

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين

برای دانلود متن [کلیک کنید](#)

اللهم عجل لوليک الفرج واحفظه من کل سوء واجعلنا من خیر اعوانه وانصاره  
مستحضرید ما با عنوان اصول فقه کاربردی در قضا و جزا مباحثی را از اصول فقه مطرح می کنیم مثالهای واقعی که در فقه آمده یا بعضا پرونده قضایی دارد برای بحث و گفتگو و بعضا هم روی یک مثال دارد پیاده شود و بعدا فاضل ما بتواند این را روی موارد متعدد پیاده کند .

برخی مباحث در اصول فقه ما ردیف بودجه دارد بحث قبلی ما مفهوم گیری بود . مفاهیم در اصول فقه ما جاداد و ردیف بودجه دارد. اما برخی مباحث کارتن خواب هستند و به نوعی ردیف بودجه ندارند.

این بحثها معمولا به اشاره تمام می شوند اما همین کارتن خوابها بعضا چقدر تاثیر دارند آثار فتوایی دارد .... اگر بخواهیم یک اسمی برای بحث امروز خودمان بگذاریم من پیشنهاد میدهم که بگذاریم : اسم گرایی و کارکرد گرایی یا نومینالیزم و فاکشنالیزم از کتاب مبانی تکملة المنهاج آقای خوبی من برایتان میخوانم ج 2 ص 268..... در بحث موجبات ضمان و مساله آن هم که ثابت است . این مساله در اصول بی سابقه نیست ولی چون عنوان ندارد باید بیشتر دقت کنید .

لو شهر سلاحه فی وجه انسان ففر و القی نفسه فی بئر او من شاق اختیارا فمات فما ضمان علیه ..... زن و شوهر دعویشان می شود و قمه می کشد یکی از این دو زن و یا مرد خودش را پرتاب می کند و می میرد ... آقای خوبی می گوید این چاقو کش ضامن نیست . قصاص ندارد دیه هم نباید بدهد ..... حالا این که گنه کار است درست است اما از نظر حکم وضعی هم قصاص منتفی هست هم دیه .

البته نباید بحث را به جایی برد که مثلا چاقو کشیدن به حق باشد ...

زن و شوهر دعویشان شد سر هیچ و پوچ این شوهر عصبانی بد اخلاق چاقو کشید و فرار کرد و این طور شد ؛ آقای خوبی می گوید با این که زن به خاطر فرار از این قضیه مثلا از پشت بام سقوط کند و فوت کند ضمانتی بر شوهر نیست!

و اما انا کان بغير اختیار ..... اما اگر افتادش در چاه یا از بلندی بی اختیار بود، کما انا کان اعمی و نمی دانست این چاه پشت بام است یا شخص نابینایی که کسی دنبالش کرد که او را بکشد و او هم فرار کرد ، اتفاقا مثلا شرکت گاز هم چاهی کنده بود ..... این چاه گفته شده که ضامن است .

فرقش با قبلی این بود که صورت قبلی با اختیار خودش را در چاه انداخت یا با اختیار خودش را از پشت بام پرتاب کرد، ولو بخاطر ترسی که پشت سرش بود، اما در فرض دوم بی اختیار بود... آقای خوبی می فرماید: لکنه لا یخلو من اشکال .... بل لا یبعد عدم الضمان .... این چاه مثل قبلی نه قصاص است نه دیه ... و بعد می گویند ولکن از اضطره الی مضیق .... افترسه سبع او ما شابه ذلک ..... مثلا گذاشت پشت سر یک نفر و او هم رفت در قفسه شیر

دعوا می کنند بد اخلاق قمه کش می گذارد دنبال طرف مقابل و او هم نه وسیله دفاعی دارد و دعوا هم فرض کنید بر سر هیچ و پوچ هم هست ، سر یک کرایه مغازه یا سر کرایه یک تاکسی میزند و طرف را از کار می اندازد... ایشان می گوید لا یضمّن .... به نظر شما فارغ از همه جهات، این فقاهت و این فقه طبیعی مینماید؟!

سوال این است که در حد یک نگاه خارجی آیا ما میتوانیم این شکل از قضاوت را به دنیا ارائه دهیم ؟

و از آن هم دفاع کنیم؟ آقای خویی می گویند: بله.... ما می‌خواهیم عرض کنیم این جا یک گیری دارد....مطلب اصولی ما این است: حرف امروز ما این است که این فتوا نامطبوع است .

سوال این است در دعوی زن و شوهری که شوهر هیچ نمی فهمد و زنش را تهدید میکند که او را با چاقو خواهد کشت و دنبال زنش می کند و زن بیچاره وقتی از پشت بام خود را به پایین پرتاب می کند، آیا این جا شوهر باید گفت قصاص نباید بشود و دیه هم ندارد؟

لسان العرب و تاج العروس و مصباح المنیر برای جریان قتل زهاق روح را مد نظر دارد و از کلمه قتل صحبت میکند و این عده که می گویند ضمانی است و نه دیه ای باید پرداخت شود دست روی همین مورد می‌گذارند و مدعی هستند که این جا زهاقی صورت نگرفته و قتل به ظاهر از سوی قاتل صورت نگرفته!

ولذا آقای خویی در همان بخش اول، می گوید خلافاً للعلامة فی التحریر... چون این بزرگوار از ضمان حرف زده است . و آقای خویی می گوید: و فیه انه لا وجه له بعد ما کان هو مباشر للموت باختیاره.... خودش مباشر مرگش بوده و مرگ و قتل با معنایی که دارد مستند به مهد نیست و این جا شوهر تهدید کرده و حکم مکره را دارد... و ما در حکم مکره هم گفتیم مکره اگر کارش به قتل منتهی شود مکره ضامن نیست. و مکره نه قصاص می شود و نه دیه باید بدهد. جان مطلب هم این است که ایشان می گوید: این جا قتل صادق نیست.

این جا آقای خویی با زمی فرماید... خلافاً لظاهر کلمات الاصحاب..... یعنی نظر ایشان در هر حال با اصحاب هم مخالف است... کلمات اصحاب ظاهرش اتفاق و اجماع است . و آقای خویی هم ابایی از این ندارند که با اجماع هم مخالفت کنند. ما این جا می‌گوییم شخص ضامن نیست؛ برای این که این خانم و اقا را که سبب موتش این شخص بوده آیا این آقا کشته است؟ ما می‌گوییم این آقا سبب موت بوده به سبب موت قاتل نمی‌گویند... ممکن است بگویند جاهایی است که سبب ضامن است یا قاتل است... ما دلیل خاص داریم اگر جایی سبب باشد و صدق کند... آری و البته باید دلیل خاص داشته باشیم. و لذا ما چشممان را بر هم نمی‌گذاریم که بگوییم: کل سبب للقتل قاتل.....

می‌گوید درست است که این سبب موت است..... لکن الالتزام بذلك مشکل بل لا یبعد عدم الضمان والوجه ان الضمان بالتسبیب خلاف القاعدة یحتاج الی دلیل بعد عدم صحة اسناد الفعل الی السبب

تو این جا نمی توانی بگویی تو آدم کشتی آیا مثلاً من شکم او را دریدم؟ یا سر او را بریدم؟ و یا... آیا شاهرگش را زدم؟ فقط چاقو کشیدم.. ایشان می گوید این جا فعل به سبب استناد داده نمی شود به خود آن فرار کننده استناد داده می شود . .... ان الفعل مستند الی المباشر دون السبب و لا دلیل علی ضمانه... البته بعد احتیاط می کند و می گوید اگر اجماع تمام شود، من چیزی نمی گویم . ولی اجماعی ما نداریم؛ در واقع ایشان تعارف کرده است . مبنای اصولی می گوید اجماع هم تمام شود فوری خواهید گفت اجماع مدرکی است یا محتمل المدرک است یا مدرک ندارد... به هر حال معلوم می شود که این جا نخواستند اند که برای خودشان در دسر درست کنند. ما می‌خواهیم که یک تحلیل این جا داشته باشیم . این را اگر بخواید رساله کنید یا این که پایان نامه باشد... یک پروژه تحقیقاتی باشد خیلی ارزشمند است و خیلی جای کار دارد.

● نام گرا یا واقع گرا

بحث این است که ما بالاخره در فقه امان باید نام گرا باشیم و یا واقع گرا؟

اصلاً فقه ما اسم گراست یا واقع گرا و غایت گراست؟

اگر گفتیم الاحکام تدور مدار الاسماء.... می‌شویم نام گرا.... و لذا باید روی کلمات عنایت کنیم و کنار دستمان هم کتاب لغت بگذاریم . و هر جا هم دجا رمشکل شدیم فوری برویم سراغ لغت..... اما اگر حداقل برخی موارد شدید غایت گرا... و گفتیم الاحکام تدور مدار المصالح یا مدار الواقع... مدار الواقع یا مدار المسمیات....

گاهی اوقات ممکن است فتوای ما با فرض اول فرق کند.

مبحثی بنده دارم فقه توقف حداکثری بر الفاظ نصوص (اسم گرایی) و فقه هویت گرا

بنده کلمه هویت را آوردم که واقعیت و یا هویت و... غایت را همه را شامل شود. که حدود سی صفحه را در کتاب روش

شناسی اجتهاد این مبحث به خود اختصاص داده است .

ما این جا می‌خواهیم با امثال آقای خویی و کسانی که در موارد مشابه دیگر برخی فتاوا را میدهند بگوییم که آقایان ما نهایتاً باید

اسم گرا باشیم یا هویت گرا و واقع گرا؟

شکی نیست که ما باید احکام را به دنبال اسماء ببریم زیرا ما نه اهل قیاسیم و اگر بخواهیم از الفاظی که شارع به کار برده ما بخواهیم الغای خصوصیت کنیم به راحتی فکر خطرناکی است... مراقب باشید با بیان من از خط اعتدال خارج نشوید که بعدا گرفتار یک فقه پوپولیزم ژورنالیزم داشته باشید و الوده به قیاس پیدا کنید شکی نیست که بنده این را نمی خواهم القا کنم اما بحث این است که ما تا کجا باید دنبال اسم باشیم؟

و یا روی اسم توقف کرد... اگر دقت کرده باشید بنده گفتم اصل توقف حداکثری بر الفاظ... اصل توقف را ما قبول داریم... بحث بر سر حد این توقف است....

به نظر ما این جا روی کلمه قَتَلَ آقای خوبی متمرکز هست که قتل را به خود شخصی که کشته شده نسبت داده است و نه به سبب ...

شارع وقتی میگوید اگر کسی ، کسی را بکشد، قصاص می شود، یا دیه باید بدهد آیا مصداق این حرف این است که حتما باید سرش را ببرد؟ وقتی چاقو میکشد و تهدید هم جدی است ، این شخص مقتول بیچاره هم خبر از این ندارد که شرکت گاز مثلا در فلان نقطه چاه حفر کرده است، و د رچاه می افتد در این جا درست است بگویم اسناد فعل به سبب صحیح نیست؟! یا این که از الفاظ بیابیم بیرون و قبول کنیم که واقعیت این کار ، قتل است. باید گفت این جا نباید سراغ کتاب لغت رفت، این جا باید سراغ عرف رفت.

ایشان می گوید ضمان به تسبیب خلاف قاعده است و اگر چند جا شارع گفته منحصر به همان موارد است .... فقه بیش از حد اسم گرا باعث میشود انسان جمود بر الفاظ داشته باشد.

آیا ضمان به تسبیب خلاف قاعده است؟ اگر سبب اقوا از مباشر باشد خلاف قاعده است قتل را به او نسبت دهیم؟ در حالی که اگر گفتیم آن واقعیتی که در سربریدن هم هست در این تهدید هم هست مشکل حل می شود.

جالب این است که علمای ما هر دو را دارند هم دارند الاحکام تدور مدار الاسماء هم این که الاحکام تدور مدار الواقع... یا الاحکام تدور مدار المسمیات... الاحکام تدور مدار المصالح

لذا ما این ها را در ترازو گذاشتیم ...

یک کفه را به اسماء دادیم و یک کفه را الاحکام تدور مدار الواقع

این ها با هم فرق دارد

گاهی وقتها ما باید اسماء و الفاظ را نگاه کنیم و برخی وقتها باید واقع را دید .

اگر کسی ، کسی را زخمی کرد به گونه ای که مثلا او را نکشت ولی او را زخمی کرد ... این جا بگویم قتل صادق نیست یا کسی کسی را اکراه کرد و گفت می روی دست فلانی را قطع می کنیم و الا خودت را می کشم ، می دانید ایشان این جا چه می گوید؟

اگر واقعا او هم رفت و دست فلانی را قطع کرد .... لو اکره شخصا علی قطع ید ثالث... وهدده بالقتل.... جاز له قطع یده... وهل

يسقط القصاص علی المکره؟ او ان القصاص يسقط فقط تثبت الدیه علی المباشر... وجهان : الظاهر هو الثانی... ولی نه مکره

قصاص می شود چون دستی را قطع نکرده است... نه مکره قصاص می شود چون مکره بوده است ولی باید دیه را بدهد چون

دست مردم را قطع کرده است.... می پرسیم: مکره چه می شود؟ می گویند : مکره گناه کرده خدا عذابش را زیاد کند اما در دنیا

نه قصاصی دارد و نه دیه ایشان می گوید عدم الثبوت القصاص علی المکره... چون قطع ید نکرده است و انما القاطع هو

المکره و اما عدم ثبوتش بر مکره برای این بوده که صدور قطع لیس عدوانا و ظلما .. بلکه از زباب این بوده که او را نکشد. رفته

دست او را قطع کرده اما ثبوت دیه چرا؟ برای چه مکره باید بدهد؟ چون لا یذهب دم مسلم هدرا... پس مکره هیچ اما مکره باید

دیه بدهد.

میدانید پشت این فکر چیست؟ ایشان می گوید به من بگوئید مکره قطع ید کرده است و قطع ید معنا دارد یعنی دستش را برید و

ایشان دست کسی را نبریده است ایشان دست کسی را نبریده و بلکه کسی را مامور کرده که برود این کار را بکند . و این جا

قصاص ندارد، چون مکره قطع ید نکرده است . وانما القاطع هو المکره... این همان نکته است که مکره ، قاطع نیست.

اگر ما واقع گرا باشیم در شکم این اکراه، قطع نیست؟

گاه شخص مستقیم دست کسی را می برد و گاه باعث میشود که فعل را به او نسبت دهند ولو این که در ظاهر او این کار را

مستقیماً انجام نداده باشد. و ما گفتیم معیار ضمان، اسناد فعل است عرفاً ...

وقتی کسی کسی را مجبور می کند که برود و دست کسی را قطع کند و او را به این کار تهدید می کند که اگر این کار را نکنی من تو را از بین می برم.. این جا مکره چرا دیه را بدهد؟ مکره بدهد... چه دلیلی این جا برای ابراء مکره می آورند؟ غیر از این که میگویند او در امان خداست. مکره کاری نکرده است؛ قطع ید نکرده است. کاری به او مستند نیست...!!!!

اما کسانی که واقع گرا باشند ، غیر از این را بیان می کنند.....

بحث اکراه آقای خوبی صفحه 18 از همان مبانی تکملة المنهج ص 21

ماده 349 قانون مجازات اسلامی را می خوانم ببینید چطور ارتباط پیدا میکند با بحث امروز ما ...

«ولی دم نمیتواند پیش از فوت مجنی علیه مجرم را قصاص کند».

ماده ۳۴۹- ولی دم نمی تواند پیش از فوت مجنی علیه، مرتکب را قصاص کند و در صورتی که اقدام به قتل مرتکب نماید،

چنانچه جنایت در نهایت سبب فوت مجنی علیه نشود مستحق قصاص است، در غیراین صورت به تعزیر مقرر در قانون،

محکوم می شود؛ مگر در موردی که ولی دم اعتقاد دارد مرتکب مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است که در این صورت، مستحق قصاص نیست.

ولذا اگر قصاص کردو رفت مرتکب را کشت اگر پسرش خوب شد این جا این پدر را قصاص می کنند چون کسی را کشته که

پسرش را نکشته است ولی اگر پسرش هم مرد، این جا قانون گذار می گوید درست است ولی دم پیشدستی کرده اما غلط کرده

قبل از قتل فرزندش رفته قصاص کرده اما قصاص نمی شود. چون مرتکب فرزند این را کشته اما تعزیر می شود چون

پیشدستی کرده است.

برخی گفته بودند این خلاف فقه است چون ما در دلیل داریم «ولی دم» و این کلمه وقتی صادق است که مقتول و یا مجنی علیه

فوت کرده باشد. ولی وقتی فرزندت را زخمی کرده اند فرزند کشته نشده زخمی شده و تو رفتی و جنایت کردی . من عقیده ام

این است که این تحلیل از آن روحیه نام گرایی بر می آید. لذا ما این قانون را تمام میدانیم .... چون ما این جا باید دنبال عنوان

قتل باشیم .....

البته این نکته را هم بنده گوشزد کنم که نمی خواهم نقش لغت را کم ارزش کنم...

خود بنده بیشترین استفاده را از لغت داشته ام اما به نظرم باید اسمگرایی و توجه به لفظ باید حساب و کتاب داشته باشد.

البته اگر این بحث اسم گرایی و کارکرد گرایی را بزرگانی مثل شیخ انصاری و یا آخوند خراسانی کار کرده بودند ما الان مشکلی

نداشتیم اما چون این ها به صورت رسمی و نهادینه کار نکردند ما هم با مشکلاتی در القای آن مواجهیم.

**و الحمد لله رب العالمین**