

تأملی در تعمیم ادله جواز قضاوت بانوان به خنثی

پروانه نخعی* / احمد عابدینی** / محمد علی حیدری***

چکیده

در دین مبین اسلام، حقوق افراد از جایگاه بلندی برخوردار است. یکی از این مسائل حقوقی، که تا کنون تحقیقی مستقلی در خصوص آن صورت نگرفته است، مسأله جواز قضاوت خنثی است. مسأله قضاوت، به لحاظ شرط رجولیت، میان فقها مورد اختلاف است. این مقاله سعی دارد بنا بر فرض اعتبار، از جنبه های مختلف فقهی، اصولی و حدیثی این موضوع را مورد تحقیق قرار دهد. در طول تحقیق اثبات خواهد شد که بر اساس مبانی اصولی، قضاوت توسط خنثی، بلا اشکال است گرچه طبق مبنای بعضی از فقها دچار اشکال باشد. همچنین از نظر فقهی، ضابطه مشخصی در مورد خنثایی که الحاقش به مذکر و مؤنث مشکل است، در دست نداریم تا طبق آن نظر بدهیم، لذا ناگزیر از جستجو و کنکاش در مبانی اصولی می باشیم.

کلیدواژه: متعلقات احکام، خنثی، خنثای مشکل، ضابطه احکام خنثی

* گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

** گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران (نویسنده مسئول) Abedinia@yahoo.com

*** گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۱/۰۹ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۱۱/۲۵

۱- طرح مسأله

هر نظام فکری که به جامعه و پیشرفت آن اندیشیده است، درباره رابطه جنسیت افراد و شغل متناسب با آن نیز موضع گرفته است. بعضی از این نظام ها، بعضی مشاغل را - مانند مناصب بالای سیاسی یا نظامی - مختص مردان و بعضی را مختص زنان می دانند و بعضی دیگر تفاوتی بین این دو جنسیت از این لحاظ قائل نیستند. از بین این نظام های فکری، نظرگاه دین مبین اسلام نیز در این مورد، جایگاه خاص خود را دارد که بر اهل معرفت پوشیده نیست. اما در این میان، افرادی که برزخ بین زن و مرد بوده و به عنوان خنثی شناخته می شوند - و ما نمی توانیم وجود این افراد را نادیده بگیریم - تکلیف معلومی ندارند؛ مخصوصاً در نظام حقوقی شریعت مقدس که بنا به دیدگاه تعداد قابل توجهی از فقها در بعضی مناصب، شرط رجولیت را معتبر دانسته است این دسته در هاله ای از ابهام قرار می گیرند. یکی از این مشاغل، منصب قضاوت است که از قضا، هم جایگاه بسیار خطیری دارد و هم درباره اشتراط رجولیت در آن اختلاف نظر وجود دارد. مشهور این است که از نظر اسلام، شرط رجولیت در احراز پست قضاوت معتبر است (الخلاف/۶/۲۱۳)؛ با وجود این، تکلیف خنثی علی الخصوص فرد مشکل آن روشن نیست که آیا جواز احراز این منصب را دارد یا خیر؟ این مسأله، مانند هر مسأله حقوقی دیگر، از جنبه بار ارزش حقوقی آن حائز اهمیت بالایی است. همچنین از آنجا که محل تلاقی مبانی مختلف فقهی و اصولی در مسائل مربوط به متعلقات احکام و موصوف مدّ نظر در ابواب صفات قاضی است، از جنبه علمی نیز، مهم است و این امر، اهمیت و ضرورت پژوهش در این مسأله و امثال آن را دو چندان می کند، همچنان که خالی از فوائد عملی نیز نمی باشد. به عنوان مثال، شخصی که به لحاظ شناسنامه ای، مذکر قلمداد می شود و اتفاقاً به عنوان قاضی در استخدام قوه قضاییه است در صورتی که یکی از طرفین دعوی ادعا کند که وی قابله قاضی بوده و او خنثی و فاقد صلاحیت قضاوت است، در این مورد یا موارد مانند آن، تکلیف چیست؟ با فرض این که مدعا به اثبات برسد و قاضی خنثی باشد، تکلیف پرونده هایی

که تا به حال رسیدگی کرده یا حقوقی که از این راه به دست آورده، چه می شود؟ مقاله پیش رو کوششی است که در راستای بررسی این موضوع تهیه شده است و طی مباحث آن، سعی شده است با استفاده از مبانی اصول فقه، شقوق مختلف مسأله بررسی شود. نسبت اوصاف قاضی که در روایات متعدد و قابل توجهی به آنها اشاره شده است با افراد خنثی، مورد سنجش قرار گرفته و دست آخر، سیره اجمالی ای از برخورد فقها در رابطه با مسائل مربوط به افراد خنثی بررسی شده است.

۲- تحقیق در مسأله

احکامی که به قضاوت - به عنوان یک موضوع - تعلق می گیرند هم جنبه تکلیفی می توانند داشته باشند و هم جنبه وضعی؛ حیث فاعلی قضاوت یعنی حیث قاضی، هم متعلق احکام تکلیفی از قبیل وجوب و حرمت، و هم متعلق احکام وضعی مانند صحت و عدم صحت می باشد. و جنبه حاصل مصدری آن که همان حکم یا قضاوت قاضی باشد تنها متصف به احکام وضعی مانند صحت و عدم صحت می گردد. اما در هر صورت، قضاوت یکی از عبادات محسوب نمی شود و طبق نظریه شیخ که وضع الفاظ برای موضوع^۱ له با صفت صحت، فقط برای عبادات قابل تصور می باشد جریان نزاع صحیح و اعم^۲ برای امور غیر عبادی بی معناست. البته شیخ این نظریه را در مقابل معاملات مطرح کرده است (مطرح الانظار/۴۴/۱) اما به نظر ما، ادله مطرح شده توسط شیخ، شامل تمامی موارد اعم از احکام تکلیفی و وضعی می گردد. به عبارت دیگر، با تنقیح مناط می توان گفت که این نظریه، تمام متعلقات احکام غیر عبادی را شامل می شود.

با توجه به این نکته، می توان گفت که لفظ قضاوت، برای اعم از قضاوت صحیح وضع شده است. بنابراین تمسک به اطلاق ادله برای یافتن حکم مصادیق مشکوک آن بلامانع خواهد بود، زیرا اگر لفظ قضاوت را موضوع برای صحیح بدانیم به طور طبیعی در موارد شک^۳ در حکم یک مصداق، قادر به تمسک کردن به اطلاق

ادله نخواهیم بود (المکاسب/۱/۳۱۲). از طرف دیگر، می توان گفت: اگر ادله قائلین به جواز تصدی قضاوت توسط بانوان را مدنظر قرار دهیم، استدلالات این گروه، عمدتاً حول عدم دلیل انحصار می گردد و عین همین استدلال را در مسأله مورد تحقیق مقاله نیز می توان گفت؛ زیرا در مقدار روایاتی که بررسی شده است، دلیلی بر منع فرد خنثی نیز نداریم. اما گرچه در ظاهر امر، چنین است لیکن حق این است که این گروه نیز برای اثبات جواز قضاوت خنثی، محتاج استدلالی محکم تر هستند. اما گروهی که قائل به منع تصدی پست قضاوت توسط بانوان هستند و ذکوریت را شرط می دانند، به طریق اولی در این مسأله باید به دقت بیشتری بنشینند. به طور کلی، یا طبیعت انسان را به نحو مانعه الخلو و نیز مانعه الجمع، دائر بین مرد و زن دانسته و وجود طبیعت ثالثه ای برای انسان را ممتنع می دانیم و یا تنها مانعه الخلو می دانیم، اما مانعه الجمع نمی دانیم و یا بالعکس؛ و یا نه مانعه الخلو و نه مانعه الجمع می دانیم. به غیر از شق ثالث، هر یک از بقیه شقوق، برای خود طرفدارانی بین فقها دارد. پوشیده نیست که در مبحث جواز قضاوت توسط فرد خنثی هر یک از این اقوال با توجه به مبانی اصولی قائلین به آن سرنوشت های متفاوتی پیدا می کند.

۱-۲- قول اول

طرفداران این قول همان طور که اشاره شد، طبیعت انسان را منحصر در دو جنس مذکر و مؤنث می دانند. از ظاهر عبارات مرحوم مشکینی چنین بر می آید که قول به انحصار جنسیت انسان در مذکر و مؤنث، و عدم تصور یک طبیعت ثالثه، تحت عنوان خنثی، مختار اکثر فقهای شیعه بوده است (مصطلحات الفقه/۲۳۲). بنا بر این دیدگاه، عنوان خنثی چیزی بیش از یک عنوان ثانویه برای کسی که حقیقتاً یا مذکر و یا مؤنث است نمی باشد. به عبارت دیگر، خنثی، جنسیتی مستقل و در مقابل مذکر و مؤنث محسوب نمی شود بلکه فرد یا مؤنث است یا مذکر. علی هذا، ممکن است گفته شود

۱- برای آگاهی بیشتر از تعریف خنثی و اقسام آن، ر.ک: ماوراء الفقه/۸/۵۰۰؛ و مصطلحات الفقه/۲۳۲.

حکم وی در مسأله جواز قضاوت نیز به احکام قضاوت توسط ذکور و اناث ملحق می شود؛ یعنی اگر فرد با استفاده از امارات عرفی یا شرعی، احراز جنسیت شده و مذکر باشد، قاعدتاً قضاوت توسط وی بلا اشکال است اما اگر مؤنث باشد بسته به مبنای فقهی در باب مربوطه، اگر قائل به جواز قضاوت توسط بانوان نبودیم، قاعدتاً وی نیز حق قضاوت نخواهد داشت، و اگر قائل به جواز بودیم طبیعتاً مانعی برای قضاوت وی وجود نخواهد داشت؛ و اگر خنثای مشکل باشد؛ یعنی از طریق امارات عرفی و شرعی، احراز جنسیت نشود، از آنجا که قائل به جنسیت ثالث نیستیم، در پی چند و چون جریان اصول عملیه خواهیم رفت که شرح آن خواهد آمد. اما به نظر می رسد مسأله به همین راحتی قابل حل نباشد، بلکه قبل از چنین استدلالی، باید دید که آیا مبانی اصولی ما چنین سبر و تقسیمی را اجازه می دهد یا خیر؟ توضیح این که، یکی از مسائل حائز اهمیت و سرنوشت ساز در علم اصول فقه، این است که آیا احکام متوجه عناوین موضوعات می شوند یا متوجه معنونات آنها می شوند؟ برای روشن شدن نحوه استدلال در سطور آتی، ناگزیریم مسأله تعلق احکام به عنوانات یا معنونات را از دیدگاه اصولیان اندکی توضیح دهیم. اصولیان به بهانه های مختلف این مسأله را در نقاط متعددی از آثار خود مطرح کرده اند. یکی از مواردی که شاید بتوان گفت اکثر ایشان متعرض این مسأله شده اند مسأله اجتماع امر و نهی است. به عنوان مثال، مرحوم مظفر چنین می گوید: و القائل بالجواز لابد أن يستند في قوله إلى أحد رأيين:

- ۱- أن يرى أن العنوان بنفسه هو متعلق التكليف و لا يسرى الحكم إلى المعنون. فانطبق عنوانين على فعل واحد لا يلزم منه أن يكون ذلك الواحد متعلقاً للحكمين فلا يمتنع الاجتماع، أي اجتماع عنوان المأمور به مع عنوان المنهى عنه في واحد....
- ۲- أن يرى أن المعنون على تقدير تسليم أنه هو متعلق الحكم حقيقه لا العنوان، يكون متعدداً واقعا إذا تعدد العنوان لأن تعدد العنوان يوجب تعدد المعنون بالنظر الدقيق الفلسفي...»، و سپس می گوید: و اما القائل بالامتناع فلا بد أن يذهب إلى أن الحكم يسرى من العنوان إلى المعنون و أن تعدد العنوان لا يوجب تعدد المعنون (اصول الفقه/۲

(۲۲۷)؛ توضیح این که، برای هر موضوعی که حکم به آن تعلق می‌گیرد یک عنوان و یک معنوی برای آن داریم. عنوان، مفهومی انتزاعی است که از افراد آن انتزاع می‌کنیم که یک مفهوم ثابت و لایتغیر است و بنفسه در خارج وجود ندارد، زیرا اینگونه مفاهیم با وصف کلیت مدنظر هستند که همان کلی عقلی می‌شود و لاجرم در خارج، فرد ندارد گرچه مصداق می‌تواند داشته باشد. اما معنوی عبارت است از همان کلی طبیعی یا همان مصداق عنوان که در خارج محقق هستند. به عنوان مثال، مفهوم کلی انسان که در ذهن - و نه در خارج - موجود است عنوان، و مصداق آن که در خارج موجود است معنویات آن هستند.

با توجه به این توضیح مختصر در باب عنوان و معنوی، اکنون به اصل مسأله باز می‌گردیم: اگر قائل شویم به این که، احکام بر عناوین موضوعات بار می‌شوند نه بر معنویات، آنگاه حتی طبق دیدگاه نخست که جنسیت انسان، به نحو مانعه الخلو و نیز مانعه الجمع، یا مذکر است یا مؤنث، منجر به این نمی‌شود که ما احکام خنثی را نیز ملحق به مذکر یا مؤنث بدانیم. توضیح آن که، گرچه ممکن است خنثی به لحاظ واقع و عالم خارج، جنس ثالثی برای انسان نباشد و مآلاً خنثی نیز یا مذکر باشد یا مؤنث، اما شکی نیست که عنوان خنثی و مفهوم آن اولاً - برای کسی که دارای هر دو آلت تناسلی می‌باشد عرفاً ثابت است و انکار آن مکابره محسوب می‌شود؛ ثانیاً - خنثی، عنوان و مفهوم مستقل و در مقابل عنوان و مفهوم مذکر و مؤنث می‌باشد و ذهن ما این مفاهیم و این عناوین را از یکدیگر تفکیک می‌نماید. بنابراین، اگر عناوین موضوعات را متعلق احکام خمس بدانیم، چاره‌ای نداریم جز این که بگوئیم ادله جواز قضاوت ذکور، و نیز ادله جواز قضاوت اناث - در صورت قائل شدن به آن - شامل عنوان خنثی نشده و عنوان خنثی، محتاج دلیل مستقلاً می‌باشد. مگر آن که از ادله چنین بر بیاید که حکم قضاوت، از شئون انسان می‌باشد نه از شئون جنس خاصی از انسان. به عبارت دیگر، اگر عناوین متعلق در ادله مورد بحث، به گونه‌ای باشد که نسبت به عناوین جنسیتی انسان، اطلاق یا عموم داشته و با توجه به این که ما لفظ قضاوت و مانند

آن را موضوع برای اعمّ می دانیم، می توان از اطلاق ادله مذکور برای اثبات جواز استفاده نمود، اما اگر عناوین به گونه ای باشند که نسبت به عناوین جنسیتی، اطلاق نداشته باشند، محتاج دلیل دیگری خواهیم بود.

بنابراین، آن چه که سرنوشت مسأله را تعیین می کند، اثبات اطلاق یا عموم در متعلّق حکم جواز در ادله است. برای روشن شدن تکلیف این مسأله، ابتدا صفات برشمرده شده برای یک قاضی در روایات را باید بررسی کرد تا از رهگذر صفات، به چستی موصوف پی ببریم: از مجموع روایاتی که در باب صفات القاضی از کتاب قضاوت وسائل الشیعه آمده است این صفات به طور قطعی - با صرف نظر از بررسی های سندی - برای قاضی برداشت می شود: اول: منتسب نبودن به حکومت طاغوت (وسائل الشیعه/۳/۱۸)، دوم: عالم به احکام دین بودن (همان/۱۸/۱۸)، سوم: عدالت (همان/۱۸/۷۵)، چهارم: صداقت در حدیث (همان)، پنجم: ورع بودن (همان). در این میان، صفت رجولیت نیز از بعضی از احادیث مانند همین حدیث اول از باب ۹ از ابواب صفات القاضی به طور ظنی برداشت می شود، اما باید دقت کرد که آیا لفظ «رجل» به عنوان یک قید احترازی استعمال شده است - البته با قطع نظر از این که قید رجولیت در بعضی از این دسته از احادیث، از طرف سؤال کننده مطرح شده است و امام نیز در برابر آن سکوت کرده اند که به معنای تقریر معصوم می باشد و در جای خود در علم اصول گفته شده است که تقریر معصوم، نهایتاً جواز به معنای عدم منع را می رساند، نه وجوب را - و یا این که به عنوان یک لفظ شایع در لغت عرب که از آن در موارد جایگاه لفظ انسان نیز استفاده می شده است؟ تتبع در احادیث چنین نشان می دهد که احتمال دوم بعید نیست. به عنوان مثال، به دو حدیث ذیل توجه کنید:

حدیث اول - عن علیّ علیه السلام فی خطبه له قال: و انما الناس رجلاّن؛ متبع شرعه و مبتدع بدعه لیس معه من الله برهان سنّه و لا ضیاء حجّه: مردم بر دو صفت اند: پیرو قانون شرع، یا بدعت گذار و پیرو بدعت که با او هیچ قانونی و روشنایی دلیل از خداوند وجود ندارد (همان/۹۷).

حدیث دوم- عن الاصبغ بن نباته عن امیرالمومنین علیه السلام فی حدیث أنّه سئل عن اختلاف الشیعه فقال إنّ دین الله لا یعرف بالرجال بل بآیه الحقّ فأعرف الحقّ تعرف أهله ... الحدیث: از علی (ع) در باره اختلاف شیعه سؤال شد، پس فرمودند: دین خدا به شخصیت و موقعیت افراد شناخته نمی شود، بلکه به علامت و نشانه حقّ شناخته می گردد. حقّ را بشناس، اهلش را خواهی شناخت (همان).

پیداست که در این دو حدیث شریف به هیچ عنوان نمی توان حتی احتمال داد که لفظ رجلان یا رجال به عنوان قیود احترازی استعمال شده باشند، چه آن که در صورت چنین استعمالی، معنای حدیث اول این می شود که مردم دو گونه مذکر هستند که فساد چنین معنایی کالتار علی المنار است. در حدیث دوم نیز اگر قید رجال احترازی باشد معنایش این است که دین خداوند با مردان شناخته نمی شود اما با زنان شناخته می شود که با قطع نظر از فساد آشکار چنین معنایی، حدیث، صدرأ و ذیلاً دچار تهافت می شود.^۱

با توجه به این احتمال که از مرور نوع استعمالات لفظ رجل و مشتقات آن در روایات به دست می آید، نمی توان به ضرس قاطع و به صیرف این که لفظ رجل به عنوان متعلّق صفات قاضی در بعضی روایات به چشم می خورد آن را یک قید احترازی دانست، زیرا احتمال مخالف آن یک احتمال عقلانی است و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال. علاوه بر این، ما روایاتی داریم که در آن، برای بیان متعلّق صفات قاضی در کلام معصوم، الفاضلی به کار برده شده است که خالی از هرگونه جنسیت می باشد. به روایت ذیل دقت کنید: عن عمر بن حنظله قال: سألت ابا عبدالله علیه السلام عن رجلین من اصحابنا بینهما منازعه فی دین أو میراث فتحاكما الی السلطان و الی القضاة أ یحلّ

۱- برای مثال های بیشتر می توانید به حدیث ۲۹ از باب ۱۱ از ابواب صفات القاضی صفحه ۱۰۶ نیز به حدیث ۲۲ از باب ۱۳ ص ۱۳۵ و روایت ۳۸ از همین باب رجوع کنید. که در همه این روایات، لفظ رجل یا مشتقات آن، استعمال شده است اما در هیچ کدام اراده جنسیت مذکر نشده، بلکه اراده انسان شده است.

ذلک؟ ... قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكماً فأتى قد جعلته عليكم حاكماً... الحديث. (همان/۹۹)^۱

از مجموع این صفات، آن چه به دست می آید این است که ذکوریت به عنوان یک شرط در روایات مطرح نیست بلکه شرایط قاضی، همان اموری است که در فوق به آنها اشاره شده است. شرایطی هم که توسط علمای شیعه در کتب اصولی و فقهی به آنها اشاره شده است با قطع نظر از شرط رجولیت که اختلافی است، بقیه شروط، تفصیل همین موارد فوق است و از میان آنها، آن چه بیش از همه، هم در روایات و هم در کتب علمای شیعه به آن تأکید شده و برای آن اقسام مختلف، و قیدهای گوناگون ذکر شده است شرط «علم» است. اگر چنین باشد و قضاوت از شئون انسان بما هو رجل نباشد بلکه از شئون انسان بما هو انسان باشد، آنگاه از ناحیه جنسیت انسان، یک نحو عموم و اطلاق به دست می آید. اکنون که عمومیت و اطلاق متعلق اثبات شد، به ادامه بررسی قول اول باز می گردیم: گفتیم که در قول اول، با این که معنونات انسان، منحصر در دو جنس است اما عنوانات آنها با یکدیگر مابین هستند و هر یک از عناوین جنسیتی با عنوان دیگری متفاوت است. بنابراین، در معنونات دو فرد مذکر و مؤنث بیشتر مطرح نیست اما در صورتی که در متعلق احکام، عنوانی باشیم، امر دائر بین سه فرد - یعنی مذکر، مؤنث و خنثی - می باشد. اما در اینجا یک نکته را باید مورد دقت قرار داد و آن این که با توجه به متعلق بودن عنوان - نه معنونات - در این قول، و نیز انحصار انسان در جنسیت مذکر و مؤنث، آیا می توان عنوان خنثی را مصداق عنوان انسان دانست تا در صورت مثبت بودن پاسخ، بگوییم اطلاق موضوع که انسان بما هو انسان باشد هر سه را فرا می گیرد؟ گرچه ممکن است در ابتدای امر، از این مطلب استیحا ش داشته باشیم، اما لازمه منطقی این مبانی آن است که در صورت قول به انحصار جنسیت در دو مورد، مورد سوم نمی تواند مصداق برای عنوان منحصر شده

۱- نیز برای مثال بیشتر می توانید به ح ۱۸ از باب ۱۲ از ابواب صفات القاضی ص ۱۱۶ رجوع کنید.

باشد؛ بنابراین در صورت عنوانی بودن متعلقات احکام، نمی توان گفت ادله مورد نظر، شامل عنوان خثی نیز می شود. نهایت این که شمولیت عنوان انسان نسبت به عنوان خثی در این قول، مشکوک خواهد بود که در این صورت، تمسک به عموم در این مورد، از باب تمسک به عام در شبهه مصداقیه می باشد که از نظر اصولی، تمسکی باطل می باشد. اما در صورتی که معنوی باشیم، آنگاه طبق قول اول، دو فرد مذکر و مؤنث بیشتر نداریم و خثی نیز یک فرد مستقل و جنسیتی در عرض دو جنسیت دیگر محسوب نمی شود تا در شمولیت انسان نسبت به آن دچار شک و تردید شویم و خثی مآلاً به یکی از دو جنسیت مذکر و مؤنث ملحق می شود. در این صورت، خثی یا مذکر است یا مؤنث؛ اگر مذکر باشد که به راحتی مشمول ادله جواز می شود و اگر مؤنث باشد باز هم با توجه به ادله ای که در محل خود بیان شده است مشمول این ادله می گردد. البته تنها خثی مشکل ممکن است در این مورد، تأمل برانگیز باشد که با توجه به توضیحات فوق، برطرف خواهد شد.

۲-۲- قول دوم

قائلین این قول می گویند خثی - در صورتی که هم آلت رجولیت و هم آلت انائیت در او وجود داشته باشد - می تواند هم مذکر باشد و هم مؤنث، اما موردی که انسان نه مذکر باشد و نه مؤنث، نداریم. فقهایمانند مرحوم مشکینی از قائلین به این قول بوده اند (مصطلحات الفقه/۲۳۲). همچنین گرچه از صدر عبارات صاحب عروه، چنین بر می آید که خثی و ممسوح، نه مذکر و نه مؤنث و نه یک طبیعت ثالثه محسوب می شوند اما در انتها، عباراتی دارند که میل به قول به طبیعت ثالثه بودن خثی از آن استنباط می شود. (یزدی/ حاشیه المکاسب/۱/۱۶). در هر صورت، در این دیدگاه، یک طبیعت ثالثه ای برای انسان در نظر می گیریم که در کنار مذکر و مؤنث، طبیعتی است که حاصل اجتماع این دو طبیعت در یک فرد می باشد. طبق این دیدگاه، و بر مبنای متعلق بودن

۱- برای تفصیل و آگاهی از اقوال در باب تمسک به عام در شبهه مصداقیه، ر.ک: فوائد الاصول/۲/۵۲۵.

عنوانات، از آنجا که بر خلاف دیدگاه اول، وجود طبیعت ثالثه، برای انسان مفروض دانسته شده است به طور طبیعی، عنوان انسان شامل هر سه طبیعت می شود، می توان از اطلاق ادله استفاده نمود و حکم به جواز قضاوت خنثی داد. اما از آنجا که ملاک قائلین به وجود طبیعت ثالثه، وجود آلت رجولیت و اناتیت با هم در یک فرد می باشد، طبیعتاً در خنثای مشکل که فاقد هر دو آلت می باشد به مشکل بر می خورند. چنین شخصی به لحاظ عنوانی، نه مذکر است و نه مؤنث و نه آن طبیعتی که حاصل اجتماع هر دو جنسیت بود. بنابراین، یا باید همان طریق معهود در شق اول از قول اول را در اینجا هم طی کرد؛ یعنی بگوئیم از آنجا که قائل به انحصار طبایع جنسیه انسان در سه گونه شده ایم لذا عنوان خنثی مشکل، مصداق عنوان انسان نمی باشد و عموم ادله شامل آن نمی شود؛ و یا بگوئیم در مصداقیت آن دچار شک و تردید هستیم و به دلیل محذور بطلان تمسک به عام در شبهه مصداقیه، از استفاده کردن از عموم عناوین محروم هستیم و یا باید قائل به وجود طبیعت رابعه ای برای انسان باشیم که در این صورت، از فرض قول دوم خارج شده ایم. و اما اگر متعلقات احکام را معنونات بدانیم، نیز به سهولت، عموم ادله، شامل تمامی معنونات انسان چه مذکر چه مؤنث و چه طبیعت حاصل از اجتماع آن دو می شود؛ اما باز هم در خنثی مشکل با مشکل روبرو خواهیم شد که حل این مشکل در آینده خواهد آمد.

۳-۲- قول چهارم

با قطع نظر از قول سوم به قول چهارم می پردازیم. در این دیدگاه انسان می تواند مذکر باشد، مؤنث باشد، هیچ کدام نباشد و نیز می تواند هر دو باشد. بنابراین از آنجا که تمامی این موارد را مصداق انسان می دانیم چه عنوانی باشیم چه معنونی باشیم، تفاوتی نمی کند و عموم متعلقات ادله، شامل همه اینها می شود و به راحتی می توان حکم به جواز قضاوت خنثی داد.

۴-۲- بررسی جریان اصول عملیه در مسأله

تا اینجا مسأله را از جهت قول به عنوان و یا معنون بودن متعلقات احکام بررسی کردیم. اما لابلای فروضات مطرح شده در فوق، در چند مورد بود که دیدیم خثی مشکل به دلیل آن که نمی توانیم جنسیتش را احراز کنیم وضعیتی مبهمی دارد. فقها در این مورد - یعنی در مورد خثی مشکل - به اصول عملیه رجوع می کنند. به عنوان مثال، مرحوم خوئی در حاشیه خود بر مکاسب چنین می گوید: «فقها در این که خثی از صنف ذکور است یا زنان و یا راساً صنف ثالثی است، دچار اختلاف نظر شده اند. و آن چه که مرحوم شیخ انصاری در باب وجوب ترک زینت های مختص مردان و زنان بر خثی گفته است مبنی بر این است که خثی را لامحاله به یکی از دو صنف ذکور و اناث ملحق بدانیم. اما اگر به فرض سوم قائل شویم، اصالت برائت نسبت به تکالیفی که مختص مردان و زنان است جاری می شود» (مصباح الفقه/۲۱۱/۱). نیز صاحب عروه در حاشیه خود بر مکاسب چنین می گوید: آن چه شیخ انصاری در باب وجوب احتیاط گفته است مبنی بر این است که خثی در یکی از دو صنف مردان و زنان داخل باشد. در غیر این صورت، و با عدم الحاق خثی به یکی از دو صنف مذکور، مقتضای قاعده، جریان اصل برائت است الا نسبت به احکامی که موضوع آنها انسان بما هو انسان می باشد (یزدی/حاشیه مکاسب/۱۶/۱). پیداست در صورتی که به هر دلیلی که نتوانیم از امارات و امتیازات آن مانند عمومیت و اطلاق استفاده کنیم ناچار به سراغ اصول عملیه می رویم. به طور کلی، ما با چهار اصل عملی برائت، اشتغال، استصحاب و تخییر مواجه هستیم و هر یک از این چهار اصل، مجرای خاص خود را دارند. بنابراین، باید مجاری این اصول را بشناسیم تا بدانیم آیا بر موضوع ما قابل انطباقی باشد یا نه؟ مرحوم شیخ در ابتدای کتاب فرائد خود، قبل از ورود به مباحث مربوط به قطع، بیانی در باب مجاری اصول عملیه دارند که ظاهر عبارات آن با عبارات دیگر ایشان در بیان مجاری اصول در ابتدای مقصد ثالث که در باب شک است کمی متفاوت می باشد. طبیعتاً ما از بین این دو، آن که متأخرتر است را به عنوان نظریه مختار شیخ بر می گیریم. بر اساس این گفتار، مجاری اصول چنین خواهد بود: استصحاب در موردی جاری می شود که

مشکوک، حالت سابقه ملحوظه داشته باشد. تخییر در موردی است که مشکوک، حالت سابقه ملحوظه نداشته باشد و احتیاط نیز در مورد آن ممتنع باشد. احتیاط در موردی است که مشکوک، حالت سابقه ملحوظه نداشته و احتیاط در مورد آن ممکن باشد و دلیل عقلی یا نقلی که دالّ بر ثبوت عقوبت در صورت عدم اصابت با واقع داشته باشد در دست داشته باشیم. برائت در موردی است که مشکوک، حالت سابقه ملحوظه نداشته باشد و احتیاط نیز در مورد آن ممکن باشد، اما دلیلی بر ثبوت عقوبت در صورت عدم اصابت با واقع نداشته باشیم. از همین ابتدا می توان به راحتی اصل تخییر را کنار گذاشت. زیرا مسأله جواز قضاوت خنثی، یا مجرای استصحاب خواهد بود که در این صورت، نوبت به سه اصل دیگر نمی رسد و یا مجرای استصحاب نخواهد بود. در این صورت، باید دقت داشته باشیم که قضاوت خنثی امری نیست که احتیاط در آن ممکن نباشد. بنابراین به بررسی سه اصل دیگر می پردازیم:

۱-۴-۲- جریان استصحاب

برای جریان استصحاب، ارکان مختلفی ذکر کرده اند. شاید بتوان گفت خلاصه ترین و جامع ترین عبارت برای بیان آن ارکان، عبارت صاحب کفایه می باشد. مرحوم آخوند در فصل استصحاب، چنین می گوید: «و کیف کان، فقد ظهر ممّا ذکرنا فی تعریفه اعتبار امرین فی مورده: القطع بثبوت شیء و الشکّ فی بقاءه و لایکاد یکون الشکّ فی البقاء الا مع اتّحاد القضیه المشکوکه و المتیقّنه بحسب الموضوع و المحمول» (کفایه الاصول/۳۸۵)؛ بنابراین، اگر بخواهیم در ما نحن فیه، استصحاب را جاری کنیم باید این دو رکن را احراز کنیم. با کمی دقت معلوم می شود که ما رکن اول را در این مسأله نداریم. یعنی ما یقین به ثبوت جواز قضاوت توسط خنثی نداریم که اکنون شکّ در بقاء آن داشته باشیم، لذا استصحاب در آن جاری نمی شود. البته ممکن است که کسی بگوید قبل از شریعت اسلام، در امر قضاوت، جنسیت خاصی به عنوان شرط قاضی مطرح نبوده است و اکنون شکّ در بقاء این اطلاق داریم و پس از فحص ادله، موردی که صلاحیت تقیید آن را داشته باشد به دست نیاوردیم. علی هذا می توانیم

استصحاب آن اطلاق جنسیت را داشته باشیم. اما حقّ این است که چنین استصحابی جای تأمل دارد. زیرا اولاً ثبوت جواز قضاوت خثی در شرایط گذشته بر ما ثابت نیست تا آن را استصحاب کنیم و اگر مستند جواز، سیره امم سالفه باشد، باز هم ثبوت چنین سیره ای ثابت نیست و اگر مستند جواز، حکم عقل به عدم تفاوت بین طبایع جنسی مختلف انسانی باشد و به عبارت دیگر، بگوئیم دلیل مثبت مستصحب ما عقل است، در این صورت باید گفت باز هم استصحاب جاری نمی شود، زیرا شرط جریان استصحاب بقاء مستصحب - یعنی جواز قضاوت خثی مستحب می باشد - است و شکّ در بقاء حکم عقلی، به شکّ در بقاء موضوع می انجامد.^۱ بنابراین، جریان استصحاب در این مسأله محلّ تردید جدّی است.

۲-۴-۲- جریان احتیاط

گفتیم که مجرای احتیاط، جایی است که مشکوک، حالت سابقه ملحوظه نداشته و احتیاط در آن نیز ممکن باشد، و مؤمنی از عقاب هم در صورت عدم اصابت با واقع نداشته باشیم. این در صورتی اتفاق خواهد افتاد که ما علم اجمالی منجزی داشته باشیم که مخالفت با آن عقوبت در پی داشته باشد و به عبارت دیگر، به دلیل احتراز از عقوبت و تأمین مؤمن، ناگزیر از احتیاط باشیم. در اقوالی که در باب طبایع جنسی گذشت، مشاهده کردید که بنا بر بعضی از آنها، خثی یک طبیعت ثالثه ای نمی باشد بلکه صرفاً یک عنوان ثانویه ای است برای فردی که حقیقتاً یا مذکر است یا مؤنث. نیز گفته شد در صورتی که از طرفی معنونی باشیم و از طرفی قضاوت را تنها برای افراد ذکور مجاز بدانیم، در مورد خثی مشکل با مشکل مواجه خواهیم شد. زیرا نمی دانیم حقیقتاً مذکر است تا برای او قضاوت مجاز باشد، یا مؤنث است تا قضاوت برای او ممنوع باشد. از طرفی، طبق این دیدگاه، علم به حرمت قضاوت بانوان داریم منتهی

۱- برای تفصیل بیشتر در مورد جریان استصحاب در مستصحباتی که با عقل اثبات شده اند؛ رک: فرائد

تردید از ناحیه موضوع می باشد و به عبارت دیگر، این فرض از باب شبهه محصوره خواهد بود که حکم آن احتیاط می باشد. بنابراین در این فرض، خنثی نمی تواند متصدی منصب قضاوت شود. اما اگر خنثی را طبیعت ثالثه ای در نظر بگیریم و همچنین از طرف دیگر، قضاوت را منحصر در افراد ذکور ندانیم، از آنجا که علم اجمالی نداریم تا مثبت عقاب در صورت عدم مصادفت با واقع باشد، اصل احتیاط جاری نگشته و تصدی قضاوت توسط خنثی از این حیث بلا اشکال است. همچنین اگر خنثی را طبیعت ثالثه دانستیم و وی را چنین تعریف کردیم که «من له آله الرجولیه و الانائیه معا»، در شخصی که فاقد هر دوی آنها باشد دچار مشکل می شدیم. در اینجا نیز یا ادله جواز قضاوت را تنها متوجه افراد ذکور می دانیم یا خیر. در این صورت، و با توضیحاتی که داده شد، جریان احتیاط در فرض اول و عدم جریان آن در فرض دوم روشن است. بنابراین، در بین اقوال و فروض مطرح شده، کسانی که قضاوت را منحصر در افراد ذکور می دانند، قاعدتاً با توجه به جریان اصل احتیاط نسبت به افراد خنثی ای که ذکوریتشان قابل احراز نیست حکم به عدم جواز قضاوت ایشان باید بدهند و نوبت به اصل براءت نمی رسد.

۳-۴-۲- جریان براءت

در باقی فروض، از آنجا که حصر اصول عملیه چهارگانه فوق در موارد مشکوک، عقلی است نه استقرائی (همان/۳۱۰/۱)، اصل دیگری نیست تا جاری شود و بنابراین، اصل براءت باید جاری گردد. براءت نیز نسبت به خود قضاوت جاری نمی شود تا اشکال شود که متعلق براءت یا تکلیف است یا حق غیر؛ و قضاوت نه تکلیف است و نه حق غیر. زیرا در این موارد، امر دائر بین جریان احتیاط و براءت است و براءت نسبت به احتیاط که یک حکم تکلیفی است جاری می شود، نه نسبت به خود قضاوت. گذشته از این مطلب، قضاوت از آنجا که یکی از مصادیق بارز اقامه قسط و عدل و امر به معروف و نهی از منکر می باشد نیز تکلیف و غایه الامر، مقدمه تکلیف است. گرچه در این صورت، تعلق براءت به خود قضاوت، مثبت مدعای ما نمی باشد؛ زیرا براءت،

رافع تکلیف است نه مثبت آن!! و برائت نسبت به قضاوت به عنوان تکلیف، به معنای عدم وجوب تصدی پست قضاوت توسط فرد است نه به معنای مثبت جواز احراز آن. اما همان طور که گفته شد برائت نسبت به احتیاط جاری می شود، نه خود قضاوت تا چنین اشکالاتی پیش بیاید.

۵-۲- سیره فقها در برخورد با مسائل مرتبط با خنثی

تا اینجا، ادله جواز قضاوت خنثی از حیث مبانی اصولی مورد بحث قرار داده شد اما فارغ از این مطالب، آیا دلیلی از سیره فقها در برخورد با مسائل مربوط به خنثی در دست داریم؟ فقها معمولاً در ابواب مختلفی به بحث از احکام خنثی پرداخته اند، از جمله ابواب طهاره، صلاه، حج، جهاد، نکاح، ارث، حدود و دیات و قصاص. پیداست که بررسی مفصل و ریشه ای آراء فقها در این ابواب، خارج از حوصله این تحقیق است اما با این وجود، ناگزیر از بررسی آن به صورت اجمالی می باشیم: شهید ثانی در کتاب حدود، در باب حد ارتداد، پس از عبارت شهید اول در مورد عدم جواز قتل زن مرتد، می گوید: خنثی نیز به زن ملحق می شود (الروضه البیهه/۳۰/۸). گرچه بعد از آن با تمسک به عموم روایت نبوی در مورد حکم قتل مرتد، احتمال الحاق به مذکر را تقویت می کند اما سرانجام همان قول الحاق به مؤنث را اختیار می کند. نیز در کتاب میراث در باب موانع ارث، وقتی به بحث حجب می پردازد در یکی از فروضات، باز خنثی را به مؤنث ملحق می کند (همان/۶۲/۸). اما در باب میراث خنثی، پس از آن که احکام ارث خنثای واضح را بیان می کند، به خنثی مشکل می پردازد و پس از نقل اقوال، انحصار طبیعت جنسی انسان در دو مورد مذکر و مؤنث را انکار کرده و احتمال وجود طبیعت ثالثه ای را نیز می دهد (همان/۱۹۳/۸). سپس از مشهور فقها نقل می کند که در باب میراث خنثی مشکل، به نصف نصیبین (نصف میراث مرد و نصف میراث زن) رأی داده اند. چنین رأیی ممکن است به دلیل احتیاط فقها باشد و از آنجا که هم احتمال مرد بودن و هم احتمال زن بودن وجود دارد، و نمی توان یکی از دو احتمال را کنار گذاشت و نمی توان بالمره وی را از ارث محروم کرد لذا به نصف از هر نصیب برای وی حکم داده

اند. منشأ این رأی، همان طور که واضح است، قول به انحصار طبیعت جنسی در دو مورد به نحو مانع الجمع است. اما شهید چنین دلیلی را برای رأی مشهور انکار کرده و دلیل دیگری برای آن بیان می کند. همچنین باز در کتاب حدود، وقتی شهید اول به بیان تعریف زنا می پردازد، آن را ایلاج عاقل بالغ، در فرج امرأه می داند، و شهید ثانی به این تعریف اشکالاتی می گیرد. از جمله این که ایلاج عاقل بالغ، شامل موردی که مولج، خنثی باشد و به قدر حشفه ایلاج صورت پذیرد نیز می شود در حالی که زنا در موردی که مولج، خنثی باشد محقق نمی شود، زیرا احتمال دارد ذکر خنثی، آلتی زیاده باشد (همان/۲۴/۹). بنابراین باز هم در این مورد، می توان چنین استنباط کرد که خنثی، به عنوان طبیعت ثالثه ای مطرح شده است؛ چه اگر الحاق وی به مذکر، ممکن باشد، شهید ثانی نباید احتمال زیاده بودن ذکر را بدهد و اگر الحاق وی به مؤنث ممکن باشد جای طرح چنین اشکالی نیست، زیرا واضح است که در زنا طرفین نمی توانند مؤنث باشند. این اشکال تنها در صورتی مقبول خواهد بود که خنثی را طبیعت ثالثه بدانیم. همچنین در باب احکام وطی بهمیه، احکامی از قبیل پرداخت خسارت و تعیین مالک بهمیه موطوئه و مانند آن مطرح می شود. این احکام زمانی جاری می شود که شخص وطی کننده، شرایطی داشته باشد. شهید ثانی در این باب می گوید که وطی کننده اگر خنثی باشد، احکام مذکور بر آن مترتب نمی شود (همان/۳۲۰/۹). این فتوی اعمّ از آن است که خنثی را در حکم زن بدانیم یا در حکم طبیعت ثالثه. علامه حلی در باب جهاد، افرادی که جهاد بر ایشان واجب نیست را می شمارد و یکی از این افراد را خنثی مشکل می داند (جامع المقاصد/۳۶۸/۳). این فتوی نیز اعمّ از این است که خنثی را در حکم زن بدانیم یا طبیعت ثالثه قلمداد کنیم. نیز اعمّ از این است انسان را در دو طبیعت جنسی مذکر و مؤنث منحصر کنیم یا نه. همین طور در همین باب جهاد، می گوید: «کشتن مجانین و کودکان و زنان هر چند که کمک کار لشگر دشمن باشند جایز نیست. کشتن شیخ فانی و خنثی مشکل نیز جائز نیست» (همان/۳۸۵). این حکم نیز از نظر احتمالات مانند قبلی است. نیز در باب انواع شهادت و آن چه با آن اثبات می شود می گوید هر جا که

شهادت زن به تنهایی کافی بود و نیاز به شهادت مرد یا سوگند نداشت، حداقل تعداد شاهدین باید چهار تا باشد و کمی بعد نیز می گوید به وسیله ی شهادت خنثی در صورتی که کمتر از چهار نفر باشند چیزی ثابت نمی شود (قواعد الاحکام/۳/۵۰۰). معنای این دو حکم، الحاق خنثی به جنس مؤنث در باب شهادات است. همچنین در باب حدود می گوید در صورتی که مردی فرد خنثی مشکلی را به قتل برساند، به قصاص آن کشته نمی شود مگر بعد از آن که یک چهارم دیه اش را به وی پرداخت کنند (همان/۳/۵۹۶)، که باز هم این حکم از باب عدم الحاق خنثی به مذکر است. امام خمینی (ره) نیز در باب میراث، سهم ارث خنثی مشکل را نصف از نصیبین می داند که تحلیل آن در کلام شهید ثانی گذشت (تحریر الوسیله/۲/۴۰۰). نیز در باب حدود، در تعریف زنا همان کلام شهید ثانی را مطرح کرده و می گوید که زنا با دخول ذکر غیر اصلی خنثی محقق نمی شود (همان/۲/۴۵۵). نحوه عبارت امام با عبارت شهید، تفاوت های ریزی دارد که منجر می شود در فروعات فقهی مربوط به مسأله زنا، اختلافاتی پیدا کنند، اما بررسی این تفاوت ها خارج از موضوع مسأله ما می باشد. نیز در تحریر الوسیله می گوید که مرد و زن در قصاص و دیات برابر یکدیگر هستند تا جایی که دیه به ثلث دیه یک مرد حرّ برسد، اما وقتی به ثلث دیه مرد حرّ برسد، مرد می تواند زن را بدون ردّ ما به التفاوت دیه، قصاص کند، اما زن اگر بخواهد مرد را قصاص کند باید مقدار ما به التفاوت دیه مرد آزاد را بپردازد. سپس می گوید که در این حکم، خنثی مشکل به زن ملحق نمی شود (همان/۲/۵۵۹). معنای این حکم آن است که یا خنثی مشکل را ملحق به مرد می دانیم و یا آن را طبیعت ثالثه محسوب می کنیم که صد البته، احتمال دوم اقوی است. صاحب عروه در فصل «فی قضاء الولیّ» می گوید: بر ولیّ میّت واجب است که عهده دار امور وی مانند قضاء صلوات وی یا قضاء صیام وی شود. سپس می گوید که ولیّ میّت، همان فرزند ذکور ارشد میّت است، و بعد از آن می گوید که اگر فرزند ارشد، خنثی باشد ولیّ محسوب نمی شود (العروه الوثقی/۱/۴۱۸). فقهای دیگر ذیل این عبارت، حواشی زده اند که به بعضی از آنها اشاره می کنیم. مرحوم اشتهاودی،

ذیل این مسأله، شقوقی را برای آن فرض کرده و گفته اند که در فرض مسأله، اگر فرزند مذکر اصغری باشد، آن گاه دو فرض در پیش رو داریم. فرض اول این است که برای تولیت عنوان اکبریت را کافی می دانیم و فرض دوم این است که عنوانی مرکب از اکبریت و ذکوریت را لازم می دانیم. در فرض اول که روشن است ولد اکبر خنثی، ولی می شود اما در فرض دوم می گویند از آنجا که اثباتاً نمی توان احراز جنسیت آن را تحصیل نمود- گرچه ممکن است ثبوتاً مذکر باشد- لذا نمی تواند ولی شود. (مدارک العروه/۱۶/۳۴۸). نیز مرحوم خوئی می گوید: اگر خنثی بعد موت پدرش به بلوغ برسد بر وی واجب است تا صلوات و صیام قضاء پدرش را بجا آورد (العروه الوثقی مع التعليقات/۱/۶۴۴). مستند این حکم ظاهراً آن است که خنثی اگر قبل از موت پدرش به بلوغ برسد، ولی، فرزند ذکور اصغر می شود، نه وی؛ و اما اگر خنثی بعد از موت پدرش به بلوغ برسد، از آنجا که به تعلق احکام و تکالیف یکی از دو جنس مذکر یا مؤنث بر ذمه اش علم اجمالی دارد، لذا باید جانب احتیاط را مراعات کرده و قضاء صلوات و صیام پدرش را بجا آورد. این حکم همان گونه که روشن است بر عدم قول به طبیعت ثالثه دلالت دارد. برخی نیز با احوط دانستن تولیت ولد ذکور اصغر، در واقع همان رأی مرحوم صاحب عروه را تقویت می کنند (همان). مرحوم حکیم نیز در حاشیه خود می گوید: ولی شدن ولد ذکور اصغر، اقوی است؛ غایه الامر می گوئیم ادله وجوب قضاء را مختصّ ولد اکبر می دانند به شرط ذکوریت، در حالی که اصل، عدم ذکر اکبر است. سپس می افزاید که اگر اصالت برائت را نسبت به احکام مردّد بین رجال و نساء- که به علم اجمالی یکی از آن دو یقیناً به ذمه خنثی متعلّق گشته اند- جاری نمی کردیم حکم به وجوب احتیاط می دادیم (مستمسک العروه/۷/۱۴۷). این رأی نیز حاکی از انحصار طبایع در دو فرد مذکر و مؤنث می باشد، اما به طور کلی، خنثی را نه به مردان و نه به زنان، ملحق نمی کند. علت این دیدگاه نیز تفاوت گذاشتن بین ثبوت و اثبات است. سبزواری نیز در حاشیه خود، قول به طبیعت ثالثه را مطرح می کند اما آن را ردّ نمی کند (مهذب الاحکام/۷/۳۶۶). مرحوم حائری نیز می گوید بر هیچ یک از اکبر و اصغر

در فرض مذکور، واجب نیست (العروه الوثقی/۱۰۴/۳). پیشتر نیز به آراء مرحوم خوئی و مرحوم یزدی در باب حرمت زینت خثی به اموری که مختص هر یک از جنس های مذکر و مؤنث است اشاره داشتیم و گفتیم که در مورد خثی مشکل، این دو فقیه قائل به اجرای براءت هستند. از بررسی اجمالی آراء فقها در مسائل مربوط به خثی پیداست که ایشان ضابطه مشخصی که در همه ابواب بتوان از آن استفاده کرد برای تشخیص احکام مربوط به خثی مشکل ندارند، بلکه به فراخور هر موضوعی و حکمی، و با در نظر گرفتن مقتضیات آن مسأله، جانب حکم متفاوتی را گرفته اند. بنابراین سیره مشخصی از فقها به دست نمی آید تا بتوان آن را مبنا قرار داد و در هر مسأله ای باید به کنکاش خاص در همان مورد پرداخت.

نتیجه گیری

با توجه به اصول مقرر در علم اصول فقه که در مقاله بررسی شد، دریافتیم که خثی در بعضی از اقوال، جواز قضاوت را نمی تواند داشته باشد. از آنجا که مرحوم مشکینی قول به انحصار طبیعت جنسی را به اکثر فقهای شیعه نسبت داده اند می توان چنین گفت که طبق مشرب اکثر فقها، چنین جوازی برای خثی محل تأمل جدی است. اما در صورتی که قائل به عدم انحصار شویم، هم از جانب اطلاق و عموم ادله، و هم از جانب اصول عملیه، کاملاً حکم به جواز، پشتیبانی شده و مانعی دیده نمی شود. سیره فقها نیز فاقد ضابطه کلی قابل استناد است؛ لذا از جانب سیره فقها نیز در مضیقه قرار نداریم.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم، **کفایه الاصول**، ج ۳، مؤسسه آل البیت (ع)، قم، ۱۴۲۶ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، **مطارح الأنظار**، ج ۱، ج ۲، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۳.
- _____، **المکاسب**، ج ۱، قم، منشورات دار الذخائر، ۱۴۱۱ق.

٢٩٩ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ٩ - شماره ١٧ - پاییز و زمستان ٩٦

- _____، **فرائد الاصول**، ج ١، بیروت، مؤسسه النعمانی، ١٤١١ق.
- اشتهاردی، علی پناه، **مدارک العروه**، ج ١٦، تهران، دار الاسوه، ١٤١٧ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ١٨، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤١٢ق.
- حکیم، سید محسن، **مستمسک العروه الوثقی**، ج ٧، قم، مؤسسه دار التفسیر، ١٤١٦ق.
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه)، **قواعد الاحکام**، ج ٣، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٣ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، ج ١، قم، نشر انصاریان، ١٤١٧ق.
- خمینی، سید روح الله، **تحریر الوسیله**، ج ٢، قم، مطبوعات دار العلم، ١٣٦٠.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، **مهذب الأحکام**، ج ٧، ج ٤، قم، مؤسسه المنار، ١٤١٣ق.
- صدر، سید محمدباقر، **ماوراء الفقه**، ج ٨، بیروت، دار الاضواء، ١٤٢٠ق.
- طوسی، محمد بن حسن (شیخ الطائفه)، **الخلافا**، ج ٦، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤٠٧ق.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، **الروضه البهیّه فی شرح اللمعه دمشقیه**، ج ٨، قم، نشر داورى، ١٤١٠ق.
- کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ٣، ج ٢، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤١٤ق.
- مشکینی، میرزا علی، **مصطلحات الفقه**، قم، نشر هادی، ١٤١٩ق.
- مظفر، محمدرضا، **أصول الفقه**، ج ٢، ج ١٥، قم، انتشارات اسماعیلیان، ١٤٢٧ق.
- نائینی، محمدحسین، **فوائد الاصول**، ج ٢، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤٠٤ق.
- یزدی طباطبائی، سید محمد کاظم، **حاشیه المکاسب**، ج ١، ج ٢، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٢١ق.
- _____، **العروه الوثقی (المحشّی)**، ج ٣، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٩ق.
- _____، **العروه الوثقی مع التعليقات**، ج ١، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ١٤٢٨ق.

