

از نظر مفهومی کاملاً متفاوت است؛ همانطور که در حقوق معاصر میان اصل قانونی بودن جرم با اصل قانونی بودن مجازات فرق است. ولی به نظر فقها از نظر عقلی هر دو به یک مبدأ بازگشت می‌کند و هر دو محکوم به قبیح است. و لذا در متون فقهی، حکم عقل به: «...لیقبح التکلیف و المواخذة مالم یکن بیان» به یکدیگر معطوف گردیده است.^{۱۱}

◁ ۵. بیان صادر یا واصل؟

ممکن است در نظر آید که مراد از بیان در این قاعده، تشریح اصلی است، هر چند به مکلف واصل نشده باشد. در نتیجه، چنانچه مرحله وضع و جعل و تشریح قانون منقضی شده باشد، مجازات شخص مرتکب قبیحی نخواهد داشت.

این برداشت با نظر بیشتر فقیهان امامی منطبق نیست. به نظر آنان تنجز تکلیف شرعی، متوقف بر وصول به مکلف است؛ چراکه مجازات شخصی که بر تشریح قانون آگاهی نداشته باشد، عقلاً زشت و قبیح است و لذا بیان به کار رفته در قاعده را بر بیان واصل تفسیر کرده‌اند و بر این حکم عقلی از میان روایات و احادیث واصله از سوی پیشوایان دینی شواهدی اقامه نموده‌اند. از جمله آنکه:

محمد بن مسلم گوید:

«از امام باقر علیه السلام پرسیدم مردی را به اسلام خوانده‌ایم و او پذیرفته است و پس از آن مرتکب شرب خمر و زنا و رباخواری شده، به خاطر آنکه احکام اسلامی برای او بیان نشده است؛ آیا حد بر او جاری می‌گردد؟ امام علیه السلام در پاسخ فرمود: خیر، مگر آنکه الیهات شود که می‌دانسته این اعمال حرام است.»^{۱۲}

و نیز در حدیث دیگر آمده است که امام صادق علیه السلام فرمود:

«در زمان ابوبکر مردی را آوردند که مرتکب شرب خمر شده بود. شخص مزبور نزد ابوبکر اقرار کرد، ابوبکر پرسید: چرا با وجود آنکه این عمل حرام است، مرتکب شدی؟ پاسخ داد: من بر حرمت آن آگاه نبودم و اگر می‌دانستم چنین کاری نمی‌کردم. خلیفه حیران شد و با عمر مشورت کرد. عمر گفت: مسأله مشکلی است. قصه را نزد علی علیه السلام آوردند. آن حضرت فرمود: شخصی همراه او کنید و به مجالس مهاجران و انصار بگردانید، چنانچه کسی گواهی داد که برای شخص مرتکب، آیه مربوط به حرمت خمر تلاوت شده است، مجازاتش کنید و در غیر این صورت رهایش سازید. و به همین رأی عمل شد و چون کسی گواهی نداد رهایش ساختند.»^{۱۳}



قاعده را چنین مطرح کنیم:

«اذا لم يصل الحكم، لم يكن عقاباً لقيح التكليف و العقاب حيثيذ كما عليه جميع ارباب العقول؛^{۱۲} هر گاه حکم واصل نشود، عقابی نخواهد بود؛ زیرا تکلیف و عقاب در این صورت قیح است؛ همانطور که تمام صاحبان خرد برآیند.»

میرزای قمی می‌گوید:

«و ان الثمر في البيان هو البيان الواصل الى المكلف لا مطلق البيان؛^{۱۵} آنچه از بیان ثمر ثمر و مفید فائده است، بیان و اصل به مکلف می‌باشد نه مطلق بیان.»

آخوند خراسانی می‌گوید:

«و اما العقل فانه قد استقل بقیح العقوبه و المؤاخذه على مخالفة التكليف المجهول بعد الفحص و الياس عن الظفر بما كان حجة عليه فانها عقاب بلا بيان و مؤاخذه بلا برهان؛^{۱۶} عقل مستقل است در این که مجازات و مؤاخذه بر تکلیف مجهول بعد از فحص و یأس از دستیابی به چیزی که حجت و دلیل بر آن است، مجازات بدون بیان و مؤاخذه بدون دلیل است.»

مرحوم آقا ضیاء‌الدین عراقی دیگر اصولی نامدار قرن معاصر می‌گوید:

«و اما العقل فحكمه بالبرائة لقيح العقاب بلا بيان واصل الى المكلف متا لا يكاد ينفي؛^{۱۷} حکم عقل به برائت بر هیچ کس پوشیده نیست؛ چرا که عقل، عقاب بدون بیان و اصل به مکلف را زشت و قیح می‌داند.»

◀ ۶. مستندات فقهی قاعده

◀ ۱.۶. دلیل عقل

همانطور که گفته شد، فقها این قاعده را عقلی می‌دانند؛ بدین معنی که معتقدند عقاب و مؤاخذه نسبت به فعل و یا ترک فعلی که از سوی مقام تشریح برای شخص مرتکب بیانی واصل نگردیده، قیح است.

باید دانست که این مسأله مبتنی است بر نظریه ذاتی بودن حسن و قبح افعال. ما در کتاب اصول فقه، دفتر دوم، موضوع این بحث و محل نزاع را در حد لازم تنقیح نموده‌ایم^{۱۸} و معتقدیم که از مهمترین و اصلی‌ترین مباحث در دانش عقلی اسلامی، موضوع حسن و قبح عقلی و دلیل بودن عقل در استنباط احکام شرعی و مباحث مستقلات عقلیه می‌باشد. در

اینجا نمی‌خواهیم تکرار کنیم، ولی اجمالاً ذکر این نکته را ضروری می‌دانیم که چنانچه بخواهیم حکم عقل را فراراه اثبات حکم شرعی قرار دهیم، بایستی یک گزاره عقلی، از مستقلات عقلیه محسوب گردد و عقلاً از آن جهت که عاقل و خردمند هستند، با قطع نظر از هر گونه فرهنگ و عادات و رسوم و تعلیمات ادیان، بر آن حکم نمایند. چنانچه عقلاً، بر ارتکاب عملی آفرین گویند، آن عمل خوب و چنانچه بر ارتکاب آن نه آفرین (نفرین) گویند، آن عمل زشت و بد است. پس از به دست آوردن حکم عقل با پیوست کبرای قاعده ملازمه (کَلِمًا حَكْمٌ بِه الْعَقْلُ حَكْمٌ بِه الشَّرْعُ)، حکم شرعی را استنباط می‌نماییم.

یکی از احکام مستقل عقلی، حسن عدل و قبح ظلم است. بیشتر کارهای خوب و بد بر اساس انطباق و عدم آن با صدق عنوان عدل و ظلم محکوم به خوبی و یا بدی خواهند شد؛ چون کارهایی ذاتاً از نظر عقلی خوب و یا بد نیستند و در فرض صدق ظلم و عدل، حکم خود را می‌یابند. مثلاً صدق و کذب، اگر چه مقتضی حسن و قبح می‌باشند، ولی در عین حال ممکن است در بعضی از فروض به خاطر وجود شرایطی به خلاف مقتضای خود متصف گردند؛ مثل صدقی که موجب فتنه و آشوب گردد، بی‌گمان متصف به حسن و کذبی که مانع خطر جانی می‌گردد متصف به قبح نخواهند بود؛ چرا که عناوین عدل و ظلم بر آنها منطبق نمی‌باشد.

عقاب و مؤاخذه بر فعل و یا ترک فعلی که به مرتکب هیچ‌گونه بیان در مورد ممنوعیت و مجازات داشتن آن واصل نشده، از مصادیق ظلم است و لذا قبیح و زشت است و خردمندان، مجازات‌گر را ستمگر می‌دانند و بر او نفرین می‌گویند.

مرحوم آیت الله خوئی می‌گوید:

«إِنَّ الْعُقَابَ عَلَى مَخَالَفَةِ التَّكْلِيفِ الْغَيْرِ الْوَاصِلِ، مِنْ أَوْضَحِ مَصَادِقِ الظُّلْمِ؛^{۱۹} مجازات کردن نسبت به مخالفت با تکلیفی که به مرتکب واصل نشده از واضح‌ترین مصادیق ستم است.»

در عبارت فقیهان پیشین گاهی به گونه دیگری بیان شده - که البته بازگشت به همین تقریر می‌کند - علامه حلی می‌گوید:

«متوجه ساختن تکلیف به کسی که آگاهی بر آن ندارد، خواستن امری خارج از توان و به اصطلاح تکلیف ما لا یطاق است و چنین تکلیفی قبیح است.»^{۲۰}



◁ ۱.۱.۶. نظریه مخالف

در قرن اخیر، عقلی بودن این قاعده مورد تردید واقع شده است. در دستنوشته‌های درس اصول فقه مرحوم والد^{۲۱} چنین آمده است که هر گاه فرد مکلف پس از فحص و بررسی اطمینان حاصل کند که خداوند امری را بر او تکلیف ننموده است، بی‌گمان هیچ‌گونه تکلیفی ندارد و عقاب چنین شخصی در فرض خطا، قبیح است و چنانچه احتمال وجود تکلیف و عدم وصول به خویش را بدهد، باز هم مقتضای حکم عقل تأمین خواسته و امتثال منویات الهی است. برای تبیین و سهل شدن پذیرش این مسأله به دلایلی متمسک شده‌اند که نقل آن بحث را به تفصیل می‌کشاند.

همین نظریه در سالهای اخیر در کلمات آیت‌الله سید محمد باقر صدر (ره) با بیان دیگری مطرح گردیده است. ایشان معتقدند که خداوند بر بندگان حق الطاعه دارد. یعنی آنان مکلف به اطاعت از اوامر و نواهی خداوند هستند و مقتضای این رابطه آن است که بندگان خداوند نسبت به تکالیف محتمل نیز موظف به انجام می‌باشند. متن عبارت ایشان به شرح زیر است:

«و نحن نؤمن فی هذا المسلك (ای مسلک حق الطاعه) بان المولویه الذاتیه الثابته لله تعالی لا تختص بالتکالیف المقطوعه بل تشمل مطلق التکالیف الواصله و لو احتمالاً و هذا من مدرکات العقل العملی... و علیه فالقاعده الاولیه هی اصالة الاشتغال بحکم العقل»^{۲۲}؛ ما بر مسلک حق الطاعه معتقدیم که مولویت ذاتیه که برای خداوند ثابت است، اختصاص به تکالیف مقطوعه ندارد، بلکه شامل مطلق تکالیف واصله هر چند احتمال آن وجود داشته باشد، نیز می‌شود و این از مدرکات عقل عملی است. بنابراین قاعده اولیه اشتغال است.»

البته به نظر می‌رسد، بیان فوق در مورد احکام الهی و رابطه انسان با خداوند منطقی و موجه است؛ ولی اطاعت افراد در مورد تشریعات عرفیه را می‌توان به تکالیفی اختصاص داد که به آنان واصل گردد؛ چراکه وظیفه اطاعت در مورد خداوند جعلی و قراردادی نیست، بلکه ذاتی و واقعی است، ولی در مورد تشریعات عرفیه قراردادی است و لذا وابسته به حدود وضع و قرارداد خواهد بود.

◁ ۲.۶. دلایل نقلی

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، این قاعده از قواعد عقلی است. ولی اصولیین در تأیید حکم عقل به دلایل نقلی نیز تمسک نموده‌اند و مفاد آن را اصل برائت شرعیه اصطلاح کرده‌اند. به موجب این اصل، انجام یا ترک هر فعلی مادام که حکمی در مورد آن وارد نشده، مباح است و

بر ترک یا انجام آن مؤاخذه و مجازات مترتب نمی‌باشد. ما دلایل نقلی این اصل را در دفتر سوم اصول فقه آورده‌ایم؛ خوانندگان می‌توانند مراجعه نمایند. مقتضای این اصل آن است که هیچ کس را نمی‌توان به جرمی که ممنوعیت آن به افراد واصل نشده است، مجازات نمود.

◁ ۷. مجاری قاعده قبح عقاب بلا بیان

قاعده قبح عقاب بلا بیان پشتوانه اصول مختلفی قرار گرفته است که به طور اجمال بیان می‌شود:

◁ ۱.۷. اباحه و حظر

فقها و اصولیون بحث دیگری تحت عنوان اصالت حظر یا اصالت اباحه مطرح کرده‌اند. حظر به معنای منع، متضاد اباحه است و به همین جهت، اصالت اباحه در مقابل اصالت حظر است. اصالت حظر بدین معنی است که تا دلیل شرعی بر جواز ارتکاب یک فعل وجود نداشته باشد، باید از آن اجتناب کرد. اصالت اباحه خلاف آن است. بین دانشمندان اسلامی در باره افعال بندگان پیش از تشریح و نزول وحی اختلاف نظر وجود دارد: اشعریان که به حُسن و قُبْح ذاتی افعال معتقد نیستند، می‌گویند:

خطاب شارع به افعال، فقط صفتِ قبیح یا حَسَن می‌بخشد و پیش از ورود شرع، قبح و حسنی بر افعال مترتب نمی‌شود و نمی‌توان در باره آنها حکمی صادر کرد. معتزله که به حسن و قبح ذاتی افعال اعتقاد دارند و مثلاً ظلم را فی ذاته قبیح و عدل را فی نفسه حَسَن می‌شمارند و معیار تشخیص آن را نیز عقل می‌دانند، در مواردی که حسن و قبح افعال پیش از ورود شرع عقلاً قابل تمیز و تشخیص نباشد یا حسن و قبح عمل مساوی باشد، دچار اختلاف نظر شده‌اند:

معتزله بصره در این موارد اصل را اباحه می‌دانند، ولی معتزله بغداد اصل را حظر می‌دانند و می‌گویند: تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک قبیح است و هستی همه مُلک خداست و تصرف در آن بدون اذن خداوند ممنوع است، مگر آنکه خداوند تصرف در آن را مجاز کند. بعضی از معتزله نیز متوقفند، نه اصل اباحه را در این مورد جاری می‌دانند نه اصل حظر را^{۳۳}. پس از تشریح نیز در باره اموری که حکمی در باره آن وارد نشده است، همین اختلاف نظر بین فقها وجود دارد. مشهور در میان فقهای امامیه این است که حکم عقل و شرع



هر دو بر اصالت اباحه قائم است.^{۲۲} مستند شرعی امامیه آیات و احادیث منقول از ائمه است؛ از جمله این آیات:

۱. «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا؛ او خدایی است که همه موجودات زمین را برای شما خلق کرد.»^{۲۵}

۲. «يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلالًا طَيِّبًا؛ ای مردم از آنچه در زمین است، حلال و پاکیزه را تناول کنید.»^{۲۶}

۳. «قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَيْزُرٍ؛ بگو ای پیامبر در احکامی که به من وحی شده است، من چیزی را که برای خوردندگان طعام حرام باشد، نمی‌یابم؛ جز آنکه میت (حیوان مرده) باشد یا خون ریخته یا گوشت خوک.»^{۲۷}

از امام صادق علیه السلام نیز نقل شده که:

«كُلُّ شَيْءٍ مُطْلَقٌ حَتَّى يَرِدَ فِيهِ نَهْيٌ؛ همه اشیا مباحند، مگر آنکه مورد نهی واقع شده باشند.»^{۲۸}

خلاصه آنکه مفاد اصل اباحه آن است که هر گاه نسبت به حرمت و حلیت چیزی تردید وجود داشته باشد، چنانچه با فحص و بررسی، دلیلی بر حرمت آن یافت نشد، حکم به حلیت آن داده می‌شود. شیخ صدوق علیه السلام در کتاب اعتقادات خود بابی دارد تحت عنوان: «باب الاعتقاد فی الحظر و الاباحه» و در ذیل آن می‌گوید:

«اعتقاد نافی ذلک انّ الاشياء کلّها مطلقه حتی یرد فی شیء منها نهی؛^{۲۹} اعتقاد ما این است که مردم در همه اشیا آزادند، مگر آنکه در مورد آنها نهی وارد گردد.

شیخ مفید علیه السلام نیز از استاد خود پیروی کرده و گفته است:

«فانما بعد استقرار الشرايع فالحكم انّ کل شیء لا نصّ فی حظره فانه علی الاطلاق لانّ الشرايع تثبت الحدود و میزت المحظور علی حظره فوجب ان یرکون ما عداها بخلاف حکمه؛^{۳۰} پس از استقرار شرايع حکم آنست که هر چه در آن نصّ در منع نباشد، آزاد و مطلق است؛ زیرا شرايع؛ حدود را تعیین و امور ممنوعه را مشخص ساخته است؛ بنابراین باید مابقی آن امور ممنوع نباشند.»

اصل اباحه در شبهات موضوعیه مورد استناد قرار می‌گیرد.

◀ ۲۰۷. اصل برائت

در شبهات حکمیه، چنانچه مکلف بدو شک داشته باشد که عملی بر وی واجب است یا

خیر، اصل بر برائت است؛ یعنی ذمه وی از تعلق چنین تکلیفی بری می‌باشد. و نیز اگر تردید در حرمت داشته باشد، اصل بر برائت است. به شبهات دسته اول شبهات حکمیه و جوبیه و به دسته دوم شبهات حکمیه تحریمی می‌گویند. در هر یک از این اقسام، منشأ تردید می‌تواند فقدان نص، ابهام و اجمال نص و یا تعارض نصوص باشد.

اصل برائت از اصول نسبتاً اتفاقی فقهای اسلامی است؛ جز آنکه در بعضی از اقسام شبهات ذکر شده فوق، اخباریین، اصل را بر احتیاط قرار داده‌اند. تفصیل آن را در دفتر سوم اصول فقه، بحثهای نگارنده، مطالعه فرمایید.

این اصل و نیز اصل اباحه هر دو از اصول مستتج از قاعده قبح عقاب بلا بیان است و دلیل اصلی در توجیه آن همین قاعده ارائه گردیده است؛ هرچند به دلایل نقلی نیز تمسک شده است.

◁ ۳.۷. جهل به حکم

ممکن است در امری حکم شرعی وضع گردیده باشد، ولی اشخاص نسبت به آن جاهل باشند. به موجب قاعده قبح عقاب بلا بیان حکم مزبور منجز نمی‌گردد. توضیح اینکه:

وضع احکام نمی‌تواند منوط به علم مکلفین باشد؛ چرا که اگر وضع حکم متوقف بر علم مکلفین باشد، مادام که آنان عالم به احکام نباشند، حکمی وضع نخواهد شد؛ در حالی که علم و آگاهی به احکام پس از وضع حاصل می‌گردد و مترتب بر آن می‌باشد. نتیجه آن است که در فرض توقف به علت استلزام دور محال، هیچگاه حکم، وضع نخواهد شد.

اصولیین گفته‌اند: اصل وضع احکام متوقف بر علم و آگاهی مکلفین نیست؛ ولی تکلیف مرحلی دارد که از جمله آنها تنجز و قطعیت تکلیف است و هیچگونه مانع عقلی وجود ندارد که این مرحله منوط به علم و آگاهی مکلفین باشد. به دیگر سخن، تنها تخلف و سرپیچی از آن دسته از تکالیف قابل مؤاخذة و مجازات است که منجز و قطعی باشد و قطعیت و تنجز تکلیف منوط به اطلاع و آگاهی فرد است.

ولی این نکته را نباید از نظر دور داشت که اصل فوق، نتیجه حاکمیت و اجرای قاعده قبح عقاب بلا بیان است، یعنی به خاطر آنکه عقلاً مجازات شخص جاهل ظلم و قبیح است، توجیه فوق صورت گرفته است. لذا صرفاً محدود به جهل ناشی از قصور می‌باشد و به هیچ وجه جهل ناشی از تقصیر را شامل نخواهد شد؛ چرا که پس از وضع حکم و تشریح آن، جهل افراد متمکن از تحصیل علم و آگاهی، مانع از تنجز آنان نمی‌گردد و احکام بر آنان منجز و قطعی خواهد بود و در فرض تخلف، مجازات آنان فاقد قبح و منع عقلی است.

در قرآن مجید آمده است:

«ان الذين توفئهم الملائكة ظالمي انفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الارض قالوا لئلا تكف ارض الله واسمه فتهاجروا فيها فاولئك مأويهم جهنم و ساءت مصيرا، إلا المستضعفين من الرجال و النساء و الولدان لا يستطيعون حيلة و لا يهتدون فاولئك عسى الله ان يطوعنهم و كان الله عفوا غفورا»^{۳۱}
کسانی هستند که فرشتگان جانشان را می ستانند در حالی که بر خویشان ستم کرده بودند. از آنها می پرسند: در چه کاری بودید؟ گویند: ما در روی زمین مردمی بودیم زبون گشته. فرشتگان گویند: آیا زمین خدا پهنا ور نبود که در آن مهاجرت کنید؟ مکان اینان جهنم است و سرانجامشان بد. مگر مردان و زنان و کودکان ناتوانی که هیچ چاره‌ای نیابند و به هیچ جا راه نبرند.»

از آیات فوق چنین استفاده می شود: هر گاه افرادی توانائی تفکر و امعان نظر و تکاپو برای دستیابی به حقیقت و دوری از جهل داشته باشند و در این امر تقصیر کنند و از این رهگذر به فساد و تباهی مبتلا شده، تکالیف الهی را ترک کنند، آنان مستحق عذابند و عذاب آنان با موازین عقلی و شرعی منطبق است. ولی مستضعفان فکری که راه به جایی نمی برند و امکان تلاش و نجات از تباهی برای آنان وجود نداشته است، به خاطر قصورشان مورد عفو خداوند قرار دارند.

بنابراین، روشن گردید که اصل مورد بحث با قاعده «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» هیچ گونه تنافی و ناسازگاری ندارد؛ چرا که در حقوق موضوعه، نشر احکام و قوانین، اماره آگاهی و علم به قانون محسوب گردیده است. این تفاوت در تعلیمات اسلامی کاملاً سابقه دارد و مورد توجه قرار گرفته است.

در میان آیات و احادیث منقول از پیشوایان دینی همین تفصیل دیده می شود. به نمونه‌هایی از آنها توجه فرمایید:

۱- «یزید کناسی، نزد امام صادق علیه السلام چنین مسأله‌ای را طرح نموده:

عن امرأة تزوجت في عدتها؛ حکم زنی که در عده طلاق از دواج کرده چیست؟
امام فرمود: ان كانت تزوجت في عدّة طلاق لزوجها عليها الرجعة فانّ عليها الرجم؛
چنانچه در دوران عده طلاق رجعی از دواج کرده محکوم به مجازات رجم است.

پرسید: ارأيت ان كان ذلك منها بجهالة؟ اگر جاهل بوده چطور؟

امام فرمود: ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين إلا و هي تعلم ان عليها العدة في طلاق او موت و لقد كن نساء الجاهلية يعرفن ذلك؛ هیچ زنی در زمان ما نیست که نداند در طلاق و مرگ شوهر باید عده نگاهدارد. حتی زنان دوران جاهلیت نیز بر این امر آگاهی داشتند.

پرسید: فان كانت تعلم ان عليها العدة و لاتدري كم هي؟ چنانچه می دانسته که عده بر اوست ولی نمی دانسته چه قدر است چطور؟ فرمود: اذا علمت ان عليها العدة لزمتهما العجه فتستل حتى تعلم؛ اگر می دانسته که عده بر اوست حجت بر وی تمام است بایستی می پرسید و می دانست.^{۳۲}

۲- «شخصی از امام صادق علیه السلام در مورد زنی که شوهر داشته و با مردی ازدواج کرده سؤال کرد. امام فرمود: «باید بر او حد جاری شود. آنگاه پرسید: اگر جاهل بود چطور؟ امام فرمود:

أليس هي في دار الهجره؛ آیا در منطقه مسلمان نشین زندگی نمی کرده؟

پاسخ داد: چرا، او در همین منطقه مسلمان نشین زندگی می کرده است.

امام فرمود: ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين إلا وهي تعلم ان المرأة المسلمة لا يحل لها ان تتزوج زوجين؛ هیچ زنی از زنان مسلمین نیست که نداند زن نمی تواند دو شوهر کند. سپس امام اضافه کرد:

ولو ان المرأة اذا فجرت قالت: لم ادرا وجهت ان الذي فعلت حرام و لم يقم عليها الحد اذا لتعطلت الحدود؛^{۳۳} چنانچه هر زنی مرتکب فجور گردد و بگوید من نمی دانستم کاری که کرده ام حرام بوده است و حد بر او جاری نگردد، در این صورت اجرای حدود الهی تعطیل خواهد شد.» از آیات و روایات فوق کاملاً پیداست که هر چند مقتضای استصحاب عدم علم است، ولی ظاهر اوضاع و احوال می تواند اماره قضائی حاکم بر استصحاب، محسوب گردد و اصل بر علم گذاشته شود و بار اثبات جهل بر دوش مدعی آن قرار گیرد. از نظر فقه اسلامی، تشریح احکام و شیاع آن میان مسلمانان، اماره قضائی بر آگاهی و علم افراد به شمار می آید. در زمان ما قانونگذار تصویب قانون و طبع و نشر آن و انقضای مدت متناسب از انتشار آن را اماره قضائی بر علم و آگاهی قرار داده است و مدعی خلاف دلایل جهل خویش، آنهم نه تقصیراً بلکه از روی قصور و ناتوانی را بایستی به اثبات برساند.

به نظر می رسد، چنانچه در مسائل کیفری، شخص متهم، جهل غیر مقصرانه خود را به اثبات برساند، قاضی باید به بی گناهی او رأی دهد.

مبحث اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق موضوعه را می توانید در مقاله مشترک اینجانب در نشریه علمی دانشگاه شاهد، شماره ۹ و ۱۰ صفحات ۲۵ تا ۴۰ مطالعه فرمایید.

- ۱- طوسی، محمدبن حسن، الخلاص، کتاب الطهاره، مسأله ۱۷.
- ۲- صدوق، الاعتقادات، ص ۱۱۴.
- ۳- مفید، صحیح اعتقادات الامامیه، ص ۱۲۳.
- ۴- سید مرتضی، الدرر، ج ۲، ص ۶۶۵.
- ۵- توالین الاصول، میرزای قمی، ج ۲، ص ۱۴.
- ۶- اسراء (۱۷)، ۱۵.
- ۷- طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن ج ۶، ص ۴۵۸ [فانه لا یحسن من الله تعالی مع ذلك ان یعاقب احداً الا بعد ان یعرفه ما هو لطف له و مصلحته...]
- ۸- حائری یزدی، تدر الاصول، ص ۴۲۷.
- ۹- طوسی، الاعتقاد الی طریق الرشاد، ص ۶۲.
- ۱۰- کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، علامه حلی، با تصحیح حسن حسن زاده آملی، ص ۳۱۹.
- ۱۱- رک: وحید بهبهانی، الفوائد الحائریه، با تحقیق مجمع الفکر الاسلامی ص ۱۳۲.
- ۱۲- رجل دعوانه الی جملة الاسلام فآقر به، ثم شرب الخمر و زنی و اکل الربا و لم یتین له شیئی من الحلال و الحرام اقیم علیه الحد اذا جهله؟ قال لا، الا ان یقوم علیه بیئنه انه قد کان آقر بتحریمها- حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸ ص ۳۲۴.
- ۱۳- کلینی، فروع کافی، ج ۷، ص ۲۴۹.
- ۱۴- طباطبائی، مناهج الاصول، ص ۵۱۸.
- ۱۵- قوانین الاصول، ج ۲، ص ۱۶.
- ۱۶- خراسانی، کتابه الاصول، ج ۲، ص ۱۷۹.
- ۱۷- نهاية الانتکار، (تقریرات درس آقا ضیاءالدین عراقی به قلم محمد تقی بروجرودی)، القسم الثانی من الجزء الثالث ص ۲۳۵.
- ۱۸- اصول فقه، سلسله بحثهای نگارنده، دفتر دوم، نشر علوم اسلامی، تهران. چاپ هشتم، تابستان ۷۷، صص ۱۲۶ تا ۱۴۲.
- ۱۹- سید ابوالقاسم خویی، مصباح الاصول، ج ۲، ص ۲۵۴.
- ۲۰- علامه حلی، مبادئ الوصول الی علم الاصول، ص ۹۳ به بعد.
- ۲۱- فقیه نامدار، معلم فقه قرن معاصر، سید محمد محقق داماد، درس اصول فقه مرحوم والد اعلی الله مقامه، توسط شاگردان همان دوره نخستین تدریس ایشان (حدود سال ۱۳۳۰) به رشته تحریر درآمده است. اعضای آن حلقه پرفیض و برکت، هم اکنون مفتیان شیعه و ذخائر فقهی حوزه‌های علمیه محسوبند. و از جمله آنانند آیات کرام، حسینعلی منتظری، مرتضی مطهری، سید محمد حسین بهشتی، حاج آقا موسی شبیری زنجانی، ناصر مکارم شیرازی، عبدالکریم موسوی اردبیلی، سید موسی صدر، حاج سید مهدی روحانی، حاج میرزا علی احمدی میانجی. اگر چه بعضی از ذوات به طور پراکنده بخشهائی از مباحث را نگاشته‌اند، ولی دوره کامل توسط آیت‌الله حاج سید جلال الدین طاهری اصفهانی (امام جمعه فعلی

اصفهان) تقریر شده که به دستور مرحوم والد همان روزها استنساخ شد و برای تدریس دوره‌های بعد مورد استفاده قرار می‌گرفت. و پس از رحلت ایشان همان یادداشت‌ها میراث ماندگار برای ما باقی ماند و طبعاً انتشار آن منوط به تصمیم مقرر گرانقدر است.

از خواننده گرامی اجازه می‌خواهم که این خاطره را نقل کنم. سال ۱۳۵۸ هـ ش توفیق زیارت عتبات عالیات برای نگارنده دست داد. مرحوم آیت الله حاج سید محمد باقر صدر (ره) به دیدن نگارنده تشریف آوردند. به محض جلوس با کلامی نیمه عربی و فارسی چنین گفتند: «علاقاتنا وراثیه. برای آنکه من شاگرد بالمنزله پدر شما هستم». و سپس توضیح دادند. «به جهت آنکه، آقا موسی صدر [امام موسی] مدتی به نجف آمد و نوشته‌های درس اصول فقه مرحوم والد شمارا همراه خود داشت. و کان مبهتجاً به، باهم مباحثه می‌کردیم و مطالب ایشان را به بحث می‌گذاشتم و پس از مسافرت آقا موسی صدر به لبنان نوشته‌های ایشان مدتها در منزل ما بود.»

در سفر حج سال ۱۳۷۶ از آیت الله حاج سید جلال الدین طاهری اصفهانی شنیدم که وقتی آقا موسی صدر می‌خواست به نجف برود قسمتی از نوشته‌های مرا امانت گرفت و متأسفانه تاکنون آن قسمت به من بازنگشته است.

افزون آنکه در خرداد ۱۳۷۸ در اصفهان از جناب آقای حجة الاسلام و المسلمین روحانی یکی از عالمان آن دیار شنیدم که چند سال پیش آیت الله طاهری به من گفتند مقداری از نوشته‌های من نزد آیت الله حاج آقا مرتضی حائری یزدی در قم است و از من خواستند که در مسافرت به قم به حضور ایشان شرفیاب شوم و نوشته را بگیرم و به اصفهان ببرم. من به ایشان مراجعه کردم. آیت الله حائری یزدی پس از فحص و تأمل ناگهان یادشان آمد و گفتند که آقا موسی صدر هنگام عزیمت به نجف نزد من آمد و نوشته‌های آقای طاهری را گرفت و با خود برد.

۲۲- دروس فی علم الاصول، سید محمد باقر الصدر، الحلقة الثالثة، ص ۳۲۴.

۲۳- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، روضة الناظر و جنة المناظر، بیروت، ۱۴۰۱ ق، صص ۴۱، ۴۲؛ بدخشی، محمد بن حسن، منهاج العقول فی شرح منهاج الوصول، بیروت، ۱۴۰۵ ق، ج ۱، صص ۱۶۴-۱۶۶.

۲۴- انصاری، فراند الاصول، محشی، ص ۱۹۹.

۲۵- بقره، (۲)، ۲۹.

۲۶- بقره، (۲)، ۱۶۸.

۲۷- انعام، (۶)، ۱۲۵.

۲۸- حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، صص ۱۲۷-۱۲۸.

۲۹- شیخ صدوق، الاعتقادات، ص ۱۱۴.

۳۰- مفید، تصحیح اعتقادات الامامیه، ص ۱۴۳.

۳۱- سوره نساء، (۴)، ۹۷ و ۹۸.

۳۲- وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۶۹.

۳۳- وسائل، همان.

