

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تأملی بر شیوه قانون گذاری کیفری

موارد عدول قانون گذار از آراء مشهور فقها در

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبیین

مبانی آن



مؤلف

دکتر سید احمد موسوی

استاد دانشگاه

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	: موسوی، سیداحمد، ۱۳۷۰-
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: تاملی بر شیوه قانون گذاری کیفری موارد عدول قانون گذار از آراء مشهور فقها در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبیین مبانی آن/ مولف سیداحمد موسوی.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۰۰.
مشخصات ظاهری	: ۱۹۰ ص.
شابک	: ۹-۵۴۳-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۷۲-۱۸۳؛ همچنین به صورت زیر نویس.
موضوع	: حقوق جزا -- ایران
	Criminal law -- Iran
	حقوق جزا (فقه) -- ایران
	Crime law (Islamic law) -- Iran
	قانونگذاری (فقه)
	(Legislation Islamic law)
	قانونگذاری -- ایران
	Legislation -- Iran
رده بندی کنگره	: KMH۳۸۰۰
رده بندی دیویی	: ۳۴۵/۵۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۸۶۷۰۸۵۷
اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیپا	

نام کتاب	: تاملی بر شیوه قانون گذاری کیفری موارد عدول قانون گذار از آراء مشهور فقها در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبیین مبانی آن
ناشر	: چتر دانش
مؤلف	: سید احمد موسوی
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۴۰۱
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹-۵۴۳-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
قیمت	: ۱۰۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

فهرست

بخش اول: کلیات و مفاهیم	۹
فصل اول: مفهوم شناسی شهرت و بررسی اقسام آن	۱۱
گفتار اول: معانی لغوی و اصطلاحی شهرت.....	۱۳
الف: شهرت از منظر لغوی.....	۱۳
ب: شهرت از منظر اصطلاحی.....	۱۴
گفتار دوم: اقسام شهرت مورد بحث.....	۱۷
الف- شهرت روایی.....	۱۷
ب- شهرت عملی.....	۱۸
ج- شهرت فتوایی.....	۲۰
گفتار سوم: بررسی حجیت شهرت مورد بحث.....	۲۱
الف. تبیین شهرت محل بحث.....	۲۱
ب. حجیت یا عدم حجیت شهرت فتواییه.....	۲۲
فصل دوم: سیرقانون گذاری کیفری در ایران	۲۹
گفتار اول: تاریخچه (شیوه قانون گذاری کیفری در ایران).....	۳۱
الف: پیش از انقلاب اسلامی.....	۳۳
ب: سیر قانون گذاری پس از پیروزی انقلاب اسلامی.....	۳۴
گفتار دوم: مبنا و معیار سنجش قوانین با منابع فقهی.....	۴۰
بخش دوم: موارد عدول قانون گذار از نظریه مشهور در باب حدود قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲).....	۴۵
فصل اول: حدود؛ مفهوم و جایگاه آن در فقه شیعه	۴۷
گفتار اول: معنای حد.....	۴۹
الف) معنای لغوی.....	۴۹
ب) معنای اصطلاحی.....	۵۱
ج) مفهوم حد در قانون مجازات اسلامی.....	۵۲
گفتار دوم: فلسفه تشریح حدود.....	۵۶

فصل دوم: موارد عدول قانون گذار در جرایم حدی از نظریه مشهور فقها	
و تبیین مبانی آنها.....	۶۹
گفتار اول: ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲.....	۷۱
الف) شرح ماده.....	۷۱
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۷۲
گفتار دوم: ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲.....	۷۵
الف) شرح ماده.....	۷۵
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۷۶
گفتار سوم: ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.....	۸۲
الف) شرح ماده.....	۸۲
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۸۴
گفتار چهارم: ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.....	۹۴
الف) شرح ماده.....	۹۴
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۹۷
الف) شرح ماده.....	۱۰۵
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۱۰۷

بخش سوم: موارد عدول قانون گذار از نظریه مشهور در باب قصاص و دیات
قانون مجازات اسلامی ۱۱۳

فصل اول: مفهوم و جایگاه آن در فقه شیعه.....	۱۱۵
الف) قصاص در لغت.....	۱۱۸
ب) قصاص در اصطلاح فقه.....	۱۱۸
گفتار دوم: تاریخچه قصاص.....	۱۲۰
گفتار چهارم: فلسفه تشریح قصاص.....	۱۲۴
الف- قصاص و تأمین عدالت کیفری.....	۱۲۴
ب- قصاص و حفظ نظم و امنیت اجتماعی (ارباب عمومی).....	۱۲۴
ج- قصاص پیشگیری از انتقام فردی (تشفی اولیای دم).....	۱۲۴

گفتار پنجم: قصاص از دیدگاه نظرات مختلف حقوق کیفری.....	۱۲۶
فصل دوم: موارد عدول قانون‌گذار در باب قصاص و دیات از نظریه	
مشهور فقها و تبیین مبانی آن.....	۱۲۹
گفتار اول: ماده ۲۹۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲.....	۱۳۱
الف) شرح ماده.....	۱۳۱
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۱۳۴
گفتار دوم: ماده ۳۰۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲.....	۱۳۹
الف) شرح ماده.....	۱۴۰
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۱۴۳
گفتار سوم: ماده ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲.....	۱۴۸
الف) شرح ماده.....	۱۵۱
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۱۵۲
گفتار چهارم: ماده ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲.....	۱۵۶
الف) شرح ماده.....	۱۵۸
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۱۵۹
گفتار پنجم: ماده ۴۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲.....	۱۶۸
الف) شرح ماده.....	۱۶۹
ب) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۱۷۲
الف) مقدمه بحث.....	۱۷۴
ب) شرح ماده.....	۱۷۵
ج) تبیین مبانی فقهی ماده.....	۱۷۷
منابع و مأخذ.....	۱۷۹

پیشگفتار

به نام خدا

چه دانستم که این سودا مرا زین سان کند مجنون

دلم را دوزخی سازد دو چشمم را کند جیحون

چه دانم‌های بسیار است لیکن من نمی‌دانم

که خوردم از دهان بندی در آن دریا کفی افیون

«مولانا»

حقوق کیفری و بالاخص قوانین جزایی در روند تکوین و شکل‌گیری و در جریان تحولات و دگرگونی‌های خود به اصول راهبردی اساسی و مشترکی دست یافته است که شالوده‌ی نظام حقوقی جدید محسوب می‌شود. و همانطور که می‌دانید، قوانین جزایی کشور در سال‌های اخیر دستخوش تغییرات عمده‌ای شده است که اکثر قریب به اتفاق آن‌ها نیک و راه‌گشا ارزیابی می‌شوند. در سال ۱۳۹۲ قانون مجازات اسلامی جدید، مورد تصویب قانون‌گذار قرار گرفت. در این قانون هم از منظر قواعد بین‌المللی جزایی و هم از منظر مبانی فقهی، نسبت به قانون قبل (مصوب ۱۳۷۰) تحولات بنیادینی احساس می‌شود. بر همین اساس، در کتاب پیش رو، در حد بضاعت، مفاد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با مبانی فقهی، مورد مطالعه تطبیقی قرار گرفتند. و مطالعه تطبیقی مفاد این قانون با مبانی حقوق مغرب زمین را، به دفتری دیگر موکول می‌کنم.

به هر جهت، سخن از مطالعه تطبیقی است. مطالعات تطبیقی به تلاش علمی‌ای اطلاق می‌شود که در آن با مقایسه دو یا چند پدیده، به شناسایی وجوه شباهت‌ها و اختلاف‌ها در بینشان پرداخته و به منظور یافتن علل این اختلاف و تشابه، ادله و مبانی هر یک از پدیده‌های مورد نظر، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

کارآمدی و اثربخشی این متد و روش موجب پیدایش رشته‌ها و گرایش‌های مختلف علمی چون: الهیات تطبیقی، دین‌شناسی تطبیقی، فلسفه تطبیقی، حقوق تطبیقی و... در عصر جدید شد. پیدایش «فقه مقارن» محصول اهمیت،

توسعه و گسترش این رویکرد در بین مسلمانان و اهتمام عالمان مسلمان به این مطالعات بوده است. در این کتاب در وهله نخست به مطالعه تطبیقی مواد قانونی با مبانی فقهی آن‌ها، پرداخته شده و سپس در مراحل بعدی، به تطبیق بین کلام و فتاوی فقه‌ها و مستندات ایشان توجه نموده‌ایم تا بهترین نظریه برای قانون‌گذاری در کشور مشخص شود. این کار علاوه بر اینکه قانونگذاران کشور را از سردرگمی نجات می‌دهد فواید دیگری نیز دارد.

علی‌ای حال، اهداف و فوایدی برای نوشتن کتاب حاضر طبعاً برای من، مانند هر نویسنده دیگری، وجود دارد، اما آنچه که بسیار مهمتر می‌نماید ایجاد چالش و سوال در اذهان خوانندگان محترم است تا ان شاءالله با مباحثه‌هایی که به دنبال چاپ این کتاب شکل خواهد گرفت، به آن غایت اصلی مد نظر نایل آیم. فلذا از خوانندگان گرامی می‌خواهم که با گوشزد کردن خطاها و کاستی‌هایم در این اثر، من را رهین محبت خود گردانند.

در پایان بر خود فرض می‌دانم که از تمامی اساتید و همکاران عزیزم که با پیگیری‌های مشتاقانه خود نقش مهمی در به پایان بردن این اثر داشته‌اند و از همه مهمتر از استاد عزیز و فرزانه‌ام جناب آقای دکتر احمد رضانی و جناب آقای دکتر محمدباقر الفت معاون محترم منابع انسانی و امور فرهنگی قوه قضاییه تشکر و قدردانی به عمل آورم.

همچنین از سرکار خانم فاطمه اسفندیاری، یار مهربان که با کمک‌های بی‌دریغ و دلسوزانه، مرا در به سرانجام رساندن این کتاب مورد لطف خود قرار دادند، سپاسگزارم.

تهران- زمستان ۱۴۰۰

سید احمد موسوی



فصل اول

مفهوم شناسی شهرت و بررسی اقسام آن

گفتار اول: معانی لغوی و اصطلاحی شهرت

به عقیده برخی از صاحب‌نظران، یکی از منابع فقه در استنباط احکام شرعی، شهرت می‌باشد، به عبارت دیگر شهرت از موضوعاتی بسیار مهم است که نوعی از آن در مبحث امارات و حجج شرعی و نوعی دیگر در مبحث علم حدیث مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. ما در اینجا پیرامون معنای لغوی و اصطلاحی شهرت بحث می‌کنیم و سپس به مباحث اصلی خواهیم پرداخت.

الف: شهرت از منظر لغوی

موضوع شهرت در عین اینکه فواید علمی و عملی فراوان چه در فقه و چه در حقوق موضوعه دارد اما مورد بی‌توجهی قرار گرفته است. تا جایی که تنها به صورت گذرا در ضمن مباحث دیگر و نه به‌طور مستقل به آن پرداخته شده است. مراجعه و بررسی کتب لغت و لغتنامه‌ها در ذیل واژه شهرت، حاکی از یک معنایی معروف و معهود در اذهان است، که به‌طور نمونه به برخی از آنان اشاره می‌شود:

شهرت از مصدر «شَهَرَ يَشْهَرُ شَهْرًا وَ شَهْرَةً» است و در لغت به معنای شایع و پخش شدن و ظاهر و آشکار شدن و بالا رفتن است.^۱ چنانچه عرب بیرون کشیدن شمشیر را از غلافش، شهر سیف می‌گویند (شَهَرَ فُلَانٌ سَيْفَهُ يَعْنِي فُلَانِي

۱- عیسی ولایی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول (تهران: نشر نی، ۱۳۸۰، چاپ هشتم) ص ۲۰۳؛ محدرضا مظفر، اصول الفقه (قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه ق، چاپ سوم) ج ۳-۴ ص ۱۶۳.

شمشیرش را ظاهر نمود) و «سیف مشهور» یعنی شمشیری که از غلاف بیرون آمده و بالا رفته و کاملاً نمایان است.

در کتاب مجمع‌البحرین آمده است:

والشَّهْرَةُ: ظهور الشيء في شئعة حتى يشهره الناس. ومنه الْحَدِيثُ «من لبس ثوباً يشهره ألبسه الله ثوب مدلّة» أي يشمله بالذل كما يشمل الثوب البدن. أي يصغره في العيون و يحقره في القلوب. و الشهير و المشهور: المعروف.^۱

شهرت به معنای ظهور می‌باشد به شکلی که برای مردم روشن باشد، كما اینکه در این روایت، شهرت به این معنا به کار رفته است: هرکس لباس شهرت بپوشد تا خودنمایی کند، خداوند لباس خواری بر تن او می‌کند. (به بیان دیگر) خداوند خواری را بر تن او می‌کند، همانطور که او آن لباس را بر تن خود می‌کند. یعنی خداوند او را در برابر دیدگان مردم کوچک و در قلب‌هایشان حقیر می‌کند. و شهیر و مشهور به معنای معروف به کار می‌رود.

لسان العرب نیز شهرت را همینطور معنا می‌کند و می‌گوید:

«(قال) الجوهری: الشَّهْرَةُ وَضُوحٌ»

(همانطور که جوهری گفته) شهرت به معنای واضح بودن امری است.^۲ پس طبق گفته‌های بالا مشخص شد که شهرت یک معنای لغوی دارد که به معنای ظهور و وضوح می‌باشد.

ب: شهرت از منظر اصطلاحی

بنابر معنای لغوی شهرت که به معنای وضوح و روشن شدن امری است، دانشمندان علوم اسلامی در بعضی شاخه‌های این علوم، از این واژه برای رساندن معانی مد نظر خود استفاده کرده‌اند. آنچه که در این گفتار مد نظر ماست، شرح

۱- فخر الدین طریحی، مجمع‌البحرین (تهران، ایران: کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ه. ق، سوم) ج ۳، ص ۳۵۷.
 ۲- ابن منظور، ابو‌الفضل، جمال‌الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب (لبنان: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ه. ق، چاپ سوم) ج ۴، ص: ۴۳۱. در کتب دیگر لغت مانند العین و معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه هم همین معنای تاکید شده اند: و الشهرة: الانتشار و الوضوح: محمود عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه، بی جا، بی تا، ج ۳، ص: ۲۹۴؛ و الشَّهْرَةُ: ظهور الشيء في شئعة حتى يشهره الناس: خليل بن احمد فراهمیدی، العین؛ (قم - ایران، نشر هجرت، ۱۴۱۰ ه. ق، چاپ دوم) ج ۳، ص: ۴۰۰.

و توضیح اصطلاح شهرت در سه شاخه علم اخلاق، علم حدیث و علم فقه است.

۱) شهرت در اصطلاح علم اخلاق اسلامی

در علم اخلاق، اصطلاح شهرت از دو جهت مورد بحث قرار می‌گیرد.
الف- اینکه انسان، با ریاکاری بخواهد مشهور شود. این جهت از شهرت در علم اخلاق شباهت زیادی به معنای لغوی شهرت دارد. یعنی انسان وقتی ریا می‌کند در صدد آن است که در بین مردم واضح و معروف شود.

ب- اینکه انسان، به هر وسیله‌ای (ولو از راه‌های حلال) مشهور شود و در نتیجه رذایل اخلاقی مثل تکبر دست و پا گیرش شود. از همین جاست که در حدیثی امام صادق (ع) می‌فرماید:

«الشَّهْرَةُ خَيْرُهَا وَشَرُّهَا فِي النَّارِ»^۱

یعنی مشهور شدن چه به طریق نیکو و چه بد، باعث آتش جهنم است. (یعنی چه انسان به وسیله طاعت یا چیزهای حلال شهرت کسب کند و چه به وسیله معصیت و چیزهای حرام، فرقی نمی‌کند، سرانجامش دوزخ است)

۲) شهرت در اصطلاح علم حدیث

به هر خبری اطلاق می‌شود که راویان آن زیاد باشد و بیشتر محدثان آن را در کتاب‌های خود نقل کرده باشند، اما به حد تواتر نرسد. در چنین حالتی به این خبر، حدیث مشهور گفته می‌شود. در واقع مشهور حدیثی است که نزد محدثین شایع و مشتهر باشد، بدین سان که روایت، از بیش از دو یا سه تن نقل شده باشد، منتها کثرت ناقلین در تمام طبقات شرط نیست.^۲

همچنان که مامقانی می‌نویسد:

«هو ما شاع عند أهل الحديث بأن نقله جماعة منهم.»^۳

(به) آن خبری که در بین محدثین شایع باشد به طوری که عده‌ی زیادی از آن‌ها، آن حدیث را نقل کرده باشند، (مشهور گفته می‌شود)

۱- ابو جعفر محمد بن یعقوب کلینی، الکافی (تهران، ایران، ط، الإسلامیة، ۱۴۰۷ هـ.ق، چهارم) ج ۶، ص ۴۴۵

۲- کاظم مدیر شانه چی، علم الحدیث (قم: دفتر انتشارات اسلامی ۱۳۸۸، چاپ بیست و دوم) ص ۱۸۱

۳- عبدالله مامقانی، مقباس الهدایه فی علم الدرایه (بی‌جا، منشورات، دلیل ما ۱۳۸۵، الطبعة الاولى المختصرة)

خبر مخالف «مشهور» را «شاذ» گویند و شاذ و نادر، یک معنا دارد.

۳) شهرت در اصطلاح علم فقه

به فتواهایی اطلاق می‌شود که در یک مسئله فقهی توسط بسیاری از فقها صادر می‌گردد به شرط آنکه تعداد آن فقها به حد اجماع نرسیده باشد؛ بنابراین شهرت در اصطلاح فقها شامل هر فتوایی می‌شود که مورد موافقت عده‌ی زیادی است.^۱

بحث از شهرت در اصطلاح علم فقه، در ادامه بیشتر توضیح داده خواهد شد.

۱- محمد رضا مظفر، پیشین، ج ۴-۳، ص ۱۶۳

گفتار دوم: اقسام شهرت مورد بحث

در مبحث منقول علوم اسلامی بحث شهرت به سه نحو مطرح می‌گردد:

الف - شهرت روایی

به بیان خلاصه، به اشتهار روایتی در بین اهل حدیث، شهرت روایی، می‌گویند.^۱ در واقع شهرت روایی در جایی است که حدیثی را راویان زیادی که تعدادشان به حد تواتر نمی‌رسد در جوامع کتاب‌های روایی نقل کنند، و این امر باعث اشتهار روایت و استفاضه نقل آن گردد. به بیان دیگر اگر روایتی از نظر متن، شهرت داشته باشد؛ یعنی عده‌ی زیادی از راویان که شأنشان نقل روایت و احادیث است آن را نقل و در جوامع روایی خود ثبت و ضبط کرده باشند، این روایت، شهرت روایی دارد.

در این باره مرحوم مشکینی می‌نویسد:

«هي اشتهار نقل الرواية بين أرباب الحديث ورواته القريبين من عهد الحضور لا المتأخرين عنه سواء عمل بها ناقلها أم لم يعمل لوجود قصور فيها أو وجود رواية أرجح»^۲

به مشهور شدن نقل روایتی در بین بزرگان حدیث و آن روایت‌کنندگانی که نزدیک به عصر معصومین علیهم‌السلام بودند، شهرت روایی می‌گویند (متاخرین آنها ملاک نیستند) و در اینکه خودشان به آن روایت عمل کرده‌اند یا به عللی (مثل عدم تام بودن یا وجود روایت بهتر) عمل نکرده باشند، تفاوتی نیست.

همچنین مرحوم حکیم، شهرت روایی را اینگونه تعریف کرده است:

«اشتهار روایت میان راویان و محدثین به سبب کثرت نقل آن و تکرار آن در اصل‌ها و کتاب‌هایی که پیش از جوامع چهارگانه حدیث نوشته شده بودند.»^۳ در واقع شهرت روایی از اسباب حصول اطمینان به صدور روایت از معصوم (ع)

۱- «همان» ۵/۱۴۵ (این نوع شهرت یک اصطلاح در نزد اهل حدیث است، که مقابل آن حدیث شاذ قرار می‌گیرد)

۲- علی اکبر مشکینی اردبیلی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها (قم، ایران: نشر الهادی ۱۴۱۶ ه. ق، چاپ ششم) ص ۱۵۵.

۳- سیدمحسن حکیم طباطبائی، حقائق الاصول (قم: موسسه آل‌البیت (ع) ۱۴۰۸ ه. ق، چاپ پنجم) ص ۱۵۳

است.^۱ از اینرو شهرت روایی جبران‌کننده ضعف سندی روایت بوده، آن را در ردیف روایت قوی و معتبر قرار می‌دهد. البته هر حدیثی که مشهور شد جابر ضعف سند روایت نمی‌تواند باشد، بلکه تنها آن شهرتی جبران‌کننده است که در میان اصحاب ائمه علیهم‌السلام شکل گرفته باشد.^۲ از همین روست که مرحوم نایینی می‌فرماید:

«وَعِنِّي بِالشَّهْرَةِ الرَّوَائِيَةِ اشْتِهَارِ رَوَائِيَتِهَا بَيْنَ اصْحَابِ الْاِئِمَّةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ»
منظور ما از شهرت روایی، مشهور شدن روایتی در میان اصحاب ائمه علیهم‌السلام است.^۳

علاوه بر این، شهرت روایی از اسباب ترجیح روایت نیز برشمرده می‌شود، یعنی در جایی که مضمون دو روایت با یکدیگر متعارض است، چنانچه یکی از این دو، مشهور و دیگری شاذ باشد، روایت مشهور مقدم می‌شود.^۴

ب- شهرت عملی

اشتهار عمل به روایتی در میان فقهای نزدیک به عهد ظهور معصوم علیهم‌السلام و استناد به آن در مقام افتاء می‌گویند. محقق نایینی درباره این نوع شهرت می‌نویسد:

۱- شهید ثانی شهرت روایی را این‌گونه تعریف کرده است: «بأن يكثر تدوينها و روايتها بلفظ واحد او الفاظ متقاربة المعنى» (زين الدين بن علي عاملي (شهيد ثاني)، الدرأيه (تهران: مجمع علمی اسلامی ۱۴۰۴ ق چاپ اول) ص ۱۲) «نگارش و نقل آن روایت زیاد باشد با لفظ و کلمات معین و یا با الفاظ گوناگونی که از لحاظ معنی به یکدیگر نزدیک باشند». از این تعریف روشن می‌شود که شهرت روایی به معنای «کثرت نقل و نگارش» است. ظاهراً از نظر ایشان میان شهرت روایی و مشهور اصطلاحی تفاوتی وجود ندارد.

۲- اکثر اصولیین شهرت روایی را به معنای شیوع و گسترده‌گی نقل روایت در کتابها و جوامع روایی گرفته‌اند، که بر اساس این تعریف، شهرت روایی نه تنها جابر ضعف سند روایت نمی‌شود؛ بلکه در تعارض روایات هم از اسباب و عوامل ترجیح به شمار نمی‌رود. چون کثرت نقل یک روایت در کتابها دلیل بر صحت آن روایت نمی‌شود. «رَبِّ شَهْرَتٍ لِأَصْلِ لَهَا» چه بسا امور مشهوری که هیچ اصل و اساسی ندارند! شهرت روایی به تنهایی بدون همراه شدن با شهرت عملی به هیچ وجه رُجحانی برای روایت ایجاد نمی‌کند؛ بلکه اگر روایت مشهور مورد اعراض فقها قرار گیرد از نشانه‌های ضعف و سستی آن به شمار می‌رود. (محمد فقیهی صدر و عباسعلی سلطانی و حسین ناصری مقدم، مقاله «نارسایی شهرت روایی در عرصه فقه و حدیث»، فصلنامه فقه و اصول (تابستان ۱۳۹۲) شماره ۹۳، ص ۵۷)

۳- محمد حسین نایینی، اجدد التقریرات (قم: کتابفروشی مصطفوی، ۱۳۶۸ش، چاپ دوم)، ج ۲، ص ۱۵۹؛ جعفر سبحانی تبریزی، الموجز فی اصول الفقه (قم: موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق، چاپ دوم)، ج ۲، ص ۲۷۲.

۴- محمدرضا مظفر، پیشین.

«این نوع شهرت است که جبران کننده ضعف سند روایت است و یا صحت یک روایت را دچار تزلزل می‌کند. این در صورتی است که شهرت از عمل فقهای نزدیک زمان ائمه معصومین علیهم‌السلام می‌زیستند استنباط می‌شود.»^۱
و به شیوه‌ای کامل‌تر مرحوم مشکینی می‌نویسد:

«هي اشتهار العمل برواية بين الأصحاب المذكورين وكثرة المستند إليها في مقام الفتوى و لو لم يتحملوا نقلها بشرائط التحمل والنقل وهي التي توجب جبر سند الرواية إذا كان ضعيفا فإذا لم يكن في المسألة إلا رواية واحدة ضعيفة السند و لكن الأصحاب عملوا بها انجبر ضعفها و جاز الاستدلال بها كما أن المشهور لو أعرضا عن رواية كان ذلك موهنا لها ولو كان السند صحيحا سليما ومن هنا قيل: كلما ازداد الخبر صحة ازداد عند الإعراض عنه ضعفا»

شهرت عملی یعنی مشهور شدن عمل به روایتی در بین اصحاب نزدیک به عهد ائمه علیهم‌السلام و زیاد استناد کردن به آن حدیث در مقام افتاء، حتی اگر واجد شرایط فراگرفتن و نقل روایت نباشد. این نوع از شهرت، هنگامی که حدیث ضعیف است، موجب جبران سند آن می‌شود، پس اگر در آن موضوع، فقط یک روایت ضعیف وجود داشت اما اصحاب به آن عمل نموده باشند، ضعف سند آن جبران می‌شود و می‌توان به آن استدلال نمود. همانطور که اگر از یک روایتی اعراض کنند، باعث وهن و ضعف آن روایت می‌شود هر چند که روایت صحیح و سالمی باشد. از همین جاست که می‌گویند: هرچقدر که ارزش یک خبر به خاطر صحیح بودن آن افزایش می‌یابد به خاطر اعراض کردن از آن، از اعتبارش (به همان اندازه) کاسته می‌شود.

بنابراین در شهرت عملی سه عنصر وجود دارد:

- ۱- شیوع فتوا به یک حکم شرعی در بین فقها ۲- معلوم بودن مستند فتوای مشهور ۳- وجود روایتی که مستند فتوای مشهور قرار گرفته باشد.

۱- محمدعلی کاظمی خراسانی، فوائد الاصول من افادات المیرزا محمد حسین الغروی النائینی (قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ هـ ق، چاپ پنجم) ص ۱۵۳

ج - شهرت فتوایی

مراد از آن، شیوع و رواج فتوایی خاص، در مساله‌ای خاص، در میان فقها می‌باشد، (اما به حد اجماع که موجب قطع به قول معصوم شود، نمی‌رسد) بدون آنکه آن فقها، فتوای خود را مستند به دلیلی نموده باشند. به عبارت دیگر شهرت فتوایی، فتوای مشهور است که مطابق با مفاد یک روایت باشد.^۱

با این توضیح که، فتوا به لحاظ بحث و اختلافی که در آن شده است، بر دو قسم است:

نخست: اینکه بدانیم مستند آن فتوا خبر خاصی است که در دست ما موجود است. در اینصورت آن را شهرت عملی می‌نامند.^۲

دوم: اینکه ندانیم مستند آن چیست، که در این صورت شهرت فقط در فتوا خواهد بود؛ خواه خبری مطابق با آن شهرت وجود داشته باشد، اما مشهور به آن استناد نکرده باشد، یا استنادشان به آن معلوم نباشد. خواه اصلا حدیثی وجود نداشته باشد. مطابق با همین توضیحات بعضی از فقها این قسم از شهرت را اینگونه تعریف کرده‌اند:

«الشهرة الفتوائية: هي عبارة عن اشتها الفتوى بحکم في مسألة من المسائل مع عدم استناد المفتين بها إلى رواية إما لعدم وجودها أو لإعراضهم عنها وهذه هي التي يبحث عن حجيتها في باب حجية الأمارات وهذه الشهرة من الصفات العارضة للحکم الشرعي دون الخبر والرواية.»

شهرت فتواییه عبارت است از: مجرد مشهور بودن فتوایی در میان فقها بدون آنکه به روایتی استناد کنند؛ چه روایتی مطابق با آن وجود نداشته باشد و یا روایت خلاف فتوا باشد اما فقها به روایت مزبور استناد نکرده باشند و این قسم از شهرت همان قسمی است که در باب حجیت امارات از آن بحث می‌شود و این شهرت از صفات عارضه بر حکم شرعی است نه بر خبر و روایت.^۳

۱- علیرضا فیض، مبادی فقه و اصول (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۷)، چاپ نوزدهم) ص ۲۲۳.

۲- محمدرضا مظفر، پیشین.

۳- محمدتقی بروجردی، نهایه الافکار (تقریرات درس مرحوم آقا ضیاء الدین عراقی) (قم: موسسه النشر الاسلامی، بی تا) ج. ۵، ص ۲۰۶؛ همچنین رک: علی مشکینی اردبیلی، همان، ص: ۱۵۶.