



انفقه و اصول

فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892

سال ۵۲، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۲۲
پاییز ۱۳۹۹



عناوین مقالات

- مبانی فقهی «رژیم ارفاقی مجرمان سیاسی»

دکتر حسن آقایی - اکبر احمدپور - دکتر عباسعلی سلطانی

- مطالعه راهبردی علم فقه

دکتر عبدالحسین رضائی راد

- حکم فقهی تلفیق فتوی در مذاهب اربعه اهل سنت

دکتر عبد الوهاب سلیمی پور - دکتر محمد عادل ضیائی - دکتر ناصر مریوانی

- کاوشی در حل نسبت تعارض نمایی قاعده «لا حرج» با اعمال حرجی اسلام؛ پاسخها و تحلیلها

دکتر سید جعفر علوی گنابادی - علی اکبر حبیبی مهر

- ضرورت تحول اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها در خصوص جرائم مستحدث کیفری با

تاملی بر اصول و قواعد فقهی

رویا فنائی - دکتر سید مهدی صالحی - دکتر رضا نیکخواه سرنقی

- قاعده حسم در مستندات فقهی امامیه

دکتر محمد علی محب الرحمان - دکتر علی مظهر قراملکی - محمد مهدی محب الرحمان

- درنگی در حجیت استصحاب استقبالی

میثم محمودی سیدآبادی - دکتر عبدالله امیدی فرد

- ارزیابی نظریه جهاد دعوت با سنجه فعل پیامبر اکرم (ص)

محمد مروارید - مجتبی الهی خراسانی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۲ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۲۲ - پاییز ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت 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 سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر لیدا کلارک

استاد ممتاز گروه مطالعات اسلامی دانشگاه کونکوردیا کانادا

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد 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 هیئت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: دکتر محمد هادی قبولی

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

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 مشهد).
- 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 هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶ - نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

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. هیئت 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- هیئت 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 هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۵۰۰ 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- هیئت 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، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ، 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- پیشوندهایی 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 (ـَ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ 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 هیئت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. دکتر عبدالسلام امامی (مدرس حوزه و دانشگاه)
۲. دکتر جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۳. دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۴. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۶. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۷. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۸. دکتر حسین حقیقت پور (استادیار دانشگاه یزد)
۹. بلال شاکری (استاد سطح عالی حوزه علمیه خراسان)
۱۰. دکتر سعید نظری توکلی (دانشیار دانشگاه تهران)
۱۱. دکتر علی محمدیان (استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بزرگمهر قانات)
۱۲. دکتر محسن ملک افضلی اردکانی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)
۱۳. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	مبانی فقهی «رژیم ارفاقی مجرمان سیاسی» دکتر حسن آقایی - اکبر احمدپور - دکتر عباسعلی سلطانی
۲۹	مطالعه راهبردی علم فقه دکتر عبدالحسین رضائی راد
۵۱	حکم فقهی تلفیق فتوی در مذاهب اربعه اهل سنت دکتر عبدالوهاب سلیمی پور - دکتر محمدعادل ضیائی - دکتر ناصر مریوانی
۷۳	کاوشی در حلّ نسبت تعارض نمایی قاعده «لا حرج» با اعمال حرجی اسلام؛ پاسخ‌ها و تحلیل‌ها دکتر سید جعفر علوی گنابادی - علی‌اکبر حبیبی‌مهر
۹۳	ضرورت تحول اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در خصوص جرائم مستحدث کیفری با تاملی بر اصول و قواعد فقهی رویا فنائی - دکتر سیدمهدی صالحی - دکتر رضا نیکخواه سرنقی
۱۱۳	قاعده حسم در مستندات فقهی امامیه دکتر محمدعلی محب الرحمان - دکتر علی مظهر قراملکی - محمدمهدی محب الرحمان
۱۳۱	درنگی در حجیت استصحاب استقبالی میثم محمودی سیدآبادی - دکتر عبدالله امیدی فرد
۱۴۷	ارزیابی نظریه جهاد دعوت با سنجه فعل پیامبر اکرم (ص) محمد مروارید - مجتبی الهی خراسانی



مبانی فقهی «رژیم ارفاقی مجرمان سیاسی»*

دکتر حسن آقایی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: aghaei1384@yahoo.com

اکبر احمدپور^۱

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: a-ahmadpour@um.ac.ir

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@um.ac.ir

چکیده

رویکرد قانونی به جرم سیاسی ریشه در تحولات فکری جهان معاصر دارد. جرم‌شناسان جرائم را به عادی و سیاسی دسته‌بندی کرده‌اند. با آن که جرائم سیاسی ممکن است به فروپاشی نظام سیاسی منجر شوند، حقوق‌دانان برای آنان، امتیازاتی در نظر گرفته‌اند که به مجموعه آن‌ها، «رژیم ارفاقی» اطلاق می‌شود. برخی علل آن عبارتند از: فقدان انگیزه منافع شخصی، عدم قصد تعرض به شهروندان و داشتن انگیزه‌های خیرخواهانه. مقاله حاضر در صدد آن است که بر اساس قواعد و اصول فقه جزایی اسلام، چنین تفاوت و مزایا را به رسمیت شناسد و ادله و مبانی آن را تبیین کند. این تحقیق با روش توصیفی و تحلیلی تدوین شده و به این نتیجه دست یافته است که رژیم ارفاقی کاملاً قابل دفاع و مشروع است. ادله آن عبارتند از: شماری از آیات قرآن؛ سنت فعلی پیامبر (ص) و علی (ع) در مواجهه با مخالفان سیاسی؛ دلیل عقل؛ مدلول التزامی اصل صحت؛ ادله وجوب نصیحت ائمه مسلمین؛ نیت خیرخواهانه و موقت بودن جرم سیاسی.

کلیدواژه‌ها: جرم سیاسی، بغی، رژیم ارفاقی، افساد فی الارض، فقه سیاسی.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۸/۰۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۸/۰۲/۲۱.

۱. نویسنده مسئول

Jurisprudential Foundations of “Leniency Regime for Political Offenders”

Hassan Aghaei, Ph.D. Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Akbar Ahmad Pour. Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author)

Abbas Ali Soltani, Ph.D. Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

The legal approach to political crime is rooted in the intellectual developments of the contemporary world. Criminologists have categorized crimes as ordinary and political. Although political crimes may lead to the collapse of the political system, jurists have granted them privileges, collectively referred to as the “leniency regime”. Some of the reasons behind such regime are: lack of motivation for personal interests, lack of intention to attack citizens and having benevolent motives. The present article seeks to recognize such differences and benefits based on the rules and principles of Islamic criminal jurisprudence and to explain its proofs and foundations. This research has been compiled through descriptive- analytical method and has reached the conclusion that the leniency regime is completely defensible and legitimate. Its proofs are: a number of verses of the Holy Quran; the practical Sunna (conduct) of the holy Prophet (PBUH&H) and Ali (PBUH) towards political opponents; the reason of wisdom; implicative meaning of the principle of correctness; proofs of the necessity of advising the Muslim rulers; the benevolent intent and the temporary nature of a political crime.

Keywords: Political Crime, Revolt, Leniency Regime, Corrupt on Earth, Political Jurisprudence

مقدمه

جرم‌شناسان جرائم را از جهتی به دو نوع جرائم عادی و جرائم سیاسی تقسیم می‌کنند. جرائم عادی جرائمی هستند که در قلمرو حقوق داخلی تحقق می‌یابند و نظام سیاسی جامعه را هدف قرار نمی‌دهند؛ اما جرائم سیاسی با کلیت نظام سیاسی و عناصر و ارکان آن، دچار چالش است. دانشیان حقوق جزا و جرم‌شناسی بر این باورند که جرم سیاسی را باید از جرم عادی تفکیک کرد؛ بدین منظور آنان یک رژیم ارفاقی برای مجرمان سیاسی پیشنهاد می‌کنند که در همه مراحل تعقیب، تحقیق، دادرسی و اجرای حکم، با جرم عادی متفاوت است. با توجه به نو بودن مفهوم جرم سیاسی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا بر اساس آموزه‌های فقه اسلامی، تأسیس چنین رژیمی، امکان‌پذیر است؟ مبانی آن چیست؟

نکته‌ای که در بادی امر، پارادوکسیکال می‌نماید آن است که از یک سو جرم سیاسی ممکن است به اضمحلال کیان یک نظام سیاسی منجر گردد و از این رهگذر، بایسته تشدید مجازات است، و از سوی دیگر، رژیم ارفاقی بر پایه سهل‌انگاری و مدارا با مجرمان سیاسی استوار است، و این دو نگاه با هم ناسازگارند؛ اما باید در نظر داشت که مجرم سیاسی به لحاظ انگیزه‌های خیرخواهانه بر این باور است که عملش در جهت خدمت به نظام سیاسی و مردم انجام می‌شود و اصولاً سوء نیت عام و خاصی که در تحقق جرائم عادی وجود دارد، در مورد او (حداقل از منظر خودش)، مفقود است. همچنین برای حمایت از حقوق بنیادین و آزادی‌های آحاد جامعه و کمک به اصلاح ساختار حکومت، شدت عمل به خرج دادن در برابر مجرمان سیاسی، سبب بی‌حرکی و فقدان مشارکت مردم در فعالیت‌های سیاسی می‌گردد که این امر، تهدیدی بزرگ برای مشروعیت و مقبولیت یک نظام سیاسی تلقی می‌شود.

برای پاسخ به این پرسش‌ها، سیر منطقی مقاله به این صورت است که نخست در مقام مبادی‌شناسی، جرم سیاسی تعریف می‌شود و جایگاه آن در قوانین کشور تبیین می‌گردد و آن گاه، پس از بیان مفهوم «رژیم ارفاقی مجرمان سیاسی»، مبانی و ادله فقهی آن، تحلیل می‌شود.

نکته مهم آن است که این مقاله درصدد تعیین مبانی فقهی قوانین ماهوی و شکلی کشور در ارتباط با مجرمان سیاسی نیست که مجال دیگری می‌طلبد؛ بلکه هدف آن، مبانی‌شناسی پذیرش رژیم ارفاقی است. به دیگر عبارت، این نوشتار به دنبال آن است که اثبات کند چرا قانونگذاران ما، در برخورد با مجرمان سیاسی تساهل و مدارای بیشتری لحاظ کرده‌اند و آیا این ارفاق، با مبانی اسلامی ما سازگاری دارد؟ اصل مفهوم رژیم ارفاقی از حقوق غرب گرفته شده و به تازگی وارد ادبیات حقوقی ما گردیده است و در بسیاری از مقالات و کتاب‌ها به آن اشاره شده است. افزون بر آن خود مفهوم «بغی» که نزدیک‌ترین واژه به جرم سیاسی در متون دینی است، از آغاز فقه در مبحث جهاد، مورد توجه فقیهان قرار گرفته است. اما در هیچ

یک از این نوشته‌ها به مبنا شناسی رژیم ارفاقی از منظر اسلام، بذل توجه نشده است. به برخی از این آثار اشاره می‌کنیم: مبانی نظری برخورد ارفاقی با مجرمین سیاسی: علی محمدی جورکویه، مجله رواق اندیشه، شماره ۴.

درآمدی بر مسئله بغی و باغی در فقه شیعه و تطبیق آن با جرم سیاسی: طیبه قدرتی، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۲.

جرم سیاسی در حقوق کیفری اسلام: سید محمد موسوی بجنوردی، مجله آیین، شماره ۲۶ و ۲۷.
جرم سیاسی در فقه اسلام، واکاوی اصل ۱۶۸ ق.ا: محمد رضا عباسی فرد، مجله راهبرد، شماره ۶۵.
بایسته‌های تعریف جرم سیاسی در قاموس حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: جلیل محبی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۱.

بررسی فقهی جرم سیاسی، بغی و نقش توبه در تخفیف مجازات آن: عبد الجبار زرگوش نسب و دیگران، مجله معرفت سیاسی، سال چهارم، شماره اول.

بغی یا جرم سیاسی از نظر اسلام: سید محمد حسن مرعشی، مجله حقوق دادگستری، شماره ۳.

جرم سیاسی و مصادیق آن: خلیل بهرامیان، مجله فردوسی، شماره ۶۵ و ۶۶.

همان گونه که ملاحظه می‌شود در این آثار، به مبانی و ادله رژیم ارفاقی پرداخته نشده است.

تعریف جرم سیاسی

اگرچه گروهی از دولت‌ها صلاح خود را در آن دانسته‌اند که جرم سیاسی همچنان تعریف نشده باقی بماند مع الوصف تعاریف فراوانی برای آن ارائه شده است که به مواردی از آن اشاره می‌شود: «جرم وقتی سیاسی است که مقامی که از آن جرم، اعم از این که جنایت باشد یا جنحه، آسیب دیده و متضرر شده است، دولت باشد (اولیویه، امین، باکلمه هتک، رزی شماره ۱۴ و ۱۵). در رویه قضایی دادرسان فرانسه جرم سیاسی این گونه تعریف شده است: «جرایمی که نظم مستقر را به خطر اندازند، بر ضد اساس حکومت یا حاکمیت دولت صورت گیرند یا نظم موجود را که قوانین بنیادین دولت و تفکیک قوا مستقر نموده است برهم زنند». (زینلی: ۲۶). ماده ۳ قانون جزای آلمان مقرر می‌دارد: «جرم سیاسی عبارت است از هرگونه حمله و تعرض مجرمانه بر ضد وجود حاکمیت دولت یا بر ضد رئیس دولت یا یکی از اعضای حکومت بدان روی که عضو حکومت است یا بر ضد قانون اساسی، یا بر ضد حقوق سیاسی یا انتخاباتی مردم یا بر ضد حسن روابط با کشورهای خارجی. نکته جالب توجهی که در این تعریف لحاظ گردیده آن‌که، هرگونه آسیب به حقوق سیاسی یا انتخاباتی مردم نیز در زمره جرم سیاسی محسوب گردیده است (مدنی، ۳۳۱/۶)

«بزه سیاسی هر عمل قابل کیفری است که بر ضد اساس کشور، یا امنیت آن، یا بر ضد رئیس کشور یا بر ضد مجلس مؤسس یا حقوق سیاسی انتخاب کننده یا انتخاب شونده، یا برخلاف روابط حسنه با بیگانگان ارتکاب شود» (حومه، ۱۹۷). «جرم وقتی سیاسی است که دولت از نظر وضع اجتماعی یا سیاسی خود متضرر گردد یا هنگامی که عمل ارتكابی متوجه دولت باشد سیاسی تلقی می گردد». (جعفری لنگرودی، ۱۹۲) «به طور کلی جرم سیاسی به عمل مجرمانه ای اطلاق می شود که هدف آن واژگون کردن نظام سیاسی اجتماعی و برهم زدن نظم و امنیت کشور باشد» (صانعی، ۲۸۹) «جرائم سیاسی جرایمی هستند که بر ضد مصالح سیاسی کشور و یا بر ضد حقوق سیاسی یکی از اهالی ارتکاب شده باشد. علاوه بر این جرائم عمومی که مقدمه ناگزیر جرائم سیاسی باشند و اعمال مادی آن ها به طور عمده جرم سیاسی را تشکیل می دهند، جرم سیاسی محسوب است» (دادگری، ۲۰). پرفسور بلانش معتقد است: جرائمی را باید سیاسی شناخت که انگیزه و هدف آن ها سیاسی باشد (مدنی، ۳۳۲/۶). تعریف نسبتاً کامل تری که برخی دیگر از حقوق دانان ارائه نموده اند این است که: جرم سیاسی به هر عمل مجرمانه ای اطلاق می شود که یا انگیزه ارتکاب آن سرنگونی نظام سیاسی اجتماعی و اختلال در مدیریت سیاسی و صدمه به زمامداری کشور بوده و یا نتیجه آن، سرنگونی نظام سیاسی و اجتماعی و صدمه به مقامات سیاسی و رئیس کشور باشد. این جرم ممکن است به تنهایی و یا همراه با سایر جرائم عمومی، اجتماعی و امنیتی ارتکاب شود (هاشمی، ۶۹۵/۲). نقطه مشترکی که معمولاً همه تعاریف دربردارند تبیین ماهیت جرم سیاسی از طریق معرفی آثار و نتایج حاصله از جرم یا اهداف مورد نظر از ارتکاب آن می باشد. از مطالب گذشته چنین به دست می آید که بعضی از آنان تنها به نفس عمل ارتكابی توجه کرده اند. به عبارت دیگر جرمی را سیاسی می دانند که برای مثال به نظام سیاسی کشور لطمه وارد کند چه انگیزه سیاسی در بین باشد یا نباشد؛ اما بعضی دیگر صرفاً به مواردی اشاره کرده اند که در صورتی جرم، سیاسی خواهد بود که باهدف و انگیزه سیاسی ارتکاب یابد، در حالی که جرائم عمومی هستند که دارای ماهیت سیاسی بوده و در عین حال تعاریف جرم سیاسی شامل آن ها نمی شود. نکته دیگر این که در هیچ یک از این تعاریف ها اشاره ای به فردی یا گروهی بودن جرم سیاسی نشده است.

قانون گذار ایران در ماده یک قانون جرم سیاسی، جرم سیاسی را چنین تعریف می کند: هر یک از جرائم مصرح در ماده دو این قانون چنانچه با انگیزه اصلاح امور کشور علیه مدیریت و نهادهای سیاسی با سیاست های داخلی یا خارجی کشور ارتکاب یابد، بدون آن که مرتکب، قصد ضربه زدن به اصل نظام را داشته باشد، جرم سیاسی محسوب می شود. همان گونه که ملاحظه می شود، عنصر «انگیزه اصلاح» از منظر قانون گذار ایران، قید موضوع جرم سیاسی دانسته شده است. بنا بر این، می توان گفت از نظر قوانین

ایران، برخی از جرائم عادی اگر با انگیزه اصلاح و بهبود وضعیت کشور انجام شود، مشمول جرم سیاسی خواهند بود. هر چند این قانون به لحاظ نظری، قابل نقد و مناقشه است، ولی مبنای مباحث آتی قرار می‌گیرد.

امتیازهای مجرمان سیاسی در قوانین موضوعه ایران

الف) در مرحله تشکیل پرونده و تحقیقات مقدماتی

- ۱- ممنوعیت کنترل ارتباطات مخابراتی (مواد ۱۵۰ و ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲)
- ۲- مرجع صالح برای دادرسی (ماده ۳۰۷ همان قانون)
- ۳- تعدد وکیل مدافع (مواد ۳۴۶ و ۳۸۵ قانون مذکور)
- ۴- ممنوعیت تحقیق توسط دادستان و معاونان و دادیاران وی (ماده ۹۲ مذکور)
- ۵- ممنوعیت انتشار تصاویر (ماده ۹۶ همان قانون)

ب) در مرحله دادرسی

در مرحله دادرسی نیز قانون‌گذار ارفاق‌هایی برای مجرمان سیاسی قائل شده است که اهم آن از این قرار است:

- ۱- تعیین دادگاه عمومی کیفری به عنوان مرجع صالح (ماده ۲ قانون جرم سیاسی و ۳۰۳ آیین دادرسی کیفری)
 - ۲- ممنوعیت صدور کیفرخواست شفاهی (ماده ۸۶ آیین دادرسی کیفری)
 - ۳- اختیار عدم حضور در جلسات دادگاه (ماده ۳۵۰ همان قانون)
 - ۱- ممنوعیت جلب رأسی برای محاکمه (ماده ۱۸۰ آیین دادرسی کیفری)
 - ۲- لزوم ضبط مکالمات جریان رسیدگی در دادگاه (ماده ۴۰۱ آیین دادرسی کیفری)
 - ۳- لزوم حضور دادستان یا نماینده وی در جلسه دادرسی (ماده ۳۰۰ آیین دادرسی کیفری)
 - ۴- رسیدگی علنی (ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری)
 - ۵- حضور هیأت منصفه در دادگاه (ماده ۴ قانون جرم سیاسی)
 - ۶- دیوانعالی کشور مرجع رسیدگی به اعتراض (ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری)
 - ۷- منع استرداد (بندت ماده ۶ قانون جرم سیاسی)
- ج) در مرحله بعد از صدور حکم
- ۱- مجزا بودن محل نگهداری و حبس (بند الف ماده ۶)

- ۲- پوشش در زندان (بند ب ماده ۶)
 - ۳- ممنوعیت بازداشت حبس انفرادی (بند ث ماده ۶)
 - ۴- حق ملاقات و مکاتبه با بستگان طبقه اول (بند ج ماده ۶)
 - ۵- حق دسترسی به کتب نشریات و رادیو و تلویزیون (داخلی) (بند چ ماده ۶)
 - ۶- عدم شمول مقررات تکرار جرم (ماده ۱۳۸ قانون مجازات اسلامی ۹۲)
- عدم شمول مجازات‌های تبعی (زراعت، ۱/ ۲۱۷).

چیستی رژیم ارفاقی

رژیم یک واژه فرانسوی است که در معانی مختلفی مانند طرز، قاعده، روش، شکل حکومت، روش اداره کشور استعمال می‌شود (معین، ۱۳۸۶، ذیل واژه رژیم). اصولاً امروزه مجموعه قواعد، دستورالعمل‌ها و الزاماتی که در پدیده‌های مختلف، ضروری است را تحت عنوان رژیم آن ذکر می‌کنند. مانند رژیم سیاسی، رژیم غذایی، رژیم حقوقی و ...

منظور از رژیم ارفاقی مجموعه‌ای از برخوردهای قضایی همراه با ملاحظت و تساهل و تسامح است به نحوی که در مقایسه با مجرمان عادی امتیاز به حساب می‌آید. «حقوق کیفری در درون خود بپذیرش اقدامات ارفاقی و تعدیل‌کننده سعی نموده تا اجرای عدالت کیفری را با احسان و عطف نیز همراه سازد از این رو در کنار تکیه بر پاسخ‌های کیفری سرکوب‌گر، به دلایل سیاسی اجتماعی و حقوقی متعدد زمینه واکنش منعطف و مداراگونه را با مرتکبان این جرائم از طریق نهادها و تاسیسات حقوقی ارفاقی فراهم کرده است» (مجیدی، ۳۳۱).

چرایی رژیم ارفاقی در برخورد با مجرمان سیاسی

پس از چپ‌شناسی جرم سیاسی و جایگاه آن در قوانین ایران و شناسایی رژیم ارفاقی، اینک باید به این پرسش پاسخ داده شود که چرا مجرمان سیاسی از مزایا و امتیازاتی نسبت به مجرمان عادی برخوردارند؟ آیا این موضوع، با «اصل برابری همگان در مقابل قانون»، مغایرت ندارد؟ در دوران باستان تا اواخر قرن نوزدهم شدیدترین مجازات‌ها و بدترین شیوه‌های رسیدگی در باره مجرمان سیاسی اعمال می‌شد. از اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن نوزدهم در سطح اروپا مکاتب جدید فکری فلسفی و سیاسی و حقوقی پدید آمد و ظهور شخصیت‌ها و متفکران برجسته‌ای همچون مونتسکیو مؤلف کتاب روح القوانين فیلسوف مشهور قرن هجدهم فرانسه، ژان ژاک روسو نویسنده و متفکر معروف سوئیسی

و مؤلف قرارداد اجتماعی، ولتر نویسنده و شاعر به نام فرانسوی، بکاریا حقوقدان و محقق ایتالیایی، بنتام فیلسوف و حقوقدان معروف انگلیسی در قرن نوزدهم و بسیاری از دانشمندان محقق در سرتاسر اروپا و نشر و گسترش افکار و اندیشه‌های نوین و مترقی ایشان عامل عمده این تحولات عظیم و سریع گردید؛ و مکاتب مختلف فلسفه حقوق کیفری مانند مکتب فایده اجتماعی، مکتب عدالت مطلق، مکتب کلاسیک، مکتب دفاع اجتماعی، مکتب دفاع اجتماعی نوین بوجود آمد و در این دوران رفتارهای ارفاق آمیزی از قبیل حذف مجازات اعدام، حضور هیأت منصفه، علنی بودن محاکمه و... در جرائم سیاسی پیش بینی شد؛ اما این‌ها نیز بعد از جنگ‌های بین الملل اول و دوم از بین رفت و خشونت قبلی جای آن را گرفت ولی همواره در نوشته‌های حقوقی تأکید گردیده بر این که جرائم سیاسی با ارفاق برخورد شود. (هاشمی، ۶۱۹؛ ملک اسماعیلی، ۹۶). به طور خلاصه می‌توان چرایی برخورد ارفاقی با مجرمان سیاسی را در این امور گرد آورد:

- برخورداری از انگیزه‌های خیرجویانه و اصلاحی
 - فقدان سوء نیت کیفری
 - کمک به مشارکت سیاسی آحاد مردم
 - جلوگیری از سوء استفاده حاکمان در سرکوب مخالفان خود با اتکا به قوانین
- یکی از محققان در باره تغییر نگرش جوامع نسبت به جرم سیاسی چنین می‌نگارد: «از دویست سال پیش بدین سو، از زمان انقلاب کبیر فرانسه، نگرش به بزه‌های سیاسی بازگونه گشته است. اگر پیش از این تاریخ، بزه‌های سیاسی از بزه‌های سنگین به شمار می‌آمدند، زان پس، هر چند نه پرشتاب، اما پیوسته، و دستکم در جهان پیشرفته باختری، بزه‌های سیاسی به رده بزه‌های سبک درمی‌آمده‌اند. فردگرایی، انسان‌سالاری، مردم‌سالاری، بنیادقرار گرفتن فلسفه حقوق طبیعی، حق حاکمیت ملی، ارزش نهادن به حقوق فرد، جدای از نژاد، مذهب و جنس او، بخش‌هایی دگر از این فرآیند بوده است» (آصفی، ۸۲).

مبانی و ادله فقهی ضرورت رژیم ارفاقی در جرائم سیاسی

اینک باید دید، تأسیس چنین رژیمی از منظر مبانی و منابع اسلامی نیز موجه است؟ و آیا بر اساس اصول و قواعد فقه اسلامی، می‌توان برای مجرمان سیاسی امتیازاتی خاص در نظر گرفت؟ اگر چنین است، این ویژه‌سازی بر چه ادله‌ای استوار است؟

در پاسخ باید گفت با بررسی منابع و نصوص دینی، اعم از ادله نقلی و ادله عقلی، به رسمیت شناختن چنین حقوقی برای مجرمان سیاسی نه تنها ممکن است، بلکه ضروری نیز هست. فرضیه ما در این نوشتار آن است که برخورد مسالمت‌آمیز و مجازات حداقلی، برای مجرمان سیاسی، مستفاد از کتاب، سنت، سیره

و دلیل عقل است.

الف) کتاب

نخست: خداوند در آیه نهم سوره حجرات می‌فرماید: «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَفَاتِلُوا آلَئِیَّ تَبْغِی حَتَّىٰ تَنْفِیَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ یُحِبُّ الْمُقْسِطِینَ». شیخ طوسی در باره شأن نزول آیه می‌نویسد: «این آیه در باره دو دسته از انصار که میانشان درگیری بوجود آمده بود نازل گشت» (التبیان، ۳/۴۶۹). طبرسی معتقد است مراد از دو طائفه، اوس و خزرج بودند (مجمع البیان، ۹/۲۲۱) مفسران بغی را به معنای استتاله و ظلم تفسیر می‌کند (طبرسی، جوامع الجامع، ۳/۴۰۴).

گر چه نمی‌توان مفهوم «بغی» را دقیقاً مرادف «جرم سیاسی» به معنایی که امروزه در قوامیس حقوقی وجود دارد^۱، دانست؛ اما روشن است که تشابهات زیادی میان آن با جرم سیاسی وجود دارد. آیه نهم سوره حجرات، سیاست کلی اسلام را در برابر کنش‌های سیاسی مشخص می‌کند. اصل اولی در برخورد با کنش‌گران سیاسی (حتی اگر ستمگر و به تعبیر قرآن باغی باشند)، ایجاد اصلاح و برخورد مدارا جویانه است. توسل به خشونت، تنها در صورتی است که این رفتار، به ستمگری و تجاوز منجر شود. تازه در برخورد با آنان نیز، بازگشتن به محدوده قانون (حتی تنفیء الی امر الله) اهمیت دارد.

در توصیف باغی گفته شده است باغی کسی است که بر امام عادل خروج کند و با وی بجنگد و مانع پرداخت حقوق امام به وی گردد (طوسی، المبسوط، ۵/۳۳۵) فقها در بحث باغی شرایط مبارزه با بغات را هم بیان کرده‌اند. باغی کسی است که بر امام عادل خروج کرده و بیعت او را بشکند و در احکام و دستورهایش با وی مخالفت نماید جنگ با بغاة در موارد زیر واجب است:

۱. تعداد آن‌ها زیاد باشد به گونه‌ای که متفرق کردن آن‌ها نیاز به جنگ داشته باشد.

۲. از سلطه و حکومت امام خارج شده و در مکان خاصی، موضوع بگیرند.

^۱ الف: جرم سیاسی در فقه: نباید انتظار داشت که در فقه جزایی اسلام که خاستگاه و ریشه‌های تاریخی آن به بیش از یک هزار و چهارصد سال پیش باز می‌گردد، صریحاً نامی از جرم سیاسی یا حتی چیزی شبیه به آن و یا در حدود این تعبیر، برده شده باشد زیرا اصطلاحی است جدید، با حدود دو قرن سابقه تاریخی، برخی جرم سیاسی را همان بغی و بغی را همان جرم سیاسی معرفی نموده‌اند و اظهار داشته‌اند که در فقه اسلامی به جز یک مورد از موارد جرم سیاسی یعنی بغی پرداخته نشده و بقیه مصادیق جرم سیاسی مورد غفلت قرار گرفته‌اند (اسلامی، محمدرضا، جرم سیاسی در حقوق جزایی ایران و مطالعه تطبیقی آن، ۱۲۵)..

۳. خروج آنان به خاطر شبهه‌ای باشد که عمل خود را مشروع می‌پندارند.

اگر این شرایط فراهم نباشد حکم محارب و قطاع الطريق را دارند (ابن ادریس حلی، ۱۵/۲).
فقیهان اهل سنت نیز همین معنا را بیان کرده‌اند و مقتدر بودن باغیان را نیز شرط می‌دانند اما به اعتقاد آنان چنانچه بر حاکم عادل غلبه پیدا کرده و حکومت را در دست گیرند اطاعت از آنان واجب است (فتحی بهنسی، ۸۳/۱).

احکام برخورد با باغیان از این قرار است که می‌تواند به عنوان مهم‌ترین سند در ارتباط با مجرمان سیاسی، مورد توجه قرار بگیرد. توجه به این نکته ضروری است که جان‌مایه این احکام، مشابه رژیم ارفاقی است که هم اینک در جرائم سیاسی پذیرفته شده است:

۱. برخورد مسالمت آمیز و صلح جویانه

قبل از آن که برخورد سرکوب‌گرانه و خشن صورت گیرد از طریق موعظه، گفتگو و نشان دادن راه از چاه باید به این مسأله رسیدگی و آن را حل کرد. تاریخ اسلام نشان می‌دهد که امیرالمؤمنین علیه السلام قبل از هرگونه اقدام نظامی تلاش می‌کرد باغیان را متقاعد سازد که شما دچار شبهه غلطی شده‌اید و این اقدام بسیار موثر بوده و گروه زیادی از خوارج را از حلقه بغات خارج کرد (طوسی، المبسوط، ۷/۲۶۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۶/۲؛ ابن حمزه، ۲۳۰؛ علامه حلی، ۸۸؛ شهید اول، ۲/۴۲؛ فتحی بهنسی، ۸۲؛ عوده، ۱/۱۰۵).

۲. دادن فرصت برای ابراز اندیشه و تفکر نمودن

حضرت علی علیه السلام در مقابل شورش باغیان دودسته اقدامات انجام می‌داد: یک دسته از اقدامات ایشان مربوط به قبل از شورش مسلحانه است که به ایشان فرصت می‌داد تا سخنان و اندیشه سیاسی خود را آزادانه بیان کنند و از آن دفاع نمایند و استدلال و محاجه آنان را می‌شنید و گاه حضرت نماینده‌ای را نزد آنان می‌فرستاد تا با آنان گفتگو نماید همان شیوه‌ای که در حوزه سیاست امروز از آن تعبیر به گفت‌وگوهای سیاسی و حل مسائل از طریق دیپلماسی می‌شود. و جالب آن که در این مرحله هنوز از بیت المال سهم خود را نیز دریافت می‌کرده‌اند و چنانچه برای مشورت و تفکر، استمهال می‌کردند به آنها فرصت کافی برای این امر می‌داد و سرانجام شروع کننده جنگ، باغیان هستند نه سپاه اسلام و ابتدا باید آنها را امر به معروف نمود و با آنها گفتگو کرد همانگونه که امیرالمؤمنین علیه السلام با خوارج رفتار کردند سپس برای این مطلب استناد می‌شود به آیه قرآن که خدای متعال در آن امر به مجادله و گفتگو و موعظه کرده است (نهج البلاغه خطبه ۳۶).

۳. برخورد درحد متفرق کردن

ازجمله رفتارهای ارفاق آمیز به مجرمان سیاسی برخورد با آنان تا حدی است که متفرق بشوند و نباید آنان را مجازات و سرکوب نمود. همانند رفتار امام علی (ع) درجنگ جمل پس ازبرهم خوردن تشکیلات آنان (شهید اول، ۹/ ۲۷۵ به نقل علی اصغر مروارید، الفصل الرابع فی احکام البغات).

۴. عدم تعقیب فراریان درهنگام برخورد با مجرمان

اولین عکس العمل مجرم فراراست و در شرایط طبیعی تعقیب آنان از اقدامات اولیه ماموران است. در مورد مجرمان سیاسی که ذوالفئه نیستند پس از فرار، تعقیب نمی شوند و از دستگیری آنان در هر جا که مخفی شده اند پرهیز می شود (نجفی، ۴۱/ ۳۲۸).

۵. آزادی اسیران

یکی دیگر از مزایای باغیان آن است که پس از ختم غائله و حل آن اسیران آن ها باید آزاد شوند این درحالی است که در جنگ با کفار، اسیران آزاد نمی شوند، در مورد جرایم عادی نیز دستگیرشدگان بر اساس موازین قانونی، محاکمه و مجازات می شوند.

۶. درمان مجروحان

پس از ختم غائله چنانچه افرادی مجروح گردند وظیفه حکومت است که آن ها را درمان کند و آزاد سازد و هزینه های درمان نیز بر عهده حکومت است (شیخ طوسی، باب قتال اهل البغی و المحاربین، ۷/ ۲۵۱). البته این حکم همانند سایر امتیازات مربوط به آن گروه از باغیانی است که تشکیلاتشان از بین رفته و متفرق شده اند و رئیس و امیری ندارند که تحت لوای او دوباره تجدیدقوا کنند و مجدداً برای حکومت دردسرساز شوند.

۷. رعایت حرمت اموال

اموال باغیان نیز چنانچه درصحنه نبرد با سپاه مورد استفاده قرارگرفته باشد مانند انواع سلاح ها و تجهیزات نظامی و ماشین آلات مباح است و به عنوان غنیمت جمع آوری می شود ولی چنانچه خارج از صحنه نبرد باشد مورد اختلاف است گروهی تصرف آنها را جایز می دانند و گروهی عقیده به حرمت این اموال دارند (طوسی، المبسوط، ۷/ ۲۶۶). یک دیدگاه نیز آن است که اگر باغیان به سوی حق بازگشتند اموالشان غنیمت گرفته نمی شود و متعلق به خودشان است و اگر بازنگردند مصادره می شود.

۸. پذیرش توبه و سقوط مجازات

جنگ با باغیان تا کشته شدن یا تسلیم در برابر حق و برگشت به اطاعت از امام جامعه اسلامی است و هیچ نظریه مخالفی در این رابطه وجود ندارد. به جهت پیروی از سیره امیرالمؤمنین علیه السلام درباره

مردم بصره (علامه حلی به نقل مروارید، ۹/۲۶۷).

۹. حرمت جنگ پس از تسلیم

خداوند به حرمت جنگ پس از تسلیم شدن در قرآن تصریح نموده است (...حَتَّى تَقِيَّءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ...سوره حجرات، آیه ۹) هرگاه باغیان به سوی حق بازگردند و به اطاعت امام مسلمین درآیند و دست از شورش و قیام مسلحانه بکشند ادامه کارزار و برخورد با آنان حرام است (حلی، به نقل مروارید، ۱۵/۲۱۱) دوم. موضع گیری نرم خویانه پیامبر (ص) در برابر منافقان که به نوعی در تقابل پنهان با مسلمانان بودند نیز نمونه دیگری از مدارای نظام اسلامی با مخالفان است. پس از غزوه بنی مصطلق، زمانی که مسلمانان به مدینه باز می گردند، عبد الله ابن ابی و یارانش، پیامبر (ص) و مسلمانان را از مدینه اخراج می کنند. اصحاب خواهان برخورد شدید با او شدند که پیامبر (ص) مانع آنان شد و با او به نیکی رفتار نمود (ذهبی، ۲/۲۶۴).

سوم. آیات مدارای پیامبر (ص) با اهل کتاب هم گواه دیگری بر مماشات رئیس نظام اسلامی با مخالفان سیاسی و اعتقادی است. از منظر قرآن، نباید همه مسیحیان را با یک چشم نگریست. برخی از آنان باورمند به خداوند و اهل تهجد بودند و در برابر مسلمانان و دین حق، عناد و لجاجت نداشتند. «لَيْسُوا سَوَاءً مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَانِمَةٌ يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ» آل عمران، ۱۱۳). «از همین رهگذر، رفتار پیامبر (ص) با مسیحیان، کاملاً با رفتاری که با یهود داشت، متمایز بود چه آن که یهود به تعبیر قرآن، دارای دشمنی و عداوتی شدید با اسلام بودند لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا وَلَتَجِدَنَّ أَقْرَبَهُمْ مَوَدَّةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ قَالُوا إِنَّا نَصَارَى ذَلِكَ بِأَنَّ مِنْهُمْ قِسِيَسِينَ وَرُهْبَانًا وَأَنَّهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ». (مانده، ۸۲) به طور مسلم، دشمن ترین مردم نسبت به مؤمنان را، یهود و مشرکان خواهی یافت؛ و نزدیکترین دوستان به مؤمنان را کسانی می یابی که می گویند: «ما نصاری هستیم»؛ این به خاطر آن است که در میان آن ها، افرادی عالم و تارک دنیا هستند؛ و آنها (دربرابر حق) تکبر نمی ورزند. با این همه، پیامبر (ص) نسبت به مخالفان یهودی نیز انعطاف و تسامح داشت و پیمان های متعددی با آنان منعقد ساخت (سهیلی، ۴/۲۴۰-۲۴۴).

در مجموع، از این آیات چنین استفاده می شود که اصل اولی نظام اسلامی در برابر مجرمان سیاسی، مماشات، مدارا و سازش است مگر در صورتی که آنان پا را از حدود رفتار مسالمت جویانه فراتر نهند که در چنین صورتی، با آنان برخورد می شود. در جهان کنونی نیز این آموزه ها می توانند به عنوان مبانی قوانین مرتبط با جرائم سیاسی قرار گیرند.

(ب) سنت فعلی (سیره) پیامبر (ص) و امیر المؤمنین (ع)

افزون بر آیاتی که رهیافت اسلام را در برابر مخالفان تبیین کردند، رفتار عملی و سیره پیامبر (ص) و علی (ع) نیز بیانگر مدارا و تسامح با دگراندیشان است. سیره پیامبر (ص) در برخورد با مخالفان، مبتنی بر چند اصل است: مدارای حکیمانه با آنان؛ همزیستی مسالمت‌آمیز؛ انعقاد پیمان با آنان؛ بی اثر کردن تلاش‌های معاندان؛ عطف و مهربانی با مخالفان؛ مبارزه با حرکت‌های برانداز و خشونت‌آمیز.

پیامبر (ص) از آنجا که رحمتی برای همه جهانیان و بر اخلاقی سترگ استوار است و به تعبیر قرآن اگر تند و دل‌سخت بود، اشخاص از اطرافش پراکنده می‌شدند و طور طبیعی با همه شهروندانی که در سایه نظام اسلامی می‌زیستند و حتی کسانی که خارج از این محدوده بودند، رفتاری کریمانه و ملاطفت‌جویانه داشت. چنین نبود که رفتار مسالمت‌آمیز پیامبر (ص) فقط در دوران ضعف اسلام باشد، بلکه حتی در هنگامه شوکت و اعتلای اسلام نیز رفتار نبی مکرم بر این سیره استوار بود. نقل شده در زمانی که پیامبر (ص) از غزوه ذات الرقاع برمی‌گشتند در محلی برای استراحت درنگ کردند. جابر انصاری می‌گوید حضرت ما را گرد آورد و دیدیم فردی بادیه‌نشین کنار حضرت نشسته است. حضرت فرمود: وقتی خواب بودم این عرب، شمشیرم را بیرون کشید و بر سرم ایستاد و گفت: کیست که تو را از دست من نجات دهد؟ گفتم: خدا. شمشیر از دستش افتاد. جابر می‌گوید با این وجود، پیامبر هیچ گونه درشتی و برخورد شدیدی با او نکردند و رهایش نمودند (صلابی، ۲/ ۲۵). برتراند راسل در مورد مدارای مسلمانان با مخالفان خود چنین می‌نگارد: «بعضی از صفات برگزیده که امروز بر حسب عادت، آنها را جزو عادات حسنه به خصوص عیسویان می‌شماریم، پیش از این، در مشرق‌زمین بیشتر مستحسن شمرده می‌شدند و به آنها عمل می‌کردند تا در مغرب‌زمین. تساهل و تسامح در اوایل ظهور اسلام، به ویژه حکومت اسلامی در مدینه و برخورد مسلمانان با مسیحیان که کافر و مرتد تلقی می‌شدند، بسیار جوانمردانه‌تر از رفتار امپراطوران بیزانس نسبت به عیسویان بود» (نوعی، ۹۸).

در سیره مولای متقیان نیز شاهدیم که تا هنگامی که مخالفان سیاسی و اعتقادی مبارزه مسلحانه آغاز نکرده بودند و تنها در حد شعار یا ابراز عقیده، فعالیت داشتند، حضرت با آنان مدارا می‌کرد و حقوق اجتماعی آنان را سلب نمی‌فرمود. کثیر بن نمر می‌گوید: در نماز جمعه شرکت کرده بودم و علی (ع) مشغول خواندن خطبه بود؛ ناگهان مردی شروع به شعار دادن جمله معروف لا حکم الا لله داد و یکی دیگر هم از آن گوشه همین شعار را داد و همین‌طور چندین نفر اقدام به شعار تحکیم کردند. حضرت با دست اشاره کرد که بشنید؛ آن گاه فرمود: بله حکمی جز حکم خدا نیست ولی این سخن شما، کلمه حقی است که باطل از آن طلب شده است؛ منتظر حکم خداوند در باره شما هستم! اما بدانید تا زمانی که با ما باشید،

شما را از سه چیز محروم نمی‌سازیم: از ورود به مساجد که یاد خدا کنید؛ حقوقتان را قطع نمی‌کنیم مادامی که دستانتان در دست ما است و با شما نخواهیم جنگید تا هنگامی که با ما از در نبرد در نیایید (کوفی، ۲/ ۳۴۱).

فرازهایی از نامه ۵۳ حضرت امیر (ع) خطاب به مالک اشتر نخعی نیز می‌تواند رویکرد آن حضرت را در مواجهه با اقشار مختلف مردم از جمله فعالان سیاسی نشان دهد. در مجموع، آن مقدار که پیامبر (ص) و علی (ع) فرصت تشکیل حکومت و زمامداری پیدا کردند، اصل مدارا و برخورد ارفاقی با مخالفان سیاسی و اعتقادی را همواره نصب العین خویش قرار دادند. برخورد با برخی از یهودیان در حکومت پیامبر (ص) در مدینه و برخورد با خوارج نهروان و اصحاب جمل و صفین در حکومت امیر مؤمنان (ع) نمونه‌هایی روشن و گویا از سیره عملی آن بزرگان در این باب می‌باشد. همین‌طور برخورد علی (ع) با باغیان، دلیلی بر رفتار ارفاق آمیز آنان با فعالان سیاسی است. سیره عملی حضرت در جریان برخورد با بغات این بود که ابتدا تمام راه‌های صلح جویانه را طی می‌کرد و از مجازات قتل و جنگ به عنوان آخرین حربه استفاده می‌کرد. حتی در حال جنگ و درگیری زمانی که عده‌ای فرار می‌کردند آنان را تعقیب نمی‌کردند و اسیران آنها را آزاد می‌فرمود (حسینی شیرازی، ۲۱/۹۹).

آن حضرت هیچ گاه خشونت را جایگزین مذاکره نکرد و موردی وجود ندارد که پیش از مذاکره و اتمام حجت، دست به سلاح برده باشد (محسنی، ۴۳۶). زمانی که حضرت با سپاه خود عازم صفین بودند، اصحاب عبد الله بن مسعود که در حقانیت امام تردید داشتند، گفتند ما در محل دیگری اردو می‌زنیم و عمل شما و اهل شام را نظاره می‌کنیم تا ببینیم به کدام گروه بپیوندیم. حضرت هم آنان را تأیید کرد (سعیدی، ص ۸۶).

از امام باقر (ع) نقل شده که می‌فرمایند: علی (ع) هیچ گاه فردی از دشمنانی که با او در نبرد بودند را به شرک و نفاق نسبت نمی‌داد؛ لکن می‌فرمود: اینان برادران ما نیستند که بر ما ستم کرده‌اند (حر عاملی، ۶۲/۱۱). علی (ع) همواره بر مظلومیت و غضب حق الهی خویش شکوه سر می‌داد. آن حضرت ضمن بر شمردن امتیازات خود و این که پس از پیامبر (ص) برترین و سزاوارترین افراد به جانشینی اوست، مع ذلک بر خویش‌داری و شکیبایی خود در برابر قدرت جویان تأکید می‌ورزد. (خطبه ۲۱۷). امام (ع) در خطبه ۱۷۲ نیز می‌فرماید: «بارخدا! من در برابر قریش و کسانی که آنان را یاری می‌دهند از تو استعانت می‌جویم... (مهدوی دامغانی، ۴/ ۴۸۱-۴۹۱).

ملاحظه می‌شود که حضرت در برابر جریان تمامیت خواه، با این که حکومت را حق خود می‌دانست، ممانعت کرد و مدارا نمود.

باید توجه داشت که از منظر آموزه‌های دینی ما، کُنش سیاسی، مشارکت و مداخله در تعیین سرنوشت، یکی از حقوق اساسی و سلب‌ناشدنی است تا آن جا که پیامبر (ص) و علی (ع) که حق بر مدار آنان می‌چرخد، نیز به همگان اجازه برخورداری از این حق را می‌دهند.

به طور خلاصه، چه آن مقدار که پیامبر (ص) و علی (ع) فرصت تشکیل حکومت و زمامداری پیدا کردند، و چه در شرایطی که به ظاهر در حاکمیت نبودند، اصل مدارا و برخورد ارفاقی با مخالفان سیاسی و اعتقادی را همواره نصب العین خویش قرار دادند.

ج) دلیل عقل

دلیل عقل یکی از منابع استنباط در فقه اسلامی است. به باور ما، برابرسازی مجرم سیاسی در مجازات با مجرمان عادی، عقلاً قبیح و شرعاً ناروا است. در توضیح باید افزود، در دانش اصول ثابت شده است که مستقل عقلی گزاره‌ای است که عقل عملی بدون در نظر داشت حکمی شرعی، بدان واقف می‌گردد و در دو گزاره «تَحْسِين و تَقْبِيح عقلی» فروکاسته می‌شود (مظفر، ۲/۲۶۸). چنین به نظر می‌رسد که عقل قطعی، میان جرائم عادی و سیاسی فرق می‌نهد. اول را سزاوار تقبیح می‌شمارد و دوم را (حداقل در پاره‌ای موارد)، شایسته تقبیح نمی‌داند. بنا بر قاعده ملازمه، حکم شرعی به عدم مجازات مجرم سیاسی، یا تقلیل و تخفیف مجازات او، قابل استکشاف است. هیچ عقل سلیمی نمی‌پذیرد فردی که با انگیزه و نیت اصلاح امور جامعه، دچار لغزش شده است و در تعیین مسیر، خطا کرده است، مستحق کیفر شدید بسان مجرمان عادی باشد.

د) اصل صحت تکلیفی

اصل و قاعده «صحت» دارای دو معنا و کاربرد است. نخست اصل صحت تکلیفی و دیگری اصل صحت وضعی. اصل صحت وضعی که در معاملات و عبادات کاربرد دارد مربوط به صحیح دانستن عملی است که در صحت آن شک شده است و مهم‌ترین مستند آن، سیره عقلا است. اما اصل صحت تکلیفی که بیشتر یک وظیفه اخلاقی است، معطوف به حمل افعال آحاد جامعه بر امور حلال و جایز است. مهم‌ترین دلیل اصل صحت تکلیفی، قرآن است. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ» (حجرات، ۱۲). «قولوا للناس حسناً یعنی برای مردم خوبی بگویید» (بقره: ۸۳) به فرمایش معصوم (ع) این آیه بدان معناست که در باره مردم تا وقتی که چگونگی کارشان معلوم نشده است جز به خیر سخن مگویید. (محقق داماد به نقل از شیخ انصاری، ۱/۱۹۷) همچنین به برخی روایات هم استدلال شده است: امام صادق (ع) می‌فرماید: «وقتی مؤمن برادرش را متهم می‌سازد، ایمان از دل او می‌رود همان گونه که نمک در آب حل می‌گردد (حر عاملی، ۲۰۷/۱۲). و نیز مانند سخن امیر مؤمنان (ع): عمل برادرت را بر بهترین

وجه حمل کن؛ تا هنگامی که دلیل محکمی بر خلافتش بدست آوری» (همو).

بر اساس آموزه صحت‌مداری، حاکم اسلامی موظف است در برابر اعمال و کنش‌های سیاسی افراد و گروه‌های مختلف، تا آن جا که امکان دارد، از سوء ظن و بدگمانی پرهیزد و به این اعمال، چونان حقوقی اساسی شهروندان بنگرد. بایسته نیست هر رفتاری خارج از گفتمان رسمی نظام اسلامی، یک پدیده ضد امنیتی و برانداز ملاحظه شود. در واقع اصل صحت به معنی تکلیفی آن سبب حمل کنش‌های سیاسی بر نیات و اهداف خیرخواهانه و مصلحت جویانه است. چیزی که در تعریف جرم سیاسی نیز به عنوان قید اخذ شده بود

ه) آموزه «نصیحت ائمة المسلمين»

موضوع «نصیحت زمامداران» که در آثار اندیشمندان مسلمان مانند غزالی و خواجه نظام الملک نمود بارزی دارد، یکی از جلوه‌های تعامل مردم با کارگزاران حکومت اسلامی است که خاستگاه آن، روایات است و به همین لحاظ، کلینی و دیگر محدثان شیعی، بابی را تحت عنوان «وجوب النصیحة لأئمة المسلمين و اللزوم لجماعتهم» آورده‌اند. در یکی از این روایات، پیامبر (ص) در خطبه‌ای که در منی می‌فرمایند: «دل مسلمان در سه چیز هیچ‌گاه خیانت نمی‌کند: اخلاص عمل برای خداوند، خیرخواهی برای زمامداران مسلمانان و همراهی با جماعت آنان» (مجلسی، ۱۴۹/۲). روایاتی با این مضمون بسیارند و در میان آنها روایات صحیح وجود دارد و در مجموع، علم به صدور آنها پیدا می‌شود. نصیحت در لغت به معنای خیرخواهی است و در قرآن کریم هم به همین معنا به کار رفته است (اعراف، ۶۲ و ۶۷). در حقیقت، درونمایه اصلی «نصیحت»، عنصر خیرخواهی است و تمایز آن با واژه‌هایی نظیر انتقاد همین است که نصیحت با انگیزه مثبت و اصلاحی انجام می‌گردد. نصیحت ناصح افزون بر این که شامل گفتار و رفتار می‌شود، مرز معینی ندارد و انتقاد، تعریف، تشویق، تحذیر، بیان عیب و ... را در بر می‌گیرد. امام مجتبی (ع) می‌فرماید: «نصیحتت را برای برادرت خالص گردان، چه در نظر او نیکو آید یا زشت» (ابن میثم، ۵/۵۴). ناصح، مطیع قلمداد نمی‌شود و این گونه نیست که همواره سخن او خوشایند فرد مورد نصیحت باشد؛ از این رو، هر چند اطاعت از والی، مورد تأکید قرار گرفته است، ولی این، نافی لزوم نصیحت نیست. علی (ع) می‌فرماید: «من فضیلت فرمانبرداران شما را می‌شناسم و حق ناصحاتان را ارج می‌نهم» (نهج البلاغه، خطبه ۳۴). از متون دینی چنین بر می‌آید که موضوع نصیحت سردمداران حکومت اسلامی، برای مردم هم حق و هم تکلیف است. علی (ع) می‌فرماید: «اما حق من بر شما آن است که به بیعت خویش وفادارمانید و در پنهان و آشکار، خیرخواهم باشید» (همان). بنا بر این، اگر رفتار سیاسی به مثابه یک حق و تکلیف، همه شهروندان جامعه را مخاطب قرار می‌دهد، بایسته است که حکومت نیز در

برابر کاربست این آموزه، رفتاری حمایت‌آمیز داشته باشد.

نکته محل استشهاده این است که اگر شریعت باب وسیعی از خیرخواهی و نصیحت ائمه مسلمین را گشوده است این به دلالت التزامی دلالت دارد بر اینکه کنش گران این عرصه تا حد امکان از سوی حکومت مشمول مدارا و ارفاق قرار گیرند و در توجیه اتهام و اثبات جرم ایشان محتاطانه برخورد شود و گرنه باب نصیحت بسته خواهد شد و این واجب مهم سیاسی بر زمین خواهد ماند.

و) بنای عقلا

بنای عقلا که از نگاهی همان «عرف» در اصطلاح حقوقی است، یکی از منابع استنباط احکام به شمار می‌رود و به سنت باز می‌گردد. بنای عقلا دلیلی ثبوتی است که بر اساس تداوم رفتاری خاص در میان همه خردمندان از آن جهت که عاقلند جریان دارد (مظفر، ۱۵۳/۲). بنای عقلا از آن جهت حجت است که کاشف قول معصوم است (صدر، ۲۳۸/۹). بنا بر این، برای تمسک به آن، باید امضای معصوم ولو از طریق عدم رد و منع او، احرار گردد. اینجا این پرسش رخ می‌نماید که امضای معصوم بر چه چیزی تعلق می‌گیرد؟ بر صرف عملی که از سوی عقلا در خارج اتفاق افتاده است یا بر نکته‌ای که سبب سلوک خاص آنان شده است؟ حق آن است که معصوم (ع) آن نکته و سبب سلوک را امضا فرموده است نه خود سلوک خارجی را که عقلا در موضوع خاصی بدان ملتزم شده‌اند (حیدری، ۱۹۵). نکته دیگر در باب حجیت سیره، لزوم معاصریت آن با معصوم است که برخی بدان باور دارند (همو، ۱۹۸)؛ ولی حق آن است که این شرط، فاقد وجاهت است و سبب‌سازی اعتباری بسیاری از سیره‌های نوپدید می‌گردد (فخلعی، ۹۲-۱۰۲). افزون بر این که به نظر می‌رسد این سیره از معاصریت برخوردار است. در مجموع به نظر می‌رسد اثبات سیره عقلا در موضوع «رژیم ارفاقی مجرمان سیاسی» امکان‌پذیر است. از دیرباز تا کنون، جامعه میان کسی که اقدام به دزدی یا تجاوز کرده است با کسی که صرفاً رفتاری علیه نظام سیاسی حاکم، انجام داده است، تفاوت می‌گذارد. افکار عمومی با مجرمان سیاسی که دارای انگیزه شرافتمندانه هستند نه انگیزه مادی و شخصی، به چشم اغماض و حتی گاهی به دیده تشویق می‌نگرند در حالی که به مجرمان عادی به دیده انزجار و تنفر نگاه می‌کنند. (اصغری، ۳۲) روشن است که بر اساس آنچه از رفتار پیامبر (ص) و علی (ع) نقل شد، روش عملی معصومان (ع) نیز این نگرش عمومی را تأیید می‌کند. در طول تاریخ نیز هر چند موارد بسیاری از برخوردهای خشن را در برابر کنش گران سیاسی شاهدیم، اما همواره، نگاه عمومی به این مقوله، انتقادی بوده است. به دیگر عبارت، آحاد مردم و حتی سردمداران حاکمیت در جوامع گوناگون، حق اعتراض و فعالیت سیاسی را برای شهروندان، معتبر و محترم می‌شمرده‌اند.

ز) نیت خیرخواهانه مجرم سیاسی

شاید مهم‌ترین دلیل برای ارفاق به مجرم سیاسی آن باشد که او با انگیزه خیرخواهانه و مصلحت‌جویانه مرتکب جرم شده است. اصولاً در حقوق جزایی موضوع «انگیزه شرافتمندانه» به مثابه یک عنصر تخفیف‌دهنده یا عامل موجّه جرم، امری پذیرفته شده است. از نمونه‌های بارز آن در فقه، سرقت طعام در عام مجاعه (سال قحطی) است که سبب تبدیل حد به تعزیر می‌شود (فیض، ۹۴/۲؛ خوئی، ۲۸۷/۱). یا قتل در دفاع مشروع چون به انگیزه حفظ جان یا عرض، صورت می‌پذیرد، نسبت به آن، جرم‌انگاری صورت نمی‌پذیرد (شهید ثانی، ۳۴۹/۹). در ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی در باب جهات تخفیف جرم، چنین آمده است: «اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم، از قبیل ... وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم». ارتکاب جرائم سیاسی برای جلب منافع مادی و پست نمی‌باشد بلکه برای منافع اجتماعی است که از نگاه مرتکب ممکن است نجات عقیده، وطن یا استقرار عدالت اجتماعی و امثال آن باشد به حدی که گاهی حاضر است جان خود را فدای آن سازد و شاید یکی از دلایل مهم برخورد ارفاق آمیز با آنان، همین مسئله باشد (گلدوزیان، ۲۰۸).

مجرمان سیاسی در فعالیت خود به دنبال منافع شخصی و مادی نیستند بلکه در پی برپایی نظامی هستند که در سایه آن، افراد جامعه از عدالت، آسایش، پیشرفت و سعادت بیشتر برخوردار گردند. هنگامی که ابوذر غفاری توسط عثمان به ربه تبعید شد، علی (ع) در بدرقه او فرمود «آنک غضبت لله» تو برای خدا علیه رژیم سیاسی حاکم، خشم گرفتی؛ عمل ارتكابی مجرمین سیاسی بیش از آن که بر ضد حیات اجتماعی باشد، بر ضد نظام سیاسی حاکم است و چنان‌که لمبروز می‌گوید: مجرم سیاسی یک بزه‌کار عادی نیست، زیرا برخوردار از روحی زیبا و والا است (محمدی جورکویه، ۸۷).

آموزه‌های قرآن و روایات اسلامی همه بر اهمیت نیت در ارزش‌گذاری عمل، تأکید می‌ورزند. «قُلْ كُلٌّ يَعْمَلُ عَلَىٰ شَاكَلَتِهِ فَرَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَنْ هُوَ أَهْدَىٰ سَبِيلًا» (اسراء، ۸۴). علامه طباطبایی در ذیل این آیه چنین می‌نویسد: «در مجمع البیان آمده که شاکله به معنای طریقه و مذهب است. این آیه عمل انسان را بر شاکله او مترتب می‌سازد به این معنا که عمل، با شاکله فرد، مناسب و موافق است؛ شاکله نسبت به عمل، مانند روح نسبت به بدن است» (طباطبایی ۱۹۲/۱۳). جالب است در این کریمه و نیز روایاتی که خواهد آمد، ارزش نیت تنها به مؤمنان اختصاص داده نشده است و امری همگانی قلمداد شده است.

علی (ع) در یکی از سخنان گهربار خویش در باره خوارج به تفاوت خطا و تقصیری که میان انسان خیرخواه و بدخواه وجود دارد به خوبی اشاره می‌فرماید: «لَا تَقْتُلُوا الْخَوَارِجَ بَعْدِي فَلَيْسَ مَنْ طَلَبَ الْحَقَّ فَأَخْطَأَ كَمَنْ طَلَبَ الْبَاطِلَ فَأَذْرَكَ» (خطبه ۶۰ نهج البلاغه). پس از من خوارج را مکشید! چرا که کسی که

طالب حق بوده ولی دچار خطا شده است، همانند کسی که به دنبال باطل بوده و به آن رسیده است نیست. مجرمان سیاسی که به دنبال سرنگونی نظام نیستند و قصد مبارزه مسلحانه هم ندارند، و تنها به فعالیت‌های سیاسی می‌پردازند و در این مسیر دچار لغزش می‌گردند، از منظر علی (ع) درخور تخفیف و ارفاق هستند. آنان در روش و طریقه اصلاح طلبی خطا کرده‌اند. در خاتمه، چنین به نظر می‌رسد که ادله و مبانی دینی، افزون بر دریافت‌های جهان مدرن، بر استحقاق تخفیف و برخورد مدارا جویانه با مجرمان سیاسی دلالت دارد.

نتیجه‌گیری

برابر آخرین رویکرد مجامع جهانی و نظام‌های سیاسی این نگرش به دست می‌آید که با مجرمان سیاسی باید برخورد خفیف‌تری نسبت به مجرمان عادی صورت گیرد این درحالی است که در دین اسلام مطابق آنچه در سیره رسول اکرم صلی ... علیه‌الیه و اله و امیرالمؤمنین علیه السلام وجود داشته است در بیش از ۱۴۰۰ سال قبل با مجرمان سیاسی برخورد توأم با ارفاق و رأفت داشته‌اند. از منظر منابع و ادله فقهی می‌توان رژیم ارفاقی مجرمان سیاسی را تلقی به قبول کرد. ادله و مبانی فقهی رژیم ارفاقی مجرمان سیاسی عبارتند از:

۱- آیات قرآن کریم در ارتباط با موضوع بغی

۲- برخورد مدارا جویانه پیامبر (ص) با مشرکان، اهل کتاب و منافقان

۳- سنت فعلی پیامبر (ص) و امیر مؤمنان (ع) در مواجهه با دگراندیشان و مخالفان سیاسی

۴- قاعده صحت

۵- لزوم نصیحت زمام داران

۶- بنای عقلا

۷- دلیل عقل

۸- وجود نیت خیر خواهانه

منابع

- آصفی، حمد الله، «نگرشی بر جرم سیاسی»، *اطلاعات سیاسی - اقتصادی*، مرداد و شهریور ۱۳۷۸، شماره ۱۴۳ و ۱۴۴، از ص ۷۶ تا ۸۳
- حسینی شیرازی، محمد، *الفقه*، کتاب الجهاد، بیروت، موسوعه الوفا، ۱۴۰۰ ق
- حومه، عبدالوهاب، *المفصل فی شرح القانون العقوبات*، دمشق، المطبعة الجدیدة، چاپ اول، ۱۹۹۰ م
- خونی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، العلمیة، چاپ دوم، ۱۳۹۶ ق
- دشتی، محمد، *شرح نهج البلاغه*، قم، چاپ اول، ۱۳۹۶

شماره ۱۲۲	فقه و اصول	۲۸
۱۳۹۳	زراعت، عباس، <i>شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی</i> ، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ اول،	
۱۳۷۸	زینلی، محمد رضا، <i>جرم سیاسی و حقوق جزای اسلامی</i> ، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ اول،	
۱۳۸۰	سعیدی، محمد حسن، «آزادی مخالفان سیاسی در حکومت امام علی (ع)»، <i>حکومت اسلامی</i> ، قم، سال ششم،	
	شریف‌الرضی، محمد بن حسین، <i>نهج البلاغه</i> ، قم، صبحی صالح، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق	
	شهید ثانی، زین الدین بن علی، <i>الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية</i> ، قم، منشورات الجامعة النجف الدینیة، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق	
	صانعی، پرویز، <i>حقوق جزای عمومی</i> ، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۸	
	صلابی، علی محمد، <i>السيرة النبوية</i> ، بیروت، دار المعرفة، ۱۴۲۹ ق	
	طبرسی، فضل بن حسن، <i>جوامع الجامع</i> ، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۱ ق	
	_____، <i>مجمع البیان</i> ، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>المبسوط</i> ، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷	
	_____، <i>تفسیر التبیان</i> ، قم، مکتبه الاعلام الاسلام، ۱۴۰۹ ق	
	عمید زنجانی، عباسعلی، <i>حقوق اقلیت‌ها براساس قانون و قرارداد ذمه</i> ، چاپ سوم، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۳	
	فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، <i>کنزالعرفان</i> ، بی‌جا، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق	
	فتحی بهنسی، احمد، <i>المسئولية الجنائية فی فقه الاسلامیه</i> ، بیروت، دار الشروق، ۱۴۰۹ ق	
	فخلعی، محمد تقی، ولی‌اللهی، مجتبی، «بررسی شرط معاصریت سیره عقلا با عصر معصومان»، <i>فصلنامه فقه و اصول</i> ، شماره ۸۵/۱	
	فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، <i>تفسیر صافی</i> ، تهران، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۶ ق	
	کوفی، محمد بن سلیمان، <i>مناقب الامام امیرالمؤمنین (ع)</i> ، قم، مجمع احیاء الثقافة الاسلامیه، بی‌تا	
	گلدوزیان، ایرج، <i>بایسته‌های حقوق جزای عمومی</i> ، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴	
	مجیدی، محمود، <i>جرائم علیه امنیت</i> ، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶	
	محسنی، علی، <i>مبانی و گستره آزادی در اندیشه و رفتار حضرت علی</i> ، پایان‌نامه، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۱	
	محقق داماد، مصطفی، <i>قواعد فقه ج ۱ بخش مدنی</i> ، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ بیست و نهم، ۱۳۸۳	
	محمدی جورکویه، علی، «مبانی نظری برخورد ارفاقی با مجرمین سیاسی»، <i>رواق اندیشه</i> ، آذر و دی ۱۳۸۰، شماره ۴، صص ۸۵ تا ۹۴	
	مروارید، علی اصغر، <i>سلسلة البناييع الفقهيہ</i> ، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه و الدارالاسلامیه، ۱۴۱۰ ق	
	مظفر، محمد رضا، <i>اصول الفقه</i> ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا	
	مهدوی دامغانی، محمود، <i>جلوه تاریخ در شرح نهج البلاغه</i> (ترجمه شرح نهج البلاغه ابن ابی‌الحدید)، تهران، نشر نی، ۱۳۷۹	



مطالعه راهبردی علم فقه*

دکتر عبدالحسین رضائی راد^۱

دانشیار دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران

Email: ahrr39@scu.ac.ir

چکیده

فقه، براساس مشهورترین تعاریف، علم بیان و استنباط احکام از روی دلایل آن‌هاست و منابع فقهی و متون درسی این رشته از علوم اسلامی در بیان احکام شرعی و دلایل آن‌ها به حق از هیچ تلاشی فرو گذار نکرده‌اند، لیکن تجربه ثابت کرده است که برای آن که احکام در شرایط متنوع اجتماعی و تاریخی قابل اجرا و دوام آور و انعطاف پذیر باشند دلایل به تنهایی کافی نیست و بیان علت احکام و روش اجرای آن‌ها نیز حائز اهمیت فراوان است. متأسفانه در آثار فقهی، بخصوص، مصنفات شیعی از بیم فاصله گرفتن از تعبد به احکام الهی و فرو افتادن در دام قیاس و استنباطات سلیقه‌ای، توجه چندانی به این دو مقوله نشده است این تحقیق می‌کوشد تا به منظور افزایش کارآمدی منابع فقهی و راهبردی شدن مطالعات این رشته، ضرورت پرداختن به این دو مقوله و پی‌آمدهای غفلت از آن‌ها در منابع و متون درسی را با ذکر مثال‌ها و نمونه‌های واقعی به عنوان دو راهبرد مهم در جهت افزایش کارآمدی و نتیجه بخشی متون فقهی به نمایش بگذارد و در ضمن، آسیب‌های افراط در در علت یابی و روش‌شناسی احکام را نیز متذکر شود.

کلیدواژه‌ها: علم فقه، راهبرد، مصداق (مصادیق)، هدف (اهداف)، روش اجرا، کارکرد.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۳/۰۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۱۲/۱۸.

^۱. نویسنده مراتب تشکر و قدردانی خود را از حمایت‌های معاونت پژوهشی و فناوری دانشگاه شهید چمران اهواز در انجام پژوهش حاضر

ابراز می‌دارد.

Strategic Study of the Islamic Jurisprudence

Abdolhosseyn Rezaei Rad, Ph.D. Associate Professor, University of Ahvaz, Ahvaz, Iran

Abstract

Islamic jurisprudence, according to the most famous definitions, is the science of declaring the precepts and inferring them from their proofs and jurisprudential sources and textbooks of this field of Islamic sciences have, undoubtedly, spared no effort in declaring the religious precepts and their proofs. However, the experience has proven that for precepts to be enforceable, sustainable and flexible in various social and historical contexts, the proofs alone are not sufficient and it is also very important to state the reason of precepts and the manner of their application. Unfortunately, in jurisprudential works, especially, Shiite sources, due to fearing of distancing oneself from devotion to divine precepts and falling into the trap of analogy and arbitrary inferences, not much attention has been paid to these two categories. The present research, in order to increase the efficiency of jurisprudential sources and strategizing the studies of this field, attempts to prove the necessity of dealing with these two categories and the consequences of ignoring them in sources and textbooks, through mentioning real examples and instances as two important strategies for increasing the efficiency and effectiveness of jurisprudential texts and at the same time, note the disadvantages of excessive etiology and methodology of precepts.

Keywords: Islamic Jurisprudence Science, Strategy, Instance (Instances), Purpose (Purposes), Method of Application, Function

مقدمه

فقیهان بزرگی که در سخت‌ترین شرایط زندگی و محدودترین فضاهای سیاسی و اجتماعی فعالیت کرده‌اند و فشارها و شکنجه‌های فراوانی از سوی حکومت‌ها برای آن‌ها رقم خورده است و در چنین شرایط دشواری در استحکام مبانی شریعت و پیش‌گیری از نابودی و انحراف و تحریف آن‌ها تلاش کرده‌اند و فرصت چندانی نیافته‌اند تا به اجرای احکام در جامعه و شیوه‌های اجرای آن‌ها بیندیشند و به همین سبب در متون فقهی، بخصوص منابع درسی حوزه‌های علمیه و دانشگاه‌ها در این رشته، نگاه کارکرد گرایانه و بررسی درباره اجرای احکام، در قیاس با مباحث مبنایی و نظری جلوه کم‌تری را از خود نشان می‌دهد.

امروزه در اکثر مباحث علمی، به جنبه‌های نظری و آکادمیک مسائل علمی اکتفا نمی‌کنند و می‌کوشند تا نظریه‌های خود را در میدان اجرا و عمل نیز بیازمایند و تجربه‌های اجرایی و نتایج عملی هر نظریه نیز در کنار ادله اثباتی و مبنایی مورد مطالعه قرار دهند.

این تحقیق برای راهبردی شدن مطالعات فقهی و کار آمد شدن آثار فقهی، راهبردهایی را به بحث می‌گذارد و پیشنهاد می‌کند که با افزودن این مباحث به سرفصل‌های دروس فقهی همچنان‌که تا کنون از انحراف نظری شریعت پیش‌گیری شده است از انحراف عملی احکام یا تعطیل آن‌ها در مرحله عمل نیز پیش‌گیری شود.

چستی مطالعه راهبردی

مطالعه قابلیت اجرایی و چگونگی اجرای درست و رفع موانع از اجرای یک طرح یا یک نظریه و هدایت فعالیت‌های اجرایی آن، در مسیر هدف تا حصول نتیجه مورد انتظار و اندازه‌گیری میزان موفقیت آن نظریه در عمل چیزی است که در علم مدیریت آن را «مطالعه راهبردی» می‌نامند. (Dess and..., 8)

راهبرد، به عنوان معادل فارسی واژه استراتژی به کار می‌رود (گروه واژه‌گزینی، فرهنگ واژه‌های مصوب فرهنگستان، گروه زبان و ادبیات فارسی؛ دفتر اول و نیز (Hans Ram, 569-574) و کاربرد نظامی دارد (فرد. آر، ص ۴) اما به تدریج، در بسیاری از علوم انسانی بخصوص علوم عملی نیز وارد شده است. در حدی که می‌توان گفت مطالعه راهبردی به عنوان بخشی تفکیک‌ناپذیر از مطالعات عملی به شمار می‌آید و هیچ نظریه‌ای بدون مطالعه راهبردی و قبل از موفقیت در میزان عمل و تجربه مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد و همچنان‌که نظریات علوم تجربی درستی خود را در آزمایشگاه به منصه ظهور می‌نشانند، در علوم انسانی نیز اجتماع و تاریخ آزمایشگاهی صحت و سقم نظریات است.

در مطالعه راهبردی، سخن از درستی یا نادرستی و مستند بودن یا نبودن نیست؛ زیرا این گونه مباحث

مفروغ عنه و مسلم فيه است، بلکه قابلیت اجرا و چگونگی تطبیق نظریه با عمل و شناسایی موانع اجرا و میزان تحقق اهداف آن موضوع یا نظریه در عمل، مورد بحث است. (8 Dess and... و نیز Hunger 27, and ...)

مطالعات فقهی و حقوقی نیز از این قاعده مستثنی نیستند و فقیه نمی‌تواند نسبت به نتایج عملی نظریات خود و امکان اجرا یا چگونگی آن بی‌تفاوت باشد و عمل، بخشی از نظریه است (سروش، ص ۲۷-۸) و نظریه‌ای که در عمل، نتایج مورد نظر را به بار نیاورد و یا نتایج معکوس از خود به جای بگذارد بی‌تردید قابل تجدید نظر و نقد و بررسی خواهد بود، هرچند در مرحله نظری و مطالعه آکادمیک از دلایل استوار و غیرقابل تردیدی برخوردار باشد.

پیشینه مطالعه راهبردی در فقه

مطالعه راهبردی به شکلی که در این تحقیق مورد نظر است، در آثار فقهی سابقه‌ای ندارد؛ اما در لابه‌لای آثار فقهی به طور پراکنده، به خصوص در آثار فقهای انقلابی معاصر، چون مطهری و امام خمینی می‌توان موارد بسیاری را به طور موردی یافت که با نگاهی اجرایی و کارگرایانه به احکام نظر افکنده‌اند و کوشیده‌اند قرائتی قابل اجرا و ثمربخش از احکام شرعی را رقم زنند و به موانع اجرا و روش‌های درست و نادرست اجرای احکام نیز توجه کرده‌اند.

وقتی تعدادی از فقهای معتقد به انقلاب اسلامی در صورت صلاحدید حکومت و ناکافی بودن مبالغ زکات، اموال زکوی را از نه مورد معروف به سایر موارد قابل سرایت می‌دانند (منتظری، ۱/ ۱۶۶-۱۶۸؛ صدر، تصویری از اقتصاد، ۳۳؛ جعفری، ۶۶) با آن که این نظر خلاف مشهور فقهای امامیه است (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱/ ۱۴۲) و می‌فرمایند اختصاص زکات به این موارد نه‌گانه، با فلسفه این حکم که رفع فقر و محرومیت از جامعه است سازگاری ندارد زیرا بسیاری از این موارد نه‌گانه در زمان حاضر موضوعیت ندارد و اختصاص زکات به این موارد به معنی تقلیل زکات به حداقل و درعمل، به منزله تعطیل این فریضه بنیادی است (منتظری، ۱/ ۱۶۶-۱۶۸؛ صدر، تصویری از اقتصاد، ۳۳؛ جعفری، ۶۶) در حقیقت شالوده یک نگاه نوین به فقه و دین را پایه‌ریزی می‌کند. نگاهی که تفسیر غیرکاربردی و انتزاعی و ذهنی از دین را برنمی‌یابد و کارآمدی و مشکل‌گشایی را نیز چون ملاکی برای صحت برداشت‌های دینی می‌پذیرد.

در این اثر کوشیده شده است دو راهبرد اساسی برای همسو کردن اجرای احکام شرعی، با اهداف آن‌ها و پیش‌گیری از انحراف عملی احکام، به شرح زیر ارائه شود و مورد نقد و بررسی قرار گیرد.

راهبرد اول: توجه به هدف و علت احکام

مقصود از مطالعه راهبردی، تنظیم و جهت‌دهی احکام در مسیری است که بتواند تأمین‌کننده اهداف مورد نظر از آن‌ها باشد و این مهم مستلزم آن است که قبل از هر چیز این اهداف شناسایی و تبیین شوند تا بتوان با مقایسه آن چه اجرا می‌شود با آن چه مقصود بوده میزان نتیجه بخشی و سلامت احکام را در اجرا به ارزیابی نشست و اگر هدف احکام مشخص نباشد ممکن است که حکم شرعی به ظاهر اسلامی باشد اما باطن و روح آن با هدف و مقصود و باطن شریعت در تضاد قرار گیرد و مانند نماز ریاکار و ساهی به جای بازداشتن از فحشا و منکر، (سوره عنکبوت، آیه ۴۵) و تقرب به خدا، مستحق وای و نفرین باشد (سوره ماعون، آیه ۴) در لابه لای آثار فقهی به طور موردی و پراکنده به فلسفه و هدف احکام اشاراتی شده است و با اصطلاحاتی چون علت یا حکمت از احکام آن‌ها یاد شده است؛ اما این مفهوم و مبحث فقهی در عمل به حد قابل قبولی نرسید و راهبردی نشده است.

علت حکم، که به آن «مناط» و «ملاک» حکم نیز گفته می‌شود، (محمود، ۱/ ۴۹۴؛ نیز منتظری، ۸/ ۴۴۴؛ نیز رک، مکارم شیرازی، دائره المعارف، ۳۸۸) و به اشکال مختلف تعریف شده است (ر.ک محمود، ۲/ ۵۳۷؛ علم الهدی، ۲/ ۶۸۴؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۸۳؛ طباطبائی، تنقیح الاصول، ۱۶۰؛ کاظمی، ۳/ ۱۱۶)؛ اما به طور خلاصه، ویژگی است که در موضوع حکم وجود دارد و فقط همان ویژگی باعث صدور حکم شرعی برای آن موضوع شده است و می‌دانیم که عامل دیگری در صدور این حکم برای این موضوع دخالت نداشته است و لذا با مشخص شدن علت اصلی صدور این حکم می‌توانیم در هر موضوع دیگری همان ویژگی را مشاهده کردیم همان حکم را برایش صادر کنیم و به اصطلاح، حکم را توسعه کنیم و توسعه دهیم.

علاوه بر آن می‌توانیم هر گاه در موضوع حکم آن ویژگی از بین رفت حکم را از آن برداریم و به نبود آن حکم برای آن موضوع رأی دهیم و به اصطلاح، حکم را تضییق کنیم.

این ویژگی، ممکن است مصلحت یا منفعتی برای فرد یا جامعه باشد که موجب صدور حکم وجوب یا استحباب برای آن موضوع شود یا مفسده و ضرری در موضوع حکم باشد که باعث صدور حکم حرمت یا کراهت باشد

به عنوان مثال، «فساد ابدان» به عنوان علت حرمت گوشت‌های حرام بیان شده است (فیض کاشانی، ۱۰۲/ ۲۴؛ ابن بابویه، علل الشرایع، ۲/ ۴۸۵؛ الحر العاملی، هدایه الامه، ۸/ ۵۴؛ همو، وسائل الشیعه، ۲/ ۱۰۲۴) و لذا در هر مورد دیگری که ثابت شود موجب فساد بدن است، و در ادله فقهیه به طور صریح منع و نهی نشده باشد مانند استعمال مواد مخدر، قه زنی و سموم و مانند آن‌ها می‌توان

همین حکم را صادر کرد. در حالی که به دلیل عدم ورود فقها به مبحث علت احکام بسیاری از فقها در حرمت استعمال مواد مخدر و قمه زنی فتاوی صریحی را بیان نکرده‌اند و یا حتی به طور ضمنی تأیید کرده‌اند^۱ تا جایی که دلیل همین فتاوی تأیید آمیز، مورد گلابه رهبر معظم انقلاب نیز قرار گرفته‌اند. در ارائه بعضی از احکام، علاوه بر حکم یک موضوع، علت حکم هم بیان شده است اما در موارد بسیاری علت حکم به طور واضح بیان نشده است و لذا در تشخیص علت، میان فقها اختلاف نظر صورت می‌گیرد و در این گونه موارد است که باید دقت بیشتری مبذول شود تا در اثر تشخیص نادرست علت حکم، احکام نادرستی صادر نشود و علت‌هائی که با حدس و گمان خودمان برداشت می‌کنیم علت واقعی حکم تصور نشود.

یکی از مواردی که در تشخیص علت احکام اختلاف نظر شده است درباره علت حرمت موسیقی است (حسینی نجومی، ۲۲ به بعد) که بعضی علت آن را لهو بودن و ایجاد غفلت و دوری از خدا و معنویات دانسته‌اند (صاحب جواهر، ۲۲/۴۴-۴۸؛ انصاری، ۱۱/۱۷۶؛ فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ۱/۲۴۲) و لذا در صورتی که موسیقی حالت لهو و گناه آلود خود را از دست داد حکم به لغو حرمت داده لذا موسیقی غیر لهوی را حلال دانسته (خمینی، توضیح المسائل، ۲/۹۶۲-۹۶۷؛ نیز همو، الاستفتانات، ۱۳/۲) و نتیجه این امر صدور جواز برای بسیاری از آثار موسیقی متعهد و رفع مانع از این هنر بزرگ و قدیمی و زدن مهر تأیید بر آن است ولی گروهی دیگر لهو را علت ندانسته و حرمت موسیقی را در همه موارد و بدون قید و شرط دانسته‌اند و گفته‌اند هر چیز که اطلاق اسم غنا (موسیقی) بر آن صادق باشد حرام است (حر عاملی، رساله فی الغناء، ۳/۱۴۳؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۱۶/۱۰۸) و نتیجه آن حرمت همه انواع موسیقی و تخطئه هنر موسیقی و محرومیت جامعه از منافع و نتایج مثبت موسیقی متعهد جز در موارد خاصی که در روایات استثناء شده است مانند طبل جنگی و مانند آن و روانه شدن سیل انتقادات به فقه شیعه به اتهام مخالفت با هنر و مانند آنها خواهد بود.

فواید دانستن علت احکام

همچنان که ملاحظه می‌شود با دانستن علت احکام، دست فقیه برای استنباط جدید و لغو احکام قدیم باز می‌شود و در شرایط مختلف و موقعیت‌های جدید می‌تواند احکام متناسب را پیدا کند و احکام شرعی را توسعه دهد و بدین سان فقه حالت پویائی و بالندگی و آمادگی خود را در همه زمان‌ها حفظ می‌کند. دانستن علت احکام، علاوه بر توسیع احکام در مواردی که توضیح احکام نیز کمک می‌کند و به کمک

۱ (سایت تبیان ۱۳۹۰/۹/۹ و <http://www.khabarfoori.com/detail/187982>)

آن می‌توان هر جا علت حکم رفع شد، معلول را که حکم شرعی است نیز مرتفع دانست. دانستن علت حکم، برای غیر مجتهدين نیز مفید است زیرا آنان را در صدور احکام آثار ساخته و باعث می‌شود که با رضایت و آرامش خاطر تن به احکام بدهند بخصوص کسانی که مبانی اعتقادی و باورهای قبلی آن‌ها به حدی نیست که صرفاً بخاطر امر و نهی خدا و تعبداً احکام را اجرا کنند و در دل خود هیچ تردیدی راه ندهند. این گونه افراد با دانستن علت احکام با رضایت و آرامش خاطر و با آگاهی از منافع و مضاری که با پیروی از احکام شرعی برای آن‌ها دارد این احکام را اجرا می‌کنند و احساس اجبار و تحمیل به آن‌ها دست نمی‌دهد.

بعضی پارا از این نیز فراتر گذاشته و علاوه بر هدف احکام، اهداف کل شریعت را نیز در توسعه و توضیح احکام مؤثر دانسته و آن‌ها را «مقاصد شریعت» نامیده‌اند و مدعیند هر جا احکام، با مذاق و مقاصد شریعت در تقابل قرار گیرد می‌توان در تفسیر و برداشت خود از احکام، تجدید نظر کرد و قرائت و تفسیر دیگری را که با هدف و مقصد شریعت همسو و هماهنگ باشد پذیرفت (الیوبی، ۵۲۵، عشایری منفرد، شماره ۲۲).

پیآمدهای علت یابی احکام

گرچه دانستن علت احکام کمک زیادی به گسترش کمی و کیفی علم فقه می‌کند؛ اما به سبب پیآمدهای ناگواری که زیاده روی در علت یابی احکام در پی دارد فقهای شیعه بر خلاف فقهای اهل سنت اقبال زیادی به علت احکام نشان نداده‌اند و ترجیح داده‌اند جز با اصول دقیق و شرایطی دشوار از مرز ادله نقلی پا را فراتر نگذارند که در ادامه بحث به بعضی از این پیآمدها اشاره می‌کنیم.

۱. باز شدن راه قیاس

کشف علت احکام کاری بسیار دشوار و غلط انداز است و اگر علت حکم در کتاب و سنت به طور صریح بیان نشده باشد حدس زدن آن با عقل و تجربه بشری به آسانی میسر نیست و ممکن است آن چه را ما به عنوان علت حکم حدس می‌زنیم آن چیزی نباشد که خداوند تعالی به سبب آن، چنان حکمی برای آن موضوع صادر کرده باشد.

انمه شیعه با قاطعیت از قیاس مستنبط العله و حدس و گمان زدن درباره علت احکام نهی کرده و آن را موجب قرار گرفتن دین در تنگنا دانسته‌اند و حتی در بعضی موارد از پرسش‌گری در خصوص علت احکام نیز منع کرده‌اند تا مبدا از این طریق راه قیاس بار شود (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۲۷، باب ۶؛ لوامع صاحبقرانی، ۱/ ۶۳۳).

۲. مداخله نا به جا در احکام الهی

بسیاری از اوصاف و شرایط وجود دارد که به نحوی در تکوین و تکوین حکم شرعی دخیلند؛ اما نه آنچنان که مانند علت حکم علت تامه بوجود آمدن حکمی برای موضوعی باشند و به خلاف علت حکم نمی‌توان بانبودن آن‌ها حکمی از احکام شرعی را منتفی دانست این گونه اوصاف «حکمت احکام» می‌نامند.

حکمت در لغت به معنی آگاهی و دانائی و دانستن است (فیروز آبادی، ۹۰۹ ماده حکم) و در اصطلاح، حکمت احکام دلایل و فوایدی است که باعث تشریع احکام توسط خداوند متعال گردیده است (حکیم، ۶۹۶) تفاوت «حکمت حکم» با «علت حکم» که به آن «مناط» و «ملاک» نیز گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۸۴ - ۸۶) این است که حکم هر موضوع با علت آن وابستگی تام دارد و با بودن علت، حکم نیز وجود خواهد داشت و با نبود آن، حکم نیز وجود نخواهد داشت و لذا می‌توان با آگاهی از علت حکم، حکم را توسیع و تضییق کرد و در هر جا علت از بین رفت حکم را نیز لغو کرد و هر جای دیگر غیر از موضوع حکم، آن علت وجود داشت همان حکم را برای آن صادر کرد؛ اما در مورد حکمت، مسئله چنین نیست و حکم به وجود یا عدم حکمت بستگی ندارد و ممکن است در جایی که حکمت وجود ندارد نیز حکم موجود باشد (حکیم، ۲۹۶؛ ابوزهره، ۳۲۳؛ مکارم شیرازی، دائرة المعارف، ۴۱۷).

در اصطلاح فقها گاهی این دو اصطلاح به جای همدیگر به کار می‌روند و منشأ اشتباهات و اختلاف نظرهایی می‌شود (برای نمونه نگ: فخار طوسی، ۱۶۲/۲) تشخیص این که چه چیزی علت است و چه چیزی حکمت نیز کار آسانی نیست و لذا در تحلیل‌های فقهی در تشخیص مصادیق علت و حکمت اختلاف نظرهای جدی مطرح می‌شود که در استنباط احکام تأثیرگذار است (برای نمونه نگ: مکارم شیرازی، القوائد الفقهیه، ۳۸/۱؛ نیز همو، کتاب نکاح، ۶۶/۱؛ زنجانی، ۶۷۵/۲ و ۸۷۸/۳، ۸۳۲؛ سعیدی، ۱۶۲/۴۷؛ سبحانی، ۹۶/۴۸؛ فخار طوسی، ۸۷/۲؛ خمینی، البیع، ۴۱۵/۲ - ۴۱۶) و لذا شایسته است که تحقیق‌های مفصلی در روش‌های تشخیص علت از حکمت صورت پذیرد همچنان که بعضی از بزرگان به این مسئله توجه کرده و مطالب دقیقی را بیان کرده‌اند (ر.ک موسوی عریفی، ۲۴۴ به بعد؛ نیز خونی، ۴۱۸/۱ - ۴۹۹؛ همدانی، ۴۳۳؛ نیز ر.ک. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۰۹/۶) برای بررسی فرق و تعریف دقیق آن دو ر.ک. ابوزهره، ۳۲۳؛ مازندرانی، ۳۸؛ سبحانی تبریزی، مصادر الفقه، ۲۰۴؛ خونی، ۴۹۸/۱؛ همدانی، ۴۳۳).

اگر در بهادادن به علت احکام و فواید آن جانب افراط در پیش گرفته شود این گونه اوصاف با علت حکم اشتباه می‌شوند و در نتیجه توسیع و تضییع نا به جا در احکام الهی صورت می‌گیرد و موجب نوعی

تحریف شریعت و دخالت در احکام الهی و افزودن شاخ و برگ های غیر مجاز بر آن ها می گردد و این چیزی است که هیچ فقیهی آن را نمی پذیرد و خلاف فلسفه وجودی علم فقه است و همین آفت بود که فقه اهل سنت را دچار بحران کرد و به حصر حق اجتهاد در ۴ فرد و نهاییه به انسداد اجتهاد و تعطیل آن انجامید (الاشقر، ۸۱).

به عنوان مثال، «اختلاط میاه» حکمت حکم وجوب عده است ولی علت نیست زیرا اگر علت بود، برای زن مُطَلَّقه در صورت عقیم بودن یا در صورتی که به شکل دیگری از باردار نبودن اطمینان حاصل شود نگه داشتن عده واجب نبود؛ اما در ادله شرعیه چنین چیزی بیان نشده و حتی زن عقیم و زنی که مطمئن است باردار نیست هم باید عده نگه دارد (فاضل موحدی لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۲۴۲؛ همو، جامع المسائل، ۲۴۲؛ صدر، ماوراء فقه، ۱۶۱-۱۵۹/۶) و لذا چون عدم حکم به عدم این ویژگی وابسته نیست علت به حساب نمی آید و حکمت است همین حکمت در خصوص حرمت تعدد شوهر نیز بیان شده است (صدر، ماوراء فقه، ۱۶۱-۱۵۹/۶) و لذا زنی که عقیم است نمی تواند دو یا چند شوهر داشته باشد و با زنی که می تواند از طریق علمی مشخص کند که جنین او متعلق به کدام شوهر است نیز نمی تواند چند شوهر داشته باشد ولی اگر اختلاط میاه علت بود، امکان استنباط چنین احکامی وجود داشت.

همچنین، در خصوص آن که مدیریت خانواده باید به دست مرد باشد (سوره نساء، آیه ۳۴ و قانون مدنی ایران ماده ۱۱۰۵ تا ۱۱۱۷) گفته شده است که وجوب نفقه زن بر مرد، حکمت وجوب تبعیت زن از مرد است (یزدی، فقه القرآن، ۴/۳۴۸ و ۳۲۴؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲؛ حسینی روحانی، منهاج الفقاهه، ۶/۲۷۵) نه علت آن زیر در مواردی که مرد نفقه نمی دهد یا زن نفقه مرد را می دهد نیز حکم تبعیت به قوت خود باقی است (خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۳۰۶؛ مشکینی، مصطلحات الفقه، ۵۳۸).

در متون دینی مانند قرآن و حدیث، موارد زیادی به عنوان علت احکام بیان شده است؛ اما در اکثر این موارد فقهاء آن ها را به عنوان حکمت حکم و به معنای لغوی علت تفسیر کرده اند و علت به معنی اصطلاحی بودن آن ها را مورد تردیدی قرار داده اند در خصوص بررسی علل احکام شرعی تحقیقات بسیار کمی صورت گرفته و بلکه بعضی از در روایات توصیه شده است که به دنبال علل احکام نباشید چون راه را برای قیاس باز می کند (لوامع صاحبقرانی، ۱/۶۳۳ به نقل از امام صادق) با این همه آثاری وجود دارد که قابل توجه هستند (بطور نمونه ابن بابویه، علل الشرایع؛ شبلی مصطفی، تعلیل الاحکام؛ ابن حزم اندلسی، الاحکام فی اصول؛ ریسونی اهداف دین از دیدگاه شاطبی، ۴۲۳؛ مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۳۸۵ به بعد؛ ابن عاشور و نیز استاد علال الفاسی و مصطفی شبلی و البوطی و دکتر حسین حامد حسان و دیگران)

تشخیص و استنباط علت احکام با همه ضرورتی که دارد اما کاری بسیار دشوار است و می‌تواند لغزشگاه بزرگی برای فقیه باشد و موارد فراوانی وجود دارد که حکمت حکم با علت حکم اشتباه می‌شود و علت‌هایی که علت نیستند علت تصور می‌شوند اما با این وجود؛ آگاهی فقیه از حکمت حکم باعث می‌شود فقیه هدف حکم را بداند و با آگاهی از هدف و روح حکم، در نحوه اجرای آن و هدایت جامعه به سمت اجرای آن مسیر روشن و آشکاری به روی او گشوده شود و از انحراف در نحوه اجرای آن پیشگیری شود و میزان اثر بخشی سرعت رسیدن به هدف حکم را طریق ارزیابی کند.

مکلفین، غیر فقیه نیز با دانستن حکمت حکم با اطمینان و آرامش بیش‌تری به احکام عمل می‌کنند و می‌دانند که علاوه بر اطاعت امر الهی با اجرای این احکام به چه منافع و مصالحی دست یافته و از چه مضار و مفاسدی در امان می‌مانند و اعمال آن‌ها از حالت ظاهری و صوری و صرفاً تبعیدی خارج می‌شود و می‌توانند با نگرش به فلسفه و حکمت عمل، علاوه بر انجام صوری و ظاهری عمل در جهت تحقق بخشیدن حکمت و فلسفه حکم در وجود خود و جامعه نیز تلاش کنند. و از عبادت سطحی و عوامانه فراتر روند.

به عنوان مثال، حکمت نماز، دور شدن از فحشاء و منکر است (سوره عنکبوت، ۴۵ و نیز رک ملک‌ی تبریزی، اسرار الصلوة، ۱۷۵) گر چه به دلیل حکمت بودن این مطلب نمی‌توان گفت که در صورت دور نشدن نمازگزار از فحشاء و منکر، نماز او باطل است اما می‌توان گفت، آگاهی نمازگزار از این حکمت به او این امکان را می‌دهد که میزان اثر بخشی نماز در وجود خودش را ارزیابی کند و در صورتی که نماز در او اثر گذار نبود و از منکرات دور نکرد، در عمق بخشی و ارتقای کیفیت نماز کوشش کند.

گفته می‌شود بررسی فلسفه و حکمت احکام از وظایف علم فقه نیست زیرا در علم فقه، هدف، کشف احکام است و در این علم و مرزها و خط قرمزهای عملی و احکام و وظایف بشر تعیین می‌شود و کیفیت بخشی به انجام وظایف و رسیدن به هدف احکام از موضوعات و مباحث علم اخلاق است (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۱/ ۳۱۶؛ نیز رک شریفی، مقاله «فقه و اخلاق»، ص ۱۱۵ تا ۱۱۸) و به همین دلیل است که علم اخلاق مکمل علم فقه دانسته شده و گفته شده است؛ علم فقه بدون اخلاق به مقصد خود نمی‌رسد (مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۳۶)؛ اما ضرورت مطالعه راهبردی و هدایت علم فقه به سمت اهداف و روح شریعت، پیوند دو علم فقه و اخلاق را ایجاب می‌کند و گسترش بررسی اهداف و علت‌ها و فلسفه احکام را می‌طلبد.

راهبرد دوم: شناسایی روش‌های اجرا و نظارت بر آن‌ها

مقصود از روش احکام، روش اجرای احکام است. مثلاً بریدن دست سارق واجب است یک حکم شرعی است حال برای اجرای این حکم روش‌های مختلفی می‌توان در پیش گرفت تا اولاً ثابت شود دزد چه کسی بوده و مقدار مال سرقت شده، چه مقدار بوده و کیفیت بریدن باید چگونه باشد با شمشیر یا با دستگاه‌های جدید جراحی، بدون بیهوشی یا با بیهوشی و سولاتی دیگر از این دست که پاسخ آن‌ها همه در حیطه روش شناسی حکم می‌گنجد.

اگر تعریف رایج علم فقه را که علم به احکام شرعیه فرعیه است (السیوری، ۵۰؛ نیز العاملی، ۷۱ - ۷۲) بپذیریم ممکن است بررسی روش‌های اجرای احکام در حوزه علم فقه نگنجد؛ اما اگر علم فقه را به معنای اعم آن، که شناخت دین و اهداف آن را نیز شامل می‌شود (محدث قمی، ۳۸۱/۲؛ قنوجی، ۴۰۰/۲ و ۱۳۳) در نظر بگیریم، از شناخت و بررسی روش‌ها بی‌نیاز نخواهیم بود.

آگاهی از روش‌های اجرای احکام نه تنها در چگونگی اجرای احکام موثر است بلکه بدون آگاهی از آن اجرای حکم میسر نیست و روش اجرا، آن چنان با حکم آمیخته است که علاوه بر اجرا و عدم اجرای آن چگونگی نتیجه و تأثیر آن نیز دایر مدار روش‌های اجراست.

به عنوان مثال در یک حکم قضایی، صدور حکم وقتی میسر و نتیجه بخش و مثمر خواهد بود که جرم به روش صحیحی کشف و اثبات شده باشد و اگر جرم اثبات نشده یا به روش غلطی چون اقرار مکره یا اقرار غیر بالغ به اثبات رسیده باشد، قاضی هرچند عالم و بالغ باشد نمی‌تواند قضاوت صحیحی داشته و حکم صائبی را صادر کند.

بر همین اساس است که فقها در بسیاری از ابواب فقهی به ناچار در حوزه روش‌ها هم گام زده‌اند و با اینکه مطلب مورد بحثشان فقهی نبوده و ربطی به احکام فقهی به معنای اخص آن نداشته است اما به تفصیل از آن سخن گفته‌اند که از آن موارد روش‌های قبله‌یابی (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱/۶۶؛ شهید ثانی، الروضه البهیة، ۱/۵۰۴ - ۵۱۶) و روش‌های محاسبه ارث (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۸/۲۵۱ به بعد) و چگونگی گرفتن مخرج مشترک در فروض (همو، ۸/۲۲۵ - ۲۳۵) روش‌های تعیین خنثای مشکل (همو، ۸/۱۹۱) و شیوه‌های اثبات جرم (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۴/۸۲ به بعد) را می‌توان نام برد.

بی‌شک روش‌های قبله‌یابی و چگونگی محاسبه ارث و امثال آن از مصادیق احکام شرعیه و فرعیه نیستند که تعریف رایج فقه آن‌ها را شامل شود بلکه از جمله روش‌ها هستند و دخالت فقها در این گونه امور بخاطر ارتباط اجتناب ناپذیری بوده است که میان فهم و اجرای حکم با روش‌های آن احساس کرده‌اند.

اگر بعضی از علماء، مهارت‌ها و علوم متعددی را در اجرای وظیفه امر به معروف و نهی از منکر شرط می‌دانند (رشید رضا، ۴/ ۳۸ - ۴۰) و می‌کوشند تا علم را به جای آنکه شرط وجوب امر به معروف باشد شرط واجب بنامند (مطهری، ۱/ ۱۹۲ - ۲۰۱) تا از این طریق همه مکلفین موظف به فراگیری این علوم و مهارت‌ها باشند، گواهی براین مطلب است که آگاهی از احکام شرعی و ادله تفصیلی آن‌ها بدون آگاهی از روش‌ها، نتیجه‌ای در بر ندارد و نه تنها فقیه بلکه هر فرد مکلف عادی به آن‌ها نیازمند است.

ملاک ارزشیابی روش‌ها

یکی از نکات مهمی که قبل از ورود فقها به مبحث روش‌ها لازم به بررسی است ملاک ارزشیابی روش‌های اجرایی است زیرا تا ملاک‌های ارزشیابی مشخص نباشد صحت و سقم ارزشیابی هم قابل تشخیص نیست و زمانی خواننده می‌تواند با مؤلف هم عقیده و هم صدا گردد که ملاک‌های او را در نقد و تحلیل پذیرفته باشد.

ملاک‌هایی که مؤلف در این اثر با استفاده از موازین فقهی برای یک روش موفق در نظر می‌گیرد به شرح زیر است:

موافقت با موازین شرعی و ادله فقهی

یک مکلف، همچنان که همه اعمال خود را بر اساس موازین شرعی تنظیم می‌کند، شیوه‌های اجرایی خود را در عمل به احکام هم با شرع و موازین شرعی هماهنگ می‌سازد و اگر اصل عمل موافق شرع بود اما شیوه‌های عمل به آن با شرع مخالف بود نمی‌توان گفت که تکلیف انجام شده است و نه تنها تکلیف انجام نشده است بلکه به دلیل تضاد روش‌ها با موازین شرعی عملی خلاف شرع و خلاف تکلیف از او سر زده است.

به عنوان مثال، همچنان که در بخش‌های پیشین نیز اشاره شد اگر یک قاضی، مجرم را به مجازات شرعی برساند اما اثبات جرم با شیوه‌ای صورت گرفته باشد که مورد تأیید شرع مقدس نیست مثلاً از طریق اقرار مکروه یا اقرار غیر بالغ جرم او را به اثبات رسانده باشد. نمی‌توان گفت که این قاضی به صرف اجرای مجازات شرعی، تکلیف خود را به درستی انجام داده است بلکه چه بسا فرد، مجرم نبوده و او را به جای مجرم اشتباه گرفته یا جرم او چیز دیگری بوده است و مجازات دیگری را به او تحمیل کرده است و لذا نه تنها به تکلیف عمل نکرده بلکه خلاف شرع و ظلم آشکار از او سر زده است.

همین مسئله در تمامی احکام شرعی به خصوص در احکامی که جنبه سیاسی و اجتماعی دارند از جمله امر به معروف نیز صادق است و اگر امر به معروف به شیوه‌ای نادرست اجرا شود نه تنها تکلیف را ساقط نمی‌کند بلکه احتمال وقوع در خلاف شرع را نیز مطرح می‌سازد و لذا روش شناسی بخشی از مراحل شناخت وظیفه و تشخیص حکم است و در هر مرحله‌ای که احساس شود شیوه‌ای از شیوه‌های اجرایی با موازین شرعی نمی‌سازد باید آن عمل متوقف گردیده و شیوه‌ای دیگر اتخاذ گردد.

امکان پذیر بودن

یکی دیگر از ملاک‌های تشخیص روش درست، میسر بودن و نداشتن مشقت است زیرا بر اساس اصول مسلم و قواعد اثبات شده شرعی، هر عمل و تکلیفی که ممتنع یا فوق طاقت مکلف باشد ساقط و بلکه انجام آن خلاف شرع و خلاف تکلیف است (قرآن کریم سورة حج آیه ۷۸، مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۱/ ۱۶۰-۲۰۶، ۲۹-۱۵۱؛ محقق حلی، معارج الاصول، ۱۴۴؛ فاضل تونی، ۸۸) و این مطلب به روشنی قابل تسری به روش‌های اجرای احکام نیز هست زیرا روش‌های اجرای احکام هم اگر ممتنع یا مشقت آور باشند ساقط و بلکه خلاف شرع خواهند بود و همچنان که تکلیف مشقت آور تکلیف نیست روش مشقت آور هم مورد تأیید شرع نیست و نمی‌توان گفت چون اصل تکلیف، حرجی و مشقت آور نیست آن را با هر روشی می‌توان و باید به اجرا در آورد.

سازگاری با اهداف دین

در فقه شیعه به خلاف فقه اهل سنت (غزالی، ۱/ ۲۷۴ به بعد)، قیاسات ظنی و استحسانات و مصالح مرسله، چندان مورد قبول قرار نگرفته‌اند (میرزای قمی، ۲/ ۸۱) و اجازه داده نشده است که با فلسفه‌بافی‌های ذهنی و سلیقه‌ای، دایره احکام به طرز بی‌رویه‌ای توسیع و تضییق یابند؛ اما با این همه در مواردی که هدف و غرض شارع کاملاً واضح و روشن است و از مصادیق قیاس جلی به حساب می‌آید، چنین قیاسات و استحساناتی صورت گرفته است و بر همین اساس هرگاه حکمی از احکام، به نتایجی بیانجامد که با اهداف قطعی و اثبات شده دین و شریعت در تضاد باشد، یک فقیه شیعی هم نمی‌تواند بی تفاوت بماند.

مسئله اشتراط وجوب امر به معروف به عدم مفسده (ر.ک. نجفی، ۲۱/ ۳۷۱؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۱/ ۴۶۵) نمونه‌ای از این استحسانات مقبوله است و گواهی است بر آن که فقهای عظام هدف امر به معروف را دفع فساد می‌دانند و لذا اگر امر به معروف خود باعث رواج فساد و تباهی باشد نمی‌تواند قابل قبول باشد.

اگر مشرب فقهی شیعه این سخن را برنتابد و این ملاک را نوعی استحسان عقلی و قیاس ظنی بداند می‌توانیم این مطلب را از طریق دلیل مسلم عقلی به اثبات برسانیم و بگوئیم حکمی که برخلاف هدف شارع باشد، به دلیل قاعده عقلی «امتناع نقض غرض» باطل و غیر قابل قبول است و محال است که شارع مقدس که خود اعقل عقلا و احکم حکما است به آن راضی باشد.

به عنوان مثال، اگر امر به معروف، که بر اساس روایات برای ایجاد امنیت (حر عاملی، وسایل الشیعه، ۱۱/۴۰۳؛ مجلسی، ۷۹/۱۰۰) و انسجام جامعه (ر.ک. محمودی، ۳/۲۴۵-۲۴۷؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۱/۴۰۳؛ رشید رضا، ۴/۲۱ و ۳۷) و ازالة منکرات (شیخ مفید، ۸۰۹) و دفع فتنه (مجلسی، ۱۰۰/۷۹) و اجرای دین (ر.ک: ابن شعبه، ۲۳۷) مقرر گردیده است، به روشی اجرا شود که خود موجب سلب امنیت و آشفتگی جامعه و رواج منکرات و برانگیختن فتنه باشد، مشروع نیست و باید تعطیل شود تا شیوه‌های اجرایی صحیح آن آشکار گردد. و اگر امر به معروف، خود، متوجه این اشتباه نباشد بر دیگران واجب است که او را از این امر به معروف نهی کنند (خمینی، تحریر الوسیله، ۱/۴۶۷).

مشکلات ورود فقها به حوزه روش‌ها

گریز ناپذیر بودن علم به روش‌ها برای اجرای حکم و تأثیری که عدم آن می‌تواند در تعطیلی، انحراف، یا مهبجوریت احکام شرعی از جمله امر به معروف داشته باشد سخنی درست است؛ اما مهم این است که بدانیم چه دلیلی فقها را از ورود به حوزه روش‌ها در برخی از مباحث فقهی باز داشته یا موجب غفلت آنان از آن گردیده است؟

یکی از علت‌هایی که ممکن است موجب این امر گردیده باشد این است که نگرش بسیاری از فقها این‌گونه به احکام شرعی، تبعیدی نبوده است (صاحب جواهر، ۲۱/۳۵۸؛ نیز طوسی، ۱۴۷؛ شهید اول، الدروس الشرعیه، ۲/۱۱۸؛ شهید ثانی، بالروضه البهیة، ۲/۲۲۴؛ نجفی کاشف الغطاء، ۴۱۹؛ انصاری، المکاسب المحرمه، ۱۸؛ خمینی، المکاسب المحرمه، ۱/۲۰۴) و به همین سبب احکامی مانند جهاد و امر به معروف و نهی از منکر را در آثار فقهی در شمار عبادات بمعنی الاعم که در شیوه و روش غیر توقیفی اند آورده‌اند؛ لذا از آنان بیان احکام شرعی در زمینه روش اجرا و ورود به مباحث تفصیلی در این ارتباط را نمی‌توان انتظار داشت بلکه بسیاری از آن بزرگان وجوب امر به معروف منهی از منکر را عقلی دانسته و احادیث و آیات این باب را ارشاد و برای ارجاع به یک اصل عقلی و مسلم به حساب آورده‌اند و طبعاً در امور ارشادی، ضوابط و قوانین توقیفی نیست و نیازی نیست که به طور دقیق از جانب شرع معین

گردد و در کتب فقهی مورد بحث قرار گیرد و وظیفه عقل و عرف است که به تناسب مقتضیات زمانی و مکانی به ارائه طریق بپردازند.

علت دیگری که ممکن است باعث عدم دخالت فقها در روش‌ها باشد مسئله گستردگی فقه و امکان ناپذیر بودن آگاهی از روش‌ها برای یک فقیه است و این مسئله‌ای است که عقل بشر نیز بر آن صحه می‌گذارد که صرف ارتباط و وابستگی بعضی از علوم با علم فقه نمی‌تواند دلیلی قانع کننده برای متوقف ساختن فقه و فقاہت بر کسب آگاهی از آن علوم باشد و اگر چنین باشد پس از چند صباحی فقاہت به چیزی محال تبدیل خواهد شد و دروازه علم دین بر روی همگان بسته خواهد گردید. بنابراین بهتر است احکام شرعی و ضوابط کلی آن‌ها توسط فقها بیان شود ولی تعیین روش‌ها، با اتکاء بر ضوابط شرعی ضمن نظارت و مشاوره با فقها در علوم دیگر مورد بررسی قرار گیرد و فقها با متخصصان علوم دیگر در ارتباط باشند و از نتایج تحقیقات خود همدیگر را مطلع سازند و بهتر از این آن که گرایش نوینی از علم فقه تأسیس شود که در آن فقه را با دید کاربردی و برای بررسی چگونگی اجرای احکام مورد مطالعه قرار دهند و این گونه مباحث هم در آن جا مورد دقت قرار گیرد تا از این رهگذر ذهن فقهای عظام از بررسی اینگونه امور فراغت یافته و به بررسی عمیق ادلة تفضیلی احکام اختصاص یابد و به جای آن فقهای دیگری با فراغت از ادلة تفضیلی در شیوه‌های اجرای احکام و کشف مصادیق به تحقیق بپردازند.

نتیجه‌گیری

بر اساس یافته‌های این تحقیق این نتیجه به دست می‌آید که اکتفاء به بیان و بررسی ادله احکام همچنان که در متون و منابع فقه مصطلح امروزی مطرح است نمی‌تواند در رسیدن جامعه به هدف احکام کافی و مؤثر باشد و به منظور کشف قابلیت اجرایی احکام موجود و شناسایی موانع اجرا و راهکارهای رفع آن‌ها و شناسایی و طراحی روش‌های درست اجرا و نظارت بر آن‌ها و پیشگیری از انحراف احکام در مرحله عمل و به دست آمدن نتایج معکوس، شایسته است مطالعه راهبردی این علم نیز توجه جدی فقهای معظم قرار گیرد.

یکی از راهبردها در مطالعه راهبردی فقه توجه به هدف احکام و تلاش در جهت شناسایی علت و حکمت احکام است تا از این رهگذر بتوان از انحراف عملی جلوگیری و اجرای احکام را در مسیر هدف شارع هدایت کرد.

دومین راهبرد در مطالعه راهبردی منابع فقهی توجه به روش‌های درست اجرای احکام و استفاده از تجربیات تاریخی و نظرهای کارشناسان مرتبط و نظارت فقیهانه بر اجرای احکام است زیرا بسیاری از

انحرافات و افراطی‌گری‌های جوامع دینی نه از خود احکام بلکه از روش‌های نادرست اجرای آن‌ها نشأت گرفته است. براین اساس باید فقهای معظم با معیارهایی چون امکان پذیر بودن و تطابق روش باهدف و مانند آن‌ها روش‌های اجرایی احکام شرعی را ارزیابی و برآن‌ها نظارت کنند.

پیشنهاد

با همه ضرورتی که مطالعه راهبردی فقه دارد اما با توجه به گستردگی مباحث فقهی نمی‌توان از همه فقها انتظار داشت که این گونه مباحث را نیز به مباحث فقهی بیفزایند؛ اما می‌توان پیشنهاد کرد که شاخه جدیدی از علم فقه تأسیس شود که در آن بحث‌های نظری و بنیادی مرسوم بر روی ادله فقهی و مبانی آن‌ها مفروغ عنه تلقی شده و به جای آن در زمینه راهبردی و چگونگی اجرای احکام به شکلی که در این تحقیق مورد نظر است پردازند و از علوم روزی که در این زمینه وجود دارد و می‌تواند مدد رسان فقیه باشد مانند حقوق و سیاست و جامعه‌شناسی نیز بهره‌ها بردارند و مباحثی چون علت و حکمت احکام و موضوعات و مصادیق آن‌ها و شیوه‌های اجرا و تجربه‌های تاریخی اجرای دین و نحوه‌های دین ورزی جوامع از سر فصل‌های اصلی این شاخه از فقه باشد

نام این شاخه از فقه را می‌توان «**فقه کاربردی**» گذاشت که درکنار فقه موجود که آن را نیز می‌توان «**فقه محض**» نامید به فعالیت ادامه دهد و مکمل و مددکار آن باشد.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی، *الامالی*، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، قم، ایران، ۱۳۷۶.
- _____، *علل الشرائع*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۳۸۶.
- _____، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- ابن شعبه، حسن بن علی، *تحف العقول عن آل رسول*، مصحح، علی اکبر غفاری، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳.
- ابن عاشور، محمدالظاهر، *مقاصد الشریعة الاسلامیة*، قاهره، دارالسلام، ۱۴۳۶ ق.
- ابوزهره، محمد، *اصول الفقه الاسلامی*، قاهره، دارالفکر العربی، ۱۳۷۷.
- الاشقر، عمر سلیمان، *تاریخ الفقه الاسلامی*، کویت، دار النفائس للنشر و التوزیع، بی‌تا.
- انصاری، محمد علی، *الموسوعة الفقهية المیسرة*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، الطبعة الحدیثه کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، مصحح: گروه پژوهش، (در کنگره این کتاب به اسم تراث الشیخ الاعظم ۱۴ منتشر شده است)، قم، ۱۴۱۵ ق.

- تونبی، عبدالله بن محمد، *الوافیه*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۴۶.
- جعفری، محمدتقی، *رسائل فقهیه*، تهران، مؤسسه علامه جعفری، انتشارات تهذیب، ۱۳۸۰.
- جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت*، زیر نظر شاهرودی، محمد، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ایران، ۱۴۲۶ ق.
- حائری، محمد مجاهد طباطبائی، *کتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- حرعاملی، محمد بن حسن، *رساله فی الغناء*، مصحح: محسن صادقی، چاپ اول، قم، نشر مرصاد، ۱۴۱۷ ق، (این رساله در جلد اول کتاب غنا، موسیقی به چاپ رسیده است).
- _____، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت ۱۴۰۹ ق.
- حسینی روحانی، محمد صادق، *منهاج الفقاهه*، قم، انوارالهدی، ۱۴۲۹ ق.
- حسینی نجومی، مرتضی، *الغنا*، قم، کنگره جهانی شیخ انصاری، ۱۳۷۲.
- حسینیان، روح الله، *غنا و موسیقی در فقه اسلامی*، تهران، انتشارات سروش، ۱۳۷۴.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقهاء المقارن*، مصحح: محمدرضا حکیمی، قم، المجمع العالمی لاهل البيت، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *الاستفتائات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، مقدر خرم آبادی، سید حسن طاهری، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *المکاسب المحرمه*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۳۸۱.
- _____، *تحریر الوسیله*، ایران، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی تا.
- _____، *توضیح المسائل (محشی)*، مصحح: بنی هاشم خمینی، سید محمد حسین، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
- خندان، علی اصغر، *خوارج و داعش، بررسی تطبیقی بر مبنای اندیشه های استاد مطهری*، تهران، بنیاد علمی فرهنگی شهید مطهری، ۱۳۹۴.
- خوئی، ابوالقاسم، *اجود التقريرات* (تقریرات درس میرزا محمد حسین نائینی)، تهران، مرکز انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۶۲.
- رشید رضا، محمد، *تفسیر المنار*، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.
- روحانی حسینی، صادق، *فقه الصادق*، قم، دارالکتاب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۸ ق.
- روحانی قمی، محمد، *منتهی الاصول* (القواعد الفقهیه)، مقرر: سید عبدالصاحب بن سید محسن طباطبائی، قم، چاپخانه امیر، ۱۴۱۸ ق.
- روحانی، محمد حسین، *المسائل المستحدثه*، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴ ق.

شماره ۱۲۲	فقه و اصول	۴۶
ریسونی احمد و اسلامی حسین، <i>اهداف دین از دیدگاه شاطبی</i> ، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۶.		
زنجان، موسی، <i>کتاب النکاح</i> ، قم، مصحح و ناشر مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.		
زیدان، عبدالکریم، <i>المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية</i> ، بغداد، مؤسسة الرسالة، چاپ پنجم، ۱۳۹۶.		
سبحانی، جعفر، <i>مصادر الفقه الاسلامی و منابعه</i> ، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۱۹ ق.		
سبزواری، عبد الأعلى، <i>مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام</i> ، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۴ ق.		
سروش، عبدالکریم، <i>علم چیست فلسفه چیست</i> ، تهران، نشر صراط، ۱۳۸۸.		
سعیدی، محسن، مقالة «حیل ربا»، <i>مجله فقه اهل بیت</i> (فارسی)، ج ۴۷، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، بی تا.		
سیفی مازندرانی، علی اکبر، <i>دلیل تحریر الوسیله</i> ، احکام الاسره، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۹ ق.		
سیوری حلی، مقداد بن عبدالله، <i>نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه</i> ، تحقیق: سید عبداللطیف کوهکمری، قم، مکتبه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۳۶۱.		
شریفی، عنایت الله، مقاله «فقه و اخلاق»، فصلنامه <i>قیاسات</i> ، شماره ۱۵ و ۱۶، از صفحه ۱۱۵ تا ۱۲۶، ۱۳۷۹.		
شهید اول، محمد بن مکی، <i>الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.		
شهید ثانی، زین الدین بن علی، <i>الروضة البهیة فی شرح المعه الدمشقیه</i> ، جامعه النجف الدینی، بی تا.		
_____، <i>مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام</i> ، محقق، گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.		
شیخ مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعه</i> ، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، بی تا.		
صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، <i>المحیط فی اللغة</i> ، بیروت، عالم الكتب، ۱۴۱۴ ق.		
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام</i> ، مصحح: قوچانی عباس و آخوندی علی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.		
صاحب معالم، حسن بن زین الدین، <i>معالم الدین و ملاذ المجتهدین</i> ، مصحح: سید منذر حکیم، قم، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۱۸ ق.		
صدر، محمد باقر، <i>تصویری از اقتصاد اسلامی</i> ، مترجم جمال موسوی، تهران، انتشارات روزبه، ۱۳۹۳.		
صدر، محمد، <i>ماوراء الفقه</i> ، بیروت، دارالاضواء، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.		
طباطبائی، محمد رضا، <i>تنقیح الاصول</i> ، تقریر اباحت آیه الله الشیخ ضیاء الدین العراقی قدس سره، النجف الاشرف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۷۱.		
طوسی، محمد بن حسن، <i>الاقتصاد الیهادی الی طریق الرشاد</i> ، تهران، انتشارات کتابخانه جامع، چهل ستون، ۱۳۷۵.		

- عشایری منفرد، محمد، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، شماره ۲۲ پاییز، (۱۳۸۸)
- علم الهدی، علی بن حسین، *الذریعه الى اصول الشریعه*، تحقیق: ابوالقاسم گرجی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.
- غزالی، محمد بن محمد، *المستصفی من علم الاصول*، قاهره، مطبعة الامیر، چاپ اول، ۱۳۲۲ ق.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۸ ق.
- _____، *جامع المسائل*، قم، انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۸ ق.
- فخار طوسی، جواد، *در محضر شیخ انصاری*، قم، نشر مرتضی، ۱۳۸۵.
- فرد. آر. دیوید، *مدیریت استراتژیک*، ترجمه علی رساییان، تهران، دفتر پژوهش های فرهنگی، ۱۳۹۵.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، *قاموس اللغة*، بی جا، بی تا.
- فیض الاسلام، علی نقی، *ترجمه و شرح نهج البلاغه امام علی (ع)*، قم، ۱۳۵۱.
- فیض کاشانی، محمد بن محسن ابن شاه مرتضی، *السوافی*، مصحح: ضیاء الدین حسینی اصفهانی، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع)، ۱۴۰۶ ق.
- قمی، ابوالقاسم، *قوانین الاصول*، مکتبه العلمیه الاسلامیه، تهران، بی تا.
- قمی، عباس (محدث قمی)، *سفینه البحار*، تحقیق مجمع البحوث الاسلامیه، مؤسسه الطبع و النشر فی الاستانه الرضویه المقدسه، ۱۳۵۹ ق.
- قنوجی، صدیق بن حسن، *ایجد العلوم*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۹۷۶ م.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء*، الطبعة القدیمه، اصفهان، انتشارات مهدوی، بی تا.
- کاظمی خراسانی، محمد علی، *فوائد الاصول*، (تقریرات درس میرزا محمد حسین نائینی)، قم، انتشارات جامعہ مدرسین، ۱۴۰۴ ق.
- گروه واژه گزینی، فرهنگ واژه های محبوب فرهنگستان، تهران، انتشارات فرهنگستان، گروه زبان و ادب فارسی، بی تا.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار*، مترجم ابوالحسن، موسوی همدانی، تهران، کتابخانه مسجد ولی العصر، ۱۳۶۲.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *لوامع صاحبقرانی* (معروف به شرح فقیه)، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۱۴.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۳ ق.
- _____، *معارض الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۳ ق.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *رساله فی تحریم الغناء*، محقق: علی مختاری، قم، نشر مرصاد، ۱۴۲۲ ق.

محمود عبدالرحمان، *معجم المصطلحات الالفاظ الفقهيہ*، بی جا، بی تا.
محمودی، محمد باقر، *نهج السعاده فی مستدرک نهج البلاغه*، مصحح، آل طالب، عزیز، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۷.
مدرسی طباطبائی، حسین، *مقدمه ای بر فقه شیعه*، ترجمه محمد آصف فکرت، مشهد، بنیاد پژوهش های آستان قدس رضوی ۱۳۶۸.

مشکینی اردبیلی، علی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی تا.
مطهری، مرتضی، *حماسه حسینی*، قم، انتشارات صدرا، ۱۳۶۶.
مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهيہ*، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۳۷۰.
_____، *دائرة المعارف فقه مقارن*، محقق جمعی از اساتید و محققان حوزه، قم، انتشارات مدرسه امام علی ابن ابیطالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.

ملکی تبریزی، جواد بن شفیع، *اسرار الصلوة*، مترجم رجب زاده رضا، نشر آزادی، تهران، ۱۳۷۲.
منتظری، حسینعلی، *کتاب الزکاه*، قم، مرکز الاعلام الاسلامی، قم، ۱۳۸۸.
منتظری، حسینعلی، و صلواتی محمود، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، قم، نشر تفکر، ۱۳۸۰.
موسوی اردبیلی، عبدالکریم، *فقه القضاء*، قم، ۱۴۲۳ ق.
موسوی بجنوردی محمد، *بررسی نقش اخلاق در فقه با رویکردی بر نظریات بنیانگذار جمهوری اسلامی در پایگاه کد خبر: ۲۰۸۲۱/۱/۹۱/Jamarn.ir*

موسوی عرفی، محیی الدین، *قواعد الحديث*، بیروت، دارالاضواء، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
نوری، حسین بن محمدتقی، *مستدرک الوسائل*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ ق.
همدانی، آقارضا بن محمد هادی، *مصباح الفقيه كتاب الطهارة*، مصحح، محمد باقری، نور علی نوری و سایر همکاران، مؤسسه الجعفریة لاحیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی لاحیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۳۲۲ ق.

یزدی محمد، *فقه القرآن*، قم، مؤسسه اسماعیلیان ۱۳۷۴.
الیوبی، محمد سعد، *مقاصد الشریعه الاسلامیه و علاقتها بالادله الشرعیه*، ریاض، دارالهجرة للنشر و التوزیع، ۱۴۱۸ ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروه الوثقی*، کتابفروشی اسلامی، بی تا.

Dess G. G. Lumpkin G.T. and Eisner A.B, *Strategic Management*, M.Graw Hill Internation Edition Fourth Edition. (2008)

Hans, ram, "doing thing right and doing the right thing", *International journal of project management*, volume 20 issue 1 october 2002. Pages 569-574

Hunger d.,Wheelen T.L, *Essentials of Strategic management* 4th Edition Prentice Hall of India private Limited, New Delhi, (2007)



حکم فقهی تلفیق فتوی در مذاهب اربعه اهل سنت *

دکتر عبدالوهاب سلیمی پور

دانش‌آموخته دکتری فقه شافعی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم تحقیقات تهران

Email: salimibochir@gmail.com

دکتر محمد عادل ضیائی^۱

دانشیار دانشگاه تهران

Email: ziaey@ut.ac.ir

دکتر ناصر مریوانی

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم تحقیقات تهران

Email: nasermarivani@yahoo.com

چکیده

تلفیق آن است که فرد با انتخاب آرای مذاهب مختلف در باره یک مسأله به گونه‌ای عمل کند که عمل او مطابق با رأی هیچکدام از مذاهب، صحیح نباشد. فقها درباره حکم تلفیق به سه دسته تقسیم شده‌اند، گروهی با استناد به اجماع، سدّ ذریعه، و عدم وجود سابقه در صدر اسلام به طور مطلق قائل به عدم جواز آن شده‌اند؛ در مقابل، گروهی دیگر به جواز مطلق آن قائل شده‌اند. این گروه برای صحت قول خود به آیات و روایات دال بر رفع حرج و تکلیف، عمل صحابه، جواز تقلید عامی از مجتهد و برخی از قواعد فقهی استناد جسته‌اند. دسته سوم تلفیق را با شروط و ضوابطی چون عدم مخالفت با اجماع، منجر نشدن به تتبع رخص، عدم مخالفت با قواعد شرع و اهداف شارع جایز دانسته‌اند. با مقایسه دیدگاه‌های سه گانه فوق و ادله آن‌ها می‌توان گفت که دیدگاه سوم راجح به نظر می‌رسد؛ از آن رو که اولاً با منع مطلق تلفیق، اسباب عُسر و حرج را برای مکلفان فراهم نکرده و با روح تیسیر و آسان‌گیری شریعت نیز هماهنگی دارد و از سوی دیگر با قرار دادن شروط و ضوابطی از اشکالاتی که در نظریه جواز مطلق تلفیق وجود دارد جلوگیری کرده است.

کلیدواژه‌ها: تلفیق، فتوی، تتبع رخص، تقلید، مذاهب اربعه اهل سنت.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۷/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۸/۰۱/۱۹.

۱. نویسنده مسئول

The Jurisprudential Verdict of Combination of Fatwas in the Four Sunni Schools

Abd Al Wahhab Salimi Pour, Ph.D. Graduate of Shafi'i Jurisprudence, Islamic Azad University, Science and Research Branch

Mohammad Adel Ziaei, Ph.D. Associate Professor, University of Tehran (Corresponding Author)

Nasser Marivani, Ph.D. Assistant Professor, Islamic Azad University, Science and Research Branch

Abstract

The combination is that by choosing the opinions of different schools on an issue, the individual acts in such a way that his act is not correct according to the opinion of any of the schools. The Islamic jurists have been divided into three groups regarding the verdict of combination; a group, citing consensus, Sadd Al-Zaraie (blocking the means) and the absence of a record in the early days of Islam, has absolutely ruled that it is not permissible; On the other hand, another group believe that it is absolutely permissible. In order to prove the validity of their opinion, this group refer to verses and narrations indicating the negation of constriction and duty, the act of the companions, the permission of imitation of the Mujtahid by the ordinary people and some jurisprudential rules. The third group have considered combination permissible subject to conditions and criteria such as not opposing the consensus, not leading to Tatabbo Al-Rokhas (searching the religious permissions), not opposing the rules of Sharia and the goals of the divine lawgiver. Comparing the above three viewpoints and their arguments, it can be said that the third one seems to be preferable. Because, firstly, by avoiding the absolute prohibition of combination, it does not provide the causes of hardship and constriction for the duty-bounds and is also in harmony with the spirit of easiness and leniency of the religion and on the other hand, by setting conditions and criteria, it has prevented the problems that exist in the theory of absolute permissibility of combination.

Keywords: Combination, Fatwa, Researching the Permissions, Imitation, Four Sunni Schools

مقدمه

موضوع اجتهاد و تقلید یکی از موضوعات مهم اصولی است. از جمله مباحث این موضوع، مبحث التزام به مذهب فقهی معین است. از فروع این مبحث آن است که گاه، ممکن است شخص در وضعیتی قرار گیرد که در یک مسأله بین دو یا چند رأی از آرای فقهی به گونه‌ای جمع کند که مجموع به دست آمده، مورد پذیرش هیچ یک از آن مجتهدان - به تنهایی - نباشد، به عنوان مثال اگر فردی به خاطر عدم وجود آب در بیابان، تیمم کند و شروع به خواندن نماز کند و در نمازش اعتدال بعد از رکوع را که از نظر شافعیه رکن است (خن، ۱/ ۱۳۵) به جای نیاورد به این استدلال که مطابق نظر حنفیه عمل می‌کند که آن را لازم نمی‌دانند (غنیمی المیدانی، ۱/ ۵۶) و در حین همان نماز، آب مشاهده کند و نمازش را ادامه دهد به این استدلال که مشاهده آب در حین نماز از نظر شافعیه باعث بطلان تیمم و در نتیجه بطلان نماز نمی‌شود (شربینی، ۱/ ۱۷۳) گرچه حنفیه آن را مبطل می‌دانند (غنیمی المیدانی، ۱/ ۷۰)؛ چنین عملی را در اصطلاح، تلفیق نامیده‌اند.

واژه تلفیق گرچه به معنی مصطلح امروزی آن تقریباً از قرن پنجم در کتب فقهی و اصولی راه یافته ولی از زمانی که بحث التزام به مذهب فقهی معین در مباحث اصولی به میان آمد و موضوع تقلید عامی از مجتهد مورد بحث قرار گرفت مفهوم تلفیق هم مورد بررسی اصولیان قرار گرفت. این بحث امروزه به دلایل زیر اهمیت بیشتری یافته است:

۱- تلفیق رابطه تنگاتنگی با بحث تیسیر و رفع عسر و حرج دارد. در عصر حاضر و به دلیل شرایط موجود و وجود مشکلات، تلاش برای یافتن احکامی که عسر و مشقت را از مکلفان بردارد و برای آنان ایجاد تیسیر کند به نحو بارزی در میان فقیهان معاصر گسترش یافته به نحوی که شاید بتوان گفت در این زمینه نهضتی ایجاد شده است.

۲- یکی از ویژگی‌های عصر حاضر - از حیث ادوار فقهی - دوره تجدید اجتهاد است. بعد از سپری شدن دوران حمایت و تقویت مذاهب فقهی معین و احتراز از اجتهادات آزاد، در عصر حاضر، اندیشمندانی مدعی اجتهاد آزاد شده و جوی عمومی در کشورهای اسلامی و به ویژه دول عربی مبنی بر عدم پای بندی به مذهبی خاص ایجاد شده است. این شرایط جدید ارتباط وثیقی با بحث تلفیق دارد زیرا عدم پای بندی به مذهبی خاص در بسیاری از موارد ممکن است به تلفیق بینجامد.

۳- پیچیده شدن شرایط زندگی و تخصصی شدن موضوعات و فراهم شدن زمینه برای اجتهادات تخصصی و در نتیجه فراهم شدن امکان اجتهاد برای افراد بیشتر، امکان تلفیق در عمل را برای مکلفان بیشتر می‌کند.

با توجه به دلایل فوق به نظر می‌رسد که پرداختن به این موضوع، مهم و بلکه ضروری باشد.

مفهوم تلفیق

«تلفیق» مصدر باب تفعیل است از ماده «لَفَقَ» که به معنی همراهی، چسبیدن، و حول چیزی جمع شدن است (ابن فارس، ۵/۲۵۷).

وقتی گفته می‌شود «التَّلْفِيقُ فِي الثِّيَابِ» یعنی چسباندن و دوختن دو طرف لباس یا پارچه به طوری که یکنواخت شده باشد (ابن منظور، ۵/۴۰۵۶؛ زبیدی، ۲۶/۳۶۰).

همچنین تلفیق مجازاً در معنای عدم جدایی، الحاق، عجز از کسب کاری، اصابت، شروع کاری، و خدعه استعمال می‌شود (ابن فارس، ۵/۲۵۷؛ جوهری، ۴/۱۵۵۰؛ زمخشری، ۲/۱۷۵؛ فیروزآبادی، ۹۲۲).

مفهوم فقهی تلفیق به معنی لغوی آن (اتصال و چسباندن) نزدیک بوده و مستخرج از آن است. با وجود تعاریف متعددی که از تلفیق شده است؛ اما تقریباً می‌توان آنها را در دو دسته زیر، بیان کرد:

- ۱- تقلید مرکب از دو مذهب یا بیشتر در یک عبادت یا یک معامله (عتیبی، ۱۰)؛ میمان (میمان، ۵) و عبدالله سعیدی (التلفیق و حکمه فی الفقه الاسلامی، ۱۲) نیز مشابه این تعریف را ابراز داشته‌اند.
- ۲- انجام یک فعل به شیوه‌ای که مطابق نظر هیچ مجتهدی نباشد بدان گونه که در یک قضیه بین دو یا بیش از دو قول به نحوی ترکیب‌کند که حقیقتی از آن به وجود آید که مجتهدی به آن معتقد نباشد (آلبانی، ۲/۱۸۳)، مجمع فقه اسلامی (منظمه الموتیر الاسلامی، ۸/۶۴۰)؛ حلوانی (حلوانی، ۱۳۳) و هنیه (هنیه، ۵۲) نیز تعاریفی نزدیک به این تعریف ارائه کرده‌اند.

با ملاحظه تعاریف موجود و ارزیابی آنها می‌توان گفت که تلفیق آن است که شخص از میان آرای مجتهدان و یا مذاهب فقهی درباره یک مسأله به رأی قائل شود و یا به گونه‌ای عمل کند که مطابق نظر هیچ کدام از مجتهدان یا مذاهب، صحیح نباشد.

به عنوان مثال شافعیه لمس نامحرم را ناقض وضو دانسته (ماوردی، ۱/۱۹۴) ولی حنفیه این کار را باعث بطلان وضو نمی‌دانند (سرخسی، ۱/۱۲۱)؛ در عوض، حنفیه بر خلاف شافعیه معتقدند که خروج خون از راه غیر طبیعی از بدن، موجب بطلان وضو می‌شود (ابن همام، ۴۱/۱؛ ماوردی، ۱/۱۹۹)؛ حال اگر کسی معتقد باشد که این وضو صحیح است و یا با این وضو نماز بخواند در واقع تلفیق کرده است. زیرا وضوی چنین شخصی نه مطابق مذهب شافعی صحیح است و نه مذهب حنفی.

رابطه تلفیق با مفاهیم مرتبط

لازمه درک بهتر مفهوم تلفیق آن است که معنی اصطلاحات مرتبط با آن تبیین گردد. به علاوه بیان رابطه این اصطلاحات با تلفیق از آن جهت که در این مقاله کاربرد زیادی دارند ضروری به نظر می‌رسد.

رابطه تلفیق با مراعات خلاف: با اینکه تعاریف مختلفی از مراعات خلاف شده است اما شاید بهترین تعریفی که مرتبط با مبحث، آن باشد که مراعات خلاف، اهمیت دادن به رأی مخالف و لحاظ کردن آن به دلیل وجود مجوز شرعی است (سعیدی، یحیی، مراعاة الخلاف، ۷۸).

تلفیق با مراعات خلاف دارای وجوه افتراق و اشتراکی است، مهم‌ترین وجوه افتراق این دو به شرح زیر است:

الف) موضوع مورد بحث در تلفیق، آرای اجتهادی فقهاست اما در مراعات خلاف، موضوع، دلیل از حیث مدلول و لازم آن است، این وجه افتراق از تعریف این دو قابل دریافت است.

ب) مراعات خلاف، ترجیح دلیل بر دلیل دیگر است، به همین جهت عده‌ای آن را نوعی استحسان دانسته‌اند در حالی که تلفیق چنین نیست.

ج) مراعات خلاف غالباً در مورد مجتهد صدق پیدا می‌کند در حالی که تلفیق غالباً در مورد مقلد مصداق می‌یابد. مهم‌ترین وجه اشتراک تلفیق و مراعات خلاف نیز آن است که در هر دوی آنها در یک مسأله، دو رأی یا دو قول یا دو مذهب وجود دارد.

رابطه تلفیق با تتبع رخص: تتبع رخص^۱ آن است که فرد در مسائلی که رخ می‌دهد از هر مذهبی، رأیی را که آسان‌تر است اخذ کند (سبکی، جمع الجوامع، ۲/۳۵۳).

با این بیان می‌توان گفت که رابطه بین تلفیق و تتبع رخص، عموم و خصوص مطلق است، به این معنی که کسی که در پی تتبع رخص باشد ناچار مرتکب تلفیق خواهد شد در حالی که عکس آن لزوماً صادق نیست اگر چه گاه تتبع رخص همان تلفیق در عمل کردن به دو قول در یک مسأله می‌باشد (عطار، ۲/۴۲۲).

رابطه تلفیق با تیسیر فتوی: در کتاب و سنت نصوص فراوانی وجود دارد که بر آسان‌گیری در اسلام و

^۱ فقها و اصولیان در مورد تتبع رخص سه دیدگاه دارند:

دیدگاه اول: منع تتبع رخص بصورت مطلق؛ این رأی، بازگو کننده دیدگاه جمهور اصولیان است. (شاطبی، الاعتصام، ۴/۱۴۵؛ غزالی، ۱/۳۷۴)

دیدگاه دوم: جواز تتبع رخص بصورت مطلق. این دیدگاه برخی از حنفیه مانند سرخسی (سرخسی، ۲۵۸/۷) و کمال بن همام (ابن همام، ۷/۲۵۸) می‌باشد.

دیدگاه سوم: جواز تتبع رخص با شروط. این دیدگاه بعضی از حنفیه مانند ابن عبدالشکور (سهالوی، ۲/۴۰۶)؛ قرافی مالکی (قرافی، ۹/۴۱۴۸)، و دیدگاه گروهی از شافعیه مانند عزبن عبدالسلام (ابن عبدالسلام، ۲/۱۵۸)؛ سبکی (جمع الجوامع ۱/۱۴۷)؛ عطار (۲/۴۴۲)؛ آمدی (۲/۴۵۹) و ابن دقیق العید (زرکشی، ۶/۳۷۷) است.

رفع حرج از مکلفان دلالت می‌کند.^۱ و بر همین مبنا قواعد فقهی بنا شده که به آسان سازی فتوا فرا خوانده و حرج را در احکام شرعی مرفوع می‌داند.^۲ تلفیق از آن حیث که منجر به نوعی تیسیر شده و حرج را در مقام عمل از مکلفان بر می‌دارد از نظر گروهی از اصولیان و فقها همان تیسیر تلقی شده و حکم به جواز آن داده‌اند (زرکشی، ۳۲۳/۶؛ ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار، ۲۸۹/۱)، در حالی که عده‌ای فقط در حالت ضرورت بر جواز آن حکم کرده‌اند (رساله مرعی کرمی، التحقيق سفارینی، ۱۶۷؛ البانی، ۱۳۰) برخی نیز پا را فراتر نهاده و اخذ به تلفیق را که موجب تیسیر است در حالت حاجت و نیاز نیز، جایز دانسته‌اند (زحیلی، الرخص الشرعية، ۷۵).

پیشینه تحقیق

با وجود آنکه مفهوم تلفیق در همان قرون اولیه در میان فقها مورد بحث قرار گرفته اما اصطلاح تلفیق، از جمله اصطلاحات نسبتاً متأخر است که غالباً در میان فقهای اهل سنت به کار رفته است. به نظر می‌رسد اولین کسی که واژه تلفیق را در معنی اصطلاحی آن به کار برده است قاضی ابوسعید هروی شافعی (متوفی ۴۸۵ ق) است. (زرکشی، ۵۴۲/۴) پس از او دیگران در ضمن مباحث اجتهاد و تقلید به طور مختصر به بیان احکام تلفیق پرداختند (شاطبی، الموافقات، ۱۴۸/۴؛ زرکشی، ۵۴۲/۴؛ ابن فروخ، ۱۷۵؛ دویش، ۱۵ - ۱۷).

اولین تألیف مستقل در این زمینه کتابی است تحت عنوان «غایة التحقيق فی منع التلّیق فی التقلید» از ابراهیم بن حسین پیری‌زاده حنفی (متوفی ۱۰۹۹ ق) (همو، ۱۷) و به مرور پژوهش‌های مستقل دیگری در این زمینه انجام گرفت که مهم‌ترین آنها به قرار زیر است:

۱- کتاب «عمدة التحقيق فی التقلید و التلّیق» از محمد سعید البانی (متوفی ۱۳۵۱ ق) که به نظر می‌رسد کامل‌ترین اثر در این باب باشد. ولی تقریباً اشاره‌ای به آرای امامیه در آن وجود ندارد.

۲- رسالة فی التلّیق، مرعی بن یوسف کرمی.

۳- خلاصة التحقيق فی بیان حکم التقلید و التلّیق، عبدالغنی نابلسی.

۴- التحقيق فی بطلان التلّیق، محمد بن احمد سفارینی.

۵- رسالة فی التقلید و التلّیق، حسن بن معروف بغدادی.

۱ از جمله حج: ۷۸؛ بقره: ۱۸۵؛ نسا: ۲۸- بخاری، الجامع المسند الصحيح، ۱/۱۶، ۱/۲۵، ۱/۵۴. نیز برای اطلاع بیشتر رک: کتاب رفع الحرج فی الشریعة الاسلامیة، ۵۷ به بعد و صص ۶ و ۷ همین مقاله.
۲ رک: به ص ۷ و ۸ همین مقاله و همچنین رک: سیوطی، الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة، ۱/۱۶۵ و محقق داماد، قواعد فقه، صص ۶۱-۶۰.

- ۶- تبصیر النجباء بحقیقة الاجتهاد والتقليد و التلیق و الافتاء، محمد بن ابراهیم حنفی. چهار اثر اخیر مختصر بوده و برخی از مباحث تلفیق در آنها مطرح نشده است.
- ۷- مقاله «التلفیق بین اقوال المذاهب» از عبدالرحمن قلهود - مجمع پژوهش های اسلامی ۱۳۸۳ ق.
- ۸- مقاله «التلفیق» از خلیل محی الدین میس - مجله مجمع الفقه الاسلامی ش/۸ سال ۱۴۱۵ ق.
- ۹- مقاله «الاحذ بالرخص الشرعیة» از وهبة زحیلی - مجله مجمع الفقه الاسلامی ش/۸ سال ۱۴۱۵ ق.
- ۱۰- مقاله «التلفیق فی الفتوی» سعد عنزی - مجله الشریعة و الدراسات الاسلامیة جامعة الكويت ش/۳۸ سال ۱۴۲۰ ق. ۱۱- مقاله «التلفیق بین المذاهب الفقهیة و علاقته بتیسیر الفتوی» از غازی بن مرشد بن خلف عتیبی.
- ۱۲- مقاله «التلفیق بین احکام المذاهب» محمد بن احمد فرج سنهوری که در اولین کنگره مجمع بحوث اسلامی قاهره در سال ۱۳۸۳ ق ارائه شده است.
- ۱۳- مقاله سید معین الدین قدوری تحت عنوان «التقليد و التلیق فی الفقه الاسلامی» که در شماره ۳۹ مجله «المسلم المعاصر» سال ۱۴۰۴ ق به چاپ رسیده است.
- ملاحظه و بررسی کتب و مقالات فوق نشان می دهد که اولاً برخی از آنها فقط قسمتی از مباحث این پژوهش را مورد بررسی قرار داده اند. ثانیاً مراجعه به محتوای آنها نشان می دهد که تقریباً هیچ یک از آنها به منابع امامیه مراجعه نکرده و منحصرأ مبتنی بر منابع اهل سنت نگارش یافته اند. ثالثاً آنکه به نظر می رسد تاکنون به زبان فارسی هیچ مقاله ای پژوهشی و مستقل در باب تلفیق به رشته تحریر در نیامده و به چاپ نرسیده است.

حکم فقهی تلفیق فتوی

فقیهان و اصولیان مذاهب اسلامی در مورد حکم تلفیق به شرح زیر اختلاف نظر دارند:

۱. قول به عدم جواز تلفیق به طور مطلق

گروهی از فقهای مذاهب اسلامی نه تنها تلفیق را مطلقاً جایز نمی دانند، بلکه عدم تلفیق در تمامی مسائل را شرط صحت تقلید دانسته اند. این دیدگاه برخی از حنفیه مانند عبدالغنی نابلسی (۲۰)، محمد بن عبدالعظیم معروف به ابن فروخ (۷۹)، حصکفی (عتیبی، ۱۹) و محمدبخت مطیعی (مطیعی، سلم الوصول، ۶۲۹/۴) و گروهی مانند: علوی شنقیطی (۳۴۳/۲)، محمد امین شنقیطی (شرح مراقی، ۲/ ۶۸۱) از مالکیه (دسوقی، ۲۰/ ۱)، همچنین دیدگاه امام الحرمین جوینی (امام الحرمین، ۱۳)، آمدی (۴/

(۲۴۴)، کیا هراسی (۲۴۴/۴)، ابن حجر هیتمی (تحفة المحتاج، ۲۴۰/۷)، رملی (۳۸۲)، سید بکری دمیاطی (۱۷/۱)، هیتمی (الفتاوی الفقهیه، ۱۷/۱) و شهاب الدین افقهی از شافعیه (شریبنی، ۵۵/۱؛ اسنوی، ۲۱۷/۳)، و دیدگاه سفارینی (۱۷۱) از حنابلہ می باشد. همچنین این قول، دیدگاه کسانی است که تقلید از مذهب را واجب دانسته مقلد را ملزم به تبعیت از مذهب فقهی معین نموده اند (زحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ۶۵/۱).

امام الحرمین جوینی در پاسخ به این سؤال که حکم گرایش شخص عامی در برخی مسائل به مذهب شافعی و در برخی دیگر به مذهب حنفیه یا مذاهب دیگر چیست؟ می گوید: برای فرد عامی جایز نیست، بلکه واجب است که یک مذهب از مذاهب مختلف را تعیین نماید. زیرا حکم به جواز آن، سبب ناهنجاری، از هم گسیختگی و بی نظمی می شود که پیامد آن از بین رفتن تکالیف و عدم استقرار تکالیف بر یک قاعده مشخص است (جوینی، ۱۳).

قائلان به عدم جواز تلفیق، برای اثبات دیدگاه خود به دلایلی به شرح زیر استناد کرده اند:

الف) اجماع

بعضی از علمای حنفیه و شافعیه نقل کرده اند که بر ممنوعیت تلفیق اجماع وجود دارد.^۱ (ابن حجر هیتمی، تحفة المحتاج ۲۴۰/۷؛ ابن عابدین، ردالمحتار، ۵۰۸/۳).

بر دلیل مذکور چنین اعتراض شده که اجماع ادعایی یا به اعتبار مذهب خودشان است یا اینکه اجماع اصطلاحی نیست بلکه منظورشان رأی اکثر علما بوده است نه همه آنها. دلیل این امر هم آن است که این رأی محل خلاف هم واقع شده است و معلوم است که با وجود اختلاف، اجماع، منعقد نمی شود. مضافاً اینکه اگر منع تلفیق، اجماعی می بود باید حداقل میان اهل خودش مشهود و مشهور می شد در حالی که می دانیم این اجماع ادعایی به طریق آحاد نقل شده است و مطابق نظر جمهور (که شافعیه هم در این زمینه از زمره آنها هستند) معتقدند اجماعی که به صورت آحاد نقل شده باشد عمل به آن واجب نیست، ممکن است گفته شود اگر موافقت همه علما نقل نشده، مخالفت آنها هم نقل نشده پس سکوت آنها حمل بر رضا می شود؛ در پاسخ می توان گفت این امر، حداکثر اجماع سکوتی را ثابت می کند در حالی که اکثر علما هم اجماع سکوتی را حجت نمی دانند (آمدی، ۳۱۵/۱؛ امام الحرمین، ۴۴۸/۱؛ هدایه المسترشدين، ۴۱۶).

۱ عبدالغنی نابلسی (نابلسی، ۵۵)، علوی شنیطی (علوی شنیطی، ۳۴۳/۲)، مطیعی (مطیعی، سلم الوصول، ۶۲۹/۴) و محمد امین شنیطی (شنیطی، شرح مراقی، ۶۸۱/۲) این قول را ترجیح داده اند. خصکفی نقل کرده است که بر بطلان تلفیق اجماع وجود دارد (ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار، ۷۵/۱). این قول در نزد علمای شافعی مانند آمدی و ابن حجر هیتمی نیز اصح بوده و همچنین ابن حجر هیتمی گفته عمل به تلفیق بر خلاف اجماع می باشد (ابن حجر هیتمی (الفتاوی الفقهیه)، ۳۲۵/۴؛ دمیاطی، ۱۷/۱).

ب) سدّ ذریعه

مطابق یک قاعده شرعی هر آنچه که منجر به یک کار ناپسند و ممنوع شود خود آن چیز هم ناپسند و ممنوع خواهد بود هر چند که در اصل، مباح باشد، و هر قولی که منجر به اباحه محرمات شود پس آن قول باطل و مردود است، این گروه معتقدند که جواز تلفیق، باعث پیدایش مفسد و انجام محظورات شده و مقدمه اباحه محرماتی مانند شرب خمر و زنا می‌گردد، پس تلفیق جایز نبوده و ممنوع است (البانی، ۱۹۷). به عنوان مثال، به قول ابونواس استناد شده که وی از طریق تلفیق، خمر را حلال دانسته است، بدین صورت که گفته است: ابوحنیفه نبیذ (شراب خرما) را مباح می‌داند، در صورتی که نبیذ هم مثل خمر (شراب انگور) مست کننده است، پس شراب انگور هم مباح است. و از طرفی، شافعی خمر و نبیذ را مساوی دانسته است، پس می‌توان بین دو قول ابوحنیفه و شافعی تلفیق نمود و خمر را نیز مباح دانست. چون شافعی گفته است خمر و نبیذ مثل هم هستند و ابوحنیفه هم گفته است نبیذ مباح است، پس خمر هم که مثل نبیذ است مباح می‌شود. (زرکشی، ۲/۲۵۸؛ عدوی، ۲/۳۲۹؛ سفارینی، ۱۷۱).

می‌توان گفت که این قیاس، مغالطه است و یک نوع کفر، الحاد، دیوانگی و مرتد شدن از دین است و ارتباطی به تلفیق ندارد. چون ابوحنیفه، نبیذ را حلال دانسته تا زمانی که مست کننده نباشد و شافعی هم گفته نبیذ در حرام بودن مانند شراب است نه در حلال بودن. همچنین حرام بودن شراب از مسائل اختلافی و ظنی نیست که جای نزاع و اختلاف باشد، بلکه از مسائل قطعی، بدیهی و یقینی در دین می‌باشد. علاوه بر این، شرط صحت قیاس آن است که در مورد فرع، حکمی وجود نداشته باشد (هیتو، ۳۸۷) در حالی که در مورد حرمت شراب که در اینجا فرع است حکم صریحی بر تحریم آن وجود دارد، پس این قیاس، یک قیاس فاسد است (رازی، ۵/۱۱).

ج) عدم وجود تلفیق در صدر اسلام

دلیل دیگر مانعین تلفیق این است که در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم، صحابه و تابعین، تلفیق وجود نداشته و تلفیق، امری ناشناخته بوده است (البانی، ۹۲؛ سالم، ۴۵). در جواب دلیل فوق باید گفت، در زمان رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم که خود مرجع صحابه بوده نیازی به تلفیق و اجتهاد نبوده و تلفیق در زمان نزول وحی و تشریع، بی‌معنی بوده و اصولاً قابل تصور نیست.

در زمان صحابه و تابعین نیز تقریباً همین طور بوده است، چون نیازها و سؤالات مردم زیاد و مختلف نبوده است. مثلاً اگر کسی سوالی داشت از هر یک صحابه که می‌خواست می‌پرسید و آن صحابی هم برای او فتوا می‌داد بدون اینکه او را ملزم به پیروی از قولی کند؛ یا اینکه او را از عمل به فتوای دیگر صحابه دیگر

منع نماید، هر چند که اقوال متفاوت و مختلفی وجود داشته است، پس نیاز و ضرورتی وجود نداشته که به تلفیق روی بیاورند.

د) عدم وجود تلفیق در زمان ائمه مذاهب

تلفیق و تقلید از اصطلاحات متأخر می باشد و در دوران ائمه مذاهب و شاگردان آنها شناخته نبوده است.

در جواب باید گفت از ائمه مذاهب و کسانی که اهل اجتهاد بوده اند، نقل نشده که عمل به مذهب دیگری را منع کرده باشند.^۱ همچنین آنها نیازی به تلفیق نداشته اند، چون آنها خود مجتهد مطلق بوده اند و یک مجتهد مطلق اقوال را با هم تلفیق نمی کند بلکه با رأی و نظر خود، اجتهاد می نماید و تلفیق برای کسانی است که به درجه اجتهاد مطلق نرسیده باشند. مثلاً امام شافعی در مذهب قدیم خود معتقد بود که موی سر، بعد از تراشیده شدن نجس است و نباید در هنگام نماز موی تراشیده شده بر روی بدن یا لباس باقی بماند، اما یک بار بعد از این که سرش را تراشیده بود و بر روی پیراهنش موی زیادی قرار داشت به نماز ایستاد، از ایشان سؤال شد که چرا در این حالت نماز خواندی در صورتی که نظر خودت خلاف این حالت است؟ جواب دادند: هر موقع در تنگنا قرار گرفتیم می توانیم بر مذهب اهل عراق (امام ابوحنیفه) عمل کنیم (نوی، المجموع، ۲۹۱/۱؛ ابن فروخ، ۱۱۱).

ه) منجر شدن تلفیق به تتبع رخص

گفته شده که تلفیق، منجر به تتبع رخص در بین مذاهب اسلامی شده و پیروی از هوی و هوس را در پی دارد، زیرا افراد بدون توجه به قوت ادله، صرفاً به دنبال عمل به قول آسان رفته و همین امر منجر می شود که بسیاری از احکام شرعی حرام، حلال شوند و دروازه حيله گری در شرع باز و رایج شود و این تلفیق منجر به ایجاد اشکال و صورت های خاصی می گردد که تحت فتوای هیچ کدام از ائمه قرار نمی گیرند (سفارینی، ۱۷۷؛ نابلسی، ۵۷).

۱ علما در مسأله التزام و پایبندی فرد به مذهب معین دو دیدگاه دارند:

دیدگاه اول: بر هیچ فردی واجب نیست که ملزم به مذهبی معین باشد (زرکشی، ۶/ ۳۱۹؛ شوکانی، ۲۷۲).

دیدگاه دوم: بر فرد عامی و کسی که اهلیت اجتهاد ندارد التزام به یک مذهب معین واجب است و شخص باید به رخصت ها و عزائم آن مذهب پایبند بوده و طبق آن عمل کند (نوی، روضه الطالبین، ۱۱۷/۱).

(و) منجر شدن به احداث قول ثالث^۱

با این بیان، جواز تلفیق، منجر به احداث قول ثالث شده و باعث نقض آن چیزهایی می‌شود که محل اتفاق است و این مسأله نزد اصولیان ممنوع است چون مخالف اجماع می‌باشد (البانی، ۱۰۳). باید گفت که بین تلفیق و احداث قول ثالث فرق وجود دارد. زیرا تلفیق منجر به مخالفت با اجماع نمی‌شود اما احداث قول ثالث در قضایایی منجر به مخالفت با اجماع می‌شود.

(ز) عدم وجود دلیل شرعی بر جواز تلفیق

مانعین تلفیق می‌گویند در شریعت چیزی پیدا نمی‌شود که دلیلی بر جایز بودن تلفیق باشد. (عتیبی، بی تا: ص ۲۷) در جواب می‌توان گفت در شریعت چیزی هم پیدا نمی‌شود که با تلفیق معارضه کند.

۲. قول به جواز تلفیق مطلقاً

گروهی از فقهای مذاهب اسلامی معتقدند که تلفیق به طور مطلق جایز است چه منجر به تتبع رخصت بشود یا نشود.

کمال بن هماد (۲۵۸/۷)، امیرپادشاه (۲۵۳/۴)، ابن امیرالحاج (۴۶۸/۳)، ابن نجیم مصری (۳/۲۷۳) از حنفیه و گروهی از مالکیه مانند: ابوالبرکات درذیر (دسوقی، ۲۰/۱)، دسوقی، ابن عرفه و عدوی (همو، ۲۰/۱) این نظر را دارند (شاطبی، الاعتصام، ۳۷۵/۲)، از شافعیه نیز ابواسحاق مروزی (عطار، ۲/۴۴۲) و زرکشی (۳۲/۸) این دیدگاه دارند و همچنین بعضی از شافعیه زمانی که در تلفیق تمام شروط مذاهب تقلید شده در یک مسأله جمع شده باشد، آن را جایز دانسته‌اند (قلیوبی، ۱۱/۱) و بیجوری (باجوری) شافعی نیز معتقد است که نصی بر تحریم تلفیق وجود ندارد (باجوری، ۳۳۸) و دیدگاه مرعی

۱. بحث «احداث قول ثالث» یکی از مباحث مهم اجماع است بدین گونه که اگر همه مجتهدان امت در مورد حکم شرعی یک مسأله دو قول داشته باشند و رأی آنها بر این دو قول استقرار یافته باشد آیا برای کسانی که بعد از آنها می‌آیند جایز است که قول ثالث و رابعی داشته باشند به اعتبار اینکه مجتهدان در این مورد اجماع نداشته و اختلاف نظر دارند یا اینکه احداث قول ثالث جایز نیست چون اتفاق نظر و اجماع وجود دارد که حکم شرعی، از این دو حالت، خارج نیست. (رک: هیتو، ۳۵۳؛ زیدان، ۱۸۶؛ زکریا الانصاری، ۲۴۳). اصولیان در مورد احداث قول ثالث هنگام وجود اجماع بر چهار دیدگاه اختلاف کرده‌اند:

دیدگاه اول: احداث قول ثالث جایز نیست. اکثر اصولیان به این قول معتقد هستند. (جوینی، امام الحرمین، ۴۵۲/۱)
دیدگاه دوم: احداث قول ثالث جایز است. این رأی ظاهریه (ابن حزم، ۵۶۰/۱؛ سمعانی، ۲۶۵/۳) و بعضی از حنفیه (امیرپادشاه، ۲۵۱/۳) است.

دیدگاه سوم: بعضی از حنفیه عدم جواز احداث قول ثالث را مخصوص صحابه دانسته‌اند؛ و معتقدند که اگر اجماع بر دو قول از آنان وجود داشت، برای افراد بعد از صحابه جایز نیست که در آن مسأله قول سومی ایجاد نمایند. (امیرپادشاه، ۲۵۰/۳)

دیدگاه چهارم: مطابق این دیدگاه اگر احداث قول ثالث آن دو قول سابق را نقض کرد جایز نیست و اگر آن را نقض نکرد جایز است. رازی، آمدی و عده‌ای دیگر از اصولیان به این رأی معتقد هستند (رازی، ۱۲۸/۴).

با این توضیحات می‌توان تفاوت میان تلفیق و احداث قول ثالث را نیز دریافت. زیرا احداث قول ثالث گاه منجر به مخالفت با اجماع می‌شود در حالی که تلفیق، چنین نیست.

کرمی (سفارینی، ۱۶۰) از حنابله نیز همین می‌باشد.
این گروه نیز برای اثبات دیدگاه خود به دلایلی به شرح ذیل استناد کرده‌اند:

الف) کتاب

موافقان تلفیق به آیاتی از قرآن به شرح زیر استناد کرده‌اند.

۱- سؤال از اهل علم: خداوند متعال می‌فرماید: «فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نحل: ۴۳)
«از اهل علم سؤال کنید اگر نمی‌دانید» که آیه مذکور بر مطلق تقلید دلالت می‌کند، بدون اینکه مقید به قید عدم تلفیق باشد، چون تقلید می‌تواند تلفیقی یا غیر تلفیقی باشد، و از طرف شرع هم هیچ دلیلی وجود ندارد که تقلید را مقید کرده باشد (البانی، ۲۰۵).

۲- رفع حرج: همچنین قائلان به جواز تلفیق گفته‌اند رأی به جواز تلفیق موافق با اصلی است که شریعت بر آن بنا شده و آن رفع حرج است. زیرا دین خداوند بر آسانی و عدم سختی بنا شده است. خداوند می‌فرماید: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۸) یعنی «ما در دین برای شما سختی قرار ندادیم».

۳- آسانی و تیسیر: خداوند می‌فرماید: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۱۸۵) یعنی «خداوند خواهان آسانی و راحتی برای شماست و خواهان سختی و دشواری برای شما نیست».

۴- تکلیف به اندازه توان: خداوند می‌فرماید: «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» (بقره: ۲۸۶) یعنی «خداوند به هیچ کس جز به اندازه توانایی و طاقتش تکلیف نمی‌کند».

۵- ضعف و ناتوانی انسان: خداوند می‌فرماید: «يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا» (نسا: ۲۸) یعنی خداوند می‌خواهد - با وضع احکام سهل و ساده - کار را بر شما آسان کند، و انسان ضعیف آفریده شده است.

ب) سنت

عمل و قول پیامبر اکرم صلی الله علیه و سلم هم آیات فوق را تأیید می‌کند. ایشان فرمودند: «أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ الْخَنِيفَةُ السَّمْحَةُ» (بخاری، ۱۶/۱؛ ابن بابویه، ۱۲/۱؛ حدیث ۱۶؛ حرّ العاملی، ۱۵۲/۱)
یعنی «بهترین دین نزد خداوند، دین آسان و راحت است» همچنین می‌فرمایند: «أَتَمَّا بُعِثْتُ مُسْرِينٌ وَلَمْ تُبْعَثُوا مُعْسَرِينَ» (بخاری، ۵۴/۱؛ فاضل آبی، ۱۱۸/۱) یعنی «همانا شما آسان‌گیر مبعوث شده‌اید و نه سخت‌گیر» همچنین از حضرت عائشه نقل شده که: «مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا» (بخاری، ۱۸۹/۴) یعنی «پیامبر در بین دو کار مختار نمی‌شد مگر این

که آسان‌ترین را انتخاب می‌کرد مادام که گناه نمی‌بود» نیز از ابن عباس روایت شده که: پیامبر فرمودند: «يَسِّرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا» (بخاری، ۲۵/۱؛ علم الهدی، ۲/۲۴۶) یعنی «آسان بگیرید و سخت نگیرید» همچنین فرموده‌اند: «دین آسان است و اگر کسی آن را بر خود سخت بگیرد سرانجام خسته و درمانده خواهد شد، پس راه میانه و راست را در پیش بگیرید» (ر.ک: بخاری، ۱/۱۶).

ج) عمل صحابه

یکی دیگر از دلایل قائلان به جواز مطلق تلفیق، فعل و عمل صحابه و تابعین می‌باشد که آن‌ها هم در بعضی از مسائل تلفیق کرده‌اند و قولی از صحابه وجود ندارد که تلفیق را نادرست بدانند، چون از صحابه و تابعین با توجه به کثرت مذاهب و دیدگاه‌هایشان نقل نشده است به کسی که از آن‌ها سؤال می‌پرسیده و طلب فتوا می‌کرده است بگویند: بخاطر این که در عبادت مرتکب تلفیق بین دو یا چند مذهب نشوید بر تو واجب است از کسی بپرسید و طلب فتوا نمایید که تاکنون تقلید می‌کرده‌اید، این نشان می‌دهد که صحابه و تابعین در مورد پدید آمدن تلفیق هیچ گونه ایرادی نمی‌دیده‌اند. (هنیه، ۱۰۷؛ میمان، ۷).

د) جواز استفتا و تقلید عامی از مجتهد

دلیل دیگر موافقین تلفیق این است که علما جایز دانسته‌اند که شخص عامی از هر مجتهدی که بخواهد می‌تواند طلب استفتا نماید، (زرکشی، ۴/۵۹۷؛ شوکانی، ۲/۲۵۲؛ شاطبی، الاعتصام، ۵/۹۷؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیه، ۱/۴۱) بدون اینکه مجتهد، شخص عامی را مقید به مذهب خاصی نموده و به وی بگوید که حق خروج از مذهب معینی را ندارد و این برخورد علما و مجتهدان با عوام بر این دلالت دارد که آن‌ها موافق تجویز تلفیق برای عوام هستند. چون مقلد عامی نمی‌داند و نمی‌تواند که جلو خودش را بگیرد و دچار تلفیق نشود و الزام و اجبار اینکه شخص عامی نباید دچار تلفیق شود با تجویز عدم التزام به یک مذهب معین، تناقض دارد. (البانی، ۱۹۴) معنی این سخن آن است که وقتی به یک عامی گفته شود که حق ندارد تلفیق انجام دهد، مخالفت دارد با اینکه به او گفته شود جایز است که از یک مذهب معین تبعیت کند. یعنی همچنان که به یک شخص گفته می‌شود که می‌تواند از یک مذهب معین تبعیت کند، همچنان جایز است که به او گفته شود که می‌تواند تلفیق انجام دهد.

از طرفی چون تلفیق از جهاتی مانند تقلید یا به عبارتی فرع تقلید است، پس هرکس تقلید را جایز می‌داند باید تلفیق را نیز جایز بداند (عتیبی، ۲۸).

ه) عدم وجود مذهب خاص برای عوام

رأی به منع تلفیق، منجر به عدم جواز تقلیدی می‌شود که علما بر عوام واجب کرده‌اند، چون هدف از تقلید این است که عوام بتوانند به دینشان عمل نمایند و یکی از مصادیق تقلید هم می‌تواند تلفیق باشد و

ممنوع دانستن تلفیق منافی قاعده ثابت شده‌ای است که می‌گوید: عوام دارای مذهب خاصی نیستند و مذهب آنها همانا مذهب مفتی (فتوا دهنده) آنان است (زرکشی، ۵۹۷/۴؛ ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار، ۸۰/۴) پس تلفیق هم در واقع مذهب مفتی را اثبات می‌نماید (میمان، ۷).

به استدلال فوق این چنین جواب داده‌اند: کدام مفتی شافعی به درست بودن وضو بدون نیت و ترتیب فتوی می‌دهد. کدام مفتی مالکی به درست بودن وضو بدون دلک و موالات فتوا می‌دهد یا کدام مفتی حنبلی به درست بودن وضو بدون بسم الله فتوا می‌دهد؟ بنابراین اگر کسی بدون نیت، رعایت ترتیب، انجام دلک، مراعات موالات و گفتن بسم الله وضو بگیرد، چنین وضویی به اجماع و بدون اختلاف باطل است. اگر مقلدی حکم به درست بودن چنین عملی بدهد، مذهب جدیدی اختراع کرده است که باطل است. اگر فرد، مجتهد باشد باز جایز نیست قول جدیدی ایجاد کند که مخالف باشد با آنچه مجتهدان مطلق بر آن اجماع کرده‌اند.

و) استناد به قواعد فقهی

یکی از قواعد فقهی پنجگانه اصلی که در این زمینه می‌توان بدان استناد کرد قاعده «الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ» (سبکی، الاشباه و النظائر، ۴۸/۱؛ شهید اول، القواعد و الفوائد، ۴/۱) است. بر این اساس، شریعت اسلام توصیه به عُسر، حرج و سختی ندارد و اگر گفته شود که تلفیق ممنوع است این قول با آسان گیری شریعت، مخالف و معارض است، زیرا مطابق این قاعده، مشقت و آسانی را به سوی خود جلب کرده و به دنبال می‌آورد.

همچنین قاعده فقهی دیگری هم وجود دارد که می‌گوید: «إِذَا ضَاقَ الْأَمْرُ اتَّسَعَ» (سبکی، الاشباه و النظائر، ۴۸/۱؛ حکیم، ۲۰۵/۱) یعنی وقتی امور تنگ شدند، توسعه پیدا می‌کنند. پس بر اساس قواعد شرعی فوق، ممنوعیت تلفیق با روح و قواعد شریعت آسان گیر، منافات دارد (البانی، ۳۱۰). همچنین اگر عوام حق تلفیق نداشته باشند، موجبات عسر و حرج برای آنان فراهم می‌گردد که بر مبنای «قاعده نفی عسر و حرج» هر تکلیفی که مستلزم مشقت شدید باشد و مردم عادتاً تحمل آن را نداشته باشند، ساقط می‌شود و آیه نفی حرج (حج: ۷۸) بهترین آیه‌ای است که برای نفی عسر و حرج، به آن استدلال شده است و از آیه برداشت می‌شود که هرگاه در اثر عمل به احکام و الزامات شرعی، مکلف در عسر و حرج واقع شود، آن احکام از عهده او برداشته می‌شود (محقق داماد، ۱۸۲/۲).

پس اگر گفته شود تلفیق عوام درست نیست، این گفته باعث می‌شود که عبادات آنها فاسد و سرانجام فاسق، دانسته شوند، چون عبادات عوام خالی از تلفیق بین مذاهب نبوده و منضبط نیست و گاهی به صورت ترکیبی از فتاوی از چند فقه است، حال اگر عبادت آنها در زیر مذاهب مختلف نگنجد، این عبادت

باطل و فاسد محسوب می‌شود و بایستی عباداتشان را قضا نمایند و چنانچه قضا نمایند استحقاق عذاب دارند، و این نگرش، سختی، تنگی و مشقت نسبت به انسانهاست.

از طرفی هم واقع حال این است که آن مردم از راه و روش علما تقلید می‌کنند و سعی می‌کنند که عدم تلفیق را مراعات نمایند، یعنی عوامی که از علما تقلید می‌کنند سعی می‌کنند که دچار تلفیق نشوند؛ اما معمولاً ناخواسته دچار آن می‌شوند و از طرفی دیگر هم خداوند هیچگونه سختی و تنگی در دینش برای مردم قرار نداده است، بلکه در دین آسان‌گیری و رفع مشقت و تنگی توصیه شده است (البانی، ۱۹۵؛ هنیه، ۱۰۷؛ میمان، ۷).

استدلال فوق را می‌توان به این صورت جواب داد: درست است که در تلفیق برای مکلفان آسانی وجود دارد، اما آسانی معتبر در شرع آن است که دلایلی خاص یا عام داشته باشد، اما دلایلی که اثبات کند که تلفیق یکی از راه‌های معتبر آسانی در شرع است وجود ندارد.

۳. قول به تفصیل

گروهی از فقهای مذاهب اسلامی در مورد جواز تلفیق قائل به تفصیل هستند، یعنی از نظر آنان، تلفیق با شروط و ضوابطی جایز است.

این قول نیز دیدگاه برخی از علمای حنفی منطقه خوارزم (ابن فروخ، ۹۲)، قاضی نجم الدین طرطوسی (البانی، ۱۰۷)، ابوسعود عمادی مفتی روم (همو، ۱۰۷)، منیب افندی مفتی نابلس (همو، ۱۰۷)، عبدالرحمن بحرایی (همو، ۱۰۷)، حمزه سغدی (ابن فروخ، ۱۲۵)، محمد احمد فرج سنهوری (توانا، ۵۵۶) از حنفیه می‌باشد. همچنین ابن قول، اصح و راجح نزد متأخران مالکیه بوده و مغربی‌های مالکی مذهب (دسوقی، ۲۰/۱) این دیدگاه را تأیید نموده‌اند، و علمایی مانند قرافی (قرافی، ۳۹۶۴)، شاطبی (الموافقات، ۱۴۸/۴)، عبدالقادر شفشاونی (البانی، ۱۱۰)، زناتی (توانا، ۵۵۲)، یوسف زیات (زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ۴۹/۹) و عبدالرحمن قلهود (همو، همان، ۴۸/۹) از مالکیه این دیدگاه را دارند.

از شافعی نیز ابن دقیق العید (ابن امیر الحاج، ۴۶۹/۳)، عز بن عبدالسلام (همو، ۴۶۹/۳)، رویانی (همو، ۴۶۹/۳)، عبدالرحمن معلمی (میمان، ۷)، جمال الدین قاسمی (۱۷۱) این دیدگاه را قبول دارند. همچنین این دیدگاه علمای حنبلی مانند ابن تیمیه (میمان، ۷)، ابن قیم جوزی (همو، ۷)، علایی (همو، ۷)، حسن بن عمر شطی (البانی، ۱۰۱)، رحیبانی (رحیبانی، ۳۹۱/۱)، ابن بدران، البانی (۱۰۹)، زحیلی (الفقه الاسلامی وادلته، ۴۹/۹) و عبدالله سعیدی (التلفیق و حکمه فی الفقه الاسلامی، ۳۹) بوده و قاضیان حنابله (زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ۵۰/۹) نیز این دیدگاه را ترجیح می‌دهند.

این گروه برای اثبات جواز تلفیق به دلایلی استناد کرده‌اند که همان دلایل گروه دوم (قاتلان به جواز تلفیق به طور مطلق) می‌باشد؛ اما این گروه برای صحت تلفیق قائل به وجود شروط وضوابطی شده‌اند که ذیلاً به اختصار بیان می‌گردد:

(۱) چنانچه بین دو یا چند مذهب یا بین دو یا چند قول جمع شود، این جمع کردن نباید مخالف اجماع باشد. (شنقیطی، ارشاد المقلدین، ۲۶۰). مثلاً چنانچه مردی با زنی بدون مهر، بدون ولی و بدون شهود ازدواج نماید، هیچ مجتهدی به جواز چنین صورتی از نکاح فتوا نداده است. چون گرچه نکاح بدون مهر و بدون شهود در مذهب امامیه صحیح است (جواهرالکلام، ۴۹؛ نیز ر.ک: طوسی، ۲۶۱/۴؛ جامع المدارک، ۱۲۵/۴؛ ریاض المسائل، ۳۴۶/۶؛ المختصرالنافع، ۱۷۰؛ استفتانات، ۱۶۸/۳) و عدم حضور شهود در هنگام عقد در مذهب مالکیه (دسوقی، ۲۱۶/۲) و بدون ولی در مذهب حنفیه (مرغینانی، ۱۹۱) صحیح است؛ اما قول به صحت نکاح بدون مهر، بدون ولی و بدون شهود مطابق هیچ مذهبی صحیح نیست.

(۲) کسی که در مسأله مورد تلفیق از وی تقلید می‌شود باید دارای فضل و جایگاه علمی باشد، یعنی تقلید از یک شخص عامی و جاهل جایز نیست (شنقیطی، ارشاد المقلدین، ۲۶۰).

(۳) کسی که در مسأله‌ای تلفیق می‌نماید نباید رویکردش تتبع رخص در بین مذاهب فقهی باشد، یعنی نباید فقط به دنبال اقوال آسان در بین مذاهب فقهی باشد (همو، همان، ۵)، زیرا هر کس به دنبال عمل به رخصت‌ها باشد فاسق می‌گردد، بلکه باید قول به دست آمده از تلفیق کاملاً اتفاقی موافق با رخصت گردد. شیخ مرعی کرمی این نظر را برگزیده و رحیبانی (رحیبانی، ۳۹۱/۱)؛ ابن بدران (ابن بدران، ۱۰۷)؛ شطی (البانی، ۱۱۱)، و معلمی (عتیبی، ۲۰) هم از این نظر تبعیت کرده‌اند.

(۴) آن قولی که شخص از روی تقلید بدان عمل می‌کند، یا قولی که لازمه آن قول، اجماع می‌باشد، بعداً از آن قول بر نگردد. این شرط را علمای زیادی از متأخرین حنفی از جمله کمال بن همام، امیر پادشاه و ابن امیرالحاج بدان قائل هستند (امیرپادشاه، ۲۵۳/۴؛ زرکشی، ۳۲۳/۶؛ آمدی، ۳۱۴/۴) به عنوان مثال اگر مردی در جایز بودن نکاح بدون ولی از ابوحنیفه تقلید کرد، این عقد مستلزم صحت وقوع طلاق بر آن می‌باشد. چون صحت وقوع طلاق به صورت اجماعی لازمه صحت یک نکاح است. پس اگر او زنش را سه طلاق داد. سپس خواست از نظر شافعی در عدم وقوع صحت طلاق تقلید کند -چون در نزد شافعی نکاح بدون ولی مستلزم صحت وقوع طلاق نیست- نمی‌تواند چنین کاری را انجام دهد، چون این فرد قصد دارد در تقلید از لازمه اجماع در مذهبی رجوع کند (البانی، ۲۲۵).

(۵) وقتی شخص بر اساس تلفیق، یک قول را انتخاب می‌کند و بر اساس ترجیح، آن قول را بر می‌گزیند

باید معتقد باشد که آن قول قوی است و بر دیگر اقوال ترجیح دارد. یعنی عمل شخص در آن تلفیق، به خاطر آسان‌گیری و تتبع رخص نباشد بلکه بخاطر این باشد که آن قول از نگاه او راجح بوده و دارای ادله قوی است (ابن مکی، ۹۴؛ مطیعی، التلخیص فی العبادہ، ۲).

۶) عمل به تلفیق نباید منجر به نقض احکام دادگاه شود، چون اگر یک قاضی بر اساس تلفیق عمل نماید و آن عمل، حکمی را نقض نماید منجر به عدم استقرار در حکم قضایی می‌شود و اضطراب بوجود می‌آید، چون حکم قضایی یک مسأله مهمی است و ممکن است در دو مسأله یکسان، احکام مختلف صادر شود (سعیدی، التلخیص و حکمه فی الفقه الإسلامی، ۹؛ میمان، ۱۲).

۷) اینکه در قواعد شرعی دقت لازم به عمل آید و تلفیق خلاف قواعد شرعی نباشد (عتیبی، ۹).

۸) تلفیق، خلاف مقاصد و اهداف شریعت نباشد (همو، ۹)

۹) تلفیق باعث بازیچه شدن مسائل شرعی و عبث بودن احکام نگردد (همو، ۹).

۱۰) تلفیق بایستی در مقام عفو باشد نه در مقام قصد. یعنی به قصد و عمدتاً دنبال تلفیق نباشد، بلکه هنگامی که شخص دچار حرج و سختی شد به سراغ تلفیق رفته باشد (سعیدی، التلخیص و حکمه فی الفقه الإسلامی، ۱۰).

۱۱) اینکه واقعاً نیاز و ضرورت تلفیق وجود داشته باشد، هر چند که عالمانه و از روی قصد باشد. (سعیدی، التلخیص و حکمه فی الفقه الإسلامی، ۹؛ امیرپادشاه، ۴/۲۵۳) شفشای نیز این نظر را اختیار کرده است (البانی، ۱۱۲).

۱۲) در تلفیق بین مذاهب قولی به دست نیاید که مجتهدین بر بطلان آن اتفاق نظر داشته باشند. به عبارتی منجر به تلفیقی نشود که هیچ مجتهدی قائل به صحت آن نباشد. قرافی، رویانی، ابن دقیق العید و عز بن عبدالسلام به این شرط قائل شده‌اند (میمان، ۱۱).

۴. قول راجح

بررسی اقوال یاد شده و ادله آنها نشان می‌دهد که قول راجح، قول سوم است که تلفیق را با شروط و ضوابطی جایز دانسته است، و آن شروط هم به راهی منتهی می‌شود که هم مانع تلفیق ممنوع و باطل می‌شود و هم از تلفیق مجاز و موافق شرع جلوگیری نمی‌کند.

و اسبابی که سبب ترجیح این قول می‌شود عبارتند از:

۱- قوی بودن دلایل کسانی که معتقد به جواز تلفیق هستند.

۲- ضعیف بودن دلایل کسانی که معتقد به منع مطلق تلفیق هستند.

۳- اجماعی که در مورد منع تلفیق ادعا شده است غیر واقعی است. چون بین علما اختلاف وجود

دارد، چنانچه اجماعی وجود داشت، اختلافی وجود نداشت، پس حال که تا این اندازه اختلاف است اجماعی وجود ندارد.

- ۴- اینکه گفته می‌شود تلفیق سبب ایجاد محظورات می‌شود، این مسأله را می‌توان با اشتراط شروط و ضوابط، رفع نمود، در این صورت، تلفیق، سبب بوجود آمدن محظورات نخواهد شد.
- ۵- اگر ممنوعیت مطلق تلفیق، ترجیح داده شود مردم در حرج و سختی و مشقت قرار می‌گیرند و این ممنوعیت تلفیق با روح شریعت و مقاصد آن همخوانی ندارد.

نتیجه‌گیری

- ۱- برای مجتهد مطلق جایز نیست که در بین مذاهب تلفیق ایجاد نماید.
- ۲- برای عامی یعنی کسی که به درجه اجتهاد نرسیده است (هر چند که در علوم دیگر متخصص باشد) جایز است، از اهل علم سؤال کرده و از آنها تقلید نماید.
- ۳- تلفیق در آنچه که منجر به از بین رفتن پایه‌های شریعت شده، سیاست و حکمت آن را از بین ببرد، ممنوع است.
- ۴- تلفیق در هر آنچه که منجر به تقویت پایه‌های شریعت گشته و حکمت و سیاست شریعت را برای سعادت مردم در هر دو دنیا با آسان کردن عبادات و حفظ مصالح آنها در معاملات رعایت کند، جایز و مطلوب است.
- ۵- تلفیق تا زمانی جایز است که در آن مسأله تمام شروط مذاهب تقلید شده رعایت گردد.
- ۶- از بزرگترین انگیزه‌های فقها در جایز دانستن تلفیق، ضرورت و نیاز به تلفیق، ضعف ایمان و حال طلب کنندگان فتوی و به صحت رساندن عبادات و معاملات طلب کنندگان فتوی می‌باشد.

منابع

- آلبانی، محمد سعید، *عمدة التحقیق فی التقلید والتلفیق*، دمشق، دار القادری، ۱۴۱۸ ق.
- آمدی، علی بن محمد، *الاحکام فی اصول الاحکام*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۴ ق.
- ابن امیر الحاج، محمد بن محمد، *التقریر والتحبیر*، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۶ م.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، بی‌تا.
- ابن بدران، عبدالقادر، *العقود الیاقوتیه جید الاسئلة الكويتیه*، کویت، مکتبه السداوی، ۱۴۱۳ ق.
- ابن حجر هیتمی، احمد بن محمد، *تحفة المحتاج الی شرح المنهاج*، بیروت، دار احیاء تراث العربی، بی‌تا.
- _____، *الفتاوی الفقهیه الکبری*، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی‌تا.

ابن حزم، علی بن احمد، *مراتب الاجماع فی العبادات والمعاملات والاعتقادات*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ ق.

ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین، *معالم الاصول*، تهران، ۱۳۷۸ ق.

ابن صلاح شهر روزی، عثمان بن عبدالرحمن، *ادب المفتی والمستفتی*، عالم الکتاب، ۱۴۰۷ ق.

ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *حاشیه ردالمحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۳۹۹ ق.

_____، *ردالمحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۹۹۴ م.

ابن عبدالسلام، عزالدین، *قواعد الاحکام فی مصالح الانام*، قاهره، مکتبه کلیات الازهریه، ۱۴۱۱ ق.

ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، بیروت، دارالجلیل، ۱۳۹۲ ق.

ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، *المغنی*، جلد ۴، ریاض، دار عالم الکتاب، ۱۴۰۶ ق.

ابن قیم جوزی، محمد بن ابی بکر بن ایوب، *اعلام الموقعین*، ریاض، دار ابن الجوزی، ۱۴۲۳ ق.

ابن ملاً فروخ، محمد بن عبدالعظیم، *القول السدید فی بعض مسائل الاجتهاد والتقلید*، کویت، دارالدعوه، ۱۹۸۸ م.

ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.

ابن نجار، محمد بن احمد، *شرح الکوکب المنیر*، قاهره، مکتبه عیبکان، ۱۴۱۸ ق.

ابن نجیم، زین الدین، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.

ابن همام، محمد بن عبدالواحد، *شرح فتح القدر*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۴ ق.

اسنوی، جمال الدین، *زوائد الأصول علی منهاج الوصول*، بیروت، مؤسسة الکتب الثقافیه، ۱۹۹۳ م.

افسری، سالم، *قواعد فقه مذهب شافعی*، تهران، سمت، ۱۳۹۲.

امیر پادشاه، محمد امین بن محمود، *تیسیر التحریر علی کتاب التحریر*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۷ ق.

امین عاملی، محسن، *اعیان الشیعه*، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۳ ق.

باجوری، ابراهیم بن محمد بن احمد، *شرح جوهره التوحید*، حماه، مکتبه الغزالی، ۱۹۷۲ م.

باجی، سلیمان بن خلف، *احکام الفصول*، بیروت، دارالغرب، ۱۴۰۷ ق.

بخاری، محمد بن اسماعیل، *الجامع المسند الصحيح المختصر*، بیروت، دار طوق النجاه، ۱۴۲۲ ق.

بدران، ابوالعینین بدران، *تاریخ الفقه الاسلامی*، بیروت، دارالنهضة العربیه، بی تا.

بن حمید، صالح بن عبدالله، *رفع الحرج فی الشریعة الاسلامیه*، بی جا، دار الاستقامة، بی تا.

تفتازانی، مسعود بن عمر، *شرح التلویح علی التوضیح لمثن التفتیح*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق.

توانا، محمد موسی، *الاجتهاد و مدى حاجتنا الیه*، مصر، دارالکتب الحدیثه، ۱۹۷۲ م.

جصاص، ابوبکر بن علی، *احکام القرآن*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.

جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة*، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۹۰ ق.

٧٠	فقه و اصول	شماره ١٢٢
	جوينی، عبدالملك بن عبدالله، <i>البرهان في اصول الفقه</i> ، جامعه قطر، ١٣٩٩ ق.	
	حرّ عاملي، محمد بن حسن، <i>وسايل الشيعة الاسلاميه</i> ، بيروت، دار احياء التراث العربي، ١٣٧٦ ق.	
	حفاوي، محمد ابراهيم، <i>تبصير النجباء بحقيقته الاجتهاد والتقليد والتلفيق والافتاء</i> ، قاهره، دارالحديث، ١٤١٥ ق.	
	حكيم، محمد تقی، <i>الاصول العامه في الفقه المقارن</i> ، تهران، مجمع تقريب مذاهب، بی تا.	
	حلواني، احمد بن اسماعيل، <i>الوسم في الوشم</i> ، رياض، مطبعة نرجس، ١٤٢٦ ق.	
	جلّی، جعفر بن حسن، <i>المختصر النافع</i> ، قم، مؤسسه مطبوعات دينی، بی تا.	
	جلّی، حسن بن يوسف، <i>قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام</i> ، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٣ ق.	
	خرشي، محمد بن عبدالله، <i>شرح مختصر خليل</i> ، بيروت، دارالفكر، بی تا.	
	خمينی، روح الله، <i>استفتائات</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٢٢ ق.	
	خين، مصطفى وهمكاران، <i>الفقه المنهجي على المذهب الشافعي</i> ، تهران، نشر احسان، ١٤١٨ ق.	
	خوانساري، احمد، <i>جامع المدارك في شرح المختصر النافع</i> ، تهران، مكتبة صدوق، ١٣٨٩ ق.	
	دسوقي، محمد بن احمد بن عرفه، <i>حاشيه على الشرح الكبير للدردير</i> ، بيروت، دارالفكر، ١٤١٩ ق.	
	دمياطي، سيدبكري، <i>اعانه الطالبين على حل الفاظ فتح المعين</i> ، بيروت، دار الفكر، بی تا.	
	رازي نجفی، محمد تقی، <i>هداية المسترشدين</i> ، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤٢٩ ق.	
	رحياني، مصطفى السيوطي، <i>مطالب اولي النهي</i> ، بيروت، المكتبة الاسلامي، ١٩٦١ م.	
	رملی، احمد بن احمد، <i>فتاوى الرملی</i> ، بيروت، مكتبة الاسلاميه، بی تا.	
	زحيلي، وهبة مصطفى، <i>الرخص الشرعية احكامها و ضوابطها</i> ، دمشق، دارالخیر، ١٤١٣ ق.	
	_____، <i>اصول الفقه الاسلامي</i> ، دمشق، دارالفكر، ١٤١٨ ق.	
	_____، <i>الفقه الاسلامي وادلته</i> ، دمشق، دار الفكر، ١٩٩٦ م.	
	زرقاني، عبد الباقي بن يوسف، <i>شرح زرقاني على مختصر سيدي خليل</i> ، بيروت، ١٣٠٧ ق.	
	زركشي، محمد بن بهادر، <i>البحر المحيط في اصول الفقه</i> ، كويت، دار الصفوة، ١٤١٣ ق.	
	زكريا الانصاري، ابو يحيى، <i>غايه الوصول شرح لب الاصول</i> ، سنندج، نشر علوم القرآن، ١٤١٣ ق.	
	زمخشري، محمود بن عمر، <i>اساس البلاغه</i> ، بيروت، دارالكتب العلميه، ١٤١٩ ق.	
	زيدان، عبدالكريم، <i>الوجيز في اصول الفقه</i> ، تهران، نشر احسان، ١٤٢٧ ق.	
	سالم، جابر عبد الهادي، <i>التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول</i> ، اسكندريه، دارالجامعة الجديدة، ٢٠٠٥ م.	
	سبكي، عبد الوهاب بن علي، <i>الاشباه والنظائر</i> ، بيروت، دارالكتب العلميه، ١٤١١ ق.	
	_____، <i>جمع الجوامع</i> ، بيروت، دارالكتب العلميه، ١٤٢٤ ق.	
	سعيدى، عبد الله بن محمد، <i>التلفيق و حكمه في الفقه الإسلامى</i> ، رياض، دانشگاه ملك سعود، بی تا.	

- سعيدى، يحيى، *مراعاة الخلاف فى المذهب المالكي*، رياض، مكتبة الرشد، ١٤٢٤ ق.
- سقاريني، محمد بن احمد بن سالم، *التحقيق فى بطلان التلفيق*، رياض، دار الصميعي، ١٤١٨ ق.
- سهالوى الكنوى، محمد بن نظام الدين، *فواتح الرحموت*، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤٢٣ ق.
- سيوطى، عبدالرحمن بن ابى بكر، *الاشباه والنظائر*، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٠ م.
- شاطبى، ابراهيم بن موسى، *الاعتصام*، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١١ ق.
- _____، *الموافقات فى اصول الشريعة*، سعودى، دار بن عفان، ١٤١٧ ق.
- شافعى، محمد بن ادريس، *الام*، لبنان، دارالمعرفة، چاپ دوم، ١٩٧٣ م.
- شربيني الخطيب، محمد بن محمد، *مغنى المحتاج*، بيروت، داراحياء التراث الاسلامي، بى تا.
- شفشاونى، عبدالقادر بن عبدالكريم، *سعد الشموس والأقمار*، مصر، مطبعة المصرية، ١٣٠٤ ق.
- شمس الاثمه سرخسى، محمد بن احمد، *المبسوط*، بيروت، دارالفكر، ١٤٢١ ق.
- شنقيطى، باب بن شيخ، *ارشاد المقلدين عند اختلاف المجتهدين*، بيروت، دار ابن حزم، ١٤١٨ ق.
- شنقيطى، محمد امين بن مختار، *شرح مراقى السعود المسمى شرالورود*، مكه مكرمه، دار عالم الفوائد، ١٤٢٦ ق.
- شوكاني، محمد بن على، *ارشاد الفحول*، بيروت، دار الكتاب العربى، ١٤١٩ ق.
- شهيد اول، محمد بن مكى، *القواعد والفوائد*، قم، منشورات مكتبه المفيد، بى تا.
- _____، *اللمعة الدمشقيه*، قم، دارالفكر، ١٤١١ ق.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على، *نهايه المرام*، قم، مؤسسه نشر الاسلامى، ١٤٢٠ ق.
- شيرازى، ابراهيم بن على، *اللمع فى اصول الفقه*، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤٢٤ ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهرالكلام فى شرح شرايع الاسلام*، تهران، مكتبه الاسلاميه، ١٤٠٤ ق.
- طباطبايى قمى، تقى، *الانوار البهيّة فى القواعد الفقهيه*، قم، نشر محلاتى، ١٣٧٨.
- طباطبايى، على بن محمد، *رياض المسائل فى بيان الاحكام بالدلائل*، بيروت، دارالهادى، ١٤١٢ ق.
- طوسى، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، مؤسسه نشر الاسلامى، ١٤١٧ ق.
- عتيبى، غازى بن مرشد بن خلف، *التلفيق بين المذاهب الفقهيه*، سعودى، دانشگاه ام القرى، بى تا.
- عدوى، على صعيدى، *حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب الربانى*، بيروت، دارالفكر، بى تا.
- عطار، حسن، *حاشيه العطار على شرح المحلى*، بيروت، دارالكتب العلمية، ٢٠١١ م.
- علم الهدى، على بن حسين، *رسائل الشريف المرتضى*، قم، مطبعه خيام، ١٤٠٥ ق.
- علوى شنقيطى، عبدالله بن ابراهيم، *نشرالبنود*، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤٠٩ ق.
- غزالى، محمد بن محمد، *المستصفى*، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣ م.
- غنيمى الميدانى، عبدالغنى، *اللباب فى شرح الكتاب*، بيروت، دارالمعرفة، ١٤١٨ ق.
- فاضل آيى، حسن بن ابى طالب، *كشف الرموز*، قم، مؤسسه نشر اسلامى، بى تا.

٧٢	فقه و اصول	شماره ١٢٢
فخر رازی، محمد بن عمر، <i>المحصلون فی علم اصول الفقه</i> ، بیروت، مؤسسة الرسالة، بی تا.		
فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، <i>قاموس المحيط</i> ، بیروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨ م.		
قاسمی، محمد جمال الدین، <i>الفتوی فی الاسلام</i> ، بیروت، دار الکتب العلمیه، ١٩٨٦ م.		
قرافی، احمد بن ادريس، <i>نفائس الاصول</i> ، مکه مکرمه، مکتبه نزار الباز، ١٩٩٥ م.		
قلیوبی، احمد بن سلامه و عمیره، احمد برلسی، <i>حاشیه قلیوبی و عمیره</i> ، مصر، مکتبه البابي، ١٩٥٦ م.		
کاسانی، ابوبکر بن سعود، <i>بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع</i> ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤١٧ ق.		
ماوردی، علی بن محمد، <i>الحاوی فی فقه الشافعی</i> ، بیروت، دار الکتب العلمیه، ١٤١٤ ق.		
محقق داماد، مصطفی، <i>قواعد فقه</i> ، تهران، انتشارات سمت، ١٣٧٤.		
مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، <i>تاج العروس من جواهر القاموس</i> ، مطبعة الكويت، ١٣٨٥ ق.		
مرتضی، احمد بن یحیی، <i>شرح الازهار</i> ، صنعاء، موسسه امام زید بن علی، بی تا.		
مرغینانی، علی بن ابی بکر، <i>الهدایه شرح بدایه المبتدی</i> ، بیروت، مکتبه الاسلامیه، بی تا.		
مطیعی، محمد بخیت، <i>التلفیق فی العبادہ</i> ، قاهره، دار الافتاء، ١٩١٩ م.		
_____، <i>سلم الوصول لشرح نهاية السؤل</i> ، قاهره، دار الفاروق، ٢٠١١ م.		
معلمی، عبدالرحمن، <i>التتکیل بما فی تأنیب الکوثری من الاباطیل</i> ، ریاض، مکتبه معارف، ١٤٠٦ ق.		
منظمه المؤتمر الاسلامی، <i>مجله مجمع فقه اسلامي</i> ، جدّه، بی تا.		
میمان، ناصر بن عبد الله، <i>التلفیق فی الاجتهاد والتقلید</i> ، ریاض، مجله العدل، ١٤٣٣ ق.		
نابلسی، عبدالغنی، <i>خلاصة التحقيق فی بیان حکم التقليد والتلفیق</i> ، استانبول، مکتبه حقیقه، ١٤٣٢ ق.		
نووی، یحیی بن شرف، <i>المجموع شرح المهدب</i> ، بیروت، دارالفکر، بی تا.		
_____، <i>روضة الطالبین و عمده المفتین</i> ، بیروت، المکتب الاسلامی، بی تا.		
وزارت اوقاف و شئون اسلامی کویت، <i>موسوعة الفقهية الكويتية</i> ، دارالصفوة، ١٤١٢ ق.		
هنیه، مازن اسماعیل، <i>التلفیق وتبع الرخص</i> ، دانشگاه اردن، پایان نامه کارشناسی ارشد، ١٤١٢ ق.		
هیتو، محمد حسن، <i>الوجیز فی اصول التشریع الاسلامی</i> ، بیروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١ ق.		



کاوشی در حل نسبت تعارض نمایی قاعده «لا حرج» با اعمال حرجی اسلام؛ پاسخ‌ها و تحلیل‌ها*

دکتر سید جعفر علوی گنابادی^۱

استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: alavi.s.j@gmail.com

علی اکبر حبیبی مهر

دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: aliakbarhabibyimehr@gmail.com

چکیده

قاعده نفی حرج یکی از کارآمدترین و مهمترین قواعد فقهی به لحاظ کاربرد در ابواب گوناگون فقه است. عمومیت این قاعده با احکام مشقت‌زا و حرجی که در دین وجود دارد؛ ناسازگار می‌نماید. از این رو نوشتار حاضر در پی پاسخ به این سؤال برآمد که چگونه می‌توان هم ادله احکام مشقت‌آمیز را پذیرفت و هم ملتزم به نفی احکام حرجی در دین شد؟ نتایج این نوشتار که به شیوه توصیفی-تحلیلی و روش کتابخانه‌ای تهیه شده است؛ نشان می‌دهد از مجموع پاسخ‌های مطرح شده به این شبهه، چهار رویکرد قابل ارائه است: نپذیرفتن وجود احکام حرجی در دین (اشکال صغروی)، نپذیرفتن شمول بدون تخصیص قاعده (اشکال کبروی)، تصرف در معنای «حرج» و نپرداختن به اصل شبهه. در میان همه پاسخ‌ها، نظریه «تخصیص قاعده نفی حرج»، پاسخی مناسب و بدون اشکال است. سایر جواب‌ها یا اساساً مخدوش است و یا نیازمند قرائن و شواهد مکمل و از این رو نمی‌توان آن‌ها را به عنوان پاسخی مستقل، پذیرفت.

کلیدواژه‌ها: حرج، نفی حرج، قاعده لا حرج، تعارض با احکام حرجی.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۱۰/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۸/۰۲/۰۸.

۱. نویسنده مسئول

A Research to Resolve the Apparent Conflict between the La Haraj Rule and the Harsh Acts of Islam; Answers and analyzes

Sayyed Jafar Alavi Gonabadi, Ph.D. Assistant Professor, Razavi University of Islamic Sciences (Corresponding Author)

Ali Akbar Habibi Mehr, Ph.D. Student of Quran and Hadith Sciences, Razavi University of Islamic Sciences

Abstract

The rule of negation of hardship is one of the most efficient and important jurisprudential rules in terms of application in various fields of jurisprudence. The generality of this rule seems to be incompatible with the troublesome and harsh rulings that exist in religion. Therefore, the present article seeks to answer the question of how one can both accept the proofs of the harsh rulings and commit oneself to rejecting the harsh rulings in religion. The results of this article which has been prepared through a descriptive-analytical and library method show that out of the total number of answers to this doubt, four approaches can be presented: rejecting the existence of harsh rulings in the religion (minor premise problem), not accepting the generality of the rule without restriction (major premise problem), modifying the meaning of Haraj (constriction) and not addressing the doubt itself. Among all answers, the doctrine of “restriction of the negation of constriction rule” is a suitable and perfect answer. Other answers are either essentially defective or require complementary evidence and therefore cannot be accepted as an independent answer.

Keywords: Hardship, Negation of Haraj, La Haraj Rule, Conflict with Harsh Rules

مقدمه

بدون تردید یکی از کارآمدترین و مهمترین قواعد فقهی به لحاظ کاربرد فراوان آن در ابواب مختلف فقه، قاعده نفی حرج است. شاید بدین جهت اصل این قاعده، امری مسلم تلقی شده و کمتر کسی به اثبات آن پرداخته است.

با وجود این، یک شبهه مهم و اساسی در مورد این قاعده- و با اندکی تغییر نسبت به قاعده لاضرر- مطرح است که برخی را تا وادی تردید نسبت به صحت اصل قاعده پیش برده است (حر عاملی، الفصول المهمة، ۱/ ۶۲۶).

در این نوشتار برآنیم با بیان این شبهه و گردآوری پاسخ‌های ارائه شده، هر یک را بررسی نموده، در پایان صحیح‌ترین پاسخ را برگزینیم.

قبل از تبیین شبهه، یادکرد این نکته سزامند است که به عنوان پیشینه مسئله پیش‌روی، می‌توان به کتاب‌های فقهی که هر یک به برخی از پاسخ‌ها پرداخته‌اند^۱ و نیز بعضی مقالات مانند مقاله «قاعده نفی عسر و حرج» که گذرا (در حد دو صفحه) پاسخی اجمالی داده (موسوی، ۳۹ و ۴۰) و مقاله «رفع حرج در شریعت اسلام» که تنها به واکاوی یک پاسخ به این اشکال پرداخته است، اشاره کرد (صانعی، ۲۹۳-۲۸۹).

مسئله پیش از بیان شبهه، توضیح مختصری درباره مفاد این قاعده لازم است. لذا به عنوان مقدمه و به‌طور گذرا بدان اشاره می‌شود:

مفاد قاعده نفی حرج

بر اساس قاعده نفی حرج، هر حکمی در شریعت که امتثال آن موجب سختی و مشقت فراوان برای مکلف شود، برداشته شده است (بجنوردی، ۱/ ۲۵۰). منظور از «فعل حرجی» آن عمل مشقت‌زایی است که اولاً از حد توان مکلف، خارج نباشد؛ ثانیاً موجب اختلال نظام نشود؛ و ثالثاً موجب وارد آمدن ضرر بدنی و مالی نشود (مکارم شیرازی، ۱/ ۱۶۰).

بدین ترتیب عمومیت ادله احکام که مورد حرج را هم شامل می‌شود؛ تنها به مواردی محدود می‌شود، که به حرج نینجامد.

بیان شبهه

عمومیتی که در این قاعده وجود دارد، بیان‌گر رفع تمامی احکام حرجی است، ولی به یقین در شریعت، احکام مشقت‌زا و حرجی مانند وجوب روزه در روزهای گرم، حج، جهاد و... وجود دارد.

۱. در ادامه به این منابع اشاره شده است.

بدین‌سان چگونه می‌توان هم این ادله را پذیرفت و هم ملتزم به نفی تمام احکام حرجی در دین شد؟ به دیگر سخن، چگونه می‌توان بین این ادله و ادله نفی حرج جمع کرد؟ (نراقی، ۱۸۷) در حالی که از دیگر سوی دانسته‌ایم که به خاطر طرح برخی اشکالات نسبت به تخصیص، به راحتی نمی‌توان ملتزم به این نوع از جمع شد.^۱

در این مجال برای سهولت در فهم و نقد پاسخ‌ها، می‌توان این شبهه را در قالب یک قیاس منطقی چنین بیان نمود:

صغری: انجام این افعال (مانند جهاد، حج و...) موجب حرج است. (به دلیل عرف و وجدان)

کبری: هر چه موجب حرج باشد، حکم الزامی شرعی ندارد. (مفاد قاعده نفی حرج)

نتیجه: بنابراین، انجام این افعال، حکم الزامی شرعی ندارد.

با این حال می‌بینیم در لسان عموم فقیهان حتی کسانی که حجّیت قاعده نفی حرج را پذیرفته‌اند، این افعال دارای حکم الزامی است (شهید ثانی، ۷/۳؛ مکارم‌شیرازی، ۱/۱۸۸-۱۸۷). این تناقضی که بین نتیجه قیاس و نظر عالمان است؛ چگونه باید حل شود؟ بطلان مزبور، ناشی از چیست؟! آیا صغری مخدوش است یا کبری؟ یا شکل قیاس، مقبول نیست؟ اما از آنجا که شکل قیاس درست است؛ بنابراین یا صغری باید نادرست باشد یا کبری.

دیدگاه‌های گونه‌گون در پاسخ به شبهه یاد شده

مجموع پاسخ‌ها به این شبهه را می‌توان در ضمن چهار رویکرد بیان کرد:

الف) پاسخ از طریق اشکال صغروی.

ب) پاسخ از طریق اشکال کبروی.

ج) پاسخ از طریق عدم تکرار حد وسط.

د. پذیرش اشکال و توقف در مسئله و یا تمام ندانستن ادله قاعده.

این نوشتار نیز به ترتیب مذکور، هر پاسخی را در ضمن عنوان مرتبط، مطرح نموده و به نقد و بررسی آن می‌پردازد:

رویکرد اول: پاسخ از طریق اشکال صغروی

رویکرد اول از سوی اندیشمندانی است که به صغرای قیاس اشکال نموده‌اند. پاسخ‌های آنها به همراه نقد کلامشان آورده می‌شود:

۱. این اشکالات در همین نوشتار به تفصیل بیان شده است.

پاسخ اول همراه با نقد

برخی بر این باورند که ملاک حرجی نبودن یک عمل آن است که غالب مردم، آن عمل را بدون پاداش یا به خاطر پاداش اندکی انجام دهند (طباطبایی، مهدی، ۱۱۹-۱۱۸) از سوی دیگر واجباتی که حرجی شمرده شده‌اند جزء کارهایی است که غالباً مردم آن را بدون اجر و مزد انجام می‌دهند؛ مانند جنگ‌هایی که به خاطر تعصب صورت می‌پذیرد. در برخی موارد هم در برابر پاداش ناچیز، حاضر به انجام عملی می‌شوند. البته مواردی نیز وجود دارد که مردم به دلیل سختی و مشقت فراوان، آن را مرتکب نمی‌شوند، مانند ریاضت نفس و پرهیز از تمام مباحات و... لیک این موارد در شرع مقدس واجب شمرده نشده است. به عبارت دیگر، آنچه واجب است؛ حرجی نیست و آنچه حرجی است؛ واجب به شمار نمی‌آید. بنابراین صغرای قیاس (یعنی واجباتی از قبیل جهاد و... حرجی است)، مورد قبول نیست؛ زیرا ملاک حرجی بودن را ندارد (همو)

بر این پاسخ، نقدهایی مطرح است که پیش از پرداختن به آنها، نخست جواب را در یک شکل منطقی (قیاس) مطرح می‌کنیم:

صغری: امثال واجباتی را که حرجی می‌دانید، مردم بدون عوض یا به خاطر عوض اندکی انجام می‌دهند.

کبری: هر عملی را که مردم بدون عوض یا عوض اندکی انجام می‌دهند، حرجی نیست.

نتیجه: بنابراین، امثال این واجبات، حرجی نیست.

اگر اعمالی مشابه نمونه‌های مورد بحث، در نظر عرف حرجی نباشد، خود آن موارد هم عرفاً حرجی نخواهد بود؛ چه اینکه در صعوبت و سختی متحدند.

در مجموع می‌توان هفت اشکال برای پاسخ اول مطرح کرد:

اول. صغرای قیاس قابل پذیرش نیست؛ زیرا مردم واجباتی مانند جهاد، حج و... را بدون عوض یا به خاطر عوض اندک، انجام نمی‌دهند، بلکه انگیزه آنها ترتب ثواب و عقاب بر آنهاست و اگر ثواب و عقابی بر فعل یا ترک آنها مترتب نبود، به راحتی واجبات یاد شده را ترک می‌کردند (نراقی، ۱۸۹).

یادکرد این نکته لازم است که صاحب فوائد، ادعا نکرده است که مردم خود این واجبات (جهاد و...) را بدون پاداش یا با پاداش اندک انجام می‌دهند، تا مستقیماً این ادعا را رد کنیم، بلکه اعمالی مشابه این واجبات را چنین می‌داند. بنابراین مناسب‌تر این است که در جواب صاحب فوائد گفته شود: بر فرض، مثال‌های شما (جنگیدن به جهت تعصب) بدون اجر و مزد یا با اجر اندک باشد، ولی مردم معمولاً واجبات مورد بحث را بدون هیچ نفعی یا به جهت مسأله‌ای ناچیز مرتکب نمی‌شوند. (همو)

دوم. کبرای قیاس نیز باطل است؛ زیرا انجام عملی بدون عوض یا با عوضی اندک توسط مردم، نمی‌تواند ملاک مناسبی برای خرجی نبودن یک عمل باشد. در بسیاری از موارد به خاطر اهداف و مقاصدی که هست، چه بسا کارهایی بسیار مشکل را انجام دهند، گرچه به ظاهر عوضی را هم دریافت نکنند. به عنوان مثال در جنگیدن به خاطر تعصب، با اینکه عوض و پاداش مورد نظر در کار نیست، ولی مشقت و سختی عمل واضح است. این عمل واقعاً دارای مشقت و خرج است؛ چه اجر و مزدی داشته باشد و چه نداشته باشد.

سوم. همین افرادی که گفته می‌شود امثال این اعمال را انجام می‌دهند، خود این اعمال را خرجی و دارای مشقت و رنج می‌دانند. (ملاک خرجی بودن نیز صدق عرفی است). (همو)

چهارم. می‌توان به دلالت اولویت خرجی بودن این مثال‌ها را ثابت کرد، زیرا در کلمات فقها و حتی روایات، مواردی وجود دارد که افعالی خرجی معرفی شده و انجام آن بدین جهت، منتفی اعلام شده است؛ که بسیار سهل‌تر از این مثال‌هاست. پس به طریق اولی، این مثال‌ها که دارای مشقت بیشتری است، خرجی محسوب شده، حکم الزامی در آنها منتفی است (همو)

پنجم. با محدود کردن قلمرو این قاعده به امثال ریاضت نفس و پرهیز از تمام مباحات و...، مخالفتی آشکار با استدلال‌های مکرر ائمه (به این قاعده برای نفی بسیاری از احکام دیگر شده است. به عبارت دیگر، سید بحرالعلوم با جوابی این‌گونه به شبهه مورد بحث، خود را درگیر اشکال سخت‌تری می‌کند و آن اینکه به چه دلیل در برخی از مواردی که به بیان ایشان خرجی نیست، ائمه برای نفی حکم به این قاعده تمسک کرده‌اند؟ (مکارم شیرازی، ۱/ ۱۸۹).

تفاوت این اشکال با اشکال چهارم در این است که در اشکال چهارم گفته می‌شود: حکم مواردی بسیار ساده‌تر از امثال حج و... به وسیله دلیل روایی (به خاطر خرج) برداشته شده است؛ پس حج و... هم باید خرجی باشد. ولی در توضیح اشکال پنجم می‌توان گفت: بر فرض موارد مطرح شده در روایات ساده‌تر هم نباشد، بالاخره با ملاکی که صاحب فوائد برای خرجی بودن یک فعل ذکر کرد؛ سازگار نیست.

ششم. پاسخ مزبور با فهم و استناد فقیهان ناسازگار است؛ زیرا آنان مصادیق خرجی را بسیار وسیع‌تر از نظر ایشان می‌دانند.

راجع به اشکال ششم باید توجه داشت چنانچه مراد مستشکل از مخالفت برداشت سید بحر العلوم با فهم فقیهان، همان مخالفت با فهم عرف است و استناد فقیهان را به عنوان یک اماره در نظر گرفته است، اشکال واردی است؛ در غیر این صورت این اشکال، دلیل کامل و مستقلاً بر رد سید نیست؛ بلکه فقط وجه ضعفی برای آن محسوب می‌شود، زیرا مخالفت با فقها، نمی‌تواند دلیل بطلان نظریه‌ای باشد؛ مگر

این که اجماع یا شهرت باشد و آن شهرت را هم حجت بدانیم.

هفتم. بر اشکال‌های شش‌گانه قبل می‌توان اشکال هفتمی را هم افزود مبنی بر اینکه بر خلاف نظر صاحب فوائد، بعضی از آیات، ظهور در وجود تکالیف حرجی دارند؛ مانند آیه «لَقَدْ تَابَ اللَّهُ عَلَى... الَّذِينَ اتَّبَعُوا فِي سَاعَةِ الْعُسْرَةِ مِنْ بَعْدِ مَا كَادَ يَزِيغُ قُلُوبُ فَرِيقٍ مِنْهُمْ...» (توبه: ۱۱۷) که شیخ طوسی در تفسیر آن گوید: «و «العسرة» صعوبة الامر و كان ذلك في غزوة تبوك لأنه لحقهم فيها مشقة شديدة من قلة الماء...» ««العسرة» سختی امر است. این مسأله در جنگ تبوک پیش آمد؛ چه اینکه سختی شدیدی از جهت کمبود آب به مسلمانان رسید...» (التبيان في تفسير القرآن، ۳۱۴/۵) و طبعاً با وجود این سختی‌ها، تکلیف جهاد هم بوده است.

بنابراین می‌توان گفت جواب اول در مجموع به خاطر دارا بودن هفت اشکال، جواب مناسبی نیست.

پاسخ دوم همراه با نقد

در این جواب نیز صغرای شبهه مورد بحث، پذیرفته نمی‌شود. با این توضیح که حرجی بودن هر فعلی به عوامل خارجی وابسته است. چه بسا عملی به خاطر عارضه خارجی (که به ذات آن مربوط نیست) حرجی شود و با در نظر نگرفتن آن عارضه، غیر حرجی محسوب شود. از مسائل مؤثر در سهولت یک عمل، پاداش و جزای فراوان است؛ یعنی اگر در مقابل انجام کاری به ظاهر سخت، اجر و مزد فراوانی قرار دهند، آن عمل از سختی خارج و تبدیل به عملی سهل می‌گردد.

با ذکر این مقدمه و توجه به این نکته که خداوند متعال ممکن است به خاطر یک تکلیف، پاداشی ده برابر (انعام: ۱۶۰) یا بیشتر و حتی بی حساب (زمر: ۱۰) عنایت فرماید، می‌توان گفت: هر تکلیفی که از سوی خداوند صادر می‌گردد؛ اجر وافر دارد و هر چه اجر فراوان داشته باشد، حرجی نیست. بنابراین همه تکالیف الهی، غیر حرجی هستند؛ گرچه جهاد و حج و... باشد؛ زیرا با پاداش فراوانی معاوضه می‌شوند. بنابراین پاسخ، صغرای شبهه اصلی مخدوش می‌شود.^۱ (نراقی، ۱۹۰) در ضمن براساس این نظریه، اگر دلیلی بر رفع یک تکلیف به خاطر مشقت اقامه شد، می‌توان فهمید که آن عمل ثواب و پاداش درخور توجهی نداشته است.

محقق اصفهانی نیز مشابه همین پاسخ را با عبارت دیگری بیان کرده است: مراد از حرج در این قاعده، حرج نوعی است؛ یعنی اگر تکلیفی برای اغلب مردم حرجی بود، آن تکلیف برداشته می‌شود و جهاد (که به عنوان بارزترین نمونه تکالیف حرجی مطرح است)، برای اکثر مردم حرجی نیست، چون به وسیله آن، ننگ و عاری را از خود و خطر جانی و عرضی را از اهل و اقوام خود بر طرف می‌کنند و علاوه بر آن، اجر و

۱. این پاسخ با کمی اختلاف از صاحب فصول نیز نقل شده است که در جواب چهارم ذکر شده است.

پاداش زیادی هم نصیبشان می‌گردد. به همین جهت بیشتر مردم، جهاد را سهل و آسان می‌شمارند (اصفهانی، ۳۳۴).

گفتنی است در پاسخ دوم، پاداش فراوان به طور کلی و نسبت به هر فعلی، رافع فعلِ حرجی دانسته شده است. در مقابل این نظریه، بعضی، اجر و مزد را فقط داعی و انگیزه فعل می‌دانند و مانعیت آن را برای صدق عسر و حرج، به طور عموم، نفی می‌نمایند (مکارم‌شیرازی، ۱/ ۱۹۲). در این بین، هستند کسانی که راه میانه را برگزیده و به باور تفصیل رفتند به این بیان که، گرچه در همه موارد، جزای وافر نمی‌تواند عنوان حرجی بودن را از یک فعل بردارد، ولی در برخی موارد این امکان وجود دارد و عرفاً نیز به خاطر پاداش، حرج صادق نیست. بنابراین با توجه به سهولت و صعوبت فعل، گاهی جزای وافر، رافع عنوان حرجی است و گاهی خیر. (حسینی مراغی، ۱/ ۳۰۱) هرآینه ناگفته نماند، با اینکه صاحب عناوین این تفصیل را مطرح می‌کند، ولی به نظر وی، تمام تکالیف شرعی از نوع اول است، یعنی صعوبت هیچ تکلیفی به آن اندازه نیست که پاداش فراوان، نتواند عنوان عسر و حرج را از آن بردارد (همو، ۱/ ۱۹۲).

افزون بر نکته پیشین، در نقد این پاسخ باید گفت: اولاً، ملاکی که برای حرجی بودن ذکر شد، پذیرفته نیست. اجر فراوان نمی‌تواند حرجی بودن عملی را بر دارد، زیرا این مسأله عرفی است و جهاد که در واقع، در معرض خطر قرار دادن عزیزترین سرمایه است یا قطع عضو و... در عرف، امری حرجی محسوب می‌شود (نراقی، ۱۹۰)^۱

ثانیاً، در این صورت بین این قاعده و دلایل احکام هیچ تعارضی نخواهد بود؛ زیرا مفاد قاعده چنین می‌شود: هر جا که پاداش نباشد، تکلیفی هم جعل نشده است و به مواردی که تکلیف جعل شده است؛ کاری ندارد. با اینکه می‌بینیم فقیهان در تعارض این دو، بحث‌های گونه‌گونی مطرح کرده‌اند (مکارم‌شیرازی، ۱/ ۱۹۲).

ثالثاً، تمسک به این قاعده هیچ دستاوردی نخواهد داشت و نمی‌توان از آن استفاده‌ای کرد؛ زیرا هر تکلیفی گرچه با مشقت فراوان، یقیناً باید اجر زیادی داشته باشد که با وجود آن هم حرج صادق نیست. بنابراین موضوعی برای تمسک به این قاعده باقی نمی‌ماند. در موردی هم که تکلیف ثابت نیست - هر چند مشکوک باشد - به خودی خود برای اثبات عدم تکلیف، نیازی به قاعده نفی حرج نخواهد بود (نراقی، ۱۹۰).

۱. برخی ضمن طرح همین اشکال، به عنوان شاهد بر آن گویند: نسبت به ثبوت تکالیف حرجی، بعضی آیات ظهور و پاره‌ای از روایات صراحت دارند و چون از خارج می‌دانیم که بر این تکالیف، اجر شایسته مترتب بوده است؛ پس اجر فراوان نمی‌تواند رافع عنوان حرجی باشد (مکارم‌شیرازی، ۱/ ۱۹۲).

پاسخ سوم همراه با نقد

این پاسخ نیز از جواب‌های رویکرد اول است؛ یعنی به صغرای شبهه نظر دارد که چکیده آن ارائه می‌شود:

دو نکته در صدق عنوان عسر و حرج، مؤثر و قابل دقت است: نخست آنکه غالباً آنچه باعث انطباق عنوان عسر و حرج بر فعلی می‌شود، به استمرار، تکرار خود فعل، کثرت وقوع، همگانی بودن و ندرت خلاصی از آن ارتباط می‌یابد؛ یعنی در بیشتر موارد استمرار یک عمل یا تکرار آن یا... - گرچه آن عمل به خودی خود آسان باشد موجب صدق حرج بر آن می‌شود، نه اینکه خود فعل، مشقت ذاتی داشته باشد. نکته دوم اینکه در برخی از موارد که عملی به خاطر استمرار، تکرار و... یا مشقت ذاتی فعل (که البته کمتر پیش می‌آید) حرجی محسوب می‌شود، به وسیله مبادله با اجر و مزد فراوان، می‌توان این عنوان را برداشت. (گرچه در مواردی هم این امکان وجود ندارد).

با توجه به این دو نکته و با تأملی در تمامی تکالیف الهی، نهایتاً می‌توان چند حالت را برای احکام شرعی تصور کرد:

الف) به خودی خود سهل هستند و از طرف شارع استمرار، تکرار یا هر مسأله‌ای که موجب حرجی شدن آن شود، ضمیمه نشده است. غالب احکام الهی این‌گونه هستند. در این فرض، حرجی نبودن احکام مشخص است.

ب) خود عمل سهل است؛ ولی دارای استمرار، تکرار و... است که باعث حرجی شدن آن می‌گردد.

ج) نفس فعل دارای مشقت ذاتی است و بدون استمرار، تکرار و... نیز عنوان حرج بر آن صادق است.

بر فرض که وجود دو مورد پیشین را در احکام شرعی بپذیریم، این احکام از مواردی هستند که نعمت‌های فراوان و ابدی الهی، عنوان عسر و حرج را از آنها برمی‌دارد؛ بنابراین، صغرای قیاس مستشکل که بعضی احکام شرعی را حرجی می‌دانست، صحیح نیست (همو، ۱/ ۲۹۹-۲۹۸ و ۳۰۱) و برای کامل نمودن پاسخ باید گفت: با توجه به نکته دومی که در ابتدای جواب یاد شد، دو اشکال دیگری که بر پاسخ دوم، وارد بود، نسبت به این جواب قابل طرح نیست؛ زیرا از یک طرف همان‌طور که بیان شد، اعمالی وجود دارد که هر چه اجر و مزد در مقابل آنها قرار داده شود، باز هم عنوان حرج بر آن صادق است. از طرف دیگر، در شریعت عموماتی داریم که مثبت این نوع از تکالیف است؛ بنابراین اگر این قاعده نمی‌بود، دلیلی بر رفع آن تکالیف حرجی نداشتیم و با وجود این قاعده، اولاً بین ادله قاعده و عمومات، تعارض پیش می‌آید. و ثانیاً این قاعده در جهت رفع آن تکالیف، مفید و قابل تمسک است؛ برای نمونه براساس عمومات اجتناب از نجس، در شبهه غیر محصوره نیز، اجتناب لازم است، ولی چون عرفاً حرجی است، به وسیله

این قاعده، تکلیف الزامی رفع می‌شود (همو، ۳۰۱/۱).

اما باید یادآور شویم راجع به این مطلب که از عموم بعضی ادله، تکلیف حرجی استفاده می‌شود و به وسیله قاعده نفی حرج، آن تکالیف رفع می‌شود، سخنی نیست. کلام در ادعایی است که از طرف صاحب عناوین مطرح شد مبنی بر اینکه هیچ یک از تکالیف ثابت شده در شرع مقدس، با در نظر گرفتن پاداش و مزد فراوان، در نظر عرف حرجی محسوب نمی‌شود. این ادعا مورد قبول نیست با ذکر یک مثال و ارجاع مطلب به وجدان، مسأله روشن می‌شود: اگر بقاء دین بستگی به این داشته باشد که فردی ابتدا تک‌تک عزیزانش را از دست بدهد و سپس اعضای بدن خود را، یک به یک فدا نماید، آیا کسی در ثبوت این تکلیف و حرجی بودن آن تردید می‌کند؟ حتی اگر اجر بسیاری هم بر آن مترتب باشد باز هم تردیدی در ثبوت آن تکلیف و در عین حال، حرجی بودن آن وجود ندارد.^۱

ضمن اینکه اگر علم به معاوضه با نعیم ازلی باعث سهولت عملی شود، ارتکاب آن از طرف هر شخصی گر چه مثل ائمه اطهار نباید فضیلتی را برای آنان ثابت کند و نباید فداکاری حضرت سید الشهداء (ع)، آن همه مورد تحسین قرار گیرد. پس با توجه به اینکه این فضائل و تحسین‌ها مناسب با سختی و مشقت فراوان عمل است؛ باید گفت: سختی عمل محفوظ بوده و تقرب و پاداش، فقط انگیزه عمل است (آشتیانی، ۴ و ۵۲).

بنابراین پاسخ صاحب عناوین پذیرفته نیست و شبهه اساسی بحث، بر جای خود باقی است.

پاسخ چهارم همراه با نقد

چهارمین پاسخی که از طریق اشکال صغروی مطرح شده است، ناظر به مصالح تکلیف است. بر این اساس، صدق عسر و حرج با توجه به مصلحت‌هایی که بر یک فعل مرتب است، مختلف می‌شود. ممکن است عملی طاقت‌فرسا به خاطر مصالح فراوان مرتب بر آن، سهل باشد و یا فعلی آسان به جهت کمی چنین مصلحت‌هایی، سخت به شمار آید. بنابراین با توجه به مصالح عظیمی که در بسیاری از افعال هست، نمی‌توان آنها را حرجی دانست. پس قاعده نفی حرج، بدون تخصیص باقی می‌ماند (اصفهانی، ۳۳۴).

در نقد این سخن باید اظهار داشت که اگر چه تفاوت این پاسخ با پاسخ شماره دو، مشخص است - چه اینکه مصلحت با ثواب و پاداش فرق دارد - ولی همان سه اشکالی که در آنجا مطرح شد، بر این جواب

۱. معلوم است که این گونه تکالیف حرجی، خلاف لطف و امتنان الهی نیز نیست؛ زیرا اگر مصلحت در وجود یک تکلیف حرجی باشد، مسلماً رفع آن خلاف امتنان است نه جعل آن (از طریق قاعده لطف هم مسأله حل نمی‌شود) همین مطلب را صاحب مفاتیح الاصول تشبیه می‌کند به اینکه پزشکی برای نجات جان بیمار خود، به او دستور دهد سختی‌های فراوانی را تحمل کند. همان‌طور که این مطلب محظوری ندارد؛ تکلیف حرجی نیز در شرع مقدس، مشکلی ایجاد نمی‌کند (نک: طباطبائی، محمد، ۵۳۲).

هم وارد است. بنابراین، جواب چهارم نیز برای برطرف کردن اشکال، دستاویز مناسبی نیست.

رویکرد دوم: پاسخ از طریق اشکال کبروی

در آغاز این نوشتار بعد از بیان شبهه اصلی، به این مسأله اشاره شد که مجموع پاسخ‌ها به این شبهه را می‌توان با چهار عنوان مطرح کرد. عنوان اول که همان خدشه نسبت به صغرای مستشکل بود؛ مطرح شد و اکنون به دومین عنوان، یعنی مردود شمردن کبرای قیاس (هر تکلیفی که امثال آن موجب حرج شود؛ حکم الزامی ندارد) می‌پردازیم.

پاسخ اول همراه با نقد

برخی در مقام پاسخ به این شبهه گویند: تعارض بین عام و خاص در کتاب و سنت بسیار است؛ همان‌طور که در آن موارد با تخصیص عام به وسیله خاص، بین آنها جمع می‌کنیم، در این بحث نیز قاعده نفی حرج، عام و ادله‌ای که احکام حرجی را ثابت می‌کنند، خاص هستند و به دلالت جمع عرفی، قاعده نفی حرج تخصیص می‌خورد و نیازی به هیچ یک از این تأویل‌ها و توجیه‌ها نیست؛ البته توجه به سه نکته لازم است:

الف) بعضی کثرت تخصیص را امری قبیح، تلقی می‌کنند و چون احکام حرجی بسیار است، تخصیص را نمی‌پذیرند؛ ولی در جواب باید گفت که تخصیص در اینجا ممکن است کثیر باشد، ولی قبیح نیست و در ادله احکام، کثرت تخصیص رایج است؛ مانند: «وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ...» (نساء: ۲۴) با اینکه محرمات بسیاری پیش روی آنها بود.^۱

ب) برخی تخصیص را در این بحث، اکثر می‌دانند و به خاطر قبح تخصیص اکثر، از پذیرش جواب خودداری می‌کنند. در این مورد نیز می‌توان گفت: قبح تخصیص اکثر را قبول داریم، اما اگر توجه به یک مطلب باشد، مشخص می‌شود که در اینجا به هیچ وجه تخصیص اکثر پیش نمی‌آید؛ زیرا موارد حرجی‌ای که تکلیف می‌توانست به آنها تعلق بگیرد بسیار زیاد و حتی نامتناهی است. ابتدا تمام آنها نفی می‌شود و در مقابل، آنچه استثنا می‌شود - گر چه خود زیاد باشد - هیچ‌گاه بیشتر از تکالیف مرفوعه نیست؛ پس تخصیص اکثر لازم نمی‌آید.^۲

ج) استدلال ائمه (و احتجاج فقیهان بر نفی تکلیف به نفی عسر و حرج نیز از باب تمسک به عموم عام در موردی است که دلیلی بر تخصیص آن نداریم و این مطلب از احکام اولیه هر عامی است. (نراقی،

۱. در مورد استشهاد به این آیه، اشکال شده است که در آنجا از باب حصر اضافی است. (نک: مکارم شیرازی، ۱/ ۱۹۳)

۲. البته ناگفته نماند که تخصیص اکثر به عقیده برخی، به خودی خود هیچ قبحی ندارد (داماد، ۲/ ۵۴۰). از دلایل جواز آن می‌توان به وقوع این تخصیص در قرآن مجید اشاره کرد؛ چه اینکه در یک آیه می‌فرماید: «إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنْ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ» (حجر: ۴۲) و در آیاتی دیگر از ابلیس حکایت می‌شود که «... لَأَغْوِيَهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمْ الْمُخْلَصِينَ» (حجر: ۴۰-۳۹)

(۱۹۲-۱۹۳)

ده اشکال درباره این جواب مطرح شده است که به نظر می‌رسد، تمام آنها قابل نقد است. برخی از این نقدها از سوی عالمان دینی مطرح شده است که با ارجاع مربوط، نقل می‌شود و بعضی نیز نقدهایی از جانب نویسندگان است:

۱. پذیرش قول به تخصیص در واقع قبول وجود تکالیف حرجی در دین است؛ در حالیکه رنج و زحمت فوق العاده، خود سبب و انگیزه‌ای بر ترک عمل و مخالفت با آن است و تکلیف کردن به گونه‌ای که عامل و انگیزه مخالفت همراه آن باشد، بر فرد حکیم محال است. بنابراین نمی‌توانیم در شرع مقدس، شاهد تکالیف حرجی باشیم (حسینی مراغی، ۱/ ۲۸۹).

نقد اشکال اول: این اشکال مبتنی بر قاعده لطف است که در نظر مشهور متأخران صحیح نیست.^۱
۲. اگر در عبارت فقها دقت کنیم، می‌یابیم که هر جا به قاعده نفی حرج تمسک کرده‌اند، هیچ اشاره‌ای به تخصیص آن ننموده‌اند، با این که معمولاً هر جا عمومی تخصیص خورده باشد و بخواهند به آن تمسک نمایند، با عباراتی مانند «الا ما خرج بالدلیل» و... به آن اشاره می‌کنند. بنابراین، قول به تخصیص، صحیح نیست. تنها برخی متأخران که در حل شبهه مورد بحث عاجز مانده‌اند، مطالبی را در این جهت بیان کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱/ ۲۸۹-۲۸۶).

نقد اشکال دوم: این مطلب، همان‌طور که مشخص است؛ در نهایت می‌تواند مؤید باشد نه دلیل. به علاوه، پذیرش آن نیز خالی از تأمل نیست؛ زیرا می‌توان عموماً مخصصه‌ای را یافت که هنگام استناد به آن عموماً، به تخصیص آنها اشاره‌ای نشده است (نک: شهید ثانی، ۸/ ۲۶).

۳. در مورد معنای احادیثی مانند: «إِنَّ دِينَ مُحَمَّدٍ حَنِيفٌ» (کلینی، ۳/ ۳۹۵؛ حرعاملی، وسائل الشیعة، ۳/ ۲۷۵) و «بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ» (طوسی، الأمالی، ۵۲۸؛ حرعاملی، وسائل الشیعة، ۳/ ۲۷۵)^۲ و حتی آیه شریفه «و ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج: ۷۸) دو احتمال وجود دارد:

الف: دین، نامی برای تک‌تک تکالیف باشد؛ بنابراین، همه تکالیف باید سهل و آسان باشند و هیچ تکلیف حرجی‌ای نداشته باشیم.

ب: مجموع تکالیف، دین نام دارد. در این صورت نیز باید گفت: هیچ تکلیف حرجی‌ای در دین وجود ندارد؛ زیرا با وجود یک تکلیف حرجی، نمی‌توان این مجموع را مجموعه‌ای سهل و آسان به حساب آورد. (اضافه کردن تکالیف آسان به چند تکلیف سخت، باعث سهولت مجموع نمی‌شود، بلکه مجموع را

۱. توضیح بیشتری در این باره، در پاسخ سوم از رویکرد اول گذشت.

۲. روایات گوناگونی در این باره از معصومان رسیده است (رک: حمیری، ۸۴؛ کلینی، ۳/ ۶۸؛ ۴/ ۱۱۸؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱/ ۳۶۳؛ ابن‌ابی‌جمهور، ۱/ ۶۹).

مشکل‌تر می‌کند؛ بنابراین نتیجه سهل شمردن دین، حرجی نبودن هیچ‌یک از تکالیف شرعی است (حسینی مراغی، ۱/۱۸۹).

بدین سان از ظاهر آیه شریفه و احادیثی مانند آن چه بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که تک احکام دینی، سهل و آسان و غیر حرجی هستند و اگر پذیرفتیم که تمام احکام دینی غیر حرجی است، با مواردی مانند جهاد و خمس و ... قابل تخصیص نیستند.

نقد اشکال سوم: ظهور آیه مذکور - همان‌طور که مستشکل می‌گوید - در این است که هیچ یک از دستورات الهی حرجی نیست؛ ولی از این ظهور، توسط ادله دیگر صرف نظر می‌کنیم؛ و معنای تخصیص هم جز این نیست.

در مورد احادیث نیز چنین گفته می‌شود که اگر احتمال دوم را در مورد معنای دین بپذیریم که به مجموعه دستورات الهی، دین گفته می‌شود، در این صورت، سهل و آسان شمردن این مجموعه در نظر عرف، با وجود احکام حرجی اندک نیز سازگار است و همین صدق عرفی کافی است. این مطلب که با افزودن تکالیف آسان به مجموع، آن مجموعه آسان نمی‌شود، صحیح ولی غیر مربوط به بحث است. علاوه بر این که ممکن است بگوییم احادیث در مقام مقایسه با سایر ادیان هستند.

۴. عموماً عسر و حرج به گونه‌ای است که قابل تخصیص نمی‌باشد و به عبارت دیگر، آبی از تخصیص است، به این معنی که از عبارت «ما یرید الله لیجعل علیکم فی الدین من حرج الا فیما جعله فی بعض الاحکام»، تناقص فهمیده می‌شود، چرا که قابلیت تخصیص را ندارد (بجنوردی، ۱/۲۱۳).

نقد اشکال چهارم: رفع احکام حرجی از باب لطف و امتنان بر امت است. بنابراین اگر حکمی دارای مصلحت قابل توجهی است که با هیچ حکم دیگری تأمین نمی‌شود، به طور طبیعی رفع آن حکم، خلاف لطف و امتنان است و باید جعل شود؛ گر چه این حکم حرجی باشد. به بیان دیگر، ظهور ادله قاعده نفی حرج در عدم تخصیص، به این جهت است که این ادله، پیام‌آور امتنان بر امت‌اند و جعل حکم حرجی، مخالف این نکته است؛ اما اگر تخصیصی مخالف این پیام نبود، بلکه لازمه امتنان بود، بی‌تردید آن اشکال بی‌مورد خواهد بود؛ پس باید گفت قاعده نفی حرج، قابلیت تخصیص‌هایی را ندارد که خلاف لطف و امتنان باشد نه هر تخصیصی (بجنوردی، ۱/۲۱۳).

۵. قول به تخصیص، با استدلال ائمه (منافات دارد؛ زیرا تمسک آنها برای رفع تکلیف حرجی به قاعده نفی حرج، ظهور در این دارد که نفی، فقط بخاطر حرجی بودن آن است، نه این که چون «حرجی است و دلیلی بر خلاف آن نداریم»، تکلیف وجود نداشته باشد (حسینی مراغی، ۱/۲۹۳-۲۹۰).

نقد اشکال پنجم: این نیز ادعاست؛ سبک و روش تمسک به یک عام، نیازمند اشاره به عمومیت آن

است و ذکر تخصیص یا عدم تخصیص، لزومی ندارد.

۶. آیه مبارکه (...مَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...) (بقره: ۱۸۵) ظاهر، بلکه صریح در این مطلب است که روزه فقط برای مریض و مسافر، حرجی است نه برای شخص حاضر و سالم. با توجه به این مطلب، آیا حرجی دانستن روزه روزهای گرم و طولانی برای شخص حاضر، مخالفت با قرآن نیست؟ (حسینی مراغی، ۱/۲۹۴) در حالی که قائلان به تخصیص، این مورد را حرجی دانسته، می‌گویند: چون می‌دانیم وجوب این روزه محفوظ است، پس قاعده نفی حرج تخصیص خورده است.

نقد اشکال ششم: در مورد این دلیل ممکن است گفته شود؛ آیه در مقام بیان عسر و حرجی بودن روزه مسافر و مریض است و نسبت به بقیه موارد ساکت است؛ یعنی فقط در مقام اثبات است نه در مجال نفی ما عدای.

۷. بر خلاف نظر شما، در اینجا تخصیص اکثر وجود دارد؛ زیرا واجبات مالی، جهاد، حج، روزه، قصاص، حدود، دیات و... همه تکالیف حرجی بوده، این واجبات، اکثر تکالیف شرعی را تشکیل می‌دهند (مکارم شیرازی، ۱/۱۹۳).

نقد اشکال هفتم: همان‌گونه که خود مستشکل در توضیح پاسخ انتخابی خود می‌فرماید، بسیاری از مواردی که حرجی شمرده شده است یا واقعاً حرجی نیست یا قاعده از آنها انصراف دارد. آن احکام حرجی‌ای که در شریعت ثابت هستند و قاعده نیز شامل آنها می‌شود، بسیار اندک هستند که با تخصیص اکثر، فاصله بسیاری دارد (مکارم شیرازی، ۱/۱۹۵-۱۹۴).

۸. نسبت میان دلیل‌های قاعده با دلایل احکام حرجی، عموم و خصوص من وجه است. زیرا دلیل قاعده می‌گوید: هر حکمی که حرجی باشد، منتفی است؛ چه این حکم جهاد باشد و چه غیر جهاد. دلیل جهاد هم می‌گوید: جهاد واجب است؛ چه حرجی باشد و چه غیر حرجی. بدین ترتیب، نسبت بین آنها عموم و خصوص من وجه است. چه ترجیحی برای تقدیم دلایل احکامی مانند جهاد بر ادله نفی حرج وجود دارد؟

نقد اشکال هشتم: نسبت بین ادله‌ای که برخی احکام حرجی را ثابت می‌کنند و قاعده نفی حرج، در واقع عموم و خصوص مطلق است؛ زیرا ادله احکام حرجی، مثبت احکامی هستند که با وصف حرجی بودن ملازمند. پس نسبت به ادله قاعده خاص بوده و ترجیح خاص بر عام، جمع عرفی بین آن دو است.

۹. ممکن است کسی چنین اشکال کند: همان‌گونه که بین ادله قاعده نفی حرج با ادله احکام حرجی، تعارض - گر چه تعارض بدوی - وجود دارد؛ بین ادله این قاعده و عمومات ادله احکام (مانند دلیل «صُم»

که صرفاً حکمی حرجی نیست) هم تعارض وجود دارد؛ و نسبت بین آنها نیز عموم و خصوص من وجه است. دلیل این که در این تعارض - بر خلاف تعارض پیشین - ترجیح با ادله قاعده است، قابل تخصیص نبودن ادله قاعده است. زیرا اگر در این موارد هم ادله قاعده تخصیص زده شود، این دلایل لغو خواهند بود. بنابراین در این که نسبت بین ادله قاعده قاعده نفی حرج و سایر ادله، عموم من وجه است، تردیدی وجود ندارد و می‌دانیم جمع عرفی در چنین نسبتی، تخصیص نیست.

نقد اشکال نهم: این نکته را می‌پذیریم که نسبت بین ادله قاعده نفی حرج با عمومات ادله احکام (احکام غیر حرجی) عموم و خصوص من وجه است؛ اما اولاً دلیل ندارد که اگر نسبت در این مورد، عموم من وجه بود، در نسبت با احکام حرجی هم عموم من وجه باشد. ثانیاً به نظر برخی بزرگان (انصاری، ۲/ ۵۳۵) دلیل تقدیم ادله قاعده بر ادله دیگر، «عدم قابلیت» تخصیص نیست، بلکه به دلیل نظارت آنها بر عمومات یعنی «حکومت» است (ایروانی، ۱/ ۱۷۷).

۱۰. عمومات نفی حرج در مقام امتنان هستند و این امتنان و لطف با تخصیص‌های بسیاری که ذکر می‌کنید، هم‌خوانی ندارد (مکارم‌شیرازی، ۱/ ۱۹۵-۱۹۴).

نقد اشکال دهم: این اشکال نیز خالی از تأمل نیست؛ زیرا تخصیص‌هایی که ادعا می‌شود، در مواردی است که لطف و امتنان، جعل آنها را اقتضا می‌کند و کثرت این تخصیص‌ها به اندازه‌ای نیست که منافاتی با این لطف الهی داشته باشد، همان‌گونه که خود مستشکل نیز به آن اشاره می‌کند. در جمع‌بندی این بخش گفته می‌شود اشکالات مطرح شده، هیچ یک توان مخدوش نمودن پاسخ اول (تخصیص) را ندارد و به نظر می‌رسد نظریه «تخصیص»، جواب مناسبی است.^۲

پاسخ دوم

برخی در پاسخ به این شبهه گفته‌اند: عمومات ادله قاعده نفی حرج نه مانند عمومات دیگر است که با هر مخصّصی بتوان آن را تخصیص زد و نه مانند دلایل عقلی است که قابل تخصیص نباشد، بلکه باید گفت این عمومات در صورتی که منافات با امتنان نداشته باشد؛ قابل تخصیص هستند؛ یعنی هر جا وجود یک حکم حرجی ضرورت یافت، چون موافق با امتنان است، می‌توان ادله نفی حرج را تخصیص زد؛ چه اینکه آن ادله هم در مقام امتنان هستند و عدم جواز تخصیص در مواردی است که مخالف با امتنان باشد (مکارم‌شیرازی، ۱/ ۱۹۶).

۱. البته ایشان حکومت را در مورد قاعده لاضرر بیان می‌کند که چون ظاهراً فرقی بین دو قاعده از این جهت نیست؛ نسبت قاعده نفی حرج نیز با سایر عمومات، حکومت است.

۲. ذکر این نکته بی‌مناسبت نیست که صاحب مفاتیح الاصول در همین مسأله تخصیص قاعده، ظاهراً توقف را برگزیده، گوید: «انصاف در این است که مسأله خالی از اشکال نیست.» (طباطبایی، محمد، ۵۳۷)

این بیان در واقع همان نظریه تخصیص است تنها در این جهت متفاوت است که محدوده تخصیص در این بیان مشخص است؛ ولی در بیان نراقی، درباره محدوده آن، کلامی به میان نیامده است و چه بسا نراقی هم با آقای مکارم شیرازی هم نظر باشد.

رویکرد سوم: پاسخ از طریق عدم تکرار حدّ وسط

یکی از پاسخهای گذشته مبتنی بر تخصیص منفصل بود که در آن مراد استعمالی، غیر از مراد جدّی است. مراد استعمالی، نفی عمومی حرج است و مراد جدّی نفی حرجی خاص؛ اما ممکن است گفته شود: آن چه در این قاعده از همان ابتدا نفی می‌شود، حرجی خاص است. به دیگر سخن، مراد استعمالی و مراد جدّی در ادله قاعده، یکی است.

توضیح این که: طبیعت برخی تکالیف به گونه‌ای است که برای معمول مردم، مشقت‌زا و حرجی به شمار می‌رود. این حرج که برای مردم عادی ناشی از طبیعت همان تکلیف است، مرفوع نیست؛ لیک به جز این‌گونه تکالیف که به خودی خود مستلزم حرج هستند، بقیه تکالیف حرجی برداشته شده‌اند؛ بنابراین قاعده نفی حرج در جهت بیان عدم جعل دو نوع از تکالیف است:

۱. اعمال حرجی‌ای که هیچ جعلی درباره اصل تکلیف هم صورت نگرفته است.

۲. تکالیفی که حرج آنها بیشتر از میزان طبیعی و معمول آن تکلیف است. (و در صورتی که حرج ناشی از آن به میزان طبیعی و معمول مکلفان باشد، آن تکلیف مجعول است).

بر این اساس، صحبت از همان آغاز بر سر نفی تکالیف خاصی است؛ نه اینکه ابتدا همه تکالیف حرجی نفی شود و پس از آن بعضی تکالیف تخصیص زده شوند. این پاسخ از طریق عدم تکرار حدّ وسط است؛ زیرا واژه «حرج» در صغرای قیاس مستشکل به معنای مشقتی است که از طبیعت یک تکلیف نشأت می‌گیرد و همین واژه در کبری، به معنای رنج و مرارتی است که افزون بر مشقت طبیعی آن تکلیف است، با همان توضیح که قبلاً بیان شد. پس وجود احکام حرجی مانند جهاد، حج و... در شریعت به منزله قرینه‌ای است بر اینکه استعمال حرج در معنایی غیر از معنای حقیقی است و از همان ابتدا این کلمه در معنایی مجازی ظهور پیدا کرده است.^۱

در نقد این پاسخ باید گفت: تمام صحبت در همان قرینه است. آیا وجود احکامی مانند جهاد و حج به گونه‌ای است که مانع از ظهور اولیه ادله قاعده نسبت به استعمال در عموم شود یا اینکه تنها می‌تواند مراد

۱. این پاسخ یکی از برداشت‌های محتمل در کلام میرزای قمی است. (نک: قمی، ۲/ ۴۸-۴۷) مشابه همین مطلب را بعضی در جواب اشکالی نسبت به قاعده لاضرر مطرح کرده‌اند (رک: سیستانی، ۲۳۲).

جدی را محدود کند و ظهور اصالة الحقیقة نسبت به کلمه «حرج» هم چنان محفوظ است؟

رویکرد چهارم: نپرداختن به شبهه

گفتیم برخی از عالمان یا به خاطر پذیرش اشکال یا تمام ندانستن ادله قاعده هیچ جوابی درباره شبهه اصلی مورد بحث مطرح نکرده‌اند. برای نمونه، مرحوم حر عاملی در توضیح روایتی که در موضوع نفی حرج است،^۱ گوید: نفی حرج، مجمل است؛ نمی‌توان به یقین ملتزم به آن شد به جز در تکالیفی که فراتر از طاقت انسان است؛ زیرا لازمه پذیرش عمومی این قاعده، رفع تمام تکالیف است (الفصول المهمة، ۱/ ۶۲۶).

در نقد این سخن باید گفت: اولاً، عسر و حرج یک معنای عرفی مشخص دارد که تمامی تکالیف را شامل نمی‌شود و بسیار محدودتر است (آشتیانی، ۳۷)؛ ثانیاً، طرح طرد این قاعده از کلیه ابواب فقه، مخالف سیره تمام فقیهان است (نراقی، ۱۸۸) ثالثاً اگر منظور ایشان از رفع تکالیف، به نحو مبالغه‌ای باشد، ممکن است قابل توجیه باشد؛ ولی اگر مبالغه‌ای در کار نباشد قابل قبول نیست؛ زیرا:

الف: هر سختی و کلفتی، حرج نیست.

ب: بعضی از تکالیف شرعی چون موافق طبع هستند؛ هیچ کلفتی ندارند.

ج: با توجه به اینکه بعید نیست این مسأله جزء ضروریات دین محسوب شود،^۲ مجمل دانستن آن مخالف با این مسأله ضروری و مخالف تمسک ائمه و سیره فقهاست (مکارم‌شیرازی، ۱/ ۱۸۸-۱۸۷) بنابراین به خاطر وجود بعضی تکالیف حرجی، نمی‌توان از این قاعده دست برداشت یا حتی آن را مجمل معرفی کرد.

نتیجه‌گیری

قاعده نفی حرج از پرکاربردترین قواعد فقهی است؛ با این وجود، اشکالی اساسی همواره در کنار این قاعده مطرح بوده است و فقیهان را به پاسخهای متعدد واداشته است. این اشکال، وجود احکام حرجی در بین احکام قطعی اسلام است. این اشکال را می‌توان در قالب قیاسی منطقی مطرح و متناظر با قیاس مزبور، پاسخ فقیهان را در ضمن چهار رویکرد به همراه نقد آنها بیان کرد. چهار رویکرد فقها در پاسخ‌گویی به این شبهه، عبارتند از: پاسخ از طریق اشکال صغروی، پاسخ از طریق اشکال کبروی، پاسخ از طریق عدم تکرار

۱. «... عَنْ عَبْدِ الْأَعْلَى مَوْلَى آلِ سَامٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: عَثَرْتُ، فَأَنْقَطَعَ طَفَرِي فَجَعَلْتُ عَلَى إصْبَعِي مَرَارَةً فَكَيْفَ أَصْنَعُ بِالْوُضُوءِ؟ فَقَالَ: تَعْرِفُ هَذَا وَ أَشْبَاهَهُ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ، أَمْسَحْ عَلَيْهِ» (طوسی، تهذیب الأحکام، ۱/ ۳۶۳).

۲. مشخص است که این مقاله در مقام اثبات یا نفی اصل قاعده نیست؛ ولی ادعای ضروری بودن ثبوت قاعده در مقابل نظر برخی است که قاطعانه می‌گویند: گرچه قاعده نفی حرج بین فقها، قاعده‌ای مسلم است، ولی به نظر ما دلیلی بر صحت این قاعده وجود ندارد (روحانی، ۴/ ۳۴۰).

حد وسط، نپرداختن به شبهه.

از مجموع پاسخ‌های مطرح شده، نظریه «تخصیص قاعده نفی حرج»، که یکی از پاسخ‌ها با رویکرد اشکال کبروی است؛ پاسخی مناسب و بدون اشکال به نظر می‌رسد. سایر جواب‌ها یا اساساً مخدوش است و یا نیازمند قرائن و شواهد مکمل است؛ ولذا نمی‌توان آنها را به عنوان پاسخی مستقل، پذیرفت.

منابع

- ابن‌ابی‌جمهور، محمد بن زین‌الدین، *عوالی‌الثلثالی‌العزیزیه فی‌الأحادیث‌الدینیة*، تصحیح: مجتبی‌عراقی، قم، دار سید الشهداء للنشر، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *الفصول‌الغرویة فی‌الاصول‌الفقهیة*، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد‌الاصول*، تحقیق: عبدالله نورانی، قم، موسسه نشر اسلامی، بی‌تا.
- ایروانی، باقر، *دروس‌تمهیدیة فی‌القواعد‌الفقهیة*، قم، دار الفقه، چاپ سوم، ۱۴۲۶ ق.
- آشتیانی، محمد حسن، *رسالة فی‌قاعدة نفی‌العسر و الحرج*، تهران، کتابخانه آستان قدس رضوی، چاپ سنگی، ۱۳۷۴ ق.
- بیات، محمد حسین، «قاعده نفی عسر و حرج با تکیه بر آیات و روایات»، *سراج منیر*، شماره ۹، زمستان ۱۳۹۱.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *الفصول‌المهمه فی‌اصول‌الائمة*، قم، موسسه معارف اسلامی امام رضا، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- _____، *وسائل‌الشیعة*، تحقیق: شیخ عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- حسینی‌مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین*، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- حکیم، عبدالصاحب، *منتقى‌الاصول*، بی‌جا، الهادی، ۱۴۱۸ ق.
- حمیری، عبد الله بن جعفر، *قرب‌الإسناد*، تصحیح: مؤسسة آل‌البیت، قم، مؤسسة آل‌البیت، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- داماد، محمد، *المحاضرات*، اصفهان، نشر مبارک، ۱۳۸۲.
- روحانی، محمد، *منتقى‌الاصول*، قم، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- سیستانی، علی، *قاعدة لا ضرر ولا ضرار*، قم، مهر، ۱۴۱۴ ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *مسالك‌الافهام الی‌تتقیح‌شرايع‌الاسلام*، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- صانعی، مهدی، «رفع حرج در شریعت اسلام»، *مطالعات اسلامی*، شماره ۴۲ و ۴۱، پاییز و زمستان ۱۳۷۷.
- طباطبایی، محمد، *مفاتیح‌الاصول*، کتابخانه آستان قدس رضوی، چاپ سنگی، بی‌تا.
- طباطبایی، مهدی، *فوائد‌الاصول*، کتابخانه آستان قدس رضوی، چاپ سنگی، بی‌تا.

- طوسی، محمد بن حسن، *الأمالی*، تحقیق: مؤسسة البعثة، قم، دار الثقافة، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *التبيان في تفسير القرآن*، تحقیق: احمد حبيب قصير العاملی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، بی‌چا، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *تهذيب الاحكام*، تحقیق: حسن موسوی خراسان، تهران، دار الکتب الاسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- قمی، ابوالقاسم، *القوانين الحکمة (قوانين الاصول)*، مشهد، کتابخانه دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ثبت ۶۹۸۱، چاپ سنگی، بی‌تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تحقیق: علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، تهران، دار الکتب الاسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهية*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب، چاپ چهارم، ۱۴۱۶ ق.
- موسوی بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهية*، قم، موسسه اسماعیلیان، بی‌تا.
- موسوی، ابراهیم، «قاعده نفی عسر و حرج»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۳۴، بهار ۱۳۸۰.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الايام*، تحقیق: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- واعظ حسینی بهسودی، محمد سرور، *مصباح الاصول*، قم، انتشارات داوودی، ۱۴۰۹ ق.



ضرورت تحول اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در خصوص جرائم مستحدث کیفری با تاملی بر اصول و قواعد فقهی*

رویا فنائی

دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه ارومیه

Email: habibzoori@gmail.com

دکتر سیدمهدی صالحی^۱

دانشیار دانشگاه ارومیه

Email: sm.salehi@urmia.ac.ir

دکتر رضا نیکخواه سرنقی

استادیار دانشگاه ارومیه

Email: r.nikkhah@urmia.ac.ir

چکیده

در مکاتب حقوقی امروز، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و مدون بودن بودن فهرست جرائم و مجازات‌ها، بدون هیچ تردیدی دکتربین علمای حقوق تلقی می‌شود. اما با افزایش تصاعدی کم و کیف بزهکاری‌های نوین و عدم جرم‌انگاری آن‌ها این پرسش مطرح می‌گردد که، آیا فقدان قانون جزایی مدون در خصوص چنین جرایمی مانع از اقدام قضایی و صدور حکم مقتضی خواهد بود؟ این مقاله با هدف بازنگری در مفهوم اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در راستای اتخاذ تدابیر کیفری مناسب در قبال جرائم نوپیدا، با مذاقه در ادله اصولی و فقهی و به روش توصیفی و تحلیل اسناد، نگاشته شده است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که ضرورت دارد قانونگذار در مقام جرم‌انگاری با قرائتی نوین از اصل مذکور، به جای تبیین «حصری مصادیق مجرمانه» ضمن تعریفی جامع و مانع از جرم با ارائه معیاری خاص برای تمییز جرائم، تشخیص مصادیق مجرمانه را بر عهده قاضی بگذارد. از آنجا که در مورد جرائم نوپیدا ولو در صورت نبود قانون جزایی، بنابر نظر فقها و اصولیان باید از حکم به جواز ارتکاب این امور مشتبّه خودداری شود، انتظار می‌رود مقنن در صورت وقوع چنین جرائمی که منافع ملی را تضییع می‌کند، با برقراری یک مکانیسم نظارتی قضایی، استناد به ۱۶۷ قانون اساسی را تنها در تجریم و کیفرگذاری در قالب تعزیرات تا زمان تصویب قانون، مورد پذیرش قرار دهد.

کلیدواژه‌ها: اصل قانونی بودن جرم و مجازات، جرائم مستحدث، اصل احتیاط، قاعده لاضرر، قاعده

نفی اختلال نظام.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۹/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۸/۰۳/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

The Necessity of Changing the Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Principle Regarding Emerging Penal Crimes by a Reflection on the Principles and Rules of Jurisprudence

Roya Fanaei. Ph.D. Student of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Urmia University

Sayyed Mahdi Salehi, Ph.D. Associate Professor, Urmia University (Corresponding Author)

Reaza Nikkhah Sarnaghi, Ph.D. Associate Professor, Urmia University

Abstract

In today's law schools, the nullum crimen, nulla poena sine lege principle and the codification of the list of crimes and punishments are, without any doubt, considered the doctrine of legal scholars. However, with the exponential increase in the number and quality of new crimes and the absence of their criminalization, the question arises as to whether the lack of a codified criminal law for such crimes will prevent judicial action and the issuance of an appropriate sentence. This paper has been written with the aim of reviewing the concept of the nullum crimen, nulla poena sine lege principle in order to adopt appropriate criminal measures against emerging crimes, by examining the Usuli and jurisprudential arguments and by descriptive method and analysis of documents. Findings of the research show that, when criminalizing, it is necessary for the legislator, through a new reading of the above said principle, instead of "exhaustive explanation of criminal instances", while providing a comprehensive definition of crime by setting a specific criterion to distinguish the crimes, leave it to the judge to determine the criminal instances. Since in the case of emerging crimes, even in the absence of criminal law, jurists and Usulis believe that ruling on the permissibility of such doubted issues should be avoided, the legislature is expected to accept the invocation of principle 167 of the Constitution in the event of such crimes that undermine national interests only by criminalizing and penalizing in the form of discretionary punishments until the enactment of the law by establishing a judicial oversight mechanism.

Keywords: Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Principle, New Crimes, Principle of Caution, La Zarar Rule, the Rule of Negation of the System Disorder

مقدمه

اصولاً در حقوق کیفری هر فعل یا ترک فعلی که قانون برای آن مجازات تعیین کرده باشد جرم تلقی می‌گردد چنین برداشتی از جرم سبب می‌شود هر چند رفتاری از لحاظ اخلاقی ناپسند و از لحاظ مذهبی گناه محسوب شود، در صورتی که در قانون کیفری صراحتاً جرم قلمداد نشده و مجازات آن به طور منجز مشخص نشده باشد، قابل تعقیب کیفری نبوده و حکم آن به لحاظ اصولی برائت و به لحاظ قضایی تبرئه می‌باشد (حبیب زاده، ۱۱). این موضوع که در قالب اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها ظهور یافته است در فقه جزایی اسلام نیز در راستای «قاعده قبح عقاب بلا بیان»، «اصل برائت» و «قاعده درأ» بر آن صحه گذاشته شده است. (محقق داماد، ۱۳ و ۲۴)؛ اما در کنار مزایایی که پذیرش اصل مذکور در یک نظام کیفری دارد با افزایش تصاعدی کم و کیف بزهکاری‌های نوین، اعم از جرائم خشونت آمیز، بزهکاری‌های اقتصادی، جرائم رایانه‌ای، مواد مخدر و... و عدم جرم انگاری آن‌ها، اصل قانونی بودن جرم و مجازات از این لحاظ که دفاع اجتماعی را به خوبی محقق نمی‌سازد بطور جدی قابل مناقشه است. لذا نگارندگان در این پژوهش قصد دارند با مذاقه در ادله اصولی و فقهی، قرائتی نوین از اصل قانونی بودن جرم و مجازات ارائه نمایند. تا بتوان در قبال جرائم مستحدث در صورت فقدان قانون جزایی مدون و عدم انطباق قوانین سنتی با این جرائم، تدابیر کیفری مناسبی را اتخاذ نمود.

توضیح آن که در فقه جزایی اسلام، شبهه، در یک تقسیم بندی مهم، به دو نوع شبهه حکمی و شبهه موضوعیه تقسیم می‌شود (نجفی، ۳۷۸؛ صدر، ۳۸۳). در هر دو قسم یا شک در وجوب است یا شک در حرمت، در علم اصول ثابت شده است، که اصل اولی در شبهات وجوبیه و تحریمی، برائت می‌باشد اما طبق نظر مشهور فقها و اصولیان، دماء، فروج، عرض و مال کثیر، از اصل جواز در شبهات تحریمی، استثنا گردیده‌اند (انصاری، ۱۳۷/۲؛ موسوی بجنوردی، ۳۹۹/۴ و ۳۳۵؛ الحاج عاملی، ۴۶۶-۴۶۷؛ خوئی، مصباح الاصول، ۱۰۵/۲) علاوه بر این موارد بنابر نظر اصولیان، اگر در شبهات حکمی، محتمل، دارای اهمیت فراوانی باشد نیز، مجرای اصل احتیاط خواهد بود (مشکینی، ۴۴؛ سبحانی، ۱۱۴/۲) شیخ انصاری در این باره می‌گوید: «الحرامُّ المحتملُ إذا كان مِنَ الْأُمُورِ الْمَهْمَةِ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ كَالدَّمَاءِ وَ الْفُرُوجِ، بَلْ مَطْلُقُ حَقُوقِ النَّاسِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، يَحْتَاطُ فِيهِ، وَ إِلَّا فَلَا» (انصاری، پیشین، ۱۳۷) ز در واقع اهمیت تکلیف واقعی اقتضا می‌کند که شارع در ظرف خطا و نسیان، ایجاب تحفظ نماید؛ از این رو وجوب احتیاط، ناشی از اثر تکلیف واقعی مهم است. (کلاتری خلیل آباد و همکاران، ۱۳۹) بدین ترتیب معلوم می‌شود که در مبانی استنباط حقوق اسلامی، اصل برائت در شبهات حکمی تحریمی بطور مطلق اجرا نمی‌گردد.

این جستار که به روش توصیفی و تحلیل اسنادی (آیات، آرای فقهاء و اصولیان و مقالات) نگاشته شده در صدد یافتن پاسخی برای این پرسش می‌باشد که در صورت سکوت و خلأ قانونی اگر برخی رفتارها، هنجارهای بنیادین و ارزش‌های اساسی جامعه را در معرض نقض جدی قرار دهند چگونه می‌توان با آن‌ها مقابله نمود؟ به عبارت دیگر، آیا در خصوص جرائم مستحدث، فقد قانون جزایی مدون مانع از اقدام قضایی و صدور حکم مقتضی خواهد بود؟

این نوشتار مدعی است که در مورد چالش‌های هنجاری پیچیده و جرائم مهمی که به تبع آن وقوع ناهنجاری‌های گوناگون اجتماعی، اخلاقی و حقوقی محتمل می‌باشد، ضرورت دارد با وجود فقد قانونی خاص، با مرجع قرار دادن اصل احتیاط از بروز آن‌ها اجتناب کرد. و در صورت وقوع، با تعدیل و تحدید اصل قانونی بودن جرم و مجازات، به قضات این امکان را داد تا بتوانند با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی به صورت مضیق به تجریم و کیفرگذاری در قالب تعزیرات مبادرت نمایند. و در جهت اجرای اصل مذکور، ضمن تعریف استفتاء قضات محاکم از فقهای شورای نگهبان، به عنوان منبعی معتبر، با برقراری یک مکانیسم نظارتی قضایی خطر استبداد قضات تقلیل یابد.

در ضرورت بحث همین بس که، جرم‌انگاری، بازتابی است بر این امر که جامعه نسبت به یک مسأله دقت خاصی نشان داده فلذا در مورد افعالی که مخل نظم اجتماعی بوده، ناکارآمدی مسئولیت مدنی از یک سو و واکنش اجتماعی و حساسیت جامعه از سوی دیگر، موجب می‌شود تا نظریه عدم اعتقاد به مجازات چنین رفتارهایی به آسانی پذیرفته نشود.

در خصوص پیشینه تحقیق باید گفت اگر چه مقالات متعددی نظیر «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها» از علیرضا میلانی و لیلا خلیلی سامانی (۱۳۹۴)، «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تحولات آن» از گودرز افتخار جهرمی، در مورد اصل قانونی بودن جرم و مجازات نگاشته شده و بر ضرورت آن تاکید گردیده است اما در زمینه موضوع مقاله حاضر تاکنون تحقیق مستقلی صورت نگرفته است.

مفهوم شناسی

در این قسمت ابتدا مفهوم جرم و مجازات، سپس معنای اصل در نزد فقها و اصولیان و در نهایت مفهوم اصل برائت و اصل قانونی بودن جرم و مجازات را تبیین می‌نماییم.

۱. اصطلاح جرم و مجازات

جرم و جریمه از جرم (به فتح جیم) به معنای بریدن میوه اذدرخت می‌باشد و از باب کنایه به ارتکاب

اُعمال ناپسند و مخالف حق و عدل نیز اطلاق می‌گردد. (راغب اصفهانی، ۱۷۴) در نزد فقها جرم، انجام دادن فعل یا گفتن قولی است که قانون اسلام آن را حرام شمرده و بر فعل آن، کیفری مقرر داشته است و یا ترک فعل یا قولی که قانون اسلام آن را واجب شمرده و بر ترک آن کیفری منظور نموده است. (فیض، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، ۷۱) و در اصطلاح حقوقی، با توجه به ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، جرم عبارت از عمل یا ترک عملی است که قانون آن را پیش بینی نموده و برای ارتکاب یا ترک آن مجازات تعیین نموده باشد (شامبیاتی، ۵۸/۱). با عنایت به تعریف فوق، حقوقدانان برای جرم سه عنصر عمومی را ذکر نموده‌اند: عنصر قانونی، عنصر مادی و عنصر معنوی^۱. که این عناصر برای همه جرائم ضرورت دارد و هیچ جرمی از نظر قضایی بدون این عناصر مشترک محقق نمی‌شود (گرجی، ۲۸۷). البته برخی از محققان قائل هستند به این که نباید عنصر قانونی را به عنوان یک عنصر مجزا مورد بررسی قرار داد. زیرا رکن قانونی در واقع، پرتوی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات و زیربنای عناصر مادی و روانی است. به تعبیر دیگر، عنصر قانونی هم‌عرض عناصر مادی و روانی نیست؛ یعنی بنا به تصریح قانون است که می‌توان رفتار یا حالت خاصی را به عنوان عنصر مادی یا روانی جرمی شناخت (میرمحمد صادقی، ۵۷-۵۸) و اما مجازات در لغت به معنای جزا دادن، پاداش و کیفر بیان گردیده است و در اصطلاح حقوقی، مجازات مجموعه قواعد مورد تایید جامعه می‌باشد که ضامن اجرای عدالت واقعی است و سعی در هدایت مجرم اصلی و یا احتمالی، بازدارندگی دیگران از ارتکاب جرم، ارضاء فطرت عدالت خواهی مجنی علیه و حمایت از جامعه دارد که توسط قوه مقننه وضع و به وسیله قوه قضاییه به مورد اجرا گذارده می‌شود (شامبیاتی پیشین، ۷۰ و ۷۱).

۲. اصل

فقها و اصولیین در کتب اصطلاح شناسی خود معانی مختلفی در مورد این واژه ارائه نموده‌اند از جمله: -اصل به معنی آنچه برای تشخیص پاره‌ای از احکام ظاهری یا تشخیص وظایف مکلف، در جایی که به حکم واقعی دسترسی نیست؛ جعل شده است. مانند اصول عملیه. (فیض، مبادی فقه و اصول، ۱۶) شیخ انصاری در این خصوص می‌نویسد: «به کمک اصول عملیه دستورالعمل ظاهری شریعت در صورت عدم دستیابی به حکم واقعی شرع، استنباط می‌شود این‌ها منحصر در چهار اصل هستند: برائت، احتیاط، تخییر و استصحاب. این اصول، هم در احکامی که مورد شک است، جریان می‌یابند و هم در موضوعات مشکوکی که دارای حکم شرعی‌اند جاری می‌شوند و موضوع را معلوم می‌کنند». (انصاری، ۲۵/۱)

۱. برای آنکه فعل انسانی جرم به شمار آید باید؛ نخست، قانونگذار این فعل را جرم شناخته و کیفری برای آن مقرر کرده باشد (عنصر قانونی)، دوم، عمل یا ترک عمل مشخص به منصف ظهور یا کمینه به مرحله فعلیت برسد (عنصر مادی)، سوم، با علم و اختیار ارتکاب یافته باشد (عنصر روانی). (اردبیلی، ۱/۱۲۵).

- اصل به معنی قاعده، و آن حکم کلی است که منطبق بر مصادیق خود می‌باشد و منشأ استنباط حکم قرار می‌گیرد. مانند این که در فقه گفته می‌شود: اصل در اشیاء اباحه است یا طهارت (التهانوی، ۱/ ۲۱۳)؛ اما در خصوص ماهیت اصولی اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها حسب مطالب فوق، می‌توان چنین بیان نمود که: این تأسیس کیفری از نظر اصولی یک قاعده می‌باشد و این قاعده به عاملین عدالت کیفری حکم می‌کند که در هیچ زمان، عمل هیچکس را جرم ندانند مگر این که در قانون جرم باشد و هیچ زمانی فرد را به هیچ مجازاتی محکوم ننمایند مگر آن که آن مجازات در قانون ذکر شده باشد (میلانی، ۴۹)؛ اما از طرف دیگر می‌توان این قاعده را در چارچوب یک اصل فقهی مطرح نمود و این چنین استدلال کرد که در زمان اعمال قاعده، و در صورتی که ندانیم عملی جرم است یا خیر؟ با رفتار به محتوای اصل، وضعیت آن را مشخص می‌سازیم. در این صورت اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها شباهت بسیار زیادی با اصل برائت پیدا می‌کند و این امر، خود می‌تواند قرینه‌ای باشد بر این که در طبقه بندی اصولی، اصل مزبور از جمله مواردی است که عنوان اصل بر آن اطلاق می‌گردد (همو، ۴۹-۵۰)

- اصل در برابر فرع، اصل به معنی استصحاب، راجح و ظاهر و دلیل، از دیگر معانی هستند که برای این واژه برشمرده‌اند (التهانوی، پیشین، ۲۱۳)

۳. اصل برائت

اصل برائت یا أصالة البرائة (به فتح الف اصالة) به عنوان یکی از اصول اربعة فقهی از جایگاه ممتازی در نظام فقهی و حقوقی برخوردار است و دانایان عرصه فقه و حقوق اسلامی در تمامی ابواب فقهی به ویژه جزایات به تبیین ماهیت، مبانی و آثار اصل مذکور پرداخته‌اند.

برائت، در لغت به معنی رهایی، بی‌زاری از چیزی و پاک شدن از عیب می‌باشد (فیروز آبادی، ۱/ ۴۵) و در اصطلاح اصولیان عبارت است از این که هرگاه مکلف در مورد تکلیف واقعی از جهت وجوب یا حرمت، تردید کند و حجت و دلیل اجتهادی بر مورد مشکوک قائم نباشد در این صورت از نظر شرع و عقل می‌توان مشکوک الوجوب را ترک کرد و مشکوک الحرمه را بجای آورد و در این حال مکلف از عقوبت مخالفتش در امان می‌باشد. در هر یک از این اقسام، منشأ تردید می‌تواند فقدان نص، اجمال نص و یا تعارض نصوص مشروط به عدم ترجیح یکی از آنها باشد (آخوند خراسانی، ۱/ ۳۳۸).

۴. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها

در حقوق جزای اسلامی، وجود نص قانونی و دلیل فقهی که جرم بودن یک رفتار و مجازات آن را مقرر می‌دارد یکی از شروط تحقق جرم دانسته شده است (فیض، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، ۹۴) و به طور خلاصه منظور از این اصل در حقوق کیفری آن است که: «- هیچ عملی جرم نیست مگر آنکه

«قانوناً» کیفری برای آن تعیین شده باشد؛ - هیچ محکمه‌ای صالح برای رسیدگی به جرمی نیست مگر آن که قانون صلاحیت آن محکمه را برای رسیدگی به آن جرم شناخته باشد؛ - هیچ حکمی از محکمه صالح، علیه متهمی صادر نخواهد شد مگر پس از رسیدگی و آن هم طبق شرایط پیش بینی شده در قانون». به عبارت دیگر تعیین جرم، تعیین مجازات، تعقیب متهم، صدور حکم کیفری و اجرای آن باید طبق اصول و مقررات پیش بینی شده در قانون باشد در غیر این صورت جنبه قانونی نخواهد داشت (شامبیاتی، ۲۱/۲-۲۲). پس عنصر قانونی بودن حکایت دارد که، انجام هر رفتاری توسط افراد مباح است و جرم تلقی نمی‌شود هر چند که خلاف اخلاق یا مضر به مصالح عمومی و مخل نظم باشد؛ مگر این که قانون انجام آن را جرم اعلام کرده و برای آن مجازات تعیین نموده باشد (محقق داماد، ۳۴).

جرائم نوین و خالاهای قانونی و عدم انطباق قوانین سنتی با جرائم مربوط

به دلیل جدید بودن بسیاری از جرائم به ویژه مصادیق جرائم سازمان یافته و عدم انگاری آن‌ها در قوانین کیفری بسیاری از کشورها، ارتکاب این گونه فعالیت‌ها بدون هزینه و ضمانت اجرای کیفری بوده و مرتکبان با آسودگی خیال آن‌ها را انجام می‌دهند (شمس ناتری، جرائم سازمان یافته، ۱۲۵). برای نمونه، فعالیت‌هایی از قبیل جرائم کامپیوتری، قاچاق مواد هسته‌ای، جرائم مربوط به مواد مخدرنوپدید-اعم از ترویج، توزیع، تبلیغ و آموزش شیوه‌های تولید و مصرف مواد مخدر در بستر فضای سایبر-، شرکت‌های هرمی، وی‌پی‌ان‌ها، پول‌های مجازی (مانند بیت کوین) هرزه نگاری، قتل‌های نوپدید، فرقه شیطان پرستی، روسپی‌گری اینترنتی، کلاهبرداری و سوءاستفاده از دختران و پسران با ارائه شخصیت‌های دروغین، ازدواج‌های اینترنتی، سرقت اطلاعات و امثال آن‌ها یا جرم انگاری نشده است و یا در صورتی که قانون کیفری خاصی در مورد برخی از آن‌ها وضع شده، بسیار سنتی بوده و ضمانت اجرای کیفری پیش بینی شده نمی‌تواند از ارتکاب این گونه جرائم پیش‌گیری نماید. از طرف دیگر، در مواردی هم که بر اساس قواعد سنتی حقوق کیفری ضمانت اجراهای لازم پیش بینی شده است، در مورد جرائم سازمان یافته این قواعد کارایی لازم را ندارد. برای نمونه، یکی از ویژگی‌های جرائم سازمان یافته وجود سلسله مراتب است. در این سلسله مراتب گرچه به ظاهر نقش عینی از آن مباشران جرم است؛ اما در واقع رهبران و آمران سازمان جرم را طراحی و هدایت می‌کنند و نقش فسادآمیز آنان بسیار بیش‌تر از مباشران است. از نظر قواعد سنتی حقوق جزا، این رهبران و آمران معاون جرم تلقی می‌شوند و مجازاتشان حداقل مجازاتی است که برای مباشران جرم پیش بینی شده است و این وضعیت در حقوق جزا با فلسفه حقوق جزا که اعمال عدالت و برقراری و تثبیت نظم عمومی است، سازگار نیست. به سبب حاکمیت این وضعیت، مجرمان حرفه‌ای و

متفکر با تشکیل باند مجرمانه و رهبری آن و دور نگه داشتن خود از صحنه عملیات فیزیکی جرم، با قبول کمترین مجازات احتمالی، بیشترین درآمد را از ارتکاب جرم به دست می‌آورند (همو، ۱۲۵-۱۲۶).

در این میان، موضوعی که نمی‌توان به سهولت از آن گذشت چالش‌های هنجاری پیچیده و معضلات اخلاقی ویژه‌ای است که رهاورد پیشرفت‌های سریع بشر به خصوص تحول در فناوری‌های نوین زیستی و دانش زیست پزشکی می‌باشد مسائلی مانند شبیه سازی انسان، دستکاریهای ژنتیکی، تغییر جنسیت و... از این قسم هستند. که ضرورت دارد با وجود فقد قانونی خاص، در صورتی که نتایج سوء، غیراخلاقی، زیانبار و مخاطره آمیزی بر کاربست این فناوری‌ها مترتب باشد، از بروز و ظهور آن‌ها اجتناب کرد و تا زمان تصویب قانون راه را بر استفاده غیراخلاقی و ناصحیح از این فناوری‌ها یا وقوع خطرات احتمالی مسدود کرد (رهبرپور، ۱۲۲).

در مجموع، از آنجایی که اصولاً قانونگذار نمی‌تواند همیشه تعریفی کامل و قانع کننده از جرائم ارائه دهد و در نتیجه بسیاری از اعمال غیراخلاقی و خطرناک برای جامعه از دایره جرم خارج می‌شوند، قانون جزا، قانون بدکارانی می‌شود که با آگاهی از نقص آن به جرم مبادرت می‌کنند بی آن که وحشی از مجازات داشته باشند (نوربها، ۶۱). حال سؤال این است که در وضعیت کنونی و در فقدان وجود قانونی خاص جهت جرم انگاری و مجازات، تکلیف چیست و چگونه می‌توان با رفتارهایی که حیات جامعه را در معرض خطر قرار می‌دهند مقابله نمود؟ آیا حکم به براءت در جرائم مستحدث بدلیل فقدان نص، موجب آسیب به هنجارهای بنیادین نمی‌گردد؟ در راستای پاسخ به سؤالات مذکور، نظرات متعددی بیان شده که در ادامه به طرح و بررسی هریک پرداخته می‌شود.

الف. حقوقدانان سنتی در مقام پاسخگویی، با تاکید بر قداست اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اعتقاد دارند که اساساً زمانی می‌توان امری را جرم به شمار آورد که قانون، چنین وصفی را برای آن متصور شده باشد (احسان پور، ۱۵۳). طبق ماده ۲ ق.م.ا، فعل یا ترک فعل انسانی هر اندازه زشت و نکوهیده و برای نظام اجتماعی زیان بخش باشد تا زمانی که حکمی بر آن وارد نشده و یا در قانون پیش بینی نشده باشد قابل مجازات نیست (اردبیلی، پیشین، ۱۲۶) و اصل ۳۶ قانون اساسی اذعان می‌دارد که حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد. اصل ۱۶۶ قانون اساسی نیز مقرر می‌دارد که احکام دادگاهها باید مستند و مستدل به مواد قانون باشد (احسان پور، پیشین، ۱۵۳). بنابراین هر چند اعمال اصل قانونی بودن جرم باعث می‌شود مجرمین از دست عدالت بگریزند ولی از نظر حفظ حقوق و امنیت شخصی اعضای جامعه رعایت اصل مزبور بطور قاطع و کامل، ضرورت دارد (صانعی، ۱/۱۷۷). فلذا به عقیده این حقوقدانان، چنین رفتارهایی قابل مجازات نبوده و اساساً جرم به شمار نمی‌آید. اصل

برانت در قانون اساسی نیز مؤید همین نظر است.

بررسی

این نظر اگر چه طبق اصول و قواعد حقوقی صحیح به نظر می‌رسد و از حقوق افراد نیز در مقابل انتساب جرائم متعدد حمایت می‌نماید، لکن عیب بزرگ آن در این است که دفاع اجتماعی را به خوبی محقق نمی‌سازد (احسان پور، پیشین، ۱۵۴؛ فیض، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، ۸۸). بدین توضیح که، با پیدایش جلوه‌های نوین از بزهکاری که بعضاً به صورت فراملی و سازمان یافته ارتکاب می‌یابند و آثار گسترده و وخیم آن حتی از مرزهای کشورها فراتر می‌روند در چنین حالتی حقوق اجتماعی پررنگتر از حقوق فردی می‌شود و دیگر نمی‌توان برتری را به حقوق فردی داد. هر چند این امر بطور کلی سبب نقض حقوق فردی نشده بلکه این حقوق در پرتو حمایت از حقوق اجتماعی بهتر و کاملتر مورد حمایت قرار می‌گیرد. (میلانی، پیشین، ۸۵ و ۲۶۱) البته باید به این نکته خطیر توجه داشت که امروزه حقوق کیفری، بیش از آن که الگوی هراس در جامعه انسانی باشد، محل تبلور باورها و ارزشهای اساسی هر جامعه شده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۶) و میزان و معیاری بر حمایت و پاسداری از ارزشها و هنجارهای مورد احترام در جامعه محسوب می‌شود ازاینرو زمانی حقوق جزا در منظومه یک نظام حقوقی جلوه نمایی می‌کند که حمایت و حفاظت از ارزش‌های اساسی و هنجارهای بنیادین مطلوب آن نظام، درقبال هرگونه تعرض و تعدی، موردتوجه و تأکید قانونگذار قرار گرفته باشد (رهبرپور، پیشین، ۱۲۳). بنابراین، شاید نتوان نظریه عدم اعتقاد به تجریم و مجازات جرائم مستحدث در ورای قانون را به آسانی پذیرفت.

ب. صرف فقدان وجود «عنصر قانونی» نباید مانع از آن گردد که دعاوی مطرح شده در زمینه جرائم نوظهور را غیرقابل رسیدگی به شمار آورده و متهم را از قبول مسئولیت عملی که مرتکب شده است، مبرا نمود. کسی که علیه دیگری اقامه دعوی نموده، جز این نیست که حقی از حقوق خویش را تضییع شده یافته و با اصرار بر دادخواهی، سعی در احقاق حق خویش می‌نماید. در چنین مواردی قاضی موظف است حکم دعوا را ابتدا در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد (احسان پور، پیشین، ۱۵۴). طرفداران این نظریه علاوه بر اصل ۱۶۷ ق.ا، تصویب موادی از قانون‌های عادی مبنی بر جواز رجوع به منابع و فتاوی معتبر فقهی و تأیید آن‌ها به وسیله شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی را در همین راستا تلقی نموده‌اند. موادی مثل ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک. و ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ و نیز ماده ۲۹

قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب ۱۳۶۸ (حاجی ده آبادی، ۲۶۷).

بررسی

در حقیقت دانشمندان حقوق کم و بیش بر این نکته واقف شده‌اند که سهل انگاری در مورد پاره‌ای از جرائم که قانون بدان‌ها تصریح ننموده، هرگز به صلاح جامعه نیست چرا که این مسأله به تبهکاران و عناصر شریر جامعه بیش از پیش فرصت ارتکاب اعمال بر هم زنده نظم و امنیت اجتماعی را داده و و این نقص بزرگی است که قوانین جزایی دنیا با آن مواجه شده‌اند و هر چه نقایص قوانین قانونگذاران وضعی به وسیله خود آن‌ها بر ملا می‌شود، کمال و عظمت قوانین اسلامی آشکارتر می‌گردد. چرا که هیچ یک از نواقص بیان شده، در قوانین جزایی اسلام وجود ندارد زیرا جرمی نیست که در زیر ذره بین دقیق قانونگذار اسلام به چشم نخورده باشد. (فیض، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، ۸۹) لذا بدلیل فقدان قانونی خاص در رابطه با جرائم شدیدی که آثار وخیمی بر نظم عمومی (خواه داخلی، خواه بین المللی) و منافع ملی می‌گذارد (میلانی، پیشین، ۱۶۵) و نیاز به مجازات متخلفین و عقوبت آنان، ضرورت دارد اصل قانونی بودن جرم و مجازات متحول گردد. به همین دلیل در مبحث بعد به بررسی این امر پرداخته می‌شود.

تعدیل و تحدید اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها

۱. تأثیرپذیری از شریعت در اجرای اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها

قوانین جزایی وضعی، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را درباره همه جرائم به طور یکسان اجرا می‌کنند به نحوی که جرم به دقت تعریف و ارکان اساسی که جرم بر آن استوار است بیان می‌گردد از اینرو افعالی که ممکن است تحت شمول هر نصی قرار گیرد محدود و هر حالت جدید، مستلزم ایجاد تغییر در نص قانون است که در نتیجه تقلب نسبت به قوانین و فرار از احکام قانون، مجازات آسان می‌باشد (عوده، ۲۱۰/۱)؛ اما نظام جزایی اسلام، روش‌های مختلفی را در اجرای اصل مذکور نسبت به جرائم دنبال کرده است که متابعت از آن در سیستم قانونگذاری می‌تواند تضمین کننده نظم و امنیت در جامعه باشد. بدین توضیح که شریعت این اصل را در خصوص ثابتهات^۱ بطور دقیق اجرا کرده اما در خصوص متغیرات^۲ (تعزیرات) اصل مذکور را در چهارچوب محدودی که در جرائم دسته اول اعمال کرده مقید نساخته بلکه اجرای آن را در جرائم تعزیری گسترش داده است (شکری، ۱) پس در قلمرو تعزیرات نیازی به تعیین جرم بطور کامل و صریح در نصوص شرعی نبوده بلکه در نص تحت عناوین و قواعد کلی از قبیل اضرار به غیر،

۱. ثابتهات: حاوی جرائم مشمول حدود و قصاص و دیات و پاره‌ای از تعزیرات منصوص شرعی بوده و در دو منبع مهم جرم‌انگاری یعنی کتاب و سنت آمده‌اند و در تمامی ازمه لا یتغیر می‌باشند. ۲. متغیرات: در این قسمت صرفاً پاره‌ای اصول، ارائه شده که بر اساس آن، رفتار مفسده انگیز و خلاف مصلحت عموم و ارتکاب معاصی، مستوجب عقوبت دانسته شده است (طوسی، ۶۹/۸).

ایذاء، تضییع حق و مصالح اساسی، اتلاف، تسبیب و غیره اشخاصی را مجرم دانسته و برای آنان مسئولیت‌های مدنی و کیفری قرار داده است؛ یعنی علاوه بر این که مرتکب باید ضرر دیگری را جبران کند اگر عمداً مرتکب این گونه تخلفات شده باشد طبق قانون تعزیر، قاضی می‌تواند وی را مجازات کند (گرچی، پیشین، ۲۸۹).

بنابراین نگارندگان معتقدند، در مورد جرائم نوظهور در حوزه‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی شایسته است قانونگذار در مقام جرم انگاری با الگو برداری از سیستم جنایی اسلام، به جای تبیین «حصری مصادیق مجرمانه»، بسته سیاستی جامعی مشتمل بر اصلاحات ساختاری نهادها و سیاست جزایی قهرآمیز و بازدارنده اتخاذ نماید که در آن ضمن تعریفی جامع و مانع از جرم با تبیین معباری خاص برای تمییز جرائم، تشخیص مصادیق مجرمانه را بر عهده قاضی بگذارد. تا از این رهگذر حقوق جامعه و بزه دیده بیشتر تأمین گردد. بدین ترتیب تا زمان تدوین چنین مجموعه‌ای ضروری است اصل قانونی بودن جرم و مجازات نسبت به چنین جرائمی تحدید شود.

۲. لزوم تفسیر مضیق اصل ۳۶ قانون اساسی در جرائم مستحدث با تاملی بر اصول و قواعد

فقهی

همانطور که امروزه با قدرتمند شدن مجرمان در برابر دولت‌ها، عدالت حقوقی و مصالح عالیه کشورها اقتضاء می‌نماید قلمرو اصل برائت در جرائم مهم، محدود شود و اماره مجرمیت در بزه‌هایی که خطرناک و زیانبارند بر اصل برائت مقدم گردد (اکبری و مالمیر، ۱۵-۱۶). اصل قانونی بودن نیز در جرائم مهمی که آسیب‌های فراوانی به منافع و مصالح اجتماعی وارد می‌آورد باید به نحوی ترسیم گردد که با فقد قانونی خاص تاب تفسیر را برای قاضی مهیا نموده و جامعه بتواند نسبت به آن‌ها واکنشی مناسب نشان دهد. اما در مورد جرائمی که اهمیت کمتر و آثار محدودی دارند وجود اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به منظور حمایت از حقوق فردی بسیار کارآمد بوده و قابل دفاع می‌باشد (میلانی، پیشین، ۲۶۲). و به جرأت می‌توان گفت اعمال یکسان اصل قانونی بودن جرم و مجازات در مطلق جرائم موجب پیدایی تناقضاتی با اصول و آموزه‌های شریعت نظیر امر به احتیاط در امور مهم، قاعده لاضرر و نفی اختلال نظام، می‌گردد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۱) اصل احتیاط و تقدیم آن بر اصل برائت در موارد خاص

احتیاط، مصدر باب افتعال از ریشه «حاط، يحوط» می‌باشد و در لغت به معنای تعهد، تحفظ، ثقه و اخذ به حزم می‌باشد (تهانوی، پیشین، ۱۰۹؛ فیروز آبادی، ۳۱۸/۲) اصل احتیاط یا به تعبیری دیگر، قاعده اشتغال در اصطلاح اصولیین عبارت است از: حکم شارع یا عقل به لزوم اتیان فعل یا ترک فعل همه

محتملات تکلیف در فرض امکان، هنگام شک در آن و عجز از تحصیل آن به دلیل معتبر یا عجز از تحصیل شناخت عملی با اصول مقرر (بهادلی، ۲/۲۹۳-۲۹۴). مجاری قاعده مزبور عبارت است از: ۱- شبهه بدوی قبل از فحص ۲- شبهه مقرون به علم اجمالی ۳- جایی که یقین به اشتغال ذمه وجود دارد. اما قسم دیگری که بنابر قول مشهور، موضوع احتیاط شرعی است و استثنایی بر اصل برائت در شبهات تحریمی قلمداد می‌شود، موردی است که شک در تکلیف وجود دارد ولی محتمل، از نظر شرع دارای اهمیت فراوانی می‌باشد-مانند دماء، اموال، فروج و اعراض- خواه مورد شبهه از شبهات حکمی باشد یا موضوعی (انصاری، ۲/۱۳۷؛ خوئی، مصباح الاصول، ۲/۱۰۵؛ حکیم، ۱/۵۱۶؛ حلی، ۶/۵۱۴؛ مظفر، ۲/۱۹۳).

۱-۱. ادله لزوم رعایت اصل احتیاط در حوزه امور مهمه

در منابع فقهی و اصولی، تعریف صریحی «از امور مهمه»، ارائه نگردیده و بیشتر در قالب بیان مصادیق از آن رفع ابهام گردیده است. اما با مذاقه در باب این مصادیق می‌توان امور مهم را اموری دانست که سیره عقلا و روش شارع مقدس اسلام، در جعل قوانین در حوزه آن، مبتنی بر احتیاط است (حسینی یار و همکاران، ۱۶۴) بدین ترتیب، حکم عقل، سیره عقلا و دأب شارع مقدس، ادله‌ای هستند که بر لزوم رعایت اصل احتیاط در مسائل فوق، دلالت دارند.

الف) حکم عقل

بنابر حکم عقل، در مواجهه با شبهات، چنان چه شارع، بیانی نداشته باشد، محل اجرای قاعده قبح عقاب بلابیان است اما موضوعات مربوط به دماء، فروج، اعراض و اموال، از باب اهمیت خاصی که شارع مقدس برای آن قائل است از شمول قاعده مذکور خارج می‌شوند. قاعده قبح عقاب بلابیان، بیان می‌دارد که در موارد شبهه، به دلیل منتفی بون احتمال عقوبت، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، جریان نمی‌یابد؛ لیکن در موضوعات دماء، نفوس، اموال و اعراض، احتمال ضرر در صورت اجرای قاعده قبح عقاب بلابیان بعید نیست. لذا در این موارد قاعده وجوب دفع ضرر محتمل وارد بر قاعده قبح عقاب بلابیان می‌باشد. و مطابق قول مشهور در اصول فقه و به حکم عقل، رعایت احتیاط واجب است. (خوئی، اجود التقریرات، ۲/۱۲۴-۱۲۵؛ حکیم، پیشین، ۵۱۶؛ مصطفوی، ۱/۳۰۷) صاحب نهایة الاصول در این باره می‌نویسد: «اگر احتمال وجود تکلیف واقعی در ضمن محتملات داده شود و مکلف بداند به فرض تحقق، آن تکالیف به گونه‌ای هستند که شارع به آن اهتمام دارد و راضی به مخالفت با آنها نیست، نفس احتمال، منجز تکلیف است و نیازی به علم اجمالی نیست و در آن احتیاط واجب است، همان گونه که درباره فروج و دماء و اعراض بیان کرده‌اند؛ چون عقل نیز عقاب با این احتمال پیوسته به علم به اهتمام شارع را عقاب بدون بیان

نمی‌داند، بلکه این سنخ از احتمال، به خودی خود بیان است» (منتظری، ۵۴۷).

ب) سیره عقلا

عقلا، هنگامی که در تکلیفی شبهه وجود دارد و موضوع هم از موضوعاتی است که مورد اهتمام جدی شارع می‌باشد مادامی که شبهه باقی است حکم به لزوم رعایت احتیاط می‌کنند (خوانساری، ۲۴۶/۷؛ مکارم شیرازی، ۱۹۹/۳).

ج) دأب شارع مقدس

بدیهی است که نزد شارع مقدس، پاره‌ای از امور در مقایسه با امور دیگر از اعتبار و اولویت بیشتری برخوردار می‌باشد. به نحوی که اراده شارع در این امور بر تحفظ و ایجاب احتیاط حتی در مرتبه شک تعلق می‌گیرد (حلی، پیشین، ۳۱۹؛ حکیم، پیشین، ۵۱۶). مرحوم مظفر در این خصوص می‌نویسد: «...ان يكون أحد الواجبين أولى عند الشارع في التقديم من غير تلك الجهات المتقدمة. والاولوية تعرف اما من الأدلة، واما من مناسبة الحكم للموضوع، واما من معرفة ملاكات الاحكام بتوسط الأدلة السمعية. ومن أجل ذلك فان الاولوية تختلف باختلاف ما يستفاد من هذه الامور، ولا ضابط عام يمكن الرجوع إليه عند الشك: فمن تلك الاولوية ما إذا كان في الحكم الحفاظ على بيضة الاسلام، فانه أولى بالتقديم من كل شئ في مقام المزامحة. و (منها) ما كان يتعلق بحقوق الناس، فانه أولى من غيره من التكاليف الشرعية المحضه، أي آلتی لا علاقة لها بحقوق غير المكلف بها. و (منها) ما كان من قبيل الدماء والفروج، فانه يحافظ عليه أكثر من غيره، لما هو المعروف عند الشارع المقدس من الامر بالاحتياط الشديد في أمرها» (مظفر، پیشین، ۱۹۳). در راستای اهمیت دما، فروج، اعراض و اموال، در نزد شارع، فقها نیز اصول و قواعدی -مانند: قاعده احترام مال مسلم، قاعده لایبطل دم امرء مسلم و اصل احتیاط در دماء- را بیان می‌دارند. این توصیه شارع مقدس، در واقع امضای سیره عقلا است.

بنابراین در مبحث حاضر، یعنی جرائم مهم و پیچیده در حوزه‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اخلاق زیستی که به تبع آن وقوع ناهنجاری‌های گوناگون اجتماعی، اخلاقی و حقوقی، محتمل می‌باشد به دلیل اهمیت و بزرگی آن باید از ارتکاب این امور مشتبه و مرددالحکم احتیاط نمود و از حکم به جواز خودداری کرد؛ به عبارت دیگر، در این موارد قطعاً حکمی وجود دارد که ما به آن علم نداریم و حکم الله واقعی در دسترس نیست و به دلیل آن که جواز این امور در صورت فقدان نص ممکن است پیامدهایی در پی داشته باشد که در صورت وقوع، با اهمیت و مخاطره آمیز هستند، لذا، بر اساس ادله اصولی، -

اهمیت دماء آن قدر مورد اهتمام است که خداوند، کشتن یک فرد را به منزله کشتن جمیع انسان‌ها برشمرده است. «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا...» (مانده: ۳۲) و همینطور احترام عرض انسان و اموال او نیز از اهمیت بسزایی برخوردار است. در این زمینه، از باب نمونه می‌توان به حدیث نبوی «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» اشاره نمود.

چنانچه طبیعت و حکم اصلی موضوعی، اقتضای حرمت و فساد داشت - احتیاط درباره چنین اموری، حتی در شبهه بدویه لازم است و برائت و اصاله الإباحه در آن جاری نمی‌شود (رهبرپور، پیشین، ۱۳۷؛ سبحانی، ۱۱۴/۲؛ بجنوردی، پیشین، ۳۳۵؛ یوسفی، ۲۹/۵). هر چند این احتیاط، آمیخته با یأس نیست که منجر به ترک فعل شود، بلکه موجب حرکت در چارچوب ضوابط و قواعد حاکم است. در تعیین ابعاد مفهومی آن باید گفت، وقتی دلایل منطقی بر وجود رابطه علیت میان یک فعالیت انسانی و نوعی خسارت وجود دارد، مشروع است که در آغاز فعالیت برای جلوگیری از خسارت مداخله نمود؛ حتی اگر در عمل رابطه علیت وجود نداشته باشد (محمدزاده وادقانی، ۴۷۵). به همین جهت در قوانین کشورها به تازگی جرم انگاری با عبارت «دیگری را به خطر انداختن» معمول شده است که در این نوع جرم انگاری‌ها بی احتیاطی عامل، موجب محکومیت است و تحقق ایراد خسارت الزامی نیست. این نوع جرم انگاری‌ها به دادگاه‌ها اختیار ارزیابی گسترده می‌دهد. دادگاه‌ها باید در هر مورد درجه خطر عامل را ارزیابی کنند. بنابراین اصل احتیاط می‌تواند منجر به این شود که قاضی نسبت به اشخاصی که به خود زحمت بررسی تمام عواقب ممکن اعمالشان را نمی‌دهند و جامعه را با خطرهای خاصی روبرو می‌کنند، سخت‌گیرتر باشد (همو، ۴۸۴).

۲. قاعده لاضرر

عدم جواز اضرار از مسلّمات فقه اسلامی و مبتنی بر حدیث نفی ضرر و ضرار است که در متون فقهی تحت عنوان قاعده لاضرر تحلیل شده است (عراقی، ۳۰۱/۲). مرحوم بجنوردی در مورد مدرک قاعده «لا ضرر و لا ضرار» نقل کرده است: «مدرک این قاعده، عبارت است از روایات کثیره‌ای در کتاب‌های عامه و خاصه، که مشتمل بر این روایت از پیغمبر (ص) است و این روایت به عنوان یک کبرای کلی است که بر موارد عدیده‌ای منطبق می‌گردد.» (موسوی بجنوردی، ۲۱۱/۱). از حیث آماری بیشتر احکام فقهی در باب عبادات و حقوق مدنی مبتنی بر این قاعده می‌باشد. و در حوزه حقوق جزا مشروعیت اصل حدود، قصاص، دیات نیز به این قاعده استناد یافته است (شهید اول، ۱۴۲-۱۴۱؛ خلیل الهی، ۳) چرا که جرم انگاری شارع بیشتر ناظر بر رفتارهایی است که به ضرر دیگران و یا جامعه است. قاعده لاضرر هم دفع ضرر می‌نماید و هم از طریق جرم انگاری و اعمال مجازات و یا رد عین، مثل و قیمت مال و جبران خسارت رفع ضرر می‌کند. و حوزه فعالیت آن تنها مختص سیاست جنایی نبوده و در حوزه سیاست قضایی و عدالت ترمیمی نیز نقش ساختاری دارد (خلیل الهی، پیشین).

در جرائم مهم مذکور، غالباً ضرر، از سنخ اضرار عمومی است و برابر مفاد قاعده لاضرر، خسارت و زیان، در شریعت اسلام، نا مشروع است. بدین ترتیب، جرائم نوپدیدی که دارای ضررهای فراوانی برای جامعه و نظام اسلامی می‌باشند به وضوح مشمول قاعده واقع می‌شوند. در نتیجه نویسندگان این مقاله قائل به این موضوع هستند که اگر به دلیل اعمال اصل قانونی بودن جرم و مجازات در فرض فقد قوانین جزایی

مدون حکم به برائت صادر شود و بدنبال آن ضرری مترتب شود اصل قانونی بودن تحت قاعده لاضرر ضروری است تضییق و تعدیل گردد. و به عنوان مویدی بر ضرورت تفسیر مضیق اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌توان بدین صورت استدلال نمود که: هرگاه بین دو ضرر تعارض ایجاد شود به عنوان نمونه آسیبی که از خلل به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به حقوق و آزادی‌های افراد جامعه حاصل می‌شود، در تعارض قرار گیرد با آسیب‌هایی که از اجرای اصل قانونی بودن جرم و مجازات نسبت به جرائم مستحدث، به حکومت اسلامی و شهروندان وارد می‌گردد و ممکن است علاوه بر رواج ناهنجاری‌هایی چون رواج بیکاری، فساد و تروریسم و... سبب فروریختن ارکان نظام گردد. در بین این دو ضرر، که اتفاقاً هر دوی آن‌ها هم به وسیله مفاد این قاعده نفی می‌گردند، یا از راه نفی حکومتی یا نفی حکم ضرری، لیکن به ضرورت عقلی بایستی اهم بر مهم مقدم گردد، هر چند ضررهایی بر عده‌ای وارد شود، در این جا نیز، ضرر که بر جامعه وارد می‌شود اهم است و ضررهایی که بر اشخاص وارد می‌گردد مهم. (الزرقاء، ۱۹۷؛ بجنوردی، پیشین، ۲۲۷).

بنابراین از آنجایی که قاعده مزبور در حوزه جرم شناسی نقش اثباتی دارد بطوری که هرگاه از نبودن حکم شرعی به فرد یا جامعه ضرری وارد شود می‌توان به استناد قاعده لاضرر برای دفع آن ضرر، به جعل حکم شرعی جدید اقدام کرد و وظیفه دستگاه قضاست که با این قبیل جرائم مقابله نماید. چرا که شناخت دقیق قاعده لاضرر می‌تواند به قاضی نظام اسلامی و حقوقدان اسلامی شم اجتهادی بدهد (خلیل الهی، پیشین، ۷).

۳) حرمت اختلال نظام و وجوب حفظ آن

از جمله ابواب فقهی که در آن بر حفظ نظام، تاکید بسیار شده باب قضا، تجریم و کیفر گذاری در قالب حدود، قصاص، دیات و تعزیرات است. به اعتقاد فقها حفظ نظام عمده‌ترین دلیل تشریع قضا و مجازات‌های مختلف، است (گلپایگانی، القضا والشهادات، ۱/ ۲۰). فقها بر اساس این قاعده، هر موضوعی را که موجب اختلال نظام شود، حرام دانسته‌اند و به وجوب آنچه لازمه حفظ نظام است، فتوا داده‌اند (شمس الدین، ۴۴۰).

اختلال نظام، یکی از مصادیق فساد است. و می‌توان گفت فساد، از اختلال در نظم و اعتدال امور ایجاد می‌شود. وقتی جامعه‌ای دارای نظم و نظام است، به یک آرامش و اعتدال نسبی می‌رسد؛ بنابراین اختلال در نظام یک جامعه، مصداق بارز به فساد کشاندن آن است. بر این اساس اگر اختلال نظام معاش، فساد است مبعوض شارع هم هست^۱؛ و از چیزی که مبعوض شارع است، باید منع شود (باقی زاده و

۱) آیات بسیاری در قرآن، از فساد نهی کرده و مبعوض بودن فساد و مفسدان را با بیان‌های مختلف تکرار نموده است. از جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: (باقی زاده و امید فر، ۱۸۱)

«وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يَجِبُ الْفُسَادَ» (بقره: ۲۰۵)

«...كُلُوا وَاشْرَبُوا مِنْ رِزْقِ اللَّهِ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ» (بقره: ۶۰)

امیدی فر، ۱۸۲). قاعده نفی اختلال نظام در صدد دفاع از مصالح اجتماعی می‌باشد و ظرفیت نظام فقهی این اجازه را به قاعده مذکور می‌دهد که هرگاه عملی یا حتی حکم شرعی سبب برهم زدن نظم اجتماعی شود بتواند با بطلان آن عمل یا وضع حکم ثانوی از آن جلوگیری نماید (الماسی و همکاران، ۱۷).

با عنایت به مطالب فوق، هرگاه اختلال در هر یک از عرصه‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی، با واسطه یا بی واسطه به اختلال و وقفه در زندگی طبیعی و عادی بیانجامد، برای حفظ نظام، ضرورت دارد از آن منع شود و بنابر نظر فقها تعزیر کسی که در نظم عمومی اختلال وارد می‌نماید نیز جایز می‌باشد (گلپایگانی، مجمع المسائل، ۳/ ۲۱۳؛ باقی زاده و امیدی فر، پیشین، ۱۶۹).

استنادپذیری فقه در تجریم و کیفرگذاری جرائم مستحدث

جرائم کلان و نوینی که با خشونت و فساد همراه است و سلامت عمومی را به مخاطره می‌افکند و مشکلات اجتماعی و اقتصادی توأم با بی ثباتی سیاسی را ایجاد می‌نماید ضرورتاً بایستی در کوتاه مدت مهار گردند لذا تنها حربه سریع و مؤثر می‌تواند حقوق جزا باشد. و آنچه مسلم است این است که خلأهای تقنینی نیز در این رابطه، سبب تبرئه متهمین را فراهم نمی‌آورد، در نتیجه استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی در راستای تجریم و کیفرگذاری می‌تواند مفید فایده باشد. توضیح این که، قانونگذار اساسی در اصل ۱۶۷، منابع و فتاوی معتبر اسلامی را به عنوان مرجع قابل استناد قضات شناسایی کرده است. هر چند، در شمول این قاعده در دعاوی کیفری، به خصوص موضوع مهم تعیین مجازات اختلاف نظر شدیدی وجود دارد (اکرمی، ۲۵). موافقان به عموم اصل مذکور استناد می‌کنند (حاجی ده آبادی، پیشین، ۲۵۸) و مخالفان، برخی با استناد به اصل ۳۶ ق.ا. به عنوان مخصص اصل ۱۶۷، و برخی به علت مشکلات عملی در رجوع به فقه، از جمله عدم توانایی قضات غیر مجتهد در مراجعه به منابع معتبر فقهی و تمیز اعتبار منابع و فتاوی و اجمال در مفاهیم «فتاوی معتبر» و «منابع فقهی معتبر»، این اصل را در امور کیفری حاکم نمی‌دانند و در فرض نبودن مقررۀ قانونی، به لزوم صدور حکم برائت اصرار می‌ورزند (کاتوزیان، ۲۱۸-۲۱۹؛ حاجی ده آبادی، پیشین، ۲۶۰-۲۶۲؛ حسینی، ۱۵۰). عده‌ای از حقوقدانان نیز اصل ۱۶۷ را منحصر به حقوق کیفری شکلی دانسته‌اند و حقوق کیفری ماهوی را از شمول آن خارج نموده‌اند (آخوندی، ۹۴/۱).

صرف نظر از دیدگاههای متفاوت پیرامون جریان یا عدم جریان اصل ۱۶۷ در امور جزایی ماهوی، نگارندگان بر این عقیده هستند؛ از آنجا که سکوت قانون در هریک از حوزه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌تواند به ایجاد حفره‌های امنیتی و قضایی در بحث تعقیب و مجازات مجرمان و

«...فَأَذْكُرُوا آلَاءَ اللَّهِ وَلَا تَغْفُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ» (اعراف: ۷۴)

«...وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ» (مائده: ۶۴)

«...وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ» (قصص: ۷۷)

متهمان منجر شود لذا از یک سو استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی بصورت مضیق تنها در تجریم و کیفرگذاری در قالب تعزیرات نسبت به جرائم مهمی که منافع ملی را تضییع می‌نماید تا زمانی که وضع قانون مراحل طبیعی خود را طی می‌کند مورد پذیرش واقع شود. و در جهت اجرای اصل مذکور، استفتاء قضات محاکم از فقهای شورای نگهبان به عنوان منبعی معتبر تعریف گردد. چرا که وفق اصل ۴ قانون اساسی که بر همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است، فقهای شورای نگهبان، مرجع تشخیص مطابقت قوانین و مقررات با موازین اسلامی دانسته شده است. و از سوی دیگر با برقراری یک مکانیسم نظارتی قضایی یا رسمی یا مبتنی بر جامعه مدنی، خطر استبداد قضات به حداقل رسانده شود.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته می‌شود که:

۱- با ظهور جلوه‌های نوین بزهکاری و عدم جرم انگاری آن‌ها، ارتکاب این گونه فعالیت‌ها بدون هزینه و ضمانت اجرای کیفری بوده و آثار وخیمی بر منافع ملی و نظم عمومی می‌گذارد بنابراین عدالت حقوقی و مصالح عالیه کشور اقتضاء می‌نماید اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در این قسم از جرائم تعدیل و تحدید گردد تا جامعه بتواند نسبت به چنین جرائمی در صورت فقد قانونی خاص واکنشی مناسب نشان دهد. بدین توضیح که قانونگذار، در مقام جرم انگاری با الگوبرداری از سیستم جنایی اسلام (در خصوص ثابتات و متغیرات)، به جای تبیین «حصری مصادیق مجرمانه» ضمن تعریفی جامع و مانع از جرم با ارائه معباری خاص برای تمییز جرائم، تشخیص مصادیق مجرمانه را بر عهده قاضی بگذارد. تا از این رهگذر حقوق جامعه و افراد بیشتر تأمین گردد.

۲- در مورد چالش‌های هنجاری پیچیده و جرائم مستحدث در حوزه‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی که دارای ضررهای فراوانی برای جامعه و نظام اسلامی می‌باشند و به وضوح مشمول قاعده لاضرر واقع می‌شوند از آنجا که سیره عقلا و روش شارع مقدس اسلام، در جعل قوانین در حوزه امور مهم، مبتنی بر احتیاط است. لذا به دلیل اهمیت این جرائم ولو در صورت فقد قانون جزایی مدون، باید از حکم به جواز ارتکاب این امور مشتبّه خودداری نمود. و در صورت وقوع چنین جرائمی ضرورت دارد استناد به ۱۶۷ قانون اساسی بصورت مضیق تنها در تجریم و کیفرگذاری در قالب تعزیرات نسبت به جرائم مهمی که منافع ملی را تضییع می‌نماید تا زمان تصویب قانون مورد پذیرش واقع گردد و در جهت اجرای اصل مذکور، ضمن تعریف استفتاء قضات محاکم از فقهای شورای نگهبان-که مرجع تشخیص مطابقت قوانین با موازین اسلامی دانسته شده اند-به عنوان منبعی معتبر، با برقراری یک مکانیسم نظارتی قضایی یا رسمی یا مبتنی بر جامعه مدنی، خطر استبداد قضات به حداقل رسانده شود.

پیشنهادهای

از آنجاکه اصل قانونی بودن جرم و مجازات مانع از آن نخواهد شد که از اشخاص صاحب نظر استفاده نشود یا حتی اقدامات محل به مصالح عمومی افراد به وسیله سایر ساز و کارهای حقوق تعقیب نشود. بنابراین پیشنهاد می‌گردد:

۱- در برخی جرائم نوظهور، حداقل، هیات عمومی دیوان عالی کشور بتواند برای تدوین مقررات از ظرفیت شورای نگهبان (شش فقیه و شش حقوقدان) استفاده نماید و به کمک آنان برخی افعال را تا وقتی که وضع قانون مراحل طبیعی خود را طی می‌کند، عنوان مجرمانه بدهد چه در غیر این صورت منافع ملی به خطر می‌افتد.

۲- بنابر قواعد فقهی لاضرر و نفی اختلال نظام، در جرائم مستحدث و بااهمیت، با فرض سکوت قانون، اصل بر احتیاط است. پس، قانون‌گذار همت گمارد و تحقق مسئولیت کیفری ناشی از نقض اصل احتیاط را، در قوانین جزایی، مقرر نماید.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۳۹۳.
- آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
- احسان پور، رضا، «ایدز و حقوق کیفری»، *فصلنامه حقوق پزشکی وابسته به انجمن علمی حقوق پزشکی ایران*، سال دوم، شماره پنجم، ۱۳۸۵، ۱۶۸-۱۳۷.
- اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر میزان، چاپ بیست و نهم، ۱۳۹۲.
- اکبری، عباسعلی و مالمیر، محمود، «جایگاه اماره مجرمیت در حقوق کیفری ایران و اسناد بین المللی»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بناب*، سال دهم، شماره دوم، ۱۳۹۶، ۳۶-۱۱.
- اکرمی، روح الله، «صلاحیت قضایی کیفرگذاری مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانون اساسی و قوانین عادی»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، پژوهشکده شورای نگهبان، سال چهارم، شماره یازدهم، ۱۳۹۴، ۴۶-۲۵.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الأصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- باقی زاده، محمدجواد و عبدالله امیدی فر، «ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه»، *فصلنامه شیعه شناسی موسسه شیعه شناسی*، سال دوازدهم، شماره چهل و هفتم، ۱۳۹۳، ۲۰۰-۱۷۰.
- بهادلی، احمدکاظم، *مفتاح الوصول إلى علم الأصول*، بیروت، دارالمورخ العربی، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.
- تهانوی، محمد علی، *موسوعة کشف اصطلاحات الفنون والعلوم*، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، چاپ اول، ۱۹۹۶ م.
- حاج عاملی، محمد حسین، *ارشاد العقول إلى مباحث الأصول*، محاضر جعفر سبحانی تبریزی، قم، موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ ق.

- حاجی ده آبادی، احمد، «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصلنامه پژوهشهای فقهی دانشگاه تهران، دوره دوازدهم، شماره دوم، ۱۳۹۵، ۲۸۸-۲۵۷.
- حبیب زاده، محمدجعفر، «مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون‌مداری در قانون اساسی ایران»، نشریه حقوق اساسی تهران، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۸۳، ۹-۲۴.
- حسینی، محمد، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران، سمت، ۱۳۸۳.
- حکیم، محمد تقی، اصول العامه للفقهاء المقارن، چاپ دوم، قم، موسسه آل البيت (ع) ۱۹۷۹ م.
- حلی، حسین، اصول الفقه، مکتبه الفقه و الاصول المختصه، قم، ۱۳۰۹ ق.
- خلیل الهی، موسی، جایگاه قاعده لاضرر در حقوق کیفری اسلام، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران، مهر ۱۳۸۹.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- خونی، ابوالقاسم، اجود التقریرات، قم، کتابفروشی مصطفوی، بی‌تا.
- _____، مصباح الاصول، قم، مکتبه داورى، ۱۴۱۲ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، دمشق، دارالقلم، ۱۴۱۶ ق. رهبرپور، محمدرضا، «مبانی فقهی ممنوعیت و جرم انگاری در قلمروی اخلاق زیستی»، فصلنامه حقوق اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، سال یازدهم، شماره ۱۳۹۳، ۴۲، صص ۱۴۰-۱۱۹.
- زرقاء، احمد بن محمد، شرح القواعد الفقهیه، مصحح: مصطفی الزرقاء، دمشق، دارالقلم، ۱۹۸۹ م.
- سبحانی، جعفر، الوسیط فی اصول الفقه، قم، موسسه الإمام الصادق (ع)، ۱۳۸۸.
- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۲.
- شکری، حبیب، ماهیت فقهی-حقوقی جرم در نظام اسلامی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه امام صادق، شهریور ۱۳۷۸.
- شمس الدین، محمد مهدی، نظام الحکم و الاداره فی الاسلام، قم، دارالثقافه للطباعه و النشر، ۱۴۱۲ ق.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم، «جرائم سازمان یافته»، فصلنامه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، سال اول، ۱۳۸۳، ۱۳۰-۱۰۹.
- شهید اول، محمد بن مکی، القواعد والفوائد، قم، کتابفروشی مفید، بی‌تا.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، معجم فقه الجواهر، ط الثانية، قم، نشرالغدیر، ۱۴۲۲ ق.
- صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲.
- صدر، محمدباقر، علم اصول، ترجمه: نصرالله حکمت، تهران، موسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۴.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه الامامیه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
- عراقی، آقاضیاءالدین، مقالات الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.

۱۱۲	فقه و اصول	شماره ۱۲۲
عوده، عبدالقادر، <i>حقوق جنایی اسلام براساس مذاهب پنجگانه و مقایسه آن با حقوق عرفی</i> ، ترجمه اکبر غفوری، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۳.		
فیروز آبادی، محمدبن یعقوب، <i>القاموس المحيط</i> ، بیروت، دارالعلم، بی‌تا.		
فیض، علیرضا، <i>مبادی فقه و اصول</i> ، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.		
_____، <i>مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام</i> ، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ ارشاد اسلامی، چاپ ششم، ۱۳۸۱.		
کاتوزیان، ناصر، <i>مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران</i> ، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.		
کلاتری خلیل آباد، عباس، متولی زاده، نفیسه، گلستان رو، صدیقه، «احتیاط در دماء و کاربرد آن در حقوق کیفری»، <i>نشریه حقوق اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی</i> ، سال سیزدهم، شماره ۵۱، ۱۳۹۵، ۱۵۹-۱۲۹.		
گرجی، ابوالقاسم، <i>مقالات حقوقی</i> ، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.		
گلپایگانی، محمدرضا، <i>القضا و الشهادت</i> ، قم، مرکز الحقائق الاسلامیه، ۱۴۳۲ ق.		
_____، <i>مجمع المسائل</i> ، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.		
الماسی، نجادعلی و علیرزاده، عبدالرضا و کریم پور، صالح «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه شناختی»، <i>مجله پژوهش‌های فقهی دانشگاه تهران</i> ، دوره دوازدهم، شماره اول، ۱۳۹۵، ۳۶-۱.		
محقق داماد، مصطفی، <i>قواعد فقه بخش جزایی</i> ، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳. محمدزاده وادقانی، علیرضا، «اصل احتیاط در حقوق علوم کشاورزی و محیط زیست»، <i>فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران</i> ، دوره چهل و پنجم، شماره سوم، ۱۳۹۴، ۴۸۶-۴۷۱.		
مشکینی، علی، <i>اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها</i> ، قم، دفتر نشر الهادی، ۱۳۷۴.		
مصطفوی، محمد کاظم، <i>القواعد الفقهیه</i> ، قم، المركز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۳۸۴.		
مظفر، محمد رضا، <i>اصول فقه</i> ، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، بی‌تا.		
مکارم شیرازی، ناصر، <i>انوار الاصول</i> ، قم، مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.		
منتظری، حسینعلی، <i>نهایة الأصول</i> (تقریر بحث سید حسین طباطبایی بروجردی)، قم، قدس، ۱۴۱۵ ق.		
موسوی بجنوردی، حسن، <i>القواعد الفقهیه</i> ، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.		
میر محمد صادقی، حسین، <i>جرائم علیه اموال و مالکیت</i> ، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵.		
میلانی، علیرضا، <i>نگرشی بر اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها</i> ، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.		
نجفی ابرندآبادی، علی حسین، <i>حقوق کیفری در آغاز هزاره سوم</i> ، دیپاچه‌ای بر مفاهیم بنیادین حقوق کیفری جورج پی فلچر، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد، انتشارات آستان قدس رضوی، چاپ اول، ۱۳۸۴.		
نوربها، رضا، <i>زمینه حقوق جزای عمومی</i> ، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۸۳.		
یوسفی، محمد حسین، <i>اصول الشیعة لإستنباط احکام الشریعة</i> ، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار (ع)، ۱۴۳۰ ق.		



قاعده حسم در مستندات فقهی امامیه *

دکتر محمدعلی محب الرحمان^۱

استادیار دانشگاه شهید مدنی آذربایجان

Email: m.moheb@azaruniv.ac.ir

دکتر علی مظهر فراملکی

استاد دانشگاه تهران

Email: amghramali@ut.ac.ir

محمد مهدی محب الرحمان

دانش آموخته سطح چهار (دکتری)، حوزه علمیه قم، قم، ایران

Email: mohamad61.30@gmail.com

چکیده

قواعد فقهی یا همان احکام کلی جاری در ابواب گوناگون فقه، از منابع فقهی استخراج می‌شوند و به عنوان یک قاعده و قانون کلی، راه‌گشای موضوعات دیگر واقع می‌شوند. یکی از این قواعد کلی، قاعده حسم است که بر پایه آن در مواردی که حکم اولی نتواند مفسده‌ای را از بین ببرد، می‌توان با از بین بردن منشأ نزاع و فساد، و یا با «قلع ماده فساد و نزاع»، مفسده پیش‌آمده را از بین برد، و مشکل را حل کرد. این نوشتار با استناد به آیات و روایاتی که می‌تواند منشأ استنباط قاعده واقع شود و نیز با ملاحظه نظرات برخی فقها در ابواب مختلف فقه، قاعده حسم را اصطیاد کرده است. در ادامه شرایط و محدودیت‌های اجرای قاعده را تبیین و مورد کندوکاو قرار داده، و در نهایت به حل برخی اشکالات مطرح در مسائل نوظهور پرداخته است.

کلیدواژه‌ها: قاعده حسم، قواعد فقه، حسم، قلع، ماده فساد، ماده نزاع.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۹/۱۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۸/۰۳/۰۵.

۱. نویسنده مسئول

The Hasm (Eradication) Rule in Imamia Jurisprudential Evidences

Mohammad Ali Moheb Al Rahman, Ph.D. Assistant Professor, Azarbaijan Shahid Mdani University (Corresponding Author)

Ali Mazhar Gharamaleki, Ph.D. Professor, University of Tehran

Mohammad Mahdi Moheb Al Rahman. Graduate of the fourth level (Ph.D.) of Qom Seminaries

Abstract

The rules of Islamic jurisprudence i.e. the applicable general rules in various fields of Islamic jurisprudence are extracted from jurisprudential sources and as a general rule and law, pave the way for other issues. One of these general rules is the Hasm (eradication) rule according to which in cases where the primary verdict cannot eliminate an evil; such an evil may be eliminated by destruction of the origin of strife and corruption or eradication of the subject of corruption and strife. This paper has extracted the eradication rule by referring to verses and traditions which may be the source of inferring the rule as well as considering the opinions of some jurists in different fields of jurisprudence. Then, conditions and limitations of applying the rule have been explained and explored and finally, a number of current problems with regard to emerging issues have been solved.

Keywords: Hasm (Eradication) Rule, Rules of Jurisprudence, Hasm (Eradication), the Corruption Matter, the Strife Matter

مقدمه

هدف از جعل احکام شرعی، مصالح و مفاسدی دانسته شده که ممکن است بر آدمیان پنهان باشد، و خداوند با جعل آن احکام، خبر از مصلحت و مفسده متعلقشان می‌دهد. در واقع همه احکام اولی اسلام، برای جلب مصالح عامه و یا دفع مفاسدی است که ممکن است از رفتار انسان و ... ناشی شود. از جمله قتل (حراملی، وسائل، ۱۴/۲۹)، زنا (همو، همان، ۳۳۳/۲۰)، ربا (همو، همان، ۱۸/۱۲۱)، اکل مال یتیم (همو، همان، ۱۷/۲۴۶)، سرقت (همو، همان، ۲۸/۲۴۲) قذف (همو، همان، ۲۸/۱۷۴) و ...، که به جهت ایجاد انواعی از فساد حرام و ممنوع شده‌اند. به طور کلی هدف انبیا، نابودسازی فساد دانسته شده (همو، همان، ۸۷/۱۵) و هر آنچه که کمک به فساد باشد نیز حرام می‌باشد (همو، همان، ۸۵/۱۷) حتی ممکن است گفته شود مجازات‌ها به طور کلی برای دفع فساد، و حسم ماده فساد هستند (شاذلی، ۳۱).

اما گاهی اجرای حکم اولی شرع، اعم از عبادی، حقوقی یا کیفری، مصلحت مورد نظر را تأمین نمی‌کند، بلکه در مواردی ممکن است موجب ضرر منهی و مفسده‌ای گردد، از این رو در این گونه موارد بر اساس مقتضای قواعد فقهی مانند قاعده لا ضرر، میسور، منع اختلال نظام، نفی عسر و حرج و مانند آن عمل می‌شود. مثلاً می‌توان به دلایلی مانند ضرر یا وجود مفسده، حکم به عدم مالیت مواد مخدر صادر کرد، ولی چه بسا در مواردی، صرف حکم به عدم مالیت کافی نباشد و ضبط و امحاء مواد مکشوفه ضرورت داشته باشد. در این موارد نه تنها حکم اولی کنار می‌رود، بلکه از طریق و به جهت حسم ماده فساد، حکم دیگری ایجاد می‌شود. امری کلی که از آن، با عنوان «قاعده حسم» یاد می‌شود.

واژه حسم بنا به فرهنگ لغت به معنای قطع کردن، حل و فصل کردن، تمام کردن نزاع آمده است (خلیل بن احمد، ۳/۱۵۳؛ جوهری، ۵/۱۸۹۹). از آنجا که این معنا در تالیفات اصیل فقه امامیه به طور گسترده مورد استفاده قرار گرفته که در قسمت دو و سه مقاله به آن پرداخته خواهد شد و نیز معنای مورد نظر قاعده از آن به خوبی قابل فهم است، لذا این واژه به عنوان نام قاعده انتخاب شد.

به طور دقیق‌تر می‌توان مفاد قاعده حسم را چنین دانست: اگر با رعایت احکام اولی و قواعد عامه، مفسده‌ای به طور کامل از میان نرود، به استناد این قاعده می‌توان ریشه مفسده را خشکاند، و حکم به اجرای دستوری داد که هر چند مستقیماً با مسئله ارتباطی ندارد، اما با اجرای آن، فساد از بین می‌رود.

علیرغم اهمیت این قاعده در حل بعضی معضلات فقهی و حقوقی، در این خصوص تألیف یا تحقیقی مشاهده نمی‌شود؛ از این رو به عنوان فتح باب و برای اولین بار، در این مقاله سعی شده تا روشن شود که مفاد این قاعده در قرآن مجید و روایات آمده و بدان عمل شده است، و دلیل یا یکی از ادله برخی احکام، در ابواب مختلف فقه، همین قاعده بوده است. بنابراین می‌توان از این موضوع به عنوان یکی از قواعد فقه

یاد کرد و با استناد به آن در موارد عدم کفایت حکم اولی، با رعایت ضوابط و شرایط خاص، حکم به قلع منشأ و ماده فساد صادر نمود.

این قاعده حاصل استنباط از منابع فقه است و فقها به عنوان قاعده از این موضوع یاد نکرده، مستند و شرایط آن را ذکر نکرده‌اند و این تحقیق تلاشی است برای استنباط قاعده با این گمان که ممکن است در مسائل روز قابل استفاده باشد.

ضروری است که به ارتباط قاعده با قاعده سد ذرایع مذکور در اصول فقه اهل سنت توجه گردد. منظور از سد ذرایع که گاه از آن با عنوان «ممنوعیت عملی که منجر به حرام می‌شود» تعبیر شده است، (ابن قیم جوزیه، ۳/ ۱۱۰) اعلام حرمت عملی است که به فساد منجر می‌شود (ابن عاشور، ۳/ ۳۳۵).

اگر چه بین سد ذرایع و قاعده حسم ممکن است مشابهت‌هایی یافت شود و در برخی از مصادیق، اجرای هر دو قاعده ممکن باشد ولی قاعده حسم از نظر مفهوم و نیز مستند به کلی با قاعده سد ذرایع متفاوت است.

قاعده سد ذرایع در نهایت به این معنی بر می‌گردد که وسیله و مقدمه حرام، حرام است (مکارم، دائرة المعارف فقه مقارن، ۱/ ۲۰۳) ولی مفهوم قاعده حسم این است که اگر حکم اولی در مواردی نتواند مصلحت مورد نظر شارع را تأمین کند، می‌توان با رعایت شرایطی و ضوابطی که خواهد آمد، به شکل ثانوی حکمی متضمن نابودی ریشه فساد یا نزاع، صادر کرد.

بعلاوه بحث مقدمه حرام از مباحث عقلی بوده ولی عمده مستند قاعده حسم، آیات و روایات شیعه امامیه است و نتیجه آن حکم شرعی کلی و یا جزئی است.

البته باید اضافه کرد که آنچه این تحقیق به دنبال آن است نشان دادن اصل وجود قاعده حسم در منابع معتبر فقهی امامیه است و بررسی ارتباط کامل آن با موضوع سد ذرایع نیازمند تفصیل و فرصت بیشتری است که در این مقاله مجال آن نیست.

مواردی که در این پژوهش مورد بحث قرار گرفته‌اند عبارتند از: مدارک و مستندات قاعده و دلایل حجیت آن، تطبیق قاعده و اشاره به مواردی که فقها قاعده را اجرا کرده‌اند، شرایط و محدودیت‌های اجرای قاعده، و در نهایت نمونه‌هایی از مصادیق تأثیر اجرای قاعده در صدور احکام مستحدثه فقهی.

مستندات قاعده

عنوان قاعده حسم به طور مستقل و مشخص، در قرآن کریم یا کتب روایی نیامده، بلکه از قواعد اصطیادی به شمار می‌آید که از مضمون روایات در ابواب مختلف فقهی به دست آمده است. در واقع از

آنجا که منطق احکام صادره در این روایات، به گونه‌ای است که می‌توان با تنقیح ملاک، و با رعایت شرایط مربوطه، آن را تعمیم داد، به نظر می‌رسد قاعده و کبرای کلیه‌ای مستند صدور این احکام بوده است. قاعده‌ای که در این مقاله، از آن به عنوان «قاعده حسم» یاد می‌شود.

۱. قرآن کریم

نزدیک‌ترین آیه‌ای که می‌توان به نوعی قاعده حسم را از آن دریافت کرد، آیه ۷۹ سوره مبارکه کهف است. در این آیه که نقل یک حادثه تاریخی قابل استناد بوده و بیانی اسطوره‌ای نیست (محمدحسین طباطبائی، ۱۳/۳۳۸) حضرت خضر توضیح می‌دهد که اقداماتی انجام داده، که مؤمنین در حالت عادی مجاز به انجام آن نیستند. به عنوان نمونه کشتی شخص مظلوم را، برای جلوگیری از غصب آن، به طور جزئی تخریب کرد.

منطقی که فقهانی چون شیخ طوسی و محقق اردبیلی از این آیه برداشت کرده‌اند و مورد نظر این تحقیق است آن است که هدف و ملاک انجام امور مذکور در آیه، دفع مفاسد، و ضرورت تدبیر امور است (طوسی، تبیان، ۷/۸۱) و می‌توان از این آیه این گونه برداشت کرد که برای دفع مفاسده‌ای بزرگ‌تر، جایز است مال محترمی به طور جزئی تخریب شود. (مقدس اردبیلی، زبده، ۱/۳۸۶) و این طور نتیجه گرفت که برای دفع و حسم مفسده، می‌توان عملی را انجام داد که در حالت عادی مجاز نیست.

برخی اعمال مذکور در آیه را منحصر به مقام نبوت دانسته‌اند، (مکارم، بحوث، ۵۷۰) ولی باید دانست که توضیح این واقعه برای بیان یک حکم عقلی است (مقدس اردبیلی، زبده، ۱/۳۸۶) که صرفاً برخی از مصادیق آن، - که در آیه بیان شده - از راه وحی و الهام قابل درک می‌باشد. بنابراین اگرچه مواردی که در آیه آمده است از طریق علم لدنی و وحی بوده است (طباطبائی، ۱۳/۳۳۸)؛ ولی اگر در موردی منطق و ملاک آیه قابل اجرا باشد و مصداق نیز با عقل عادی قابل درک باشد، اجرای حکم عقلی کلی که به نظر می‌رسد به معنای مورد نظر در این تحقیق نزدیک است، منعی ندارد.

باید دانست که منطق مذکور در این آیه در فروع فقهی نیز کاربرد دارد؛ مثلاً امام صادق ع به استناد این آیه، زرارۀ بن اعمین که از اصحاب نزدیک اهل بیت بودند را نکوهش کردند تا آسیبی به وی نرسد. ایشان به فرزند زرارۀ فرمودند «به پدرت بگو عیب تو را می‌گویم ... تا بوسیله آن شر دشمنان از تو دفع شود» و سپس آیه را قرائت فرمودند. (محمدتقی مجلسی، ۱۴/۱۲۱؛ حرعاملی، وسائل، ۳۰/۳۷۴) امام صادق برای از بین بردن ریشه شر عملی را انجام دادند که در حالت عادی مجاز نبوده است. فقها نیز به استناد روایت مذکور، یکی از موارد جواز غیبت را دفع ضرر از مغتاب دانسته‌اند. (انصاری، المکاسب، ۱/۳۵۵؛ بحرانی، ۱۸/۱۶۷؛ روحانی، منهاج، ۲/۶۵).

بنابراین به نظر می‌رسد می‌توان قاعده حسم را با تعریفی که ذکر شد، از آیه مذکور استنباط کرد به این نحو که برای از بین بردن ریشه شر و فساد، با رعایت شرایطی که خواهد آمد می‌توان عملی را انجام داد که در حالت عادی مجاز نیست.

۲. روایات

هرچند در روایات عنوان این قاعده به صراحت نیامده است، ولی روایاتی وجود دارند که به نظر می‌رسد بر مبنای این قاعده صادر شده است، و یا آنکه با در نظر گرفتن قاعده مزبور، مفاد آنها روشن‌تر و گویاتر خواهد بود. برخی از این روایات مطرح و مورد بحث قرار می‌گیرند:

روایت اول: طبق آنچه در حدیث لاضرر که ریشه تدوین قاعده مهمی با عنوان لاضرر شده، آمده است، سمره بن جندب صاحب درختی در خانه یکی از انصار بود، که سرکشی‌های بی‌موقع و گویا سوء استفاده او از حق ارتفاقی آن، موجب مزاحمت برای مرد انصاری شده بود. در نهایت این ماجرا، پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم با جمله «انک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار علی مؤمن»، سمره بن جندب را خطاب فرموده، و به قطع درخت دستور فرمودند (حرعاملی، وسائل، ۴۲۹/۲۵).

موضوع اصلی روایت لاضرر، این نکته است که حکم اولیه، اجرای قاعده تسلیط و حق تصرف و استفاده از حق ارتفاق است. حکمی که در این مورد خاص، موجب ایجاد ضرر بر دیگری شده است. پس اگر صرفاً به مفاد قاعده لاضرر توجه کنیم، این ضرر نفی شده است و به تبع آن حکم ضرری یعنی حق ارتفاقی که موجب تضرر همسایه است رفع شده است، و اگر مستند پیامبر اکرم صرفاً قاعده لاضرر بود، ایشان می‌توانستند تنها راه دسترسی و حق ارتفاقی او را محدود سازند، و مثلاً زمان خاصی تعیین نمایند، ولی در مقام عمل، حکم به قلع درخت فرمودند؛ و در نتیجه، هم حق ارتفاق را به کلی از بین بردند، و هم ماده نزاع یعنی درخت را از بیخ و بن قطع فرمودند.

لذا شاید بتوان گفت قاعده لاضرر فی نفسه دارای محتوای قطع درخت نیست؛ بلکه قطع درخت که ماده فساد به حساب آمده، نیازمند قاعده دیگری است می‌توان از آن با عنوان قاعده حسم یاد کرد. در واقع درخت قطع شده است تا نزاع و فساد به کلی خاتمه یابد؛ نکته مهمی که برخی از فقها نیز بدان اشاراتی داشته‌اند (بجنوردی، ۲۲۶/۱؛ روحانی، فقه الصادق، ۳۹۶/۱۸).

بنابراین به نظر می‌رسد اگر اعمال حق و اجرای حکمی موجب ایجاد ضرر گردد، با رعایت شرایط قاعده لاضرر، حکم ضرری برداشته می‌شود، و اعمال حق منوط به عدم ایجاد ضرر می‌گردد؛ ولی اگر این میزان کافی نباشد، به استناد قاعده حسم می‌توان به از بین رفتن اصل حق و یا حذف مالکیت حکم صادر کرد.

روایت دوم: پیامبر اکرم (ص) در مورد افرادی که سخنان نادرستی پیرامون یکی از بانوان به کار برده بودند، حکم به تبعید صادر فرمودند (حرعاملی، وسائل، ۱۴/۱۴۹) چراکه با تبعید آنها، از اشاعه منکر جلوگیری شده و ماده فساد قلع می‌شود (محمدباقر مجلسی، ۲۰/۳۵۲).

اگر چه این روایت در مورد دو فرد مطرح شده، ولی عمل پیامبر در صدور حکم تبعید افرادی که حضورشان موجب فساد بوده، می‌تواند منشأ تشریع حکم باشد. ضمن اینکه به نظر می‌رسد حکم تبعید، برای قلع ماده فساد صادر شده (همو، ۲۰/۳۵۲). بنابراین از این عمل پیامبر می‌توان استنباط کرد که با رعایت ضوابطی می‌توان برای قلع ماده فساد حکم تبعید صادر نمود.

روایت سوم: از موارد مصرف زکات پرداخت بدهی بدهکاران می‌باشد؛ اما پرداخت زکات برای ادای دین ناشی از معصیت، از نظر اجماع یا مشهور فقها نادرست شمرده شده است (علامه حلی، تذکره، ۵/۲۵۷؛ بهبهانی، مصابیح، ۱۰/۴۴۸؛ خویی، المستند، ۱۴/۹۸؛ برای مخالف رک: سبزواری، ذخیره، ۳/۴۵۶).

مستند این حکم، روایت محمد بن سلیمان از امام رضا است که می‌فرماید امام مسئول پرداخت بدهی بدهکارانی است که در راه اطاعت الهی بدهکار شده‌اند؛ نه بدهکارانی که برای معصیت معسر شده‌اند (کلینی، ۵/۹۴؛ حرعاملی، وسائل، ۱۸/۳۳۶؛ محمدباقر مجلسی، ۱۹/۴۴؛ فیض کاشانی، ۱۸/۷۸۹) حکمی که علامه حلی علت آن را «حسم ماده فساد» دانسته است (تذکره، ۵/۲۵۷). گویا چنین حکمی آمده تا بدهکاری که بدهی اش ناشی از حرام است، توسط امام یا زکات تضمین نشود، و در نتیجه معصیت از بین برود.

روایت چهارم: بنا به صحیح‌ه علی بن مهزیار (شهید ثانی، الروضه، ۳/۲۵۴؛ نجاشی، ۱/۲۵۳) وقتی اختلاف شدیدی بین موقوف علیهم وجود داشت امام جواد (ع) با خط خود چنین بیان می‌دارند که فروش وقف بهتر است به این دلیل که چه بسا در اختلاف جان و مال از بین برود (ابن بابویه، ۴/۲۴۱؛ حرعاملی، وسائل، ۱۹/۱۸۸) این صحیح‌ه مستند مشهور فقها (شهید ثانی، الروضه، ۳/۲۵۴؛ صاحب جواهر، ۲۲/۳۶۳) و قانون مدنی (ماده ۳۴۹) در مورد فروش وقف در صورتی که بین موقوف علیهم اختلاف شود، به نحوی که بیم سفک دما باشد، قرار گرفته است.

به نظر می‌رسد در این روایت صحیح‌ه، با توجه به اینکه وقف منشأ نزاع شده است برای از بین رفتن فساد و از میان بردن ریشه نزاع و فساد حکم به فروش وقف شده است. فقها نیز به موضوع «از بین رفتن فساد»، به عنوان قاعده و مستند حکم اشاره کرده‌اند (شهید ثانی، الروضه، ۳/۲۵۴؛ صاحب جواهر، ۲۲/۳۶۳) بنابراین در این شرایط، وقف فروخته می‌شود تا ریشه فساد و منشأ اختلاف، نیست و نابود شود.

روایت پنجم: تقسیم مال، به عنوان راه حلی برای برخی اختلافات حقوقی مطرح شده، و مستند آن، روایات (حرعاملی، وسائل، ۲۷/۲۵۰) و همچنین اجماع (صاحب جواهر، ۴۰/۴۰۲ - ۴۱۰) دانسته شده است. طبق این راه حل، از آنجا که نمی‌دانیم حق با خواهان یا خوانده است، مال مورد اختلاف، بین دو طرف تقسیم می‌شود؛ در حالی که چنین حکمی، مطمئناً در بخشی از آن، بر خلاف واقع می‌باشد. اما همان‌طور که فقها در این موضوع نیز اشاره کرده‌اند، برای دفع مفسده و پایان نزاع و «حسم ماده نزاع»، مال، بین خواهان و خوانده تقسیم می‌شود (طباطبایی حکیم، ۱۲/۱۸۵؛ صافی، ۳۹).

روایت ششم: بنابر اجماع، در صورتی که مسلمان، کافری را به قتل برساند، حکم آن قصاص نیست (صاحب جواهر، ۴۲/۱۵۰)؛ ولی در روایاتی که مشهور (صاحب جواهر، ۴۲/۱۵۱) فقها به استناد آن فتوا داده‌اند (طوسی، الاستبصار، ۴/۲۷۱؛ حرعاملی، وسائل، ۲۹/۱۰۷) به صراحت آمده است اگر مسلمانی اعتیاد به این عمل داشته باشد، کشته خواهد شد. حکمی که می‌تواند به جهت حسم ماده فساد باشد. علاوه بر این، در مورد مسلمانی که کافر غیر ذمی را بکشد، هرچند بنا به اجماع فقها (صاحب جواهر، ۴۳/۴۱) قصاص و دیه وجود ندارد؛ ولی ممکن است برای دفع فساد، حاکم، قاتل مسلمان را به پرداخت دیه ملزم کند (تبریزی، ۱/۴۹).

همچنین بر اساس برخی روایات (حرعاملی، وسائل، ۲۹/۹۴) در مورد شخص آزادی که مکرراً بردگان را به قتل می‌رساند و معروف به این کار شده بود، اگرچه فرد آزاد به جهت قتل برده قصاص نمی‌شود، ولی چنین فرد آزادی بنا به نظر فقها به جهت «حسم ماده فساد» به قتل می‌رسد (علامه حلی، تحریر، ۵/۴۴۳).

در فروع باب قصاص و دیات نیز به نظر می‌رسد به قاعده حسم استناد شده است. به طور مثال در خصوص کودکی که کودک دیگری را وادار به خودکشی کند، برخی از فقها چنین فردی را مستحق حبس ابد دانسته‌اند؛ آن هم به جهت «قلع ماده فساد». (عبدالاعلی سبزواری، ۲۸/۲۰۱).

در واقع گویا از آنجا که لازم است ماده فساد از بین برود، برای چنین قاتلانی، قصاص یا حبس ابد در نظر گرفته شده است.

بنا بر آنچه از روایات گذشت، می‌توان گفت قاعده حسم، یکی از قواعد پر اهمیتی است که در جهت اجرای آن، احکامی متفاوت از حکم اولیه صادر شده است.

۳. دلیل عقل

با توجه به اینکه هدف احکام شرعی و قانونی، جلب مصالح و دفع مفاسد است و اینکه رفع و دفع فساد از مقاصد مهم شرع است که در مقدمه به آن اشاره شد؛ اگر برای احقاق این هدف، اجرای حکم اولی

کافی نباشد، می‌توان برای نابودی فساد، ریشه و عامل ایجاد فساد را هدف گرفت. علاوه بر این، با توجه به درک حسن عدل و قبح ظلم توسط عقل مستقل، (مظفر، ۲۰۹/۱) و نیز نیکو بودن نابودی فساد، می‌توان قاعده حسم را مطابق حکم عقل دانست؛ البته مگر در مواردی که حسم ماده فساد، ظلم دیگری را در پی داشته باشد.

تطبیق قاعده

در این قسمت به مواردی می‌پردازیم که فقها در عمل قاعده را جاری کرده‌اند و حتی گاهی از این عمل تعبیر به حسم ماده فساد نموده‌اند.

۱. یکی از موارد اجرای قاعده حسم، از بین بردن ادوات انحصاری جرم است. در واقع آنچه فی نفسه و ذاتاً حرام و ممنوع است، ارتکاب جرم است، و نه نگهداری ادوات جرم؛ اما هنگامی که آن ادوات، منحصراً وسیله ارتکاب قمار، یا شرک به خدا و یا هر گناه و جرمی باشد، از بین بردن و «حسم ماده و ریشه فساد» برای جلوگیری از گناه و فساد، ضروری می‌نماید. (خوئی، مصباح الفقاهه، ۲۵۴/۱؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۴/۱۴۵) حتی گفته شده در صورت شکستن بت، از بین بردن اجزاء آن هم به جهت حسم ماده فساد ضروری است (خمینی، المکاسب، ۱/۱۱۲).

۲. بر اساس روایات (حرعاملی، وسائل، ۳۲۹/۲۵) حکمت حرمت شرب خمر، زوال عقل و نیز فساد دانسته شده است؛ لکن روشن است که میزان اندک شراب، مستی و زوال عقل را در پی ندارد. با این وجود از نظر روایات (همو، همان، ۳۲۹/۲۵) و اجماع فقها (صاحب جواهر، ۳۷۴/۳۶) میزان اندک نیز حرام بیان شده است. چراکه از نظر فقها، «حسم ماده فساد» لازم می‌باشد (علی طباطبائی، ۲۰۲/۱۲؛ شهید ثانی، مسالک، ۷۲/۱۲؛ بهبهانی، حاشیه، ۶۸۲/۱؛ بجیرمی، ۱۸۸/۴؛ خطیب شربینی، ۵۱۶/۵). در مورد ضرورت دور ریختن شراب، به دلیل «حسم ماده فساد»، تصریح شده است (زیلعی، ۴۸/۶) حتی افزون بر این، از بین بردن ظروف مربوط به شراب توسط حاکم نیز، در برخی از مذاهب اسلامی، در جهت قلع ماده فساد دانسته شده است (سنامی، ۳۲۸).

۳. به هنگامی که شخصی مرتکب جرائم موجب حد جلد یا قطع گردد، حد مربوطه بر او اجرا می‌شود؛ اما اگر سه بار جرم و حد مربوطه، تکرار شود، بنابر روایات (طوسی، الاستبصار، ۲۱۲/۴؛ حرعاملی، وسائل، ۱۱۶/۲۸) و اجماع فقها (صاحب جواهر، ۱۳۴/۱۳)، حکم قتل در مورد وی جاری خواهد بود. منشأ این حکم ممکن است قاعده حسم باشد.

۴. در موضوع دخل و تصرف متقلبانه در سکه‌های رایج، برخی از فقها به دلیل «حسم ماده فساد»

اشاره کرده و حکم به نابودی آن داده‌اند (نائینی، ۱/۲۴).

۵. در مورد کتب ضلال، اگر فقط بخشی از آن، مصداق کتب ضلال قرار گیرد، ولی نابودی آن قسمت، به تنهایی ممکن نباشد، باز هم طبق تصریح فقها، به دلیل «حسم ماده فساد» باید کل آن نابود شود؛ (موسوی قزوینی، ۵/۲۳۹) حتی اگر کتاب ارزش مالی نیز داشته باشد. مگر اینکه حفظ آن برای اثبات جرم و ابطال باطل یا احتجاج بر خصم ضرورت داشته باشد.

۶. در حکم مشهور ارث زن از قیمت برخی از اموال و نه عین آنها، (صاحب جواهر، ۳۹/۲۰۷) برخی از فقها حکمت چنین حکمی را «حسم ماده نزاع» در اختلاف زوجه با بقیه ورثه در نحوه تصرف در عین اموال دانسته‌اند (آل بحر العلوم، ۳/۱۰۷).

۷. در مورد سارقی که کودکی را سرقت کند، تعزیر ثابت است (شهید ثانی، الروضه، ۹/۲۵۱) ولی برخی از فقها قائل به قطع ید هستند؛ در حالی که انسان آزاد، قیمت مالی نداشته، و ممکن است شرایط قطع ید نیز وجود نداشته باشد. در واقع در این موارد، «دفع فساد» دلیلی بر جریان این حکم دانسته شده است (طوسی، المبسوط، ۸/۳۱؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائده، ۱۳/۲۴۳).

۸. هرگاه دوزن که با هم خویشاوندی نداشته باشند بدون ضرورت، برهنه، تحت ازار واحد قرار بگیرند تعزیر می‌شوند ولی اگر این عمل و تعزیر مربوطه تکرار شود، منجر به اجرای حد خواهد شد و اگر پس از اجرای حد باز هم تکرار شود، بنا بر نظری در نهایت و پس از چند بار تکرار، منجر به صدور حکم به قتل آنها خواهد شد (شهید ثانی، الروضه، ۹/۱۶۰؛ فاضل هندی، ۲/۴۰۹؛ ابن فهد حلی، المذهب، ۵/۶۱) یا بنابر مذهب حنفیه، لواط موجب تعزیر است؛ ولی اگر حاکم به این نتیجه برسد که تعزیراتی از قبیل شلاق و مانند آن موجب بازدارندگی نیستند، می‌تواند از باب تعزیر مرتکب این جرم را اعدام نماید (ابن عابدین، ۴/۱۹۱؛ جزیری، ۵/۱۲۶) احکامی که به نظر می‌رسد، به جهت «حسم ماده فساد» باشد.

۹. اجرای حکم قتل شخص بدعت‌گذار در برخی موارد آن، (حرعاملی، وسائل، ۲۸/۳۱۹) طبق تصریح برخی فقها، به علت «حسم ماده فساد» است (ابن عابدین، ۴/۱۵).

۱۰. در مورد بسیاری از جرائم از جمله سرقت تعزیری، «از بین بردن ریشه فساد» به عنوان دلیل جریان حکم تعزیری ذکر شده است (علامه حلی، منتهی، ۱۴/۱۹۶) همچنان که برخی فقها، مقاربت با همسر در زمان غیر مشروع را نیز، به جهت حسم ماده فساد، موجب تعزیر دانسته‌اند (انصاری، کتاب الطهارة، ۳/۳۸۲) همچنین تادیبات و تعزیراتی که متوجه کودک می‌شود، همان‌طور که برخی فقها متذکر شده‌اند، - به جهت مصلحت کودک و یا «دفع فساد»، و ... جریان پیدا می‌کند (کاشف الغطاء، ۱/۲۵۲).

۱۱. بر اساس روایات (کلینی، ۵/۵۲۴؛ حرعاملی، وسائل، ۲۰/۲۰۵؛ حرعاملی، الفصول، ۲/۳۳۵؛

فیض کاشانی، ۸۲۹/۲۲) و مشهور فقها (سبزواری، کفایه، ۸۳/۲) نظر به دست و موی اهل کتاب جایز است، مگر آنکه از روی ریه باشد. برخی فقها دلیل آن را، منجر شدن به فساد دانسته‌اند (علی طباطبایی، ۶۵/۱۰).

همچنین در موضوع مشابه، شهید ثانی دلیل حرمت خلوت با نامحرم را «حسماً للفساد» دانسته است (شهید ثانی، مسالک، ۷۲/۱۲). در واقع اگر چه حرام اصلی، نظر و لمس و مانند آن است؛ اما برای اینکه ماده فساد نابود شود، و حرام رخ ندهد، خلوت با نامحرم نیز حرام دانسته شده است. دقت در موارد یادشده، که تنها بخشی از کلمات فقها در این خصوص را شامل است، نشان می‌دهد که فقها در ابواب مختلف فقه به قاعده حسم ماده فساد، بدون ذکر نام قاعده، عمل کرده‌اند؛ و بعضاً حتی به عنوان دلیل از آن یاد کرده‌اند.

محدوده و شرایط اجرای قاعده

قاعده حسم می‌تواند در احکام فقهی و حقوقی، و نیز موضوعات خارجی با رعایت شرایطی جریان یابد. با این توضیح که چنانکه خواهد، به استناد این قاعده، هم می‌توان حکم فقهی کلی صادر کرد؛ و هم می‌توان در مصادیق خارجی، به جهت حسم ماده فساد، یک حکم اولی را کنار گذاشت. مانند اینکه دادرسی برای جلوگیری از اقدامات نادرست و تبدیل یک دادرسی به چند دادرسی، موقتاً تا قبل از صدور حکم، جلوی هر اقدامی را در مورد دعوی بگیرد.

بعلاوه همان‌طور که از مستندات بدست می‌آید موضوع این قاعده هم می‌تواند مسائل کیفری باشد و هم مسائل حقوقی؛ مثلاً حدیث لاضرر، وقف یا قرعه از مسائل حقوقی هستند که اجرای قاعده در آنها به جهت حسم ماده نزاع بوده است؛ همان‌طور که در برخی دیگر از مستندات، اجرای قاعده به جهت حسم ماده فسادی از جنس مفاسد کیفری، بوده است.

همچنین با توجه به ظاهر ادله و نیز موارد متعدد و مختلف اجرای آن - که مفصلاً گذشت، - می‌توان گفت محدوده زمانی اجرای قاعده، عام بوده، و علاوه بر جریان در مورد قضاوت در مسائل پیش آمده، در مورد پیش‌گیری از جرائم آینده نیز به کار می‌آید.

اما باید توجه داشت که مهمترین شرط اجرای قاعده حسم در موارد غیر منصوبه، انحصاری بودن راه از بین بردن فساد است. در واقع وقتی برای از بین بردن فساد، راهی جز از بین بردن ریشه آن نباشد، می‌توان از قاعده استفاده کرد؛ ولی اگر راه دیگری وجود داشته باشد، و نیازی به حسم ریشه و ماده فساد نباشد، فقیه یا دادرسی نمی‌تواند به استناد اینکه با اجرای قاعده، راحت‌تر نتیجه حاصل می‌شود، ماده فساد را از بین ببرد؛

چرا که ممکن است چیزی که اکنون مایه فساد است، همیشه و در همه احوال مایه فساد نباشد.

شرط دیگری که می‌توان از ادله و نظایر اجرای قاعده برداشت کرد، علم و یقین است. به طوری که لازم است دادرس یا قانون‌گذار یقین داشته باشد که با حکمی که بر اساس قاعده صادر می‌کند، ماده فساد نابود شده، و قطعاً از فساد جلوگیری خواهد شد؛ ولی در مقابل، به نظر می‌رسد بر اساس ظن و گمان جلوگیری از فساد، نتوان ریشه و ماده آن را از بین برد، و قاعده را اجرا کرد. چنان‌که در برخی از نظایر جریان قاعده که پیشتر گذشت، مثلاً مورد قصاص فرد آزاد به جهت تکرار قتل بردگان، فقها به این موضوع اشاره کردند (مقدس اردبیلی، مجمع الفائده، ۴۴/۱۴).

شرط مهم دیگری که در اجرای این‌گونه قواعد در نظر گرفته می‌شود، برتری و اهمیت موضوع در تراحم با ادله دیگر است. شبیه همان مواردی که در باب امر به معروف و نهی از منکر (خوئی، مصباح الفقاهه، ۱/۴۷۲؛ همو، منهاج، ۱/۳۵۲) قاعده لاضرر، (بجنوردی، ۱/۲۲۷)، قاعده عسر و حرج (همو، ۱/۲۶۵)، یا دیگر قواعد فقهی (مکارم، القواعد الفقهیه، ۱/۳۹۳) مطرح شده است.

مشخصاً در مورد قاعده حسم می‌توان به این فرع فقهی توجه کرد: اگر ولی دم شخصی که توسط محارب کشته شده است، گذشت نماید، بنا به نظر برخی از فقها این گذشت به معنای سقوط حد نیست (طوسی، المبسوط، ۸/۵۱؛ خوئی، موسوعه، ۴۱/۳۸۸؛ صاحب جواهر، ۴۱/۵۷۹) و همان‌طور که برخی فقها آورده‌اند، به حکمت «از بین بردن ریشه فساد»، حد جاری می‌گردد (علامه حلی، مختلف، ۹/۲۵۱)؛ اما اگر متهم صرفاً مرتکب جرح شده باشد بیشتر فقها، گذشت شاکی را به معنای سقوط حد دانسته‌اند (طوسی، الخلاف، ۵/۴۶۶؛ طبرسی، ۲/۴۲۱؛ حلی، المقتصر، ۳/۵۰۹؛ صیمری، ۳/۲۶۱؛ صاحب جواهر، ۴۱/۵۷۹) در حالی که در صورت ارتکاب قتل، از آنجا که قتل اهمیت زیادی دارد و فساد بسیاری را موجب می‌شود، قاعده حسم را جاری دانسته، گذشت شاکی را موجب سقوط حد نمی‌دانند.

همچنین وقتی شی‌الف عامل فسادی است، قبل از قطع و حسم ریشه و ماده آن، باید ملاحظه شود که فسادی که الف ایجاد می‌کند مهمتر است، و یا فسادی که از حسم و نابودی او نتیجه می‌شود و پس از در نظر گرفتن این دو امر می‌توان حکم به قطع ماده فساد داد. بنابراین نمی‌توان در مورد کسی که عادت به بی‌دقتی در راه رفتن، و تخریب احتمالی اموال اطراف دارد، به جهت فسادی که ایجاد می‌کند، حکم قتل صادر کرد.

در واقع لازم است ضرر و فسادی که از نابودی الف ایجاد می‌شود، کمتر از فسادی باشد که بر وجود او مترتب است. به عبارت دیگر برای اجرای قاعده حسم، لازم است حسم ماده فساد، مهم‌تر از حرمت مال و جان دیگری باشد؛ تا دلیل حسم بر دلیل حرمت مال و جان مسلمان برتری داده شده، و جاری گردد. مثلاً

اگر کسی عادت به انجام رابطه نامشروع از قبیل تقبیل و مانند آن داشته باشد، و پس از چندین بار اجرای حکم، باز هم به سراغ این عمل برود، نهایتاً می‌توان او را برای مدتی حبس یا تبعید کرد؛ اما حسم و قتل او، نیازمند دلیل محکم‌تری است.

شرط دیگر برای اجرای قاعده، که از نکته پیش‌گفته برداشت می‌شود، توجه به احتیاط است. در واقع به هنگامی که تردید معقولی برای اجرای قاعده باشد، لازم است جانب احتیاط را گرفت، و از اجرای قاعده خودداری نمود.

شاید به جهت همین احتیاط بوده است که فقها موارد منصوصه قاعده را به همه موارد متصور فقهی تعمیم نداده‌اند. حتی در مواردی هرچند برخی از فقها به این قاعده استناد کرده‌اند، اما بیشتر فقها حکم ناشی از این قاعده را نپذیرفته‌اند.

همچنین در جایی که سارق، کودکی آزاد و غیر برده را سرقت کرده است، همان‌طور که اشاره شد، برخی از فقها به استناد روایات، (حرعاملی، وسائل، ۱۸/۵۱۴) حکم به قطع ید او داده‌اند (علامه حلی، تحریر، ۵/۳۵۷) ولی برخی دیگر این حکم را بر خلاف احتیاط دانسته، و نپذیرفته‌اند (خمینی، تحریر، ۲/۴۸۶) و یا در مورد نظر بدون ریه به وجه و کفین زن نامحرم مسلمان، برخی از فقها آن را به جهت جلوگیری از منجر شدن به حرام، حرام دانسته‌اند (خوئی، المستند، ۲/۷۴)؛ امری که اختلافی بوده مورد پذیرش همه فقها قرار نگرفته است (علامه حلی، قواعد، ۳/۶؛ یزدی، ۵/۴۸۷).

همچنان که اگر کودک مرتکب چند بار سرقت شود و هر بار مجازات مربوطه اجرا شود، در سرقت پنجم، بنا به نظر برخی از فقها، برای دفع فساد، دست او قطع می‌شود (طوسی، النهایه، ۷۱۶؛ ۳/۴۳۴؛ ۷/۴۱۱؛ خوئی، القضاء، ۲/۳۴۶؛ خوئی، مبانی تکمله، ۲۸۲) ولی مشهور فقها این حکم را نپذیرفته‌اند (صاحب جواهر، ۴۱/۴۷۶؛ فخرالمحققین، ۴/۵۲۰؛ خمینی، المکاسب المحرمه، ۲/۴۸۲؛ موسوی گلپایگانی، ۱/۲۷۰؛ بهجت، ۵/۱۹۶).

همان‌طور که دیده می‌شود، شرایطی که برای اجرای قاعده گفته شد، مستنبط از اصول کلی فقه، احکام مذکور در قواعد دیگر فقه و همچنین شرایطی است که فقها در موارد مذکور در قسمت تطبیق قاعده گاه به آن اشاره کرده‌اند.

مصادیقی از امکان اجرای قاعده

پس از بیان موارد قطعی اجرای قاعده حسم، و نیز مواردی که می‌توان گفت در جهت قاعده، حکمی فقهی صادر شده، و همچنین تحلیل قاعده و استنباط شروط اجرای آن، تشریح دو مورد از مواردی که

ممکن است بتوان به استناد قاعده، حکم فقهی جدیدی در آن صادر کرد، پی گرفته می‌شود.

۱. از بین بردن حیوانات مزاحم

گاه برخی از حیوانات به جهت اینکه به درستی نگهداری و تربیت نشده‌اند، و یا حتی عمداً برای امر نادرستی تربیت شده‌اند، مشکلات و مفاسیدی ایجاد می‌کنند. مانند سگی که عادت به ایجاد جراحت برای کودکان پیدا کرده است، یا میمونی که برای سرقت تعلیم دیده، یا عادت به سرقت پیدا کرده است. در این موارد، هرچند در درجه اول لازم است سعی شود تا تربیت حیوان به نحو صحیح تغییر کند، اما در مواردی که این امر میسر نباشد، یا صاحب آن از تغییر تربیت حیوان خودداری کند، می‌توان از قاعده حسم برای کشف حکم فقهی موضوع استفاده کرد.

توضیح آنکه اگر چه تکلیف حشرات موذی در فقه کاملاً روشن است (حسینی عاملی، ۸/ ۳۱۳) و همچنین کشتن حیواناتی که هیچ ضرری برای انسان ندارند حرام است (نراقی، ۱۸/ ۱۴۰) اما حیواناتی که ذاتاً موذی نیستند ولی در برخی از موارد موجب آزار انسان‌ها هستند مورد ابهام است؛ از سویی ممکن است مناط حشرات موذی در مورد آنها صدق کند و از سویی دفاع از حقوق حیوانات نیز اهمیت دارد. ولی به هر حال برای پاسخ به این مسئله تازه می‌توان از قاعده حسم نیز بهره گرفت و با رعایت شرایطی که گفته شده بر اساس قاعده حسم، ممکن است حکم به تغییر مالکیت حیوان داد، و یا آنکه حیوان را به شیوه آرامش‌بخشی به مرگ سپرد؛ که هر دو این احکام، یعنی تغییر مالکیت و یا قتل حیوان را می‌توان از نتایج اجرای قاعده حسم برشمرد.

۲. از بین بردن تسلیحات کشتار جمعی، شیمیایی یا میکروبی

استفاده از برخی از سلاح‌ها، مانند تسلیحات شیمیایی یا میکروبی شرعاً مجاز نیست چرا که به جز نظامیان موجب آسیب‌های جدی و مستقیم به افراد غیر نظامی نیز می‌شود (فاضل لنکرانی، ۷)؛ اما ممکن است احتمال داده شود صرف داشتن این امکانات، بر اساس حکم اولی ممنوع نیست؛ اما شاید بتوان به استناد قاعده حسم گفت به جهت قطع ماده فساد، می‌توان برای نابود سازی این نوع سلاح‌ها تلاش نمود.

نتیجه‌گیری

۱. طبق آنچه از ادله و منابع فقهی برداشت می‌شود، اگر از بین رفتن فساد، منوط به حسم و ریشه‌کن شدن ماده آن باشد، حسم ماده فساد جایز و یا واجب است.

۲. در صورت وجود ضرر، با توجه به حدیث لاضرر، می‌توان چنین رابطه‌ای میان دو قاعده تصویر کرد: وجود ضرر موجب رفع حکم ضرری است و اگر صرف برداشتن حکم ضرری کافی نباشد در مواردی

که برای رفع ضرر راهی جز از بین بردن ماده ضرر نباشد می توان قاعده حسم را جاری دانست.

۳. اجرای قاعده منوط به وجود شرایط مهمی است که بدون رعایت آن شرایط نمی توان به استناد قاعده حکمی صادر کرد. از جمله این شرایط علم و یقین به حسم فساد از طریق اجرای قاعده، درنظر گرفتن اهمیت موضوعات و نیز رعایت جدی احتیاط است.

۴. از جمله مواردی که ممکن است بتوان به استناد به قاعده حسم، حکم به حسم ماده فساد یا تغییر حکم اولی صادر کرد، تغییر مالکیت و یا از بین بردن حیوانات مزاحم، و نیز از بین بردن و نابود کردن تسلیحات کشتار جمعی و شیمایی می باشد.

منابع

- آل بحر العلوم، محمد، *بلغة الفقیه*، شرح و تعلیق: محمد تقی آل بحر العلوم، تهران، مکتبة الصادق، ۱۴۰۳ ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، بی جا، بی نا، ۱۴۰۴ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۵ ق.
- ابن عاشور، محمد طاهر، *مقاصد الشریعة الإسلامية*، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ۱۴۲۵ ق.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، *إعلام الموقعین عن رب العالمین*، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۱ ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المقتصر من شرح المختصر*، قم، مجمع البحوث الاسلامیة، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الكافی فی الفقه*، اصفهان، مکتبة الإمام امیر المؤمنین علی (ع) العامة، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب الطهارة*، قم، مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۸ ق.
- _____، *کتاب المکاسب*، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، محمد حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، منشورات دلیل ما، ۱۴۳۰ ق.
- البخیرمی، سلیمان بن محمد بن عمر، *تحفة الحبيب علی شرح الخطیب*، بی جا، دار الفکر، ۱۴۱۵ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، *حاشیة مجمع الفائدة والبرهان*، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *مصاییح الظلام فی شرح مفاتیح الشرایع*، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید

البهبهاني، ١٤٢٤ ق.

بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، قم، دفتر معظم له، ١٤٢٦ ق.

تبریزی، جواد، تنقیح مبانی الأحكام، الحدود و التعزیرات، قم، دارالصدیقة الشهيدة (س)، ١٤٢٩ ق.

جزیری، عبدالرحمن، الفقه على مذاهب الاربعه، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.

جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، امیری، بیروت، ١٩٨٥ م.

حراعلی، محمد بن حسن، الفصول المهمة فی أصول الأئمة، قم، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، ١٤١٨ ق.

_____، تفصیل وسائل الشیعه الى تحصیل المسائل الشریعه، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، ١٤١٤ ق.

حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي، ١٤٠٤ ق.

خطیب شریینی، محمد بن احمد، مغنی المحتاج، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ١٣٧٧ ق.

خلیل بن احمد، العین، قم، دار الجهره، ١٣٦٤.

خمینی، روح الله، المكاسب المحرمة، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٤١٥ ق.

_____، تحریر الوسیلة، دار الکتب العلمیه، نجف اشرف، ١٣٩٠ ق.

خونی، ابوالقاسم، القضاء و الشهادات، منشورات مكتبة الإمام الخوئی، قم، ١٤٢٨ ق.

_____، المستند فی شرح العروة الوثقی، بی جا، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، ١٤٣٠ ق.

_____، مبانی تکملة المنهاج: القضاء و الحدود، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، ١٤٢٢ ق.

_____، مصباح الفقاهة فی المعاملات (المكاسب المحرمة)، قم، مكتبة الداوری، ١٣٧٧.

_____، منهاج الصالحین، قم، مدينة العلم، ١٤١٠ ق.

_____، موسوعة الامام الخوئی، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی (ره)، ١٤١٨ ق.

روحانی، محمدصادق، فقه الصادق (ع)، قم، مؤسسة دار الکتب، ١٤١٤ ق.

_____، منهاج الفقاهة، بی جا، بی نا، بی تا.

الزلیعی، فخر الدین، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي، شرح و تعلیق: شهاب الدین أحمد الشُّلبي، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، ١٣١٣ ق.

سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، بی جا، مكتب آية الله العظمى السيد السبزواری، ١٤١٧ ق.

سنامی، عمر بن محمد، نصاب الاحتساب، بی جا، بی نا، ١٤٠٦ ق.

الشاذلی، حسن علی، الجنایات فی الفقه الإسلامی دراسة مقارنة بین الفقه الإسلامی و القانون دار الکتب الجامعی، بی جا، بی نا، بی تا.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، منشورات مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۹ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۳۶۴.
- صافی، لطف الله، *ثلاث رسائل فقهیة* [منبع الکترونیکی]، مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، قم، ۱۴۱۶ ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، *تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف: منتخب الخلاف*، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۸ ق.
- طباطبائی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالامثال*، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۲۲ ق.
- طباطبائی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۲.
- طبرسی، فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف*، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد، ۱۴۱۰ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار*، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۳۶۳.
- _____، *تفسیر التبیان*، بی جا، بی نا، بی تا.
- _____، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
- _____، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران، المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۷۸ ق.
- _____، *النهاية فی مجرد الفقه والفتاوی*، قم، انتشارات قدس محمدی، بی تا.
- عاملی، محمد بن علی، *مدارک الاحکام فی شرح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه*، قم، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *تذکرة الفقهاء*، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *قواعد الأحکام*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۹ ق.
- _____، *مختلف الشیعة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۲ ق.
- _____، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد، ۱۴۱۲ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد جواد، «تولید و استفاده از سلاح های کشتار جمعی از دیدگاه فقه اسلامی»، *مجله علمی پژوهشی حقوق اسلامی*، دوره ۱۰، شماره ۳۹، زمستان ۱۳۹۲، صص ۷-۳۴.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام الابهام فی شرح قواعد الاحکام*، قم، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد*، قم، مؤسسة إسماعیلیان، ۱۳۸۹ ق.

شماره ۱۲۲	فقه و اصول	۱۳۰
	فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، <i>الوافی</i> ، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی (ع)، ۱۴۰۶ ق.	
	قانون مدنی ایران، ۱۳۰۷.	
	کاشف الغطاء، جعفر، <i>كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء</i> ، مشهد، مرکز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامی مشهد، بی تا.	
	کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الکافی</i> ، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۳۸۸.	
	مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، <i>مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول</i> ، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۳ ق.	
	مجلسی، محمدتقی بن مقصودعلی، <i>روضة المتقين</i> ، تهران، مؤسسه فرهنگي اسلامي کوشانبور، ۱۴۰۶ ق.	
	محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، <i>ذخيرة المعاد فی شرح الإرشاد</i> ، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۲۴۷ ق.	
	_____، <i>کفاية الأحكام</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۲۳ ق.	
	مظفر، محمدرضا، <i>اصول فقه</i> ، مكتب الاعلام الاسلامي، بی جا، بی تا.	
	مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد، <i>زبدة البیان فی أحكام القرآن</i> ، تهران، مكتبة المرتضوية لاحیاء اثار الجعفریه، بی تا.	
	_____، <i>مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان</i> ، قم، مؤسسة النشر الإسلامية، ۱۴۱۶ ق.	
	مکارم شیرازی، ناصر، <i>القواعد الفقهية</i> ، قم، مدرسة الامام أمير المؤمنين، ۱۴۱۱ ق.	
	_____، <i>بحوث فقهية هامة</i> ، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ۱۴۲۲ ق.	
	_____، <i>دائرة المعارف فقه مقارن</i> ، قم، مدرسة الامام أمير المؤمنين، ۱۴۲۷ ق.	
	موسوی قزوینی، علی، <i>ینایع الأحكام فی معرفة الحلال والحرام</i> ، قم، مؤسسة النشر الإسلامية، ۱۴۲۴ ق.	
	موسوی گلپایگانی، محمدرضا، <i>تقریرات الحدود والتعزیرات</i> [منبع الکترونیکی]، قم، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۶.	
	نائینی، محمدحسین، <i>المکاسب والبیع</i> ، تقریر از محمدتقی آملی، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۱۳ ق.	
	نجاشی، احمد بن علی، <i>رجال النجاشی</i> ، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، بی تا.	
	نراقی، احمد بن محمد مهدی، <i>مستند الشیعة</i> ، مشهد، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.	
	یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، <i>العروة الوثقی فیما من به البلوی</i> ، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۲۰ ق.	



درنگی در حجیت استصحاب استقبالی*

میثم محمودی سیدآبادی^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم

Email: mmahmoodi82@yahoo.com

دکتر عبدالله امیدی فرد

دانشیار دانشگاه قم

Email: omidifard.f@gmail.com

چکیده

معهود و متعارف از استصحاب این است که امر متیقن در زمان گذشته و مشکوک در زمان حال باشد؛ اما گاهی در ساحت استنباط، با پدیده‌ای روبرویم که در آن متیقن در زمان حال و مشکوک در زمان آینده است که استصحاب استقبالی نامیده می‌شود. مشهور میان متأخران، جاری بودن این گونه استصحاب است و اطلاق نصوص مرتبط با استصحاب، عمده دلیل مشهور بر این مدعاست. نوشتار حاضر با نقد و بررسی ادله مخالفان و موافقان جریان این استصحاب، ضمن رد قول مشهور و پذیرش قول به عدم حجیت، وجود رفتارهایی از شارع و متدینان را که گمان می‌رود با مفاد این استصحاب یکی است بر پایه نوعی از اطمینان به بقای حالت یا حکمی عقلایی به لزوم شروع کار در وقتی که شروع کار مشکلی ندارد و یا از باب قاعده «یکسان‌انگاری وضعیت پدیده در ادامه با وضعیت آن در اول کار» بدون ارتباط آن با استصحاب استقبالی می‌پذیرد.

کلیدواژه‌ها: استصحاب حالی، استصحاب استقبالی، فعلیت شک و یقین، اصل مثبت.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۵/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۹/۱۲.

۱. نویسنده مسئول

A Reflection on the Authority of Prospective Istishab

Meysam Mahmoodi Seyyed Abadi Ph.D. Student of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, University of Qom (Corresponding Author)

Abd Allah Omid Fard, Ph.D. Associate Professor, University of Qom

Abstract

The common and conventional meaning of Istishab is that the definite affair should be of the past and the doubted affair should be of the present time; however, sometimes in the field of inference, we are encountered with a phenomenon, known as prospective Istishab in which the definite affair exists at the present time and the doubted one relates to the future. The famous opinion among the later Usulis is that such Istishab is applicable and the absoluteness of the texts related to Istishab is the main argument of the famous Usulis for this claim. The present article, through analyzing and studying the arguments of the proponents and opponents of the application of this Istishab, while refusing the famous opinion and accepting the non-authority viewpoint, accepts the existence of behaviors from the divine lawgiver and the people of the religion which are thought to be identical to the content of this Istishab based on a kind of certainty as to the subsistence of the state or a rational ruling on the necessity of starting the act when this is not problematic or on the basis of the “unity of the state of the phenomenon at a later time with its first state” rule without its relationship with prospective Istishab.

Keywords: Present Istishab, Prospective Istishab, Actuality of Doubt and Certainty, Probative Principle

مقدمه

هرگاه مکلف به یک حکم شرعی، یا موضوع حکم شرعی، یقین داشته باشد، سپس نسبت به بقای امر یقینی پیشین، شک کند استصحاب جاری می‌شود، مانند آن‌که فردی پیش‌ازین به طهارت خود یقین داشته و اکنون برای وی در بقای طهارت شک عارض شده است، طهارت داشتن را استصحاب می‌کند و در نتیجه آثار طهارت همچون جواز مس آیات قرآن و دخول در نماز و... بر آن مترتب می‌گردد.

معهود و متعارف از استصحاب این است که متیقن آن در زمان گذشته و مشکوک آن در زمان حال باشد که به آن استصحاب حالی گفته می‌شود و یا عکس حالت پیشین که مشکوک آن در زمان گذشته و متیقن آن در زمان حال است که از آن تعبیر به استصحاب قهقری می‌کنند؛ (انصاری، ۵۴۷/۲)؛ اما گاهی در صحن استنباط، فقیه به پدیده‌ای برمی‌خورد که در آن متیقن در زمان حال و مشکوک در زمان آینده است که به آن استصحاب استقبالی گفته می‌شود (خوئی الهدایة فی الأصول، ۸۲/۴). حال پرسشی که در اینجا رخ می‌نماید این است که آیا این استصحاب مانند استصحاب حالی از حجیت برخوردار است یا مانند استصحاب قهقری محکوم به عدم حجیت است (انصاری، ۵۴۷/۲).

چنان‌که گفته شد چنین استصحابی چندان معهود نیست، درحالی‌که در فقه مواردی وجود دارد که برای روشن شدن وضعیت آن، طرح این مسئله اصولی - فارغ از مثل مثبت بودن یا نبودن - ضروری می‌نماید.

علیرغم اثبات طیف وسیعی از احکام در صورت پهن شدن بساط حجیت بر این نهاد، دانشیان علم اصول به تصریح محقق خوئی (الهدایة فی الأصول، ۸۲/۴) به صورت مستقل به آن پرداخته‌اند. مواردی مانند «استصحاب عدم عود منفعت ذاهب در اثر جنایت» برای حکم به تعلق دیه کامل در زمان حال؛ (صاحب جواهر، ۳۰۲/۴۳) یا «استصحاب عدم بهبود آسیب وارد بر ستون فقرات» برای حکم به تعلق دیه کامل در زمان حال (مکارم شیرازی، ۵۵۷/۲) و یا «استصحاب بقای عذر برای اثبات جواز بدار» (خوئی، موسوعه، ۴۱۶/۱۲) و یا «استصحاب جریان دم تا سه روز» برای اثبات حیضیت و حکم به عدم وجوب صوم البته در صورت وقوع این رویت در غیر ایام عادت (ایروانی، ۷۲/۱) و «استصحاب جریان دم در مستحاضه‌ای که احتمال انقطاع دم در انتهای وقت می‌دهد» برای حکم به عدم تمکن از انجام وظائف شرعی (خوئی، موسوعه، ۱۱۵/۸) و موارد بی‌شماری دیگر در باب طهارت و صلات و حج و سایر ابواب فقهی نشان از پربسامد بودن این نهاد دارد.

موقعیت فقهی و حقوقی استصحاب استقبالی

با جست‌وجو و تتبع در نگاشته‌های اصولی می‌توان گفت که این مسئله در میان اصولیون متقدم مطرح

نبوده است و اصولیون متأخر نیز جزء در موارد قلیل به صورت مستقل به آن پرداخته‌اند تا جایی که در کتب مشهور اصولی مانند فرائد الاصول و کفایه الاصول اثری از آن دیده نمی‌شود؛ اما هر چه دانشیان اصولی کمتر به این مسئله پرداخته‌اند در کتب فقهی نشانه‌های بیشتری از اهتمام فقها به این نهاد وجود دارد. بررسی متون فقهی و پی‌جویی اندیشه فقها در مجموع از رویه و اندیشه واحدی در این موضوع خبر نمی‌دهد در حالی که برخی دیدگاه‌ها از فتاوایی خبر می‌دهد که در آن‌ها حجیت این نهاد مورد تردید جدی قرار گرفته است (سبحانی، ۱/ ۱۷۱) برخی فتاوی در راستای اصرار بر حجیت این نهاد به منصفه ظهور رسیده است (قمی، ۲/ ۳۲۷؛ شیرازی، بیان الفقه، ۴/ ۴۸۳) جالب اینکه این ناهماهنگی نه فقط از دو گروه یا دو فقیه، بلکه گاه از یک فقیه نیز دیده شده است (نائینی، کتاب الصلاة، ۲/ ۳۷۸؛ نائینی، الرسائل الفقهیة، ۱۴۶) با ارائه نمونه‌هایی چند از آرای فقیهان بر آنچه در فقه پیرامون موضوع مورد بحث می‌گذرد بیشتر آشنا می‌شویم:

یکم: وجوب تعلم احکام شرعی در میان فقهای امامیه از وفاق همگانی برخوردار است ولی در نفسی یا غیری بودن و به عبارت صحیح‌تر در موضوعی یا طریقی بودن وجوب تعلم احکام اختلاف وجود دارد. مشهور فقهای امامیه قائل به طریقی بودن وجوب تعلم بوده و در صورتی که ترک این واجب موجب مخالفت با واقع باشد حکم به استحقاق عقاب کرده‌اند (خوئی، مصباح الاصول، ۱/ ۴۵۱) ولی گروهی از فقها وجوب نفسی تعلم را تقویت کرده و به صورت مطلق استحقاق عقاب را در ترک تعلم نتیجه گرفته‌اند (محقق اردبیلی، ۲/ ۱۱۰؛ عاملی، ۲/ ۳۴۵).

حال بنا بر مبنای مشهور در طریقی بودن وجوب تعلم، اگر ابتلای به این احکام در آینده مورد علم یا اطمینان مکلف قرار گیرد یا خود این احکام به گونه‌ای هستند که نوعاً مکلفین به آن مبتلا می‌شوند بر آنان واجب است آن را فرا گیرند. پرسشی که در اینجا رخ می‌نماید این است که وظیفه مکلف در صورتی که شک کند آیا در آینده مبتلا به برخی احکام می‌شود یا نه چیست؟ برخی از فقها و اصولیون در پاسخ به این پرسش با تمسک به استصحاب استقبالی، عدم ابتلاء به آن احکام را در آینده و به تبع عدم وجوب تعلم آن را نتیجه گرفته‌اند.

محقق نائینی در این رابطه می‌نویسد:

«در مورد احکام شرعیه ای که ابتلاء به آن نادر است (و برای انسان شک حاصل می‌شود که آیا مبتلا می‌شود یا نه) چه بسا گفته می‌شود به خاطر جریان استصحاب عدم ابتلاء، تعلم این گونه از احکام واجب نیست و استصحاب همان گونه که در امور حالی جریان پیدا می‌کند در امور استقبالی نیز جاری است چون ادله استصحاب عمومیت دارد.» (أجود التقریرات، ۱/ ۱۵۸).

وی در ادامه با تصریح به صحت جریان استصحاب در امور استقبالی به دلیل مشروط دانستن جریان هر گونه استصحابی به عدم احراز حکم شرعی یا موضوع دارای حکم شرعی - به مجرد شک و فارغ از استصحاب- جریان استصحاب استقبالی در خصوص این مسئله را با مانعی جدی رو به رو می‌داند (همو، ۱/ ۱۵۸).

دوم: فقیه نامی شیعه سید محمدکاظم یزدی می‌گوید:

احتیاط و بلکه اقوی این است که اگر شخصی برای نماز ساتری ندارد ولی احتمال می‌دهد تا آخر وقت ساتری بیاید نمازش را از اول وقت تأخیر بیندازد (یزدی، العروة الوثقی، ۱/ ۵۷۱).

این مسئله موردنقد جدی عموم فقیهان معاصر که بر عروه الوثقی حاشیه‌دارند، واقع شده است. (یزدی (العروة الوثقی (المحشی)، ۲/ ۳۵۶؛ فیاض کابلی، ۳/ ۹۳) برخی از فقها کلام محقق یزدی در مفروض مطرح شده را با استناد به «اطلاق دلیل بدلیت»^۱ (حکیم، ۴/ ۴۰۶؛ عراقی، ۱/ ۲۷۰) برخی دیگر با استناد به جریان استصحاب استقبالی (خوئی، موسوعه، ۱۲/ ۴۱۶) رد نموده‌اند.

محقق خوئی در رد استناد به «اطلاق دلیل بدلیت» و اکتفا به جریان استصحاب استقبالی به عنوان مستمسکی برای حکم به جواز بدار برای صاحبان عذر -مانند فرج مذکور- گفته است: آنچه مطابق قاعده است عدم صحت نماز در اول وقت در فرض مورد نظر صاحب عروه می‌باشد؛ زیرا موضوع برای حکم به جواز خواندن نماز، شخص معذور است و تا عذر از طریق شرعی نسبت به انجام اختیاری واجب تا آخر وقت احراز نگردد، وی معذور به حساب نمی‌آید؛ چراکه واجب، نماز بین الوقتین است و مکلف در طول وقت، اختیار طولی دارد و تا در تمام وقت معذور نباشد، حق انجام عبادات بدون ساتر و اکتفا به آن را ندارد (مصباح الأصول، ۳/ ۹۰؛ موسوعه، ۱۲/ ۴۱۶) بنابراین «اطلاق دلیل بدلیت» ثابت نیست. پس باید برای جواز بدار مستمسکی دیگر پیدا کرد؛ و آنچه می‌تواند دلیل بر جواز بدار باشد استصحاب استقبالی است. سوم: محقق نائینی به صاحب جواهر، نسبت مخالفت با این استصحاب را می‌دهد (أجود التقریرات، ۱/ ۱۵۸)؛ اما جستجو در متن قویم جواهر الکلام صحت این نسبت را با تردید جدی مواجه می‌سازد. آنجا که می‌فرماید:

«ثمره استصحاب بقاء امام در رکوع تا زمان ادراک مأموم، جواز دخول مأموم در نماز جماعت و صحت نیت جماعت است زیرا فرق است بین اثبات حصول ادراک رکوع و تحقق این ادراک با استصحاب بعد از علم و یقین به سر برداشتن امام از رکوع و بین اثبات بقاء امام در رکوع تا رسیدن مأموم به او زیرا استصحاب دوم مانند استصحاب عدالت و عقل و سائر شرایط امام که مستمر و متأخر از زمان حال است و مکلف در

۱. منظور اطلاق آیه تیمم می‌باشد «و لم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا...» (مانده: ۵).

آن دوم علم به حصولش ندارد می باشد و برای احراز این شرایط استصحاب بقاء آن در زمان متأخر کفایت می کند.» (صاحب جواهر، ۱۳/۱۴۹).

لکن ایشان در ادامه با تعبیری که قدری تردید در آن است، گفتار جازمانه فوق را مورد نقد قرار می دهد و می فرماید:

«گاهی گفته می شود که منشأ جواز دخول در نماز جماعت و مثل آن از عبادت هایی که علم به حصول شرایط در زمان های بعدی وجود ندارد و حتی ظن هم وجود ندارد و یا حتی ظن به عدم وجود دارد ظواهر ادله مانند نصوص پیشین و سیره عقلا و عسر و حرج و مانند این ها است همان گونه که جواز دخول به اعتبار اطمینان به حصول ادراک که به منزله علم عادی است می باشد. وگرنه نفس استصحاب بدون حصول اطمینان کفایت نمی کند.» (همو، ۱۳/۱۵۰).

چهارم: محقق یزدی در عروه الوثقی در فرعی دیگر می گوید:

اگر ورثه، یقین داشته باشند ترکه میتی که حج بر او واجب است برای ادای حج کافی نیست ترکه به ورثه منتقل می شود... ولی اگر این مقدار از ترکه برای حج کافی نباشد لیکن احتمال می دهیم در سال های آینده کفایت کند و یا متبرعی نقصان هزینه را بر عهده بگیرد در این صورت ابقاء ترکه واجب است (و به ورثه منتقل نمی شود). (یزدی، العروة الوثقی، ۲/۴۷۲).

محقق خوئی بعد از طرح این مسئله که ما از عروه الوثقی نقل کردیم ارجاع شک در این مسئله به شک در قدرت و عدم قدرت که محقق عراقی به آن قائل شده است (یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ۴/۴۶۲) را ناصحیح دانسته و با جریان استصحاب استقبالی عدم کفایت مال در آینده را که موضوع انتقال به ورثه یا عدم انتقال آن است اثبات می کند (خوئی، معتمد، ۱/۳۱۶).

پنجم: محقق حلی می فرماید: «إذا أسلم وعنده أربع وثنيات مدخول بهن لم یکن له العقد علی الأخری ولا علی أخت إحدى زوجاته حتی تنقضی العدة مع بقائهن علی الکفر.» (محقق حلی، ۲/۲۴۲).

مرحوم محقق در اینجا دو فرع مطرح کرده است یکی اینکه در ایام عده که این مرد چهار زن دارد و عده هیچ یک از آن ها تمام نشده است، اگر مرد بخواهد زن پنجم بگیرد جایز نیست، زیرا احتمال دارد همه این ها مسلمان شوند و اگر ازدواج با زن پنجم هم صحیح باشد لازم می آید که مسلمان بیش از چهار زن داشته باشد و این جایز نیست.

فرع دوم اینکه اگر این تازه مسلمان بخواهد خواهر یکی از زن های وثنیه را تا مادامی که عده منقضی نشده است بگیرد این هم جایز نیست بلکه باید صبر کند.

مشکلی که بر سر راه این فتوا قرار دارد این است که اگر مرد بداند که این زن یا این زن‌ها در ایام عده مسلمان نمی‌شوند باید عقد خود با این زن یا این زنان را منفسخ بداند، بنابراین ازدواج با زن پنجم یا آخت الزوجه مانعی ندارد، چون این زنان زوجه او نیستند و از همان وقتی که مرد مسلمان شد مثل شرط متأخر، عقد این زنان حقیقتاً منفسخ شده است (صاحب جواهر، ۳۰/۳۸۰)، اما اگر مرد یقین به بقاء کفر این زن یا زنان ندارد. بلکه شک دارد و با استصحاب بقاء کفر این زن یا این زنان تا حین انقضاء عده، بقاء کفر زنان را احراز می‌کند و حکم به بطلان زوجیت زنان می‌کند. بنابراین علی القاعده باید بتواند با زن پنجم یا آخت الزوجه ازدواج کند.

یکی از فقه‌های معاصر با طرح این پرسش و دفاع از جریان استصحاب استقبالی چنین می‌فرماید: به نظر می‌رسد تقدم یا تأخر مشکوک و متیقن نسبت به زمان حال، ماضی یا استقبالی بودن هر یک از این دو و اختلاف آن‌ها نسبت به هم از جهت وقوع در یکی از ازمه ثلاثه، هیچ‌کدام نقشی در صحت جریان استصحاب نداشته و متأخر بودن زمان مشکوک از زمان متیقن برای مقبولیت آن کافی باشد. از این رو جاری بودن استصحاب در امور استقبالی حتی در مثل موضوع بحث فعلی - همچنان که نظر متأخرین از اصولیین و آقای خوئی است و فتوای فقها در موارد عدیده شاهد بر آن می‌باشد - خالی از اشکال است (زنجانی، ۶۲۱/۱۷).

ششم: اگر شخصی در اثر جنایت منفعتی را از شخص دیگری زائل نماید مثلاً با زدن سیلی در گوش شخصی شنوایی آن را از بین ببرد در صورت بازگشت منفعت ذاهب به صورت، اگر آن منفعت قابل محاسبه باشد به همان اندازه محکوم به دیه و در غیر این صورت محکوم به پرداخت آرش می‌باشد؛ اما اگر منفعت کلاً از بین رفته باشد و امکان برگشت آن وجود نداشته باشد دیه کامل یک انسان را باید بپردازد. در مسئله جنایت بر عضو هم حکم به همین منوال است (خمینی، ۲/۵۷۰؛ همو، ۲/۵۸۸). حال در صورت شک در عود منفعت ذاهب یا شک در بهبودی عضو آسیب دیده آیا می‌توان عدم عود منفعت ذاهب یا عدم بهبودی عضو آسیب دیده را استصحاب کرد یا خیر.

در برخی نصوص، نسبت به برخی جنایات چون ذهاب منفعت عقل و شنوایی و بینایی نهاد «امهال تا یک سال» مورد اشاره واقع شده است، یعنی ائمه به جای فرمان به استصحاب و در نتیجه ضمان جانی دستور به «انتظار کشیدن تا یک سال» داده‌اند. برخی از روایات مورد نظر این است:

معتبره سلیمان بن خالد از امام صادق (ع): که «در باره مردی که با استخوان به گوش مردی زده و آن مرد ادعا دارد که شنوایی خود را از دست داده است، فرمود: در کمین او می‌مانند و یک سال از او تغافل می‌شود و منتظر می‌مانند، اگر شنید یا دو نفر علیه او شهادت دادند که او می‌شنود، (که روشن است) وگرنه او را

سوگند می‌دهند و دیه را به او می‌پردازند. سؤال شد: ای امیرالمؤمنین، اگر بعداً متوجه شد که او می‌شنود؟ حضرت فرمود: اگر خداوند شنوایی‌اش را به او باز گرداند، بر او چیزی نیست.» (کلینی، ۳۲۲/۷).

و از امام صادق پرسیدم در باره (حکم) چشم (ی) که صاحبش ادعا می‌کند نمی‌بیند؟ فرمود: یک سال مهلت دهند و سپس او را سوگند دهند که نمی‌بیند، آنگاه دیه را به او بپردازند، عرض کردم: اگر پس از آن یک سال و گرفتن دیه چشمش دید پیدا کرد چه حکمی دارد؟ فرمود: این چیز است که خداوند به او عطا فرموده است (طوسی، ۲۶۶/۱۰) و ابو عبیده حدّا گوید: از امام باقر علیه السلام پرسیدم: مردی با عمود خیمه بر سر کسی می‌کوبد و فرق سر او می‌شکافد و به مغز سر آسیب می‌رسد و عقل او را مختل می‌کند تکلیف چیست؟

فرمود: اگر عقل او تا آن حد مختل شود که مضروب نداند که نماز چیست و نداند چه می‌گوید و چه می‌شنود باید یک سال صبر کند، اگر ظرف یک سال بمیرد باید جانی را قصاص کنند و اگر زنده بماند و در این یک سال سلامت عقل خود را باز نیابد ضارب را تاوان می‌کنند که یک خون‌بهای کامل که خون‌بهای از بین رفتن عقل است، بپردازد (کلینی، ۳۲۵/۷). ملاحظه این روایات می‌تواند بنیان این اندیشه شود که شارع مقدس حداقل در این سه منفعت نهاد استصحاب استقبالی را نپذیرفته است و به جای آن نهاد «انتظار تا یک سال» را جایگزین نموده است. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ نیز اثری از این استصحاب وجود ندارد. در ماده ۴۶۱ و نیز ۶۷۲ و ۶۷۴ از تعبیر «ایامی که کارشناس مورد وثوق برای بازگشت منفعت زائل شده تعیین نموده» بهره برده است.

البته این مسئله مورد قبول همگان واقع نشده است. صاحب جواهر در برخی از فروض مسئله بیانی دارد که حاکی از عدم پذیرش نهاد «انتظار تا یک سال» و پذیرش استصحاب استقبالی است هرچند به طور رسمی و بعنوان به این نهاد اشاره نمی‌کند. وی در فرضی که کارشناسان اعتقاد به بازگشت منفعت دارند ولی زمان برگشت این منفعت را قابل شناسایی نمی‌دانند و یا زمان بازگشت را مشخص نموده ولی بعد از اتمام زمان تعیین شده برای برگشت، بازگشتی صورت نگرفته باشد حکم به ضمان دیه فارغ از گذشت یک سال نموده (صاحب جواهر، ۳۰۲/۴۳) که نتیجه قهری استصحاب استقبالی است.

آنچه گذشت، نمونه‌هایی اندک از نامعدود نمونه‌هایی است که در متون فقهی به عنوان اثر این نهاد وجود دارد و متتبع می‌تواند با اندک جستجویی به موارد بیشمار دیگری از موافقان و مخالفان حول این مسئله دست یازد (ر.ک: خمینی، مصطفی، الخلل فی الصلاة، ۱۷۵؛ سبحانی تبریزی، ۱/۱۷۱؛ ایروانی، ۷۲/۱؛ شیرازی، بیان الفقه، ۴۹۴/۳؛ قمی، ۳۲۰/۲؛ روحانی قمی، ۲۶۱/۱).

اندیشه‌های موجود در مساله

در پذیرش حجیت یا عدم حجیت استصحاب استقبالی و نیز محدوده پذیرش آن بین فقها اختلاف وجود دارد، اختلاف مزبور را می‌توان در دو دیدگاه کلان خلاصه کرد.

الف: برخی از فقها عرصه را بر حجیت این نهاد تنگ گرفته و به هیچ عنوان آن را نپذیرفته‌اند (سبحانی تبریزی، ۱/ ۱۷۱).

ب: دیدگاه دیگری که در ارتباط با استصحاب استقبالی وجود دارد پذیرش این نهاد است. مطابق این اندیشه فقیه در فتواها و احکام خویش می‌تواند با جریان این استصحاب اثر حاصل از آن را مترتب نماید (خونی، مصباح الأصول، ۳/ ۹۰؛ کاشف الغطاء، ۲/ ۱۳؛ آشتیانی، ۳/ ۱۱؛ خمینی، مصطفی، تحریرات فی الأصول، ۸/ ۳۱؛ ایروانی، ۱/ ۷۲) البته هرچند در میان قائلین به حجیت این نهاد در اصل پذیرش آن وفاق وجود دارد اما در گستره و محدوده آن اختلاف دارند. برخی از فقها مقدار متیقن از این استصحاب را نزد اصحاب استصحاب استقبالی در شبهات موضوعیه دانسته و آن را به مواردی که جریان آن نزد اصحاب مخالفی ندارد مانند بقاء وقت یا بقاء ماه تشبیه می‌نمایند (خمینی، مصطفی، تحریرات فی الأصول، ۸/ ۳۱).

یکی از فقهای معاصر در این مورد می‌گوید:

«جریان استصحاب استقبالی در شبهات موضوعیه منعی ندارد مانند استصحاب بقاء ماه رمضان تا فلان روز البته در صورتی که ماه رمضان نگذشته باشد...» (همو، ۴/ ۷۰).

برخی نیز مدعی قطعی بودن جریان آن در وقتی که مورد اثر شرعی باشد، شده‌اند (آشتیانی، ۳/ ۱۱) البته قائل به این سخن، هیچ برهان و سلطانی بر مدعای خود اقامه نمی‌کند، شاید چون مسئله را «بین» می‌داند نیازمند هیچ برهانی نیست تا «مبین» گردد (علیدوست، ۱۳۴۵).

ادله موافقان و مخالفان اعتبار استصحاب استقبالی

ادله موافقان

موافقان اعتبار استصحاب استقبالی به انگیزه اثبات اندیشه خود در این باره - با توجه به مبنای موردپذیرش خود در ادله استصحاب اعم از نصوص یا سیره عقلا - به ادله‌ای تمسک نموده‌اند.

۱. عموم تعلیل وارده در اخبار استصحاب

هرچند تمامی موارد مطرح شده در نصوص مرتبط با استصحاب، خاص و مربوط به استصحاب متعارف - وجود متیقن در زمان گذشته و وجود مشکوک در زمان حال - است و عباراتی مانند «کنت علی

یقین فشککت» و «من کان علی یقین فشک» شاهی بر این مدعاست ولی تعلیل‌هایی مانند «فان الیقین لا یدفع بالشک» و «الیقین لا ینقض بالشک» و امثال آن که در این نصوص وجود دارند عمومیت داشته و شامل استصحاب استقبالی هم می‌شود (خوئی، مصباح‌الأصول، ۳/ ۹۰). به بیان دیگر آنچه که ملاک در استصحاب است عدم جواز نقض یقین به وسیله شک می‌باشد خواه متیقن در زمان گذشته باشد و مشکوک در زمان حال یا متیقن در زمان حال باشد و مشکوک در زمان آینده.

۲. سیره عقلا

برخی از فقها به وجود سیره عقلا برای اعتبار استصحاب استقبالی استدلال کرده‌اند، شیخ علی کاشف الغطاء در این باره می‌گوید:

«دلیل بر این مطلب سیره عقلا می‌باشد چرا که اگر این استصحاب نباشد، مکلف نمی‌تواند در واجبات تدریجیه بقای آن واجب را تا هنگام اتمام عمل احرار نماید در این صورت چگونه قصد وجوب از جانب او می‌تواند صحیح باشد. سیره عقلا نه تنها در واجبات تدریجیه بلکه در سائر اعمال تدریجیه به همین منوال است» (کاشف الغطاء، ۲/ ۱۳).

نقد و بررسی ادله مخالفان

در قبال اندیشه فوق اندیشه انکار اعتبار استصحاب استقبالی است. از آنجاکه عمده ادله استصحاب روایات است صاحبان این نظر بر این باورند که نصوص مرتبط با استصحاب نه به لحاظ مورد و نه به لحاظ تعلیل وارده در آن شامل استصحاب استقبالی نمی‌شود.

۱. ظهور روایات استصحاب در فعلیت شک و یقین

محقق حائری یکی از طرفداران اندیشه انکار است. وی معتقد است که عبارات وارده در نصوص استصحاب به هیچ وجه شامل بحث ما نمی‌شود. چراکه اسناد یقین و شک به چیزی ظهور در فعلیت زمان «یقین» و «متیقن» و نیز فعلیت زمان «شک» و «مشکوک» دارد. وقتی گفته می‌شود «انی قاطع بعداله زید» این جمله ظهور عرفی در فعلیت یقین «قاطع» و فعلیت متیقن «عدالت زید» دارد یعنی من همین الان یقین به عدالت زید در زمان حال دارم. حال اگر منظور یقین به عدالت زید و یا شک در آن در زمان گذشته یا آینده باشد به این صورت که بخواهد بگوید که الان یقین به عدالت زید در زمان آینده دارم باید همراه با ذکر قرینه باشد.

منتها از این ظهور عرفی که در جانب یقین، با مانع روبرو شده است دست بر می‌داریم. چرا که در استصحاب، به مقتضای موارد موجود در نصوص مرتبط با آن، یقین و متیقن نباید همزمان باشند؛ اما این مسئله سبب نمی‌شود که از این ظهور عرفی در جانب شک دست برداریم (یزدی حائری ۳/ ۷۸ - ۷۹).

با حفظ این مقدمه می‌توانیم بگوییم که عبارات وارده در نصوص مرتبط با استصحاب مانند «کنت علی یقین فشککت» و امثال آن ظهور در فعلیت زمان شک و مشکوک و به عبارت دیگر ظهور در وحدت زمان تکلم و تحقق گزاره دارد؛ یعنی شخص سائل الان شک دارد که آیا الان وضو دارد یا نه و معنا ندارد بگوید الان شک دارد که آیا در آینده وضو خواهد داشت یا نه؛ و بدین ترتیب موارد روایات استصحاب به خاطر این ظهور عرفی شامل استصحاب استقبالی نمی‌شود.

ایشان در رابطه با عموم تعلیل وارده در روایات استصحاب نیز معتقد است که به دلیل تفاوت ملاک در استصحاب معهود و متعارف با ملاک در استصحاب استقبالی، الغاء خصوصیت و در نتیجه تعمیم امکان پذیر نیست.

چرا که در استصحاب متعارف چون گذشته در نزد مستصحب حاضر است و علم به آن در استصحاب مفروض است، امکان کشاندن وضعیت پیشین به زمان حال و در نتیجه استصحاب گذشته نیز فراهم می‌شود به خلاف استصحاب استقبالی که به دلیل عدم دسترسی به وضعیت مستصحب در آینده امکان استصحاب وجود ندارد (همو، ۷۸/۳ و ۷۹).

به انگیزه نقد کلام فوق می‌توان گفت که بیان محقق حائری در مخالفت با اجرای استصحاب استقبالی نه تنها بیان موفقی نیست بلکه مخدوش نیز می‌نماید؛ زیرا در مواردی مانند عبارت «انی قاطع بکذا» چون جمله است و زمانی خاص به عنوان قید نیامده، ظهور در فعلیت و زمان حال یا وحدت زمان تکلم و تحقق گزاره دارد؛ و این ربطی به کاربرست نهادهای تصویری چون یقین و شک در جمله «لا تنقض الیقین بالشک» ندارد! و هرگز نباید وضعیت یک جمله را به عنوان یک مفاد تصدیقی با وضعیت یک مفرد مقایسه کرد (علیدوست، ۱۳۴۴).

۲. انصراف ادله استصحاب از استصحاب استقبالی

برخی معتقدند از آنجا که عمده ادله استصحاب روایات است و موارد مطرح شده در این روایات، مربوط به استصحاب متعارف است که در آن متیقن، سابق و مشکوک، لاحق و زمان شک هم مربوط به حال است بنابراین استصحاب استقبالی دور از ذهن سائل بوده و در نتیجه ادله استصحاب از استصحاب استقبالی انصراف دارد (شیرازی، بیان الفقه، ۳۰۳/۷).

در رد ادعای انصراف گفته شده است: آنچه موجب انصراف یک مطلق یا عام به یک معنای خاص می‌شود صرف انس ذهنی نیست بلکه علاوه بر انس ذهنی، دلیل مطلق یا عامی که در آن ادعای انصراف شده باید در اثر کثرت استعمال به گونه‌ای محدود و مقید شود که از شمول نسبت به معنای منصرف عنه ناتوان گردد (همان). به عنوان مثال لفظ حیوان توانایی آن را دارد که هم شامل انسان شود و هم شامل سائر

حیوانات. ولی در اثر کثرت استعمال این لفظ به قدری مضیق شده که دیگر توانایی اطلاق بر انسان را ندارد. بر این اساس فقها روایاتی را که بر عدم جواز صلاة در اجزاء «حیوان غیر مأکول اللحم» دلالت می‌کند را از انسان منصرف می‌دانند (خمینی، ۱/ ۱۴۵) و حال آنکه انسان از اظهر مصادیق حیوان حرام‌گوشت است.

در مورد نصوص مرتبط با استصحاب نیز می‌توان گفت که کلمه یقین و شک در این روایات هم شامل یقین در گذشته می‌شود که الان تبدیل به شک شده و هم شامل یقینی می‌شود که الان وجود دارد ولی وضعیت آینده آن مشخص نیست سخن در مورد لفظ شک نیز به همین منوال است؛ و در مورد جمله «لا تنقض الیقین بالشک» که مفاد تصدیقی می‌باشد نیز چیزی که موجب انصراف از استصحاب استقبالی شود وجود ندارد و تنها چیزی که وجود دارد صرف انس ذهنی می‌باشد (شیرازی، بیان الاصول، ۷/ ۳۰۳).

۳. مثبت بودن استصحاب استقبالی

برخی معتقدند که هر چند مقتضی برای اعتبار استصحاب استقبالی وجود دارد؛ اما مثبت بودن لازم دائم چنین استصحابی است، از این رو آن را به عنوان یک مشکل کلی مطرح کرده و از اساس، چنین استصحابی را نپذیرفته‌اند. (همو، ۷/ ۳۰۳).

توضیح مطلب اینکه در استصحاب استقبالی شخصی که در آن اول معذور شده است و وضعیت او در آنات بعدی برای وی مشخص نیست آن دوم و هكذا آنات بعدی را استصحاب می‌کند و نتیجه عقلی این استصحاب اثبات معذوریت در تمام وقت می‌باشد؛ به عبارت دیگر شخص مستصحب با تشابه آنات نتیجه عقلی می‌گیرد که در کل اوقات معذور است و اثر شرعی (مثل حکم به تیمم) را بر این معذوریت مترتب می‌کند و اثر شرعی به واسطه اثر عقلی مثبت است و حجیت ندارد.

در جواب به این اشکال می‌توان گفت که مثبت بودن در صورتی مانع از پذیرش این استصحاب است که واسطه عادی یا عقلی مترتب بر مستصحب روشن و واضح نباشد ولی هرگاه واسطه روشن و واضح باشد وجود چنین واسطه‌ای مانع ترتب اثر شرعی متعلق به این واسطه نبوده، با استصحاب می‌توان حکم به ترتب آن اثر شرعی نمود (انصاری، ۳/ ۲۴۵). در مفروض مسئله نیز می‌توان گفت که عرف بین استصحاب وضعیت حال و کشاندن آن به تک‌تک آنات بعدی که نتیجه عقلی آن معذوریت (مثلاً) در تمام مدت می‌شود با استصحاب وضعیت فعلی و کشاندن آن به تمام مدت هیچ تفاوتی نمی‌بیند (شیرازی، بیان الاصول، ۷/ ۳۰۳).

فارغ از اشکال گذشته مثبت بودن در صورتی مانع از اجرای این استصحاب خواهد بود که لازم دائم آن باشد چنانکه قائل یا قائلان آن معتقد بودند درحالی که استصحاب استقبالی علی‌الظاهر به‌طورکلی و دائم،

مثبت نیست بلکه مثبت بودن مقارن اتفاقی این استصحاب است (علیدوست، ۱۳۴۷). به عبارت صحیح‌تر مثبت بودن، نه به طور کلی مانع جریان استصحاب است و نه استصحاب استقبالی علی‌الظاهر به طور کلی و دائم، مثبت است. شاهد بر این مطلب که استصحاب استقبالی به طور کلی و دائم مثبت نیست اظهار نظر صاحب جواهر مبنی بر صحت استصحاب رکوع امام برای جواز دخول مأموم در نماز جماعت می‌باشد (صاحب جواهر، ۱۴۹/۱۳)؛ چرا که با استصحاب رکوع امام جواز دخول مأموم در نماز جماعت یا همان جواز اقتداء که یک اثر شرعی می‌باشد بی‌واسطه اثبات می‌شود نه با واسطه‌ای عادی و یا واسطه عقلی.

اندیشه تحقیق

بدون تردید گفتگو از اعتبار یا عدم اعتبار استصحاب استقبالی در فرآیند یا برآیند بحث، غیر متأثر از مبنای ما در ادله استصحاب نیست، مثلاً هرگاه بنای عقلا را از ادله اعتبار استصحاب بدانیم، مراجعه به بنای عقلا در مسئله مورد گفتگو نیز موجه است، لکن چنانکه استصحاب را با آن گستره‌ای که در شریعت مطهر دارد، مورد بنای عقلا ندانستیم مراجعه به بنای عقلا توجیه‌پذیر نیست. مسئله به همین وضعیت است در وقتی که اخبار معروف به «اخبار استصحاب» را دالّ بر نهاد استصحاب بدانیم یا نه؟! در نقد سیره عقلا که مورد تمسک برخی از فقها برای اعتبار این استصحاب قرار گرفت می‌توان گفت بدون تردید در میان عقلا، متدینان و در رفتار شارع، به تحولاتی برمی‌خوریم که با مفاد استصحاب استقبالی یکی است؛ لکن یکی بودن در نتیجه به معنای قبول استصحاب استقبالی، آن‌هم در حد وسیع فقهی و شرعی آن نیست. به عنوان مثال حکم به بقای استطاعت در حج برای کسی که در اول حج، مستطیع است، یا حکم به عدم ضرر روزه برای شخصی که در اول روز یقین به عدم ضرر دارد و از ادامه خبر ندارد و حکم به جواز بدار برای صاحبان عذر در اول وقت آیا به ملاک استصحاب استقبالی است یا به دلیل نوعی از اطمینان به بقای حالت یا حکم عقلا به لزوم شروع کار در وقتی که شروع کار مشکلی ندارد؛ هرچند وضعیت شخص در ادامه از اول معلوم نباشد، یا از باب قاعده‌ای مثل «یکسان انگاری وضعیت پدیده در ادامه با وضعیت آن در اول کار» بدون پیوند آن با استصحاب استقبالی. واضح است اگر چنین قاعده‌ای حذف شود، اختلال نظام یا چیزی شبیه آن پیش می‌آید؛ بدون این که این قاعده ربطی به استصحاب داشته باشد!

درواقع حکم به یکسان انگاری مزبور نظیر «یکسان انگاری معانی واژه‌ها در حال با معانی آن‌ها در گذشته» است که آن را نامربوط به استصحاب اصطلاحی می‌دانند؛ و درواقع با یکسان انگاری دوم، انسان

می‌تواند از تراش گذشتگان استفاده کند و با یکسان انگاری اول، با آیندگان صحبت کند و برای آن‌ها خلق تراش نماید (علیدوست، ۱۳۴۷) با این توضیح، ضعف تمسک به سیره عقلا جهت استصحاب استقبالی روشن می‌گردد.

اما در نقد عمومیت تعلیل وارده در اخبار استصحاب که در کلام برخی از بزرگان به آن اشاره شد می‌توان گفت که اطلاق و عموم در ادله زمانی منعقد می‌شود که سیره یا ارتکاز عقلایی مضیقی در مورد آن دلیل وجود نداشته باشد وگرنه اطلاق و عموم در همان محدوده سیره و ارتکاز عقلا مضیق می‌شود. به بیان دیگر این موارد، شبیه قرائن معنوی محفوفه به دلیل شرعی می‌باشد. شاهد بر این مدعا رفتار فقها در مبحث حجیت خبر واحد می‌باشد. توضیح مطلب اینکه عمده دلیل بر حجیت خبر واحد سیره عقلا است (خونی، مصباح الأصول، ۲/ ۲۴۰) و از آنجایی که سیره عقلا مبتنی بر پذیرش خبر واحدی است که مورد اعراض واقع نشده باشد این سیره اطلاق آیه شریفه «ان جاءکم فاسق ببناءً فتبینوا» (حجرات: ۶) را مقید به مواردی می‌کند که خبر واحد مورد اعراض قرار نگرفته باشد... البته توجیه فنی این است که گفته شود در صورت وجود ارتکاز عقلایی و سیره، اطلاق و عمومی منعقد نمی‌شود نه اینکه اطلاق و عموم دلیل شرعی، تمام و مستقر است و به ارتکاز «تقیید» یا «تخصیص» می‌خورد.

با ذکر این مقدمه می‌توان گفت که نصوص مرتبط با استصحاب بر اساس همین ارتکاز و سیره عقلایی مضیق و محدود به استصحاب متعارف که در آن متیقن در زمان گذشته و مشکوک در زمان حال است شکل گرفته است و فضای حاکم بر روایات بر عمومیت استصحاب دلالتی ندارد. شواهد متعددی در خود روایات وجود دارد که حاکی از شکل‌گیری جواب امام و تعلیل وارده در این روایات بر اساس ارتکاز موجود در ذهن سائل می‌باشد. عباراتی مانند «لا ینبغی لک...» و امثال آن وضوح در این مطلب دارد که عدم نقض یقین به شک یک قضیه ارتکازی عقلایی می‌باشد. همچنین خصوصیت مورد، هر چند قرینه بر محدودیت در تعلیل و تقیید آن نباشد؛ لکن مانع انعقاد اطلاق و عموم تعلیل خواهد بود.

در نتیجه به نظر می‌رسد ادعای تعمیم در تعلیل مذکور در روایات استصحاب، نسبت به استصحاب استقبالی ادعایی نیست که به راحتی قابل اثبات باشد.

نتیجه‌گیری

بر اساس پژوهش انجام شده در این نوشتار بحث از حجیت یا عدم حجیت استصحاب استقبالی به دلیل پر پسماند بودن این نهاد در فقه از اهمیت بسزایی برخوردار است. بررسی متون فقهی و پی‌جویی اندیشه فقها در مجموع از رویه و اندیشه واحدی در این موضوع خبر نمی‌دهد درحالی که برخی دیدگاه‌ها از

فتاوی‌ای خبر می‌دهد که در آن‌ها حجیت این نهاد مورد تردید جدی قرار گرفته است برخی فتاوی در راستای اصرار بر حجیت این نهاد به منصب ظهور رسیده است.

مستند مخالفان حجیت این نهاد «ظهور ادله استصحاب در استصحاب حالی»، «انصراف ادله استصحاب از استصحاب استقبالی» و «مثبت بودن این استصحاب» است. نگارندگان هرچند حجیت این نهاد را فاقد وجهت می‌دانند اما ادله مخالفان را کافی ندانسته و ظهور ادله در استصحاب متعارف را مشکل دانسته و نیز انصراف را صرف انس ذهنی شمرده و مثبت بودن را مقارن اتفاقی این استصحاب می‌دانند نه لازم دائم.

مستند کلام موافقان استصحاب استقبالی، عمومیت تعلیل وارده در ادله استصحاب و سیره عقلا در اخذ به این نهاد می‌باشد نوشتار حاضر با نقد ادله این اندیشه وجود رفتارهایی از شارع و متدینان که به نظر می‌رسد با مفاد این استصحاب یکی است را به دلیل نوعی از اطمینان به بقای حالت یا حکم عقلا به لزوم شروع کار در وقتی که شروع کار مشکلی ندارد، یا از باب قاعده‌ای مثل «یکسان‌انگاری وضعیت پدیده در ادامه با وضعیت آن در اول کار» بدون پیوند آن با استصحاب استقبالی می‌پذیرد.

منابع

- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم، ۱۴۱۶ ق.
- ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، بی‌نا، ۱۴۲۷ ق.
- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، *بحر الفوائد*، قم، کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی، بی‌جا، ۱۴۰۳ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی‌تا.
- خمینی، مصطفی، *الخلل فی الصلاة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *تحریرات فی الأصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۸ ق.
- خوئی، ابو القاسم، *الهدایة فی الأصول*، قم، مؤسسه صاحب الامر «ع»، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *مصباح الأصول*، قم، داوری، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *معتمد العروة الوثقی*، قم، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، ۱۴۱۶ ق.
- _____، *موسوعة الإمام الخوئی*، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۱۸ ق.
- روحانی قمی، محمد حسینی، *المرتقی إلى الفقه الأرقی*، تهران، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافية (دار الجلی)، ۱۴۱۹ ق.
- زنجان، موسی شبیری، *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.

١٤٦	فقه و اصول	شماره ١٢٢
سبحانی تبریزی، جعفر، <i>الحج فی الشریعة الإسلامية الغراء</i> ، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ١٤٢٤ ق.		
شیرازی، صادق حسینی، <i>بیان الاصول</i> ، قم، دار جلال الدین، ١٣٨٣.		
_____، <i>بیان الفقه فی شرح العروة الوثقی</i> ، قم، دار الأنصار، ١٤٢٦ ق.		
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام</i> ، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ١٤٠٤ ق.		
طباطبایی یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، <i>العروة الوثقی (المحشی)</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٩ ق.		
_____، <i>العروة الوثقی</i> ، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ١٤٠٩ ق.		
طوسی، محمد بن حسن، <i>تهذیب الأحکام</i> ، تهران، دار الکتب الإسلامية، ١٤٠٧ ق.		
عاملی، محمد بن علی، <i>مدارک الأحکام فی شرح شرائع الإسلام</i> ، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ١٤١٠ ق.		
عراقی، آقا ضیاء الدین، <i>مقالات الاصول</i> ، تحقیق: الشیخ محسن العراقی / السيد منذر الحکیم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ١٤١٤ ق.		
علیدوست، ابوالقاسم، <i>جزوه درس خارج اصول سال ٩٦</i> ، بحث استصحاب، بی جا، بی نا، بی تا.		
فیاض کابلی، محمد اسحاق، <i>تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی</i> ، قم، انتشارات محلاتی، بی تا.		
قمی طباطبایی، تقی، <i>عمدة المطالب فی التعليق علی المکاسب</i> ، قم، کتابفروشی محلاتی، ١٤١٣ ق.		
کاشف الغطاء، علی بن محمد رضا، <i>مصادر الحكم الشرعی والقانون المدني</i> ، بغداد، مطبعة العانی، ١٤١٠ ق.		
کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الکافی</i> ، تهران، دار الکتب الإسلامية، ١٤٠٧ ق.		
محقق اردبیلی، احمد بن محمد، <i>مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان</i> ، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، ١٤٠٢ ق.		
محقق حلّی، جعفر بن حسن، <i>شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ ق.		
مکارم شیرازی، ناصر، <i>استفتاءات جدید (مکارم)</i> ، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ١٤٢٧ ق.		
نائینی، محمد حسین، <i>أجود التقريرات</i> ، قم، انتشارات مصطفوی، ١٣٦٨.		
_____، <i>کتاب الصلاة</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١١ ق.		
نائینی، محمد حسین، و آقا ضیاء الدین عراقی، <i>الرسائل الفقهية</i> ، قم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، ١٤٢١ ق.		
یزدی حائری، مرتضی بن عبد الکریم، <i>مبانی الاحکام</i> ، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤٢٦ ق.		



ارزیابی نظریه جهاد دعوت با سنجه فعل پیامبر اکرم (ص)*

محمد مروراید

دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه خراسان

Email: mdmd1370@gmail.com

مجتبی الهی خراسانی^۱

استاد حوزه علمیه مشهد، استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی

Email: mojtabaelahi@gmail.com

چکیده

مشروعیت جهاد ابتدایی در متون کهن فقه اسلامی، یک اصل ضروری شمرده شده است. در فقه اسلامی به طور غالب، هدف از جهاد ابتدایی، اسلام آوردن کافران عنوان شده و از آن با عنوان «جهاد دعوت» یاد شده است. در این بین فقیهان متأخر دو نظریه دیگر در این باره ارائه کرده و در صحت نظریه پیشین تشکیک نموده‌اند. در نظریه دوم، هدف از جهاد ابتدایی، گسترش جغرافیای حکومت اسلامی قلمداد شده است و نظریه سوم، پیش‌گیری از به خطر افتادن امنیت و ثبات مسلمانان را به عنوان هدف از جهاد ابتدایی مطرح کرده است. بررسی این سه نظریه درباره جهاد ابتدایی، به مسأله‌ای کلیدی و تأثیرگذار در بسیاری از مسائل معاصر دنیای اسلام تبدیل شده است. ما در این پژوهش با بهره‌گیری از داده‌های معتبر تاریخی اثبات می‌کنیم که دعوت به دین اسلام نمی‌تواند هدف از جهاد ابتدایی باشد و این تفسیر، با قراین و شواهد گوناگون، سازگاری ندارد.

کلیدواژه‌ها: جهاد ابتدایی، جهاد دعوت، فعل پیامبر (ص)، مسلمان، کافر.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۱۲/۲۲.

۱. نویسنده مسئول

Evaluation of the Jihad Da'wah (Jihad of Invitation) Theory by the Scales of the Holy Prophet's (PBUH&H) Act

Mohammad Morvarid. Graduate of the fourth level of Khorasan Seminaries

Mojtaba Elahi Khorasani. Professor, Khorasan Seminaries; Assistant Professor, Akhond Khorasani Specialized Center (Corresponding Author)

Abstract

The legitimacy of offensive jihad has been considered a necessary principle in ancient Islamic jurisprudence books. In Islamic jurisprudence, frequently, the purpose of the primary jihad is the conversion of infidels to Islam and it is referred to as the "jihad of invitation". However, the later Islamic jurists have presented two other theories and doubted the validity of the previous theory. Under the second theory, primary jihad is aimed at the geographical expansion of the Islamic state and the third theory declares that the prevention of endangering the security and stability of Muslims is the goal of primary jihad. The study of these three theories about primary jihad has become a key and influential issue with regard to many contemporary issues of the Islamic world. In this research, using valid historical data, we prove that the call to Islam cannot be the purpose of primary jihad, and this interpretation is not compatible with various evidences.

Keywords: Primitive Jihad, Jihad Da'wah, the holy Prophet's Act, Muslim, Infidel

مقدمه

یک. می‌توان با توجه به نوشته‌های فقیهان، سه تعریف برای جهاد ابتدایی تصور کرد. در تعریف نخست، جهاد ابتدایی را می‌توان آغازگری مسلمانان در تحرکات نظامی و لشکرکشی دانست؛ مانند حرکت سپاه مسلمانان به سوی یک منطقه. در این صورت حتی اگر پس از روبه‌رو شدن دو لشکر، سپاه کفر اولین تیراندازی را انجام دهد جهاد ابتدایی نامیده می‌شود. بنابراین در صورتی یک جنگ، دفاع نامیده می‌شود که اولین تحرکات و لشکرکشی‌های نظامی از سوی کافران باشد.

نکته دیگر این که بر اساس این تعریف، آغازگری باید به شکل حرکت نظامی و سخت باشد تا جهاد ابتدایی صدق کند. مثلاً اگر کافران، مسلمانان را در تحریم اقتصادی قرار داده و حرکتی نظامی از خود بروز نداده باشند مقابله نظامی مسلمانان، جهاد ابتدایی خواهد بود. یا اگر دشمن با حيله و نیرنگ، مکانی را تصاحب کرده باشد جنگ مسلمانان با او جهاد ابتدایی است؛ زیرا آغاز حرکت نظامی، از سوی مسلمانان بوده است.

تعریف دوم، پیش‌دستی کردن در آغاز جنگ در میدان نبرد را معیار می‌داند؛ اگر چه اعلام جنگ، از سوی دشمن بوده و ابتدا او تحرکات نظامی داشته است. بنابراین اگر در میدان جنگ اولین تیراندازی از سوی دشمن باشد جنگ مسلمانان، دفاع نامیده می‌شود.

تعریف سوم، معیار را یک هدف مشخص از جنگ قلمداد می‌کند. حب الله، هدف دعوت به سوی اسلام را قوام جهاد ابتدایی می‌داند. جنگی که با این هدف باشد جهاد ابتدایی است و اگر انگیزه‌ای غیر از دعوت به سوی اسلام، همانند مقابله با عناصر ناامنی، سبب جنگ شده دفاع نامیده می‌شود. این تعریف در کتاب «دراسات فی الفقه الإسلامی المعاصر» دیده می‌شود (حب الله، ۱/ ۶۲).

بر اساس این تعریف، اگر دشمن، مکانی را به شکلی اشغال کرده بدون این که جنگی صورت گرفته باشد جنگ ما با او- اگر چه آغازگر آن، ما هستیم- دفاع نام دارد. بر این اساس، جهاد ابتدایی چنین تعریف می‌شود: «شروع مسلمانان به جنگ با کافران با هدف دعوت آنان به اسلام که در نتیجه یا باید مسلمان شوند و یا در برابر مسلمانان خاضع شوند.» (حب الله، ۱/ ۶۲؛ قرضاوی، ۲۵۸).

آنچه که از لایه لای سخنان فقیهان شیعه به دست می‌آید این است که دفاع، جنگی است که آغاز آن با ما نباشد؛ چرا که در تعریف این اصطلاح، تصریح به حمله دشمن شده است. بنابراین، اگر اعلام‌کننده جنگ، مسلمانان باشند جنگ ابتدایی است؛ اگر چه در نظر عرف و عقلا حق با مسلمانان باشد. بلکه حتی در میان عرف نیز واژه «انتقام» و «بازپس‌گیری» برای این جنگ واژه دقیق‌تری نسبت به «دفاع» است. در این مقاله، مقصود ما از جهاد ابتدایی، که به نظر می‌رسد مطابق با مقصود بیشتر فقیهان است،

تعریف نخست است؛ یعنی آغازگری مسلمانان در حرکت نظامی. اگر دشمن، قصد جنگ دارد ولی هنوز رفتاری نظامی از خود نشان نداده، حمله نظامی مسلمانان به آنان، جهاد ابتدایی خواهد بود. اگر آغاز حرکت نظامی از سوی دشمنان باشد این جنگ، «جهاد دفاعی» یا «دفاع» نامیده می‌شود؛ حتی اگر مسلمانان برای رویارویی زودتر، به سوی آنان شتافته باشند.

دو. آیا جهاد ابتدایی مشروعیت دارد؟ در چه ظرفی با چه کسانی و با چه هدفی واجب است؟ آیا جهاد ابتدایی، یک تکلیف شرعی از سوی خداوند متعال بر عهده تمام مکلفان و به تشخیص آنان است یا این که در محدوده اختیارات حاکم بوده و بنا بر تشخیص مصالح حکومت و مقاصد شریعت از سوی حاکم انجام می‌شود؟ آیا جهاد ابتدایی در عصر غیبت نیز مشروعیت دارد؟

این‌ها پرسش‌هایی هستند که معمولاً درباره جهاد ابتدایی مطرح می‌شوند. با بررسی انجام شده، روشن می‌شود که دیدگاه و مبنای ما در باب هدف و چرایی جهاد ابتدایی، تأثیر بسیار زیادی در پاسخ به این پرسش‌ها دارد. همان‌طور که ادله مرتبط با پاسخ به این پرسش‌ها می‌توانند ما را در جهت کشف ماهیت جهاد کمک کنند.

مقصود از هدف، هدف کوتاه‌مدت از جهاد است. یعنی آن هدفی که مقصود و هدف اولیه جهاد ابتدایی است؛ انگیزه آغاز جنگ است و تحصیل بالفعل آن، موجب توقف جنگ می‌شود؛ نه آن هدفی که با واسطه، غیرمستقیم و در صورت وجود عوامل دیگر، در آینده به دست خواهد آمد.

در این جا اختلافی بزرگ میان متفکران و دانشمندان اسلامی رخ می‌نماید. می‌توان چند فرضیه یا نظریه را در باب فلسفه و هدف از جهاد ابتدایی در اسلام برشمرد. ما در این پژوهش به دیدگاه‌های خاورشناسان در این زمینه نخواهیم پرداخت؛ چرا که به نظر ما بیشتر ادعاهای آنان، دور از واقعیت و فاقد استناد است. از جمله اهدافی که از سوی خاورشناسان برای جنگ‌های پیامبر اکرم (ص) ادعا شده است این دو هدف هستند: «دستبرد به اموال و تأمین معیشت و زندگی مسلمانان» از سوی توماس آرنولد^۱ (متوفای ۱۹۳۰ م) و «اشباع روحیه جنگ‌طلبی» از سوی مؤلف کتاب «فصل زندگی پیامبر». (ر.ک: عبدالمحمدی، ۶۶-۶۸)

با مرور سخنان دانشمندان اسلامی می‌توان به سه نظریه عمده در این باره رسید:

اول. هدف دینی و ایدئولوژیک؛ بر اساس این تلقی، جهاد ابتدایی با هدف ترویج شریعت اسلام و مسلمان شدن مردم جهان انجام می‌شود. طبق این نظریه، جهاد ابتدایی برای اجبار مردم به پذیرش شریعت اسلام صورت می‌گیرد و به مسلمان شدن کافران یا کشته شدن آنان می‌انجامد. بر اساس تألیفاتی که امروز

1. Thomas Walker Arnold.

در دست داریم، این نظریه نخستین بار از سوی شافعی در کتاب «الأم» مطرح شده (شافعی، ۳۹۸/۵ و ۵۷۳؛ ن.ک: ابن تیمیه، ۸۷؛ بوطی، ۹۴) و در کتب فقهی شیعه نیز انعکاس یافته است. این نظریه با نام «جهاد دعوت»، شهرت یافته است.

دوم. هدف سیاسی؛ حکومت اسلامی به عنوان بهترین و کامل ترین نظام و ساختار سیاسی، باید در تمام جهان شکل بگیرد. راه رسیدن به این حکومت جهانی، جنگ و از بین بردن قدرت ها و حکومت های نامشروع است. جهاد ابتدایی بدین منظور تشریع شده و حاکم اسلامی باید به حسب توان نظامی خود به تصاحب حکومت ها اقدام نماید. هدف دینی و ایدئولوژیک، هدف بلند مدت جهاد ابتدایی است؛ یعنی پس از موفقیت جهاد ابتدایی در گسترش حکومت اسلامی، در سایه آزادی، زمینه برای تبلیغ و ترویج دین نیز فراهم خواهد شد. (ن.ک: سید قطب، ۱۴۳۳/۳، ۱۴۳۶، ۱۵۰۸ و ۱۷۳۷).

سوم. هدف امنیتی؛ طبق این نظریه، هدف جهاد ابتدایی، همانند جهاد دفاعی، برقراری امنیت جانی و مالی مسلمانان است و اهداف دینی یا سیاسی تنها در سایه امنیت و آرامش مسلمانان، امکان پذیر بوده و طی فرآیند دیگری غیر از جنگ، محقق خواهند شد. بنابراین هدف کوتاه مدت و مستقیم از جهاد ابتدایی امنیت است؛ اگر چه در بلندمدت، منافع دینی یا سیاسی نیز خواهد داشت. (ر.ک: بلاغی، ۲۲۰؛ حب الله، ۳۳۴/۴؛ زحیلی، ۹۱)

ما در این نوشته به ارزیابی نظریه نخست، یعنی جهاد دعوت، بر اساس داده های تاریخی حکومت پیامبر اکرم (ص) می پردازیم. یکی از منابع مهم و شاید مهم ترین منبع برای پژوهش در «کتاب الجهاد»، فعل و سیره پیامبر اکرم (ص)، به عنوان الگو و اسوه حاکم اسلامی است. تحلیل اقدامات و مواضع پیامبر اکرم حتی نگرش و تلقی ما را نسبت به ادله لفظی تغییر خواهد داد. سیره پیامبر اکرم (ص)، مرکز اصلی مناقشه و مرجع تمام اختلافات در این مسأله است. یعنی نوع نگرش دانشمندان در مسأله جهاد ابتدایی به تحلیل آنان درباره سیره باز می گردد.

گذشته از ثمرات در حوزه فقه سنتی، برای ترسیم نظام حقوقی اسلام نسبت به دولت ها و نظام های دیگر باید هدف از جهاد ابتدایی روشن گردد؛ چرا که مهم ترین مسأله در روابط بین الملل، تعیین موضع صلح طلبانه یا جنگ طلبانه است. این ثمره در حوزه فقه حکومت، بسیار حائز اهمیت است.

سه. سنت معصومان یکی از منابع فقه است و یکی از اقسام سنت، فعل معصوم می باشد. محدوده دلالت فعل و حجیت آن نسبت به غیر معصومان یکی از مباحثی است که در کتب اصولی متقدم مانند «عدة الأصول»، «الذریعة» و «معارج الأصول» و کتب متأخر مانند «أصول الفقه» و «دروس فی علم الأصول» بدان پرداخته شده است. آیا می توان از یک «فعل» یا «ترک»، حکمی شرعی را استنباط نمود؟

برای استنباط حکمی شرعی از فعل یا ترک معصوم باید این دو مقدمه را اثبات نمود:

الف. دلالت فعل یا ترک معصوم بر حکم شرعی نسبت به خود معصوم؛

ب. حجیت دلالت فعل یا ترک معصوم برای ما.

محمدباقر صدر حالات مختلف فعل و ترک معصوم را به لحاظ دلالت بررسی نموده است. گاهی قرینه‌ای همراه با فعل یا ترک وجود دارد که حاکی از مقام تعلیم است. یعنی معصوم با این فعل یا ترک، قصد آموزش یک حکم به دیگری را دارد. در این صورت آن قرینه باید مدلول فعل یا ترک را مشخص کند. اما اگر چنین قرینه‌ای همراه با فعل یا ترک نبود دو حالت وجود دارد. گاهی قرینه‌ای بر رجحان فعل یا ترک وجود دارد؛ مانند تکرار عمل یا عبادت بودن فعل و نبود انگیزه‌ای غیر شرعی که مجموعه این قراین با اباحه سازگاری ندارند. در این صورت فعل، بر رجحان شرعی عمل نسبت به معصوم دلالت دارد. اگر قرینه‌ای بر رجحان فعل یا ترک در دست نباشد معنایی جز اباحه نسبت به معصوم برداشت نمی‌شود. فعل، دال بر عدم حرمت و ترک، دال بر عدم وجوب است.

شهید صدر در صورتی فعل یا ترک مجرد از قرینه تعلیم را دلیل بر حکمی نسبت به غیر معصومان می‌داند که دو شرط را دارا باشد:

الف. احتمال اختصاص حکم به معصوم وجود نداشته باشد.

ب. ظروف و شرایطی که فعل یا ترک معصوم در آن صادر شده با شرایط ما یکسان باشد؛ چرا که فعل، دلالت بر اطلاق ندارد و باید به قدر متیقن اخذ نمود. بنابراین باید تمام ظروفی که احتمال دارد در حکم دخالت داشته باشند برای ما نیز احراز شده باشند (صدر، ۹۹/۲).

اگر با تحقق دو شرط مذکور، فعل، ظهور در حکمی نسبت به غیر معصومان پیدا کرد حجیت این ظهور تابع اصل حجیت ظهور است. گاهی فعل هم مانند قول در یک معنا ظهور می‌یابد و بنای عقلا بر حجیت، شامل هر دو نوع ظهور می‌شود (صدر، ۱۰۰/۲).

اما اگر احتمال اختصاص حکم به شخص معصوم یا مقام ولایت داده شود و طبیعتاً ظهور منتفی شود آیا می‌توان راهی برای حجیت یافت؟ مظفر معتقد است اصل بر اشتراک احکام میان معصوم و غیر معصوم است. اگر دلیلی بر اختصاص داشته باشیم از اصل دست بر می‌داریم. اگر شک داریم باید به عام تمسک کرده و حکم به اشتراک نمود. بنابراین فعل معصوم حتی در فرض احتمال اختصاص حکم به او برای ما حجیت دارد (مظفر، ۶۵/۲).

پیشینه نظریه جهاد دعوت

بر اساس نظریه جهاد دعوت، هدف از این جهاد، دینی و ایدئولوژیک است؛ یعنی برای گسترش و ترویج شریعت اسلام، این جهاد انجام می‌شود. براساس این نظریه، جهاد ابتدایی برای اجبار مردم به پذیرش شریعت اسلام صورت می‌گیرد و به مسلمان شدن کافران یا کشته شدن آنان می‌انجامد. تنها افرادی که استثنا شده‌اند، اهل کتابی هستند که به دادن جزیه تن داده‌اند و نیز زنان و کودکان (ابن‌رشد، ۱/ ۳۸۳).

براساس تحقیق انجام شده، این نظریه نخستین بار از سوی شافعی در کتاب «الأم» مطرح شده است (شافعی، ۵/ ۳۹۸ و ۵۷۳) او می‌گوید: «... از مشرکان نباید جزیه گرفت؛ بلکه هرگاه ضد آنان قدرت داشتیم، باید با آنان بجنگیم تا مسلمان یا کشته شوند... با اهل کتاب مشرک و محارب باید جنگید تا مسلمان شوند یا جزیه دهند...» (شافعی، ۵/ ۵۷۳). او تصریح می‌کند که هدف پیامبر اکرم (ص) از جنگ با مشرکان، غالب کردن و مسلط کردن دین اسلام بوده و مشرکان با اختیار خود یا با اجبار مسلمان می‌شدند (شافعی، ۵/ ۳۹۸). ابن‌رشد معتقد است شافعی، قتل راهبان کلیساها، افراد نابینا، معلول و سالمندان را نیز در جهاد ابتدایی واجب می‌داند (ابن‌رشد، ۱/ ۳۸۴).

برخی از فقیهان شیعه، مانند محقق حلی و علامه حلی در تذکره، نیز به هدف «اسلام آوردن» آن‌ها تصریح می‌کنند (محقق حلی، ۱/ ۲۸۱؛ علامه حلی، ۱۹/ ۹). محقق حلی می‌گوید: «هر کس که جهاد با او واجب است مسلمانان باید به‌سوی آن‌ها کوچ کنند؛ یا برای جلوگیری از (هجوم) آن‌ها یا برای نقل آن‌ها به اسلام» (محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱/ ۲۸۱).

شهید ثانی هدف جهاد ابتدایی را دعوت و فراخوان به اسلام می‌داند (الروضة البهیة، ۲/ ۳۷۹؛ مسالک الافهام، ۷/ ۳). میرزا ابوالقاسم فراهانی نیز در رساله جهادیه اصطلاح «جهاد دعوت» را به همین معنا توضیح داده و ثابت دانسته است (فراهانی، ۵۴۳).

در زمان معاصر، محقق خوبی نسبت به مشرکان به این نظریه معتقد است: «کفار مشرک از غیر اهل کتاب، دعوت آنان به کلمه توحید و اسلام واجب است؛ پس اگر پذیرفتند (که هیچ) و اگر نپذیرفتند جنگ و جهاد با آن‌ها واجب است تا مسلمان گردند یا کشته شوند و زمین از لوث وجود آن‌ها پاک شود» (خویی، ۱/ ۳۶۰). از این بیان، هدف دعوت از جهاد کاملاً روشن است. این نظریه در آثار حسن البنا، بنیان‌گذار اخوان المسلمین و صالح الفوزان، دانشمند سلفی حجازی نیز، مشاهده می‌شود (عزام، ۹۱؛ الفوزان، ۱۶)؛ همچنین ابوعبدالله المهاجر، یکی از رهبران فکری سلفیه جهادی، در کتاب خود این نظریه را مستند کرده است (مهاجر، ۲۹).

این نظریه در عصر حاضر، مخالفان زیادی داشته و دارد. در میان شیعه علمایی مانند محمدجواد بلاغی و محمدحسین فضل‌الله با این نظریه مخالفت نموده‌اند (بلاغی، ۲۲۰؛ فضل‌الله، ۴۸/۵). سید محمدکاظم حائری و مهدی آصفی نیز هدف از جهاد را توسعه حکومت اسلامی و نه مسلمان نمودن کافران، عنوان کرده‌اند (حائری، ۱۰؛ آصفی، ۵۲ و ۵۶ و ۶۰) آقای منتظری تلاش نموده تا تبیینی مقبول و عقلانی از نظریه جهاد دعوت ارائه دهد (منتظری، ۱۱۵/۱).

در میان اهل سنت، ابن تیمیه در ردّ این نظریه کتابی نگاشته و ابوحنیفه، مالک بن انس و احمد بن حنبل را با خود هم‌نظر می‌داند (ابن تیمیه، ۸۷ و ۹۱). همچنین عبده، رشیدرضا، زحیلی و قرضاوی این نظریه را باطل می‌دانند (عبده، ۱۳۱؛ رشیدرضا، ۱۰/۲۶۹؛ زحیلی، ۹۰؛ قرضاوی، ۳۹۳ تا ۳۹۸).

رشیدرضا رسالت اسلام را اصلاح رفتارهای نظامی و جنگی و مبارزه با اکراه دینی می‌داند: «از جمله اصلاحات جنگی اسلام، جلوگیری جنگ به‌خاطر اکراه بر دین، از بین بردن یا برده گرفتن یک شخص یا یک گروه بود. رسالت اسلام، منع از جنگ برای غارت سرمایه کشورها یا لذت زور و شهوت‌رانی بود» (رشیدرضا، ۱۰/۲۷۲).

برخی از محققان، نظریه جهاد دعوت را تحت تأثیر تفکر سنی و فقه اهل سنت می‌خوانند. آنان معتقدند، تمام فقیهان پیشین به‌خاطر اهتمام زیاد به کتب افرادی مانند شافعی و به‌خاطر اعتقاد به نسخ، توجهی به آیات تحریم جنگ با کافر صلح طلب نکرده‌اند (صالحی نجف‌آبادی، ۴۶). برخی از جامعه‌شناسان ادیان، همچون دیوید هیوم^۱ و باسورث^۲ نظریه جهاد دعوت را با قاطعیت به تمام متفکران اسلامی نسبت داده‌اند (عبدالمحمّدی، ۱۳/۶۸ و ۶۹).

ادله نظریه جهاد دعوت

طرف‌داران این نظریه به اطلاق دو دلیل نقلی استناد می‌کنند. دلیل اول اطلاق آیات نخستینِ سوره توبه که به «آیه سیف» شهرت یافته و دلیل دوم اطلاق حدیث مقاتله است (شافعی، ۳۹۸/۵ و ۵۷۳؛ ابن‌رشد، ۳۸۳/۱؛ نیز نگ: بوطی، ۵۴) آنان معتقدند، اطلاق با عموم وجوب قتال با کافران در این دو دلیل، هیچ غایت و پایانی جز مسلمان شدن آن‌ها ندارد.

آیه سیف می‌گوید: «فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ لَّيْن تَابُوا وَ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ

۱. David Hume.

۲. Clifford Edmund Bosworth.

رَّحِيمٌ» (سوره توبه، ۵)

«پس چون ماه‌های حرام سپری شد، مشرکان را هر کجا یافتید بکشید و آنان را دستگیر کنید و به محاصره درآورید و در هر کمین‌گاهی به کمین آنان بنشینید پس اگر توبه کردند و نماز برپا داشتند و زکات دادند، راه برایشان گشاده گردانید، زیرا خدا آمرزنده مهربان است.»

طبق این آیه پس از گذشت مدت مشخص شده، کشتن مشرکان واجب است و تنها عاملی که مانع قتل می‌شود مسلمانی آنان و خروج آنان از عقیده شرک است. مستفاد از این حکم مطلق این است که هدف از جهاد، دعوت کافران به اسلام است. این برداشت با آیه ۳۳ همین سوره تقویت می‌شود. این آیه می‌گوید: «هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ»

«او کسی است که پیامبرش را با هدایت و دین درست، فرستاد تا آن را بر هر چه دین است پیروز گرداند، هر چند مشرکان خوش نداشته باشند.»

دلیل دوم حدیث معروفی از پیامبر اکرم است که در کتب حدیثی فریقین آمده است: «عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إني أمرت أن أُقاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَإِذَا قَالُوهَا فَقَدْ عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا وَحَسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ» (قمی، ۱/ ۱۷۲؛ برقی، ۱/ ۲۸۴؛ ابن بابویه، عیون اخبار الرضا (ع)، ۲/ ۶۴؛ بخاری، ۱/ ۱۷ و ۱۵۳ و ۲/ ۵۰۷ و ۳/ ۱۰۷۷ و ۶/ ۲۵۳۸ و ۲۶۵۷؛ مسلم بن حجاج، ۱/ ۳۸ و ۳۹)

«از رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم نقل شده که همانا من مأمور شدم با مردم بجنگم تا این که بگویند لا اله الا الله. پس اگر چنین بگویند جان و مالشان را از من حفظ می‌کنند مگر به حقش و حسابشان با خداست.»

براساس این نظریه، آیه سیف - که در سال نهم هجری نازل شد - و حدیث مقاتله - که در اواخر عمر حضرت صادر شد - بسیاری از آیات را نسخ کرده‌اند (ابن‌رشد، ۱/ ۳۸۴؛ بوطنی، ۵۳؛ قرضاوی، ۳۱۹). یعنی تمام آیاتی که در سال‌های قبل نازل شده بود و جنگ با تمام کافران را جایز نمی‌دانست؛ منسوخ شده است؛ اعم از آیاتی که جنگ را تنها ضد کافران محارب و مقاتل واجب می‌دانند، آیاتی که اکراه و اجبار در دین را نفی می‌کنند و آیاتی که صلح و روابط حسنه با کافران را جایز اعلام نموده‌اند. مرحوم طبرسی در «مجمع البیان» و ابن جریر طبری در «جامع البیان» به اختلاف در نسخ این آیات اشاره کرده‌اند (طبرسی، مجمع البیان، ۳/ ۱۳۶؛ طبری، ۳/ ۵۶۲). عبدالله عزام، دانشمند سلفی جهادی، معتقد بوده است؛ آیه سیف بیش از صد و بیست آیه از قرآن کریم را نسخ کرده است (جرار، ۱۳۷).

بررسی درستی یا نادرستی این دو استدلال، مجال دیگری طلبیده و در این مقاله نمی‌گنجد. اما تأمل

بیشتر در دلالت این دو دلیل، ما را از رسیدن به نظریه جهاد دعوت باز داشته و حتی بطلان آن را تقویت می‌کند. (ر ک: الهی خراسانی، مروارید، ۹-۳۶)

نظریه جهاد دعوت در ترازوی فعل نبوی

ما اکنون در صدد بیان این نکته هستیم که با چشم‌پوشی از اشکالاتی که در دو دلیل لفظی نظریه جهاد دعوت وجود دارند، واقعیت‌های تاریخی جنگ‌های حکومت پیامبر اکرم (ص) تا چه میزان، این نظریه را توجیه یا تأیید می‌نمایند.

بر اساس بررسی انجام شده، تحلیل فعل و سیره پیامبر اکرم (ص) ما را بر پذیرش این نظریه یاری نکرده، بلکه نشانه‌هایی بر بطلان این نظریه به ما ارائه می‌کند. در ادامه مجموعه‌ای از شواهد بر بطلان این نظریه ارائه می‌شود.

۱. مصونیت‌های جنگی کافران

مصونیت‌های جنگی و سفارش‌هایی که برای حفظ جان برخی از غیرمسلمانان شده می‌تواند یکی از شواهد مهم بر این موضوع باشد که صرف داشتن عقیده کفر، نمی‌تواند ملاک جهاد ابتدایی باشد.

۱.۱. مصونیت غیرنظامیان

تعرض به غیرنظامیان اعم از زنان، کودکان و سالمندان همیشه و در تمام جنگ‌ها ممنوع بوده است. سفارش پیامبر اکرم (ص) به مجاهدان در این رابطه که غیر نظامیان، اعم از کودکان، زنان و سالمندان، همواره در امنیت هستند در روایات شیعه نقل شده است (کلینی، ۵/۳۰؛ برقی، ۲/۳۵۵).

«عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَارٍ قَالَ أَظُنُّهُ عَنْ أَبِي حَمْرَةَ الثَّمَالِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ص إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ سَرِيَّةً دَعَاهُمْ فَأَجْلَسَهُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ ثُمَّ يَقُولُ ... وَلَا تَقْتُلُوا شَيْخًا فَانِيًّا وَلَا صَبِيًّا وَلَا امْرَأَةً ...» (کلینی، ۵/۲۷ و ۳۰)

«امام صادق علیه السلام فرمود هر گاه رسول خدا می‌خواست سربیه‌ای را راهی کند آنان را فرا می‌خواند و روبروی خود می‌نشاند، سپس می‌گفت ... و هیچ سالمند فرتوت، کودک و زنی را نکشید ...»
«مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ ع قَالَ إِنَّ النَّبِيَّ ص قَالَ اقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ وَاسْتَحْيُوا شُيُوخَهُمْ وَصَبِيَّانَهُمْ.» (طوسی، ۶/۱۴۲)
«امام صادق علیه السلام از پدرش، از پدرانش نقل می‌کند که پیامبر (ص) فرمود مشرکان را بکشید و از سالمندان و کودکان آنان حیا کنید.»

این دستور منحصر در سال‌های نخست نبوده است. بلکه در سرسختانه‌ترین موضع پیامبر اکرم (ص)،

یعنی نسبت به مشرکان در سال‌های پایانی حکومت، نیز این مصونیت وجود داشته است (کلینی، ۳۰/۵؛ برقی، ۳۵۵/۲).

با مرور جنگ‌های حکومت پیامبر اکرم روشن می‌شود که اساساً برای سپاه اسلام هیچ‌گاه ورود به منطقه مسکونی مهم نبود. بیشتر جنگ‌ها در خارج شهر اتفاق می‌افتاد و پس از پیروزی سپاه اسلام به منطقه مسکونی حمله نکرده و دست به غارت نمی‌زدند. تنها در مواردی به درون قلعه‌ها و شهرها می‌رفتند که نظامیان بدان جا پناه برده باشند؛ مانند یهودیان پیمان‌شکن مدینه و یهودیان محارب خیبر.

به دلیل همین مصونیت‌ها روش‌های کشتار جمعی مانند مسموم کردن آب آشامیدنی، آتش زدن و قطع درختان و مزارع، که در آن زمان، منبع تغذیه بودند، مشروعیت ندارد. در چند روایت به ممنوعیت این روش‌ها تصریح شده است (کلینی، ۲۷/۵ و ۲۹ و ۳۰؛ طوسی، ۱۴۳/۶).

بنا بر یک روایت از امام صادق (ع) تنها جایی که استفاده از این روش‌ها که جان غیرنظامیان نیز در خطر می‌افتد مجاز اعلام شده هنگام ضرورت است. یعنی زمانی که محارب‌ان به شهر خود پناه برده‌اند و راهی جز استفاده از این روش‌ها برای مبارزه با آنان نیست.

«از امام صادق علیه السلام پرسیدم از شهری از شهرهای اهل حرب که آیا می‌توان آب را در آن جا رها کرد، آتش زد یا با منجنیق هدف قرار داد تا کشته شوند؛ در حالی که در میان آنان زنان، کودکان، پیرمرد و اسیران مسلمان وجود دارد؟ امام فرمود می‌توان با آنان چنین کرد و به خاطر اینان از کفار، دست نگه داشته نمی‌شود ...» (کلینی، ۲۸/۵)^۱

با توجه به تأکید دوباره روایت بر ممنوعیت جنگ با زنان، کودکان و ... در ادامه روایت به نظر می‌رسد جواز این روش‌ها در شرایط اضطراری و تراحم است؛ نه این که اساساً احترامی برای غیر نظامیان و اسرای مسلمان وجود نداشته باشد. همان‌طور که شهید اول و علامه مجلسی اشاره کرده‌اند (شهید اول، ۳۲/۲؛ مجلسی، ۳۵۴/۱۸).

این گزارش‌ها در کتب تاریخی نیز به تکرار ذکر شده‌اند. دستور پیامبر اکرم (ص) در غزو موته، حاکی از مصونیت افراد ناتوان از جنگ، بلکه راهبان کلیسا است (واقدی، ۷۵۷/۲) مصونیت راهبان در روایتی از کافی نیز آمده است (کلینی، ۲۷/۵).

صالح الفوزان از دانشمندان وهابی معاصر در عربستان سعودی، این ادله را حمل بر مصونیت کافرانی می‌کند که کفرشان در خودشان منحصر است و تلاشی برای نشر و ترویج کفر و ضلالت نمی‌کنند (فوزان،

۱. «عَلَىٰ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْمُثَنَّى عَنْ حَفْصِ بْنِ غِيَاثٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ مَدِينَةٍ مِنْ مَدَائِنِ أَهْلِ الْحَرْبِ هَلْ يَجُوزُ أَنْ يُرْسَلَ عَلَيْهِمُ الْمَاءُ وَ تُحْرَقَ بِالنَّارِ أَوْ تُرْمَى بِالْمَجَانِيقِ حَتَّى يَمُوتُوا وَ فِيهِمُ النِّسَاءُ وَ الصِّبْيَانُ وَ الشُّجْعَانُ وَ الْأَسَارِيُّ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَ التُّجَّارُ فَقَالَ يَقَعْلُ ذَلِكَ بِهِمْ وَ لَا يَمْسُكُ عَنْهُمْ لِهَؤُلَاءِ ...»

(۱۵).

۲.۱. مصونیت دسته‌هایی از مشرکان

علاوه بر غیرنظامیان، طبق آیات براءت، مشرکان مستأمن و معاهد و طبق آیه جزیه کتابیان ذمی، همواره در امان حکومت اسلامی بوده‌اند. مشرکان معاهد، مشرکانی هستند که با مسلمانان پیمان داشته، بر سر پیمان خود مانده و کسی را علیه مسلمانان یاری نرسانند:

«... إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ» (توبه: ۴)

«... مگر آن مشرکانی که با آنان پیمان بسته‌اید، و چیزی از [تعهدات خود نسبت به] شما فروگذار نکرده، و کسی را بر ضد شما پشتیبانی ننموده‌اند. پس پیمان اینان را تا [پایان] مدتشان تمام کنید، چرا که خدا پرهیزگاران را دوست دارد.»

مشرکان مستأمن یعنی مشرکانی که به پیامبر اکرم (ص) پناهنده شده‌اند. در آیه ششم سوره توبه این استثنا اشاره شده است:

«وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ»

«و اگر یکی از مشرکان از تو پناه خواست پناهش ده تا کلام خدا را بشنود سپس او را به مکان امنش برسان، چرا که آنان قومی نادانند.»

در روایتی از امام صادق علیه السلام سیره رسول خدا درباره مشرک مستأمن، آمده است:

«عَلَى بَنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ أَظُنُّهُ عَنْ أَبِي حَمْرَةَ الثَّمَالِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ص إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ سَرِيَّةً دَعَاهُمْ فَأَجْلَسَهُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ ثُمَّ يَقُولُ ... أَيَمَّا رَجُلٍ مِنْ أَدْنَى الْمُسْلِمِينَ أَوْ أَفْضَلِهِمْ نَظَرَ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَهُوَ جَارٌ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ فَإِنْ تَبِعَكُمْ فَأَخُوكُمْ فِي الدِّينِ وَإِنْ أَبَى فَأَبْلِغُوهُ مَأْمَنَهُ وَاسْتَعِينُوا بِاللَّهِ عَلَيْهِ» (کلینی، ۲۷/۵ و ۳۰)

«امام صادق علیه السلام فرمود هر گاه رسول خدا می‌خواست سریه‌ای را راهی کند آنان را فرا می‌خواند و رویه‌روی خود می‌نشانند، سپس می‌گفت ... هر شخصی، از پست‌ترین مسلمانان یا برترین مسلمانان، به فردی از مشرکان نظر کند پس آن مشرک در پناه است تا کلام خدا را بشنود. پس اگر از شما پیروی کرد برادر دینی شماست و اگر امتناع کرد او را به پناه‌گاهش برسانید و از خداوند علیه او یاری بجوید.»

بنابراین نباید در حالی که در پناه مسلمانان است با او جنگید. باید مسلمانان او را به مأمنی برسانند و سپس آماده جنگ با او شوند.

۳. ۱. مصونیت کافری که از روی ترس، مسلمان شده

همچنین کسی که از روی ترس، شهادتین را بر زبان جاری کرده، اگر چه کافر محارب باشد و ما یقین به کفر درونی او داشته باشیم، مصونیت دارد و جان و مال او حرمت می‌یابد. قرآن کریم حتی در سرسخت‌ترین موضع نسبت به مشرکان، در صورت توبه آنان و اقامه نماز و ادای زکات، آنان را برادر دینی مؤمنان می‌خواند:

«فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَ نَفَصَلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ» (توبه: ۱۱)

«پس اگر توبه کنند و نماز برپا دارند و زکات دهند، در این صورت برادران دینی شما می‌باشند، و ما آیات [خود] را برای گروهی که می‌دانند به تفصیل بیان می‌کنیم.»

اسامه بن زید در یکی از جنگ‌ها در برابر یک کافر شمشیر کشید و آن کافر از روی ترس، شهادتین گفت، اما اسامه او را کشت. پس از بازگشت از جنگ، پیامبر اکرم (ص) فرمود:

«ای اسامه، او را کشتی در حالی که لا اله الا الله گفته بود؟ اسامه گفت ای رسول خدا، او برای فرار از قتل، این کلام را گفت. رسول خدا صلی الله علیه و سلم فرمود آیا قلبش را شکافتی که فهمیدی راست می‌گوید یا دروغ؟!» (واقعی، ۲/ ۷۲۵)^۱

چه بسا «لا تعتدوا» در آیات جهاد اشاره به همین مصونیت‌ها باشد. یعنی برای مبارزه با کافران از حدود شرعی خارج نشده و به کسانی که مصونیت دارند متعرض نشوید.

۴. ۱. مصونیت کافران اسیر شده

در حین جنگ اگر شخصی از کافران به اسارت مسلمانان درآمد نباید کشته شود؛ بلکه باید احکام اسیر بر او اجرا شود:

«فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَنتَحْنَتُهُمْ فَشُدُّوا الْوُثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدَ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ...» (محمد: ۴)

«پس چون با کسانی که کفر ورزیده‌اند برخورد کنید، گردن‌ها [یشان] را بزنید. تا چون آنان را [در کشتار] از پای درآوردید، پس [اسیران را] استوار در بند کشید سپس یا [بر آنان] منت نهید [و آزادشان کنید] و یا فدیة [و عوض از ایشان بگیرید]، تا در جنگ، اسلحه بر زمین گذاشته شود ...»

۵. ۱. مصونیت‌های ویژه

علاوه بر مصونیت‌های قاعده‌مند در سیره پیامبر اکرم (ص)، چند نفر به طور خاص مصونیت جانی

۱. «قَتَلْتُهُ يَا أَسَمَةَ وَ قَدْ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ؟ قَالَ فَجَعَلْتُ أَقُولُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّمَا قَالَهَا تَعَوُّدًا مِنَ الْقَتْلِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا شَقَقْتُ قَلْبَهُ فَتَعَلَّمَ أَ صَادِقٌ هُوَ أَمْ كَاذِبٌ؟!»

یافتند. دلیلی که برای مصونیت آنان ذکر شده حائز اهمیت است.

در نبرد بدر، پیامبر اکرم (ص) قتل چند نفر از مشرکان مانند ابوالبختری و حارث بن عمر بن نوفل را ممنوع اعلام کردند؛ به دلیل این که در مکه، مسلمانان را آزار نمی‌داده و گاهی به آن‌ها کمک می‌نمودند. همچنین بدین خاطر که به اجبار، راهی جنگ شدند (ابن هشام، ۱/۶۲۹؛ جعفریان، ۴۸۴).

در جریان فتح مکه با وجود محاربه شدید مشرکان با مسلمانان، مشرکان محاربی که درب خانه خود را می‌بستند مصونیت داشتند. حضرت به یاران خود دستور داد فقط کسانی را بکشند که قصد جنگ دارند (طبرسی، مجمع، ۱/۲۲۲ - ۲۲۳؛ وافدی، ۲/۸۱۸؛ ابن هشام، ۲/۴۰۳ و ۴۰۹) طبق آیات نخستین سوره توبه، بعد از اعلام برائت از مشرکان نیز مهلت چهار ماهه داده شد تا مشرکان به پناهگاه‌های خود روند.

جمع‌بندی

تمام ادله پیشین می‌توانند این نکته مهم و اساسی را اثبات کنند که مرز کرامت انسان، دین ناصحیح و منحرف نیست. با توجه به این حجم از ادله، به هیچ وجه نمی‌توان مبارزه با کفر قلبی یا حتی کفر ظاهری را هدف جهاد ابتدایی دانست. بنابراین کرامت و حرمت خون یک شخص به خاطر داشتن دین و آیین خطا از او سلب نمی‌گردد. آنچه موجب سلب کرامت است ویژگی دیگری است.

آیا با وجود این مصونیت‌ها و با توجه به این که کرامت انسان به واسطه داشتن دین خطا از او سلب نمی‌شود، می‌توان گفت که هدف از جهاد ابتدایی، مسلمان نمودن کافران است؟ چگونه جنگ با هر کافر واجب است تا مسلمان شود اما بسیاری از کافران باید در امان باشند و مصونیت دارند؟ پس ویژگی دیگری در کنار کفر، جنگ را واجب می‌کند.

۲. ضوابط جنگ از جهت شیوه کشتن

دین اسلام با خوی جنگی و رفتارهای خشن و غیرانسانی در جنگ، که در آن زمان مرسوم بود، مبارزه نمود. وضع ضوابط جنگ، یکی از افتخارات دین اسلام است. طبق یک روایت حتی آرزوی درگیری و علاقه به جنگ، ناپسند عنوان شده است. «... فرمود ای مردم! آرزوی رویارویی با دشمن نکنید و از خداوند عافیت را بخواهید پس اگر با دشمن روبه‌رو شدید صبر پیشه نمایید ...» (بخاری، ۷/۴۷۹؛ مسلم بن حجاج، ۳/۱۳۶۲؛ بغدادی، ۳۳۶)^۱

در تمام جنگ‌ها به کار بردن حيله و خیانت در پیمان و انتشار سم در سرزمین مشرکان ممنوع بود. (کلینی، ۵/۲۷) پیامبر اکرم (ص) هیچ‌گاه شب، حمله نمی‌نمود (ابن هشام، ۲/۳۲۹). روش‌های کشتار

۱. «... فَقَالَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ لَا تَتَمَنَّوْا لِقَاءَ الْعَدُوِّ، وَاسْأَلُوا اللَّهَ الْعَافِيَةَ، فَإِذَا لَقِيتُمْ فَاصْبِرُوا ...»

جمعی مانند مسموم کردن آب آشامیدنی، آتش زدن و قطع درختان و مزارع، که در آن زمان منبع تغذیه بودند، مشروعیت نداشت. در چند روایت به ممنوعیت این روش‌ها تصریح شده است (کلینی، ۲۷/۵ و ۲۹ و ۳۰؛ طوسی، ۱۴۳/۶).

«عَلَى بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنَّ النَّبِيَّ ص كَانَ إِذَا بَعَثَ أَمِيرًا لَهُ عَلَى سَرِيَةٍ أَمَرَهُ بِتَقْوَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فِي خَاصَّةِ نَفْسِهِ ثُمَّ فِي أَصْحَابِهِ عَامَّةً ثُمَّ يَقُولُ ... وَلَا تَغْدِرُوا وَلَا تَغْلُوا وَتُمَتِّلُوا ... وَلَا تُحْرِقُوا النَّخْلَ وَلَا تُغْرِقُوا بِالْمَاءِ وَلَا تَقْطَعُوا شَجَرَةً مُثْمِرَةً وَلَا تُحْرِقُوا زَرْعًا ...» (کلینی، ۲۹/۵)

«هر گاه پیامبر (ص) فرماندهی را بر سرپه‌ای می‌گماشت او را به تقوای خداوند عزوجل درباره خودش و یارانش امر می‌کرد سپس می‌فرمود ... حيله نکنید، خیانت نکنید، مثله نکنید ... نخل‌ها را آتش نزنید و با آب، غرق نکنید، درخت میوه‌داری را قطع نکنید و محصولی را آتش نزنید ...» همان‌طور که گذشت، بنا بر یک روایت، تنها جایی که استفاده از این روش‌ها که جان غیرنظامیان نیز در خطر می‌افتد مجاز است هنگام ضرورت است. یعنی زمانی که محارب‌ان به شهر خود پناه برده‌اند و راهی جز استفاده از این روش‌ها برای مبارزه با آنان نیست.

بنا بر نظریه جهاد دعوت، تمام موضوع وجوب جهاد، کفر - قلبی یا ظاهری - است و هدف از جهاد، دوگانه مسلمان شدن کافر یا از بین بردن اوست. بعضی از اصول اخلاقی جنگ مثل ممنوعیت مثله کردن، ارتباطی با موضوع جهاد ندارد و بر اساس این نظریه قابل پذیرش است. ممنوعیت مثله کردن به معنای حفظ جان یک کافر نیست. اما اصول اخلاقی دیگری هستند که معادل حفظ جان برخی از کافران می‌باشند. به عنوان مثال ممنوعیت به کار بردن حيله و فریب در صلح یا ممنوعیت انتشار سم در آب آشامیدنی بدین معناست که در شرایطی که تنها راه کشتن کافران، این اقدامات است جهاد ممنوع است. چگونه می‌توان از اجبار کافران به پذیرش دین اسلام سخن گفت و برای این امر، جنگ با تمام کافران را واجب دانست و هیچ حرمتی برای خون کافر در هیچ شرایطی قائل نشد اما در مرحله عمل، کارآمدترین و کم‌هزینه‌ترین روش‌ها برای سرکوب و از بین بردن کافران را ممنوع دانست؟ بنابراین ضوابط اخلاقی جنگ، حداقل، می‌توانند این نظریه را با پرسش چالش مواجه کنند.

۳. قراردادهای صلح و جزیه با مشرکان و اهل کتاب

قرارداد صلح و تسالم میان مسلمانان، مشرکان و یهودیان داخل مدینه و یهودیان صاحب قلعه، دلیلی دیگر بر بطلان این نظریه است؛ چرا که طبق این نظریه، هیچ دین و ایدئولوژی دیگری حق حیات ندارد. همچنین انعقاد صلح با قبایل بنی‌ضمیره و بنی‌مدلج مؤید همین نکته هستند. (واقدی، ۱/ ۱۸۴؛ ابن هشام،

(۵۹۹ و ۵۹۱ و ۵۰۱/۱)

صلح پیامبر اکرم (ص) با یهودیان، صلحی واقعی بود؛ نه یک پوشش برای توطئه و خیانت. سخن کعب بن سعد، یکی از سران بنی قریظه، در پاسخ حیی بن اخطب که از او خواست پیمان خود را با پیامبر اکرم (ص) نقض کند گواه بر همین مطلب است. او گفت: «من با محمد قرارداد و پیمان بستم و از او جز راستی و وفا ندیدم. او پیمانی نشکسته، پرده‌ای را ندیده و همسایه خوبی برای ما بوده است.» (واقعی، ۲/ ۴۵۵؛ ابن هشام، ۲/ ۲۲۱) در نقل بیهقی آمده است: «... فَإِنِّي لَمْ أَرْ رَجُلًا أَصْدَقَ وَلَا أَوْفَى مِنْ مُحَمَّدٍ وَأَصْحَابِهِ وَاللَّهِ مَا أَكْرَهْنَا عَلَى دِينٍ وَلَا غَصَبْنَا مَالًا ...» (بیهقی، ۳/ ۴۰۱)

«... من فردی صادق‌تر و وفادارتر از محمد و یارانش ندیده‌ام. به خدا قسم ما را بر دینی مجبور نکرد و مالی را از ما تصاحب ننمود ...»

در نقد این دلیل ممکن است گفته شود که جهاد ابتدایی در فرض قدرت نظامی مسلمانان واجب است. در آغاز حکومت، مسلمانان هنوز ضعیف بوده و به همین دلیل، با ادیان دیگر سازش نمودند.

این نقد قابل پذیرش نیست. چرا که قدرت نظامی مسلمانان به حدی بود که توانسته بودند بزرگان قریش را در جنگ بدر شکست دهند. قبایلی مانند بنی ضمره و بنی مدلج نیز چندان معروف و مقتدر نبودند. آیا مسلمانانی که توانستند در سال‌های نخست، پس از پیمان‌شکنی یهودیان، آنان را محاصره و اخراج کنند نمی‌توانستند از ابتدا و بدون انعقاد صلح، پرچم تخاصم با این اقوام را برافرازند؟

نکته دیگر، حکم به اخراج یهودیان بنی قینقاع و بنی نضیر از مدینه به جای جنگ و کشتار آنان است. (واقعی، ۱/ ۱۷۶ و ۳۶۳؛ ابن هشام، ۲/ ۴۷ و ۱۹۰) حکم به اخراج با این نظریه سازگار نیست.

در جنگ بدر پیش از آغاز جنگ، پیامبر اکرم (ص) در پی نزول آیه ۶۱ سوره انفال، پیامی به مشرکان فرستاد: «باید غیر شما با من درگیر شود و من به جنگ با غیر شما درآیم برایم بهتر است؛ پس برگردید.» (واقعی، ۱/ ۶۱؛ طبرسی، مجمع، ۴/ ۸۱۰) اگر هدف از جهاد، مسلمان شدن مشرکان بوده است این پیشنهاد صلح، قابل توجیه نیست. ضعف مسلمانان در این جنگ نیز توجیه خوبی نیست؛ چرا که این جنگ با پیروزی مقتدرانه مسلمانان به پایان رسید و موجب خواری مشرکان شد.

رسول خدا (ص) در سال هفتم هجری با مشرکان محارب قریش، پیمان صلح حدیبیه منعقد می‌کند. (ر.ک: واقعی، ۲/ ۶۱۱؛ ابن هشام، ۲/ ۳۱۷) از همه واضح‌تر، انعقاد عقد صلح با اهل کتاب و گرفتن جزیه از آنان، با جنگ برای تحمیل دین اسلام، سازگار نیست. (توبه: ۲۹) طبق تاریخ، پیامبر اکرم (ص) از نصارای نجران، دومه و ایله جزیه گرفتند؛ با این که مکه فتح شده بود و هنگامه قدرت اسلام بود. (واقعی، ۳/ ۱۰۲۷ و ۱۰۳۱؛ ابن هشام، ۲/ ۵۲۵؛ ن.ک: حب الله، ۱/ ۹۶)

۴. سریه‌های تبلیغی

گروه‌هایی که به فرماندهی فردی غیر از پیامبر اکرم (ص) فرستاده می‌شدند «سریه» نام دارد. سریه‌هایی که پس از فتح مکه، صرفاً برای تبلیغ، اعزام می‌شدند، شاهد بر ابطال این نظریه هستند. چندین سریه صرفاً برای دعوت، ارسال شدند و فرمانده سریه از جنگ منع شد.

سریه خالد بن ولید بعد از فتح مکه به سوی بنی جذیمه، صرفاً برای دعوت فرستاده شد؛ نه جنگ. البته خالد در این سریه دست به کشتار زد و رسول خدا (ص) از عملکرد او برائت جست و برای کشتگان، فدیّه داد. (ابن سعد، ۲/ ۱۱۲) همچنین در موارد دیگر مؤاخذه فرمانده سریه به خاطر ارتکاب قتل دیده می‌شود. (واقعی، ۲/ ۸۳۸؛ ابن هشام، ۲/ ۶۲۳)

سریه معاذ بن جبل به سوی یمن و قبیله حمیر نیز از همین قسم سریه‌هاست. پس از فتح مکه نامه‌ای از سوی سران قبیله یمنی «حَمِیر» به دست رسول خدا رسید مبنی بر این که حمیریان عقیده شرک را رها کرده و دین اسلام را پذیرفته‌اند. پیامبر اکرم گروهی را به سرپرستی معاذ بن جبل فرستاد تا هم آموزه‌های دین را نشر دهند و هم زکات مسلمانان و جزیه اهل کتاب را جمع‌آوری کنند (ابن هشام، ۲/ ۵۸۹) پیامبر اکرم به معاذ توصیه نمودند:

«آسان بگیر و سخت‌گیری نکن. مژده بده و نفرت ایجاد نکن. تو به زودی بر گروهی از اهل کتاب وارد خواهی شد. از تو می‌پرسند کلید بهشت چیست؟ بگو شهادت به این که خدایی جز خدای یگانه نیست و شریکی ندارد.» (همو، ۲/ ۵۹۰)

سریه امام علی (ع) به سوی یمن و همدان، در رمضان سال دهم هجری و شش ماه پیش از وفات پیامبر اکرم (ص)، نیز از این قبیل است. در روایات تصریح شده که هدف از سریه امام علی (ع)، قضاوت و میانجی‌گری میان مردم تازه‌مسلمان آن‌جا و برقراری صلح بوده است (صفار، ۱/ ۴۵۲ و ۵۰۱؛ ابن بابویه، الامالی، ۲۲۳؛ طبرسی، اعلام الوری، ۱/ ۲۵۸) از جمله این روایت:

«علی بن ابی‌طالب علیه السلام فرمود رسول خدا مرا خواند و به یمن فرستاد تا میان‌شان را اصلاح کنم. به ایشان گفتم ای رسول خدا تعداد آنان زیاد است و من جوان نوری هستم. پس به من فرمود ای علی، ...» (صفار، ۱/ ۵۰۱؛ ن.ک: ابن بابویه، عیون اخبار الرضا (ع)، ۲/ ۶۵)^۱ نمونه‌هایی از قضاوت‌های امام علی (ع) در این سفر گزارش شده است (کلینی، ۵/ ۴۹۱ و ۷/ ۳۵۲).

اعزام مبلغ و دعوت‌گر به سوی یک قبیله با هدف صرفاً تبلیغ و دعوت، حتی پس از مسلمان شدن آنان،

۱. «حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ مُوسَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْمَعْرُوفِ بِغَزَالٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَرَ الْجُرْجَانِيِّ يَرْفَعُهُ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَحْمَدَ السَّلْمَانِيِّ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ قَالَ دَعَانِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الْيَمَنِ لِأَصْلِحَ بَيْنَهُمْ فَقُلْتُ لَهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُمْ قَوْمٌ كَثِيرٌ وَأَنَا شَابٌّ حَدَّثَ فَقَالَ لِي يَا عَلِيُّ ...»

در حالی که مسلمانان از توانایی رویارویی نظامی برخوردار بودند حاکی از نفی اجبار و تحمیل دین است؛ چرا که گویا پیامبر گرویدن آنان به اسلام را به اختیار آنان واگذار کرده و پس از اعلام پذیرش اسلام از سوی آنان، گروهی را گسیل می‌دارد، در حالی که همان گروه می‌توانستند پیش از گرایش اختیاری آنان به اسلام، برای نبرد و تحمیل دین، بدان منطقه بروند. فراموش نکنیم که این سریه‌ها در زمانی صورت می‌گرفت که مسلمانان پس از فتح مکه قدرت شگرفی یافته بوده و توان دستیابی به پیروزی در درگیری نظامی را داشتند.

در این سریه‌ها، دعوت نامسلمانان به اسلام نیز انجام می‌شد. با سفارش پیامبر اکرم جنگ ممنوع شد تا دعوت صورت گیرد. اگر آن‌ها چند نفر از مسلمانان را کشتند جنگ، آغاز شود (کلینی، ۲۸/۵؛ طبرسی، اعلام الوری، ۱/۲۵۷).

پیامبر اکرم (ص) به امام علی (ع) سفارش نمود:

«با آن‌ها ن جنگ تا این که با تو بجنگند. اگر آماده نبرد شدند ن جنگ تا از شما یک کشته بگیرند. اگر چنین شد ن جنگ. منتظر بمان و عجله نکن. اگر حاضر شدند شهادت به توحید بدهند، نماز بخوانند و برای فقرایشان زکات بدهند بیشتر از این نخواه. اگر خداوند به دست تو فردی را هدایت کند برای تو بهتر است از آن چه خورشید بر آن طلوع و غروب می‌کند.»

۵. ادله قرآنی بر نفی اجبار

آیات قرآن کریم نقشی پیشینی نسبت به سیره نبوی دارند. یعنی از آن جهت که این آیات، مشتمل بر خط سیر و جهت‌دهی خداوند متعال برای پیامبر اکرم (ص) هستند می‌توانند نقش علت را برای سیره بازی کرده و به نحو برهان لَمّی، ما را به استنباط بهتر سیره پیامبر از متن تاریخ، رهنمون سازند؛ هم‌چنان‌که رفتارهای پیامبر اکرم (ص) نقش پسینی نسبت به سیره داشته، معلول آن بوده و با برهان اِنّی، ما را به سیره می‌رسانند.

آیاتی از قرآن کریم، فرضیه اجبار به پذیرش شریعت اسلام را نفی می‌کنند. ممکن است گفته شود مقصود از این آیات، نفی اجبار به پذیرش قلبی و واقعی دین است و منافاتی با اجبار به التزام ظاهری و عملی به دین ندارد. اما به نظر می‌رسد اکراه و اجبار، اساساً نسبت به اعتقاد و التزام قلبی افراد، معنا ندارد. اجبار و زور، نسبت به رفتارها و التزام ظاهری، معقول است.

«لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ...» (بقره: ۲۵۶)

«در دین هیچ اجباری نیست. و راه از بیراهه بخوبی آشکار شده است ...»

«فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ لَسْتَ بِمُصِطِرٍ» (غاشیه: ۲۱ و ۲۲)

«پس تذکر ده که تو تنها تذکر دهنده‌ای. بر آنان تسلطی نداری.»

«وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعاً فَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ» (یونس:

(۹۹)

«و اگر پروردگار تو می خواست، قطعاً هر که در زمین است همه آنها یکسر ایمان می آوردند. پس آیا تو مردم را ناگزیر می کنی که مؤمن گردند؟»

در روایتی از امام رضا (ع) ذیل همین آیه شریفه می خوانیم: «مسلمانان به رسول خدا (ص) عرض کردند اگر مردمی که بر آنان قدرت داری بر اسلام اجبار کنی تعدادمان بیشتر می شود و در برابر دشمن، نیرومند می شویم. رسول خدا (ص) فرمود خداوند را با بدعتی دیدار نخواهم کرد که درباره آنان چیزی به من نگفته است و من از متکلفان نیستم. سپس خداوند وحی فرمود که ای محمد! اگر پروردگارت می خواست تمام افراد زمین با اجبار و اضطراب در دنیا ایمان می آوردند ... اگر با آنان چنین کنم مستحق ثواب و مدح من نمی شوند. اما من می خواهم آنان با اختیار و بدون اضطراب ایمان آورند تا استحقاق نزدیکی، برتری و بهشت جاودان را بیابند ...» (ابن بابویه، التوحید، ۳۴۱) نفی اجبار به التزام ظاهری به اسلام از این حدیث، روشن و آشکار است.

در یازده آیه از سوره های مختلف قرآن کریم این مضمون تکرار شده است که پیامبر، وظیفه ای جز تبلیغ و پیام رسانی ندارد. از جمله آیه ۲۰ سوره آل عمران:

«پس اگر با تو به محاجه برخاستند، بگو من خود را تسلیم خدا نموده ام و هر که مرا پیروی کرده [نیز خود را تسلیم خدا نموده است] و به کسانی که اهل کتابند و به مشرکان بگو آیا اسلام آورده اید؟ پس اگر اسلام آوردند، قطعاً هدایت یافته اند و اگر روی برتافتند، فقط رساندن پیام بر عهده توست و خداوند به [امور] بندگان بیناست.»^۱

روش دعوت به اسلام و تبلیغ شریعت پیامبر اکرم (ص) در قرآن کریم چنین آمده است:

«با حکمت و اندرز نیکو به راه پروردگارت دعوت کن و با آنان به [شیوه ای] که نیکوتر است مجادله نما. در حقیقت، پروردگار تو به [حال] کسی که از راه او منحرف شده داناست، و او به [حال] راه یافتگان [نیز] داناست ...» (نحل: ۱۲۵)^۲

«و با اهل کتاب، جز به [شیوه ای] که بهتر است، مجادله مکنید - مگر [با] کسانی از آنان که ستم کرده اند - و بگویند به آن چه به سوی ما نازل شده و [آنچه] به سوی شما نازل گردیده، ایمان آورده ایم و خدای

۱. «فَإِنْ حَاجُّوكَ فَقُلْ أَسْلَمْتُ وَجْهِيَ لِلَّهِ وَمَنِ اتَّبَعَنِ وَقُلْ لِلَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ وَالْأُمِّيِّينَ أَسْلَمْتُمْ فَإِنْ أَسْلَمُوا فَقَدِ اهْتَدَوْا وَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْكَ الْبَلَاغُ وَاللَّهُ بَصِيرٌ بِالْعِبَادِ»

۲. «ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ...»

ما و خدای شما یکی است و ما تسلیم اویم.» (عنکبوت: ۴۶)^۱

سیره پیامبر اکرم (ص)، حاکی ادامه گفت‌وگوی دینی با کافران تا هنگامه وفات حضرت است. شواهدی نظیر مبلغانی که در رجیع به شهادت رسیدند و همچنین چهل قاری جوان که در سال چهارم هجری به عنوان مبلغ ارسال شدند و در بئر معونه به شهادت رسیدند بر این سیره شهادت می‌دهند (واقعی، ۳۵۴/۱ و ۳۴۷).

مناظره و مباحثه حضرت با مسیحیان نجران، گواه بر این سیره است (مفید، ۱۶۷/۱؛ یعقوبی، ۸۲/۲). باید توجه داشت که این ماجرا به تصریح شیخ مفید، بعد از فتح مکه و در زمان قدرت حکومت اسلامی و اقبال عمومی به سوی پیامبر اکرم (ص) روی داد. یعنی نمی‌توان گفت ناتوانی از جنگ و پیکار، پیامبر را به بحث و گفت‌وگو وا داشته است. بلکه پیامبر اکرم در اوج قدرت به گفت‌وگو با دیگران می‌نشیند. نفی اکراه دینی، از یکی از مفاد پیمان حدیبیه نیز قابل استفاده است. طبق نقل قمی و طبرسی در این صلح‌نامه آمده است: «... هیچ کس بر دینی اجبار نشود و به خاطر دینش مورد آزار و سرزنش قرار نگیرد...» (قمی، ۳۱۳/۲؛ طبرسی، اعلام الوری، ۲۰۵/۱).

طرف‌داران نظریه جهاد دعوت، اطلاق آیه سیف و حدیث مقاتله را نسخ آیات پیشین می‌دانند. (ر.ک: ابن رشد، ۳۸۴/۱) ادعای نسخ یا اختصاص آیات نفی اکراه دینی و سیره نبوی به مکه و قبل از تشکیل حکومت اسلامی یا اختصاص به قبل از نزول آیات براءت، بی‌اساس و بی‌دلیل است. قرضای به طور مبسوط، ادعای نسخ را به چالش کشیده است.

به اعتقاد قرضای، در بعضی از آیاتی که ادعای نسخ آن‌ها شده تعلیلی وجود دارد که مانع از پذیرش قول نسخ است. به طور مثال، آیه شریفه «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ...» برای نفی اکراه، تعلیلی ذکر می‌کند و آن، وضوح و روشن بودن حقانیت دین اسلام است (قرضای، ۳۲۲).

نتیجه‌گیری

با مرور رفتارها و مواضع پیامبر اکرم (ص) و جمع‌بندی میان آن‌ها می‌توان نظریه جهاد دعوت و اجبار دینی را ناسازگار با ادله و قراین قلمداد کرد. مصونیت‌های جنگی بخش زیادی از کافران، با هدف تحمیل دین در جهاد، سازگاری ندارند. ضوابط شیوه کشتن، می‌تواند بیان‌گر این نکته باشد که هدف جنگ، صرفاً کشتن کافران نبوده است.

۱. «وَلَا تُجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ وَ قُولُوا أَمَّا بِالَّذِي آتَزَلْنَا وَ آتَزَلْنَا إِلَيْكُمْ وَ إِلَهُنَا وَ إِلَهُكُمْ وَاحِدٌ وَ نَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ»

قراردادهای صلحی که میان پیامبر اکرم (ص) و مشرکان یا اهل کتاب، حتی در اوج اقتدار مسلمانان، منعقد شد گواه بر بطلان نظریه جهاد دعوت است. چندین سریه تبلیغی در اوج اقتدار مسلمانان به مناطق مختلف اعزام شدند که وظیفه آنان صرفاً تبلیغ بود و از جنگیدن، منع شده بودند. این سریه‌ها نیز می‌توانند این نظریه را زیر سؤال ببرند. چندین آیه از قرآن کریم نیز پیامبر اکرم را از اجبار و تحمیل، دور داشته و به تذکر و گفتگوی نیک، سفارش می‌نمایند. طبق روایتی از کتاب التوحید نیز پیامبر اکرم (ص)، پیشنهاد دیگران مبنی بر اجبار دین اسلام در شرایط اقتدار را قاطعانه رد می‌نمایند.

منابع

- آصفی، محمد مهدی، *الجهاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *الأمالی*، بیروت، اعلمی، ۱۴۰۰ ق.
- _____، *التوحید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۹۸ ق.
- _____، *عیون أخبار الرضا (ع)*، تهران، نشر جهان، ۱۳۷۸ ق.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، *قتال الکفار و مهادنتهم و تحریم قتالهم لمجرد کفرهم*، ریاض، مکتبه الملك فهد، ۱۴۲۵ ق.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بدایة المجتهد و نهاية المقتصد*، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، قاهره، ۱۳۹۵ ق.
- الهی خراسانی، مجتبی؛ مروارید، محمد، «نقد مستند روایی نظریه جهاد دعوت؛ بررسی موردی حدیث مقاتله»، *جستارهای فقهی و اصولی*، ش ۸، ۱۳۹۶ ش، ص ۹ تا ۳۶.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، بیروت، دار ابن کثیر، ۱۴۰۷ ق.
- برقی، احمد بن محمد، *المحاسن*، قم، دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۷۱ ق.
- بلاغی، محمد جواد، *الرحلة المدرسية*، قم، مرکز إحياء التراث الإسلامی، ۱۴۳۱ ق.
- بوطی، محمد سعید رمضان، *الجهاد فی الإسلام*، دمشق، دار الفكر، ۱۴۱۴ ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *دلائل النبوة*، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۰۵ ق.
- جرار، حسنی ادهم، *الشهید عبد الله عزام*، عمان، دار الضیاء، بی‌تا.
- جعفریان، رسول، *سیره رسول خدا (ص)*، قم، دلیل ما، ۱۳۸۵ ق.
- حایری، کاظم، *الکفاح المسلح فی الإسلام*، الرسول المصطفی، بی‌جا، بی‌تا.
- خویی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- رشید رضا، محمد، *تفسیر المنار*، قاهره، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ۱۹۹۰ م.
- زحیلی، وهبه، *آثار الحرب فی الفقه الإسلامی*، بیروت، دار الفكر، ۱۳۸۵ ق.
- شافعی، محمد بن ادريس، *الأُم*، قاهره، دار الوفاء، ۱۴۲۲ ق.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مسالك الأفهام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.
- صالحی نجف آبادی، نعمت الله، *جهاد در اسلام*، تهران، نشر نی، ۱۳۸۲.
- صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الأصول*، بیروت، دار المنتظر، ۱۴۰۵ ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *إعلام الوری بأعلام الهدی*، قم، آل البيت، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
- طبری، محمد بن جریر، *جامع البیان*، بی جا، مؤسسة الرسالة، ۱۴۲۰ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.
- عبدالمحمدی، حسین، «نقد دیدگاه مستشرقان درباره جنگ های پیامبر اعظم (ص)»، *قرآن پژوهی خاورشناسان*، ش ۱۳، ۱۳۹۱ ش، ص ۶۵ تا ۸۶.
- عبد، محمد، *رسالة التوحید*، بی جا، مکتبه الأسرة، ۲۰۰۵ م.
- عزام، عبدالله، *فی الجهاد فقه و اجتهاد*، پیشاور، مرکز الشہید عزام الإعلامی، بی تا.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسة آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
- فراهانی، ابوالقاسم، *رساله جهادیه*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
- فضل الله، محمد حسین، *من وحی القرآن*، بیروت، دارالملاک، ۱۴۱۹ ق.
- فوزان، صالح، *أحكام التعامل مع غیر المسلمین*، ریاض، دار کنوز إشبیلیا، ۱۴۳۰ ق.
- قرضاوی، یوسف، *فقه الجهاد*، قاهره، مکتبه وهبة، ۲۰۰۹ ق.
- قطب، سید، *فی ظلال القرآن*، بیروت، دار الشروق، ۱۴۱۲ ق.
- قمی، علی بن ابراهیم، *تفسیر القمی*، قم، دارالکتاب، ۱۳۶۷ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- مسلم بن حجاج، *صحیح مسلم*، بیروت، دار الجیل، بی تا.
- مظفر، محمد رضا، *أصول الفقه*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۵.
- مفید، محمد بن محمد، *الإرشاد فی معرفة حجج الله علی العباد*، قم، کنگره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية*، قم، تفکر، ۱۴۰۹ ق.
- مهاجر، ابو عبد الله، *مسائل من فقه الجهاد*، بی جا، بی نا، بی تا.
- واقفی، محمد بن عمر، *المغازی*، بیروت، اعلمی، ۱۴۰۹ ق.
- یعقوبی، احمد بن اسحاق، *تاریخ یعقوبی*، قم، اهل بیت علیهم السلام، بی تا.

Table of Contents

Jurisprudential Foundations of “Leniency Regime for Political Offenders	9
Dr. Hassan Aghaei - Akbar Ahmad Pour - Dr. Abbas Ali Soltani	
Strategic Study of the Islamic Jurisprudence	29
Dr. Abd Al Hossein Rezaei Rad	
The Jurisprudential Verdict of Combination of Fatwas in the Four Sunni Schools	51
Dr. Abd Al Wahhab Salimi Pour - Dr. Mohammad Adel Ziaei - Dr. Nasser Marivani	
A Research to Resolve the Apparent Conflict between the La Haraj Rule and the Harsh Acts of Islam; Answers and analyzes	73
Dr. Sayyed Jafar Alavi Gonabadi - Ali Akbar Habibi Mehr	
The Necessity of Changing the Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Principle Regarding Emerging Penal Crimes by a Reflection on the Principles and Rules of Jurisprudence	93
Dr. Roya Fanaei - Dr. Sayyed Mahdi Salehi - Dr. Reza Nikkhah Sarnaghi	
The Hasmi (Eradication) Rule in Imami Jurisprudential Evidences	113
Dr. Mohammad Ali Moheb Al Rahman - Dr. Ali Mazhar Gharamaleki - Mohammad Mahdi Moheb Al Rahman	
A Reflection on the Authority of Prospective Istishab	131
Meysam Mahmoodi Seyyed Abadi - Dr. Abd Allah Omid Fard	
Evaluation of the Jihad Da'wah (Jihad of Invitation) Theory by the Scales of the Holy Prophet's (PBUH&H) Act	147
Mohammad Morvarid - Mojtaba Elahi Khorasani	

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 52, No. 3: Issue 122, Autumn 2020

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Dr. Sayyad Mohammad Hadi Ghabooli

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādifard

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. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. Lynda Clarke

Prof. of Religion, Concordia University, Canada

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Figh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 52, No. 3: Issue 122, Autumn 2020