



دوفصلنامه تخصصی فقه نظام

سال دوم - شماره سوم - بهار و تابستان ۱۴۰۱

Bi-Quarterly fiqhe nezam
vol. 2 no. 3 Spring & Summer 2022

جریان اصل برائت در رفتار حاکم

علی صالحی منش^۱

چکیده

از مهم‌ترین و پرکاربردترین قواعد اصولی در دانش فقه، «قاعده برائت» است. اصولیان جریان این قاعده را در بیشتر موارد «شک در تکلیف» پذیرفته‌اند، در عین حال در مواردی از شک در تکلیف نیز، نزد مشهور فقیهان و اصولیان، «احتیاط» لازم شمرده شده و جریان برائت مورد قبول واقع نشده است. این مقاله در صدد است با به‌کارگیری روش اجتهادی اصولی و فقهی، حجیت برائت در رفتار حاکم را بررسی کند. در این مقاله با توجه به اهتمام شارع نسبت به مسائل حکومتی و نیز با توجه به وجوب رعایت مصلحت و عدالت بر حاکم و همچنین با توجه به تعلیق جواز تصرفات حاکم بر وجود مصلحت و عدل بودن آن ثابت شده است که جریان برائت در رفتار حاکم با موانعی روبه‌رو است؛ از سوی دیگر، اطلاق عمده ادله نقلی برائت با توجه به وجود قراین یا مواردی که دست‌کم احتمال قرینیت در آنها می‌رود، نسبت به رفتار حاکم محل تردید است، که در این صورت، نتیجه نسبت به پذیرش برائت عقلی و عدم آن، متغیر خواهد بود. بیان وجوب احتیاط در رفتار حاکم و نیز ادله یاد شده بر آن، همچنین بررسی جامع مسئله احتیاط در امور مهم، از نوآوری‌های این مقاله به‌شمار می‌رود.

کلیدواژه‌ها

برائت، حاکم، فقه سیاسی، فقه نظام

^۱. دبیر گروه فقه نظام سیاسی پژوهشگاه فقه نظام، (نویسنده مسئول) | ali.salehi.manesh.1@gmail.com

از جمله مسائل اصولی که در استنباط مسائل حکومتی و فقه نظام بسیار مورد ابتلاست، مسئله رفتار براساس «اصالت برائت» است. این مقاله در صدد پاسخ به این پرسش است که آیا حاکمیت می‌تواند در موارد «شک در تکلیف» با رجوع به اصل برائت، خود را دارای اختیار بداند یا اینکه چنین اصلی - هرچند به طور کلی پذیرفته شده است - در این جایگاه قابل استناد نیست، بلکه حاکمیت موظف به رعایت جوانب احتیاط است؟ به عنوان مثال، در صورت شک در شرط بودن «عدالت» یا «ایمان» در کارگزاران تفویضی و ولایی،^۱ آیا حاکم می‌تواند با تکیه بر اصل برائت خود را در انتخاب کارگزارانی که این شرایط را ندارند، آزاد بداند؟ یا در شبهه موضوعیه همین مسئله، در فرض پذیرش اصل حکم اشتراط، آیا حاکم می‌تواند کسی را که در ایمان یا عدالت او شک دارد، بدون اینکه یک اصل موضوعی حاکم در میان باشد، به استناد اصالت برائت، بر یک مسئولیت ولایی و تفویضی بگمارد؟

این مقاله با رویکرد اجتهادی، یکی از پرکاربردترین مسائل اصولی را مورد بحث و چالش قرار می‌دهد و از این رو می‌تواند با تعیین یکی از اصول عام اجتهادی در علوم اسلامی اجتماعی - حکومتی، تا حد بسیار زیادی، در روش اجتهادی فقه نظام - به ویژه در فقه نظام سیاسی - تعیین کننده باشد.

نوشتار پیش رو مسئله فوق را براساس دو پیش فرض بررسی می‌کند: نخست، پذیرش اصل برائت در «شبهات حکمیه و موضوعیه»؛ دوم، پذیرش مشروعیت حکومت غیر معصوم فی الجمله.

این مسئله تاکنون در کتب فقهی و اصولی به صورت مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است. آنچه در آثار دیگران - ضمن بحث از شرایط برائت و مباحث مشابه گوناگون - یافت می‌شود، مطالبی است که به ریشه‌های این مسئله مربوط می‌شود. تنها اثری که می‌توان به عنوان پیشینه برای این بحث نام برد، کتاب *اصول فقه نظام*، تألیف آیت الله محسن اراکی است که هم‌زمان

۱. مراد، کارگزاری است که ولایت به آنها تفویض شده است، در مقابل کارگزاران تنفیذی که تنها وظیفه تنفیذ و اجرای یک دستور را دارند. به نظر می‌رسد این اصطلاح را اولین بار ماوردی از عالمان اهل تسنن به کار برده است. (به عنوان نمونه: ماوردی، علی بن محمد، *الأحكام السلطانية والولايات الدينية*، ج ۱، ص ۲۴) ولی پس از او در ادبیات برخی فقیهان دیگر اهل تسنن و شیعه نیز به کار رفته است.



با تدوین این مقاله به چاپ رسیده است. نویسنده محترم در این کتاب، ضمن مباحث مربوط به اصول فقه به‌ویژه «اصل احتیاط»، به شکل بسیار خلاصه به این مسئله پرداخته است.^۱ به‌هرحال، ایده اصلی این مقاله در جلسات علمی با آیت الله اراکی و توسط معظم‌له مطرح شده و این مقاله در تلاش است با بسط ادله این مسئله و نیز ردیابی ریشه‌های آن در میراث گرانبهای فقهی و اصولی شیعه، نظریه جدیدی با ادله کافی، درباره جریان برائت در رفتار حاکم ارائه دهد.

مفاهیم

۱. برائت

برائت به‌عنوان یک اصل عملی، به معنای «حکم به عدم لزوم اتیان به چیزی است که احتمال دارد واجب شرعی باشد و عدم لزوم اجتناب از چیزی است که احتمال دارد حرام شرعی باشد.»^۲ این اصل به اعتبار منبعی که به آن حکم می‌کند، به دو قسم شرعی و عقلی تقسیم می‌شود.^۳ برائت شرعی در همه موارد، مورد قبول بیشتر اصولیان است،^۴ اما اخباری‌ها جریان برائت در موارد «شبهه حکمیة تحریمیة» را نپذیرفته‌اند.^۵ برائت عقلی، متوقف بر قاعده «قیح عقاب بالیان» است که برخی آن را عقلی و برخی عقلایی می‌دانند.^۶ برائت عقلی پس از وحید بهبهانی تقریباً مورد اجماع واقع شده است.^۷ شهید صدر به‌طور کلی برائت عقلی را نپذیرفته است.^۸ مجرای اصل برائت، شک در تکلیف است، مشروط به آنکه حالت سابقه نداشته باشد.

۱. اراکی، محسن، اصول فقه نظام، صص ۱۹۱-۱۹۴.

۲. بدری، تحسین، معجم مفردات اصول الفقه المقارن، ج ۱، ص ۶۳ (مدخل: اصالة البرائة).

۳. همان.

۴. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۱، ص ۴۳.

۵. همان، ص ۴۴.

۶. ر.ک: مکارم شیرازی، ناصر، انوار الأصول، ج ۳، ص ۵۷؛ خمینی، سیدمصطفی، تحریرات فی الأصول، ج ۷، ص ۱۳۵.

۷. صدر، محمدباقر، تقریرات هاشمی، بحوث فی علم الاصول، ج ۵، ص ۲۳.

۸. همان، ج ۵، ص ۲۴.





۲. حاکم

حاکم از ریشه «حکم»، به معنای منع کردن است.^۱ به قاضی نیز از آن جهت حاکم گفته می‌شود که از خلاف نظرش منع می‌کند. حکومت کردن نیز، از همین باب است؛ چراکه کارویژه حکومت، منع از ظلم است.^۲ به هر حال، مراد از حاکم در این تحقیق، شخصی است که شرعاً عهده‌دار امور حکومت است. البته با توجه به اینکه موضوع برائت، شک در تکلیف یا مکلف به است، لفظ حاکم در این مقاله اختصاص به حاکم غیر معصوم دارد.

رفتار حاکم

به طور کلی موضوع علم فقه، رفتار انسان است. اما رفتار حاکم که موضوع این نوشتار است، بر دو نوع است: رفتار شخصی و رفتار حاکم بما هو حاکم، یعنی، رفتار حکومتی حاکم به عنوان شخص حقوقی. منظور از رفتار حاکم در این نوشتار، نوع دوم است که رفتار کلان است و موضوع دانش فقه نظام به حساب می‌آید.^۳ بنابراین رفتارهای شخصی حاکم که به هیچ وجه ارتباطی با شخصیت حقوقی او ندارد، از موضوع این نوشتار خارج است. رفتار کلان، ماهیتاً با رفتار خرد متفاوت است و از این رو، دریافت حکم آن نیازمند استنباط دیگری است.^۴

۱. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، ج ۲، ص ۳۰۸.

۲. همان.

۳. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک: علی صالحی منش، «موضوع فقه نظام از دیدگاه آیت الله اراکی».

۴. ممکن است اینجا چنین اشکالی به ذهن برسد که با توجه به اینکه رفتار کلان، رفتار جامعه به حساب می‌آید، طرح این مسئله بدون معنا است؛ چراکه شکی در جریان برائت نسبت به جامعه نیست. در پاسخ به این شبهه باید گفت هر چند فعل حاکمیت رفتار کلان به حساب می‌آید و رفتار کلان به یک اعتبار، رفتار جامعه حساب می‌شود و حتی جامعه (مشکل از امام وامت) در ثواب و عقاب آن شریک‌اند، اما به هر حال، مباشر آن رفتار حاکمیت است و اکنون سخن در این است که حاکم که به صورت مباشر به رفتاری می‌پردازد آیا می‌تواند از این حیثیت در رفتار شبهه‌ناک خویش برائت جاری کند یا خیر؟ روشن است که این مسئله منافاتی با جریان برائت برای آحاد جامعه ندارد.

ادله عدم جریان برائت در رفتار حاکم

همان‌گونه که گذشت، دلیل اثبات‌کننده برائت، گاه عقلی است و گاه شرعی. در ادامه به بررسی دلایلی می‌پردازیم که می‌توانند بیان‌کننده عدم جریان برائت عقلی یا نقلی در رفتار حاکم باشند.

۱. اهتمام ویژه شارع

محور استدلال در برائت عقلی، قاعده «قیح عقاب بلا بیان» است. روشن است که در صورت نپذیرفتن مفاد این قاعده، جایی برای بحث نسبت به رفتار کلان حاکم نمی‌ماند. اما در فرض پذیرش آن، باید گفت، شمول آن نسبت به رفتار حاکم، همچنان مورد تردید جدی است. موضوع برائت شرعی نیز، عدم وصول دلیل معتبر است. به نظر می‌رسد شمول ادله برائت شرعی نسبت به موارد رفتار حاکم نیز، غیرقابل قبول است.

توضیح مطلب اینکه، هرچند عقل عقاب شخص جاهل به حکم را - که بیان شرعی به او واصل نشده است - قبیح می‌شمارد و ادله نقلی نیز این مطلب را تأیید می‌کند، اما باید توجه داشت که تنها راه وصول حکم شرعی، وصول حکم به شکل صریح و مستقیم نیست، بلکه گاهی صرف اینکه مکلف بداند برخی امور، مورد اهتمام جدی شارع است - به‌گونه‌ای که امثال آن را به هر نحو می‌خواهد - کافی است تا حکم عقل به قیح عقاب بلا بیان، در آن مورد بدون مصداق باشد. مثال این بحث، جریان برائت در امور هامة همچون اموال، انفس و فروج است. از عبارات برخی فقیهان چنین برمی‌آید که این مطلب، اجماعی یا دست‌کم مشهور است.^۱

مرحوم آخوند خراسانی ضمن مباحث مربوط به باب انسداد، پس از اثبات اینکه کاشفیت در دلیل انسداد بی‌معناست، و لاجرم نتیجه ادله انسداد، حاکمیت عقل است، تأکید می‌کند که به لحاظ اسباب و موارد، در حکم عقل هیچ‌گونه اهمال و اجمالی وجود ندارد، اما نسبت

۱. اراکی، محمدعلی، *المکاسب المحرمة*، ص ۲۳۵: «...لکن قد استثنوا من هذه الکلیة باب الدماء و الفروج و الأعراس، لأنّ اهتمام الشارع بحفظ تلك مانع عن الترخيص في الاقتحام في شبهاتها، و کاشف عن إيجاب الاحتیاط، فلهذا لورایت شبها من بعيد و لم تعلم أنّه مهدور الدم أو محقونه لا يجوز لك رمیه.»؛ آملی، محمدتقی، *مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی*، ج ۱، ص ۲۴۲؛ هاشمی شاهرودی، *موسوعة الفقهية الاسلامی المقارن*، ج ۱، ص ۴۲۰.





به موارد، هرچند تفصیل وجود دارد، اما نتیجه تفصیل، مشخص و خالی از اهمال و ابهام است. تفصیل مدنظر آخوند، همان است که در موارد اهتمام شارع همچون فروج و دماء و حق الناس، نمی‌توان به ظن و گمان اکتفا کرد: «و أما بحسب الموارد فيمكن أن يقال بعدم استقلاله بكفاية الإطاعة الظنية إلا فيما ليس للشارع مزيد اهتمام فيه بفعل الواجب و ترك الحرام و استقلاله بوجوب الاحتياط فيما فيه مزيد الاهتمام كما في الفروج و الدماء بل و سائر حقوق الناس مما لا يلزم من الاحتياط فيها العسر.»^۱

امام خمینی (ره) در مسئله فروش «هیاکل عبادت»، پس از بیان حرمت فروش در مواردی که علم به ترتب حرام بر آن وجود دارد، در استدلال بر حرمت موارد احتمال ترتب حرام، چنین می‌نویسند: «لأهمية الموضوع و شدة الاهتمام به، فلا يقصر عن الأعراض و النفوس، بل أولى منهما في إيجاب الاحتياط»^۲

از این عبارت معلوم می‌شود اولاً، در نظر امام قاعده احتیاط در اعراض و نفوس مورد قبول است؛ ثانیاً، این قاعده به دلیل اهتمام شارع است؛ ثالثاً، این مسئله اختصاصی به موارد نفوس و اعراض ندارد، بلکه در هر موردی که اهتمام شارع در این اندازه ثابت شود، قابل جریان است. مرحوم منتظری در این مطلب با امام خمینی (ره) هم عقیده است،^۳ اما مرحوم فاضل لنکرانی این نظر امام را صحیح نمی‌داند؛ از این جهت که معتقد است چنین اهمی از طرف شارع ثابت نیست.^۴ از این مطلب فهمیده می‌شود که اشکال وی صغروی است و اصل مطلب در فرض اهتمام، مورد پذیرش است.

یکی از وجوهی که محقق خوبی نیز در مسئله شک در بلوغ نصاب در خمس معادن، برای احتیاط ذکر می‌کند، اهتمام شارع است، اما در نهایت با نیکوشمردن این دلیل از نظر کبروی، از نظر صغروی آن را قابل اثبات نمی‌داند.^۵

۱. خراسانی، محمدکاظم، کفایة الاصول، ص ۳۲۲.

۲. موسوی خمینی (ره)، سیدروح‌الله، مکاسب المحرمه، ج ۱، ص ۱۸۴.

۳. منتظری، حسینعلی، دراسات فی مکاسب المحرمه، ج ۲، ص ۱۷۴.

۴. لنکرانی، محمد فاضل، مکاسب محرمه، ج ۲، ص ۴۰۸.

۵. «أما الاهتمام المزبور فلو ثبت و تحقق فما أحسنه وجهاً للمنع، و لكن كيف و آتی لنا إحراز ذلك؟» خویی، ابوالقاسم،

موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲۵، ص ۷۰.



در مورد احتیاط در «نفوس»، فخرالمحققین در *ایضاح*، در مسئله قصاص کسی که شخص پیدا شده را کشته است در صورتی که احتمال بندگی او می‌رود، تصریح می‌کند که «خون مسلمان بی‌گناه مبنی بر احتیاط تام است.»^۱ وی نظر علامه حلی را مبنی بر این قاعده می‌داند، این در حالی است که وی وجود یک عام فوقانی در مورد مسئله را پذیرفته است.^۲ مقدس اردبیلی در کتاب حدود از *مجمع الفائدة* در این باره می‌گوید: «ثم اعلم ان القتل امر عظیم لاهتمام الشارع بحفظ النفس، فإنه مدار التكاليف و السعادات و لهذا أوجبوا حفظها حتى آتاه ما جؤزوا الترك ليقتل ... و العقل أيضا يساعده في الجملة و حينئذ ينبغي الاحتیاط التام في ذلك...»^۳

در مورد «اموال» نیز، فخرالمحققین در *ایضاح*، ضمن مسائل وصیت، مسئله اموال را مبنی بر احتیاط تام می‌داند.^۴ صاحب جواهر نیز در مسئله عزل سهم فرزندی که مادر او را برادرار است از ارث، رعایت احتیاط را لازم می‌داند.^۵

میان مصادیق امور هامة، به نظر می‌رسد مسئله «فروج» بیشتر مورد تأکید فقیهان قرار گرفته است. علامه در *تذکره*،^۶ فخرالمحققین در *ایضاح الفوائد* در بحث وجوب استبراء در کنیزی که احتمال نزدیکی در مورد او می‌رود،^۷ ظاهر محقق کرکی در *جامع المقاصد* در بحث ازدواج با فرزند متولد از زنا،^۸ و در بحث خیار شرط در نکاح،^۹ و در برخی موارد دیگر،^{۱۰} و در *رسائل* در بحث رضاع،^{۱۱} و در تفاوت شیوه اجرای صیغه در مورد وکیل در بیع و وکیل در

۱. فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد*، ج ۲، ص ۱۴۴.

۲. همان، منظور از عام فوقانی همان دلیل (النفس بالنفس) است که در مورد عبد تخصیص خورده است، و موارد شک در تخصیص طبق قاعده تحت عام باقی می‌مانند.

۳. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، ج ۱۳، ص ۸۸-۸۹.

۴. فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد*، ج ۲، ص ۵۰۳.

۵. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ۳۹، ص ۷۴.

۶. علامه حلی، *تذکره الفقهاء*، ص ۵۹۷.

۷. فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد*، ج ۳، ص ۱۶۵.

۸. کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، ج ۱۲، ص ۱۹۲.

۹. همان، ج ۴، ص ۳۰۳.

۱۰. از جمله: ج ۶، ص ۱۲۸؛ ج ۱۳، ص ۱۲.

۱۱. کرکی، علی بن حسین، *رسائل المحقق الکرکی*، ص ۲۱۹.

نکاح^۱ و غیر آن،^۲ شهید ثانی در شرح لمعه در بحث تحلیل کنیز،^۳ صیمری در غایة المرام، در مسئله اجرای عقد نکاح توسط دو ولی یا دو وکیل، حتی با وجود اماره ضعیف، همچون قرعه،^۴ فاضل هندی در مواضع متعددی از کشف اللثام،^۵ بحرانی در مواضع متعددی از حلائق،^۶ محقق اردبیلی در مجمع الفائدة والبرهان،^۷ عاملی در مفتاح الكرامة^۸ و دیگران به احتیاط در فروج و نکاح، تصریح و بدان استدلال کرده‌اند.

در مقابل موارد فوق، فقیهان در موارد متعددی احتیاط در فروج را صرفاً مطلوب، راجح یا اولی شمرده‌اند. با تتبع بسیاری از این موارد معلوم می‌شود این عبارات به گونه‌ای است که نمی‌توان آنها را مخالفت با وجوب احتیاط شمرد. مؤید این مطلب این است که برخی از فقیهانی که در بالا نام ایشان گذشت و از سخنان ایشان لزوم احتیاط فهمیده شد، در مواردی دیگر، سخنی مبنی بر راجحیت احتیاط دارند. همچون شهید اول در غایة المرام که پس از نقل قول تفصیل بین بیع فضولی و نکاح فضولی، به بطلان بیع و صحت نکاح چنین می‌گوید:

۱. همان، ج ۱، ص ۱۹۹.

۲. همان، ج ۲، ص ۲۳۷.

۳. «الأكثر على منعه وقوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و تمسكا بالأصل، و مراعاة للاحتياط في الفروج المبينة عليه» عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)، ج ۵، ص: ۳۳۵، از این متن به خوبی پیدا است که برخلاف نایینی، شهید ثانی احتیاط در فروج را به دلیل اثبات حرمت در عموم فوقانی و امثال آن نمی‌داند.

۴. «ولا يقرع بينهما، لان القرعة اماره ضعيفه تفيد الظن، فلا يباح بها الفروج المترتب عليها الحاق النسب، و تحريم المحارم، و جواز النظر اليهن و مشاكل ذلك من الامور المهمة المبينة على الاحتياط»، صیمری بحرانی، غایة المرام، ج ۳، ص ۳۴. در این عبارت حتی در فرض وجود اماره ضعیف نیز احتیاط واجب شمرده شده است.

۵. فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، صفحات: ۴۷، ۱۱۶، ۲۰۳، ۲۸۱؛ همان، ج ۱۰، ص ۳۷۴. وی در مواردی نیز به مطلوبیت احتیاط در فروج تأکید کرده است، از جمله: ج ۸، ص ۱۳۰.

۶. بحرانی، یوسف، الحلائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۰، ص ۱۴۱، همچنین وی در ج ۲۳، ص ۳۱۳، پس از نقل عبارت محقق ثانی (کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۲) می‌گوید «و هو مؤید لما قلناه من أن المسألة من المتشابهات، فالواجب فيها الأخذ بما فيه الاحتياط.» هر چند این عبارت نشان دهنده اعتقاد او به وجوب احتیاط در فروج است، اما در عین حال برخی از نویسندگان (جواد فاضل لنکرانی، التلخیص الصنایعی، دراسة فقهية - حقوقية، ص ۲۶) چنین گمان کرده‌اند که مطلب نقل شده از جامع المقاصد، عبارت خود بحرانی است که با رجوع به منبع خطای این مطلب به خوبی روشن می‌گردد.

۷. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۰، ص ۱۱۸.

۸. علامه حلی، مفتاح الكرامة، ج ۲۰، ص ۱۲۱.



«وتكلف الفرق النظرى بينهما فيه ما فيه، بل الاحتياط فى الفروج اولی.»^۱ مشخص است که او در مقام بیان اولویت احتیاط در برابر بیع است، نه اینکه این اولویت در برابر لزوم باشد.^۲ همچنین وی در مسالک، در مسئله شرط برابری زوجین در ازدواج، پس از رد ادله اشتراط ایمان و اقامه ادله‌ای برای عدم اشتراط می‌گوید: «وان كان الاحتياط فى الفروج اولی»^۳ باز مشخص است که این مورد نیز از آن جهت لازم دانسته نشده است که دلیل کافی برای عدم اشتراط در نظر شهید اول وجود دارد و این سخن او پس از بیان ادله بر حکم ظاهری برخلاف احتیاط است و شکی نیست که در این‌گونه موارد که احتمال براءت وجود ندارد، احتمال وجوب احتیاط نیز بی‌معناست، بلکه نهایتاً احتیاط در این موارد مستحب یا مستحسن است، مانند کلام نراقی که احتیاط در فروج را امری مطلوب می‌داند، اما این مطلب وی پس از تصریح به حکم و ادله آن است.^۴

درعین حال، در موارد معدودی، برخی فقیهان به صراحت به مخالفت با قاعده فوق پرداخته‌اند؛ از جمله صاحب مدارک در بحث «نکاح الامة على الحرّة» در مقام استدلال تصریح می‌کند که اصل در باب فروج احتیاط است.^۵ همو در مقام اشکال می‌گوید دلیلی بر این اصل وجود ندارد و حتی در شبهه موضوعیه مخالف با روایت مسعدة بن صدقه است.^۶ عدم توجه به قسمت دوم باعث شده که برخی نویسندگان گمان کنند که وی قائل به وجوب احتیاط در فروج است.^۷

صاحب جواهر نیز تصریح به عدم وجوب عمل به احتیاط در باب فروج می‌کند: «... و قاعدة الاحتياط فى الفروج التي لا يجب مراعاتها...»^۸ اما با توجه به آنچه از ایشان در مورد

۱. عاملی، محمد ن مکی، (شهید اول)، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، ج ۳، ص ۴۴.

۲. برخی از نویسندگان به اشتباه از این عبارت اولویت در برابر لزوم استفاده کرده‌اند.

۳. عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، ج ۷ ص ۴۰۳

۴. نراقی، احمد، رسائل و مسائل، ج ۱، ص ۱۱۵.

۵. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۴، ص ۲۲۹

۶. همان ص ۲۳۰، ظاهراً مراد از روایت مسعدة این روایت است: «قال: سمعته يقول: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل... أو امرأة تحتك وهي أختك أو رضيعتك، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البيئنة.» حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۸۹.

۷. فاضل لنکرانی، جواد، التلقیح الصناعی دراسة فقهیة- حقوقیة، ص ۲۹

۸. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۳۰، ص ۱۷۸.



احتیاط در نفوس نقل شد به نظر می‌رسد اشکال ایشان در مورد احتیاط در فروج صغروی باشد.

شیخ انصاری نیز در مباحث اصول، در برخی موارد همچون فروج و دماء و حق الناس، وجوب احتیاط را مطرح می‌کند، اما از عبارت وی در مقام جمع میان ادله وارد شده در مسئله نکاح، چنین برمی‌آید که قائل به استحباب احتیاط باشد،^۱ درعین حال در مباحث فقهی تصریح می‌کند که امر فروج از لحاظ عقلی و نقلی مبنی بر احتیاط است و از این رو باید در آن به قدر متیقن اکتفا نمود.^۲

از مجموع آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که قول به وجوب احتیاط در فروج، مشهور میان فقیهان شیعه است، اما مواردی که از مخالفت با این قاعده ذکر شد، می‌تواند ناظر به بحث صغروی باشد نه کبروی، یعنی این فقیهان ادله اقامه شده برای بیان اهتمام خاص شارع در امر فروج را نپذیرفته‌اند، نه اینکه بر فرض قبول این اهتمام باز هم قائل به احتیاط نباشند. محمدتقی آملی تصریح می‌کند که آنچه مهم است، اثبات این است که این امور از موارد اهتمام شارعند،^۳ بر همین اساس، وی قاعده را در نفوس حتی در فرض عدم وجود اصل موضوعی دال بر حرمت نفس می‌پذیرد، اما در مورد اموال و اعراض تشکیک می‌کند.^۴

در زمینه دلیل اهتمام بیشتر شارع در موارد سه‌گانه، میرزای نائینی در برخی از تقریراتی که از او شده است، احتیاط در نفوس و اعراض و اموال را از مستقلات عقلیه می‌شمارد.^۵ با توجه به اینکه درک عقل در این‌گونه موارد متوقف بر درک مناط‌هاست، باید گفت براساس این نظر میرزای نائینی، عقل به‌تنهایی اهمیتی ویژه این موارد را درک می‌کند.

درعین حال اهتمام شارع در مورد فروج و نکاح افزون بر نوع قانون‌گذاری و منظومه احکام مرتبط با مسئله فروج همچون حرمت فحشا و زنا، حرمت نظر و لمس در مورد نامحرم،

۱. انصاری، مرتضی، *فرائد الأصول*، ج ۲، ص: ۱۳۷.

۲. انصاری، مرتضی، *کتاب النکاح*، ص ۷۸. در جای دیگری نیز در شرح نظر علامه حلی به همین مطلب اشاره می‌نماید: *کتاب النکاح*، ص ۲۵۰.

۳. آملی، محمدتقی، *مصباح الهدی*، فی شرح العروة الوثقی، ج ۱، ص ۲۴۲.

۴. همان.

۵. نائینی، محمد حسن، *اجود التقریرات*، ج ۲، ص ۱۸۸.



حرمت خلوت با نامحرم،^۱ نهی از شوخی با او^۲ و اختلاط زن و مرد،^۳ کراهت نشستن در مکانی که زن نامحرم نشسته،^۴ رجحان تستر زنان از زنان اهل ذمه به این دلیل که ممکن است ظاهر زنان مسلمان را برای مردان خویش توصیف کنند^۵ و تستر از صبی ممیز،^۶ نهی از خضوع بالقول^۷ و نیز رساندن صدای زینت‌های مخفی شده،^۸ شرط عفت در عدالت،^۹ تأکید فراوان بر مسئله حیا و امثال این احکام، از برخی روایات نیز به طور خاص فهمیده می‌شود همچون معتبره شعیب حداد که در آن آمده است: «هُوَ الْفَرْجُ وَ أَمْرُ الْفَرْجِ شَدِيدٌ وَ مِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ وَ نَحْنُ نَحْتَاطُ...»^{۱۰} و معتبره مسعدة بن زیاد: «لَا تَجَامِعُوا فِي النِّكَاحِ عَلَى الشُّبْهَةِ»^{۱۱} و امثال آن.

در مورد اهتمام شارع به مال مؤمن نیز ممکن است به روایت موثقه «حرمة ماله كحرمة دمه»،^{۱۲} و تأکیدات درباره حق الناس و نیز برخی روایات که عقاب تعرض به مال و نفس مؤمن را یکسان دانسته^{۱۳} و روایاتی که تعرض به مال مسلمان را بزرگ‌ترین خطاها شمرده است^{۱۴} و امثال آنها استدلال نمود.

پس از اثبات اهتمام شارع در این موارد، به نظر آیت الله مکارم شیرازی وجه مقدم شدن موارد اهتمام شارع دو چیز می‌تواند باشد: اول، انصراف ادله برائت از این موارد؛ دوم، تقیید

۱. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۵۴، باب ۳۱.

۲. همان، ج ۲۰ ص ۱۹۸، باب ۱۰۶ از ابواب مقدمات النکاح، ح ۴.

۳. همان ج ۲۰، ص ۶۷، باب ۳۴ از ابواب مقدمات نکاح. ح ۷؛ ابن شعبه حرانی، حسن بن علی، تحف العقول، ص ۷۸، و نهج البلاغه صبحی صالح، ص ۴۰ «و ان استطعت ان لا یعرفن غیرک فافعل.»

۴. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۴۸، باب ۱۴۵ از ابواب مقدمات النکاح و آداب.

۵. همان، ج ۲۰، ص ۱۸۴، باب ۹۸ از ابواب مقدمات النکاح و آداب، حدیث اول.

۶. همان، ج ۲۰، ص ۲۳۳، باب ۱۳۰ من ابواب مقدمات النکاح و آداب، حدیث ۲.

۷. «فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا»، سوره احزاب، آیه ۳۲.

۸. سوره نور، آیه: ۳۱.

۹. طوسی، محمد بن الحسن، الاستبصار، ج ۳، ص ۱۲.

۱۰. کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، ج ۵، ص ۴۲۴؛ طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۴۷۰.

۱۱. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۴۷۴.

۱۲. کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، ج ۲، ص ۳۶۰.

۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۳۱۲، ح ۲.

۱۴. همان، ج ۱۶، ص ۵۰، ح ۱۴.



اطلاقات به واسطه آن^۱ افزون بر اینکه این بیان، از آنجا که تقیید و انصراف در حکم عقل بی معناست، تنها نسبت به ادله نقلی جاری است. به نظر می‌رسد وجه صحیح مقدم شدن موارد اهتمام این باشد که در صورت فهم اهتمام شارع، این خود نوعی بیان بر وجوب احتیاط و عدم جریان براءت است. بنابراین ادله اثبات‌کننده اهتمام به لحاظ فنی وارد بر ادله براءت نقلی و عقلی می‌شوند، همان‌گونه که امارات وارد بر اصل براءت‌اند.

۱-۱. تطبیق بر رفتار حاکم

نکته مهم در این میان این است که شکی نیست که رفتار حاکم از مواردی است که مورد اهتمام فراوان شارع است؛ چه آنکه در رفتار حاکم غالباً موارد متعددی از اموال و نفوس و عرض مسلمین تحت تاثیر قرار می‌گیرد. حتی اگر فرض شود رفتار حاکم به هیچ عنوان -چه به شکل مستقیم و چه به شکل غیرمستقیم- ارتباطی با اموال، نفوس و اعراض ندارد، باز می‌توان گفت با توجه به اینکه رفتار حاکم رفتار کلان است، موجب تراکم مصالح متعدد به اندازه افراد درگیر با آن رفتار از جامعه می‌شود. از این رو حتی اگر نفس متعلق رفتار حاکم، دارای اهمیت کمتری از اموال و نفوس و اعراض باشد، اما تراکم آن باعث می‌شود که اهمیت آن از یک مورد نفس و عرض و مال بیشتر گردد.

افزون بر این، اهمیت رفتار حاکم نزد شارع، از ادله متعددی نیز قابل استفاده است مانند آیات ۴۴، ۴۵ و ۴۷ سوره مائده. خداوند در این آیات افرادی را که به حکم خدا فرمان نمی‌دهند، کافر، ظالم و فاسق می‌نامد. همچنین آیه ﴿وَأَن اِحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ دُنُوْبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾^۲ که حکم به «ما انزل الله» را واجب و مخالفت با آنان و حتی تحریک در مخالفت را با شدت مورد نهی و نفی قرار می‌دهد و همین‌طور آیه: ﴿فَلِذَلِكَ فَادْعُ وَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَقُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ مِنْ

۱. «و حينئذ لا ريب في أنه باستكشاف وجوب الاحتياط شرعاً في مثل هذه الامور المهمة من شدة اهتمام الشارع بها يقيد اطلاعات أدلة البراءة الشرعية لو سلم إطلاقها و عدم انصرافها عن مثل هذه الامور.» مكارم شيرازي، ناصر، انوارالاصول، ج ۳، ص ۱۹۹.

۲. سوره مائده، آیه ۴۹.

كِتَابٌ وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ^۱ که مأموریت پیامبر (ص) را اجرای عدل واقعی دانسته و بر اجرای فرامین الهی و استقامت بر آن تأکید می‌ورزد.

همچنین از توجه ویژه شارع به وجوب اطاعت از حاکم حق، و نیز شرط علم و عدالت و سایر شرایط سخت‌گیرانه در حاکم که جلوی لغزش و خطای او را بگیرد و اینکه حکم او هم طراز حکم امام معصوم و عدم قبول آن استخفاف به حکم خداوند ورد و مخالفت با او در حد شرک به خداوند^۲ دانسته شده است، اهمیت رفتار حاکم نزد شارع فهمیده می‌شود.

۲. ویژگی برخی از عناوین احکام

در مورد دلیل اهتمام شارع در مورد عرض، نفوس و اموال، مرحوم اراکی بیان دیگری دارند. وی معتقد است نفس مسئله وجوب حفظ در موارد مذکوره، خصوصیتی دارد که موجب تنجز احتمال می‌شود. به این شکل که وجوب حفظ، مستلزم نوعی نگهداری است که با رها کردن و بی‌توجهی در موارد احتمال منافات دارد. مثلاً هدف قرار دادن شخصی که از دور پیدا است و معلوم نیست مسلمان است یا نه، مخالفت با تحفظ از جان مسلمان به حساب می‌آید. همچنین اگر کسی مال خود را در جایی که احتمال دزدی می‌رود رها کند، از مال خویش محافظت ننموده است، هر چند مال او مورد دزدی واقع نشود. از همین جهت است که فقیهان فتوا داده‌اند اگر کسی وارد مسیری شود که در آن گمان خطر می‌رود، باید نماز خود را به اتمام به جا آورد، هر چند خطری واقعی برای او پیش نیاید.

وی می‌گوید: «بالجملة حال حفظ همان حال احتیاط است، که همان‌گونه که در موارد احتمال ضرر، صادق است هر چند ضرر واقعی در بین نباشد، و ترک احتیاط در آن موارد تهور است، اینجا هم، چنین است، و در این موارد حکم بر مدار واقع نیست، بلکه احتمال دخیل تام در صدق آنهاست، حفظ و رعایت جانب نیز همین‌گونه است.»^۳

صرف نظر از صحت و سقم این مبنا، براساس آن می‌توان گفت در حوزه مسائل حکومتی نیز، مسئله از همین قبیل است؛ از آنجا که رعایت مصلحت جامعه و رشد آنها بر والی واجب

^۱. سوره شوری، آیه ۱۵.

^۲. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۳۰۱.

^۳. اراکی، محمدعلی، المکاسب المحرمه، ص ۲۳۶.





است، چنین حکمی خودبه‌خود موجب تنجز احتمال می‌گردد، چراکه عرفاً رعایت مصلحت با بی‌توجهی به موارد احتمال، سازگاری ندارد.

البته در مورد وجوب رعایت مصلحت، این نکته حایز اهمیت است که این حکم به چه اندازه‌ای است؟ آیا صرف دفع مفسده از جامعه کافی است یا جلب مصلحت، موضوعیت دارد و یا افزون بر این، حاکم بالاترین مصلحت ممکن را باید برای جامعه به دست بیاورد؟ به نظر می‌رسد هر یک از مراحل سه‌گانه فوق که مورد قبول واقع گردد، به نوعی وجوب احتیاط برای حاکم ثابت می‌شود، براین اساس، حتی در فرض وجوب دفع مفسده نیز، لازم است حاکم چنین التزامی داشته باشد که اطمینان به نبود مفسده در رفتارهایش پیدا کند و در این موارد صرف احتمال مانع از جواز تصرفات وی می‌گردد.

۳. مبنای میرزای نائینی

پیش از این اشاره شد که مرحوم نائینی عدم جریان برائت در امور سه‌گانه مهم را، به این شکل تبیین می‌کند که اهمیت آنها از مستقلات عقلیه است درعین حال، او بیان دیگری نیز برای این مسئله دارد. وی مسئله را به‌گونه‌ای بیان می‌کند که موجب انقلاب اصل برائت در این موارد می‌شود. او این احتمال را مطرح می‌کند که هرگاه ترخیص، معلق بر یک امر وجودی گردد، به دلالت التزامی عرفی، دلالت می‌کند بر اینکه رخصت، منوط به احراز آن امر وجودی است؛ مثلاً ممکن است از آیه ﴿احل لكم الطيبات﴾^۱ چنین استفاده شود که در محدوده مأكولات تنها هنگامی که عنوان «طیبات» احراز شود، حلال است؛^۲ از این رو در این موارد، اصل برائت منقلب می‌شود. وی نظر مشهور در مورد احتیاط در نفوس و فروع و اموال را از این باب می‌داند.^۳ درعین حال، وی در جای دیگری این قاعده را مختص به مواردی می‌داند که حکم ترخیصی اباحی بر امر وجودی معلق باشد و این حکم از باب تسهیل و امتنان باشد، نه جایی که حکم عزیمتی تحریمی بر امر وجودی معلق است.^۴

۱. سوره مائده، آیه ۴.

۲. میرزای نائینی ضمن تصریح بر اصل کبری، تطبیق آن را بر این مثال محل اشکال می‌داند، ر.ک: نائینی، محمدحسین، فواند الاصول، ج ۳، صص ۳۸۵-۳۸۷.

۳. نائینی، محمدحسین، رسالة الصلاة فی المشکوک، صص ۳۳۰-۳۳۱.

۴. نائینی، محمدحسین، فواند الاصول، ج ۳، ص ۳۸۶.

به نظر می‌رسد دیدگاه آیت الله سبحانی در مسئله احتیاط در اموال و اعراض و نفوس نیز، از همین باب است.^۱ بیان مطلب اینکه، از آنجا که مثلاً حکم جواز وطی و نظر و امثال آن، معلق به وجود وصف زوجیت شده است، چنین فهمیده می‌شود که حکم جواز، منوط به احراز این صفت است. همچنین از آنجا که حکم جواز تصرف در اموال، معلق شده بر اینکه آن مال از اموری باشد که خداوند آن را حلال کرده، جواز تصرف، معلق بر احراز این قید است. از این رو در صورتی که احراز قید مورد شک باشد، نمی‌توان جواز نظر و یا تصرف را احراز کرد و در نتیجه باید احتیاط نمود.

در بررسی این مطلب می‌توان گفت اولاً، دلیل مقید کردن این قاعده به موارد امتنان و تسهیل، معلوم نیست و صاحب نظریه نیز توضیحی در این باره ارائه نداده است؛ ثانیاً، وجهی برای تسهیلی یا امتنانی بودن حکم جواز وطی و جوجه و نیز تصرف اموال حلال بیان نشده است؛ ثالثاً، چه تفاوتی میان تعلیق حکم به امر وجودی و تعلیق آن بر امر عدمی وجود دارد که صاحب این نظریه آن را محدود به موارد تعلیق بر امر وجودی دانسته است؟؛ رابعاً، به نظر می‌رسد عمومیت این قاعده، متوقف بر پذیرش مفهوم وصف در موارد این قاعده است که مشهور با آن مخالف است و باید گفت دلالت وصف بر مفهوم، بسته به موارد، مختلف است. درعین حال، باید گفت پذیرش این قاعده به شکل کلی و بدون در نظر گرفتن موارد فوق، به معنای تعطیلی اصالت برائت است؛ چراکه لاجرم هر حکمی معلق بر موضوع خویش است.

البته ممکن است مطلب این‌گونه تبیین شود که هرچند اصل اولی در احکام در فرض شک، برائت است، اما در برخی موارد، اثبات موضوع لازم است، مانند بحث نظر که دارای یک عام فوقانی است که مستلزم حرمت نظر است. از این رو تخصیص یا تقیید این مطلب نیاز به اثبات دارد و در فرض شک در آن، مرجع همان عام فوقانی است. این تبیین هرچند به خودی خود قابل پذیرش است، اما باید گفت در این تبیین تفاوتی میان موارد حکم ترخیصی و الزامی و نیز در الزامی‌ها بین حکم وجوبی و تحریمی و نیز بین موارد امتنان و عدم آن نیست.

۱. سبحانی، محمدتقی، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الاسلامیة الغراء، ج ۱، ص ۳۲۰.





به هر صورت در فرض پذیرش مبنای مذکور می‌توان گفت در مورد رفتار حاکم با توجه به اینکه جواز تصرف حاکم در اموال و نفوس، معلق بر رعایت مصلحت و عدالت و تأمین اهداف اسلامی از حکومت است، تنها در فرضی می‌توان قائل به جواز شد که این قیود، یعنی مصلحت و عدالت، احراز گردد و در صورت شک در آن، مرجع همان عمومات حرمت تصرف در اموال و نفوس دیگران است.

به این وجه ممکن است چنین اشکال شود که این مطلب در صورتی صحیح است که اختیار حاکم از باب امور حسبه و رجوع به قدر متیقن باشد؛ اما اگر اطلاعات ادله ولایت فقیه مورد پذیرش واقع شود، این اطلاعات با توجه به اینکه اخص مطلق از ادله حرمت تصرف در اموال و نفوس مؤمنین است، مقدم بر آن خواهد بود و در نتیجه مرجع در موارد شک، اطلاعات ادله ولایت فقیه است که نتیجه آن، اختیار فقیه و مخالف با وجوب احتیاط خواهد شد. در پاسخ به اشکال فوق باید گفت اطلاعات ادله ولایت فقیه، هر چند بر ادله حرمت تصرف در اموال و نفوس مؤمنین مقدم‌اند، اما نسبت به رعایت مصلحت و عدالت - حال یا به نحو تقیید منفصل یا به نحو قید لبی که در قوه مقید متصل است - مقیدند. بنابراین تمسک به دلیل در این موارد، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود که قابل پذیرش نیست.

۴. انصراف ادله برائت از رفتار حاکم

این دلیل اختصاص به برائت شرعی دارد. در مورد اینکه پس از اثبات عدم جریان برائت شرعی، نسبت مسئله با برائت عقلی چگونه است، توضیحاتی در ادامه خواهد آمد. به دو وجه می‌توان بیان کرد که ادله برائت نقلی از رفتار حاکم انصراف دارند:

۴-۱. امتنایی بودن ادله برائت نقلی

به نظر می‌رسد این مسئله (امتنایی بودن ادله برائت نقلی) را نخستین بار شیخ انصاری مطرح کرده است.^۱ براین اساس، ادله‌ای همچون ادله نقلی برائت، امتنایی‌اند و از این‌رو در

^۱ وی در بحث برائت شرعی این مطلب را مطرح کرده است که بعید نیست که حدیث رفع آثاری که رفعشان منافات با امتنان دارد، نفع ننماید، ر.ک: انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، ج ۲، ص ۳۵.

موارد خلاف امتنان، جاری نیستند. پس از شیخ انصاری مشهور اصولیان با وی موافقت کرده‌اند.^۱

براساس این نظریه، امتنانی بودن ادله شرعی برائت، به این معناست که دلالت این ادله چنین است که این اصل را شارع مقدس از باب امتنان بر بندگان تشریح نموده است. از این رو ادله‌ای که دال بر امتنان است، نمی‌تواند اثبات‌کننده باشد حکمی که خلاف امتنان بر امت است. در این زمینه می‌توان گفت که بی‌توجهی به مصالح عمومی جامعه با امتنان بر آنان منافات دارد، هر چند این مصلحت احتمالی باشد.

۲-۴. انصراف از حاکمان

با رجوع به ادله برائت شرعی درمی‌یابیم که این ادله، خطاب به جامعه هستند، نه حاکمان و یا دست‌کم شمول آنها نسبت به حاکمان، محل تردید است. درعین حال، نمی‌توان در فرض تردید، به اصالة الاطلاق ادله رجوع کرد؛ چراکه این ادله محفوف به «محتمل القرینة» هستند و از این رو مقدمه «عدم قرینه» از مقدمات حکمت، احراز نخواهد شد.

مشهورترین دلیل در ادله برائت نقلیه، «حدیث رفع» است. این حدیث بر رفع برخی موارد از امت دلالت می‌کند: «رفع عن امتی ...»^۲ براین اساس، می‌توان گفت چه بسا مراد از امت، عموم مردم باشند، نه حاکمیت. هر چند در جای خود ثابت شده است که امت بدون حاکمیت و اراده غالب مرکزی بی‌معناست،^۳ لکن استعمال امت در برابر حاکمیت، استعمال شایعی است و از این رو احتمال انصراف، احتمال قابل اعتنایی است.

دلیل دیگر برائت نقلی، آیه ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^۴ است. در این آیه تقابل رسول به عنوان حاکم جامعه با سایرین مشخص است و بی‌شک آیه در مقام بیان عدم عذاب جامعه است و ناظر به بیان حکم حاکم نیست. در مورد آیه ﴿لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ و

^۱ این نکته قابل توجه است که امام خمینی (ره) علی‌رغم پذیرفتن اصل امتنانی بودن، ثمرات مترتب بر آن را نمی‌پذیرند: موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۵۲۹. در عین حال بحث صورت گرفته در این بحث بر مبنای پذیرش نظریه شیخ اعظم در این باره می‌باشد.

^۲ مجلسی، محمدباقر، بحار الأنوار، ج ۷۴، ص ۱۵۳.

^۳ ر.ک: اراکی، محسن، نظریة الحکم فی الاسلام، صص ۲۰-۲۱.

^۴ سوره اسراء، آیه ۱۵.





آیه «قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ»^۱. بر فرض پذیرش دلالت بر اصل برائت، می‌توان گفت این آیات نیز ناظر بر تکلیف فرد و مکلف خرد هستند و در مقام بیان تکالیف کلان حاکمیت نیستند.^۲

۳-۴. رجوع به برائت عقلی در فرض عدم جریان برائت شرعی

آنچه اینجا حایز اهمیت است این است که در صورتی که انصراف ادله برائت شرعی از رفتار حاکم پذیرفته شود، باید در این مورد به برائت عقلی رجوع نمود. براین اساس، تفاوت عملی دودیدگاه «حق الطاعة» و «قبیح عقاب بلا بیان» مشخص می‌شود که براساس نظر اول نتیجه، لزوم احتیاط و براساس نظر دوم نتیجه، جریان برائت است.

۵. اقتضای قاعده «اشتغال»

یکی از قواعد اصولی بیان شده توسط اصولیان، قاعده «وجوب تحصیل برائت یقینی در فرض اشتغال یقینی» است. براین اساس باید گفت زمانی که تکلیفی بر عهده مکلف ثابت شود، ذمه مکلف تا زمانی که اطمینان به خروج تکلیف از عهده‌اش پیدا نکرده باشد، مشغول است.

براین اساس، می‌توان گفت با توجه به این مطلب که تصرفات ولی و حاکم به‌عنوان ولی و حاکم، مشروط به مصلحت و عدالت است، احراز این عناوین بر حاکم در تصرفاتش لازم است و در غیر این صورت او اطمینان به برائت یقینی پیدا نمی‌کند. به تعبیری دیگر، وجوب مصلحت بر حاکم، نوعی علم اجمالی برای او می‌سازد که خروج او از این علم اجمالی بدون احتیاط ممکن نیست؛ چراکه در هر تصرفی او اجمالاً می‌داند که یکی از اطراف اختیار تکوینی او موافق با مصلحت و عدالت است و او مکلف به همان است.

۱. سوره انعام آیه ۱۵۴.

۲. ممکن است به نظر بیاید که این آیه بر فرض دلالت بر برائت، خلاف مدعا را ثابت می‌کند؛ چراکه این خود جریان برائت توسط حاکم است. پاسخ این است که اولاً، عموماً استدلال را نپذیرفته اند؛ ثانیاً، این آیه در مورد رفتار حاکم نیست، بلکه عدم وجدان پیامبر (ص) که حاکم است دلیل بر برائت در رفتار جامعه است؛ ثالثاً، رسول خدا (ص) حیثیت‌های متعددی دارد، از آن جمله است حاکمیت و همچنین تبلیغ احکام از طرف خداوند، این آیه ناظر به حیثیت مبلغ از طرف خدا بودن رسول اعظم (ص) است، نه حیثیت حاکمیت آن حضرت.

باید توجه داشت که مقید بودن اختیارات حاکم به مصلحت و عدالت، منافاتی با مطلقه بودن ولایت فقیه ندارد؛ چون اطلاق ولایت فقیه در مقابل قید امور حسبیه است، و الا نسبت به قید مصلحت و عدالت، یا به قید لبی - که در قوه مخصص متصل است - و یا به مخصصات منفصل، تخصیص یا تقیید می خورد.

نکته دیگر اینکه با توجه به اینکه قید مصلحت، قید جواز تصرف حاکم است و ادله تصرف حاکم خود تحت عمومات فوقانی دیگر همچون حرمت مال مسلم و عدم جواز تصرف در مال او و نیز حرمت تصرف در اموال امام و نیز ممنوعیت تحریم ما احل الله و امثال آن قرار می گیرد، در صورت عدم احراز مصلحت و عدالت، مرجع این عمومات خواهند بود. براین اساس، نمی توان ملتزم شد که در صورت امثال برخی از موارد معلوم عدالت و مصلحت، علم اجمالی منحل گشته و در نتیجه برائت جاری می شود.

اصل موضوعی و اصل حکمی

آیا جریان اصل موضوعی در موارد وجوب احتیاط در صورتی که مسئله را خارج از موضوع احتیاط کند، مصحح عمل است یا خیر؟ مثلاً بنا بر آنچه گفته آمد، مرجع در شک در موضوع نفوس، احتیاط است نه برائت؛ درعین حال ممکن است به واسطه جریان استصحاب، ثابت شود که شخصی کافر حربی یا محارب و یا مفسد فی الارض است تا نفس او دیگر حرمت نداشته باشد و شک به واسطه این اصل موضوعی، برطرف گردد. براین اساس آیا استصحاب مقدم است یا احتیاط؟

این مسئله، خارج از موضوع این نوشتار است و از ادله پیش گفته نمی توان در مورد آن نتیجه گرفت. البته از برخی عبارات فقیهان که پیش تر نقل شد، چنین برمی آید که حتی در صورت وجود اماره یا اصل غیرعلمی، باز هم در موارد اهتمام شارع، احتیاط لازم است. در صورت اثبات چنین مطلبی باید گفت نمی توان با صرف وجود اصل موضوعی دست از احتیاط برداشت، هر چند اثبات چنین مطلبی بسیار سخت است.



عدم وجوب احتیاط در احتمالات غیر معتدبه عقلایی

روشن است که «اطمینان» حجت است و آنچه در این نوشتار مورد بررسی قرار گرفته است، شرایطی است که احتمال مخالف به حدی باشد که اطمینان را از بین ببرد. در غیر این صورت و با فرض وجود اطمینان برای حاکم، براساس دلایل ذکر شده در حجیت اطمینان، به احتمال مخالف، اهمیتی داده نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

دلایل اصل برائت شرعی و نقلی در مورد رفتار حاکم به‌عنوان شخصیت حقوقی، جاری نیست و یا دست‌کم جریان برائت در این موارد با اشکالاتی مواجه است. بنا بر مبنای مشهور که اهتمام ویژه شارع به برخی امور را مانع از جریان برائت در آن می‌داند، می‌توان گفت شکی در اهتمام شارع در موارد رفتار حاکم نیست. همچنین می‌توان گفت نفس وجوب رعایت مصلحت و منافع عمومی با عدم احتیاط ناسازگاری دارد.

براساس مبنای خاص میرزای نائینی در مورد عدم جریان برائت در اموال و اعراض نیز می‌توان گفت که این مبنا منطبق بر رفتار حاکم نیز می‌باشد.

از سوی دیگر، ممکن است گفته شود دلایل برائت نقلی به دو دلیل از رفتار حاکم انصراف داشته یا دست‌کم جریان اطلاق این دلایل در رفتار حاکم قابل احراز نیست: نخست اینکه ادله برائت نقلی اختصاص به موارد امتنان دارند و جریان برائت در رفتار حاکم خلاف امتنان بر جامعه است؛ دوم اینکه بسیاری از این ادله در مورد جامعه هستند نه حاکمان جامعه. براین‌اساس در صورتی که در مسئله برائت عقلی قاعده «قبح عقاب بلا بیان» پذیرفته شود، تنها برائت عقلی جاری خواهد بود و در صورتی که در برائت عقلی نظریه «حق الطاعة» مورد پذیرش واقع شود، مجالی برای جریان برائت نخواهد بود.

دلیل دیگر مطلب نیز وجود علم اجمالی است که براساس آن وظیفه حاکم اجرای عدل و مصلحت عامه است و در موارد شک، تنها با احتیاط می‌تواند از عهده این تکلیف خارج شود. امکان‌سنجی و چگونگی احتیاط و نیز بررسی تکلیف در فروض عدم امکان احتیاط مطالبی است که پیشنهاد می‌شود در پژوهش‌های پیش‌رو مورد توجه پژوهش‌گران علاقه‌مند قرار گیرد.



کتابنامه

۱. قرآن کریم
۲. نهج البلاغه، صبحی صالح.
۳. ابن شعبه، حسن بن علی.. تحف العقول، قم: آل علی علیه السلام ۱۳۸۲ ش.
۴. اراکی، محمد علی، مکاسب المحرمه، قم: موسسه در راه حق، ۱۴۱۳ ق.
۵. انصاری، مرتضی، کتاب النکاح، قم: الأمانة العامة، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
۶. —، فرائد الاصول، قم: مجمع الفكر الاسلامي، چاپ نهم، ۱۴۲۸ ق.
۷. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، التصحيح: محمد تقی ایروانی - سید عبدالرزاق مقرم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
۸. بدری، تحسین، معجم مفردات أصول الفقه المقارن، تهران: المشرق للثقافة، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.
۹. حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، تذکرة الفقهاء، تهران: مکتبه المرتضویه. بی تا.
۱۰. حلّی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط. الحديثة)، قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم. مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۹ ق.
۱۱. خراسانی، محمد کاظم، فرائد الأصول، تهران: وزارت ارشاد، بی تا.
۱۲. —، کفاية الاصول، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
۱۳. خمینی، سید روح الله الموسوی، مکاسب المحرمه، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
۱۴. خمینی، سید مصطفی، تحریرات في الأصول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
۱۵. خوئی، سید ابوالقاسم، موسوعة الامام الخوئی، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ ق.
۱۶. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام. ۱۴۱۸ ق.



۱۷. صالحی منش، علی، «موضوع در فقه نظام از دیدگاه آیت الله اراکی»، فقه نظام ساز، شماره دوم، دوره اول، ۱۴۰۱ ش.
۱۸. صدر، محمداقبر، بحوث في علم الأصول، مقرر: هاشمی شاهرودی، محمود. قم: مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامي. بی تا.
۱۹. صیمیری، مفلح بن حسن حلی، جعفر بن حسن، غایة المرام في شرح شرائع الإسلام، کوثرانی، جعفر، بیروت: دار الهادي، ۱۴۲۰ ق یا ۱۹۹۹ م.
۲۰. طوسی، محمد بن الحسن، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، تحقیق: خراسان، حسن الموسوی، طهران: دارالکتب الاسلامیة، الطبعة الاولى، ۱۳۹۰ ق.
۲۱. ———، تهذیب الاحکام، تحقیق: خراسان، حسن الموسوی، طهران: دار الکتب الاسلامیة، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۷ ق.
۲۲. عاملی، محمد بن الحسن الشیخ حر، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. عاملی، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم المقدسة: مؤسسه المعارف الإسلامیة، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، غایة المراد في شرح نکت الارشاد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. فاضل لنکرانی، محمدجواد، و فخرالاسلام، علی. التلقیح الصناعي دراسة فقهية حقوقية. دمشق - سوریه: حوزة فقه الاثمة الأطهار عليهم السلام، ۱۴۲۹-۲۰۰۸ م.
۲۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، المكاسب المحرمة (لنکرانی)، قم: مركز فقه الأئمة الأطهار عليهم السلام، ۱۳۸۵-۱۴۲۷ ق.
۲۷. فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام، قم: كتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۵ ق.
۲۸. فخرالمحققین، محمد بن حسن، ايضاح الفوائد ، موسوی کرمانی ، سيدحسين (مصحح)، کوشان پور، محمد حسين (اهتمام)، بروجردی، عبدالرحيم (مصحح)، اشتهااردی، علی پناه (مصحح)، قم: اسماعيليان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.



٢٩. كركى، على بن حسين (محقق كركى)، جامع المقاصد في شرح القواعد، تحقيق: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث. ١٤١٤.
٣٠. كليني، محمد بن يعقوب، الكافي، محقق / مصحح: غفارى على اكبر و آخوندى، محمد، تهران: دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق.
٣١. الماوردى، ابوالحسن علي بن محمد، الاحكام السلطانية، القاهرة: دارالحديث، بدون ذكر التاريخ و النوبة.
٣٢. محسن اراكى، اصول فقه نظام، قم: نشر ناب ماندگار، چاپ اول، ١٤٠١ ش.
٣٣. محقق كركى، على بن حسين، رسائل المحقق الكركى، حسون، محمد (محقق)، قم: مرعشى، محمود، تحت اشراف كتابخانه عمومى آيت الله مرعشى نجفى (ره)، چاپ اول، ١٣٦٨ ش.
٣٤. مصطفوى، حسن، التحقيق في كلمات القرآن الكريم، تهران: مركز نشر آثار علامه مصطفوى، اول، ١٣٨٥ ش.
٣٥. مقدس اردبيلى، احمد بن محمد، يزدى، حسين (مصحح)، عراقى، مجتبى (مصحح)، اشتهاردى، على پناه (مصحح)، مجمع الفائدة والبرهان، قم، چاپ اول، ١٤٠٣ ق.
٣٦. مكارم شيرازى، ناصر، قدسى، احمد (مقرر)، انوار الأصول، قم: مدرسة الامام اميرالمؤمنين، دوم، ١٤٢٨ ق.
٣٧. منتظرى، حسينعلى. دراسات فى ولايه الققيه و فقه الدوله الاسلاميه، قم: نشر تفكر، بى تا.
٣٨. موسى خوانسارى، احمد، جامع المدارك في شرح المختصر النافع. غفارى، على اكبر، تهران: مكتبه الصدوق، ١٣٥٥ ش.
٣٩. نائينى، محمد حسن، اجود التقريرات، المقرر: ابوالقاسم الخويى، قم: الطبعة الاولى، مطبعة العرفان، ١٣٥٢ ش.
٤٠. نائينى، محمد حسين، و غروى نائينى، جعفر، رسالة الصلاة في المشكوك، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ١٣٧٦-١٤١٨ ق.



۴۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، الطبعة السابعة، ۱۴۰۴ ق.
۴۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، و استادی، رضا، *رسائل و مسائل*، قم: کنگره بزرگداشت محققان ملا مهدی و ملا احمد نراقی، ۱۳۸۰-۱۴۲۲ ق.
۴۳. هاشمی شاهرودی، محمود، *موسوعة الفقه الإسلامی المقارن*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۳۲ ق.
۴۴. یزدی، محمدکاظم و آملی، محمد تقی، *مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی*، ۱۳۸۴ ش.



ب

دوفصلنامه تخصصی فقه نظام ■ سال دوم ■ شماره سوم ■ بهار و تابستان ۱۴۰۱