

بحث در قاعده تسامح

یکی از قواعدیکه فقها در ابواب قحه مورد تمسک قرار میدهند قاعده تسامح در ادله سنن است آیا در محاکمات حقوقی و کیفری میتوان باین قاعده تمسک نمود یا خیر لازم است قبلاً توضیح داده شود که قاعده تسامح در واجبات و محرمات نیست و فقط در ادله مستحبات و مکروهات جاری است و در واجبات و محرمات باید با کمال دقت مراقبت و غوررسی نمود تا دلیل شرعی بروجوب یا حرمت بنست آید بخلاف مستحبات و مکروهات مثلاً اگر خبر ضعیفی یا فتوای فقیهی یا شهرتی برای امری باشد در امور واجبه و محرّمه قابل اعتماد و تمسک نیست ولی در امور مستحبات و مکروهات میتوان باستناد قاعده تسامح در ادله سنن عمل نمود - هر چند جمعی از فقهاء قاعده تسامح را مطلقاً قابل استفاده نمیدانند و میگویند احکام شرعیه توفیقیه است و فرقی نیست بین واجبات و مستحبات و مادمیکه دلیل مثبتی برای واجبات و محرمات و مستحبات و مکروهات نباشد ممکن نیست عمل بانها نمود و حکمی را که علم بوجوب یا حرمت یا استحباب یا مکروهات آن نداشته باشیم نمیتوان آنرا متبع دانست و آنرا حکم الهی بدانیم ولی عدّه کثیری از فقهاء با این عقیده مخالفت نموده میگویند دلیل منحصر باده مثبت نیست و ممکن است دلیلی که برای وجوب و حرمت مثبت نباشد شارع برای مستحبات و مکروهات کافی دانسته باشد مثل اینکه اگر روایتی رسیده باشد در واجبات و محرمات باید در احوال راوی و عدالت و وثاقت او دقت نمود و تعارض بین ادله را تحقیق کرد و بروایت مرسله نمیشود حکم بوجوب یا حرمت نمود و لکن اگر خبر ضعیفی یا روایت مرسله برای استحباب باشد که تعارض با اباحه دارد عمل بدان خالی از اشکال و مصون از عقاب است و همچنین اگر خبر ضعیفی برکراهت امری باشد و مکلف ترك عمل را نماید عقاب ندارد و همین عمل معنای تسامح در ادله است - و اینکه بعضی شبهه نموده و میگویند عمل بخبر ضعیف ادخال مالیس من الدین فی الدین است در وقتی است که دوران امر بین وجوب و حرمت باشد و در مواردیکه دوران امر بین استحباب و اباحه باشد یا دوران امر بین اباحه و مکروه باشد عمل بخبر ضعیف یا فتوای فقیه یا شهره مانعی ندارد زیرا اگر خبر ضعیف بر استحباب است اکتیان بعملی نموده که مطلوبیت احتمالی مولی را دارد و اگر خبر ضعیف بر کراهت عملی باشد البته ترك آن عمل که مبعوضیت احتمالی مولی را دارد ضروری و عقوبتی ندارد و البته در مواردیکه تعارض بین اباحه و وجوب باشد یا تعارض بین حرام و مکروه باشد یا تعارض بین مستحب و مکروه باشد موردی برای تمسک بقاعده تسامح نیست بلکه باید عمل بمرجحات نمود - و بعضی دیگر از علماء قاعده تسامح را مربوط بشبهات حکمیه دانسته که با خبر ضعیف جهل بتکلیف واقعی است و این اشکال توهم است زیرا شبهه حکمیه موردی است که منشاء شک در وجوب و حرمت باشند که ندانیم حکمی

از شارع بروجوب یا حرمت امری رسیده یا خیر که در اینصورت طبق اصول کلی عمل خواهد شد مثلاً در باب شرب توتون و قلیان که بعضی اخباریین حرمت استعمال آنرا فتوا داده اند مثل مرحوم آقا خلیل قزوینی و سید نصرالله حائری و شیخ حرعاملی و مرحوم سید نعمت‌الله جزائری هم نقل فتوای شیخ علی نقی کمرئی و شیخ طریحی و شیخ علی بحرانی را بر حرمت استعمال قلیان نقل فرموده که استعمال مطلق توتون را حرام دانسته‌اند و رساله هم از مرحوم شیخ علی نقی است که چهارده دلیل بر حرمت کشیدن قلیان نوشته ولی با وجود این اخبار و این فتاوی میگوئیم تعارض بین حرمت و اباحه است و مربوط بقاعده تسامح در ادله سنن نیست بلکه شبهه حکمیه است و طبق اصل کلی که فرموده کل شیئی لك حلال حتی تعلم الحرام بعینه قائل بعدم حرمت و جواز استعمال آن میشوند و شبهه حکمیه از نظر این است که ابداع توتون و استعمال این حشیش در ایران از سنه یکهزار و بیست بعد از هجرت بوده که سیصد و کسری است ابداع آن گردیده و حرمت آنرا از طرف شارع نمیدانیم لذا مورد تمسک باصل کلی است و حلیت استعمال تنباکو و توتون منافاتی با حرمت استعمال افیون ندارد زیرا کشیدن تریاک از جهت اینکه قطعاً مضر است و علاوه بر ضرر مالی و بدنی عواقب و خیمه و آفات کثیره در استعمال این سم مهلک است که بر هیچ عاقلی پوشیده نیست و علی ای حال شبهات حکمیه و شبهات موضوعیه مربوط بقاعده تسامح نیست قاعده تسامح در ادله در مواردی است که دوران امر بین استحباب و اباحه باشد و یا دوران بین اباحه و کراهت باشد که بحکم عقل اتیان بامر مشکوک اولی است در مورد اول و ترك آن بحکم عقل اولی است در مورد ثانی زیرا عملی که مشکوک شد استحباب و اباحه آن اتیان بآن خالی از ضرر است و عدم اتیان آن تقویت مطلوب احتمالی مولی است و رجحان ذاتی در اتیان بآن عمل است که اینک وقتی عملی مشکوک شد بین اباحه و کراهت بحکم عقلی رجحان در ترك آن است و بعضی توهم نموده اند که عمل بقاعده تسامح احتمال تشریح در آن می‌رود و از این لحاظ تمسک بآن صحیح نیست - در صورتیکه تشریح دایره مدار امر واقع است و در اینگونه موارد که اتیان بامری میشود که مطلوبیت احتمالی مولی را دارد اطلاق تشریح بر آن نخواهد شد فرض ادخال مالیس من الدین فی الدین در اتیان بعملی که مطلوبیت احتمالی دارد هم نمی‌رود و اخبار احتیاط هم مشعر بر این معنی است که اتیان بمستحب احتمالی اولی از اباحه میباشد مضافاً باینکه اجماعات منقوله هم بر لزوم تمسک بقاعده تسامح است میره مستمره فقهاء هم بر تمسک باین رویه و قاعده بوده خبری هم رسیده است که من بلغه شیئی من الثواب علی شیئی فعله کان له اجر ذلك و بعضی اخبار دیگر من سمعه دارد که مجرد شنیدن و رجاء عمل کند مثاب می‌گردد - و اینکه بعضی توجیه نموده اند و گفته اند معنای بلغه آنستکه از طریق شرعی دلیلی رسیده باشد بر مشروعیت عمل این توجیه خلاف ظاهر است و بعضی دیگر استدلال نموده اند باینکه اگر رسیدن خبر را از طریق خاص ندانیم پس باید اگر فاسقی هم خبر داد که فلان عمل فلان ثواب را دارد باید اتیان نمائیم و مثاب باشیم و در اینصورت خبر معارض با آیه نباء میشود که فرمود ان جانکم فاسق ینبئنا فتینوا جواب داده شده اگر در اثر تبیین معلوم شد خبر ضعیف منجر بشهره است عمل بخبر میشود والا فلا و همین امر معنای تبیین است خلاصه کلام

بحث در قاعده تسامح

آنستکه عمل بقاعده تسامح در ادله مستحبات میشود برای اینکه عمل او مصون از ضرر و عقاب است و بدلائل مکروهات هم طبق قاعده مزبوره عمل میشود زیرا در ترك عمل مکروه و عقابی نیست بلکه بعقیده جمعی از علماء ترك مکروه هم از مستحبات است و تارك مکروهات هم ماجور و مثاب است و هر وقت دوران امر بین وجوب و اباحه باشد جمعی تمسک نموده اند بقاعده تسامح که اگر دلیل قطعی بروجوب نباشد قائل باستجاب گردیده و اتیان بعمل را خالی از اشکال دانسته اند کما اینکه در دوران امر بین حرام و اباحه اگر دلیل قطعی بر حرمت نباشد قائل بکراهت گردیده اند و لکن در دوران امر بین واجب و حرام بهیچوجه نمیتوان تمسک بقاعده تسامح نمود و کاملاً غوررسی بصحت و سقم دلیل باید نمود و بمرجحات عمل کرد.

و اما در محاکمات عدلیه اعم از حقوقی و جزائی بهیچوجه تسامح در ادله جایز نیست و مخصوصاً در امور کیفری مأمورین کشف جرائم باید کاملاً غوررسی بدلائل و مدارک نمایند تا کشف واقع و حقیقت شود و معلوم شود جرم منتسب بمتهم واقعتاً دارد یا خیر و باقرض وقوع معلوم نمایند جنبه عمومی دارد یا خیر و مکشوف نمایند درجه جرم تریبی یا تزدیلی یا تکذبری است و معلوم شود متهم مقصر است و قابل تعقیب است یا خیر یدیهی است صرف شکایت مثبت مجرمیت نیست شکایت طبق ماده ۶۰ برای شروع بتحقیقات کافی است ولی باز پرس مادامیکه دلیل قوی و کافی برای اتهام تحصیل نکند نباید کسی را احضار یا جلب نماید زیرا متهم هم یکی از افراد جامعه است حفظ حقوق او هم باید بشود که مبادا بی گناهی گرفتار شود و هتک آبرو و حیثیات او گردد بعضی بازپرسها تسامح در ادله نموده بگواهی طفل نابالغ عقیده بمجرمیت میدهند در صورتیکه باید توجه داشته باشند که بلوغ شرط است در شهادت و شرائط شهود که در مواد ۲۴۴ الی ۲۴۹ و ۳۹۰ اصول کیفری است لازم الرعایه است طفل نابالغ اظهارات او آمازه محسوب است بهمین جهت است که بدون تشریفات قانونی اظهارات آنها استماع میشود و در خصوص قتل که بعضی از علماء شهادت اطفال ده ساله را جایز دانسته اند برای این نیست که شهادت آنها مثبت قتل شود بلکه براهی ثبوت لوث است و مفید ظن میگردد و قسامه که بعمل آمده حکم بقصاص میدانند و مأمورین کشف جرائم اگر اعمال نظر خصوصی نمایند که بی گناهی را مقصر نمایند و یا مقصری را تبرئه نمایند از حقوق مدنی محروم و از شغل خود منفصل میشوند گاهی دیده شده بعضی مأمورین کشف جرائم تمسک باقرار ضمنی متهم مینمایند در صورتیکه اقرار صریح متهم هم در امور کیفری مثبت مجرمیت نیست خیال کرده اند اقرار موضوعیت دارد و حال آنکه اقرار طریق بواقع است و ممکن است در اثر تهدید و یا تطمیع و یا شکنجه و یا خلاص از زندان متهمی اقرار نماید از این جهت است که در قانون مدنی هم تصریح شده که اگر کذب اقرار معلوم شد اثری بر اقرار نیست و مخصوصاً در اعمال منافی عفت هم چهار مرتبه اقرار بی شایبه اگر بشود مثبت دعوی میشود - در امور حقوقی هم در مواردی اقرار را بی اثر قرار داده اند یکی موردیکه اقرار مشمول ماده ۱۲۷۶ مدنی باشد یکی هم

بحث در قاعده تامح

در مورد نسب است که اگر پدری اقرار نماید که این طفل فرزند من است و بین الوارثه مورد نزاع گردد اجماع فقهاء است که اقرار پدر مثبت نسب نمیشود و تاسیب را باید به پینه ثابت نمود تأثیر اقرار پدر بایوت آنستکه بعد از اقرار مزبور دیگر دعوی نفی و لذازو مسموع نیست و اساساً نفی ولد هم در مورد نکاح دائمی است و هرگاه زوجه منقطعه باشد و طفلی را ملحق بپدری نماید بمجرد اینکه پدر نفی ولد نمود منتفی میشود ولی اگر زوجه معقوده بعقد دائمی باشد و زوج بخواهد نفی ولد نماید باید در مدت دوماه بعد از اطلاع از تولد طفل نفی ولد نماید البته هرگاه نفی ولد نمود موجب لعان میشود و لازم است که لعان در محضر شرع بعمل آید - بسیار اتفاق افتاده دعوی نفی ولد در دادگاهها اقامه میشود و چون در قانون مدنی از احکام لعان تعرضی نشده و این مسئله مورد ابتلاء است بطور اختصار متذکر مینماید .

احکام لعان

برای لعان ارکانی و احکامی است . چهارچیز را رکن لعان قرار داده اند رکن اول سبب لعان است و آن دو چیز است که موجب لعان میگردد یکی قذف است و یکی نفی ولد است و برای هر کدام هم شرائطی است البته اگر کسی از روی قصد نسبت زنا بزوجه خود بدهد قذف نموده و مستحق هشتاد تازیانه است و این حد از او ساقط نمیشود مگر بلعان و در اینصورت باید لعان در محضر شرع بعمل آید ولی هرگاه نسبت زنا بزوجه خود داد لکن نفی ولد را ننمود مثل اینکه بزوجه حامله خود نسبت زنا داد یا اقرار باینکه حمل از خودش میباشد اینجا مورد لعان نیست بلکه موجب حد او است که هشتاد تازیانه است کما اینکه هرگاه بزنا اجنبیه هم نسبت زنا دهد و نتواند ثابت نماید استحقاق دارد حد شرعی را که هشتاد تازیانه است و اثبات این دعوی هم خیلی مشکل است زیرا چهار نفر شاهد عادل باید شهادت حسی دهند که مشاهده نمودیم کالمیل فی المکحله زنا واقع شد و اگر سه نفر شهادت دادند و چهارمی نداد مستحق حد شرعی میشوند و باید بمجازات مفتری برسند کما اینکه نسبت زنا که بزوجه خود میدهد و نفی ولد مینماید بعضی فقهاء قید مشاهده را نموده اند و میگویند وقتی موجب لعان است که بالعمیان دیده باشد و از این جهت است که شوهریکه کور است حق لعان ندارد زیرا از مشاهده محروم است و در زنا بشبهه هم لعان نمیشود نمود - و هرگاه زوج بخواهد بشیاع اثبات زنا را نماید یا ظن بزنا داشته باشد غیر ممکن است لعان زیرا شیاع و حصول ظن موجب لعان نخواهد شد هم چنین نسبت بزوجه که مطلقه بطلاق بائن گردیده لعان مورد ندارد بلکه با عدم اتیان به پینه مستحق هشتاد تازیانه میگردد بخلاف مطلقه رجعیه که هرگاه در ایام عله او نسبت زنا باو داده شود چون علقه زوجیت هنوز باقی است و زوجیت مرتفع نگردیده موجب لعان است و باید احکام لعان در محضر حاکم شرع بعمل آید با احراز سایر شرائط مرقومه و اگر کسی نسبت زنا بزنی داد در حالیکه عاقل نباشد یا بدون قصد باشد مورد لعان نیست و یکی دیگر از شرائط لعان آنستکه زوجه مدخوله باشد و هرگاه بزوجه غیر مدخوله خود نسبت زنا داد فقط مستحق حد شرعی میگردد در صورتیکه نتواند به پینه شرعیه اثبات نماید .

و اما نفی ولد

که موجب لعان میشود هرچند در ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی مدت نفی ولد را دو ماه بعد از اطلاع از تولد طفل قرار داده است ولی این تکلیفی برای معاکم دادگستری است که مرور زمان نفی ولد را تا دو ماه بعد از تولد قابل استماع دانسته‌اند ولی بموازین شرعیه حق نفی ولد برای پدر حق ثابتی است که همیشه مستصحب است مگر در صورتیکه پدر قبلاً اقرار بولد بودن طفل نموده باشد که در اینصورت دیگر نمیتواند نفی ولد نماید زیرا انکار بعد از اقرار است و پذیرفته نیست هرچند اقرار بآبوت و ولدیت مثبت نسب نیست و دیگران میتوانند انکار نسب را نمایند و هرگاه بین ورثه مقرر مزبور و طفل مرقوم منازعه واقع شود در باب نسب باید طبق ماده ۱۲۷۳ مدنی اثبات نسب را به بیینه نمود و اقرار پدر طفل مثبت نسب نمیشود زیرا اقرار بر ضرر وارث است و اقرار بر ضرر غیر بلا اثر است - علی‌ای حال نفی ولد را که زوج بنماید نمیشود مگر بلعان و نفی که لعان بعمل آمد زوجه بر او حرام آید هم میشود و بطوریکه اشاره شد لعان در صورتی است که نکاح دائمی باشد و زوجه هم مدخوله باشد و باختلاف طرفین در باب مدخوله بودن اثبات دعوی بعهده زوجه است که اثبات نماید با او در فراش بوده و با اثبات بمقتضای **الولد للفرش** ولد ملحق پدر است مگر در صورتیکه نفی ولد کند و لعان بعمل آید و یا آنکه نسب مورد نزاع گردد که در اینصورت جز باقامه بیینه راه دیگری برای اثبات نسب نیست .

و اما کیفیت لعان

آنستکه زوج و زوجه رو بقبله مقابل حاکم شرع می‌ایستند و زوج با ذکر اسم زوجه و اسم پدر او و شناسنامه خصوصیات او دعوی قذف زوجه و یا نفی ولد را مینماید و حاکم شرع باو القاء مینماید که بگوید **اشهد بالله انی لمن الصادقین** و مستصحب است جماعتی هم استماع نمایند و باز دفعه دوم و سوم و چهارم میگوید **اشهد بالله انی لمن الصادقین** بعد دفعه پنجم حاکم شرع او را موعظه مینماید و از عذاب الهی میترساند و القاء مینماید با کمال غلظت که بگوید **لعنة الله علی ان کنت من الکاذبین** - و هرگاه برای نفی ولد لعان میشود باید چهار مرتبه بگوید **اشهد بالله ان هذا الولد من ان زنا** - در اینموقع حاکم شرع بزوجه القاء مینماید که بگوید **اشهد بالله انه لمن الکاذبین فیما زنا نای** تا چهار دفعه این عبارت را میگوید حاکم شرع در اینموقع او را موعظه مینماید و با کمال غلظت او را از عذاب خداوند میترساند و باید بگوید - **غضب الله علی ان کان من الصادقین** - هرگاه لعان باین کیفیت بعمل آمد چهار حکم ثابت و محقق میگردد اول حدی که برای قذف است از زوج ساقط میشود دوم آن زن بر او حرام ابدی میشود سوم ولدیت طفل منتفی میشود که پدر و پسر از هم ارث نمیرند چهارم فراش زایل میگردد - و هرگاه در اثبات لعان نکول از قسم نماید و یا آنکه زوج تکذیب گفته خود را نماید احکام لعان از بین میرود و حد شرعی هشتاد تازیانه بر او زده میشود و اگر زوجه نکول از قسم نماید یا اقرار بزنا نمود فوراً رجم میشود و هرگاه زوج بعد از تکمیل لعان تکذیب گفته خود را نماید ولد از او ارث میبرد ولی پدر از او ارث نمیرد و حرمت ابدی زن باقی مینماند - تعوذ بالله من شرور افسنا غالب فحش‌هایی که در السنه متداول است قذف است شرایط و احکام دیگر لعان هم هست تا این درجه کافی است .