بسم الله الرحمن الرحیم

فهرست مطالب:

[تخییر حاکم در زنای سنی 2](#_Toc425160670)

[فرض وجود تقیه 2](#_Toc425160671)

[فرض عدم وجود تقیه 2](#_Toc425160672)

[اتخاذ مبنا 3](#_Toc425160673)

[رجوع به بحث حامل و مرضعه 3](#_Toc425160674)

[شک در حمل 3](#_Toc425160675)

[فرض عدم ادعای مرئه 4](#_Toc425160676)

[علت استصحاب عدم حمل 4](#_Toc425160677)

[انواع خطابات 5](#_Toc425160678)

[استصحاب در این مقام 5](#_Toc425160679)

[نتیجه‌گیری 5](#_Toc425160680)

[اشکال آیت‌الله گلپایگانی 6](#_Toc425160681)

[اشکال مثبتیت و پاسخ 7](#_Toc425160682)

[جمع‌بندی 7](#_Toc425160683)

[اشکال در قاعده درع 7](#_Toc425160684)

[جمع‌بندی بحث 8](#_Toc425160685)

[اشکال مراتب حمل 8](#_Toc425160686)

[پاسخ اشکال 8](#_Toc425160687)

# تخییر حاکم در زنای سنی

در بحث ذمی این‌طور آمده بود؛ اگر ذمی زنا کند، حاکم مخیر است خودش اجرای حد بکند یا بنابر موارد شیعه یا او را ارجاع بدهد به اهل ملت خودش، این را بحث کردیم، یک سؤالی در ذیل آن بحث باقی ماند و آن این بود که اگر سنی مرتکب زنا بشود، آنجا چطور؟ آیا آنجا هم حاکم مخیر است یا مخیر نیست، چون سنی که مرتکب زنا بشود، کسی که مذهبش با ما متفاوت است ولی مسلم است.

آن هم سه احتمال در بابش است؛ یکی اینکه حاکم حکم بدهد بنابر مبانی شیعه، یکی اینکه خود حاکم حکم بدهد بنابر مبانی آن‌ها و یکی اینکه ارجاع بدهد او را به خود قضات مذهب خودشان. این هم یک سؤالی است که اینجا مطرح می‌شود، مثل آنچه در باب ذمی مطرح شده بود. گفتیم؛ در مورد غیر ذمی از کفار و این‌ها نمی‌شود ما روی مبنای شیعه روی مبنای فقها حکم صادر بشود و اجرا بشود، در باب ذمی قرائنی وجود داشت که این اختیار وجود دارد، البته بین دو قسم یا خودش روی مبانی شیعه حکم بدهد و اجرای حد بکند یا اینکه به اهل ملتش ارجاع بدهد، اما در مورد سنی این مطرح نشد و نبود.

## فرض وجود تقیه

در اینجا پاسخی که می‌شود داد، این است که یک وقت است شرایط تقیه است، یک وقت شرایط تقیه نیست، اگر شرایط تقیه باشد، اینجا محل بحث نیست، جایی که تقیه است، محذوری دارد، مشکلی دارد، اصلاً نمی‌شود حاکم و قاضی مسلمین شیعه بیاید اینجا قضاوت بکند، حکمی صادر بکند. فرض می‌گیریم جایی که تقیه نباشد والا اگر تقیه باشد، طبق تقیه باید عمل کرد، این صورت اولی بود که تقیه است، محذوری وجود دارد، خودش نمی‌تواند وارد قضیه بشود تبعاً ارجاع داده می‌شود و طبق قاعده خود مذاهب دیگر حکم اجرا می‌کنند.

## فرض عدم وجود تقیه

مگر اینکه تقیه نباشد. این صورت تقیه محل بحث است. اما صورت بعد که تقیه نیست، مثل الان کشور ما جایی که تقیه وجود ندارد و فرض باید بگیریم جایی که تقیه وجود ندارد، آن‌ها تشکیلات قضایی چیزی دارند، اما اگر تشکیلات قضایی چیزی نداشته باشند، تبعاً حکم ارجاع به آن نمی‌شود، در نتیجه موضوع ندارد. این صورت هم که تشکیلات قضایی نداشته باشند، این هم محل بحث نیست.

### اتخاذ مبنا

بنابراین جایی که تقیه باشد، یک صورت یا تقیه نیست، ولی اصلاً موضوع ندارد و آن‌ها تشکیلات قضایی چیزی ندارند که بشود ارجاع داد، از باب اینکه موضوع ندارد، محل بحث نیست، محل بحث صورت ثالثه است که تقیه نیست و به نحوی آن‌ها تشکیلات قضایی دارند، اینجا محل سؤال است که آیا مخیر است؟ این سنی زنا کرده یا کار دیگری کرده است و ارجاع شده به قاضی شیعه، این بایست حکم صادر کند طبق قوانین شیعه یا اینکه مخیر است؟ من ندیدم اینجا بحثی شده باشد، ولی ممکن است گفته بشود؛ آنجا هم آن تخییر وجود دارد به اینکه خودش حکم بکند یا ارجاع بدهد به قاضی خودشان در جایی که قاضی دارند، تشکیلات دارند و دلیلی که عجالتاً من به ذهنم می‌آید یک اولویت از ذمی است، وقتی شرع و روایات ارجاع یک مجرمی ذمی را به دستگاه قضایی یا عادی اهل ذمه جایز شمرده است، ذمه که اهل کتاب و ذمی است که کافر هستند، این به‌طریق‌اولی یک مسلم و مذاهب دیگر اسلامی هم این ارجاع جایز است، وجهی برای اینکه این اولویت نباشد من به ذهنم نمی‌آید.

البته اینجا با توجه به این اولویت تخییر پیدا می‌شود، بین اینکه خودش حکم می‌کند یا بدهد به قاضی آن‌ها، ولی اگر خودش حکم کند، حکم باید طبق مذاهب شیعه باشد که قول شخص درست نیست که قاضی شیعه روی مذهب اهل سنت یا روی دین دیگری و قوانین دین دیگری بیاید قضاوت بکند، آن حکم به غیر ما انزل الله است. اما آنی که ارجاع بدهد به آنجا، به‌طریق‌اولی در اینجا هم مانعی و اشکالی ندارد. این نکته‌ای است که در اینجا به نظر می‌آید.

## رجوع به بحث حامل و مرضعه

اما برگردیم به مباحثی که در اینجا داشتیم، در اینجا ما ذیل بحث حامل و مرضعه گفتیم؛ چند فرع وجود دارد، یکی، دو فرع را ذکر کردیم، من در تکمیل فرع حامل یک نکته‌ای اضافه بکنم. و آن بحثی را آنجا عرض کردیم در دوره لبه ارضاع، این قول مرحوم آقای خویی است، نمی‌دانم گفتم قائل کی است! قصه آقای گلپایگانی را نقل کردند، قول، قول آقای خویی است که آقای گلپایگانی اینجا نقل کردند و نقد کردند، البته آقای گلپایگانی اسم نبردند که قائل اینجا چه کسی بوده، ولی منظور آقای خویی است، آقای خویی می‌فرمایند؛ روایاتی که ارضاع دارد، روایت که مرضعه دارد، منظور دوره لبه است و دوره ارضاع را آقای خویی در محدوده حکم قرار ندادند، قائل ایشان است.

## شک در حمل

یک فرع دیگری که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر شک در حمل پیدا شد، گفتیم که؛ در دوره حمل نمی‌شود اجرای حد کرد. به دلیل اینکه به بچه ضرر می‌رساند، اگر شک داشتیم این حامله است یا حامله نیست، در مورد شک چه می‌شود کرد؟ در مورد شک دو صورت دارد؛ یک وقت است خود او می‌گوید: من حامله هستم، او ادعا می‌کند حمل خودش را، اگر خودش ادعای حمل بکند، اینجا قول او پذیرفته می‌شود، این بنا بر مبنای کلی است که قول زن در اموری که مربوط به خودش است، پذیرفته می‌شود، شارع یک نوع اماریت داده به قول زن در امور زنانه و مختص به خودش، این اگر خودش ادعا بکند، اینجا اماره دارد، چون قول خودش اعتبار دارد.

یک وقت کسی می‌خواهد ازدواج بکند، زن می‌گوید من شوهر ندارم، این قولش حجت است، در اینجا هم همین‌طور است، اگر خود زن ادعا کند که حمل ندارد، قولش اعتبار دارد کما اینکه اگر بگوید حمل دارد، باز هم قولش اعتبار دارد. پس اگر شک وجود داشته باشد و اطلاعی قاضی نداشته باشد صور، ت اولاً این است که خود او ادعا بکند، اگر ادعای حمل یا عدم حمل فرقی نمی‌کند، قول او حجت است، طبق قاعده کلی که قول مرئه، در امور مربوط به خودش اعتبار دارد، اموری که از دیگران پنهان است، بیشتر امر شخصی اوست، قولش اعتبار دارد و اما اگر خودش ادعایی ندارد، سکوت دارد، قاضی هم اطمینان ندارد، در اینجا چه باید کرد؟

### فرض عدم ادعای مرئه

بعضی گفتند در اینجا استصحاب می‌شود، چون هر زنی یک حالت سابقه عدم حمل دارد و استصحاب می‌شود عدم حمل و با استصحاب عدم حمل، موضوع برای اجرای حد ثابت می‌شود، آنی که مانع بود، این است که حمل داشته باشد و وقتی که حمل نداشته باشد، دیگر اجرای حد می‌شود، این چیزی است که فوری به ذهن می‌آید، این است که اینجا استصحاب می‌شود. ولی در اینجا بعضی مثل آقای گلپایگانی و این‌ها فرمودند نه، این استصحاب جاری نیست، استصحاب عدم حمل در اینجا جاری نیست

### علت استصحاب عدم حمل

چراکه اینجا یک بحث نسبتاً مهم اصولی وجود دارد که ورود در بحث خود جامع و کامل اینجا مجالش نیست، من اشاره‌ای به این بحث بکنم، اگر فرصت بیشتری بود، بیشتر هم بحث بکنیم، ولی در اصول این بحث آمده است. ما یک قاعده‌ای که در اصول داریم این است که، اصل مثبت حجت نیست، اصول مثبته حجت نیستند، از جمله استصحاب، اگر مثبت باشد حجت نیست. و اصل مثبت این است که، استصحاب که به طور مثبت است یا امر عقلی است یا اگر امر شرعی است، اثر بر آن مترتب نیست، لازمه عقلی دارد که آن لازمه عقلی یک اثر شرعی دارد، این اصل مثبت است، همان‌طور که در اصول ملاحظه کردید و بحث‌هایی که دارد، یک وقت دیگر عرض کردم بعضی از فقها این‌گونه می‌گویند اگر کسی درست بتواند اصل مثبت را بشناسد و تشخیص بدهد و در اجرا و تطبیق آن توانایی لازم داشته باشد، این آدم مجتهد است، شناخت اصل مثبت و موردی که کجا اصل مثبت است کجا نیست، این از موارد خیلی پیچیده اصول و فقه است.

## انواع خطابات

نکته دیگر این است که، در مواردی که تکلیف آمده روی مخاطبی و روی مکلف و شرایطی هم برای این تکلیف ذکر شده است، مثل اینکه می‌گوید نماز بخوان و مصلی رو به قبله باشد یا مصلی باید طاهر باشد، در این موارد لحن خطاب و شکل خطاب خیلی فرق می‌کند. یک وقت است که دلیل این‌طور ذکر شده است که می‌گوید فرد باید نماز بخواند و می‌گوید این فرد باید طهارت هم داشته باشد. طهارت شرط نماز است، این‌گونه بیان می‌کند، اینجا می‌گویند موضوع حالت ترکیبی دارد، آن شرط و قید حالت وصفی و تقییدی نیست، حالت ترکیبی دارد. یک وقت است این شرط به صورت قیدی و حالی ذکر شده است. می‌گوید صل متطهراً می‌گوید هیئت و حالت این مصلی باید طهارت باشد، آن از نظر واقعی و ثبوتی، اینجا هیچ فرقی ندارد ظاهر خطاب و ظاهر دلیل متفاوت است.

### استصحاب در این مقام

این دو تعبیر که از نظر ثبوتی و واقعی چندان تفاوتی در موضوع ندارد، از نظر آثار اصولی به خصوص بحث استفتا و اصل مثبت و عدم مثبت خیلی فرق می‌کند. کجا فرق می‌کند؟ در آنجایی که می‌خواهد این حالت، این وصف و شرط را استصحاب بکند، اگر می‌گوید این وصف و شرط به صورت ترکیبی در لسان دلیل آمده باشد، که صورت اول است، در اینجا استصحاب مانعی ندارد. استصحاب وجودش و عدمش مانعی ندارد، همان حالت قبلی، وجود بوده یا عدم بوده، آن را استصحاب می‌کند، اما در صورت دوم که حالت تقییدی و حالی و تقییدی دارد، یعنی می‌گوید که این شخص با این هیئت می‌شود شرط هست، یعنی در واقع ظاهر دلیل فقط وجود آن را شرط نکرده، بلکه وجود آن را به عنوان یک هیئت و حالتی، برای این عرض کردم این بحث ثبوتی است، در عالم ثبوتش هیچ فرقی ندارد.

ظاهر دلیل اینجا مهم است که این شرط شخص مکلف این را به عنوان یک امری در کنار مکلف ذکر بکند یا به عنوان یک حالت و هیئتی برای او ذکر کند در صورت اولی استصحاب در این وصف جاری است، ولی در حالت دوم صرف به استصحاب وجودی یا عدم این کافی نیست، برای اینکه اثر شرعی در بودونبود این وصف اینجا مترتب نیست. اثر شرعی مترتب بر آن هیئت حاصله است.

## نتیجه‌گیری

آن وقت اگر خود این هیئت حاصله حالت سابقه نداشته باشد، اینجا اثری ندارد، یک وقت است ما می‌گوییم زن، وقتی کسی زن باشد و حامل باشد، با واو عطف گفته بشود، این حد بر او جاری نمی‌شود، این موضوع باشد یا این است، زن باشد درحالی‌که حامله است، حد بر او جاری نمی‌شود، اگر شکل اول باشد موضوع ترکیبی است، بگوییم زن باشد و حامله این می‌شود ترکیبی، اما اگر بگوید زن باشد، در حال حمل یا حاملاً حالت قیدی و حالی پیدا بکند، اینجا موضوع می‌شود تقییدی و وصفی و بین این دو صورت خیلی فرق می‌کند.

از لحاظ اصل مثبت و عدم اصل مثبت، یک بار دیگر این جمله اخیر که رسیدیم به اصل بحث عرض می‌کنم. یک بار است که دلیل می‌گوید حد جاری می‌شود بر کسی که زن مجرمه‌ای باشد و حامله نباشد با واو عطف ذکر می‌شود، مجرمه است و حامله نیست. یک بار است که نه، می‌گوییم اینجا موضوع و علم و شرط حالت ترکیبی دارد، آن یک چیزی است، این هم یک چیزی. یک بار است که می‌گوید نه، صورت دوم دلیل این است که می‌گوید زن مجرمه‌ای که حامله نیست، درحالی‌که حامله نیست، این حد بر او جاری می‌شود.

### اشکال آیت‌الله گلپایگانی

و آقای گلپایگانی تلقی‌شان در اینجا این است، از مجموعه امر الله این‌گونه استفاده می‌شود، این دلیلی که می‌گوید در حال حمل نمی‌شود اجرای حد کرد، این معنایش این است که موضوع این‌طور است، تلقی ایشان از موضوع این است که این وصف غیر حامل بودن حالت صفتی است و صورت دوم دیگر استصحاب در اینجا جاری نیست. استصحاب فقط می‌گوید که این حامل نبود، اما این غیر حاملی است که صفت زانی باشد حال کونه غیر حامله، این ترتب عقلی است که ذهن ما درست می‌کند، والا این به مستصحب نیست، این می‌شود اصل مثبت، این اشکالی است که مرحوم آقای گلپایگانی در اینجا دارند که این استصحاب در اینجا جاری نیست.

«در زنی که شک داریم حامل است یا حامله نیست عدم حمل را که امر حادثی است هم یک چیز جدیدی است یک وقتی حامله نبوده این را استصحاب می‌کنیم پس می‌شود زن غیر حامل و آن حد بر او جاری می‌شود.»

این فرمایشی است، ایشان فرمودند، البته مبانی‌اش را عرض کردم، منتها بحث خیلی طولانی‌تر است، در جای خودش، ولی اجمال قضیه همین است که یکی از موارد اصل مثبت این است که موضوعی که در استصحاب می‌شود، آن در واقع یک امر باشد که شرعی که اخذ نشده است، ولی لازمه عقلی آن موضوع شرعی است، ما یک چیز غیرشرعی را استصحاب می‌کنیم، منتها عقل می‌گوید لازمه شرعی آن این است که امر شرعی است. ما استصحاب عدم حمل می‌کنیم که این موضوع نیست در شرع، در شرع، عدم حمل صفت لزانیه موضوع است.

از نظر اصولی جوابی که آقای مکارم دادند، نمی‌خواهم وارد جواب ایشان بشوم، چون طول می‌کشد، بحث ریشه‌دار اصولی است. ولی ما اینجا این نکته را عرض بکنیم که آن موضوع به شکل دوم در جایی است که صریحاً دلیل بیاید بگوید که الزانیه حال کونه غیر حامله، آنجا این حالت و هیئت موضوع حکم است و استصحاب عدم آن وصف هم، دیگر مفید نیست، چون اثبات به حالت و هیئت است، ولی این بیانی که ایشان می‌فرمایند موضوع الزانیه حال کونه غیر حامل، هیچ دلیلی در آن نیامده است.

### اشکال مثبتیت و پاسخ

این اشکال دقیق در اینجا مطرح شده است که عدم حمل در اینجا مثبت است، به دلیل اینکه موضوع زانیه غیر حامل است. حالت تقییدی و وصفی دارد. ولی جوابش این است، این‌جور چیزی ما در ادله نداریم، آنی که در ادله داریم، این است که زانیه حد بر او جاری می‌شود، دلیلی آمده می‌گوید اگر حامله باشد، نمی‌شود حد بر او جاری بشود. نیامده بگوید زانیه غیر حامل موضوع است، زانیه حال کونه غیر حامل موضوع است و لذا چون این را نگفته است، ما مانعی از جریان اثبات در اینجا نمی‌بینیم.

## جمع‌بندی

اینجا آقای گلپایگانی فرمودند از نوع دوم است، ما عرض کردیم در جایی دلیل نداریم از نوع دوم باشد، از نوع اول است، لذا استصحاب جاری می‌شود، مگر اینکه این یک اشکال و استصحاب بود که استصحاب اینجا اصل مثبت است، این جوابش بود، ممکن است کسی یک اشکال دیگری در این استصحاب بکند، اشکال اول در استصحاب بود، اشکال دوم این است، کسی بگوید استصحاب در اینجا به خاطر قاعده درع اطلاق ندارد.

## اشکال در قاعده درع

این را بنابر بعضی اقوال می‌گفتیم درست است، بعضی دامنه این قاعده را زیاد توسعه می‌دهند که اگر بخواهند با یک استصحاب و اصل موضوع اجرای حد درست بشود، می‌گویند تدرع الحدود بالشبهات، احراز موضوع حد باید با اماره باشد یا با اطمینان باشد یا با یک اماره عقلایی باشد، اما اصل عملی‌اش را موضوع درست کنید، که حد بر آن جاری بشود، این رجم بشود، کشته بشود یا حد یا جلد بشود، این مشمول قاعده تدرع الحدود بالشبهات است.

اگر کسی این را بگوید، آن وقت این ادعای دیگری است که حالا تا اندازه‌ای ما این را بعید نمی‌دانستیم که تدرع الحدود بالشبهات، اصول عملیه در قواعد ایجاد بکنند، ما قاعده تدرع الحدود بالشبهات را از نظر سندی و مبنایی قبول می‌کردیم و از نظر دلالی هم دایره‌اش خیلی وسیع‌تر از آن چیزی است که آقای خویی می‌دانستند، تقریباً به آنچه آقای گلپایگانی می‌فرمودند، نزدیک بود، شاید کمی هم بیشتر، اگر قاعده تدرع الحدود بالشبهات را در چند دایره فرض کردیم. به‌هرحال آن مبنا را اگر بپذیریم، آن وقت این دومی قبول است.

## جمع‌بندی بحث

این استصحاب دو مناقشه دارد، حاصل کلام این است؛ استصحاب اینجا اصل مثبت است که آقای گلپایگانی می‌فرمودند، این جواب دارد، یک جواب آن است که آقای مکارم فرمودند که من اینجا عرض نکردم، چون جواب ضعیف است و یک جواب همین است که ما عرض کردیم که اینجا نه، موضوع این‌طور که شما می‌فرمایید نیست و اصل مثبت نیست و استصحاب جاری است، مناقشه دوم این است که اینجا جای قاعده تدرع الحدود بالشبهات است که این را ما بعید نمی‌دانیم، گرچه در این تردیدی از قبل داشتیم، بنابراین به خاطر قاعده تدرع الحدود بالشبهات، ممکن است بگوییم این جا اجرای حد نمی‌شود، ولی اصل مثبت مانعی ندارد.

## اشکال مراتب حمل

فرع پنجمی که اینجا در ذیل این بحث باقی مانده، این است که حمل درجات و مراتبی دارد. یک وقت است این بچه روح پیدا کرده شکلی پیدا کرده که مشمول این ادله می‌شود که حامله است، اما در مراحل و مقاطع و برهه‌های اولیه شکل‌گیری حمل که هنوز حالت نطفه و علقه و امثال این‌هاست که به حد حلول روح نرسیده است، آن هم مشمول همین است؟ جواب این است که به لحاظ روایات بله، روایات اطلاق دارد و از اولین مراحل انعقاد نطفه حمل صدق می‌کند

### پاسخ اشکال

در پاسخ به این سؤال عرضمان این است که بنابر روایات نه، در مراتبش حمل فقط نمی‌کند،. اگر روایت نبود و طبق قواعد می‌خواستیم صحبت کنیم، آن وقت ممکن بود بگوییم در مراحل اولیه، حفظ آن اهم از اجرای حد نیست. ممکن بود این را بگوییم چون از باب قاعده اهم و مهم تزاحم، می‌گفتیم نباید حد جاری بشود، آنجا جای شبهه‌ای بود که بگوییم اهم نیست، اما آن در حد یک شبهه است، ولی در اینجا جواب اصلی و معتبرش همان فرض است که در اینجا روایات داریم و روایات هم اطلاق دارد، زن حامل حد بر او جاری نمی‌شود چه حاملی آنی که ماه اولش است یا ماه هشتم، نهمش است، فرقی ندارد، اطلاق دارد و در هیچ‌کدام نمی‌شود اجرای حد کرد.