

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹۴، ص ۱۴۹-۱۳۱

بررسی قاعده «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ»* در فقه اسلامی

علی کشاورز^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ali.keshavarz@stu.um.ac.ir

دکتر حسین صابری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@um.ac.ir

چکیده

در فقه اسلامی با عبارت‌هایی از جمله «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ (البقاء، الاستدامه) مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» مواجه می‌شویم که از سیاق آن این‌گونه برمی‌آید که این عبارت، نزد فقها به‌عنوان قاعده‌ای مشهور و مقبول مورد لحاظ واقع شده است. لکن پس از بررسی ردپای این عبارت در کتب فقه و قواعد فقه به نظر می‌رسد در خصوص خاستگاه اصلی این عبارت و حتی استقلال آن، وحدت نظری وجود ندارد. برخی آن را ذیل قواعد «الدفع اقوی من الرفع» یا «التابع تابع» و یا «المانع طاری» ذکر کرده‌اند و برخی نیز از آن در مبحثی مستقل نام برده‌اند. در انتها پس از تحلیل و بررسی گفته‌ها در خصوص این عبارت و بیان ادله، به نظر می‌رسد می‌توان به‌عنوان نتیجه، آن را نه ذیل قواعد سه‌گانه مذکور بلکه به‌عنوان قاعده‌ای مستقل لحاظ کرد مبنی بر اینکه آنچه ابتدا به آن حرام و ممنوع است در ادامه، دوام و بقای آن حرام و ممنوع نیست.

کلیدواژه‌ها: قاعده فقهی، اغتفار، دوام، بقاء، ابتداء، ممنوع.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۳/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۱.
۱. نویسنده مسئول

مقدمه

در کتب فقهی گاه به عبارت‌هایی برمی‌خوریم که فقها از آن به‌عنوان مؤید نظر خود استفاده کرده‌اند و این عبارت‌ها، در بادی امر شبیه به قواعد فقهی مصطلح در کتب مرتبط به نظر می‌رسد. یکی از این عبارت‌ها، عبارت «یغترف فی الدوام ما لایغترف فی الابتداء» است اجمالاً به این معنا که آنچه در ابتدا قابل گذشت، تسامح و تساهل نیست در ادامه از آن چشم‌پوشی می‌شود. البته عبارات دیگری نیز شبیه به این عبارت در کتب فقهی آمده است مثل «یغترف فی الاستدانه ما لایغترف فی الابتداء» و «یغترف فی البقاء ما لایغترف فی الابتداء» که باید با بررسی این عبارت‌ها، مودای آن‌ها منقح شود. نگارنده در صدد بررسی ساختاری این عبارت‌ها از حیث وجودی و اعتباری است نه تحلیل محتوا یا اعتبارسنجی و نقض و ابرام آن دسته از احکامی که در مذاهب فقهی با این عبارت‌ها، تطبیق داده شده است.

اما برای توضیح این که مراد از این عبارت چیست و آیا اساساً این عبارت، قاعده است و اگر هست آیا به‌عنوان قاعده‌ای مستقل قابل اعتناست یا خیر؛ باید ابتدا این مسأله بررسی شود که این عبارت در ضمن چه مباحثی مطرح شده است، زیرا الفاظ مشترک در زمینه‌های مختلف، معانی گوناگونی خواهند داشت و حال آنکه باید مشخص شود کدام‌یک از این زمینه‌ها ارتباط وثیق و دقیق‌تری با این عبارت دارد.

اجمالاً به نظر می‌رسد به این عبارت در چهار مبحث (سه مبحث انضمامی و یک مبحث استقلالی) اشاره شده است:

آ) قاعده الدفع اسهل من الرفع (یا «الدفع اقوی من الرفع»)

سُبکی در *الاشباه والنظائر* در ذیل این قاعده می‌گوید: «از فروع آن، مسائل یغترف فی الدوام ما لایغترف فی الابتداء است که ما از اول جلوی آن‌ها را می‌گیریم نه این‌که در ادامه آن‌ها را برداریم چرا که رفع مشکل است». (۱۲۷/۱). البته وی این مسائل و نظرش را پیرامون این عبارت در ادامه عنوان نمی‌کند و بحث از آن‌ها را به جایی دیگر یعنی در ذیل قاعده «المانع طاری» موکول می‌کند که به تفصیل در قسمت تحلیل و بررسی از آن سخن خواهیم گفت.

ب) قاعده التابع تابع

اجمالاً منظور از قاعده «التابع تابع» این است که آنچه از نظر وجود، تابع دیگری (متبوع)

است از نظر حکم نیز، پیرو متبوع خود است اما عبارات فقها ذیل این قاعده و فروع آن ناظر به مسأله دیگری نیز می‌شود که بدو آن را تا اندازه‌ای با عبارت «یغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ...» مرتبط می‌سازد و آن عبارت‌ها «قَدْ يَثْبِتُ ضَمْنًا مَا لَا يَثْبِتُ أَصْلًا» (شهید، ۲۴۵/۱)، «یغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا مَا لَا يَغْتَفَرُ قَصْدًا». (ابن نجیم، ۱۰۳/۱)، «یغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ إِذَا كَانَ تَابِعًا مَا لَا يَغْتَفَرُ إِذَا كَانَ مَقْصُودًا» (زرکشی، ۳۷۶/۳) است.

شهید در قواعد می‌نویسد: «این قاعده مأخوذ از قاعده مقتضی در اصول فقه است که اگر مدلوله مضمّر باشد به دلیل ضرورت صدق متکلم یا توقف صحت کلام (مثل اسال القریه) یا اقتضای شرعی (مثل اعتق عبدک عنی) باید آن‌را در تقدیر گرفت؛ مثلاً اگر زن‌ها بر ولادت، شهادت بدهند پذیرفته می‌شود و بالتبع، نسب هم ثابت می‌شود گرچه اگر می‌خواستند ابتدائاً به نسب شهادت بدهند، نسب با شهادت زنان ثابت نمی‌شد. (۲۴۵/۱).

زرکشی نیز در ذیل این قاعده یعنی «یغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ إِذَا كَانَ تَابِعًا مَا لَا يَغْتَفَرُ إِذَا كَانَ مَقْصُودًا» مثال می‌زند به اینکه: «شفعه بالأصالة در ابنیه و اشجار ثابت نمی‌شود (ولی) به تبع زمین ثابت می‌شود یا اگر دست محرم قطع شود (تنها برای دست باید فدیة بدهد و) برای مو و ناخن که بر آن است فدیة واجب نمی‌شود چرا که مو و ناخن، تابع دست هستند و مقصود در ابانه نبوده‌اند». (۳۷۶/۳)؛ یعنی مو و ناخن که تابع دست هستند مغتفر شده‌اند در صورتی که اگر بالأصالة مو و ناخن جدا می‌شدند فدیة برای آن‌ها واجب می‌شد. (اگر مو و ناخن مقصود بود مغتفر نمی‌شد ولی حالا که مقصود نبوده بلکه تابع دست است مغتفر می‌شود).

ابن نجیم نیز در الاشباه و النظائر ذیل قاعده «یغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا مَا لَا يَغْتَفَرُ قَصْدًا» می‌نویسد که دو مسأله یافته است که این مسائل، عکس آن قاعده مشهور می‌باشند چراکه در آن‌ها «یغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَا لَا يَغْتَفَرُ فِي الْبِقَاءِ» جاری می‌شود. این دو مسأله یکی صحت تقلید از فاسق است در ابتدا ولی اگر عادل باشد بعد فاسق شود عزل می‌گردد و دوم این‌که فرار عبد مأذون (اذن در تجارت) ممنوع است اما اگر به فراری اذن داده شود صحیح است (البته مسأله معروف‌تر در مورد بیع و شراء عبد، خرید یکی از ابوبین است که ابتدائاً اشکال ندارد اما دوام آن ممنوع است) (۱۰۴/۱). به نظر می‌رسد مراد از قاعده مشهور که ابن نجیم در نظر دارد همان عبارت مورد بحث ما یعنی «یغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ...» باشد اما از آنجا که وی در ضمن قاعده «یغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا...» آن را ذکر می‌کند گویا در نظر وی این هردو قاعده یکی هستند. به عبارتی «یغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَا لَا يَغْتَفَرُ فِي الْبِقَاءِ» عکس قاعده «یغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا مَا لَا يَغْتَفَرُ

قصدا» است. از این روست که حموی در شرح الاشباه و النظائر ابن نجیم ذیل این عبارت، تعبیر «یفتقر فی الضمنیات ما لم یفتقر فی القصدیات» (در تابع نیاز است آنچه در متبوع نیاز نیست) را عوض عبارت «یغتفر فی الابتدا...» به کار می‌برد تا نشان دهد چگونه آن، عکس قاعده «یغتفر فی الشی ضمناً...» است. (غمز عیون البصائر، ۳۶۸/۱).

برخی نیز در ذیل قاعده «فی الشرع ضمناً یغتفر ما لایکون فیہ قصدا یغتفر» تعبیر «بالائنا اغتفرا ما لیس فی اوائل مغتفرا» را به کار برده‌اند و البته آن را بیانی دیگر از «یغتفر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل» دانسته‌اند. (فادانی، فوائد الجنیه، ۱۱۷/۲-۱۱۸).

اجمالاً به نظر می‌رسد جز ابن نجیم کسی مدعی نسبت میان عبارت مورد بحث و قاعده التابع تابع، نشده است افزون بر این که دو مسأله‌ای که وی یافته نیز آن‌چنان سنخیتی با بحث تابعیت ندارند لذا شاید بتوان گفت علاوه بر تفاوت لفظی میان عبارت «یغتفر فی الدوام...» با «یغتفر فی الشی ضمناً...» (و حتی «یغتفر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل»)، بین آن‌ها تفاوت معنوی نیز وجود داشته باشد. در تحلیل این مباحث چهارگانه بیشتر به این مطلب خواهیم پرداخت.

ج) قاعده المانع (یا «المانع طاری هل هو كالمقارن؟»)

مبحث سومی که از عبارت «یغتفر...» در آن یاد شده، قاعده المانع طاری است. قبل از توضیح این قاعده و ارتباط آن با عبارت مذکور باید گفت منظور از «مانع» در مودای این قاعده، مجموع شروط و موانع شرعی است نه آن مانع اصطلاحی در فلسفه که در عرض شرط و مقتضی مطرح می‌شود بلکه اینجا مانع، فقدان شرط، قاطع و مبطل را نیز در بر می‌گیرد.

سیوطی در الاشباه و النظائر ابتدا به ذکر دو گروه از موانع می‌پردازد که در آن‌ها اختلاف است. گروه اول موانعی است مثل عارض شدن ارتداد بر احرام و یکی از عیوب بر زوجه که نظر اصح این است که مانع در این موارد همانطور که از ابتدا صلاحیت مانعیت داشتند در ادامه نیز خواهند داشت و در این نمونه‌ها احرام، باطل و خیار برای زوج ثابت است.

گروه دوم موانعی است مثل قدرت بر آب در اثنای نماز که نظر اصح این است که مانع طاری مثل مقارن نیست و در اینجا قدرت بر آب، مبطل نماز نیست. وی در ادامه تنبیهی ذکر می‌کند که در آن دو گروه را نام می‌برد که در آن‌ها اختلافی نیست، یک گروه که بدون اختلاف و به طور جازم، طاری مثل مقارن است مثل ارتداد بر نکاح و یکی از عیوب بر زوج و گروه

دیگر که بازهم جزماً و قطعاً طاری مثل مقارن نیست مانند موجب فساد بر رهن و اغماء بر اعتکاف. سپس در انتها به عنوان خاتمه می نویسد که از یکی از دو شق این قاعده (شقی که طاری مثل مقارن نیست) تعبیر به قاعده «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» می شود. سیوطی در ادامه می افزاید که عکس این قاعده نیز وجود دارد یعنی «یُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ» و از فروع آن به چند مسأله اشاره می کند از جمله این که اگر فجر طلوع کند و فرد از قبل از طلوع فجر مجامع باشد و در آن حال نزع کند روزه اش صحیح خواهد بود اما اگر این واقعه (نزدیکی) در اثنای روزه اتفاق می افتاد روزه اش را باطل می کرد. (۱۸۵/۱-۱۸۶).

به طور خلاصه می توان گفت آنچه سیوطی در مورد قاعده المانع طاری ذکر می کند در سه شکل متصور است:

شکل اول: مانع هم در ابتدا هم در ادامه مانعیت دارد و شاید بتوان از آن به «ما لا یغْتَفَرُ فی الْإِبْتِدَاءِ وَ الدَّوَامِ» تعبیر کرد.

شکل دوم: مانع تنها در ابتدا مانعیت دارد اما اگر در ادامه عارض شود مانعیتی نخواهد داشت و از آن به «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» تعبیر می شود.

شکل سوم: مانع در ابتدا مانعیت ندارد اما اگر در ادامه عارض شود مانع خواهد بود و می توان از آن به «یُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ» تعبیر کرد.

نظیر این تقسیم بندی فوق را می توان در قواعد شهید یافت آنجا که وی قاعده المانع را به سه شکل متصور می داند:

«۱» آنچه هم در ابتدا هم در ادامه مانع است: مثل معصیت در سفر و مثل ارتداد که مانع صحت نکاح در ابتدا و مبطل آن در ادامه می شود... و مثل جنون در مرد که ابتدائاً مانع لزوم عقد و استدامتاً مانع ادامه نکاح می شود.

«۲» آنچه در ابتدا مانع است اما در ادامه مانعیت ندارد مثل احرام که مانع شروع نکاح است اما اگر بر نکاح، طاری شود آن را باطل نمی کند... و مثل تمکن از استعمال آب که مانع از شروع نماز (با تیمم) است ولی در ادامه مبطل نماز نیست و مثل دین که صحیح نیست رهن ابتدائاً با آن واقع شود اما اگر عین مرهونه تلف شود، رهن در ادامه بر دین خواهد بود و مثل عدد که در نماز جمعه شرط ابتدا است نه دوام.

«۳» آنچه در ادامه مانع است اما در ابتدا مانعیت ندارد مثل ابتدای رهن که امانت آن ضمان غاصب را به یک احتمال برمی دارد با این که اگر در ادامه به آن تعدی کند ضامن است.».

(۱۸۸-۱۸۵/۱).

در این میان به چند نمونه در کتب فقهی نیز می‌توان اشاره کرد که فقها به عبارت مورد بحث استناد کرده‌اند و به نظر می‌رسد آن را در زمینه قاعده المانع مورد توجه قرار داده‌اند. مثلاً محقق کرکی می‌نویسد: «از شروط نماز جمعه، عدد است (۵ نفر) اما این شرط ابتدا است نه دوام زیرا یغتفر فی الاستداه ما لایغتفر فی الابتداء». (جامع المقاصد، ۳۸۲/۲). عاملی نیز در مورد نماز شخصی که دچار سلس بول است می‌گوید لازم است ابتدای نماز طاهر باشد ولی اگر در اثنای نماز امری بر او حادث شد مغتفر است. (مفتاح الکرامه، ۵۵۹/۲).

شربینی نیز در مورد اقتدا و شرط اتصال در نماز می‌نویسد: «اگر کسی که با وی اتصال در نماز حاصل شده در خلال نماز، محدث شود یا عمداً نماز را ترک کند برای دیگری جایز است که از امام متابعت کند زیرا اتصال شرط ابتدای انعقاد نماز است نه دوام زیرا یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء». (معنی المحتاج، ۲۵۰/۱). شروانی نیز در این مورد که ولی نمی‌تواند از مال محجور به وکیلی که فاسق است وکالت دهد می‌گوید زیرا این کار نسبت به ابتداست اما عارض شدن فسق بر وکیل، مغتفر است زیرا یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء. (حواشی شروانی، ۳۳۴/۵).

د) مبحث مستقل

از جمله کسانی که این عبارت را به‌عنوان قاعده‌ای مستقل و نه در ذیل قاعده‌ای دیگر آورده و به ذکر فروع آن پرداخته است، زرکشی است؛ اما با دقت در فروعاتی که وی می‌آورد معلوم می‌شود که در ذکر این قاعده نظری به بحث قاعده المانع نیز داشته است چرا که وی بطور مستقل از سه قاعده سخن می‌گوید:

۱) یغتفر فی الابتداء ما لایغتفر فی الدوام: مثلاً اگر در حج، جماع عارض شود آن را فاسد می‌کند ولی اگر در حال جماع، مُحرم شود نظر اصح اینست که حجش به‌طور صحیح منعقد شده است. [سیوطی این مثال را در ذیل قاعده المانع و از فروع «یغتفر فی الابتداء...» آورده است هرچند نظر اصح را انعقاد حج به‌طور فاسد می‌داند. (الاشباه و النظائر، ۱۸۶/۱)] یا مثال دیگر این که نماز خوف، سواره یا پیاده چه رو به قبله باشد یا نباشد، صحیح است اما اگر روی زمین و رو به قبله نماز بخواند و در اثنای نماز، خوفی حادث شود و راکب شود، نمازش باطل است و باید از اول شروع کند.

مثال دیگر این که اگر مردی سوگند بخورد که همسرش را طلاق می دهد حق ایلاج دارد اما از استمرار منع می شود. [این مثال را هم عیناً سیوطی در همان بحث آورده است. (همان، ۱۸۷/۱)].

۲) یغتفر فی الدوام ما لا یغتفر فی الابتداء: مثلاً اگر در جنگ، زمین گیر یا کور حاضر شود برای این ها سهم نمی برد ولی اگر سالم حاضر شده و این ها در جنگ بر وی عارض شده باشد حقیقتاً از سهم، باطل نمی شود. مثال دیگر این که نکاح مُحرم صحیح نیست ولی رجعت او به عنوان استدامه نکاح، صحیح است.

۳) ما لا یغتفر فیها ای الابتداء والدوام: مثلاً اگر با حره و آمه (زن آزاد و کنیز غیر مسلمان) ازدواج کند و هر دو بعد اسلام بیاورند زن آزاد برای او متعین و زن کنیز از وی جدا می شود. (چرا که ازدواج با کنیز مسلمان هم ابتدائاً هم استدامتاً جائز نیست). (المنثور فی القواعد، ۳۷۲/۳-۳۷۵).

آنچه زرکشی به طور مستقل آورده به نظر همان سه قسمی است که در قاعده المانع برشمردیم و از این منظر نمی توان برای این استقلاله اعتبار چندانی قائل شد لکن زرکشی در ادامه بعد از ذکر این سه قاعده، مطلب جدیدی می نویسد که با مبحث قاعده المانع بسیار متفاوت است. گویی وی به کشف تازه ای از معنای «ما» در عبارت «یغتفر فی الدوام ما لا یغتفر فی الابتداء» رسیده است و به نظر می رسد اگر بتوان این عبارت را به عنوان قاعده ای مستقل لحاظ کرد، این امکان از این منظر جدید قابل بررسی باشد. زرکشی می نویسد: «و بدان که اقسام به چهارگونه است:

۱) آنچه انجام آن هم ابتدائاً و هم استدامتاً حرام است مثل صورت گری بر سقف و لباس و ظرف های طلا و نقره و شرب خمر و از این رو بر شارب خمر واجب است آنچه نوشیده بالا بیاورد.

۲) آنچه انجام آن نه ابتدائاً نه استدامتاً حرام نیست و تمام امور مباح از این گونه اند.

۳) آنچه انجام آن ابتدائاً حرام است اما استدامه آن حرام نیست مثل تمویه سقف (طلاندود کردن که ابتدائاً حرام است اما اگر به حد نصاب زکات نرسد استدامه آن حرام نیست) و صور نقش شده بر حصارها، زمین و بساطها (روانداها).

۴) آنچه استدامه آن حرام است لکن انجام آن ابتدائاً حرام نیست از جمله این که نکاح با کنیز (آمه) در صورت نیاز جایز است اما اگر مالکش شود دوام نکاح بر وی حرام است لذا

فسخ می‌شود و صید که انجام آن مباح است اما استفاده بر آن در مدت احرام، حرام است و مضطر اگر مال غیر را بگیرد و بعد موسر شود واجب است آن را به وی برگرداند و استفاده بر (نگه‌داشتن) آن مال بر وی حرام است و در ماه رمضان اگر شخص جماع کند با طلوع فجر، استفاده آن بر وی حرام می‌شود.» (همان، ۳/۳۷۵).

اجمالاً به نظر می‌رسد مورد چهارم خلاف فرض است چرا که فرض در مورد نفس فعلی است که بدون عارض شدن چیز دیگری بر آن که گاه موجب تغییر وضعیت یا تغییر موضوع می‌شود، از نظر ابتدا و استفاده لحاظ شود که در مورد چهارم، زرکشی از این فرض تخطی می‌کند؛ اما از این منظر که وی به ممنوع و نه مانع توجه دارد می‌توان به تحلیل تازه‌ای دست یافت که در ادامه، به بیان آن خواهیم پرداخت.

از متقدمان که بگذریم، زرقا از معاصرانی است که عبارت «یغفر فی البقاء ما لا یغفر فی الابتداء» را به شکلی مستقل آورده و در شرح آن می‌نویسد: «گاهی در خلال امر و اثنای آن تسامح و تساهل می‌شود زیرا بقا اسهل از ابتداءست» (شرح القواعد الفقهیه، ۱/۲۹۳). وی سپس چند نمونه در تطبیق با این قاعده ذکر می‌کند مثلاً اگر زن به عده اعتراف کند از ازدواج منع می‌شود اما اگر ازدواج کرد سپس ادعا کرد که در عده است به حرفش توجهی نمی‌شود و قول زوج مقدم می‌شود یا مثال دیگر این که اگر عبد بعد از فروش، فرار کند بیع، فاسد نمی‌شود به‌خلاف وقتی که او را بفروشند درحالی که او فراری است. (همان، ۱/۲۹۴). زرقا در ادامه به ذکر نکاتی می‌پردازد از جمله این که این قاعده «یغفر فی البقاء...» اطراد ندارد و نکته دیگر این که این قاعده غیر مطرد، خود استثنا خورده به مسائلی که «اغفر فیها فی الابتداء ما لم یغفر فی البقاء». (همان، ۱/۲۹۵).

یکی دیگر از معاصران نیز عبارت «یغفر فی البقاء...» را به عنوان قاعده مستقل اما مترادف با قاعده «البقاء اسهل من الابتداء» ذکر می‌کند و در شرح آن می‌نویسد: «معنای این قاعده این است که گاهی ابتدای چیزی جایز نیست اما استمرارش جایز است و استمرارش منشاء حکم (حکم حرمت یا عدم جواز) نمی‌شود چراکه مغفور است لکن اگر بار دیگری از نو، انشا و آغاز شود، حکم (حرمت یا عدم جواز) را به بار می‌آورد. پس بقایش حکمی ندارد اما ابتدایش محکوم (به عدم جواز) است. (ولید السعیدان، تلخیص الافهام العلیه بشرح القواعد الفقهیه، ۳/۴۶).

وی در ادامه به ذکر فروعات این قاعده می‌پردازد از جمله:

«۱) اگر فرد قبل از احرام خود را معطر کند بعد مُحْرَم شود شکی نیست که اثر عطر باقی می ماند اما این اثر اشکال ندارد چراکه مغتفر است اما اگر بعد از محرم شدن از عطر استفاده کند بر وی فدیة واجب می شود چرا که شروع به فعل عطرزدن در حال احرام، مغتفر نیست.

«۲) عقد نکاح از محظورات احرام است و برای مُحْرَم، ازدواج جایز نیست و اگر مُحْرَم بعد از احرام شروع به عقد نکاح کند بی شک گناه کرده است لکن اگر همسرش را طلاق بدهد و بعد مُحْرَم شود و در حال احرام بخواهد رجوع کند اشکال ندارد چرا که رجعت، ابتدای عقد جدید نیست بلکه استمرار عقد نکاح اول است به عبارتی از باب بقا است نه از باب ابتدا و یغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ.

«۳) از محظورات احرام، قتل صید (برّی متوحش) است لکن اگر صیدی را بکشد و نه مُحْرَم باشد و نه در حرم باشد سپس نیت احرام کند لازم نیست آن صید را رها کند چراکه وجود صید همراه او از باب بقاست ولی اگر بعد از احرام، صید را بکشد گناه کرده و مثل آن را باید فدیة بدهد.

«۴) اموال حرامی که مردم کسب کرده اند در حالی که عالم به حرمت نبوده اند اگر به جهت تحریم، علم پیدا کنند لازم نیست از آن اموال تخلص بجویند لکن بعد از علم به تحریم، تحصیل چیز جدیدی از آن جهت حرام، جایز نیست.

«۵) نماز مستحبی را اگر فرد در غیر از وقت نهی شروع کند و آن قدر ادامه بدهد تا داخل در وقت نهی شود اشکال ندارد چراکه از باب بقاست لکن اگر داخل در وقت نهی شود سپس ابتدا و شروع به نفل کند صحیح نیست چراکه از باب ابتداست فاغْتَفَرُ الْبَقَاءِ و لم یغْتَفَرُ الْإِبْتِدَاءِ لان البقاء اسهل من الابتداء.

«۶) زن نمی تواند هنگام عقد، مهرش را اسقاط کند اما اگر عقد با مهر تمام شود و سپس بعد از مدتی زن آن را اسقاط کند و ببخشد این کار جایز است بنابراین ابتدای اسقاط مهر با عقد، جایز نیست اما اسقاط مهر بعد از اتمام عقد، جایز است چرا که یغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ.

«۷) ابتدای بیع عبد در حالی که فراری است جایز نیست لکن اگر عبدی را بفروشد بعد این عبد فرار کند ضرر به صحت بیع نمی زند.

«۸) اگر در سرزمینی طاعون شیوع پیدا کند فردی که داخل این سرزمین است اگر خارج نشود با اینکه گمان هلاکت او نیز می رود قاتل خویش و مصداق کسی که خود را به هلاکت

انداخته، شمرده نمی‌شود اما کسی که خارج از آن سرزمین است ابتدای ورودش به آنجا جایز نیست چراکه حرام است انسان خود را به هلاکت بیندازد درحالی‌که مامور به محافظت بر جان خویش است پس بقا در آن سرزمین مغتفر وابتدای ورود به آنجا حرام است زیرا یغتفر فی البقاء ما لا یغتفر فی الابتداء». (همان، ۳-۴۶-۴۹).

تحلیل، بیان ادله و نتیجه‌گیری

پس از ذکر مباحثی که اجمالا در آن‌ها، این عبارت ذکر شده است باید دید در مقام اعتبارسنجی می‌توان این عبارت را چگونه و در کجا مورد تحلیل قرار داد، سپس در صورت وجود ادله به ذکر آن پرداخت و در پایان، نتیجه‌گیری کرد.

تحلیل

در مورد مبحث اول یعنی قاعده «الدفع اقوی من الرفع» به نظر می‌رسد اولاً جز سُبکی که خود وی نیز چندان راغب به بحث از این عبارت ذیل این قاعده نیست، کس دیگری از قاعده‌نویسان و فقها مدعی ارتباط میان این قاعده و این عبارت نشده‌اند و دلیل آن نیز شاید این باشد که اساساً اغتفار از دوام (اقوائت بقا) در تعارض با اقوائت دفع است.

در مورد مبحث دوم یعنی قاعده «التابع تابع» نیز اگر از اضطراب موجود میان برخی موارد تطبیق داده شده بر این قاعده صرف‌نظر کنیم، به نظر می‌رسد بحث از تابع و متبوع، بحث از فرع و اصل است به عبارتی از حیث وجودی داریم درباره دو شیء بحث می‌کنیم، وجود تابع غیر از وجود متبوع است و وجود فرع غیر از وجود اصل است؛ مثلاً در مثال شهید، اثبات ولادت غیر از اثبات نسب است هرچند ولادت که ثابت شود بالتبع، نسب هم ثابت می‌شود و یا در مثال زرکشی، وجود ابنیه و اشجار، یا وجود مو و ناخن غیر از وجود زمین و دست است اما وقتی سخن از دوام و ابتدا به میان می‌آید بحث ما درباره دو شیء نیست بلکه داریم روی یک شیء تمرکز می‌کنیم؛ مثلاً در موردی که این نجیم ذکر می‌کند اصلاً تابع و متبوع، فرع و اصلی وجود ندارد، عدالت یک ویژگی است که گاهی از حیث دوام و گاهی از حیث ابتدا مورد بررسی واقع می‌شود. وجود آن در ابتدا می‌تواند شرط تقلید باشد یا نباشد و فقدان آن هم در ادامه می‌تواند مانع تقلید باشد یا نباشد.

بنابراین در تنقیح واژگان مورد بحث به نظر می‌رسد عبارت «یغتفر فی الدوام...» یا عکس

آن «یغتفر فی الابتداء...» با قاعده التابع تابع و بحث «یغتفر فی التابع (ضمنا) ما لایغتفر فی المتبوع (مقصود، اصل)» اختلاف معنایی جدی دارد.

اما مراد از عبارت «یغتفر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل» چیست؟ به نظر می‌رسد این عبارت، بیان دیگری از عبارت «یغتفر فی الدوام...» نیست بلکه هم لفظاً هم مفهوماً با آن متعارض است به عبارتی مربوط به قاعده «یغتفر فی الشی ضمناً...» است چرا که وجود اول (فرض کنیم عدد ۱) غیر از وجود ثانی (فرض کنیم عدد ۲) است هرچند وجود ثانی، خود از انضمام و تابعیت با وجود اول ناشی شده است (۲=۱+۱).

اما می‌رسیم به مورد مبحث سوم یعنی قاعده «المانع طاری». به نظر می‌رسد اگر مراد از «ما» در عبارت «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء»، «مایمنع» (آنچه منع می‌کند: مانع) باشد می‌توانیم از این عبارت در ذیل این قاعده بحث کنیم منتها در این صورت با دو پرسش مواجه خواهیم شد.

پرسش اول این که آیا این عبارت، ذیل قاعده المانع، فرع این قاعده است یا استثنا بر این قاعده محسوب می‌شود؟

پرسش دوم این که به فرض اگر این عبارت، یکی از همان متفرعات قاعده المانع باشد آیا صرف تنوع در تعبیر می‌تواند مجوز تأسیس قاعده شود؟

اما در پاسخ به پرسش اول گفته شده اصل و قاعده این است که آنچه در ابتدا شرط و فقدان آن، مانع است در ادامه نیز شرط و فقدان آن، قاطع باشد. منتها در بعضی مواقع از این قاعده مواردی استثنا شده و این استثناءات به حسب مورد، گاهی در ابتدا و گاهی در ادامه، واقع شده‌اند. از این رو سبکی آن‌گاه که ذیل قاعده المانع از این عبارت نام می‌برد می‌نویسد: «در این قاعده عبارتی مندرج شده است که دیگران آن را جزء قواعد به حساب آورده‌اند و آن عبارت «قد یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» است که مسائل آن بسیار و از اساس، خارج از قواعد است». (۳۱۲/۱-۳۱۳). وی در ادامه برای اثبات مدعای خود در خصوص این که این عبارت اساساً جزء قواعد نیست به دو مطلب استناد می‌کند:

مطلب اول: آوردن لفظ «قد» قبل از عبارت است که بعد از بررسی تفصیلی در خصوص معنای آن نزد ادبا و لغوی‌ها نتیجه می‌گیرد که این لفظ غالباً برای تقلیل استعمال می‌شود.

مطلب دوم: معنای لفظ «اغتفار» است مبنی بر اینکه اگر مورد مغفرت واقع نشود، اصل و قاعده، مواخذه بر آن است و کسی که این عبارت («قد یغتفر فی الدوام...») را در شمار قواعد

ذکر کرده معنای آن را به درستی نفهمیده است انگار کسی که معفوعنه در باب نجاسات را در اقسام طهارات بیاورد. (همان، ۳۱۳/۱-۳۱۵).

سیس می نویسد: «تحقیق اینست که وجود شیء در دوام به منزله وجود آن در ابتداست مگر آنچه استثنا شده است و مستثنا قاعده نیست». (همان، ۳۱۵/۱).

وی به همین مقدار اکتفا نمی کند و در سطور بعد هرکس را که اعتقاد به دوام را اصلی از اصول قواعد به حساب بیاورد؛ متهم به سوء فهم می کند و حال و روز کسی که مسائل اندکی که عکس این موارد است (مسائل یغتفر فی الابتداء...) را جزء قواعد بر شمرده؛ از او بدتر می داند و سپس خود به ذکر آن موارد اندک می پردازد که این موارد اندک را نیز استثنا از قاعده مشهور «ما منع الدوام منع الابتداء» می داند چرا که در این موارد اندک، آنچه دوام منع شده، ابتدائاً منع نشده است. (همان، ۳۱۶/۱-۳۱۷).

بنابراین طبق این دیدگاه، عبارت مورد بحث، متفرع از قاعده المانع نیست بلکه استثنایی بر آن است و استثنا قاعده نیست.

اما در پاسخ به پرسش دوم اگر برخلاف سبکی بپذیریم که قاعده المانع یک قاعده واحد ولی در عین حال سه گانه است (نه یک قاعده با دو استثنا) در این صورت چنان که گذشت طبق تقسیم بندی شهید و سیوطی از قاعده المانع، این عبارت و عکسش را تنها می توان از باب ذوق ورزی ادبی و تنوع در تعبیر، مورد توجه قرار داد حال آن که به نظر نمی رسد توجیه عبارت مورد بحث به این شکل، قانع کننده باشد.

اما در مورد مبحث چهارم یعنی صحبت از عبارت مورد نظر در مبحثی مستقل، سه نکته را باید متذکر شد:

نکته اول این که مودای این عبارت، ذیل قاعده اخیر و مبحث فعلی به تفاوت معنای «ما» متفاوت می شود چرا که اگر مراد از «ما» در عبارت مورد بحث «ما یمنع» (معلوم) باشد این عبارت را چنان که گذشت می توان از منظر قاعده المانع بررسی کرد اما اگر مراد از آن «ما یمنع» (مجهول) باشد دیگر نمی توان ذیل قاعده المانع آن را به حساب آورد چرا که دیگر مربوط به بحث شرط و فقدان شرط یا مانع نیست به عبارت دیگر اگر مراد، «ما یمنع» باشد مودای عبارت می شود «آنچه در ابتدا منع می کند (مانع است) در ادامه منع نمی کند (مانع نیست یا مغتفر می شود ادعائاً)» ولی اگر مراد، «ما یمنع» باشد مودای عبارت می شود «آنچه در ابتدا ممنوع است (حرام است، جائز نیست) حدود آن، در ادامه ممنوع نیست (حرام نیست یا

مغتنفر می‌شود حقیقتاً) بقا و دوام آن». حال به نظر می‌رسد اگر معنا را مانع بگیریم به لزوم مجاز در این عبارت می‌انجامد چراکه متبادر از اغتفار، عذاب و مواخذه‌نشدن است که در ارتباط با نفس حرام و ممنوع، مطرح است نه مانع (یا فقدان شرط).

نکته دوم هم برمی‌گردد به مطلبی که زرکشی عنوان کرده و به آن در جای خود اشاره کردیم و آن اینست که اگر معنا را به همان معنای حقیقی خود یعنی «ممنوع» لحاظ کنیم دیگر عارض و طاری شدن چیزی دیگر را نتوان در این خصوص دخیل دانست چرا که فرض اینست که نفس فعل حرام، از جهت ابتدا و بقا بدون توجه به عامل خارجی که ممکن است بر آن عارض شود، مورد نظر است. لذا قسم چهارمی که زرکشی ذکر کرده است (ما تحرم استدامته و لایحرم ابتداء فعله) خلاف فرض است. برای توضیح بیشتر لازم است یک‌بار دیگر آن‌چه وی ذکر کرده را مرور کنیم. زرکشی چهار قسم برای افعال نسبت به حرمت ابتدائاً و استدامتاً بیان می‌کند:

- ۱) هم در ابتدا هم استدامه حرام باشد
- ۲) نه در ابتدا نه استدامه حرام نباشد
- ۳) در ابتدا حرام باشد در استدامه حرام نباشد
- ۴) در استدامه حرام باشد در ابتدا حرام نباشد

اما آن‌چه این فکر را تقویت می‌کند که وی در قسم چهارم خلاف فرض سخن گفته بررسی قسم دوم است چراکه به نظر می‌رسد تنها با حفظ شرایط می‌توان قائل به همچو قسمی شد. فی‌المثل خوردن و آشامیدن ابتدائاً و استدامتاً حرام نیست لکن در صورتی که شرایط یکسان باشد ولی اگر شرایط تغییر کند (و نپذیریم که فرض جایی است که شرایط یکسان باشد) آنوقت تفاوتی میان قسم دوم و چهارم نخواهد بود چرا که مباحی را نمی‌یابیم که ابتدا به آن جائز ولی با تغییر برخی شرائط، استدامه آن حرام نشود (در مورد خوردن و آشامیدن مثلاً آغاز ماه رمضان را می‌توان عنوان کرد).

حال که واضح شد فرض چیست و قسم چهارم از این تقسیم‌بندی خارج شد می‌ماند بررسی سه قسم دیگر که به نظر می‌رسد از آن‌جا که بحث ما پیرامون تاثیر ابتدا و استدامه است قسم دوم را نیز می‌توان کنار گذاشت چراکه اولاً ابتدا و استدامه بر آن تاثیری ندارد و در ثانی آنچه به بحث ما (عبارت «یغتنفر...» در خصوص ممنوع) مربوط می‌شود نفس فعل حرام است ابتدائاً، خواه استدامتاً هم حرام باشد یا نه و اگر ابتدائاً حرام نباشد از بحث ما تخصصاً خارج

است.

نکته سوم که از مجموع نکات اول و دوم بر می آید اینست که میان اقسام باقی مانده یعنی قسم اول و سوم، کدام را می توان در تناسب با عبارت «یغترف فی الدوام ما لا یغترف فی الابتداء» قاعده به حساب آورد؟ اگر قسم اول (ما یحرم ابتداء فعله و استدامته) اصل و قاعده باشد آن وقت عبارت «یغترف فی الدوام ما لا یغترف فی الابتداء» قاعده مستقل نه بلکه در نهایت یک استثنا است ولی اگر قسم سوم (ما تحرم ابتداء فعله و لاتحرم استدامته) اصل و قاعده باشد آن وقت عبارت «یغترف فی الدوام ما لا یغترف فی الابتداء» قاعده است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. شاید پس از ذکر دلایل ممکن برای حجیت این قاعده از این منظر، پاسخ این پرسش واضح شود:

بیان ادله

دلیل اول: آیات

۱) «أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لَبَاسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَأَبْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ...»^۱ (بقره: ۱۸۷)

از این آیه فی الجمله می توان این گونه برداشت کرد که نزدیکی در هر جزئی از اجزای شب حتی جزئی که نزدیک به صبح است جایز است و حتی بقای بر جنابت تا صبح و طلوع فجر ماه رمضان نیز حرام نیست. به این ترتیب، ابتدا و ایجاد جنابت در حال روزه یعنی بعد از طلوع فجر، ممنوع است لکن بقا و تداوم جنابت موجود در حال روزه یعنی بعد از طلوع فجر ممنوع نیست. البته نگارنده قصد ندارد حکم فقهی مستفاد از این آیه را بین مذاهب خمس برسی کند چرا که فقط ذکر دلایل ممکن، منظور است و واضح است که این امکان در خصوص این آیه متصور است. (به طور نمونه ر.ک: کاشانی، بدائع الصنائع، ۹۲/۲؛ ابن قدامه، مغنی، ۷۵/۳؛ شوکانی، نیل الاوطار، ۲۹۱/۴).

^۱ - در شبهای روزه، همخوابگی با زنانان بر شما حلال گردیده است. آنان برای شما لباسی هستند و شما برای آنان لباسی هستید. خدا می دانست که شما با خودتان ناراستی می کردید، پس توبه شما را پذیرفت و از شما درگذشت. پس، اکنون [در شبهای ماه رمضان می توانید] با آنان همخوابگی کنید، و آنچه را خدا برای شما مقرر داشته طلب کنید. و بخورید و بیاشامید تا رشته سپید بامداد از رشته سیاه [شب] بر شما نمودار شود... (ترجمه: فولادوند)

(۲) آیه «وَأَبْتَلُوا أَلِيَّتَامِي حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...»^۲
(نسا: ۶)

از این آیه نیز فی الجمله می‌توان این‌گونه برداشت کرد که ابتدا به دفع مال به وی در حال فسق، ممنوع است اما بقا و دوام مال داده شده نزد وی در حال فسق، ممنوع نیست. (به‌طور نمونه ر.ک: سرخسی، المبسوط، ۱۷۹/۲۴).

دلیل دوم: روایات

(۱) حدیث عایشه: «كُنْتُ أَطِيبُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمٍ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يَحْرِمَ. وَلِحَلِّهِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ طَيْبٍ فِيهِ مِسْكٌ...»^۳

به این حدیث در تلقیح الافهام العلیه بشرح قواعد الفقهیه (ولید السعیدان، ۴/۶۳) و قواعد الفقهیه بین الاصله والتوجیه (محمد حسن عبدالغفار، ۹/۱۵) به‌عنوان دلیل قاعده «یغتفر فی الدوام ما لا یغتفر فی الابتداء» اشاره شده است به این مضمون که ابتدا به عطرزدن در حال احرام، حرام است لکن بقا و دوام عطر در حال احرام، حرام نیست و شستن آن نیز واجب نیست. نووی ذیل این روایت می‌نویسد که حتی دلالت بر استحباب طیب هنگام اراده به احرام دارد و این‌که بعد از احرام، استدامه (رایحه) آن اشکال ندارد چرا که فقط ابتدا به طیب در حال احرام، حرام است. (شرح مسلم، ۹۸/۸). ابن حجر نیز آن را نظر جمهور فقهای اهل سنت می‌داند. (فتح الباری، ۳/۳۱۶). این روایت و روایات مشابه که بسیار متعدد نیز هستند (بالغ بر ۲۰ روایت) را می‌توان در این منابع یافت: (صحیح بخاری، ۶۰/۷؛ صحیح مسلم، ۴/۱۰؛ نسائی، سنن الکبری، ۲/۳۳۸؛ مسند احمد، ۶/۱۸۶؛ ابن حجر، فتح الباری، ۱۰/۳۱۳).

(۲) حدیث عبدالرحمن بن عوف در مورد طاعون: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا، فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ»^۴.

ولید السعیدان به این روایت نیز در تطبیقات قاعده «یغتفر فی البقاء ما لا یغتفر فی الابتداء» اشاره می‌کند به این مضمون که اگر در سرزمینی طاعون پیدا کند فردی که داخل این سرزمین است اگر خارج نشود با این‌که گمان هلاکت او نیز می‌رود قاتل خویش و مصداق

^۲ - و یتیمان را بیازماید تا وقتی به [سن] زناشویی برسند پس اگر در ایشان رشد [فکری] یافتید، اموالشان را به آنان رد کنید... (ترجمه: فولادوند)

^۳ - عایشه: «رسول خدا را قبل از اینکه مُحْرَم شود و قبل از اینکه از احرام خارج شود (بعد از رمی جمره عقبه و قبل از طواف) (با مشک) عطرآگین می‌کردم...».

^۴ - اگر شنیدید که طاعون در سرزمینی شیوع یافته به سمت آن نشتابید و اگر در سرزمینی که شما در آنید واقع شد، از آنجا برای فرار از (شر) طاعون خارج نشوید.

کسی که خود را به هلاکت انداخته، شمرده نمی‌شود اما کسی که خارج از آن سرزمین است ابتدای ورودش به آنجا جایز نیست چرا که حرام است انسان خود را به هلاکت بیندازد درحالی که مامور به محافظت بر جان خویش است پس ابتدای ورود به آنجا حرام ولی بقا و ماندن در آن سرزمین حرام نیست. (تلقیح الافهام العلیه، ۴۹/۳).

این روایت و روایات متعدد مشابه را می‌توان در این منابع یافت: (صحیح بخاری، ۲۲/۷؛ صحیح مسلم، ۲۷/۷؛ مسند احمد، ۱۹۳/۱).

دلیل سوم: عقل

برخی به قاعده «البقاء اسهل من الابتداء» و اقوایت دوام نسبت به ابتدا تمسک کرده‌اند (زرقا، شرح القواعد الفقهیه، ۲۹۳/۱؛ سعیدان، تلقیح الافهام العلیه، ۴۶/۳؛ عبدالغفار، قواعد الفقهیه بین الاصله والتوجیه، ۹/۱۵؛ حواشی شروانی، ۲۵۵/۱؛ شربینی، مغنی المحتاج، ۱۸۶/۳)؛ و برخی دیگر که اغلب فقهای امامیه هستند در خصوص ملازمه عقلی به نفی آن پرداخته‌اند و گویا بیشتر این مباحث، ذیل بحث «عمل صور و نگهداری تصاویر» مطرح شده است به این مضمون که هرچند عمل صور، حرام است لکن بقا و دوام صور، حرام نیست. صاحب مفتاح الکرامه می‌نویسد: «مستفاد از اخبار صحیحه و اقوال اصحاب، عدم حرمت ابقای صورت است». (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۱۰/۶). هرچند وی به اخبار صحیحه تمسک می‌کند ولی اخبار در این خصوص، متعدد و متعارض است و فقهای پس از او برای استدلال به عدم حرمت ابقای صورت، نفی ملازمه عقلی را بیشتر مستند قرار داده‌اند. محقق نراقی در پاسخ به این پرسش که «آیا حرام است ابقای آنچه عملش حرام است (تا ازاله آن واجب شود) یا نه؟» می‌نویسد: «ظاهر این است که حرام نیست خصوصا در مواردی که ازاله موجب ضرر می‌شود بدلیل اصل و اینکه حرمت عمل مستلزم حرمت ابقا نیست». (مستندالشیعه، ۱۱۰/۱۴).

صاحب جواهر نیز ادعای اجماع بر عدم حرمت ابقای صور را ممکن می‌داند. (۴۴/۲۲).

اما شیخ انصاری در مکاسب می‌نویسد: «آنچه ممنوع است ایجاد صورت است ولی وجود آن مبعوض نیست تا رفعش واجب باشد. بله گاهی ملازمه از سیاق دلیل یا از خارج فهمیده می‌شود مثل حرمت ایجاد نجاست در مسجد که مستلزم مبعوضیت وجود نجاست در آنجا و مستلزم وجوب رفع آن است». (۱۹۳/۱). صاحب‌عروه نیز صراحتا اعلام می‌کند: «پرواضح است که بین حرمت فعل و حرمت ابقا ملازمه وجود ندارد» (حاشیه‌المکاسب، ۱۷/۱).

خوبی به شکل نسبتاً مبسوطی به این مطلب می‌پردازد و می‌نویسد: «بدیهی است که بین حدوث و بقا، نه حکما و نه موضوعاً ملازمه وجود ندارد؛ بنابراین آنچه بر حرمت ایجاد، دلالت می‌کند دیگر بر حرمت وجود بقا دلالتی ندارد خواه از فاعل، عصیانا صادر شود یا نسیانا و غفلتا مگر این که بر وجود ملازمه، قرینه اقامه شود مثل دلالت حرمت تنجیس مسجد بر وجوب ازاله نجاست از آن، اما چه بسا گاهی ابقای نتیجه حتی در صورت حرام‌بودن فعل، واجب شود کما این که اگر قرآن بر کاغذ مغضوب یا با قلم مغضوب نوشته شود یا عبد بدون اذن مولایش آن را بنویسد یا مسجدی بنا کند، یا تولد کسی از طریق زنا (ایجاد ولد از طریق زنا حرام است اما بقای مولود زنا حرام نیست بلکه واجب است)؛ و اگر اشکال شود که نهی از ایجاد، کاشف از مبغوضیت وجود مستمر در طول زمان است مثل نهی از فروش عبد مسلمان به کافر حدوثاً که کاشف از حرمت ملکیت عبد برای کافر است بقا. در پاسخ باید گفت نهی از فروش عبد مسلمان به کافر اگر تمام باشد دلالت می‌کند بر وجوب ازاله علاقه و ارتباط کافر از عبد مسلمان و در آن، بین حدوث و بقا فرقی نیست به خلاف مانحن‌فیه زیرا فهمیدی که مجرد وجود دلیل بر حرمت ایجاد، دلالت بر حرمت ابقا نمی‌کند مگر این که همراه با قرائن مذکور باشد.» (مصباح الفقاهه، ۱/۳۷۳).

نتیجه‌گیری

حال پس از ذکر آنچه ظاهراً می‌تواند دلایل قاعده مذکور باشد به نظر می‌رسد شاید بتوان در پاسخ به پرسش‌های آغازین (ذیل نکته سوم) و نتیجه بحث این گونه گفت که قاعده اینست که آنچه در ابتدا حرام است، بقا و دوام آن حرام نیست مگر اینکه قرینه یا دلیل خاصی باشد که خلاف آن را ثابت کند تا آنچه حرام است ابتدائاً، استدامتاً نیز حرام باشد؛ و اگر تحلیل این عبارت و تطبیق آن بر بحث فعلی درست باشد می‌توان گفت عبارت مورد بحث یعنی «یُغتفر فی الدوام ما لا یُغتفر فی الابتداء» نیز قاعده‌ای مستقل (از قواعد سه گانه «الدفع اقوی من الرفع»، «التابع تابع» و «المانع طاری») است و در این صورت خلاف آن یعنی موارد «ما لا یُغتفر فی الابتداء و الدوام» استثناء بر این قاعده خواهد بود.

منابع

قرآن کریم

- انصاري، مرتضى بن محمد امين، *كتاب المكاسب*، قم، مجمع الفكر الاسلامي، ١٤٢٠ ق.
- ابن حجر عسقلاني، احمد بن علي، *فتح الباري*، بيروت، دارالمعرفة للطباعة و النشر، بي.تا.
- ابن حنبل، احمد بن محمد، *مسند الامام احمد بن حنبل*، بيروت، دارصادر، بي.تا.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنى*، بيروت، دارالكتاب العربي، بي.تا.
- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، *الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان*، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤١٩ ق.
- بخاري، محمد بن اسماعيل، *صحيح البخاري*، استانبول، دارالفكر للطباعة و النشر، ١٤٠١ ق.
- حموي، احمد بن محمد، *غمز عيون البصائر في شرح الاشباه والنظائر*، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤٠٥ ق.
- خطيب شرييني، محمد بن احمد، *معنى المحتاج الى معرفه معانى الفاظ المنهاج*، بيروت، داراحياء التراث العربي، ١٣٧٧ ق.
- خويي، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، انتشارات داوري، ١٣٧٧.
- زرقا، مصطفى احمد، *شرح القواعد الفقيهيه*، دمشق، دارالقلم، ١٤٠٩ ق.
- زركشي، محمد بن بهادر، *المشور في القواعد*، كويت، وزاره اوقاف الكويتيه، ١٤٠٥ ق.
- سبكي، عبدالوهاب بن علي، *الاشباه والنظائر*، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤١١ ق.
- سعيدان، وليد بن راشد، *تلقيح الافهام عليه بشرح القواعد الفقيهيه*، الموقع الرسمي للمكتبة الشامله.
- سيوطي، عبدالرحمن بن ابي بكر، *الاشباه والنظائر*، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤١١ ق.
- شرواني، عبدالحميد، *حواشي الشرواني*، عبدالحميد شرواني و قاسم عبادي، بيروت، داراحياء التراث العربي، بي.تا.
- شمس الانمه سرخسي، محمد بن احمد، *المبسوط*، بيروت، دارالمعرفه للطباعة و النشر، ١٤٠٦ ق.
- شوكتاني، محمد، *نيل الاوطار*، بيروت، دارالجيل، ١٩٧٣ م.
- شهيد اول، محمد بن مكى، *القواعد والفوائد*، قم، منشورات مكتبة المفيد، بي.تا.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام*، طهران، دارالكتب الاسلاميه، ١٣٦٧.
- عاملى غروي، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه*، قم، موسسه نشر اسلامي، ١٤١٩ ق.
- عبدالغفار، محمدحسن، *القواعد الفقيهيه بين الاصله والتوجيه*، الموقع الرسمي للمكتبة الشامله.
- علا الدين كاساني، ابوبكر بن مسعود، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، باكستان، مكتبه الحبيبيه، ١٤٠٩ ق.

فادانی، محمد یاسین بن عیسی، *الفوائد الجنية حاشية مواهب السنية شرح الفرائد البهية فی نظم القواعد الفقهية*، بیروت، دارالبشائر الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

مسلم بن حجاج، *المسند الصحیح*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.

نسائی، احمد بن علی، *السنن الکبری*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
نووی، یحیی بن شرف، *صحیح المسلم بشرح النووی*، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۷ ق.
یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی