

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه (عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)
یعقوبعلی برجی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)
سید احمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)
محمد زروندی رحمانی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)
سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
سیف‌الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
احمد مبلعی (عضو مجلس خبرگان رهبری و رئیس مرکز تحقیقات اسلامی
مجلس شورای اسلامی)
سیدضیاء مرتضوی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)
محمدحسن نجفی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

ویراستار: یحیی صرامی

مترجم انگلیسی: محمدرضا ظفری

مترجم عربی: محمدحسین حکمت

به استناد مصوبه ۱۳۱ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی شورای عالی حوزه‌های علمیه در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ فصلنامه کاوشی نو در فقه از شماره ۷۵، حائز رتبه علمی - پژوهشی گردید. یادآوری می‌گردد به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۲۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی به مجلات علمی، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد.

هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است
دیدگاه‌های طرح شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست.

فصلنامه کاوشی نو در فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلامی (ISC) و بانک اطلاعات کشور (www.Magiran.com)، پایگاه مجلات تخصصی نور (www.Noormags.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (www.daftarmags.ir) نمایه می‌شود.

نشانی: قم، میدان شهدا، خیابان معلم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

دفتر مجله قم - صندوق پستی: ۳۷۱۸۵ - ۵۹۹

تلفن دفتر مجله: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۲۱۵۸

تلفن واحد توزیع: ۰۲۵ - ۳۷۱۱۶۶۶۶

پست الکترونیکی: Jf@isca.ac.ir

وبسایت: Jf.isca.ac.ir

امور چاپ: سید حسین موسوی

قیمت: ۶۰۰۰ تومان.



کاوش نور
فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و چهارم - شماره دوم - تابستان ۱۳۹۶

۹۰



پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سرمدیر: سیف‌الله صرامی

کارشناسی تحریریه: علیرضا فاجری

مدیر اجرایی: سید محمود کریمی



راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

۱. مقاله باید دستاورد پژوهش علمی نگارنده باشد و پیش از این در هیچ نشریه داخلی و خارجی انتشار نیافته و هم‌زمان به دیگر مجلات و یا نشریه‌ها فرستاده نشده باشد و نویسنده متعهد به نشر آنها در جای دیگر نباشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.
 ۲. مقاله ارسالی باید دارای ساختار مقالات علمی - پژوهشی و با رعایت شرایط ذیل باشد:
 - ۲/۱. مقاله ارسالی باید دارای عنوان، چکیده (حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه)، کلیدواژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه)، مقدمه، چارچوب نظری، متن، نتیجه‌گیری و فهرست منابع باشد.
 - ۲/۲. عنوان، چکیده و کلیدواژگان باید به دو زبان فارسی و انگلیسی تنظیم شوند.
 - ۲/۳. مقاله باید برخوردار از عنوان دقیق علمی متناسب با محتوا، رسا و مختصر باشد.
 - ۲/۴. خلاقیت و نوآوری دست‌کم در یکی از موارد ذیل در خصوص موضوع:
 - (الف) طرح مسائل جدید و نوپیدای فقهی و اصولی؛
 - (ب) طرح روش‌های نو در حل مسائل؛
 - (ج) طرح مسائل پیشین در قالبی جدید؛
 - (د) نقد نظریه علمی.
 - ۲/۵. موضوع به‌روز بوده و پاسخ‌گوی نیازها و شبهات روز باشد.
 - ۲/۶. ارتباط منطقی، انسجام و هماهنگی میان مطالب باشد.
 - ۲/۷. دارای جمع‌بندی یا نتیجه‌گیری در پایان مقاله باشد و بایستی نتایج حاصل از تحقیق و آزمون فرضیه که بیانگر بحث و نتیجه‌گیری باشد، ارائه گردد.
 - ۲/۸. منابع معتبر و استنادها صحیح و دقیق باشند.
 - ۲/۹. شیوه‌های استناد بایستی به صورت درون‌متنی بین پرانتز به شرح ذیل باشد:

قرآن: (نام سوره: شماره آیه. مثال: بقره: ۱۲).

کتاب: (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار اثر: شماره جلد، شماره صفحه. مثال: حلی، ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۲۰۰).مقاله: (نام خانوادگی، سال انتشار اثر: شماره صفحه. مثال: یاسری، ۱۳۸۵: ص ۷۵).اگر مؤلفان یک اثر بیش از سه نفر باشند، تنها نام خانوادگی یک نفر می‌آید و با واژه «دیگران» به دیگر مؤلفان اشاره می‌شود.
- تذکر مهم:** نام خانوادگی در ارجاعات درون‌متنی، باید عیناً مانند نام خانوادگی در فهرست منابع (کتابنامه) باشد. برای مثال اگر در ارجاعات درون‌متن، نام خانوادگی «عاملی» به کار رفته است، نباید در فهرست منابع نام خانوادگی دیگری به کار رود؛ همچنین است اگر در ارجاعات درون‌متن، اسم یا لقب مشهوری چون شهید ثانی، به‌عنوان نام خانوادگی انتخاب شده است، در فهرست منابع نیز باید شهید ثانی بیاید، نه کلماتی مانند عاملی، مکی و مانند آن.

۳. حجم مقاله ارسالی، نباید بیش از ۲۵ صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای باشد و باید به صورت تایپ‌شده تحت برنامه Word97-2003 با قلم IrMitra شماره ۱۵ در سامانه فصلنامه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال شود.

۴. مشخصات کامل نویسنده یا نویسندگان (نام و نام‌خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه دانشگاهی / عنوان علمی به همراه نشانی محل سکونت، شماره تماس تلفنی و نشانی پست الکترونیکی) لازم است در سامانه بارگزاری شود و به هیچ عنوان در فایل مقاله ذکر نشود.

۵. اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله ای که مقاله از آن گرفته شده، همراه ترجمه ارسال گردد.

۶. فهرست منابع در پایان مقاله و به ترتیب حروف الفبا به صورت زیر تنظیم شود:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، نام کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ. مثال: نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، بیروت، دار الإحياء التراث، چاپ بیستم.

مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه یا مجموعه، شماره نشریه یا مجموعه. مثال: ملک افضلی اردکانی، محسن (۱۳۸۹)، «آثار قاعده حفظ نظام»، مجله حکومت اسلامی، ش ۵۸.

تذکر اول: نام کتاب‌ها، مجلات و روزنامه‌ها، ایتالیک (به صورت کج) باشد.

تذکر دوم: نام مقالات در میان گیومه بیاید و دیگر لازم نیست نام مقالات هم ایتالیک و بلد (سیاه) باشد.

۷. یادداشت‌های توضیحی (پی‌نوشت‌ها) در پایان مقاله و پیش از فهرست منابع آورده شود.

داوران این شماره (به ترتیب حروف الفبا)

- اسماعیل آقابائی بنی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
محمدعلی خادمی کوشا (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
محمد زروندی رحمانی (استادیار جامعة المصطفی العالمیه)
سیف الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
سعید ضیائی فر (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
حسنعلی علی اکبریان (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
علیرضا فجرى (مدرس حوزه و دانشگاه)
محمدحسن نجفی راد (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
رحیم نوبهار (دانشیار دانشگاه شهید بهشتی)



فهرست مطالب

بررسی فقهی قاعده «تبعیت نماء از اصل» و رفع مانعیت آن در شکل‌گیری شرکت‌های تعاونی ۷

احمدعلی یوسفی
سیدابراهیم صباغیان

امکان‌سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی ۳۹

رحیم نوبهار

تبدیل‌ناپذیری حدود (مجازات‌های بدنی معین) در اسلام ۷۱

محمدعلی خادمی کوشا

واکاوی کیفیت استدلال فقیهان به قواعد عقلی در فرایند استنباط ۹۹

احمد باقری
راضیه‌سادات هاشمی علیا

مفهوم‌شناسی نکره در اصول فقه و کاربرست فقهی آن ۱۲۷

حسین قربانی
سیدکاظم مصطفوی

تأملی در کیفر تکرار جرم فرزندکشی و اعتیاد به آن با تکیه بر ظرفیت‌های فقه امامیه ۱۵۳

محمدجعفر صادق‌پور
حسن‌علی مؤذن‌زادگان
یوسف فاطمی‌نیا

چکیده مقالات به زبان عربی و انگلیسی ۱۷۵





بررسی فقهی قاعده «تبعیت نساء از اصل» ورفع مانعیت آن در شکل گیر شرکت‌ها و تعاونی

احمد علی یوسفی*
سید ابراهیم صباغیان**

چکیده

تولید محصول در برخی فعالیت‌های اقتصادی با اشتراک نیروی کار از طرف عامل، و سرمایه از سوی صاحب آن انجام می‌شود. مطابق با قاعده «تبعیت نساء از اصل»، محصول تولیدشده در ملک صاحب سرمایه قرار می‌گیرد و نیروی کار فقط باید به دستمزد اکتفا نماید. بر همین اساس، برخی در عقودی مانند مضاربه اشکال می‌کنند. این اشکال در تعاونی‌های مصطلح آشکارتر است. به عبارت دیگر، در تعاونی‌ها با این پرسش روبه‌رو هستیم که با وجود قاعده پیش گفته آیا فعالیت اقتصادی در قالب تعاونی‌ها صحیح است؟ براساس پرسش مطرح‌شده، فرضیه این پژوهش چنین است: در صورتی که تعدادی از نیروهای کار در یک فعالیت اقتصادی، سرمایه آن را به صورت مشاع تأمین کنند، به لحاظ موازین شرعی حق دارند با توافق هم سود متناسب و محدودی برای سرمایه تعیین کنند تا مابقی محصول و نساء به نیروهای کار، براساس میزان کار و نقشی که در تولید محصول و نساء دارند، توزیع شود. بنابراین، تأسیس شرکت‌هایی مانند شرکت‌های تعاونی متداول، از نظر ضوابط فقهی مشکلی ندارد.

این پژوهش برای پاسخ به پرسش پیش گفته و نیز بررسی فرضیه ذکر شده انجام شده و از روش تحلیل متن و مطالعه کتابخانه‌ای بهره برده است. دستاورد این پژوهش گویای آن است که اصل قاعده مربوط به نمائات طبیعی است و در عقود تجاری چنین قاعده‌ای جاری نیست. به فرض ثبوت این قاعده، اگر فعالان اقتصادی با هم توافق کنند، حق دارند براساس توافق عمل نمایند. بنابراین شرکت‌های تعاونی به مفهوم مصطلح، از ناحیه این قاعده با مشکل فقهی روبه‌رو نیستند.

کلیدواژه‌گان: شرکت تعاونی، تبعیت نساء از اصل، سرمایه، نیروی کار، محصول تولیدشده.

economy.islamic@gmail.com

S.ebrahim1358@gmail.com

* دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

** دانش‌پژوه سطح چهار مرکز جامع علوم اسلامی ولی امر (ع):

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۱/۲۰

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۰۶/۰۱

مقدمه

«تبعیت نداء از اصل» یکی از قواعد مهم فقهی است. منظور از اصل در این قاعده، سرمایه، مال و ملکیت است. بنابراین، به مقتضای این قاعده، در هر فعالیت اقتصادی، محصول تولیدی (نداء) تابع اصل (ملکیت سرمایه) است؛ یعنی هرکس مالک سرمایه (اصل) باشد، مالک نداء حاصل از هر فعالیت اقتصادی‌ای است که سرمایه یکی از عوامل تولید نداء آن است. براساس این قاعده در انواع فعالیت‌های اقتصادی و شرکت‌ها، محصول تولیدی مال صاحبان سرمایه است و نیروی کار فقط دستمزد توافق‌شده خود را دریافت می‌کند.

در شرکت‌های تعاونی با وجود اینکه اعضای آن سرمایه‌های متفاوتی دارند، ولی با هم توافق می‌کنند که بخش محدود و معینی از محصول تولیدی، پس از کسر هزینه‌ها و دستمزدها، به سرمایه تعلق بگیرد و مازاد آن دوباره به نیروی کار یا به امور خاص دیگری اختصاص پیدا کند. درحالی‌که به مقتضای قاعده «تبعیت نداء از اصل»، همه محصول تولیدی به صاحبان سرمایه اختصاص پیدا می‌کند و آنچه بعد از کسر هزینه‌ها باقی می‌ماند، از آن صاحبان سرمایه است و باید به تناسب سرمایه بین آنان تقسیم شود.

با توجه به آنچه گذشت، با پرسشی اساسی روبه‌رو می‌شویم: اگر تعدادی از نیروی‌های کار، سرمایه یک فعالیت اقتصادی سودآور را به صورت مشاع تأمین کنند، آیا حق دارند توافق کنند که سود متناسب و محدودی به سرمایه تعلق بگیرد و مابقی محصول و نداء میان نیروهای کار، براساس میزان کار و نقشی که در تولید محصول و نداء دارند، توزیع شود؟ در این صورت، چگونه این ساختار اقتصادی با قاعده فقهی «تبعیت نداء از اصل» سازگار خواهد بود؟

براساس پرسش مطرح‌شده، فرضیه پژوهش چنین است: در صورتی که تعدادی از نیروی‌های کار در یک فعالیت اقتصادی، سرمایه آن را به صورت مشاع تأمین کنند، به لحاظ موازین شرعی حق دارند با توافق هم سود متناسب و محدودی برای سرمایه تعیین کنند تا مابقی محصول و نداء به نیروهای کار، براساس میزان کار و نقشی که در

تولید محصول و نماء دارند، توزیع شود. بنابراین، تأسیس شرکتهایی مانند شرکت‌های تعاونی متداول، از نظر ضوابط فقهی مشکلی ندارد.

برای پاسخ به پرسش پیش گفته و اثبات فرضیه مطرح شده، محورهای ذیل براساس روش تحلیل متن و اسناد کتابخانه‌ای دنبال می‌شوند:

۱. پیشینه پژوهش؛

۲. تبیین مدل تعاونی (موضوع‌شناسی پژوهش)؛

۳. تبیین مفاد قاعده تبعیت نماء از اصل؛

۴. مصادیق قاعده در ابواب فقه؛

۵. مدارک اعتبار قاعده؛

۶. بررسی امکان عدول از اصل (سرمایه) در این قاعده به نیروی کار؛

۷. بررسی فقهی صحت شکل‌گیری شرکتهای تعاونی.

۱. پیشینه پژوهش

پژوهش‌های پرشماری درباره اقتصاد تعاونی با نگاه غیردینی و همچنین براساس آموزه‌های اسلامی انجام شده است (ر.ک: یوسفی، ۱۳۹۴). همچنین، در مباحث آینده روشن می‌شود که بحث‌های فراوانی در منابع فقهی درباره قاعده «تبعیت نماء از اصل» ارائه شده است؛ اما با درنظر گرفتن رویکرد این نوشتار به موضوع، پژوهش حاضر بدون پیشینه است. البته، کتابچه‌ای از سخنرانی آیت‌الله شهیدپرہشتی هست که ایشان این موضوع را تنها در حد پرسشی شرعی مطرح کرده است (بنیاد نشر آثار و اندیشه‌های شهید آیت‌الله دکتر بهشتی، ۱۳۹۳: ص ۳۶).

۲. تبیین مدل تعاونی (موضوع‌شناسی پژوهش)

تردید درباره جریان قاعده تبعیت نماء از اصل در هر سه نوع تعاونی تولیدی، توزیعی و تلفیقی مطرح است. در این پژوهش، ابعاد تعاونی تولیدی در بهره‌مندی از منافع حاصل شده بررسی می‌شود تا جریان شبهه اشاره‌شده روشن شود.

۲-۱. تعاونی تولیدی

فلسفه تأسیس تعاونی‌ها و از جمله تعاونی تولیدی آن است که جایگاه انسان در برابر سرمایه ترفیع پیدا کند و سرمایه در خدمت همه فعالان اقتصادی قرار گیرد. در تعاونی تولیدی، همه شاغلان از اعضای تعاونی‌اند و بیشتر آنان از افراد متخصص هستند. یکی از مشخصات تعاونی تولیدی، مالکیت مشاعی اعضای تعاونی است. سرمایه اولیه اعضای تعاونی اغلب از دارایی شخصی آنان، پیش‌فروش سهام، اخذ وام از منابع قرض‌الحسنه و غیرقرض‌الحسنه تأمین می‌شود. ممکن است سرمایه و آورده اعضا مساوی یا متفاوت باشد. تساوی سهام اعضای تعاونی مزایای فراوانی دارد؛ مثلاً همه اعضای تعاونی احساس مسئولیت یکسانی درباره پیشرفت و قوام تعاونی‌ها خواهند داشت. اما اگر سرمایه اعضا مساوی نباشد، جهت رعایت فلسفه تأسیس اقتصاد تعاونی، چند نوع محدودیت درباره افرادی که سرمایه بیشتری دارند، ایجاد می‌شود (جهت آشنایی بیشتر، ر.ک: یوسفی، ۱۳۹۴: ص ۵۴۲).

پاداش عوامل تولید (سرمایه و نیروی کار) در تعاونی امر مهمی است. هریک از اعضای شاغل در تعاونی تولیدی، براساس تخصص و نقش‌شان در تولید و میزان وقتی که به فعالیت اقتصادی اختصاص داده‌اند، دستمزد مناسب دریافت می‌کنند. همچنین، سود مشخص و متناسبی به سرمایه اختصاص پیدا می‌کند. این سود برپایه توافقی که اعضای تعاونی در هنگام عضویت و تأسیس تعاونی تولیدی داشته‌اند و براساس موازین اسلامی پرداخت می‌شود. پس از کسر این‌گونه هزینه‌ها، ممکن است مازادی (سود خالصی) باقی بماند. راهکارهای گوناگونی در استفاده از این مازاد وجود دارد:^۱

الف. اختصاص مازاد به اعضا براساس کار انجام‌شده

راهکار نخست آن است که این مازاد میان اعضای تعاونی، براساس میزان وقتی که برای کار کردن اختصاص داده‌اند و نیز برپایه تخصص و میزان نقشی که هریک از اعضا در تولید آن دارند، توزیع شود.

ب. تقسیم مازاد میان سرمایه و نیروی کار

در راهکار دوم، بخشی از مازاد، به روش پیش گفته، به نیروی کار و بخش دیگر آن به سرمایه اعضا اختصاص پیدا می‌کند. البته، این مقدار با توافق اعضای تعاونی هنگام تقسیم مازاد یا در اساسنامه مشخص می‌شود.

ج. اختصاص تمام یا بخشی از مازاد برای توسعه تعاونی

راهکار دیگر آن است که تمام یا بخشی از مازاد به توسعه تعاونی تولیدی اختصاص پیدا کند. این واگذاری به دو صورت می‌تواند انجام شود:

صورت نخست: به‌عنوان سهمی از اعضای تعاونی به آنان اختصاص پیدا کند و اعضای تعاونی تولیدی مالک این سهام شوند. بنابراین، سود حاصل در دوره‌های بعدی به خود این اعضا اختصاص پیدا می‌کند.

صورت دوم: اعضای تعاونی توافق می‌کنند که تمام یا بخشی از مازاد را برای تعاونی تولیدی وقف نمایند. با توسعه تعاونی تولیدی به‌وسیله این بخش از مازاد، می‌توان زمینه اشتغال برای افراد متخصص کم‌بضاعتی فراهم نمود که سرمایه کافی برای فعالیت اقتصادی ندارند. این افراد می‌توانند در آن تعاونی‌های تولیدی کار کنند و از آنها در طول مدت اشتغال خود بهره‌مند شوند.

د. اختصاص تمام یا بخشی از مازاد برای امور خیر

راهکار چهارم آن است که تمام یا بخشی از مازاد در صندوقی جمع‌آوری و برای امور خیر استفاده شود. مقصود از امور خیر، اعم از امور خیر مربوط به اعضا و غیر اعضا است؛ بلکه اعضای تعاونی برای استفاده از این وجوه در اولویت هستند. بنابراین از این وجوه ابتدا می‌توان برای اموری که به مصلحت تعاونی‌های تولیدی است، استفاده کرد، مانند پرداخت قرض‌الحسنه به اعضای تعاونی، کمک بلاعوض برای رفع نیازهای ضروری برخی از اعضای تعاونی یا غیر اعضای تعاونی و امور عام‌المنفعه.

ه. اختصاص تمام مازاد به سرمایه اعضا

راهکار پایانی آن است که تمام منافع حاصله پس از کسر دستمزد و هزینه‌های دیگر، میان اعضا براساس میزان سرمایه‌شان تقسیم شود.

گفتنی است زمانی همه این روش‌ها پذیرفتنی است که براساس ضوابط اسلامی با مشکلی روبه‌رو نباشند.

درباره روش‌های توزیع مازاد، به‌جز روش آخر، ممکن است با این شبهه روبه‌رو شویم: مطابق با قاعده «النماء تابع للأصل» صحیح نیست که پس از کسر همه هزینه‌ها، از جمله دستمزد مناسب نیروهای کار، مازاد به اعضای تعاونی براساس میزان کار آنان اختصاص داده شود. اگر این شبهه صحیح باشد، اساس تعاونی‌ها خدشه‌پذیر می‌گردد. بنابراین، لازم است این قاعده به‌لحاظ مفاد، سند و موارد اعمال بررسی گردد و جریان آن در تعاونی بازنگری شود.

۳. تبیین مفاد قاعده تبعیت نماء از اصل

مقصود از اصل در این قاعده، سرمایه است. به منافع حاصل شده در فعالیت اقتصادی نیز نماء می‌گویند. نماء حاصل شده ممکن است طبیعی یا پیامد یک عقد باشد. نمائات طبیعی هم دو نوع است: متصل و منفصل. مثلاً میوه درخت و زائیده حیوان نماء منفصل است؛ ولی رشد کردن درخت و حیوان را که باعث افزایش قیمت آنها می‌شود، نماء متصل می‌نامند. براساس این قاعده، درخت و حیوان مال هرکس باشد، نماء متصل و منفصل آنها نیز مال آن فرد خواهد بود.

نماء حاصل از عقد این است که در معامله‌ای محصولی از سرمایه کسی حاصل شود. از نگاه مشهور فقیهان، آن محصول به‌تبع ملکیت آن سرمایه، ملک صاحب سرمایه می‌شود. مثلاً فردی بنگاه تولیدی تأسیس و تمام مواد اولیه آن را فراهم می‌کند؛ سپس تعدادی نیروی کار را به استخدام درمی‌آورد و محصولات را تولید می‌نماید. در این صورت، همه محصولات تولیدشده، به‌تبع ملکیت بنگاه و مواد اولیه تولیدی، در ملک صاحب بنگاه قرار می‌گیرد. همچنین، ممکن است افرادی در تأمین سرمایه یک فعالیت اقتصادی

مشارکت داشته باشند؛ اعم از اینکه همه یا برخی از آنان در آن فعالیت اقتصادی مشغول به کار باشند یا هیچ کدام مشغول نباشند. در این صورت، محصول تولیدشده به تناسب سرمایه آنان به ملکیت آن افراد درمی آید و نیروهای کار هیچ سهمی از محصول تولیدشده ندارند؛ چون منافع و نماء حاصل شده، از شئونات سرمایه و ملک محسوب می شود و نسبت منافع و نماء به سرمایه و ملک، همانند نسبت عرض به معروض و موضوع است. بنابراین، با وجود این ارتباط و وابستگی ویژه میان منافع حاصل شده با سرمایه و ملک، و نیز با احراز فقدان مانع (نبودن تفکیک واقعی میان منفعت و نماء با سرمایه یا ملکیت)، مقتضی ثبوت ملکیت منافع و نماء برای صاحبان سرمایه یا ملکیت است (اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ص ۱۸۱؛ بجنوردی، ۱۳۷۱: ج ۱، ص ۱۲۴).

۴. مصادیق قاعده در ابواب فقه و نزد فقیهان

فقیهان درباره نمانات طبیعی در ابواب مختلف، از جمله باب رهن، اجاره و غصب بحث کرده اند. علامه حلی در مسئله ملکیت نماء متصل و منفصل برای رهن در زمان رهن به این قاعده تمسک می کند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۵، ص ۴۰۶). همچنین، شهید ثانی در نماء منفصل رهن به این قاعده تصریح می کند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۴، ص ۸۹). از ظاهر کلام محقق حلی، شیخ مفید، ابن براج، ابن ادریس، ابن حمزه و شیخ طوسی نیز استفاده می شود که آنان هم نماء را در هنگام رهن جزئی از آن می دانند؛ هرچند به این قاعده تصریح نکرده اند. (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۱۲ق: ج ۲، ص ۲۵۱ و ۲۵۲؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۶۲۳؛ حلبی، ۱۴۰۳ق: ص ۳۳۵؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ص ۲۶۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۴۲۳-۴۲۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۳، ص ۲۵۱)

محقق یزدی نیز چنین مسئله ای مطرح می کند: شخصی منزلی را به دیگری می فروشد و هردو به مسلوب المنفعه بودن آن برای مدتی معتقدند؛ ولی بعد از مدتی معلوم می شود که در زمان فروش، منفعت عین آزاد بوده است و به اشتباه آن را مسلوب المنفعه تصور کرده اند. در این صورت، منفعت خانه در مدت مزبور با استناد به این قاعده برای خریدار است (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹ق: ج ۵، ص ۲۶).

بنابراین، هیچ اختلافی میان فقیهان در اصل جریان این قاعده در نمائات طبیعی نیست؛ ولی در نمائات حاصل از عقد ظاهراً نخستین کسی که در باب معاملات و عقود به این قاعده تمسک کرده، علامه حلی است. او در باب مضاربه آورده است: شخصی مالی را برای تجارت به تاجری می‌دهد و سپس آن دو با هم اختلاف پیدا می‌کنند. مالک می‌گوید مال من به‌عنوان مضاربه در اختیار تو بوده و سود آن برای هردوی ماست؛ اما تاجر می‌گوید این سرمایه فقط به‌عنوان قرض در دست من بوده و همه این سود برای من است. علامه می‌نویسد مالک قسم می‌خورد و سود برای مالک است؛ زیرا او مالک این سرمایه است و سود تابع سرمایه می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۲۴۵). محقق بحرانی درباره عقد مضاربه دو قول مطرح می‌کند: قول مشهور که عقد مضاربه را صحیح می‌داند و برخی، مانند شیخ طوسی، که این عقد را باطل می‌شمارند. شیخ در نهایت معتقد است عامل فقط دستمزد می‌گیرد و تمام ربح برای مالک است. او در اثبات مدعای خود به این قاعده تمسک کرده و علت تبعیت نماء از اصل را رابطه تکوینی و ذاتی بین نماء و اصل دانسته است (محقق بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۱، ص ۲۲۹-۲۳۰). صاحب جواهر نیز در این مسئله به این قاعده استناد نموده و معتقد است: این قاعده اثبات می‌کند که سود برای مالک است؛ مگر به مقداری که خود مالک اقرار کند و ما به مقدار اقرار از تحت این قاعده خارج می‌شویم (۱۳۷۶: ج ۲۶، ص ۳۷۱).

با توجه به مطالبی که از ابواب و انظار مختلف بیان شد، روشن است که این قاعده، نزد فقیهان بعد از علامه، از قواعد مسلم تلقی شده است.

۵. مدارک اعتبار قاعده

درباره مدرک این قاعده می‌توان به ادله لفظی و غیرلفظی تمسک نمود.

۵-۱. روایات دال بر قاعده تبعیت نماء از اصل

روایاتی در ابواب خیرات، رهن و زکات نقل شده است که فقیهان با تمسک به آنها مدعی اثبات این قاعده فقهی هستند. این روایات عبارت‌اند از:

الف. روایاتی در باب خیارات کتاب و سائل با عنوان «أَنَّ المبیع إذا حصل له نماء في مدّة الخيار فللمشتري، و إن تلف فيها (المدّة) فمن ماله (المشتري) إن كان الخيار للبايع»: از مفاد این دسته از روایات استفاده می‌شود که وقتی مبیع (اصل)، از طریق وقوع عقد، ملک مشتری شود، نماء و ثمره‌اش به تبع آن مبیع، ملک مشتری است؛ هرچند آن نماء و ثمره در زمان خیارِ بایع به دست آمده باشد. برای نمونه:

موتقة إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله رجل و أنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، و تكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتترط لي، إن أنا جئتك بثمرتها إلى سنة أن تردّ عليّ، فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمرتها إلى سنة ردّها عليه، قلت: فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال: الغلّة للمشتري، ألا ترى أنّه لو احترقت لكانت من ماله (حر عاملي، ۱۴۰۹ق: ج ۱۲، ص ۳۵).

راوی می‌گوید: من نزد امام عليه السلام بودم و کسی پرسید: «برادر مسلمانی محتاج شد که خانه‌اش را بفروشد. پس نزد برادر مؤمن آمد و گفت: این خانه‌ام را به تو می‌فروشم. به تو فروختن بهتر است تا به دیگری. می‌فروشم به تو با این شرط که اگر من تا یک سال این ثمن را برگرداندم، تو هم این خانه را به من برگردانی.» امام عليه السلام فرمود: «اگر فروشنده این خانه تا یک سال ثمن آن را برگرداند، اشکال ندارد. بر خریدار لازم است که خانه را برگرداند.» گفتم: «در این خانه منافی هست. منافع خانه برای کیست؟» امام عليه السلام فرمود: «برای مشتری؛ اگر این خانه در ظرف این یک سال آتش بگیرد، خسارتش مال خریدار است و درآمدش هم برای اوست.»

این روایت دلالت دارد که نماء حاصل از مبیع، در مدتی که بایع حق خیار فسخ عقد دارد، ملک مشتری است. این همان معنای تبعیت نماءات از اصل در نماءات طبیعی است.

ب. روایاتی در باب رهن:

ما رواه السکونی فی الموثق، عن جعفر، عن أبیه، عن أبائه، عن علی علیه السلام قال: «قال رسول الله صلی الله علیه و آله: الظَّهْرُ يُرْكَبُ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، و علی الذی یرکبه نفقته، و لبن الدَّرِّ یَشْرَبُ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، و علی الذی یَشْرَبُ نفقته» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۱۷۵-۱۷۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۳، ص ۱۳۴).

سواری حیوان سواری‌ای که در رهن است و نوشیدن شیر حیوان شیردهی که در رهن است (منفعت حیوان در رهن)، برای کسی است که هزینه نگاهداری برعهده اوست.

برخی فقیهان در تقریب استدلال به این روایت بیان نموده‌اند که امام علیه السلام منافع حیوان (اعم از شیر و سواری دادن) را برای مالک (راهن) دانسته‌اند، نه مرتهن؛ زیرا فقیهان معتقدند نماء تابع ملک است و چون راهن مالک آن است، منافع در ملک اوست و اگر مرتهن از منافع آن، مانند سواری و شیر، استفاده می‌کند، نه به خاطر این است که مالک منافع این حیوان است، بلکه به این سبب از منافع بهره می‌برد که هزینه نگاهداری اش را پرداخت می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۵، ص ۴۰۷-۴۰۸).

در این روایت، منافع مال رهن گذاشته شده برای مالک (راهن) از باب تبعیت نماء از اصل است. روشن است که این روایت هم به تبعیت در نمائات طبیعی اشاره دارد.

عن إسحاق بن عمار فی الصحیح، عن أبی إبراهیم علیه السلام قلت: فإن أَرهن دارا لها غلة لمن الغلة؟ قال: لصاحب الدار.

راوی می‌گوید از امام علیه السلام پرسیدم: کسی خانه‌ای را که دارای منافی است، رهن داده است. منافع این خانه مال کیست؟ امام علیه السلام فرمود: برای صاحب خانه.

همه این روایات، که فقیهان از آنها استفاده تبعیت نماء از اصل نمودند، در مورد نمائات طبیعی، اعم از منفصل یا متصل است و هیچ‌کدام بر تبعیت در نمائات حاصل از عقد دلالت نمی‌کند. تاکنون هیچ فقیهی با تمسک به دلیل لفظی مدعی جریان این

قاعده در نمائات حاصل از عقد نشده است. تنها محقق حلی - چنان که بیان شد - در تصحیح عقد مضاربه به این قاعده تمسک نموده است؛ بدون آنکه دلیلی لفظی برای این تمسک بیان کند.

۲-۵. عدم خلاف و تسالم میان فقیهان

برخی برای اثبات این قاعده به عدم خلاف و تسالم بین فقیهان استناد نموده‌اند. صاحب جواهر^۱ می‌نویسد:

لم أجد ما يقتضى مخالفة قاعدة كون النماء للمالك التي قد عرفت عدم الكلام فيها في سائر مباحث الخيار وغيره (۱۳۷۶: ج ۲۳، ص ۲۶۶).

چیزی که مخالف قاعدهٔ نماء برای مالک است، نیافتیم؛ قاعده‌ای که در مباحث دیگر، مانند خيار، هیچ اختلافی در آن نیست.

در کتاب مائة قاعدة فقهية ادعای عدم خلاف و تسالم میان فقیهان شده است. نویسنده برای تحکیم مطلب خود، آن را به صاحب جواهر نیز نسبت داده است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق: ص ۸۲-۸۳).

۱-۲-۵. بررسی دلیل «عدم خلاف و تسالم میان فقیهان»

یک. اصحاب پیشین به این قاعده تمسک نکرده‌اند تا شهرت فتوایی تحقق پیدا کند؛ پس به طریق اولی نمی‌توان ادعای اجماع هم نمود.

دو. با فرض اینکه اجماعی هم وجود داشته باشد، مستند به روایاتی است که در باب‌های مختلف فقه آمده است؛ بنابراین، اجماع مدرکی است و دلیل مستقل محسوب نمی‌شود.

سه. این قاعده پس از علامه میان فقیهان مشهور شد. روشن است که اگر شهرت معتبر باشد، شهرت پیشینیان است، نه متأخران. بنابراین اگر شهرت پیشینیان حاصل بود و روایت ضعیفی وجود می‌داشت که فقیهان با استناد به آن روایت فتوا می‌دادند، ممکن بود این مطلب به‌عنوان قاعده پذیرفته شود.



چهار. بسیاری از فقیهان برای اثبات خلاف قاعده بودن مضاربه به این قاعده تمسک کرده‌اند؛ درحالی که اصل این قاعده اثبات شده نیست و می‌توان ادعا نمود از آنجاکه عمل نیروی کار و سرمایه مالک هردو در تحقق نماء و سود نقش دارند، هردو اصل محسوب می‌شوند. بنابراین در مضاربه به اعتبار عرف و عقلا برای عامل و صاحب سرمایه سهمی جداگانه از سود قرار داده می‌شود و شارع نیز آن را امضا کرده است. بنابراین اساس قاعده مورد تردید است و در مضاربه خلاف اصلی صورت نمی‌گیرد؛ بلکه اصل قراردادن این اصل، خلاف اصل است.

پنج. اگر تسالم و اجماعی بر قاعده تبعیت نماء از اصل وجود داشته باشد، تنها درباره نمانات طبیعی است. در مباحث گذشته به این موضوع اشاره شد و در مطالب آینده از آن سخن گفته می‌شود.

شش. در تأیید آنچه درباره قاعده تبعیت نماء از اصل بیان شد، مطلب یکی از محققان نیز ارائه می‌گردد:

لم یستند إليها قدماء الأصحاب؛ لکی تتحقق فیها الشهرة الفتوائية، و لا ممّا تسالم علیه الفقهاء؛ لعدم تعرّض القدماء لها. و لم تدلّ رواية - و لو ضعيفة - علی هذه القاعدة، مع إمكان دعوی أنّ الذی یساعده الاعتبار خلاف ذلك؛ حیث إنّ لكلّ من المال و العمل دخلاً فی تولید الربح واقعاً. و من هنا جرت السیرة العقلاییة علی استحقاق كلّ من العامل و المالك للربح فی المضاربة (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷ق: ص ۷۳).

اصحاب پیشین [و فقیهان] به قاعده «النماء تابعة للاصل» استناد نکرده‌اند تا شهرت فتوایی تحقق پیدا کند. همچنین، این قاعده اجماعی نیست؛ چون فقیهان و اصحاب پیشین اصلاً به این قاعده متعرض نشده‌اند. حتی روایت ضعیفی هم بر این قاعده دلالت ندارد. درحالی که می‌توان گفت عرف خلاف مقتضای این قاعده را اعتبار می‌کند؛ چون هم مال مالک و هم کار نیروی کار در تولید سود و نماء واقعاً تأثیر دارند. به

همین جهت است که سیره عقلائیه بر این امر مستقر شده است که در عقد مضاربه هر یک از عامل و مالک مستحق سود حاصل شده‌اند. گرچه نوشته ایشان مطالب بیان شده را تأیید می‌کند، اما در کلامشان ملاحظاتی وجود دارد که در بررسی قاعده در نمائات متصل و منفصل به آن اشاره می‌شود.

۳-۵. رابطه تکوینی میان نماء و اصل

میان نماء و اصل رابطه‌ای تکوینی و حقیقی هست. صاحب کتاب مائة قاعدة فقهية آن را به صورت مفصل بیان کرده (مصطفوی، ۱۴۲۱ق: ص ۸۱-۸۲) و معتقد است شیخ طوسی نیز همین دلیل را بیان نموده است. او مؤیدی را هم از صاحب جواهر بیان می‌کند:

إنَّ الرابطة بين التَّماء و الأصل تكون واقعية ذاتية، فالتماء (الثمرة مثلاً) بحسب الحقيقة جزء من الأصل (الشجرة المثمرة)، و هو امتداد وجود الأصل، فيكون تابعاً له في الملكية طبعاً، فالرابطه بينهما كافية في تحقق التبعية. كما قال شيخ الطائفة: فإذا غصب أرضاً فزرعها بحب نفسه، كان الزرع له دون رب الأرض؛ لأنَّه عين ماله، زاد و نما ... هذا من الضروري الذي يكفي تصوّره في تصديقه.

رابطه میان نماء و اصل واقعی و ذاتی است. بنابراین نماء (مثلاً میوه) حقیقتاً جزئی از اصل (درخت میوه) و امتداد وجود درخت است؛ پس به طور طبیعی در ملکیت نیز تابع درخت است. رابطه بیان شده در تحقق تبعیت کافی است. همین رابطه واقعی و ذاتی را نیز شیخ طوسی گفته است: اگر کسی زمینی را غصب کند و در آن از دانه‌ای که مالش است زراعت کند، زراعت مال او محسوب می‌شود نه برای مالک زمین؛ چون دانه مال او است که زیاد شده و رشد کرده است ... این مطلب ضروری است و تصور مطلب کافی است در تصدیقش.

اگر این دلیل پذیرفته شود، اثبات نمی‌کند که قاعده النماء تابعة للأصل در نمائات عقدی جاری می‌شود؛ تنها می‌توان در نمائات طبیعی آن را قبول نمود. در هر صورت، در

ادامه، جریان این قاعده با استناد به ادله، هم در نمائات طبیعی و هم در نمائات عقدی بررسی می‌گردد تا حقیقت مطلب روشن شود.

در نهایت، می‌توان نتیجه گرفت اگرچه اصل قاعده در نمائات غیرعقدی امری ارتکازی و جزء سیره‌های عقلایی و متشرعه است، اما در ادامه روشن می‌شود که شامل نمائات عقدی نمی‌شود؛ زیرا علاوه بر اینکه از نظر لغوی و عرفی نیز به زیاده عقدی نماند گفته نمی‌شود، روایات باب (همان‌طور که بیان شد) همه به نمائات غیرعقدی اختصاص دارند. تسالم و اجماع هم اگر حاصل باشد، فقط نمائات غیرعقدی را شامل می‌شود. همچنین رابطه تکوینی فقط در نمائات غیرعقدی جاری است.

۶. بررسی جریان قاعده در نمائات طبیعی و عقدی

اشاره شد که نمائات حاصل‌شده به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند: نمائات اعیان و طبیعی (اعم از متصل و منفصل)، و نمائات حاصل از عقود تجاری. در ادامه هر دو مورد بررسی می‌شوند.

۶-۱. جریان قاعده در نمائات طبیعی

به مقتضای ادله‌ای که در ادامه بیان می‌شوند، می‌توان مدعی شد که جریان قاعده «النماء تابعة للأصل» در نمائات طبیعی امر مسلمی است:

۶-۱-۱. نماء، یکی از شئونات طبیعی اعیان

عرفاً نماء و منافع اعیان از شئونات آن محسوب می‌شوند و نسبت آنها با اعیان، نسبت عرض به موضوع است (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ص ۱۸۱؛ بجنوردی، ۱۳۷۱: ج ۱، ص ۲۴). ارتباط و وابستگی بیان‌شده با احراز فقدان مانع (عدم تفکیک واقعی بین منفعت و عین)، مقتضی ثبوت ملکیت منافع برای صاحبان اعیان است. بنابراین باید به‌حسب قاعده «من ملک عیناً ملک منفعتها بالتبع»، شخص صاحب عین را به‌سبب اقتضای رابطه تبعی، مالک منفعت دانست؛ چون تبعیت منافع از اعیان، تبعیت قهری است، نه تبعیت قصدی (اصفهانی، همان: ص ۱۵).

جریان هر قاعده‌ای مبتنی بر اثبات دو رکن است: وجود «مقتضی» و فقدان «مانع». مثلاً در قاعده «ضمان ید»، استیلا بر مال غیر مقتضی ضمانت و استیمان مانع آن است. از این رو، شخص امین مسئول تلف یا نقص مال تحت سیطره خود نیست. اما این مانعیت در صورتی است که امین در حفظ مال امانتی مرتکب تعدی و تفریط نشده باشد؛ وگرنه به مجرد تقصیر، صفت امانت که مانع مقتضی قاعده است، از بین می‌رود و تبعاً قاعده ضمان ید جاری می‌شود. قاعده تبعیت هم از این اصل مستثنا نیست. بنابراین هرکس مالک عینی باشد، به تبع، مالک منفعت آن نیز خواهد بود؛ مگر اینکه مانعی وجود داشته باشد. در واقع، رابطه قهری در این میان به مثابه یکی از اسباب تملک ایفای نقش می‌کند.

۶-۱-۲. روایات

همه روایاتی که در باب‌های مختلف وارد شده و پیش‌تر بیان شدند، مربوط به نمائات طبیعی و حاصل شده از اعیان بودند. البته، در این روایات به الفاظ این قاعده تصریح نشده است؛ اما از مجموع این روایات می‌توان قاعده تبعیت نماء از اعیان را اصطیاد کرد و مدعی شد که تبعیت نماء از اصل در نمائات طبیعی امر مسلمی است.

اشکال نخست

روایات بیان شده مهم‌ترین مدرک قاعده «النماء تابعة للأصل» هستند. ممکن است گفته شود که این قاعده اصطیادی و انتزاعی از روایات محسوب می‌شود و روایات اطلاق ندارند؛ چون موارد بیان شده در روایات، به عنوان قدرمتیقن در مقام هستند و مانع تحقق اطلاق برای چنین قاعده‌ای می‌شوند و باید به موارد بیان شده در روایات، از قبیل رهن و اجاره اکتفا نمود. بنابراین نمی‌توان از آن موارد به تمام موارد نمائات طبیعی متصل و منفصل عدول نمود. به عبارت دیگر، اصلاً قاعده انتزاعی این‌چنینی، قاعده نیست و اطلاق قاعده بر آن تسامحی است؛ چون قاعده یا باید منصوص باشد و دلیل و نص معتبری بر آن دلالت داشته باشد یا عقلی یا مستند به سیره عقلای مورد امضای شارع باشد. در حالی که قاعده تبعیت نماء از اصل هیچ‌یک از این ویژگی‌ها را ندارد. بر این مطلب برخی فقیهان، مثل محقق خوئی، نیز تصریح کرده است (ر.ک: خوئی، بی‌تا: ج ۲، ص ۳۶؛ همان: ج ۳، ص ۲۰۶ و ۲۰۷).

پیش‌تر بیان شد که رابطه میان نماء و اعیان، حقیقی و ذاتی است و روایات مؤید چنین رابطه‌ای هستند. این رابطه به‌عنوان سیره عقلایی تأیید شده است. بنابراین می‌توان آن را به‌عنوان قاعده پذیرفت و به اطلاق آن در موارد دیگر تمسک نمود. پس پشتوانه آن بناء و سیره عقلاست. به همین جهت، می‌توان از مورد روایات تعدی کرد و در موارد غیرمذکور در روایات و موارد جدیدی که در آنها رابطه دو شیء از جنس نماء و اصل است، استفاده نمود. عرف و عقلا میان اصل و نماء در نمائات طبیعی در ملکیت تفکیکی قائل نمی‌شوند. بنابراین، نه‌تنها ردعی بر این سیره از طرف شارع نرسیده، بلکه به‌وسیله روایاتی که بیان شد، امضا و تأیید نیز شده است.

آنچه از افرادی مانند محقق خوئی بیان شد، پذیرفتنی است؛ اما ایشان تصریح دارد که اگر قطع به عدم خصوصیتی برای موارد قدرمتیقن داشته باشیم، می‌توان قاعده‌ای را اصطیاد نمود. این قاعده اطلاق دارد و به اطلاق آن در موارد دیگر می‌توان تمسک جست (خوئی، بی‌تا: ج ۳، ص ۱۳۲). بنابر مواردی که برای قاعده تبعیت نماء از اصل در روایات در باب‌های مختلف، از جمله باب رهن و اجاره بیان شد، ما قطع داریم که رهن و اجاره خصوصیتی ندارند. افزون بر آن، بیان شد که سیره عقلای موردامضای شارع مدرک قاعده است. به عبارت دیگر، اگر شارع در سیره عقلا فقط عمل خارجی ایشان را امضا کند، اشکالی بیان شده وارد است و نمی‌توان از مورد روایات به موارد دیگر عدول نمود؛ اما اگر بپذیریم که مورد امضای شارع، افزون بر عمل خارجی، ملاک عمل نیز هست (یعنی شارع در امضای عمل عقلا، ملاک عمل آنان را نیز امضا می‌کند)، در این صورت اشکال وارد نیست. لازم به ذکر است که این دلیل در صورتی پذیرفته است که بپذیریم امضای شارع فقط امضای عمل خارجی عقلا نیست، بلکه او ملاک عمل خارجی عقلا را نیز امضا می‌کند؛ زیرا معصوم علیه السلام دارای مقام تشریح و ابلاغ احکام الهی و تصحیح و تغییر اعمال نادرست رایج میان مردم است و به‌حسب ظهور حالی دلالت دارد بر آنکه امضای سیره عقلا از سوی معصوم علیه السلام ناظر بر همه ملاکات تشریحی (اثباتاً یا نفیاً) است (رک: صدر، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۲۳۳-۲۴۸).

بر اساس مطالب بیان شده می‌توان گفت: قاعده تبعیت نماء از اصل یک قاعده عقلایی در نمائات طبیعی است که پشتوانه آن امضای شارع است.

اشکال دوم

اگر مطلب بیان شده پذیرفته شود، تنها در نمائات طبیعی متصل پذیرفتنی است؛ چون ملاک بیان شده در سیره عقلا، که شارع آن را امضا کرده، تنها در نمائات متصل جاری است. بیان شد که بین نماء و اعیان یا اموال طبیعی رابطه‌ای حقیقی و ذاتی هست که مورد تأیید عقلا و مورد امضای شارع قرار گرفته است. این رابطه ذاتی مربوط به نمائات متصل است و در نمائات منفصل چنین رابطه‌ای وجود ندارد. پس آن ملاک امضا شده از ناحیه شارع فقط در نمائات متصل وجود دارد؛ چون نماء منفصل عرفاً از اجزاء و شئونات عین نیست که ارتباط وجودی با آن داشته باشد و از توابع اصل مال محسوب شود.

پاسخ

عقلا هم در نماء متصل و هم منفصل، تابعیت و وابستگی ذاتی میان تولید (نماء) و اصل را می‌بینند. بر این سیره عقلایی، نهی و ردعی نیز از سوی شارع وارد نشده است. بنابراین عدم ردع از ناحیه شارع، دلیل بر رضایت شارع بر این سیره است. بلکه می‌توان گفت شارع چنین سیره‌ای را امضا کرده است. شاهد بر این مطلب، روایاتی است که پیش‌تر از ابواب مختلف در نمائات منفصل و متصل بیان شده است (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق: ص ۲۱۲؛ بروجردی، ۱۳۶۵: ص ۳۷۲).

۲-۶. عدم جریان قاعده در نمائات (سود) حاصل از عقود تجاری

با توجه به مباحث گذشته، جریان قاعده تبعیت نماء از اصل در نمائات طبیعی پذیرفته شد و روشن گردید که همه روایاتی که فقیهان برای اثبات این قاعده به آنها تمسک نمودند، مربوط به نمائات طبیعی است. با وجود این، برای جریان قاعده در نمائات حاصل شده از عقود تجاری دلیلی وجود ندارد؛ بلکه ادله و شواهد و اقوالی داریم که این قاعده در نمائات حاصل شده از عقود تجاری جاری نمی‌شود. همچنین روشن می‌شود که فرض جریان این



قاعده در سود حاصل شده از عقود تجاری نمی‌تواند مانعی برای تقسیم سود براساس توافق میان صاحب سرمایه و نیروی کار و عامل شود.

۶-۲-۱. ادلة عدم جریان قاعده تبعیت نماء از اصل در سود تجاری

۶-۲-۱-۱. سیره عرف و عقلا

در بحث نمائات طبیعی بیان شد که فقیهان این نوع نمائات و منافع را از شئون اعیان و امتداد وجودی آنها محسوب می‌کنند و نسبت آنها به اعیان، نسبت عرض به معروض و موضوع است (اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ص ۱۸۱؛ بجنوردی، ۱۳۷۱: ج ۱، ص ۱۲۴)؛ یعنی به داوری عرف و عقلا، رابطه میان اعیان و نماء حاصل شده از آنها رابطه‌ای ذاتی و طبیعی است. در عرف، سود عقود تجاری را نماء نمی‌گویند و نماء را منصرف از سود تجاری می‌دانند. فقط به زیادی حاصل از اعیان، نماء اطلاق می‌شود ولی در سود تجاری چنین رابطه‌ای را نمی‌بینند؛ بلکه همیشه سیره عقلا چنین جاری بوده است که در تقسیم سود ناشی از عقود تجاری دو گونه قرارداد می‌بسته‌اند: یا از ابتدا مالک سرمایه، کار را هم به ملکیت خود در می‌آورد و عامل را اجیر می‌کند و مالک کار می‌شود؛ در این صورت همه سود و نماء به او می‌رسد و تنها باید دستمزد کارگر را بپردازد یا اینکه مالک کار او نشده است و ربح به دست آمده میان آنان تقسیم می‌شود. شارع این عرف و سیره را در روایات باب اجاره و عقود مشارکتی نیز امضا کرده است. در ادامه برخی از آنها بیان می‌شوند.

۶-۲-۱-۲. روایات دال بر تقسیم سود میان عامل و مالک

در روایاتی که در مقام بیان عقود مشارکتی مانند مساقات، مضاربه و مزارعه هستند، تصریح شده است که سود میان مالک و عامل تقسیم می‌شود («والربح بینهما») یا «ربحی بینی و بینک»). برای نمونه برخی از آنها ارائه می‌شوند:

- م وثقة إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن مال المضاربة؟ قال: الربح بينهما، والوضیعة علی المال» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۱۸۸).

از امام کاظم علیه السلام از مال مضاربه پرسیده شد. امام علیه السلام فرمود: «سود میان مالک و عامل است (تقسیم می‌شود)، اما خسارت به مال تعلق می‌گیرد.»

- وَ رَوَى عَاصِمٌ بْنُ حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ أُبْتِئْتُ لَكَ مَتَاعًا وَ الرَّبْحُ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ (حر عاملی، ج ۱۹، ص ۲۰).

راوی می‌گوید از امام صادق علیه السلام سؤال کردم از مردی (مالک سرمایه) که به مرد دیگری (عامل) گفت: «برای من متاعی بخر و سود (هرچه سود کردی در این معامله) میان من و تو [تقسیم شود].» امام علیه السلام فرمود: «اشکالی نیست.»

۳-۱-۲-۶. ادله تقسیم سود براساس قرارداد عامل و مالک

۱-۳-۱-۲-۶. قول مشهور

تصریح گفتار برخی فقیهان این است که در عقود تجاری، سود براساس قرارداد میان عامل و مالک تقسیم می‌شود؛ درحالی که اگر قاعده تبعیت نماء از اصل در سود تجاری جاری باشد، چنین قراردادی صحیح نیست. شیخ طوسی در خلاف و مبسوط و استبصار، و همچنین ابن‌ادریس، علامه حلی و محقق بحرانی معتقدند که تقسیم سود در عقود تجاری تابع قرارداد و شرط است و آن را به مشهور نسبت داده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۳، ص ۴۶۶؛ همو، ۱۳۸۷ق: ج ۳، ص ۱۶۷؛ همو، ۱۳۹۰ق: ج ۳، ص ۱۲۷؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق: ص ۲۶۳؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۴۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۶، ص ۲۴۰-۲۴۱؛ محقق بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۱، ص ۲۲۹).

علامه حلی نیز بعد از بیان اقوال فقیهان درباره تقسیم سود در مضاربه، به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱)، نبوی «المؤمنون عند شروطهم» و روایات باب مضاربه تمسک می‌جوید. او می‌نویسد: تقسیم سود براساس قراردادی انجام می‌شود که میان طرفین منعقد شده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۶، ص ۲۴۰-۲۴۲). در نتیجه، در موارد مضاربه،



شرکت، مزارعه و مساقات اصلاً به اصل و غیراصل سرمایه بودن توجه نمی‌شود. شاهد مطلب بیان شده آن است که در قرارداد مشارکت اعیان لازم نیست سود به نسبت مشارکت در سرمایه میان شرکا تقسیم شود؛ بلکه براساس قراردادی صورت می‌گیرد که میان طرفین بسته شده است.

به نظر برخی از محققان، در سیره عقلای سود حاصل شده از عقود تجاری مضاربه، مساقات و مزارعه تابع اعیان نیست؛ بلکه ایشان هم مال مالک و هم کار عامل را در استحقاق سود دخیل می‌دانند. آنها معتقدند اصحاب پیشین و فقیهان اصلاً تبعیت نماء از اصل را به قاعده «النماء تابعة للأصل» مستند نکرده‌اند تا شهرت فتوایی یا اجماعی تحقق پیدا کند. حتی روایت ضعیفی هم بر این قاعده دلالت ندارد. درحالی که می‌توان گفت اعتبار عرف خلاف مقتضای این قاعده است؛ چون هم مال مالک و هم کار نیروی کار در تولید سود و نماء واقعاً تأثیر دارند. به همین جهت است که سیره عقلای بر این امر مستقر شده است که در عقد مضاربه هرکدام از عامل و مالک نسبت به سود حاصل شده استحقاق دارند؛ یعنی در تحقق نماء و سود حاصل شده از عقود مشارکتی، دو اصل وجود دارد: یکی سرمایه مالک و دیگری عمل نیروی کار؛ البته، شاید بتوان گفت نقش عمل نیروی کار در تولید نماء و سود حتی از سرمایه مالک پررنگ‌تر باشد (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷ق: ص ۷۳).

از ظاهر کلام ایشان استفاده می‌شود که به طور کلی منکر چنین قاعده‌ای حتی در نمائات طبیعی است. درحالی که پیش‌تر اثبات شد که مسئله تبعیت نماء از اصل در اعیان و اموال امری مسلم است. هرچند تا زمان علامه حلی لفظ این قاعده در کلمات فقیهان وجود نداشت، اما فقیهان با استناد به روایات مربوط به تبعیت نماء در اعیان، بعد از علامه حلی این قاعده را اصطیاد کردند و به مضمون آن در نمائات طبیعی فتوا دادند.

۶-۲-۱-۳-۲. روایات

برخی از روایات در باب مزارعه، مضاربه و شرکت ظهور دارند که سود حاصل شده براساس قرارداد میان عامل و صاحب سرمایه تقسیم می‌شود. در ادامه به بعضی از آنها در هر سه باب اشاره می‌شود.

الف. روایات باب مزارعه

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا تُقْبَلُ الْأَرْضُ بِحِنْطَةٍ مُسَمَّاةٍ - وَ لَكِنْ بِالتُّصْفِ وَ التُّلْثِ وَ الرَّبْعِ وَ الخُمْسِ لَا بَأْسَ بِهِ - وَ قَالَ لَا بَأْسَ بِالمُزَارَعَةِ بِالتُّلْثِ وَ الرَّبْعِ وَ الخُمْسِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۹، ص ۴۱).

امام صادق عليه السلام فرمود: «قبول نکن زمین را به گندم مشخص، ولی به یک دوم، یک سوم، یک چهارم و یک پنجم اشکالی ندارد» و همچنین فرمود: «مزارعه زمین به یک سوم و یک چهارم و یک پنجم اشکالی ندارد».

براساس مفاد این روایت، در مزارعه تقسیم سود به میزان مشخص انجام نمی شود. به عبارت دیگر، زمین زراعتی را نمی توان اجاره داد و مبلغ معینی دریافت کرد؛ بلکه ماهیت مزارعه، ماهیت شرکتی است که در آن منافع حاصل شده به صورت نسبتی از منافع اشکالی ندارد.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَصَالَةَ عَنْ أَبَانَ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ تَسْتَأْجِرَ الْأَرْضَ بِدَرَاهِمٍ - وَ تُزَارِعَ النَّاسَ عَلَى التُّلْثِ وَ الرَّبْعِ وَ أَقَلِّ وَ أَكْثَرَ - إِذَا كُنْتَ لَا تَأْخُذُ الرَّجُلَ إِلَّا بِمَا أَخْرَجْتَ أَرْضَكَ (همان، ص ۵۲).

امام صادق عليه السلام فرمود: «اشکالی ندارد زمینی را به درهم معلوم اجاره کنی و به مردم مزارعه بدهی به یک سوم و یک چهارم یا کمتر و بیشتر؛ البته، زمانی که از مردی (که زمین را به آن مزارعه داده‌ای) اخذ نکنی، مگر از محصولی که از زمین خارج می شود».

در این روایت نیز امام عليه السلام تقسیم منافع و نماء را براساس نسبتی از محصولی که از زمین استخراج می شود، ملزم می کند.

ب. روایت در باب مضاربه

عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حُكَيْمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ



اللَّهِ ﷺ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا - يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَةً فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ - قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ (همان، ص ۱۸).

امام صادق علیه السلام درباره مردی که مالی را به شخصی داد تا کالای مشخصی را با آن مال به عنوان مضاربه بخرد (آن مرد غیر از مالی که مالک امر کرده بود، خرید) فرمود: «آن شخص ضامن است و سود براساس آنچه که با هم شرط کرده بودند، تقسیم می شود».

این روایت نیز دلالت دارد که در مضاربه، سود بر اساس قرارداد و شرط تقسیم می شود.

ج. روایت در باب شرکت

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُتْبَةَ قَالَ: قُلْتُ لَا أَرَأُلُ أُعْطَى الرَّجُلَ الْمَالَ - فَيَقُولُ قَدْ هَلَكَ أَوْ ذَهَبَ - فَمَا عِنْدَكَ حِيلَةٌ تَحْتَالُهَا لِي - فَقَالَ أُعْطِ الرَّجُلَ أَلْفَ دِرْهَمٍ أَقْرَضُهَا إِيَّاهُ - وَ أَعْطِهِ عَشْرِينَ دِرْهَمًا يَعْمَلُ بِالْمَالِ كُلِّهِ - وَ يَقُولُ هَذَا رَأْسُ مَالِي وَ هَذَا رَأْسُ مَالِكَ - فَمَا أَصَبْتَ مِنْهُمَا جَمِيعًا فَهُوَ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ (همان، ص ۱۹).

ابن عتیبه می گوید به امام صادق علیه السلام گفتم: «من همیشه به مردی مالی را عطا می کنم تا با آن مضاربه کند و او می گوید آن مال از بین رفته؛ آیا راه حلی دارید تا آن را به کار ببرم؟» امام علیه السلام فرمود: «هزار درهم به او قرض بده و بگو این سرمایه تو، و بیست درهم را به عنوان سرمایه از طرف خودت به او بده تا با همه سرمایه فعالیت کند و بگو هر مقداری که مجموع این دو سود کرد میان من و تو تقسیم شود.»

تقریب استدلال به این روایت نیز مشخص است: منافع حاصل شده میان کار عامل و سرمایه شخص دیگر باید براساس قرارداد میان آن دو نفر تقسیم شود.

۷. بررسی جریان قاعده تبعیت نماء از اصل در شرکت‌های تعاونی

بحث صحت شرکت‌های تعاونی در دو فرض عدم جریان قاعده در عقود تجاری و نیز جریان قاعده در عقود تجاری پیگیری می‌شود.

۷-۱. بررسی شرکت‌های تعاونی با فرض عدم جریان قاعده در عقود تجاری

شرکت‌های تعاونی انواع مختلفی دارد و توزیع منافع در آنها نیز متفاوت است؛ ولی فرض شایع این است که پس از کسر هزینه‌ها، از جمله دستمزدها، سود حاصل شده به سرمایه و صاحب آن تعلق نمی‌گیرد، بلکه براساس توافقی که میان اعضا واقع می‌شود، درصدی از سود حاصل شده به سرمایه تعلق می‌گیرد و مازاد بر آن به نیروهای کار (براساس میزان نقشی که در تولید آن دارند) توزیع می‌شود. یکی از فرض‌های دیگر این است که همه اعضای شرکت تعاونی دارای سرمایه یکسانی باشند و همگی توافق کنند که به سرمایه آنها چیزی تعلق نگیرد و همه منافع به اعضای تعاونی (براساس میزان نقشی که در تولید خدمت یا کالا دارند) توزیع شود.

یکی از موانع صحت شکل‌گیری شرکت تعاونی قاعده تبعیت نماء از اصل معرفی شد. با توجه به مباحث گذشته روشن شد که به‌طور کلی چنین قاعده‌ای در عقود تجاری جاری نیست. بنابراین موضوع این قاعده در مواردی مانند شرکت‌های تعاونی منتفی است. افزون بر آن، روشن شد که فعالان اقتصادی در یک فعالیت اقتصادی مشارکتی می‌توانند منافع حاصل شده را براساس نوع توافقی که مطابق با موازین اسلامی می‌کنند، توزیع نمایند. بنابراین با فرض عدم اثبات چنین قاعده‌ای، مشکلی برای صحت شرکت‌های تعاونی به‌لحاظ توزیع منافع حاصل شده ایجاد نمی‌شود.

۷-۲. بررسی شرکت‌های تعاونی با فرض جریان قاعده در عقود تجاری

با فرض مسلم انگاشتن قاعده تبعیت نماء از اصل، آیا راه‌حلی برای صحت شرکت‌های تعاونی از جهت نوع توزیع منافع وجود دارد؟

به‌نظر می‌رسد حتی با فرض صحت قاعده تبعیت نماء از اصل و جریان آن در عقود

تجاری، مشکلی برای صحت شرکت‌های تعاونی براساس موازین اسلامی ایجاد نمی‌شود. با ملاحظه مطالبی که در ادامه می‌آید، این امر روشن می‌شود:

۷-۲-۱. کار نیروی کار به‌عنوان اصل

با فرض پذیرش قاعده تبعیت نماء از اصل در عقود تجاری، دلیلی وجود ندارد که اثبات کند اصل در این قاعده باید سرمایه باشد؛ بلکه تنها کار می‌تواند اصل باشد یا کار و سرمایه هر دو اصل باشند. بنابراین، اصل تابع قراری است که صاحب سرمایه با نیروی کار مشخص می‌کند. از این رو، سود فعالیت اقتصادی مطابق با قرارداد میان آنان توزیع می‌شود؛ چون دلیل خاصی برای تبعیت سود از سرمایه نداریم. چنان‌که پیش‌تر بیان شد، برخی محققان مدعی شده‌اند که با فرض صحت این قاعده در عقود تجاری، دلیلی نداریم که اصل سرمایه باشد؛ نقش کار در تولید سود، کمتر از سرمایه نیست. افزون بر مطلب بیان‌شده می‌توان به روایاتی نیز در باب مضاربه و مزارعه تمسک کرد:

الف.

عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أُخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ بَيْتًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ - فَأَتَاهُ الْخِيَاطُ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ فَقَالَ - أَعْمَلُ فِيهِ وَ الْأَجْرُ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ وَ مَا زَبَحْتُ فَلِي وَ لَكَ - فَرَبِحَ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ الْبَيْتِ أَيْجَلُ ذَلِكَ قَالَ لَا بَأْسَ (همان، ص ۱۳۱).

از امام کاظم عليه السلام درباره‌ی مردی سؤال کردم که خانه‌ای را به ده درهم اجاره کرده، بعد خیاط یا فرد (صاحب حرفه و عمل) دیگری آمده و به اجاره‌کننده‌ی خانه گفت: در این مکان کار خیاطی انجام دهم و اجاره آن خانه میان من و تو نصف شود و سودی که به دست می‌آورم برای من و تو باشد؛ پس سودی که به من رسیده بیشتر از اجاره‌بهای خانه است، آیا این زیادی حلال است؟ امام عليه السلام فرمود: «اشکالی ندارد».

روشن است که مشارکت سرمایه و عمل براساس قرارداد است؛ یعنی عمل از خیاط و

سرمایه (خانه) از شخص دیگر. بنابراین، اصل فقط سرمایه (خانه) نیست، بلکه عمل نیز اصل و در سود دخیل است. حتی بعید نیست که بتوان مدعی شد فقط عمل و کار خیاط اصل قرار گرفته است؛ یعنی صاحب خانه آن را در اختیار خیاط قرار می‌دهد و خیاط سود متعلق به کار را با او تقسیم می‌کند و اجاره‌بها را با هم می‌دهند. البته، روایت در معنای اولی اظهر است؛ هرچند معنای دوم بعید نیست.

به لحاظ سندی، عبدالله بن حسن در کتاب‌های رجالی توثیق نشده است؛ اما صاحب وسائل این روایت را از کتاب علی بن جعفر نقل می‌کند که وی به کتاب علی بن جعفر سند صحیح دارد (ر.ک: خوئی، ۱۴۱۸ق: ج ۳، ص ۲۵۲، صدر، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۲۱۶).

ب.

معتبرة سماعة، قال: سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر، و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العليج؟ قال: لا بأس به (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۹، ص ۴۷).

از امام علیه السلام درباره مزارعه مسلمانان با مشرکی پرسیدم که بذر و گاو برعهده مسلمان، و زمین، آب، خراج و کار برعهده علیج (اهل کتابی که در زمین‌های مفتوح‌العنوه زندگی و روی زمین‌های مسلمانان کار می‌کرد) بود. امام علیه السلام فرمود: «اشکالی ندارد».

سید محمود هاشمی شاهرودی در کتاب الفقه الزراعی می‌گوید: گرچه روایت مضمرة است، اما چون راوی از اجلاء است و اطمینان داریم که از غیر امام علیه السلام روایت نقل نمی‌کند، اضرار روایت در اعتبار آن خدشه وارد نمی‌کند.

ایشان در ادامه می‌گوید: با اینکه در این روایت فقط بذر و گاو برعهده یک طرف، و زمین، عمل، آب و خراج برعهده عامل است، اما از این عقد تعبیر به مزارعه شده است. بنابراین لازم نیست در مزارعه حتماً عقد روی زمین و عمل برود، بلکه می‌تواند متغیر باشد و صورت‌های مختلفی براساس قرارداد بین دو طرف را شامل شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲ق: ص ۶۲-۶۳).

ج

معتبرة سماعة، سألته عن المزارعة قلت: الرجل يبذر في الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره، فيأتيه رجل فيقول: خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرعته في الأرض، و نصف نفقتك عليّ و أشركني فيه؟ قال: لا بأس (حر عاملي، ۴۰۹ق: ج ۱۹، ص ۴۸).

سماعه می‌گوید: از امام علیه السلام پرسیدم: مردی در صد جریب زمین یا کمتر یا بیشتر بذر پاشی می‌کند؛ بعد مردی پیش او می‌آید و می‌گوید نصف قیمت بذری را که در این زمین کاشتی و نصف هزینه‌هایی که برای این زمین کردی از من دریافت کن و مرا در این زراعت شراکت بده. امام علیه السلام فرمود: «اشکالی ندارد».

فرض سؤال‌کننده چنین است: شخصی سه عنصر عمل، زمین و بذر را دارد؛ شخص دومی وارد می‌شود و با پرداخت نصف بذر و هزینه‌های صرف‌شده در زراعت شریک می‌شود. بنابراین لازم نیست که سود حاصل‌شده برای مالک زمین باشد؛ بلکه با دادن نصف هزینه زراعت و بذر می‌توان در سود شریک شد. پس براساس قرارداد، سود حاصل‌شده می‌تواند تقسیم شود و طرفین مالک آن گردند.

با توجه به آنچه گذشت و روایاتی که بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که در همه عقود، از جمله تعاونی با ماهیت مشارکتی، قاعده تبعیت نماند از اصل جاری نمی‌شود. اگر هم این قاعده در عقود مشارکتی جاری شود، هیچ دلیلی وجود ندارد که مقصود از اصل حتماً سرمایه باشد؛ بلکه اصل در عقود مشارکتی تغییرپذیر است و براساس قراردادی خواهد بود که طرفین با هم منعقد می‌کنند. بنابراین سود براساس شرط و قرارداد میان طرفین تقسیم می‌شود، نه اینکه حتماً سود برای صاحب اعیان و سرمایه باشد و به عامل باید به‌عنوان اجیر دستمزد پرداخت شود.

۲-۲-۷. عدم تفاوت حق مالک در نماند و اصل

اگر بپذیریم که سرمایه و مال، مانند اعیان، در عقود تجاری اصل باشد، باز هم مانعی

برای صحت عقود مشارکتی همانند شرکت‌های تعاونی ایجاد نمی‌شود؛ چون معنای تبعیت نماء از اصل بیش از آن نیست که نماء در سلطنت مالک اصل (سرمایه) است و باید یا در ملکیت مالک اصل باشد یا در ملکیت کسی که او تعیین می‌کند و در ضمن عقد و قرارداد شرط می‌نماید و مشخص می‌شود. توضیح آنکه، مطابق قاعده تبعیت نماء از اصل، نماء یک عین و مالی مانند خود آن عین از حقوق مالک عین است. حق مالک در نماء فراتر و شدیدتر از حق مالک در عین مال نیست. همان‌طور که مالک حق دارد اصل مال را به دیگری ببخشد یا اجازه تصرف در آن بدهد، حق دارد به دیگری اجازه تصرف در نماء بدهد و دیگری را مسلط بر نماء مال خود نماید.

محقق شاهرودی، در کتاب مضاربه خود، در برابر دلیلی که بعضی‌ها در خلاف قاعده بودن مضاربه ارائه داده‌اند، اشاره به مطلب بالا نموده است. در مضاربه اشکال می‌شود که اگر شخص عامل مالک درصدی از سود شود، مخالف با قاعده تبعیت نماء از اصل است؛ درحالی که مقتضای این قاعده این است که نماء باید در ملک صاحب مال داخل شود نه در ملک عامل و عامل فقط دستمزد کار را حق دارد (خوئی، ۱۴۱۸ق: ج ۳۱، ص ۸).

ایشان می‌گویند: قانون تبعیت نماء از اصل با حصول نماء در ملک غیر با اذن و التزام مالک تنافی ندارد. حق مالک در نماء فراتر از حقیق در اصل نیست. همان‌طور که اصل را می‌تواند به دیگری بدهد، با التزام، نماء را هم می‌تواند به دیگری تقدیم کند. مطابق دلیل تبعیت، نماء شیء و منافع آن مانند خود شیء یکی از حقوق مالک است؛ البته تا زمانی که خود مالک اذن به خلاف ندهد و اگر با اذن خود مالک باشد، اشکال ندارد. علت هم این است که دفع حق مانند رفع آن تحت سلطنت مالک است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲ق: ص ۲۳). ربح تجاری، مانند نماء، رأس المال است. همان‌گونه که مالک گاو می‌تواند شیر گاوش را تا مدتی به دیگری تملیک کند، اینجا هم صاحب مال می‌تواند سود تجاری را، که در ملک خودش است، به دیگری تملیک نماید (همان، ص ۲۴). به عبارت دیگر، هرچند سود حاصل شده در عقود تجاری نیز مانند اعیان باید به ملک صاحب سرمایه درآید، مالک و صاحب سرمایه می‌تواند با قراردادی آن را داخل در ملک دیگری نماید.

بنابراین، در شرکت‌های تعاونی حتی اگر قاعده تبعیت نماند از اصل پذیرفته شود، اعضای تعاونی (مالکان سرمایه) می‌توانند، براساس قراردادی در هنگام عضویت، در توزیع سود و نماند حاصل از فعالیت اقتصادی به توافق برسند و ملتزم به عمل به آن باشند.

پی‌نوشت:

۱. توضیح هر یک از این راهکارها و علت آن در کتاب «اقتصاد تعاونی از منظر اسلام» احمدعلی یوسفی، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، صفحات ۵۴۳-۵۴۸ آمده است.



کتابنامه

۱. ابن ادريس حلی (محمد بن منصور بن احمد) (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، یک جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن حمزه طوسی (محمد بن علی بن حمزه) (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، یک جلدی، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته.
۳. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ق)، الإجارة، قم، النشر الإسلامی.
۴. بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۷۱)، القواعد الفقهية، قم، اسماعیلیان.
۵. بروجردي، مرتضى (۱۳۶۵)، مستند العروة الوثقى؛ کتاب الإجارة، تقریرات درس آیت الله خوئی، قم، لطفی.
۶. بنیاد نشر آثار و اندیشه های شهید آیت الله دکتر بهشتی (۱۳۹۳)، اقتصاد تعاونی، تهران، روزنه.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، سی جلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۸. حسینی بهشتی، سید محمد حسین (۱۳۷۴)، اهمیت شیوه تعاون، یک جلدی، تهران، وزارت تعاون، چاپ نخست.
۹. حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، چهارده جلدی، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ نخست.
۱۰. حلی، ابوالصلاح (تقی الدین بن نجم الدین) (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام.
۱۱. خوئی، سید ابولقاسم موسوی (بی تا)، المکاسب - مصباح الفقاهة، هفت جلدی، تقریر محمد علی توحیدی، بی جا (چاپ سنگی).
۱۲. _____ (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، سی و سه جلدی، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی علیه السلام، چاپ نخست.
۱۳. سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۷ق)، دلیل تحرير الوسيلة - المضاربة، یک جلدی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.



۱۴. شهید ثانی (زیدین علی عاملی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دهجلدی، قم، داوری.
۱۵. شیخ طوسی (ابوجعفر محمدبن حسن) (۱۳۹۰ق)، الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، چهارجلدی، تهران، دارالکتب الإسلامية.
۱۶. _____ (۱۴۰۷ق)، الخلاف، شش جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۱۷. _____ (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، هشت جلدی، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم.
۱۸. _____ (۱۴۰۷ق)، تهذیب الحکام، دهجلدی، تهران، دارالکتب الإسلامية.
۱۹. شیخ مفید (محمدبن نعمان عکبری بغدادی) (۱۴۱۳ق)، المقنعة، یک جلدی، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۲۰. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۳۷۶)، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الإسلامية.
۲۱. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۰۸ق)، بحوث فی شرح العروة الوثقی، چهارجلدی، قم، مجمع الشهدیة آية الله الصدر العلمی.
۲۲. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق)، العروة الوثقی (للسید الیزدی)، دوجلدی، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.
۲۳. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر اسدی) (۱۴۱۴ق)، تذکرة الفقهاء، هفدهجلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۲۴. _____ (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، نهجلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲۵. کلینی، ابوجعفر محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی (ط - الإسلامية)، هشت جلدی، تهران، دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۲۶. محقق بحرانی (آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم) (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، بیست و پنج جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.

۲۷. محقق حلی (نجم‌الدین جعفر بن حسن) (۱۴۱۲ق)، نکتة النهاية، سه جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۸. _____ (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چهار جلدی، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۲۹. مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، مائة قاعدة فقهية، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، نوزده جلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۳۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۶ق)، بحوث فی الفقه الزراعی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۳۲. _____ (۱۴۲۳ق)، الإجارة، ج ۱، قم، مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامي.
۳۳. _____ (۱۴۳۲ق)، بحوث فی الفقه كتاب المضاربة، یک جلدی، قم، مرکز فقهی و معارف اسلامی اهل بیت علیهم السلام، چاپ نخست.
۳۴. یوسفی، احمد علی (۱۳۹۴)، اقتصاد تعاونی از منظر اسلام، یک جلدی، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ نخست.



امکان نجه فقهی گذار از مجازات ها به بدنی

رحیم نوبهار*

چکیده

این مقاله در جست‌وجوی بنیادهایی فقهی است که برپایه آنها می‌توان به امکان شرعی گذار از مجازات‌های بدنی به‌عنوان حد یا تعزیر نظر داد. مقاله بر بنیادهایی مانند امضایی بودن همه مجازات‌هایی که در متون دینی ذکر شده، تکیه می‌کند. بر این اساس، بر موضوعیت نداشتن شکل و شیوه اجرای مجازات و اهمیت داشتن مقاصد موردنظر از اجرای کیفر نزد عقلای جهان و نیز عبادی نبودن مقررات ناظر به نوع مجازات‌ها تأکید می‌کند. در نتیجه، ضرورت فهم متون مربوط به تعیین کیفر در سایه تغییر و تحولات عقلایی، و گذار از همه مجازات‌های بدنی - خواه به‌عنوان حد و خواه تعزیر - را همچون نظریه‌ای فقهی (که البته باب بحث درباره آن گشوده است) بی‌اشکال می‌داند. همچنین، این مقاله عناوین ثانوی و آثار جانبی نامطلوب اجرای مجازات‌های بدنی، مانند بی‌زاری عمومی در جامعه اسلامی و جامعه جهانی و گستردگی اختیارات حکومت اسلامی را برمی‌شمارد و بر این پایه، گذار از مجازات‌های بدنی با استناد به عناوین ثانوی را هم روا می‌شمرد. افزون بر این، نشان می‌دهد که گاهی برخی از عناوین ثانوی، مشروعیت اجرای مجازات‌های بدنی را با اشکال روبه‌رو می‌کند. البته، پیشنهاد جایگزین‌های مجازات‌های بدنی، در صورت جواز عدول از آنها، موضوع این نوشتار نیست و به فرصتی جداگانه نیاز دارد.

کلیدواژه‌گان: فقه جزایی، مجازات بدنی، رجم، تازیانه، قطع عضو.

با پیروزی انقلاب اسلامی قوانین جزایی ایران به سرعت دگرگون شدند. درحالی که قوانین جزایی پیش از انقلاب اسلامی عرفی بودند، بیشتر قوانین جزایی پس از انقلاب همان آموزه‌های فقهی بودند که به‌ویژه از تحریرالوسیله امام خمینی علیه السلام ترجمه شده بودند. در تدوین این قوانین، چندان که باید، به ضرورت سازگاری قوانین با واقعیت‌های اجتماعی توجه نشد. حتی از ظرفیت بالای فقه برای گزینش فتوای راهگشا و سازگار با واقعیت‌ها بهره‌برداری نشد. یکی از پیامدهای این رویکرد ورود مجازات‌های بدنی به مقررات جزایی در سطح وسیع بود. در آغاز بر مجازات‌های بدنی حتی در قلمرو تعزیرات تأکید می‌شد؛ اما رفته‌رفته، در سایه توجه به ناکارآمدی‌ها و پیامدهای جانبی این کیفرها، قانونگذار به گذار از مجازات‌های بدنی گرایید و مجازات‌های اجتماعی را در کانون توجه قرار داد.

همزمان، اجرای مجازات‌های بدنی واکنش‌های جهانی و بین‌المللی را هم برانگیخته است. البته، دغدغه بسیاری از کسانی که از مجازات‌های بدنی استقبال نمی‌کنند، انفعال در برابر واکنش‌های جامعه جهانی نیست. جدا از واکنش‌های بین‌المللی مجازات‌های بدنی مشکلات خاص خود را دارند. در برخی موارد، مجازات‌های بدنی بازدارنده نیستند. برای نمونه ۷۵ ضربه شلاق برای حد قوادی درباره کسی که در قالب تعدد جرم ده‌ها مرد و زن را به حرام گرد هم آورده، کافی به نظر نمی‌رسد. شاید تحت‌تأثیر همین واقعیت‌ها قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مفهوم حد را، نسبت به آنچه تاکنون در فقه تعریف شده بود، دگرگون نموده است. ماده ۲۳ این قانون به دادرسی اجازه داده است فردی را که به حد محکوم شده، در صورت لزوم، به مجازات‌های تکمیلی نیز محکوم کند. بدین‌سان، قانونگذار، بر اثر واقعیت‌های گریزناپذیر، تصویری نو از مفهوم سنتی «حد» به‌دست داده است. همزمان نوعی تمایل در دادرسان متعهد - خواه دانش‌آموخته حوزه‌های علمیه یا دانشگاه - وجود دارد که از صدور حکم به مجازات بدنی تا حد امکان می‌پرهیزند. این واقعیت را نمی‌توان صرفاً به انفعال تفسیر کرد؛ باید سرچشمه‌های کاستی‌ها را واکاوی و چاره‌ای اندیشید.

این مقاله می‌کوشد تا در چهارچوب مبانی و اصول روش‌شناختی مقبول در فقه رایج و با رویکرد تحلیلی - انتقادی بر بنیادهایی تأکید کند که می‌توانند گذار از اجرای مجازات‌های بدنی را شرعاً موجه نمایند. به این منظور، مقاله پیش‌رو هم از عناوین اولی و هم عناوین ثانوی بحث می‌کند. گفتنی است قصاص، با آنکه نوعی تنبیه بدنی است، احکام و مباحث خاص خود را دارد؛ از این‌رو تأکید این نوشتار بر مجازات بدنی به‌عنوان حد یا تعزیر است. با وجود انعطاف کافی در نهاد تعزیرات، دیدگاه‌های فقهی تعزیرات منصوص را همچون حدود، تغییرناپذیر می‌دانند؛ پس دامنه بحث از این نظر تعزیرات را هم دربرمی‌گیرد.

پیداست آنچه در این مقاله دلیل تبدیل‌پذیری مجازات‌های موسوم به حد دانسته شده، صرفاً امکان‌سنجی است. باب نقد دلایل و مؤیدات مطرح‌شده برای نظریه تبدیل‌پذیر بودن تنبیه‌های بدنی و دفاع از دیدگاه رایج (تبدیل‌ناپذیری حدود) همچنان گشوده و گسترده است. به همین ترتیب، اینکه در صورت جواز تبدیل حدود به مجازات‌های دیگر، جایگزین‌ها چگونه مجازات‌هایی خواهند بود به بحثی مستقل نیاز دارد. این مقاله، همچنان که از عنوانش پیداست، صرفاً بر امکان‌سنجی جایگزینی تنبیهات بدنی با مجازات‌های دیگر تأکید می‌کند.

۱. تأثیر امضایی بودن مجازات‌های بدنی بر دوام یا زمانمند بودن آنها

احکام شرعی، به اعتباری، امضایی یا تأسیسی‌اند. احکام امضایی، پیش از شرع، در محیط پیدایش اسلام یا در گستره زمانی و مکانی وسیع‌تری رایج بوده‌اند و تنها مَهر تأیید شریعت را دریافت کرده‌اند؛ اما احکام تأسیسی آورده‌ها و نوآوری‌های شارع مقدس‌اند. البته، این تقسیم‌بندی مربوط به احکام شرع است، ولی در موضوعات احکام شرعی و احکام وضعی، مانند ملکیت و ضمان هم راه پیدا می‌کند (ر.ک: شهابی خراسانی، ۱۳۹۰: ص ۲۵).

نمی‌توان گفت حکم شرع در هر حال حکم شرع است و تفاوتی میان حکم امضایی و

تأسیسی وجود ندارد. حتی در میان احکام امضایی و تأسیسی هم با گونه‌های مختلفی از حکم روبه‌رو می‌شویم. برخی از احکام امضایی چندان ضروری‌اند که حتی اگر پیش از اسلام رایج نبودند، شارع مقدس نظر به ضرورت وجودشان، آنها را تأسیس می‌نمود. از سوی دیگر، از سوی دیگر، شارع از سر ضرورت به برخی از احکام امضایی تن داده و تغییر در آنها را به مصلحت ندانسته یا اینکه، بسته به واقعیت‌های اجتماعی، امکان مداخله در آن قلمرو وجود نداشته است. برده‌داری مثال مناسبی برای مورد اخیر است. تعالیم اسلام دربارهٔ برده‌داری^۱ نشان می‌دهد که اسلام از سر ضرورت آن را امضا کرده است. گاه نیز امکان مداخلهٔ بنیادی در عرف‌های رایج وجود نداشته است، اما اصلاح جزئی امکان‌پذیر بوده است. نمونه‌های اخیر یعنی مواردی که شارع رویه‌هایی را صرفاً به‌طور جزئی اصلاح نموده، همچنان از مصداق‌های احکام امضایی‌اند.

برابر شواهد اطمینان‌آور، تنبیهات بدنی که «مجازات‌های اسلامی» لقب گرفته‌اند، همگی پیش از اسلام به‌لحاظ نوعی رایج بوده‌اند (ر.ک: علی، ۱۹۷۸م: ج ۵، ص ۵۸۹). حتی رجم روش رایجی برای کشتن متخلفان بوده است (بغدادی، ۱۳۶۱ق: ص ۳۲۸؛ نوبهار، ۱۳۸۹ الف، ص ۷۲). برخی از این مجازات‌ها را کسانی ابداع کرده‌اند که انسان‌های شایسته‌ای نبوده‌اند. مبدع مجازات قطع ید و لید پسر مغیره بوده است (قلقشندی، بی‌تا: ج ۱، ص ۴۹۶). ولید همان کسی است که برابر برخی نقل‌ها پیامبر ﷺ را ساحر خواند (طباطبائی، ۱۳۹۳ق، ج ۲۰، ص ۹۱).

این واقعیت، به نوبهٔ خود، این پرسش الهیاتی و کلامی را برمی‌انگیزد که آیا می‌توان چنین رویه‌هایی را حکم شرع دانست؟ اگر آن‌گونه که از برخی نقل‌ها برمی‌آید امری‌القیس دوم از رؤسای عرب، مبدع مجازات احراق بوده است (ر.ک: زرکلی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۱۲)، معقول نیست بپذیریم آنان سال‌ها پیش از اسلام چنان بصیرتی داشته‌اند که حکم الهی را از لوح محفوظ دریافت کرده‌اند. گیریم کسانی مانند عبدالملک، که پیش از اسلام سنت صد شتر برای دیه انسان را بنیاد نهاد (عاملی، ۱۴۰۱ق: ج ۱۹، ص ۱۴۵)، با الهام

الهی این آموزه اجتماعی را از خزانه غیب دریافت کرده‌اند؛ این فرض دربارهٔ افرادی مانند ولید که رویه‌هایی را پیش از اسلام ابداع نموده‌اند و در اسلام امضای شارع را دریافت کرده است، صادق نیست. این ایده الهیاتی این اندیشه را تقویت می‌کند که احکام امضایی با آنکه به وجهی منتسب به شرع مقدس‌اند، وجه عرفی و عقلایی آنها قوی‌تر است.

دربارهٔ همهٔ احکام امضایی مانند مجازات‌های بدنی این پرسش مطرح می‌شود که رواج و شیوع عقلایی چه مدخلیتی در موضوع حکم امضاشده دارد؟ در این باره سه احتمال وجود دارد: نخست اینکه بگوییم رواج عقلایی موضوع در تأیید حکم از سوی شارع هیچ دخالتی نداشته است. احتمال دیگر این است که رواج عقلایی، حیثیت تعلیلی باشد؛ گویی مضمون حکم شارع این است که مثلاً مجازات‌های بدنی را تأیید می‌کند؛ چون رایج‌اند. احتمال سوم این است که رواج، حیث تقییدی باشد؛ گویی شارع مقرر می‌نماید که مجازات‌های بدنی رایج را امضا و تأیید می‌کند. احتمال اول نادرست و بلکه خلاف فرض است. حیثیت رواج و شیوع عقلایی در هر حال در ماهیت حکم امضایی دخالت دارد. فرض این است که شارع حکمی را تأسیس نمی‌کند؛ بلکه تشریح او برپایهٔ واقعیتی جاری مانند برده‌داری یا قطع ید یا رجم است. انکار این تناظر به معنای آن است که این مجازات‌ها در نظر شارع موضوعیت داشته است؛ به گونه‌ای که حتی اگر رایج هم نبودند، شارع آنها را وضع می‌نمود. این ادعایی است که جایگاه حکم امضایی را به حکم تأسیسی ارتقا می‌دهد و دلیلی بر آن گواهی نمی‌دهد. بنا بر احتمال دوم، رواج عقلایی صرفاً واسطه در ثبوت حکم است؛ مانند جایی که می‌گوییم زید را به خاطر علمش اکرام کن؛ ولی علم تنها واسطه در ثبوت حکم است. وقتی نحوهٔ دخالت حیثیتی در حکم یا موضوع از نوع حیثیت تعلیلی باشد، موضوع حکم واحد و بدون قید است. پس اگر شارع نماز را از آن روی واجب نماید که آدمی را از فحشا و بدی باز می‌دارد، چنین نیست که نمازی که فاقد این ویژگی باشد امر نداشته باشد (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق: ج ۱، ص ۴۰۰). به همین ترتیب، اگر حیثیت رواج در تأیید رجم یا قطع ید و شلاق صرفاً تعلیلی

باشد، با منتفی شدن رواج به حکم یا موضوع آسیبی وارد نمی‌آید. موضوع حکم در هر حال مجازات بدنی است؛ اما اگر مضمون حکم امضایی این باشد که «تنبیه بدنی را به قید اینکه رواج عقلایی دارد تأیید می‌کنم»، رواج عقلایی قید موضوع حکم خواهد بود. در این صورت با نبود رواج، جزء موضوع حکم و در واقع خود موضوع حکم شارع^۲ منتفی شده است. با انتفای موضوع، حکم هم موجود نخواهد بود (ر.ک: نوبهار، ۱۳۸۹ الف: ص ۷۴-۸۰).

هرگاه امر حیثیتی میان حیث تعلیلی و تقییدی دائر باشد، علی‌القاعده باید تردید را با استناد به ظهور ادله لفظی موجود از میان برداشت. به نظر ما، نوع دخالت رواج و شیوع در نوع احکام امضایی از نوع دخالت تقییدی است. حتی اگر بر آن باشیم که ادله لفظی در این باره ساکت یا مجمل است، نوبت به رجوع به اصل عملی می‌رسد. نباید پنداشت که در این فرض می‌توان به اطلاق ادله اجرای مجازات‌ها مانند «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (مانده: ۳۸) تمسک کرد؛ زیرا نمی‌توان احراز کرد که به این اعتبار، لسان دلیل در مقام بیان است. به همین ترتیب، به نظر ما روشن نیست که اصل مرجع در مقام شک در اینکه گوینده یا شارع در مقام بیان است، «در مقام بیان بودن» است. اصل مرجع در این باره وجود ندارد؛ شارع همچون گویندگان و قانونگذاران گاه در مقام بیان قید و حیثیتی هست، گاهی هم در این مقام نیست. در مقام رجوع به اصل عملی به نظر می‌رسد که مورد از موارد شک در اصل تکلیف و مجرای اصل براءت است. اینکه احتمال حیثیت تعلیلی در میان است و این‌گونه حیثیت منوع و مقسم نیست و با انتفای جهت تعلیلی، همچنان با وحدت موضوع روبه‌رویم و بنابراین می‌توان موضوع را همچون قبل قلمداد کرد و حکم آن را استصحاب نمود، درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا، از سوی دیگر، پای احتمال حیثیت تقییدی هم در میان است. حتی بنا بر تعین احتمال حیثیت تعلیلی هم حکم در زمان رواج عقلایی به‌نوعی مقید است. از چشم‌انداز دآوری عرفی، به‌دشواری می‌توان موضوعی به‌لحاظ رواج عقلایی را با همان موضوع با فرض فقدان رواج عقلایی یکسان دانست. ضمن اینکه اگر بر آن باشیم که حیثیت‌های تعلیلی هم در نهایت به حیثیت‌های تقییدی

بازمی‌گردند، این دو حیثیت تفاوت چندانی ندارند. هرچند اعتقاد غالب‌تر این است که بازگشت حیثیت‌های تعلیلی به تقییدی ویژه احکام عقلی است (ر.ک: سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴ق: ج ۳، ص ۴۴۰). بلکه برخی این رجوع و ارجاع را حتی در احکام عقلی هم نمی‌پذیرند (عراقی، ۱۳۷۰ق: ج ۱، ص ۳۸۷).^۳ اعتقاد به اینکه شارع در همه موارد حکم امضایی، حکمی مماثل با رویه عقلا وضع و تشریح می‌کند (ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۳۷۴ق: ج ۲، ص ۱۲۷)^۴ درست نیست. ضمن اینکه لازمه ضروری این تقریر این نیست که حکم امضایی از تغییر و تحولات عقلایی که پس از تشریح حکم رخ می‌دهد، اثر نمی‌پذیرد. این تفسیر و تبیین از محتوای امضای شارع به مئونه زیادی نیاز دارد و از ادله احکام امضایی استنباط نمی‌شود. ضمن اینکه لازمه غیرین این تفسیر آن است که شارع مقدس رویه‌های جامعه‌ای را که خود، بنا به فرض، درصدد اصلاح آنهاست، سرمشق همه مسلمانان برای همیشه قرار دهد.

باید یادآور شویم که روی‌گردانی عقلای جهان از مجازات‌های بدنی ضرورتاً از تسامح در ارزش‌ها سرچشمه نمی‌گیرد تا گفته شود شارع این روی‌گردانی را برنمی‌تابد. آنان کیفرهای بدنی را حتی برای رویارویی با نقض ارزش‌های اساسی هم به‌کار نمی‌گیرند. امروزه به‌رغم تسلط ارزش‌هایی چون آزادی و کرامت انسانی، مجازات‌های بدنی حتی برای مقابله با نقض این ارزش‌ها هم به‌کار گرفته نمی‌شود. این روی‌گردانی عقلایی را نمی‌توان نادیده گرفت.

به‌نظر ما، همین اندازه تردید و روشن نبودن نحوه دخالت رواج و شیوع عقلایی در حکم به مجازات هم راه را برای گذار از مجازات‌های بدنی باز می‌کند. لازم نیست اطمینان داشته باشیم که دخالت رواج و شیوع عقلایی در موضوع یا حکم مجازات‌ها از جنس حیثیت تقییدی است. چنان‌که فقیهان پیوسته تأکید کرده‌اند باب جرایم و مجازات‌ها مبتنی بر تخفیف و تسهیل است و حدود باوجود شک و شبهه اجرا نمی‌شوند. نباید پنداشت که قاعده ابتدای حدود بر تخفیف و تسهیل، و قاعده درء که مبانی و دلایل



خاص خود را دارند، تنها در چهارچوب اجرای حدود به کار می‌روند و نمی‌توانند اصل اجرای حدود را، به گونه‌ای که اکنون در شرع آمده است، منتفی نمایند. مبانی عقلی و دلایل نقلی این دو قاعده بنیادین عام است. این دو قاعده^۵ در همه مواردی که امر میان سخت‌گیری و آسان‌گیری دائر باشد، به آسان‌گیری و پرهیز از سخت‌گیری توصیه می‌نمایند. ضمن اینکه قاعده درء از جنس اماره^۶ مستفاد از دلیل نقلی است. همین‌که عنوان شبهه بر موردی صادق شود، از مصداق‌های قاعده درء خواهد بود و نوبت به اصل عملی نمی‌رسد؛ همچنان‌که به اصول عملی هماهنگ با قاعده درء هم نیازی نیست. نباید گمان برد که طرف دیگر شبهه هم مستلزم محذور تعطیل حد است و بنابراین نوبت به احتیاط نمی‌رسد؛ زیرا در این گونه موارد باید از گزینه‌ای که ضرر بیشتری دارد پرهیز کرد. بی‌شک، در مواردی که پای ضرر کشتن ناروای نفس محترمی در میان باشد، این ضرر از زیان ترک اجرای حد بیشتر است (سیدعلی طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۵، ص ۴۹۶). دور نیست که این معیار در حدود دیگر جز قتل هم جاری باشد.

۲. عبادی نبودن آموزه‌های دینی ناظر به کیفرهای بدنی

ابواب فقه معمولاً به عبادت، معامله، ایقاع، احکام و سیاسات تقسیم‌بندی شده است. مباحث قضا، شهادت، حدود، تعزیرات، قصاص و دیات اغلب زیر عنوان احکام و سیاسات قرار گرفته‌اند (ر.ک: حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۵۳). این نامگذاری متناسب با محتوای مباحثی است که زیر این عنوان قرار می‌گیرند. مقصود از حکم احکام شرعی نیست تا گفته شود در دیگر مباحث فقه هم پای حکم شرع در میان است؛ در بسیاری از مسائل قضا، شهادت، حدود و تعزیرات، و قصاص و دیات پای تصمیم‌های قاضی یا حاکم در میان است. بدین لحاظ عنوان «احکام» برای مباحث این حوزه مناسب است. به همین ترتیب، از آن‌رو که در مباحث این حوزه از تنبیه و سیاست کردن بزهکاران بحث می‌شود، افزودن عنوان سیاست نیز کاملاً مناسب است. این دسته‌بندی از آن‌رو که مباحث جزایی و به‌ویژه مجازات‌ها را در شمار عبادیات نمی‌گنجانند، بسیار الهام‌بخش

است. مباحث جزایی در فقه به سه معنا عبادی نیستند: نخست، قصد قربت در آنها شرط نیست؛ دوم، آنها مسائلی رازمند نیستند؛ و سوم، غرض اهم از آنها امری این جهانی است، نه اخروی. شهید اول به صراحت، غرض اهم و اصلی از مباحث احکام - که شامل حدود، قصاص، دیات و تعزیرات است - را امر دنیوی و نه اخروی دانسته است (شهید اول، بی تا: ج ۱، ص ۳۰). برخی فقیهان معاصر هم تصریح کرده اند: «تعزیرات و حدود دارای مصالح غیبی و غیرقابل فهم برای بشر نمی باشد.» (منتظری، ۱۳۸۷: ص ۸۶)

با این حال، به لحاظ روشی، مسائل جزایی اغلب همچون مباحث عبادی تفسیر و تعبیر شده اند. مثلاً رجم نوعی تنبیه متخلف است. تنبیه علی القاعده می تواند از جامعه ای به جامعه دیگر متفاوت باشد؛ اما رجم در دیدگاه رایج گاه همچون رمی جمرات در مناسک حج و کاملاً عبادی به شمار آمده است. این به هم آمیختگی به نوبه خود سبب شده تا مجازات، که وجهی عرفی و عقلایی دارد، تغییرنابردار قلمداد شود و تغییر در آن تغییر در احکام ماهوی و همیشگی شریعت به شمار آید. همان گونه که امام خمینی علیه السلام تصریح کرده است، نصوص مربوط به مسائل عرفی و عقلایی را باید هماهنگ با ارتکازها و درک های عقلایی تفسیر و تعبیر کرد (۱۳۸۵ق: ج ۱، ص ۳۱۳).

البته، پیداست که همه مباحثی که زیر عنوان احکام و سیاست قرار می گیرند عرفی نیستند؛ به ویژه احکام ناظر به بیان محرمات شرعی به سختی تحت تأثیر تغییرات عرفی و عقلایی قرار می گیرد. ولی مجازات و تنبیه - که اکنون موضوع بحث ماست - نوعی سرزنش اجتماعی است. سرزنش اجتماعی از جامعه ای به جامعه دیگر متفاوت است. شکل و شیوه دادرسی و رسیدگی به جرم هم امروزه همانند شیوه ساده و رایج در صدر اسلام نیست؛ اما این تفاوت سبب نمی شود رسیدگی های مدرن (تا جایی که روح نظام قضایی اسلام در آنها رعایت می شود) غیراسلامی قلمداد شود.

به هر رو، پرهیز از نگاه تعبدی به مجازات ها و به ویژه مجازات های بدنی که مورد بحث ماست، راه را برای پذیرش تحولات عقلایی در آنها باز می کند. اجرای مجازات در جوامع





مختلف برای مقاصد شناخته شده و این جهانی است. آنها به لحاظ جنس و ماهیت با احکام و فرمان‌های حکومتی بسیار مرتبط‌اند. اوامر حکومتی یا تدبیری برای مدیریت معضله‌اند یا به منظور حل مشکل و دستیابی به اهدافی ویژه صادر می‌شوند. بر همین مبنا تعامل فقیهان با نصوص این حوزه با نصوص باب عبادات متفاوت است. مثلاً روایاتی که بر لزوم تبعید زانی غیرمحسن دلالت دارد مطلق است و به حسب ظاهر لفظی برده را هم در برمی‌گیرد. با این حال، برخی معتقدند که این حکم شامل بردگان نمی‌شود؛ زیرا تبعید برای سخت‌گیری است و تبعید برده سخت‌گیری بر وی نیست (سیدعلی طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۵، ص ۴۹۰). می‌بینیم که فقیهی کاملاً وفادار به نص بر مبنای علت و حکمت عرفی حکم فتوا می‌دهد و ظواهر لفظی را با توجه به آن تفسیر و تعبیر می‌کند. شمار این‌گونه استنباط‌ها در مباحث جزایی کم نیست.

از پیامدهای توقیفی نبودن مجازات این است که باب تغییرات عقلایی در آن گشوده است. بار اثبات اینکه شارع مقدس در زمینه مجازات‌های بدنی رویکردی تغییرنابردار و مغایر با عقلای جهان دارد، برعهده کسانی است که چنین ادعا کنند. چنان‌که گذشت، نوع آنچه اکنون مجازات‌های اسلامی لقب گرفته، در محیط پیدایش اسلام رایج بوده و مقبولیت عقلایی داشته است. شارع مقدس اغلب همان مجازات‌ها را به لحاظ انسانی تعدیل و تجویز نموده است. اما با توجه به اینکه تلقی‌های عقلایی از مقوله کیفر پیوسته دگرگون می‌شود، نمی‌توان پذیرفت که اسلام تنها به تلقی‌های عقلای موجود در محیط پیدایش اسلام اعتماد نموده و برداشت‌های عقلای دیگر را در نظر نگرفته است. مخاطبان آغازین قرآن و آموزه‌های نبوی، به لحاظ نگرش و اخلاق یا عمل، برجستگی خاصی نداشته‌اند تا شارع مقدس راه و روش آنان را برای همیشه حجت قرار دهد. مفهوم کیفر به لحاظ عقلایی در جریان آزمون و خطای انسانی در حال دگرگونی است. روزگاری برای دفاع از جامعه در برابر مجرمان خطرناک آنان را در محیطی به‌عنوان زندان، که جدا از جامعه و خانواده بود، نگه می‌داشتند. امروز با پیشرفت‌های علمی و فنی مفهوم زندان

متحول شده و این امکان پدید آمده است که با نصب دست‌بند الکترونیکی به محکوم او را در کنار خانواده‌اش نگه دارند تا هم به کسی زیان نرساند، هم از معایب گرد آمدن بزهکاران در یک مکان جلوگیری شود و هم در هزینه‌های عمومی صرفه‌جویی شود. آیا می‌توان گفت چون چنین برداشتی از مفهوم زندان در محیط پیدایش اسلام رایج نبوده و شارع مقدس صریحاً آن را امضا نکرده، به لحاظ شرعی مردود است؟

امروزه تنبیه بدنی به کلی از زندگی اجتماعی بشر رخت بر بسته است. مسلمانان برای واداشتن فرزندانشان به انجام فرایض دینی آنان را تنبیه بدنی نمی‌کنند؛ زیرا روایاتی چند که در این باره وجود دارد (عاملی، ۱۴۰۱ق: ج ۳، ص ۱۳)، بر فرض صحت صدور، ناظر به زمینه‌ای است که تنبیه بدنی نه تنها منکر نبوده، که کارآمد بوده است. امروزه تنبیه بدنی کودکان برای واداشتن آنان به عبادت آنان را نسبت به دین و آیین بدین می‌کند. شارع حکیم اسلام هرگز بر این گونه واقعیت‌های جامعه‌شناختی - روان‌شناختی که لازمه مجازات است، چشم فرو نمی‌بندد. اگر روزگاری این امکان وجود داشت که با تنبیه بدنی زن مرتد در اوقات نمازهای پنج‌گانه وی را از ادامه ارتداد بازدارند، امروزه بازداشتن کسی از ارتداد با طرح بحث‌های علمی برای او نوعاً اثرگذارتر است.

۳. طریقت داشتن مجازات‌ها در برداشت‌های عقلایی از مقوله کیفر

همه عقلای جهان از اجرای کیفر دستیابی به اهدافی را پیگیری می‌کنند. همین اهداف است که ایراد درد و رنجی به نام مجازات را موجه می‌کند. متون مقدس به اهداف مجازات‌ها اشارات و تصریحاتی دارد. اصلاح بزهکار، عبرت‌پذیری بزهکار، عبرت آموختن جامعه از مجازات بزهکار، دفاع از جامعه و ارزش‌های اخلاقی - الهی، جبران خسارت بزه‌دیده از جرم و اجرای عدالت از اهدافی است که در متون اسلامی به آنها اشاره شده است (ر.ک: خسروشاهی، ۱۳۷۹: ص ۴۵؛ همو، ۱۳۸۰: ص ۸۸؛ نویهار، ۱۳۸۹الف: ص ۹۲-۱۲۳).

ادعای اینکه شارع مقدس اسلام از اجرای مجازات‌ها اهداف خاصی را پی نمی‌گیرد،

ادعای سخت بی‌بنیادی است. نیز اینکه شارع مقدس اسلام بر اجرای گونه خاصی از مجازات‌ها تأکید دارد و به اهداف و نتایج حاصل از آنها بی‌توجه است، سخن بی‌دلیلی است. نمی‌توان پذیرفت که اهداف موردانتظار از کیفر تنها با اجرای گونه خاصی از کیفر برآورده می‌شود. ضمن اینکه وقتی شارع مقدس اسلام مجازات‌های رایج در محیط پیدایش اسلام را امضا می‌کند، ارتکازهای عقلایی همراه با آنها را هم تأیید می‌کند. بلکه شاید آنچه، به‌واقع، امضای شرع را دریافت می‌کند، همان ارتکازات عقلایی ناظر به اهداف مجازات است، نه شکل و شیوه اجرای آنها؛ دست‌کم به‌رغم تأیید و امضای هر دو، امضای اهداف عقلایی کیفر قوی‌تر است. دلیلی در اختیار نداریم که نشان دهد شارع موضوعی مانند بازدارندگی مجازات را تأیید کند و همزمان مصداق مجازات بازدارنده را برای همیشه ثابت نماید. مثلاً نمی‌توان پذیرفت که شارع شلاق را که وسیله است تأیید می‌کند، اما از تأیید بازدارندگی که هدف کیفر است سر باز می‌زند.

نه‌تنها مجازات‌های بدنی که هرگونه مجازاتی خصوصیت و مطلوبیت ذاتی ندارد. نظام عدالت کیفری باید اهدافی را مدنظر قرار دهد و دستیابی به آنها را وجهه همت خود قرار دهد. بی‌گمان، اشارات و تصریحات موجود در متون دینی در ترسیم نظام اهداف مجازات‌ها سودمند است، اما حتی در این باره هم نمی‌توان تلقی‌های عقلایی را یکسره کنار نهاد و صرفاً با رویکرد متن‌گرایی به استنباط اهداف از متون دینی پرداخت. اشاره‌های موجود در متون دینی در زمینه اهداف مجازات‌ها خود هماهنگ با برداشت‌هایی عقلایی است که ممکن است با گذر زمان تکامل یابد. تکامل در مفهوم کیفر، به‌ویژه هرچه انسانی‌تر شدن آن، از آرمان‌های شارع مقدس بوده که برای آن گام‌های درخوری برداشته شده است (ر.ک: نوبهار، ۱۳۸۰: ص ۳۲۵)؛ البته، به این رویکردها در استنباط‌های فقهی چندان که باید توجه نشده است. پس تحولات خردمندانه‌ای را که در دیدگاه عقلا به مقوله مجازات رخ می‌دهد، نمی‌توان نادیده انگاشت. به تصریح برخی فقیهان معاصر:

«با لحاظ تحولات اجتماعی در علوم مربوط به جرم‌شناسی و نحوه

پیشگیری از آنها و روانشناسی مجرمین و نحوه اصلاح و تربیت آنان... ممکن است گفته شود با شیوه‌های جدید زودتر و بهتر هدف اصلی شارع از تشریح بعضی مجازات‌های رایج محقق می‌شود» (منتظری، ۱۳۸۷: ص ۸۶).

مقایسه مجازات‌های بدنی با دیگر کیفرها نشان نمی‌دهد که آنها در برآورده کردن اهداف عقلایی کیفر منحصراً به فرد باشند یا خصوصیتی داشته باشند که شارع آنها را یگانه راه دستیابی به اهداف کیفر بداند. گاه البته گفته می‌شود مجازات‌های بدنی معایب و کاستی‌های زندان را ندارد. مجازات‌های بدنی آن‌گونه که به حکم اصل شخصی بودن کیفر، مطلوب است، تنها بزهکار را هدف قرار می‌دهد و مانند جزای نقدی یا حبس بر دارایی نزدیکان بزهکار یا روابط عاطفی مجرم با اعضای خانواده و خویشاوندانش اثر نمی‌گذارد. به علاوه، مجازات‌های بدنی به دلیل آسانی اجرا هزینه‌های فراوانی بر دولت تحمیل نمی‌کنند.

مزایای ادعایی برای تنبیهات بدنی آن اندازه نیست که آنها را به لحاظ آثار و پیامد، در مقایسه با دیگر انواع کیفر، برجسته‌تر و کارآمدتر نماید^۱ و سبب شود شارع مقدس آنها را برای همیشه یگانه راه مبارزه با بزهکاری قرار دهد. اینکه تنبیهات بدنی معایب زندان را ندارد، به خودی خود سبب نمی‌شود تا آنها را بر زندان ترجیح دهیم. می‌توان و باید برای کاستن از معایب زندان تلاش کرد. به علاوه، مفهوم زندان امروزه خود متحول شده است. امروزه تلاش می‌شود تا از مجرمان کمتر خطرناک در خانه مراقبت شود تا از ازدحام در زندان‌ها جلوگیری شود و بزهکار در ارتباط با دیگر مجرمان قرار نگیرد. نمی‌توان پذیرفت که تنبیه بدنی بزهکار فقط خود وی را هدف قرار می‌دهد و به بستگان او ارتباط ندارد (شاملو و نصیرباغیان، ۱۳۹۰: ص ۱۲۱). با توجه به برداشتی که امروزه از تحقیرآمیزی کیفرهای بدنی وجود دارد، آنها بر روح و روان کسان بزهکار اثر می‌گذارند. کودک یا نوجوان و نوبالغ و حتی جوان و میانسال و بزرگسال از انتشار خبر شلاق خوردن عزیز خود دچار شرمساری و سرافکنندگی می‌شود. اگر آثار مجازات‌های دیگر را بتوان پنهان کرد،

گاه شرمساری ناشی از برخی از مجازات‌های بدنی مانند قطع دست برای همیشه با محکوم خواهد ماند. این سرافکنندگی شامل کسان و نزدیکان محکوم هم می‌شود.

بلی، کیفر تازیانه کم‌هزینه است؛ ولی چون محکوم برای اجرای مجازات تنها در مدت بسیار کوتاهی در اختیار نظام عدالت کیفری است، فرصتی برای اصلاح یا متنبه کردن وی وجود ندارد. گاه مجرمان دارای حالت خطرناک‌اند و باید تا مدت مناسبی در اختیار نظام عدالت کیفری باشند تا اطمینان پیدا شود آنان دوباره به جامعه آسیب نمی‌رسانند. رسالت نظام عدالت کیفری این نیست که محکومان را سریعاً به کیفر برساند و رها کند. کنترل بزهکاری از وظایف دولت است و بخش معقولی از منابع عمومی باید در این زمینه هزینه شود. بگذریم از این که، به شرحی که خواهد آمد، مجازات‌های بدنی به نوبه خود ممکن است مایه آسیب‌های بدنی و روحی شوند و هزینه‌های عمومی را افزایش دهند.

در مجموع، مجازات جنبه طریقی دارد. از چشم‌انداز محاسبه معایب و نواقص و ارزیابی کارآمدی نیز تنبیهات بدنی در مقایسه با دیگر مجازات‌ها امتیاز ویژه‌ای ندارند تا ادعا شود شارع مقدس اسلام برای آنها موضوعیت قائل شده و آنها را برای همیشه بر دیگر انواع کیفرهای عقلایی ترجیح داده است.

۴. مجازات‌های بدنی و اصل ممنوعیت مطلق شکنجه

متون دینی بر ممنوعیت مطلق شکنجه دلالت روشنی دارند. این به معنای آن است که شکنجه نه تنها به عنوان اولی که به عنوان ثانوی نیز روا نیست (علیزاده طباطبائی، ۱۳۹۵: ص ۵۲). از همین روی، اگر کسی عمداً و عدواناً به دیگری زخم یا زخم‌هایی بزند تا او بر اثر خونریزی در مدت مثلاً یک هفته به تدریج و با زجر و شکنجه بمیرد، به نظر اکثر یا مشهور نزدیک به اجماع فقیهان، قصاص قاتل به همین کیفیت جایز نیست (ر.ک: صاحب جواهر، ۱۹۸۱م: ج ۴۲، ص ۲۹۶). به نظر می‌رسد پیش فرض این فتوا ممنوعیت مطلق شکنجه است. حال، آیا شارع مقدس اسلام به لحاظ موضوعی مفهوم شکنجه را تحدید کرده است،

یا آنکه مفهوم شکنجه عرفی است و بنابراین ممکن است تلقی‌های عقلایی از آن در بستر زمان و مکان متفاوت باشد؟

متون دینی تعریفی از شکنجه به دست نمی‌دهد؛ پس باید در تحدید حدود و ثغور آن همچون دیگر موضوعات احکام شرعی که شارع تعریف نکرده است، به بناها و رویه‌های عقلایی مراجعه کنیم. این اصلی است که فقیهان در جای‌جای فقه به آن پایبند بوده‌اند. مثلاً وقتی شارع تعریفی از «حرز» به دست نمی‌دهد، مرجع تعیین آن عرف است (ر.ک: همان: ج ۴۱، ص ۴۹۹). بلکه برخی فقیهان تحدیدهای شرعی وارد در ادله شرعی در حوزه معاملات را ناظر به عرف متشرعه و نه شارع تفسیر و تعبیر می‌کنند (ر.ک: همان: ج ۲۷، ص ۵۱).

درباره نسبت میان مجازات‌های بدنی و شکنجه، لازمه اینکه شارع مقدس از یک سو شکنجه را حسب فرض به طور مطلق نفی کرده و همزمان مجازات‌هایی را تجویز و توصیه نموده آن است که مجازات‌های تجویز شده (از جمله مجازات‌های بدنی) تخصصاً از شمول شکنجه خارج‌اند؛ وگرنه شارع آنها را تجویز نمی‌نمود، زیرا پرواضح است که ادله تجویز مجازات‌های بدنی مخصص اطلاق و عموم ادله حرمت شکنجه نیستند. برابر این تحلیل می‌توان به آسانی مجازات‌های بدنی را از شمول عنوان شکنجه خارج دانست.

اما چالش اینجاست که، چنان‌که گذشت، مفهوم شکنجه و برداشت‌های عقلایی از آن ثابت نیست. اگر بر اثر تحولات عقلایی، مصادیقی از تنبیه بدنی مشمول عنوان شکنجه قلمداد شود، نمی‌توان صرفاً با استناد به اینکه آنها پیش‌تر امضای شارع را دریافت کرده‌اند، همچنان به خروج آنها از شمول عنوان شکنجه حکم نمود. به لحاظ فنی، یک بار دیگر جزء موضوع حکم تغییر یافته است؛ زمانی که این مجازات‌ها تأیید شدند، عنوان شکنجه بر آنها صادق نبود؛ اما اکنون بنا به فرض، عنوان شکنجه بر آنها صادق می‌آید و این نوعی تبدل در موضوع است. در چنین فرضی نمی‌توان به تداوم حکم اطمینان پیدا کرد.

نباید پنداشت که ضمیمه شدن عنوانی جدید به موضوع یا متعلق حکم شرعی حکم را تغییر نمی‌دهد. مثلاً اگر احترام پدر لازم باشد، صدق عنوان تاجر بر وی مانع حکم لزوم احترام نخواهد بود؛ زیرا در موضوع بحث ما عنوان نوپیدایی بر موضوع صادق می‌آید که حکم آن بنا به فرض، حرمت مطلق است.

حتی اگر بخواهیم به اصول عملی استناد نماییم، بر فرض که استصحاب در احکام شرعی را جایز بدانیم، این استصحاب به لحاظ تبدل موضوع و عدم وحدت متعلق یقین و شک با اشکال مواجه است. صدق یا عدم صدق عنوان شکنجه تابع شدت و ضعف زجرآور بودن است. صرف اینکه اقدامی به عنوان مجازات اعمال شود، آن را از شمول عنوان شکنجه خارج نمی‌کند. به همین ترتیب، تأیید گونه‌ای از مجازات به هیچ‌یک از انواع دلالت‌های معتبر گویای آن نیست که در آینده بر همان عمل عنوان شکنجه صادق نمی‌آید. دخل و تصرف‌های موضوعی از این قبیل اصولاً شأن شارع نیست.

به لحاظ مصداقی، دشوار می‌توان مصادیقی از مجازات‌های ذکر شده در متون دینی را از شمول عنوان شکنجه خارج دانست. برای نمونه، امروزه اعدام از طرق رضّ (کوبیدن سر محکوم میان دو سنگ تا وقتی که جان بدهد) که در برخی منابع ذکر شده است (نیشابوری، ۱۴۲۲ق: ص ۶۴۲). نیز بریدن دست راست و پای چپ بزهکار به گونه‌ای که آن قدر خون‌ریزی کند تا بمیرد، یا به دار کشیدن محارب به مدت سه روز بر بالای دار در صورتی که در همان آغازین لحظات جان ندهد، عرفاً مصداق شکنجه به‌شمار می‌آید.

۵. مجازات‌های بدنی و بیزارای دینی

یکی از محرمات شرعی که فقیهان به مناسبت‌های گوناگون آن را یادآور شده‌اند ایجاد نفرت و بیزارای نسبت به اسلام و شریعت محمدی ﷺ است. حرمت تفسیر از دین همچون قاعده‌ای بر ادله احکام اولیه حاکم است. ادله استواری از عقل، قرآن و سنت بر مضمون این قاعده دلالت دارد. حتی می‌توان گفت به لحاظ عملی نوعی اجماع بر پذیرش این قاعده وجود دارد. فقیهان در شماری از مسائل فقهی به این قاعده استناد کرده‌اند (ر.ک: نوبهار، ۱۳۸۴: ص ۱۲۹). اگر استدلال‌های پیشین برای جواز توقف مجازات‌های

بدنی کافی نباشد، عنوان ثانوی تنفیر از دین برای جواز بلکه لزوم توقف آنها کافی به نظر می‌رسد. امروزه همهٔ جهانیان چون ساکنان دهکده‌ای کوچک به نوعی با یکدیگر در ارتباطند. از هرگونه رخداد و حادثه‌ای به آسانی عکس و فیلم تهیه می‌شود و به همهٔ جهانیان مخابره می‌شود. نمی‌توان انکار کرد که نه تنها ذهن و روان غیرمسلمانان که حتی اندیشهٔ شمار زیادی از مسلمانان امروز مجازات‌های بدنی را نمی‌پذیرد. این مجازات‌ها در برانگیختن احساسات و عواطف جامعه جهانی علیه اسلام و مسلمانان اثرگذار است. از همین رو، کانون‌های وابسته به قدرت‌های شیطانی هر از چند گاه صحنه‌هایی از اجرای اعدام یا مجازات‌های به اصطلاح شرعی را تهیه می‌کنند و در دید جهانیان می‌گذارند. برای اذعان به اینکه این برنامه بخشی از طرح شیطانی اسلام‌هراسی است، به هوش بالایی نیاز نیست. صاحب شریعت هرگز راضی نیست به عنوان سزادهی به بزه‌کار - که از راه‌های گوناگون دیگری امکان‌پذیر است - آوازهٔ نامناسبی از اسلام و شریعت در اذهان پدید آید. برابر روایات، معصومان علیهم‌السلام حد را در سرزمین دشمن اجرا نمی‌کردند تا مبادا مجرم دچار حمیت شود و به دشمن پناه ببرد (عاملی، ۱۴۰۱ق: ج ۱۸، ص ۳۱۷). اجرای مجازات در صورتی که موجی از افکار منفی علیه اسلام برانگیزد، به طریق اولی سبب توقف اجرای حد خواهد شد. شمار زیادی از فقیهان معاصر که در فضای کنونی جهانی دربارهٔ اجرای حدود مورد پرسش قرار گرفته‌اند، اجرای مجازات‌های موسوم به اسلامی را در صورتی که مایهٔ وهن دین شود، روا ندانسته‌اند (برای نمونه ر.ک: منتظری، ۱۳۸۷: ص ۱۰۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ص ۲۱۵).

بر پایهٔ اصل صلاحیت سرزمینی در حقوق کیفری علی‌القاعده مجازات‌های پیش‌بینی‌شده در قوانین یک کشور در مورد همهٔ کسانی که در قلمرو جغرافیایی آن سرزمین مرتکب جرم شوند، اجرا می‌شود. با توجه به عدم پذیرش مجازات‌های بدنی در جامعهٔ جهانی اجرای این مجازات‌ها در مورد اتباع کشورهای بیگانه که در ایران مرتکب جرم شوند به مراتب بحث‌برانگیزتر است. بگذریم از اینکه وجود چنین کیفرهایی به نوبهٔ خود بر کاهش اقبال مردم به بازدید از کشور اسلامی و دوری از مسلمانان هم اثرگذار است.



۶. گستردگی اختیارات حکومت اسلامی در چندوچون اجرای مطلق مجازات‌ها

بی‌گمان مقصود از «تعطیل حد» که در روایات از آن نهی شده، اصرار بر اجرای شکل خاصی از مجازات نیست. روایاتی که تعطیل حد را نکوهش می‌کند، درصدد اصرار بر اجرای شکل خاصی از مجازات نیستند. این را انبوهی از شواهد موجود در این روایات به ما می‌گوید. مثلاً در روایتی آمده است:

«در کتاب علی علیه السلام آمده است که: زمانی که پسر بچه و دختر بچه‌ای را که هنوز به سن بلوغ نرسیده بودند، نزد علی علیه السلام می‌آوردند، آن حضرت حدی از حدود خداوند را رها نمی‌کرد؛ از امام علیه السلام پرسیده شد: چگونه حد را در مورد آنان اجرا می‌کرد؟ فرمود: تازیانه را از وسط یا ثلث آن به دست می‌گرفت و آنان را به اندازه سن‌شان تنبیه می‌کرد و حدی از حدود خداوند عزوجل را رها نمی‌کرد.» (کلینی، ۱۳۸۷ق: ج ۷، ص ۱۷۶، روایت ۱۳)

پیداست که تأدیب طفل مصداق اجرای حد نیست. بی‌شک، این گونه احادیث تأکید بر اصل قطعیت در اجرای کیفر و تأدیب نسبت به همگان است، نه اجرای نوع خاصی از مجازات در قالب حد (ر.ک: نوبهار، ۱۳۹۳: ص ۱۲۳). از ساحت شارع مقدس به دور است که بر اجرای کیفر چند جرم خاص اصرار نماید و تعطیل آنها را برنتابد، اما در اجرای کیفرهای تعزیری - که بخش مهمی از آنها ناظر به ارزش‌های اساسی و اسلامی‌اند - مسامحه را روا بداند. تعطیل، تزییع و مسامحه نابجا در اجرای هر کیفر قانونی و عادلانه‌ای روا نیست. افزون بر گواهی عقل و اعتبار بر این مطلب، این نکته که مقصود از «حد» در متون دینی خصوص حدود اصطلاحی نیست (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۱، ص ۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۱۷)، این دیدگاه را تأیید و تقویت می‌کند.

جدا از مسئله تعطیل حد، نباید پنداشت که وظیفه الهی و بی‌چون‌وچرای حاکمیت اسلامی، اجرای حدود به معنای مصطلح آن در هر حال است. اجرای حدود، در صورت وجود مصلحت، از اختیارات و صلاحیت‌های حکومت اسلامی است نه از وظایف آن. تأکید بر «إقامة الحدود إلى الإمام» یا «إقامة الحدود إلى الحاكم» به منظور اعطای

صلاحیت انحصاری اجرای مجازات‌ها - به‌طور کلی و اعم از حد یا تعزیر - به حاکمیت است تا افراد خودسر نتوانند در اجرای مجازات‌ها مداخله کنند. حتی اجرای قصاص هم حق خصوصی و محض اولیای دم نیست و حاکم می‌تواند در چندوچون اجرای آن مداخله نماید. شواهد اطمینان‌آوری در متون دینی جنبه عمومی قصاص و لزوم مداخله حاکمیت در چندوچون اجرای آن را اثبات می‌کند (ر.ک: نوبهار، ۱۳۸۹ب: ص ۱۶۶). برابر حدیثی از امام صادق علیه السلام، قصاص اگرچه شمشیری در دست اولیای دم است، ولی آن شمشیر در غلاف است؛ زیرا حکم درباره چندوچون قصاص به امامان علیهم السلام واگذار شده است (عیاشی، بی تا: ج ۱، ص ۳۲۴، حدیث ۱۲۸).

همان‌گونه که یادآور شدیم، اگر نگوئیم شمار قابل توجهی از مقررات جزایی - به‌ویژه آنها که به اجرای مجازات‌ها برمی‌گردد - از سنخ احکام حکومتی است، این مقررات و به‌ویژه اجرای آنها ارتباط وسیعی با نهاد حکومت دارد. این را تغییرات وسیعی که در چندوچون اجرای مجازات‌ها صورت گرفته، به ما می‌گوید. مجازات شرب خمر که از برهه‌ای از زمان پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم، خلیفه اول و بخشی از دوران خلافت خلیفه دوم چهل ضربه تازیانه بود با صلاح‌دید جمعی از اصحاب پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم، که امیرالمؤمنین علی علیه السلام نیز در میان آنان بود، به هشتاد ضربه تازیانه تبدیل شد تا مجازات به اندازه کافی بازدارنده باشد (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م: ج ۴۱، ص ۴۵۶). تصور مسلمانان صدر اسلام از حد به برداشت کنونی ما شبیه نبوده است. برابر نقل، مردی به نام سدوم دزدی کرده بود. عمر دست او را قطع کرد؛ آن‌گاه برای بار دوم دزدی کرد؛ عمر خواست حد قطع را در مورد او اجرا کند؛ علی علیه السلام فرمود: «این کار را انجام نده. در این صورت او تنها یک دست و یک پا خواهد داشت؛ او را تنبیه کن و حبس نما» (متقی هندی، ۱۴۰۱ق: ج ۵، ص ۵۴۵). با آنکه مجازات سارق، برای بار دوم، قطع پای چپ است، برابر این گزارش، امام علیه السلام مصلحت را در اجرای مجازات به گونه‌ای دیگر دیده است. تتبع در منابع تاریخی و روایی نشان می‌دهد که شمار این‌گونه مصلحت‌سنجی‌ها در اجرای حدود فراوان است. ذکر همه آنها خود نوشتار جداگانه‌ای می‌طلبد.

معقول نیست بپذیریم که این‌گونه تغییرات در زمان حضور امام معصوم علیه السلام یا با تقریر

وی جایز است، اما با غیبت امام علیه السلام باب این تغییر و تحولات بسته می‌شود. این تغییر و تحولات بر پایه جلب مصالح یا دفع مفسد است. آنها به حضور یا غیبت امام معصوم علیه السلام بستگی ندارد. بنابراین یا باید با فقیهانی همسو شد که اجرای حدود را از اختیارات انحصاری امام معصوم علیه السلام می‌دانند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۹۶: ص ۱۲۷) یا در صورت تجویز اجرای آنها از سوی فقیه، باب اختیارات فقیه را در چندوچون اجرای آنها گسترده دانست تا نظام مجازات‌ها متناسب با اهدافی که از اجرای آنها انتظار می‌رود، سامان‌دهی شود. این به دلیل طبع مجازات است که در بسترهای اجتماعی و فرهنگی مختلف اجرا می‌شود تا، بنا به فرض، اهدافی را برآورده سازد.

۷. مجازات‌های بدنی و اصل کرامت انسانی

به حکم دلایل اطمینان‌آوری از متون دینی، انسان موجودی با کرامت است. در اندیشه اسلامی، کرامت تاجی است که حق تعالی بر سر انسان‌ها نهاده است. این کرامت، ذاتی و سلب‌ناشدنی است؛ به این معنا که تا گاهی که عنوان انسان بر کسی صادق می‌آید، نمی‌توان با او رفتار کرامت‌ستیز نمود (نوبهار، ۱۳۸۴: ص ۶۱۲؛ ایازی، ۱۳۸۶: ص ۱۰؛ قماش، ۱۳۹۴: ص ۷۵). کرامت فقط از آن مؤمنان یا انسان‌های صالح نیست. حتی مجرم با ارتکاب جرم - هرچند جرم شدید - شایسته کیفر می‌شود، اما کرامت خود به عنوان انسان را از دست نمی‌دهد. آیاتی از قرآن مجید که از تنزل انسان به مقام «اسفل السافلین» سخن می‌گویند (تین: ۵) یا برخی آدمیان را به علت عقاید نادرست یا کارهای ناروا به حیوان و چهارپا تشبیه می‌کند (محمد: ۱۲) در مقام بیان حکم فقهی نیستند تا از آنها نتیجه بگیریم بزهکار حرمت و کرامت انسانی ندارد. پیشوایان معصوم علیهم السلام ما را توصیه نموده‌اند که از عمل زشت افراد بی‌زاری بجوییم، نه از خود آنان (مجلسی، ۱۹۸۳: ج ۴، ص ۳۸۸). این به معنای آن است که به لحاظ هستی‌شناسی باید میان جرم و مجرم تفاوت قائل شد و حیثیت انسانی را در هر حال در نظر داشت. این اندیشه که کرامت از آن مؤمنان یا صالحان است، دقیقاً کرامت‌ستیز است.

ادله‌ای از قرآن و سنت که بر کرامت انسان دلالت دارد این توان را دارند تا بر تکیه بر

آنها بتوان از لزوم پاسداشت کرامت انسان همچون قاعده‌ای فقهی سخن گفت (ر.ک: نوبهار، ۱۳۸۴: ص ۶۱۲). این به معنای آن است که حکم نافی کرامت نمی‌تواند حکم شارع مقدس باشد. کرامت به این معنا از نظر فقیهان پیشین هم به کلی غایب نبوده است. به نظر آنان، در اجرای قصاص نمی‌توان سر جانی را از بدن جدا کرد؛ چون این کار مغایر با حرمت آدمی است (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م: ج ۴۲، ص ۲۹۹). حتی، به نظر برخی فقیهان، استفاده از ابزار مسموم برای اجرای قصاص در صورتی که باعث متلاشی شدن بدن و هتک حرمت آن شود جایز نیست (همان، ص ۲۹۴). در این استدلال‌ها مطلق انسان و کرامت او مورد توجه قرار گرفته و نه خصوص مؤمن و مسلمان.

پذیرش اصل کرامت انسانی به این معنا اقتضائاتی دارد. برابر این اصل نمی‌توان با مجرم رفتار کرامت‌ستیز نمود. به همین دلیل کسی که دیگری را تا سرحدّ مرگ شکنجه کرده، تنها بی‌آن که شکنجه شود قصاص می‌شود. نیز با کسی که به دیگری به عنف تجاوز نماید مقابله به مثل نمی‌شود؛ چون این رفتار، کرامت‌ستیز است. هیچ مجرمی در انظار عموم برهنه نمی‌شود؛ چون این رفتار با کرامت انسانی ناسازگار است. حتی مُردهٔ آدمی هم به حکم احادیث موجود از احترام و حرمت برخوردار است (عاملی، ۱۴۰۱ق: ج ۱۹، ص ۲۴۹). این احترام از آن او و به خاطر خود اوست، نه به اعتبار احترام به کسان و خویشاوندان وی. کرامت انسانی به این معنا هنجارین و از قضایای انشایی و باید - انگار است؛ انسان باید با کرامت باشد و کرامت او باید پاس داشته شود و در تعامل با وی باید به مقتضای کرامت عمل شود.

داوری‌های عقلایی دربارهٔ رفتار کرامت‌مدار یا کرامت‌ستیز از زمانی به زمانی و از جامعه‌ای به جامعهٔ دیگر متفاوت است. زیرا تلقی‌های بشری از مفاهیمی مانند حرمت، احترام، کرامت و اهانت مانا نیست. نمی‌توان همهٔ این تلقی‌ها را صرفاً از آن رو که در محیط پیدایش اسلام وجود نداشته، مردود دانست؛ بلکه تلقی‌های نوپیدا را باید از صافی اوامر و نواهی صریح یا ضمنی شارع گذر داد؛ زیرا پاسداری از کرامت انسان مطلوب شارع مقدس است. شهید اول در مقام شمارش فرق‌های حد و تعزیر تصریح کرده است که اهانت امری عرفی و از جایی به جای دیگر متفاوت است (بی‌تا: ج ۲: ص ۱۴۴).^۷ می‌توان



این اندیشه را توسعه داد و اذعان نمود که حدود نیز به نوعی برای تحقیر بزهکار اجرا می‌شود و اهانت ناشی از حد و تعزیر از این جهت تفاوتی ندارند. این گونه مفاهیم از جنس امور عرفی و عقلایی است و باب تغییر در آنها بسته به تفاوت عرفها متفاوت است. اینکه مجازاتی به عنوان حد یا تعزیر اعمال شود، از این جهت تفاوتی ندارد؛ هر چند احکام حد و تعزیر ممکن است متفاوت باشد.

اگر مجازات‌های بدنی را از صافی اصل کرامت انسانی عبور دهیم، به نظر می‌رسد آنها از این صافی عبور نمی‌کنند. فهم داوری عمومی مسلمانان، حتی مسلمانان متعهد، در این باره کار دشواری نیست؛ به ویژه با لحاظ این که امروزه تنبیه بدنی حتی در مورد حیوانات هم پذیرفتنی نیست. در این باره توجه به تغییرپذیری تلقی‌ها از رفتار کرامت‌مدار بسیار تعیین کننده است. اگر در خبری آمده باشد که مرتکب جرم خاصی را بتوان در چاه دستشویی غلطانید (ر.ک: عاملی، ۱۴۰۱ق: ج ۱۸، ص ۴۲۴)، تنها راه برای گریز از این دست اخبار خدشه در اعتبار سند آنها نیست. می‌توان گفت چنین رفتاری با بزهکار روزگاری عرفاً مقبول بوده و کرامت‌ستیز نبوده است؛ اما امروزه چنین رفتاری از آن رو که نقض کرامت مجرم است، روا و اجرشدنی نیست.

اجرای استصحاب در این گونه موارد برای تجویز مجازاتی که بنا به فرض کرامت‌ستیز است - خواه در ناحیه موضوع، خواه در ناحیه حکم - با اشکال جدی عدم وحدت متیقن سابق و مشکوک لاحق روبه‌روست. مجازات‌های بدنی امروزه موهن قلمداد می‌شوند و آنچه مورد تأیید شارع قرار گرفته، با این قید و ویژگی نبوده است. آنچه پیش‌تر تأیید شده، عرفاً مقبول بوده است؛ حال آنکه، همان کیفر امروزه، بنا به فرض، موهن و کرامت‌ستیز است.

با این حال، این راه همچنان برای دیدگاه مقابل گشوده است که اصل کرامت انسانی را همچون قاعده‌ای که حاکم بر ادله احکام اولی است قلمداد ننماید و مثلاً با تکیه بر اطلاق لفظی ادله اجرای حدود، اعمال تنبیهات بدنی را در هر حال ضروری بدانند. در این صورت، تغایر مجازات‌های بدنی با کرامت انسانی صرفاً یکی از مؤیدات تبدیل‌پذیری مجازات‌های بدنی خواهد بود.

۸. ناتوانی نوع شهروندان از تحمل مجازات های بدنی

روزگاری تنبیه بدنی برای واداشتن افراد به انجام وظایفشان یا سرزنش آنان برای کارهای ناروا به لحاظ اجتماعی و ذهنی کاملاً پذیرفتنی بود. حتی کودکان از زمانی که دوران جنینی را سپری می کردند، همراه با مادر باردارشان، که نوعاً تنبیه می شد، با تنبیه بدنی خو می گرفتند. آنها پس از تولد نیز از همان سنین طفولیت به دلایل مختلف و حتی برای گریه هایی که طبیعی بود، تنبیه بدنی می شدند. تنبیه بدنی کودک در جریان رشد طبیعی اش به خاطر انواع کوتاهی های کودکانه تداوم داشت. بزرگسالان هم به دلیل ارتکاب جرم و خلاف، تنبیه بدنی می شدند. مطالعه مجموعه وسیعی از قوانین بشری در شرق و غرب این را به ما می گوید (ر.ک: بادامچی، ۱۳۹۲؛ هافنر، ۱۳۸۴؛ ص ۲۱، ۶۰، ۶۲، ۷۲؛ دوست خواه، ۱۳۸۵؛ ج ۲، ص ۶۹۰؛ سلیمانی، ۱۳۸۴؛ ص ۲۸۱؛ بولک، ۱۳۸۲؛ ص ۳۷؛ لطفی، ۱۹۷۸؛ ص ۱۳۷).

اما امروزه خوشبختانه تنبیه بدنی از ساحت جامعه انسانی رخت بر بسته است. جامعه فراگرفته است که برای واداشتن انسان ها به انجام وظایفشان راه های دیگری هم وجود دارد. با تشکیل دولت های مدرن و گسترش امکانات نظارتی دولت ها بر شهروندان، راه های کنترل اجتماعی با شیوه های کنترل در جوامع بسیط گذشته قابل مقایسه نیست. شیوه های جدید کنترل ضرورتاً بی اشکال نیست؛ اما بسیاری از محذورات تنبیه بدنی را ندارد. در جوامع امروزی نه تن افراد و نه به ویژه روان آنها نوعاً تاب تحمل مثلاً صد تازیانه را ندارد. نوبالغ، نوجوان و میانسالی را که - سپاس خدای را - در تمام طول عمر حتی یک سیلی هم نخورده است، نمی توان یک باره به صد یا هشتاد تازیانه محکوم کرد. در موارد تکرار و تعدد جرم، مانند قذف افراد متعدد، گاه مقدار تازیانه از این اندازه هم افزون تر می شود. ناآمدگی روانی و بدنی برای تحمل چنین رنج فراوانی از یک سو محکومان را در معرض آسیب های بدنی و روانی که گاه ممکن است جبران ناپذیر باشد، قرار می دهد. کیفرهای ذکر شده در متون دینی آن زمان که تأیید شده این ویژگی را نداشته است تا بتوان حکم آنها را برای این زمان نیز استصحاب کرد. حتی می توان گفت همراهی مجازات های بدنی با آثار روانی نامطلوب در فضای فرهنگی جوامع کنونی مانند قرینه ای است که ظهور



نوعی تازه‌ای برای متون مربوط به مجازات‌های بدنی پدید می‌آورد و استظهار فقیه از این ادله را تغییر می‌دهد.^۸

از سوی دیگر، غیرقابل تحمل بودن نوع خاصی از کیفر اغلب راه را برای فرار از آن باز می‌کند. در این صورت، هم محکوم و هم کسان و نزدیکان وی می‌کوشند از هر راهی که شده برای فرار از کیفری که به فرض، قانونی است اما در عمل پذیرفتنی نیست، چاره‌جویی کنند. حتی دادرسان هم از حکم کردن به چنین مجازات‌هایی می‌پرهیزند. در حال حاضر در کشور ما، هم دادرسان کمتر به تنبیهات بدنی حکم می‌نمایند و هم در موارد حکم به تنبیهات بدنی، محکومان برای دریافت گواهی از پزشکی قانونی در تأیید ناتوانی از تحمل تازیانة اقدام می‌کنند. دادرسان هم این گواهی‌ها را می‌پذیرند و به مجازات‌های جایگزین حکم می‌نمایند. در نتیجه، در موارد قابل توجهی در عمل اصل قطعیت کیفر متزلزل می‌شود. البته، ممکن است افرادی، به‌طور استثنایی، تاب تحمل مجازات‌های بدنی را داشته باشند؛ بلکه آن را بر دیگر مجازات‌ها مانند حبس ترجیح دهند، زیرا گاهی این‌گونه مجازات راه را بر بزهکاری مجدد آنها نمی‌بندد و می‌توانند به‌آسانی به بزهکاری ثانوی بازگردند. جدا از این موارد، نوع آدمیان در زمانه ما به‌علت ساخت تربیتی و بدنی از تحمل مجازات‌های بدنی ناتوان‌اند. این امر مشکلاتی را برای نظام عدالت کیفری پدید می‌آورد. نمی‌توان گفت این کاستی نوعی هیچ اثری بر حکم مجازات‌های بدنی، که در متون دینی ذکر شده، ندارد.

با این حال، ممکن است کسی، هم به‌لحاظ موضوعی و هم به‌لحاظ حکمی، در آنچه گفته شد تردید کند و نه مردم را ناتوان از تحمل تنبیهات بدنی بداند و نه تأثیر این ناتوانی بر اجرای تنبیهات بدنی را بپذیرد. در این صورت، این وجه نیز همچون وجه پیشین از شمار ادله جواز تبدیل مجازات‌های بدنی خارج خواهد شد.

نتیجه‌گیری

مبانی فقهی روشنی وجود دارد که بر پایه آنها اجرا نکردن مجازات‌های بدنی موجه است. نمی‌توان امضایی بودن نوع مجازات‌هایی را که در متون دینی ذکر شده است، کم‌اهمیت

دانست. بنابر وجهی با انتفای رواج و شیوع موضوع حکم عقلایی، خود حکم نیز منتفی می‌شود. نتیجه عبادی و توقیفی نبودن مقوله مجازات گشوده بودن باب تغییر و تحولات عقلایی در آن است. به همین ترتیب، با توجه به مقصد نبودن مجازات و برخورداری آن از وجه ابزاری از نظرگاه عقلا، نمی‌توان تنبیهات بدنی را از احکام جاودان شریعت دانست. شواهد نشان نمی‌دهد که شارع مقدس اسلام در این باره راه خود را به کلی از عقلای جهان جدا کرده است. به لحاظ کارکرد نیز مجازات‌های بدنی در مقایسه با دیگر مجازات‌ها برجستگی خاصی ندارند تا بتوان گفت شارع مقدس نظر به آن ویژگی‌ها آنها را بر دیگر کیفرها ترجیح داده است. این واقعیت را که با توجه به تغییر و تحولات عقلایی در دو مقوله کیفر و شکنجه، ممکن است بر مواردی از تنبیهات بدنی عنوان شکنجه صادق بیاید، نمی‌توان انکار کرد یا کم‌اهمیت شمرد. به همین ترتیب، اینکه در آموزه‌های دینی بر کرامت انسانی تأکید شده و همزمان اجرای شمار زیادی از تنبیهات بدنی ممکن است با کرامت انسان ناسازگار باشد، می‌تواند بنا بر وجهی دلیل، و بنا بر وجهی دیگر مؤید تبدیل‌پذیری حدود باشد. نمی‌توان انکار کرد که تنبیهات بدنی همچنین موجب دین‌گریزی و بیزاری عمومی در عرصه داخلی و جهانی می‌شود. این مجازات‌ها به این اعتبار نیز می‌توانند متوقف شوند. بلکه به این اعتبار می‌توان از وجود اشکال شرعی در اجرای آنها سخن گفت.

جدا از این‌گونه جنبه‌ها، به لحاظ عملی نیز اجرای مجازات‌های بدنی با دشواری‌های جدی روبه‌روست. ناتوانی بدنی و ناآمدگی روحی - روانی نوع شهروندان برای تحمل کیفرهای بدنی راه را برای خودداری دادرسان از حکم به مجازات بدنی و گریز محکومان از کیفر باز می‌کند و اصل قطعیت کیفر را مخدوش می‌نماید. اگر این وجه دلیلی بر تبدیل‌پذیری حدود نباشد، دست کم مؤید آن است. نظام عدالت کیفری که در جرم‌انگاری و مجازات اصولاً آمرانه است، نمی‌تواند از یک سو بر گونه‌هایی از مجازات تکیه کند و همزمان راه را برای اجرا نکردن آنها باز بگذارد.

اجرا نکردن تنبیهات بدنی، حتی به‌عنوان حد، مصداق تعطیل حد نیست که در متون دینی از آن نهی شده است. مقصود از نکوهش تعطیل حد، کوتاهی در اجرای هر کیفر

عادلانه‌ای است، نه اصرار بر اجرای حدود اصطلاحی. لحاظ مصالحی که به جامعه اسلامی و مبارزه کم‌هزینه‌تر و کارآمدتر با بزهکاری باز می‌گردد و همزمان از ورود صدمه به چهرهٔ رحمانی شریعت پیشگیری می‌کند، هرگز مصداق تعطیل و تضییع حد نیست. به‌علاوه، اگر شارع بر اجرای حد تأکید دارد، همهٔ حدود و مقررات شرع را یک‌جا و نظام‌مند در نظر دارد. نمی‌توان پذیرفت که شارع مقدس اسلام بر اجرای عدالت اقتصادی و توزیع مالیات‌های شرعی میان نیازمندان تأکید ندارد، اما بر قطع دست اصرار می‌ورزد. اگر شریعت مجموعه‌ای نظام‌مند است، همهٔ اجزای آن در جریان یک رابطهٔ سازوار و سازگار باید اجرا شوند. اگر اجرای حدود برای دستیابی به عدالت کیفری است، عدالت کیفری از عدالت اقتصادی جدا نیست. در جامعه‌ای که زکات ستاندن از ثروتمندان و توزیع آن میان مستمندان به کلی منسوخ شده است، اصرار بر اجرای حدود موجه به نظر نمی‌رسد. سرانجام اینکه، مقتضای اصل و احتیاط هم در فرض وجود شبهه و شک در جواز اجرای مجازات‌ها تأکید بر اجرای آنها نیست. به حکم ادلهٔ استوار و پذیرفته‌شدهٔ فقیهان، بنای حدود بر تخفیف و تسهیل است. در سنت فقهی رایج هم فقیهان هرگونه شک و تردیدی در قلمرو مجازات‌ها را به‌نفع سهولت و آسان‌گیری تفسیر و تعبیر کرده‌اند. تأکید بر اجرای بی‌چون‌وچرای حدود و تنبیهات بدنی صرفاً با تکیه بر اطلاقات ادله درست به نظر نمی‌رسد. در مواردی تغییرات صورت‌گرفته در شرایط و اوضاع و احوال به گونه‌ای است که احتمال دخالت قید و خصوصیتی مانند رواج، شیوع و مقبولیت عقلایی در تشریح احکام مجازات‌ها قابل توجه است. ضمن اینکه احراز در مقام بیان بودن نسبت به برخی قیود و شرایط نیز دشوار است. برای مثال، نمی‌توان اطمینان کرد که شارع مقدس مطلقاً خواهان تنبیه بدنی است، حتی اگر عرفاً عنوان شکنجه بر آن صادق باشد. به همین ترتیب، نمی‌توان احراز کرد که شارع خواهان اجرای مجازات بدنی است، حتی اگر عرفاً مصداق نقض کرامت و حرمت انسانی باشد یا هدف از اجرای کیفر با گونه‌ای دیگر از کیفر هم برآورده شود. شیوه و روش فقیهان نیز چنین نبوده است که در موارد شک در دخالت قید یا خصوصیتی صرفاً با تکیه بر اطلاقات‌های ضعیف و لرزان حکم به کیفر دهند. به حکم «اصل عدم ولایت کسی بر دیگری» اعمال ولایت بر جان، مال و آبروی مردم به دلایل استوار نیاز دارد.

نظر به جهات پیش گفته از یک سو و گستردگی اختیارات حاکمیت اسلامی در چند و چون اجرای مجازات‌ها از سوی دیگر، به نظر می‌رسد جایگزینی مجازات‌های بدنی به لحاظ شرعی امکان‌پذیر است. هر چند سخن درباره جایگزین‌ها و مبانی شرعی انتخاب آنها به فرصت جداگانه‌ای نیاز دارد.

پی‌نوشت:

۱. در حدیث مناهی از پیامبر ﷺ آمده است: «وما زال جبرئیل یوصینی بالممالیک حتی ظننت أنه سيجعل لهم وقتاً إذا بلغوا ذلك الوقت أعتقوا» (عاملی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۶، ص ۲۰).
۲. با لحاظ این نکته بدهی عقلی که مرگب، هم به انتفای همه اجزایش و هم با انتفای یک جزئش منتفی می‌شود.
۳. برای ملاحظه نظر مخالف در این باره ر.ک: امام خمینی، ۱۳۷۳: ج ۱، ص ۳۹۰.
۴. روشن نیست که محقق اصفهانی این تفسیر و تحلیل از حکم امضایی را در تمام احکام و موضوعات امضایی بپذیرد. دور نیست که تقریر او بیشتر ناظر به جعل امارات و اصول باشد. برای ملاحظه نظر مخالف ر.ک: فیاضی، ۱۳۹۴: ص ۱۰۹.
۵. همان‌گونه که از لحن برخی فقیهان برمی‌آید (ر.ک: صاحب جواهر، ۱۹۸۱م: ج ۴۱، ص ۴۶۰) این دو قاعده یکی نیستند. محتوای قاعده ابتدای حدود بر تخفیف به وجهی اعم از قاعده درء است. مورد اجرای قاعده ابتدای حدود بر تخفیف اعم از وجود شبهه یا نبود آن است.
۶. برای مطالعه مجازات‌های بدنی از این چشم‌انداز، ر.ک: امور تحقیق و پژوهش کمیسیون حقوق بشر اسلامی ایران، «تأملی بر مجازات‌های بدنی از منظر فقه، قانون و موازین بین‌المللی»، قابل دسترس در:
<<http://www.ihrn.ir/images/Upload/mojazat%20badani.pdf>>
۷. لو إختلفت إلهانات فی البلدان روعی فی کل بلد عادته.
۸. برای ملاحظه بحثی درباره تأثیر یافته‌ها و کشفیات جدید بر نحوه دلالت الفاظ، ر.ک: علی اکبریان، ۱۳۹۵: ص ۴۲۶.

کتابنامه

۱. اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷۴ق)، نه‌ایة الدرایة فی شرح الکفایة، قم، سیدالشهداء، چاپ نخست.
۲. امور تحقیق و پژوهش کمیسیون حقوق بشر اسلامی ایران (۱۳۹۰)، «تأملی بر مجازات‌های بدنی از منظر فقه، قانون و موازین بین‌المللی»، قابل دسترسی در: <http://www.ihrm.ir>.
۳. ایازی، سیدمحمدعلی (۱۳۸۶)، «کرامت انسان و آزادی در قرآن»، بینات، ش ۵۶.
۴. بادامچی، حسین (۱۳۹۲)، قانون حمورابی، تهران، نگاه معاصر، چاپ نخست.
۵. بغدادی، محمدبن حبیب (۱۳۶۱ق)، المحبر، بی‌جا، مطبعة الدائرة.
۶. بولک، برنار (۱۳۸۲)، کیف‌شناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، مجد، چاپ سوم.
۷. حلی، جعفر بن حسن (محقق) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام، ج ۳، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۸. خسروشاهی، قدرت‌الله، «فلسفه مجازات از دیدگاه اسلام (۱)»، پژوهش‌های راهبردی، ش ۲۱ و ۲۲.
۹. _____، «فلسفه مجازات از دیدگاه اسلام (۲)»، پژوهش‌های راهبردی، ش ۲۳ و ۲۴.
۱۰. خمینی (امام)، سیدروح‌الله موسوی (۱۳۷۳)، مناهج الوصول إلى علم الأصول، ج ۱، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رضی‌الله عنه)، چاپ نخست.
۱۱. _____ (۱۳۸۵ق)، الرسائل، مع تزییلات لمجتبی الطهرانی، دو جلدی، ج ۱، قم، اسماعیلیان.
۱۲. دوست‌خواه، جلیل (۱۳۸۵)، اوستا، ج ۲، تهران، مروارید، چاپ دهم.
۱۳. زرکلی، خیرالدین (۱۴۱۰ق)، الأعلام، ج ۲، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ پنجم.
۱۴. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۴ق)، إرشاد العقول إلى مباحث الأصول، ج ۳، قم، مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام)، چاپ نخست.
۱۵. سلیمانی، حسین (۱۳۸۴)، عدالت کیفری در آیین یهود، قم، مرکز بین‌المللی گفت‌وگوی تمدن‌ها و مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، چاپ نخست.

۱۶. شاملو، باقر و نصیرباغیان، حسین (۱۳۹۰)، «اصول حاکم بر مجازات‌های بدنی»، تحقیقات حقوقی، ش ۵۶.
۱۷. شهابی خراسانی، میرزامحمود (۱۳۹۰)، قواعد فقه، تهران، دانشگاه تهران، چاپ پنجم.
۱۸. شهید اول (محمد مکی عاملی) (بی‌تا)، القواعد والفوائد، ج ۲، تحقیق عبدالهادی الحکیم، قم، مکتبه المفید (افست از چاپ ۱۴۰۰ ق نجف اشرف).
۱۹. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۹۸۱م)، جواهرالکلام، ج ۴۱، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۲۰. طباطبائی، سیدعلی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، ج ۱۵، قم، آل البيت، چاپ نخست.
۲۱. طباطبائی، سیدمحمدحسین (۱۳۹۳ق/۱۹۷۴م)، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲۰، قم، اسماعیلیان.
۲۲. عاملی، محمد (۱۴۰۳ق)، وسائل الشیعة، ج ۳، ۱۶، ۱۸ و ۱۹، تهران، اسلامیه، چاپ پنجم.
۲۳. عراقی، ضیاءالدین (۱۳۷۰ق)، بدایع الأفكار فی الأصول، ج ۱، تقریر میرزاهاشم آملی، نجف اشرف، المطبعة العلمية، چاپ نخست.
۲۴. علی، جواد (۱۹۷۸م)، المفصل فی تاریخ العرب قبل الإسلام، ج ۵، بغداد و بیروت، مکتبه النهضة و دارالعلم للملایین، چاپ دوم.
۲۵. علی اکبریان، حسن علی (۱۳۹۵)، درآمدی بر فلسفه احکام: کارکردها و راه‌های شناخت، قم، پژوهشکده فقه و حقوق، چاپ نخست.
۲۶. علیزاده، طباطبایی، سیدحسین (۱۳۹۵)، مبانی اخلاقی - فقهی ممنوعیت مطلق شکنجه (رساله دکتری به راهنمایی رحیم نوبهار)، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، دانشکده الهیات و فلسفه.
۲۷. عیاشی، مسعودبن عیاش (بی‌تا)، کتاب التفسیر، ج ۱، تهران، المکتبه العلمیه الإسلامیه.
۲۸. فیاضی، مسعود (۱۳۹۴)، «ماهیت احکام امضایی»، مطالعات اسلامی - فقه و اصول، ش ۱۰۲، ص ۱۰۹-۱۲۹.
۲۹. قلقشندی، احمدبن علی (بی‌تا)، صبح الأعشى فی صناعة الإنشاء، ج ۱، تحقیق محمدحسین شمس الدین، بیروت، دارالکتب العلمیه.



۳۰. قماشى، سعید (۱۳۹۴)، «کرامت انسانی، راهبرد استنباط احکام شریعت»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۸، ش ۱.
۳۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۷ق)، الفروع من الکافی، ج ۷، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ ششم.
۳۲. لطفی، مکى ابراهیم (۱۹۷۸)، «من التراث العراقى السحيق: شریعة حمورابى دراسة مقارنة بين الشریعة البابلیة والشرايع السماویة والقوانين المعاصرة الوضعیة»، مجلة القضاء، السنة ۳۳، الرقم ۱ و ۲، ص ۱۳۷-۱۸۶.
۳۳. متقى هندی، علاء الدین علی (۱۴۰۱ق/۱۹۸۱م)، كنز العمال، تحقیق بکری حیانی و صفوة السقا، بیروت، مؤسسة الرسالة، چاپ پنجم.
۳۴. مجلسی، محمد باقر (۱۹۸۳م)، بحار الأنوار، ج ۵۴، بیروت، مؤسسة الوفاء، چاپ دوم.
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۶)، بازخوانی فقهی امر به معروف و نهی از منکر و اجرای حدود، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۷)، أنوار الفقاهة (کتاب الحدود و التعزیرات)، قم، مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام، چاپ نخست.
۳۷. _____ (۱۴۲۸ق)، أنوار الأصول، ج ۲، تقریر احمد قدسی، قم، مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام.
۳۸. منتظری، حسین علی (۱۳۸۷)، مجازات های اسلامی و حقوق بشر، قم، ارغوان دانش، چاپ نخست.
۳۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۳۹۲)، حقوق و دادرسی کیفری در آیین فقه، ج ۱، قم، رادنگار، چاپ نخست.
۴۰. _____ (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱، قم، جامعه المفید، چاپ دوم.
۴۱. نوبهار، رحیم (۱۳۸۱)، «به سوی مجازات های هرچه انسانی تر»، مجموعه مقالات همایش بین المللی حقوق بشر و گفتگوی تمدن ها، قم، دانشگاه مفید.
۴۲. _____ (۱۳۸۴)، «دین و کرامت انسانی»، مجموعه مقالات همایش بین المللی مبانی نظری حقوق بشر، قم، دانشگاه مفید.

۴۳. _____ (۱۳۸۹ ب)، اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، تهران، شهر دانش، چاپ نخست.

۴۴. _____ (۱۳۸۹ الف)، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ نخست.

۴۵. _____ (۱۳۹۳)، «از تعطیل حد تا الغارایی کیفری»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، ش ۴.

۴۶. نیشابوری، مسلم بن الحجاج (۱۴۲۲ ق)، صحیح مسلم، بیروت، المكتبة العصرية، چاپ نخست.

۴۷. هافنر، هری (۱۳۸۴)، قانون‌نامه‌ای از آسیای صغیر، ترجمه فرناز اکبری رومنی، با دیباچه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات حقوقی، چاپ نخست.



تبدیل ناپذیرے حدود (مجازات ہاے بدنے معین) در اسلام

محمد علی خادمی کوشا*

چکیده

برخی حدود و مجازات‌های بدنی معین شده برای جرائم خاص پیشینه‌ای بسیار پیش تر از اسلام دارند. رسول گرامی اسلام ﷺ نیز بر اجرای بدون تغییر آنها تأکید و با تبدیل آنها از سوی یهودیان اطراف مدینه مخالفت کرده‌اند. با وجود این، امروزه شنیده می‌شود افرادی دیدگاه تبدیل مجازات را مطرح می‌کنند. از آنجاکه ثبات و تبدیل ناپذیری حدود اسلامی (به‌عنوان حکم اولی) مطابق صناعت فقهی و از مسلمات همه فرقه‌های اسلامی است، تردیدی درباره آن وجود نداشته تا به اثباتش پرداخته شود. به همین دلیل، به‌نظر می‌رسد دیدگاه مذکور بدون توجه به پیشینه و بی دسترسی کامل به دلایل ثبات حدود طرح شده است. از این رو، برای امکان قضاوت درباره چنین دیدگاهی، بررسی و تقریر ادله‌ای که می‌تواند مبنای نظر فقیهان باشد، هرچند به‌اختصار و به میزان یک مقاله، ضروری به‌نظر می‌رسد. بر این اساس، این مقاله برای نخستین بار ۱۷ دلیل و قرینه ارائه داده است. این موارد طبق صناعت فقه و فلسفه احکام، اصول فقه و کلام می‌توانند بیانگر تبدیل ناپذیری حدود باشند.

کلیدواژگان: حدود، مجازات بدنی، مجازات معین، مجازات اسلامی.

خورشید اسلام با پرتوهای فطرت و عقلانیت توانست در مطلع زیبایش دل‌های بسیاری را روشن و در مدتی اندک، امتی بسیار را شیفته طلوعش گرداند. در آغاز شکل‌گیری خود، ضمن مخالفت با بسیاری از رسوم رایج، جرائم و مجازات‌هایی را تعریف نمود که می‌توانست مانع ورود به دین اسلام باشد؛ ولی با این همه، گرایش به اسلام از فرد فرد به گروه‌گروه افزایش یافت.

گرایش به اسلام از همان آغاز با مخالفت افکار جاهلی روبه‌رو شد. برخی عبادات مانند نماز، روزه، زکات و برخی محرمات، به‌ویژه مجازات برای انجام عادت‌های جاهلی مانند نوشیدن شراب و انجام زنا، می‌توانست بهانه‌ای برای ممانعت از دین باشد. به همین دلیل گاهی در اخبار تاریخی از روی‌گردانی شیفتگان اسلام ناب به‌خاطر ناتوانی از ترک شراب می‌شنویم. نمونه روشن آن شاعر بلندآوازه عصر جاهلیت به نام اَعشی است که با سرودن شعری در مدح پیامبر ﷺ راهی دیدار ایشان شد؛ اما وقتی برخی دشمنان، حکم اسلام درباره شراب را به او گوشزد کردند، به‌خاطر عادت به شراب از پذیرش اسلام سر باز زد (شیخ طوسی، ۱۳۷۵ق: ص ۱۷۳؛ راوندی، ۱۴۰۹ق: ج ۳، ص ۹۹۳). حتی گروهی به‌خاطر نماز حاضر نبودند اسلام را بپذیرند (طوسی، ۱۴۱۴ق: ص ۵۰۵). اما پیامبر ﷺ هرگز از احکام دین دست برنمی‌داشت تا مردم به دین متمایل شوند.

امروزه، گذشته از انگیزه‌های گوناگون در برخورد با احکام اسلامی، حس بشردوستی و احساسات پاک بشری بهانه برخی مخالفت‌ها با مجازات اسلامی شده است. برآثر این موضع‌گیری‌ها مشاهده می‌شود که در دهه‌های اخیر سخن از تبدیل مجازات در میان تحصیل‌کردگان اسلامی به‌میان آمده است. آنان در برخی نشست‌ها یا محافل روشنفکری این‌گونه بیان می‌کنند که امروزه باید مجازات‌های معین شرعی مورد دستور و عمل پیامبر ﷺ به مجازات‌های پذیرفتنی عصر حاضر تبدیل شوند؛ همچنین، با اذعان به ناممکن بودن تعطیل مجازات‌ها بر اساس منابع دینی، پیشنهاد تبدیل‌شان را برخلاف تعطیل آنها قابل‌طرح دانسته‌اند.

امکان تغییر و تبدیل تعزیرات از نوع مجازات بدنی تاکنون در کتاب‌ها و تألیفات مختلف بررسی فقهی شده است و از این رو ضرورت تحقیق ندارد. باوجود این، در کتب فقهی ثبات مجازات حدی به شکل مسلمات رها شده و فکر تبدیل حدود بیشتر به دلیل کم‌توجهی به ادله ثبات حدود مطرح شده است. بنابراین ضرورت دارد که نخست پژوهشی درباره ادله تبدیل ناپذیری حدود، هرچند به اختصار، انجام شود. از این رو، موضوع این مقاله ادله حکم اولی تبدیل ناپذیری حدود یا همان مجازات بدنی معین در اسلام است. به این منظور، ضمن توجه به ماهیت مجازات اسلامی و نگاهی تاریخی به تبدیل و تغییر مجازات بدنی، ادله ثبات حدود و تبدیل ناپذیری آنها را بررسی خواهیم کرد.

۱. کلیات

پیش از ورود به بررسی فقهی تبدیل مجازات، لازم است کلیاتی درباره موضوع و مفهوم و ماهیت مجازات در اسلام و اصول اساسی تأثیرگذار در بحث بیان شود. این کلیات نقش سازنده‌ای در روند علمی بحث دارند.

۱-۱. تبدیل حدود فراتر از تعطیل آن

منظور از تبدیل مجازات به حکم اولی این نیست که مجازاتی جایگزین مجازات تصریح شده در کتاب و سنت تحت هر عنوان ثانوی یا حکومتی شود؛ بلکه منظور این است که مجازات به‌گونه‌ای جعل شود که شکل و کیفیت معینی نداشته باشد، مثلاً تابع عرف زمانه باشد. در نتیجه، مجازات بدلی، در حقیقت، جایگزین حد نیست؛ بلکه خود حد است که ملازم با تعطیل حدود مصرح است.

می‌دانیم که ترک اجرای مجازات اسلامی بدون مجوز شرعی، اگر در قالب تعطیل حدود باشد، جرم است؛ اما اگر در قالب تبدیل مجازات باشد، افزون بر جرم مذکور، به‌جهت وضع مجازات جدید، جرائم دیگری مانند تصرف در حقوق انسان و بدعت در دین انجام می‌گیرد. در صورتی هم که بخواهیم با مجوز شرعی دست به تبدیل مجازات بزنیم، اگر به‌عنوان حکم اولی باشد، به ادله قوی‌تر از ادله تعیین مجازات نیازمندیم و اگر به‌عنوان حکم حکومتی باشد، به مصالحی مهم‌تر از مصالح تعیین حدود نیاز است.

۲-۱. شناخت حدود و رابطه آن با جرم و کرامت انسانی

به طور کلی، مجازات یا بر جسم انسان واقع می‌شود، که مجازات بدنی خوانده می‌شود، یا بر غیر آن. مجازات بدنی در اسلام دارای دو گونه است: یکی در منابع فقه به نام «حدود» شناخته شده است و دومی با نام تعزیر.

۱-۲-۱. مفهوم مجازات بدنی (حدود و تعزیر)

حدود جمع «حد» و در لغت به معنای منع (جوهری، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۴۶۳) است. در اصطلاح شرعی مجازاتی را می‌گویند که فقط بر بدن مجرم انجام می‌شود و مقدار آن در اسلام مشخص شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ج ۶، ص ۸۵؛ همو، ۱۴۱۲ق: ج ۹، ص ۱۷۲؛ سیوری، ۱۴۲۵ق: ج ۴، ص ۳۲۷).

گفته شده معنای اصطلاحی از همان معنای لغوی (معنای اسم فاعلی حد) گرفته شده است، زیرا موجب منع از بازگشت به گناه می‌شود (جوهری، همان؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۳۲۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۵، ص ۴۳۳). البته، با توجه به اینکه تعزیر نیز بازدارنده است، چه بسا برای تفاوت حد و تعزیر معنای اسم مفعولی (محدود و ممنوع) لحاظ شده باشد؛ زیرا مقدار آن بیان شده و تغییر آن ممنوع است و در برخی روایات نیز با این ویژگی توصیف شده است: «حُدُودٌ حَدَّهَا لِلنَّاسِ وَ بَيَّنَّهَا» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۱، ص ۴۴۵).

تعزیر در لغت، زدن کمتر از مقدار حد و از مصادیق تأدیب است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق: ج ۱، ص ۳۵۱؛ جوهری، همان: ص ۷۴۴). در اصطلاح شرعی نیز عقوبتی است که غالباً مقداری برای آن تعیین نشده است (شهید ثانی، همان). البته، برخی معتقدند این واژه اصطلاح نیست و در معنای لغوی استعمال شده است (مکارم، ۱۴۲۵ق: ص ۲۵).

۲-۲-۱. حقیقت شرعی و توقیفی بودن حدود

واژه «حد» در برخی روایات به معنای مطلق عقوبت به کار رفته است؛ اما از کاربرد آن در روایات بسیاری به معنای مجازات معین بدنی، به ویژه از قرار دادن آن در مقابل تعزیر، مثل «التعزیر دون الحد» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۴۱؛ کوفی، بی تا ص ۱۳۵؛ شیخ صدوق، ۱۳۸۶ق:

ج ۲، ص ۵۳۸؛ مغربی، ۱۳۸۵ق: ج ۲، ص ۵۱۳) برمی آید که این واژه در اسلام غیر از مطلق عقوبت است و دارای حقیقت شرعی یا دست کم حقیقت متشرعی در عصر ائمه علیهم السلام است و اصطلاح فقهی مستحدثی در میان کتاب‌های فقهی نیست. به همین دلیل، فقیهان برای این واژه تعریف شرعی بیان کرده‌اند (سیوری، ۱۴۰۴ق: ج ۴، ص ۳۲۷؛ همو، ۱۴۲۵ق: ج ۲، ص ۳۳۸؛ طباطبائی، ۱۴۰۹ق: ج ۳، ص ۳۳۱). برخی دیگر نیز علاوه بر آن به حقیقت شرعی بودن آن تصریح کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۳۴۶؛ گلیایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱، ص ۱۴۵).

از تعریف حدود در متون فقهی پیداست که معین بودن و تغییرناپذیر بودن حد، رکنی اساسی در مفهوم آن و وجه تمایزش با مجازات‌های دیگر است. در نتیجه، هرگونه تغییر در مقدار و کیفیت آن موجب خروج از صدق عنوان است. به همین دلیل، مجازات حدی از نظر فقیهان کاملاً توقیفی است؛ یعنی مقدار آن همانند اسباب آن متوقف بر بیان شارع و براساس دلیل شرعی امکان‌پذیر است.

۱-۲-۳. ماهیت حدود (مجازات بدنی معین)

شواهدی از قرآن و روایات بیانگر این هستند که برخی مجازات‌ها جنبه عبرت و بازدارندگی دارند. بسیاری از تعزیرات در روایات با تعبیر «نکالاً» آورده شده است (برای نمونه، ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۴۲ و ۳۰۳). «نکال» به معنای مایه عبرت و بازدارنده برای غیر است (جوهری، ۱۴۱۰ق: ج ۵، ص ۱۸۳۵). برخی مجازات‌ها، افزون بر عبرت و بازدارندگی، جنبه جزا و عوض بودن برای گناه را دارند. در نتیجه، با اجرای این مجازات در دنیا مجازاتی در آخرت درباره آن گناه برای فرد گناهکار نیست. مثلاً در قرآن (مائده: ۳۸) حدّ سرقّت از این دسته شمرده شده است. عبارت «جَزَاءٌ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ» به زیبایی، نخست، با ذکر «جَزَاءٌ» جنبه عوض بودن در برابر جرم را بیان کرده است و سپس جنبه بازدارندگی و عبرت با واژه «نَكَالًا» ذکر شده است که معنای آن ذکر شد. واژه «جَزَاءٌ» نیز به معنای بدل و جایگزین است (صاحب‌بن‌عباد، ۱۴۱۴ق: ج ۷، ص ۱۵۱). به همین دلیل، برخی گفته‌اند حدّ محاربان با تعبیر «جَزَاءٌ» در قرآن (مائده: ۳۳) اشاره به عوض بودن آن دارد (مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق: ص ۴۰۸).



افزون بر شواهد قرآنی مذکور، براساس روایات پرشماری (که فراوانی آنها بی‌نیازکننده از بررسی سندی است)، اجرای حدود در دنیا جایگزین عذاب آخرت است و گناه دارای حد، بعد از اجرای حد، «ذنب مغفور» نامیده شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۲، ص ۴۴۳). حد نیز «طهور» و پاک‌کننده از گناه معرفی شده است (مغربی، بی‌تا: ج ۱، ص ۷۲). همچنین، امیر مؤمنان علیه السلام حدود را کفاره گناه دانسته و از لعن مجرم حدخورده نهی فرموده‌اند (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۲۵؛ همو، ۱۳۸۶ق: ج ۲، ص ۵۴۰؛ مغربی، ۱۳۸۵ق: ج ۲، ص ۴۴۶).

ماهیت جزا بودن حدود مورد متفاهم اصحاب است. به همین دلیل، مجرمان باوجود توبه، برای اطمینان از پذیرش آن و قطع به نجات از عذاب آخرت، از پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم تقاضای تطهیر و اجرای حدود داشتند و ایشان می‌پذیرفتند (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۱۸۵). این روش پس از پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم در برابر خلفا و به‌ویژه امیر مؤمنان علیه السلام نیز وجود داشت. البته، هیچ‌گاه پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم به اقرار سفارش نمی‌کردند؛ بلکه توبه را در نهان (بدون اعتراف نزد قاضی) بهتر می‌دانستند (همان).

ماهیت دیگر مجازات، دلالت داشتن بر بزرگی گناه است. به فرموده امیر مؤمنان علیه السلام، اقامه حدود به‌منظور بزرگ داشتن گناهان است (سید رضی، ۱۴۱۴ق: ص ۴۵).

۱-۲-۴. انطباق حدود با واقعیت جرم

به‌اقتضای عدالت الهی و معارف قرآنی («جَزَاءُ سَيِّئَةٍ بِمِثْلِهَا» (یونس، ۲۷)) هر جزا باید با واقعیت جرم و گناه انطباق و مماثلت داشته باشد (غافر: ۴۰). انطباق مجازات با جرم در آخرت کاملاً رعایت شده است، زیرا آثار تکوینی و وضعی گناهان و بلکه عین گناهان در صورت‌های واقعی آنها هستند. آیا جزای گناهکاران در آخرت جز همان عمل آنها است؟ (نمل: ۹۰). راز سازگاری عذاب‌های طاقت‌فرسای آخرت با عدالت و رحمت الهی در همین نکته است که عذاب آخرت بسته‌ای فراهم شده ازسوی خدا نیست؛ بلکه همین گناهان‌اند که در آخرت پرده انداخته‌اند. باوجود این، عذاب این دنیا تشریعی است و به‌اقتضای عدالت. ازآنجا که گناهان با هم متفاوت‌اند، مجازات آنها نیز متفاوت خواهد بود. دانستیم که مجازات حدی مجازاتی است که جزا و عوض گناه است که به‌جای عذاب آخرت قرار

داده شده است؛ بنابراین، باید کاملاً مماثل با جرم باشد. کسی جز خدا نمی‌داند مجازات «مثل» برای جرائم حددار چیست.

البته، دربارهٔ تعزیرات هم جز خدا کسی نمی‌تواند سقف مشخصی برای آن تعیین کند. تعیین سقف مجازات برای رعایت این نکته است که مجازات نباید بیش از جزا و عوض جرم باشد؛ زیرا به‌گفته برخی فضلا، مراعات تناسب جرم و مجازات، در حقیقت، از اصل مقابله‌به‌مثل ناشی می‌گردد (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق: ج ۳، ص ۴۸۴).

۱-۲-۵. رابطهٔ جرم و مجازات با کرامت ذاتی و اکتسابی انسان

بدیهی است که هر مجازات، به‌جهت ایجاد محدودیت، برخلاف کرامت ذاتی انسان است. گناه به‌عنوان سبب مجازات، در دنیا و آخرت مانع کرامت ذاتی انسان است و مرتکب جرم در جهت خلاف کرامت خود حرکت می‌کند؛ همچنین، براساس ماهیت دیگر مجازات، که قبلاً گفتیم، نشان‌دهنده زشتی گناه و ناسازگاری آن با کرامت اکتسابی انسان است. از سوی دیگر، گناهکار با آگاهی از عوض بودن برخی مجازات‌ها (مجازات حدی) اطمینان دارد اگر مجازات شود، از زشتی گناه پاک می‌شود و به آزادی و کرامتش بازمی‌گردد؛ حتی اگر مجازاتش مرگ باشد، در آخرت آزاد است. ایجاد این بینش در صدر اسلام از موفقیت‌های پیامبر ﷺ بود. این نگاه گاهی در میان برخی مجرمان به‌صورت افراطی ظهور می‌کرد و موجب اقرار و مراجعهٔ مجرمان برای مجازات و تقاضای تطهیر می‌شد؛ باوجود اینکه پیامبر ﷺ به توبه و استتار سفارش می‌کردند (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۱۸۵).

بنابراین، هر جرم با کرامت ذاتی و اکتسابی انسان رابطهٔ معکوس دارد. مجازات حدی پس از اجرای آن با کرامت ذاتی و اکتسابی انسان رابطهٔ مستقیم دارد (باوجود ناسازگاری اولیه با کرامت ذاتی)؛ زیرا در دنیا و آخرت موجب آزادی (کرامت ذاتی) و باعث پاکی انسان (کرامت اکتسابی) می‌گردد. در روایات نیز ترک گناه نتیجهٔ توجه به کرامت نفس است: «مَنْ كَرَمَتْ عَلَيْهِ نَفْسُهُ لَمْ يُهِنْهَا بِالْمَعْصِيَةِ» (نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۱۱، ص ۳۳۹) و کرامت نفس موجب خواری و زبونی شهوات است: «مَنْ كَرَمَتْ عَلَيْهِ نَفْسُهُ هَانَتْ عَلَيْهِ شَهْوَاتُهُ» (سید رضی، ۱۴۱۴ق: ص ۴۹۷).

۳-۱. خروج حکم ثانوی و حکومتی از محل بحث

مطابق قاعده، در تراحم احکام در صورت ناتوانی از انجام دو یا چند حکم، باید حکم مهم‌تر مقدم شود؛ همچنین، در صورت عروض حالات ثانویه، باید حکم ثانوی مقدم شود. تشخیص جریان قاعده در موارد خاص مجازات‌ها برعهده قاضی و در موارد کلی و کلان، مثل وضع قوانین، برعهده حاکم اسلامی است. مثلاً در اجرای مجازات بر مریض، قاضی باید اجرای حد را به تأخیر اندازد یا به زدن یک ضربه (شامل یک دسته تازیانه به تعداد ضربات حد) بسنده کند (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۴۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۵، ص ۲۰۳).

نمونه روشن تعطیل یا تأخیر اقامه حد (نه تبدیل مجازات) این است که امیر مؤمنان علیه السلام برای جلوگیری از گرایش به دشمنی از اجرای حد بر مجرم پیش از خروج از سرزمین کفار خودداری می‌کرد (شیخ صدوق، ۱۳۸۶ق: ج ۲، ص ۵۴۵). در این گونه موارد، حکم اولی اسلام به قوت خود باقی است و فقط در مقام اجرا به علت تراحم با حکم مهم‌تر کنار گذاشته شده است.

با توضیح فوق روشن می‌شود که آنچه موضوع سخن است، تبدیل مجازات بدنی به عنوان حکم اولی است. تغییر مجازات به صورت موردی یا به عنوان حکم حکومتی، که با سنجش اهمیت مصالح ازسوی حاکم صالح و به شکل موقت انجام می‌شود، از محل بحث خارج است و تابع ضوابط احکام حکومتی است.

۴-۱. ابتدای بحث تبدیل مجازات بر جواز اقامه حدود در عصر غیبت

برخی فقیهان اقامه حدود را در غیبت امام جایز ندانسته یا تفصیل داده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۳۰۰؛ شیخ بهائی، ۱۴۲۹ق: ص ۴۰۹)، ولی در همین حال اجرای تعزیر را جایز می‌دانند (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۳۹۵). از این رو، چه بسا گمان شود این فقیهان در شمار کسانی هستند که تبدیل حدود را جایز می‌دانند. اما این گمان جایی ندارد و نظر این فقیهان به تبدیل حدود ربطی ندارد، زیرا در تبدیل حدود لازم است اصل اجرای حدود ثابت باشد و برای اجرای حدود، مجازات‌هایی به عنوان حدود مورد نظر شارع تعیین شود. در حالی که در نظر ایشان، شرایط اقامه حدود فراهم نیست؛ در نتیجه، موضوعی برای

اصل حدود باقی نمی‌ماند تا سخن از تبدیل آن به میان آید (سالبه به انتفای موضوع). حکم به تعزیر نیز به جهت وجوب تعزیر در هر معصیتی است که بسیاری فقیهان تصریح کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۰، ص ۵۴۴؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۶، ص ۶۳).

۱-۵. غیرروشمند بودن بررسی مجازات دینی با اندیشه غیردینی

در اندیشه دینی، هر مجازاتی که افزون بر عقوبت عقلایی دارای جنبه جزا و عوض است (مثل دیگر احکام شرعی برآمده از منبع الهی و با مقاصدی فراتر از دانش بشری)، براساس شناخت واقعی انسان و جرم، و آثار مادی و معنوی آن شکل گرفته است؛ همچنین، با درنظر گرفتن سه حوزه حقوق (حق خدا، حق فرد و حق جامعه) بنا نهاده شده و با بهره‌گیری از منابع معصومان علیهم‌السلام و دلایل محتوم به دست آمده است.

بررسی کامل احکام و مجازات زمانی روشمند و عقلایی خواهد بود که به منابع و مبانی و آثار آنها و ماهیت جرائم توجه شود. از آنجاکه اندیشه غیردینی به منابع ماورایی احکام دینی باور ندارد، نمی‌تواند احکام دینی را بررسی یا داوری کند. در نتیجه، حتی اگر این اندیشه شیوع جهانی بگیرد، نمی‌تواند معیار قضاوت درباره مجازات دینی باشد.

۱-۶. تقریر مجازات ادیانی توسط پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و مخالفت با رسوم جاهلی

امروزه برای هموار نمودن مسیر تبدیل مجازات شرعی چه‌بسا این اتهام به دین مبین اسلام زده می‌شود که حکم مجازات بدنی در اسلام برگرفته از رسوم رایج جاهلیت به قید رواج آنهاست و به قصد تعیین نبوده است. معنای این سخن آن است که پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم، نه به خاطر حکم خدا، بلکه صرفاً به جهت رایج بودن رجم و کشتن مجرم حاضر شده‌اند مؤمن گناهکار را بکشند و اگر رایج نبود این کار را نمی‌کردند! آیا این با اصول اعتقادی و شناخت مسلمان از دین و پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم سازگار است؟

ادعای ریشه داشتن مجازات اسلام در رواج جاهلی ادعایی بزرگ و به همان اندازه نادرست است؛ زیرا نه تنها برخی از مجازات‌های بدنی رایج نبود، بلکه گروه‌های بزرگی از یهودیان و دیگران نیز با آنها مخالف بودند. حتی گاهی ابلاغ برخی از مجازات‌های بدنی



به‌خاطر مخالفت با عرف رایج جاهلی و ضعف مسلمانان به تأخیر انداخته شد و پس از قدرت اسلام ابلاغ شد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۶۷). در شهر مدینه، به‌جهت حضور یهودیان و برخی مسیحیان، بخشی از مجازات‌های مشترک ادیان ابراهیمی با اسلام وجود داشت؛ اما در همین موارد هم مجازات اسلامی با آنچه در میان آنان رایج بود، تفاوت داشت؛ مثل مجازات زناى محصنه که حکم اسلام درباره آن با حکم تورات یکی بود، اما یهودیان مدینه و اطراف آن به گونه‌ای دیگر عمل می‌کردند. در قسمت «یهود، پیشگامان تبدیل حدود» در این باره خواهیم گفت.

درباره مجازات سرقت در تفسیر قرطبی بدون ذکر سندی آمده است: نخستین کسی که به مجازات قطع دست برای سارق حکم داد ولیدبن مغیره بود که اسلام آن را تقریر کرد (قرطبی، ۱۴۰۵ق: ج ۶، ص ۱۶۰). اما این سخن ضمن اینکه بر رایج نبودن این مجازات دلالت دارد، بر تأسیس آن از سوی ولید دلالتی ندارد؛ بلکه با توجه به اینکه نخستین مجازات سرقت مربوط به سرقت هدایای کعبه در عهد تولیت عبدالمطلب ثبت شده است (ابن کثیر، ۱۴۱۲ق: ج ۲، ص ۵۷؛ شقیطی، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۳۳)، می‌توان گفت: عبدالمطلب به دلیل اینکه از حنفای مکه بود، در پی اجرای حکم ادیان ابراهیمی بود؛ در نتیجه، برای قضاوت درباره آن سرقت به ولیدبن مغیره، که از بزرگان علمی و از قضات معروف عرب بود (مجلسی دوم، ۱۴۱۰ق: ج ۱۷، ص ۲۱۱)، مراجعه کرد تا ولید براساس آگاهی خود از ادیان ابراهیمی قضاوت کند.

افزون بر این، مجازات سرقت در عربستان و نقاط جهان متفاوت بود: سرقت اموال در تورات یهودیان مجازات مالی داشت؛ در روم گاهی حکم دزدی علنی تازیانه و گاه به بردگی گرفتن و گاهی هم قطع هر دو دست بود (که بعدها در دوره قانونگذاری همه اینها برداشته شد)؛ در مناطق دیگر گاهی به‌طور کلی در اروپا مجازات سرقت بیش از یک سکه، کشتن سارق بود؛ همچنین، در فرانسه مجازات سرقت و قتل، در آغاز، پرداخت جریمه نقدی بود و پس از بازدارنده نبودن آن، برای برخی سرقت‌ها قطع اعضا و برای سه بار تکرار آن، کشتن سارق را قرار دادند (مرعشی نجفی، ۱۴۲۴ق: ص ۲۴). این موارد نمونه بسیار اندکی از مجازات بدنی در غیر از اسلام است.

گذشته از اینها، باوجود اینکه اعراب جاهلی برائرت فاصله گرفتن از آموزه‌های پیامبران علیهم‌السلام به خرافات و جاهلیت مبتلا شده بودند، اما با توجه به وجود حنفا و یهود و نصارا در عربستان، بخش زیادی از احکام رایج عرب در عبادات و معاملات، اعم از نکاح و طلاق و سیاسات، برگرفته از احکام ادیان ابراهیمی بود.

روایتی از امام صادق علیه‌السلام نقل شده است که در آن از ایشان مقایسه بین عرب و مجوس از جهت نزدیکی به دین الهی پرسیده شد. امام علیه‌السلام در پاسخ، عرب جاهلی را نزدیک‌تر دانسته و مواردی از سنت‌های دینی رایج میان عرب را برمی‌شمرند، مانند غسل جنابت، ختنه کردن، غسل و کفن میت، دفن و گذاشتن سنگ لحد، تحریم ازدواج با محارم و تعظیم بیت‌الله الحرام. ایشان این امور را منطبق با آموزه‌های انبیا علیهم‌السلام خوانده‌اند که عرب جاهلی آنها را حفظ کرد، اما مجوس رعایت نکرد (طبرسی، ۱۴۰۳ق: ج ۲، ص ۳۴۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۱۷۸). این همه گویای این است که برخی رسوم عرب پیش از اسلام در جاهلیت ریشه ندارد؛ بلکه ریشه‌اش در ادیان آسمانی است و اسلام برخی را فقط امضا و تقریر کرده است.

۷-۱. یهود، پیشگامان تبدیل حدود

اخبار تبدیل حدود به دست برخی یهودیان و مخالفت آنها با پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و مخالفت پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم با تبدیل حدود از راه‌های گوناگون و در موارد متعدد، به اندازه‌ای زیاد است که جایی برای تردید باقی نمی‌گذارد. باوجود مجازات رجم برای زناکاران در تورات یهودیان، هرگاه شخص مجرم از جایگاه اجتماعی قابل توجهی برخوردار بود، از اجرای مجازات رجم طفره می‌رفتند و بالاخره زناکار را چهل تازیانه می‌زدند و چهره‌اش را سیاه کرده بر الاغی سوار نموده، او را می‌گرداندند (سیوری، ۱۴۲۵ق: ج ۲، ص ۳۴۳؛ نیشابوری، بی‌تا: ج ۵، ص ۱۲۳؛ نووی، بی‌تا: ج ۱۹، ص ۴۲۰). پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم با تأکید بر اجرای حدود و دستور اجرای رجم، تلاش خود را «احیای سنت» نامیدند (مالک‌بن‌انس، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۸۹۱؛ سرخسی، بی‌تا: ص ۴۱؛ طبرانی، بی‌تا: ص ۲۰۰).

در روایتی از امام باقر علیه‌السلام و برخی صحابه آمده است: وقتی اشراف‌زاده‌ای از زنان یهود

خیبر مرتکب زنا شد، بزرگان یهود از اجرای حکم رجم کراهت داشتند و برای تبدیل مجازات زنا در پی رخصتی از پیامبر ﷺ بودند. حتی وقتی پیامبر ﷺ حکم به رجم دادند، نپذیرفتند. در نهایت، پیامبر ﷺ با سوگند دادن علمایشان و احتجاج به تورات ایشان، از آنها خواست حکم تورات را اظهار و به آن تن دهند و از تغییر احکام الهی بپرهیزند. جالبتر اینکه در همین مورد آیات ۱۵ تا ۱۶ سوره مائده نازل گردید و دستور به پیروی از حکم الهی داده شد (احسائی، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۱۵۴؛ سیوری، ۱۴۲۵ق: ج ۲، ص ۳۴۳؛ نیشابوری، بی تا: ج ۵، ص ۱۲۳؛ ابن ماجه قزوینی، ج ۲، بی تا: ص ۸۵۵).

۲. ادله و شواهد تبدیل ناپذیری حدود در اسلام

تسالم فقیهان فرقه‌ها و مذاهب اسلامی درباره ثبات و تغییر ناپذیری حدود، این حکم را شبیه بدیهیات و ضروریات دین قرار داده است؛ به گونه‌ای که دین اسلام حتی نزد غیرمسلمانان بدون این حدود شناخته شده نیست و اختلافات موجود فقط در شرایط مجری و اجرای حدود است.

افزون بر این، ادله و قرائن و اصول مسلم در فقه و اصول به اندازه‌ای زیاد است که راهی برای خطور تبدیل حدود به ذهن باقی نمی‌گذارد. در ادامه، فقط به ۱۷ مورد از این ادله و قرائن نگاهی گذرا می‌افکنیم:

۲-۱. ظهور عنوان در موضوعیت آن

یکی از قواعد لفظی عقلایی و مورد توجه فقیهان در استنباط از آیات و روایات، قاعده ظهور عنوان در تمام الموضوع بودن عنوان است. این ظهور فراتر از ظهور اطلاق است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۳، ص ۴۱۷؛ عراقی، ۱۴۱۴ق: ج ۱، ص ۹۵؛ سیداحمد خوانساری، ۱۴۰۵ق: ج ۱، ص ۴۱۰). منظور این است که الفاظ ذکر شده در آیات و روایات نشانه این است که مفهوم لفظ دارای موضوعیت بوده و صرفاً همان مورد نظر شارع است.

وقتی از عنوان مجازات ویژه‌ای در آیات و روایات مربوط به مجازات‌ها نام برده شود (مثل قطع دست) ظاهر این است که مفهوم عنوان ذکر شده همه آن چیزی است که در

موضوع حکم دخالت دارد و نمی‌توان قید دیگری را اضافه کرد. بنابراین، حتی با فرض رایج بودن قطع دست در هنگام وضع آن، ادعای مقید بودن قطع دست به رایج بودن آن خلاف ظهور عرفی و مخالف صناعت فقهی است.

به تصریح برخی فقیهان، دلالت عنوان بر موضوعیت آن فراتر از دلالت اطلاق است و صرف اینکه مصداق خاصی در برخی روایات ذکر شده باشد، موجب تقيید نیست؛ زیرا دلالت عنوان بر مدخلیت در موضوع به مقدمات حکمت نیست، بلکه به صراحت است (شاهرودی، ۱۴۲۵ق: ج ۲، ص ۱۱۴)؛ بلکه اساساً ذکر عنوان در بیان احکام از باب تعلیق حکم بر عنوان است که نشانه علیت عنوان برای ثبوت حکم است.

۲-۲. اطلاقات کتاب و سنت

گذشته از دلالت و ظهور عناوین، نمی‌توان از ظهور اطلاقات باب حدود غفلت نمود؛ چون تعداد این مطلقات بسیار زیاد است و در مقام بیان صادر شده‌اند؛ درحالی که حتی یک روایت مقید وجود ندارد که مجازات بدنی را مقید به تحولات عصری، مثل رواج مجازات کند. بنابراین، راه معتبری برای تقيید این مطلقات وجود ندارد؛ به‌ویژه که کثرت عددی مطلقات موجب قوت دلالت است؛ به‌گونه‌ای که حتی با وجود روایت مقید، بدون قرائن کافی دست از اطلاق برداشته نمی‌شود.

۲-۳. مخالفت پیامبر ﷺ با تبدیل حدود

پیش از این، در بیان پیشگامان تبدیل حدود دانستیم که یهودیان برخی از مجازات‌های ذکر شده در تورات را تغییر داده بودند. پیامبر ﷺ نیز برخلاف مجازات رایج آنان حکم صادر فرمودند و آنان را از تغییر حدود الهی منع کردند. با بودن همین موضع‌گیری پیامبر ﷺ در پافشاری بر اجرای حدود (علی‌رغم مخالفت با مجازات رایج)، به دلیل دیگری برای ابطال تبدیل حدود نیازی نیست. افزون بر این، گاهی مسلمانان هم در برخی مجازات‌های شدید تقاضای رعایت حال مجرم را داشتند، ولی پیامبر ﷺ در هیچ موردی بدون عروض عناوین ثانویه تغییری در حدود ندادند.

در صحیحۀ محمدبن قیس، ام سلمه در اجرای حد سرقت درباره کینز خود (که مرتکب سرقت از قومی شده بود) وساطت کرد؛ ولی پیامبر ﷺ حد تعیین شده (قطع دست) را به خدا نسبت دادند و تخفیفی قائل نشدند (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۵۴).

در روایتی دیگر پیامبر ﷺ در مورد ارتکاب سرقت، حکم به قطع دست زنی داد که دارای جایگاه اجتماعی در قومش بود. گروهی از مسلمانان برآشفته و با تعجب به پیامبر ﷺ گفتند آیا دست بانویی شریف را به خاطر امری ساده قطع می کنید؟! پیامبر ﷺ با تأکید بر اجرای حکم الهی فرمودند: «امت‌های پیشین به جهت ترک حدود بر اشراف خود هلاک شدند» (نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۱۸، ص ۷؛ بروجردی، ۱۴۲۹ق: ج ۳۰، ص ۵۰۶). ظاهر سخن تعجب مسلمانان از قطع دست فردی شریف بود، نه اجرای هر کیفری. آنان فقط قطع دست را شدید و نامتناسب می پنداشتند. از اینجا معلوم می شود که موضوع تقاضا و موضع گیری پیامبر ﷺ تغییر و تبدیل حدود بوده است؛ البته، این امر نوعی تعطیل حدود است.

به طور کلی، پیامبر ﷺ از شفاعت در حدود به شدت نهی می کردند. مسلمانان نیز از تقاضای تخفیف از خود پیامبر ﷺ واهمه داشتند و می گفتند سراغ نزدیکان پیامبر ﷺ، مثل اسامه بن زید بروید (دارمی، ۱۳۴۹ق: ج ۲، ص ۱۷۳؛ بخاری، ۱۴۰۱ق: ج ۴، ص ۱۵۰). اسامه نیز، مطابق حدیث معتبر، فقط در غیر حدود شفاعت می کرد. تنها در یک مورد برای حدی شفاعت کرد که پیامبر ﷺ نپذیرفتند و او را نهی کردند (کلینی، ۱۴۰۸ق: ج ۱۸، ص ۲۴). گفتار پیامبر ﷺ و تفاوت رفتار اسامه، که فقط در غیر حدود شفاعت می کرد، نشانگر نگاه متفاوت پیامبر ﷺ به مجازات حدی در کنار مجازات‌های دیگر و تغییرناپذیری حدود است.

نکات مهمی در روایات فوق درباره تبدیل مجازات دیده می شود: ۱. در آن زمان نیز برخی مجازات‌های بدنی، مثل قطع دست، مجازات‌های شدیدی بودند که گاهی مسلمانان تقاضای ترک آنها را داشتند؛ ۲. پیامبر ﷺ در پاسخ به تقاضای تخفیف و تغییر مجازات، هرگونه تغییر در حد را به منزله ترک آن دانستند که عواقب ترک مجازات را دارد؛ ۳. پیامبر ﷺ هرگز حاضر نشدند به بهانه اعتراض‌های مردم یا شدید بودن مجازات یا کرامت انسان حکم مذکور در قرآن را تبدیل کنند.

۲-۴. وجوب حکم کردن بما انزل الله

بعضی از مجازات‌های بدنی به‌صراحت در قرآن ذکر شده است. طبق ظهور عرفی، تغییر و تبدیل آنها و مقید کردن آن به زمان یا شرایط زمانی ویژه‌ای، بدون بیان صریح ازسوی شارع مخالفت با حکم‌الله است و مشمول آیه «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائده: ۴۴) است. افزون بر این، روایاتی نیز در این باره نقل شده است که در قسمت «یهود، پیشگامان تبدیل حدود» اشاره شد.

۲-۵. حرمت تحریف کلام الهی

یکی از اعمال زشت یهود در مخالفت با تورات و قرآن تغییر و تحریف در عمل به دستورات کتاب آسمانی بود. قرآن در آیه ۴۱ سوره مائده این رویه یهود را تحریف سخن از جایگاه خود نامیده است. تحریف یا به سوءتأویل است یا به تغییر و تبدیل (شیخ طوسی، ۱۲۰۹ق: ج ۳، ص ۴۷۰). با توجه به نزول آیه مذکور درباره تغییر حدود ازسوی یهود (همان، ص ۵۲۳: راوندی، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۳۷۴)، ظهور آیه در شمول بر تبدیل حدود روشن‌تر می‌شود و تردیدی در حرمت آن وجود ندارد. گو اینکه، کبیره بودن آن در آخر آیه با وعده عذاب عظیم بیان شده است.

۲-۶. اصل جهانی بودن اسلام

خاتمیت و جهانی بودن پیامبر اعظم ﷺ و دین اسلام اصل کلامی مسلمی در میان همه مسلمانان است. براساس آن، در وضع و ابلاغ احکام به جهانیان دو نکته اساسی رعایت می‌شود:

یکم اینکه: در مواردی که عرف رایج هر زمان و مکان موضوعیت دارد، هرگز عرف رایج در زمان یا مکان خاص برای همه جهانیان وضع نمی‌شود؛ زیرا خلاف فرض موضوعیت داشتن عرف رایج است.

دوم اینکه: در صورت موضوعیت داشتن عرف، در ابلاغ احکام رایج هرگز عرف یک زمان یا منطقه ویژه، بدون بیان این نکته، به مناطق دیگر ابلاغ نمی‌شود؛ زیرا موجب

القای خلاف مقصود و اغرای به جهل است

نتیجه دو نکته فوق این است که اگر حکم متعارف منطقه ویژه‌ای با عنوان مشخصی به همه جهانیان ابلاغ شود، بدون اینکه دلیلی بر تفاوت حکم مناطق بیان شود، این نشانه عدم مدخلیت عرف رایج و موضوعیت داشتن عنوان مذکور است و هرگز نمی‌توان ادعای موضوعیت داشتن عرف را مطرح کرد.

در مورد مجازات بدنی نیز می‌گوییم: اگر مجازات تعیین و ابلاغ شده با عنوان خاصی، مانند قطع، در متون کتاب و سنت به کار رفته است و دلیلی هم در متون مذکور مبنی بر موضوعیت نداشتن عناوین مذکور نیامده باشد، براساس دو نکته فوق نمی‌توان گفت عناوین مذکور موضوعیت ندارند. بنابراین در همه زمان‌ها و مکان‌ها رعایت عناوین ذکر شده لازم و تغییرناپذیر است.

۲-۷. اصل عدالت الهی

اگر مجازات بدنی معین را جزا و عوض جرم بدانیم (که اثبات آن گذشت)، نه صرفاً عقوبت بازدارنده، به اقتضای عدالت الهی نمی‌توانیم میان مجازات مجرمان به خاطر تغییر عرف یا هر دلیل دیگر فرق بگذاریم. آیا مطابق عدالت است که جزای جرم یک شخص کشته شدن یا قطع دست و مجازات جرم فرد دیگر مثلاً جزای نقدی باشد و دلیل آن هم صرفاً تفاوت دوره زندگی آنها باشد؟

۲-۸. اصل تبعیت احکام از مصالح واقعی

اصل تبعیت احکام و مجازات اسلامی از مصالح واقعی بیانگر نکات مهمی درباره مجازات منصوص است. خود این مطلب بیانگر تبدیل ناپذیری حدود است. در ادامه، نمونه‌هایی را ذکر می‌کنیم:

۲-۸-۱. بی‌اثر بودن ناخوشایندی در تبدیل حدود

تکالیف خاصی در قرآن برای انسان‌ها ناخوشایند خوانده شده است. در این تکالیف، بیان اینکه چه‌بسا اموری برای شما ناخوشایند است اما برایتان خیر است (بقره: ۲۱۶) پیداست

که ملاک جعل احکام هرگز خوشایندی بشر نیست. بلکه ممکن است احکام در ظاهر ناخوشایند باشند ولی در باطن دارای مصالح خوشایند هستند. این نکته غالباً برای بشر قابل دسترسی کامل نیست. از این رو، چه بسا انسان‌ها از آنها تنفر داشته باشند و بدون دستور لازم انجامشان ندهند.

۲-۸-۲. استقامت در برابر ملامت‌ها

در اندیشه دین‌مدار، داشتن ملاک واقعی برای احکام دینی سبب بی‌توجهی به عکس‌العمل ناآگاهان در نکوهش و تحقیر دینداران است. قرآن در برابر این ملامت‌ها و نکوهش‌ها مؤمنان را به استقامت فراخوانده و ویژگی مؤمنان را بی‌توجهی به سرزنش ملامت‌گران و تحقیر دشمنان خوانده است (مائده: ۵۴). همچنین، اقامه حدود بدون توجه به ملامت‌ها و بدون غلبه احساسات از صفات امام است (شیخ صدوق، ۱۳۸۶ق: ج ۱، ص ۲۰۵).

۲-۸-۳. بی‌تأثیری رواج عمومی

تبعیت احکام از مصالح واقعی بیانگر این است که در مواردی که حکم شرعی در کتاب و سنت با عناوین معین نام برده شده است، همان عناوین دارای مصلحت واقعی‌اند؛ توضیح آنکه، تحولات عصری و شیوع عرفی، در مواردی که خودشان جزء موضوع حکم نیستند، نقشی در تغییر آن عناوین ندارند؛ زیرا پذیرش و انکار عمومی تغییری در واقعیت ایجاد نمی‌کند.

البته، براساس مصالح حفظ دین در آغاز شکل‌گیری اسلام، مخالفت عرف رایج می‌توانست مانع بیان حکم واقعی به صورت موقت یا حتی جعل حکم موقت مطابق مجازات رایج باشد؛ اما به جهت لزوم بیان دین الهی، نمی‌توانست دائمی باشد (البته با توجه به عدالت الهی، این در مواردی ممکن است که مجازات رایج شدیدتر از مجازات واقعی نباشد).

در روایت جابر از امام صادق علیه السلام آمده است: علت اینکه مجازات زنا، که برخلاف مجازات‌های رایج بود، در ابتدا اعلام نشد، این بود که هنوز اسلام قدرت کافی برای



مقابله با عرف رایج جاهلی را نداشت. پس از رشد کافی اسلام و تقابل مردم با جاهلیت، حکم حدّ زانی، که مخالف با عرف رایج بود، در آیه ۲ سوره نور بیان شد (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۶۷). این روایت، ضمن ابطال ادعای رایج بودن مجازات اسلامی در جاهلیت، ایده لزوم رعایت عرف رایج را هم باطل می‌کند.

۲-۸-۴. بی‌تأثیری حرمت تنفیر در تبدیل حدود

شاید گفته شود با توجه به زشت‌انگاری این مجازات‌ها در سطح جهانی، به دلیل حرمت ایجاد نفرت از دین، باید از مجازات بدنی دست برداشته شود و مجازاتی درخور افکار عمومی جعل شود. این سخن از چند جهت مردود است:

نخست: لازمه تبعیت احکام از مصالح، بی‌تأثیری افکار عمومی بر واقعیت احکام است. موارد تراحم مجازات بدنی با الزامات دیگر ربطی به حرمت تنفیر ندارد و مربوط به عروض برخی شرایط یا تراحم در مقام اجرا و ترجیح مصالح به تشخیص حاکم صالح است. خود این مسئله، حکم حکومتی است و در شرایط خاص به صورت موقت صادر می‌شود. بنابراین از محل بحث (حکم اولی تبدیل حدود) خارج است.

دوم: تنفیر در مواردی حرام است که مستند به فعل مکلف باشد؛ بنابراین در احکام الزامی و معینات شرعی که مستند به خود شرع است، جریان ندارد.

سوم: شأن حرمت تنفیض نفی حکم است و در تبدیل مجازات، که وضع حکم جدید است، نمی‌تواند تأثیری داشته باشد.

چهارم: دین مجموعه‌ای از احکام است و معنا ندارد بعد از اتمام دین احکام دین را برای جذب به دین مخفی کنیم. اخفای برخی از احکام دین کار یهود بود که از سوی خدا و پیامبر ﷺ نکوهش شده است (سیوری، ۱۴۲۵ق: ج ۲، ص ۳۴۳؛ احسائی، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۱۵۴).

۲-۹. اصل تبعیت احکام از اسامی

یکی از قواعد فقهی مورد استناد فقیهان در ابواب مختلف فقهی، قاعده «الأحكام تابعة للأسماء» است (کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۱، ص ۱۶۷؛ آفاحسین خوانساری، بی‌تا: ص ۲۶۶؛ مجلسی دوم،

۱۴۰۶ق: ج ۱، ص ۲۰۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۵، ص ۱۱۹؛ نراقی، بی تا: ص ۱۶۹؛ بحرالعلوم بروجردی، ۱۴۲۷ق: ج ۱، ص ۱۲۵). براساس این قاعده، دلیلی بر اجرای مجازات بدلی وجود ندارد؛ زیرا اسامی مجازات دستور داده شده بر مجازات بدلی صدق نمی کند و چون دستور دیگری وجود ندارد، نمی توان حکم به جواز مجازات بدلی داد.

۲-۱۰. اصل توقیفی بودن احکام

همه احکام شرعی توقیفی اند (بحرانی، همان: ج ۱، ص ۱۳۱؛ همو، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۲۵۲؛ کرمانشاهی، ۱۴۲۱ق: ج ۲، ص ۵۶؛ عاملی حسینی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۲، ص ۵۳؛ کاشانی، ۱۴۲۸ق: ج ۱، ص ۱۸۴؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۱۱). فرق بین امضانات و تأسیسات شرعی و معاملات و عبادات این است که در معاملات، موضوع به عرف و لغت واگذار شده و غیرتوقیفی است (وحید بهبهانی، ۱۴۲۴ق: ج ۱، ص ۹؛ همو، ۱۴۱۵ق: ص ۴۷۶؛ همو، ۱۴۱۷ق: ص ۲۸۷)؛ مثلاً احکام و شرایط صحت بیع توقیفی است ولی موضوع بیع عرفی است. همچنین، مفهوم «دست» و «قطع» در مجازات سارق به عرف واگذار می شود، اما حکم قطع دست و شرایط آن وابسته به بیان شرع است. بنابراین، اصل حکم مجازات های بدنی، مثل رجم و جلد و قطع، و همه شرایط آنها توقیفی است؛ یعنی بدون بیان شرعی، مثلاً براساس عرف مردم، قابل تغییر نیست.

۲-۱۱. قاعده درأ و استصحاب

با فرض اینکه تعطیل حدود برخلاف شرع مقدس است، چنانچه در یک همراهی جدل گونه در شمول ادله ثبات حدود تشکیک کنیم و از سوی دیگر به حجت معتبری برای عدم ثبات حدود نرسیم، لازمه اش این است که نخست، با استفاده از قاعده درأ، حدود اصلی یعنی حدود تعیین شده و مورد عمل در عصر پیامبر ﷺ را دفع کنیم. سپس اگر مجازات های بدلی حدود شرعی باشند، با فرض شک در اثبات آنها، قاعده درأ شامل آنها نیز می گردد و نفی می شوند. لازمه این سخن، تعطیل مطلق حدود (اصلی و بدلی) است. این لازمه، طبق فرض پیش گفته باطل است و موجب ابطال ملزومش (اجرای قاعده درأ) خواهد بود. در نتیجه، با ابطال قاعده درأ و شک در پایان عصر مجازات های



بدنی معین به دلیل عروض عوارض عرفی، باید به استصحاب حکم آن روی آوریم.

اگر بگوییم مجازات‌های بدلی اساساً حد محسوب نمی‌شوند تا مشمول قاعدهٔ درأ شوند، در این صورت، هیچ دلیلی برای اثبات حکم اولی برای مجازات بدلی در عصر غیبت نخواهیم داشت. در این فرض نیز اجرای قاعدهٔ درأ در مورد حکم کلی حدود، مستلزم تعطیل حدود است و باز هم باید به استصحاب حکم حدود روی آوریم.

۲-۱۲. اصل صیانت بیان شرعی از لغویت

تفاوت عمده میان تعزیرات و حدود، وجود حکم شرعی به تعیین مقدار مجازات در حدود است. اکنون اگر قائل به امکان تبدیل حدود شویم، لازمهٔ آن باطل است؛ زیرا لازمه‌اش لغو بودن تفکیک حدود و تعزیرات در روایات بسیار (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۴۱) و در سخن فقیهان است. بنابراین باید به بطلان ملزوم (تبدیل حدود) حکم دهیم.

۲-۱۳. اصل اکتفا بر منصوص در موارد خلاف اصل

مجازات انسان خلاف اصل است. از این اصل خارج شده‌ایم، چون دلیل‌های فراوانی بر حدود معینی وجود دارد که مورد دستورات قرآنی و سنت پیامبر ﷺ و معصومان علیهم‌السلام است. بنابراین، برای تغییر آنها و وضع مجازات جدید به دلیل کافی نیازمندیم. می‌دانیم که در موارد خلاف اصل، اکتفا بر مورد نص که همان مجازات تعیین شده است، لازم است.

ضمن اینکه، اگر مجازات تعیین شده در کتاب و سنت مقید به رواج یا مقبولیت عرفی باشد، با زوال آن صرفاً حکم قبلی زائل می‌شود و دلیلی بر وضع حکم جدید مورد قبول عرف وجود ندارد؛ زیرا عرف را حیثیت تقییدی دانستیم (که حکم فقط وجوداً وابسته به آن است)، نه حیثیت تعلیلی که نه ادعا شده و نه دلیلی دارد. ادعای آن نیز متوقف بر اثبات علیت عرف است که در این مقاله از جهت صغری و کبری ابطال شده است.

۲-۱۴. یکسانی مجازات برای جوامع متفاوت در عصر حضور

وجود تحولات منطقه‌ای در عصر پیامبر ﷺ انکارشدنی نیست. فرمانطقه‌ای و جهانی

بودن دین اسلام هم از مسلمات است. با وجود این، می‌بینیم که پیامبر ﷺ در ابلاغ حکم مجازات و ارسال قضات، غیر از سفارش به کتاب و سنت، سخنی از توجه به عرف هر منطقه به‌میان نیاورده‌اند؛ این مانند تصریح به دخالت نداشتن تحولات عصری و منطقه‌ای در تعیین مجازات حدی است.

۲-۱۵. نفی مجازات رایج

اعلام حکم رجم برای زنانی محصنه و صد تازیانه برای غیر محصنه، نفی مجازات رایج میان مشرکان و یهودیان بود؛ زیرا، چنان‌که گذشت، یهودیان علی‌رغم وجود رجم در تورات، به آن عمل نمی‌کردند و مجازات رایج مشرکان برای این جرم، حبس ابد برای زن و اعمال اذیت به مرد بود (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۶۷). بنابراین، اعلام حکم مذکور بر دخالت نداشتن شرایط جامعه در حکم اولی مجازات‌های بدنی دلالت روشنی دارد.

۲-۱۶. ابقای برخی مجازات‌های پیش از اسلام

تأکید اسلام بر ابقای برخی مجازات‌های پیش از اسلام، در مواردی که ریشه در کتب آسمانی داشته است (نمونه آن در تبدیل حدود به‌دست یهودیان گذشت)، بهترین دلیل بر تأثیر نداشتن گذر زمان در تغییر حدود و تبدیل ناپذیری مجازات معین است.

۲-۱۷. دستور به اجرای حدود با وجود شدت مجازات

شاید گمان شود امروزه مجازات‌های بدنی به‌علت شدت‌شان باید تغییر داده شوند؛ درحالی‌که به‌طور کلی مجازات‌های بدنی به‌دلیل ویژگی عقوبت، وجود حرج در موضوع‌شان لحاظ شده است، مثل جهاد و قصاص. به همین دلیل، نفی حرج در تعارض با آنها نیست؛ مگر اینکه از جهت دیگری حرج وجود داشته باشد، مثل مریض بودن مجرم.

در قرآن از رأفت به مجرم در اجرای حد نهی شده است (نور: ۲). در روایات نیز مواردی هست که در آنها اجرای حدود موجب مرگ افراد شده بود؛ ولی با فرض رعایت مقدار حدود و شرایط آن، به برائت قاضی و مجری حدود و نفی قصاص و دیه حکم داده شده





است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۲۷۸). از این نکات به روشنی به دست می‌آید که شدید بودن مجازات امر تازه‌ای نیست و نقشی در تعطیل یا تغییر آن ندارد.

نتیجه‌گیری

گذشته از مسلم‌انگاری ثبات حدود در فقه اسلامی و تسالم فقیهان، ادله نقلی و اطلاعات ادله و قواعد مختلف اصولی و فقهی و حتی کلامی، نشانگر لزوم پایبندی به مجازات تعیین شده‌اند.

در وضع مجازات اسلامی، تأثیر حقوق خدا و انسان و مصالح جامعه و واقعیت جرم از یک سو، و توجه به ماهیت جزا و عوض بودن مجازات بدنی معین و لزوم انطباق جزا با جرم از سوی دیگر، و همچنین، مجهول بودن ماهیت جرائم و میزان پلیدی آنها برای انسان همه بیانگر این هستند که مجازات معین در شرع اسلام با مجازات‌های غیرمعین تفاوت جدی دارد. در این گونه موارد، تعیین میزان مجازات منطبق بر جرم برای بشر ممکن نیست و اگرچه صرف عقوبت ممکن است، ولی در موارد تعیین جزا و عقوبت از سوی شارع اجازه‌ای برای عقوبت دیگر وجود ندارد.

با در نظر گرفتن تعیین مجازات از سوی شارع در عصر پیامبر ﷺ و جایگزینی آن از عذاب آخرت می‌توان به این نتیجه رسید: براساس عدل الهی نباید جزای گناهکاران متفاوت باشد. مجازاتی که قرار است به جای مجازات آخرت بنشینند، باید در همه زمان‌ها و مکان‌ها برای همه یکسان باشد. البته، این سخن منافاتی ندارد که طبق دلیلی برای برخی گناهان، هم مجازات دنیوی تعیین شود و هم مجازات اخروی؛ زیرا چنین دلیلی نشانه تعدد مجازات اخروی است که مجازات دنیوی جایگزین بخشی از آن است.

رواج برخی مجازات‌ها پیش از اسلام به خاطر پیروی عرب جاهلی از ادیان ابراهیمی بوده است. در روایاتی، عرب جاهلی از مجوس به ادیان ابراهیمی نزدیک‌تر دانسته شده است. به همین دلیل، تعیین مجازات رایج نشانه بقا و تبدیل ناپذیری آنها از سده‌ها پیش از اسلام است.

کتابنامه

۱. ابن کثیر (اسماعیل قرشی دمشقی) (۱۴۱۲ق)، تفسیر القرآن العظیم، بیروت، دارالمعرفة للطباعة والنشر و التوزيع.
۲. ابن ماجه قزوینی، محمد (بی تا)، سنن ابن ماجه، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر.
۳. احسائی، ابن ابی جمهور، محمدین علی (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی العزیزة، چهارجلدی، قم، دار سید الشهداء علیه السلام للنشر، چاپ نخست.
۴. اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸ق)، حاشیة کتاب مکاسب، پنججلدی، قم، أنوار الهدی، چاپ نخست.
۵. بحر العلوم بروجردی، سیدمهدی (۱۴۲۷ق)، مصابیح الأحکام، دوجلدی، قم، منشورات میثم التمار، چاپ نخست.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم آل عصفور (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، بیست و پنججلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۷. _____ (۱۴۲۳ق)، الدرر النجفیة من الملتقطات الیوسفیة، چهارجلدی، بیروت، دار المصطفی لإحياء التراث، چاپ نخست.
۸. بخاری، محمد (۱۴۰۱ق)، صحیح البخاری، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر.
۹. بروجردی، آقاحسین طباطبایی (۱۴۲۹ق)، جامع أحادیث الشيعة، سی و یکجلدی، تهران، فرهنگ سبز، چاپ نخست.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، ششجلدی، بیروت، دار العلم للملايين، چاپ نخست.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشيعة، سیجلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۲. خوانساری، آقاحسین بن محمد (بی تا)، مشارق الشموس فی شرح الدروس، بی جا، موسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.

۱۳. خوانساری، سیداحمدبن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، هفت جلدی، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۴. دارمی، عبدالله (۱۳۴۹ق)، سنن دارمی، دمشق، باب البرید.
۱۵. راوندی، قطب الدین، سعیدبن عبدالله (۱۴۰۹ق)، الخرائج و الجرائح، سه جلدی، قم، مؤسسه امام مهدی - عجل الله تعالی فرجه -، چاپ نخست.
۱۶. _____ (۱۴۰۵ق)، فقه القرآن، دو جلدی، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته، چاپ دوم.
۱۷. سرخسی، شمس الدین (بی تا)، المبسوط، بیروت، دار المعرفة.
۱۸. سید رضی، محمد (۱۴۱۴ق)، نهج البلاغة، یک جلدی، قم، مؤسسه نهج البلاغه، چاپ نخست.
۱۹. سیوری، مقدادبن عبدالله حلّی (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چهار جلدی، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته، چاپ نخست.
۲۰. _____ (۱۴۲۵ق)، کنز العرفان فی فقه القرآن، دو جلدی، قم، مرتضوی، چاپ نخست.
۲۱. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۵ق)، کتاب الخمس، دو جلدی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ دوم.
۲۲. شنقیطی، محمد امین (۱۴۱۵ق)، أضواء البیان، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر.
۲۳. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، پانزده جلدی، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ نخست.
۲۴. شیخ بهائی (بهاء الدین، محمد بن حسین عاملی) (۱۴۲۹ق)، جامع عباسی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۲۵. شیخ صدوق (محمد بن علی بن بابویه قمی) (۱۳۸۶ق)، علل الشرائع، دو جلدی، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ نخست.
۲۶. _____ (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، چهار جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۲۷. شیخ طوسی (شیخ الطائفه، ابو جعفر محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، هشت جلدی، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

۲۸. _____ (۱۲۰۹ق)، التبیان، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۲۹. _____ (۱۳۷۵ق)، الإقتصاد الیهادی إلى طریق الرشاد، یک‌جلدی، تهران، کتابخانه جامع چهل‌ستون، چاپ نخست.
۳۰. _____ (۱۴۰۰ق)، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، یک‌جلدی، بیروت، دار الكتاب العربی، چاپ دوم.
۳۱. _____ (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، ده‌جلدی، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۳۲. _____ (۱۴۱۴ق)، الأمالی، یک‌جلدی، قم، چاپ نخست.
۳۳. صاحب‌بن‌عباد (کافی الکفاة، اسماعیل‌بن‌عباد) (۱۴۱۴ق)، المحيط فی اللغة، ده‌جلدی، بیروت، عالم‌الکتاب، چاپ نخست.
۳۴. طباطبائی حائری، سیدعلی‌بن‌محمد (۱۴۰۹ق)، الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع - حدیقة المؤمنین، سه‌جلدی، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی رحمته، چاپ نخست.
۳۵. _____ (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، شانزده‌جلدی، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم‌السلام، چاپ نخست.
۳۶. طبرانی، سلیمان (بی‌تا)، المعجم الكبير، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۳۷. طبرسی، احمدبن‌علی (۱۴۰۳ق)، الإحتجاج، دو‌جلدی، مشهد، نشر مرتضی، چاپ نخست.
۳۸. عاملی حسینی، سیدجوادبن‌محمد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العالمة، بیست‌وسه‌جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳۹. عراقی، أقاضیاء‌الدین (۱۴۱۴ق)، شرح تبصرة المتعلمین، پنج‌جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۴۰. علامه حلی (حسن‌بن‌یوسف‌بن‌مطهر اسدی) (۱۴۱۴ق)، تذکرة الفقهاء، چهارده‌جلدی، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم‌السلام، چاپ نخست.
۴۱. _____ (۱۴۱۲ق)، منتهی‌المطلب فی تحقیق المذهب، پانزده‌جلدی، مشهد، مجمع‌البحوث الإسلامية، چاپ نخست.
۴۲. عمید‌زنجانی، عباس‌علی (۱۴۲۱ق)، فقه سیاسی، سه‌جلدی، تهران، امیرکبیر، چاپ چهارم.

۴۳. فاضل هندی (محمد بن حسن اصفهانی) (۱۴۱۶ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، یازده جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۴۴. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق)، کتاب العین، هشت جلدی، قم، هجرت، چاپ دوم.
۴۵. کاشانی، ملا حبیب الله شریف (۱۴۲۸ق)، منتقد المنافع فی شرح المختصر النافع - کتاب الطهارة، دوجلدی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۴۶. کرکی (محقق ثانی، علی بن حسین عاملی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، سیزده جلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۴۷. کرمانشاهی، آقا محمد علی بن وحید بهبهانی (۱۴۲۱ق)، مقام الفضل، دوجلدی، قم، مؤسسه علامه مجدد وحید بهبهانی، چاپ نخست.
۴۸. کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، هشت جلدی، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۴۹. کوفی، محمد بن محمد اشعث (بی تا)، الجعفریات - الأشعثیات، یک جلدی، تهران، کتاب فروشی نینوا، چاپ نخست (همراه با کتاب قرب الاسناد).
۵۰. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، سه جلدی، قم، دار القرآن الکریم، چاپ نخست.
۵۱. قرطبی، محمد بن أحمد الأنصاری (۱۴۰۵ق)، الجامع لأحكام القرآن، بیروت، دار إحياء التراث العربي.
۵۲. مالک بن انس (۱۴۰۶ق)، الموطأ، بیروت، دار إحياء التراث العربي.
۵۳. مجلسی دوم (علامه محمد باقر بن محمد تقی) (۱۴۰۶ق)، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، شانزده جلدی، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی علیه السلام، چاپ نخست.
۵۴. _____ (۱۴۱۰ق)، بحار الأنوار، سی و سه جلدی، بیروت، مؤسسة الطبع والنشر، چاپ نخست.
۵۵. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین (۱۴۱۵ق)، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، سه جلدی، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی علیه السلام، چاپ نخست.
۵۶. _____ (۱۴۲۴ق)، السرقة علی ضوء القرآن و السنة، یک جلدی، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی علیه السلام، چاپ نخست.

۵۷. مغربی، نعمان بن محمد تمیمی (۱۳۸۵ق)، دعائم الإسلام، دوجلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیہ السلام، چاپ دوم.
۵۸. _____ (بی تا)، تأویل الدعائم، سه جلدی، القاهرة، دارالمعارف، چاپ نخست.
۵۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، تعزیر و گستره آن، یک جلدی، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیہ السلام، چاپ نخست.
۶۰. مؤمن قمی، محمد (۱۴۱۵ق)، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، یک جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۶۱. میرزای قمی (ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی) (۱۴۱۳ق)، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات (للمیرزا القمی)، چهار جلدی، تهران، مؤسسه کیهان، چاپ نخست.
۶۲. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر (بی تا)، لوامع الأحکام فی فقه شریعة الإسلام، یک جلدی، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی علیہ السلام، چاپ نخست.
۶۳. نوری، محدث، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، هجده جلدی، بیروت، مؤسسه آل البيت علیہ السلام، چاپ نخست.
۶۴. نووی، محی الدین (بی تا)، المجموع، بیروت، دار الفکر.
۶۵. نیشابوری، مسلم (بی تا)، صحیح مسلم، بیروت، دار الفکر.
۶۶. وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل (۱۴۱۵ق)، الفوائد الحائریة، یک جلدی، قم، مجمع الفکر الإسلامی، چاپ نخست.
۶۷. _____ (۱۴۱۷ق)، حاشیة مجمع الفائدة و البرهان، یک جلدی، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، چاپ نخست.
۶۸. _____ (۱۴۲۴ق)، مصابیح الظلام، یازده جلدی، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، چاپ نخست.



واکاوی کیفیت استدلال فقیهان به قواعد عقلی در فرایند استنباط

احمد باقری*

راضیه سادات هاشمی علیا**

چکیده

اختلاف گسترده در مسئله کاربرد قواعد عقلی در فقه، بیانگر ضرورت ضابطه‌مندی این امر است. قواعد عقلی حاصل تقل اند. احکام فقهی نیز اعتبارهای شارع مقدس هستند. قاعده «استحاله اجتماع نقیضین» ریشه بسیاری از قواعد عقلی دیگر است، همچون «استحاله دور»، «استحاله تسلسل»، «استحاله توارد علل بر معلول واحد». فقیهان درباره کاربرد این قواعد در مباحث مختلف فقهی هم‌رأی نیستند. این نوشتار با بررسی و تحلیل موارد کاربرد قواعد عقلی در فقه، درصدد ارائه ضابطه کاربرد قواعد عقلی در فرایند استنباط است. براساس یافته‌های این تحقیق، قواعد عقلی جز در مواردی خاص که ناظر به موضوع خارجی حکم شرعی است، در فرایند استنباط حکم فقهی موضوعیت ندارند؛ چه آنکه فقه جایگاه اعتبارات شرعی است و وجود اعتباری مبتنی بر نص، عرف، مصلحت و... در این اعتبار ملاک است.

کلیدواژگان: فقه، استنباط احکام، مبانی تشریح، قواعد عقلی، عرف، مصلحت.

bagheri@ut.ac.ir

* استاد دانشگاه تهران

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه مذاهب اسلامی (نویسنده مسئول) rs.hashemiolya@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۵/۲۶

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۱۱/۵

بیان مسئله

نقش عقل در استنباط احکام فقهی یکی از مسائل محوری و پرکاربرد علم فقه است. تعداد مباحث مطرح شده در این راستا و نیز نزاع‌های صورت گرفته در این باب آن قدر زیاد است که شاید یکی از مهم‌ترین مباحث اختلافی علم فقه، چه در میان مذاهب گوناگون و چه در میان فقیهان یک مذهب، مسئله نقش عقل در فرایند استنباط احکام شرعی باشد.

یکی از مسائل مهم از مجموعه مسائل مرتبط با نقش عقل در استنباط احکام فقهی، مسئله کیفیت تأثیر قواعد عقلی بر مسائل فقه است. آنچه از بررسی متون فقهی برمی آید، گواه روشنی بر تأثیر مذکور است؛ اما بروز نزاع‌ها و نقض و ابرام‌های صورت گرفته در میان فقیهان، گویای این مطلب است که کیفیت تأثیر قواعد عقلی در فقه، نیازمند تبیین و تألیف است.

مسئله تأثیر قواعد عقلی در فقه ناشی از خلط قوانین تکوین و اعتبار است. تاکنون پژوهش‌های صورت گرفته درباره این مسئله، بیشتر ناظر به تأثیر قواعد مذکور در علم اصول فقه بوده است. هرچند علم اصول فقه و علم فقه، دو علم مرتبط با یکدیگر بوده و تأثیرپذیری علم اصول از قواعد عقلی، به طور غیرمستقیم بر مسائل فقهی تأثیر دارد، اما کاربرد قواعد عقلی توسط فقیه و در جریان استنباط نیز یکی از مواردی است که جداگانه به عنوان یکی از آسیب‌های خلط قوانین اعتبار و تکوین مطرح می‌شود. ملاحظه نابسامانی مسئله کاربرد قواعد عقلی در فقه و استناد بلامنازع به دسته‌ای از قواعد مذکور در بخشی از مسائل فقهی و مباحثه دامنه‌دار در کاربرد دسته‌ای دیگر، بدون ارائه ضابطه در مسئله کاربرد قواعد عقلی، نگارنده را بر آن داشت تا با استقرای مسائل مختلف فقهی از مباحث عبادات، معاملات و جزائیات، در پی کشف ملاک و مناط کاربرد این دسته از قواعد برود و درصدد ارائه ضابطه‌ای دقیق و محققانه در این خصوص برآید.

۱. خلط قوانین تکوین و اعتبار

در تعداد زیادی از مسائل فقهی، خلط قوانین تکوین و اعتبار، به کاربرد قواعد عقلی در استنباط احکام شرعی انجامیده است که اعتبارات شارع مقدس هستند. برخی موارد خلط مذکور عبارت‌اند از:

الف. قول به امتناع شرط متأخر به دلیل استحاله تقدم زمانی معلول بر علتش، درحالی که شرط متأخر از اعتباریات است نه تکوینیات (تستری، بی تا، ص ۱۲۷).

ب. ممنوع دانستن کشف انقلابی در اجازه متأخر از بیع فضولی. کشف انقلابی به این معنی، التزام به ملکیت واقعی مالک برای مبیع تا زمان اجازه است. با حصول اجازه کشف می شود که ملک از زمان بیع از آن مشتری بوده است و انقلاب در ملکیت در زمان بیع تا اجازه رخ می دهد؛ به همین دلیل، از آن به کشف انقلابی تعبیر می شود. کسانی که قائل به استحاله کشف انقلابی هستند، به قاعده «استحاله انقلاب شیء عما وقع علیه» استناد می کنند، درحالی که این قاعده مربوط به تکوینیات است (عاملی، ۱۴۲۷ق: ج ۴، ص ۳۴۵).

۱۰۱



فقه

ج. صحیح ندانستن بیع کلی در ذمه با استناد به «استحاله تحقق عرض بدون معروض»، مانند بیع یک صاع گندم در ذمه، به این دلیل که ملکیت، عرض موجود است و مطابق این قاعده نمی تواند با امر معدومی ایجاد شود که همان کلی در ذمه است؛ درحالی که این از باب جریان قواعد تکوینیات در اعتباریات است (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ج ۳، ص ۶۹).

همه موارد مذکور و دیگر موارد این چنینی در فقه، گویای ضرورت تفکیک قواعد اعتبار و تکوین و نیز تعیین قلمرو کاربرد قواعد عقلی در فقه است.

۲. طرح محل نزاع

درباره قواعد عقلی و کاربرد آن در استنباط دو نظر هست: دسته ای از فقیهان این قواعد را در فقه جاری کرده اند (شیخ طوسی، ۱۴۱۲ق: ص ۳۹۶؛ خراسانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۵) و دسته ای دیگر با استناد به اعتباری بودن فقه، جریان قواعد مذکور را در فقه رد کرده اند (ورامینی، ۱۴۲۹ق: ص ۳۹۷). هرچند استعمال برخی قواعد عقلی در فقه آن قدر زیاد است که گویی هیچ شک و شبهه ای در جواز کاربردشان نیست، در مورد بعضی دیگر از قواعد، استعمال آنها محل تضارب آرای فقیهان است. بررسی آرای فقیهان در کاربرد یا عدم کاربرد این قواعد در جریان استنباط احکام شرعی، برای منقح شدن ملاک و میزان صحیح در استناد به قواعد عقلی در استنباط احکام شرعی، ضروری است.

۳. نظریه موافق کاربرد و استناد به قواعد عقلی در فرایند استنباط

عده‌ای از فقیهان بدون تصریح به این مطلب که آیا کاربرد قواعد عقلی در حیطة اعتبار شارع جایز است یا خیر، در بسیاری از استدلال‌های خود به این قواعد استناد کرده‌اند (خراسانی، ۱۴۱۳ق: ص ۱۰۶) یا در رد استدلال سایر فقیهان به قواعد مذکور، تنها به ذکر خارج بودن موضوع از محل قواعد عقلی پرداخته‌اند و منکر کلی استعمال قواعد عقلی در فقه نشده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۵، ص ۶۷ و ۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۲۱۷ و ۲۱۸؛ تبریزی، ۱۳۷۵ق: ج ۳، ص ۴۳۲). استناد این دسته از فقیهان به قواعد عقلی مذکور یا رد موضوعی بر ادله فقهی در جریان استنباط، با اتکا به قواعد عقلی، مبین کاربرد قواعد عقلی و حاکی از نظریه موافق است.

۳-۱. قاعده استحالة اجتماع مثلین

علامه حلی در مختلف الشیعه، ذیل مبحث خیار شرط به آرای فقیهان در مورد زمان ثبوت خیار شرط اشاره کرده و می‌گوید:

«شیخ طوسی در خلاف و مبسوط می‌گوید که این خیار از زمان تفرق ثابت می‌شود و این ادیس هم در این رأی از او تبعیت کرده است. دلیل شیخ این است که خیار بعد از ثبوت عقد ثابت می‌شود و عقد هم ثابت نمی‌شود، مگر بعد از تفرق؛ پس خیار بعد از تفرق ثابت می‌شود. دلیل دیگر ایشان این است که اگر از حین عقد ثابت شود، اجتماع مثلین لازم می‌آید.»

وی در جواب شیخ، ضمن رد کبرای دلیل اول، به رد اجتماع مثلین نیز پرداخته و می‌گوید:

«خیار واحد است، اما جهات آن متعدد است و این غیرممکن نیست. همچنان که می‌توان خیار مجلس و عیب را با هم داشت.» (علامه حلی،

۱۴۱۳ق: ج ۵، ص ۶۷ و ۶۸)

این پاسخ، گویای این مطلب است که ایشان به‌طور کلی منکر کاربرد قواعد عقلی در فقه نشده است؛ بلکه مورد را به‌صورت موضوعی خارج از دایره این قاعده می‌داند.

شهید ثانی در مسالک الافهام در رد دلیل اجتماع مثلین می‌گوید:

«به این مطلب این‌طور جواب داده شده است که خیار امر واحدی است و نهایت این است که در مجلس عقد، دو جهت پیدا می‌کند و این بعید نیست. همچنان که خیار مجلس و خیار عیب ممکن است با هم جمع شوند.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۲۱۷ و ۲۱۸)

علامه بحرانی در ذیل بحث از مبدأ خیار شرط به اختلاف نظر موجود اشاره می‌کند و در رد دلیل ایشان می‌گوید:

«این اجتماع مثلین مضر نیست؛ بلکه این اختیار را به ما می‌دهد که از میان آن امثال، یکی را انتخاب کنیم یا یکی را ساقط کرده و دیگری را باقی بگذاریم.» (بحرانی، بی تا: ج ۱۱، ص ۴۱۱)

چنان‌که ملاحظه می‌شود، او نه تنها جریان قاعده عقلی مذکور را در فقه رد نکرده است، بلکه در محل بحث، اجتماع مثلین را مفید می‌داند.

میرزا فتاح تبریزی در بحث از مبدأ خیار حیوان می‌گوید:

«دو محذور اجتماع مثلین یا تعدد سببین بر مسبب، در جایی مطرح است که تعدد خيارات در موضوع واحد داشته باشیم؛ درحالی که ما معتقد به این تعدد در موضوع واحد نیستیم و به اختلاف موضوع خیارین قائلیم. بنابراین اساساً چنین بحثی در اینجا راه ندارد.» (تبریزی، ۱۳۷۵ق: ج ۳، ص ۴۳۲)

میرزا حبیب‌الله نیز پس از رد ادله قائلان به مبدأ بودن عقد برای خیار حیوان، می‌گوید:

«پس بهتر این است که در رد قول کسانی که مبدأ خیار را حین تفرق می‌دانند، بگوییم این خیارها ماهیتاً مختلف‌اند؛ پس تعدد آنها اشکالی ندارد.» (گیلانی، ۱۴۰۷ق: ص ۲۴۳)

قاعده مذکور در مباحث عبادات نیز مورد استناد قرار گرفته است:

فاضل هندی در کشف اللثام در فروعات بحث تخلی در باب طهارت محل غائط با سنگ می‌گوید:

«اگر سنگ با چیزی جز غائط نجس شده باشد، با دو مینا دو حکم داریم: اگر مینا این باشد که شیء نجس درحالی که نجس است، می‌تواند مجدداً نجس شود، در این صورت، لازم است محل با آب تطهیر شود؛ اما اگر مینا این باشد که شیء نجس مجدداً نجس نمی‌شود و دو نجاست بر آن صدق نمی‌کند، همچنان سنگ برای طهارت کفایت می‌کند. دلیل مبنای دوم این است که اجتماع مثلین ممکن نیست و نمی‌شود یک شیء در آن واحد محکوم به دو حکم نجاست باشد.»

مبنای فاضل هندی مبنای اول است و مبنای دوم را احتمال شیخ در نهاییه می‌داند. فاضل هندی در اینجا نقدی بر مبنای گروه مخالف ندارد (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ج ۱، ص ۲۴۸).

نراقی در رد قول به اجتماع مثلین می‌گوید:

«اجتماع نجاست سنگ به غائط و با غائط محل، موجب تحقق اجتماع مثلین نیست؛ چراکه حکم نجاست هریک با تفاوت در اوصاف و تعدد نجاستات و اتحاد آنها فرق می‌کند و هریک جداگانه محکوم به نجاست شده و اجتماع مثلین نیست.» (نراقی، بی‌تا: ص ۲۳۰ و ۲۳۱)

چنان‌که می‌بینیم، ایشان جریان قاعده عقلی مذکور را در مسئله رد نکرده است و فقط موضوع را از محل بحث خارج می‌داند.

مرحوم اراکی نیز در بحث از تنجس با متنجس هم‌وصف، به خروج موضوعی محل بحث از حکم قاعده عقلی مذکور اشاره کرده و می‌گوید:

«تنها دلیل عدم تأثر، امتناع اجتماع مثلین است؛ نه اینکه مانعی در تأثیرپذیری وجود داشته باشد، که آن هم به این صورت رد می‌شود که

اینها دو وصف متمائل نیستند، بلکه دو مثل متحدالوصف‌اند. پس اجتماع
مثلین نیست و دو مثل همچنان دو مثل باقی می‌مانند.» (اراکی، ۱۴۲۰ق:
ص ۳۶)

در باب جمع بین غسل‌های واجب و مستحب نیز گفته می‌شود: ظاهر مشهور این
است که یک غسل از هر دو کفایت کرده و بلکه در کتاب خلاف، بر جواز یک غسل برای
جنابت و جمعه، ادعای اجماع شده است. شیخ انصاری در این مسئله به روایتی استناد
می‌کند که آن روایت دلالت بر تعدد حقوق و تکالیف و کفایت امتثال فرد واحد دارد. این
روایت دلالت دارد بر اینکه حقایق این اغسال بر هم صدق کرده و یکی هستند و از این رو،
دو عنوان بر یک فرد صدق می‌کند (واجب و مستحب). این از باب اجتماع دو حکم
متضاد نیست؛ زیرا آنچه جمع شده است، جهت آنهاست. در مورد دو غسل واجب هم
همین است: دو مثل، مثل دو ضد، با هم جمع نمی‌شوند. آنچه جمع می‌شود، جهت
آنهاست (یکی از حیث جنابت واجب است و دیگری از حیث حیض) (انصاری، ۱۴۱۵ق:
ج ۲، ص ۱۵۱ و ۱۵۲).

در باب تغییر آب به وسیله ملاقات نجس نیز قاعده استحاله اجتماع مثلین جاری شده
است و گفته می‌شود:

«تغییر باید حسی باشد و اگر تقدیری بود، مثل اینکه نجس و متنجس در
وصف واحد بودند، تغییری که موجب تنجس است، حاصل نمی‌شود؛
چراکه اگر قائل به تغییر شویم، اجتماع مثلین پیش خواهد آمد.» (خراسانی،
۱۴۱۳ق - ب: ج ۱، ص ۵)

مرحوم آخوند در بحث نفاس، جایی که حمل دو فرزند است که همزمان با هم متولد
شده‌اند، می‌گوید:

«هم به حسب حقیقت هم به حسب صورت و هم از باب سبب، واحد است.
سبب نفاس دم است که در اینجا واحد است و متعدد نیست که نفاس
متعدد ایجاد شود. ضمن اینکه تعدد سبب در جایی که قابلیت تعدد مسبب

نیست، باز هم موجب تعدد مسبب نمی‌شود؛ مثل اینجا (که دو فرزند با فاصله متولد شوند)، زیرا زن را نمی‌توان به دو نفاس متصف کرد. چراکه اجتماع مثلین پیش خواهد آمد.» (خراسانی، ۱۴۱۳ق الف: ص ۱۰۶)

۳-۲. قاعده استحاله انتقال اعراض

عده‌ای از فقیهان ضمن قبول قاعده استحاله انتقال اعراض، آن را در باب روزه استفاده کرده و مطابق آن قائل به بطلان روزه کسی می‌شوند که رایحه را استشمام کرده است. یکی از این افراد شیخ طوسی است. شیخ در نهاییه می‌گوید: «استشمام بوی غلیظ که به داخل برسد، موجب قضا و كفاره است» (۱۴۱۲ق: ص ۳۹۶). دلیل شیخ در بطلان روزه این است که انتقال اعراض به تنهایی و بدون انتقال محل آنها محال است و استشمام رایحه، به معنی انتقال محل رایحه به بینی و در نتیجه، بطلان روزه است.

عده‌ای دیگر از فقیهان ضمن پذیرش این قاعده، موضوع بحث را انتقال نمی‌دانند و می‌گویند آنچه اتفاق افتاده است، انتقال عرض نیست؛ بلکه هوای مجاور ذوالرائحه معطر شده و به بینی رسیده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۴۰۵). در حقیقت، ایشان جریان این قاعده را در فقه پذیرفته است، اما محل کلام را خارج از این بحث می‌داند و بر کلام خود این چنین حجت می‌آورد که اگر ذوالرائحه منتقل می‌شد، لازم می‌آمد که از جرم مُشک بعد از مدتی به دلیل کثرت کسانی که آن را استنشاق می‌کنند، کم شود؛ درحالی که مُشک تغییری نمی‌کند.

علامه حلی در مسئله چشیدن غذا توسط روزه‌دار، قول وجیه را کراهت چشیدن دانسته است. او در اینجا نیز همان پاسخ مذکور در مورد بوی غلیظ را می‌دهد. با این تفاوت که در اینجا آب دهان به طعم صمغ منفعَل شده است (همان، ص ۴۱۸)

در بحث ازاله رایحه شراب هنگام ازاله عین شراب نیز عده‌ای قائل به وجوب ازاله رایحه هستند. شافعیه از جمله ایشان است. علامه حلی در منتهی المطلب در مورد رأی شافعیه می‌گوید:

«شافعیه قائل به وجوب ازاله هستند. دلیل قائلان به وجوب ازاله این است که وجود رایحه دلالت بر بقای عین دارد، زیرا انتقال اعراض به تنهایی محال است.» (علامه حلی، ۱۴۱۲ق: ج ۳، ص ۳۵۱)

عده‌ای نیز ازاله رایحه را واجب نمی‌دانند. علامه حلی در این باره می‌گوید:

«ازاله رایحه واجب نیست: درحالی که عرضی منتقل نشده، بلکه فقط ظروف بر اثر ملاقات، از آن رایحه منفعل شده‌اند. در همه این مثال‌ها شیخ بحثی از عدم جریان قاعده ندارد، بلکه اساساً انتقال را منتفی می‌داند و قائل به انفعال است.»

علامه در رد دلیل قائلان به وجوب ازاله رایحه می‌گوید: «عرض منتقل نشده، بلکه فقط ظرف خمر بر اثر مجاورت با خمر، منفعل شده است.» (همان)

در مورد ازاله اثر نجاست از لباس حائض نیز عده‌ای از فقیهان قائل به وجوب ازاله اثر شده‌اند. شیخ صدوق از جمله این فقیهان است. او می‌گوید:

«اگر لباس زن حائض به خون آلوده شد و در شست‌وشو عین اثر خون باقی ماند، آن را با خاک سرخ بشوید تا ذرات آن با خاک مخلوط شده و اثر خون از بین برود.» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۹۴)

وی قائل به لزوم ازاله اثر خون است، اما دلیلی برای وجوب آن ذکر نکرده است. مرحوم مجلسی اول، در شرح خود بر کتاب صدوق، ضمن ذکر روایاتی که رفع اثر را واجب نمی‌دانند، به قاعده استحاله انتقال اعراض اشاره می‌کند، که شاید مستمسک شیخ صدوق به لزوم ازاله اثر خون به واسطه خاک سرخ بوده است.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، در مباحث فقهی مذکور، عده‌ای چون شیخ طوسی و ابن‌ادریس، قاعده عقلی مذکور را در فقه جاری کرده و مطابق آن حکم داده‌اند. بعضی نیز با رد موضوعی، کلیت مسئله جریان قواعد عقلی را در فقه پذیرفته‌اند.

۳-۳. نقد نظریه

این دسته از فقیهان در کاربرد قواعد عقلی و حتی در جایی که به خروج موضوعی مسئله فقهی از حکم قواعد عقلی پرداخته‌اند، به اعتباری بودن عالم فقه و ویژگی‌های اعتبارات شرعی از قبیل لزوم تعبد، عرفی بودن موضوعات، ملاک بودن مصلحت و عدم لغویت اشاره نکرده‌اند؛ هرچند ممکن است حکم ایشان به خروج موضوعی موارد مذکور از حکم قاعده عقلی، به دلیل همین ویژگی‌های اعتبارات شرعی باشد: مثلاً آنجا که در بحث اجتماع خیارین وجود دو جهت برای دو خیار، مصحح اشکال اجتماع مثلین است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۵، ص ۶۷ و ۶۸)، اشاره‌ای به حاکمیت مصلحت و کفایت عدم لغویت در اعتبارات نمی‌شود؛ درحالی که به نظر می‌رسد وجود دو جهت یا تعدد ماهیت (گیلانی، ۱۴۰۷ق: ص ۲۴۳) یا دو موضوع در خیارین (تبریزی، ۱۳۷۵ق: ج ۳، ص ۴۳۲) به معنای وجود دو مصلحت در جعل دو خیار است. وجود این دو مصلحت، موجب جعل دو خیار است که حقیقتی متفاوت دارند و این تفاوت حقیقت مانع از تحقق موضوع قاعده عقلی می‌شود. علامه بحرانی این مطلب (وجود مصلحت) را با فایده اختیاری که دو خیار به ذوالخیار می‌دهند، مطرح می‌کند و همین فایده را برای مضر نبودن اجتماع مثلین کافی می‌داند (بحرانی، بی تا: ج ۱۱، ص ۴۱۱).

در مسئله جمع غسل‌های واجب و مستحب یا غسل‌های واجب در یک امتثال، روایت مورد نظر شیخ می‌تواند برای حکم به جواز یک امتثال کافی باشد؛ چراکه ملاک، تعبد است و به بحث از قاعده عقلیه و... نیاز نیست. ضمن اینکه در اینجا نیز اعتباری بودن احکام شرعی، حاکمیت مصلحت و عدم لغویت در اعتباریات، اشکال اجتماع مثلین را رد می‌کند.

۴. نظریه مخالف کاربرد و استناد به قواعد عقلی در فرایند استنباط

عده‌ای از فقیهان در استنباطات خود، به قواعد عقلی استناد نکرده و جریان این قواعد را در دلیل حکم نپذیرفته‌اند. نظر این گروه از فقیهان در رد استناد به قواعد عقلی، حاکی از جریان مخالف استناد به قواعد عقلی در فرایند استنباط است.

۴-۱. رد استناد به قاعده استحاله اجتماع مثلین

پیش‌تر آمد که در مورد مبدأ خیار شرط اختلاف است که آیا مبدأ آن از حین عقد است یا از حین تفرق. صاحب کتاب المناهل پس از ذکر آرای فقیهان و ادله ایشان در مسئله می‌گوید:

«یکی از ادله کسانی که می‌گویند مبدأ خیار شرط حین تفرق است، این است که اگر حین عقد باشد، اجتماع مثلین پیش می‌آید و اجتماع مثلین باطل است.» (حائری، بی‌تا: ص ۳۳۴)

او در پاسخ می‌گوید:

«اجتماع مثلین پیش نمی‌آید، زیرا خیار واحد است و جهات مختلف دارد و این امری ممکن است. در خیار مجلس و خیار عیب هم می‌بینیم که با هم جمع شده‌اند. همچنین خیار واحد بالذات است و مختلف به اعتبار.» (همان، ص ۳۳۵)

او در جواب کسانی که به تداخل مسببات در حین اختلاف اسباب استناد می‌کنند نیز به نقل از غایه المراد می‌گوید:

«اگر دلیلی بر تداخل باشد، تداخل ممکن است و اجتماع معرفین در حکم واحد محال نیست.» (همان)

وی همچنین به فایده این تداخل اشاره کرده و می‌گوید:

«فایده این است که اگر خیار به یک اعتبار از بین برود، به اعتبار دیگر همچنان باقی می‌ماند. پس دو سبب تداخل نمی‌کنند و اسباب شرعیه معرفات هستند، نه مؤثرات و منعی از اجتماع‌شان وجود ندارد.» (همان)

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ایشان برای عدم جریان قاعده عقلی در فقه، به تفاوت علل واقعی و علل اعتباریه اشاره می‌کند، که دسته اول مؤثر و دسته دوم، معرّف هستند. او همین تفاوت را موجب رد موضوعی جریان قاعده عقلی در این باب می‌داند.

مرحوم کاشف الغطاء در رد اشکال اجتماع مثلین می‌گوید:

«علل شرعیه بر علل حقیقیه و مثال‌های فلسفی حمل نمی‌شوند.» (کاشف

الغطاء، بی‌تا: ج ۱، ص ۲۵۱)

شیخ انصاری در بحث اشتراط خیار در عقود جایز، ضمن رد قول عدم جواز اشتراط به دلیل حاصل آمدن اجتماع مثلین، به قول صاحب جواهر اشاره می‌کند:

«خیار واحد بالذات است و مختلف به اعتبار؛ پس اجتماع مثلین پیش نمی‌آید. فایده آن هم این است که با سقوط یکی، حق فسخ دیگر باقی می‌ماند؛ پس اسباب تداخل نکرده‌اند و اسباب شرعیه، معرفات هستند، نه مؤثرات. بنابراین اجتماع آنها محال نیست؛ همان طور که در مجلس و عیب و رؤیت، امکان جمع برقرار است.» (انصاری، ۱۴۱۰ق: ج ۱۵، ص ۹۵-۹۷)

در واقع، ایشان به محقق نشدن موضوع قاعده عقلی به دلیل اختلاف دو خیار در اعتبار و نیز تفاوت اسباب شرعیه و اسباب واقعیه اشاره می‌کند. شیخ تستری نیز در رد این دلیل که اگر مبدأ خیار حین عقد باشد، اجتماع مثلین یا اجتماع معلولین بر علت واحد پیش می‌آید، می‌گوید:

«در علل شرعیه اجتماع مثلین محال نیست، چراکه علل شرعیه معرفات هستند، نه مؤثرات. از این رو، امکان جمع آنها در خیار مجلس و عیب و رؤیت به اتفاق آرا وجود دارد.» (تستری، بی‌تا: ص ۲۴۵)

مرحوم کمپانی در بحث خیار حیوان، اعتبار را از حکم اعراض مقولیه خارج کرده و آن را اعتبار معنای مقولی برای مصلحتی می‌خواند که اعتبار برایش قرار داده شده است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۱۷). او پس از طرح آرای مختلف و رد آنها، نظر خود درباره محذور اجتماع مثلین را بیان می‌کند و پس از ذکر یک مقدمه می‌گوید:

«حق و ملکی که شرعاً و عرفاً برای آثار وضع شده‌اند، از جنس اعراض مقولیه نیستند که بحث متمائلین و مانند آن در آنها جاری شود؛ بلکه از

اعتبارات هستند؛ یعنی اعتبار معنای مقولی برای مصلحتی که اعتبار برای آن قرار داده شده است، و حکم شیء مقولی به اعتبار آن سرایت نمی‌کند. بنابراین می‌توان حق فسخ عقد را هم از جهت مجلس و هم از جهت حیوان بودن مبیع و مانند آن قرار داد، زیرا مصلحت این‌طور می‌طلبد و هرچند عقد واحد است و جز یک خیار نمی‌پذیرد، اما این عدم پذیرش حقیقتی است که مقتضی عدم امکان تعدد اعتبار حق خیار فسخ نیست. علاوه بر اینکه هریک از آنها هم تأثیر خاص خود را دارد. پس با تعدد مصلحت‌های مقتضی و تعدد اثر آنها، تعدد اعتبار لغو نخواهد بود؛ به‌علاوه اینکه، از حیث اعتباری بودن، و مقولی نبودن، تعددش محال نیست.» (همان، ص ۱۶۳)

چنان‌که آمد، بعضی از فقیهان قائل به معرف بودن علل شرعیه هستند و با استناد به همین خصوصیت، جریان قواعد علل واقعیه را در علل شرعیه رد کرده‌اند.

هرچند معرف بودن علل شرعیه نزد اصحاب مشهور است، اما مرحوم کمپانی ایرادهایی به آن وارد کرده است (همان، ص ۱۵۷-۱۶۳). بجنوردی در بحث تداخل اسباب و مسببات می‌گوید:

«آنچه ما آن را اسباب شرعیه می‌نامیم، چیزی نیست جز موضوعات احکام تکلیفیه و وضعیه. بنابراین، نه مؤثرات است و نه معرفات برای علت حقیقی؛ چراکه شارع ایجادکننده این احکام تکلیفی و وضعی است و این احکام اعتبارات و مجعولات او در عالم اعتبار و تشریح‌اند. همان‌طور که موجودات خارجی همگی مخلوقات او در عالم تکوین‌اند، همه احکام شرعیه (وضعیه یا تکلیفیه) نیز مجعولات او در عالم اعتبار و تشریح‌اند. پس مؤثر و علت در وجود احکام، خداوند متعال است... این اسباب، معرفات شارع نیستند، زیرا مراد از معرف در اینجا، دال و مبین است و این اسباب دال و مبین برای علت حقیقی که خداوند است، نیستند که بتوانند او را معرفی نمایند.» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۳، ص ۲۱۹)



مرحوم کمپانی در باب خیارات در معاطات به قول شیخ انصاری اشاره می‌کند که خیار را به دلیل جایز بودن عقد معاطات در آن جاری نمی‌داند و به وجود مانعی اشاره می‌کند. او می‌گوید:

«مانعی که ایشان در ذهن دارد، یا تحصیل حاصل است یا اجتماع مثلیین یا لغویت. همه اینها به این بیان دفع می‌شوند که اعتباری دانستن حقیقتی که آثار خیار بر آن بار می‌شود، همه اینها را رد می‌کند.» (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۱۵۶)

او همچنین در بحث خیار وکیل می‌گوید:

«خیاری که مالک دارد، در خصوص استرداد است و شامل رد نمی‌شود؛ چراکه اگر مالک خیار رد داشته باشد، جعل آن برای وکیل لغو خواهد بود و چه بسا اساساً به دلیل اجتماع مثلیین محال باشد؛ همان‌طور که در امور اعتباری دیگر این‌طور توهم شده است.»

او سپس می‌گوید:

«اما این اشکال استحاله اجتماع مثلیین را مکرر گفته‌ایم که در اعتباریات جاری نمی‌شود؛ همان‌طور که لغویت هم رد شده است. به این شکل که تعدد اعتبار به تعدد اثری که آن را صحیح می‌کند، صحیح است، مانند اجتماع خیارات متعدده در عقد واحد برای شخص واحد. با اینکه عقد، جز حل واحد نیست و مال، جز رد واحد ندارد و استرداد هم جز واحد نیست.» (همان، ص ۱۶۰)

۴-۲. رد استناد به قاعده استحاله انتقال اعراض

در بحث از قاعده «استحاله انتقال اعراض»، میرزای قمی در رد قائلان به بطلان روزه که مستندشان استحاله انتقال اعراض است، می‌گوید:

«گاهی تغیر به واسطه مجاورت رخ می‌دهد، مانند آب و هوا که با مجاورت میته و مانند آن تغیر می‌کنند.» (میرزای قمی، ۱۴۱۷ق: ج ۵، ص ۸۹)

او همچنین در بحث از کیفیت ازاله نجاست، این قاعده را داخل موضوع فقه نمی‌داند و می‌گوید:

«در عدم جواز انتقال اعراض شک شده که هرچند این قاعده صحیح است، اما مناسب فقه و موضوع‌های مرتبط به آن نیست، بلکه بنای فقه بر عرف و متفاهم عرفی است.» (همان: ج ۱، ص ۱۰۹)

کاشف‌الغطاء در ذیل فروع مبحث کیفیت استنجا، به رد ادعای قائلان به وجوب ازاله لون به دلیل عدم انتقال اعراض می‌پردازد و می‌گوید:

«این ادعا ممنوع است و دلیل آن هم وجود بو در محل است که این ادعا را نقض می‌کند و همچنین آب در مجاورت نجس، بوی آن را می‌گیرد، درحالی‌که چیزی از نجاست در آن نیست. در همه اینها عرض موجود است، اما عین موجود نیست.» (کاشف‌الغطاء (علی بن جعفر)، بی تا: ج ۲، ص ۷۲)

در حقیقت، ایشان این قاعده را به وسیله چند مثال نقضی به صورت موضوعی نفی کرده است. ایشان در جایی دیگر در بحث از کیفیت تطهیر می‌گوید:

«آنجا که می‌گویند در حصول تطهیر شرط است که عین و اثر هر دو زائل شوند، منظور از اثر، اجزای ریزی است که حس نمی‌شود و منظور بو و رنگی نیست که بدون اجزا است؛ حال، چه قائل به امکان انتقال اعراض باشیم و چه قائل به استحاله آن؛ چرا که مدار در حکم، اسامی عرفی است. در جایی که اجزاء صغیره است، حکم ازاله صدق نمی‌کند و جایی که بو و رنگ بدون اجزاء است، ازاله صدق می‌کند.» (کاشف‌الغطاء (جعفر بن خضر)، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ص ۱۴۹)

در ازاله اثر نجاست، مرحوم مجلسی اول تمسک به قاعده را ناشی از وسواس می‌داند. او در شرح عبارت شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه که می‌گوید: «اگر لباس زن حائض به خون حیض آلوده شد و در شستشو نیز اثر خون زائل نشد، آن را با خاک سرخ بشوید تا با رنگ خون مخلوط شده و اثر خون از بین برود»، می‌گوید:



«آنچه در روایت آمده این است که باقی‌مانده رنگ، مانعی ندارد و اینکه می‌گویند با خاک سرخ شسته شود، برای رفع وسواس است. وسواس از آن جهت است که می‌گویند انتقال اعراض ممتنع است و حتماً خون باقی است که رنگ آن هم باقی است. درحالی که این ادعا رد می‌شود: به این شکل که وقتی پذیرفتیم انتقال اعراض محال است، خون با رنگ منتقل شده است؛ درحالی که شارع نگفته رنگ خون نیز خون است.» (اصفهانی، ۱۴۰۶ق: ج ۱، ص ۲۵۸)

مرحوم ورامینی در ذیل مبحث انفعال آب در ملاقات با نجاست، به طرح اشکالی پرداخته است: مطابق آن، حتی اگر آب بر اثر مجاورت و عدم ملاقات هم تغییر یابد، باز نجس می‌شود؛ زیرا انتقال اعراض محال است و تغییر آب نشان‌دهنده این است که اجزای نجس از طریق هوا منتقل شده‌اند. او پاسخ می‌دهد:

«اینکه انتقال اعراض محال است، موجب نمی‌شود که قائل به انتقال عین نجاست به آب شویم، زیرا ممکن است این تغییر در اثر اعداد به وجود آمده باشد. حتی اگر بپذیریم که بر اثر انتقال اجزا متغیر شده، این مطلب باقی است که ما قائل بودیم که نجاست آب بر اثر ملاقات نجس، تبعیدی است و دقت مذکور در آن وجود ندارد.» (ورامینی، ۱۴۲۹ق: ص ۳۹۷)

۳-۴. رد استناد به قاعده استحاله توارد علتین بر معلول واحد

مرحوم سبزواری در بحث غضب، آنجا که دو نفر هریک مستقلاً و به قهر، بر مال غیر مسلط شده‌اند، می‌گوید:

«حکم این است که هر دو به طور استقلالی غاصب و ضامن کل مال هستند و مالک می‌تواند به هریک از آن دو رجوع نماید.»

وی سپس این توهّم را که اینجا قاعده استحاله توارد علتین جاری شده است و چنین چیزی ممکن نخواهد بود، می‌گوید:

«اولاً آنچه که ممنوع است، توارد دو علت مستقل در عرض یکدیگر بر معلول واحد است؛ درحالی که اینجا دو علت طولی هستند. ثانیاً این قاعده در امور حقیقیه تکوینیه جاری است، نه امور اعتباریه.» (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۱، ص ۳۰۳)

ایشان جریان قاعده مذکور را در اعتباریات، اساساً رد کرده است؛ اما اشاره‌ای به دیگر قواعد عقلی ندارد.

در بحث تعدد خيارات، یکی از حقوقدانان معاصر درباره این قاعده می‌گوید:

«چندین خيار ممکن است در یک زمان در عقد واحد موجود شود؛ مثلاً خيار مجلس و خيار حيوان در بيع حيوان بلافاصله پس از عقد ایجاد می‌شود و ممکن است در عقد واحد خيار غبن و عيب و تدليس و شرط و خيارات ديگر هريك به جهتي موجود گردد. اين اشكال وارد نمی‌باشد که هريك از خيارات سبب خاصی برای انحلال عقد است و هرگاه چند سبب در عقد واحد جمع شود، تداخل اسباب متعدده خواهد شد و توارد علل عديده لازم می‌آید؛ زیرا سبب قانونی معرف است، نه مؤثر و اجتماع چندین معرف با یکدیگر منعی ندارد. بنابراین می‌توان برای فسخ عقد به یکی از خيارات یا تمامی خياراتی که در عقد موجود است، متوسل شد و هرگاه یکی از آنها به جهتي از جهات ساقط گردد، بقیه خيارات به حال خود باقی می‌ماند.» (امامی، بی‌تا: ج ۱، ص ۵۳۰)

۴-۴. جمع‌بندی ادله

به‌طور خلاصه، ادله قائلان به عدم کاربرد قاعده عقلی در مسائل مطرح‌شده عبارت‌اند از:
الف. دلیل معرفت بودن اسباب شرعیه: به این شکل که اساساً اسباب شرعیه با اسباب واقعیه متفاوت‌اند و قواعد مربوط به اسباب واقعیه کاربردی در فقه ندارند. این مسئله تنها در مورد اسباب و علل شرعیه مطرح شده است و کاربرد قواعد را در مسائل فقهی دیگر که بحث از علل و اسباب نیست، منع نمی‌کند.

ب. دلیل وجود فایده در جعل دو خیار: که گویای ملاک بودن «عدم لغویت» برای اعتباریات است، به این ترتیب، در جایی که جعل و اعتبار لغو نباشد، قواعد عقلی مانع از جعل نخواهند شد.

ج. عرفی بودن موضوعات شرعی: که مانع از تمسک به قواعد عقلی در بخش موضوعات احکام است.

د. حاکم بودن مصالحی که نزد شارع است برای جعل یک اعتبار.

ه. رد کلی سببیت برای مواردی که در شرع سبب خوانده شده‌اند: این مسئله ناشی از ورود مباحث فلسفی و ضعف در صنعت ترجمه است که موجب جایگزینی کلمات مشابه در فقه شده است؛ درحالی که واژه سبب در کاربرد فقهی آن متفاوت از سبب در متون فلسفی بوده است.

بررسی مجموعه کلمات فقیهان و آرای ایشان در کاربرد قواعد عقلی، این مطلب را روشن می‌کند که عده‌ای همچون شیخ طوسی، ابن‌ادریس و فاضل هندی در استدلالات خود به قواعد عقلی استناد کرده‌اند و عده‌ای همچون علامه حلی، شهید ثانی، میرزافتاح تبریزی، میرزاجیب‌الله، مرحوم نراقی، آخوند خراسانی و مرحوم اراکی نیز منکر کاربرد قواعد عقلی در فقه نشده‌اند؛ بلکه با نزاع صغروی مسئله را خارج از دایره قواعد مذکور می‌دانند. در نتیجه، نمی‌توان ایشان را از جمله مخالفان کاربرد قواعد عقلی در فقه دانست. عده‌ای نیز همچون علامه بحرانی اساساً تحقق اجتماع مثیلین را در برخی مسائل فقهی مضر نمی‌دانند.

در مقابل، عده‌ای از فقیهان، همچون مرحوم کاشف‌الغطاء، میرزای قمی، شیخ انصاری و مرحوم کمپانی، استناد به قواعد عقلی را در مسائل فقهی رد کرده‌اند و به ادله‌ای همچون معرف بودن اسباب شرعی، خارج بودن اعتباریات از حکم اعراض مقولیه، ملاک بودن مصلحت برای اعتباریات، علت بودن شارع مقدس برای احکام تکلیفیه و وضعیه، مبنا بودن عرف و متفاهم عرفی برای فقه و ملاک بودن تعبد برای احکام شرعی استناد کرده‌اند.

مرحوم علامه طباطبائی که یکی از منتقدان اصلی مسئله خلط اعتبار و تکوین است، در بحث از احکام مرکبات تصریح به این مطلب دارد که: «در برخی احکام فلسفی، تفاوتی بین امور حقیقی و اعتباری نیست» (طباطبائی، بی تا: ص ۱۰۲). ارتباط حقیقت و اعتبار یکی از مباحث مربوط به حوزه اعتباریات است که در متون نگاشته شده در حوزه اعتباریات مورد بحث و تحلیل قرار گرفته است. در اینجا آنچه از ارتباط مذکور به کار می آید، این است که اعتبارات شارع هم از نظر پشتوانه و هم از نظر تأثیر، با حقایق ارتباط دارد. همین مسئله موجب کاربرد قواعد عقلی در بعضی احکام و موضوعات شرعی می شود. علاوه بر این، استناد فقیهان مخالف کاربرد قواعد عقلی در فقه در برخی مسائل فقهی به قواعد عقلی ای همچون «استحاله دور» و «استحاله تسلسل» بیانگر این است که از نظر ایشان نیز عدم کاربرد قواعد عقلی به صورت یک قضیه کلی پذیرفتنی نیست.

۵. قول برگزیده: کاربرد با ضابطه

از نظر نگارنده، قول برگزیده در مسئله کاربرد یا عدم کاربرد قواعد عقلی در استنباط فقهی، کاربرد با ضابطه قواعد عقلی در جریان استنباط فقهی است. برای بیان ضابطه مذکور، ذکر دو مقدمه ضروری است:

۱. عالم تکوین و تشریح با یکدیگر تفاوت ماهوی دارند. عالم تکوین عالم حقایق است و عالم تشریح، عالم حقایق ادعاییه. در تعریف اعتبار گفته شده است: «شیئی که مصداق حقیقی یک مفهوم نیست، ادعا شود که مصداق آن مفهوم است» (غروی اصفهانی، ۱۴۲۹ق: جلد های ۵ و ۶، ص ۱۱۶). به عبارت دیگر، وجود یکی وجود حقیقی و مربوط به خارج ذهن بوده و وجود دیگری وجود اعتباری و جعلی است. تفاوت ماهوی این دو عالم از حیث وجود، موجب تفاوت هایی در تکوینیات و تشریعیات است که از جمله آنها تفاوت علل و اسباب تکوینی با علل و اسباب تشریحی است. علت تکوینی مؤثر در وجود معلول خود است؛ در حالی که علت تشریحی مؤثر در وجود نیست، بلکه فقط مقتضی وجود معلولش است. مثلاً علت آتش، مؤثر در سوختن جسم مجاور آتش است؛ در حالی که علت



شرعی خیار که موجب جواز فسخ عقد است، به خودی خود، موجب فسخ عقد نبوده، بلکه برای فسخ به اراده و اعتبار دیگری از سوی متعاملین نیاز دارد. به عبارت دیگر، علت در حقایق، موجب است، یعنی معلول از آن تخلف‌ناپذیر است؛ اما علت در امور شرعی تابع انگیزه‌ها و مصالحی است که نزد اعتبار‌کننده وجود دارد (صرامی، ۱۳۸۵: ش ۲۷). این اختلاف موجب جریان برخی قواعد عقلی در تکوینیات و عدم جریان آنها در اعتباریات می‌شود.

تفاوت مذکور ناشی از تهی بودن زبان عربی از اصطلاحات قانونی دقیق و استفاده از الفاظ واردشده از فلسفه در آن است که با ورود علم فلسفه به جامعه اسلامی صورت پذیرفت. مثلاً از ارتباط حکم تکلیفی و موضوعش تعبیر به شرط، و از ارتباط حکم وضعی و موضوعش تعبیر به سبب شده است؛ درحالی که شرط و سبب به آن معنا که در تکوینیات وجود دارند، در اعتباریات راه ندارند.

۲. یکی از مطالبی که در مباحث معرفت‌شناسی انسان مطرح می‌شود، معرفت‌های عقلی انسان و نحوه شکل‌گیری آنها است. عقل چه نظری باشد چه عملی، کار آن درک است (بهسودی، ۱۳۸۶ق: ج ۲، ص ۱۶). درک عقل از روابط موجود در بین گزاره‌های اعتباری و گزاره‌های واقعی، به تولید گزاره‌های عقلی هریک از دو حوزه می‌انجامد. بر همین اساس، تفاوت موجود در روابط گزاره‌های اعتباری با گزاره‌های واقعی، عقل را به درک‌های متفاوت و گزاره‌های عقلی متفاوتی رهنمون می‌کند. به عبارت دیگر، دسته‌ای از گزاره‌های عقلی حاصل ادراک عقل از روابط موجود بین موضوعات واقعی‌اند و دسته‌ای دیگر حاصل ادراک عقل از روابط موجود بین موضوعات و احکام اعتباری شرعی. بنابراین بدیهی است گزاره‌های مبتنی بر واقعیات و روابط موجود بین آنها، نمی‌تواند در مورد موضوعات شرعی و روابط آنها به کار گرفته شود.

تفاوت ماهوی قضایای تکوینی و تشریحی از یک سو، و نیز تعدد اقسام قواعد عقلی از سوی دیگر، گویای این مطلب است که برای ادراک صحیح عقل از روابط حاکم بر قضایای اعتباری شرعی، شناخت خصوصیات و مسائل حاکم بر اعتبارات شرعی ضروری

است. مثلاً یکی از خصوصیات اعتباریات این است که امتناع و لامتناع جز از یک جهت در آنها راه ندارد و آن لغویت و عدم لغویت است؛ به عبارت دیگر، چیزی در وعاء اعتبار ممتنع نیست، جز آنکه اعتبارش لغو باشد (خمینی، ۱۳۷۶: ص ۲۴۶). به این ترتیب، به محض آنکه مصلحتی برای یک اعتبار موجود شد، آن اعتبار به وسیله اراده معتبر ایجاد می‌شود و به علل و اسباب دیگر برای ایجاد آن نیازی نیست. درحالی که در مورد تکوینیات، قوانینی همچون «استحاله اجتماع مثلین»، «استحاله توارد علل» و «استحاله انقلاب شیء عما وقع علیه» را داریم که هریک به تنهایی می‌توانند مانع از امر تکوینی باشند.

از دیگر خصوصیات اعتبارات شرعی این است که مدار در آنها، اسامی عرفی است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ص ۱۴۹) یا اینکه تعدد اعتبار به تعدد اثری که آن را صحیح می‌کند، صحیح است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۱۵۶).

خصوصیت دیگر اعتباریات این است که تلائم و تنافی بین امور اعتباری راه ندارد. مرحوم علامه بحث از تنافی و تلائم بین امور اعتباری را به لحاظ ذات، صحیح ندانسته است. دلیل ایشان این است که این امور نفس الامریت ندارند. او تنافی و تلائم در این امور را به لحاظ آثاری می‌داند که بر آنها مترتب می‌شود، مانند تلائم، تنافی یا تضادی که بین متعلق آنها برقرار می‌شود (طباطبائی، بی‌تا: ج ۲، ص ۱۳۰).

عدم جریان برهان نیز دیگر خصوصیت اعتباریات است (طباطبائی، بی‌تا: ج ۲، ص ۱۵۳). هرچند هریک از عوالم تکوین و تشریح، قواعد خاص خود را می‌طلبند، اما از آن جهت که تشریح نیز پشتوانه‌ای از حقیقت دارد و از جهتی، مؤثر در تکوین است، در برخی موارد، در قضایای تشریحی نیز قواعد عقلی راه پیدا می‌کنند. مثلاً در بحث اقرار آمده است: مقرر به مال، باید بالغ، عاقل، حر، مختار و قاصد بوده و جواز تصرف در مال داشته باشد. در مورد شرط بلوغ نیز اگر خودش اقرار به بلوغ به سبب احتلام نماید، چنانچه از نظر زمانی امکانش باشد، حرف او بدون بینه و یمین تصدیق می‌شود؛ چراکه اگر حرفش تصدیق نشود، دور پیش خواهد آمد (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق: ص ۵۹). ترتب دور به این شکل است که



برای اثبات حرفش نیاز به بیّنه و قسم داشته و برای اتیان بیّنه و یمین نیز به بلوغ نیاز است، و این دور خواهد بود.

در مورد تفریق در عتق آمده است که اگر مادر کنیز باشد و فرزند آزاد یا برعکس، بیع مانعی ندارد و این به دلیل این است که قبل از بیع، تفرقه حاصل بوده و مجدداً با بیع حاصل نمی‌شود، چراکه تحصیل حاصل محال است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۰، ص ۳۳۶).

در بحث ضمان نیز دور و تسلسل محقق شده است. در این مورد گفته می‌شود:

«همچنان که ترامی و تسلسل در بحث ضمان صحیح است، دور نیز صحیح است. به این شکل که دو نفر که ذمه‌شان مشغول است، هریک از آنچه در ذمه دیگری است، ضمانت کند یا مضمون‌عنه اصیل از ضامنش در چیزی ضمانت کند که ضمانتش را کرده است.» (یزدی، ۱۴۰۹ق: ج ۵، ص ۴۳۱)

در باب جریان تسلسل در حواله نیز آمده است اگر شخص مدیون، طلبکار را به عمرو حواله دهد و عمرو او را به بکر و بکر او را به خالد حواله دهد، در این فرض ذمه محال‌علیه در هر مرتبه به سبب انتقال حواله به محال‌علیه دیگر، بری می‌شود و حواله صحیح خواهد بود (عاملی، بی تا: ج ۵، ص ۴۱۰)

کاربرد قواعد عقلی در فقه به حدی زیاد است که به نظر می‌رسد نه می‌توان قواعد عقلی را به طور کامل و در حد تکوینیات در تشریح جاری کرد و نه می‌توان یک‌باره فضای تشریح را از هرگونه قاعده عقلی خالی کرد؛ بلکه باید مطابق ضابطه‌ای خاص به جریان قواعد عقلی در فقه پرداخت.

۶. ضابطه کاربرد قواعد عقلی در مسائل فقهی

علم فقه دانش اعتباری محض است. در نگاه اول به نظر می‌رسد که همه احکام شرعی باید از کتاب و سنت اخذ شده باشند؛ اما این مسئله مورد تردید نیست که شارع مقدس به بسیاری از قراردادها، سنت‌ها، عرف‌های عقلایی و... پایبند شده و آنها را تأیید کرده و در

زمره اصول حاکم بر استنباط قرار داده است. همین تأیید و حتی عدم ردع کافی است که عرف یا بنایی حجیت شرعی پیدا کند و جزء آن دسته از مصادر تشریح قرار گیرد که به تأیید شرع اعتبار یافته‌اند.

در کاربرد قواعد عقلی در جریان استنباط باید این نکته را در نظر داشت که اگر در جریان استنباط احکام، اموری همچون لزوم تعبد، عرف، مصلحت و دیگر اصول حاکم بر عالم اعتبارات شرعی، مورد توجه و لحاظ قرار گیرند، در بسیاری از موارد اختلافی در مسئله کاربرد قواعد عقلی در استنباط، اساساً موضوع قواعد عقلی محقق نخواهد بود. به این ترتیب، به نظر می‌رسد تسلط و تزلزل فقیه بر مبانی و اصول حاکم بر عالم اعتبارات شرعی، شرط اصلی برای استنباط صحیح و رهایی از خلط قواعد تکوین و تشریح و نیز عدم کاربرد بی‌رویه قواعد عقلی در فقه یا نفی کلی کاربرد آنهاست. لحاظ مبانی و اصول مذکور، موجب تشخیص صحیح موضوع از جانب فقیه می‌شود و در برخی موارد موضوع برای جریان قاعده عقلی محقق بوده و در برخی موارد اساساً موضوع قواعد عقلی منتفی خواهد بود.

جمع‌بندی

یکی از آسیب‌های کاربرد بی‌رویه قواعد عقلی در استنباط فقهی، مسئله رویارویی برخی احکام به دست‌آمده با اصول و قواعد حاکم بر اعتبارات شرعی است. از آنجاکه احکام شرعی پشتوانه‌ای از حقیقت دارند و مؤثر در تکوین‌اند، نفی کلی کاربرد قواعد عقلی در استنباط احکام شرعی صحیح نیست و به حسب مورد، قواعد مذکور در حل مسائل فقهی به کار می‌آیند. آنچه مهم است، عمل بر طبق ضابطه‌ای است که علاوه بر برقراری امکان استفاده از قواعد عقلی، از آسیب‌هایی همچون مواجهه احکام حاصل از استنباط با نص، عرف، مصلحت و مانند آن، جلوگیری کند.

ضابطه مذکور، ملاحظه ادله شرعی و نیز اصول و قواعد حاکم بر اعتبارات شرعی در جریان استنباط احکام است. چنانچه فقیه در ضمن استنباط حکم شرعی، اصول و ضوابط حاکم در هر باب را در نظر داشته باشد، حاصل استنباط و موارد کاربرد قواعد عقلی در آن، مواجهه با نص، عرف، مصلحت و مانند آن را در پی نخواهد داشت.

کتابنامه

*قرآن کریم

۱. ابن ادریس حلی (محمد بن منصور بن احمد) (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیة قم، چاپ دوم.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، المهذب، ج ۱، محقق / مصحح: جمعی از محققان و مصححان؛ تحت اشراف شیخ جعفر سبحانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیة قم، چاپ نخست.
۳. اراکی، ملا ابوطالب (۱۴۲۰ق)، شرح نجات العباد، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیة قم، چاپ نخست.
۴. اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ق)، حاشیة کتاب المکاسب (ط. الحدیثة)، ج ۱ و ۴، محقق / مصحح: عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، أنوار الهدی، چاپ نخست.
۵. امامی، سیدحسن (بی تا)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، انتشارات اسلامیة.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب الطهارة، ج ۲، محقق / مصحح: گروه پژوهش در کنگره، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ نخست.
۷. بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیة، ج ۳، محقق / مصحح: مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، قم، نشر الهادی، چاپ نخست.
۸. بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، ج ۱۱، محقق / مصحح: محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیة، چاپ نخست.
۹. بهسودی، سیدمحمد سرور (۱۳۸۶ق)، مصباح الأصول (تقریرات درس آیت الله سید ابوالقاسم خوئی)، ج ۲، نجف، مطبعة النجف.
۱۰. تبریزی، میرزا فتاح شهیدی (۱۳۷۵ق)، هدایة الطالب إلى أسرار المکاسب، ج ۳، تبریز، چاپخانه اطلاعات، چاپ نخست.

۱۱. تستری، اسدالله کاظمی (بی تا)، مقابس الأنوار و نفاثس الأسرار، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۲. حائری، سیدمحمد مجاهد طباطبائی (بی تا)، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۳. خراسانی، آخوند محمدکاظم بن حسین (۱۴۱۳ق - الف)، رساله فی الدماء الثلاثة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۱۴. _____ (۱۴۱۳ق - ب)، اللغات النيرة فی شرح تکملة التبصرة، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۱۵. خمینی، سیدمصطفی (۱۳۷۶)، تحریرات فی الفقه کتاب البیع، ج ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۶. خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، تهران، مکتبه الصدوق، چاپ دوم.
۱۷. سبزواری، سیدعبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۱، محقق / مصحح: مؤسسه المنار، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۱۸. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۳، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ نخست.
۱۹. شیخ صدوق (محمد بن علی بن بابویه قمی) (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲۰. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۴۱۲ق)، النهایة و نکتها، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. صاحب جواهر (شیخ محمدحسن نجفی) (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام، ج ۲۶، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
۲۲. صرامی، سیف الله (۱۳۸۵)، «جایگاه ادراکات حقیقی و اعتباری در علم اصول فقه نزد علامه طباطبائی»، پژوهش و حوزه، ش ۲۷.
۲۳. طباطبائی، سیدمحمدحسین (بی تا)، اصول فلسفه و روش رئالیسم، ج ۲، قم، صدر.
۲۴. _____ (بی تا)، حاشیه الکفایة، قم، بنیاد علمی و فکری استاد علامه طباطبائی علیه السلام.
۲۵. عاملی، سیدمحمدحسین ترحینی (۱۴۲۷ق)، الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، ج ۴، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ چهارم.

۲۶. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، (بی تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ۵، لبنان، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ اول.
۲۷. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر اسدی) (۱۴۱۲ق)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، ج ۳ و ۹، محقق / مصحح: بخش فقه در جامعه پژوهش های اسلامی، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، چاپ نخست.
۲۸. _____ (۱۴۱۳ق)، مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة، ج ۳ و ۵، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲۹. _____ (۱۴۱۴ق)، تذكرة الفقهاء (ط - الحديثة)، ج ۱۰، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ نخست.
۳۰. _____ (۱۴۱۹ق)، نهاية الأحكام فی معرفة الأحكام، ج ۱، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ نخست.
۳۱. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۹ق)، نهاية الدراية فی شرح الكفاية، ج ۵ و ۶، بیروت، انتشارات آل البيت عليه السلام، چاپ دوم.
۳۲. فاضل هندی (محمد بن حسن اصفهانی) (۱۴۱۶ق)، كشف اللثام و الإنهاف عن قواعد الأحكام، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳۳. کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر (بی تا)، شرح خيارات اللمعة، ج ۱، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳۴. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی (۱۴۲۲ق)، كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء (ط - الحديثة)، ج ۲، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳۵. گیلانی، میرزا حبیب الله رشتی نجفی (۱۴۰۷ق)، فقه الإمامية، قسم الخيارات، تقرير سيد محمد کاظم خلخالی، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ نخست.
۳۶. مجلسی اول (محمد تقی اصفهانی) (۱۴۰۶ق)، روضة المتقين فی شرح من لايحضره الفقيه، ج ۱، به تحقیق / تصحیح سید حسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهاردی و سید فضل الله طباطبایی، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، چاپ دوم.

۳۷. محقق حلی (نجم‌الدین، جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق / مصحح: عبدالحسین محمد علی بقال، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۳۸. میرزای قمی (ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی) (۱۴۱۷ق)، غنائم الأيام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۱ و ۵، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳۹. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر (بی تا)، لوامع الأحکام فی فقه شریعة الإسلام، قم، بی نا، چاپ نخست.
۴۰. ورامینی، محمد حسین (۱۴۲۹ق)، مشارع الأحکام فی تحقیق مسائل الحلال و الحرام، اصفهان، مرکز تحقیقات رایانه‌ای حوزه علمیه اصفهان، چاپ نخست.
۴۱. یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، العروة الوثقی، ج ۵، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.





مفهوم‌شناسی نکره در اصول فقه و کاربردست فقهی آن

حسین قربانی*

سید کاظم مصطفوی**

چکیده

واژه نکره در گفتمان اصولی دارای چهار شناسه است و عالمان دانش اصول فقه سه انگاره عمده درباره مفهوم آن دارند: برخی معتقدند مفهوم آن پیوسته کلی است؛ برخی ایده جزئیت را ابراز نموده‌اند؛ بعضی دیگر نیز نظریه تفصیل را برگزیده‌اند و بر این باورند که اگر در سیاق اخبار واقع شود، معنای آن جزئی است و اگر در سیاق امر قرار گیرد، مفهومش کلی خواهد بود. از سوی دیگر، کاربردست فقهی درباره نزاع در مفهوم‌شناسی این نهاد اصولی ارائه نشده و گاه این نهاد را فاقد آن دانسته‌اند. از این رو، نگارنده درصدد است دیدگاه‌های مطرح‌شده را تبیین و با نقد دیدگاه‌های رقیب، نظریه برگزیده خود را مبرهن کند؛ در ادامه، می‌کوشد نظریه صاحب فصول علیه السلام را روشن کند؛ آنگاه مقصود مشهور عالمان اصولی از «فرد مرّد» را تشریح می‌نماید؛ سپس ناصوابی تعبیر به «تنکیر» را نیز در مورد تنوین امثال واژه «رجل» مستدل می‌کند؛ در پایان، کاربردست فقهی این بحث را ارائه و تحلیل می‌نماید.

کلیدواژگان: نکره اصولی، کلی، جزئی، فرد مرّد، تنوین تنکیر، کاربردست فقهی، صاع صبره.

* استاد سطح عالی حوزه علمیه قم، دانش‌آموخته سطح چهارم و دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی

hg1356325hg@gmail.com

** استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم و عضو هیئت علمی جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه

moshaver4u4@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۵/۳۰

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۰۹/۲۷

طرح مسئله

یکی از مباحث در دانش اصول فقه، مبحث اطلاق و تقيید است که نقش بسزایی در فرایند استنباط دارد. یکی از گزاره‌هایی که در این مبحث مطرح می‌شود، الفاظی است که از نگاه اصولی، واژه مطلق بر آنها اطلاق می‌شود. از جمله واژگانی که در این ساحت مورد بحث قرار می‌گیرد، نهاد نکره است. پوشیده نماند که از مدلول نکره‌ای که در سیاق نفی یا نهی واقع شده نیز در مبحث عام و خاص بحث می‌شود که این پژوهش، ناظر به آن مبحث نیست. بدیهی است که مقصود از این نهاد در گفتمان اصولی و ادبی متفاوت است. در مفهوم نکره اصولی، از جهت کلیت و جزئیت، سه نظریه عمده وجود دارد: برخی همچون محقق حائری یزدی^۱ انگاره جزئیت را مبرهن کرده و برخی همچون امام خمینی^۲ کلیت را مستدل نموده‌اند؛ محقق خراسانی^۳ ایده تفصیل را مطرح نموده و معتقد است: اگر نکره در سیاق اخبار واقع شود، مفهوم آن جزئی است و اگر در سیاق امر واقع شود، کلی است.

پژوهش پیش‌رو در ساختاری منطقی این‌گونه سامان می‌یابد: الف. شناسه‌شناسی نکره در اصطلاح دانش اصول فقه؛ ب. تبیین دیدگاه‌های ارائه‌شده در حوزه مفهوم‌شناسی نکره اصولی و نقد آرای مخالف نظریه محقق عراقی^۴ و حکیم^۵؛ ج. تبیین نظریه صاحب فصول^۶ در مدلول نکره؛ د. تشریح مقصود مشهور عالمان اصولی از «فرد مردد»؛ ه. نقد تکبیرانگاری تنوین امثال واژه «رجل»؛ و. تبیین کاربری فقهی نزاع در مفهوم‌شناسی نکره اصولی در جستارهای فقهی، تا نقد مستدلی باشد بر بی‌ثمر دانستن این نزاع در دانش فقه و فرایند اجتهاد. با توجه به اینکه جست‌وجوهای انجام‌شده بیانگر این است که طرح این موضوع به‌نحو جامع در کتاب‌ها، پایان‌نامه‌ها و مقالات پیشینه پژوهشی ندارد، انجام این پژوهش ضرورت می‌یابد.

۱. شناسه‌شناسی نکره اصولی

نکره‌ای که مفهوم آن در دانش اصول فقه مورد نزاع میان عالمان امامیه واقع شده، دارای چهار شناسه است:

۱-۱. شناسهٔ یکم

نکره در این دانش، به حمل شائع، یعنی بیان مصادیق نکره است، مانند واژه «رجل» با تنوین، نه به حمل اولی یعنی لفظ نکره (ر.ک: مشکینی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۴۷۷)؛ چراکه این دانش لغت است که عهده‌دار مفهوم‌شناسی لفظ نکره است.

۲-۱. شناسهٔ دوم

نکره در مقابل اسم جنس است، نه در مقابل معرفه. معرفه اسمی است که یا خودش پذیرای «ال» بوده و «ال» آن را معرفه می‌کند، مانند واژه «رجل»، یا به معنای اسمی است که آن اسم، پذیرای «ال» است و «ال» آن را معرفه می‌نماید، مانند واژه «ذو» به معنای «صاحب». این معنای یکی از انواع قسم نخست محسوب می‌شود (ر.ک: سیوطی، ۱۴۲۲ق: ج ۱، ص ۸۱) و نکره در مقابل معرفه، هم شامل نکره در مقابل اسم جنس مُنْکَر می‌شود و هم نکره در مقابل اسم جنس، مانند «رجلٌ جائئنی لا إمرأة»؛ مرد نزد من آمد نه زن (واژه «رجل» و «إمرأة» اسم جنس مُنْکَر است) یا «جئنی برجل»؛ یک مرد نزد من بی‌اور (واژه «رجل» نکره در مقابل اسم جنس است)؛ زیرا معرفه‌ای که در مقابل این نکره است، هم شامل اسم جنس مُعَرَّف می‌شود و هم معارف دیگر (ر.ک: موسوی قزوینی، ۱۴۲۷ق: ج ۴، ص ۷۹۲). معمولاً معنای نخست در دانش اصول فقه و معنای دوم در دانش ادبیات عرب بررسی می‌شود.

۳-۱. شناسهٔ سوم

نکره بالمعنی الأخص است؛ یعنی اسم جنسی که تنوین تکبیر بر آن داخل شده است و افادهٔ وحدت کند، مانند «جائتی رجلٌ لا رجالین»؛ یعنی یک مرد نزد من آمد نه دو مرد. بنابراین اسم جنسی که غیرمنصرف است (مانند «صفراء» و «حمراء») یا منصرف است ولی «لام» بر آن داخل شده (مانند «الإنسان» و «الحيوان») یا مبنی است (مانند «قبل» و «بعد») یا مُعَرَّب است ولی به سکون خوانده شده و تنوین بر آن داخل نشده است یا تنوین بر آن داخل شده ولی افادهٔ وحدت نمی‌کند (مانند تنوین «تمکن» که دلالت می‌کند بر اینکه اسم، مُعَرَّب است، نه مَبْنی یا غیر مُنْصَرَف) نکرهٔ اصولی محسوب نمی‌شود؛ زیرا

مقصود از نکره بالمعنی الأعم، غیرمعرّفه است و همهٔ موارد بالا را دربر می‌گیرد، مگر نکره‌ای که «لام» بر آن داخل شده باشد. مانند «الإنسان» (ر.ک: محمدحسین اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ص ۱۶۳؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق: ج ۲، ص ۳۶۰).

۱-۴. شناسهٔ چهارم

غیرمصدر است، مانند واژهٔ «رجل»؛ زیرا در مفهوم مصدر (مانند واژهٔ «ذِکری») نزاعی نیست، چون مصدر قطعاً دلالت بر حقیقت (ماهیت) می‌کند؛ به‌خاطر اینکه برای حقیقت وضع شده است (ر.ک: دسوقی، بی‌تا الف: ج ۱، ص ۵۵۸).

۲. دیدگاه‌ها دربارهٔ مفهوم نکرهٔ اصولی

در مجموع، عالمان اصولی بزرگ سه دیدگاه عمده دربارهٔ مفهوم و موضوع‌له نکره از جهت کلیت و جزئیت ارائه کرده‌اند. در ادامه، این سه دیدگاه سنجیده می‌شود.

۲-۱. دیدگاه جزئیت مطلقه

مشهور عالمان اصولی (ر.ک: حکیم، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۵۵۳؛ آل‌شیخ راضی، ۱۴۲۶ق: ج ۴، ص ۲۹۹) معتقدند مدلول نکره، به‌نحو مطلق، «فرد مردّد» است؛ در نتیجه، جزئی خواهد بود. از میان عالمان معاصر، محقق حائری یزدی^۱ همسو با استادشان محقق فشارکی^۲ و ایشان نیز به پیروی از استادشان، محقق میرزای شیرازی^۳، معتقد است مدلول نکره در «جاء رجل» و «جئنی برجل» یکسان است: در هر دو، جزئی حقیقی است که از آن به «فرد مردّد» تعبیر می‌شود (ر.ک: خرازی، ۱۴۲۲ق: ج ۴، ص ۲۷۴).

محقق حائری یزدی^۱ مدعای خود را این‌گونه مبرهن نموده است: جزئیت و کلیت از صفات معقول در ذهن است. اگر معنایی در ذهن قابلیت صدق بر افراد کثیره داشته باشد، کلی است؛ وگرنه جزئی است. جزئیت معنایی در ذهن نیز متوقف نیست بر اینکه با تمام تشخصات واقعی در ذهن تصور شده باشد. به همین خاطر، اگر انسان شَبَحی از دور دید و در اینکه زید است یا عمرو و بلکه انسان است یا غیر انسان، تردید کرد، این تردید آن شَبَح را از جزئی بودن خارج نمی‌کند.

بنابراین، اگر در قضیه «جاء رجل» صورت ذهنی «رجل» جزئی باشد، در قضیه «جئنی برجل» نیز صورت ذهنی «رجل» جزئی است؛ زیرا هیچ تفاوتی میان این دو «رجل» نیست، مگر اینکه تعیین در اولی واقعی است و در دومی، به انتخاب مکلف. اما اینکه وجود یافتن فرد مردّد در عالم خارج ممکن نیست - چون بدیهی است که یک شیء نمی تواند مردّد بین خودش و غیر خودش باشد - منافاتی با اعتبار فرد مردّد در ذهن ندارد؛ همان گونه که کسر مشاع در ذهن اعتبار می شود؛ با اینکه در خارج کسر مشاع وجود ندارد (ر.ک: حائری یزدی، ۱۴۱۸ق: ص ۲۳۳).

۲-۱-۱. تبیین نظریه محقق حائری یزدی

سنجش این نظریه بر فهم درست از بیان ایشان استوار است. به همین منظور از کلمات محقق اراکی بهره می جویم. او از شاگردان برتر محقق یزدی بوده و نظریه استاد را تقریر نموده و پذیرفته است.

نکره دو گونه استعمال می شود:

۱. در معنایی که در واقع، معین است. خود این معنا سه گونه است:

الف. نزد متکلم، معلوم است و او آن را از مخاطب پنهان می کند، مانند آیه شریفه «وَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ أَقْصَى الْمَدِينَةِ» (قصص: ۲۰)؛

ب. نزد متکلم و مخاطب هر دو نامعلوم است، مانند اینکه فردی شبّحی را از دور دیده و نمی داند کدام یک از مصادیق رجل است؛

ج. نزد متکلم و مخاطب هر دو معلوم است و مقصود، پنهان نمودن بر شخص ثالث است. این معنا قابلیت صدق بدلی بر کثیرین دارد؛ یعنی صدق آن بر هر کدام از مصادیق به واسطه «او» (یا) عطف می شود. بنابراین معنای یکم، بدون اشکال، جزئی است.

۲. در معنایی که قابلیت صدق عرضی بر کثیرین دارد، مانند «جئنی برجل» که صدق آن بر هر کدام از مصادیق به واسطه «او» عطف می شود. به همین خاطر توهم شده که این معنا، کلی حقیقی است؛ بدین معنا که ماده نکره (رجل) دلالت بر طبیعت کلیه دارد و

تتوین، دلالت بر مفهوم وحدت می‌کند و مفهوم وحدت نیز کلی است و ضمیمه شدن کلی به کلی، کلی سومی را پدیدار می‌کند که دایره‌اش محدود است، مانند انسان زرد، نسبت به انسان.

ولی حق این است که نکره در هر دو صورت، در جزئی حقیقی استعمال می‌شود؛ زیرا کلی مفهومی است که قابلیت صدق عَرَضی بر کثیرین داشته باشد؛ چون کلیت به معنای سعه و جزئیت به معنای ضیق است و مفهومی که قابلیت صدق بدلی بر کثیرین دارد، ضیق است. نهایتش این است که آن فردِ مردّد بین کثیرین است.

در مورد دوم («جِنئی برجل») نیز واژه «رجل» قابلیت صدق بدلی بر کثیرین دارد؛ چون معنای «رجل» در این مثال «رجل واحد» است؛ به گونه‌ای که اگر زید باشد، دیگر عمرو نیست و اگر عمرو باشد، دیگر زید نیست. در نتیجه، این معنا نیز جزئی است. صرف اینکه صورت ذهنی نکره‌ای که در سیاق اخبار واقع شده، در واقع و خارج، تشخص دارد ولی در صورت دوم که نکره در سیاق انشاء واقع شده، تشخص ندارد، موجب تفاوت میان این دو معنا نمی‌شود؛ زیرا جزئیت و کلیت از معقولات ذهنیه‌اند و در نتیجه، دخالت خارج در آنها معقول نیست. آری، تنها تفاوتی که میان این دو صورت وجود دارد، این است که تعیین در صورت نخست، واقعی است که همان حبیب نجار است؛ ولی در صورت دوم به انتخاب مکلف است (اراک، ۱۳۷۵: ج ۱، ص ۳۲۰-۳۲۴).

۲-۱-۲. معناسناسی کلی و جزئی منطقی

نظر به اینکه سنجۀ کلی منطقی از نگاه محقق حائری یزدی رحمته‌الله صدق شمولی است نه بدلی، و خاستگاه این گزاره دانش منطق است، برای ارزیابی این دیدگاه باید از همین دانش بهره جست.

«صدق» بر دوگونه است:

۱. شمولی (عَرَضی، معی) که با «واو» عطف می‌شود: این و آن و ...؛

۲. بدلی (طولی) که با «اَو» عطف می‌شود: این یا آن

مقصود از واژه «صدق» در تعریف کلی و جزئی منطقی، صدق شمولی است. بنابراین شَبَحی که از دور دیده شده و جزئی حقیقی است، کلی قلمداد نمی‌شود تا تعریف کلی، مانع از اغیار نباشد؛ زیرا گرچه عقل صدق آن را بر زید، عمرو و مانند آن تجویز می‌کند ولی این صدق بدلی است (یعنی یا زید است یا عمرو یا شخص دیگری) نه شمولی (یعنی عقل تجویز نمی‌کند که زید و عمرو و مانند آن باشد). از این رو، نکره‌ای که از آن، یک فرد، به‌نحو بدلیت، قصد شده باشد، جزئی است نه کلی. اطلاق کلی بر آن مجاز است. این اطلاق یا بدین خاطر است که شیوع بدلی معنای نکره به‌منزله کلی‌ای که صادق بر کثیر است، تنزیل شده یا نکره بدون تنوین لحاظ شده است. بی‌گمان، نکره بدون تنوین کلی است نه جزئی، زیرا برای طبیعت کلیه مطلقه وضع شده است (ر.ک: یزدی، بی‌تا: ص ۳۰، ۳۱، ۴۸، ۲۰۸، ۲۱۶، ۲۱۸؛ محمدتقی اصفهانی، ۱۴۲۹ق: ج ۱، ص ۱۲۹).

بنابراین، جستارهای منطقی از آنچه محقق حائری یزدی^۳ بیان کرده (بر این پایه که شاخصه کلی منطقی صدق شمولی است نه بدلی) پشتیبانی می‌کند.

۲-۱-۳. نقد دیدگاه محقق شیخ عبدالکریم حائری یزدی^۳

۲-۱-۳-۱. نقد یکم

اگر مدلول نکره فرد مردّد باشد، لازمه‌اش این است که نکره بر افراد خارجی صدق نکند؛ زیرا افراد خارجی متعیّن‌اند نه مردّد بین افراد؛ درحالی‌که صدق آن بر مصادیق خارجی بدیهی است. افزون بر این، گاه مدلول نکره «کلی» است که قابلیت انطباق بر کثیرین دارد؛ آن در صورتی است که نکره متعلّق «امر» قرار گیرد، مانند «جِنّی بَرَجَل»؛ یک مرد نزد من بیاور (ر.ک: خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۲۴۶).

۲-۱-۳-۲. نقد دوم

اگر معنای نکره فرد مردّد باشد، لازمه‌اش این است که در مواردی که امر بر نکره وارد شده باشد، امثال امر ممتنع باشد؛ زیرا مکلف قادر به ایجاد فرد مردّد نیست. این در حالی است که عدم امتناع امثال بدیهی است.



۲-۱-۳. نقد سوم

لازمه فرد مردّد بودن این است که در مواردی که نکره در سیاق اخبار واقع شود، خبر کاذب باشد؛ زیرا فرد مردّد قابل رؤیت نیست. حال آنکه صدق آن بدیهی است.

۲-۱-۴. نقد چهارم

اگر معنای نکره فرد مردّد باشد، لازمه اش این است که در مواردی که نکره بر فرد خارجی حمل شده (مانند «زیدٌ رجلٌ») یا فرد خارجی بر نکره حمل شده یا حمل صحیح نباشد؛ زیرا حمل یا نیازمند اتحاد است (ولی بین «زید» خارج معین و فرد مردّد هیچ اتحادی نیست) یا مجازگویی (درحالی که حمل صحیح بوده بدون اینکه مجازگویی صورت گرفته باشد) (ر.ک: مشکینی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۴۸۴).

۲-۱-۵. نقد پنجم

تردّد در آنچه در خارج موجود است، معقول نیست؛ چراکه تردّد به معنای جهل است و جهل از صفات نفس (ر.ک: ایروانی نجفی، ۱۳۷۰: ج ۱، ص ۳۱۲). صفات نفس، همچون شجاعت و سماحت، در مقابل صفات ماده قرار دارد (ر.ک: همو، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ص ۲۱۱). به دیگر سخن، فرد مردّد در خارج وجود ندارد تا حکم به آن تعلق یابد (ر.ک: همان: ج ۱، ص ۱۱۸).

۲-۱-۶. نقد ششم

متبادر از مدلول نکره، به تعدد دالّ و مدلول، کلی است و عبارت است از طبیعت مقید به وحدت - به معنای حرفی و حمل شائع، نه اسمی - مطلقاً؛ چه در سیاق اخبار واقع شود، مانند «جاء رجلٌ» و چه انشاء، مانند «جئنی برجلٍ». دالّ یکم «رجلٌ» است که دلالت بر طبیعت می کند و دالّ دوم تنوین است که دلالت بر وحدت دارد. اما جزئیتی که از نکره در سیاق اخبار، مانند «جاء رجلٌ»، استفاده می شود، براساس قرینه خارجیّه «جائنی» است؛ چراکه اسناد صدور آمدن به رجل کلی، ممتنع است (ر.ک: امام خمینی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۳۲۴؛ همو، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۳۳۱؛ همو، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۲۷۰). بعید نیست که اخذ

مصادق وحدت در معنای نکره، تعبیر دیگری از اخذ وحدت به عنوان بیانگر تعداد مصادیق باشد. این دیدگاه را محقق عراقی رحمته الله علیه و حکیم رحمته الله علیه برگزیده‌اند.

۲-۱-۳-۷. نقد هفتم

بین دو حیثیت وجود ذهنی خلط صورت گرفته است. وجود ذهنی یک حیثیت موضوعی دارد که در ذهن تصور شده است. در این صورت، طبق قاعده تشخیص، جزئی خواهد بود؛ زیرا قاعده تشخیص بر این دلالت دارد که شیء تا تشخیص نیابد و جزئی نشود، موجود نمی‌شود؛ چه در ذهن و چه در خارج. بنابراین تا صورت ذهنی رَجُل جزئی نشود، در ذهن موجود نمی‌شود. وجود ذهنی حیثیت طریقی هم دارد؛ یعنی حکایت‌گری از خارج، که از این نظر کلی است؛ زیرا قابلیت صدق بر افراد زیادی دارد. جزئیت از حیث نخست با کلیت از حیث دوم منافاتی ندارد، وگرنه کلی هیچ مصادقی ندارد؛ زیرا هر کلی به اعتبار وجود ذهنی، طبق قاعده تشخیص، جزئی خواهد بود. صورت ذهنی «رجل» هم، از حیث دوم، کلی است. شَبیح مردّد نیز جزئی حقیقی است و توهم کلیت آن می‌شود (ر.ک: سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۶۹۸).

۲-۱-۳-۱. اشکال بر نقد هفتم

از نظر نگارنده، نقد مذکور وارد نیست؛ زیرا در عبارت محقق حائری یزدی رحمته الله علیه هیچ اثری از قاعده تشخیص وجود ندارد (ر.ک: حائری یزدی، ۱۴۱۸ق: ص ۲۳۳). بنابراین، استناد این قاعده به وی فاقد دلیل است.

۲-۲. دیدگاه کلیت مطلقه

برگزینندگان دیدگاه دوم اختلاف نظرهایی در مفهوم نکره دارند که بدین شرح است:

۲-۲-۱. دیدگاه محقق غروی اصفهانی رحمته الله علیه

مدلول نکره طبیعتی است که مقید به فرد معینی نشده و حصّه نامیده می‌شود (حصّه طبیعتی است که همراه با قیدی لحاظ شده که دایره آن را مضیق می‌کند ولی آن را جزئی

نمیکنند)؛ یعنی گرچه ذاتاً طبیعت رجل نه مقید به قیدی است و نه غیرمقید؛ ولی در نکره، در مرحلهٔ اِسناد (چه به نحو اِخبار باشد و چه به نحو انشاء) به نحو غیرمقید به قیدی که آن را مُتعیّن می کند، لحاظ شده است. بنابراین گرچه «رجل» در «جائنی رجل» (مردی نزد من آمد) در واقع، معین است، ولی در مرحلهٔ اِسناد، غیرمعین است. در نتیجه، همچون «رجل» در «جئنی برجل» (مردی را نزد من بیاور) خواهد بود که در مرحلهٔ طلب، غیرمعین است. همچنین، معنای نکره، طبیعت مقید به مفهوم وحدت، که محقق خراسانی رحمته الله علیه آن را به روشنی بیان کرده، نیست (ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۴۲۹ق: ج ۲، ص ۴۹۵).

تفاوت بین عدم تعین در طبیعی «رجل» و عدم تعین در رجل نکره نیز عبارت است از اینکه عدم تعین در طبیعی رجل به واسطهٔ عدم لحاظ عدم تعین است و عدم تعین در رجل نکره، به لحاظ عدم تعین است (ر.ک: همو، ۱۴۱۸ق: ج ۳، ص ۳۳۶). بین عدم لحاظ و لحاظ عدم، از منظر دانش منطقی، تفاوت وجود دارد. عدم لحاظ، قضیهٔ سالبهٔ محصّلة المحمول است که سلب الحمل است (مانند زید عالم نیست) و لحاظ عدم، قضیهٔ موجبهٔ معدولة المحمول است که حمل السلب است (مانند زید، غیرعالم است). البته محقق غروی اصفهانی رحمته الله علیه در هیچ یک از دو کتاب اصولی و فقهی فوق، دلیلی بر نظریهٔ خویش اقامه ننموده است.

۲-۲-۲. دیدگاه محقق بروجردی رحمته الله علیه و محقق مشکینی رحمته الله علیه

مدلول نکره عبارت است طبیعت مقید به مفهوم وحدت، مطلقاً؛ چه متعلق اِخبار واقع شود و چه انشاء (ر.ک: بروجردی، ۱۴۱۲ق: ج ۱، ص ۵۸۳). به باور محقق مشکینی رحمته الله علیه، معنای نکره حصّه کلیه است، با این تفاوت که:

۱. اگر نکره بعد از اوامر، نواهی و مانند آن واقع شود، مانند جئنی برجل (مردی نزد من بیاور)، نکره بر کلی بودنش باقی می ماند؛

۲. اگر نکره در سیاق اِخبار واقع شود، مانند جائنی رجل (مردی نزد من آمد)، یا در سیاق استفهام واقع شود، مانند أئی رجل جائک؟ (کدام مرد نزد تو آمد؟)، نکره از کلیت خارج می شود.

در صورت نخست، در فردی که نزد متکلم معین است، متعین می‌شود و در صورت دوم، در فردی که نزد مخاطب، معین است، متعین می‌شود. ولی آنچه بر تعین دلالت دارد، لفظ نکره یعنی مجموع اسم جنس و تنوین نیست؛ بلکه قرینه خارجیّه است؛ یعنی اِخبار در صورت نخست و پرسش در صورت دوم (ر.ک: مشکینی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۴۸۱).

۲-۳. دیدگاه تفصیل بین سیاق اِخبار و امر

۲-۳-۱. بیان دیدگاه

محقق خراسانی رحمته الله علیه در مفهوم نکره بین سیاق اِخبار و امر قائل به تفصیل شده است:

الف. مدلول نکره در سیاق اِخبار: فردی است که در واقع، معین و نزد مخاطب، مجهول است، مانند واژه «رجل» در آیه شریفه «وَ جَاءَ رَجُلٌ مِّنْ أَقْصَى الْمَدِينَةِ» (قصص: ۲۰). در نتیجه، معنای نکره جزئی حقیقی خواهد بود (ر.ک: فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق: ج ۲، ص ۳۶۱)، به قرینه اسناد آمدن به «رجل»؛ چراکه اسناد آمدن به رجل کلی، ممتنع است (ر.ک: ایروانی نجفی، ۱۳۷۰: ج ۱، ص ۳۱۱؛ امام خمینی، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۲۷۰). محقق قمی رحمته الله علیه واژه «رجل» را در آیه شریفه فوق مجمل دانسته است؛ چراکه خداوند مصداق معینی را اراده نموده که نزد مخاطب نامعلوم است و منشأ اصلی این اجمال، مشترک معنوی بودن کلمه «رجل» است (ر.ک: قمی، ۱۴۳۰ق: ج ۲، ص ۱۹۷).

ب) مدلول نکره در سیاق امر: حصّه کلیه است که قابلیت انطباق بر کثیرین دارد. حصّه، طبیعت مقید به قید مفهوم وحدت است؛ به گونه‌ای که تقیّد داخل است ولی قید خارج است (ر.ک: مشکینی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۴۸۳)، مانند واژه «رجل» در «جِنِّی بَرَجَلٍ»، در نتیجه، معنای نکره کلی خواهد بود؛ زیرا طبیعت و مفهوم وحدت، هردو کلی‌اند و ضمیمه شدن کلی به کلی، موجب جزئی شدن نمی‌شود و تنها اجمالاً دایره‌اش مضیق می‌شود (ر.ک: قوچانی، ۱۴۳۰ق: ج ۱، ص ۵۳۱). بنابراین مصداق «رجل» قبل از تقیید به مفهوم وحدت، هر یک یک، هر دو دو، هر سه سه و ... است؛ ولی بعد از تقیید به مفهوم وحدت، هر یک یکی از افراد رجل خواهد بود (ر.ک: ایروانی، ۱۳۷۰: ج ۱، ص ۳۱۲).

محقق عراقی رحمته الله علیه سه ویژگی برای طبیعت مقید به عنوان واحد ذکر نموده است:



۱. انطباق طبیعت مقیّد به عنوان واحد بر افرادش عَرَضی است؛

۲. اگر مکلف در مقام امتثال در یک دفعه ده فرد از طبیعت را اتیان کند، امتثال تکلیف با تمام ده فرد تحقّق می‌یابد؛

۳. خصوصیات خارج از مطلوب و از لوازم مطلوب مولاست. در نتیجه، اگر مکلف در مقام امتثال خصوصیت را قصد کند، تشریح در قصد نموده است؛ زیرا فرض این است که خصوصیات، خارج از مطلوب مولا بوده است (عراقی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۵۶۶).

۲-۳-۲. نقد دیدگاه محقق خراسانی رحمته الله علیه

نقد یکم:

صغری: اگر مفهوم مفهوم وحدت، در مدلول نکره اخذ شود، لازمه‌اش این است که نکره، به‌نحو شمولیت (عَرَضیه و استغراقیت) قابلیت انطباق بر افراد قلیله و کثیره داشته باشد؛

کبری: و اللازم باطل بالوجدان؛ زیرا دلالت نکره بر افراد و مصادیق به‌نحو بدلیت است؛

نتیجه: فالملزوم مثله؛ بنابراین مفهوم مفهوم وحدت در مدلول نکره اخذ نشده است.

دلیل بر ملازمه در صغری این است که عنوان واحد نیز عنوان کلی است، و همچون اسماء دیگر اجناس، به‌نحو عَرَضیت، قابلیت انطباق بر افراد قلیله و کثیره دارد؛ زیرا بر هر فردی، عنوان اُحدالافراد، به‌نحو عَرَضیت صادق است (ر.ک: حکیم، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۵۵۳؛ عراقی، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۴۹۷؛ همو، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۵۶۶).

پاسخ محقق شهید صدر رحمته الله علیه به نقد یکم:

«واحد» سه گونه است و در دو دسته جای می‌گیرد:

الف. واحدِ ثبوتی و در عالم ثبوت (که دارای دو قسم است):

الف/ ۱. واحد بشرط شیء: که در ضمن هر کثیر وجود دارد، زیرا هر کثیر ساخته‌شده از چند واحد است. منظور از واژه «واحد» در «العددُ مُرْکَبٌ مِنْ أَحَادٍ»

نیز همین قسم است. این معنای از واحد، خود اسم جنس است و مفهومی است کلی که صلاحیت شمولیت دارد و ادات عموم شمولی (استغراقی) بر آن داخل می‌شود، مانند «أَكْرِمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ». مقصود از قید وحدت این قسم از واحد نیست.

الف/۲. واحد بشرط لا: یعنی واحد بشرط عدم الزائد، مانند «أَكْرِمَ فَرْدًا وَاحِدًا فَقَط» (یک فرد را فقط گرامی بدار). در این صورت، اطلاق شمولی محال است؛ زیرا اطلاق شمولی، برخلاف واحد بشرط عدم الزائد است و فرض این است که مکلف امر شده به اکرام فرد واحد، نه تمام افراد. بنابراین اگر مکلف دو فرد را اکرام نمود، امثال تکلیف ننموده است. مقصود از قید وحدت این قسم از واحد نیز نیست.

۱۳۹



ب. واحد لا بشرط اثباتی و در عالم اثبات: که مربوط به مقام بیان و کلام متکلم است، نه در نفس الأمر و واقع. در نتیجه، اگر مولا بگوید «أَكْرِمَ رَجُلًا»، و عبد در آن واحد دو مرد را اکرام نماید، امثال کرده است؛ برخلاف قسم پیشین. این قسم از واحد فقط بر یک فرد صادق است ولی منافاتی با صدق طبیعت مقید به وحدت در واقع بر واحدهای دیگر ندارد. مقصود از قید وحدت همین قسم از واحد است (ر.ک: صدر، ۱۴۳۳ق الف: الجزء الرابع من القسم الأول، ص ۵۰۳؛ همو، ۱۴۳۳ق ب: ج ۳، ص ۴۳۳).

ایراد بر پاسخ محقق شهید صدر^{ره}

از سویی جعل این امور سه‌گانه برای مفهوم واحد خالی از اشکال نیست؛ چراکه واژه واحد یک معنا بیشتر ندارد. از سوی دیگر، ثبوتاً، تصویر این اعتبارات سه‌گانه در مدلول تصویری، مُشکل است (همان، ص ۴۳۴). ضمن اینکه پاسخ مزبور مدعایی بیش نیست و دلیلی برای آن ارائه نشده است.

نقد دوم:

مفهوم نکره حصه کلیه است، مطلقاً؛ چه در سیاق انشاء واقع شود و چه در سیاق إخبار.

نقد سوم:

تعیّن در معنای نخست، مستفاد از نکره نیست؛ زیرا نکره اسم جنسی است دارای تنوین؛ و هیچ کدام از این دو دلالت بر تعین نمی کنند. از قرینه خارجیّه، یعنی اخبار به آمدن نیز استفاده می شود؛ چراکه اسناد آمدن به فرد غیرمعین محال است.

نقد چهارم:

عدم تعین به مخاطب اختصاص ندارد. گاهی مقصود از نکره فردی است که نزد متکلم مجهول است، ولی نزد مخاطب متعین؛ مانند «أَيُّ رَجُلٍ جَائِكُ؟» (کدام مرد نزد تو آمد؟) (ر.ک: مشکینی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۴۸۲ و ۴۸۳).

نقد پنجم:

متبادر از مدلول نکره به تعدّد دالّ و مدلول، کلی است. شرح آن در «نقد ششم بر نظریه محقق حائری یزدی رحمته» گذشت (ر.ک: امام خمینی، ۱۴۲۵ق: ج ۲، ص ۳۲۴؛ همو، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۳۳۱؛ همو، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۲۷۰).

۲-۴. داوری و نظریه برگزیده

به نظر نگارنده، مدلول نکره به حمل شائع جزئی است و به تعدّد دالّ و مدلول دلالت دارد بر طبیعت مقید به فرد غیرمعین، که قابلیت صدق بدلی بر افراد کثیرین دارد. دالّ یکم، مدخول تنوین است که عبارت است اسم جنس، و دلالت دارد بر ماهیت مبهمه مهمله؛ دالّ دوم نیز تنوین است که دلالت دارد بر فرد غیرمعین. دلیل این مطلب نیز تبادر است و معنای مذکور، به مقتضای صدق بدلی، جزئی منطقی محسوب می شود.

۳. تبیین نظریه صاحب فصول رحمته در مدلول نکره

برخی از شارحان کفایة الأصول، نظریه «فرد مردّد» (با تفسیری که محقق خراسانی رحمته از آن ارائه نموده است) را در پاورقی کفایة الأصول (چاپ آل البيت رحمته) به صاحب فصول رحمته نسبت داده اند (ر.ک: خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۲۴۶؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق: ج ۲، ص ۳۶۲؛ اعتمادی

تبریزی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۷۸). محقق قوچانی^ع، از شاگردان برتر محقق خراسانی^ع، نیز بر این باور است که از نگاه صاحب فصول^ع، معنای نکره، واقعی جز تردید ندارد: «و لا یخفی أنّ التردید حیثئذ معتبر فی واقعه فلا واقع له غیر التردید»؛ «كما هو الظاهر من الفصول^ع بقوله: "فتقییده تردیدی لا تعینی"» (قوچانی، ۱۴۳۰ق: ج ۱، ص ۵۳۱ و ۵۳۲). باوجود این، چنین برداشتی از عبارت «مدلولها فرد من الجنس لا بعینه»، که در کلام صاحب فصول^ع آمده، ناصواب است. چراکه مقصود از تردید در عبارت «فتقییده تقیید تردیدی لا تعینی»، به قرینه مقابله، تقیید به فرد معین است. صدر کلام ایشان نیز صراحت دارد در اینکه مدلول نکره از منظر وی، فرد غیرمعین است نه «فرد مردّد»، به معنایی که در کفایة الأصول تقریر شده است: «و مدلولها فرد من الجنس لا بعینه بمعنی أنّ شیئاً من الخصوصیات غیر معتبر فیه علی التعین فیصحّ أنّ یجتمع مع کلّ تعین لا أنّ عدم التعین معتبر فیه فلا یجتمع مع تعین» (محمدحسین اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ص ۱۶۳).

۴. مقصود مشهور عالمان اصولی از «فرد مردّد»

به باور محقق عراقی^ع و حکیم^ع، منظور مشهور عالمان اصولی از «فرد مردّد» این است که مفهوم نکره ماهیتی است که تنها صلاحیت انطباق به نحو بدلیت بر یکی از افراد دارد. همچنین، واژه وحدتی که به عنوان قید در معنای نکره اخذ شده، به تعداد مصادیق اشاره دارد (ر.ک: حکیم، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۵۵۳)؛ یعنی عنوان واحد بیانگر تعداد آن تشخص است و قید طبیعت نیست، زیرا اگر قید باشد، لازمه اش این است که انطباق نکره بر افراد آن عَرَضی باشد نه بدلی. به همین جهت، از معنای نکره به فرد مُنتشر تعبیر می شود؛ زیرا تشخص در مفهوم نکره اخذ شده فرد است و از جهت عدم تعیین تشخص و صلاحیت انطباق بدلی بر هر کدام از مصادیق معینه، منتشر است: در مقابل اسم جنس، که به نحو عَرَضی، قابلیت صدق بر افراد کثیره دارد.

محقق عراقی^ع سه ویژگی برای معنای مذکور تقریر نموده است:

۱. انطباق طبیعت مقیّد به تشخص بر افرادش، بدلی خواهد بود؛



۲. اگر مکلف در مقام امتثال در یک دفعه ده فرد از طبیعت را اتیان کند، امتثال تکلیف با یکی از آن افراد تحقق می‌یابد؛

۳. تمام خصوصیات داخل در مطلوب مولایند: در نتیجه، اگر مکلف در مقام امتثال، خصوصیت را قصد کند، نه تنها تشریح در قصد ننموده، بلکه به واسطه آن قصد، تقرب نیز حاصل می‌شود؛ زیرا فرض این است که تمام خصوصیات داخل در مطلوب مولا بوده‌اند. از این معنا به فرد منتشر تعبیر می‌شود؛ زیرا به ملاحظه اینکه تشخیص در مفهوم نکره اخذ شده، فرد است و به اعتبار عدم تعیین تشخیص، منتشر است و قابلیت صدق بدلی بر کثیرین دارد (عراقی، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۴۹۷ و ۴۹۸؛ همو، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۵۶۵ و ۵۶۶).

۵. معنانشناسی تنوین تمکین و تنکیر

تعبیر تنکیر در مورد تنوین واژه «رجل»، که از سوی مشهور عالمان اصولی امامیه ابراز شده، تسامح دارد و جستارهای ادبی بر ناصوبی آن گواهی می‌دهند:

تنوین بر ده گونه است: تمکین (تمکُن، امکنیه و صرف)، تنکیر، مقابله، عَوْض (تعویض)، ترنُّم، غالی، ضرورت در مُنادی، ضرورت در غیرمنصرف، شادّ و حکایت (سیوطی، بی تا: ج ۲، ص ۱۱۰؛ ابن هشام انصاری، ۱۳۶۷: ج ۱، ص ۴۴۹).

۵-۱. تنوین تمکین

این گونه از تنوین به اسم مُعَرَّب و منصرف ملحق می‌شود تا بفهماند بر اصل خود باقی است و شباهت به حرف نیافته است تا مبنی شود، و شباهت به فعل نیافته تا غیرمنصرف شود، مانند تنوین «رجل» (ر.ک: ابن هشام انصاری، همان). بنابر نظریه صحیح‌تر، در دو مورد استعمال می‌شود: ۱. اسماء منصرف، مانند واژه «رجل»؛ ۲. اسماء غیرمنصرفی که نکره شده باشند، مانند واژه «ابراهیم» در عبارت «رُبَّ اِبْرَاهِيمَ لَاقِيْتُ» (چه بسیار ابراهیمی که من ملاقات کردم) (مهدی، بی تا: ج ۲، ص ۱۲۳۲).

۵-۲. تنوین تنکیر

این گونه از تنوین به برخی از اسماء مبنی ملحق می‌شود تا بیانگر فرق بین حالت معرفه با

حالت نکره آنها باشد. تنوین تنکیر دو استعمال دارد: ۱. سماعی: که به اسم فعل مُلَحَق می‌شود، مانند واژه «صَه» با تنوین؛ ۲. قیاسی: اسماء عَلَمِ مختوم به «ویه»، مانند واژه «سیبویه» با تنوین.

۵-۳. نوع تنوین واژه «رجل»

ابن هشام می‌گوید: تنوین امثال «رجل»، که مُعَرَّب‌اند، تنوین تمکین است نه تنکیر؛ زیرا: صغری: اگر تنوین امثال «رجل» تنکیر باشد، لازمه‌اش این است که اگر برای شخصی عَلَمِ گردد، تنوین آن زائل گردد؛ زیرا دیگر نکره نیست؛ کبری: و الا لازم باطل؛ زیرا تنوین امثال رجل مطلقاً زائل نمی‌شود، چه نکره باشند و چه با عَلَمِ شدن برای کسی معرفه گردند؛

نتیجه: فالملزوم مثله. بنابراین تنوین امثال «رجل» تنکیر نیست (ر.ک: ابن هشام انصاری، ۱۳۶۷: ج ۱، ص ۴۴۹؛ دسوقی، بی تا ب: ج ۲، ص ۳). علت زوال تنوین از امثال «الرجل» نیز تنکیر بودن تنوین نیست؛ بلکه تضاد بین تنوین و لام تعریف است؛ همان‌گونه که اگر لام تعریف بر واژه «حَسَن»، که برای مردی عَلَمِ شده، داخل شود، بالإجماع، تنوین آن زائل می‌شود؛ درحالی‌که بی‌گمان، تنوین «حَسَن» تنکیر نیست (ر.ک: ابن حاجب، بی تا: ج ۲، ص ۲۷۲).

البته، محقق رضی رضی الله عنه می‌گوید: «من در اینکه یک تنوین هم برای تمکین باشد و هم برای تنکیر، منعی نمی‌بینم؛ زیرا گاهی یک حرف دو فائده دارد، مانند «الف» در «مُسْلِمَانٍ» و «واو» در «مُسْلِمُونَ» که هم مفید تثنیه و جمع بودن است و هم مرفوع بودن این دو کلمه. بنابراین تنوین در «رجل» مفید تنکیر نیز هست و اگر واژه «رجل» برای فردی عَلَمِ شد، ممحّض در تمکن خواهد شد (ر.ک: رضی الدین استرآبادی، ۱۳۸۴: ج ۱، ص ۴۵). بدیهی است این گفته نیز تعبیر تنوین تنکیر را در مورد «رجل» با مصطلح دانش ادبیات عرب نمی‌تواند مطابق کند و تسامح در آن را برطرف نماید؛ چراکه از یک سو، تنوین تنکیر در هیچ کدام از استعمالات قیاسی و سماعی، که شرح آنها گذشت، مُندرج نیست و از سوی دیگر، اشکالات گذشته بر آن وارد است.

از این رو، به تصریح برخی از اصول‌پژوهان نیز مقصود از تنوین تنکیر در مورد امثال رجل، تنوینی است که دلالت بر وحدت می‌کند. مقصود از تنوین تمکن نیز تنوینی است که دلالت بر وحدت نمی‌کند. هر دو مورد برخلاف اصطلاح ادیبان است (حائری، ۱۹۹۱م: ص ۱۰۵ و ۱۰۶).

۶. کاربست فقهی مفهوم‌شناسی نکره اصولی

دیدگاه‌های متفاوتی درباره مفهوم نکره اصولی ارائه، و نقد و بررسی آنها نیز انجام شد. پرسش اساسی در اینجا این است که آیا نزاع در مفهوم‌شناسی نکره، واجد کاربست فقهی نیز هست و ثمره عملی و فقهی هم دارد یا صرفاً بحثی علمی است؟ کاوش نگارنده در کتاب‌های اصولی بزرگان امامیه نشان داد که آنان نفیاً و اثباتاً متعرض ثمره فقهی مبحث مزبور نشده‌اند. تنها پاسخی که در این باره یافت شد، نگرش منفی محقق بروجردی^۱ است. به‌باور او، نزاع مزبور ثمره عملی و فقهی ندارد (بروجردی، ۱۴۲۸ق: ج ۱، ص ۵۳۳)؛ ولی به نظر می‌رسد بحث از امکان و عدم امکان تحقق فرد مردّد و قابلیت و عدم قابلیت تعلق احکام به آن در مبحث علم اجمالی و واجب تخییری دارای کاربست اصولی است. همچنین، ثمره عملی و فقهی نزاع در مفهوم‌شناسی نکره در باب معاملات آشکار می‌شود؛ آنجا که متعاملین واژه نکره‌ای را معاوضه - اعم از بیع و غیر بیع - کنند. در این صورت، اگر همچون محقق حائری یزدی^۲ معتقد شدیم به اینکه مفهوم نکره فرد مردّد است، معاوضه مزبور باطل خواهد بود؛ چون تحقق فرد مردّد در خارج محال است. یکی از مصادیق روشن کاربست فقهی مزبور در مسئله «بیع صاع صُبیره»، با این شرح است:

اگر بائع گفت: «بعتُ صاعاً من الصُبیره» و در مقصود وی شک کردیم، به‌نحو شبهه حکمیه است (که ناشی از شبهه در تعیین ظهور لفظ است). بعد از فراغ از اینکه آنچه لفظ در آن ظهور دارد اراده شده است، مراد معلوم می‌شود. بنابراین شک در مراد ناشی از شک در ظهور است (به گونه‌ای که اگر علم به ظهور حاصل شود، دیگر شکی نسبت به مقصود باقی نمی‌ماند)، نه در شبهه موضوعیه، یعنی تعیین مراد متعاملین (شهیدی تبریزی، ۱۴۲۸ق: ج ۳، ص ۴۷۵ و ۴۷۶).

سه صورت برای بیع مزبور قابل تصویر است. هرکدام از این صورت‌ها آثار ویژه خود را دارند:

۱. بیع به نحو اشاعه باشد: در این صورت، معامله صحیح است؛ مانند اینکه مشتری یک من از گندم موجود در خارج را می‌خرد، بدون اینکه نسبت یک من را به مجموع آن گندم‌ها بداند؛ چون مقدار مجموع آن گندم‌ها را نمی‌داند؛

۲. بیع به نحو کلی فی المعین باشد: یعنی کلی‌ای که نسبت به خارج داده می‌شود: در این صورت نیز معامله صحیح است؛ زیرا چنین معاملاتی بین عقلا متعارف است. معنای کلی بودن این است که تمام خصوصیات و تشخصات در افراد صاع‌ها، مملوک بایع بوده و ملکیت مشتری منتقل نشده است. به همین خاطر، مشتری حق مطالبه حصه معینه از صاع‌ها را ندارد؛ زیرا بایع در پاسخ خواهد گفت: «یک صاع از گندم‌ها خریدی، نه فلان صاع معین را.»؛

۳. بیع به نحو فرد مردّد باشد: یعنی مبیع فرد غیرمعین و نکره مردّد بین افراد است. در این صورت معامله باطل خواهد بود؛ زیرا فرد مردّد وجود خارجی ندارد، چون طبق قاعده تشخص، شیء تا تشخص نیابد و جزئی نشود، موجود نمی‌شود؛ چه در ذهن و چه در خارج. بنابراین، تحقق مبیع ممتنع است. در نتیجه معامله باطل است (خوئی، ۱۴۳۰ق: ج ۲، ص ۳۸۸-۳۹۲).

تفاوت بین فرد مردّد و کلی فی المعین، همان تفاوت بین کلی طبیعی (ماهیت مقید به وحدت و فرد منتشر (فرد مردّد)) است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۱، ص ۴۳۰)؛ یعنی در فرد مردّد، مبیع جزئی حقیقی است؛ ولی در کلی فی المعین، مبیع کلی است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۲۵۴).

شیخ اعظم رحمته الله می‌گوید: مقتضای وضع در «صاعاً من الصبرة» فرد منتشر (مردّد) است و بر بطلان چنین معامله‌ای اجماع شده است (همان، ص ۲۵۸). وجه ظهور و مقتضای وضع «صاعاً من الصبرة» در فرد منتشر (مردّد) عبارت است از اینکه واژه «صاعاً» اسم جنس است و به واسطه تنوینی که ظهور در تکثیر دارد (همچون «رجل» با

توین)، ظهور در فردِ مُنتَشِر دارد و برای فردِ مُنتَشِر وضع شده است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۳، ص ۳۳۶؛ همدانی، ۱۴۲۰ق: ص ۴۰۰). بدیهی است اگر مدلول نکره فردِ مُنتَشِر (مردّد) باشد که جزئی حقیقی است، بیع مزبور باطل خواهد بود؛ زیرا مصداق فردِ مردّد هیچ واقعیتهایی ندارد؛ نه در خارج و نه در عقل و ذهن. این مصداق قابل تصور هم نیست؛ چه رسد به اینکه بخواهد مورد نقل و انتقال قرا گیرد. هرچند به نحو انشاء (امام خمینی، ۱۴۳۰ق: ج ۳، ص ۴۱۴).

همچنین، مردّد ذاتاً محال است؛ چون ذاتاً و وجوداً فاقد وجود است. در نتیجه، هیچ صفتی، خواه حقیقی باشد و خواه اعتباری، نمی تواند به آن تعلق گیرد؛ زیرا تقوّم صفت تعلیقیه، به طرف آن است و زمانی که طرف مقابل آن محال باشد، تحقق آن صفت معقول نخواهد بود. علاوه بر اینکه تعلق صفت به شیء مردّد، مستلزم امر محالی است به نام تردّد معین یا تعین مردّد و هردو خلف و خلاف فرض اند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۹ق: ج ۲، ص ۲۷۱ و ۲۷۲).

ولی اگر موضوع له نکره کلی باشد، بیع کلی فی المعین خواهد شد و چنین معامله ای (به همان بیانی که گذشت (خوئی، ۱۴۳۰ق: ج ۲، ص ۳۹۱)) صحیح است. وی در ادامه، مقتضای معنای عرفی را اشاعه، و سپس با واژه «لکن» استدراک نموده و می گوید: «انصاف این است که عرف بیع مذکور را معامله کلی قلمداد می کند و بایع را صاحب خیار در تعیین می داند. این امر نشانه این است که فهم عرف معامله کلی است» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۲۵۸). محقق غروی اصفهانی رحمته الله علیه در استظهار عرفی اشاعه از واژه «صاع» می گوید: «واژه صاع ظهور دارد در اینکه بعنوانه و ذاتاً مبیع واقع شده باشد، نه به عنوان معرّف و مُشیر به کسر مُشاع» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۳، ص ۳۳۷). محقق ایروانی رحمته الله علیه نیز استظهار مزبور را هم از جهت لغت، خلاف ظاهر واژه «صاع» دانسته و هم از جهت عرف (ر.ک: ایروانی، ۱۴۰۶ق: ج ۱، ص ۲۰۳). محقق شهیدی رحمته الله علیه استدراک شیخ اعظم رحمته الله علیه را ناظر به ناصوابی وضع نکره برای فردِ مُنتَشِر دانسته (شهیدی، ۱۴۲۸ق: ج ۳، ص ۴۷۸) که گفته متینی است. بنابراین نزاع در مفهوم شناسی نکره، به مثابه مسئله ای اصولی، واجد کاربرست فقهی است و بحث علمی صرف نیست.

نتیجه‌گیری

نتایج و نوآوری‌های پژوهش پیش‌رو بدین شرح است:

۱. واکاوی شناسه‌های نکره در گفتمان اصولی؛ این واکاوی مانع از یکسان‌انگاری نکره در این گفتمان با نکره در اصطلاح دانش لغت و ادبیات عرب می‌شود. شناسه نکره اصولی نیز عبارت شد از: الف. نکره به‌حمل شائع، یعنی مصداق نکره، همچون واژه رجل با تنوین؛ ب. نکره در مقابل اسم جنس؛ ج. نکره بمعنی الأخص؛ د. نکره غیرمصدر.

۲. تبیین اندیشه‌های مطرح‌شده درباره مفهوم‌شناسی نکره اصولی و اثبات نظریه مختار و نقد مستدل دیدگاه‌های رقیب؛

۳. تشریح نظریه صاحب فصول^۱ درباره مدلول نکره؛

۴. تبیین مقصود مشهور از «فرد مردد» در مدلول نکره؛

۵. اثبات نادرستی تعبیر تنکیر از سوی برخی از عالمان اصولی در مورد تنوین امثال واژه «رجل» و تبیین معنای تنوین تنکیر در جستارهای ادبی؛

۶. ارائه کاربرست فقهی نزاع در مفهوم‌شناسی نکره اصولی در قالب یکی از مصادیق روشن آن: مسئله معروف صاع صبره.



کتابنامه

*قرآن کریم.

۱. ابن حاجب، عثمان بن عمر (بی تا)، الإيضاح فی شرح المفصل، به تحقیق ابراهیم محمد عبدالله، دمشق، دار سعدالدین، چاپ نخست.
۲. ابن هشام انصاری، جمال الدین (۱۳۶۷)، مغنی اللیب عن کتب الأعراب، تبریز، کتابفروشی بنی هاشمی، چاپ سوم.
۳. اراکی، محمدعلی (۱۳۷۵)، أصول الفقه، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۴. اصفهانی، محمدتقی (۱۴۲۹ق)، هداية المسترشدين (طبع جدید)، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ دوم.
۵. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۴ق)، الفصول الغریبه فی الأصول الفقهیة، قم، دار احیاء العلوم الإسلامیة، چاپ نخست.
۶. اعتمادی تبریزی، مصطفی (۱۴۱۸ق)، الهدایة إلى أسرار الکفایة، قم، اعتماد، چاپ نخست.
۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب مکاسب المحرمة و البیع و الخیارات (ط - الحدیثة)، به تحقیق گروه پژوهش در کنگره، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری رحمته الله علیه، چاپ نخست.
۸. ایروانی نجفی، میرزاعلی (۱۳۷۰)، نهیة النهایة فی شرح الکفایة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۹. _____ (۱۴۰۶ق)، حاشیة مکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نخست.
۱۰. _____ (۱۴۲۲ق)، الأصول فی علم الأصول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۱۱. آل شیخ راضی، محمدطاهر (۱۴۲۶ق)، بداية الوصول فی شرح کفایة الأصول، قم، دار الهدی، چاپ دوم.



۱۲. بروجردی، حسین (۱۴۱۲ق)، الحاشیة علی کفایة الأصول، به قلم آیت الله بهاء الدین بروجردی رحمته، قم، انصاریان، چاپ نخست.
۱۳. _____ (۱۴۲۸ق)، بیان الأصول، به تقریر آیت الله صافی گلپایگانی رحمته، قم، دائرة التوجیه و الإرشاد الدینی فی مکتب المرجع الدینی آية الله العظمی الشیخ لطف الله الصافی گلپایگانی رحمته، چاپ نخست.
۱۴. حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۱۸ق)، دُرر الفوائد (طبع جدید)، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ ششم.
۱۵. حائری، سیدعلی اکبر (۱۹۹۱م)، تحقیق الحلقة الثانية، قم، مجمع الفكر الإسلامی، چاپ نخست.
۱۶. حکیم، سید محسن (۱۴۰۸ق)، حقائق الأصول، قم، کتاب فروشی بصیرتی، چاپ پنجم.
۱۷. خرازی، محسن (۱۴۲۲ق)، عمدة الأصول، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۱۸. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۹. خمینی، روح الله (۱۴۱۵ق)، مناهج الوصول إلى علم الأصول، قم، مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، چاپ نخست.
۲۰. _____ (۱۴۱۸ق)، تنقیح الأصول، به تقریر آیت الله حسین تقوی اشتهاردی رحمته، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، چاپ نخست.
۲۱. _____ (۱۴۲۳ق)، تهذیب الأصول، به تقریر آیت الله جعفر سبحانی رحمته، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، چاپ نخست.
۲۲. _____ (۱۴۳۰ق)، کتاب البیع، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، چاپ سوم.
۲۳. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، محاضرات فی أصول الفقه (طبع مؤسسة احیاء آثار السید الخوئی)، به قلم آیت الله محمد اسحاق فیاض رحمته، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی رحمته، چاپ نخست.
۲۴. _____ (۱۴۳۰ق)، التنقیح فی شرح المکاسب، به تقریر آیت الله میرزا علی غروی رحمته، نینوا، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، چاپ چهارم.
۲۵. دسوقی، محمد (بی تا الف)، حاشیة الدسوقی علی مختصر المعانی، به تحقیق عبدالحمید هنداوی، بیروت، المكتبة العصرية، چاپ نخست.

٢٦. _____ (بی تا ب)، حاشیة الدسوقی و بهامشه متن مغنی اللیب، قم، منشورات الرضی و منشورات زاهدی.
٢٧. رشتی، عبدالحسین (١٣٧٠ق)، شرح کفایة الأصول، نجف اشرف، مطبعة الحیدریة النجف، چاپ نخست.
٢٨. رضی الدین استرآبادی، محمد (١٣٨٤)، شرح الرضی علی الکافیة، به تصحیح و تعلیق یوسف حسن عمر، تهران، مؤسسة الصادق للطباعة و النشر، چاپ نخست.
٢٩. سبحانی، جعفر (١٤٢٩ق)، إرشاد العقول الی مباحث الأصول، به تقریر محمدحسین حاج عاملی، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
٣٠. سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر (١٤٢٢ق)، البهجة المرضیة فی شرح الاقیة (همراه با حاشیة میرزا ابوطالب)، قم، مؤسسه دار الهجرة، چاپ دوم.
٣١. _____ (بی تا)، الأشباه و النظائر فی النحو، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ دوم.
٣٢. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (١٤٢٨ق)، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ دوم.
٣٣. صدر، سیدمحمدباقر (١٤٣٣ق الف)، مباحث الأصول، به تقریر آیت الله سیدکاظم حائری علیه السلام، قم، دار البشیر، چاپ نخست.
٣٤. _____ (١٤٣٣ق ب)، بحوث فی علم الأصول، قم، مؤسسه فقه و معارف اهل بیت علیهم السلام، چاپ نخست
٣٥. _____ (١٤١٧ق)، بحوث فی علم الأصول، به تقریر آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی علیه السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ سوم.
٣٦. عراقی، ضیاء الدین (١٤١٧ق)، نهاية الأفكار، به تقریر آیت الله محمدتقی بروجردی نجفی علیه السلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، چاپ سوم.
٣٧. _____ (١٤٢٠ق)، مقالات الأصول، قم، مجمع الفكر الإسلامی.
٣٨. غروی اصفهانی، محمدحسین (١٤١٨ق)، حاشیة کتاب المكاسب (للإصفهانی، ط - الحدیثة)، عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، انوار الهدی، چاپ نخست.
٣٩. _____ (١٤٢٩ق)، نهاية الدراية فی شرح الكفاية (طبع جدید)، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چاپ دوم.

۴۰. فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشککات القواعد، به تحقیق / تصحیح سیدحسین موسوی کرمانی؛ علی پناه اشتهاردی؛ عبدالرحیم بروجردی، قم، اسماعیلیان، چاپ نخست.
۴۱. فیروزآبادی، مرتضی (۱۴۰۰ق)، عنایة الأصول فی شرح کفایة الأصول، قم، کتابفروشی فیروزآبادی، چاپ چهارم.
۴۲. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۳۰ق)، القوانين المحكمة فی الأصول (طبع جدید)، قم، إحياء الكتب الإسلامية، چاپ نخست.
۴۳. قوچانی، علی (۱۴۳۰ق)، تعلیقة القوچانی علی کفایة الأصول، به تحقیق محمدرضا دانیالی، ستاره، قم، چاپ نخست.
۴۴. محقق ثانی (علی بن حسین کرکی، محقق کرکی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۴۵. مشکینی اردبیلی، ابوالحسن (۱۴۱۳ق)، کفایة الأصول (با حواشی محقق مشکینی علیه السلام)، قم، لقمان، چاپ نخست.
۴۶. موسوی قزوینی، سیدعلی (۱۴۲۷ق)، تعلیقة علی معالم الأصول، قم، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، چاپ نخست.
۴۷. مهدی، صلاح بن علی (بی تا)، النجم الثاقب شرح کفایة ابن الحاجب، محمد جمعة حسن نبعة، صنعا - یمن، مؤسسة الإمام زید بن علی الثقافية، چاپ نخست.
۴۸. همدانی، رضا (۱۴۲۰ق)، حاشیة کتاب مکاسب، قم، محمدرضا انصاری قمی (ناشر و مصحح)، چاپ نخست.
۴۹. یزدی، عبدالله (بی تا)، الحاشیة علی تهذیب المنطق للتفتازانی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ دوم.



تأملی در کیفر تکرار جرم فرزندکشی و اعتیاد به آن با تکیه بر ظرفیت های فقه امامیه

* محمدجعفر صادق پور

** حسن علی مؤذن زادگان

*** یوسف فاطمی نیا

چکیده

توافق فقیهان اسلامی بر اشتراط انتفای ابوت در ثبوت قصاص انکارناشدنی است. با وجود این، در زمینه مسائل مرتبط با این شرط اختلافاتی هست. یکی از مباحث مهم که در این میان کمتر مورد توجه قرار گرفته، تکرار فرزندکشی و اعتیاد به آن است. چه بسا با استناد به فلسفه تشریح قصاص یا موارد مشابه در فقه، همچون تحقق اعتیاد در قتل عبد، بتوان حکم قصاص پدر را در فرض تکرار یا اعتیاد نتیجه گرفت. همچنین، ادله لزوم قتل کسانی که بیش از سه بار مرتکب گناهان کبیره شده اند یا ادله افساد فی الارض نیز می توانند در این راستا مورد استناد قرار گیرند. در این نوشتار، با تکیه بر اطلاق و عمومیت ادله معافیت پدر از قصاص (با وجود جواز قتل پدر در برخی از صور فوق) ثابت شده است تمامی این وجوه برای اثبات قصاص پدر ناکافی اند و اگر هم در مواردی جواز قتل او را ثابت می کنند، نه به عنوان قصاص، بلکه با عنوان مجرمانه دیگری مانند «اعتیاد به قتل»، قتل او را تجویز می نمایند.

کلیدواژگان: قتل، قصاص، انتفای ابوت، اعتیاد، تکرار.

jafar.samen.1367@gmail.com

moazenzadegan@gmail.com

fatemi54@gmail.com

* پژوهشگر مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی (نویسنده مسئول)

** عضو هیئت علمی گروه حقوق جزای دانشگاه علامه طباطبائی

*** مدیرگروه فقه و پزشکی قانونی مرکز تحقیقات پزشکی قانونی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۳/۲۰

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۰۸/۱۷



مقدمه

هرچند در حقوق کیفری اسلام برای قتل و جراحات عمدی کیفر قصاص تعیین شده است، بنا بر مصالحی، جریان آن به شروط متعددی بستگی دارد. این شروط یا مربوط به قاتل هستند یا مقتول. آزاد بودن، مسلمان بودن، محقون الدم بودن و، وفق دیدگاه برخی فقیهان (کیدری، ۱۴۱۶ق: ص ۴۹۲؛ خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۲، ص ۸۵)، بلوغ و عقل ازجمله شرایطی هستند که مقتول باید متصف به آنها باشد تا قاتلش قصاص گردد. علاوه بر این شروط که مربوط به مقتول اند، قاتل نیز باید دارای کمال عقل باشد تا بتوان او را قصاص نمود. دومین شرط مربوط به قاتل، انتفای رابطه ابوت است. بدین معنا که اگر قاتل پدر مقتول باشد، قصاص نخواهد شد. ضرورت وجود این شرط در فقه اسلامی انکارناشدنی است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق ب: ص ۱۵۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ص ۱۹۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق: ص ۱۹۶؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۲۶۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق: ص ۴۰۷؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ص ۲۴۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ص ۱۵۰). ادعای اجماع (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۲، ص ۱۶۹) یا نفی خلاف (خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۲، ص ۸۶) برخی فقیهان بر این مسئله نیز مؤید این مهم است. البته، باید اذعان داشت که هرچند میان فقیهان امامیه و حتی فقیهان اهل سنت (عوده، بی تا: ص ۱۱۵) درباره معافیت پدر در صورت قتل فرزند توافق حداکثری هست، معدودی از معاصران، این معافیت را به صورتی منحصر دانسته اند که سبق تصمیم یا توطئه ای در کار نباشد و پدر «بدون اختیار دست به چنین عملی زده» باشد (صانعی، ۱۳۹۰: ص ۱۷۷). به نظر می رسد با عنایت به مستندات روایی حکم مذکور (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۷۷-۸۰) نمی توان دیدگاه اخیر را دیدگاهی استوار دانست.^۱ بنابراین، حکم کلی فرزندکشی وفق منابع فقهی و روایی ما این است که پدر نباید در قبال قتل فرزندش قصاص گردد. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز به تبعیت از همه فقیهان امامیه همین دیدگاه را پذیرفته است. ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی در همین راستا مقرر می کند:

«قصاص در صورتی ثابت می شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری

مجنی علیه نباشد.»



با این اوصاف، یک خلاء اساسی در این زمینه وجود دارد و آن تعیین نشدن کیفر تکرار فرزندکشی یا حتی اعتیاد به آن در فقه و حقوق است. از این رو، ضروری است بررسی شود که آیا این معافیت دربرگیرنده کسانی که جرم مذکور را تکرار می‌کنند نیز می‌گردد یا اینان با کسانی که تنها یک‌بار مرتکب قتل فرزندشان شده‌اند، حکمی متفاوت دارند؟ در صورتی که فرض اخیر پذیرفته شود، آیا قتل پدر از باب قصاص خواهد بود یا عنوانی دیگر بر آن صادق است؟ بررسی این فروض، به علت نادرالوقوع بودن، کمتر مورد توجه فقیهان و حقوقدانان قرار گرفته است. اما حقیقت این است که در جوامع امروزی که گسست‌های عاطفی بیشتر و بیشتر شده‌اند، گاه و بی‌گاه می‌توان اخبار وقوع جنایات جان‌خراشی را شنید که تحقق فروض فوق را در بستر جامعه قابل‌پیش‌بینی جلوه می‌دهند. چندی پیش خبرگزاری‌ها اعلام کردند پدری در شیراز سه فرزند خویش را درحالی که خواب بودند، با پتک به قتل رسانیده و علت این جنایت را فقر مالی عنوان نموده است.^۲ همچنین، منتشر شد که پدری دیگر با حلق‌آویز کردن دو فرزند خود بر میله‌های راه‌پله منزل، آنان را به قتل رسانیده است (ایزدی‌فرد و نبی‌پور، ۱۳۹۰: ص ۳). وقوع چنین رخداد‌های اسفباری از سویی و تبیین نشدن دقیق حکم این مسئله در فقه و حقوق جزا و در نتیجه، اظهارنظرهایی گاه غیرکارشناسانه از برخی پژوهشگران و نویسندگان از سویی دیگر، چنین اقتضا می‌کند که جهت شناسایی کیفر تکرار و اعتیاد به قتل فرزند به منابع فقهی و روایی رجوع نماییم تا حکم صائب این فروض را دریابیم. این نوشتار در همین راستا با روشی توصیفی - تحلیلی و متکی بر منابع اصیل فقهی بر آن است که به بازشناسی این مسئله بپردازد. در ادامه، پس از مفهوم‌شناسی دو اصطلاح «تکرار» و «اعتیاد»، با تکیه بر ظرفیت‌های موجود در فقه امامیه، همه راهکارهایی که می‌توانند بیانگر کیفر تکرار یا اعتیاد به فرزندکشی باشند، بررسی می‌شوند.

۱. تکرار و اعتیاد

تکرار در لغت به معنی انجام دادن کاری بیش از یک بار است (انوری، ۱۳۸۱: ص ۱۸۵). اعتیاد نیز به معنی عادت کردن و خو گرفتن به کار یا چیزی است (عمید، ۱۳۹۱: ص ۱۸۸).

اعتیاد و تکرار هر دو متضمن معنای «انجام دادن مکرر فعل» هستند؛ بدین بیان که اگر فعلی پس از انجام شدن، دوباره انجام گیرد، به آن تکرار عمل گفته می‌شود و از تکرار چندباره آن، معنای اعتیاد برداشت می‌گردد. بنابراین، تکرار، در واقع، مقدمه و زمینه‌ساز اعتیاد است؛ زیرا تا تکراری وجود نداشته باشد، اعتیاد محقق نمی‌شود. پس هر اعتیادی در خود معنای تکرار را دارد، اما هر تکراری اعتیاد نیست. با عنایت به این نکته، می‌توان مرزی ظریف میان تکرار فعل (تا زمانی که به صورت عادت درنیامده) و اعتیاد به آن قائل شد؛ زیرا اگر کسی فعلی را بار دوم انجام دهد، استعمال واژه تکرار در موردش صادق است، اما اعتیاد نه. چه اینکه «مرجع در صدق اعتیاد، عرف است؛ اما متعین این است که با انجام فعل در مرتبه دوم، اعتیاد محقق نمی‌شود» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۲، ص ۱۵۴)؛ بلکه حداقل سه مرتبه انجام فعل برای تحقق این معنا ضروری است (طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ص ۲۴۴). این در حالی است که در قانون مجازات اسلامی، تکرار اعم از اعتیاد دانسته شده است؛ زیرا قانونگذار در ماده ۱۳۶، نخستین ماده فصل ششم قانون - که مربوط به تکرار جرم است - مقرر می‌کند:

«هرگاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم موجب حد شود و هر بار حد آن جرم بر او جاری گردد، حد وی در مرتبه چهارم اعدام است.»

تفاوتی دیگر که میان تکرار و اعتیاد به ذهن می‌رسد این است که در معنای لغوی تکرار، گذشت زمان و فاصله زمانی اساساً مطرح نیست؛ یعنی به محض اینکه شخص برای بار دوم مرتکب جرمی شود، این فعل او تکرار جرم (به معنای لغوی آن) محسوب می‌شود؛ خواه زمانی میان آن گذشته باشد یا هر دو پی‌درپی صورت پذیرفته باشند. اما در معنای لغوی عادت و اعتیاد، ظاهراً عنصر استمرار زمانی موضوعیت دارد و اگر پدری، سه فرزند خویش را به یک‌باره بکشد، چه بسا نتوان او را شخصی دانست که به فرزندکشی عادت کرده است. دلیل چنین کارکردی این است که عادت و اعتیاد مفاهیمی هستند ناظر بر «حالت»، و بدیهی است که تا کاری در بستر زمان، چندین بار رخ ندهد، نمی‌توان مفهوم حالت را از آن انتزاع نمود.

شایان ذکر است در اصطلاح حقوق جزا، تحقق عنوان تکرار جرم به شروط مختلفی بستگی دارد. برخی تا هشت شرط برای آن برشمرده‌اند (اردبیلی، ۱۳۹۵: ج ۳، ص ۱۹۶-۱۹۹)، اما در اینجا مفهوم عرفی و لغوی تکرار مورد توجه ماست که اعم از اصطلاح تکرار جرم در حقوق کیفری است.

۲. مؤدای روایات معافیت

حکم معافیت پدر از قصاص به روایات متعددی متکی است که هم در جوامع روایی شیعی بازتاب یافته‌اند و هم در جوامع روایی اهل سنت. روایات زیر که از کتاب وسائل الشیعة نقل می‌شوند، بخشی از این نصوص به شمار می‌روند:

الف. حرمان از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام نقل می‌کند: «لا یقاد والد بولده، و یقتل الولد إذا قتل والده عمدا: پدر در قبال فرزندش قصاص نمی‌شود؛ اما فرزند هنگامی که پدر خویش را عمدی بکشد، قصاص می‌شود.»

ب. روایت صحیح حلی از امام صادق علیه السلام: «سألته عن الرجل یقتل ابنه، أیقتل به؟ قال لا: از امام صادق علیه السلام درباره مردی که فرزند خود را کشته بود پرسیدم که آیا کشته می‌شود؟ فرمودند: نه.»

ج. معتبره اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام که فرمودند: «أَنْ عَلِيًّا علیه السلام کان یقول: لا یقتل والد بولده إذا قتله: امام علی علیه السلام می‌فرمودند: پدر هنگامی که فرزندش را بکشد، کشته نمی‌شود.» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۷۷-۸۰)

در سندیت روایات معافیت، نمی‌توان هیچ خدشه‌ای کرد،^۳ زیرا عامه و خاصه بر آنها متفق‌اند (عوده، بی‌تا: ج ۲، ص ۱۱۵-۱۱۶؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۲، ص ۱۶۹). این روایات از حیث دلالت نیز، با توجه به اطلاقی که دارند، موارد ارتکاب قتل در یک مرتبه، تکرار قتل و اعتیاد را نیز دربر می‌گیرند؛ زیرا در این روایات به صورت مطلق آمده است: «لا یقتل والد بولده» و به صراحت، قتل پدر را در مقابل کشتن فرزندش منتفی کرده است. بنابراین، تا

دلیل محکمی بر خروج حالت اعتیاد یا تکرار اقامه نشود، کماکان تحت این عمومات باقی می‌ماند و قصاص منتفی خواهد بود. از این رو، اگر ما باشیم و روایات، حکم اعتیاد نیز، سقوط قصاص است. نکته‌ای اساسی درباره دلالت روایات که موجب گستردگی شعاع شمول آنان گشته، این است که اگر در روایات فقط از لفظ «لایقاد» استفاده می‌شد، مدلول آنان تنها نافی قصاص پدر درمقابل قتل فرزند بود، اما حال که در برخی روایات «لا یقتل» به کار رفته، مطلق کشتن درقبال قتل فرزند را منتفی کرده است؛ خواه از باب قصاص باشد، خواه غیر آن. بر این اساس، عنوان مجرمانه «قتل فرزند» به هیچ‌وجه مستوجب ترتب حکم جواز قتل بر پدر نخواهد بود.

بنابراین، حقیقت این است که با توجه به اطلاق روایات معافیت، به‌سختی می‌توان میان شخصی که یک بار مرتکب قتل فرزند شده و فردی که این جرم را تکرار نموده، از حیث انتفای قصاص، فرق نهاد. از این رو، وفق مؤدای روایات، بی‌تردید، کسی که فرزندش را کشته باشد، از قصاص معاف است؛ هرچند این جرم را بار دوم نیز تکرار نماید. این در حالی است که مسئله اعتیاد اندکی متفاوت جلوه می‌کند. از همین رو، نگارندگان معتقدند در فقه اسلامی شواهدی وجود دارد که چه‌بسا بتوانند روشنگر ابهام حکم اعتیاد به قتل فرزندان باشند. در ادامه، به هر یک از این شواهد می‌پردازیم و با وجود تمرکز بر فرض اعتیاد به قتل، تکرار جرم فرزندکشی را نیز مورد توجه قرار می‌دهیم.

۳. حکم‌شناسی تکرار فرزندکشی و اعتیاد به آن

۳-۱. قتل مرتکب کبائر

فقیهان در کتب فقهی خویش در این باره اختلاف نظر دارند که آیا اگر کسی جرمی را چند مرتبه مرتکب شد و بر او مجازات جاری گردید، در مرتبه سوم کشته می‌شود یا چهارم. آن دسته از بزرگانی که قتل را در مرتبه چهارم قابل جریان دانسته‌اند به «احتیاط در دماء» استدلال نموده‌اند؛ اما به‌نظر می‌رسد سخن طرفداران مرتبه سوم متقن‌تر باشد (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۲ق: ص ۳۷۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۴۶۲)، زیرا روایت صحیح‌ه‌ای در این باره از امام کاظم علیه السلام وارد شده که فرمودند:

«أصحاب الكبائر كلها - إذا أقيم عليهم الحدُّ مرتين قُتلوا في الثالثة: مرتكبان گناهان کبیره همگی پس از اینکه دو مرتبه بر آنان حد جاری شد، در مرتبه سوم کشته می‌شوند.» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۱۱۷)

بنابر این روایت، هر کس که دو مرتبه مرتکب گناه کبیره‌ای گردد، در مرتبه سوم کشته خواهد شد؛ مشروط به اینکه در دو مرتبه پیشین، حد بر او جاری شده باشد. فارغ از چالش‌های پیش‌روی گردن نهادن به این حکم ویژه در زمان حاضر، با عنایت به این اصل و با توجه به اینکه در کبیره بودن قتل فرزند هیچ شکی نیست، پرسش این است که آیا می‌توان از این روایت در مسئله اعتیاد به قتل فرزندان استفاده کرد؟ بدیهی است که در صورت مثبت بودن پاسخ، قتل پدر در قبال اعتیاد به قتل فرزندان، از باب قصاص نخواهد بود و از این رو، احکام مترتب بر قصاص، همانند اختیار عفو ولی دم بر آن بار نخواهد شد.

در همین راستا باید گفت:

نخست: شرط اقامه حد در این مسئله، شرطی اساسی و غیرقابل چشم‌پوشی است و تا دو مرتبه حد جاری نشود، نمی‌توان روایت را ناظر به این مورد دانست. محقق خوئی نیز درباره مرتد ملی که سه مرتبه پس از اسلام آوردن کافر می‌شود، چنین روایتی را قابل تطبیق ندانسته است؛ زیرا بر او در دو مرتبه پیش حدی جاری نشده است (خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۴۰۲). بنابراین، وقتی درباره قتل فرزندان تعزیر جاری شده باشد (نه حد)، نمی‌توان به این اصل و روایت گردن نهاد.

دوم: ممکن است چنین ادعا شود که در فرض کشتن فرزند، بر پدر تعزیر جاری می‌شود و حد در معنای عام خود هرگونه مجازات، اعم از مجازات حدی مصطلح و تعزیر را دربر می‌گیرد؛ از این رو، در مواردی که پدر دو مرتبه تعزیر می‌شود، در مرتبه سوم می‌توان قائل به کشتن او شد.

اما این سخن نیز خالی از اشکال نیست، زیرا «واژه حد در مجازات مصطلح حدی حقیقت شرعیه است و استعمال آن در معنای تعزیر، استعمالی مجازی است؛ پس بدون

وجود قرینه و در صورت اطلاق کلام، در معنای تعزیر به کار نمی‌رود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ص ۳۴۶) و در روایات معصومان علیهم‌السلام نیز چنین قرائتی به چشم نمی‌خورد. افزون بر این، وفق دیدگاه حق در این رابطه، قتل مرتکب کبائری که دو مرتبه بر او تعزیر جاری شده، روا نخواهد بود. اگر چنین باشد، پیامدهای سخت و وحشتناکی در پی خواهد داشت؛ به‌ویژه اینکه گستره تعزیر هر نوع مجازات، همانند توییح لفظی و کتبی، سرزنش، تحقیر، اعراض و ترک مراد، زندان، جریمه‌های مالی، تبعید، ممنوعیت خروج از کشور، محرومیت از اشتغال در مشاغل خاص (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ص ۶۸-۸۳؛ اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۱، ص ۴۲-۴۹) و مانند آن را دربر می‌گیرد.

سوم: ادعای دیگری نیز در این زمینه ممکن است بیان شود: با عنایت به صدر روایت که کشتن در مرتبه سوم را به کبیره بودن منوط ساخته، گویا آنچه موجب قتل در مرتبه سوم شده، همین وصف کبیره بودن عمل ارتكابی است؛ از این رو، قتل فرزند، که از بزرگ‌ترین گناهان کبیره است، را می‌توان از مصداق‌های این روایت دانست. افزون بر این، در روایات، علت قتل مرتکب گناه در مرتبه سوم، بی‌حرمتی و استخفاف نسبت به خدا و بی‌مبالاتی‌اش به مجازات جاری شده بر او دانسته شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۱۱۷). این موارد درباره پدری که سه فرزند خویش را به عمد می‌کشد و تعزیر بر جلوگیری از ارتکاب جرم او تأثیری نداشته، صادق است.

این استدلال نیز مخدوش است؛ زیرا در روایت صحیحه مذکور، پس از ذکر کبیره بودن گناهان، شرط اقامه حد مطرح شده است و از اینجا معلوم می‌شود که این روایت درباره گناهان کبیره‌ای است که حد معین دارند. از سویی، هرچند برای قتل، حد (قصاص) تعیین شده، اما در بحث ما، قتل فرزند از کبائری محسوب می‌شود که حد آن برداشته شده است. بنابراین، قتل فرزند فقط وصف کبیره بودن را داراست؛ درحالی‌که برای مشمول روایت شدن، باید متصف به کبیره بودن و محدود بودن می‌بود. در پاسخ تمسک به تعلیل روایات نیز باید گفت: وقتی محرز شد که برای قتل مرتکب کبیره در مرتبه سوم، شرط جریان حد ضروری است و مسئله قتل فرزندان چنین شرطی ندارد، جایی برای استدلال به تعلیل روایات و ... باقی نمی‌ماند.

۲-۳. فلسفه تشریح قصاص

قرآن کریم قصاص را مایه حیات معرفی کرده است (بقره: ۱۷۹). نظرات گوناگونی در تبیین چرایی این توصیف بیان شده که ناظر بر علت تشریح قانون قصاص اند. در مجموع، قصاص نهادی است که برای حفظ دماء و جلوگیری از قتل و تجاوز به جان مردمان وضع شده است؛ خواه با ایجاد حالت بازدارندگی مانع قتل شود و خواه با ضابطه‌مند کردن انتقام‌کشی این هدف را تحقق بخشد (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق: ص ۳۴). بنابراین، فلسفه قصاص حفظ نفوس و ممانعت از قتل است. حال پرسش این است که آیا می‌توان از این تعلیل در روشن شدن حکم اعتیاد به قتل فرزندان بهره برد؟ ممکن است کسی ادعا کند سقوط قصاص در فرض مسئله ما، به‌نوعی نقض غرض تشریح قصاص است؛ زیرا قصاص که برای حفظ دماء تشریح شده، در صورت اعتیاد برداشته شده است و خود این مهم موجب می‌شود تهجم بر دماء پیش آید؛ بنابراین، اراده شارع مبنی بر حفظ نفوس، که از تعلیل تشریح قصاص فهمیده می‌شود، با سقوط قصاص در صورت اعتیاد پدر به قتل فرزندان ناسازگار جلوه می‌کند. از این رو، با استناد به همین مبانی می‌توان معتقد شد که فرض مسئله ما (با توجه به اینکه از مواردی است که خوف تهجم بر دماء می‌رود) بستر ثبوت و تشریح قصاص است؛ هرچند به‌واسطه روایات سقوط قصاص از پدر در صورت قتل فرزند در مرتبه اول و حتی دوم (که تکرار به‌شمار می‌آید) نمی‌توان منکر انتفای قصاص بود.

پیش‌تر ذیل نقد نظریه غیرمشهور برخی فقیهان، مطالبی در این باره بیان شد. در همان راستا باید گفت تا وقتی اطلاق روایات سقوط قصاص محرز بوده و شمول آنها نیز بر فرض اعتیاد متیقن است، جایی برای تمسک به فلسفه تشریح قصاص نیست؛ زیرا شاید شارع که خود به‌خاطر حفظ دماء قصاص را تشریح نموده، در فرض قتل فرزند به‌صورت مطلق، بنابر مصالحی، آن را منتفی کرده است. افزون بر این، انتفای قصاص، در صورت اعتیاد به قتل، منافی با قتل پدر به‌واسطه عناوین مجرمانه دیگری نیست که به واسطه این اعتیاد ممکن‌التحقق‌اند. در نتیجه، نفی قصاص به تهجم بر دماء نمی‌انجامد.

۳-۳. موارد مشابه در فقه

برای آشکار شدن حکم اعتیاد به قتل فرزندان می‌توان از موارد مشابه در فقه از دو زاویه گوناگون استفاده کرد. نخست، از طریق قیاس موارد مشابه با اعتیاد به فرزندکشی و دوم، با استناد به جهت قتل اشخاص معتاد به جرم در فقه.

۳-۳-۱. استنباط قیاسی

فقیهان در کتاب القصاص، ذیل شرط حریت و اسلام از اعتیاد به قتل سخن گفته‌اند. در مواردی که شخص آزادی به قتل بندگان عادت کند یا مسلمانی به قتل کفار اعتیاد پیدا کند، قاتل کشته می‌شود. در کتاب‌های فقهی علت کشته شدن قاتل در صورت اعتیاد به قتل را ممانعت از جرئت پیدا کردن در کشتن افراد و نیز جلوگیری از فساد و تباهی بیان کرده‌اند: «حسماً للجرأة و للفساد» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۲، ص ۹۲). چنین به نظر می‌رسد که همین ملاک در قتل فرزندان نیز تعمیم‌پذیر باشد: همان معیاری که در قتل عبد و کافر وجود دارد، در قتل فرزندان هم موجود است؛ زیرا در صورت جاری نشدن قصاص، هم جرئت بر قتل برای پدر وجود دارد (زیرا بی‌شک از کشته شدن در امان است) و هم فساد و تباهی و نابودی در پی دارد. با این حال، چون مسئله اعتیاد به قتل فرزندان نادرالوقوع بوده است، از آن در جوامع روایی و در نتیجه، آرای فقیهان اثری نیست؛ وگرنه، حکم آن با اعتیاد به قتل عبد و کافر یکی می‌بود.

واقعیت این است که این توجیه نیز نمی‌تواند مبین حکم اعتیاد به قتل فرزندان باشد؛ زیرا نخست، آنچه موجب شده فقیهان در مورد اعتیاد به قتل عبد یا کافر به کشتن جانی حکم کنند، روایات صریحی است که از حضرات معصومان علیهم‌السلام وارد شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۹۵ و ۱۰۹) و اعتیاد به قتل فرزند فاقد چنین نصوصی است. از این رو، جلوگیری از قتل و فساد که فقط حکمت‌های این احکام‌اند و نه علل تشریح آنها، نمی‌توانند مثبت قصاص باشند. دوم، چنین استدلالی بر قیاس استوار است و ما می‌دانیم قیاس غیرمنصوص العله حجیت ندارد.

۳-۳-۲. استنباط غیرقیاسی

با وجود اینکه از طریق قیاس نمی‌توان حکم اعتیاد به فرزندکشی را استنباط نمود، به نظر می‌رسد با استناد به جهت قتل اشخاص معتاد به قتل در موارد مشابه فقهی، بتوان به این هدف دست یافت. توضیح بیشتر اینکه، در پاسخ به این پرسش که مولا و مسلمان در فرض اعتیاد به قتل بندگان و کفار از چه بابی کشته می‌شوند، سه فرضیه گوناگون طرح شدنی است: نخست اینکه، کسی که به قتل بندگان و کفار عادت کرده، پس از تحقق اعتیاد، از باب قصاص کشته می‌شود؛ دوم اینکه، اعتیاد به قتل، همسان جرایم اعتیادی دیگر، خود جرمی مستقل و مجزاست و اساساً اعتیاد به قتل، یک عنوان مجرمانه است؛ سه‌دیگر اینکه، چون بر این‌گونه اشخاص عنوان «مفسد فی الارض» اطلاق می‌گردد، از جهت مجازات افساد فی الارض کشته خواهند شد. به‌باور ما، فرضیه نخست، که شمار اندکی از فقیهان (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ص ۱۹۶) به آن اشاره کرده‌اند، به‌هیچ‌وجه پذیرفتنی نیست؛ زیرا اگر قصاص جایز بود، معنایی نداشت که به تکرار جرم منوط می‌گشت و قاعدتاً می‌بایست پس از تحقق جرم نخست، عملی و اجرایی می‌شد. افزون بر این، گمانه‌زنی‌های بیشتر فقیهان بر اینکه کشتن این‌گونه قاتل‌ها از باب افساد است، خود مؤیدی است بر اینکه آنان، جزماً، قصاصی بودن مجازات را در این فروض نپذیرفته‌اند. از همین رو، ما در این نوشتار بر دو فرضیه دیگر تمرکز می‌کنیم و در ادامه، هر یک از آن‌ها را مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

۳-۳-۲-۱. اعتیاد به قتل به‌مثابه جرمی مستقل

فرضیه دوم این بود که اعتیاد به قتل، همسان جرایم اعتیادی دیگر، خود جرمی مستقل و مجزا باشد و رأساً، یک عنوان مجرمانه به‌شمار آید. در چنین صورتی که اعتیاد به قتل، خود عنوانی مستقل قلمداد می‌شود و فارغ از ثبوت یا عدم ثبوت قصاص، متعلق حکم جواز قتل قرار می‌گیرد، ثبوت این عنوان مجرمانه درباره پدر نیز می‌تواند مثبت حکم جواز قتل او باشد. به عبارت دیگر، معافیت پدر، مولا و مسلمان از قصاص، وفق روایات مطلقه که گذشت، حکمی ثابت و استوار است؛ اما این بدین معنا نیست که معافیت شخص معاف

از قصاص، مانع قتل او در پی تحقق عنوان جدید اعتیاد (که حالت خطرناک مجرم را نشان می‌دهد) گردد. بنابراین، اعتیادِ غایتِ جوازِ معافیت از قصاص نیست، بلکه غایتِ جوازِ معافیت از قتل است و در صورت تحقق و احراز آن، عنوان مجرمانه و حالت خطرناکی محرز می‌گردد که برای صیانت از جامعه، باید با مجازات قتل به مقابله با آن پرداخت. بر این پایه، اگر اعتیاد به قتل فرزندان را رفتار مجرمانه‌ای مستقل و جرمی شبیه «جرایم اعتیادی» فرض کنیم، چنان‌که شاید از روایات مربوط به قتل عبد و کافر نیز استقلال آن استظهار شود، هیچ اشکالی بر ترتب مجازات قتل در صورت تحقق آن نیست؛ هرچند، در صورت ارتکاب قتل پیش از تحقق عادت، اعدام یا قصاص را جایز ندانیم.^۴ روشن است که در این فرض، کشته شدن پدر، درواقع، مجازاتی است درقبالِ حالت اعتیادآمیز و خطرناک شخص در قتل فرزندان.

جالب این است که جرم‌انگاریِ عادت به جرم به‌مثابهٔ یک عنوان مجرمانهٔ مستقل فقط مختص اعتیاد به قتل بندگان و کفار نیست، بلکه این مسئله مصادیق دیگری هم در نصوص شرعی دارد. مثلاً در روایتی از امام صادق علیه السلام برای رباخواری که به این جرم عادت کرده، حکم قتل تعیین شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق: ص ۲۴۱-۲۴۲).^۵ پُر واضح است که اعتیاد به هر جرمی را نمی‌توان مستوجب قتل دانست؛ بلکه به‌منظور تعیین مجازات عادلانه برای اعتیاد به جرم باید موازینی همچون میزان خسارت و لطمهٔ اجتماعی یا اقتصادی‌ای که به‌واسطهٔ عادت به آن جرم ویژه بر بدنهٔ اجتماع وارد می‌آید، سنجیده شود؛ آنگاه به فراخور جرم تکرار شده، کیفر تعیین شود. از همین رو، در روایات، باوجود تعیین کیفر قتل برای موارد پیش‌گفته، اعتیاد به خوردن گوشت مردار یا خوک (هرچند تکرار شود و به عادت تبدیل گردد) فاقد حد توصیف شده (همان، ص ۲۴۲) و در عین حال، برای شخصی که به کفن‌دزدی عادت کرده، کیفر قطع دست معین شده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف: ص ۱۱۷). غرض اینکه، با تتبع در نصوص روایی و فتوهای فقیهان می‌توان مواردی را یافت که در آنها عادت به جرم دارای عنوان مجرمانهٔ مستقلی است. در این موارد به فراخور جرم تکرار شده و شناخت و قباحت آن، کیفرهای متفاوتی تعیین شده است.

شایان ذکر است تعیین مجازات قتل برای اعتیاد به فرزندکشی، به هیچ وجه با اطلاق «لایقتل» روایاتِ معافیت در تعارض نخواهد بود؛ زیرا در روایات معافیت، در پی عبارت «لایقتل»، از تعبیر «بۆلده» استفاده شده و در نتیجه، آنچه به واسطه آنها منتفی اعلام شده، «هرگونه کشته شدن در قبال قتل فرزندان» است و نه «کشته شدن» به صورت مطلق. به عبارت دیگر، در این روایات، مطلق قتل در قبال کشتن فرزندان نفی شده و نه مطلق قتل. بنابراین، ثبوت قتل به منظور کیفر اعتیاد به قتل و به عنوان یک جرم شبه اعتیادی، هیچ تهافتی با مؤدای این روایات ندارد.

علاوه بر این، با توجه به اینکه در برخی روایات، به شکلی معنادار، قاتل فرزند به قاتلِ عبد معطوف گشته (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۷۹)، چه بسا بتواند مطلوب ما را حاصل آورد؛ زیرا شاید از این همگون دانستن بتوان چنین نتیجه گرفت که معافیت پدر و مولا هردو از یک سنخ و دارای یک نوع ماهیت‌اند: با این تفاوت که معافیت مولا، حکم مصرّح قرآن کریم است (بقره: ۱۷۸)، اما حکم معافیت پدر مستند به روایات و اخبار است. به هر روی، با فرض همگون بودن نوع معافیت این هردو، ممکن است اشتراک در غایت آنها را نیز نتیجه گرفت؛ بدین بیان که چون مولا در صورت اعتیاد به قتل، از مصونیت و معافیت محروم می‌گردد و مستحق قتل می‌شود، درباره پدر نیز همین سخن مطرح است. البته، حقیقتاً اثبات این ادعا اندکی دشوار است، زیرا چه بسا میان همگونی معافیت و یکسانی نقض آن نتوان ملازمه‌ای برقرار کرد؛ اما به هر تقدیر، در راستای ادعای پیش گفته، قابلیت استناد به عنوان مؤید را داراست.

ناگفته پیداست در صورت پذیرش نظریه پیش گفته، نخست، فقط فرض اعتیاد به قتل فرزند است که مستلزم کشتن پدر خواهد بود و در صورت تکرار، این حکم جاری نخواهد بود؛ بلکه وفق اطلاق اخبار معافیت، پدر کشته نخواهد شد. دوم، قتل پدر در این فرض از باب قصاص نیست، بلکه در قبال عنوان مستقل اعتیاد و به کیفر عادت به جرم قتل ثابت شده است. به عبارت دیگر، نفس «اعتیاد به قتل» خود جرمی مستقل تلقی شده که کیفر آن، با اتکا به نصوص شرعی، کشته شدن معین شده است.

۳-۲-۲. قتل پدر به‌عنوان مفسد فی الارض

بسیاری از فقیهان امامیه پیشین کشتن مولا یا مسلمان در صورت اعتیاد به قتل بندگان و کفار را از باب جریان حکم «افساد فی الارض» دانسته‌اند (حلبی، ۱۴۰۳ق: ص ۳۸۴؛ ابن‌زهره، ۱۴۰۷ق: ص ۴۰۷؛ کیدری، ۱۴۱۶ق: ص ۴۹۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق: ص ۴۰۵). نکته قابل توجه اینکه، برخی فقیهان افساد و محاربه را یکی محسوب کرده و بر تساوی و وحدت معنایی آنها تأکید نموده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۳، ص ۴۹۸). البته، بسیاری نیز به دوگانگی دو جرم مذکور حکم کرده‌اند؛ بدین بیان که با یکدیگر رابطه عموم و خصوص مطلق (مؤمن، بی‌تا: ص ۵۶) یا عموم و خصوص من وجه دارند (شاهرودی، ۱۴۱۹ق: ص ۲۴۴). به نظر می‌رسد اگر به متون فقهی و موارد و مصداق‌های افساد در این نوشته‌ها رجوع شود، بتوان بر دوگانگی افساد و محاربه صحت گذارد. از همین رو، برخی پژوهشگران با برشمردن نمونه‌های افساد از فقه، این جرم را چنین تعریف کرده‌اند: «جرم افساد اقداماتی است که موجب فساد گسترده‌ای در جامعه شده یا به دفعات تکرار شده باشد» (بای، ۱۳۸۵: ص ۵۳). وفق این تعریف، محاربه و افساد هم از حیث عنصر مادی با یکدیگر متفاوت‌اند و هم از حیث عنصر معنوی؛ زیرا «عنصر مادی جرم محاربه عبارت است از به‌کارگیری سلاح که به‌صورت فعل مادی مثبت جلوه‌گر است، اما عنصر مادی جرم افساد گاه به‌صورت فعل مثبت مادی است، مانند جعل اسکناس، تولید و توزیع مواد مخدر و گاه به‌صورت فعل مثبت معنوی است، مانند تحریک و ترغیب نیروهای نظامی به فرار و تسلیم و گاه به‌صورت ترک فعل است، مانند اخلال در امر توزیع مایحتاج عمومی از طریق عدم توزیع آن. همچنین عنصر معنوی جرم محاربه قصد ایجاد رعب و وحشت است، ولی عنصر معنوی جرم افساد قصد اختلال گسترده در عرصه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. البته، گاه عنصر معنوی در جرم افساد مفروض گرفته می‌شود و آن هنگامی است که عمل مرتکب آثار وسیع مخربی در پی داشته باشد.» (همان)

به هر روی، مسلم این است که اگر شخصی مفسد فی الارض نامیده شود و شرایط و ویژگی‌های آن را داشته باشد، می‌توان او را مستحق قتل دانست. حال باید دید که برفرض اگر پدری به‌واسطه قتل سه فرزند خویش، مفسد فی الارض شناخته شود -

همان گونه که در مسئله اعتیاد به قتل بندگان و کفار گذشت - می توان با عنایت به این عنوان او را مستحق قتل دانست یا اینکه ادله معافیت با چنین امری در تضاد است؟

نخست باید گفت، فقیهان در زمینه قتل پدری که در ضمن محاربه فرزندش را کشته، به صراحت گفته اند که پدر نه از باب قصاص که از باب حد کشته می شود (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ص ۳۲۴؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵ق: ص ۵۷۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ص ۳۸۱). بی گمان، این سخن پذیرفتنی است زیرا چنان که پیش تر نیز بیان شد، روایات معافیت نافی «کشتن پدر به ازای قتل فرزند» هستند نه قتل پدر تحت عناوین دیگر. از همین جا، ضعف دیدگاه کسانی که میان ادله معافیت و ادله محاربه تعارض برقرار کرده اند (طبسی، بی تا: ص ۵۹) آشکار می شود؛ زیرا بی آنکه تعارض مستقری میان ادله محاربه و معافیت در بین باشد، در فرضی که پدری در ضمن جرم محاربه فرزندش را کشته، به عنوان حد کشته می شود. سهل است، در صورتی که عناوین مجرمانه دیگری از قبیل محارب، مفسد یا باغی بر پدر اطلاق گردد و پدر تحت این عناوین قرار گیرد، از باب حد کشته می شود و روایات معافیت به هیچ وجه موجب مصونیت او از قتل نمی گردند.

شایان توجه است که در این موارد فرقی نمی کند پدر جرم قتل فرزندان را تکرار کرده یا نه و یا حتی بدان عادت کرده است یا نه؛ بلکه آنچه موضوعیت دارد، صدق عناوین مجرمانه ذکر شده است که در صورت تحقق، او به قتل محکوم می گردد. با وجود این، روشن است که عنوان مفسد آنگاه بی شایبه بر پدر مرتکب قتل صدق خواهد کرد که او به این جرم عادت کرده باشد؛ هر چند چه بسا در صورت تکرار - اگر چگونگی کشتن فرزند اقتضا کند - هم تطبیق دادنی باشد. به هر حال، اطلاق واژه مفسد بر پدری که سه فرزند خویش را به قتل رسانده، با توجه به مبانی فقهی، دشوار نمی نماید. در راستای تأیید این ادعا می توان به سخن آن دسته از فقیهان استناد جست که قتل مولا یا مسلمانی را که به کشتار بندگان و کفار اعتیاد پیدا کرده است، از باب افساد فی الارض دانسته اند. از این موضع گیری چنین برمی آید که مفهوم افساد در نظرگاه آنان - اگر نگوییم بر شخصی که قتل دیگران را تکرار می کند، منطبق است - دست کم قابلیت تطبیق بر کسی را داراست که به قتل دیگران اعتیاد یافته است. در این میان، بی تردید، اشمئزاز و وقاحت قتل فرزند

و تکرار و اعتیاد به آن برای افساد خواندن این گونه قتل‌ها بستر مناسب‌تری است.

در پایان اینکه، در صورتی که پدر، به واسطه اعتیاد به قتل فرزندان، مشمول عنوان مفسد گردد، نه از باب قتل فرزند یا حتی اعتیاد به آن، بلکه به واسطه صدق عنوان مفسد فی الارض، از باب حد، کشته خواهد شد. ناگفته پیداست که بررسی صدق اطلاق این عنوان و عناوین مشابه بر پدر برعهده مقام قضایی است.

۴. بررسی حقوقی مسئله

چنان‌که گذشت، در مواد قانونی هیچ مطلبی درباره تکرار یا اعتیاد به فرزندکشی نیامده است؛ اما قانونگذار در ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی شرط انتفای ابوت را بیان و مقرر کرده است:

«قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری
مجنی علیه نباشد.»

با عنایت به نص صریح این ماده و تفسیر مضیق قوانین جزایی، قصاص پدر به سبب قتل فرزند در هیچ حال جایز نیست. افزون بر این، ظاهراً، نه در فرض تکرار و نه در صورت اعتیاد، وفق ضوابط حقوقی، نمی‌توان قاتل را مشمول ماده ۲۸۶ همان قانون و از مصادیق مفسد فی الارض دانست؛ زیرا قیود تأکیدشده در این ماده، همچون گستردگی افساد، محل بودن آن در نظم و ورود خسارات عمده، بیشتر مشعر به افعال دامنه‌دار و گسترده است و از این رو، بر پدری که به قتل فرزندان «عادت» کرده یا این جرم را «تکرار» نموده، تطبیق دادنی نیست. این در حالی است که در فقه، چنان‌که گذشت، چنین ظرفیتی وجود دارد. به هر روی، با تمسک به تفسیر مضیق از ماده ۳۰۱، آنچه حاصل می‌آید پرهیز از قتل پدر در قبال قتل فرزندان است؛ خواه این عمل یک بار انجام گیرد و خواه تکرار شود. همچنین می‌توانیم تمسک به اطلاق ماده مذکور را نپذیریم و مسئله اعتیاد به قتل فرزندان را از موارد سکوت قانون قلمداد کنیم که بر مبنای اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید درباره آن به منابع یا فتاوهای معتبر رجوع کرد و در عین حال، چنین رجوعی را مخالف با اصل قانونی بودن ندانسته، بلکه مطابق قواعد حقوقی و شرعی

بدانیم؛ در این صورت، باز هم نتیجه‌ای که به دست می‌آید، عدم جواز قصاص و حتی قتل پدر است؛ زیرا با وجود اینکه ممکن است از میانی و منابع فقهی بتوان برای اعتیاد به قتل فرزندان، مجازات اعدام استنباط نمود - چنان که در این نوشتار به اثبات رساندیم - ولی مشکل اینجاست که چنین حکمی نه در «منابع معتبر» وجود دارد و نه در «فتوهای معتبر»، تا بتوان در محاکم قضایی از آنها سود برد. بنابراین، پدری را که مرتکب قتل فرزند خویش شده یا حتی این جنایت را تکرار کرده و حالت اعتیاد برای او پیش آمده، وفق مواد قانون مجازات، نمی‌توان قصاص کرد. از این رو ضروری است این خلأ قانونی با رویکردی اجتهادی ترمیم گردد و حکم چنین مسئله‌ای در قانون نیز بازتاب یابد.

با این همه، شکی نیست که قاتل در قبال قتل فرزند، افزون بر دیه، بر اساس ماده ۶۱۲ قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده تعزیر خواهد شد. قانونگذار در این ماده مقرر کرده است:

«هرکس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود در صورتی که اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد دادگاه مرتکب را به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌نماید.»

قتل فرزند به دست پدر، که در آن قصاص منتفی شده است، مصداق عبارت «به هر علت قصاص نشود» در این ماده است که قانونگذار برای مرتکبش تعزیر معین نموده است. بدیهی است که در صورت تکرار^۵ فرزندکشی یا اعتیاد به آن، متناسب با مورد و اینکه آیا کیفی در قبال قتل پیشین صورت گرفته یا نه، مرجع حکم، مواد قانونی مربوط به تعدد یا تکرار جرم خواهد بود.

نتیجه‌گیری

انتفای ابوت یکی از شرایط اساسی جریان قصاص نزد فقیهان امامیه است. مهم‌ترین مدرک پابندی به این شرط، روایات وارده از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و ائمه علیهم السلام است. با وجود این،



نه فقیهان و نه حقوقدانان، متعرض مسئله تکرار قتل فرزند یا اعتیاد به آن نشده‌اند. اطلاق روایات وارده دربارهٔ عدم جریان قصاص در حق پدر، شامل موارد تکرار و اعتیاد نیز می‌گردد؛ زیرا در این روایات آمده است: «پدر در مقابل قتل فرزند کشته نمی‌شود.» از همین رو، برای چشم‌پوشی از این اطلاق، دلیل قطعی لازم است. در این راستا، نه ادلهٔ قتل مرتکبان کبائر و نه فلسفهٔ تشریح قصاص، هیچ‌کدام نمی‌توانند موجب تقیید روایات معافیت گردند. همچنین، نمی‌توان جواز اعدام پدر را در صورتی که به واسطهٔ اعتیاد به قتل فرزندان، مفسد فی الارض شناخته شده، انکار کرد؛ اما حکم افساد فی الارض مقوله‌ای مجزاست که برای شمول آن باید بر شخص قاتل عنوان مُفسد صدق نماید. بنابراین، در کنار مُفسد قلمداد کردن پدری که به قتل فرزندان عادت پیدا کرده، تنها یک دلیل می‌تواند در راستای ایضاح حکم اعتیاد به قتل مورد توجه قرار گیرد: مجموعهٔ ادلهٔ جواز کشتن مولا یا مسلمانی که باوجود معافیتش از قصاص در قبال قتل بندگان و کفار، در صورت تحقق اعتیاد، حکم به اعدام او داده شده است. البته چنین استنتاجی از راه قیاس، مشروع نخواهد بود؛ بلکه از این زاویه دست‌یافتنی است که ما «اعتیاد به قتل» را جرمی مستقل به‌شمار آوریم که مجازاتش قتل است.

پی‌نوشت:

۱. این مهم در مقاله‌ای با عنوان «گسترهٔ شرط انتفای ابوت در ثبوت قصاص»، که در همین نشریه (ش ۴، سال ۱۳۹۴) منتشر شد، به‌تفصیل بررسی شده است.
۲. در سطرهای آینده روشن خواهد شد که برای تحقق اعتیاد و عادت، گذشت زمان ضروری است؛ از این رو، مورد ذکر شده از موارد تکرار لغوی - و نه اصطلاحی - جرم قتل فرزند است. حتی اگر در خبرگزاری‌ها هم نتوان مصداقی برای اعتیاد به قتل فرزند یافت، اما با عنایت به این حوادث که روزبه‌روز بسامد بیشتری می‌یابند، بررسی حکم اعتیاد، بحث در خلأ و فارغ از واقعیت‌های خارجی نخواهد بود.
۳. البته مسلم است که برخی اخبار ضعیف در میان روایات معافیت راه بسته‌اند؛ اما تعدد این روایات مفید معافیت و همچنین صحت و استواری سندی برخی از آنها، بر هیچ پژوهنده‌ای پوشیده نیست.
۴. در قوانین موضوعه، تکدی‌گری و ولگردی (مادهٔ ۷۱۲ قانون تعزیرات) از جمله جرایم به‌عادت هستند که تحقق‌شان منوط به تکرار و پیشه شدن این دو رفتار است. باوجود این، در این دو مورد، ارتکاب عمل برای دفعات نخست، جرم تلقی نمی‌شود و مجازاتی ندارد؛ اما در قتل فرزندان، در صورت نخست و همچنین تکرار، جرمی رخ داده که کیفر تعزیر و دیه

دارد، اما قصاص مستند به روایات، منتفی است. بنابراین، اساساً میان عادت به جرم و جرم اعتیادی یا به عادت تفاوت بنیادین وجود دارد، زیرا در جرم اعتیادی، حالت و چگونگی خاص مجرم مقوم مجرم بودن اوست؛ از این رو، شخص پیش از تحقق چنین حالتی، مجرم قلمداد نمی‌شود، اما در عادت به جرم، از تکرار مکرر فعلی که جرم است، سخن گفته می‌شود.

۵. واژه تکرار در اینجا در معنای لغوی خود به کار رفته و ناظر به انجام دوباره قتل است؛ فارغ از اینکه کیفری در قبال جرم نخستین اعمال شده یا نشده باشد. از این رو، در پی آن، هم سخن از تعدد جرم به میان آمده است و هم تکرار جرم.

کتابنامه

۱. ابن‌ادریس حلی، محمدبن منصوربن‌احمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲. ابن‌زهره حلبی، حمزه‌بن‌علی حسینی (۱۴۱۷ق)، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۳. اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی، ج ۳، تهران، میزان، چاپ نهم.
۴. انوری، حسن (۱۳۸۱)، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۳، تهران، سخن، چاپ ششم.
۵. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ نبی‌پور، محمد (۱۳۹۰)، «معافیت مطلق یا نسبی پدر و جد پدری از کیفر قتل در فرزندکشی عمدی»، فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، ش ۳.
۶. بای، حسین علی (۱۳۸۵)، «افساد فی الارض چیست، مفسد فی الارض کیست؟»، فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، ش ۹.
۷. جمعی از پژوهشگران (زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی) (۱۴۲۶ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ نخست.
۸. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، ج ۲۸ و ۲۹، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ نخست.
۹. حلی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، چاپ نخست.
۱۰. حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق)، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، چاپ نخست.
۱۱. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱ {۴۱} و ج ۲ {۴۲}، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی علیه السلام، چاپ نخست.
۱۲. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۱۹ق)، بایسته‌های فقه جزا، تهران، میزان - دادگستر، چاپ نخست.



۱۳. شهید اول (محمد بن مکی) (۱۴۱۰ق)، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، بيروت، دار التراث، چاپ نخست.
۱۴. شهید ثانی (زین الدین بن علی) (۱۴۱۲ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى): سلطان العلماء، ج ۲، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۱۵. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۱۴، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ نخست.
۱۶. شیخ طوسی (ابو جعفر محمد بن حسن) (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحكام، ج ۱۰، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۱۷. _____ (۱۴۰۷ق)، الخلاف، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۱۸. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۱ و ۴۲، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
۱۹. صانعی، یوسف (۱۳۹۰)، استفتائات قضایی، ج ۱، تهران، انتشارات پرتو خورشید، چاپ چهارم.
۲۰. طباطبائی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، ج ۱۶، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۲۱. طبسی، نجم الدین (بی تا)، النفی و التغریب فی مصادر التشريع الإسلامي، قم، بی تا، چاپ نخست.
۲۲. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر اسدی) (۱۴۱۱ق)، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نخست.
۲۳. _____ (۱۴۲۰ق)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج ۵، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۲۴. عمید، حسن (۱۳۹۱)، فرهنگ فارسی عمید، ج ۱، تهران، امیرکبیر، چاپ سی و یکم.
۲۵. عوده، عبدالقادر (بی تا)، التشريع الجنایی الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۲، بیروت، دارالکاتب العربی.
۲۶. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - القصاص، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ نخست.



۲۷. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، ج ۷، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۲۸. کیدری، قطب‌الدین محمد بن حسین (۱۴۱۶ق)، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۲۹. مجلسی اول (محمد تقی) (۱۴۰۶ق)، روضة المتقين فی شرح من لا یحضره الفقیه، ج ۱۰، قم، مؤسسه فرهنگی - اسلامی کوشانپور، چاپ دوم.
۳۰. محقق حلی (نجم‌الدین جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۳۱. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۱۵ق)، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ج ۱، قم، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی علیه السلام، چاپ نخست.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، تعزیر و گستره آن، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ نخست.
۳۳. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱ و ۳، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید علیه السلام، چاپ دوم.
۳۴. مؤمن، محمد (بی‌تا)، «کاوشی در مجازات محارب و مفسد فی الارض»، فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۵، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ نخست.
۳۵. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرایم علیه اشخاص، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوازدهم.

قوانین و مقررات

۳۶. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۳۷. قانون تعزیرات و مجازات بازدارنده، مصوب ۱۳۷۵.
۳۸. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همراه با اصلاحات ۱۳۶۸.



چکیده مقالات بہ زبان عربی و انگریزی

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الأبجدي):

عبد الرضا إيزدينه (عضو هيئة أمناء مكتب الإعلام الإسلامي)
السيد أحمد حسيني (عضو مجلس خبراء القيادة وعضو جماعة المدرّسين)
يعقوبعلي برجی (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)
محمد زرندي رحمانی (مساعد أستاذ في جامعة المصطفى العالمية)
السيد عباس صالحی (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)
سيف الله صرامی (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)
أحمد مبلغي (عضو مجلس خبراء القيادة ورئيس مركز الأبحاث في مجلس الشورى الإسلامي)
السيد ضياء مرتضوي (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)
محمد صادق مزيناني (محقق السطح الرابع في حوزة قم العلمية)
محمد حسن نجفي (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

المحرر: يحيى صرامی

مترجم اللغة الإنجليزية: محمدرضا ظفري

مترجم اللغة العربية: محمد حسين حكمت

استناداً إلى القرار رقم ١٣١ للجنة منح الإجازات والدرجات العلمية قرر المجلس العالي للحوزات العلمية في جلسته المنعقدة بتاريخ ٥ / ٣ / ١٣٩٤ منح المجلة فصلية (كاوشي نو در فقه) درجة المجلة العلمية - التحقيقية منذ عددها رقم ٧٥. وجدير بالذكر أنه استناداً إلى المادة المصادق عليها في الجلسة رقم ٦٢٥ للمجلس العالي للثورة الثقافية المنعقدة في ٢١ / ٣ / ١٣٨٧ فإن قرارات المجلس العالي لحوزة قم العلمية الخاصة بمنح الامتياز العلمي للمجلات العلمية هي قرارات معتبرة رسمياً ويترتب عليها الامتيازات القانونية في الجامعات والحوزات العلمية.

هيئة التحرير حرة في إصلاح وتحرير المقالات.

الآراء الواردة في المقالات لا تمثل آراء وجهات نظر كتابها المحترمين.

يمكن الاطلاع على محتويات فصلية (كاوشي نو در فقه) في قاعدة معلومات علوم العالم الإسلامي (ISC) وبنك معلومات المجلات الوطنية (www.Magiran.com) وموقع النور للمجلات المتخصصة (www.Noormags.ir) ونافذة إصدارات مكتب الإعلام الإسلامي (www.daftarmags.ir).

العنوان: قم، ساحة الشهداء، شارع المعلم، المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية
مكتب مجلة الفقه - صندوق البريد: ٥٩٩ - ٣٧١٨٥

تليفون مكتب المجلة: ٣٧٧٤٢١٥٨ - ٠٢٥

الفاكس: ٣٧٧٤٢١٥٩ - ٠٢٥ تليفون قسم التوزيع: ٣٧١٦٦٦٦ - ٠٢٥

البريد الإلكتروني: Jf@isca.ac.ir الموقع الإلكتروني: Jf.isca.ac.ir

متابعة الطبع: السيد حسين الموسوي

السعر: ٦٠٠٠ تومان



فقه
كاوشي نو در

فصلية علمية تحقيقية

السنة الرابعة والعشرون - العدد الثاني - صيف ١٣٩٦

٩٠



مركز العلوم والثقافة الإسلامي

صاحب الامتياز: مكتب الإعلام الإسلامي في حوزة قم العلمية

المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

المدير المسؤول: عبد الرضا إيزدينه

رئيس التحرير: سيف الله صرامی

خبير التحرير: عليرضا فجري

المدير التنفيذي: السيد محمود كريمي

فهرست الموضوعات

- بحث فقهي عن قاعدة (تبعية النماء للأصل) ورفع مانعيتها في تأسيس الشركات التعاونية..... ١٧٨
أحمد علي يوسف
السيد إبراهيم صباغيان
- الإمكانات الفقهية لتحاشي العقوبات البدنية..... ١٧٩
رحيم نوبهار
- عدم إمكانية تغيير الحدود (العقوبات البدنية المعينة) في الإسلام..... ١٨٠
محمد علي خادمي كوشا
- بحث عن كيفية استدلال الفقهاء بالقواعد العقلية في عملية الاستنباط... ١٨١
أحمد باقري
راضية سادات هاشمي عليا
- مفهوم (النكرة) في أصول الفقه واستخداماته الفقهية..... ١٨٢
حسين قرباني
السيد كاظم مصطفىوي
- تأملات في عقوبة تكرار جريمة قتل الابن والإدمان عليها في إطار فقه الإمامية..... ١٨٣
حسن علي مؤذن زادگان
يوسف فاطمي نيا
محمد جعفر صادق پور

بحث فقهي عن قاعدة (تبعية النماء للأصل) ورفع مانعيتها في تأسيس الشركات التعاونية

أحمد علي يوسف
السيد إبراهيم صباغيان

الخلاصة:

يتم إنتاج المحاصيل في بعض الفعاليات الاقتصادية باشتراك قوى العمل الممثلة بالعمال، ورأس المال الممثل بصاحب العمل. وطبقاً لقاعدة (تبعية النماء للأصل) يصبح حاصل الإنتاج في ملكية صاحب رأس المال، بينما تكتفي القوى العاملة بأجرة أتعابها.

ومن هنا نرى البعض يُشكل على بعض أنواع العقود كعقد المضاربة، وهذا الإشكال يكون أكثر وضوحاً في المؤسسات التي اصطلح على تسميتها بالجمعيات التعاونية.

وبعبارة أخرى فإننا نجابه في موضوع الجمعيات التعاونية تساؤلاً مفاده أن العمليات الاقتصادية التي تمارس في إطار الجمعيات التعاونية، هل تُعتبر صحيحة إذا أخذنا بنظر الاعتبار وجود القاعدة المشار إليها؟ وانطلاقاً من هذا التساؤل المطروح يستند التحقيق الحالي على فرضية أنه في حالة قيام عدد من أفراد القوى العاملة في إحدى المنشآت الاقتصادية بتوفير رأس مال تلك المنشأة بصورة مشاعة، فإنّ الشرع يمنحهم الحق في أن يتفقوا على تعيين فائدة مناسبة ومحدودة لرأس المال، ثمّ يخصّصون الباقي من الناتج والنماء إلى أفراد القوة العاملة بما يتناسب ومقدار عملهم والدور الذي يؤدونه في إنتاج المحصول والنماء. وعلى هذا فإنّ تأسيس الشركات الشبيهة بالشركات التعاونية المتعارفة لا إشكال فيه من ناحية القواعد الفقهية.

والإجابة على التساؤل المذكور ومناقشة فرضية التحقيق يتبع الباحثان في بحثهما الحالي منهج تحليل النصّ والمطالعات المكتبية، وتشير نتائجه إلى أنّ القاعدة إنّما تعود في الأصل إلى النماءات الطبيعية، ولا تجري مثل هذه القاعدة في العقود التجارية. وحتى لو افترضنا جريانها فيها فإنّ المستثمرين الاقتصاديين إذا اتفقوا في ما بينهم على أمرٍ ما فإنّ من حقهم العمل طبقاً لما اتفقوا عليه.

وهكذا فلا تجابه هذه الشركات التعاونية المتعارفة إشكالاً فقهياً من ناحية هذه القاعدة.

المفردات الأساسية: الجمعية التعاونية، تبعية النماء للأصل، رأس المال، قوة العمل والمحاصيل المنتجة.

الإمكانات الفقهية لتحاشي العقوبات البدنية

رحيم نوبهار

الخلاصة:

يهدف هذا المقال إلى البحث عن اسس فقهية يمكن من خلالها اكتشاف منافذ شرعية لتحاشي العقوبات البدنية الواردة بعنوان الحد أو التعزير.

ويستند المقال إلى بعض المباني - كإمضائية كافة العقوبات المذكورة في النصوص الدينية، وعدم موضوعية شكل وأسلوب تنفيذ العقوبات وأهميّة الغايات المقصودة من تنفيذ العقوبة لدى عقلاء العالم، وعدم عبادية الأحكام الخاصة بأنواع العقوبات، وباختصار وجوب فهم النصوص الخاصة بتعيين العقوبة من منظار التغيير والتطورات العقلية - ليخلص إلى القول بعدم الإشكال في تحاشي كافة أنواع العقوبات البدنية، سواء جاءت بعنوان الحد أو التعزير، باعتبار ذلك واحداً من النظريات الفقهية، مع التأكيد على انفتاح باب البحث حول هذه النظرية.

كما يتطرّق المقال إلى العناوين الثانوية والآثار الجانبية غير المرغوب فيها المرافقة لتنفيذ العقوبات البدنية، مثل الاستياء العام في المجتمعين الإسلامي والعالمي، واتّساع صلاحيات الحكومة الإسلامية، باعتبارها عناصر يمكن الاستناد عليها لتسويغ تجنّب العقوبات البدنية. بل إنّ بعض العناوين الثانوية ربما أثارت بعض الإشكالات أمام تطبيق العقوبات البدنية. أمّا اقتراح البدائل للعقوبات البدنية - في حالة جواز العدول عنها - فلم يتطرّق له الكاتب في المقال الحالي، إذ يحتاج إلى فرصة أخرى مستقلة.

المفردات الأساسية: فقه العقوبات، العقوبات البدنية، الرجم، السوط، قطع العضو.

عدم إمكانية تغيير الحدود (العقوبات البدنية المعينة) في الإسلام

محمد علي خادمي كوشا

الخلاصة:

تجابه بعض الحدود والعقوبات البدنية المعينة للجرائم الخاصة من يطرح هذه الأيام فكرة تغييرها واستبدالها بعقوبات أخرى بديلة، رغم وجود هذه العقوبات في أزمان سحيقة قبل الإسلام، وتأكيد رسول الإسلام العظيم صلى الله عليه وآله على تنفيذها دون تغيير، ورفضه تبديلها على يد اليهود الذين كانوا يتواجدون في أطراف المدينة المنورة آنذاك.

ولما كان ثبات وعدم إمكانية تبديل هذه الحدود الإسلامية - باعتبارها حكماً أولياً - هو مما ينسجم ومقتضيات الصناعة الفقهية ومن مسلمات كافة الفرق الإسلامية، فلم تجابه هذه الحدود تشكيكاً ولا ترديداً يستدعي العمل على إثباتها.

ومن هنا يرى الكاتب أنّ الفكرة المطروحة إنّما يطرحها من يطرحها دون الالتفات إلى خلفيات هذه الحدود ودون الإحاطة التامة بأدلة ثباتها، وهكذا يحتاج إيداء الرأي والتحكيم في مثل هذه المسألة إلى دراسة واستعراض الأدلة التي يمكن أن يكون الفقهاء قد استندوا إليها في موقفهم، حتى لو كانت هذه الدراسة مختصرة وفي حدود مقالة واحدة.

وعلى هذا الأساس يطرح هذا المقال - ولأول مرة - سبعة عشر دليلاً وقرينة تؤيد جميعها مقولة عدم إمكانية تغيير الحدود طبقاً لما تقتضيه قواعد فنّ الفقه وفلسفة الأحكام وأصول الفقه وعلم الكلام.

المفردات الأساسية: الحدود، العقوبات البدنية، العقوبات المحددة، العقوبات الإسلامية.

بحث عن كيفية استدلال الفقهاء بالقواعد العقلية في عملية الاستنباط

أحمد باقري

راضية سادات هاشمي عليا

الخلاصة:

إنَّ الاختلاف الواسع في مسألة توظيف القواعد العقلية في الفقه يؤسّر ضرورة تأطير هذه المسألة ووضع الضوابط الحاكمة لها.

والقواعد العقلية هي ثمرة عملية التعقّل، بينما تمثّل الأحكام الفقهية أوامر الشارع المقدّس. وتعتبر قاعده (استحالة اجتماع النقيضين) منبعاً للكثير من القواعد العقلية الأخرى كقاعدة (استحالة الدور) و (استحالة التسلسل) و (استحالة توارد العلل على المعلول الواحد) وغيرها، والتي أضحت مورداً لنزاع الفقهاء في المباحث الفقهية المختلفة.

والمقال الحالي من خلال دراسة وتحليل موارد استخدام القواعد العقلية في الفقه، يستهدف اقتراح ضابطة لاستخدام القواعد العقلية في عملية الاستنباط.

وما يخلص إليه هذا التحقيق هو عدم موضوعية القواعد العقلية في عملية استنباط الحكم الفقهي، إلا في الموارد الخاصة المتعلقة بالموضوع الخارجي للحكم الشرعي، لأنّ الفقه هو ميدان الاعتبارات الشرعية، والاعتبار إذا استند على النصّ، فلا مجال لأخذ العرف والمصلحة ملاكين في هذا الاعتبار.

المفردات الأساسية: الفقه، استنباط الأحكام، أسس التشريع، القواعد العقلية، العرف، المصلحة.

مفهوم (النكرة) في أصول الفقه واستخداماته الفقهية

حسين قرباني

السيد كاظم مصطفى

الخلاصة:

ذكر المختصون بعلم أصول الفقه أربعة تعاريف لمفردة (النكرة) مع ثلاث فرضيات أساسية في مفهومها. فيعتقد البعض أنّ مفهومها يمتاز دوماً بالشمول، بينما يميل البعض إلى التأكيد على فكرة الجزئية، في حين اختار بعض آخر نظرية التفصيل، قائلين إنّها إن وقعت في سياق الإخبار فيكون معناها جزئياً، وإن وقعت في سياق الأمر فيكون مفهومها مفهومها كلياً.

ولم يكن لوجود هذا النزاع حول مفهوم هذا الأساس الأصولي انعكاس في المجال الفقهي، بل ربما أنكر وجوده أصلاً.

ومن هنا سعى الكاتبان في مقالهما الحالي إلى توضيح الآراء المطروحة ونقد الآراء المخالفة وإثبات النظرية التي تحظى بالقبول لديهما، ومن ثم بيان نظرية صاحب الفصول رحمه الله، ومراد المشهور لدى علماء الأصول من عبارة (الفرد المرّد)، وبيان أدلة عدم صحة عبارة (التنكير) للتعبير عن حالة تنوين أمثال مفردة (رجل).

وفي ختام المقال يقدم الكاتبان التطبيقات الفقهية لهذا البحث، وتحليل ما توصلوا إليه من نتائج.

المفردات الأساسية: النكرة الأصولية، الكلي، الجزئي، الفرد المرّد، تنوين التنكير، التطبيق الفقهي، صاع صبرة.

تأملات في عقوبة تكرار جريمة قتل الابن والإدمان عليها في إطار فقه الإمامية

حسن علي مؤذن زادگان
يوسف فاطمي نيا
محمد جعفر صادق پور

الخلاصة:

لا خلاف في اتفاق فقهاء المسلمين على اشتراط انتفاء الأبوة في ثبوت القصاص، إلا أن هذا لا يعني عدم اختلافهم حول بعض المسائل ذات الصلة بهذا الشرط. ومن هذه المسائل التي قلما حظيت بما تستحقه من اهتمام، هي مسألة تكرار قتل الابن أو الاعتیاد على هذا السلوك.

ومثلما يمكن الاستناد إلى فلسفة تشريع القصاص وغيره من الموارد المشابهة في الفقه، كنبوت الاعتیاد على قتل العبد، فكذلك يمكن استنتاج حكم قصاص الأب مع افتراض التكرار أو الاعتیاد. كما يمكن هنا الاستناد إلى لزوم قتل من يرتكب المعاصي الكبيرة أكثر من ثلاث مرات، أو أدلة الإفساد في الأرض، حيث يمكن لها أن تلعب دورها في هذا المجال أيضاً.

وفي هذا المقال، وانطلاقاً من إطلاق وعمومية أدلة إعفاء الأب من عقوبة القصاص - مع جواز قتل الأب في بعض الصور المذكورة - تم إثبات أن كل هذه الوجوه المذكورة لإثبات قصاص الأب هي وجوه غير كافية، بل إنها حتى لو أثبتت جواز قتله في بعض الموارد، فإنها إنما تجيز ذلك ليس بعنوان القصاص بل بعنوان جريمة أخرى.

المفردات الأساسية: القتل، القصاص، انتفاء الأبوة، الاعتیاد، التكرار.

A contemplation on punishing recidivism of filicide and addiction to it based on Imami jurisprudence`s capacities

Hasan Ali Moazzenzadegan

Yusef Fateminia

Muhammad Ja`far Sadeqpour

Abstract

For proving the retaliation, the Muslim jurists' agreement on stipulation of termination of paternity is indisputable. Nevertheless, there are differences as to the problems related to that stipulation. One of the important issues which has been rarely considered among them, is recidivism of filicide or addiction to it. According to the philosophy of legislating retaliation or similar cases in jurisprudences such as realizing addiction to murder a man slave, it is possible to conclude that a father may be retaliated in the assumption of recidivism of filicide or addiction to it. Similarly, the evidence of necessity of murdering some ones who have perpetrated the mortal sins more than three times or also evidence of corrupting on the earth can be referred in this concern. In this paper, based on the absoluteness and generality of evidence connecting the exemption of a father from retaliation (however he may be killed in some above cases), it was shown that all these forms are not enough for proving retribution of a father, and if they have proved it in some cases, it is not for as a retaliation but for an another criminal title.

Key words: murder, retaliation, termination of paternity, addiction and recidivism.

Semantics of indefinite noun in the science of jurisprudential principles and its jurisprudential function

Hosein Qorbani
Sayed Kaziem Mostafavi

Abstract

The word of indefinite noun has four identifiers in the discourse of the science of jurisprudential principles (Ilm al-usul al-fiqh), and there are three main concepts in its sense which are stated by the Ulam'. Some believe that its concept is always general, and others have expressed the idea of its particularity and some others have selected the intermediate theory; the latter group believe that if infinite noun occurs in the context of declarative sentence, its meaning is particular, and if it is located in the form of imperative statement, its meaning will be general. On the other hand, on the controversy in semantics of this institution in this science, a jurisprudential function has not been provided, and sometimes it was believed that it has no the mentioned function. Therefore, with explaining all the theories and criticizing the opponent ideas, the author is seeking to making his selected theory clear. In the following, the author will clarify Saheb al-fosul's theory, and describe the famous intention of the usuli scholars concerning "farde moraddad (doubted meaning)" , and justify incorrectness of the term "tankir (indefinitness)" as to tanvin of the words such as term "rajolon (on male)", and finally provide and analyze the jurisprudential function of the discussion.

Key words: usuli indefinite noun, general, particular, farde moraddad, tanvine tankir, jurisprudential function and sa'e sobrah (three kilos from the wheat).



Studying the quality of the jurisprudents` reasoning as to the rational rules in the process of inference

Ahmad Baqeri

Razieh Sadat Hashemi Olya

Abstract

The wide disagreement concerning the question of applying the rational rules to the jurisprudence is an indicator of the necessity of a normative definition for this issue. The rational rules are created by intellection, and the jurisprudential precepts are the holy legislator`s innovation. The rule of "impossibility of oxymoron" is the root of many other rational rules, such as "impossibility of circle", " impossibility of sequence," " impossibility of some causes for the unitary effect," and so on, which their application to the different jurisprudential topics is a matter of dispute among the jurisprudents. By examining and analyzing the cases of functioning rational rules in the jurisprudence, this paper has sought to provide a criterion of applying rational rules in the process of inference. Based on the findings of this research, except in the special cases related to an external subject of a legal ordinance, the rational rules are relevant to the process of inferring the legal injunctions, because the position of jurisprudence is for the religious innovations, and the existence of them based on nass (explicit text), `orf (common sense), maslaha (expediency), etc., is valid in this regard.

Key word: jurisprudence, inferring the precepts, foundations of legislation, rational rules, `orf, maslaha.

Unchangeable hodud (determined corporal punishment) in Islam

Mohammad Ali Khademi Kousha

Abstract

Despite some determined hodud and corporal punishments for some especial crimes are much earlier background than Islam, and the Prophet's emphasis is on the implementation of their unchanged penalties, and the opposition of the Jews around Medina to their conversion, nowadays, it has being heard that some people are proposing a theory of changing Islamic punishments. Since stability and immutability of Islamic hodud (as the first percept) is according to the jurisprudential method and the certainties of all the Islamic sects, there was no doubt that it would be proved. For this reason, it appears that the mentioned idea has been provided without attention to the background of stability of hodud and without full access for reasons of them. As a result, for possibility of evaluating such a theory, it seems necessary that the evidence that can be the basis of the jurists' opinion is briefly - and as much as a paper - to be considered and explained. Accordingly, for the first time, this paper has provided 17 evidence that according to the method of jurisprudence and philosophy of the precepts, the principles of jurisprudence and theology can indicate the immutability of the hodud punishments.

Key words: hodud, corporal punishment, determined penalties, Islamic punishment.



Jurisprudential feasibility study of transition from corporal punishment

Rahim Nobahar

Abstract

This paper seeks to find jurisprudential foundations that based on them, legal feasibility of transition from corporal punishment as the hodud (determined penalties) or ta`zir (discretionary punishment) can be theorized. Relied on the evidenc such as being confirmative of all the punishments stated in religious texts, lacking importance of the form and method of executing a punishment, being importance of the intended aims in executing a punishment for the wise of the world, non -worshipfulness of the ordinances concerning the kinds of punishments and, consequently, the necessity of understanding the texts related to determining punishment in the light of rational change and development, this paper has justified transition from corporal penalties - whether as hodud or ta`zir- as a jurisprudential theory, though the door of debate is open. Similarly, in this research, transition from corporal penalties has been validated according to the second titles of the precepts, the secondary effects of executing the bodily punishments such as public condemnation in Muslim and global societies, and the broadness of Islamic government jurisdiction. Of course, sometimes some second titles of the precepts are making legality of executing bodily penalties confront to problem. Suggesting the alternatives of the bodily punishments - if they are permitted , is not subject matter of this article, and needs a separate opportunity.

Key words: criminal jurisprudence, bodily penalty, stoning, flogging and amputation.



Jurisprudential considering the rule of "adherence of interests to property" and removing its prevention in the formation of cooperative companies

Ahmad Ali Yusofi
Sayyed Ibrahim Sabbaghian

Abstract

In some economic activities, productions are produced by sharing work force of the labor with the capital of its owner. Based on the rule of "adherence of interests to property", production is located on the ownership of possessor of the capital, and the work force should be only satisfied with the wage. Accordingly, Contracts such as modarabah (sleeping partnership) have been criticized by some people. Concerning the cooperative companies, this critique is more obvious. In other words, in the cooperatives, we faced with this question that in spite of the mentioned rule, is an economic activity as the form of the cooperatives correct? Based on the raised question, study hypothesis is: If a number of work forces jointly provide capital of an economic activity, they have the right to determine the suitable and limited interests according to the religious standards and their agreement on the capital; and the rest of productions and interests can be distributed among the work forces in terms of amount of their work and their roles on producing output and interest. Therefore, according to the jurisprudential criteria, there is no any problem to establish the companies such as common cooperatives. In order to answer the above question and also to study the research hypothesis, this research has been carried out with the text analysis and library method, and the produced results indicate that the rule is related to the natural interests and such a rule is not applying to the commercial contracts. Assuming that this rule is confirmed, if the economic actives agree to each other, they have right to do based on the agreement. Therefore, the cooperatives in their common meaning, have no jurisprudential problem from this rule.

Kew words: cooperative company, adherence of interests to property, capital, work force and produced output.



Contents

Jurisprudential considering the rule of "adherence of interests to property" and removing its prevention in the formation of cooperative companies	190
Ahmad Ali Yusofi Sayyed Ibrahim Sabbaghian	
Jurisprudential feasibility study of transition from corporal punishment.....	189
Rahim Nobahar	
Unchangeable hodud (determined corporal punishment) in Islam ..	188
Mohammad Ali Khademi Kousha	
Studying the quality of the jurists' reasoning as to the rational rules in the process of inference	187
Ahmad Baqeri Razieh Sadat Hashemi Olya	
Semantics of indefinite noun in the science of jurisprudential principles and its jurisprudential function.....	186
Hosein Qorbani Sayyed Kaziem Mostafavi	
A contemplation on punishing recidivism of filicide and addiction to it based on Imami jurisprudence's capacities.....	185
Hasan Ali Moazzadzadegan Yusef Fateminia Muhammad Ja`far Sadeqpour	



Editorial Board (In Alphabetical Order)

Abdorreza Eizadpanah (Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office)
Seyyed Ahmad Hosseini (Member of Society of Seminary Teachers of Qom,
and professor of advanced levels at Qom Seminary)
Yaqoubali Borji (Associate Professor, Al-Mustafa International University)
Muhammad Zarvandi Rahmani (Assistant Professor, Al-Mustafa International University)
Seyyed Abbas Salehi (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)
Seifollah Sarrami (Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy)
Ahmad Moballeqi (the head of Islamic researching center of Islamic Consultative Assembly and
representative of Lorestan Province at Assembly of Experts for the Leadership)
Seyyed Ziya Mortazavi (Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy)
Muhammad Sadieq Mazinani (Fourth Level Researcher at Qom Seminary)
Muhammad Hassan Najafi (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)

Editor: Yahya Sarrami

English translator: Mohammadreza Zafari

Arabic translator: Mohammad Hossein Hekmat

Referring to the enactment 131 issued by The Council for Awarding Scientific Permissions and Grants of the Seminaries Supreme Council held on 5/3/1394, The Quarterly Journal of A New Probe in Fiqh has granted Scientific-Research rank since Volume 75. It is noticeable that by virtue of single-clause bill enacted by the session 625 of the Supreme Council of the Cultural Revolution held on 21/3/1387, enactments of the Supreme Council of the Qom Seminary possesses official credit in regard of awarding scientific grant to the scientific journals, and begets legal privileges at the universities and seminaries.

Disclaimer:

The Editorial Board reserves the right to modify articles.

The views and opinions expressed in this article are those of the authors and do not necessarily reflect the official policy or position of the Editorial Board.

The Quarterly Journal of «A New Probe in Fiqh» is cited in the Islamic World Science Citation Center (ISC), State Journals Database (www.magiran.com), Noor Specialized Magazines (www.noormags.ir), and The Magazines Portal of the Islamic Propagation Office (www.daft-armags.ir).

Address: Fiqh Journal Office, Islamic Science and Culture Academy, Moallem St., Shohada Sq., Qom, Islamic Republic of Iran,

P.O.Box: 37185-599

Office Phone: +98-25-37742158

Fax: +98-25-37742159

Circulation Phone: +98-25-37116666

Email: Jf@isca.ac.ir

Web: Jf.isca.ac.ir

Publication Manager: Seyyed Hossein Moosavi

Price: 6000 Tomans.



فقه
کوش نو

A New Probe in Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Volume 90, Issue 2, summer 1396



Publisher: Islamic Propagation Office, Qom Seminary

Islamic Science and Culture Academy

Director-in-Charge: Abdorreza Eizadpanah

Editor-in-Chief: Seifollah Sarrami

Journal's expert: Alireza Fajri

Executive manager: Seyyed Mahmood Karimi