا فقیهان در فرضی که شخصی به دیگری امر می‌کند او را بکشد و فرد مأمور از این دستور تبعیت می‌کند، به جهت اذن مقتول به اتلاف نفس خویش، بر عدم امکان اعمال مجازات قصاص اتفاق نظر دارند. بنابراین می‌توان از وحدت ملاک در دو مسأله برای اثبات ادعای رفع مسوولیت کیفری قتل عمد از مرتکبان اتانازی غیر فعال داوطلبانه نیز بهره برد.

۴- مسوولیت کیفری ناشی از ترک درمان نیز نسبت به مرتکبان اتانازی غیر فعال منتفی است زیرا وجوب نجات نفوس محترم از خطر مشروط به آن است که قابلیت ادامه حیات در ایشان وجود داشته باشد، حال آنکه در بیماران هدف در اتانازی غیر فعال، امکان ادامه حیات موجود نیست. بنابراین نمی‌توان تعزیر و مسوولیت جزایی ناشی از ترک واجب تکلیفی را نیز متوجه مشارکت کنندگان در اتانازی غیر فعال دانست.

منابع

- ابن حجر الهیثمی، احمد بن محمد، *الفتاوی الفقهیه الکبری*، بی‌جا، المکتبه الاسلامیه، بی‌تا.
ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی،

۲۲۴

مطالعات اسلامی-فقه و اصول

شماره ۱۰۱

۱۴۰۵ق.

تبریزی، جواد بن علی، *تنقیح مبانی الاحکام* (کتاب القصاص)، قم: دارالصدیقه الشهیده، چاپ دوم، ۱۴۲۶ق.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: ابن سینا، ۱۳۴۶.

الحجاوی المقدسی، موسی بن احمد، *الافتاح فی فقه الامام احمد بن حنبل*، بیروت: دارالمعرفه، بی تا.
الخطّاب الرّعینی، شمس الدین ابو عبدالله، *مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل*، بیروت: دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۲ق.

خدایار، حسین، «استناد به قاعده اذن برای مشروعیت اتانازی داوطلبانه فعال»، *فصلنامه فقه پزشکی*، شماره ۵ و ۶، سال ۱۳۸۹ و ۱۳۹۰، ص ۵۵-۳۵.

خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، چاپ اول، بی تا.

خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخویی، چاپ اول ۱۴۲۲ق.
راشد الصیمری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰ق.
زارع، مجتبی، «مطالعه تطبیقی جرم‌زدایی از قتل ترّحم آمیز فعال داوطلبانه»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، شماره ۱۳، سال ۱۳۸۹، ۸۵-۶۳.

ساریخانی، عادل، «قتل ترّحم آمیز از دیدگاه فقه جزایی»، *اخلاق و تاریخ پزشکی*، شماره ۲، سال ۱۳۸۸، ص ۴۵-۳۵.

شهید اول محمد بن مکی، *ذکری الشیعة فی احکام الشریعة*، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۹ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ق.
_____، *مسالك الافهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف

الاسلامیه، چاپ اول ۱۴۱۳ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، لبنان: دار إحياء التراث العربیه، الطبعة السابعة، ۱۴۰۴ق.

طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرين*، تهران: کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۳ق.

طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۷ق.

_____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه،

چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ

اول ۱۴۱۰ق.

_____، *تلخیص المرام فی معرفه الاحکام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات

اسلامی، چاپ اول ۱۴۲۱ق.

_____، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم: دفتر انتشارات

اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۳ق.

عمیدی، عمید الدین بن محمد، *کنز الفوائد فی حلّ المشكلات القواعد*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۶ق.

عوده، عبد القادر، *التشريع الجنایی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی*، بیروت: دار الکاتب العربی، بی‌تا. فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۶ق.

فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرایع*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی‌تا.

فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، قم: منشورات دار الرضی، چاپ اول بی‌تا.

کاشانی، رضا، *کتاب الدیات*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۸ق.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه الاسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ق. محمودیان، فرزاد، «بررسی مقایسه‌ای دلایل موافقان و مخالفان اتانازی»، *مجله اخلاق و تاریخ پزشکی*، دوره دوم، شماره ۳، سال ۸۸، ص ۲۶-۱۷.

مرعشی نجفی، شهاب الدین، *القصاص علی ضوء القرآن و السنه*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول ۱۴۱۵ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۳ق.

میر محمد صادقی، حسین، *جرائم علیه اشخاص*، تهران: میزان، ۱۳۸۶.

نراقی، مهدی بن ابی ذر، *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم: کنگره بزرگداشت ملا مهدی نراقی و ملا احمد نراقی، ۱۴۲۲ق.

نظری توکلی، سعید، «بررسی تطبیقی اتانازی داوطلبانه فعال در اخلاق و وظیفه‌گرایی کانتی و اخلاق فضیلت‌گرایی اسلامی»، *فصلنامه اخلاق پزشکی*، شماره ۵، سال ۱۳۹۰، ص ۱۸۹-۱۶۳.

_____، «مقایسه مرگ مغزی و حیات غیر مستقر»، *مقالات و بررسی‌ها*، شماره ۷۳، سال

_____، *الترقیع و زرع الاعضاء فی الفقه الاسلامی*، مشهد: مؤسسه الطبع التابعه للآستانه الرضویة المقدسه، ۱۴۲۲ ق.

یدالله پور، بهروز، «مرگ ترحم آمیز (اتانازی ارادی فعال) از دیدگاه قرآن»، *مجله دانشگاه علوم پزشکی بابل*، دوره ۱۵، ویژه‌نامه ۱، سال ۱۳۹۱، ص ۶۵-۵۶.

یزدانی‌فر، صالحه، «مسئولیت کیفری پزشک مرتکب اتانازی غیر فعال در نظام کیفری اسلام و قوانین موضوعه ایران»، *عدالت آراء*، شماره ۱۳ و ۱۴، سال ۱۳۸۹، ص ۱۴۸-۱۲۲.

on the application of library resources. After explaining the basic concepts related to the discussion, the opinions of the jurists in relation to the issue were investigated and analyzed. Eventually, the view consistent with the hypothesis of the study was supported. In a jurisprudential perspective, taking the life of the patients near death through withholding treatment measures (passive euthanasia) is not consistent with any criminal action, thus no criminal liability can be imposed on its participants.

Keywords: euthanasia, passive euthanasia, decriminalization.

ways and mechanisms in order to encourage the people to exercise this good deed.

Keywords: the hijāb, privacy, hijāb as worship, the right to hijāb, the sociality of hijāb.

The possibility of invoking jurisprudential provisions for the decriminalization of passive euthanasia

Saeid Nazari Tavakkoli, Associate Professor at University of Tehran

Shakiba Amirkhani, PhD student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, University of Tehran

Suffering from those diseases which medical sciences have still failed to cure are some of the bitter events of human society. The ineffective treatments administered for these groups of diseases have been imposing heavy costs on patient's families. These have often resulted in no major improvement of the patients' overall well-being, only slightly increasing the life span of the patients which in turn seriously challenges the psychological comfort of the patients and their relatives. Carrying out euthanasia by withholding medical treatment measures with the purpose of facilitating the death of these patients seems to be a justified action. The present research aims at explaining the jurisprudential validity and the non-criminal understanding regarding this type of taking life; especially since some jurists have emphasized the impact of benevolent motives rejecting the liability of the individual taking the life of another on the basis of his positive intentions. The study adopts a descriptive analytical method based

Keywords: rules of jurisprudence, impediment removal, the return of prohibition.

**An analysis and criticism of the arguments for the
individuality of the hijab**

Mohsen Malek Afzali Ardakani, Associate Professor of Al-Mustafa International University

Fatemeh Fallah, PhD student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, University of Qom,

The hijāb is a religious obligation based on numerous sources and jurisprudential arguments. Some consider the hijāb as an individual and not a social issue, arguing that it essentially does not fall in the sphere of state interference and even other people's intervention. The present paper discusses this important and critical issue within the responsibility domain of the Islamic state. Thus, by challenging the arguments of those who believe in the individuality of the hijāb, the paper aims to prove its sociality. The arguments are divided into two major categories: the juridical-legal and the Qur'anic, each of which find their appropriate responses in this paper. In addition, the jurisprudential aspect is studied more deeply.

It should be noted, however, that the social essence of the hijāb and chastity, as well as the responsibility of the Islamic state as to protect and propagate the ideal, does not mean that the government should resort to force or judicial and penal measures for that purpose. Instead, on the basis of jurisprudential arguments, the state is obliged to adopt some of the best

the secondary ruling would be issued and actualized. The application of the impediment removal rule in this context would imply that if a mandated or assigned (obligatory) ruling becomes invalid due to the existence of an impediment, after the removal of that impediment the secondary ruling becomes unenforceable and the primary ruling must be enforced again on the responsible agent. Unfortunately, despite its many applications which fall within the provisions of secondary and governmental (state) rules, and in spite of numerous references to it in books of jurisprudence, this rule has not been independently investigated and its limits and conditions or the conditions of its authority have not been dealt with. Therefore, we witness much improper application of the rule in relating literature. Hence, to clarify the various dimensions of the issue, and through the application of a descriptive-analytical method and a data collection from library resources and documentations, first an accurate and comprehensive definition of the term ‘impediment’ is provided. Then, its difference with similar terms including disclaimer (*rāfi*), certain (*qāti*), and excuse (*‘odhr*). In addition, the rule has been compared with similar or related principles such as ‘Necessities make prohibitions permissible’, ‘A necessity is considered by its own measure’, ‘What is permissible due to an excuse becomes prohibited after its removal’, and ‘What is removed does not return.’ After an analysis of the argumentations for the rule (e.g. revision of the criterion and removal of specifications, rational reason and rationalist conduct) and with regard to the application and nature of the rule, nine conditions are drawn for its implementation or authority.

regards their different definitions of ‘assisting with sins’, where most of those definitions are based on conventional understanding. On how to adapt the concept of ‘assisting’ with conventional understanding, various criteria have been mentioned, mostly referring back to one criterion expressed and explained best by Sheikh Ansari, i.e. assisting with preliminaries whose benefits are exclusively *āram*. Finally, based on a summary of the statements and theories, it can be concluded that in case of failure of conventional understanding as regards the problem, the criteria for a correct application of the common understanding must be intentionality of the assistant.

Keywords: jurisprudence, rule of assisting with sins, concept of assisting with sins, qualification of intentionality in assisting with sins, intervention of conventional understanding in concept of assisting with sins.

An introduction into the impediment removal rule (the return of prohibition in case of impediment removal)

Alireza Abedi Sarasia, PhD, Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Adeleh Rahmani, MA in Jurisprudence and Principles of Islamic Law

One of the most widely used rules of jurisprudence is ‘impediment removal’ often expressed by the phrase ‘when impediment is removed, the forbidden is regained.’ The application of this rule in jurisprudential matters produces important outcomes since impediment in those matters can prevent the penetration (validity) of the primary ruling, and as a result,

crime and punishment much greater than killing all participants for the murder of one person. It would be sufficient to notice the importance of research into this problem in light of the caution urged when it comes to questions of blood and honor: the more critique is made about those issues, the more consistent and closer to the truth become the sentences and rulings surrounding them. The present article aims to apply descriptive-analytic tools in order to criticize the very basis of the criminal sentence against participation in homicide.

Keywords: participation in homicide, *qiṣāṣ*, caution, choice, the subtraction of diya, the heirs.

An exploration into the concept of ‘assisting with sins’ in imami jurisprudence opinions

Mohammad Ali Sheikh al-Eslami, PhD student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

The notion ‘assisting with sins’ is a rule founded upon argumentations from the Qur’an and tradition, reason and consensus, and its authority is unassailable. There is almost no dispute as regards its authority, whereas the implications of the term have always been controversial and contested among the jurists. What has been considered as important in this research is the study of the history and transformation of Shiite jurisprudential views on this issue from the beginning. For this purpose, a descriptive analytical method has been adopted based on the application of library documents. A look at the opinions of jurists demonstrates how greatly diverse they are as

Criticism of the basis of legal sentence for participation in homicide in Islamic Penal Code

Dr. Amir Hamzeh Salarzaee, Associate Professor, University of Sistan and Baluchestan

The main question of the article is whether tens, hundreds or large numbers of people participating in the killing of an individual can be punished in retaliation? Is this sentence compatible with the spirit of Islam and its policy of criminal justice, or with the minimalistic interpretation in favor of the accused? The author hypothesizes and claims that the permission to retaliation against a community of people having participated in the homicide of an individual is inconsistent with the justice-seeking spirit of Islamic Penal Code; moreover, it is unjustified and at least ambivalent and open to doubts based on our understanding of an important and fundamental Qur'anic verse, 33 of Surah Isra (17:33). More importantly, a detailed evaluation of the provisions of conflicting but relevant narratives as well as the language of the verses of *qiṣāṣ* reveals that the sentence to retribution against more than one of the participants in a homicide (without specification) and also available to the choice of the victim's heir is a clear example of the need to enforce the rule 'ward off the *hudūd* by suspicion.' Hence, the punishment of an individual among the community of participants in an act of homicide especially on the basis of the heirs' choice and calculated by subtracting the blood money (with that *diya* being an independent punishment itself) seems to fulfill justice, retribution and the balance (similarity) between

Dr. Mahmoud Hekmatnia, Associate Professor, Islamic Research Institute for Culture and Thought

Masoud Fayyazi, Researcher at the Department of Logic of Understanding Religion, Islamic Research Institute for Culture and Thought

Beneficence as a principle is one of the definite jurisprudential rules and a disclaimer of civil liability of the individual in terms of the loss enforced upon others during acts of collective good. This shall necessitate that beneficence include both subjective and practical good simultaneously. As regards beneficence to an individual other, it is necessary that the act itself be wasteful or the cause be destructive; but, when the addressee is collective, neither that beneficence is by essence wasteful, nor the cause destructive. Therefore, the question is if a group of individuals suffer from a loss during the act of good, is the agent allocated a liability or not? This paper distinguishes between cases where the group is subject to beneficence as a collective whole, and those which entail submerged or alternative whole (totality). Consequently, it has been proven that it should be possible to apply the rule and disclaim the liability when the good is done to a collective mass of individuals and common good is taken into consideration. Even in that case, Kaldor-Hicks' secular criterion was adopted in an attempt to provide a framework rule for the evaluation of common good.

Keywords: civil liability, the beneficence rule, collective good, individual beneficence, liability.

possible, while in the absence of its authority, it is possible to refer to these issues.

This paper examines the foundations of authority and non-authority as to reject a third verdict, and analyzes the practical implications of either choice in jurisprudential discussions. The most important reason highlighted by those supporting the authority to reject a third verdict is the independence of implicit (subjunctive) indication from explicit (corroborative) indication in the context of authority, while those who advocate its non-authority emphasize the dependence and compliance of implicit indication with explicit one as regards authority. In this article, we find the notion of non-authority as to reject a third verdict effectively challenged and ultimately prefer the idea of authority. Indeed, this shall not be in terms of implicit indication and its independence from explicit one as proposed by most of the Usulites; instead, this is because of the shared unity of two contradictories in their rejection of a third. This last issue will be achieved only if the contradiction of two reasons is inherently essential; whereas in cases of cross-sectional contradiction, two conflicting reasons shall not be united or unanimous in their rejection of a third, and as a result, there will be authority for this rejection.

Keywords: authority, rejection of a third, explicit indication, implicit indication, dependence, the contradictories.

Collective beneficence (collective good) an its role in civil liability

reasoning. The second discussion, however, tends to establish the position of 'religionist conduct' among other types of reasoning. Here, the authors discuss the relationship between 'religionist conduct' and similar established threads such as 'tradition', 'consensus' and 'subjective speculation' (*irtikāz*), and examine its reasoning position. Among the achievements of this research the following can be listed: the stipulation of the legislator's agreeing position in terms of the authority of 'religionist conduct' and its consideration under narrative and practical tradition (of the Infallibles), the reasoning priority of 'religionist conduct' as compared with 'consensus', the objective analysis of 'religionist subjective speculation' based on 'religionist conduct' and its superiority in terms of authority.

Keywords: conduct (*sīrah*), the religionists, the rationalists, tradition, consensus, subjective speculation.

The authority of the contradictories as to reject a third verdict

Sajedeh Eslami Mahdi Abadi, PhD student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Mofid University of Qom

Ali Tavallaei, Assistant Professor at Yazd University

One of the issues raised in jurisprudence is that two reasons are terminated if they are contradictory. However, as regards the rejection of a third verdict in concomitance with those two reasons: in case of its authority a referral to generalities and predications and practical principles is not

addition, major famous documents pertaining to this notion are the hadiths where serious doubts exist with regard to their documentations and connotations; moreover, they stand in contrast to the Qur'anic generalities and predications and also to independent reason. The narrative or Hadith evidences which have remained undisputed and without opposition necessarily prove the liability of kinship group only in cases where the 'Āqilah is responsible for the supervision and care of a person's life, or is formally held accountable.

Keywords: 'Āqilah, criminal responsibility, diyah, involuntary manslaughter, punishment and personal responsibility.

A research into 'religionist conduct', the conditions of its authority and the network of its conceptual relationships

Zahra Sadat Ahmadi Soleimani, MA Student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law

Mohammad Taghi Fakhlaee, Professor in Ferdowsi University of Mashhad

Mohammad Hasan Haeri, Professor in Ferdowsi University of Mashhad

The present paper aims to refine the conditions of authority of 'religionist conduct' and its position among Imamī evidences of inference. The study seeks to eliminate the shortcomings existing in former principle sources through collecting and disciplining relevant fragmented discussions. The first discussion explains the conditions of authority of religionist conduct based on a comparative approach. Here, the relationship between 'religionist conduct' and 'rationalist conduct' is measured in terms of their

command but as a *mantaqatul-faragh* within divine decree. Therefore, they do not believe in ratification as a term; but, they reject it in their books and refer to its advocates as Mu'tazilī and Ash'arī. However, Sunni Usulites believe in another type of ratification which is false. It seems that in order to determine the origins of ratification as a term we must study and explore the foundations and doctrines of Sunni theology.

Keywords: Ijtihād, Sunni Usulites, mistakability, ratification, command, verdict, speculation, mantaqatul-faragh.

The liability of kinship group ('*Aqilah*) in a different perspective

Mohsen Ahmadvand, PhD Student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Hossein Naseri Moghadam, Associate Professor in Ferdowsi University of Mashhad

Reputable Imami jurists believe that liability for involuntary manslaughter (wergild or *diyah*) is incumbent upon the institution called '*Āqilah* (paternal kinship group of the criminal). From the very beginning, the verdict has faced challenges, including its conflict with the principle of individual criminal responsibility, which have prompted jurists to offer various justifications so as to explain its reasons. Based on Qur'anic rules, generalities and predications and using the Jawahiri approach (*fiqh al-Jawāhirī*), the present article seeks to prove the belief that despite the opposition of Shaykh al-Mufīd, this idea is not founded on consensus. In

ABSTRACT

The reality of Sunni Usulites views regarding the issue of ratification (*tasvīb*) and its roots

Hassan Aabsavaran, MA in Jurisprudence and Principles of Islamic Law

Ratification as a term common among the Imami Usulites entails that divine decree is consistently in compliance with the mujtahid's opinion, and even in cases where the opinions of the mujtahids differ with one another, all of them are right and true and divine. This notion of ratification has been expressed in both Mu'tazilī and Ash'arī manners. The question now is whether Sunni Usulites believe in this ratification? To find the truth, various definitions of ratification are given, following which the meanings of verdict and ijtihād and their position and usage are explained in the eyes of the Sunni Usulites, and their branches are explored in theology, jurisprudence and principles, from the beginning until now. Then the opinions of Sunni Usulites, especially al-Jaṣṣāṣ, al-Ghazali and Ibn Arabi are widely examined. Regarding the application of Ash'arite ideas about good and evil deeds by al-Ghazali and Ibn Arabi in their jurisprudential principles, it becomes clear that they consider divine decree as command only in the case of absolute address, and that they consider the rest not as

Table of Contents

The reality of Sunni Usulites views regarding the issue of ratification (tasvib) and its roots	9
Hassan Aabsavaran	
The liability of kinship group ('Aqilah) in a different perspective	31
Mohsen Ahmadvand - Dr. Hossein Naseri Moghadam	
A research into 'religionist conduct', the conditions of its authority and the network of its conceptual relationships	55
Zahra Sadat Ahmadi Soleimani-Dr. Mohammad Taghi Fakhlaee- Dr. Mohammad Hasan Haeri	
The authority of the contradictories as to reject a third verdict	79
Sajedeh Eslami Mahdi Abadi - Dr. Ali Tavallaei	
Collective beneficence (collective good) and its role in civil liability	99
.Mahmoud Hekmatnia - Masoud Fayyazi	
Criticism of the basis of legal sentence for participation in homicide in Islamic Penal Code	117
Dr. Amir Hamzeh Salarzaee	
An exploration into the concept of 'assisting with sins' in imami jurisprudence opinions	135
Mohammad Ali Sheikh al-Eslami	
An introduction into the impediment removal rule (the return of prohibition in case of impediment removal)	159
Dr. Alireza Abedi Sarasia - <i>Adeleh Rahmani</i>	
An analysis and criticism of the arguments for the individuality of the hijab	183
Dr. Mohsen Malek Afzali Ardakani - Fatemeh Fallah	
The possibility of invoking jurisprudential provisions for the decriminalization of passive euthanasia	205
Saeid Nazari Tavakkoli - <i>Shakiba Amirkhani</i>	

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 101, Summer 2015

ISSN 2008-9139

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Translation of Abstracts

A. Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 30000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+9851) 38803873



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES
Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 101, Summer 2015