

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دوفصلنامه

«یافته‌های فقهی اصولی»

سال دوم • شماره سوم • بهار و تابستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سردبیر: دکتر محمدعلی توحیدی

دبیر اجرایی: دکتر محمدعلی توحیدی

ویراستار: محمدعلی نظری

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: دکتر احمدعلی نیازی، دکتر احمدفکور افشاگر، دکتر رجبعلی فهیمی بامیانی، دکتر سید آقاحسن حسینی، دکتر سید عبدالله حسینی، دکتر محمدعلی توحیدی، محمد ناصر واعظی، محمد هاشم مسعودی.

• دوفصلنامه «یافته‌های فقهی اصولی»، مقالات صاحب‌نظران، پژوهشگران و

دانش‌پژوهان فقه و اصول فقه را برای نشر می‌پذیرد.

• مقالات، آرای نویسندگان آن‌ها است و لزوماً بیانگر دیدگاه نشریه «یافته‌های فقهی

اصولی» نمی‌باشد.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص)، آمریت نشرات.

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://pf.miu.edu.af>

ایمیل: pf.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی باید روشمند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word» ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۴۰۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۰۰۰ کلمه نباشد.

راهنمای تنظیم شکلی مقاله علمی

۴. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت کند:
۵. عنوان مقاله: با فونت B Nazanin 16 و بولد (پررنگ) (Heading 1) با این فونت تعریف شود، مؤلف یا مؤلفان با فونت B Nazanin 12 پررنگ (Heading 3) با این فونت تعریف شود.
- در پاروئی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود: عنوان و وظیفه مؤلف اول با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل (B Nazanin 10).
- اگر مقاله دو مؤلف یا بیشتر دارد: عنوان و وظیفه مؤلف دوم با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.
۶. در متن اصلی تیترها و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:
 - ✓ تیتر اصلی با فونت B Nazanin 14 و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود
 - ✓ تیتر فرعی با فونت B Nazanin 12 و بولد (پررنگ) (Heading 3) با این فونت تعریف شود
 - ✓ متن مقاله با فونت B Nazanin 13 معمولی تایپ شده باشد. (Normal) با این فونت تعریف شود

راهنمای تنظیم ساختاری مقاله علمی

۷. چکیده: عنوان چکیده با فونت B Nazanin 11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه و با فونت B Nazanin 11 معمولی. چکیده باید موضوع و هدف مقاله را به اختصار بیان کند، به روش و مهم‌ترین یافته‌های تحقیق اشاره کند. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص معلوم در زمان گذشته استفاده شود. از علائم اختصاری پرهیز شود. ذکر سابقه و اهمیت موضوع در این قسمت لازم نیست.
۸. واژگان کلیدی: حداقل ۵ و حداکثر ۷ واژه که به صورت ایتالیک (مورب) نوشته و با کامه از هم جدا شده باشند و در یک خط قرار گیرند. واژگان کلیدی باید با فونت (B Nazanin 10) ایتالیک باشند.
۹. مقدمه: به ترتیب به بیان مسأله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، می‌پردازد.
۱۰. بدنه مقاله: متنی است، دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۱۱. نتیجه‌گیری: نتیجه متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد گردیده، به صورت مختصر و به دور از عبارات پردازی، آورده می‌شود.
۱۲. ارجاع‌دهی در متن باید به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد (مثال: توحیدی، ۱۴۰۰، ص. ۵۴).
۱۳. منابع و مأخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند (مثال: توحیدی، محمدعلی (۱۴۰۰). تاریخ اسلام (۱). کابل: انتشارات المصطفی (ص).

فهرست

- سخن سردبیر..... ۱
- تنصیف ارش جراحات زن از منظر فقه امامیه..... ۳
محمدیاسین محسنی
- بررسی تحلیلی نوآوری‌های اصولی شیخ انصاری..... ۲۹
قربان‌علی فکرت‌لعلی
- تحلیل و بررسی قتل عمد در قرآن کریم و قوانین کیفری افغانستان..... ۵۳
سید روح‌الله نقوی
- سد ذرایع و مقدمه حرام..... ۶۷
اسحاق عادل‌لی

سخن سردبیر

تأثیرگذاری تحقیق و پژوهش در علوم طبیعی، انسانی و دینی بر کسی پوشیده نیست؛ همان‌گونه که یافته‌های پژوهشی در علوم تجربی موجب گسترش و بازتولید علم می‌گردد، در حوزه علوم انسانی و اسلامی نیز به گسترش و شکوفایی این دانش‌ها منجر می‌شود. فقه اسلامی که ریشه در سده‌های نخستین هجری دارد، با تلاش‌های خستگی‌ناپذیر فقیهان مسلمان، تبدیل به علم پر دامنه و جوشان گردیده که حاوی هزاران مسأله فقهی می‌باشد. دانش «اصول فقه» که به عنوان منطق علم فقه محسوب می‌گردد، اگرچه در دامن آن پرورش یافته‌است، اما به دلیل اشمال و احتوای آن بر روش استخراج و استنباط مسائل فقهی، می‌توان آن را همزاد علم فقه دانست. علم فقه و علم اصول فقه دو شاخه پربار از شجره پربار علوم اسلامی هستند که در حیات فردی و اجتماعی مسلمین، کاربردی‌ترین بخش دین اسلام را پوشش داده و قواعد و قوانین رفتار فردی و اجتماعی آنان را تعیین می‌کند.

با توجه به تأخر علمی و پژوهشی جامعه افغانستان، تحقیق و پژوهش در عرصه‌های علوم دینی و انسانی همانند تحقیق در علوم طبیعی و تجربی برای ارتقای سطح علمی و فرهنگی آن، سودمند و اثرگذار خواهد بود. «جامعه المصطفی (ص) العالمیه - افغانستان» با درک این مهم، به قصد گسترش و نهادینه‌سازی تحقیق و پژوهش در علوم دینی و انسانی به راه‌اندازی مجلات متعدد تخصصی اقدام نموده که یکی از آن‌ها دوفصلنامه تخصصی یافته‌های فقهی اصولی می‌باشد. اکنون به حول و قوه الهی و با همت پژوهشگران عرصه فقه و اصول، شماره سوم دوفصلنامه یافته‌های فقهی اصولی منتشر و به علاقه‌مندان دانش فقه و اصول تقدیم می‌گردد. همچنان انتظار می‌رود محققان و پژوهشگران حوزه فقه و اصول و استادان و دانش‌پژوهان این دو رشته علمی، با ارسال نتایج تحقیقات و پژوهش‌های مسأله‌محور خود در قالب مقالات علمی تخصصی با رعایت شیوه‌نامه مندرج در نشریه، ما را قرین امتنان گردانند.

تنصیف ارش جراحات زن از منظر فقه امامیه

محمدیاسین محسنی^۱

چکیده

یکی از مسائل مهم مطرح در باب دیات، مسأله تنصیف است. تقریباً مورد اتفاق فقها است که دیه زن و مرد در مادون نفس مساوی است تا این که به یک سوم دیه کامل مرد برسد. بعد از رسیدن به یک سوم یا بعد از تجاوز از یک سوم، بنا بر اختلافی که در این موضوع بین فقها وجود دارد، دیه زن به یک سوم تقلیل می یابد. در این که حکم تنصیف در مورد ارش زنان نیز جریان دارد یا نه، بین فقهای امامیه اختلاف است. روایات موجود و هم چنین فقهای متقدم، بحث تنصیف را فقط در باب دیات مطرح فرموده اند. در مورد تنصیف ارش نفیاً و اثباتاً ذکری به میان نیآورده اند. فقط فقهای متأخر در مقام پاسخ به استفتاء از تنصیف ارش، در دو گروه موافق و مخالف جریان قاعده تنصیف در ارش جراحات زن، قرار گرفته اند. در نوشتار پیش رو، با ذکر تعدادی از روایات مربوط به باب تنصیف دیات، هم چنین طرح اقوال فقهای معاصر اعم از موافق و مخالف و نیز بررسی ماهیت ارش، دیدگاه گروهی از فقها تقویت شده است که موافق جریان قاعده تنصیف در مورد ارش جراحات زن هستند.

واژگان کلیدی: ارش، تنصیف، جراحات، زن، فقه امامیه.

۱. دانشجوی دکتری فقه قضایی.

مقدمه

در راستای تحقق نظم و عدالت اجتماعی، اسلام جان و مال افراد را به حکم اولی محترم شمرده و برای تحقق و صیانت از این هدف مهم مجازات‌هایی را به‌عنوان ضمانت اجرا، در نظر گرفته است. بر این اساس اگر کسی به‌صورت متجاوزانه به جان و مال محترم افراد تعرض کند باید متحمل مجازات شود. مهم‌ترین این مجازات‌ها در حوزه امور کیفری بسته به نوع جرم، عبارت‌اند از قصاص و دیات.

به این معنی که اگر کسی عمداً نفس محترمی را به قتل برساند، باید در قصاص این عمل، جان خود او نیز گرفته شود. همین‌طور اگر عمداً جنایتی بر مادون نفس وارد کند در مقابل، عضو خود مجرم به مثل جرم اتفاق افتاده مورد قصاص واقع می‌شود. به همین شکل اگر جنایت وارده بر نفس یا اعضا و منافع غیر عمدی باشد، مجرم باید دیه پرداخت کند. اصل هستی حکم قصاص و پرداخت دیه مسلم بوده و جای بحث ندارد اما قصاص و پرداخت دیه در چگونگی اجرا بسته به این‌که جانی و مجنی‌علیه به لحاظ اموری چون دین، بلوغ، عقل و جنسیت، یکسان باشد یا نه؛ احکام متفاوت دارد. از جمله موارد تفاوت، در جایی است که جانی مرد و مجنی‌علیه زن باشد. در چنین حالتی اصل حق قصاص و دریافت دیه برای زن ثابت است؛ باین حال در مقام استیفای این حق، مجنی‌علیه زن با محدودیت‌هایی همراه است.

به‌صورت کلی محدودیت‌های استیفای حق زن چه در امور مدنی و چه کیفری در موضوعاتی چون؛ قصاص، دیات و ارث، به‌صورت نسبی مطرح است. یکی از اسباب این محدودیت‌ها قاعده تنصیف می‌باشد؛ به این معنی که سهم زن در ارث ناشی از سبب، نصف سهم مرد محاسبه می‌شود. هم‌چنین در قصاص نفس اگر زن بخواهد مرد جانی را قصاص نماید؛ باید نصف دیه جانی را به وراث او برگرداند؛ همان‌گونه که دیه نفس زن نصف دیه مرد است. همین‌طور در جنایت بر اعضا، اگر دیه زن بیش از ثلث دیه کامل مرد برسد، دیه زن به نصف تقلیل می‌یابد.

از موضوعات و مثال‌های یادشده مواردی به دلیل وضوح و خروج موضوعی از نوشتار حاضر، مورد بحث قرار نمی‌گیرند؛ مثلاً حکم ارث زن، مربوط به امور مدنی و خارج از

قلمرو تحقیق فعلی است. این که دیه نفس زن چه در بخش قصاص و چه در بخش دیات نصف دیه مرد است، آشکار بوده و نه تنها مورد وفاق فقهای امامیه که فی الجمله مورد اتفاق مذاهب اسلامی است. در این میان دو مسأله که مورد اختلاف بوده و نیاز به بحث دارد، مورد پرسش اصلی است. اول این که دیه مقدر جراحات اعضا و منافع زن همان گونه که با رسیدن به ثلث دیه کامل، به نصف دیه مرد تقلیل می یابد؛ آیا به همان صورت دیه غیر مقدر زن که به اصطلاح رایج فقهی از آن تعبیر به ارش می کند، با رسیدن به ثلث به نصف بر می گردد یا نه؟ سؤال دوم این است که بر فرض جریان قاعده تنصیف در ارش آیا ملاک تنصیف رسیدن به یک ثلث است یا تجاوز از ثلث؟ نوشتار حاضر در پاسخ به این دو سؤال که تا حدودی مبهم و مورد اختلاف است، شکل گرفته است.

۱. مفاهیم

۱-۱. قصاص

قصاص از ماده قَصَّ به معانی کیفر، مجازات، جبران، تلافی و سزا (لویس معلوف، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۱۶۰۰)، و عمل مقابله به مثل (مهیار، بی تا، ص ۶۳) به کار رفته است. قصاص از نظر اصطلاحی عبارت است از مجازات نمودن جانی، به مثل جنایتی که مرتکب شده است. (محمود عبدالرحمان، بی تا، ج ۳، ص ۹۵)

از این تعریف به دست می آید که نهاد کیفری قصاص همانند دیگر مجازات ها، باید متناسب با جرم ارتكابی باشد؛ مسأله ای که هم آموزه های دینی بیش از چهارده قرن است بر آن تأکید دارد (بقره، ۱۹۴؛ شوری، ۴۰) و هم امروزه به یک اصل مسلم حقوقی تحت عنوان «اصل تناسب جرم و مجازات» تبدیل شده است.

۱-۲. دیه

واژه دیه که در اصل از ماده وَدَى بوده و «واو» حذف و به جای آن «ها» به این کلمه افزوده شده است؛ (طوسی، ۱۴۰۰، ج ۵، ص ۱۶۹). دیه در لغت عبارت است از مالی که به عنوان خون بها به ولی مقتول پرداخت می شود (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۳۷۷).

صاحب جواهر در تعریف اصطلاحی دیه می فرماید: مراد از دیه مالی است که جانی

به واسطه ایراد جنایت بر نفس و پایین‌تر از نفس (اعضاء) انسان آزاد، باید بپردازد. فرقی نمی‌کند که مال بدل از جنایت مقدر باشد یا نه. گرچه دیه به مال مقدر و ارش و حکومت به مال غیر مقدر اختصاص داده شده است. «و المراد بها (دیه) هنا المال الواجب بالجنایة علی الحر فی النفس أو ما دونها سواء كان له مقدر أولاً و ان كان ربما اختلفت بالأول و الثانی بالارش و الحکومة» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۳).

۱-۳. ارش

ارش در لغت به معانی متعددی چون دیه جراحات، جریمه مالی که مقدارش مشخص نیست، مابه‌التفاوت قیمت صحیح و معیوب در معاملات، خصومت، اختلاف و فساد آمده است. تعاریف ذکر شده را می‌توان به دو گونه ترسیم کرد: تعاریفی که ناظر به معنی اصطلاحی ارش است و تعاریفی که اشاره به وجه تسمیه واژه ارش داد. تعاریفی که ارش را به دیه جراحت، دیه جراحی که اندازه‌اش معلوم نیست، مابه‌التفاوت قیمت صحیح و معیوب، معنی می‌کند، اشاره به کاربرد اصطلاحی ارش دارد. تعاریفی که ارش را به خود جراحت و خراش، خصومت و اختلاف، فساد و سبب نزاع، معنی می‌کند؛ ناظر به نام‌گذاری اولیه ارش و علت این نام‌گذاری است. به نظر می‌رسد دسته دوم از معانی ذکر شده برای واژه ارش را می‌توان به‌عنوان مفهوم لغوی، در نظر گرفت. به‌عنوان نمونه دو تعریف از مفهوم لغوی ارش ذکر می‌شود:

۱. ارش به معنی فساد: فیومی در مصباح المنیر، می‌نویسد: ارش جراحت به معنی دیه جراحت است. جمع ارش اروش است. واژه ارش در اصل به معنی فساد است. چنانکه وقتی کسی می‌گوید «ارشتُ بین القوم تأریشاً» به این معنی است که رابطه نیک آن‌ها را به فساد و تباهی کشانده است. سپس ارش در رابطه با نقصان اعیان استعمال شده است به این جهت که نقصان نوعی فساد در اعیان و کالا محسوب می‌شود. «ارش الجراحه: دیتها، والجمع أروش، مثل فلس و فلوس و اصله الفساد. يقال ارشْتُ بین القوم تأریشاً إذا افسدت. ثم استعمل فی نقصان الاعیان لانه فساد فیها» (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۳-۸). طریحی در مجمع البحرین نیز همین معنی از ارش را ذکر می‌کند (طریحی، ۱۴۱۶ ق. ج ۴، ص ۱۲۹).

۲. ارش به معنی خصومت و اختلاف: ابن منظور در لسان العرب در این تعریف ارش را با نقل قول از لغت‌شناس دیگری به معنی «خصومت و اختلاف» ذکر کرده است. لغت‌شناسی به نام قتیبی در معنی ارش می‌گوید: آنچه را که به‌عنوان تفاوت بین قیمت کالای سالم و معیوب پرداخت می‌شود، ارش گفته می‌شود. برای اینکه مشتری مثلاً لباس را برفرض سالم بودن خریده است، وقتی بر عیب ناشی از پارگی لباس واقف می‌شود بین او و فروشنده ارش واقع می‌شود یعنی خصومت و اختلاف ایجاد می‌گردد. مثلاً وقتی کسی می‌گوید: «ارشتُ بین الرجلین»، یعنی این‌که آن دو مرد را علیه هم تحریک کرده و بین‌شان شر ایجاد کرده است. به همین مناسبت نقص ناشی از عیب در لباس، ارش نامیده شده است، البته زمانی که عیب به وجود آمده سبب ارش، به‌اندازه باشد که موجب ارش و خصومت گردد. «وقال القتیبی: یقال لما یدفع بین السالمة و العیب فی السلعة، ارش؛ لان المبتاع للشوب علی انه صحیح اذا وقف فیه خرق او عیب وقع بینه و بین البایع ارش ای خصومه و اختلاف، من قولک ارشتُ بین الرجلین اذا اغریت احدهما بالآخر و او قعت بینهما الشر؛ فسمی مانقص العیب و الثوب ارشاً اذا کان سبباً للارش» (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق. ج ۶، ص ۲۶۴).

این معنی از ارش را می‌توان به‌عنوان قدر مشترکی بین تمام معانی دانست که لغت‌شناسان در معنای لغوی ارش بیان کرده است؛ یعنی همان‌گونه که عیب موجود در کالا موجب خصومت و اختلاف بین مشتری و بایع می‌شود به همان صورت، ایراد جراحات بر نفس نیز موجب خصومت و اختلاف بین جارح و مجروح می‌شود.

منظور از مفهوم اصطلاحی واژه ارش، در اصطلاح فقهی آن است نه اصطلاح حدیثی و حقوقی؛ گرچه ممکن است اصطلاح فقهی برگرفته از حدیث و اصطلاح حقوقی ارش گرفته شده از فقه باشد.

فقهها به صورت مشخص و تحت عنوان خاص، واژه ارش را تعریف نکرده است. آن چه که مطرح شده است در ضمن مباحث و موضوعات فقهی چون دیات، قصاص عضو، راه‌های جبران خسارت‌های مدنی و بیان احکام آن‌ها به تناسب، از واژه ارش نام برده و به توضیح کوتاه از مفهوم ارش بسنده کرده‌اند. بنابراین، از لابه‌لای مباحث فوق می‌توان به

دو کاربرد از مفهوم اصطلاحی واژه ارش دست یافت.

الف) هرآن چه که در شرع اندازه برای او تعیین نشده است. در تعابیر اکثر فقها اصطلاح «کل ما لا تقدیر له» در تبیین واژه ارش، به کار رفته است.

۱. «کل ما لا تقدیر فیه فی الحرف فیه الارش (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۶۹). علامه حلی در جای دیگر، وقتی راجع به دیه اعضا بحث می‌کند، بعد از ذکر دیه اعضا، می‌فرماید: «وکل ما لا تقدیر فیه یجب فیه الارش (همان، ص ۶۷۰).»

۲. «کل ما لا تقدیر فیه فیه الارش المسمی بالحکومه (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۱۶۸).

۳. «کل غیر مقدر فیه الحکومه، وهی الارش فی العبد للمولی و فی الحر جزء من الدیه نسبتة الیها» (حلی، ۱۴۲۱، ص ۳۶۲).

۴. مرحوم کاشانی در کتاب الدیات، می‌نویسد: دیه اعضا دو قسم است؛ یکی این که مقدار خاص از دیه برایش تعیین شده است و دیگری دیه خاص برایش مشخص نشده است. آنکه مقدار خاص برایش تعیین نشده است، حکومت نامیده می‌شود و از حکومت تعبیر به ارش می‌کند. «و اما ما لا تقدیر له فالمشهور بین الاصحاح الحکومه ای الارش» (کاشانی، ۱۴۰۸، ص ۱۶۲).

۵. مرحوم خوئی یک جا، گویا نظر خودش را در رابطه با واژه ارش بیان می‌کند و می‌فرماید: «کل جنایه لا مقدر فیهها شرعاً فیهها الارش» (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۲۶۲). در جای دیگر در مورد دیه اعضا می‌نویسد: قطع عضو دو قسم است، اول آن که اندازه خاص در شرع ندارد و دوم آن که اندازه خاص در شرع دارد. آن که مقدر شرعی ندارد مشهور گفته‌اند در آن جا قاعده ارش جاری می‌شود که از آن به حکومت تعبیر می‌شود. در اینجا مرحوم خوئی، این حکم را به مشهور نسبت می‌دهد. «اما الاول (آن جایکه مقدر شرعی ندارد)، فالمشهور ان فیه الارش و یسمی بالحکومه» (همان، ج ۳۲۰).

۶. «اعلم أن کل ما لا تقدیر فیه شرعاً فیه الارش المسمی بالحکومه» (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۷۱).

ب) تفاوت قیمت صحیح و معیوب یا تفاوت دیه عضو سالم با عضو ناقص.

بعضی از فقها هنگام ذکر واژه ارش، با کلمات چون: «آی» تفسیری و «معناه» ارش را به تفاوت قیمت معنی کرده‌اند.

۱. علامه حلی در قواعد الاحکام می‌گوید: ارش و حکومت یکی است و معنایش این است که مجنی علیه حر، با فرض عبد بودن، قبل و بعد از جنایت قیمت‌گذاری می‌شود و به نسبت تفاوت قیمت، از دیه آن عضو مورد جنایت اخذ می‌شود؛ اما در مورد عبد، در دو حالت صحیح و معیوب قیمت‌گذاری می‌شود و به اندازه نقصان وارده به مولایش پرداخت می‌شود. «والحکومه و الارش واحد، و معناه ان يقوم لوكان عبداً به تلك الجنایه و صحیحاً فیؤخذ من الدية بنسبة التفاوت. فهذا فی الحر و اما العبد فيقوم صحیحاً و معیباً و یاخذ مولاه قدر النقصان» (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۹۱).

۲. مرحوم خوئی در معنی ارش که حکومت نامیده می‌شود، می‌گوید: ارش این است که انسان آزاد را حر فرض کنیم و در دو حالت صحیح و معیب قیمت‌گذاری می‌شود مقدار تفاوت بین دو قیمت اخذ می‌شود. البته اگر جنایت موجب نقصان شده باشد، اما اگر موجب تفاوت نشده باشد در این صورت امر دست حاکم است که می‌تواند هرچه را از جانی مصلحت بداند بگیرد. «... و هو (ارش) ان يفرض الحر مملوكاً فيقوم صحیحاً مرّةً و غیر صحیح اخرى و یؤخذ ما به التفاوت بینهما اذا كانت الجنایه توجب التفاوت و اما اذا لم توجه فالامر بید الحاکم فله أياً خذ من الجنانی ما یری فیه مصلحة» (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۳۳۰).

۳. مرحوم صاحب جواهر ابتدا راجع به همسانی دو واژه ارش و حکومت اشاره می‌کند و می‌گوید: در هر مورد که ما قائل به ارش یا حکومت هستیم، این دو واژه به مفهوم اصلاحی آن به یک معناست. سپس می‌گوید: معنی ارش این است که مجروح، با فرض مملوک بودن آن، در دو حالت صحت و جراحت، قیمت‌گذاری می‌شود. در این حالت با توجه به نسبت قیمت که از مقایسه دو حالت صحیح و مجروح به دست می‌آید تفاوت قیمت شناخته می‌شود و به همان میزان از دیه خود نفس نه عضو، به‌عنوان ارش گرفته می‌شود. «کل موضع قلنا فیه الارش او الحکومه فهما واحد اصطلاحاً و المعنی انه يقوم المجرور لوكان مملوكاً تارة و يقوم مع الجنایه اخرى و ينسب إلى القيمة الاولى و يعرف التفاوت

بینهما ویؤخذ من الدیه للنفس لا العضو بحسابه. أی التفاوت بین القیمتین» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۳۵۳).

۴. «ارش، مقدار مالی است که به‌عنوان جبران خسارت مالی یا بدنی که در شریعت برای آن اندازه‌ای مشخص نشده به خسارت دیده پرداخت می‌گردد» (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۱ ص ۳۵۴).

با توجه به موارد ذکرشده از مفهوم اصطلاحی واژه ارش، نکاتی در خور توجه است: اول؛ چنانکه ذکر شد دو تعبیر از مفهوم اصطلاحی ارش در عبارات فقها استفاده شده است؛ یکی، خسارت یا جنایتی که اندازه مشخص در شرع برایش تعیین نشده است و دیگری، مابه‌التفاوت قیمت صحیح و معیوب در کالا یا تفاوت قیمت ناشی از جراحت در نفس و بدن. به نظر می‌رسد، اصطلاح اول را جز با مسامحه، نمی‌توان تعریف اصطلاحی واژه ارش دانست. چرا که اولاً: علی‌القاعده باید علاقه بین معنی لغوی و اصطلاحی کلمه وجود داشته باشد؛ درحالی‌که در اینجا چنین رابطه‌ی وجود ندارد. قبلاً ذکر شد که اکثر لغت‌شناسان، قید «کل مالا تقدیر فیه» را در مفهوم لغوی ارش بیان نکرده‌اند. چند موردی هم که این قید در معنای لغوی این واژه در کتب لغت ذکر شده بود ناظر به معنی اصطلاحی آن بوده است.

ثانیاً: وفق نظر مشهور فقها، عبارت «کل مالا تقدیر فیه فیه الارش» بیان‌کننده موضوع و محل جریان قاعده ارش است؛ یعنی هر جا که خسارتی یا جنایتی واقع شود، اگر در شرع برای آن دیه مشخص وجود داشته باشد محل جریان دیه است و در غیر این صورت قاعده ارش جریان پیدا می‌کند. حالاً مصادیق «کل ما لا تقدیر» می‌تواند عیب در کالا، جنایت بر اعضا و موارد ضمان ناشی از ید مضمونه مثل غصب یا اتلاف باشد. با توضیحات فوق می‌توان گفت: تعریف دوم که ارش را به مقدار مالی که با نسبت‌سنجی بین دو حالت صحیح و معیوب در کالا و صحیح و مجروح در انسان به دست آمده و ناشی از ایراد خسارت یا جراحت باشد، معنی می‌کند، مفهوم اصطلاحی واژه ارش است. این معنی تناسب بیشتری با معنای لغوی ارش دارد. چنان‌چه قبلاً بیان شد اکثر لغت‌شناسان ارش را به جراحت و خراش، خصومت و اختلاف، فساد و سبب نزاع، معنی کرده‌اند.

طبعاً کسی که به ناحق موجب ایراد جراحی، خصومت و فساد می شود باید جبران کند. حتی اگر شرع هم در این موارد حکمی نمی داشت عقل خود حاکم به جبران زیان وارده می کرد. در چنین حالتی بارزترین مصداق جبران خسارت پرداخت مال از طرف زیان‌زننده به زیان‌دیده به نسبت زیان‌وارده است و این همان معنی اصطلاحی ارش است. بر این اساس باید گفت کاربرد واژه ارش نسبت به مصادیق آن یعنی عیب کالا، جنایت‌وارده بر اعضا و منافع انسان، ضمان ناشی از ید مضمونه، از باب اشتراک معنوی خواهد بود که به لحاظ معنای لغوی و با توجه به علاقه بین مصادیق ارش نسبت به همدیگر در نظر گرفته شده و به کار رفته است. شاید بتوان تعریف ذیل از واژه ارش را که برداشتی از مصطلحات فقها در رابطه با ارش است را با همین نگاه به تعریف ارش و احتمالاً بهترین تعریف اصطلاحی واژه ارش دانست.

«یطلق فی لسان الفقهاء علی ما یؤخذ فی المعاوضة بدل نقص أو عیب فی أحد العوضین، أو نقص فی عین أو منفعة مضمونة بالید کما فی الغصب و غیره، و علی ما یدفع بدل جنایة لم یقدر لها فی الشرع مقدر، و علی عوض البکاره و غیر ذلک، و کلّ هذه المعانی مأخوذة من نفس المعنی اللغوی». (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۱۰، ص ۱۰) باید یادآوری کرد ذکر عبارت «لم یقدر لها فی الشرع مقدر» چنانکه در تعریف مذکور به عنوان قید در تعریف ارش جنایت، آورده شده است، غیر لازم است. چرا همان‌طور که بیان شد اولاً، قید مذکور در واقع محل جریان ارش در مقایسه با دیه است و ثانیاً، قید مذکور برخلاف ادعای مُعَرِّف، بیگانه از معنی لغوی است. گفته شد که درست است این قید در کتاب لغت آمده اما ناظر به معنی اصطلاحی ارش است نه معنای لغوی آن.

۲. تصنیف ارش در جراحات اعضای زن

در ابتدا باید گفت در این که دیه نفس زن چه در جرائم عمدی و چه در جرائم شبه‌عمد و خطای محض، نصف دیه مرد است؛ بحثی نیست. هم‌چنین در دیه اعضاء زن چه عمدی و چه غیرعمدی به اتفاق فقهاء، زن و مرد باهم مساوی هستند تا جایی که دیه زن

به یک‌سوم دیه کامل مرد برسد در این صورت دیه زن به نصف کاهش پیدا می‌کند؛ اما در این‌که ارش اعضا و جراحات زن نیز همان حکم دیه اعضای زن را دارد یا نه اختلاف است؛ به عبارت دیگر آیا ارش زن نیز همانند دیه اعضای زن تا یک‌سوم دیه کامل مرد، مساوی ارش مرد بوده و بعد از ثلث به نصف کاهش پیدا می‌کند یا این‌که ارش زن و مرد برخلاف دیه، چه قبل از ثلث و بعد از ثلث مساوی است؟

در پاسخ به سؤال فوق باید گفت به صورت مستقل بحثی از تنصیف ارش زن در فقه صورت نگرفته است. فقها تماماً به خصوص متقدمین بحث تنصیف را در دیات جراحات اعضا مطرح کرده‌اند بی‌اینکه به تنصیف ارش اشاره کرده باشند. فقط فقهای معاصر بعضاً در پاسخ به استفتاء نظر خودشان را در ارتباط با تنصیف ارش بیان کرده‌اند. باین‌همه اگر از روایات و لابه‌لای کلمات فقها بتوان مطلبی در این خصوص صید کرد، باید گفت: برخلاف دیه اعضای زن، مسأله تنصیف ارش تا حدودی اختلافی است. بعضی از فقهای معاصر معتقدند ارش نیز مانند دیه اعضا بعد از رسیدن به ثلث به نصف تقلیل می‌یابد و در مقابل عده‌ای از فقها قائل‌اند قاعده تنصیف در ارش جاری نمی‌شود. بر همین اساس می‌توان دیدگاه فقها را در دودسته موافق و مخالف جریان قاعده تنصیف در ارش زن، طرح، بررسی و ارزیابی کرد. قبل از طرح دیدگاه فقها می‌بایست به ذکر روایاتی پرداخته شود که احیاناً مستند اقوال فقهای عظام قرار گرفته‌اند.

۱-۲. روایات باب تنصیف دیه زن

باید یادآوری کرد که در روایات نیز بابتی در خصوص تنصیف ارش زن وجود ندارد، همه روایات باب تنصیف، مربوط به دیه جراحات اعضای زن است. از باب نمونه چند روایت ذکر می‌شود:

۱. معتبره ابی بصیر از امام صادق^(ع): «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عُمَانَ بْنِ عَيْسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: جِرَاحَاتُ الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلِ سَوَاءٌ إِلَيَّ أَنْ تَبْلُغَ ثُلُثَ الدِّيَةِ فَإِذَا جَازَ ذَلِكَ - تَضَاعَفَتْ جِرَاحَةُ الرَّجُلِ عَلَى جِرَاحَةِ الْمَرْأَةِ ضِعْفَيْنِ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۳۸۵). ابی بصیر از امام صادق ع روایت کرده که حضرت فرمود: زخم‌های مرد و زن برابر است تا به ثلث دیه برسد،

هرگاه از آن گذشت، ديه زخم مرد دو برابر ديه زخم زن می شود.

۲. معتبره سماعه: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْحَسَنِ وَعُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنِ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ جِرَاحَةِ النِّسَاءِ فَقَالَ الرَّجَالُ وَالنِّسَاءُ فِي الدِّيَةِ سَوَاءٌ حَتَّى تَبْلُغَ الثُّلُثَ فَإِذَا جَاذَتْ الثُّلُثَ فَإِنَّهَا مِثْلُ نِصْفِ دِيَةِ الرَّجُلِ» (همان، ص ۲۸۵). سماعه می گوید از امام^(ع) در باره ديه زخم زنان پرسیدم. فرمود: مردان و زنان در ديه برابرند تا به ثلث برسد، هرگاه از ثلث گذشت، ديه زن مانند نصف ديه مرد است.

۳. صحيحه حلبی از امام صادق ع: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ قَالَ: «جِرَاحَاتُ الرَّجَالِ وَالنِّسَاءِ سَوَاءٌ سِوَأُ الْمَرْأَةِ بِسِنَّ الرَّجُلِ وَ مَوْضِحَةُ الْمَرْأَةِ بِمَوْضِحَةِ الرَّجُلِ وَإِصْبَعُ الْمَرْأَةِ بِإِصْبَعِ الرَّجُلِ حَتَّى تَبْلُغَ الْجِرَاحَةَ ثُلُثَ الدِّيَةِ فَإِذَا بَلَغَتْ ثُلُثَ الدِّيَةِ ضَعُفَتْ دِيَةُ الرَّجُلِ عَلَى دِيَةِ الْمَرْأَةِ» (همان، ۱۶۴). حلبی از امام صادق ع روایت کرده که حضرت فرمود: زخم های مردان و زنان برابرند: دندان زن در برابر دندان مرد، موضحة زن در برابر موضحة مرد، انگشت زن در برابر انگشت مرد تا به ثلث ديه برسد، هرگاه به ثلث ديه رسید، ديه مرد دو برابر ديه زن می شود.

۴. روایت ابی بصیر از امام صادق ع: «وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْرَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْجِرَاحَاتِ فَقَالَ جِرَاحَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلُ جِرَاحَةِ الرَّجُلِ حَتَّى تَبْلُغَ ثُلُثَ الدِّيَةِ فَإِذَا بَلَغَتْ ثُلُثَ الدِّيَةِ سَوَاءٌ أُضِعَّتْ جِرَاحَةُ الرَّجُلِ ضِعْفَيْنِ عَلَى جِرَاحَةِ الْمَرْأَةِ وَسِنَّ الرَّجُلِ وَسِنَّ الْمَرْأَةِ سَوَاءٌ الْحَدِيثُ» (همان، ص ۱۶۵). ابو بصير می گوید: از امام صادق^(ع) در باره ديه زخم ها پرسیدم، فرمود: زخم زن مانند زخم مرد است تا به ثلث ديه برسد، هرگاه درست به اندازه ثلث ديه رسید، ديه زخم مرد دو برابر ديه زخم زن می شود. دندان مرد نیز برابر با دندان زن است.

۵. صحيحه جميل بن دراج از امام صادق ع: «وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ وَفَضَالَةَ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْمَرْأَةِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ

الرَّجُلِ قِصَاصُ قَالِ نَعَمْ فِي الْجِرَاحَاتِ حَتَّى تَبْلُغَ الثُّلُثَ سَوَاءً فَإِذَا بَلَغَتِ الثُّلُثَ سَوَاءً
 اَرْتَفَعَ الرَّجُلُ وَسَفَلَتِ الْمَرْأَةُ» (همان). جمیل می‌گوید از امام صادق^(ع) پرسیدم: آیا
 میان زن و مرد قصاص هست؟ فرمود: آری، در زخم‌ها تا به ثلث برسد برابرند، هرگاه
 به ثلث رسید، دیه مرد بالا می‌رود و دیه زن پایین می‌آید.

۶. صحیح‌ه حلبی: «(وَإِسْنَادُهُ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ ابْنِ رِثَابٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ:
 سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ جِرَاحَاتِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِي الدِّيَاتِ وَالْقِصَاصِ سَوَاءً فَقَالَ
 الرَّجَالُ وَالنِّسَاءُ فِي الْقِصَاصِ السَّنُّ بِالسَّنِّ وَ الشَّجَّةُ بِالشَّجَّةِ وَ الإِصْبَعُ بِالإِصْبَعِ سَوَاءً
 حَتَّى تَبْلُغَ الْجِرَاحَاتُ ثُلُثَ الدِّيَةِ- فَإِذَا جَازَتِ الثُّلُثَ صَيَّرَتْ دِيَةَ الرَّجَالِ فِي الْجِرَاحَاتِ
 ثُلُثِي الدِّيَةِ وَ دِيَةَ النِّسَاءِ ثُلُثَ الدِّيَةِ» (همان، ص ۱۶۶). از امام صادق^(ع) سؤال شد: آیا
 زخم‌های مردان و زنان در قصاص و دیات برابر است؟ فرمود: مردان و زنان در قصاص
 دندان در برابر دندان و شجّه در برابر شجّه و انگشت در برابر انگشت برابرند تا زخم‌ها
 به ثلث دیه برسد، هرگاه که از ثلث گذشت، دیه مردان در زخم‌ها دو سوم و دیه زنان
 یک سوم دیه می‌شود.

۷. صحیح‌ه ابان بن تغلب: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ عَنْ مُحَمَّدِ
 بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شَاذَانَ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ
 الْحَجَّاجِ عَنْ أَبَانَ بْنِ تَغْلِبَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ قَطَعَ إصْبَعاً
 مِنْ أَصَابِعِ الْمَرْأَةِ كَمْ فِيهَا قَالَ عَشْرَةٌ مِنَ الْإِبِلِ قُلْتُ قَطَعَ اثْنَتَيْنِ قَالَ عَشْرُونَ قُلْتُ قَطَعَ
 ثَلَاثاً قَالَ ثَلَاثُونَ قُلْتُ قَطَعَ أَرْبَعاً قَالَ عَشْرُونَ قُلْتُ سُبْحَانَ اللَّهِ يَقْطَعُ ثَلَاثاً فَيَكُونُ
 عَلَيْهِ ثَلَاثُونَ وَ يَقْطَعُ أَرْبَعاً فَيَكُونُ عَلَيْهِ عَشْرُونَ إِنَّ هَذَا كَانَ يَبْلُغُنَا وَ نَحْنُ بِالْعِرَاقِ فَنَبْرَأُ
 مِمَّنْ قَالَهُ وَ نَقُولُ الَّذِي جَاءَ بِهِ شَيْطَانٌ فَقَالَ مَهْلَا يَا أَبَانَ هَذَا حُكْمُ رَسُولِ اللَّهِ صَ إِنَّ
 الْمَرْأَةَ تُعَاقَلُ الرَّجُلَ إِلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ فَإِذَا بَلَغَتِ الثُّلُثَ رَجَعَتْ إِلَى النِّصْفِ يَا أَبَانَ إِنَّكَ
 أَخَذْتَنِي بِالْقِيَاسِ وَ السُّنَّةِ إِذَا قِيسَتْ مُحِقَّ الدِّينِ» (همان، ص ۳۵۳).

ابان بن تغلب می‌گوید: از امام صادق^(ع) پرسیدم: مردی یک انگشت زنی را قطع کرد؛
 دیه آن چقدر است؟ فرمود: ده شتر. گفتم: دو انگشت را قطع کرد؟ فرمود: بیست شتر.
 گفتم: سه انگشت را قطع کرد؟ فرمود: سی شتر. گفتم: چهار انگشت را قطع کرد. فرمود:

بيست شتر. گفتم: سبحان الله! سه انگشت را قطع مي‌کند، بايد سي شتر بدهد و چهار انگشت را قطع مي‌کند، بايد بيست شتر بدهد؟ ما در عراق اين سخن را مي‌شنيديم و از گوينده آن بيزاري مي‌جستيم و مي‌گفتيم آورنده آن، شيطان است. فرمود: بس کن ابان! پيامبر^(ص) اين چنين حکم کرد که زن تا ثلث ديه با مرد برابر است، هرگاه به ثلث رسيد، به نصف بازمي‌گردد. ابان، تو از روي قياس با من سخن گفته‌اي؛ درحالي که اگر قياس در سنت راه يابد، دين نابود مي‌شود.

نکاتي راجع به روايات ذکر شده قابل ذکر است.

اول: روايات باب تصنيف ديه زن در مادون نفس، زياد است که در نوشتار حاضر چند روايت به عنوان نمونه آورده شده است. درعين کثرت روايات باب تصنيف، همگي چه آن‌هاي که آورده نشده‌اند و چه آن‌هاي که در اين مقال ذکر شده است، به باب ديات مربوط است؛ يعني مشخصاً در خصوص ارش جراحات زن که آيا همانند ديه اعضا و جراحات زن، پس از رسيدن به ثلث تصنيف مي‌شود يا نه؟ روايتي وجود ندارد. به عبارتي در روايات، از تصنيف ارش ذکري به ميان نيامده است.

دوم: مفاد همه روايات ذکر شده و به عبارتي قدر متيقن از اين روايات، اين است که ديه زن در مادون نفس تا يك سوم ديه کامل، با ديه مرد برابر است و وقتي به ثلث رسيد ديه زن به نصف ديه مرد تقليل مي‌يابد. اين که ملاک تصنيف، رسيدن به ثلث است يا تجاوز از ثلث؛ بين فقها اختلاف است. اين اختلاف نيز ناشي از لسان روايات باب است که از بعضي از روايات رسيدن به ثلث فهميده مي‌شود و دسته ديگري از روايات تجاوز از ثلث را ملاک تصنيف معرفي مي‌کند. اين که کدام برداشت موافق با قواعد است، مجال ديگري مي‌طلبد.

سوم: اين که ماهيت ارش با ماهيت ديه يکي است يا اين که ارش ماهيت متفاوت و دگرگونه از ديه دارد؛ در ادامه به بحث گرفته خواهد شد؛ اما بفرض که ماهيت ارش را متفاوت از ماهيت ديه بدانيم و بخواهيم از روايات ذکر شده حکم تصنيف ارش استخراج کنيم؛ بايد گفت: گرچه در روايات اسمي از تصنيف ارش زن به ميان نيامده است اما شايد بتوان با استفاده از اطلاق بعضي روايات مذکور، حکم تصنيف ارش جراحات زن را

به دست آورد. مثلاً در دو روایت معتبره ابی بصیر و صحیح‌ه حلبی از امام صادق جمله «جراحات المرأه و الرجل - و جراحات الرجال و النساء سواء» دارد؛ و جراحات در این دو روایت مطلق است؛ یعنی هم شامل دیه مقدر و هم شامل دیه غیر مقدر که همان ارش است می‌شود.

۲-۲. دیدگاه فقها در باب تنصیف ارش زن

چنانکه قبلاً یادآوری شد، فقهای متقدم^(۳)، در بحث از دیات، دیه را به مقدر و غیر مقدر تقسیم نموده و بحث تنصیف را در بخش دیات مقدر ذکر کرده‌اند. در بخش مربوط به ارش اصلاً بحث تنصیف را مطرح نکرده‌اند. این عدم طرح بحث از تنصیف ارش می‌تواند به این علت باشد که بحث مذکور در روایات نیز مطرح نشده است؛ یا بدین سبب است که از نظر آن‌ها دیه غیر مقدره همان دیه مقدره است و به لحاظ جریان یا عدم جریان تنصیف با دیات مقدره حکم مشابه دارند. به هر صورت بحث از جریان تنصیف ارش جراحات زن، در کلام فقهای معاصر نه به صورت باب مستقل در مباحث فقهی‌شان بلکه در پاسخ به استفتاء از موضوع مذکور، مطرح شده است. ذیلاً دیدگاه چند تن از فقهای معاصر در باب تنصیف ارش زن، ذکر می‌گردد.

۲-۲-۱. مخالفین تنصیف ارش زن

الف) آیت‌الله بهجت

سؤال: «اگر دیه زن بیش از ثلث دیه مرد شود، به نصف تقلیل می‌یابد آیا این موضوع درباره ارش نیز صادق است؟» پاسخ: «معنای ارش آن است که پس از ملاحظه نسبت دو قیمت در حال صحت و پس از جنایت، تفاوت از دیه نفس، مأخوذ شود، قهراً دیه در نفس زن ملاحظه می‌شود» (فومنی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۹۰). پاسخ فوق به این معنی خواهد بود که ارش صدمات زن نسبت به کل دیه نفس سنجیده می‌شود. از آنجایی که دیه نفس زن نصف دیه مرد است پس ارش وارده نیز نصف محاسبه می‌شود چه به یک سوم دیه کامل مرد برسد و چه به یک سوم نرسد.

آیت‌الله بهجت در پاسخ به این سؤال: «در باب جراحات و اعضا، دیه زن مانند دیه

مرد است تا به ثلث ديه كامله برسد و در صورت رسيدن به ثلث، ديه زن نصف ديه مرد است. آيا در جراحات موجب ارش كه بر زن وارد مي شود، بايستي ميزان ارش بر اساس ديه زن احتساب شود يا بر مبنای ديه مرد؟» مي گويد: «حكم بالا به ديه اختصاص دارد نه ارش» (فومنی، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۵۱۵). از سؤال و پاسخ فوق چنين برداشت مي شود كه حكم بالا يعني حكم تصنيف مخصوص ديه است و بنا بر اين ارش تصنيف نمي شود. هرچند ايشان در پاسخ به استفتاء مشابه ديگر، خلاف آنچه كه از وي نقل شد نظر داده اند كه در ذيل ديدگاه موافق تصنيف ذكر مي شود.

ب) آيت الله خامنه‌اي

سؤال: «دیه جراحات‌های زن که در صورت به ثلث رسیدن نصف می شود، آیا مجموع جراحات‌ها منظور است یا یک جراحی و در این خصوص آیا باید ارش را نیز محاسبه کرد یا خیر؟». پاسخ: «میزان وحدت و تعدد جراحی و آمده بر اعضا است مثلاً اگر با ایراد جرح متعدد چشم را کور و گوش را کر و دست را شل کند و مجموع دیات زائد بر ثلث ديه مرد باشد تصنيف نمي شود. تصنيف راجع به خصوص دیات مقدره است» (خامنه‌اي، ۱۳۸۹، سؤال ۴۱۳۹؛ به نقل از: امامی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۲).

ج) آيت الله تبریزی

سؤال: «... در خصوص این که اگر ديه صدمات وارده به زن از ۳/۱ (یک سوم) ديه كامل بیشتر شود نصف آن قابل پرداخت است آیا در مورد ارش هم این مسأله صادق است؟». پاسخ: «ارش به نظر حاکم شرع می باشد و حکم ديه را ندارد و لکن باید زائد از ديه عضو نشود و الله العالم» (تبریزی، به نقل از: امامی، ۱۳۹۵).

د) آيت الله اردبیلی

سؤال: «... الف. آیا ارش بکارت نیز اگر بیش از ثلث ديه كامل شود به نصف تقلیل می یابد؟ ب. آیا ارش بکارت می تواند بیش از ديه باشد؟ در غیر این صورت آیا بیش از ديه كامل مرد نباید باشد یا ديه كامل زن؟». پاسخ: «الف و ب. ارش بکارت حکم ديه ندارد كه به نصف تقلیل یابد، بلکه در مورد ازاله بکارت در مواردی به مهرالمثل محاسبه می شود و ممکن است مازاد بر ديه شمرده بشود» (همان، سؤال ۱۶۷؛ به نقل از امامی، ۱۳۹۵).

آیت‌الله اردبیلی در پاسخ به این سؤال که: «اگر ارش و دیه مقدر مربوط به دیه جراحات یک عضو بیشتر از ثلث باشد آیا تنصیف می‌شود؟» پاسخ می‌دهد: «هر جنایتی که شرعاً دیه مقدر داشته باشد و لو مثلاً مربوط به عضو باشد در ثلث و مازاد بر آن، نسبت به زن تنصیف می‌شود، برخلاف ارش که چون زن بودن معنی علیه در تعیین ارش لحاظ می‌شود تنصیف نمی‌گردد» (همان، ص ۱۰۳).

۲-۲-۲. موافقین تنصیف ارش زن

الف) آیت‌الله بهجت

مرحوم آیت‌الله بهجت در پاسخ به استفتاء منسوب به ایشان که می‌پرسد: «در خصوص ارش در زنان بفرمایید: ارش و دیه مقدر مربوط به دیه جراحات یک عضو بیشتر از ثلث باشد، آیا تنصیف می‌شود؟» می‌فرماید: «بلی» (فومنی، به نقل از همان، ص ۱۰۰)

ب) آیت‌الله صافی گلپایگانی

سؤال: «اولاً: ارش مثل دیه مهلت پرداخت دارد یا خیر؟ ثانیاً: اگر میزان آن به ثلث برسد به نصف تقلیل می‌یابد یا نه؟ و آیا اصولاً ارش همان دیه غیر معین است و طبعاً آثار و خواص گوناگون آن را دارد یا صدمه و خسارتی است نظیر خسارت‌های دیگر».

جواب: «ظاهراً دیات مقدره و همچنین غیر مقدره که به وسیله ارش معلوم می‌شود و در مواردی که با صلح یا حکم حاکم تعیین می‌گردد در احکام عامه مشترک می‌باشند و الله العالم» (گلپایگانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۳۶).

ج) آیت‌الله فاضل لنکرانی

سؤال: «آیا در صدمات وارده بر بدن، حکم ارش با حکم دیه یکی است که در زن اگر به ثلث برسد برمی‌گردد به نصف؟» ج: «بلی ارش نیز مانند دیه است؛ یعنی در زنان اگر به ثلث دیه کامل مرد برسد تنصیف می‌شود» (لنکرانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۶۹).

د) آیت‌الله مکارم شیرازی

سؤال: «... در خصوص این که اگر دیه صدمات وارده به زن از {ثلث} دیه کامل بیشتر شود، نصف آن قابل پرداخت است. آیا در مورد ارش هم این مسأله صادق است؟».

جواب: «تفاوتی میان دیه و ارش در این قسمت نیست» (شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۵۶۲).

آیت الله مکارم در پاسخ به سؤال دیگر چنین پاسخ می‌دهد: «س: اگر میزان آن {ارش جراحات زن} به ثلث برسد به نصف تقلیل می‌یابد یا نه؟ و آیا اصولاً ارش همان دیه غیر معین است و طبعاً آثار و خواص گوناگون آن را دارد، یا جبران صدمه و خسارتی است نظیر خسارت‌های دیگر؟»

جواب: «ارش دیه غیر معین است و غالب احکام آن را دارد و ارش مربوط به زن هرگاه به ثلث دیه کامله برسد به نصف تقلیل پیدا می‌کند» (همان، ص ۵۸۱).

چنانکه ملاحظه شد فقهای پیشین در خصوص تصنیف ارش زن چیزی نفرموده‌اند. هم‌چنین روایات نیز در ارتباط با تصنیف ارش جراحات زن ساکت است. شاید یکی از دلایل که فقهای متقدم به بحث از تصنیف ارش نپرداخته‌اند عدم طرح آن در روایات باشد. به هر روی فقهای معاصر به دلیل گستردگی جنایات موجب ارش و مورد ابتلا بودن آن در جوامع امروزی نسبت به جوامع گذشته و مورد پرسش قرار گرفتن تصنیف یا عدم تصنیف ارش، به دودسته موافق و مخالف تصنیف قرار گرفته‌اند. مبنای دیدگاه فقهای معاصر اعم از موافق و مخالف چندان واضح نیست چراکه همان‌طور بیان شد در روایات به خصوص تصنیف ارش مطلبی وجود ندارد. مگر این‌که از بعضی اطلاقات و عمومات به کار رفته در روایات بتوان مستندی برای یکی از دو دیدگاه جستجو کرد.

به نظر می‌رسد برای این‌که بتوان در مورد دو دیدگاه فوق بتوان قضاوت کرد به ناچار بحث دیگری در ارتباط با ارش و دیه را پی گرفت. آن این است که اساساً ماهیت ارش چیست؟ آیا ارش و دیه از یک ماهیت همسان برخوردارند یا اساساً دارای ماهیت دوگانه است؟

۳. ماهیت ارش جنایت

به نظر می‌رسد برای پی بردن به یگانگی یا دوگانگی ماهیت ارش، می‌بایست به تعاریف فقها خصوصاً فقهای متقدم که البته نظریات همگی برگرفته از روایات است مراجعه کرد

و باید دید که فقها دیه و ارش را چگونه تعریف کرده‌اند و آیا می‌شود از تعریف فقها به ماهیت ارش پی برد یا خیر؟

همسانی یا دوگانگی ماهیت ارش و دیه

در اکثر کتب فقهی عبارت «کل مالا تقدیر له ففیه الارش» ذیل واژه ارش دیده می‌شود. از طرفی مهم‌ترین تفاوت ارش با دیه نیز همین مسأله دانسته شده است. همین نگاه باعث این تصور شده است که ماهیت ارش غیر از ماهیت دیه است. حالا باید دید آیا ماهیت دیه به مقدر بودن و ماهیت ارش به عدم تقدیر است. این نگاه حداقل با تعریف اکثر فقها از دیه مطابقت ندارد. چنان چه قبلاً یادآوری شد، صاحب جواهر در تعریف دیه می‌فرماید: مراد از دیه مالی است که جانی به واسطه ایراد جنایت بر نفس و پایین‌تر از نفس (اعضاء) انسان آزاد، باید پردازد. فرقی نمی‌کند که مال بدل از جنایت مقدر باشد یا نه. گرچه دیه به مال مقدر و ارش و حکومت به مال غیر مقدر اختصاص داده شده است. «و المراد بها (دیه) هنا المال الواجب بالجنایة علی الحر فی النفس أو ما دونها سواء كان له مقدر أو لا و ان كان ربما اختصت بالأول و الثانی بالارش و الحكومة» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۳).

مرحوم خوئی اما برخلاف دیگر فقها دیه را به مال معین که به خاطر جنایت بر نفس یا عضو یا جراحت یا مثل آن پرداخته می‌شود معنی کرده است. «الدیة: هی المال المفروض فی الجنایة علی النفس أو الطرف أو الجرح أو نحو ذلك» (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۲۳۰). ایروانی در کتاب دروس تمهیدیه، دیه را به غرامت مالی مشروع مثل جزای بر ارتکاب جنایت معنی می‌کند و می‌نویسد: دیه به مقدر و غیر مقدر شرعی تقسیم می‌شود و علت این تقسیم به این جهت است که جنایت یا اندازه معین شرعی دارد یا ندارد که در صورت تقدیر شرعی به آن دیه و در غیر مقدر به آن ارش گفته می‌شود. «الدیة- بکسر الدال و تخفیف الیاء- غرامة مالیه شرعت کجزاء علی ارتکاب الجنایة... و تنقسم الی المقدرة شرعاً و غیرها... و اما انقسامها الی المقدرة شرعاً و غیرها فباعبار ان الجنایة تارة یکون لها تقدیر شرعی و اخرى لا یکون لها ذلك؛ و یصطلح علی الاول بالدیة، و علی الثانی بالارش او الحكومة» (ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۳۳۶-۳۳۷).

شهید ثانی در مساک الافهام، می نویسد: دیه مال واجبی است که به سبب جنایت بر انسان آزاد اعم از نفس یا مادون نفس پرداخته می شود. دیه به جنایات که تقدیر شرعی دارد اطلاق می شود اصالتاً و ارش بر جنایات غیر مقدره شرعی استعمال می شود تبعاً. در هردو صورت عنوان دیه شامل هردو می شود یعنی هم مقدر و هم غیر مقدر منتها با این تفاوت که به مالی مقدر ناشی از جنایت اصالتاً دیه گفته می شود و به مالی غیر مقدر به تبع دیه مقدر، دیه گفته می شود. «الديات جمع دية، وهى المال الواجب بالجناية على الحرّ فى نفس أو ما دونها؛ وربما اختصت بالمقدر بالأصل، وأطلق على غيره اسم الارش وعلى التقديرين يراد من العنوان ما يشمل الأمرين بالأصل أو الاستتباع وهاؤها عوض عن فاء الكلمة وهى مأخوذة من الودى، وهو دفع الدية. يقال: وديت القتل أدیه وديا» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۱۶).

تقریباً می توان گفت تمام فقهای که دیه را تعریف کرده اند ارش را نیز شامل تعریف دیه دانسته اند:

۱. حائری در ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۳۴۴: «كتاب الديات جمع دية بتخفيف الياء وهى: المال الواجب بالجناية على الحرّ فى نفس أو ما دونها وربما اختصت بالمقدر بالأصالة، وأطلق على غيره اسم الارش والحكومة، والمراد بالعنوان ما يعم الأمرين...».

۲. حائری در کتاب الشرح الصغير فى شرح مختصر النافع - حديقة المؤمنین، ج ۳، ص ۴۵۵: «الديات جمع دية بتخفيف الياء، وهى: المال بالجناية على الحر فى النفس أو ما دونها؛ وربما اختصت بالمقدر بالأصالة، وأطلق على غيره اسم الارش والحكومة والمراد بالعنوان ما يعم الأمرين».

۳. امام خمینی در تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۵۵۳: «كتاب الديات وهى جمع الدية بتخفيف الياء وهى المال الواجب بالجناية على الحر فى النفس أو ما دونها، سواء كان مقدرًا أولاً، وربما يسمى غير المقدر بالارش والحكومة والمقدر بالدية»؛ امام خمینی در زبدة الاحكام، ص ۲۳۵: «الدّية هى المال الواجب بالجناية المؤدية لإتلاف النفس أو ما دونها ويسمى غير المقدر فى الشرع: بالارش والحكومة، والمقدر: بالدية».

۴. مرعشی نجفی در کتاب منهاج المؤمنین؛ ج ۲، ص ۲۷۹: «الدیة: هی المال الواجب بالجناية على النفس و ما دونها من الطرف أو الجرح، سواء أكان مقدراً أم لا. وربما یسمى غیر المقدر شرعاً بالارش و الحكومة و المقدر یسمى بالدیة»

۵. مرحوم سبزواری در مهذب الاحکام، ج ۲۹، ص: ۶۰-۶۱: «کتاب الديات و هی جمع دية و أنها المال الواجب بالجناية على النفس أو ما دونها... كما فی القصاص، فالدیة إما فی النفس أو فی ما دونها، و الثانی لها أفراد كثيرة، فقد تكون بالجرح أو البتر أو الخدش أو غیرها. و المال إما مقدر شرعاً فیسمى بالدیة كما یأتی، أو غیر مقدر شرعاً فیسمى بالارش أو الحكومة».

۶. عاملی ترحینی در زبده الفقهیة فی شرح روضه البهیة، ج ۹، ص ۵۵۰: «و المراد بالدیة: هی المال الواجب بالجناية على الحر فی النفس أو ما دونها، سواء كان له تقدير شرعی أو لا، و ربما اختصت الدیة بالأول، و یسمى الثانی بالحكومة أو الارش».

۷. روحانی در کتاب فقه الصادق، ج ۲۶، ص ۱۷۴: «کتاب الديات: جمع دية- بتخفيف الياء- و هی المال المفروض فی الجناية على النفس، أو الطرف، أو الجرح، أو نحو ذلك، و ربّما اختصّت بالمقدر بالاصالة و اطلق على غیره اسم الارش و الحكومة، و المراد بالعنوان ما یعم الأمرین...».

۸. فقط آیت الله فیاض در کتاب منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۸۵، دیه را به مال که شرعاً چه به لحاظ اندازه و چه به لحاظ چگونگی مقدر و مشخص باشد معنی کرده است. «الدية: هی المال المقدر شرعاً کما و کیفا المفروض فی الجناية على الأنفس أو الطرف أو الجرح أو نحو ذلك».

از مجموع تعاریف ذکرشده، چنین برمیآید که ارش حقیقتی غیر از دیه ندارد، به جانیات غیر مقدره که متعلق ارش است نیز می‌توان دیه گفت. به عبارت دیگر، مالی که بابت جنایت غیر مقدره پرداخت می‌شود دیه غیر مقدره گفته می‌شود. بخصوص که در بعضی از تعاریف فقها به صراحت ذکر شد که عنوان دیه شامل مقدره و غیر مقدره می‌شود؛ به مقدره اصالتاً و به غیر مقدره به تبع، دیه گفته می‌شود. بنابراین، جنایات مقدره مقوم ماهیت دیه نیست همانگونه که جنایات غیر مقدره مقوم ارش نیست.

چنانکه قبلاً گذشت، حتی در بعضی از تعاریف لغوی، ارش را به ديه معنی کرده است. از طرفی همین که می‌توان به ارش جنایات غیر مقدره، ديه اطلاق کرد خود نشان حقیقت لفظ ديه در این معنی است چراکه یکی از علائم حقیقت صحت حمل است. گرچه گفته‌اند عکس این استعمال معمول نیست یعنی در مورد ديه مقدر، در فقه ما، ارش اطلاق نمی‌شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۱۰، ص ۱۳). پس به‌صرف موارد استعمال نمی‌توان بین ديه و ارش ماهیت دوگانه قائل شد.

البته یکی دانستن ماهیت ديه و ارش به معنی چشم‌پوشی از تفاوت‌های ديه و ارش نیست. چنانکه ذکر شد یکی از مهم‌ترین تفاوت‌ها موارد استعمال ديه و ارش است. به این صورت که ديه در موارد جنایات مقدر و ارش در مورد جنایات غیر مقدر استعمال می‌شود. تفاوت‌های دیگری نیز میان ارش و ديه ذکر کرده‌اند که می‌توان به‌اختصار به دو مورد؛ کیفیت و به مهلت پرداخت در ديه و ارش اشاره کرد: به لحاظ از کیفیت از آن جایی که ديه مقدر است جنس آن نیز مشخص است و جانی می‌باید از یکی از اجناس معین شده، یکی را برای پرداخت مشخص کند؛ اما در مورد ارش چون نه مقدار و نه جنس آن مشخص نیست جانی می‌باید مالی را که مقام محاسبه‌کننده ارش (حاکم شرع یا قاضی به نمایندگی از حاکم)، تعیین می‌کند به معنی‌علیه پرداخت نماید. به لحاظ مهلت پرداخت نیز، مهلت داده شده در ديه مخصوص ديه است از آن جایی که این مهلت حتی در مورد ديه نیز خلاف اصل حال بودن دیون است در مورد ارش جاری نمی‌شود یعنی ضمان ارش حال و فوری است» (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۳۱۱).

به نظر می‌رسد، تفاوت بین ديه و ارش در مورد مهلت پرداخت چندان قابل دفاع نباشد؛ چرا که با توجه به این که ارش ماهیتاً جزء از ديه است و با عنایت به این که ممکن است چه‌بسا مقدار ارش به میزان ديه و بالاتر از آن تعیین شود، حال بودن ارش، تبعیض بدون دلیل بوده و همان محظوراتی را در پی دارد که به جهت گریز از آن، مهلت در ديه پیش‌بینی شده است. کوتاه‌سخن این که ديه و ارش علی‌رغم تفاوت‌های پیش‌گفته، ماهیتاً یک حقیقت هستند.

از آنچه که در ارتباط با ماهیت ارش ذکر شد می‌توان گفت: دیدگاه آن دسته از فقهای که

موافق تصنیف ارش هستند، ارجح و اصوب به نظر می‌رسد. چراکه ارش و دیه به لحاظ ماهیت یکی بوده و تفاوتی ندارد. تنها تفاوت دیه و ارش در موارد استعمالان دو است که دیه در موارد مقدر و ارش در موارد غیر مقدر به کار می‌رود. پس دیه و ارش در احکام ماهوی باهم مشترک هستند. از جمله احکام مشترک ماهوی تصنیف دیه و ارش است. شاید بتوان گفت دلیل این که تصنیف ارش جراحات زن در روایات مورد اشاره قرار نگرفته است این بوده است که دیه و ارش در لسان روایت داری یک ماهیت و احکام مشترک است.

به همین جهت می‌توان گفت که چرا فقهای متقدم ذکری از تصنیف ارش زن به میان نیاورده است؛ چون به نظر آن‌ها ماهیت دیه و ارش یکی بوده و دارای احکام مشترک است. سزاوار نیست گفته شود که عدم ذکر تصنیف ارش می‌تواند به این جهت باشد که قاعده تصنیف از قواعد مستحدثه است که در این صورت نمی‌توان قائل به اشتراک آن، بین دیه و ارش شد. در پاسخ به این احتمال می‌توان گفت: این احتمال در صورتی درست است که اصلاً بحثی از تصنیف چه در روایات و چه در فقه نمی‌شد. در حالی که هم در فقه و هم در روایات تصنیف دیه مورد بحث و تدقیق قرار گرفته است و با این حال تصنیف ارش ذکر نشده است. پس بحث تصنیف مطرح بوده است و علت این که تصنیف ارش ذکر نشده است این است که با تشریح تصنیف دیه و همسانی ماهیت دیه و ارش دیگر نیازی به بحث از تصنیف ارش نبوده و ذکر آن نوعی تکرار به حساب می‌آمده است.

چنانکه قبلاً ذکر شد، مستند اقوال فقهای که حکم تصنیف را مخصوص دیه می‌داند نه ارش، ناپیدا است. شاید در توجیه این دیدگاه بشود گفت چون حکم تصنیف در روایات فقط در مورد دیات ذکر شده است، پس اصل در ارش عدم تصنیف است؛ اما یادآوری شد که دلیل عدم ذکر حکم تصنیف ارش، نه مغایرتان با دیه بلکه به دلیل همسانی ارش و دیه به لحاظ ماهیت است. و گر نه فقهای متقدم بعد از ذکر تصنیف دیه، می‌بایست مستثنیات این حکم از جمله عدم تصنیف ارش را ذکر می‌کرد.

نتیجه‌گیری

از آنچه که در مورد تصنیف ارش جراحات زن ذکر گردید روشن شد که اولاً در این که قاعده تصنیف در دیه زن جاری است بحثی نیست و فقها همگی متفق بر این قول است؛ اما این که قاعده تصنیف مخصوص دیه زن است یا این که در ارش زن نیز جریان دارد؟ بین فقهای معاصر اختلاف است. عده‌ای از فقها قائل اند بر این که مسأله تصنیف مخصوص باب دیات است و شامل ارش نمی‌شود. بنابراین ارش زن مساوی ارش مرد است. بر عکس عده‌ای از فقهای معاصر معتقدند که تصنیف هم در دیه و هم در ارش زن بدون استثناء جریان دارد.

ثانیاً، حکم تصنیف ارش جراحات زن در روایات ذکر نشده است. روایات باب تصنیف فقط حکم تصنیف در باب دیات را مطرح کرده است. همین طور فقهای متقدم نیز فقط تصنیف را در باب دیه زن مورد بحث قرار داده و فرموده‌اند که دیه زن و مرد در مادون نفس مساوی است تا این که به یک سوم دیه کامل مرد برسد و بعد از رسیدن به ثلث دیه زن به نصف کاهش پیدا می‌کند؛ اما حکم تصنیف ارش جراحات زن را بیان نکرده‌اند. ثالثاً: از آنچه که در مورد ماهیت ارش ذکر شد معلوم گشت که ارش و دیه دارای ماهیت مشترک‌اند. به همین سبب دارای حکم مشترک هستند؛ یعنی قاعده تصنیف هم در دیه و هم در ارش جراحات زنان جریان دارد. تنها تفاوت دیه و ارش موارد استعمالان دو است. به این معنی که دیه در موارد مقدر و ارش در موارد غیر مقدر به کار می‌رود. تفاوت در موارد کاربرد نمی‌تواند ماهیت ارش و دیه را متفاوت نموده و در نتیجه باعث تغییر در احکام هریک بشود.

رابعاً: به نظر می‌رسد علت این که در روایات و همین طور مباحث فقهای متقدم، ذکری از تصنیف ارش زن به میان نیامده است، این باشد که ارش و دیه همان طور که در ماهیت مشترک‌اند، در احکام کلی و از جمله در بحث تصنیف باهم مشترک هستند. به همین جهت می‌توان گفت که دیدگاه فقهای معاصر که قائل به جریان تصنیف در ارش جراحات زن هستند برخلاف دیدگاه مخالف، قابل دفاع به نظر می‌رسد.

منابع

قرآن کریم.

۱. ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد ابن مکرم، ۱۴۱۴. لسان العرب، محقق/ مصحح: احمد فارس صاحب الجوائب، بیروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - دار صادر، سوم.
۲. امامی، مسعود، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، بخش قصاص عضو، (زیر نظر آیت‌الله سید محمود شاهرودی)، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، دوم، ۱۳۹۵.
۳. ایروانی، باقر، ۱۴۲۷. دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، قم: بی‌نا، دوم.
۴. بهجت فومنی، محمدتقی، ۱۳۸۱. به نقل از: مجموعه آرای فقهی - قضایی در امور کیفری، قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه.
۵. تبریزی، جواد بن علی، گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۱۲۰۴.
۶. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی، ۱۴۲۳. موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، اول.
۷. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی، ۱۴۲۶. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، اول.
۸. خامنه‌ای، سید علی، ۱۳۸۹. گنجینه استفتانات قضایی، (نرم افزار)، نسخه ۱/۶، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، قم، سؤال ۴۱۳۹.
۹. خمینی، روح‌الله موسوی، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، اول، بی‌تا.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، ۱۴۲۲. مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

١١. سعدى ابو جيب، ١٤٠٨. القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، قم: دار الفكر، دوم.
١٢. شيرازى، ناصر مكارم، ١٤٢٧. استفتانات جديد، قم: انتشارات مدرسه امام على بن ابى طالب عليه السلام، دوم.
١٣. صادقى، محمدهادى، ١٣٩٣. جرائم عليه اشخاص، تهران: نشر ميزان، بيستم.
١٤. طريحي، فخرالدين، ١٤١٦. مجمع البحرين، محقق/ مصحح: سيد احمد حسيني، تهران: كتابفروشى مرتضوى، سوم.
١٥. طوسى، ابوجعفر، النهايه فى مجرد الفقه و الفتاوى، بيروت: دار الكتاب العربى، دوم، ١٤٠٠.
١٦. عاملى، حر، محمد بن حسن، ١٤٠٩. تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
١٧. عاملى، شهيد ثانى، زين الدين بن على، ١٤١٣. مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلاميه.
١٨. عبدالرحمان، محمود، بى تا. معجم المصطلحات و الالفاظ الفقيهيه، بى تا، بى جا.
١٩. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، ١٤٢١. تلخيص المرام فى معرفه الاحكام، محقق/ مصحح: هادى قيسى، قم: دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، اول.
٢٠. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهرى اسدى، ١٤١٣. قواعد الاحكام فى معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، اول.
٢١. فومنى، محمدتقى بهجت، ١٣٩٥ ش. به نقل از: امامى، مسعود، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامى، بخش قصاص عضو، (زير نظر آيت الله سيد محمود شاهرودى)، قم: مؤسسه دايرة المعارف فقه اسلامى، دوم.
٢٢. فومنى، محمدتقى بهجت، ١٤٢٨. استفتانات، دفتر حضرت آية الله بهجت، قم، اول.

۲۳. فیومی، احمد بن محمد مقرئ، بی‌تا. المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم، منشورات دار الرضی.
۲۴. کاشانی، حاج‌آقا رضا مدنی، ۱۴۰۸ کتاب الدیات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۵. گلپایگانی، لطف‌الله صافی، ۱۴۱۷ق. جامع الأحکام، قم: انتشارات حضرت معصومه سلام‌الله علیها، چهارم.
۲۶. لنکرانی، محمدفاضل موحدی، بی‌تا. جامع المسائل، قم: انتشارات امیر قلم، یازدهم.
۲۷. لويس معلوف، المنجد، ۱۳۸۴. تهران: انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.
۲۸. مهیار، رضا، بی‌تا. فرهنگ ابجدی عربی - فارسی، بی‌نا.
۲۹. نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، محقق/مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی، بیروت: دار احیاء التراث العربی، هفتم.

بررسی تحلیلی نوآوری‌های اصولی شیخ انصاری

قربان‌علی فکرت لعلی^۱

چکیده

شیخ اعظم انصاری نقطه عطفی در معارف فقهی شیعه محسوب می‌شود. فقه معاصر شیعه به شدت متأثر از نوآوری‌ها و چشم‌اندازی است که او در اصول فقه ترسیم نمود. این امر ایجاب می‌کند که آثار و اندیشه‌های وی با نگاه تحلیلی - انتقادی از چشم‌انداز امروز به خوانش گرفته شود، زیرا مفاهیم، اندیشه‌ها و روش‌شناسی که او ترویج نمود در پیدایی وضعیت فقهی-حقوقی امروز ما تأثیرگذار است. دستیابی به این امر مهم کاربست روشی را می‌طلبد که هم مطالعه دقیق مبانی و اصول و مفروضات را در کانون وجهه همت خویش قرار داده باشد و هم بررسی زمینه‌های فکری را از نظر دور نداشته باشد براین اساس، نوشتار فرارو ضمن نگاه اجمالی به زندگی و زمینه و زمانه فکری شیخ اعظم، نخست آراء و اندیشه‌های اصولی وی را به صورت گذرا بررسی نموده است و سپس به نوآوری‌ها و دستاوردهای وی در این عرصه پرداخته است. از میان پرشمار نوآوری مفهومی و نظری شیخ اعظم، دو قاعده «حکومت» و «ورود» و صورت‌بندی جدید وی از مباحث علم اصول - به‌ویژه مباحث عقلی - از مهم‌ترین ابتکارات وی معرفی شده است.

واژگان کلیدی: شیخ انصاری، اندیشه‌های اصولی، نوآوری‌های اصولی، حکومت و ورود.

۱. محقق و استاد دانشگاه، ایمیل: qa.fekrat@gmail.com

مقدمه

علم اصول فقه یکی از علومی است که در دامان فرهنگ و تمدن اسلامی سر برنمود و شکوفا شد. عالمان مسلمان و به‌ویژه عالمان شیعی با مراجعه به کتاب آسمانی (قرآن) و سنت و سیره معصومین^(ع) و ژرف‌نگری در آن منابع و با به‌کارگیری عقل سلیم نظام معرفتی‌ای را تأسیس نمودند که اینک به علم «فقه» نام‌بردار است. در تعریف علم فقه به اقتضا از مرحوم صدر می‌توان گفت که علم فقه «علم عملیه استنباط حکم شرعی است».

استنباط احکام شرعی از منابع مربوط از همان بدو تأسیس ضرورت تدوین دستگاه معرفتی سامانمند شامل اصول، مبانی، مفاهیم و روش‌هایی را ایجاب می‌نمود که بعدها با فاصله‌گیری از عصر حضور معصومین^(ع) خود به علم بالان و شکوفای بدل شد: «علم اصول فقه» که من بعد به اختصار علم اصول خوانده خواهد شد. مطابق یک تعریف رایج، علم اصول «علم به عناصر مشترک در عملیه استنباط احکام شرعی است».

این علم از بدو تولدش که شاید با رساله «التذکره فی اصول الفقه» شیخ مفید هم‌زمان باشد تا دوران معاصر به‌رغم همه فراز و فرودها فی‌الجمله سیر تکاملی داشته است. در این فرایند عالمان و فقیهان بزرگی مساهمت و نقش‌آفرینی داشته‌اند، اما نقش عالم بزرگ اصولی شیخ اعظم انصاری به‌یقین بی‌بدیل است. شیخ انصاری هم در فقه شیعه و هم در مباحث و مطالعات اصولی چهره دوران‌ساز بی‌بدیلی است که تا دوران معاصر شاید تا آینده‌ای نامعلوم، عالمان و فقیهان بر سر سفره موشکافی‌ها، مفهوم‌پردازی‌ها و نوآوری‌های منحصر به‌فرد او مهمان باشند.

زندگی نامه شیخ اعظم

شیخ انصاری^(ص) که به شیخ اعظم نیز معروف است، نام کاملش شیخ مرتضی بن محمد امین انصاری دزفولی از علمای طراز اول شیعه در قرن ۱۳ قمری است. او در ۱۸ ذی‌حجه سال ۱۲۱۴، در روز غدیر، در دزفول به دنیا آمد. معروف است که نسب وی به جابر بن عبدالله انصاری، از صحابه حضرت پیامبر^(ص) می‌رسد.

مرتضی انصاری از کودکی علاقه وافر به فراگیری و دانش‌اندوزی داشت. برخلاف هم‌سن‌وسالانش از همان آوان کودکی و نوجوانی به مطالعه و کتاب‌علاقه‌افر داشت. وی ادبیات عرب و مقدمات را نزد پدرش و دانشوران دزفول فرا گرفت و فقه و اصول و دوره سطح را نزد شیخ حسین انصاری (عموزاده‌اش) آموخت. او برای تکمیل دروسش، در سال ۱۲۳۲ به همراه پدرش به عتبات (کربلا و نجف) سفر کرد. شیخ مرتضی چهار سال از محضر سید مجاهد و شریف العلماء که ریاست حوزه کربلا را عهده‌دار بود، بهره برد. در سال چهارم، شیخ به زادگاهش دزفول بازگشت، اما پس از یک سال بار دوم به شوق ادامه تحصیل به عتبات رفت و یک سال از مجلس درس شیخ موسی فرزند شیخ جعفر کاشف الغطا بهره برد. مقارن با آن ایام عوامل داود پاشا حاکم سنی مذهب عثمانی کربلا و نجف را محاصره کرده بودند. شیخ مرتبه دوم بیش از دو سال در عتبات توقف نکرد و به موطن و زادگاهش بازگشت. در این آوان وی ۲۵ ساله بود و با صبیبه استاد سابق خود- شیخ حسین - ازدواج نمود.

شیخ در زادگاهش مصداق کامل انسان آواره‌ای بود که به دنبال گمشده‌ای خود بی‌آرام و قرار از شهری به شهری و از مدرسه‌ای به مدرسه‌ای مدام در رفت‌وآمد و گشت‌وگذار بی‌وقفه بود. آری او انسان متواضع و فراگیر سخت‌کوش و خستگی‌ناپذیری بود که از هر گلی و از هر خرمنی با دقت و وسواس خاص و پشتکار مثال‌زدنی توشه برمی‌گرفت. مسافرت علمی شیخ انصاری نزدیک به پنج سال طول کشید که از هر نظر توأم با برکات و دستاوردهای ارزنده بود و خاصه درک محضر فقیه ادیب و شاعری همچون ملا احمد نراقی. در بازگشت به دزفول نخست مجلس درس و بحثی ترتیب داد اما درگذشت پدرش در سال ۱۲۴۸ به دلیل بیماری و با، بار دیگر شوق سکنی در عتبات عالیات و درک فضای علمی و معنوی آن سامان، جان شعله‌ور شیخ را ناگزیر از مهاجرت نمود و او این بار رحل اقامت در کربلا و سپس در نجف افکند و هرگز به موطن خود باز نگشت.

شیخ انصاری در کربلا مدتی در جلسات درس و بحث شیخ علی فرزند شیخ جعفر کاشف الغطاء حاضر شد و زمان اندکی نیز محضر شیخ محمدحسن صاحب جواهر را درک نمود و درنهایت به خاطر توانایی‌ها و شایستگی‌های علمی و اخلاقی که از خود به

نمایش گذاشت، صاحب جواهر او را در سال ۱۲۶۶ زعیم و رئیس حوزه علمیه نجف بعد از خود معرفی نمود. شیخ انصاری از سال ۱۲۶۶ ق. تا هنگام وفات ۱۷ جمادی الثانی سال ۱۲۸۱ ق. زعامت حوزه علمیه نجف را عهده‌دار بود و مورد تکریم و احترام علما و حوزه‌های علمیه شیعی در عراق و خارج از عراق بود.

شیخ اعظم^(۹) از محضر اساتید متعددی بهره برد. مهم‌ترین آنان عبارت‌اند از: شیخ حسین دزفولی شاگرد صاحب ریاض، سید محمد مجاهد از شاگردان وحید بهبهانی، ملا احمد نراقی صاحب مستند الشیعه، شیخ موسی کاشف الغطاء، شیخ علی کاشف الغطاء و شیخ محمد حسن صاحب جواهر.

شاگردان

شیخ انصاری به دلیل تبحر و ویژه‌که در دو علم فقه و اصول به دست آورده بود، شاگردان زیادی را که شمار آن‌ها به ۵۰۰ تا ۳۰۰۰ نفر در کتب رجالی و تاریخی ثبت شده‌اند، تربیت نمود. در میان آنان شخصیت‌های نامی برجسته‌ای قرار داشتند که از آن جمله‌اند: میرزا محمد حسن شیرازی، صاحب فتوای تحریم تنباکو، شیخ جعفر شوشتری، میرزا حبیب‌الله رشتی، صاحب بدائع الافکار و رساله اجاره و غضب، سید حسین کوه‌کمره‌ای تبریزی، صاحب آثار فراوان و استاد حوزه نجف، شیخ محمد حسن مامقانی، صاحب کتاب ذرایع الاحکام فی شرح شرائع الاسلام و کتب دیگر. شیخ محمد کاظم خراسانی، صاحب کفایة الاصول، ملا حسینقلی همدانی، صاحب منظومه حاج ملا هادی سبزواری، میرزا حسین خلیلی تهرانی، جمال‌الدین افغانی، بنیان‌گذار وحدت مسلمین و مبارزه علیه استعمار خارجی، سید ابوالقاسم خوانساری، سید محمد ابراهیم بهبهانی، آخوند ملا قربان‌علی زنجان‌ی، علامه شیخ مرتضی ریزی، میرزا محمد آشتیانی، میرزا ابوطالب زنجان‌ی و حاج آقا رضا همدانی صاحب کتاب مصباح الفقیه.

آثار

شیخ انصاری افزون بر تدریس و تعلیم، محقق و مؤلف بزرگی نیز بود. برخی از مهم‌ترین آثار او عبارت‌اند از: ۱- کتاب رسائل (در علم اصول فقه) معروف به فرائد الاصول ۲-

کتاب المکاسب (در خصوص مسائل کسب و تجارت) ۳- کتاب الصلاة - کتاب الطهارة
۵- رساله‌ای در تقیه ۶- رساله‌ای در رضاع و نشر حرمت آن ۷- رساله‌ای در قضاء میت
۸- رساله‌ای در مواسعه و مضایقه ۹- رساله‌ای در عدالت ۱۰- رساله‌ای در مصاهره ۱۱-
رساله‌ای در ملک اقرار ۱۲- رساله‌ای در تبیین قاعده لاضرر و لاضرار ۱۳- رساله‌ای در
خمس ۱۴- رساله‌ای در زکات ۱۵- رساله‌ای در خلل صلوة ۱۶- رساله‌ای در ارث ۱۷-
رساله‌ای در تیمم ۱۸- رساله‌ای در قاعده تسامح ۱۹- رساله‌ای در باب حجیت اخبار ۲۰-
رساله‌ای در قرعه ۲۱- رساله‌ای در متعه ۲۲- رساله‌ای در تقلید ۲۳- رساله‌ای در قطع و
جزم ۲۴- رساله‌ای در ظن ۲۵- رساله‌ای در اصالة البرائه ۲۶- رساله‌ای در مناسک حج
۲۷- حاشیه‌ای بر مبحث استصحاب ۲۸- حاشیه‌ای بر نجات العباد ۲۹- رساله عملیه
۳۰- کتابی در علم رجال ۳۱- تألیفی در اصول الفقه ۳۲- حواشی بر عوائد نراقی ۳۳-
حاشیه‌ای بر بغیة الطالب ۳۴- اثبات التسامح فی ادلة السنن ۳۵- التعادل و التراجیح
۳۷- رساله‌ای در تیمم ۳۸- رساله‌ای در خمس.

زمینه و زمانه شیخ انصاری

شیخ انصاری در پایان دوره‌ای زیست و پا به عرصه فقاہت و اجتهاد نهاد که دو مکتب عمده اخباری و اصولی در جدال سخت با یکدیگر به سر می‌بردند. اخباریان در اوایل قرن یازدهم هجری به رهبری فکری محمدامین استرآبادی به صحنه آمدند و یک قرن حاکمیت فکری با آنان بود در نیمه دوم قرن دوازدهم این حاکمیت به دست توانای وحید بهبهانی از هم گسست و فرو ریخت. در آن روزگار تفکر اصولی در پرتو آراء و اندیشه‌های استوار وحید بهبهانی قوت و رونق دیرین خود را باز یافت. پس از وی نیز سه نسل از شاگردان مکتب او که انصاری در رأس سومین نسل بود تلاش‌های آن مرد بزرگ را در حدود نیم‌قرن دنبال کردند و آن را به اوج رساندند. باین همه، بودند کسانی که در حفظ یا اعاده حاکمیت اخباریگری می‌کوشیدند. از جمله: میرزا محمد معروف به محمد اخباری (م: ۱۲۳۳ هـ. ق). اصولیان با او به مخالفت برخاستند به‌ویژه شیخ جعفر کاشف الغطاء و سید محمد مجاهد. اینان محمد اخباری را در محاصره نقد و ایرادهای خردمندانه خویش قرار دادند و عرصه فکری را بر او تنگ کردند. از این‌روی حرکت وی نافرجام ماند

و مکتب اخباریگری پس از او تقریباً منقرض شد. دو حوزه کربلا و کاظمین که مرکز این گرایش بودند به تفکر اصولی روی آوردند. بنابراین روزگار علمی شیخ انصاری پس از ستیز پر دامنه اصولیان و اخباریان و پیروزی تفکر اصولی به کوشش وحید بهبهانی (م: ۵۰۱۲ هـ. ق) و شاگردان برجسته وی آغاز شد. در این زمان، زمینه برای پذیرش افکار اجتهادی و اصولی از هر جهت فراهم بود. در حقیقت ظهور شیخ انصاری بزرگ‌ترین توفیق برای نتیجه‌گیری از نیم‌قرن تلاش اصولی بهبهانی و شاگردان او بود. از این روی با ظهور این شخصیت بزرگ در فقه و اصول جنبشی پدید آمد که برتری تفکر اصولی برای همیشه پایدار گردید.

شیخ انصاری و پایه‌گذاری مکتب اصولی

فقیهان و اصولیان پس از شیخ انصاری بر این رأی اتفاق دارند که وی در اصول مکتب جدیدی را پایه‌گذاری کرده است. میرزا محمدحسن آشتیانی، شاگرد برجسته شیخ انصاری و صاحب کتاب (بحر الفوائد) می‌نویسد: «فانّ ما ذکرنا من التحقیق رشحة من رشحات تحقیقاته و ذرة من ذرات فیوضاته اُدام الله افضاله و اضلاله فلا تحسبته غیر خبیر بهذه المطالب الواضحة کیف و هو مبتکر فی الفن بما لم یسبقه فیہ سابق.»؛ آنچه از تحقیق ذکر کردیم قطره‌ای تراویده از دریای تحقیقات وی و ذره‌ای از ریزش‌های علمی او است. خداوند سایه و برتری او را دوام بخشید. پس گمان نبرید که وی به مطالب روشنی این چنین آگاه نیست. چگونه آگاه نباشد حال آن‌که در این دانش مبتکر است و هیچ‌کس از پیشینیان در این ابتکار بر او پیشی ندارند.

سید محسن امین درباره او می‌نویسد: «الشیخ مرتضی بن محمد امین الدزفولی الانصاری النجفی الأستاذ الامام المؤسس شیخ مشایخ الامامیه». شیخ مرتضی فرزند محمد امین دزفولی انصاری استاد، پیشوا، مؤسس و سرآمد بزرگان شیعه است. برای به تصویر کشیدن نوآوری‌های اصولی و فقهی شیخ اعظم لازم است که نخست مبانی فکری او را بررسی کنیم و سپس نوآوری‌های وی پرداخته خواهد شد.

مبانی فکری

همگان شیخ انصاری را به اتقان و بداعت در فکر و اندیشه‌های اجتهادی می‌شناسند؛ دانشوری سرآمد بر فراز و در اوج با اندیشه‌هایی ژرف و بارور. زوایای دیدگاه‌های فقیهان را موشکافانه می‌کاود و منابع و ادله احکام را به دقیق‌ترین شکل ممکن و ژرف‌کاوانه بررسی می‌کند، استنباط را به استدلال و امی‌گذارد و اجتهاد هر حکم شرعی را بر مبانی استوار بنیان می‌نهد. با این همه تعبّد، ورع و تقوای دینی، قوت تفکر و تعقل را از او نمی‌ستانند، بلکه در آمیزشی مکمل و همگام وی را به کشف و استنباط نهایت‌های احکام می‌رساند. استدلال جویی و ژرف‌اندیشی را فرهنگ فقه و برآمده از متن دین می‌داند. در برداشتی فقهی از این حدیث: «انتم افقه الناس اذا عرفتم معانی کلامنا» شما فقیه‌ترین مردمان هستید، آن‌گاه که ژرفای سخنان ما را بشناسید. اظهار می‌دارد: «والغرض من الروایة الحث علی الاجتهاد و استفراغ الوسع فی معانی الروایات».

امام^(ع) در این سخن می‌خواهد فقیهان را برانگیزد که برای فهم و درک احادیث به اجتهاد و نهایت تلاش روی آورند. شیخ انصاری در استنباط و اجتهاد احکام به قرآن و حدیث و قواعد و اصول کلی برآمده از آن دو تمسک می‌جوید. اساساً مکانیسم اجتهاد را در فقه شیعه به کار بستن صحیح همین قواعد و عام‌های قرآن و حدیث می‌داند: ان رَحَى الاجتهاد تدور علی العمل بالعمومات. چرخه اجتهاد بر محور کاربرد عمومات می‌چرخد. اجماع را با افزوده‌هایی می‌پذیرد و عقل را چه در کاربرد ابزاری آن و چه به‌مثابه منبع حکم در فقه حجت می‌داند.

تفصیل مبانی اجتهاد

پس از بیان اجمالی مبانی فکری شیخ اعظم اینک به تفصیل مبانی اجتهادی وی را بر می‌شماریم:

الف) قرآن

شیخ انصاری با اعتقادی که به حجیت ظواهر قرآن و قواعد برآمده از آن دارد، باور اخباریان را در عدم جواز استناد به این ظواهر، نادرست می‌شمارد. از همین روی سخن آنان را یکایک باز می‌گوید و به تفصیل به نقض و ردّ آن‌ها می‌پردازد. در اینجا مختصری

از رویارویی فکری شیخ انصاری با این گروه را یادآور می‌شویم تا طرز تفکر و مبانی اندیشه وی در چگونگی کاربرد آیات روشن شود. شیخ انصاری بر این بود که زیربنای تفکر گروه مخالف را دو دلیل تشکیل می‌دهد: الف) احادیث که از تفسیر به رأی نهی می‌کنند و درک و فهم معارف قرآنی را اختصاصی «من خوطب به» قلمداد می‌کنند. ب) وجود عناصری در آیات قرآن مانند تقیید، تخصیص و مجاز. از نظر بسیاری از اخباریان وجود این عناصر که ما علم به وجود آن‌ها داریم و قابل نفی و تردید نیست باعث سقوط ظهور آیات می‌شود.

شیخ در جواب از استدلال نخست، به آن دسته از روایات و احادیث متوسل می‌شود که مفاد کاملاً مخالف با مفاد احادیث مورد نظر اخباریان دارد. شیخ در ادامه استدلال می‌کند که احادیث مورد استناد اخباریان جدای از اینکه بعضاً به لحاظ سندی مشکلاتی دارد اما به لحاظ دلالت نیز مدعای اخباریان را هم‌رسانی نمی‌کند، بل مواردی را نکوهش می‌کند که اخذ به ظواهر ابتدائاً صورت پذیرفته باشد. پرواضح است که در ما نحن فیه اخذ به ظواهر قرآن پس از تحقیق و تفحص و بررسی قراین (اعم از متصل و منفصل) عام و خاص، مطلق و مقید، ناسخ و منسوخ و... صورت می‌پذیرد. وانگهی از نظر شیخ اخباریان در مقام استدلال به ظواهر این احادیث متوسل شده است که می‌تواند خود محل پرسش واقع شود که چرا و به چه دلیل ظواهر اخبار و روایات - که مخالف با حجیت آن هستند - حجت است اما ظواهر قرآن نه.

در مقام پاسخ به استدلال دوم اخباریان، شیخ به درستی یادآور می‌شود که وجود عناصری مانند تخصیص و تقیید در قرآن، موجب سقوط ظهور آیات نمی‌شود، بلکه مجتهد را به فحوص و شناخت بیش‌تر برمی‌انگیزد تا عوامل این تغییرها را به درستی بشناسد و سپس به استنباط حکم پردازد.

شیخ انصاری عموم و ظهور آیات را در شمار ظنون خاص می‌شناسد و حجیت آن‌ها را از همین باب ثابت می‌داند. در مواردی که ظاهر آیه‌ای با دریافت‌های قطعی عقل ناهمگون باشد، تأویل آن را جایز می‌شمارد. تخصیص عام‌های قرآنی را به خبر واحد می‌پذیرد و دلیل آن را اجماع اصحاب و سیره متشرعه می‌داند؛ زیرا اعتقاد دارد که فقها،

همواره در مقابل عموم قرآن به خبر واحد عمل می‌کرده‌اند و این سیره تا زمان اصحاب استمرار می‌یابد و امامان، آنان را از این شیوه باز نداشته‌اند. این سخنان باور عمیق وی را بر جواز کاربرد آیات و قواعد کلی قرآن در اجتهاد احکام نشان می‌دهد. قرآن را کتاب فهم، استنباط، اجتهاد و منبعی جاوید برای دریافت احکام می‌داند و منشوری گویا که باید در عینیت فقه جاری و ساری باشد.

سنت

از مجموع سخنان شیخ انصاری، چنین دریافت می‌شود که وی احادیث را با سه شرط منبع حکم می‌شناسد:

۱. حدیث از امام صادر شده باشد. مسأله‌ای که در علم رجال مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۲. امام^(ع) به‌صراحت در صدد بیان حکم شریعت باشد. از نظر شیخ اصل این است که امام و شارع در مقام بیان احکام است مگر اینکه در مواردی به‌واسطه قراین و شواهد خلاف آن ثابت شود. مآلاً نمی‌توان روایت و حدیثی را به خاطر احتمال تقیه و موارد از این دست کنار گذارد.

۳. مضمون و مدلول حدیث با فهم مجتهد از آن همسان باشد.

وجود این شرایط در حدیث، به کاربردن آن در عملیات استنباط اطمینان‌آور است و حکم برگرفته از آن دارای حجیت و اعتبار.

اجماع

معمولاً به‌صورت مبهم و سربسته از اجماع به‌عنوان یکی از منابع اربعه احکام شرعی یاد می‌شود؛ اما کمتر به تعریف دقیق و مصادیق متعدد آن و اختلاف نظرهای که در حجیت و عدم حجیت آن مطرح است پرداخته می‌شود. شیخ انصاری ضمن موشکافی و تحلیل دقیق موضوع اجماع را یک دلیل علمی نمی‌شناسد و به آن به‌عنوان منبعی مستقل در فقه نمی‌نگرد. عبارتی که در آغاز سخن، درباره اجماع بیان می‌کند، حکایتی از ناباوری او به این دلیل است. بل العامة الذین هم الأصل له وهو الأصل لهم. اجماع، در تفکر

عامه اساس یافت و همان نیز اساس این تفکر شد. وی معنای اجماع را در فرهنگ فقه شیعه با آنچه که بار مفهومی این واژه است، متغایر می‌داند. بدین سبب، اطلاق آن را بر اتّفاقی‌های یادشده در کتاب‌های فقهی با عنایت و مسامحه می‌پذیرد. وی بر آن است که فقها اجماع را اتّفاق تمامی عالمان یک عصر دانسته‌اند، ولی درباره هیچ‌یک از اجماع‌های ادّعا شده اتّفاقی این‌چنینی وجود ندارد. از این‌روی، برخی از فقها مانند شهید اول و محقق سبزواری، چون اجماع‌های یادشده فقها را با معنای ظاهر اجماع و تعریف آن، ناهمساز دیده‌اند، به توجیه آن‌ها دست زده‌اند. شاهد دیگری که دیدگاه انصاری را تأیید می‌کند، این‌که می‌بینیم فقها معیار حجیت و اعتبار اجماع را وجود رأی معصوم^(۲) در میان آرا دانسته‌اند و برآنند هر اتّفاقی هرچند اندک که متضمّن رأی امام^(۳) باشد، حجّت است. بدین‌سان وی نتیجه می‌گیرد که واژه اجماع، در فقه شیعه به معنای شناخته شده آن (اتّفاق کلّ) کاربردی ندارد، بلکه از آن معنایی منظور می‌شود که با دلیل (سنّت) یکسان و هم‌افق است: «انّ الاجماع الاصطلاحی متضمّن لقول الامام^(۴) فیدخل فی الخبر والحديث».

با این‌همه، از مطالعه مواردی که شیخ انصاری به این دلیل تمسک جسته است، دانسته می‌شود که وی اجماع محصّل را حجّت دانسته است، ولی حصول آن را غیر ممکن می‌داند و حجیت اجماع منقول را به‌عنوان جزئی از پایه‌های یک دلیل در استنباط احکام می‌پذیرد. بدین‌گونه: وقتی مجتهدی، نقل اجماع را در مسأله‌ای به نیکی نگریست، اگر با تبّع درباره آن مسأله، اماره‌های دیگری به دست آورد که با اجماع یادشده همسانی داشته باشد و حکم آن را تأیید کند، در این صورت از مجموع نقل اجماع و شواهد همسان آن، رأی امام یا وجود دلیلی معتبر که نشان‌دهنده رأی معصوم است، کشف خواهد شد و آنگاه فقیه به گونه علمی به دلیل شرعی حکم، دست خواهد یافت.

عقل

بی‌تردید مهم‌ترین کتاب اصولی شیخ انصاری «فرائد الاصول» است. این کتاب مطابق با سنت جاافتاده زمانه و عصری که شیخ اعظم در آن می‌اندیشید و می‌نوشت، به رشته تحریر درآمده است. از همین‌رو در خصوص دلیل عقل بابی مستقل به رشته تحریر

در نمی‌آید و به سخنانی پراکنده و کوتاه بسنده می‌شود. این کتاب گردآمده پنج رساله جداگانه: قطع، ظن، برائت، استصحاب و تعادل و تراجیح است. باین همه، خطا است اگر در دام این پندار بی‌اساس گرفتار آییم که شیخ برای عقل منزلت و ارج درخور و فراخور قائل نبوده است زیرا وی پیش از نگارش این مباحث نظر خویش را درباره دلیل عقل در کتاب «مطارح الانظار» به‌گونه‌ای شامل و کامل مطرح کرده است. به‌رغم عدم پرداخت مستقل به مبحث عقل در کتاب فرائد الاصول شیخ به‌صورت بسته‌وگریخته دیدگاهش را پیرامون اهمیت و جایگاه عقل در استنباط احکام شرعی و در یک کلام در منظومه فقه شیعی به‌روشنی بیان می‌کند:

۱. در مبحث استصحاب در تبیین این مسأله که استصحاب، حکم ظاهری است یا حکم عقلی؟ تعریفی کامل از دلیل عقل، بیان می‌کند: «دلیل العقل هو حکم عقلی یتوصل به الی حکم شرعی» دلیل عقلی، حکمی عقلی است که به سبب آن به حکم شریعت دست می‌یابیم. علاوه همین تعریف را در چند جای این مبحث یاد می‌کند.
۲. در مبحث (قطع) از حجیت و اعتبار احکام عقلی سخن می‌گوید و با تفصیلی بیش‌تر دیدگاه عقلی خود را نشان می‌دهد.

شیخ انصاری مباحثی دقیق و ظرایف بسیاری را در باب عقل و در دفاع از عقل و حجیت آن، در جای‌جای آثارش متذکر شده است که در اینجا مجال پرداخت به همه آن موارد نیست؛ اما در مجموع و در مقام نتیجه‌گیری می‌توان گفت که وی ملازمه میان حکم عقل قطعی و نقل قطعی را پذیرفته است و مضافاً در مواردی که عقل قطعی در تعارض با دلیل نقلی افتد جانب عقل را محترم می‌شمرد و به تأویل دلیل نقلی ظنی و بازنگری آن اهتمام می‌ورزد. فقط در موارد که دلیل عقلی ظنی باشد و دلیل نقلی قطعی یا ظنی معتبر، وی جانب نقل را می‌گیرد.

با توجه به آنچه گفته آمد به دست می‌آید که شیخ انصاری مبانی فقهی و اصولی متعارف را حفظ کرده است و در این خصوص با بقیه عالمان اصول اختلاف نظر جدی ندارد. باین همه، اما بر اساس همین مبانی و اصول نوآوری‌ها و ابداعات خاصی را هم در حوزه مباحث اصولی و هم در حیطه موضوعات فقهی به دست داده است و از

همه مهم‌تر استدلال‌های نیرومندی برای درستی اصول و مبانی اصولیان در مخالفت با اخباریان تدارک نمود که باعث شد تفکر اصولی بیش از پیش بر صدر نشیند و روش مخالف آن به محاق فراموشی فرورود. در اینجا به برخی از مهم‌ترین نوآوری‌های شیخ انصاری در اصول و سپس در حوزه فقه اشاره خواهد رفت:

نوآوری‌های اصولی شیخ مرتضی انصاری

اگر ابتکار را، به معنای عام کلمه ابداع و تأسیس یک نظریه یا ارائه پردازشی نو از مسائل علمی در نظر آوریم شیخ انصاری به حق با پشتکار و نیروی ابتکار و خلاقیت مثال‌زدنی که خاصه مردان بزرگ است توانست میراث علمی گذشتگان را به خوبی بازشناسد و با همین دست‌مایه، نوآوری کند. ابتکارهای اصولی وی که دستاورد بازشناسی و محصول روشمند کردن تفکر اصولیان پیشین است، میدان‌های بازی را در برابر آیندگان این علم گشود و تأثیری شگرف در گسترش و ژرفای دانش اصول به وجود آورد. در اینجا به اختصار برخی از مهم‌ترین نوآوری‌های اصولی وی را ذکر می‌کنیم. برای این کار نخست به تقسیمات کلی مباحث اصولی می‌پردازیم.

تقسیمات مباحث اصولی

مباحث دانش اصول، به‌طور عام، به دو بخش کلی تقسیم می‌شوند:

۱. مباحث الفاظ: این بخش به بحث و بررسی مسائلی اختصاص دارد که فقیه به کمک آن‌ها به فهم درست و صحیح معانی و مضامین الفاظ قرآن و حدیث دست می‌یابد؛ به عبارت دیگر در این بخش معانی تطابقی، تضمنی و التزامی یک واژه یا مفهوم و یا یک قضیه بررسی می‌شود.

۲. مباحث ادله عقلیه: در این بخش، سخن از: ملازمات عقلی احکام، ادله و منابع احکام و چگونگی اعتبار آن‌ها و بحث درباره اصول و عناصری است که فقیه در صورت دست نیافتن به حکم واقعی، با به‌کارگیری آن‌ها، احکام ظاهری شریعت را استنباط می‌کند. در پی تقسیمی که اصولی برجسته، شیخ محمدحسین اصفهانی (م: ۱۳۶۱ هـ. ق.) معروف به کمپانی، انجام داد. بخش دوم نیز به سه بخش جداگانه تقسیم گردید:

۱. مباحث عقلیه.

۲. مباحث حجّت (حجج و امارات)

۳. مباحث اصول عملیه.

بنابراین، اصولیان در چهار بخش: (مباحث الفاظ)، (مباحث عقلیه)، (مباحث حجّت) و (مباحث اصول عملیه)، به پژوهش می‌پردازند. دانش اصول دارای بخش پنجمی نیز هست که تعادل و تراجیح نامیده می‌شود. در این بخش، صور تعارض دو دلیل متخالف به بحث گذاشته می‌شود و راه‌حل‌های آن تبیین می‌گردد.

بررسی و مطالعه آثار شیخ انصاری، در مباحث پنج‌گانه اصول، نشان می‌دهد وی، در مبحث نخست (مباحث الفاظ) جز آنچه اصولیان پیشین طرح و بررسی کرده‌اند، تفکر جدید و خاصی را دنبال نکرده است. البته در این‌که وی در این بخش نیز دارای آراء خاص خود است جای تردید نیست؛ مانند این رأی: تمام اصول لفظیه، مثل اصالة الحقیقه، اصالة العموم، اصالة الاطلاق و... به اصل عدم القرینه باز می‌گردد. هیچ‌یک از این اصول، اصل مستقلى نیستند، زیرا در تمامی این موارد، در واقع شک در وجود قرینه صارفه است که آیا هنگام سخن قرینه‌ای برخلاف بوده یا نه؟ با جریان اصل عدم القرینه در همه این موارد، لفظ به معنای اصلی آن حمل می‌شود.

تأثیر و تحوّلی شگرفی که شیخ انصاری در اصول پدید آورد، به بخش دوم آن مربوط می‌شود: ملازمات عقلی، ادله احکام، حجّت‌ها و اصول عملی. در این بخش وی ظرفیت‌های عظیمی را به وجود آورد و به موفقیت‌های چشمگیری دست یافت. در حقیقت، ابداع، ابتکار و نبوغ وی در این مباحث، به‌ویژه در مباحث اصول عملیه، موجب شهرت او گردید. اندیشه‌های استوار وی، در این بخش، نقطه اوج دانش اصول شناخته می‌شود.

نوآوری‌های شیخ انصاری در حوزه مباحث عقلی

در این بخش شیخ مضاف بر روش پرداخت نوین، نوآوری‌های مفهومی و خلق معیارهای جدید، آراء و نظریه‌های بی‌سابقه‌ای را ارائه کرد. اینک چند نمونه‌ها از آن نوآوری‌ها ذکر می‌شود.

حکومت و ورود

حکومت و ورود، از ابتکارهای اصولی شیخ انصاری به شمار می‌آید. این نظریه که بار مفهومی خاصی را در دانش اصول دارد، از اهمیت و نقش کاربردی درخوری در حل تعارض ادله و استنباط احکام، برخوردار است. پیش از شیخ انصاری، زمینه‌هایی از این ابتکار وجود داشته است، ولی تنک‌مایه و بی‌شکل. گاه، فقیهان دلیلی را بر دلیلی دیگر مقدم می‌دیدند، ولی این تقدم و برتری، بر پایه و اساسی که بعدها شیخ آن را قانونمند کرد، برای آنان مبهم و پوشیده بود. تقدم را می‌دانستند اما سبب و ضابطه آن را به درستی نمی‌شناختند. میرزا موسی تبریزی صاحب کتاب: «أوثق الوسائل» در این باره می‌نویسد: لیس فی کلمات العلماء من الحكومة والورود عین ولا اثر بمعنی عدم تعبیر هم بهما فی کلماتهم وان كانوا قد قدموا الادلة اللفظية على الاصول وكذا بعض الادلة اللفظية على بعض مما كان بينهما وروداً وحكومة كتقديم ادلة العسر والضرر ونحوها على الادلة المثبتة للتكاليف الا انهم لم يبينوا وجه التقديم».

در سخنان عالمان پیش از شیخ هیچ نشانه و اثری از «حکومت» و «ورود» یافت نمی‌شود؛ یعنی اینان، تعبیری این‌چنین در سخنان‌شان ندارند، گرچه دلیل‌های لفظی را بر اصول مقدم داشته و نیز برخی دلیل‌های لفظی را بر بعضی دیگر که میان آن‌ها ورود و حکومت است، مقدم دانسته‌اند، مانند تقدیم ادله نفی عسر و نفی ضرر و مانند این‌ها بر ادله‌ای که مثبت تکالیف هستند، اما هرگز جهت و سبب تقدم را بیان نکرده‌اند.

شیخ انصاری، با تواضع علمی خاص خود به آشنایی اجمالی فقیهان پیشین درباره آنچه وی «حکومت» و «ورود» می‌نامد، اذعان دارد. در رساله قاعده (لاضرر) پس از تبیین باور خود و اثبات حکومت دلیل لاضرر بر عموم سایر ادله، می‌نویسد: «و علیه جرت سیره الفقهاء فی مقام الاستدلال فی مقامات لایخفی». سیره فقیهان نیز در مقام استدلال در برخی موارد بر همین حکومت دلیل لاضرر جاری است و این مطلب پوشیده نیست. سپس وی مواردی را یاد می‌کند که از آن‌ها معنای حکومت دانسته می‌شود: فقها برای ثبوت خیار غبن و نیز بعضی خیارهای دیگر بیع، به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند، در حالی که عموم: (الناس مسلطون علی اموالهم) لزوم عقد را در آن موارد می‌فهماند.

معلوم می‌شود فقهای پیشین نیز، قاعده (لاضرر) را بر سایر ادله حاکم می‌دانسته‌اند و این خود نشان می‌دهد که مفهوم (حکومت) در نهان ذهن آنان وجود داشته است. از این روی، در این موارد به نتیجه‌ای رسیده‌اند که با نتیجه (نظریه حکومت) همسان است. در حقیقت، شیخ انصاری، این‌گونه نسبت سنجی‌ها را که فقیهان یکی از دو دلیل را بر دلیل دیگر ناظر می‌دیده‌اند و از همین روی آن را مقدم می‌دانسته‌اند بر پایه (نظریه حکومت) تفسیر می‌کند، بلکه این نظریه را تفسیری روشمند از همین باور می‌داند. صاحب جواهر، دانشمند معاصر شیخ انصاری، اگرچه در برخی موارد از تقدم به‌واژه (حاکم) تعبیر می‌کند، ولی هرگز از آن، حکومت به معنایی که شیخ می‌فهمید و طرح می‌کرد، دانسته نمی‌شود. بلکه تتبع و مشاهده این موارد، نشان می‌دهد، مراد وی از این واژه، مطلق تقدم دلیلی بر دلیل دیگر است. شیخ محمدرضا مظفر، در این خصوص می‌نویسد: هذا البحث من مبتكرات الشيخ الانصاري رحمة الله و قد فتح به باباً جديداً في الاسلوب الاستدلالي. این بحث از ابتکارهای شیخ انصاری رحمة الله علیه است و با تأسیس این بحث باب جدیدی در روش‌های استدلالی گشود.

تبیین نظریه شیخ

این نظریه، با این‌که نظریه‌ای است نو و شیخ بدان واقف است، ولی هیچ‌جا به تفصیل درباره آن سخن نمی‌گوید، بلکه در توضیح آن به سخنانی پراکنده در لابه‌لای مباحث بسنده می‌کند. البته اصولیان پس از او با تفصیلی درخور این نظریه را شکافته‌اند و تصویر دقیق و روشن‌تری از آن ارائه کرده‌اند.

مفهوم حکومت

والمراد بالحكومة ان يكون احد الدليلين بمدلوله اللفظي متعرضاً لحال دليل آخر من حيث اثبات حكم لشيء أو نفيه عنه. حکومت، یعنی این‌که یکی از دو دلیل به مدلول لفظی‌اش، متعرض حال دلیل دیگر شود، بدین‌گونه: یا حکم آن را برای موضوعی دیگر نیز ثابت کند یا نفی. در جای دیگر می‌نویسد: «ضابط الحكومة ان يكون احد الدليلين بمدلوله اللفظي متعرضاً لحال الدليل الاخر و رافعاً للحكم الثابت بالدليل الاخر عن بعض افراد موضوعه فيكون مبيناً لمقدار مدلوله» معیار حکومت این است که یکی از دو

دلیل به مدلول لفظی‌اش، در دلیل دیگر تصرّف کند و حکم ثابت آن را از بعضی افرادی که موضوع حکم هستند خارج سازد. پس دلیل (حاکم) بیان‌کننده قلمرو دلیل (محکوم) است. با مطالعه سخنان شیخ انصاری، درباره (نظریه حکومت) این نتیجه به دست می‌آید: هرگاه مقتضای لفظی یکی از دو دلیل نظارت بر دلیل دیگر باشد: یعنی بدون حکمی از عقل، لسان دلیل به‌گونه‌ای است که موضوع دلیل دیگر تبیین و تفسیر می‌شود. شیخ نسبت بین دو دلیل به این شکل را (حکومت) نامیده است. دلیل ناظر را (حاکم) و دلیل دیگر را محکوم می‌نامد.

تمایز قاعده حکومت با قاعده تخصیص

در تمایز این قاعده با قاعده تخصیص می‌نویسد: «التخصیص بیاناً للعام به حکم العقل وهذا بیان بلفظه». تخصیص به حکم عقل بیان عام است و حکومت به دلالت لفظی این اثر را دارد. معیار تخصیص آن است که دلیل خاص از جهت لفظی هیچ اشاره‌ای به حکم عام ندارد، بلکه تنها عقل حکم می‌کند، این جمله بیان آن عام و مربوط به آن است. ولی در قاعده حکومت، این وضع ناشی از دلالت لفظی کلام است. از همین رو وی در تعریف مفهوم «حکومت» این قید را که یکی از دو دلیل، به مدلول لفظی خودش، متعرض حال دلیل دیگر شود متذکر می‌شود - تمایزهای دیگری نیز وجود دارد که بیان آن‌ها از حوصله این نوشتار خارج است.

از دیگر ویژگی‌های اصل حکومت این است که دلیل حاکم، دو نوع تصرّف در موضوع دلیل محکوم می‌کند؛ به این معنا که ممکن است آن را گسترش دهد و مصادیق دیگری را در دایره شمول آن درآورد و یا از مصادیق آن بکاهد و قلمرو حکم را تضییق کند. البته این گسترش یا تضییق در دایره موضوع که سبب گسترش یا تضییق در ناحیه حکم می‌شود، به‌طور تعبّدی و ادعایی است نه حقیقی و واقعی. تعبّداً فردی بر موضوع دلیل محکوم افزوده می‌شود و یا از آن خارج می‌گردد. به تعبیر شیخ انصاری، چیزی که در حقیقت از موضوع دلیل خارج است به‌منزله فردی از موضوع دانسته می‌شود و یا بالعکس. اگر دلیل حاکم فرد یا افرادی را بر موضوع دلیل محکوم بیفزاید (حکومت به نحو توسعه) نامیده می‌شود و اگر فرد یا افرادی را از دایره آن بیرون آورد، (حکومت به نحو تضییق) است.

شیخ انصاری برای هر یک از این دو قسم مثال‌هایی ذکر می‌کند از جمله حکومت به نحو توسعه: مانند دلیل (الطواف بالبیت صلوة). به نسبت دلیل (لاصلوة الا بطهور) دلیل نخست بر دلیل دوم حاکم است، زیرا مدلول لفظی دلیل اول ناظر به دلیل دوم و مفسر آن است. طواف را در دایره صلات که موضوع دلیل دوم است قرار می‌دهد و می‌فهماند که شارع طواف را نیز مصداق تنزیلی و ادعایی صلات می‌داند، اگرچه در حقیقت و در واقع، مصداق آن نیست. وقتی طواف، فرد تعبّدی عنوان صلات، دانسته شد، احکام صلات، مانند طهارت بدن، لباس، ستر، احکام شک و... برای طواف نیز ثابت می‌شود.

حکومت به نحو تضییق: مانند دلیل (لا رباء بین الوالد والولد) یا دلیل (لا رباء بین الزوج و زوجته) به نسبت دلیل (وحرّم الرّباء). در اینجا هر یک از دو دلیل نخست بر دلیل دوم حکومت دارند، یعنی از مدلول آن دو دانسته می‌شود (ربا) که در دلیل (حرّم الرّبا) موضوع حکم حرمت قرار گرفته، ربایی است که بین افرادی جز فرزند و پدر، زن و شوهر، باشد؛ بنابراین با نفی عنوان (رباء) از آنچه بین افراد یادشده صورت می‌گیرد، موضوع دلیل دوم تضییق می‌شود. البته با این توجه که نفی (رباء)، تعبّدی و ادعایی است وگرنه در واقع و خارج، این مورد هم (رباء) است. بدین‌سان، با نفی موضوع (رباء) حکم حرمت نیز برداشته می‌شود.

مفهوم ورود

دومین نوآوری مفهومی مهم شیخ انصاری اصل «ورود» است. شیخ البته برای تبیین این قاعده، تعریفی ارائه نکرده است، اما در قالب مثال آن را به خوبی بیان می‌کند. بحث مستوفای او درباره ادله اجتهادی و اصول عقلی این موضوع را به درستی روشن می‌کند. شیخ معتقد است که بین ادله اجتهادی و اصول عقلی تعارضی نیست، بلکه همواره ادله اجتهادی بر اصول عقلی (ورود) دارند و موضوع آن را از بین می‌برند؛ زیرا موضوع در اصل برائت عقلی عدم البیان و در اصل احتیاط عقلی احتمال عقاب و در تخییر نبود مرجح است و با وجود دلیل اجتهادی در مورد این اصول موضوع آن‌ها مرتفع می‌شود لازم است در اینجا برای تبیین ایشان توضیحی کوتاه درباره ادله اجتهادی و اصول یا ادله فقاهتی ذکر کنیم. از دیدگاه فقیهان احکام شرعی از منابعی استنباط می‌گردد که در

شریعت، حجیت و اعتبار آن‌ها مورد پذیرش باشد. این ادله با توجه به نوع حکمی که از آن‌ها به دست می‌آید، به دو دسته تقسیم می‌شوند: الف) ادله جهادی، ب) ادله فقهاتی.

ادله اجتهادی

ادله اجتهادی به دلایلی گفته می‌شود که حکم واقعی شریعت را نشان دهند. این دلایل گاه به نحو تام و کامل حکم واقعی شریعت را می‌نمایاند و مجتهد نیز به سبب آن‌ها علم و قطع به حکم شرعی پیدا می‌کند، مانند نصوص کتاب و سنت قطعی (خبر متواتر) و گاه کشف ناقص از واقع شریعت دارند و موجب ظن به حکم می‌شوند. در این صورت اگر دلیلی شرعی و قطع آور بر اعتبار و حجیت و صحت تمسک به آن‌ها در فهم احکام وجود داشته باشد واقع‌نمایی آن‌ها تکمیل و تکمیل شده و با تعبد از سوی شارع دلیل‌های تمام‌نما محسوب خواهند شد، مانند ظواهر کتاب، ظواهر سنت، خبر واحد ثقة، اجماع منقول و استصحاب بر مبنای عقل. اصولیان دلیل‌های ظن‌آور را (حجّت)، (امارة)، (دلیل علمی) یا (دلیل اجتهادی) می‌نامند و بیش‌تر از آن‌ها با عنوان (ادله اجتهادی) یاد می‌کنند.

دلیل‌های قطع آور مانند نص کتاب و سنت متواتر را (دلیل علم) می‌نامند.

ادله فقهاتی

هرگاه فقیه پس از تفحص و جستجوی کامل در منابع مربوطه حکم واقعی شریعت را در یک مورد نیابد، به قواعد و اصولی تمسک می‌جوید که فقها به کمک عقل یا شرع برای همین صورت وضع کرده‌اند. این قواعد و اصول را (ادله فقهاتی) یا (اصول عملیه) می‌نامند؛ زیرا در چنین صورتی موضوع عملی مکلف در برابر شریعت به مقتضای این اصول دانسته می‌شود. بنابراین کاربرد این قواعد در فقه به مواردی اختصاص می‌یابد که حکم واقعی شریعت برای فقیه مجهول یا مشکوک باشد. حکمی که به کمک این اصول به دست می‌آید، (حکم ظاهری) نامیده می‌شود. شیخ انصاری می‌گوید: «یسمی الدلیل الدال علی الحکم الظاهر (اصلاً) وقد تسمى بالدلیل مقیداً بالفقهاتی» دلیلی که حکم ظاهری را نشان دهد، (اصل) و گاه آن را (دلیل فقهاتی) می‌نامند. این اصول گاه با استناد به حکمی از عقل به دست می‌آیند که آن‌ها را اصول عقلی می‌نامند، مانند اصل

برائت عقلی که از حکم عقلی (قبح عقاب بلا بیان) دانسته می‌شود. اصل احتیاط عقلی که از حکم عقلی (وجوب رفع عقاب محتمل) برمی‌آید. اصل تخییر که اصلی عقلی است. زیرا عقل در صورت فقدان مرجح شرعی و عقلی برای یکی از دو طرف محتمل به تخییر حکم می‌کند و گاه، این اصول با استناد به حکمی از شرع به دست می‌آیند. در این صورت (اصول شرعی) نامیده می‌شوند. بنابراین، منظور از ادله اجتهادی، ادله‌ای است که در سطح ظنّ، حکم واقعی شریعت را نشان می‌دهند. منظور از اصول عقلی، قواعد و اصولی است که در پرتو حکمی از عقل شکل می‌گیرد و با استناد به آن‌ها به حکم ظاهری شریعت دست می‌یابیم.

شایسته است مثالی را که شیخ انصاری در مورد قاعده (ورود) بیان کرده است، ذکر کنیم. ایشان ورود داشتن ادله اجتهادی بر اصول عقلی را متذکر می‌شود و اظهار می‌کند که باوجود دلیل اجتهادی جایی برای جریان این اصول باقی نمی‌ماند. مثلاً، اصل برائت عقلی در جایی مورد استناد است که هیچ دستور و بیانی از سوی شارع نباشد، اما باوجود دلیل اجتهادی که مدلول و مضمون آن بیان دستور شارع محسوب می‌شود، موضوع و مورد این اصل به کلی از میان می‌رود. یا اصل احتیاط عقلی که موضوع آن احتمال ضرر و عقاب در جانب تکلیف محتمل است، دلیل اجتهادی که امان دهنده از عقاب محسوب می‌شود، موضوع این اصل را در حقیقت، از بین می‌برد. همین‌گونه باوجود دلیل اجتهادی، موضوع اصل تخییر منتفی می‌شود، زیرا دلیل اجتهادی، خود مرجحی شرعی برای یکی از دو طرف به شمار می‌آید. پس هرگاه یکی از دو دلیل از سوی شارع موضوع دلیل دیگر را به طور حقیقی و واقعی از میان بردارد، ورود نامیده می‌شود.

دو فرق اساسی بین قاعده حکومت و ورود

ابتکار شیخ انصاری در ارائه نظریه (حکومت) و (ورود)، دریچه جدیدی در شیوه استنباط احکام گشود و راهی نو، در به‌کارگیری درست عناصر و پایه‌های اجتهاد، نشان داد. درستی و اعتبار این نظریه و نیز ارزش کاربردی آن، به گونه‌ای است که فقیهان پس از وی، بی‌درنگ آن را پذیرفتند و در عملیات اجتهادی، از آن سود جستند. زیرا روشن بود که در بررسی‌ها و کاوش‌های اجتهادی احکام، دلیل‌هایی یافت می‌شود که بعضی از آن‌ها شایستگی تقدیم

بر بعضی دیگر را دارند، اما هیچ‌یک از نسبت‌های یادشده در دانش اصول، مانند خاص و عام، مطلق و مقید، نص و ظاهر، ظاهر و اظهر و امثال ذالک بین آن‌ها وجود ندارد. از طرفی، قواعد تعارض نیز، در مورد آن‌ها جاری نمی‌شود؛ زیرا هیچ‌گونه تنافی و تکاذبی با یکدیگر ندارند. این مشکل در این‌گونه موارد را به صورت معقول و منطقی در پرتو نظریه حکومت می‌توان حلّ و رفع نمود. شیخ انصاری نیز با توجّه به همین نکته، اساس این نظریه را پی ریخت و معیاری قانونمند در توجیه تقدّم دلیل‌های ناهمگون، به وجود آورد. در پرتو این ابتکار، جایگاه متمایز دلیل‌های اجتهادی از اصول و دلیل‌های فقهاتی باز شناخته شد. اصول که تا آن روزگار در عرض ادلّه اجتهادی نهاده می‌شد و فقیهان آن دورا معارض یکدیگر و در رتبه‌ای یکسان می‌نگریستند، این نگرش کنار رفت و (اصل) در مرتبه‌ای پس از (دلیل) جای گرفت. پس در صورت برخورد (اصول) با (ادله) باید از نحوه جمع و تقدّم سخن گفت، نه از تعارض و تساقط.

محوربندی سه‌ضلعی مباحث اصول

از دیگر ابتکارات شیخ انصاری روشی بدیعی است که وی در صورت‌بندی کتاب اصلی اصولی‌اش به کار گرفته است. وی در این کتاب روش رایج معمولی فصل‌بندی مباحث اصولی را به کنار می‌نهد و ترتیب و تنظیمی جدید به دست می‌دهد. در پی این ابتکار، مسائل و مباحث اصول، ترتیب و تنظیمی منطقی و قانونمند یافت و هر یک از عناصر اصولی، جایگاه راستین خود را پیدا کرد. چنانکه خواهیم دید، اصولی مانند (برائت) و (استصحاب) که تا آن روزگار در لابه‌لای مباحث مطرح می‌شد، در محوربندی جدید شیخ، در قالب اصول عملیه در آمد و جایگاهی جداگانه و مستقل به آن‌ها اختصاص یافت. به هر روی، با این ابتکار دانش اصول ترتیب و سامانی دوباره گرفت و شیوه طرح مباحث آن به جد بازسازی گردید. شیوه معمول در مباحث اصولی پیش از شیخ، این‌گونه بود که اصولیان پس از مباحث الفاظ، بی‌هیچ ترتیبی خاص، به بحث درباره ادله احکام، مانند کتاب، سنّت و اجماع می‌پرداختند و از ادله عقلیه، مانند «استصحاب»، «برائت»، «قیاس»، «استقراء» و گاه «ملازمات عقلیه» نیز، بحث می‌کردند. تا زمان شیخ در تقدّم یا تأخّر مباحث به معیار و ملاکی همسان و قانونمند کمتر توجّه می‌شد. اما شیخ

انصاری بر پایه اصلی که خود آن را تأسیس کرد، ترتیب منطقی تدارک نمود و بدین‌سان انسجامی در مباحث اصول به وجود آورد که مورد توجه همه اصولیان قرار گرفت و از آن پس مباحث اصول بر پایه ترتیب ابتکاری وی دنبال شد. او این اصل و الگوی کلی را طرح کرد: «ان المکلف اذا التفت الی حکم شرعی فإما ان یحصل له الشک فیہ أو القطع أو الظن» وقتی مجتهد حکمی از شریعت را می‌نگرد یا نسبت به آن شک یا قطع و یا ظن برایش پدید می‌آید. بر همین اساس مباحث دومین بخش از علم اصول را بدین ترتیب در آورد: فالکلام یقع فی مقاصد ثلاثه: الاول فی القطع والثانی فی الظن والثالث فی الاصول العملیه. پس تمام سخن در طی سه مقصد بیان می‌شود: اول در قطع و دوم در ظن و سوم در اصل عملیه. بر اساس این ترتیب جدید، مسائل اصول (جز مباحث الفاظ) در قالب سه عنصر قطع، ظن و شک ارائه شد.

قطع

این عنوان، شامل تمامی بررسی‌هایی است که درباره (قطع) یا (علم)، در دانش اصول مطرح است. مهم‌ترین عناوین مورد بحث، در این بخش، عبارت‌اند از: حجیت قطع، انواع قطع و بیان ویژگی هر یک، راه‌های حصول قطع و اعتبار هر یک، تجزی (خلاف آمد قطع با واقع) و اقسام آن، تفاوت علم تفصیلی با علم اجمالی از جهت اعتبار، چگونگی اعتبار علم اجمالی و بررسی موارد آن و موارد مشابه.

ظن

این بخش به بررسی مسائلی اختصاص دارد که ظن‌های معتبر در شریعت از ظن‌های غیر معتبر بازشناخته می‌شود. مسائل این بخش عبارت‌اند از: اعتبار و حجیت ظن از دیدگاه عقل و شرع، ظن‌های معتبر آنچه به کمک آن‌ها مراد شارع از الفاظ قرآن و حدیث به دست می‌آید، ظواهر قرآن و حدیث، اجماع منقول، شهرت فتوایی، خبر واحد، اعتبار مطلق ظن (دلیل انسداد) و امثال ذالک.

شک

در این بخش که بخش اصول عملیه نامیده می‌شود، از اصول و قواعدی بحث می‌شود که در صورت عدم دستیابی به حکم واقعی شریعت، به کمک این اصول دستورالعمل

ظاهری شریعت استنباط می‌شود. شایان ذکر است که بیش از نصف کتاب (فرائد الاصول)، به تبیین و تشریح این اصول اختصاص یافته است. شیخ انصاری در خصوص مسائل این بخش می‌نویسد: «ان المقصود بالكلام فی هذه الرسالة الاصول المتضمنه لحکم الشبهه فی الحکم الفرعی الکلی وان تضمنت حکم الشبهه فی الموضوع ایضاً وهی منحصره فی اربعة: اصل البرائة واصل الاحتیاط والتخیر والاستصحاب» هدف بحث در این رساله بیان اصول و قواعدی است که احکام فقهی را در موارد مشتبه و مشکوک، روشن می‌کند، اگرچه این اصول، حکم موضوع مورد شک را نیز، می‌فهماند. این‌ها منحصر به چهار اصل می‌باشند: اصل برائت، اصل احتیاط، اصل تخیر و اصل استصحاب. این اصول هم در احکامی که مورد شک است، جریان می‌یابند و حکم کلی شرع را معلوم می‌کنند، مانند جریان اصل احتیاط یا تخیر، در حکم نماز جمعه و نماز ظهر در زمان غیبت و هم در موضوعات مشکوکی که دارای حکم شرعی اند جاری می‌شوند و موضوع را معلوم می‌کنند، مانند جریان اصل استصحاب در مورد وضوی شخصی که نسبت به وضوی خود شک دارد. شیخ انصاری در سخنی که از او یاد شد، هدف اصلی در بخش اصول عملیه را تبیین و بررسی جریان اصول در احکام مشکوک، می‌داند، اما جریان این اصول در موضوعات مورد شک را هدف ضمنی می‌شمارد؛ زیرا در دانش اصول از قواعد و اصولی بحث می‌شود که در استنباط احکام کلی شریعت، نقش دارد و مجتهد را در کشف و اجتهاد این‌گونه احکام یاری می‌رساند. ولی جریان اصول در موضوعات، حکم جزئی را روشن می‌کنند. علاوه این تشخیص موضوعات وظیفه شخص مکلف است، نه وظیفه مجتهد.

خلاصه اینکه شیخ انصاری با دست یازیدن به ترتیب‌بندی جدید، مباحث علم اصول را ساختارمند نمود و آن را به علمی دارای چارچوب منطقی بدل نمود و به مسائل آن نظم و سامان بخشی. این ابتکار نیز اقبال یافت و در دانش اصول پایدار ماند.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

در پرتو آنچه گفته آمد، می‌توان نتیجه گرفت که:

اولاً، بیشترین موفقیت شیخ انصاری در ایجاد تحول علم اصول، به دومین بخش این علم، یعنی مباحث: ادله عقلیه، ادله اجتهادی احکام و اصول عملیه، مربوط می‌شود. ثانیاً، نظریه (حکومت و ورود)، ابتکار بارز و برجسته‌ای است که از سوی شیخ ارائه گردید.

ثالثاً، در پرتو این نظریه، قانونمندی تقدیم برخی از ادله، نسبت به برخی دیگر آشکار گردید و تمایز جایگاه ادله اجتهادی و ادله فقهاتی نیز از یکدیگر بازشناخته شد. رابعاً، کاربرد و کارایی این نظریه در اجتهاد و استنباط احکام، موجب شد پذیرش عام یا بد و صاحب‌نظران پس از وی بیشترین توجه خود را در جهت تبیین و تکمیل زوایای آن، معطوف دارند.

خامساً، محوربندی ترتیب و تنظیم مسائل و مباحث علم اصول ابتکار دیگری بود که شیخ انصاری بدان دست یازید. بر اساس این ترتیب، مسائل دومین بخش از اصول، در قالب سه عنصر: قطع، ظن و شک، مطرح شد و نظم و سامانی نوین بر آن حاکم گردید. سادساً، با موشکافی و تحقیق بی‌نظیر، درباره اصول عملیه توانست این اصول را به شیوه کاملاً استدلالی مطرح کند و به‌صورت روشمند آن‌ها را تبیین کند.

اگرچه شیخ اعظم یکی از قلیل رفیع فقاهت است و دو علم «اصول فقه» و «فقه» در پرتو خلاقیت، نوآوری، مساهمت فکری و مجاهدت علمی بی‌بدیل او شکوفایی و بالندگی خاصی را تجربه نمود، اما این به‌هیچ‌وجه بدین معنا نیست که به مرزهای وجودی این دو علم رسیده‌ایم. بدیهی است که موضوعات و مسائل جدید در هر علم روش‌ها و پاسخ‌های ویژه خود را می‌طلبند. امروزه در پرتو پیشرفت‌هایی که در معرفت‌شناسی، هرمنوتیک، فلسفه تحلیلی، منطق جدید و زبان‌شناسی رخ داده است، می‌توان دو علم ارزشمند «اصول فقه» و «فقه» را بازخوانی و بازسازی نمود.

منابع

۱. انصاری، شیخ مرتضی، المكاسب، ج ۱، چاپ تبریز.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول، ج ۱، انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین، قم.
۳. انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول، ج ۲، انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین، قم.
۴. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، داراحیاء التراث العربی، بیروت.
۵. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۹، داراحیاء التراث العربی، بیروت.
۶. مظفر، شیخ محمدرضا، اصول الفقه، ج ۲، نشر دانش اسلامی.
۷. مغنیه، محمد جواد، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ج ۱، دارالعلم للملایین، بیروت.
۸. میرزا موسی تبریزی، أوثق الوسائل، ج ۱، کتبی نجفی، قم.

تحلیل و بررسی قتل عمد در قرآن کریم و قوانین کیفری افغانستان

سید روح الله نقوی^۱

چکیده

قتل عمد و مجازات آن، پیشینه‌ی به درازای تاریخ بشر دارد و همواره با فراز و نشیب، افراط و تفریط همراه بوده است. در زمان نزول آیات الهی، دو دین آسمانی یعنی یهودیت و نصاری راه افراط و تفریط را در پیش گرفته بودند. در میان یهود مجازات قتل عمد، مطلقاً قصاص بود و نصاری مطلقاً قصاص را نفی می‌کرد. در بین اعراب نیز قصاص بود، اما منوط به قدرت قبیله‌ای که بعضاً، باعث قتل‌ها و جنگ‌های طولانی می‌شد و اگر قبیله‌ای قدرت انتقام و مقابله نداشت، قاتل هرگز مجازات نمی‌شد. اما اسلام راه وسط و به دور از افراط و تفریط ارائه نمود که ارزش و احترام بسیار والای به انسان داده است؛ قصاص را مجازات قتل عمد قرار داده و همچنین عفو و دیه را توصیه نموده است. قوانین کیفری افغانستان، در باب حدود، قصاص و دیات ساکت است؛ زیرا این مباحث را به فقه حنفی شریعت اسلام ارجاع نموده است اما در طی مواد قانونی، در صورت عدم اجرای مجازات قصاص بر اساس فقه، مرتکب قتل عمد را به مجازات‌های تعزیری محکوم نموده است. این پژوهش با تکیه بر مطالعات کتابخانه‌ای متکفل جمع‌آوری داده‌ها، استخراج مفهوم و تنظیم شده است؛ که نگاه قرآن و قوانین کیفری افغانستان را نسبت به جنایت بر نفس به صورت عمد می‌نمایاند.

واژگان کلیدی: قتل عمد، فلسفه قصاص، اهمیت قتل عمد در قرآن، واکنش کیفری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی.

مقدمه

در همه مکاتب حقوقی، جنایت بر نفس یکی از مهم‌ترین جرائم است و همیشه مجازات شدید را در پی داشته است. بر این اساس امروزه نیز مورد توجه جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی جنایی است. چنانکه می‌دانید دین اسلام دین جامع است و معجزه جاوید، قرآن را به همراه دارد که برای هر درد بشر درمانی دارد، پس نیاز بشریت امروز از یک سو، و تهاجم تبلیغاتی و فرهنگی دشمنان اسلام و سعادت انسان‌ها از سوی دیگر و همچنین اسلامی بودن قوانین و دین مردم افغانستان، ضرورت مطالعه تطبیقی این موضوع را ایجاب می‌نماید. پس ابهام و مسأله که به دنبال تبیین آن هستیم این است که نگاه قرآن کریم به قتل عمد و مجازات او چگونه است و این موضوع آن‌طور که باید در قوانین کیفری افغانستان منعکس شده است؟ بر این اساس در این نوشته به این پرسش اصلی و دیگر پرسش‌های فرعی پاسخ داده شده و نتیجه لازم گرفته خواهد شد.

۱. کلیات

قتل انسان در مباحث فقهی و حقوقی به اقسام مختلف تقسیم و تعریف شده است که هر کدام مبنای خود را دارد، با توجه به موضوع بحث که یک قسم بدون اختلاف از قتل یعنی قتل عمد است، ما در مباحث ذیل قتل عمد را مفهوم‌شناسی نموده، اقسام آن را برشمرده و تاریخچه کوتاهی از آن را بیان می‌کنیم.

۱-۱. مفهوم‌شناسی

تبیین واژه قتل عمد جهت تأثیرگذاری در مباحث آینده و تعیین محل نزاع، مهم و ضروری به نظر می‌رسد، لذا آن را از نظر لغت و اصطلاح تبیین می‌نماییم.

۱-۱-۱. قتل عمد در لغت

قتل عمد در کتب لغت چنین آمده است: «قتلی که در عمل و قصد هر دو عمد باشد و آن هنگامی است که عاقل بالغی آهنگ کشتن به وسیله‌ی که غالباً به آن قتل واقع گردد کند. در این صورت قصاص کنند.» (معین، ۱۳۷۶، ص ۲۶۳۹) «قتل عمد موجب قصاص است نه دیه و قتل عمد هنگامی است که عاقل بالغی آهنگ کشتن کند به وسیله‌ی که

غالباً بدان قتل واقع گردد و اگر قصد کشتن کند با وسیله‌ای که ندرتاً به آن قتل محقق شود و اگر قتل تحقق یافت در این صورت اظهر این است که قصاص می‌شود» (دهخدا، ۱۳۳۷، ص ۱۶۲).

۱-۱-۲. قتل عمد در اصطلاح

قانون جزای افغانستان تعریف از قتل عمد ارائه نکرده شاید دلیل آن ارجاع جرائم موجب مجازات‌های حدود، قصاص و دیات به فقه باشد؛ اما در فقه، قتل عمد را مفصلاً تعریف نموده‌اند. به هر صورت می‌توان گفت، تعریفی که فقها و حقوق‌دانان ارائه می‌کند این است که قتل خارج کردن روح از بدن انسانی توسط انسان دیگر است. به هر حال در ذیل تعریف از منظر قرآن و قوانین کیفری افغانستان (هرچند ناقص) خواهیم آورد.

۱-۱-۲-۱. تعریف قتل عمد در قرآن

قرآن کریم می‌فرماید: «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا» (مانده، ۳۲). هر کس کسی را جز به قصاص قتل یا [به کیفر] فسادی در زمین بکشد چنان است که گویی همه مردم را کشته باشد.

از فراز اول آیه کریمه استفاده می‌شود که در قتل عمد نوع تعمد باید باشد، زیرا اگر سهواً باشد؛ اینکه در برابر نفس و یا به خاطر فساد مقتول در زمین نباشد معنی ندارد همچنان که در ادامه می‌فرماید قاتل این چنینی مانند کسی است که سوءقصد جان همه انسان‌ها را کرده است. لذا قتل عمد کشتن کسی با تعمد در فعل و قصد است (در قتل استفاده از ابزار کشنده به منزله قصد کشتن است) در حال که مقتول در حمایت شرع باشد.

۱-۱-۲-۲. تعریف قتل عمد در قانون

در مواد ۳۹۴ تا ۳۹۶ قانون جزای افغانستان که در مورد قتل عمد و مجازات آن است؛ تعریف از قتل عمد به میان نیامده است، بلکه احکام آن را بیان کرده است که در صورت سقوط قصاص، قاتل تعزیر می‌شود؛ و یا اینکه مرتکب قتل عمد در چه صورت محکوم به اعدام می‌شود؛ اما در فقه جزایی قتل عمد غالباً این‌گونه تعریف می‌شود: «وهو ازهاق النفس المعصومة المكافئة عمداً و عدواناً» (محقق حلی ق ۱۴۰۸، ص ۱۸۰).

«قتل عمد موجب قصاص عبارت است از اخراج نفس محترم و برابر به‌طور عمد و عدوان» (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۳۷).

۱-۲. تاریخچه قتل عمد

قتل عمد جرمی بسیار قدیمی است که از زمان استقرار نسل بشر بر زمین تا امروز وجود داشته و در طول تاریخ از مجازات‌های سنگین برخوردار بوده است که در اکثر موارد با افراط و بی‌عدالتی‌های در مجازات و یا به دلایل با عدم مجازات همراه بوده است؛ اما بعد از ظهور اسلام در مسیر عدالت و راه میانه قرار گرفته است که در گفتارهای این مسأله بیان می‌شود.

۱-۲-۱. قتل عمد قبل از اسلام

قتل عمد از جرائم سنگین و زنده‌ای است که با استقرار نسل آدمی بر زمین همراه است، همچنان که قرآن کریم در مورد فرزندان آدم، داستان آن‌ها را مطرح نموده و می‌فرماید: «فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ» (المائده، ص ۳۰). «پس نفس [اماره] اش او را به قتل برادرش ترغیب کرد و وی را کشت و از زیانکاران شد».

در اجتماعات بدوی به دلیل انحصار روابط اجتماعی در رفع نیازهای اولیه زندگی، عدم وجود قدرت و حاکمیت مرکزی، موجب می‌شد زیان‌دیدگان از جنایت، رأساً نسبت به مجازات مجرمین اقدام نمایند. چراکه اولیاء مقتول از حمایت قدرت اجتماعی در جریان اعمال کیفر بر قاتل محروم بوده، مقابله با جانی را اقدامی کاملاً خصوصی و خانوادگی، تلقی می‌کردند که بی‌هیچ ملاک و ضابطه منطقی علیه مجرم اجرا می‌گردید. از این رو، گاه یک قتل، جنگ‌ها و قتل‌های بی‌شماری را در پی داشت به طوری که در بسیاری موارد منسوبین قاتل نیز از خشم بستگان مقتول مصون نبودند» (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۲۴).

۱-۲-۲. قتل عمد پس از اسلام

در زمان نزول آیات نورانی قرآن کریم سه نوع برخورد را در مقابل مرتکب قتل عمد می‌توان بررسی کرد:

۱- مجازات قتل در میان اعراب فقط به صورت قصاص و قتل بوده، هیچ‌گونه حدومرزی

نداشت و صرفاً بستگی به قدرت و ضعف قبایل داشت، گاه مردی را در مقابل مردی می‌کشتند و زن را در مقابل زن و گاه ده نفر را در مقابل یک نفر و در مواردی کار به جایی می‌رسید که قبیله را به خاطر یک نفر نابود می‌کردند (صادقی ۱۳۸۴، ص ۲۹).

۲. یهود صرفاً به قصاص معتقد بودند چنانکه در کتاب تورات در باب ۲۱، آیه ۲۳ و ۲۴ همچنین در باب ۲۵، اعداد در چند مورد آمده است: «او قاتل است و قاتل البته کشته شود» (قبله‌ای خوی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۷).

۳. در میان نصاری به طوری که نقل می‌کنند، در هیچ مورد قتل تجویز نشده و فقط عفو و دیه در کار بوده است (صادقی ۱۳۸۴، ص ۲۹).

اما اسلام به انسان و حیات او ارزش والای را قائل است که هم به مقتول توجه دارد و هم به قاتل تا در مورد او عدالت رعایت شود و اوست که مجازات می‌شود و نه افراد دیگر.

زمانی که جامعه بشری، در مورد مجازات قاتل قتل عمد، دچار افراط و تفریط بود، «اسلام در این قسمت یک مسلک واسط و حد وسطی را انتخاب کرده، یعنی نه به کلی قصاص را الغاء کرده و نه آن را راه منحصر شمرده است، به این ترتیب که اجازه قصاص داده و در عین حال عفو و دیه را نیز مجاز دانسته است و در ضمن در قصاص تعادل و مساوات بین جنایت و کیفر را الزامی کرده است» (صادقی ۱۳۸۴، ص ۲۹).

۱-۳. اقسام قتل عمد

قتل عمد در فقه و حقوق بر اساس یک تعریف کلی خارج کردن روح از بدن انسان توسط انسان دیگر است؛ هر چند این اخراج روح تعبیر مجازی است، لذا گرفتن جان یک انسان به طور عمد می‌تواند به دو قسم باشد که یا مورد حمایت قانون و قرآن است و یا مورد نهی قانون و قرآن است. از این جهت اقسام قتل عمد را در ذیل مطرح می‌کنیم:

۱-۳-۱. قتل عمد مشروع

قتل عمد مشروع، قتلی است که قرآن آن را ظلم نمی‌داند و بلکه به آن دستور می‌دهد و همچنین قانون به انجام آن دستور می‌دهد و یا در مواردی حمایت خود را از مقتول برداشته است که در ذیل به آن اشاره می‌کنیم.

۱-۱-۳-۱. قتل عمد مشروع در قرآن

قرآن کریم می‌فرماید: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا» (اسراء، ۳۳). (و هر کس مظلوم کشته شود به سرپرست وی قدرتی داده‌ایم پس [او] نباید در قتل زیاده‌روی کند زیرا او [از طرف شرع] یاری شده است). با توجه به این آیه، قتل که برای استیفای قصاص باشد گرچه عمد است ولی مشروع است و یا در آیه دیگر که می‌فرماید: «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده، ۳۲). (هر کس کسی را جز به قصاص قتل یا [به کیفر] فساد در زمین بکشد چنان است که گویی همه مردم را کشته باشد. پس قتل در برابر نفس و یا به دلیل فساد در زمین شامل این حکم نمی‌شود، بلکه اجازه کشتن با رعایت شرایط را دارد.

۱-۱-۳-۲. قتل عمد مشروع در قانون

بر اساس مواد قانونی در برخی شرایط قتل عمد مجاز شمرده شده و فاعل آن از مجازات معاف است مثل دفاع مشروع. در این مورد قانون جزای جمهوری اسلامی افغانستان مقرر می‌دارد: «شخصی که به اثر دفاع از ناموس، زوجه یا یکی از محارم خود را در حالت تلبس به زنا یا وجود او را با شخصی غیر در یک بستر مشاهده و فی الحال هر دو یا یکی از آنها را به قتل رسانده یا مجروح سازد، از جزای قتل و جرح معاف اما تعزیراً حسب احوال به حبسی که از دو سال بیشتر نباشد، محکوم می‌گردد» (قانون جزای افغانستان، ۱۳۸۸، ماده ۳۸۹). قاتل در این ماده از قصاص معاف شده است و فقط به تعزیر از طرف حکومت محکوم می‌شود.

همچنین، در مورد، قصاص کسی که مرتکب قتل عمد نامشروع شده است، اشعار می‌دارد: «مرتکب قتل عمد در یکی از حالات آتی به اعدام محکوم می‌گردد» (قانون جزای افغانستان، ۱۳۸۸، ماده ۳۹۵). هرچند این ماده در مورد قتل عمد نامشروع و غیرقانونی است، اما می‌توان از آن استفاده کرد که قصاص‌کننده از طرف قانون اجازه قتل دارد و قصاص شده یا معدوم مورد حمایت قانون نیست.

۱-۳-۲. قتل عمد نامشروع و موجب قصاص

قتل عمد نامشروع و موجب قصاص، آن قسم از قتل عمد است که از قتل عمد در قانون

مراد است؛ لذا بعد از این، وقت واژه قتل عمد (بدون صفت مشروع یا نامشروع) استفاده می شود این قسم از قتل عمد مورد نظر است و آن قتل است که توسط قرآن کریم و قوانین کیفری منع شده و موجب قصاص است.

۱-۳-۲-۱. قتل عمد نامشروع در قرآن

در مورد قتل عمد قرآن کریم می فرماید: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ» (الإسراء، ۳۳). «و نفسی را که خداوند حرام کرده است جز به حق مکشید». بر اساس این دستور قرآن کریم نفس انسانها محترم است و کشتن آن مشروعیت ندارد؛ مگر آنکه شرع اجازه داده باشد.

در آیه شریفه دیگر می فرماید: «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده، ۳۲). «هر کس کسی را جز به قصاص قتل یا [به کیفر] فسادی در زمین بکشد چنان است که گویی همه مردم را کشته باشد. بر اساس این آیه، قتل عمد که به موجب قصاص و یا فساد طرف نباشد مثل قتل همه انسانها است که خود نشان دهنده شدت قبح این جرم از نظر قرآن است.

در آیه مبارکه دیگر آمده است: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (بقره، ۱۷۹). «و ای خردمندان شما را در قصاص زندگانی است باشد که به تقوا گرایید»، و همچنین در این آیه حکمت قصاص که مجازات همان قتل عمد بدون مجوز است بیان می فرماید و بر حمایت از حیات انسان تأکید دارد.

۱-۳-۲-۲. قتل عمد نامشروع در قانون

در مواد قوانین موضوعه، از حیات انسان حمایت صورت گرفته است و کسی بدون مجوز قانونی حق سلب آن را ندارد.

قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان اشعار می دارد: «(زندگی) موهبت الهی حق طبیعی انسان است هیچ شخص بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی گردد» (قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۸، ماده ۳۲). بر اساس این اصل قانون اساسی از انسان و حیات او حمایت شده است که تبعاً قتل او موجب مجازات است. و در قانون جزا چنین آمده است: «مرتکب قتل عمد در یکی از حالات آتی به اعدام محکوم می گردد». (قانون

جزای افغانستان، ۱۳۸۸، ماده ۳۹۵) به موجب این ماده مجازات اصلی و اولیه قتل عمد مرگ است مگر در موارد خاص که در مواد بعدی آمده است و این ماده گواه بر شدت این جرم است که مجازات سنگین اعدام را دارد.

۲. جرم قتل عمد در قرآن

از نظر قرآن کریم قتل عمد نه تنها جرم و ظلم است؛ بلکه در شرایطی که بشر در دام افراط، تفریط و بی‌عدالتی گرفتار بود، احکام حکیمانه‌ای در مورد قتل عمد و مجازات حیاتی قصاص را مقرر نمود و راه زیبا و دارای سود دنیای و اخروی «عفو» را در جلوی چشم انسان‌ها گذاشت که در مباحث آتی به آن اشاره می‌شود.

۲-۱. اهمیت قتل عمد و مجازات آن در قرآن

قرآن کریم به قتل عمد که در طول تاریخ حیات بشر همواره جرم بوده است، اهمیت ویژه می‌دهد و بر این اساس مجازات او را قصاص می‌داند؛ که این دو نکته را در ذیل بیان می‌داریم.

۲-۱-۱. اهمیت جرم قتل عمد در قرآن

اهمیت که قرآن به این جرم می‌دهد به خاطر اهمیت خود انسان در نزد قرآن است که قتل یک انسان را مساوی با قتل همه بشریت می‌داند: «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مانده، ۳۲). قتل و زندگی همه انسان‌ها در آیه، «کنایه است از اینکه ناس و یا انسان‌ها همگی یک حقیقت‌اند، حقیقتی که در همه یکی است، یعنی یک فرد از انسان‌ها و همه انسان‌ها در آن حقیقت مساوی هستند، پس اگر کسی به یکی از انسان‌ها سوء قصد کند گویی به همه سوء قصد کرده است. (طباطبایی، ۱۳۸۸، ص ۵۱۸)

۲-۱-۲. مجازات قتل عمد و شرایط آن

قرآن کریم مجازات قتل عمد را قصاص می‌داند که در صورت محقق بودن شرایط آن و عدم عفو ولی دم، قاتل قصاص می‌شود.

۲-۱-۲-۱. مجازات قصاص

قرآن کریم می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ» (بقره، ۱۷۸). «ای کسانی که ایمان آورده‌اید در باره کشتگان بر شما [حق] قصاص مقرر شده». در این آیه که به دنبال داستان فرزندان آدم مطرح می‌شود از این جهت که نوع انسان گرفتار حسد و... می‌شود و دیگری را می‌کشد مجازات او قصاص است.

۲-۱-۲-۲. شرایط قصاص

در ادامه آیه فوق می‌خوانیم: «فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى» (بقره، ۱۷۸). «آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده و زن عوض زن». در این آیه و آیات دیگر قرآن، شرایط اعمال قصاص آمده که در این نوشته مختصر محل بحث آن نیست و هم به خاطر آنکه شرایط قصاص از موضوع بحث خارج و خود بحث گسترده‌ای است، به ذکر آن اکتفا می‌شود.

۲-۱-۳. عفو و دیه بدیل مناسب برای قصاص

در این رابطه قرآن کریم می‌فرماید: «فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءِ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ» (بقره، ۱۷۸). «و هر کس که از جانب برادر [دینی] اش [یعنی ولی مقتول] چیزی [از حق قصاص] به او گذشت شود [باید از گذشت ولی مقتول] به‌طور پسندیده پیروی کند و با [رعایت] احسان [خون‌بها را] به او پردازد این [حکم] تخفیف و رحمتی از پروردگار شمامست».

از آنجای که مجازات قصاص سنگین‌ترین مجازات‌ها است و انسان‌ها همواره در پی فرار و توجیه عدم اجرای آن بوده است، همچنان که در برخی مذاهب و مکاتب مشاهده می‌شود و راه‌های هرچند ناموفق برای آن می‌یابند؛ اما اسلام با مقرر نمودن قصاص، برای عدم اجرای آن راه موافق با عدالت و عاطفه انسانی را گزارده است که بهترین بدیل آن است؛ و آن عفو و دیه است. این را قرآن کریم رحمت الهی می‌داند.

۲-۲. فلسفه مجازات قتل عمد در قرآن

قرآن کریم همان‌طوری که بیان شد قصاص را مجازات قتل عمد می‌داند؛ اما از طرفی

بر عدم زیاده‌روی در قصاص تأکید دارد و همچنین این حکم را دارای حکمت می‌داند که برای بشر حیاتی است.

۲-۲-۱. تعادل و مساوات برای قصاص

در این رابطه قرآن کریم می‌فرماید: «فَمَنْ اَعْتَدَىٰ بَعْدَ ذٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ اَلِيْمٌ» (بقره، ۱۷۸). «پس هر کس بعد از آن از اندازه درگذرد وی را عذابی دردناک است». هیچ‌گونه زیاده‌روی را نمی‌پذیرد که در بین اعراب واقع می‌شد و یا بی‌عدالتی را رد می‌کند که در قوانین حمورابی به جای قصاص مرد که دختری را کشته بود دخترش را می‌کشت.

۲-۲-۲. حکمت پیشگیرانه و حیاتی قصاص

قرآن کریم می‌فرماید: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا اُولٰٓئِیَ الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (بقره، ۱۷۹). «وای خردمندان شما را در قصاص زندگانی است باشد که به تقوا گرایید». «این آیه از جهت فصاحت و بلاغت، شهرت زیاد دارد؛ زیرا قصاص گرچه مرگ است اما به جای حیات که زندگی است قرار گرفته است و یک قصاص موجب حیات انسان‌های زیاد دانسته شده است چراکه وقتی مرتکب قتل عمد، قصاص شود جلوی قتل‌های زیاد در جامعه گرفته می‌شود» (زراعت، ۱۳۷۹، ص ۳۱).

۳. جرم قتل عمد در قوانین کیفری افغانستان

در قانون جزای افغانستان قتل عمد تعریف نشده است و از طرفی موارد حدود، قصاص و دیات را به فقه حنفی ارجاع می‌دهد؛ اما از مواد این قانون رکن مادی و رکن روانی قتل عمد را می‌توان دریافت که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۳-۱-۱. رکن مادی قتل عمد

به وجود آمدن رکن مادی قتل عمد متوقف بر عناصر و شرایط است که هرکدام را جداگانه تبیین می‌نمایم.

۳-۱-۱-۱. شخص موضوع جنایت

موضوع جنایتی، علیه تمامیت جسمانی که قتل عمد فرد بارز آن است، انسان غیر از قاتل است و این جرم علیه غیر انسان مثل حیوانات واقع نمی‌شود؛ هرچند موجب

ضمان است و از طرفی باید انسان زنده باشد که در غیر این صورت جنایت بر مرده یا سقط جنین مطرح می‌شود. این مطلب را می‌توان از کلمات استفاده شده در ماده ۳۹۵ که می‌گوید اگر مقتول از اصول قاتل باشد یا می‌گوید اگر عمل قتل بر موظف خدمات عامه در اثنای اجرای خدمت و یا می‌گوید اگر قاتل قصد قتل بیش از یک نفر را داشته و در ماده ۳۹۶ که می‌گوید قاتل قصد قتل شخص واحد و... استفاده کرد.

۳-۱-۲. حمایت قانون از حیات مقتول

یکی از شرایط اساسی در وقوع قتل عمد حمایت قانون از حیات مقتول است، اگر قانون حمایت خود را از مقتول برداشته باشد قتل عمد واقع نمی‌شود؛ مثل دفاع مشروع. لذا مقرر می‌دارد: «شخصی که به اثر دفاع از ناموس، زوجه یا یکی از محارم خود را در حالت تلبس به زنا یا وجود او را با شخصی غیر در یک بستر مشاهده و فی الحال هر دو یا یکی از آن‌ها را به قتل رسانده یا مجروح سازد از جزای قتل و جرح معاف اما تعزیراً حسب احوال به حبسی که از دو سال بیشتر نباشد، محکوم می‌گردد» (قانون جزای افغانستان، ۱۳۸۸، ماده ۳۹۸). یا مواد ۳۹۵ و ۳۹۶ که کسانی را از حمایت قانون بیرون می‌کند. لذا قتل آن‌ها مجوز قانونی دارد که قتل عمد نیست و در تشکیل رکن مادی قتل عمد باید مقتول در حمیت قانون باشد.

۳-۱-۳. فعل ارتكابی

در قتل عمد، باید قصد ارتكاب جرم فعلیت یافته باشد؛ بنابراین با صرف قصد کشتن کسی قتل عمد محقق نمی‌شود؛ بلکه باید قتل به سبب و موجب فعل او باشد. «شخص از جرمی که نتیجه عمل جرمی او نباشد مسئول شناخته نمی‌شود.» (قانون جزای افغانستان، ۱۳۸۸، ماده ۲۸)؛ لذا از مواد ۳۹۵ و ۳۹۶ قانون جزا، معلوم می‌شود که فعل باید واقع شده و نتیجه محقق شده باشد.

۳-۲. رکن روانی در قتل عمد

قابل ذکر است که رکن روانی، باید بر مبنای استوار باشد تا رکن روانی قتل عمد را تشکیل دهد و آن عبارت است از: (۱) علم به موضوع؛ (۲) سوءنیت عام؛ (۳) معین بودن

هدف که در زیر توضیح داده می‌شود.

۳-۲-۱. علم به موضوع

در قتل، موضوع جرم انسان است و مرتکب در قتل عمدی باید به آن علم داشته باشد (آقایی نیا، ۱۳۸۵، ص ۶۵). این مبنا از اصطلاحات عمد، اصرار، مقتول، قاتل، قصد، یک نفر، چند نفر و... از مواد ۳۹۵ و ۳۹۶، به وضوح قابل استفاده است.

۳-۲-۲. سوءنیت

اصطلاحات «عمد در فعل»، «عمد در عمل» یا «قصد فعل» مترادف با سوءنیت عام در حقوق جزا به کار برده می‌شود. در تمام جرائم عمدی، سوءنیت عام از اجزاء اصلی رکن معنوی است (آقایی نیا ۱۳۸۵، ص ۶۶). این سوءنیت، از اصطلاحات «قاتل»، «قصد» و همچنین «عمد» در صدر ماده ۳۹۵، روشن می‌شود. البته قتل عمد که جرم مقید به نتیجه است سوءنیت خاص نیز لازم است که قاتل قصد کشتن و یا وسیله را که معمولاً کشنده است استفاده کند.

۳-۲-۳. معین بودن هدف

معین بودن هدف آن است که مقتول همان هدف باشد که قاتل قصد او را کرده باشد، بنابراین، خطا در نشانه‌روی در کار نباشد. این جزء از رکن روانی به دلیل اینکه قصاص، به فقه حنفی ارجاع شده است و در قانون تعریف نشده است در مواد قانونی واضح نیست، اما از مواد ۳۹۵ تا ۳۹۷ که در پی ارائه موارد و مصادیق قتل عمد است می‌توان استفاده کرد.

نتیجه‌گیری

قرآن کریم تجاوز به تمامیت جسمانی انسان به خصوص قتل عمد را جرم سنگین و مجازات شدید برای آن در نظر گرفته است که قصاص است و قصاص را مایه حیات انسان معرفی نموده است؛ اما در عین حال برای صرف نظر کردن از قصاص قاتل راه را در پیش روی ما قرار داده است که مطابق با عواطف انسانی و برخوردار از سعادت دنیایی و اخروی است که خود آن را به حق به رحمت الهی تعبیر می‌نماید.

قوانین کیفری افغانستان که قانون جزا فرد بارز آن است مصوب سال ۱۳۵۵ است. در آن زمان قانون‌گذار برای فرار از دشواری تدوین قانون جزای کامل و هم‌چنین به‌خاطر فشارهای سیاسی و... حدود، قصاص و دیات را به‌فقه حنفی ارجاع کرده است؛ و خود در راستای تعزیرات قانون جزا را تدوین نموده است. لذا هم‌قانون‌بازینی نشده است و هم ارجاع به‌فقه ابهام و اختلاف آرا را در پی خواهد داشت. با این وجود قوانین کیفری افغانستان قوانین اسلامی و دقیق است.

البته جای پژوهش در آیات قرآن کریم که مربوط به جنایت بر نفس می‌شود فراوان است؛ از جمله می‌توان به اصلاح و تربیت مجرم در قتل عمد از نظر قرآن اشاره کرد. هم‌چنین جای بحث در قوانین کیفری افغانستان باقی است؛ مثل قانونی بودن جرم و مجازات، کارایی نظام کیفری و تأمین اهداف حقوق کیفری با جرم‌انگاری کنونی جرم قتل عمد در حقوق کیفری.

منابع

قرآن کریم.

۱. آقایی نیا، حسین، ۱۳۸۵. جرائم علیه اشخاص، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۲. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۳۷. لغت‌نامه دهخدا، جلد ۳۸، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳. زراعت، عباس، ۱۳۷۹. شرح قانون مجازات اسلامی بخش قصاص، چاپ دوم، تهران: ققنوس.
۴. صادقی، محمدهادی، ۱۳۸۴. جرائم علیه اشخاص، چاپ هشتم. تهران: نشر میزان.
۵. علامه طباطبایی، سید محمدحسین، ۱۳۸۸. ترجمه تفسیر المیزان، چاپ بیست و هشتم، با ترجمه سید محمدباقر موسوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. فولادوند، محمد مهدی، ۱۳۷۳. ترجمه قرآن کریم، تدوین توسط محمدرضا انصاری و سید مهدی برهانی، تهران: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.
۷. قانون اساسی افغانستان، مصوب ۱۳۸۸.
۸. قانون جزای افغانستان، مصوب ۱۳۸۸.
۹. قبله‌ای خوی، خلیل، ۱۳۸۴. آیات الاحکام، تهران: سمت.
۱۰. محقق حلی، جعفر بن حسن، ق ۱۴۰۸. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۱. معین، محمد، ۱۳۷۶. فرهنگ فارسی، ج ۳، چاپ دهم، تهران: امیرکبیر.

سد ذرایع و مقدمه حرام

اسحاق عادل^۱

چکیده

این مسأله از زمان مالک و احمد حنبل مطرح شده است و آن را برای اثبات حرمت یا وجوب بسیاری از مسائل تمسک کرده‌اند و آن را به‌عنوان اصل فقهی پذیرفته‌اند. ابوحنیفه و شافعی در بعض جاها بدان تمسک کرده‌اند در نگاه اولیه سد ذرایع با مقدمه حرام فرق دارد، زیرا معمولاً اهل سنت به دلیل فقدان نص به قیاس و استحسان و امثال آن تمسک کرده‌اند که سد ذرایع هم در همین طریق است. برخلاف امامیه که با این مشکل مواجه نبودند. به منابع شیعی و اهل سنت من جمله اصول فقه مقارن حکیم^(۲) و اصول فقه و دایره المعارف فقه مقارن ... مراجعه شد. مقاله در دو بخش سد ذرایع و مقدمه حرام بیان شده است و روش به کار رفته در آن توصیفی تحلیلی است و داده‌ها از طریق مطالعه کتابخانه‌ای جمع‌آوری گردیده است. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که سد ذرایع شبیه مقدمه حرام است و به نظر می‌رسد که اهل سنت خواسته‌اند با طرح این مسأله قاعده‌ای را مطرح کنند و ضابطه‌مند کنند؛ شاید این به دلیل فقدان نص برای آن‌ها بوده است؛ اما به نظر می‌رسد این مسأله در فقه شیعه قابل ضابطه‌مندی است.

واژگان کلیدی: سد ذرایع، اصول، فقه، مقدمه حرام

۱. محقق و پژوهشگر، دکتری فقه قضایی، شماره تماس: ۰۷۴۵۴۹۲۳۳۲، ایمیل: esh.hoseini@gmail.com

مقدمه

به نظر اهل سنت ذریعه و مقدمه باهم تلازم ندارند، در نظر ایشان وجود مفسده متوقف بر مقدمه است، اما حتماً لازم نیست که منجر به مفسده شود، اما در ذریعه لازم است که به مفسده برسد، اما لازم نیست که وجود آن مفسده متوقف بر آن ذریعه باشد (الزحیلی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۴۲۶). مقدمه در نظر اهل سنت با مقدمه در نظر شیعه فرق دارد. مقصود اهل سنت از ذرایع غالباً مقدمات خارجی، زمینه‌سازی اجتماعی و ذهنی برای تحقق حکم است اما نظر شیعه از مقدمه بیشتر ناظر به مقدمات داخلی کار واجب و حرام است؛ مانند وضو برای نماز، تهیه مقدمات سفر حج، تهیه سلاح برای قتل بی‌گناهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۴۵) که این بیان ایشان زیاد واضح نیست. بله در مقدمه واجب اهل سنت متعرض مثال وضو، استطاعت برای حج، وقت برای نماز نشده‌اند و قدری فرق وجود دارد، اما در مقدمه حرام تقریباً سخن اهل سنت با شیعه یکی است ولی در مرحله استدلال راه آن‌ها به سمت استحسان و قیاس پیش می‌رود، برخلاف شیعه که جعل حرمت مستقل نمی‌کند مگر به واسطه جعل شارع. مثلاً برای عدم حجیت علم قاضی به این استدلال شده که متهم به رشوه‌خواری می‌شود (همان، ص ۳۴۶). در یک نظر دیگر مقدمه حرام مفهوم عام‌تری دارد نسبت به سد ذرایع و بیشتر ناظر به جائری است که مورد سوءاستفاده قرار گیرد؛ مثل حجیت علم قاضی، زیارت قبور برای زنان (همان، ص ۳۴۷). به نظر می‌رسد این دیدگاه درست نیست؛ بلکه مقصود از هر دو عام می‌باشد.

۱. سد ذرایع

۱-۱. معنای سد ذرایع

ذرایع را این‌گونه تعریف کرده‌اند: هی الوسيله التي يتوصل بها الى الشيء (الزحیلی، ۱۴۱۱ ق، ج ۱: ۴۲۳)؛ آن وسیله‌ای است که به آن وسیله به چیزی می‌رسیم. مراد از «شیء» هم از قرینه کلام فهمیده می‌شود که حرمت است یا وجوب، طاعت است یا معصیت. بعضی گفته‌اند: مراد از شیء احکام خمس است (الحکیم، ۱۳۹۰: ۴۰۸). مجمع فقه اسلامی بیان داشته که مراد منع مباحاتی است که منجر به مفسد یا ممنوعات می‌شود

(مجمع الفقه الإسلامی، بی تا: ۲۱۴). در این صورت فقط شامل محرمات می شود.

۱-۲. انواع ذرایع و محل نزاع

شهید اول ذرایع یا وسایل را به سه قسم تقسیم کرده است:

۱. قسم اول آن که امت بر منعش اجماع دارند. مثل القاء سم در آب، حفر چاه در طریق مسلمین، موانع را در راه انداختن، سب اصنام وقتی که بدانند مشرکان هم سب می کنند، بیع عنب برای خمرسازی و فروش چوب برای صنم سازی هم از این مثال ها است.

۲. آنچه امت بر عدم منعش اجماع دارند، مثل منع از کاشت درخت انگور شاید از انگورش شراب درست کنند، یا کسی منع کند از ساختن شمشیر چون ممکن است با آن مؤمنی کشته شود.

۳. موارد اختلافی مثل اینکه انگور بفروشد بر کسی که کارش ساخت خمر است و بیع به شرط اقراض و اجل، این موارد اختلافی را بعض عامه به نام سد ذرایع نامیدند که تا حد ۱۰۰۰ مسأله می رسد (مکی عاملی، بی تا. ج ۲: ۸۳).

ابن قیم ذرایع را به نسبت نتایج شان به ۴ قسم تقسیم کرده است:

۱. اینکه موضوعی باشد که منجر به مفسده شود مثل شرب مسکر که منجر به اسکار می شود.

۲. موضوعی باشد که منجر به امر جایز یا مستحب می شود، اما وسیله ای است که با قصد، برای حرام استفاده می شود؛ مثل کسی که نکاح می کند به قصد محلل واقع شدن، یا عقد بیع می کند به قصد ربا.

۳. وسایلی که وضع شده باشد برای امر جایز و قصد حرام هم از آن نشده، اما غالباً به حرام می رسد و مفسده آن راجح از مصلحت آن است؛ مثل سب آله مشرکین و تزئین زن های شوهر مرده در زمان عده.

۴. وسایلی که موضوع برای امر مباح باشد و گاهی به مفسده منتهی می شود و مصلحت آن راجح است از مفسده آن مثل نگاه به زنی که از او خواستگاری شده و کلام حق در مقابل سلطان جائز (الحکیم، ۱۳۹۰: ۴۰۸).

ابن قیم سه قسم اول را حرام دانسته است و فقط قسم چهارم را حلال دانسته است؛ اما مالکیه و حنابله قسم اول و دوم را فقط حرام دانسته‌اند که وسیله، موضوع برای حلال است اما قصد حرام از آن می‌شود (همان: ۴۰۹). موضوع بحث در ذرایع هم قسم دوم و سوم است.

۱-۳. تحریم حیل شرعی و اعتبار ذرایع

تحلیل حیل شرعی با سد ذرایع در تنافی است. در فقه شیعه مواردی وجود دارد که حیله شرعی حرام شده و شبیه به سد ذریعه است. یکی مثال شراب است که عقل آدمی را می‌برد. حال یک قطره شراب هم حرام است تا اینکه جلو بهانه‌جویی مردم را برای شراب‌خواری بگیرد. در مورد ربا هم این است که یک درهم ربا هم حرام است، اگر ربا به خاطر مفاسد اقتصادی که در بر دارد حرام شده است، یک درهم ربا این مفاسد را ندارد؛ اما به شدت از آن نهی شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ ق.: ۳۶).

این دو تا مثال این ذهنیت را ایجاد می‌کند که در فقه شیعه هم می‌توان سد ذرایع را بررسی و بدان تمسک کرد، اما با کمی دقت درمی‌یابیم که این دو مثال اولاً دلیل خاص مطلق دارد که با تمسک به اطلاق آن، یک ذره هم حرام است؛ اما اگر اطلاق نداشتیم، یا مثلاً دلیل این اطلاق را تقیید زده بود و گفته بود که یک قطره شراب حرام نیست و یا نه مسکر را به عنوان ملاک و علت بیان کرده بود، در این صورت قائل به جواز می‌شدیم بدون اینکه توجهی به سد ذرایع داشته باشیم. لذا سد ذرایع در فقه شیعه ضابطه نیست.

البته در تراحم بین اهم و مهم، اهم مقدم است، در اینجا سد ذرایع می‌تواند به عنوان دلیل تقدیم اهم نام برده شود. البته باید اهم بودن قبلاً احراز شده باشد. مثلاً احکام ثانویه بر احکام اولیه مقدم‌اند. این به دلیل حکومت یا ورود این احکام ثانویه بر احکام اولیه است. یا موضوع درست می‌کنند یا نفی موضوع می‌کنند راساً و یا با توسعه و تضییق در موضوع حکم اولیه. همین مسأله اگر در فقه اهل سنت بررسی شود، ای بسا آن‌ها تمسک به سد ذرایع کنند و بگویند باید سد ذرایع حرام ثانویه شود و لذا حکم ثانویه مقدم است، اما در این صورت مشکل دیگری پیش می‌آید که این ملاک در حرام اولیه هم هست و باید ذرایع آن هم سد شود. لذا نمی‌توان دلیل تقدم احکام ثانویه را بر

احکام اولیه سد ذرایع حکم ثانوی دانست، چون سد ذرایع حرام اولیه هم واجب است، همان طور که سد ذریعه حرام ثانویه واجب است.

اهل سنت بیان می‌دارند که فرق حیلہ شرعی و ذریعه این است که در حیلہ قصد است برخلاف ذریعه (مجمع الفقه الإسلامی، بی تا: ۲۱۴). این در حالی است که بر حرمت ذریعه، دلایلی را می‌آورند که حرمت ذریعه را دایر مدار قصد دانسته است، مثل الاعمال بالنیات؛ لذا در بیان ضابطه سد ذرایع تناقضات زیاد دیده می‌شود.

۱-۴. ادله بر اعتبار سد ذرایع

اهل سنت بر اعتبار سد ذرایع به دلایلی تمسک کرده‌اند که از این قرارند:

۱-۴-۱. کتاب

۱. «یا ایها الذین آمنوا لا تقولوا راعنا و قولوا انظرونا و اسمعوا و لیکافیرین عذاب الیم» (بقره، ۱۰۴)؛ یهود برای سب نبی از این کلمه استفاده می‌کردند و منظورشان، راعنا اسم فاعل از رعونه (حمق و سفه) بوده، اما مسلمین از این کلمه قصد نیکو داشتند و منظورشان انتظار و نگاه از ریشه مراعات بوده است (السلمی، ۱۴۲۶: ۲۱۲)؛ یعنی به ما گوش بده، به ما نگاه کن و توجه بنما!

۲. «و اسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر إذ يعدون في السبت إذ تأتیهم حیث انهم يوم سبتهم شرعا و يوم لا یسبون لا تأتیهم کذلک نبلوهم بما كانوا یفسقون» (اعراف، ۱۶۳)؛ استدلال به این آیه به این صورت است که از صید در روز شنبه منع شده بودند و ماهی‌ها در روز شنبه بر روی آب می‌آمدند و در غیر شنبه نمی‌آمدند و خدا آن‌ها را بدین وسیله امتحان کرد؛ اما آن‌ها در روز جمعه تور می‌انداختند و شنبه ماهی‌ها به تور می‌افتادند و یکشنبه آن‌ها را صید می‌کردند. لذا تور انداختن روز جمعه اشکال نداشت اما چون مقدمه و ذریعه صید حرام بود، تور انداختن هم ممنوع بود.

۳. «ولا یضربن بأرجلهن لیعلم ما یخفین من زینتهن» (نور، ۳۱)؛ زنان نباید پاهای خود را به زمین زنند، چون باعث می‌شود که زینت‌های مخفی آن‌ها معلوم شود. در اینجا ذریعه زدن پاها است که سبب می‌شود حرامی مرتکب شود و آن صدای خلخال است که نباید مردان نامحرم بشنوند و از خلخال پنهان آن‌ها آگاه شوند.

۴. «وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ» (انعام، ۱۰۸)؛
 بت‌های آنان را سب نکنید پس آن‌ها خدا را سب کنند به خاطر دشمنی بدون علم. در
 اینجا هم سب بت‌ها سبب و وسیله است برای سب خدا که آیه از آن نهی کرده است.
 جوابی که به این ادله می‌توان داد این است که هرکدام از این موارد مورد خاصی را
 بیان می‌کنند نه قاعده کلی را تا اینکه هر وسیله‌ای را که به حرام منجر می‌شود را حرام
 کند. بلکه در خصوص هر مورد ممکن است دلیل افاده حرمت کند. ثانیاً اینکه در بسیاری
 از این موارد فلسفه یا حکمت حکم بیان شده است که حکم دایر مدار آن نیست. در
 مورد صید هم می‌توان گفت که این آیه بیشتر دلالت بر حرمت حيله می‌کند تا اینکه
 دلالت بر حرمت مقدمه و ذریعه حرام نماید.

۱-۴-۲. سنت

۱. «دع ما یریک الی ما لا یریک» (الزحیلی، ۱۴۰۱، ج ۱: ۴۳۹). آنچه که بدان شک
 داری را رها کن به سوی آنچه که بدان شک نداری. ذرایع حرام هم موارد مشکوک‌اند
 و این روایت آن‌ها را نهی کرده است.

۲. «ان الحلال بیّن و ان الحرام بیّن و بینهما امور مشتبهات»؛ با توجه به روایت موارد بیّن
 را باید اخذ کرد نه امور مشتبه را که ذرایع از آن‌ها است.

۳. «من حام حول الحمی یوشک ان یواقعه»؛ کسی که به محظور و گناه نزدیک شود
 نزدیک است که در آن واقع شود. در اینجا از نزدیک شدن به گناه نهی شده که ذرایع
 حرام را در بر می‌گیرد.

۴. «الإثم ما حاک فی صدرک و کرهت ان یطلع علیه الناس» (همان)؛ یعنی گناه آن است
 که رسوخ کند در سینه‌ات و کراهت داشته باشی که مردم بر آن اطلاع پیدا کنند. طبق
 این حدیث در گناه انسان کراهت دارد که مردم اطلاع پیدا کنند و در ذرایع حرام نیز
 این‌گونه است؛ لذا شامل حدیث می‌شود.

۵. «استقت قلبک و ان افتاک قلبک المفتون»؛ قلب خود را نگر دار، اگر چه قلب فریفته
 تو آن را جایز بشمارد. در موارد ذرایع هم انسان فریفته است اما نباید داخل آن شود.

۶. «ان من اکبر الكبائر ان یلعن الرجل والدیه قیل یا رسول الله کیف یلعن الرجل والدیه

قال یسب ابا الرجل فیسب اباه و یسب امه و فیسب امه» (همان، ص ۴۴۰). در این مورد سبّ پدر دیگری می‌کند، دیگری هم پدر او را سب می‌کند، لذا از اکبر کبائر شمرده شده است. به همین جهت باید از این ذریعه منجر به حرام اجتناب کرد.

اما بر همه این روایات اشکال وارد می‌شود. هیچ‌کدام تصریح به حرمت ندارند و اعم از مدعی هستند. نهی از موارد مشکوک، ممکن است به‌عنوان یک راهنمایی باشد و ارشاد به حکم عقل نه اینکه جعل حرمت کند. ضمن اینکه با روایاتی که اصل را بر برائت دانسته و اینکه در دین حرج قرار داده نشده منافات دارد. این امر موجب حرج و عسر در زندگی می‌شود و صرف بیان اینکه بین حلال و حرام امور مشتبه است، به معنای نهی نیست بلکه به معنای ارشاد به حکم عقل است و نهایت کراهت را بیان می‌کند و حدیث جنبه اخلاقی دارد نه جنبه فقهی. حدیث سوم هم ظاهر در ارشاد است. اینکه صفت گناه چیست هم بیانگر حرمت و سیله به حرام نیست. نگه‌داری قلب هم از گناه مربوط به خود گناه است نه مقدمه آن. شتم پدر دیگری خود فی نفسه حرام است و ثانیاً موردی است. به موارد دیگر سرایت داده نمی‌شود. خلاصه اینکه ذرایع حرام حتماً خاصیت گناه داشته باشد، لذا اینکه شامل نهی مولا باشد ثابت نیست. حتی در گناه و معصیت هم مردم باکمال جرئت آن را انجام می‌دهند بدون اینکه در خود احساس ناراحتی کنند؛ و در بسیاری موارد که شخص مقدمه حرام را انجام داده اما به حرام منتهی نشده خود را مقصر نمی‌داند. خلاصه این دلایل‌ها قاصرند و برفرض دلالت، مبتلا به معارض‌اند.

مثال‌های دیگری به‌عنوان شواهد قولی و عملی از سنت بیان شده است؛ مانند نهی از شتم پدر غیر تا اینکه منجر به شتم پدر خودش نشود، خواستگاری در زمان عده جایز نیست تا اینکه منجر به ازدواج در زمان عده نشود، نهی از بیع و سلف باهم تا اینکه منجر به ربا نشود، همچنین نهی شده از قبول هدیه مقترض تا اینکه جزو دینش حساب نشود و منجر به تأخیر دین نشود به خاطر هدیه، در نتیجه منجر به ربا نشود، و نیز خدا نهی کرده از اینکه ارث به قاتل برسد تا اینکه قتل منجر به وسیله‌ای برای رسیدن به ارث نشود، خدا رسول خدا را نهی کرد از قرائت بلند قرآن در مکه تا اینکه منجر به سب قرآن

توسط مشرکین نشود (همان). در اکثر این موارد علت غایی حکم بیان شده است که حکم دایر مدار آن نیست.

نقد کلی

فرق است بین هدف حرام و بین حکمت مسأله، اکثر مواردی که اهل سنت بدان استدلال کرده‌اند از موارد حکمت است که حکم دایر مدار آن نیست، بلکه فقط حکمت مسأله است که غالبی است و ممکن است در بعضی از موارد این حکمت صادق نباشد در عین حال حکم باید جاری شود، زیرا قانون در همه جا یکسان است اگرچه حکمتش در آن مورد خاص نباشد. بسیاری از مثال‌هایی که اهل سنت بدان استدلال کرده‌اند مواردی است که خود عمل فی نفسه حرام است و ادامه‌اش اگر بیان شده حکمت است لذا این فعل حرام ذریعه نیست بلکه خودش حرام است. البته بعضی مثال‌ها ذریعه به حرام است.

در وسیله حرام، گاهی از یک وسیله شخص نیت حرام می‌کند، این عمل شخص مذموم است، اما اینکه لزوماً حرام باشد و مجازات مستقلاً داشته باشد، نیست، ای بسا کسی مقدمه حرام را انجام دهد به قصد توصل به حرام ولی به آن نرسد، بعید نیست که این مورد را از موارد تجری بدانیم که بسیاری از علما برای تجری عقاب قائل نیستند و ممکن است آن را از لحاظ قانونی جزو موارد شروع به جرم بدانیم که در این صورت مجازات حد اقلیان جرم برای شخص ثابت است؛ و ممکن است این عمل را صرفاً از لحاظ اخلاقی درست ندانیم اما اینکه جرم باشد، نتوان آن را جرم دانست.

به نظر می‌رسد که باید تفصیل قائل شد بین جرم‌ها بعضی جرائم خیلی سنگین‌اند مانند قتل که در این صورت حاکم می‌تواند جلو مقدمات آن را هم بگیرد و هر کس اقدام کرده باشد برای تهیه مقدمات و وسایل کار او را مجازات کند، اما کسی مثلاً مقدمات فحش دادن یک فرد را فراهم کرده باشد، در اینجا آن قدر اهمیت ندارد که حاکم او را پی گیری کند؛ لذا عرفاً این موارد جرم شناخته نمی‌شود، اما قبح اخلاقی برای آن در نظر می‌گیرند.

نکته دیگر اینکه وسایل منجر به حرام، اگر حرام باشند، حرمت مستقل نداشتند بلکه حرمت مقدمی و تبعی دارند، لذا فی نفسه حرام نیستند؛ مگر اینکه دلیل مستقل بر حرمت آن مقدمه اقامه شود.

خلاصه اینکه در علت حرام بودن ذریعه حرام سه احتمال است: ۱- از باب مقدمه حرام ۲- از باب شروع به جرم ۳- از باب تجری.

۱-۴-۳. عقل

استدلال کرده‌اند به این که ملازمه عقلی است بین حرمت یک شیء و حرمت وسیله مفضی به آن؛ زیرا اگر مولا چیزی را حرام کند اما وسیله آن را حرام نکند، نقض غرض کرده است (الحکیم، ۱۳۹۰: ۴۱۱).

در جواب باید گفت که ذریعه حرمت نفسی ندارد اولاً و ثانیاً اگر این‌ها حرام باشد باید در هر ارتکاب حرامی مولا چندین برابر مجازات آن جرم را اعمال کند و مجازات‌ها هم فرق کند هر کس وسایل زیادتری استفاده کرده است و راهه‌ای طولانی‌تری را پیموده است باید مجازات بیشتری شود و این واضح البطلان است. چه اشکالی دارد که مولا تا کسی جرم را تحقیقاً انجام نداده است، اعمال مجازات نکند و مفسده‌ای هم بر آن مترتب نیست، بلکه بسیاری از مواقع مصلحت در چشم‌پوشی از کسانی است که مقدمات را انجام دادند اما پشیمان شدند یا موفق به جرم نشدند تا اینکه کار اجرائی آسان‌تر شود، تشویقی باشد برای سایرین تا اینکه زمان بازگشت هنوز هست.

علاوه بر این مقدمه اگر مباح باشد یا جایز باشد یا مکروه باشد منافات با حرمت ذی‌المقدمه ندارد.

عیاض سلمی، تمسک به حکمت خدا هم کرده که وسایل منتهی به حرام را حرام کرده است، زیرا اگر وسیله‌ها حلال بودند و ذی‌المقدمه حرام، حرج عظیم پیش می‌آمد (السلمی، ۱۴۲۶: ۲۱۳)؛ اما وجه این بیان ایشان واضح نیست. حرام نبودن ذرایع حرام، حرج ایجاد نمی‌کند و اشکالی در حکم ایجاد نمی‌شود.

۱-۵. ضابطه مباح بودن ذریعه

ضابطه مباح بودن ذریعه را این‌طور بیان کرده‌اند که منتهی شدن به مفسده در آن، نادر

باشد، یا مصلحت آن راجح باشد نسبت به مفسده آن (مجمع الفقه الاسلامی، بی تا: ۲۱۴).

اما اشکالی که دارد این است که چه بسا مصلحت را عقل ما درک نمی‌کند و چه بسا در نظر ما امری مصلحت دارد در حالی که در نظر شارع آن امر مفسده دارد لذا این ملاک نمی‌شود برای اینکه ما آن قاعده را بنا کنیم. علاوه بر این در موارد زیادی شارع حکمی را صادر کرده در حالیکه به عقل نمی‌رسد و یا اینکه بعد از بیان شارع ما آن را درک می‌کنیم. در اینجا بحث به این امر می‌رسد که آیا اساساً عقل ما درک می‌کند مفسد و مصلح را یا خیر؟ جواب مثبت است؛ اما اینکه مصلح و مفسد حکم را بفهمد، بحث است. بله حکمت را می‌فهمد اما اینکه مصلحت را به گونه‌ای که علت برای حکم باشد و حکم دایر مدار آن نفیاً و اثباتاً باشد، بدون اینکه شارع آن را بیان کرده باشد، این را عقل درک نمی‌کند، مگر اینکه شارع بیان کرده باشد.

اگر این مسأله را بپذیریم باعث می‌شود که مثلاً یک قطره شراب را جایز بدانیم یا یک درهم ربا را جایز بدانیم، یا ربای معاملی را حرام ندانیم، چراکه علی الظاهر بر این‌ها هیچ مفسده‌ای مترتب نیست، اما با مراجعه به شارع به این مسأله می‌رسیم که حتی این راهم شارع منع کرده است. چون امر شارع مطلق و بدون تفصیل است. لذا همان‌گونه که ما کاملاً مصلح و مفسد احکام را درک نمی‌کنیم در مقدمات و ذرایع این احکام هم درک ما ناقص است.

مگر اینکه گفته شود که مقدمه موصله حرام، حرام است چون قطعاً منجر به حرام می‌شود اما مقدمه غیر موصله بسته به قصد دارد. اگر قصد حرام کرده حرام است و الا خیر. مقدمه غیر موصله غالباً منجر به حرام نمی‌شود.

از لحاظ آثار هم پذیرش سد و فتح ذرایع باعث این می‌شود که دامنه حرام و واجب زیاد شود در حالیکه در مقابل این‌ها ما اصل برائت را داریم و تناقضی هم در اینجا رخ می‌دهد که در صورت ارتکاب حرام، دوتا یا چند تا حرام داشته باشیم. در حالیکه یک حرام انجام شده است.

لذا بهتر این است که بگوییم ذریعه و مقدمه حرام حلال است مگر اینکه شارع بگوید

و یا اینکه عرف آن را جدای از حرام نداند مثلاً در مقدمه موصله، عرف آن را شروع به حرام می‌داند.

۲. مقدمه حرام

۲-۱. معنای مقدمه حرام

معنای مقدمه حرام در نزد شیعه با اهل سنت فرق دارد. اهل سنت چنین تعریف کرده‌اند که مقدمه امری است که وجود شیئی بر آن متوقف است. (در مقدمه بر وجود تکیه دارد ولی در ذریعه بر ایصال تکیه دارد و هدف از هر دو رسیدن به مقصود حکم است) مثل پایه دیوار که دیوار بر آن موقوف است؛ اما نردبان برای رسیدن به پشت بام ذریعه است (الزحیلی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۴۲۵).

آقای نائینی درباره مقدمه حرام چنین می‌گویند که دو نوع مقدمه داریم:

۱. آنکه راه فرار دارد و بدل دارد. در این صورت بدون شک مقدمه، حرام نیست مگر اینکه بداند که اگر این مقدمه را انجام دهد حتماً به حرام منجر می‌شود که در این صورت حرام خواهد بود.

۲. آنکه مقدمه علت منحصر است و بدل ندارد. در اینجا دو صورت دارد:

الف) اینکه عنوان حرام هم بر مقدمه و هم ذی المقدمه منطبق است. مثال، افعال تولیدی است. مثلاً در زمین مغصوبه وضو بگیرد و آب بر زمین مغصوبه جاری شود و بر زمین مباح آب نریزد. در این مثال خود عنوان حرام منطبق بر تولیدکننده، بر تولیدشونده صادق است؛ یعنی خود حرمت متعلق به غصب، منطبق است بر اجرای آب بر بدن به نیت وضو. این وضو حرام است چون غصب است. در این صورت در باب اجتماع امر و نهی داخل می‌شود (الخوئی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۴۸).

ب) اینکه عنوان حرام فقط بر ذی المقدمه صادق است. در این صورت دو حالت دارد: یک) اینکه مقدمه علت تامه باشد برای ذی المقدمه به گونه‌ای که لایتخلف است، در این صورت مقدمه حرام است و قدرت و اراده بالذات متعلق به این مقدمه است بدون واسطه. در این صورت حرمت از ذی المقدمه به مقدمه سرایت می‌کند. مثلاً وضو در زمین مباح

می‌گیرد و ناودان به سمت زمین غصب است و بعد از جریان آب، راه بستن ناودان نباشد. البته اگر عرفاً تصرف در زمین مغضوب صدق نکند، باز مقدمه حرام نیست. (دو) جایی که علت تامه نباشد. در اینجا در حرمت مقدمه بحث می‌شود که از باب تجری است یا از باب سرایت حرمت از ذی المقدمه. مثلاً مکلف قادر است که جلو ناودان را بگیرد اما نمی‌گیرد. در اینجا نیز حرمت از ذی المقدمه به مقدمه سرایت نمی‌کند؛ زیرا امثال متوقف بر ترک مقدمه نیست، چون مکلف قادر است بعداً هم وضو بگیرد (همان، ص ۲۵۰).

۲-۲. دلیل بر حرمت مقدمه حرام

ظاهر از بحث اصولیین در بحث مقدمه حرام یا واجب این است که آیا مقدمه حرام، صرف نظر از ادله، حرام یا واجب غیری است یا نه؛ اما فاضل نراقی^(۶) در عوائد دلایلی را بر حرمت مقدمه حرام بیان داشته است که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷: ۷۳).

۱. انما الاعمال بالنیات.

۲. عن رسول الله^(ص): «انما خلد اهل النار لان نیاتهم كانت فی الدنيا ان لو خلدوا فیها لعصوا الله تعالی ابدأ»، از رسول خدا روایت شده که اهل آتش مخلد در نار شدند چون نیت‌شان در دنیا این بود که اگر همیشه در دنیا می‌ماندند همیشه معصیت خدا را می‌کردند.

۳. ما روی عنه صلی الله علیه و آله وسلم أنه قال: «إذا التقى المسلمان بسیفهما، فالقاتل والمقتول فی النار» قیل: یا رسول الله، هذا القاتل، فما بال المقتول؟ قال: «لأنه أراد قتل صاحبه».

۴. وروایت وارد شده است که هرکس به در خانه ظالمان برود یا بر علیه مسلمانی اقدام کند، برای هر قدم عقاب است.

۵. آیه قرآن «وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ» (انعام، ۱۵۱)؛ انجام مقدمه گناهان به قصد توصل به گناه قرب به گناه است و نهی شده پس حرام است (همان، ص ۷۴).

۶. «و لا تعاونوا علی الاثم و العدون»، از دلایلی که می‌توان بر حرمت مقدمه حرام اقامه کرد، نهی از تعاون بر اثم و عدوان است که ظاهراً این دلیلی قابل پذیرش است زیرا ظهور نهی در حرمت است، البته حرمت همه مقدمه‌های حرام را در بر نمی‌گیرد بلکه هر جا که تعاون بر حرام صدق کند حرام خواهد بود.

جواب از دلایل پنج‌گانه این است که اولاً این دلایل خاص‌اند. مثل رفتن برای سعایت بر ظلم، و ثانیاً بحث ما در جائری است که دلیل نداشته باشیم بر حرمت مقدمه حرام. ثالثاً اینکه بسیاری از ادله اعم از مدعاست. مثلاً قرب به فواحش اعم است و ممکن است حکم ارشادی باشد. بلکه حکم اخلاقی باشد و نهی شده که دلالت بر حرمت صریحاً نیست بلکه امکان استفاده مکروه هم است. بودن اعمال به نیت هم بیانگر این است که نیت در عمل بسیار مهم است اما اینکه کسی بهانه بکند برای انجام گناهان به اینکه نیت خیر بوده است، پذیرفته نیست.

علاوه بر این بحث ما اعم است. بدون نیت اگر کسی مقدمه حرام را انجام دهد و می‌داند به حرام می‌انجامد، آیا حرام است یا نه؟ و جواب دیگری که از نیت داده شده این است که ناظر به مقام ثواب و عقاب است نه ناظر به مرحله تکلیف؛ به عبارت دیگر ممکن است کسی عملش قبول نباشد اما تکلیف از او رفع شود. مثلاً نفقه پدر و مادر بر اولاد واجب است اما اگر کسی نیتش این باشد که پدر و مادر را نفقه بدهد تا اینکه ارث به او برسد، یا برای رسیدن به فلان مقام دنیوی گفته‌اند که امضای آن‌ها شرط است، لذا نفقه بدهد، باز اشکال ندارد و واجب اتیان شده، اگرچه ممکن است این شخص ثواب اخروی نداشته باشد. خلود اهل نار هم دلیل بر حرمت مقدمه حرام نیست. بلکه آن‌ها خود حرام را مرتکب شدند و نیت‌شان این بوده که آن را ادامه دهند، اما اگر فقط نیت بد داشتند و هیچ عملی انجام نمی‌دادند، معلوم نیست که تا ابد در آتش باشند و عذر خواهند داشت بر عدم فرصت برای عمل.

در میان دلایل فوق یک دلیل ممکن است بر ادعا دلالت کند. اینکه مقتولی که قصد کشتن داشته و در جنگ مرده در نار است، این دلیل جعل می‌کند حرمت را بر مقدمه قتل اما اینکه به موارد دیگر سرایت دهیم و قاعده کلی داشته باشیم درست نیست.

در نظر اهل سنت مقدمه حرام آن است که وجود حرام بر آن مقدمه متوقف باشد مثل پی دیوار که دیوار بر آن متوقف است. اگر پی نباشد اصلاً دیواری نیست. برخلاف ذریعه که صرفاً وسیله‌ای است برای رسیدن به حرام (مقصود به حکم) (الزحیلی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۴۲۵)؛ اما شیعه مقدمه را به دو قسم تقسیم نموده است مقدمه موصله و غیر موصله. موصله آن است که ما را به حرام می‌رساند قطعاً؛ اما مقدمه غیر موصله همان مقدمه بعیده است که ممکن است منجر به حرام شود و ممکن است نشود. تقسیمات دیگر هم دارد، اما بر وجود حرام تأکید ندارد.

۲-۳. انواع مقدمه

در مورد مقدمه حرام، خود مقدمه انواع مختلفی دارد که شامل مقدمه قریب، مقدمه بعید، متوسط که در متوسط بحث است. مقدمه موصله و مقدمه غیر موصله، علت تامه، علت ناقصه، سبب، از دیگر انواع مقدمات است. البته مقدمه واجب دو قسم است: مقدمه وجودیه و مقدمه وجوب.

۲-۴. اقوال

با توجه به تقسیم مقدمه واجب به دو قسم مقدمه وجود و مقدمه وجوب، مقدمه وجودی را باید مکلف خود بیاورد، مثل غسل و وضو برای نماز. مقدمه وجودی به دو قسم مقدور و غیر مقدور تقسیم می‌شود. در مقدور اتیان مقدمه واجب است، مثل وضو و غسل؛ اما در مقدمه غیر مقدور واجب نیست. اختلاف نظر علما در مقدمه وجودیه است؛ اما آوردن مقدمه وجوب بالاتفاق واجب نیست. مثل رسیدن وقت نماز، گذشتن حول در زکات، شرطیت استطاعت در حج که خود فعلیت وجوب متوقف است اما آوردنش بر عهده مکلف نیست (عبدالرحمن، بی‌تا، ج ۳: ۳۳۴). لذا در مقدمه حرام نیز طبق یکی از نظرها همین تقسیم و تکلیف وجود دارد.

در مقدمه واجب چهار قول است. ۱- وجوب مقدمه واجب. ۲- عدم وجوب مقدمه ۳- اقتضای ایجاب در سبب و لا غیر. ۴- وجوب در شرط شرعی فقط (القمی، بی‌تا: ۹۹). به نظر رأی اخیر اقوی است؛ یعنی اصل بر عدم وجوب مقدمه است شرعاً، مگر

اینکه شرع گفته باشد، اما عقلاً آوردن مقدمه واجب است.

در مقدمه حرام چند قول است: ۱- هر چه در مقدمه واجب گفتیم همان در مقدمه حرام است. ۲- میزان علت تامه بودن است، مثل مقدمه‌های تولیدی؛ اما علل اعدادی چون علت تامه نیست حرام نیست. این قول منسوب به خراسانی است. ۳- در علل تولیدی، چون علت تامه است حرام است؛ اما در علل اعدادی اگر بدانند که منجر به حرام می‌شود، در این صورت حرام است و اگر معلوم نباشد که به حرام منجر می‌شود اما به قصد حرام بیاورد حرام است و اگر در اینجا به قصد حرام نیاورد حرام نیست ۴- فقط جزء آخر علت حرام است. ۵- ملاک توقف است اگر بین مقدمه و حرام توقف باشد حرام است اگرچه علت بعیده باشد و الا مقدمه حرام نیست. (سبحانی، ۱۳۹۱: بحث مقدمه حرام).

در بررسی می‌توان گفت که در علت تامه هم اگر علم نباشد، حرام نیست. در علل تولیدی هم هكذا، ولو علت تامه باشد در فرض علم نداشتن حرام نیست. در جزو آخر علت هم همین‌طور علم نباشد حرام نیست؛ اما در ملاک توقف بودن، منظور از اینکه حرام بر مقدمه بعیده متوقف باشد، روشن نیست. بلکه ملاک قصد است؛ و هر جا که علم داشتن ملازم با قصد باشد و از آن تفکیک نشود، صرف علم کافی است، اگر با قصد حرام مقدمه‌ای را بیاورد، حرام است مگر اینکه شارع امتناناً مجازات را بردارد. از میان نظرهای بالا، از این نظریه که هر چه در مقدمه واجب گفتیم در مقدمه حرام هم همان است می‌توان دفاع کرد.

نتیجه‌گیری

سد ذرایع شبیه مقدمه حرام است و به نظر می‌رسد که اهل سنت خواسته‌اند با طرح این مسأله قاعده‌ای را مطرح کنند و ضابطه‌مند کنند اما کوشش آن‌ها به نتیجه نرسیده است. شاید این به دلیل فقدان نص برای آن‌ها بوده است؛ اما به نظر می‌رسد این مسأله در فقه شیعه قابل ضابطه‌مندی است. در بحث دفاع از قانون تا چه مقدار می‌توان در قانون سخت‌گیری کرد تا اندازه‌ای که هیچ نوع فراری از قانون نباشد؟ البته علمای حقوق می‌گویند قانون

باید اجرا شود، حتی در موارد نادر، حال حکمت یا فلسفه مسأله هرچه باشد. فقها هم در بحث از حکمت این مسأله را تأیید کرده‌اند، حکم دایر مدار حکمت نیست، فقط حکم دایر مدار علت است و علتان است که در فقه صراحتاً بدان اشاره شده باشد. از طرف دیگر فقهای شیعه حيله شرعی را جایز دانسته‌اند تا اینجا که امر اهمی در پیش نباشد، مثلاً ضرر عظیم نباشد که این مسأله منافات دارد، با بحث رابطه حکم و حکمت آن. ممکن است که این تعارض را از این طریق حل کرد که در حيله شرعی مجوز قانونی یا شرعی وجود دارد و حيله در باطن است؛ اما اگر در جایی حکمت مسأله نفی شد، باید حکم اجرا شود، زیرا در صورت مخالفت، خود ظاهر حکم مخالفت شده و این جایز نیست.

در بحث حکومت و ورود و احکام ثانویه هم می‌شود رگه‌های سد ذرایع را مشاهده کرده، مثلاً نماز صبح جهراً واجب است اما اگر منجر به قتل شود، جان به خطر بیفتد، این نماز جهراً واجب نیست. به هر حال احکام ثانویه اهمیت بیشتر دارند، لذا راه‌های سد آن باید بسته شود.

از نظر روایی می‌توان گفت که دلایل بر منع مقدمه حرام دلالت دارد با سد ذرایعی که در اهل سنت مطرح است، شبیه است و حتی می‌توان گفت که این همان است؛ اما در نوع استدلال اهل سنت اشکال وجود دارد. بلکه استفاده‌ای که آنان می‌کنند هم غیر از استفاده شیعه است. آن‌ها از این راه برای استنتاج حکم شرعی مستقل برای یک امر استفاده می‌کنند در حالیکه در نظر امامیه، حرمت مقدمه حرام است نه نفسی. مگر در مواردی که دلیل حرمت نفسی بر مقدمه حرامی وضع کرده باشد که در اینجاها دلیل خاص داریم و الا دلیل کلی نمی‌شود ارائه داد.

منابع

۱. الحکیم، السید محمد تقی، ۱۳۹۰. الاصول العامه للفقہ المقارن، قم: موسسه آل البيت، طبع الثانيه.
۲. الزحیلی، وهبه، ۱۴۱۱. الوسيط فى اصول الفقہ الاسلامی، دمشق: مطبعه خالد بن وليد، چاپ چهارم.
۳. السلمی، عیاض بن نامی، ۱۴۲۶. اصول الفقہ، ریاض: دار ابن حزم، الطبعه الاولى.
۴. السید الخوئی، ۱۴۱۰. اجود التقریرات، قم: موسسه مطبوعات دینی، الطبعه الثانيه.
۵. الميرزا القمی، بی تا. قوانین الاصول، تهران: طبع حجرى قديم، بی جا.
۶. جناتی، محمد ابراهیم، بی تا. منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، بی نا.
۷. سبحانی، جعفر، درس اصول، ۹۱/۳/۸، بحث مقدمه حرام.
۸. شیرازی، ناصر مکارم، ۱۴۲۷. دائرة المعارف فقہ مقارن، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۹. عبدالرحمن، محمود، بی تا. معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیة، بی جا.
۱۰. مجمع الفقہ الاسلامی، بی تا. قرارات و توصیات، بی جا.
۱۱. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۸ق. حیلہ های شرعی و چاره جویی های صحیح، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ دوم.
۱۲. مکی عاملی، الشہید الاول، بی تا. تحقیق؛ سید عبدالهادی حکیم، القواعد و الفوائد، قم: مکتبه المفید.
۱۳. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۷. عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.