

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

دوفصلنامه

یافته‌های فقهی اصولی

سال دوم ❁ شماره چهارم ❁ خزان و زمستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سرمدیر و دبیر اجرایی: دکتر محمدعلی توحیدی

ویراستار: محمدعلی نظری

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: دکتر احمدعلی نیازی، دکتر احمدفکور افشاگر، دکتر رجبعلی فهیمی بامیانی، دکتر سید آقاحسن حسینی، دکتر سید عبدالله حسینی، دکتر محمدعلی توحیدی، محمد ناصر واعظی، محمدهاشم مسعودی.

• دوفصلنامه «یافته‌های فقهی اصولی»، مقالات صاحب‌نظران، پژوهشگران و دانش‌پژوهان فقه و اصول فقه را برای نشر می‌پذیرد.

• مقالات، آرای نویسندگان آنها است و لزوماً بیانگر دیدگاه نشریه «یافته‌های فقهی اصولی» نمی‌باشد.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص)، آمریت نشرات.

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://pf.miu.edu.af>

ایمیل: pf.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی باید روشمند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word» ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۴۰۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۰۰۰ کلمه نباشد.

راهنمای تنظیم شکلی مقاله علمی

۴. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت کند:
۵. عنوان مقاله: با فونت B Nazanin 16 و بولد (پررنگ) (Heading 1) با این فونت تعریف شود، مؤلف یا مؤلفان با فونت B Nazanin 12 پررنگ (Heading 3) با این فونت تعریف شود.
- در پاروئی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود: عنوان و وظیفه مؤلف اول با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل (B Nazanin 10).
- اگر مقاله دو مؤلف یا بیشتر دارد: عنوان و وظیفه مؤلف دوم با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.
۶. در متن اصلی تیترها و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:
 - ✓ تیتر اصلی با فونت B Nazanin 14 و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود
 - ✓ تیتر فرعی با فونت B Nazanin 12 و بولد (پررنگ) (Heading 3) با این فونت تعریف شود
 - ✓ متن مقاله با فونت B Nazanin 13 معمولی تایپ شده باشد. (Normal با این فونت تعریف شود)

راهنمای تنظیم ساختاری مقاله علمی

۷. چکیده: عنوان چکیده با فونت B Nazanin 11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه و با فونت B Nazanin 11 معمولی. چکیده باید موضوع و هدف مقاله را به اختصار بیان کند، به روش و مهم‌ترین یافته‌های تحقیق اشاره کند. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص معلوم در زمان گذشته استفاده شود. از علائم اختصاری پرهیز شود. ذکر سابقه و اهمیت موضوع در این قسمت لازم نیست.
۸. واژگان کلیدی: حداقل ۵ و حداکثر ۷ واژه که به‌صورت ایتالیک (مورب) نوشته و با کامه از هم جدا شده باشند و در یک خط قرار گیرند. واژگان کلیدی باید با فونت (B Nazanin 10) ایتالیک باشند.
۹. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، می‌پردازد.
۱۰. بدنه مقاله: متنی است، دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۱۱. نتیجه‌گیری: نتیجه‌گیری متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد گردیده، به‌صورت مختصر و به دور از عبارت‌پردازی، آورده می‌شود.
۱۲. ارجاع‌دهی در متن باید به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد (مثال: توحیدی، ۱۴۰۰، ص. ۵۴).
۱۳. منابع و مأخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند (مثال: توحیدی، محمدعلی (۱۴۰۰). تاریخ اسلام (۱). کابل: انتشارات المصطفی (ص).

فهرست

- سخن سردبیر ۱
- آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای از منظر فقه اسلامی ۳
سعید طالقانی
- بررسی قاعده ارش از منظر فقه امامیه ۳۵
محمدیاسین محسنی
- مراحل و ادوار شکل‌گیری علم اصول فقه در سپهر علوم اسلامی ۷۵
سید عبدالله حسینی
- مبنای مسئولیت مدنی در فقه (۱) ۱۰۱
عبدالله جعفری

سخن سردبیر

نقش تحقیق و پژوهش در شکوفایی علوم طبیعی، انسانی و اسلامی بر کسی پوشیده نیست؛ همان‌گونه که یافته‌های پژوهشی در دانش تجربی موجب گسترش و بازتولید علم می‌گردد، در حوزه‌های علوم انسانی و اسلامی نیز باعث شکوه و شکوفایی این دانش‌ها می‌گردد. فقه اسلامی که ریشه در سده‌های نخستین هجری دارد، با تلاش‌های مستمر و خستگی‌ناپذیر فقیهان مسلمان به علم پر دامنه و جوشان تبدیل گردیده که حاوی هزاران مسأله فقهی در ابعاد حیات فردی و اجتماعی مسلمانان می‌باشد. دانش «اصول فقه» که به‌عنوان منطق علم فقه در دامن آن پدید آمد و پرورش یافت، به دلیل اشمال و احتوای علم اصول فقه بر روش استخراج و استنباط مسائل فقهی، می‌توان آن را همزاد علم فقه دانست. علم فقه و علم اصول فقه دو شاخه پربار از شجره توأمند علوم اسلامی هستند که در زندگی فردی و اجتماعی مسلمین، کاربردی‌ترین بخش دین اسلام را تشکیل می‌دهد و قواعد و قوانین رفتاری آنان را تعیین می‌نماید.

با توجه به تأخر علمی و فرهنگی جامعه افغانستان، تحقیق و پژوهش در عرصه‌های علوم دینی و انسانی همانند تحقیق در علوم طبیعی و تجربی برای ارتقای سطح علمی و فرهنگی آن، سودمند و اثرگذار خواهد بود. «جامعة المصطفی (ص) العالمیة- افغانستان» با درک این مهم، به قصد گسترش و نهادینه‌سازی تحقیق و پژوهش در علوم دینی و انسانی به راه‌اندازی مجلات متعدد تخصصی اقدام نموده که یکی از آن‌ها دو فصلنامه تخصصی یافته‌های فقهی اصولی است که زمینه‌ساز گسترش تحقیق و پژوهش و قلم‌فرسایی محققان در عرصه‌های فقه و اصول فقه می‌باشد. اکنون به حول و قوه الهی و با همت پژوهشگران، شماره چهارم آن منتشر و به علاقه‌مندان دانش فقه و اصول تقدیم می‌گردد. هم‌چنان انتظار می‌رود محققان و پژوهشگران حوزه فقه و اصول و استادان و دانش‌پژوهان این دو رشته علمی، با ارسال نتایج تحقیقات و پژوهش‌های مسأله‌محور خود در قالب مقالات علمی تخصصی با

رعایت شیوه‌نامه مندرج در نشریه، گامی در راستای اعتلای علمی و فرهنگی جامعه
مسلمان افغانستان برداشته و ما را نیز قرین امتنان سازند.

آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای از منظر فقه اسلامی

سعید طالقانی^۱

چکیده

آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای از منظر فقه اسلامی مسئله اصلی این تحقیق است، سؤالی اصلی پژوهش این است که «دیدگاه فقه اسلامی در باره آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای چیست؟» این تحقیق، با روش اجتهادی، استدلالی و تحلیلی پاسخی بدین سؤال داده است که بر اساس آن می‌توان گفت از منظر فقه اسلامی آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای که منجر به تولید و کاربرد سلاح‌های کشتار جمعی می‌گردد به حکم اولی حرام است، اما اگر باعث بازدارندگی دفاعی گردد و یا سبب مقابله یا دفع کاربرد سلاح هسته‌ای دشمن شود ایرادی ندارد. با توجه به حقیقت و ماهیت این تحقیق، روش جمع‌آوری اطلاعات و معلومات در آن، کتابخانه‌ای است. به‌رغم اهمیت این موضوع در عصر حاضر، در زمان حضور معصومین^(ع) هیچ اثری از دانش ساخت سلاح هسته‌ای نبوده است تا حکم آن را بیان کنند. با این حال نگارنده مقاله حاضر، به این نتیجه رسیده است که حکم سلاح هسته‌ای را از منظر فقه اسلامی بر اساس برخی از ادله شرعی می‌توان به‌دست آورد.

واژگان کلیدی: فقه اسلامی، حکم، دانش، آموزش، ساخت، سلاح هسته‌ای، دلیل.

۱. دکتری فقه سیاسی، مجتمع آموزش عالی فقه، جامعه المصطفی العالمیه، ایران، قم.

مقدمه

در عصر معصومین^(ع) اثری از دانش ساخت سلاح هسته‌ای نبوده است، اگرچه نمونه‌های از علوم مضر مانند علم سحر و کهنات و... در آن زمان موجود بوده‌اند که فقها درباره حرمت آن موضع‌گیری داشته‌اند. اما با پیشرفت دانش در عرصه‌های گوناگون، از جمله در عرصه نظامی و دفاعی که با ظهور دانش و تکنولوژی‌های نوین سلاح‌سازی مدرن همراه بوده، در حال حاضر از نظر دکترین نظامی، دستیابی به دانش سلاح‌های روزآمد و بازدارنده بسیار حائز اهمیت است.

اسلام نیز بسان سایر ادیان، برای بازدارندگی دفاعی، بر آمادگی دائمی و تحصیل دانش ساخت سلاح‌های نوین رایج هر عصر تصریح می‌کند و حتی برخی از نصوص دینی، مبنی بر آموزش دانش ساخت سلاح بازدارنده، برای مقابله با تهدیدهای احتمالی دشمن، اقتضای شأنی دارد. از سوی دیگر مسئله آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای اگر منجر به تولید و استفاده از آن گردد با توجه به پیامدهای سوء و منفی کاربست آن، اسلام، آن را یک پدیده‌ای زشت و غیر اخلاقی می‌داند. باید در این خصوص دیدگاه اسلام را جست‌وجو کرد. از این‌رو، ضروری است تا حکم آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای از منظر فقه بررسی گردد. زیرا موضع‌گیری دین اسلام در خصوص منافات داشتن یا نداشتن آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای با آموزه‌های اسلامی، از زمان ورود سلاح هسته‌ای در عرصه نظامی مورد سؤال بوده است. پس بررسی فقهی آموزش آن با توجه به حساسیت‌های موجود جهان بسیار حائز اهمیت است. بنابراین، تبیین دقیق حکم فقهی این موضوع می‌تواند موجب شفاف شدن مسائل آن، از نظر فقه اسلامی گردد.

در مقاله حاضر تلاش شده است که نوع نگاه دانش فقه اسلامی را در خصوص این‌که حکم آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای حکم اولی، یا ثانوی است روشن سازد. البته در باره موضوع مورد پژوهش، تاکنون هیچ تحقیقی از دیدگاه فقه اسلامی صورت نگرفته، طبعاً این موضوع نیازمند تحقیق است. هدف اصلی پژوهش نیز تبیین دیدگاه فقهی برای فراهم نمودن بستر تصمیم‌سازی جهت آموزش دانش

سلاح‌سازی برای نیروهای اسلام است.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. دانش ساخت سلاح هسته‌ای

مراد از دانش ساخت سلاح هسته‌ای، دانشی است که فقط برای نحوه ساخت، آزمایش، انباشت، توسعه و کاربرد سلاح هسته‌ای به کار می‌رود و در خصوص تعریف سلاح هسته‌ای نیز گفته شده است: «سلاحی که در ساخت آن از مواد منفجره هسته‌ای و یا از ایزوتوپ‌های رادیواکتیو استفاده شده و در اثر انفجار و یا دیگر تغییرات هسته‌ای، قادر به انهدام یا مسمومیت در سطح بسیار گسترده است.» (ممتاز، ۱۳۷۷، ص ۱۴).

۱-۲. فقه

اندیشمندان علم لغت، واژه فقه را به معنای نوع خاص از فهمیدن، ادراک و علم دانسته‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۵۲۲؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ماده فقه؛ مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۹، ص ۱۲۳). در اصطلاح «الفقه هو العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة؛ فقه، علم به احکام شرعی فرعی از روی ادله تفصیلی است.» (شهید اول، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۴۰؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۲).

۱-۳. حکم

واژه حکم، مصدر و اسم مصدر از ریشه «حکم یحکم»، به معنای استحکام و اتقان (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۱۲؛ فیومی، ۱۴۰۵، ص ۱۴۵)، داورى کردن به عدل، دانش و حکمت آمده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۱۲۶؛ ابن فارس، ۱۴۱۸، ذیل واژه).

در اصطلاح، برای «حکم» تعریف‌های گوناگونی مطرح شده‌اند؛ مانند قانون وضع شده از جانب خداوند برای تنظیم حیات بشری. (صدر، ۱۴۰۶، ص ۱۶۱)، خطاب شرعی (غزالی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۵۵)، بعث ناشی از اراده شارع (خمینی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۲۵-۲۲۴) و قانونی که شارع مقدس، به منظور اصلاح امور معاش

و معاد و رفتار فرد و جامعه تشریح کرده است.

در یک تقسیم‌بندی، ما دو نوع حکم شرعی داریم که عبارتند از حکم اولی و ثانوی؛ نوع دیگری از احکام نیز به نام احکام حکومتی در اندیشه فقهی شیعه وجود دارند که در استنباط احکام فقهی و اداره جامعه‌ای اسلامی بسیار مؤثرند. حکم اولی و ثانوی را برخی چنین تعریف کرده‌اند: «حکم اولی حکمی است که بر افعال خداوند به لحاظ عناوین اولی آن‌ها بار می‌شود؛ مثل وجوب نماز و روزه و حرمت نوشیدن شراب، ولی در برابر آن حکم ثانوی حکمی است که بر موضوعی به وصف اضطرار، اکراه، ضرر، حرج، فساد و دیگر عناوین عارضی بار می‌شود، مانند جواز افطار، روزه ماه رمضان برای کسی که گرفتن آن، حرجی است و یا ضرر دارد.» (مشکینی، ۱۴۱۳، ص ۱۲۱؛ خمینی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۴).

۲. حکم آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای از منظر فقه

درباره آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای، میان فقهای جهان اسلام وحدت نظر مشاهده نمی‌شود، اما با استناد به ادله متعدد می‌توان به منع آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای رسید. در اینجا نخست دیدگاه حرمت و ادله که می‌توان در پرتو آن به منع آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای دست یافت، مطرح می‌گردد. سپس انگاره جواز و ادله آن را مورد نقد و بررسی فقهی قرار خواهیم داد.

۲-۱. دیدگاه حرمت

نیاز به آموزش دانش و کاربرد فناوری هسته‌ای در حوزه‌های مختلف حیات انسانی به حدی مورد نیاز است که باصراحت می‌توان گفت امروزه بخشی از ابعاد زندگی اجتماعی، سیاسی، نظامی و اقتصادی انسان‌ها به گونه‌ای محسوس تحت تأثیر این دست آورد علمی و دانش نوین قرار گرفته است؛ مثلاً در بخش تولید انرژی و در زمینه‌های پزشکی، صنعتی، کشاورزی، حضور پررنگ و راه‌گشای اصل این فناوری به روشنی قابل مشاهده است و انتظار می‌رود تا همه جوامع انسانی در پرتو الزام عملی تمام کشورهای جهان به سیاست راهبردی اعلام شده از سوی آژانس بین‌المللی اتمی

مبنی بر «اتم برای صلح» و اجرای مفاد کنوانسیون خلع سلاح جهانی، بدون تبعیض به آموزش دانش صلح‌آمیز هسته‌ای دست یابد و از ثمرات آن بهره‌مند گردد؛ بنابراین در باره اصل آموزش دانش صلح‌آمیز فناوری هسته‌ای بحثی نیست، بلکه گفت‌وگوی فقهی در خصوص آموزش دانش تولید سلاح هسته‌ای است.

۲-۱-۱. مقتضای اصل اولی

قبل از بررسی ادله نقلی، نخست لازم است به این سؤال پاسخ داده شود که مقتضای اصل^۱ اولی درباره آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای چیست؟ در این باره به اختصار می‌توان گفت تا آنجا که بررسی شده است، اصل اولی در خصوص حکم آموزش دانش نافع جواز است. بنابراین در عرصه آموزش دانش و فنون نظامی و ساخت سلاح برای شکست دشمن و رسیدن به پیروزی، تولید و کاربرد هر نوع سلاح جنگی که موجب پیروزی نیروهای اسلام، علیه دشمن گردد، به دلیل اصل مجاز خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۱، ص ۶۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۹۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۶۹-۷۰).

اما در بحث آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای که از علوم مضره است و خروجی آن جز تولید سلاح کشتار جمعی که متصف به فساد، زور و اعتداء می‌شود نیست، پس مناسبت حکم و موضوع اقتضاء دارد که افزون بر تولید و کاربرد این نوع سلاح، حتی آموزش دانش آن نیز حرام باشد. زیرا اولاً، این دانش فسادآور است و آموزش آن مقدمه منحصره حرام است؛ ثانیاً، دین اسلام دین رحمت است؛ «وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ» (انبیاء، آیه ۱۰۷) و رسولان الهی نیز مأمور به آموزش علمی بوده

۱. برای اصل، معانی مختلفی مطرح شده است که اجمالاً به آن‌ها اشاره می‌شود:

الف: اصل به معنای اساس و ریشه چیزی است. (ابراهیم انیس و دیگران، معجم الوسیط، ص ۲۰).

ب: اصل به معنای اغلب وقوعاً، این مفهوم از اصل در واقع بیان‌گر غلبه وقوع عینی و خارجی یک حادثه یا چیزی است.

ج: اصل به معنای قاعده کلی و عام بسان؛ برخی از اصول برگرفته از آیات و روایات که در ابواب گوناگونی فقهی کاربرد دارند و به آن قواعد فقهی گفته می‌شود.

د: اصل به معنای اصل عملی در فقه (دلیل حیث لادلیل) است، بنا بر آنچه گفته شد، در این بحث مراد از اصل، اصل عملی فقهی است که اگر چیزی حالت استثنائی داشته باشد، الزاماً باید با دلیل ثابت گردد و در غیر این صورت اصل بر مورد مشکوک هم‌چنان حاکم خواهد بود.

است که برای جوامع انسانی نافع باشد؛ قرآن می‌فرماید: «وَعَلَّمَنَا صِنْعَةَ لُبُوسٍ لَكُمْ لِتُحَصِّنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ»؛ و به سود شما، صنعت ساختن پوشش‌های دفاعی را به او آموختیم تا شما را از {آسیب} جنگتان محافظت کند (انبیا، ۸۰). در این آیه، خداوند از آموزش علم صنعت زره‌بافی به داود سخن می‌گوید که یک نوع علم صنعت‌سازی است و دیگران نیز می‌توانند از طریق فکر و آموزش این صنعت را فرا بگیرند و تعبیر «وَعَلَّمَنَا» شاهد این مطلب است.

همچنین قرآن در خصوص علم داوود و سلیمان می‌گوید: «وَلَقَدْ آتَيْنَا دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ عِلْمًا»؛ و همانا ما به داوود و سلیمان علمی [ویژه] دادیم (نمل، آیه ۱۵). وجود عبارت «علمًا»، در آیه به صورت نکره، بیانگر ویژگی دانشی است که به داوود و سلیمان داده شده بود، آنان از آن در راه اطاعت خداوند و خدمت به خلق استفاده می‌کردند. ولی دیده نشده است که برای آموزش علوم ساخت سلاح‌های نابودکننده خلق، اقدام کرده باشند؛ و یا در سوره سبأ می‌فرماید: «وَأَلْنَا لَهُ الْحَدِيدَ»؛ و آهن را برای او نرم کردیم (سبأ، آیه ۱۰). اما داوود با استفاده از آهن به صنعت و فنون ساخت سلاح کشتار جمعی روی نیاورد، حال اگر اصل بر جواز آموزش دانش سلاح کشتار جمعی بود، پس چرا رسولان الهی به آموزش یا اختراع صنعت ساخت این نوع تسلیحات اقدام نکردند. پس با عنایت به آنچه ذکر شد، اصل اولی «عندالشک» بر عدم جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای جاری است؛ مگر مواردی که از تحت آن یقیناً خارج شده باشد.

۲-۱-۲. مقتضای ادله نقلی

اما براساس ادله نقلی نیز برخی از اندیشمندان جهان اسلام در باره آموزش دانش مضره بسان سحر، کهنات ... و دانش ساخت سلاح هسته‌ای موضع‌گیری منفی داشته‌اند. از جمله آیت‌الله مکارم شیرازی آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای را حرام تلقی کرده است: «والقسم الثالث من العلوم، العلوم المضرة، ... و منها العلوم التي تساهم في صناعة أسلحة الدمار الشامل كالتقنابل الذرية والأسلحة الكيماوية وأمثال ذلك، فتعلم مثل هذه العلوم وتعليمها حرام في الإسلام، لأنها تكون مقدمة

للعراق؛ قسم سوم از علوم، دانش مضره است... و یکی از آن‌ها دانشی است که در ساخت سلاح‌های کشتار جمعی بسان؛ بمب اتمی، سلاح شیمیایی و امثال آن کمک می‌کند. پس آموزش و یادگیری این نوع دانش‌ها در اسلام حرام است، زیرا این دانش مقدمه حرام است.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ج ۹، ص ۴۴۶-۴۴۷).

برخی دیگر نیز آموزش دانش ساخت سلاح‌های کشتار جمعی را به حکم اولی حرام می‌دانند: «إِنَّ كُلَّ عِلْمٍ يَبْعَثُ عَلَى الْفَسَادِ وَيُضَرُّ الْفَرْدَ أَوْ الْمَجْتَمِعَ فَتَعَلَّمَهُ حَرَامٌ مِنْ مَنْظُورِ إِسْلَامِي، كَالسَّحَرِ... أَوْ عِلْمِ أَسْلِحَةِ الدَّمَارِ الشَّامِلِ، إِلَّا إِذَا كَانَ لِلدَّفَاعِ أَوْ لِأَغْرَاضِ سَلِيمَةٍ؛ هَرَّ عِلْمٍ كَهَ مَنْجَرٍ بَهَ فِسَادٍ وَضَرَرٍ فَرْدٍ وَجَامِعَةٍ گَرَدَدِ، أَمُوزَشِ آنِ از نَظَرِ اسْلَامِ حَرَامِ اسْتِ، مِثْلِ سَحَرِ... وَ عِلْمِ سَاخْتِ اسْلَاحِ كِشْتَارِ جَمْعِي؛ مَگَرِ این‌کِه آمُوزَشِ آنِ بَرای دَفَاعِ وَ یا بَرای اَهْدافِ مَشْرُوعِ وَ صِلحِ آمِيزِ باشَد.» (ری شهری، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۳۲۵).

امام خمینی^(ع) در خصوص این بحث می‌فرماید: «علم و تخصص بدون تهذیب و تربیت، بلایی است که امروز بشر به آن مبتلا شده است. ممکن است عالم را به آتش بکشد و مسابقه و رقابت دو ابرقدرت در مجهز شدن به سلاح‌های مدرن هسته‌ای که از مبادی شیطانی و نفسانی سرچشمه می‌گیرد، چه مصیبت‌هایی امروز برای بشریت دارد؛ مگر آن‌که دستی از غیب بیرون آید و بشریت را نجات دهد.» (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۳۹۰) و امام علی^(ع) می‌فرماید: «زَلَّةُ الْعَالِمِ تُفْسِدُ عَوَالِمَهُ»؛ لغزش دانشمند جهان را تباه می‌کند (خوانساری، ۱۳۶۶، ج ۷، ص ۲۶۹).

البته؛ هر چند اصل دانش هسته‌ای در عصر حاضر یکی از بزرگترین دست‌آورد بشری است، ولی دانش ساخت و استفاده از اتم به‌عنوان سلاح کشتار جمعی امروز جهان را به نابودی سوق می‌دهد. این اظهار نظرهای اندیشمندان جهان اسلام نشان می‌دهد که میان فقهاء در خصوص آموزش دانش مضره؛ مانند دانش ساخت سلاح هسته‌ای وحدت نظر وجود ندارد و براساس قاعده حرمت تمهید مقدمات حرام، آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای به دلیل مقدمیت نسبت به تولید و استفاده از آن، آموزش دانش ساخت این نوع تسلیحات مقدمه سببی در ایجاد حرام تلقی

می‌شود. از این رو، صرف آموزش آن نیز به حکم اولی حرام است. اما در خصوص وضعیت ثانوی آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای نیز می‌توان گفت، حال برفرض که بر اساس مبنای حکم اولی شرع اسلام نتوان به آموزش دانش اختصاصی ساخت سلاح هسته‌ای و در نتیجه به تولید و بهره‌گیری از آن روی آورد، ولی در فقه اسلامی این ظرفیت وجود دارد که براساس برخی از قواعد، مانند؛ اضطرار، مصلحت و مقابله به مثل که هر محظور و ممنوعی را به وقت حاجت مباح می‌شمارد، بتوان براساس مصلحت‌اندیشی برای آن پشتوانه شرعی پیدا کرد و صرف آموزش این علوم را برای برخی از فروع ذیل مجاز دانست.

۲-۱-۲-۱. آموزش در فرض اضطرار

یکی از موارد جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای در ظرف اضطرار یا حکم ثانوی است. واژه «اضطرار» در لغت مصدر باب افتعال به معنای ناچارشدن و یا ناگزیرشدن آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ذیل واژه اضطرار). در اصطلاح حقوقی معانی مختلفی برای آن ذکر شده است؛ از جمله این که اضطرار بیانگر حالت شخصی مکلف است که خطر بسیار شدید، جان یا مال او یا اشخاص دیگری را تهدید می‌کند، مکلف برای دفع آن ناچار است تا عمداً فعلی را انجام دهد که انجام آن در شرایط عادی یقیناً جرم و گناه محسوب می‌گردد. در اصول نیز اضطرار آن است که با وجود آن حرمت فعل محرم برداشته و مجازات آن منتفی می‌گردد؛ یعنی «کلّ حرام مضطرّ الیه فهو حلال» و یا «الضرورات تبيح المحضورات» که به معنای ضرورت است و ضرورت اسم برای مصدر اضطرار است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۴۶). به نظر می‌رسد، این دو عنوان به یک معنی هستند، چنان‌که اکثر فقها نیز بر این عقیده‌اند که نگاه کردن به زن نامحرم در هنگام ضرورت مانند موارد شهادت یا طبابت جایز است، اما شخص مضطر باید به اندازه‌ای که اضطرار دارد نگاه کند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ص ۲۶۹). بنابراین، در حال اضطرار ارتکاب هر ممنوعی مجاز می‌گردد و بحث اضطرار یکی از عناوین ثانویه است. پس در شرایط اضطرار آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای برای دفع اضطرار، بسان سایر محرّمات مجاز خواهد

بود. زیرا برخی از فقهای معاصر حتی کاربرد سلاح‌های کشتار جمعی را از باب ضرورت مجاز دانسته‌اند (مدرسی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۲۷۰؛ و ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۴۱). تا چه رسد به آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای که قطعاً مجاز خواهد بود.

قاعده اضطرار مدارک فراوانی از آیات و روایات دارد، قرآن می‌فرماید: «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»؛ خداوند، تنها (گوشت) مردار، خون، گوشت خوک و آنچه نام غیر خدا به هنگام ذبح بر آن گفته شود، حرام کرده است. (ولی) آن کس که ناچار شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، گناهی بر او نیست (وی می‌تواند برای حفظ جان خود، در موقع ضرورت، از آن بخورد) خداوند بخشنده و مهربان است (بقره، ۱۷۳؛ نحل، ۱۱۵).

هرچند اضطرار در این آیه در مورد اکل و شرب و خوردن گوشت میته است که در وضعیت اضطراری می‌تواند از آن استفاده کرد، لکن قاعده اضطرار یک قاعده عام است و در جای جای فقه اسلامی جاری می‌شود، از جمله اضطرار عرصه‌ای نظامی را نیز در برمی‌گیرد. بنابراین در حال اضطرار می‌توان به آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای روی آورد. از جمله روایاتی که بر این قاعده دلالت دارد، روایات معتبره سماعة است، این روایت از موسی بن جعفر^(ع) نقل شده است: «لَيْسَ شَيْءٌ مِّمَّا حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا وَقَدْ أَحَلَّهُ لِمَنْ اضْطُرَّ إِلَيْهِ»؛ هیچ حرامی نیست مگر این که خداوند در صورت اضطرار آن را حلال کرده است (حر عاملی، ۱۴۱۱، ج ۵، ص ۴۸۳، ح ۷). پس اطلاق این حدیث هرآنچه را که در حالت عادی انجام آن حرام است، در وضعیت اضطرار جایز دانسته است و از طرف دیگر واژه «شئیء» نکره در سیاق نفی است و دلالت بر عموم دارد و شامل تمامی محرمات، از جمله آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای نیز می‌گردد. اما از نظر سند هرچند زرعة بن محمد را نجاشی توثیق کرده‌اند ولی از آن جا که واقفی است روایت‌های وی معتبره نیست (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۱۷۶).

۲-۲-۱-۲. آموزش در فرض مقابله به مثل

یکی از مواردی که احتمال جواز آموزش علوم هسته‌ای وجود دارد بحث مقابله به مثل است. به این معنا که اگر در عرصه درگیری‌های مسلحانه، دشمن با استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، بر مواضع نیروهای اسلام حمله کرد، آیا برای سربازان اسلام به عنوان حکم ثانوی یا مقابله به مثل جایز است تا دانش ساخت سلاح هسته‌ای را یاد بگیرد و به تولید و به کار بست سلاح هسته‌ای علیه مواضع دشمن مبادرت ورزد یا خیر؟

برخی اذعان کرده‌اند که در صورت مقابله به مثل نه تنها آموزش علوم ساخت سلاح هسته‌ای جایز است، بلکه حتی استفاده از چنین سلاح‌ها نیز برای حکومت اسلامی مجاز خواهد بود (سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۹؛ الکاسانی، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۳۷۷). زیرا، قرآن بر جواز مطلق مقابله به مثل در هر عرصه (از جمله جنگ) تصریح می‌کند: «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ» (بقره، ۱۹۴).

با استناد به این آیه ادعا شده است که مقابله به مثل، در عرصه‌های فردی، گروهی و بین‌المللی و تجاوز جنگی و سایر موارد جاری است. این اصل در عرصه‌های سیاسی و نظامی به عنوان یک قاعده فقهی بر سایر ادله باب جهاد حکومت دارد؛ زیرا تمام شئون نظامی و دفاعی در گستره این قاعده قرار دارد و اجرای مقابله به مثل آن از سوی دولت‌هایی که مورد هرگونه تجاوز نظامی و... قرار گرفته است مشروع، بلکه گاه نیز واجب قلمداد شده است (ماهوشیزا، ۱۴۲۵، ص ۱۷۹). حتی برخی از اندیشمندان شیعه نیز در مقام مقابله به مثل، جنگ‌های روانی، میکروبی و شیمیایی را در مقابل دشمن به عنوان حکم ثانوی جایز دانسته‌اند (شیرازی، ۱۴۲۶، ج ۴۷، ۱۹۲) تا چه رسد به آموزش علوم ساخت این نوع تسلیحات.

به هر حال، تا آن جا که بررسی شده است اصل بر جواز جاری است (سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۹؛ الکاسانی، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۳۷۷). از این رو، اگر چنانچه دشمن

با سلاح‌های کشتار جمعی علیه کشورهای اسلامی حمله کرد، بر نیروهای اسلام نیز، بر اساس اصل مقابله به مثل استفاده از چنین سلاح‌هایی واجب است (ماهو شیزا، ۱۴۲۵، ص ۱۷۹). پس وقتی که کار بست آن مجاز باشد مسلماً آموزش دانش ساخت آن نیز جایز خواهد بود.

۲-۱-۲-۳. آموزش برای بازدارندگی

یکی از مواردی که در آن جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای وجود دارد، آموزش برای دفع آسیب‌های کاربرد سلاح هسته‌ای از سوی دشمن است؛ یعنی تنها آموزش آن برای دفع آثار کاربرد باشد یا برای مهندسی معکوس باشد و نه تولید. در این فرض اگر احياناً دشمن از سلاح هسته‌ای علیه نیروهای اسلام استفاده کند نیروهای متخصص و دانشمند بتوانند با آموزش این علوم راه‌کارهای درمان یا کمتر آسیب دیدن نیروهای خودی را فراهم کنند، مانند؛ تولید سپرهای دفاع هسته‌ای. البته تاکنون این سلاح دفاع‌ناپذیر تلقی شده است. ولی اگر از طریق آموزش این دانش بتوان به تولید سپر دفاعی و یا سایر راه‌کارهای دفاعی رسید، در این صورت نیز آموزش آن مجاز است. زیرا هدف از آموزش در این فرض توسل به سلاح هسته‌ای نیست بلکه برای مقابله با خسارت و آسیب‌های احتمالی ناشی از کار بست آن یا ارائه راه‌کارهای دفاعی است.

به نظر می‌رسد، در این فرض نیز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای جایز خواهد بود. زیرا اولاً؛ در این صورت آموزش علوم ساخت سلاح هسته‌ای از گستره علوم مضر خارج می‌گردد و متصف به علوم نافع می‌شود. ثانیاً؛ بر آموزش آن جز نفع هیچ مفسده‌ای مترتب نمی‌گردد از این رو، آموزش آن شرعاً مجاز است.

۲-۱-۳. ادله حرمت

همان‌گونه که برای جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای دلایلی وجود دارد، برای حرمت آن نیز دلایلی اقامه گردیده است:

۲-۱-۳-۱. عقل

یکی از ادله حرمت آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای عقل است. سؤالی که در

این جا مطرح می‌گردد این است که آیا از نظر عقل آموزش این نوع دانش حرام است یا خیر؟ در پاسخ باید گفت بلی؛ زیرا از نظر عقل فراهم نمودن مقدمه حرام، حرام است و از آن جا که آموزش دانش اختصاصی ساخت سلاح هسته‌ای مقدمه حرام است و از سویی هم در حکم عقل به قبح ایجاد اسباب تحقق فعل حرام در خارج شک و تردید وجود ندارد، پس از نظر عقل حتی آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای نیز حرام است.

۲-۱-۳-۲. آیات

از جمله ادله مورد استناد مخالفان آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای، آیات متعددی از قرآن کریم است که یکی از آن‌ها، آیه ۲۰۵ سوره بقره است. از منظر اصل فساد، آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای نیز فسادآور است، زیرا قرآن در آیه ۲۰۵ سوره بقره به حرمت سعی در فساد حرث و نسل اشاره دارد: «وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»؛ هنگامی که [چنین دشمن سرسختی] به حکومت و سلطه برسند، در راه فساد در زمین، می‌کوشد و زراعت و نسل را نابود می‌سازند، (با این که می‌دانند) خداوند فساد و تباهی را دوست نمی‌دارد. از این آیه استفاده می‌گردد که نه تنها نفس افساد، حرام می‌باشد، بلکه حتی سعی و تلاش مقدماتی برای ایجاد فساد نیز حرام است (فخررازی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۴۸)؛ زیرا قرآن حرمت را روی سعی منتهی به فساد حرث و نسل برده است، خواه این سعی عملاً و مآلاً نیز منجر به فساد گردد یا نه. از آنجا که آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای نیز مقدمه حرام است، از نظر آیه فساد، آموزش دانش فسادآور نظیر دانش ساخت سلاح هسته‌ای حرام خواهد بود.

۲-۱-۳-۳. روایات

در خصوص حرمت آموزش دانش فسادآور، مانند علوم ساخت سلاح هسته‌ای، روایاتی در منابع حدیثی وارد شده‌اند که از آن‌ها حرمت آموزش دانش فسادآور استفاده می‌گردد.

الف) روایات حرمت آموزش دانش فسادآور

امام علی^(ع) فرموده است: «شَرُّ الْعِلْمِ مَا أَفْسَدَتْ بِهِ رَشَادَكَ»؛ بدترین علم آن دانشی است که موجب فساد هدایتت گردد؛ و یا فرموده است: «كُلُّ عِلْمٍ لَا يُؤَيِّدُهُ عَقْلٌ مَضِلٌّ»؛ هر علمی که مورد تأیید عقل نیست، گمراهی است (ری شهری، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۳۱۷). با توجه به این که آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای فسادآور هست قطعاً مورد تأیید عقل نخواهد بود.

ب) روایت تحف العقول

یکی دیگر از روایت‌هایی که می‌توان بر حرمت آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای به آن استناد کرد، روایت تحف العقول است. این روایت از امام صادق^(ع) به صورت مرسل وارد شده است. صاحب وسایل، صاحب حدائق (حرعاملی، ۱۴۱۱، ج ۱۷، ص ۸۳-۸۶؛ بحرانی، بی تا، ج ۱۸، ص ۷۶) و شیخ انصاری آن را نقل کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۷). اگرچه این روایت به جهت ارسال محلّ گفت‌وگو است (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۸)، ولی از سوی دیگر این روایت مورد قبول و استناد بسیاری از اندیشمندان جهان اسلام قرار گرفته و در بحث مکاسب محرّمه در موارد متعدّدی به آن استناد کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۱۹ و ۳۹).

فرازی از آن روایت، آموزش دانشی را که جز فساد استفاده نداشته باشد، تحریم کرده است: «وَمَا يَكُونُ مِنْهُ وَفِيهِ الْفَسَادُ مَحْضًا وَلَا يَكُونُ مِنْهُ وَلَا فِيهِ شَيْءٌ مِنْ وَجْهِهِ الصَّلَاحِ فَحَرَامٌ تَعْلِيمُهُ وَتَعَلُّمُهُ وَالْعَمَلُ بِهِ وَأَخْذُ الْأُجْرَةِ عَلَيْهِ وَجَمِيعُ التَّقَلُّبِ فِيهِ»؛ آنچه که صلاح و خیری در آن نیست و فساد محض است در این صورت آموزش و آموختن و کار بستن آن و دریافت دستمزد بر آن و هرگونه تصرف در آن حرام است (حرانی، ۱۴۰۴، ص ۳۴۶). بر اساس این بخش از روایت می‌توان به حکم حرمت آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای رسید. زیرا بر آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای جز حرام مترتب نمی‌شود. از آنجاکه سلاح هسته‌ای مبعوض شارع و حرام است، بنابراین آموزش دانش ساخت آن نیز حرام خواهد بود. چون هدف شارع از نهی ریشه‌کنی ماده فساد است.

۲-۱-۳-۴. قواعد فقهی

یکی از مستندات شرعی که می‌توان بر حرمت آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای به آن استناد کرد، قواعد فقهی است که براساس آن قواعد کلی، فقیهان حکم مصادیق و فروع فقهی را استخراج می‌کنند. در میان این قواعد، برخی از آن‌ها، می‌تواند مستند حکم تحریم آموزش علوم ساخت سلاح هسته‌ای قرار گیرد؛ بسان قاعده فقهی لاضرر که افزون بر مستند نقلی از پشتوانه عقلی نیز برخوردار است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۲۸).

الف) قاعده لاضرر

از قاعده لاضرر نیز حرمت آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای قابل استفاده است، اما قبل از بررسی حکم آموزش علوم ساخت سلاح هسته‌ای براساس قاعده لاضرر، نخست لازم است تا دیدگاه‌های مطرح در باره مفاد قاعده لاضرر، اختصاراً مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد:

۱) مفاد حدیث، نهی از ایجاد ضرر است؛ یعنی شارع مقدس از زیان رساندن به دیگران نهی می‌کند.

۲) مفاد حدیث لاضرر، نهی حکومتی است که از سوی پیامبر اکرم (ص) برای دفع مخاطمه میان ثمره بن جندب و فردی از انصاری صادر گردیده است.

۳) مفاد حدیث لاضرر، نفی حکم ضرری است. بدین معنا هر حکمی که از طرف شارع تشریح گردد اگر آن حکم مستلزم ضرر باشد، اعم از ضرر بر نفس مکلف یا غیر او یا ضرر مالی، حکم مزبور با توجه به ضرر، به موجب قاعده لاضرر نفی می‌شود.

۴) مفاد حدیث لاضرر، نفی ضرر غیر متدارک است به این معنا که شارع مقدس از ضرر غیر متدارک نفی کرده است و این معنی کنایه از وجوب تدارک ضرر است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۸-۶۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۱۵-۲۲۵؛ خمینی، ۲، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۷۳-۱۱۷؛ سبحانی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۶۸-۸۱).

از میان چهار دیدگاه که درباره مفاد قاعده لاضرر ذکر شد، در این بحث مراد از

مفاد قاعده، نفی احکام ضرری است؛ مفاد «لاضرر»، یعنی «لا حکم ضرری فی الاسلام»، و «لاضرار» یعنی، «لا حکم ضراری فی الإسلام» در اسلام حکم ضرری و ضراری وجود ندارد؛ یعنی احکامی که موجب تضییع مکتف شود یا وسیله شود فردی با واسطه آن از طریق آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای به دیگری اضرار برساند در اسلام وجود ندارد و قهراً قاعده لاضرر، بر ادله اولیه باب جواز آموزش علوم حکومت دارد. بر این اساس در مورد آموزش هر دانش که عنوان مضربه بر آن صدق کند، قطعاً قاعده لاضرر شامل آن می‌شود. پس در مسأله آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای نیز چنین است. اگرچه از برخی ادله شرعی ظاهراً جواز آموزش آن استفاده می‌شود، لکن براساس قاعده لاضرر اگر آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای منجر به تولید این سلاح گردد، مسلماً مصداق بارز قاعده لاضرر و ممنوع است.

ب) قاعده‌ی اعانه بر اثم

قاعده‌ی «اعانه بر اثم» نیز یکی از ادله حرمت آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای است. برای حرمت اعانه بر اثم، فقهاء به آیات، روایات، اجماع و عقل استناد کرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۳۶۵)، ولی مستند اصلی آن، آیه قرآن است: «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»؛ و (هرگز) در راه گناه و تعدی همکاری ننمایید (مانده، ۲). از نظر مفهوم «اعانه» در لغت از ریشه عون به معنای یاری و جمع آن اعوان است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۴۸۴، عبدالرحمن، بی تا، ج ۱، ص ۲۲۲). اثم نیز به معنای عمل غیر مجاز و مخالفت با امر خداوند است که شامل فعل و ترک آن می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۵؛ راغب، ۱۴۱۶، ص ۵). در اصطلاح اعانه به معنای یاری کردن فاعل معصیت در راستایی رسیدن او به فعل حرام است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۳۶۶).

هر چند در باره حرمت اعانه بر اثم بحث است که آیا هر عملی که به نوعی هر چند با اسباب بعید اگر منجر به تحقق فعل حرام گردد، اعانه و حرام است و یاخیر؟ آیا اعانه دیگری بر امر حرام مطلقاً حرام است یا علم به این که او آن کار را خواهد کرد هم دخیل است؟ یا بالاتر از علم، قصد معاون هم لازم است؟ یا بالاتر

از آن، تحقق مُعان علیه (فعل مباشر) هم معتبر است یا نه؟ و در این بحث آیا بر آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای نیز اِئمه بر اِئمه صادق است یا خیر؟ تا آنجا که بررسی شده است، فقها برای صدق «اعانه بر اِئمه» دیدگاه‌های متفاوتی را ارائه داده‌اند، مانند حرمت مطلق (مشکینی، ۱۴۳۴، ج ۱، ص ۵۰۳)، حرمت ایجاد مقدمه با قصد تحقق فعل از غیر (عاملی غروی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۱۲۴؛ نراقی، بی تا، ص ۷۶؛ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۷۳؛ مقدس اردبیلی، بی تا، ص ۲۹۷)، حرمت در صورت وقوع عمل از سوی مُبَاشِر (نراقی، بی تا، ص ۷۵)، حرمت اعانه قصد معین و لازم بوده صدق عرفی (مقدس اردبیلی، بی تا، ص ۲۹۷). از برخی فقط انجام مقدمات قریب اعانه است (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۱۲)، یا با ایجاد برخی از مقدمات، اگر آن کار از دیگری صادر شود اعانه خواهد بود (مقدس اردبیلی، بی تا، ص ۲۹۷).

البته در این مقاله مجالسی برای تبیین و نقد اقوال نیست. اما از میان اقوال و دیدگاه‌های فوق، نگارنده، تنها علم و اطلاع معاون از قصد مباشر را در صدق اعانه بر اِئمه پذیرفته است. هواداران این دیدگاه برای حرمت اعانه به آیه شریفه «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَی الْاِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» و به برخی از روایات که صرف علم را کافی دانسته، استناد کرده‌اند (حرعاملی، ۱۴۱۱، ج ۱۷، ص ۱۷۶). لکن برخی دیگر دلالت این آیه را بر حرمت اعانه بر اِئمه را نپذیرفته‌اند (منتظری، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۲۷) و معتقدند که اصل اولی جواز اعانه بر هر فعل است (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۶۸؛ خوئی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۹۱).

در مقابل، بسیاری از فقهای جهان اسلام اصل اولی را، حرمت ایجاد مقدمات تحقق حرام در خارج دانسته‌اند؛ از این رو، روایات جواز را مخالف اصول ثابت مانند حرمت اعانه بر اِئمه می‌دانند و معتقدند این اصل عقلی از نظر آنان تخصیص بردار نیست (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۹۴-۱۹۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ص ۱۱۹ و ۱۲۰). عرفاً نیز بر فراهم کردن مقدمات موصل به کار حرام اعانه صدق می‌کند و ملاک صدق اعانه بر اِئمه نیز دایره مدار همین درک عرفی است (سیفی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۱۱۲؛ خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۱۰). از نظر عقل نیز همان‌گونه که ارتکاب منکر ناپسند

است، فراهم نمودن مقدمات منکر و کمک به فاعل آن نیز عقلاً قبیح می‌باشد. پس در بحث آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای نیز چنین است، اگر کسی علم دارد که بعد از آموزش، این دانش منجر به تولید سلاح هسته‌ای و مورد استفاده قرار می‌گیرد، با این حال به آموزش این نوع دانش بپردازد، نفس این اقدام قبح عقلی دارد؛ اگرچه در صورتی که به قصد ساخت و کار بست آموزش ببیند قبح بیش تری دارد. هم‌چنین فرقی ندارد که معین یا آموزش‌دهنده دانش ساخت سلاح‌های هسته‌ای بداند، کسی که هم‌اکنون این دانش را آموزش می‌بیند اراده حرام دارد و به او کمک کند، یا این‌که در هنگام آموزش قصد ساخت و کار بست آن را ندارد. اما یقین یا احتمال عقلائی وجود دارد که بعداً مرتکب حرام خواهد شد، در این صورت آموزش این دانش مقدمه کمک به جرم و قبیح است و این حکم عقلی، تخصیص‌بردار نیست (خمینی، ۱۴۱۵ ج ۱، ص ۱۹۴-۱۹۵). بنابراین در بحث آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای حتی ما تابع صدق عنوان‌اعانه بر اِثم و مانند آن نیستیم، بلکه نفس آموزش و فراهم کردن اسباب فعل حرام (ساخت و کار بست سلاح هسته‌ای) جرم است؛ هر چند خود آن جرم محقق نشود. پس اگر کسی به یک دزد نردبان یا راه‌زینه‌ای را بدهد به قصد این‌که وی دزدی کند، این کار اعانه بر ایجاد سرقت است و اگر به هر دلیلی سرقت واقع نشود بر کار او اعانه صدق خواهد کرد (همان، ص ۲۱۱).

نگارنده نیز در بحث آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای، تحقق خارجی اِثم را شرط صدق اعانه نمی‌داند. زیرا اولاً: حرمت اعانه بر اِثم، حرمت نفسی است نه آن‌که حرمت گیری باشد و از حرمت اِثم و عدوان ناشی گردد تا در خصوص آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای گفته شود که هنوز ساخت و کاربرد سلاح هسته‌ای صورت نگرفته است، پس صرف آموزش این دانش اعانه بر اِثم نیست. در حالی که خود اعانه منهی و حرام نفسی است. ثانیاً: هدف از تحریم اعانه بر اِثم، قطع ماده فساد می‌باشد. اگرچه از منظر عرف و لغت، قصد ترتب حرام در صدق اعانه هم دخیل باشد، ولی از نظر شرع، مطلقاً حرام است و لوقصدی نباشد و مجرد علم به ترتب حرام باشد؛ زیرا غرض اصلی شارع مقدس، از نهی اعانه بر اِثم و عدوان، این است که ماده فساد

ریشه‌کن شود و این ملاک در فرض علم آموزش دهنده به ساخت و استفاده حرام وجود دارد و به همین دلیل خصوصیت قصد یا توصل به حرام ملغی است و در فرض علم به ساخت و استفاده از سلاح هسته‌ای هم حرام است (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۱۴). بنابراین از دیدگاه کسانی که تحقق خارجی اِثم و عدوان را شرط صدق عرفی اِغانه بر اِثم نمی‌دانند، صرف آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای با علم به ساخت و استفاده و یا ظن و احتمالی عقلایی برای صدق اِغانه بر اِثم و حرمت آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای کافی است.

۲-۲. دیدگاه جواز و نقد آن

۲-۲-۱. اقوال

در باره آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای هیچ‌گونه تصریحی در آیات، روایات و دیدگاه فقه‌های سابق جهان اسلام نسبت به اصل جواز آن وجود ندارد. با این حال جواز آموزش آن از دیدگاه برخی از اندیشمندان معاصر قابل استفاده است؛ از جمله، آیت الله محسنی قندهاری بر اساس آیه اعداد، افزون بر داشتن، یادگیری و دانستن نحوه کاربرد تسلیحات نظامی را لازم دانسته است: «فالواجب هو إعداد القوّة و هی فی مثل زماننا عبارة عن الرجال العسكريين المدربين العالمين بفنون الهجوم و الدفاع، و بکیفیه استعمال الأسلحة، و إطارة الطائرات، و بمقدار مقاومة الآلات الحربية، و نحو ذلك، و عن الدبّابات، و الطائرات، و القنبلات الذرّیة، و الهیدروجینیة و نحوها ممّا هو متعارف الیوم و ما يتعارف غدا»؛ بر اساس آیه، اعداد قوه، واجب است و در عصر ما اعداد قوه عبارتند از؛ داشتن نیروهای نظامی تعلیم دیده و آگاه به فنون تهاجم و دفاع و آگاه به نحوه کاربرد سلاح و به پرواز در آوردن هواپیماهای جنگی و دانستن اندازه مقاومت تسلیحات جنگی و امثال آن، و نیز داشتن تانک‌ها، هواپیماهای جنگی و بمب‌های اتمی و امثال آن‌ها از قبیل سلاح‌های که امروز مرسوم است و تسلیحاتی که در آینده رواج خواهد پیدا کرد از مصادیق اعداد قوه است (محسنی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۵۳۳).

به‌رغم این‌که ایشان تصریح بر جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای نکرده

است اما تولید، داشتن و کاربست تسلیحات جنگی، فرع بر یادگیری دانش و فنون ساخت، نگه‌داری و نحوه استفاده از تسلیحات نظامی است. افزون بر آن از جمله «و نحو ذالک» نیز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای قابل استفاده خواهد بود.

رشیدرضا نیز از آیه اعداد افزون بر وجوب ساخت انواع سلاح‌های جنگی، وجوب آموزش علوم و فنون ساخت تسلیحات جنگی را نیز استفاده کرده است: «فَالْوَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فِي هَذَا الْعَصْرِ بِنَصِّ الْقُرْآنِ صُنْعُ الْمَدَافِعِ بِأَنْوَاعِهَا وَالْبِنَادِقِ وَالذَّبَابَاتِ وَالطَّيَارَاتِ وَالْمَنَاطِيدِ وَإِنْشَاءِ السُّفُنِ الْحَرْبِيَّةِ بِأَنْوَاعِهَا، وَمِنْهَا الْغَوَاصَاتُ الَّتِي تَغُوصُ فِي الْبُحْرِ، وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ تَعَلُّمُ الْفُنُونِ وَالصَّنَاعَاتِ الَّتِي يَتَوَقَّفُ عَلَيْهَا صُنْعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَغَيْرِهَا مِنْ قُوَى الْحَرْبِ بِدَلِيلِ: مَا لَا يَتِمُّ الْوَجِبُ الْمَطْلُوقُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ»؛ بر اساس نص قرآن کریم، در این زمان بر مسلمانان، تولید انواع توپ، تفنگ، تانک، هواپیما و انواع ناوهای جنگی، از جمله زیردریایی‌ها واجب است، یادگیری فنون و روش‌های ساخت صنایع که ساختن این اشیاء و غیر آن‌ها از تجهیزات جنگی بر آن متوقف می‌باشد نیز واجب است. زیرا «مَا لَا يَتِمُّ الْوَجِبُ الْمَطْلُوقُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ»، هرآنچه که انجام واجب مطلق بدون آن امکان‌پذیر نیست، دانستن، داشتن و ساخت آن واجب است (رشیدرضا، ۱۹۹۰، ج ۱۰، ۵۳-۵۴).

هرچند که رشیدرضا تنها بر وجوب آموزش دانش ساخت سلاح‌های جنگی تصریح کرده، نه بر آموزش علوم ساخت، نگه‌داری، توسعه و کاربرد سلاح هسته‌ای. اما یادگیری و آموزش علوم و فنون تسلیحات هسته‌ای نیز بر اساس دیدگاه ایشان واجب خواهد بود؛ زیرا داشتن و ساخت این نوع سلاح‌ها فرعی بر آموزش دانش ساخت آن‌ها است و سلاح هسته‌ای نوعی از تجهیزات جنگی می‌باشد.

زحیلی از فقهای معاصر نیز از آیه ۶۰ سوره انفال، اعداد نیروی مادی و معنوی را استفاده کرده است: «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ... أَي هَيُّوْا لِقِتَالِ الْأَعْدَاءِ مَا أَمْكَنَكُمْ مِنْ أَنْوَاعِ الْقُوَى الْمَادِيَةِ وَالْمَعْنَوِيَّةِ الْمُنَاسِبَةِ لِكُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ»؛ برای جنگ با دشمن، آنچه که در توان دارید؛ از انواع قدرت و نیروی مادی و معنوی متناسب هر زمان و مکان آماده کنید (وهبة الزحیلی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۴۹-۵۰). البته از «قوه معنوی»

تحصیل دانش اختصاصی ساخت سلاح‌های جنگی را نیز می‌توان استفاده کرد. بنابراین؛ عموماً کسانی که تولید سلاح هسته‌ای را مجاز می‌دانند، از نظر آنان آموزش دانش ویژه‌ای ساخت سلاح هسته‌ای نیز جایز خواهد بود.

۲-۲-۲. ادله جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای

برای جواز آموزش دانش و فنون ساخت تسلیحات هسته‌ای می‌توان به عقل، آیات و روایات استناد کرد.

۲-۲-۲-۱. عقل

از نظر عقل آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای اگر موجب بازدارندگی گردد، مجاز خواهد بود.

۲-۲-۲-۲. آیات

اما اصلی‌ترین دلیل که ظاهراً بر جواز آموزش دانش اختصاصی ساخت سلاح هسته‌ای دلالت دارد، آیاتی از قرآن کریم است.

الف) آیه اعداد

یکی از مهم‌ترین دلیل قرآنی بر جواز آموزش دانش اختصاصی تولید تسلیحات هسته‌ای، آیه ۶۰ سوره انفال است: «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخِرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ»؛ قرآن در این آیه، برآمدگی و کسب توان در برابر دشمنان دستور می‌دهد تا نیروهای اسلام خود را با فنون و علوم روزآمد، در برابر دشمن مجهز سازند.

آیه فوق به چند دلیل، مستند حکم جواز آموزش علوم ساخت سلاح هسته‌ای است؛ اولاً، از امر به «اعداد» در آیه وجوب فرازمانی و مکانی آن استنباط می‌شود و ثانیاً، هم «مَا اسْتَطَعْتُمْ» و هم «مِنْ قُوَّةٍ» اطلاق دارد و از آن عمومیت هر نوع قدرت اعم از نیروی انسانی و جنگ‌افزار نظامی فنون و دانش آن هم متناسب با شرایط هر عصر و زمان استفاده می‌شود. ثالثاً، واژه «قُوَّةٍ» دارای معنای بسیار وسیع است که

نه تنها جنگ‌افزار و سلاح‌های مدرن هر عصر را در برمی‌گیرد، بلکه تمام نیروها و قدرت‌های مادی و معنوی را نیز شامل می‌شود (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۱۴۸؛ راوندی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۳۳۳؛ طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۹، ص ۱۱۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۲۲۲-۲۲۵؛ طیب، ۱۳۸۶، ج ۶، ص ۱۵۱).

برخی از مفسران با استناد به عمومیت لفظ «مَا اسْتَطَعْتُمْ» و نکره بودن واژه «قُوَّة» اطلاق آن را، از آیه شریفه عموم را استفاده نموده و معتقدند هرگونه نیرویی را شامل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۲۲۵؛ آلوسی، ۱۴۲۲، ج ۱۰، ص ۲۴). با توجه به آنچه که ذکر شد، از آیه اعداد جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای قابل استفاده است.

ب) آیه حذر (آماده‌باش)

یکی از ادله جواز آموزش علوم ساخت سلاح هسته‌ای، آیه آماده‌باش دائمی در عرصه جنگ است که فرموده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا خُذُوا حِذْرَكُمْ فَانفِرُوا ثُبَاتٍ أَوْ انفِرُوا جَمِيعًا»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید آمادگی خود را (در برابر دشمن) حفظ کنید و در دسته‌های متعدد یا به صورت دسته واحد - طبق شرایط هر زمان و هر مکان - به سوی دشمن حرکت نمایند (نساء، ۷۱). در آیه فوق قرآن به مسلمانان، برای حفظ بقاء و موجودیت سیاسی، نظامی و اجتماعی آنان دستور می‌دهد تا همیشه مراقب و آمادگی داشته باشند.

«حذر» در آیه شریفه فوق به معنایی مطلق بیداری و آماده‌باش دائمی در برابر دشمنان است (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۳). باین وجود، بعضی از مفسران «حذر» را در این آیه تنها به معنی اسلحه تفسیر کرده‌اند (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۴۱۶؛ فخر رازی، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۱۳۷). در حالی که «حذر» معنای وسیعی دارد و مخصوص (اسلحه) نیست. افزون بر آن، آیه ۱۰۲ همین سوره دلیل روشن است که «حذر» با اسلحه تفاوت دارد، آنجا که می‌فرماید: «أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ وَ خُذُوا حِذْرَكُمْ»؛ مانعی ندارد که هنگام ضرورت، یا موقع نماز در میدان جنگ سلاح خود را به زمین بگذارید، ولی حذر و آماده‌باش را از دست ندهید (نساء، ۱۰۲).

برخی نیز معتقدند «حِذْر» در آیه، کنایه از بیداری یا آماده‌باش در برابر خطر است، «خُذُوا حِذْرَكُمْ» یعنی آمادگی و بیداری خود را در مقابل خطر دشمن حفظ کنید و خیال نکنید که دشمن خوابیده، بلکه دشمن همیشه بیدار است. بنابراین آیه فوق بر آمادگی در عرصه‌های اطلاعاتی، نظامی، تسلیحاتی، بر آمادگی علمی نیز دلالت دارد (آیت‌الله نوری، درس خارج فقه، ۱۳۸۷/۷/۲۲). این آیه دستور همه‌جانبه به مسلمانان می‌دهد که برای حفظ امنیت خود و دفاع از مرزهای خویش، دائماً مراقب دشمن باشند تا باید یک نوع آماده‌باش (مادّی و معنوی) دائمی بر اجتماع سیاسی آن‌ها حاکم باشد. به نظر برخی از مفسرین معنای واژه «حِذْر» به قدری وسیع است که هرگونه وسیله مادّی و معنوی را شامل می‌شود که مسلمانان برای دفاع از خود، زمینه هرگونه آمادگی (مادّی و معنوی) را، با بسیج منابع فرهنگی، اقتصادی، انسانی، سیاسی و نظامی و هم‌چنین تولید و استفاده از سلاح‌های استراتژیک و طرز به‌کار گرفتن آن‌ها را فراهم سازند (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۱۴).

ج) آیات مقابله به مثل

آیات مقابله به مثل، نیز یکی دیگر از ادله جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای است. جواز مقابله به مثل، در آیاتی قرآن کریم مطرح شده است نظیر اعتداء به مثل، «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ». (بقره، آیه ۱۹۴). معاقبه به مثل «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ». (نحل، ۱۲۶) و جزاء مثل «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» (شوری، ۴۰). اما در این تحقیق مراد از آن استفاده از سلاح هسته‌ای در مقام مقابله به مثل است.

در فقه اسلامی نیز ظاهراً تا حدودی قانون مقابله به مثل یک امر پذیرفته شده است و هرکسی که به ناحق به حریم دیگری تجاوز کند، دیگری حق مقابله به مثل را دارد، مستند آن هم آیه ۱۹۴ سوره بقره است: «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ؛ هر کس به {حقوق} شما تجاوز کرد، پس بر او به مانند آن چه بر شما تجاوز کرده است تجاوز کنید و از خدا پروا نمایید و بدانید که خدا با پروا

پیشگان است.»

این قاعده، در بسیار از ابواب فقه به نحو اجمال جاری می‌گردد. از منظر روایت نیز مقابله به مثل مشروع است؛ امیر مؤمنان^(ع) در این باره می‌فرماید: «رُدُّوا الْحَجَرَ مِنْ حَيْثُ جَاءَ فَإِنَّ الشَّرَّ لَا يَدْفَعُهُ إِلَّا الشَّرُّ؛ سنگ را از همان جایی که دشمن پرت کرده، بازگردانید که شر را جز شر پاسخی نیست.» (نهج البلاغه، حکمت ۳۱۴، ص ۵۳۰). در حقوق نیز اصطلاح مقابله به مثل یا اقدام تلافی جویانه، از اصطلاحات رایج و پرکاربرد حقوق بین‌الملل است (عمید، ۱۳۷۳، ج ۵، ص ۲۱۷)؛ بنابراین، در شرایط مقابله به مثل آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای مجاز خواهد بود.

۲-۲-۳. روایات

اکنون روایتی که بر جواز آموزش دانش صنایع اسلحه‌سازی اشاره دارد مورد بحث قرار می‌گیرد:

الف) روایت تحف العقول

یکی از روایت‌های که می‌توان بر جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای به آن استناد کرد، بخش از روایت تحف العقول است. بخشی از آن بر جواز آموزش دانش که دارای منافع عقلانی است دلالت دارد: «وَكُلُّ شَيْءٍ يَكُونُ لَهُمُ فِيهِ الصَّلَاحُ مِنْ جِهَةٍ مِنَ الْجِهَاتِ فَهَذَا كُلُّهُ حَالِلٌ...» (حرانی، ۱۴۰۴، ص ۳۴۶) هر آن چیزی که جهتی از زندگی انسان را اصلاح نمایند، در این صورت آموزش و... آن جایز و حلال است.» بر اساس این بخش از روایت، هر آن چیزی که جهتی از زندگی و معاش آدمیان را اصلاح نمایند، آموزش و سایر تصرفات آن جایز است. این عنوان عام است تمام موارد را که امروزه زندگی اجتماعی و سیاسی مردم به آن وابسته است، شامل می‌شود؛ مانند عرصه‌های سیاسی و نظامی، از قبیل آموزش دانش ساخت سلاح‌های نظامی و دفاعی که برای ارتقای قدرت سربازان اسلام لازم است. بنابراین، با استفاده از این فقرة روایت، نیز می‌توان به حکم جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای رسید.

ب) قاعده نفی سبیل

یکی از ادله‌ی جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای، قاعده نفی سبیل یا حفظ استقلال و عزت مسلمانان جهان اسلام است، افزون بر روایت «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه.» (صدوق، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۳۳۴) مستند اصلی قاعده نفی سبیل، آیه شریفه ۱۴۱ سوره نساء است: «وَلَنْ یَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِینَ عَلَى الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً؛ خداوند هرگز بر [زیان] مؤمنان برای کافران راه [تسلطی] قرار نداده است.» بر اساس آیه فوق، خداوند متعال به هیچ وجه اجازه نمی‌دهد تا کفار بر مسلمانان تسلط پیدا کند. از این رو، این آیه هر نوع سیطره کفار بر مسلمانان را در عرصه‌ای سیاسی، نظامی و علمی نفی می‌کند. بنابراین آموزش دانش ساخت تسلیحات هسته‌ای باعث حفظ اقتدار و عزت مسلمانان و برتری نیروهای اسلام در عرصه‌های نظامی و دفاعی می‌گردد. پس بر اساس قاعده نفی سبیل، آموزش دانش ساخت سلاح‌های هسته‌ای مجاز است. افزون بر آن حتی برخی تولید این نوع سلاح‌ها را برای دولت اسلامی لازم و واجب قلمداد کرده‌اند. (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۲۳۷-۲۳۸).

۲-۲-۳. نقد ادله جواز

در پاسخ به ادله‌ای که ظهور در جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای دارد، باید گفت که قبل از نقد سؤالاتی را، مطرح کرد، سپس ضمن نقد، پاسخ دقیق به سؤال‌ها نیز ارائه کرد. آیا واقعاً می‌توان از اطلاق آیه اعداد، حکم اولی جواز آموزش دانش تولید سلاح هسته‌ای را استفاده کرد؟ آیا آموزش دانش تولید تسلیحات که کار بست آن مطلقاً حرام است! کاری بیهوده و مصداق افساد، اعانه بر اثم و اضرار نیست؟ برای دست‌یابی به پاسخ سؤال‌های فوق چند نکته لازم است:

الف) اولاً، شایسته است مفسران و اندیشمندان جهان اسلام آیه اعداد را، در پرتو آیات دیگر قرآن مجید تفسیر نمایند؛ آیاتی که دلالت روشن و قاطع بر اعانه بر اثم، نفی فساد حرث و نسل، ضرر، اسراف، تبذیر و قتل شهروندان عادی دارد. بی‌گمان نگاهی سیستماتیک و نظام وار، در بررسی یک دلیل سبب می‌شود تا ادله مخالف نیز هم‌زمان مورد بررسی قرار گیرد و ممکن است بعد از تحلیل و بررسی ادله موافق

و مخالف، آن نگاه تک‌گزاره که باعث ظهور و اطلاق شأنی دلیل گشته بود محدود گردد. پس به نظر می‌رسد، در آیه اعداد نیز این نگاه و برداشت غیر نظام وار، باعث شده است تا از ظهور شأنی آیه اعداد، حتی لزوم آموزش دانش تولید سلاح هسته‌ای استفاده گردد.

ثانیاً، چنان‌که ذکر شد، بر اساس آیه اعداد «قوة»، هدف از تحصیل دانش ساخت سلاح‌های نظامی، ایجاد رعب در دل دشمن است. لکن آیه این را نمی‌رساند که حتی آموزش دانش ساخت سلاح‌های فسادآور و غیر انسانی مجاز است تا از شما بترسد. از این‌رو، برخی با وجود که مفهوم «قوه» را بسیار وسیع می‌داند، اما در عین حال معتقدند که سلاح‌های کشتار جمعی حرام را شامل نمی‌شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۳۱، ج ۱، ص ۵۸) بنابراین روش آمادگی و ساخت ابزار نظامی مشروع، در آیه اعداد، مفروغ‌عنه گرفته شده است، به این دلیل از اطلاق امر به وجوب اعداد نمی‌توان مشروعیت هرگونه روش و آموزش دانش ساخت تسلیحات نظامی و دفاعی را به دست آورد. پس هرگونه شیوه آمادگی و اعداد، با زمینه‌های حرام و نامشروع، از جمله آموزش دانش تولید سلاح هسته‌ای از اطلاق آیه شریفه اعداد، تخصّصاً خارج است.

ب) از سوی دیگر هدف نهایی آیه اعداد و آیات جهاد صرف آمادگی نیست، بلکه برای اعتلای «کلمة الله» و زمینه‌ساز گسترش خداپرستی در جهان است. ولی این هدف با دستیابی به دانش تولید سلاح‌های هسته‌ای و ایجاد رقابت‌های تسلیحاتی هرگز ممکن نخواهد شد. زیرا فلسفه اصلی جهاد با تحصیل سلاح هسته‌ای منافات دارد؛ هدف از جهاد هدایت و جذب انسان‌ها به مکتب توحید است، ولی آموزش دانش تولید و کار بست تسلیحات هسته‌ای، نه تنها باعث جذب بلکه باعث نابودی نسل بشر و سایر موجودات زنده می‌شود.

ج) در خصوص آیه حذر نیز می‌توان گفت این آیه تنها در مقام بیان آماده‌باش و اتخاذ روش‌های مشروع است، نه در صدد بیان آموزش دانش تولید سلاح هسته‌ای نامشروع که هیچ کاربرد جز حرام ندارد.

د) اما در مورد بررسی روایت تحف العقول باید گفت روایت مشکل دارد؛ زیرا از نظر سند مرسل است و از لحاظ متن نیز مضطرب. از این رو، در بحث آموزش دانش تولید سلاح هسته‌ای اعتماد به آن بسیار مشکل است. از سوی دیگر نمونه‌ای از سلاح کشتار جمعی بسان؛ (سم) در عصر بیان ادله وجود داشته است اما نه تنها هیچ‌گونه دستوری برای آموزش دانش ساخت آن، برای آماده‌باش دفاعی از سوی شارع صادر نشده است، بلکه حتی از کاربرد آن در درگیری‌های نظامی نیز نهی شده است: «قَالَ: عَلِيٌّ (ع) إِنَّ النَّبِيَّ (ص) نَهَى أَنْ يُلْقَى السَّمُّ فِي بِلَادِ الْمُشْرِكِينَ؛ رسول خدا (ص) از پاشیدن سم در شهرهای مشرکان نهی کرده است.» (کلینی، ۱۴۳۰، ج ۵، ص ۲۸؛ حر عاملی، ۱۴۱۱، ج ۱۵، ص ۶۲، ح ۱).

به نظر می‌رسد، این روایت، افزون بر حرمت ساخت و کار بست سلاح هسته‌ای، بر حرمت آموزش دانش تولید آن نیز دلالت روشن دارد. زیرا تولید و کاربرد سلاح، فرع بر آموزش دانش تولید آن است. مسلماً سلاح که از نظر اسلام مشروعیت کاربردی ندارد، یقیناً آموزش دانش ساخت آن نیز مفسده آور و حرام است.

و) در بحث جواز آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای در صورتی مقابله‌به‌مثل نیز باید گفت، اولاً؛ قطعاً آیه، اطلاق ندارد تا از آن حتی مقابله‌به‌مثل با سلاح هسته‌ای استفاده گردد. ثانیاً؛ بفرض که مقابله‌به‌مثل اطلاق داشته باشد، ولی عمومیت آن با سایر ادله شرعی محدود خواهد شد. ثالثاً؛ هر چند برخی باور دارند که اصل جواز اقدام تلافی جویانه است. (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۶۳) ولی در مقابل بسیاری از اندیشمندان و فقها اصل را عدم جواز مقابله‌به‌مثل دانسته‌اند و اجرای آن را تنها در موارد که شارع مجاز دانسته‌اند مشروع می‌دانند. زیرا اقدام تلافی جویانه از آنجاکه ظلم، تجاوز و گناه است، نمی‌توان آن را بر اساس اصل دانست بلکه تنها در آن مواردی که شارع اجازه داده است، اجرای آن مجاز خواهد بود. (غزالی، بی‌جا، ج ۳، ص ۲۷۹).

بنابراین، قاعده مقابله‌به‌مثل، بسان بسیاری از قواعد فقهی و عموماً، دارای استثناهایی است؛ به این دلیل اگر کسی به فردی ظلم کرد، شخص مظلوم مجاز

به ظلم علیه او و یا دیگران نیست؛ زیرا ظلم شرعاً و عقلاً حرام است و این حکم تخصیص بر نمی‌دارد. تا ظلم علیه ظالم جایز باشد؛ و یا اگر شخصی، اموال و املاک فردی را غصب کرد، فرد متضرر نمی‌تواند از باب اقدام تلافی جویانه اموال غاصب را نیز غصب کند؛ و هم‌چنین کسی که مالش توسط شخصی سرقت شده است، از باب مقابله به مثل مجاز به سرقت مال سارق نیست؛ و یا آن کسی که غارت‌گران اموال او را غارت کرده‌اند، وی مجاز به راه زنی از آنان نیست. (علی حیدر، درر الحکام، ج ۲، ص ۶۷)

رابعاً؛ اجرای مطلق مقابله به مثل، مخالف ادله حرمت کشتار بی‌گناهان و وزر است؛ در فقه قاعده تحت عنوان وزر وجود دارد که مستند آن افزون بر عقل، آیاتی از قرآن کریم است؛ مانند آیات ۱۵ اسراء، ۱۶۴ انعام، ۷ نجم و ۱۸ فاطر «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى؛ هیچ بردارنده بار گناه دیگری را بر نمی‌دارد.»

خامساً؛ در بحث اقدام مقابله به مثل همان‌گونه‌ای که ذکر شد، باید موضوع آن تنها خود شخص متجاوز و جانی باشد، زیرا قرآن می‌فرماید: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ؛ (بقره، ۱۹۴) و هر کس به شما تجاوز کرد، پس بر او به مانند آنچه بر شما تجاوز کرده است تجاوز کنید.» پس بر اساس آیه اعتدا به مثل نیز، اقدام متقابل صرفاً در برابر متجاوز جایز است. از این‌رو، غیر متجاوزین از آیه اعتدا موضوعاً خارج است (الخلف، ۱۴۲۸، ص ۹۹)؛ زیرا خداوند می‌فرماید: «وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ؛ (بقره، ۱۹۰). و در راه خدا با کسانی که با شما می‌جنگند بجنگید و [هنگام جنگ از حدود الهی] تجاوز نکنید، که خدا تجاوزکاران را دوست ندارد.»

سادساً؛ اقدام مقابله به مثل نباید باعث اسراف در کشتار گردد. زیرا آیه «اسراف در قتل» نیز کشتار غیر متجاوزین را تحریم کرده است. پس در اقدام متقابل یا قصاص نیز کشتار غیر قاتل از نظر اسلام «اسراف در کشتار» است، قرآن می‌فرماید: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا؛ (اسراء، ۳۳) اسراف در قتل هم به معنای گذر از حد

شرعی کشتن انسان‌ها است که در برخی از روایات تفسیری نیز مراد از «اسراف در کشتار» کشتن غیر قاتل و یا مثله کردن قاتل دانسته شده است. (حر عاملی، ۱۴۱۱، ج ۲۹، ۱۲۷، ح ۲؛ کلینی، ۱۴۳۰، ج ۱۴، ص ۵۳۵). از این رو، آموزش دانش ساخت و استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در حالت مقابله به مثل و قالب حکم ثانوی نیز حرام است.

نتیجه‌گیری

درباره آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای دو دیدگاه وجود دارد؛ دیدگاه جواز و دیدگاه حرمت؛ بر اساس ادله جواز، آموزش علوم و دانش ساخت سلاح هسته‌ای برای آمادگی نظامی و دفاعی لازم است همان‌گونه که اصل تولید تسلیحات جنگی ضرورت دارد. اما بر اساس دیدگاه حرمت آموزش دانش ساخت سلاح هسته‌ای از باب إعانه بر اثم، فساد و مقدمه فساد حرام است، مگر در صورتی که آموزش آن منجر به بازدارندگی و یا مقابله با آسیب‌های کار بست سلاح هسته‌ای گردد

فهرست منابع

قرآن.

نهج البلاغه.

۱. ابن منظور، محمّد بن مكرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، بيروت: دار صادر.
۲. آلوسی، شهاب الدين سيد محمود (۱۴۲۲)، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظيم، تحقيق: علی عبدالباری عطيه، بيروت: دارالکتب العلمیه چاپ دوم.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱)، کتاب المکاسب، قم: دارالذخائر.
۴. بجنوردی موسوی، سيد ميرزا حسن (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.
۵. حرانی، حسن بن شعبه (۱۴۰۴)، تحف العقول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۱)، وسایل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۷. الخلف، جمیل بن عبدالحسین (۱۴۲۸)، قاعدة المعامله بالمثل وتطبيقاتها الفقهیه، جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیه.
۸. خمینی، روح الله (۱۴۱۵)، المکاسب المحرّمه، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۹. خمینی، روح الله (۱۴۱۵)، بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ سوم.
۱۰. خوانساری، آقا جمال الدين محمد (۱۳۶۶)، شرح برغررالحکم و دُرر الکلم، تهران: دانشگاه تهران.
۱۱. خوئی، سيد ابوالقاسم (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم: مکتبه الداوری.
۱۲. راوندی، قطب الدين سعید بن عبدالله (۱۴۰۵ ق)، فقه القرآن، تحقيق: سيد احمد حسینی، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

۱۳. رشیدرضا، محمد (۱۹۹۰)، تفسیرالقرآن الحکیم (تفسیرالمنار)، مصر: الھیئۃ المصریۃ العامۃ للکتاب.
۱۴. الزحیلی، دکتر وهبه بن مصطفى (۱۴۱۸)، التفسیرالمنیر فی العقیدہ والشریعۃ والمنهج، دمشق: دارالفکر المعاصر.
۱۵. سبحانی، سعید (۱۴۲۰)، نیل الوطر من قاعدة لاضرر، قم: بی نا.
۱۶. سیفی، علی اکبر (۱۴۲۵)، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیۃ الاساسیۃ، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. شیخ صدوق، ابوجعفر محمدبن علی (۱۴۰۴ ق)، من لایحضره الفقیه، قم: جامعۃ مدرسین، چاپ دوم.
۱۸. شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، التبیان فی تفسیرالقرآن، تحقیق: احمد حبیب قیصرالعالمی، بیروت: مکتب الاعلام العالمی.
۱۹. طیب، سید عبدالحسین (۱۳۸۶)، اطیب البیان فی تفسیرالقرآن، قم: مؤسسۃ سبّطین.
۲۰. عاملی غروی، جواد بن محمد (۱۴۱۹)، مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۳)، فقه سیاسی، تهران: انتشارات امیر کبیر، چاپ دوم.
۲۲. غزالی، محمد (بی تا)، احیاء العلوم الدین، محقق: عبدالرحیم بن حسین حافظ عراقی، بیروت: دار الکتاب العربی.
۲۳. فخرالرازی، محمدبن عمر (۱۴۲۰)، التفسیرالکبیر، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ سوم.
۲۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۳۰)، الکافی، قم: مؤسسۃ دارالحديث العلمیۃ والثقافیۃ.
۲۵. محسنی، محمد آصف (۱۴۲۹)، حدود الشریعۃ، قم: بوستان کتاب.

۲۶. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۷. مدرسی، سید محمدتقی (۱۳۸۰)، الفقه الإسلامی احکام جهاد، قم: انتشارات محبان الحسین^(ع).
۲۸. مدرسی، سید محمدتقی (۱۴۲۷)، الفقه الإسلامی (تعليقات على العروة الوثقى ومهذب الأحكام)، بیروت: دارالقاری.
۲۹. مشکینی، میرزا علی (۱۴۱۳)، اصطلاحات الأصول و معظم ابحاثها، چاپ پنجم، قم، دفتر نشر الهادی.
۳۰. مشکینی، میرزا علی (۱۴۳۴)، مصطلحات الفقه، قم: مؤسسه دارالحديث العلمیه والثقافیه.
۳۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا)، زبده البيان فی احکام القرآن، تهران، المكتبة الجعفریه.
۳۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا)، مجمع الفائده والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، لجامعة المدرسين بقم.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر و دیگران (۱۳۶۳)، تفسیرنمونه، طهران، دارالکتب الاسلامیه.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰)، القواعد الفقهيّه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین^(ع).
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۶)، انوارالفقاهه، کتاب التجاره، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب^(ع).
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۶)، نفحات الولاية، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب^(ع).
۳۷. منتظری، حسینعلی (۱۴۱۷)، دراسات فی مکاسب المحرمه، چاپ اول، قم: مکتبه آیت الله العظمی المنتظری.

۳۸. نراقی، المولی احمدبن محمد مهدی (بی تا)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، بی جا.

۳۹. نراقی، المولی احمدبن محمد مهدی (۱۴۱۵)، مستند الشیعہ فی احکام الشریعہ، قم: مؤسسہ آل البیت لاحیاء التراث.

بررسی قاعده ارش از منظر فقه امامیه

محمدیاسین محسنی^۱

چکیده

قرائت مشهور از قاعده در کلمات فقها عبارت «کل مالا تقدیر له ففیه الارش» است. در قبال ارش دیه قرار دارد و طبعاً با عبارت «کل ما تقدیر له او کل شیء مقدر ففیه الدیه»؛ شناخته می‌شود. این قرائت معروف از ارش در باب دیات باعث شکل‌گیری ذهنیت تقابل ارش با دیه و دوگانگی ماهیت این دو شده است. بر مبنای همین نگاه دیه حکم اولی و ارش حکم ثانوی شمرده شده که در موطن شک جعل شده است. هم‌چنین مهم‌ترین دلیل ارش نیز اجماع دانسته شده است. از آنجایی که اجماع نیز محتمل است مدرکی باشد، ممکن است قاعده ارش خالی از دلیل محکم شرعی پنداشته شود. در حالی که بررسی جامع دیدگاه‌های فقها در ارتباط با دیه و ارش و نیز ادله آن دو می‌رساند که ارش همان دیه غیر مقدر است و به لحاظ ماهیت تفاوتی با دیه ندارد. تعبیر «کل مالا تقدیر له ففیه الارش» نه معنی و مقوم ماهیت ارش بلکه محل جریان و مورد استعمال قاعده ارش است. حتی با فرض دوگانگی ماهیت دیه و ارش و عدم شمول ادله دیه بر ارش، باید گفت ارش دلایل مخصوص به خود را دارد که علاوه بر اجماع و سیره عقلا می‌توان به روایات صحیح و موثقی استناد کرد که به شکل خاص بر ارش دلالت دارند. با توجه به اهمیت ارش در حقوق جزای اسلام، نوشتار حاضر درصدد بیان و توضیح ادله اثبات ارش و نسبت آن با «دیه» است که از روش کتابخانه‌ای در جمع‌آوری داده‌ها و از روش تحلیلی توصیفی در تجزیه و تحلیل داده‌ها بهره برده است.

واژگان کلیدی: ارش، قاعده، فقه، دیه، امامیه

۱. دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، مجتمع آموزش عالی فقه، جامعه المصطفی العالمیه، ایران، قم.

مقدمه

قاعده ارش چه در معاملات و چه در باب دیات از قواعد مهم و پرکاربرد است. به خصوص امروزه، پیچیدگی و تنوع روابط اجتماعی چه در حوزه معاملات و چه در قلمرو جنایات بر مادون نفس انسان، اهمیت این قاعده را دوچندان می‌کند که باید متناسب با شرایط زمان مورد کنکاش قرار بگیرد تا بتوان به صورت کاربردی و به‌دور از ابهام در بخش‌های مربوطه اعمال و اجرا کرد.

قاعده ارش به‌طورکلی در سه بخش (عیب، جنایت و ضمان ناشی از ید) مطرح است. به دلیل گستردگی مباحث هر بخش، نمی‌توان همه مطالب را در قالب یک مقاله طرح و ارائه کرد. در نوشتار حاضر قاعده ارش در بخش جنایت، مورد بررسی قرار گرفته است و به تناسب، اشارات کوتاهی نیز به ارش عیب شده است. بحث ارش در باب جنایت نیز دامنه گسترده‌ای دارد. مسائل متعددی چون: چیستی ارش، ماهیت ارش، ادله ارش، چگونگی تعیین ارش، تفاوت ارش با مفاهیم مشابه مانند: «حکومت»، «دیه» و «اجتهاد»، محل کاربرد قاعده ارش، آثار و ویژگی‌های ارش، مشکلات و نکات مبهم ارش، سقف ارش و مسائل دیگر در باب ارش، مطرح و مورد پرسش است.

در نوشتار حاضر، چند مسئله مهم در بحث ارش؛ یعنی چیستی، ماهیت و ادله ارش، بررسی شده‌اند. ابتدا چیستی ارش، سپس ماهیت ارش و این‌که ارش با دیه تفاوت ماهوی دارد یا مصداقی، هم‌چنین حکم اولی یا ثانوی بودن ارش و نیز کیفر یا جبران خسارت بودن ارش مورد کنکاش قرار گرفته‌اند. هم‌چنین ادله ارش که یکی از مهم‌ترین مباحث در این زمینه به‌شمار می‌رود مورد ارزیابی قرار گرفته است.

۱. مفهوم‌شناسی

در قسمت مفهوم‌شناسی این مقاله، تنها به بیان معانی لغوی و اصطلاحی کلیدی‌ترین واژه این مقاله؛ یعنی «ارش» پرداخته شده است.

۱-۱. معنای لغوی ارش

فراهیدی، ارش را به دیه جراحات معنی می‌کند و سپس از زبان لغت‌شناس دیگری به نام حماس نقل قول می‌کند که ارش به معنای قیمت و بهای آب است؛ زمانی که گروهی بر تو وارد شود و تو امکان استفاده از آب را به آن‌ها ندهی تا زمانی که قیمت آب را از آن‌ها بگیری (فراهیدی، ۱۴۱۰: ج ۶، ص ۲۸۶).

صاحب ابن عباد ارش را به دیه جراحات معنی کرده است (صاحب ابن عباد، ۱۴۱۴: ج ۷، ص ۳۵۷). ابن منظور، دو معنی برای ارش ذکر می‌کند. یکی دیه جراحات و دیگری مقدار تفاوت قیمت کالای سالم و معیوب در بیع. از تعبیر به کار گرفته شده (و الارش من الجراحات) و تقسیمی که بیان می‌کند این‌گونه برداشت می‌شود که ابن منظور معنی ارش را عام می‌داند که با توجه به مضاف الیه خود دارای تعریف خاص خواهد بود. در مورد ارش جراحات می‌نویسد: ارش جراحات مقدار جریمه مالی است که اندازه‌اش معلوم نیست. «والارش من الجراحات، مالیس له قدر معلوم» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۶۴).

ابن منظور از تعبیر ارش به دیه جراحات با عبارت «قیل» یاد می‌کند که گویا این معنی ارش مورد تأیید ایشان نیست. (همان)

در ارتباط با معنای دوم ارش که در حوزه معاملات مطرح است ابن منظور با اشاره به کاربرد واژه ارش در زبان احادیث می‌نویسد: ارش در لسان احادیث، به عنوان حکومت، چیزی است که مشتری هنگام اطلاع از وجود عیب در مبیع از بایع دریافت می‌کند. «وقد تكرر فی الحدیث ذکر الارش المشروع فی الحکومات و هوالذی يأخذہ المشتري من البایع اذا اطلع علی عیب فی المبیع» (همان).

به نظر می‌رسد هر دو معنای ذکر شده در لسان العرب، مفهوم لغوی ارش نباشد بلکه تعریف اصطلاحی ارش است. مگر این که گفته شود در این جا معنای اصطلاحی همان معنای لغوی است. اما باز هم نمی‌تواند قابل دفاع باشد چراکه بقیه لغت‌شناسان چنین تعبیری را در مورد ارش به کار نبرده‌اند. باین‌همه، ابن منظور تعریفی سوم را برای ارش نقل قول می‌کند که می‌توان این تعریف را به عنوان مفهوم

لغوی از ارش و قدر جامعی برای هر دو معنای پیش‌گفته ذکر کرد. در این تعریف ارش را با نقل قول از لغت‌شناس دیگری به معنای «خصومت و اختلاف» ذکر کرده است. لغت‌شناسی به نام قتیبی در معنای ارش می‌گوید: آنچه را که به‌عنوان تفاوت بین قیمت کالای سالم و معیوب پرداخت می‌شود، ارش گفته می‌شود. برای اینکه مشتری مثلاً لباس را برفرض سالم بودن خریده است، وقتی بر عیب ناشی از پارگی لباس واقف می‌شود بین او و فروشنده ارش واقع می‌شود؛ یعنی خصومت و اختلاف ایجاد می‌گردد. مثلاً وقتی کسی می‌گوید: «ارشتُ بین الرجلین»، یعنی این که آن دو مرد را علیه هم تحریک کرده و بینشان شر ایجاد کرده است. به همین مناسبت نقص ناشی از عیب در لباس، ارش نامیده شده است، البته زمانی که عیب به وجود آمده سبب ارش، به اندازه باشد که موجب ارش و خصومت گردد (همان).

چنانکه ذکر شد این معنی از ارش را می‌توان به‌عنوان قدر مشترکی بین معانی پیش‌گفته در نظر گرفت و قائل شد به این که همان‌گونه که عیب موجود در کالا موجب خصومت و اختلاف بین مشتری و بایع می‌شود به همان صورت، ایراد جراحات بر نفس نیز موجب خصومت و اختلاف و شر بین جراح و مجروح می‌شود. چنانکه نزدیک به همین معنی را فیومی در مصباح‌المنیر بیان می‌کند؛ ایشان می‌نویسد: ارش جراحات به معنای دیه جراحات است. جمع ارش اروش است. واژه ارش در اصل به معنای فساد است. چنان چه وقتی کسی می‌گوید «ارشتُ بین القوم تأریشاً» به این معنی است که رابطه نیک آن‌ها را به فساد و تباهی کشانده است. سپس ارش در رابطه با نقصان اعیان استعمال شده است به این جهت که نقصان نوعی فساد در اعیان و کالا محسوب می‌شود (فیومی، بی‌تا: ج ۲، ص ۱۳). طریحی در مجمع‌البحرین نیز همین معنی از ارش را ذکر می‌کند (طریحی، ۱۴۱۶: ج ۴، ص ۱۲۹).

تعاریف ذکر شده را می‌توان به دو گونه ترسیم کرد: تعاریفی که ناظر به معنی اصطلاحی ارش است و تعاریفی که اشاره به وجه تسمیه واژه ارش داد. تعاریفی که

ارش را به دیه جراحات، دیه جراحی که اندازه اش معلوم نیست، مابه التفاوت قیمت صحیح و معیّب، معنی می کند، اشاره به کاربرد اصطلاحی ارش دارد. چنانچه بعداً خواهیم دید در تعاریف اصطلاحی معانی مذکور آمده است. تعاریفی که ارش را به خود جراحی و خراش، خصومت و اختلاف، فساد و سبب نزاع، معنی می کند؛ ناظر به نامگذاری اولیه ارش و علت این نامگذاری است. به نظر می رسد دسته دوم از معانی ذکر شده برای واژه ارش را می توان به عنوان مفهوم لغوی، در نظر گرفت.

۱-۲. معنای اصطلاحی ارش

منظور از مفهوم اصطلاحی واژه ارش، کاربرد این واژه در اصطلاح فقهی آن است. فقها به صورت مشخص و تحت عنوان خاص، واژه ارش را تعریف نکرده است. آنچه مطرح شده است در ضمن مباحث و موضوعات فقهی چون: دیات، قصاص عضو، راه های جبران خسارت های مدنی و بیان احکام آن ها به تناسب، از واژه ارش نام برده و به توضیح کوتاه از مفهوم ارش بسنده کرده اند. بنابراین، از لابه لایی مباحث فوق می توان به دو کاربرد از مفهوم اصطلاحی واژه ارش دست یافت.

۱-۲-۱. امور غیر مقدر در شرع

به هر آنچه که در شرع اندازه ای برایش تعیین نشده است، ارش اطلاق می شود. در تعبیر و اصطلاحات اکثر فقها اصطلاح «کل مالا تقدیر له» در تبیین واژه ارش، به کار رفته است:

۱. کل مالا تقدیر فیه فی الحر ففیه الارش (حلی، ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۶۶۹). علامه حلی در جای دیگر و قتی راجع به دیه اعضا بحث می کند، بعد از ذکر دیه اعضا، می فرماید: «و کل مالا تقدیر فیه یجب فیه الارش» (حلی، ۱۴۱۳: ۶۷۰-۶۶۹).

۲. «کل ما لا تقدیر فیه ففیه الارش المسمی بالحکومه» (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ص ۱۶۸).

۳. «کل غیر مقدر ففیه الحکومه، وهی الارش فی العبد للمولی و فی الحر جزء من الدیه نسبتبه الیها» (حلی، ۱۴۲۱: ص ۳۶۲).

۴. مرحوم کاشانی در کتاب الدیات، می نویسد: دیه اعضا دو قسم است؛ یکی این که مقدار خاص از دیه برایش تعیین شده است و دیگری دیه خاص برایش مشخص

نشده است. آنکه مقدار خاص برایش تعیین نشده است، حکومت نامیده می‌شود و از حکومت تعبیر به ارش می‌کند (کاشانی، ۱۴۰۸: ص ۱۶۲).

۵. مرحوم خوئی یکجا، گویا نظر خودش را در رابطه با واژه ارش بیان می‌کند و می‌فرماید: «کل جنایه لا مقدر فیها شرعاً فیه الارش» (خوئی، ۱۴۲۲: ج ۴۲، ص ۲۶۲)؛ و در جای دیگر در مورد دیه اعضا می‌نویسد: قطع عضو دو قسم است، اول آن که اندازه خاص در شرع ندارد و دوم آن که اندازه خاص در شرع دارد. آن که مقدر شرعی ندارد مشهور گفته‌اند؛ در آنجا قاعده ارش جاری می‌شود که از آن به حکومت تعبیر می‌شود. در اینجا مرحوم خوئی، این حکم را به مشهور نسبت می‌دهد. «اما الاول (آن جایی که مقدر شرعی ندارد)، فالمشهور ان فیه الارش و یسمى بالحکومه» (خوئی، ۱۴۲۲: ج ۴۲، ص ۳۲۰).

۶. «إعلم أن کل مالا تقدیر فیه شرعاً فیه الارش المسمى بالحکومه». (موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۵۷۱).

۲-۱- تفاوت قیمت صحیح و معیوب یا تفاوت دیه عضو سالم با عضو ناقص

بعضی از فقها ارش را به تفاوت قیمت معنی کرده‌اند:

۱. علامه حلی در قواعد الاحکام می‌گوید: ارش و حکومت یکی است و معنایش این است که مجنی علیه حر با فرض عبد بودن، قبل و بعد از جنایت قیمت‌گذاری می‌شود و به نسبت تفاوت قیمت، دیه عضو مورد جنایت اخذ می‌شود؛ اما در مورد عبد، در دو حالت صحیح و معیوب قیمت‌گذاری می‌شود و به اندازه نقصان وارده به مولایش پرداخت می‌گردد (حلی، ۱۴۱۳: ص ۶۹۱).

۲. سید ابوالقاسم خوئی در معنی ارش که حکومت نامیده می‌شود، می‌گوید: ارش این است که انسان آزاد را حر فرض کنیم و در دو حالت صحیح و معیوب قیمت‌گذاری می‌شود مقدار تفاوت بین دو قیمت اخذ می‌شود. البته اگر جنایت موجب نقصان شده باشد، اما اگر موجب تفاوت نشده باشد در این صورت امر دست حاکم است که می‌تواند هرچه را از جانی مصلحت بداند بگیرد (خوئی، ۱۴۲۲: ج ۴۲، ص ۳۳۰).

۳. صاحب جواهر ابتدا راجع به همسانی دو واژه ارش و حکومت اشاره می‌کند و می‌گوید: در هر مورد که ما قائل به ارش یا حکومت هستیم، این دو واژه به مفهوم اصطلاحی آن

به یک معناست. سپس می‌گوید: معنی ارش این است که مجروح، با فرض مملوک بودن آن، در دو حالت صحت و جراحت، قیمت‌گذاری می‌شود. در این حالت با توجه به نسبت قیمت که از مقایسه دو حالت صحیح و مجروح به دست می‌آید تفاوت قیمت شناخته می‌شود و به همان میزان از دیه خود نفس نه عضو، به‌عنوان ارش گرفته می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ص ۳۵۳).

۴. ارش، مقدار مالی است که به‌عنوان جبران خسارت مالی یا بدنی که در شریعت برای آن اندازه‌ای مشخص نشده به خسارت‌دیده پرداخت می‌گردد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ج ۱، ص ۳۵۴).

با توجه به موارد ذکر شده از مفهوم اصطلاحی واژه ارش، چند نکته قابل توجه است:

اول؛ همانگونه که اشاره گردید، دو تعبیر از مفهوم اصطلاحی ارش در عبارات فقها استفاده شده است؛ یکی، خسارت یا جنایتی که اندازه مشخص در شرع برایش تعیین نشده است و دیگری، مابه‌التفاوت قیمت صحیح و معیوب در کالا یا تفاوت قیمت ناشی از جراحت در نفس و بدن. به نظر می‌رسد، اصطلاح اول را جز با مسامحه، نمی‌توان تعریف اصطلاحی واژه ارش دانست. چراکه اولاً: علی‌القاعده باید علاقه بین معنی لغوی و اصطلاحی کلمه وجود داشته باشد؛ درحالی‌که در اینجا چنین رابطه و وجود ندارد. قبلاً ذکر شد که اکثر لغت‌شناسان، قید «کل ما لا تقدیر فیه» را در مفهوم لغوی ارش بیان نکرده‌اند. چند موردی هم که این قید در معنای لغوی این واژه در کتب لغت ذکر شده بود ناظر به معنی اصطلاحی آن بوده است.

دوم؛ مطابق نظر مشهور فقها، عبارت «کل ما لا تقدیر فیه فیه الارش» بیان‌کننده موضوع و محل جریان قاعده ارش است. یعنی هر جا که خسارتی یا جنایتی واقع شود، اگر در شرع برای آن دیه مشخص وجود داشته باشد محل جریان دیه و گر نه قاعده ارش جریان پیدا می‌کند. حالاً مصادیق «کل ما لا تقدیر» می‌تواند عیب در کالا، جنایت بر اعضا و موارد ضمان ناشی از ید مضمونه مثل غضب یا اتلاف باشد. با توضیحات فوق می‌توان گفت: تعریف دوم که ارش را به مقدار مالی که با

نسبت‌سنجی بین دو حالت صحیح و معیّب در کالا و صحیح و مجروح در انسان به دست آمده و ناشی از ایراد خسارت یا جراحت باشد، معنی می‌کند، مفهوم اصطلاحی واژه ارش است. این معنی تناسب بیشتری با معنای لغوی ارش دارد. چنانکه قبلاً بیان شد اکثر لغت‌شناسان ارش را به جراحت و خراش، خصومت و اختلاف، فساد و سبب نزاع، معنی کرده‌اند. طبعاً کسی که به ناحق موجب ایراد جراحت، خصومت و فساد می‌شود باید جبران کند. حتی اگر شرع هم در این موارد حکمی نمی‌داشت عقل خود حاکم به جبران زیان وارده می‌بود. در چنین حالتی بارزترین مصداق جبران خسارت پرداخت مال از طرف زیان‌ده به زیان‌دیده به نسبت زیان وارده است و این همان معنی اصطلاحی ارش است. بر این اساس باید گفت کاربرد واژه ارش نسبت به مصادیق آن یعنی عیب کالا، جنایت وارده بر اعضا و منافع انسان و ضمان ناشی از ید مضمونه، از باب اشتراک معنوی خواهد بود که با لحاظ معنای لغوی و با توجه به علاقه بین مصادیق ارش نسبت به همدیگر در نظر گرفته شده و به کار رفته است. شاید بتوان تعریف ذیل از واژه ارش را که برداشتی از مصطلحات فقها در رابطه با ارش است احتمالاً بهترین تعریف اصطلاحی این واژه دانست.

برخی از محققان در این زمینه می‌نویسند: «یطلق فی لسان الفقهاء علی ما یؤخذ فی المعاوضة بدل نقص أو عیب فی أحد العوضین، أو نقص فی عین أو منفعة مضمونة بالید کما فی الغصب و غیره و علی ما یدفع بدل جنایة لم یقدر لها فی الشرع مقدر، و علی عوض البکاره و غیر ذلك، و کلّ هذه المعانی مأخوذة من نفس المعنی اللغوی» (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ج ۱۰، ص ۱۰).

باید یادآوری کرد که ذکر عبارت «لم یقدر لها فی الشرع مقدر» به عنوان قید در تعریف ارش جنایت، غیر لازم است. زیرا همان‌طور که بیان شد اولاً، قید مذکور در واقع محل جریان ارش در مقایسه با دیه است و ثانیاً، قید مذکور برخلاف ادعای مُعرّف، بیگانه از معنی لغوی است. گفته شد که درست است این قید در کتاب لغت آمده اما ناظر به معنی اصطلاحی ارش است نه معنای لغوی آن.

نکته دوم، راجع به تفاوت و تشابه ارش با واژه حکومت است. چنان‌که در تعاریف فقها از واژه ارش ملاحظه شد، اکثر فقها ارش را همان حکومت دانسته‌اند. بنابراین می‌توان گفت، برابر نظر مشهور، کاربرد ارش و حکومت یکی است. در عین حال بعضاً در عبارات فقها تعابیری به کار رفته است که نشان می‌دهد ارش با حکومت متفاوت است. در این خصوص باید گفت که حکومت در اصطلاح فقها دو معنی دارد. یکی به همان معنی ارش است که با نسبت‌سنجی تفاوت قیمت گرفته می‌شود و دیگری به معنی مصالحه یا آنچه را که حاکم اسلامی مصلحت می‌داند، است؛ و آن درجایی است که جنایت وارده مثلاً موجب تفاوت قیمت نشود. در اینجا حاکم اسلامی برای از بین بردن اختلاف، دعوی را با مصالحه یا با تعزیر حل می‌کند. چنانکه امام خمینی^(ع) در این خصوص می‌فرماید:

«الارش و الحكومة التی بمعناه انما یکون فی موارد لوقیس المعیب بالصحیح یکون نقص فی القيمة، فمقدار التفاوت هو الارش و الحكومة التی بمعناه، و أما لو فرض فی مورد لا توجب الجنایة نقصاً بهذا المعنی و لا تقدیر له فی الشرع کما لو قطع إصبعه الزائدة أو جنی علیه و نقص شمه و لم یکن فی التوقیم بین مورد الجنایة و غیره فرق فلا بد من الحكومة بمعنی آخر، و هی حکومت القاضی بما یحسم ماده النزاع إما بالأمر بالتصالح أو تقدیره علی حسب المصالح أو تعزیره» (موسوی خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۹۳).

۲. ماهیت ارش

در مورد ماهیت ارش سؤالاتی مطرح است؛ از جمله این‌که آیا ارش کیفر است یا یک نوع جبران خسارت؟ آیا ارش، حکم اولی است یا حکم ثانوی؟ آیا ارش ماهیت دوگانه با ماهیت دیه دارد یا این‌که ماهیت دیه و ارش یکی است؟

در پاسخ به سؤالات فوق ابتدا باید گفت که به‌طور کلی ارش در دو حوزه معاملات و جنایات مطرح است. در معاملات، از آن به ارش عیب تعبیر می‌کند و در جنایات، به‌عنوان ارش الجنایه نام برده می‌شود. گرچه در کلیت بحث از ارش شاید تفاوت

چندانی بین ارش عیب و ارش جنایت نباشد با آن‌هم، در خیلی از مسائل بین دو ارش عیب و جنایت تفاوت‌های وجود دارد. مثلاً همان‌طور که متعلق ارش عیب کالا و متعلق ارش جنایت، اعضا و منافع اشخاص است، مقدار ارش، شیوه محاسبه ارش، مقام محاسبه‌کننده و اینکه ارش جنایت در واقع جزئی از دیه است باهم تفاوت دارد. هم‌چنین ارش عیب و ارش جنایت هرکدام دلایل خاص خود را دارد. از آن جایی که در این نوشتار محور اصلی بحث ارش جنایت است، به اختصار به دو سؤال نخست در مورد ارش عیب پرداخته شده و سپس سؤال‌های فوق با محوریت ارش الجنایه پی گرفته خواهد شد.

۱-۲. ارش عیب

در این که ارش عیب یک نوع کیفر است یا نه مورد اختلاف است؛ به این صورت که آیا مقدار ارش که باید صاحب کالای معیوب پرداخت کند بخشی از بهایی است که مشتری مقابل کالا پرداخته است؛ به این معنا که مقدار از ثمن مقابل صفت سالم بودن کالا قرار می‌گیرد و بدین لحاظ مشتری حق دارد آن را از فروشنده باز پس بگیرد، یا این که تمام قیمت پرداختی در مقابل کالای معیوب به ملک فروشنده در آمده و در این صورت مشتری می‌تواند به‌عنوان غرامت مابه‌التفاوت را از فروشنده بگیرد. اگر قائل شدیم به این که ارش جزئی از بهای پرداختی است در این صورت چند تا اثر بر این قول مترتب خواهد شد. اول این که ارش می‌بایست از جنس همان بهای پرداختی باشد نه جنس دیگر. دوم این که ماهیت ارش در این فرض کیفر نخواهد بود بلکه صرف جبران عیب موجود در کالا است. برعکس اگر قائل به این شدیم که ارش جزء از بهای پرداختی نیست در این صورت باید گفت که ماهیت ارش کیفر است و دیگر لازم نیست ارش از جنس بهای پرداختی باشد. در این که ارش کدام یک از دو مورد پیش‌گفته است بین فقها اختلاف است. به‌عنوان نمونه مرحوم شهید ثانی در شرح لمعه معتقد است ارش جزء از ثمن است (عاملی، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۴۷۵). در مقابل صاحب جواهر می‌گوید تحقیق این است که بگوییم ارش غرامت است نه جزء از ثمن (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۳، ص ۲۹۵). این که کدام قول درست است و قائلین آن

کیان‌اند و دلایلشان چیست مجال دیگری می‌طلبد.

در مورد این‌که ارش عیب حکم اولی است یا حکم ثانوی به اختصار می‌توان گفت اگر دلیل ارش عیب را عمومات اوفوا بالعقود، تجاره عن تراض، ضمان، اتلاف و روایات خاصه در خصوص خیار عیب وارد شده است بدانیم، می‌توان گفت مفاد این عمومات حکم اولی است یعنی این گونه نیست که این عمومات در موطن شک صادر شده باشد؛ بنابراین ارش عیب نیز حکم اولی است؛ شاید به همین دلیل است که نحوه محاسبه آن نیز در روایات ذکر شده است.

۲-۲. ماهیت ارش جنایت

به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال که آیا ارش ماهیت غیر از ماهیت دیه دارد یا خیر؟ تا حدودی به روشن شدن دو سؤال دیگر پیرامون ارش (آیا ارش کیفر است یا نه، حکم اولی است یا ثانوی)، کمک خواهد کرد.

۱-۲-۲. همسانی یا دوگانگی ماهیت ارش و دیه

در اکثر کتب فقهی عبارت «کل مالا تقدیر له فیه الارش» ذیل واژه ارش دیده می‌شود. از طرفی مهم‌ترین تفاوت ارش با دیه نیز همین مسئله دانسته شده است. همین نگاه باعث این تصور شده است که ماهیت ارش غیر از ماهیت دیه است. حالا باید دید آیا ماهیت دیه به مقدر بودن و ماهیت ارش به عدم تقدیر است. این نگاه حداقل با تعریف اکثر فقها از دیه مطابقت ندارد. صاحب جواهر در تعریف دیه می‌فرماید: مراد از دیه مالی است که جانی به واسطه ایراد جنایت بر نفس و پایین‌تر از نفس (اعضاء) انسان آزاد، باید بپردازد. فرقی نمی‌کند که مال بدل از جنایت مقدر باشد یا نه. گرچه دیه به مال مقدر و ارش و حکومت به مال غیر مقدر اختصاص داده شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ص ۳).

مرحوم خوئی اما برخلاف دیگر فقها دیه را به مال معینی که به خاطر جنایت بر نفس یا عضو یا جراحت یا مثل آن پرداخته می‌شود، معنی کرده است (خوئی، ۱۴۲۲: ج ۴۲، ص ۲۳۰). ایروانی در کتاب دروس تمهیدیه، دیه را به غرامت مالی مشروع مثل جزای بر ارتکاب جنایت معی می‌کند و می‌نویسد: دیه به مقدر و غیر

مقدر شرعی تقسیم می‌شود و علت این تقسیم به این جهت است که جنایت یا اندازه معین شرعی دراد یا ندارد که در صورت تقدیر شرعی به آن دیه و در غیر مقدر به آن ارش گفته می‌شود (ایروانی، ۱۴۲۷: ج ۳، ص ۳۳۷ - ۳۳۶).

شهید ثانی در مساک الافهام، می‌نویسد: دیه مال واجبی است که به سبب جنایت بر انسان آزاد اعم از نفس یا مادون نفس پرداخته می‌شود. دیه به جنایات که تقدیر شرعی دارد اطلاق می‌شود اصالتاً و ارش بر جنایات غیر مقدره شرعی استعمال می‌شود تبعاً. در هردو صورت عنوان دیه شامل هردو می‌شود یعنی هم مقدر و هم غیر مقدر منتها با این تفاوت که به مالی مقدر ناشی از جنایت اصالتاً دیه گفته می‌شود و به مالی غیر مقدر به تبع دیه مقدر، دیه گفته می‌شود. (عاملی، ۱۴۱۳: ج ۱۵، ص ۳۱۶).

از مجموع تعاریف ذکر شده چنین بر می‌آید که ارش حقیقتی غیر از دیه ندارد، به جنایات غیر مقدره که متعلق ارش است نیز می‌توان دیه گفت؛ به عبارت دیگر، مالی

۱ - تقریباً می‌توان گفت تمام فقهای که دیه را تعریف کرده‌اند ارش را نیز شامل تعریف دیه دانسته‌اند: ۱- حائری در ریاض المسائل: ج ۱۶، ص ۳۴۴؛ «کتاب الدیات جمع دية بتخفيف الباء، و هي: المال الواجب بالجنایة على الحر في نفس أو ما دونها، و ربما اختصت بالمقدر بالأصالة، و أطلق على غيره اسم الارش و الحكومة، و المراد بالعنوان ما يعم الأمرين...» ۲- حائری در کتاب الشرح الصغير فی شرح مختصر النافع - حديقة المؤمنین، ج ۳، ص ۴۵۵؛ «الديات جمع دية بتخفيف الباء، و هي: المال بالجنایة على الحر في النفس أو ما دونها؛ و ربما اختصت بالمقدر بالأصالة، و أطلق على غيره اسم الارش و الحكومة؛ و المراد بالعنوان ما يعم الأمرين» ۳- امام خمینی در تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۵۵۳؛ «کتاب الدیات و هي جمع الدية بتخفيف الباء، و هي المال الواجب بالجنایة على الحر في النفس أو ما دونها، سواء كان مقدراً أولاً، و ربما يسمى غير المقدر بالارش و الحكومة، و المقدر بالدية»؛ ۴- امام خمینی در زبدة الاحکام، ص ۲۳۵؛ «الدية هي المال الواجب بالجنایة المؤدية لإتلاف النفس أو ما دونها و يسمى غير المقدر في الشرع: بالارش و الحكومة، و المقدر: بالدية»؛ ۵- مرعشی نجفی در کتاب منهاج المؤمنین؛ ج ۲، ص: ۲۷۹؛ «الدية: هي المال الواجب بالجنایة على النفس و ما دونها من الطرف أو الجرح، سواء أ كان مقدراً أم لا. و ربما يسمى غير المقدر شرعاً بالارش و الحكومة و المقدر يسمى بالدية»؛ ۶- مرحوم سبزواری در مهذب الاحکام، ج ۲۹، صص: ۶۰-۶۱؛ «کتاب الدیات و هي جمع دية و أنها المال الواجب بالجنایة على النفس أو ما دونها... كما في القصاص، فالدية إما في النفس أو في ما دونها، و الثاني لها أفراد كثيرة، فقد تكون بالجرح أو البتر أو الخدش أو غيرها. و المال إما مقدر شرعاً فيسمى بالدية كما يأتي، أو غير مقدر شرعاً فيسمى بالارش أو الحكومة»؛ ۷- عاملی ترحیني در زبدة الفقهيه فی شرح روضه المبهي، ج ۹، ص: ۵۵۰؛ «و المراد بالدية: هي المال الواجب بالجنایة على الحر في النفس أو ما دونها، سواء كان له تقدير شرعی أو لا، و ربما اختصت الدية بالأول، و يسمى الثاني بالحكومة أو الارش»؛ ۸- روحانی در کتاب فقه الصادق، ج ۲۶، ص ۱۷۴؛ «کتاب الدیات: جمع دية - بتخفيف الباء- و هي المال المفروض في الجنایة على النفس، أو الطرف، أو الجرح، أو نحو ذلك، و ربما اختصت بالمقدر بالاصالة و أطلق على غيره اسم الارش و الحكومة، و المراد بالعنوان ما يعم الأمرين...»؛ ۹- فقط اقای فیاض در کتاب منهاج الصالحین، ج ۳، ص: ۳۸۵، ديه را به مال که شرعاً چه به لحاظ اندازه و چه به لحاظ چگونگی مقدر و مشخص باشد معنی کرده است. «الدية: هي المال المقدر شرعاً كما و كيفا المفروض في الجنایة على الأنفس أو الطرف أو الجرح أو نحو ذلك».

که بابت جنایت غیر مقدره پرداخت می‌شود دیه غیر مقدره گفته می‌شود. بخصوص که در بعضی از تعاریف فقها به‌صراحت ذکر شد که عنوان دیه شامل مقدره و غیر مقدره می‌شود؛ به مقدره اصالتاً و به غیر مقدره به تبع، دیه گفته می‌شود. بنابراین، جنایات مقدره مقوم ماهیت دیه نیست همانگونه که جنایات غیر مقدره مقوم ارش نیست. چنانکه قبلاً گذشت، حتی در بعضی از تعاریف لغوی، ارش را به دیه معنی کرده است. از طرفی، همین‌که می‌توان به ارش جنایات غیر مقدره، دیه اطلاق کرد، خود نشان حقیقت لفظ دیه در این معنی است چراکه یکی از علانم حقیقت صحت حمل است. گرچه گفته‌اند عکس این استعمال معمول نیست یعنی در مورد دیه مقدر، در فقه ما، ارش اطلاق نمی‌شود. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ج ۱۰، ص ۱۳). پس به‌صرف موارد استعمال نمی‌توان بین دیه و ارش ماهیت دوگانه قائل شد.

البته یکی دانستن ماهیت دیه و ارش به معنای چشم‌پوشی از تفاوت‌های دیه و ارش نیست. چنانکه ذکر شد یکی از مهم‌ترین تفاوت‌ها موارد استعمال دیه و ارش است. به این صورت که دیه در موارد جنایات مقدر و ارش در مورد جنایات غیر مقدر استعمال می‌شود. تفاوت‌های دیگری نیز میان ارش و دیه ذکر کرده‌اند که می‌توان به اختصار به دو مورد، کیفیت و مهلت پرداخت در دیه و ارش اشاره کرد. به لحاظ کیفیت از آن جایی که دیه مقدر است جنس آن نیز مشخص است و جانی می‌باید از یکی از اجناس معین شده، یکی را برای پرداخت مشخص کند؛ اما در مورد ارش چون نه مقدار و نه جنس آن مشخص نیست جانی می‌باید مالی را که مقام محاسبه‌کننده ارش (حاکم شرع یا قاضی به نمایندگی از حاکم)، تعیین می‌کند به مجنی‌علیه پرداخت نماید. به لحاظ مهلت پرداخت نیز، مهلت داده‌شده در دیه مخصوص دیه است از آن جایی که این مهلت حتی در مورد دیه نیز خلاف اصل حال بودن دیون است در مورد ارش جاری نمی‌شود یعنی ضمان ارش حال و فوری است» (صادقی، ۱۳۸۳: ۳۱۱). به نظر می‌رسد، تفاوت بین دیه و ارش در مورد مهلت پرداخت چندان قابل دفاع نباشد؛ زیرا با توجه به این‌که ارش ماهیتاً جزء از دیه است و با عنایت به این‌که

ممکن است چه بسا مقدار ارش به میزان دیه و بالاتر از آن تعیین شود، حال بودن ارش، تبعیض بدون دلیل بوده و همان محظوراتی را در پی دارد که به جهت گریز از آن، مهلت در دیه پیش‌بینی شده است. کوتاه‌سخن این‌که دیه و ارش علی‌رغم تفاوت‌های پیش‌گفته، ماهیتاً یک حقیقت هستند.

۲-۲-۲. کیفر بودن یا نبودن ارش

در مورد این‌که ارش یک نوع کیفر و عقوبت و مجازات است یا فقط جبران مدنی خسارت و جراحات؟ باید گفت، در اینجا نیز نمی‌توان ارش را منهای دیه مورد بررسی قرار داد. به این جهت که ارش جزئی از دیه است، ابتدا می‌بایست به ماهیت دیه از این حیث که آیا دیه کیفر است یا جبران خسارت مدنی، پرداخته شود. در مورد ماهیت کیفری یا دینی بودن دیه سه نظر مطرح شده است. اول، کیفر بودن دیه؛ دوم، دین و جبران خسارت مدنی بودن دیه و سوم، دوگانه بودن ماهیت دیه. چراکه بعضی از موجبات دیه جرائم عمدی است که به دلایلی تبدیل به دیه می‌شوند. در اینجا چون خود جرائم موجب کیفر و عقوبت است دیه ناشی از آن نیز ماهیت کیفری دارد. در مقابل بعضی از جرائم خطای محض هستند که بعضاً توسط عاقله پرداخت می‌شود ماهیت دینی محض دارند. (شفیعی و دیگران، بی‌تا: ۱۱۶).

چنانکه برخی از محققین گفته‌اند (ساریخانی، ۱۳۸۳: ۳۵)، به‌طور قطع نمی‌توان حکم به مجازات بودن یا جبران مالی بودن ماهیت دیه داد. چراکه ماهیات موجبات دیه از جنایات عمدی تا خطایی محض متفاوت است. بهترین نظر این است که برای دیه از این حیث، ماهیت دوگانه قائل شد و باید گفت که ماهیت دیه بین کیفر و جبران خسارت محض متغیر است. در مورد ارش نیز می‌تواند همان سه دیدگاه مطرح باشد. در اینجا نیز به همان دلایلی که در دیه گفته شد نمی‌توان گفت ارش کیفر محض است یا جبران زیان مالی محض. بنابراین، بهتر است در مورد ارش نیز معتقد به دوگانگی ماهیت آن شد که مثلاً در جنایات‌های عمدی مجازات است و در زیان‌های ناشی از خطای محض جبران مالی است، چراکه ارش همان دیه غیر مقدر است.

۳-۲-۲. حکم اولی یا ثانوی بودن ارش

در مورد این که ارش حکم اولی است یا حکم ثانوی، در عبارات فقها نمی‌توان مطلبی را در این خصوص مشاهده کرد؛ مگر این که از موارد استعمال ارش بتوان به حکم اولی یا ثانوی بودن آن پی برد. معنی حکم اولی بودن ارش این است که گفته شود «هر جا که دیه مقدر شرعی ندارد، در آن ارش است»؛ به این معنی که این حکم همانند دیگر واجبات و احکام شرعی حکم اولی شرعی هستند. معنی حکم ظاهری بودن ارش این است که دیه تمام جراحات و جنایات بعینه، چه در عصر تشریح و چه زمانه‌ای بعد از آن؛ و به عبارتی الی یوم القیامه بیان شده، اما به دلایلی بعضی از آن‌ها به دست ما نرسیده است. حالا که به دست ما نرسیده برای این که جنایت وارده باید جبران گردد باید قائل به ارش باشیم و با ارش زیان وارده را جبران کنیم. معنی حکم ثانوی بودن ارش این است که گفته شود «هر جا که دیه مقدر شرعی دست ما نرسیده است آنجا ارش است». در این مورد ارش همانند اصول عملی چون اصالة البرائه و اصالة الطهاره، فقط وظیفه ظاهری ما را نشان داده و صرفاً به جهت تحیر ما در مقام عمل کاربرد دارد.

برخی معتقد است که ارش حکم ظاهری است و در واقع دیه تمام جراحات تعیین شده است و به دست ما نرسیده است. ایشان عمده دلیل این ادعا را صحیحیه ابو بصیر از امام صادق ع می‌داند که در آن امام ع می‌فرماید: نزد ما جامعه است و جامعه کتابی است که تمام احکام در آن وجود دارد، حتی تاوان خراش (ارش الخدش). بعد مؤیداتی از عبارت فقها می‌آورد. در ضمن تمامی روایاتی را که به عنوان مستندات قاعده ارش بیان شده‌اند حمل بر دیه معین می‌کند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۴۴۵).
به نظر می‌رسد دیدگاه فوق به دلایل ذیل اشکالاتی دارد:

۱. چنان که در تعاریف فقها از دیه مطرح شد، ارش جزئی از دیه است. اکثر فقها در تعاریف‌شان ماهیتاً ارش را دیه غیر مقدر می‌دانند. به عبارتی از ارش به عنوان دیه غیر مقدر نام می‌برند. آنچه معلوم است و ظاهراً کسی تردیدی در آن ندارد این است که دیه حکم اولی است؛ چرا که اصل آن در قرآن ذکر و مصادیق و احکام آن در روایات

فی الجمله بیان شده است. به آن دسته از موارد که احکام آن‌ها کما و کیفاً بیان شده است دیه مقدره و به آن موارد که به دلیل جزئی بودن موضوع بیان نشده است دیه غیر مقدره اطلاق می‌شود. از آنجایی که دیه حکم اولی است ارش نیز که دیه غیر مقدر است حکم اولی است و مورد استعمال ارش، آن را از ماهیت دیه بودن آن خارج نمی‌کند. معنی حکم ظاهری بودن ارش این است که ارش را جزء دیه ندانیم چه مقدره و چه غیر مقدره در حالیکه فقها از ارش به دیه غیر مقدره تعبیر می‌کنند.

۲. ارش قاعده‌ای است شرعی به این معنی که در لسان روایات ذکر شده است و در مواردی به آن حکم شده است. پس می‌باید معنی شرعی و دلیل شرعی هم داشته باشد. هم‌چنین موارد استعمال آن نیز باید با توجه به لسان دلیل مورد توجه قرار گیرد. اگر روایاتی را که واژه ارش در آن به کار رفته و به‌عنوان دلیل روایی ارش مورد استناد قرار گرفته است، حمل بر دیه مقدره کنیم و معتقد باشیم که دیه غیر مقدر نداریم و مواردی که غیر مقدر است به دست ما نرسیده است؛ چنانکه دیدگاه پیش گفته بر این باور بود؛ در این صورت، بحث از حکم اولی یا ثانوی بودن ارش بی‌معنا است چراکه آنچه در روایات آمده همه به معنی دیه معین است و آنچه را که ما الان در موارد غیر معین شرعی به کار می‌بریم همان ارشی نیست که در روایات آمده است؛ یعنی استعمال ارش در موارد غیر معین نه حکم اولی است و نه حکم ثانوی، بلکه فقط می‌تواند یک حکم عقلی محض باشد.

به نظر می‌رسد این نگاه به ارش قابل دفاع نباشد؛ چراکه در تعریف ارش، ذکر شد فقها دو نوع تعبیر از ارش داشته‌اند. یکی به معنی دیه غیر معین کل مالاتقیر له ففیه الارش)؛ یعنی این که مواردی از جنایات هست که دیه مقدر شرعی در آن وجود ندارد. اگر نگوئیم که این عبارت به این معنی است که اصلاً معین نشده است، لااقل می‌توان گفت تعبیر فوق اعم از این است که اصلاً در شرع معین نشده یا معین شده و به دست ما نرسیده است. به عبارتی، اگر نتوان از این عبارت حکم اولی را استفاده کرد، همین‌طور نمی‌توان حکم ثانوی آر از آن استفاده کرد. اگر نگوئیم که عبارت «کل مالاتقیر له ففیه الارش) معنی ارش است، چنانکه درست هم همین است،

می‌توان گفت که عبارت فوق نشانگر مورد استعمال ارش است.

دسته‌ای دیگری از فقها معنی ارش را مالی که از نسبت‌سنجی بین دو حالت سالم و ناقص مجنی‌علیه به دست می‌آید و باید جانی پردازد ذکر کرده‌اند. از هیچ‌یک از دو معنی یا مورد استعمال ارش نمی‌توان برداشت کرد ارش حکم ثانوی است به این صورت که معنی ارش در اصل دیه معین بوده و چون دست ما نرسیده، لذا ما ارش را به معنای غیر معین به کار می‌بریم.

از طرف دیگر اگر واقعاً معنی ارش را تاوان نامعین ندانیم، پس تفاوت ارش و دیه چه می‌تواند باشد. زیرا در این صورت دیه مقدر همان ارش است و ارش نیز در اصل همان دیه مقدر است. در حالی که قبلاً گفته شد در فقه و اصطلاحات فقها بر ارش، دیه اطلاق می‌کنند اما بر دیه مقدر، ارش نمی‌گویند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ج ۱۰، ص ۱۳).

همین‌طور باید گفت که ارش مانند اصول عملیه نیست؛ مثلاً در مورد اصل برائت یا اصل حلیت یا اصل طهارت دلیل داریم بر این که اگر در تکلیف بودن چیزی شک کردیم یا در مورد حلیت یا حرمت چیزی شک کردیم یا در مورد نجاست و طهارت چیزی شک کردیم و بعد از فحص و یأس از دلیل، اصل بر حلیت و طهارت و برائت است؛ در حالیکه در مورد ارش چنین دلیلی نداریم که اگر جنایتی واقع شد و حکمش را ندانستید و فحص کردید حکم آن را پیدا نکردید حکم به ارش بدهید. نه در اقوال فقها و نه در روایات نمی‌توان چنین تعبیری را پیدا کرد. چراکه برعکس فرض بر این است که در مورد ارش دلیل داریم و ادله ارش موضوع ارش را نیز مشخص کرده است و آن جنایات غیر مقدره است. به‌علاوه آن که موضوع اصول عملیه، عدم الدلیل است و در مورد ارش دلیل وجود دارد. دلیل ارش چه دلایل خاص و چه دلایل عام، ارش را برای آنچه مقدر نیست، مقدر کرده‌اند و به عبارتی: «لأنَّ التقدير إنما هو الارش فيما لا تقدير له» (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۱۳، ص ۲۵۵).

۳. در مورد صحیح‌ه ابو بصیر که آیا می‌توان از این روایت حکم ثانوی بودن ارش را نتیجه گرفت یا نه و آیا روایت دیگری هست که به نحوی در مفاد با این صحیح‌ه

در تعارض باشد یا نه، در قسمت بحث از مستندات ارش مورد کاوش قرار خواهد گرفت. نتیجه‌ای که تا اینجا می‌توان گرفت این است که از مجموع تعبیرات فقها و تعاریف دیه و ارش نمی‌توان حکم ثانوی بودن ارش را نتیجه گرفت.

۳. مستندات ارش

با توجه به یکی بودن ماهیت دیه و ارش، همان دلایل دیه می‌تواند دلیل ارش هم محسوب گردد؛ چنان‌که خیلی از فقها بعد از تعریف دیه و تقسیم دیه به مقدر و غیر مقدر به ذکر دلایل دیه می‌پردازد، بدون این‌که در ذکر دلیل بین دیه و ارش تفاوت قائل شود. این می‌رساند که ارش همان دیه غیر مقدر است و دلیل اصل دیه شامل هم مقدر و هم غیر مقدر که از آن تعبیر به ارش می‌کنند؛ می‌شود. با این حال اگر بخواهیم در خصوص ارش به جستجوی دلیل بپردازیم می‌توان به دلایل متعددی از روایات، اجماع، سیره عقلا، دلیل عقل و ارسال مسلم تمسک کرد؛ اما مهم‌ترین دلیل شرعی ارش، روایات است و روایات خود نیز به روایات عام و خاص، تقسیم می‌شود. در اینجا ابتدا به مستندات روایی قاعده ارش بیان می‌شود، سپس به دلایل دیگر در حد ظرفیت این نوشتار پرداخته خواهد شد.

۱-۳. روایات

۱-۱-۳. روایات عامه دال بر ارش

مهم‌ترین برآیند این دسته از روایات قاعده «لایبطل» است؛ یعنی وقتی مسلمانی به هر دلیل متحمل جنایت بر نفس و بدن خود می‌شود باید خسارت ناشی از این جنایت جبران شود چه از ناحیه جانی و از ناحیه بیت‌المال و حاکم اسلامی و خون او هدر نمی‌رود. این دسته از روایات با سندهای مختلفی که بعضاً صحیح‌ه هم هستند، در مجامع روایی مانند: کافی، من لایحضر، مرآة العقول و وسائل نقل شده است که کثرت نقل آن باعث وثوق به صدور آن‌ها می‌شود. صاحب وسائل در کتاب قصاص و دیات بیش از ده روایت ذکر کرده است که عبارت «لایبطل دم امرئ مسلم» یا «لا یبطل حق امرئ مسلم» در آن ذکر شده است. از باب نمونه به ذکر دو روایت بسنده

می‌شود:

«عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنِ أَعْمَى فَقَالَ عَيْنٌ صَحِيحٌ، فَقَالَ أَنْ عَمْدَ الْأَعْمَى مِثْلُ الْخَطَايَا هَذَا فِيهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَالدِّيَةُ عَلَى الْإِمَامِ وَ لَا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۸۹). در این روایت که بعضی آن را صحیح و بعضی نیز موثقه می‌دانند، راوی می‌گوید: «از امام باقر^(ع) پرسیدم اگر شخص نابینا از روی عمد چشم بینائی را درید و کور کرد حکمش چیست؟ فرمود: ای ابا عبید در اینجا عمد کور مانند خطای بیناست، باید دیه دهد (چون چشم ندارد تا قصاص شود) و چنانچه مالی ندارد تا دیه را بپردازد، امام مسلمین باید آن را بپردازد تا حق مسلمانی پایمال نشود». از تعلیل حضرت که فرمود حق مسلمان پایمال نمی‌شود می‌توان در مورد ارش از آن بهره برد؛ چراکه تعلیل عام است و شامل ارش هم می‌شود. بنابراین، اگر جنایاتی غیر مقدر، به این دلیل که دیه مقدر ندارد، جبران نگردد، موجب هدر رفتن حق مسلمان خواهد شد. یکی از ویژگی‌های خاص که این روایت دارد این است که در آن کلمه حق به کار رفته است که عام است و شامل انواع حق می‌شود. در بعضی از روایات کلمه دم ذکر شده است و بعضاً اشکال شده است به این که دم انصراف به قتل دارد.

۲. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قُلْنَا أَتَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ فَقَالَ فِي الْقَتْلِ وَحُدَّةِ أَنْ عَلِيَّاعَ كَانَ يَقُولُ لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۱۳۸). در این روایت که حسن است راوی از شهادت زن به تنهایی و با ضمیمه شهادت مرد از حضرت سؤال می‌کند که آیا شهادت زن‌ها در حدود جایز است؟ حضرت می‌فرماید شهادت زن در فقط در قتل به تنهایی قابل پذیرش است. چراکه حضرت پیوسته می‌فرمود: خون مسلمان هدر نمی‌رود. تقریب استدلال به همان شکل روایت پیشین است. فقط اشکالی در این روایت مطرح است و آن این که در روایت کلمه «دم» آمده است و همین طور جواب حضرت که مربوط به قتل است. پس شامل ارش که مادون نفس است نمی‌شود.

در پاسخ از اشکال فوق به اختصار می‌توان گفت که درست است واژه دم به کار

رفته و حضرت نیز اشاره به شهادت زن‌ها در قتل دارد، اما مورد نمی‌تواند مخصص باشد. کلمه «لا یبطل» عام است که یکی از مصادیق آن قتل است و ذکر مصداق نمی‌توان مانع شمول عموم آن در موارد کمتر از قتل شود. به علاوه این‌که در روایت عبارت «کان یقول» دارد و این عبارت ماضی استمراری است که شامل تمام موارد جنایت می‌شود.

۲-۱-۳. روایات خاصه دال بر ارش

این روایات شامل روایاتی است که کلمه ارش در آن به کار رفته است و لزوماً به این معنی نیست که همه با دلالت خاص شامل ارش بشود. لذا باید دید که کدام یک و تا چه میزان می‌تواند به عنوان دلیل خاص بر ارش مورد استناد قرار گیرد.

۱. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ^(ع) فِي حَدِيثٍ قَالَ: انْ عِنْدَنَا الْجَامِعَةُ قُلْتُ وَ مَا الْجَامِعَةُ قَالَ صَحِيفَةٌ فِيهَا كُلُّ حَلَالٍ وَ حَرَامٍ وَ كُلُّ شَيْءٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ النَّاسُ حَتَّى الْأَرَشُ فِي الْحَدِيثِ وَ ضَرَبَ بِيَدِهِ إِلَى فَقَالَ أَ تَأْذُنُ يَا أَبَا مُحَمَّدٍ قُلْتُ جُعِلَتْ فِدَاكَ إِنَّمَا أَنَا لَكَ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ - فَغَمَزَنِي بِيَدِهِ وَقَالَ حَتَّى أَرَشَ هَذَا» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۳۵۷). در این روایت که صحیح‌ه است ابا بصیر از امام صادق^(ع) نقل می‌کند که حضرت خطاب به ابا بصیر می‌فرماید: «ای ابا محمد همانا جامعه نزد ماست، اما مردم چه می‌دانند؟ جامعه چیست؟ عرض کردم: قربانت کردم جامعه چیست؟ فرمود: طوماری است که تمام حلال و حرام و همه احتیاجات دینی مردم، حتی جریمه خراش در آن موجود است، سپس با دست به بدن من زد و فرمود: به من اجازه می‌دهی ای ابا محمد؟ عرض کردم من از آن شمایم هر چه خواهی بنما آنگاه با دست مبارک مرا نشگون گرفت و فرمود: حتی جریمه این نشگون در جامعه هست».

مفاد کلی این روایت این است که در اسلام احکام هر حلال و حرامی بیان شده است؛ یعنی نمی‌توان موضوعی را یافت که مورد نیاز مردم باشد و در اسلام حکمی در آن نباشد. از موضوعات کلی گرفته تا موضوعات کوچک مثل خراش در بدن انسان. پس در مورد جراحات که دیه مقدر ندارد، می‌توان گفت حکم آن با توجه به این روایت در اسلام هست، باید جستجو کرد و بر اساس آن حکم به جبران خسارت

کرد. پس نمی‌توان بعضی از جراحات را به دلیل این‌که دیه مقدر ندارد، غیر قابل جبران دانست و حق ایجاد شده را تضييع کرد.

بر اساس این روایت، برای جراحات هر چند کوچک مثل خراش، ارش است اما این‌که ارش در اینجا به معنی حکم معین است یا نه و این‌که بیان احکام به صورت جزئی و مورد به مورد است یا نه می‌تواند مورد مناقشه باشد. ظاهر روایت که حضرت می‌فرماید همه چیز در جامعه است حتی ارش خراش و این‌که حضرت به جریمه نشگون گرفتن اشاره می‌کند و می‌فرماید حتی جریمه این نیز در جامعه است؛ این است که مجازات و جریمه‌های مالی و موضوعات آن‌ها کمأ و کیفأ بیان شده است. در این صورت ارش به معنی دیه یا غرامت معین خواهد بود و با دیه معین جز در لفظ تفاوتی باهم ندارد. چنان‌چه برخی از فقها از جمله صاحب جواهر، چنین برداشت کرده و بعد از ذکر روایت می‌فرماید: «بل مقتضاه ان لكل شیء مقدر إلا أنه لم یصل إلینا» (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ص ۱۶۸).

همان‌طور که قبلاً ذکرش رفت، بعضی از محققین، با توجه به همین روایت و برداشت صاحب جواهر از آن، گفته‌اند: که ارش به معنی دیه معین است و چیزی غیر مقدر نداریم. آنچه الان به عنوان غیر معین مشهور است همان‌های هستند که در واقع معین بوده و به دست ما نرسیده بنابراین باید ارش را در موارد غیر معین به عنوان حکم ثانوی تلقی کنیم. (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ص ۹۴).

به نظر می‌رسد، چنین برداشتی قابل دفاع نباشد. گرچه نگاه به ظاهر بند خاص از روایت چنین می‌رساند که همه چیز معین است اما باید گفت که روایت طولانی است^۱ و نگاه به مجموع روایت به عنوان یک کل، احتمالاً ما را به مطلب دیگری

۱. ترجمه کامل روایت ابو بصیر از کتاب اصول کافی، ترجمه مصطفوی، جلد یک، از صفحات ۳۴۵ و ۳۴۶ آورده می‌شود «ابو بصیر گوید: خدمت امام صادق علیه السلام رسیدم و عرض کردم: قربانت گردم، از شما پرسشی دارم» آیا در اینجا کسی (نامحرم) هست که سخن مرا بشنود؟ امام صادق علیه السلام پرده‌ای را که در میان آنجا و اطاق دیگر بود، بالا زد و آنجا سر کشید، سپس فرمود: ای ابا محمد هر چه خواهی بپرس، عرض کردم: قربانت گردم. شیعیان حدیث می‌کنند که پیغمبر صلی الله علیه و آله به علی علیه السلام بایی از علم آموخت که از آن هزار باب علم گشوده گشت، فرمود: ای ابا محمد پیغمبر صلی الله علیه و آله به علی هزار باب از علم آموخت که از هر باب آن هزار باب گشوده می‌شد (مانند جزئیات و مصادیقی که بر قواعد کلی منطبق می‌شود) عرض کردم: بخدا که علم کامل و حقیقی اینست. امام علیه السلام ساعتی (برای اظهار تفکر) بزمین اشاره کرد و سپس فرمود: آن علم است ولی علم کامل نیست. سپس فرمود: ای ابا محمد همانا جامعه نزد ماست، اما مردم چه می‌دانند؟ جامعه چیست؟ عرض

رهنمون می‌گردد. در این روایت ابا بصیر خدمت حضرت می‌رسد و پس از این که مطمئن می‌شود غریبه‌ای صدای آن‌ها را نمی‌شنود از حضرت به این صورت سؤال می‌کند که شیعیان شما می‌گویند پیامبر گرامی اسلام (ص) به حضرت علی (ع) بایی از علم آموزش داده است که از این باب، هزار باب علم دیگر گشوده می‌شود. از سؤال ابا بصیر چنین فهمیده می‌شود که گویا این مطلب به نظر وی کمی غریب می‌آمده است. حضرت در جواب می‌فرماید، بلی همین طور است اما این علم کامل نیست. در نزد ما علم گذشته و آینده است، نزد ما جفر است، نزد ما مصحف فاطمه است و بعد از هر کدام می‌فرماید این علم کامل نیست؛ تا در آخر بعد از این که ابا بصیر سؤال می‌کند علم کامل چه علمی است؟ می‌فرماید علم کامل «علمی است که در هر شب و هر روز راجع به موضوعی پس از موضوع دیگر و چیزی پس از چیز دیگر تا روز قیامت پدید آید» (کلینی، ۱۳۶۹: ص ۱، ۳۴۶).

از مجموع این روایت و نیز روایات مشابه که کلمه «ارش الخدش» در آن به کار رفته است و مورد استعمال و استناد آن‌ها در عبارات فقها چنین برمی‌آید که این روایت و روایات مشابه بیانگر کلیت و جامعیت احکام اسلامی از طرفی و اتصاف اختصاصی ائمه معصومین (ع) به علوم و حیانی و نبوی از طرف دیگر است. چنانکه

کردم: قربانت کردم جامعه چیست؟ فرمود: طوماری است بطول هفتاد ذراع پیغمبر صلی الله علیه و آله با ملاء زبانی آن حضرت و دستخط علی، تمام حلال و حرام و همه احتیاجات دینی مردم، حتی جریمه خراش در آن موجود است، سپس با دست به بدن من زد و فرمود: به من اجازه می‌دهی ای ابا محمد؟ عرض کردم من از آن شمایم هر چه خواهی بنما آنگاه با دست مبارک مرا نشگون گرفت و فرمود: حتی جریمه این نشگون در جامعه هست و حضرت خشمگین بنظر می‌رسید (مانند حالتی که طبعاً برای نشگون گیرنده پیدا می‌شود) من عرض کردم بخدا که علم کامل این است، فرمود: این علم است ولی باز هم کامل نیست، آنگاه ساعتی سکوت نمود. سپس فرمود: همانا جفر نزد ماست، مردم چه می‌دانند جفر چیست؟ عرض کردم: جفر چیست فرمود: مخزنی است از چرم که علم انبیاء و اوصیاء و علم دانشمندان گذشته بنی اسرائیل در آنست عرض کردم همانا علم کامل اینست، فرمود: این علم است ولی علم کامل نیست، باز ساعتی سکوت کرد. سپس فرمود: همانا مصحف فاطمه علیها السلام نزد ماست، مردم چه می‌دانند مصحف فاطمه چیست! عرض کردم مصحف فاطمه علیها السلام چیست؟ فرمود مصحفی است سه برابر قرآنی که در دست شماست بخدا حتی یک حرف قرآن هم در آن نیست (مطلبی که شما از ظاهر قرآن و تفسیر آن می‌فهمید، در مصحف فاطمه نیست ولی از نظر تأویل و معنای باطنی قرآن که ما آن را می‌فهمیم مصحف تفصیل قرآنست - مرآت-) عرض کردم: بخدا علم کامل اینست، فرمود: این هم علم است ولی علم کامل نیست. آنگاه ساعتی سکوت نمود. سپس فرمود: علم گذشته و آینده تا روز قیامت نزد ماست عرض کردم بخدا علم کامل همین است، فرمود: این هم علم است ولی علم کامل نیست عرض کردم: قربانت کردم، پس علم کامل چیست؟ فرمود: علمی است که در هر شب و هر روز راجع به موضوعی پس از موضوع دیگر و چیزی پس از چیز دیگر تا روز قیامت پدید آید.

گفته شده همه‌ای آنچه از پیامبر^(ص) صادر شده است فقط به حضرت علی^(ع)، منهای دیگر صحابه، داده شده و از آن حضرت نیز به دیگر امامان دیگر رسیده است حالا این علوم ممکن است به خصوص موضوع خاص یا به شکل تنصیص و یا به صورت قواعد عامه بوده است.^۱ در اینجا آنچه بیشتر مورد تأکید روایات است انتقال همه علوم و حیانی به ائمه بوده است و این که این علوم در بردارنده همه احکام است اما راجع به کیفیت این احکام نمی‌توان از این روایات استنباط کرد که همه به شکل جزئی و موردی بیان و معین شده است.

هم‌چنین در میان دانشمندان اسلامی بحثی وجود دارد بر این که آیا در اسلام خلأ قانونی و به اصطلاح فقهی منطقه الفراغ وجود دارد یا نه؟ فقهای شیعه با استناد به همین روایت و روایات مشابه، معتقد است هیچ واقعه‌ای در اسلام نیست که حکمی در مورد آن وجود نداشته باشد. حالا این احکام می‌تواند به صورت موردی و جزئی باشد یا به صورت قواعد عمومی. کلیت و جامعیت احکام اسلامی لزوماً به این معنی نیست که هر واقعه، حکم شرعی معین شده قبلی مخصوص به خود را داشته باشد.

از طرف دیگر ممکن است منظور از بیان احکام حتی به شکل ارش الخدش، احکام تکلیفی باشد و یا حداکثر بیان‌کننده ضمان در احکام وضعی باشد. چنانکه از تعبیر بعضی از فقها در بحث اجتهاد و تقلید و روایات موجود چنین برمی‌آید. به این معنی برای همه مکلفین در همه موضوعات احکامی وجود دارد که عالم و جاهل در آن مشترک است. برخلاف فقهای اهل سنت که قائل به خلأ قانونی بوده و معتقدند حکم واقعی همان است که مجتهد در اجتهادش به آن می‌رسد (دزفولی، ۱۴۱۰: ص ۸۷). هم‌چنین روایت سلیمان بن خالد از امام صادق^(ع) که حضرت

۱. «و مجموع ما صدر من النبی صلی الله علیه و آله و سلم کثیر جداً، و هو عند أهل البيت علیهم السلام یبلغ من حیث الكمّ ما یمکن أن یغطی جمیع حاجات الفقه و یشمل کل ما یحتاجه الانسان فی حیاته، إمّا بنحو الخصوص و التنصیص أو من خلال قاعدة عامّة، كما أشرنا إلى ذلك و ذکرنا بعض الروایات الواردة بشأنه، كما ذکرنا انّ هذا لم یکن عند کل الصحابة و من كان فی ذلك العصر، و إمّا كان عند الإمام علی علیه السلام و العترة الطاهرة» (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، اول، ۱۴۲۳ هـ ق: ۱/ ۳۵).

عبارت «حتی ارش الخدش» را در پیوند با بیان احکام حلال و حرام بیان می‌کند، می‌رساند که مفهوم ارش در این روایات احکام تکلیفی است (بروجردی، ۱۴۲۹: ج ۳۱، ص ۶۹۲).

از طرفی، چنان‌که معلوم است احکام الهی تا به دست مکلفین برسد مراحل طی چون تشریح، تبلیغ را می‌گذراند تا به مرحله فعلیت و تنجز برسد. به عبارتی کلی‌تر احکام الهی دارای دو مرحله ثبوت و اثبات است. چه بسا احتمال دارد روایات که مبین جامعیت احکام اسلام است ناظر به مرحله ثبوت باشد. چنان‌که برخی از فقها با اشاره به صحیح‌ه ابو عبیده از امام صادق ع که فرمود نزد ما جامعه است و آن کتابی است که هیچ واقعه نیست مگر این‌که درباره آن حکمی وجود دارد،^۱ چنین برداشت کرده‌اند (حکیم، ۱۴۱۸: ص ۵۹۷).

روایاتی را که بیان‌کننده حکم هر واقعه به‌طور کلی هستند، باید در قالب دیگر روایات که بیانگر جامعیت قرآن و سنت است ارزیابی کرد. روایاتی که می‌گویند هر چیزی را که بنده‌ای آرزو کند که کاش در قرآن می‌بود، در قرآن آمده است. یا روایتی که می‌فرماید هیچ چیزی نیست که دو نفر درباره آن اختلاف دارد مگر این‌که حکم آن در قرآن آمده است.^۲

۱. «عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: سَأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع بَعْضُ أَصْحَابِنَا عَنِ الْجَفْرِ فَقَالَ هُوَ جِلْدٌ تَوَّرَ مَمْلُوءٌ عِلْمًا قَالَ لَهُ فَالْجَامِعَةُ قَالَ تِلْكَ صَحِيفَةٌ طَوَّلَهَا سَبْعُونَ ذِرَاعًا فِي عَرْضِ الْأَدِيمِ مِثْلَ فَخِذِ الْفَالِجِ فِيهَا كُلُّ مَا يَخْتِاجُ النَّاسُ إِلَيْهِ وَ لَيْسَ مِنْ قَضِيَّةٍ إِلَّا وَ هِيَ فِيهَا حَتَّى ارش الخدش...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱: ص ۲۴۱).

۲. به عنوان نمونه چند روایت از کتاب شریف کافی آورده می‌شود:

۱- مُحَمَّدُ بْنُ يُحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُدَيْدٍ عَنْ مُزَارِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى أَنْزَلَ فِي الْقُرْآنِ تَبْيَانَ كُلِّ شَيْءٍ حَتَّى وَ اللَّهُ مَا تَرَكَ اللَّهُ شَيْئًا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ الْعِبَادُ حَتَّى لَا يَسْتَطِيعَ عَبْدٌ يَقُولُ لَوْ كَانَ هَذَا أَنْزَلَ فِي الْقُرْآنِ - إِلَّا وَ قَدْ أَنْزَلَهُ اللَّهُ فِيهِ.

۲- عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ حُسَيْنِ بْنِ الْمُنْذِرِ عَنْ عُمَرَ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى لَمْ يَدَعْ شَيْئًا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ الْأُمَّةُ إِلَّا أَنْزَلَهُ فِي كِتَابِهِ وَ نَبِيَّهُ لِرَسُولِهِ صَوَّ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ خَدًّا وَ جَعَلَ عَلَيْهِ دَلِيلًا يَدُلُّ عَلَيْهِ وَ جَعَلَ عَلَيَّ مِنْ تَعْدَى ذَلِكَ الْخَدَّ خَدًّا.

۳- عَلِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يُونُسَ عَنْ أَبَانَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ هَازُونَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ مَا خَلَقَ اللَّهُ خَلَاةً وَ لَا حَرَامًا إِلَّا وَ لَهُ خَدٌّ كَخَدِّ الدَّارِ فَمَا كَانَ مِنَ الطَّرِيقِ فَهُوَ مِنَ الطَّرِيقِ وَ مَا كَانَ مِنَ الدَّارِ فَهُوَ مِنَ الدَّارِ حَتَّى ارش الخدش فَمَا سِوَاهُ وَ الْجِلْدَةُ وَ نِصْفُ الْجِلْدَةِ.

۴- عَلِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ حَمَّادِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَا مِنْ شَيْءٍ إِلَّا وَ فِيهِ كِتَابٌ أَوْ سُنَّةٌ.

۵- مُحَمَّدُ بْنُ يُحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ حَنْظَلَةَ عَنْ الْمُعَلَّى بْنِ حُنَيْسٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع مَا مِنْ أَمْرٍ يَخْتَلِفُ فِيهِ اثْنَانِ إِلَّا وَ لَهُ أَصْلٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ وَ لَكِنْ لَا تَبْلُغُهُ عُقُولُ الرِّجَالِ. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱: ص

با توجه به این روایات نمی‌توان گفت که احکام تمام موضوعات به‌صورت جزئی و معین در قرآن آمده است و هیچ‌چیزی غیر معین نداریم. به‌علاوه آنچه گفته شد، از محتوای روایت نیز نمی‌توان معین بودن تمام جنایات و جراحات وارده بر بدن انسان را که مورد بحث ما است، نتیجه گرفت. چراکه راوی از یک موضوع کلی سؤال می‌کند و جنایت بر اعضا نه مورد سؤال بوده و نه مقصود امام از پاسخ که به پرسش ابا بصیر می‌دهد. فرضاً اگر راوی سؤال می‌کرد که جنایتی بر عضو وارد شده و ما حکم آن را نیافتیم، آیا اصلاً حکمی در باره‌اش وارد نشده یا این که دست ما نرسیده؟ اگر فرمایش امام^(ع) در پاسخ به این پرسش می‌بود، قطعاً مبین معین بودن تمامی احکام می‌بود. به‌علاوه صاحب جواهر که برداشت معین بودن تمامی احکام را از روایت ابا بصیر کرده بعدش فرموده که اگر این احتمال درست باشد که همه‌چیز معین شده و دست ما نرسیده است، پس باید در موارد که دیه معین نداریم باید قائل به صلح باشیم (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ص ۱۶۸).

یعنی ایشان در صورت درستی چنین احتمالی قائل به صلح است نه این که بازهم ارش را به‌عنوان قاعده ثانویه در موارد غیر معین شرعی که فرضاً به دست ما نرسیده است، بپذیریم. شاید درست هم همین باشد که یا ارش را به‌عنوان قاعده اولیه که در موارد غیر معین تعیین شده بپذیریم؛ یا اگر هم که به دلیل معین بودن همه احکام ارش را نپذیرفتیم باید با عموماًت دیگری مثل قاعده لایبطل یا دلیل عقل و نه ادله خاص ارش، به چیزی دیگری غیر از ارش، مثل مصالحه حکم کنیم. چرا در این صورت ما یک معنی برای ارش قائل نیستیم و آن هم احکام معینه یا به عبارتی همان دیه مقدره است.

با توجه به مجموع آنچه از روایت ابا بصیر در رابطه با ارش گفته شد می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که این روایت نمی‌رساند که احکام همه‌چیز از قبل معین شده و مشخص شده است. حداکثر این را می‌رساند که هر چیز حکمی دارد، حتی خراش خیلی کوچک. اما این که حکمش چیست، خود حضرت نیز بیان نکرده

است. ممکن است حکم آن کمأ و کیفأ، معین و در جامعه موجود بوده است اما چون مورد سؤال نبوده حضرت ذکر نکرده است. این امکان با توجه به آن چه که ذکر شد غیر قابل پذیرش به نظر می‌رسد؛ و ممکن است حکم آن، چنانکه بعضی، بعد از ذکر روایت ابا بصیر، بر داشت کرده است، ارشی باشد که دیه معین ندارد و باید در موقع حاجت تعیین شود (ایروانی، ۱۴۲۷: ج ۳، ص ۳۴۹). در این صورت این روایت دلیل بر ارش به معنای دیه غیر معین خواهد بود.

۲. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ فِي اللَّطْمَةِ يَسْوَدُ أَثَرُهَا فِي الرَّجُلِ إِنْ أَرَشَهَا سِتَّةَ دَنَانِيرَ فَإِنْ لَمْ تَسْوَدْ وَ اخْضَرَّتْ فَإِنَّ أَرَشَهَا ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ فَإِنْ أَحْمَارَتْ وَ لَمْ تَخْضَرْ فَإِنَّ أَرَشَهَا دِينَارٌ وَ نِصْفٌ» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۳۸۵ - ۳۸۴)؛ اسحاق بن عمار گوید: از امام صادق^(ع) پرسیدم: مردی سیلی بروی دیگری زده است و جایش سیاه گشته است حکم چیست: فرمود: هر گاه سیلی سیاه کند دیه اش شش دینار است و اگر کبود نماید سه دینار و چون سرخ شود یک دینار و نیم است.

این روایت که به گفته صاحب مرآة العقول، حسن یا موثق است، هم واژه ارش را به کار برده و هم معنی ارش را که همان دیه غیر معین است می‌رساند و هم مقام محاسبه‌کننده ارش را معرفی می‌کند. چراکه موارد ارش در این روایت، همه از مواردی است که دیه معین ندارد. به همین جهت در روایت از واژه دیه استفاده نکرده است. با توجه به واژه قضا در روایت، می‌توان گفت که حضرت به لحاظ مقام ولائی و قضائی اش، ارش زیان ناشی از ضربت سیلی را مشخص کرده است.

۳. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ^(ع) قَالَ: دِيَةُ الْيَدِ إِذَا قُطِعَتْ خَمْسُونَ مِنَ الْإِبِلِ وَ مَا كَانَ جُرُوحاً دُونَ الْأَصْطِلَامِ فَيُحْكَمُ بِهِ ذَوْأَ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۳۹۱)؛ ابن سنان از امام صادق^(ع) روایت می‌کند که حضرت فرمود: دیه قطع دست، پنجاه شتر است. اما اگر قطع نشده است و فقط جراحت وارد شده باشد، در این صورت باید دو نفر عادل «ارش» آن را تعیین کند و کسی که مطابق آنچه که نازل کرده است حکم نکند کافر است. صاحب وسائل، این روایت را در باب ثبوت حکومت در جراحت که نصی ندارد و این که باید دو نفر عادل

درباره آن حکم کند آورده است. این روایت که صحیحه است، بر ارش که همان دیه غیر معین است دلالت می‌کند. چراکه در مورد جراحت مادون قطع است که دیه معین ندارد. چون اگر دیه معین داشت حضرت به عدول از مؤمنین ارجاع نمی‌داد. اما این که چرا خود حضرت چرا حکم نکرده است ممکن است گفته شود که مورد فرمایش حضرت، قضیه خارجی نبوده است تا حضرت درباره مجروح حاضر حکم کند بلکه حضرت حکم کلی را بیان فرموده است که در چنین مواردی که دیه معین شرعی ندارد باید با مراجعه به عدول حکم آن مشخص شود.

از این روایت می‌توان، مقام محاسبه‌کننده ارش را نیز استفاده کرد. چراکه «گرچه در روایت متصدی تعیین ارش، حاکم شرعی را معرفی نکرده است، اما قطعاً مراد همین است. چه این که باید شخصی باشد تا عدول از مؤمنین را تعیین کند و نیز بعد از تشخیص و تحدید جراحت باید قرار و حکم لازم را صادر کند. چون اگر چنین شخصی نباشد گره کار بیشتر می‌شود. قدر متیقن از این شخص حاکم شرعی است. از طرفی نمی‌توان گفت که روایت از حیث تعیین عدول اطلاق دارد چراکه در این صورت ممکن است گفته شود، با استفاده از این اطلاق هر عادل می‌تواند ارش تعیین کند در حالی که چنین نیست» (ایروانی، ۱۴۲۷: ج ۳، ص ۳۵۰).

۴. «وَعَنْهُ عَنِ أَحْمَدَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُمَانَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ كَثِيرٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ أُصِيبَتْ عَيْنُ رَجُلٍ وَهِيَ قَائِمَةٌ. فَأَمَرَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَ فَرُبَطَتْ عَيْنُهُ الصَّحِيحَةُ وَأَقَامَ رَجُلًا بِحِذَانِهِ بِيَدِهِ بِيَضَّةٍ يَقُولُ هَلْ تَرَاهَا قَالَ فَجَعَلَ إِذَا قَالَ نَعَمْ تَأَخَّرَ قَلِيلًا حَتَّى إِذَا خَفِيتُ عَنْهُ عَلَّمَ ذَلِكَ الْمَكَانَ قَالَ وَعَصَبَتْ عَيْنُهُ الْمُصَابَةُ وَجَعَلَ الرَّجُلُ يَتْبَاعِدُ وَهُوَ يَنْظُرُ بَعَيْنِهِ الصَّحِيحَةَ حَتَّى خَفِيتُ عَلَيْهِ ثُمَّ قِيسَ مَا بَيْنَهُمَا فَأُعْطِيَ الْأَرشَ عَلَى ذَلِكَ (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۳۷۰ - ۳۶۹)؛ حسین بن کثیر، از پدرش نقل کرده است که مردی یک چشمش آسیب دید در حال که مرد ایستاده بود، حضرت علی^(ع) دستور داد چشم سالمش را ببندد و مرد دیگری یک تخم (مرغ یا شتر مرغ) دستش بگیرد و مقابل مرد آسیب دیده بایستد و به او بگوید که آیا آن تخم را می‌بیند؟ زمانی که مرد آسیب دیده گفت بلی می‌بینم همین طور به عقب برود تا

زمانی که دیگر تخم را نبیند. همان‌جا را نشان کنند. این بار چشم آسیب‌دیده‌اش را ببندد در حالی که با چشم سالم خود نگاه می‌کند و همین‌طور از او دور شود تا جایی که دیگر تخم را نبیند. سپس فاصله بین این دو مکان را مقایسه نماید و به همان میزان به مرد آسیب‌دیده ارش پرداخت کند.

این حدیث گرچه مجهول است اما با آن‌هم به قول مجلسی دوم، صاحب مرآة العقول، طبق آن فتوا داده‌اند (مجلسی، ۱۴۰۴: ج ۲۴، ص ۱۰۹). اما به لحاظ دلالت می‌تواند هم بر دیه معین و هم بر ارش یا همان دیه غیر معین حمل شود. چراکه میزان آسیب وارده بر چشم معلوم نیست. از آنجایی که چشم دیه معین دارد میزان آسیب وارده بر بینایی چشم می‌تواند از طریق نسبت سنجی با دیه کامل چشم محاسبه شود و به‌عنوان دیه پرداخت گردد. مثلاً اگر کاهش دید چشم آسیب‌دیده به‌اندازه نصف دید چشم سالم باشد، باید به‌اندازه همان نصف یعنی یک‌دوم دیه کامل یک چشم که خود نیز نصف دیه کامل نفس است، دیه پرداخت گردد. همین‌طور، روش که در این روایت برای تعیین و تشخیص میزان آسیب وارده به کار گرفته شده است، نیز می‌تواند دلیل بر دیه معین باشد. چراکه در ارش یا دیه غیر معین معمولاً روش محاسبه با عباد انگاری صورت می‌گیرد. مگر این‌که گفته شود این نوع از محاسبه در صورت درستی سند روایت می‌تواند روش دیگری برای تعیین ارش باشد. تنها احتمال که در این روایت باقی می‌ماند به‌کارگیری لفظ ارش است که ممکن گفته شود اگر خسارت چشم مصداق دیه مقدر می‌بود باید از لفظ دیه استفاده می‌کرد نه ارش. اگر این احتمال درست باشد می‌توان گفت این روایت بر ارش غیر مقدر دلالت دارد. مگر این‌که گفته شود منظور از ارش در روایت می‌تواند همان دیه مقدر باشد. اما چنان‌که قبلاً نقل شد، بعضی گفته‌اند که در فقه ما ارش را بر دیه مقدر اطلاق نمی‌کنند.

۵. «وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ يُونُسَ عَمَّنْ رَوَاهُ قَالَ: قَالَ: يَلْزَمُ مَوْلَى الْعَبْدِ قِصَاصُ جِرَاحَةِ عَبْدِهِ مِنْ قِيمَةِ دِيَّتِهِ عَلَى حِسَابِ ذَلِكَ يَصِيرُ ارش الْجِرَاحَةِ وَإِذَا جَرَحَ الْحُرُّ الْعَبْدَ فِقِيمَةُ جِرَاحَتِهِ مِنْ حِسَابِ قِيمَتِهِ» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۱۶۷)؛ قصاص جراحی که

برده وارد ساخته، از قیمت دیه‌اش بر مولی لازم است و به همین نسبت ارش جراح است و اگر آزاد، برده‌ای را مجروح سازد، بهای جراح او از حساب قیمت برده است.

این حدیث که مرسل است را جمع به جنایتی عبدی است که بر حر انجام داده است. امام^(ع) می‌فرماید که مولای عبد به پرداخت دیه جراح حر ملزم می‌شود، اما این‌که به چه نسبت و چگونه باید محاسبه شود احتمالاتی داده شده است که بنا بر بعضی از این احتمالات، روایت بر دیه غیر معین دلالت می‌کند. علت این احتمالات مرجع ضمیر «دیته» است. احتمال دارد ضمیر به معنی علیه یا جراح برگردد و احتمال دارد که ضمیر به عبد برگردد. در صورت ارجاع ضمیر به معنی علیه، معنی این می‌شود که مولی باید دیه جراح معنی علیه را از قیمت عبد به‌عنوان ارش به معنی علیه پردازد هر چند که این ارش بیشتر از قیمت عبد باشد و در صورت ارجاع ضمیر، به عبد معنی این می‌شود که حر عبد فرض می‌شود و در دو حالت قبل و بعد جنایت قیمت‌گذاری می‌شود؛ به نسبت تفاوت قیمت، باید مولی مبلغی را به‌عنوان ارش به معنی علیه پردازد. چراکه مولی به بیش از قیمت عبد ملزم به پرداخت نمی‌شود (مجلسی، ۱۴۰۴: ج ۲۴، ص ۷۶).

گرچه مرحوم مجلسی فرموده است تطبیق احتمال دوم بر عبارت روایت مشکل است. اما می‌توان گفت با توجه به این قاعده مشهور که «و العبد أصل للحرّ فیما لا تقدیر فیہ کما ان الحرّ أصل فیما فیہ مقدر» (حلی، ۱۴۲۰: ج ۵، ص ۵۷۰)، می‌توان گفت که احتمال دوم، قابل دفاع به نظر می‌رسد. بنابراین، می‌توان گفت که روایت بر ارش و دیه غیر معین دلالت دارد. در آخر روایت به جنایت حر بر عبد اشاره می‌کند که باید میزان جنایت با توجه به دیه حر محاسبه و به همان میزان به‌عنوان ارش به عبد یا مولای او پرداخت گردد.

۶. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ السِّنِّ وَالذَّرَاعِ يَكْسِرَانِ عَمْدًا لَهَا ارش أَوْ قَوْدًا فَقَالَ قَوْدٌ قَالَ قُلْتُ: فَإِنْ أضعفوا الدية قال أن أَرْضَوْهُ بِمَا شَاءَ فَهُوَ لَهُ (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۱۷۷). در این حدیث صحیح ابا بصیر از امام صادق^(ع) در مورد کسی سؤال

می‌کند که دست و دندان‌ش به عمد شکسته شده است که آیا جانی قصاص می‌شود یا باید ارش بدهد؟ حضرت در جواب می‌فرماید که قصاص می‌شود. باز راوی سؤال می‌کند که اگر گسان جانی دو برابر دیه پردازند چه؟ حضرت می‌فرماید هر طور که راضی کنند همان است.

در این روایت اشکالی به نظر می‌رسد و آن این که شکستن دست قصاص ندارد، بلکه باید دیه پرداخت کند. به همین جهت مرحوم مجلسی دوم می‌گوید «و یدل علی ثبوت القصاص فی کسر العظم و لم يعمل به أحد إلا آن یحمل علی القطع مجازاً» (مجلسی، ۱۴۰۴: ج ۲۴، ص ۱۰۵). اما در مورد دندان که اگر جنابت به صورت کندن باشد همگی متفق‌اند بر ثبوت قصاص. اما در مورد شکستگی اختلاف است و بعضی در صورتی که امکان قصاص بدون آسیب باشد گفته‌اند که قصاص ثابت است و این روایت هم برای آن‌ها حجت است (همان).

پس دلالت روایت بر قصاص دندان مشکلی ندارد. اما در مورد قصاص ذراع که دچار اشکال است، به این دلیل که روایت صحیح است باید محملی بر قصاص ذراع جستجو کرد. در این خصوص چندین احتمال مطرح شده است. یکی همان احتمال صاحب مرآة العقول که ممکن است کسر را حمل بر قطع کنیم. دو احتمال دیگر را مجلسی اول، مطرح کرده است. ممکن است جواب حضرت را فقط حمل بر دندان کنیم؛ چراکه در مورد دندان ممکن است بدون آسیب اضافی قصاص جاری شود برخلاف دست که عادتاً ممکن نیست. احتمال دیگر این که جواب حضرت را شامل دست و ذراع بدانیم و قصاص ذراع را نیز حمل کنیم بر دست جانی که به شکستن عمدی دست دیگران عادت کرده است (مجلسی، ۱۴۰۶: ج ۱۰، ص ۳۹۹). شاید در مورد چنین آدمی قاعده اولیه مجازات شکستن دست رعایت نشود. این که ابا بصیر از واژه ارش را در شکستگی دست و دندان استفاده کرده است، ممکن است دیه غیر معین استفاده شود. چراکه مثلاً در مورد ندان، با توجه به قواعد کلی در شکستگی بعضی از دندان یا روییدن ناقص و حتی کامل یا تغییر دندان محل جریان ارش است و دیه معین ندارد. احتمالاً ابا بصیر با چنین ذهنیتی حکم آن را با استفاده

از واژه ارش و نه دیه، از امام^(ع) پرسیده است.

۷. «عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحَدِهِمَا عَنِ فِي رَجُلٍ كَسَرَ يَدَ رَجُلٍ ثُمَّ بَرَأَتْ يَدُ الرَّجُلِ قَالَ لَيْسَ فِي هَذَا قِصَاصٌ وَ لَكِنْ يُعْطَى الْأَرشُ» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۱۷۸).
 در این حدیث گر چه ضعیف است می تواند حداقل به عنوان مورد استعمال ارش در اصطلاحات عرب، برای دیه غیر معین مورد توجه باشد. چراکه یکی از موارد ارش، شکستگی دست بعد از خوب شدن بدون عیب است. گر چه ممکن است علاوه بر ضعف سندی روایت در دلالت آن نیز اشکال شود به این که در روایت قصاص ذکر شده است در حالی که طبق نظر مشهور در شکستگی دیه است نه قصاص.

در پاسخ می توان گفت که همین که در این روایت ارش در مقابل قصاص ذکر شده، خود مؤیدی بر این است که منظور از ارش در اینجا دیه غیر معین است. چراکه ذکر کلمه قصاص در روایت می تواند شامل دیه نیز باشد چه این که اصل اولی در مورد شکستن عمدی قصاص است و به دلیل تعذر قصاص بدون خسارت زائد، دیه جایگزین قصاص می شود. بلی در مورد شکستن خطایی دست دیه است و از ذکر کلمه قصاص می شود استفاده کرد که سؤال از شکستگی عمدی بوده است.

۸. «وَبِالْإِسْنَادِ عَنْ أَحَدِهِمَا عَنِ أَنَّهُ قَالَ: فِي سِنَّ الصَّبِيِّ يَضْرِبُهَا الرَّجُلُ فَتَسْقُطُ ثُمَّ تَنْبُتُ قَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ قِصَاصٌ وَعَلَيْهِ الْأَرشُ قَالَ عَلِيُّ وَ سُئِلَ جَمِيلٌ كَمِ الْأَرشِ فِي سِنَّ الصَّبِيِّ وَ كَسَرَ الْيَدِ قَالَ شَيْءٌ يَسِيرٌ وَ لَمْ يَزُ فِيهِ شَيْئاً مَعْلُوماً» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۱۷۹)؛ جمیل بن دراج از یک تن از رواات ما از یکی از دو امام باقر یا صادق^(ع) روایت کرده که در باره دندان کودک که در اثر زدن شخصی به صورت او بیفتد و باز بروید فرمود: قصاص ندارد و می باید ارش بدهد و نیز در باره مردی که دستش را بشکنند و التیام یابد فرمود: مجرم قصاص نمی شود، لیکن تاوان آن را باید پردازد و از جمیل پرسیدند که در دندان کودک و در شکستن دست ارش چقدر است؟ گفت: چیزی اندک و در آن روایتی نقل نکرد که چقدر است.

این روایت گر چه مرسل است، اما گفته اند مثل صحیح است (مجلسی، ۱۴۰۴:

ج ۲۴، ص ۱۰۶). از این روایت ارش به معنی دیه غیر معین برداشت شده است.

چنانکه صاحب روضه المتقین، در شرح حدیث می‌نویسد: در دندان طفل ارش است نه دیه، چراکه بعد از افتادن دوباره می‌روید؛ بنابراین مثل عضو زائد می‌ماند. این که جمیل در پاسخ به این سؤال که ارش دندان و شکستن دست چند است؟ می‌گوید چیزی روایت نشده، ظاهراً به این دلیل بوده که معنی ارش را از امام^(ع) نشنیده بوده است (مجلسی، ۱۴۰۶: ج ۱۰، ص ۴۰۱).

گرچه مرحوم خوبی این روایت را مطابق مشهور می‌داند، خودش اما آن را به دلیل ضعف سند نمی‌پذیرد که به معنی دیه غیر معین باشد بلکه معتقد است این روایت بر ارش دلالت دارد و ارش بر دیه معین نیز صادق است (خویی، ۱۴۲۲: ج ۴۲، ص ۲۰۹). با این حال، می‌توان گفت به دلیل عمل مشهور بر طبق این روایت و این که با مرسلات جمیل معامله صحیح می‌شود، روایت فوق بر ارش به معنی دیه غیر معین دلالت می‌کند. به علاوه، قبلاً ذکر شد که بر دیه معین ارش اطلاق نمی‌شود. هم‌چنین باید گفت آن‌طور که قبلاً در تعریف اصطلاحی دیه و ارش گذشت، مرحوم خوبی در تعریف دیه برخلاف دیگر فقها دیه را به مال مقدر شرعی معنی می‌کند؛ یعنی مقدر بودن را جزء ماهیت دیه می‌داند و نیز ارش را به هر جنایتی که مقدر شرعی ندارد تعریف می‌کند، با این تعریف دیگر دیه شامل ارش نمی‌شود تا بتوان گفت که ارش بر دیه مقدر نیز صادق است. در حالی که بر اساس تعریف دیگر فقها که دیه را اعم از مال مقدر و غیر مقدر می‌دانند، ممکن است کسی مدعی انطباق ارش بر دیه مقدر نیز بشود.

۹. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ دَخَلَ دَارَ رَجُلٍ فَوَثَبَ عَلَيْهِ كَلْبٌ فِي الدَّارِ فَعَقَرَهُ فَقَالَ: كَانَ دُعَى فَعَلَى أَهْلِ الدَّارِ ارش الخَدَشِ وَآن كَانَ لَمْ يَدْعَ فَدَخَلَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۲۵۵)؛ برخی از یاران ما گفتند: «از امام صادق^(ع) پرسیدم: گفتیم: فدایت شوم! مردی به خانه مردی در آمده است. سگی در خانه به او پریده و او را زخمی کرده است. حضرت فرمود: اگر آن مرد دعوت شده بوده، صاحبان خانه باید ارش این جراحات را بدهند ولی اگر دعوت نشده بوده و وارد شده است، چیزی بر آنان نیست. این روایت گرچه مرسل است اما به گفته مجلسی

دوم، «وعلیه فتوی الاصحاب» (مجلسی، ۱۴۰۴: ج ۲۴، ص ۱۷۰).

با توجه به این که حضرت حکم به ارش خدش می دهد، می رساند که اولاً: جراحت وارده سطحی بوده است و ثانیاً: بیانگر این است که در اینجا ارش به معنی دیه غیر معین است، چراکه خراش دیه معین ندارد و از مصادیق دیه غیر معین است. هم چنین در روایات دیگری نیز واژه ارش به کار رفته است که به دلیل ضعف سند و طولانی بودن متن روایت از ذکر آن ها خودداری شد (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۹، ص ۲۶۴ تا ۲۶۷).

۲-۳. اجماع

اکثر فقها علاوه بر روایات به اجماع هم اشاره کرده اند. از جمله صاحب جواهر با ادعای نفی خلاف، می گوید اجماع با دو قسمش یعنی هم محصل و هم منقول بر ارش دلالت دارد. (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ص ۱۶۸). گرچه ممکن است گفته شود که احتمالاً اجماع علما بر اساس روایات موجود در باب ارش بوده است که در این صورت مدرکی خواهد بود. به هر حال چه مدرکی بودن آن را بپذیریم یا نپذیریم، فقها اجماع را به عنوان یکی از ادله ارش ذکر کرده اند.

۳-۳. ضمان (اتلاف)

دلیل سوم را صاحب العناوین قاعده ضمان ذکر کرده است؛ با این بیان که در صورت وقوع جنایت، قاعده ضمان مقتضی جبران خسارت است و این قاعده عام است هم دیه معین و دیه غیر معین را شامل می شود. مواردی که شرعاً دیه آن ها مشخص شده است از تحت عموم قاعده ضمان خارج می شود و بقیه یعنی آن موارد که دیه مقدر ندارد تحت عموم قاعده ضمان باقی می ماند و می باید جبران شود، مورد باقی مانده همان ارش است (مراغی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۶۲۸).

۴-۳. سیره عقلا

علاوه بر دلایل گذشته می توان به سیره (بنای) عقلا نیز بر لزوم ارش استناد کرد. چنانکه برخی از نویسندگان آن را در مورد «خسارت زائد بردیه» به کار برده است

(شفیعی سروستانی و دیگران، ۱۳۷۶: ص ۳۱۳).

اما از آنجایی که احکام عقلی کلی هستند می‌تواند در مورد ارش نیز مورد استناد قرار گیرد. تقریب این دلیل به این صورت است که «عقلا عدم پرداخت خسارت‌های ناشی از جرم را ظلم می‌دانند و ظلم از طرف خداوند قبیح است. پس نتیجه می‌گیریم که حکم به عدم پرداخت خسارت از طرف خداوند قبیح است» (مرعشی، ۱۳۷۰: ص ۲۷). البته بنای عقلا برای این که حجیت داشته باشد ارکان و شرائطی دارد که در صورت جمع این شرائط می‌توان از آن حکم شرعی را نیز نتیجه گرفت و بر اساس آن می‌توان حکم به ارش را بر مبنای سیره عقلا، حکم شرعی دانست. راجع به شرایط حجیت سیره عقلا می‌توان گفت «بنای عقلا در صورتی که معاصرت آن با عصر شارع و عدم ردع آن از سوی او، حد اقل نسبت به مبنای ارتکازی آن، ثابت شود حجیت دارد و می‌تواند مبنای برای اثبات حکم شرعی باشد» (شفیعی سروستانی و دیگران، ۱۳۷۶: ص ۳۲۱).

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه گفته شد نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱- ارش در لغت به معانی چون خصومت و اختلاف، فساد و سبب نزاع و خراش و جراحت است. هرچند معانی دیگری مثل دیه جراحت که اندازه‌اش معلوم نیست و تفاوت قیمت صحیح و معیب در کتب لغت برای ارش ذکر شده است که نمی‌توان آن‌ها را معنای لغوی ارش دانست؛ زیرا این معانی ناظر به معنای اصطلاحی ارش است. در اصطلاح فقها نیز دو معنا از ارش بیان شده است؛ یکی «کل مالاتقدیر له ففیه الارش» و دیگری، خود تفاوت قیمت صحیح و معیب یا مابه‌التفاوت دیه مجروح قبل و بعد از جنایت. آن‌گونه که گفته شد، هرآن چه که در شرع دیه‌اش مشخص نشده است، نمی‌تواند معنای ارش باشد، بلکه موضوع و محل جریان ارش در مقایسه با دیه است. بنابراین معنای اصطلاحی ارش همان تفاوت قیمت است که این تفاوت قیمت در عیب با نسبت سنجی بین کالای صحیح و معیوب و در جنایت

با عبد انگاری یا روش های دیگر به دست می آید.

۲_ ماهیت ارش با ماهیت دیه یکی است؛ به عبارتی، ارش همان دیه غیر مقدر است؛ یعنی همان گونه که دیه را نمی توان کیفر محض یا جبران خسارت مدنی تنها دانست، ارش نیز دارای ماهیت دوگانه است. در بعضی از موارد کیفر و در برخی از موارد جبران خسارت است. از آنجایی که ارش جزئی از دیه است و دیه حکم اولی است، ارش نیز حکم اولی و دلیل آن، جزء ادله اجتهادی است نه فقاهتی. از هیچ کدام از ادله ارش بر نمی آید که ارش حکم ثانوی بوده و در موطن شک جعل شده باشد. به علاوه از مجموع تعبیرات و موارد استعمال ارش حکم اولی بودن ارش استفاده می شود.

۳_ گذشته از ادله دیه که می تواند شامل ارش نیز بشود، خود ارش نیز دلیل دارد. هم روایات چه عام و چه خاص و هم اجماع و هم سیره عقلا ارش را به عنوان یک قاعده مسلم و غیر قابل خدشه معرفی و پشتیبانی می کنند. گرچه تمام روایات ذکر شده صحیح و دلالتشان بر ارش تام و کامل نیست، اما بعضاً روایات صحیح و موثق که دال بر ارش باشد نیز در میان شان وجود دارد.

فهرست منابع و مآخذ

۱. ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمدابن مكرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، محقق/ مصحح: احمد فارس صاحب الجوائب، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، چاپ سوم.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، محقق/ مصحح: آقا مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی و آقا حسین یزدی اصفهانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ایروانی، باقر (۱۴۲۷)، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، قم: بی‌نا، چاپ دوم.
۴. بروجردی، آقا حسین طباطبائی (۱۴۲۹)، جامع احادیث الشیعه، تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
۵. جمشیدی، مجید (۱۳۹۰)، دیه و ارش، تهران: نگاه بینه.
۶. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۳)، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۹)، ارش؛ ماهیت، شیوه محاسبه و مسئول آن، مجله علمی - پژوهشی مطالعات حقوقی، شماره ۲.
۸. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۷)، قواعد فقه جزائی، قم: مؤسسه چاپ زیتون، اول.
۹. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۴)، قواعد فقه دیات، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۰. حکیم، سید محمد تقی طباطبائی (۱۴۱۸)، القرعة و الاجتهاد و التقليد (الأصول العامة)، قم: مجمع جهانی اهل بیت علیهم السلام، چاپ دوم.
۱۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۱)، تلخیص المرام فی معرفه الاحکام، محقق/ مصحح: هادی قیسی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۱۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهری اسدی (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، محقق/ مصحح: گروه پژوهشی دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰)، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، محقق/ مصحح: ابراهیم بهادری، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۴. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸)، منهج الصالحین قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، چاپ پنجم.
۱۵. موسوی خمینی، روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۶. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۵)، تحریر الوسیله، ترجمه: علی اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ بیست و یکم.
۱۷. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، محقق/ مصحح: علی اکبر غفاری، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲)، مبانی تکمله المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی.
۱۹. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰)، کتاب المکاسب، شارح: سید محمد کلانتر، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، چاپ سوم.
۲۰. راوندی، مرتضی (۱۳۸۶)، سیر قانون و دادگستری در ایران، تهران: نشر چشمه.
۲۱. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹)، کتاب نکاح، محقق/ مصحح: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۲۲. ساریخانی، عادل (۱۳۸۳)، حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور.

۲۳. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، مذهب الاحکام، محقق/ مصحح: مؤسسه المنار، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۲۴. شفیعی سروستانی، ابراهیم و دیگران (۱۳۷۶)، قانون دیات و مقتضیات زمان، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری.
۲۵. شیرازی، ناصر مکارم (۱۴۲۷)، استفتاءات جدید (مکارم)، محقق/ مصحح: ابوالقاسم علیان‌نژادی، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، چاپ دوم.
۲۶. صاحب ابن العباد، اسماعیل (۱۴۱۴)، المحيط فی اللغه، محقق/ مصحح: محمدحسن آل یاسین، بیروت: عالم‌الکتاب.
۲۷. صادقی، محمدهادی (۱۳۹۳)، جرائم علیه اشخاص، تهران: نشر میزان، چاپ بیستم.
۲۸. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶)، مجمع البحرین، محقق/ مصحح: سید احمد حسینی، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، چاپ سوم.
۲۹. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار‌الکتاب العربی، چاپ دوم.
۳۰. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، محقق/ مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۳۱. عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح المعیة الدمشقیة، شارح: سید محمد کلانتر، قم: کتاب فروشی داوری.
۳۲. عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، محقق/ مصحح: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم: مؤسسه معارف الإسلامية.
۳۳. عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: کتاب فروشی داوری.

۳۴. فراهیدی، خلیل ابن احمد (۱۴۱۰)، العین، محقق/ مصحح: مهدی مخروخی - ابراهیم سامرائی، قم: نشر هجرت، چاپ دوم.
۳۵. فیومی، احمد بن محمد مقری (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: منشورات دار الرضی.
۳۶. محسنی قندهاری، محمد آصف (۱۴۲۴)، الفقه و مسائل طبیة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۷. کاشانی، حاج آقا رضا مدنی (۱۴۰۸)، کتاب الدیات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۹)، أصول الکافی، ترجمه: سید جواد مصطفوی، تهران: کتاب فروشی علمیه اسلامیة.
۳۹. فیاض، محمد اسحاق (۱۴۰۸)، منهاج الصالحین، بی جا: بی نا.
۴۰. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، محقق/ مصحح: علی اکبر غفاری، تهران: دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.
۴۱. لنکرانی، محمدفاضل موحدی (بی تا)، جامع المسائل، قم: انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم.
۴۲. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۴)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، محقق/ مصحح: هاشم رسولی محلاتی، تهران: دار الکتب الإسلامیة، چاپ دوم.
۴۳. مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی (۱۴۰۶)، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه محقق/ مصحح: موسوی کرمانی، حسین اشتهااردی و علی پناه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، چاپ دوم.
۴۴. مراغی حسینی، سید میر عبد الفتاح بن علی (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴۵. مرعشی، سید محمدحسن (۱۳۷۰)، مقاله دیه و ضرر و زیان ناشی از جرم، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره اول.
۴۶. منتظری، حسینعلی (بی تا)، رساله استفتاءات، قم: بی نا.
۴۷. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، محقق/ مصحح: عباس قوچانی و علی آخوندی، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.

مراحل و ادوار شکل‌گیری علم اصول فقه در سپهر علوم اسلامی

سید عبدالله حسینی^۱

چکیده

در خصوص علم اصول فقه، یکی از پرسش‌های اساسی چگونگی پیدایش و سیر تحول آن در تاریخ علوم اسلامی است که تا حدودی نزد جویندگان این علم مغفول مانده و در حاشیه مباحث و مسائل غامض و پیچیده اصولی قرار گرفته است. به دلیل اینکه تبارشناسی و شناخت تاریخی هر پدیده در شناخت ماهیت و حقیقت آن، دارای اهمیت است، بررسی ادوار و مراحل تطور علم اصول فقه نیز در شناخت هرچه بیشتر این علم مهم و ضروری به شمار می‌رود. پیشینه و ادبیات این موضوع را می‌توان به‌صورت پراکنده در برخی از کتب اصولی به دستاورد و همچنین پژوهش‌های جدیدی نیز در این موضوع شکل گرفته است؛ اما نوشتار حاضر درصدد بررسی ادوار و مراحل علم اصول فقه در مقاطع زمانی تعیین‌شده و به‌صورت دسته‌بندی و نظام‌مند می‌باشد. اصول فقه اهل سنت و اصول فقه اهل تشیع، در ادوار تاریخی هرکدام مسیر متفاوتی را طی نموده است؛ اگرچه ابوحنیفه^(ع) از پیشگامان اصول فقه اهل سنت در قرن دوم هجری به شمار می‌رود، اما شافعی^(ع) اولین کسی است که در اصول فقه اهل سنت، اثر مکتوب به وجود آورد. مرحله شکوفایی اصول فقه اهل سنت، سده چهارم تا اواسط قرن هفتم هجری است که با خلق آثار متعددی در حوزه اصول فقه رقم خورد. با بنیان‌گذاری علم اصول فقه شیعه توسط امام باقر^(ع) و امام صادق^(ع)، دوره تأسیس آن، سده چهارم هجری دانسته شده که پس از آن، در قرن‌های پنجم تا هفتم؛ از زمان شیخ طوسی تا محقق حلی به تثبیت رسیده است. با توجه به ماهیت و حقیقت این تحقیق، روش گردآوری اطلاعات آن، کتابخانه‌ای بوده و روش تجزیه و تحلیل اطلاعات، تحلیلی توصیفی است.

واژگان کلیدی: اصول فقه، ادوار، مراحل، علوم اسلامی، تاریخچه، شکل‌گیری، تطور.

۱. دکتری، فقه و معارف اسلامی، جامعه المصطفی^(ص) العالمیه، ایران، قم.

مقدمه

انسان همانگونه که با تفکر، قوانین عام و کلی حاکم بر طبیعت را کشف می‌کند که اساس علوم است، هم‌چنین با تفکر، قواعد کلی و تعمیم‌پذیری را کشف می‌کند که معیارهای لازم برای رفتارهای انسان و از جمله تفکر است. علم اخلاق معیارهای لازم برای رفتارهای انسان با خود و دیگران است که انسان‌های با تفکر آن را کشف کرده‌اند. علم اخلاق منطق رفتار است. علم منطق هم‌عام‌ترین معیارهای لازم برای تفکر و اندیشه است که از دوران حکمای یونان تنظیم شده است، اما حکمای یونان آن را اختراع نکرده‌اند، بلکه کشف کرده‌اند، قبل از آنان هم بشر از قواعد منطقی به‌طور ناخودآگاه بهره می‌گرفتند. به‌تدریج دانشمندان متوجه شدند که منطق عمومی به‌تنهایی کافی نیست و برخی از علوم، منطق و معیارهای خاصی هم لازم دارد. به‌همین جهت با گسترش علوم، نیازها به دانش فراتر از علم منطق پیدا شد که معیارهای لازم برای تفکر و اندیشه را در حوزه‌های خاصی تبیین و تنظیم کنند. علم اصول فقه بعد از گسترش علم فقه به‌عنوان منطق و معیارهای لازم برای تفقه یا تفکر دینی فقهی، پدید آمد.

شکل‌گیری علوم اسلامی، معلول نیازهای تاریخی جوامع اسلامی است. در واقع علوم اسلامی معلول دوری از عصر نزول قرآن است که باعث ایجاد نیاز به این علوم در فضای غیر عصر نزول است (صدر، ۱۳۹۵ق، ص ۳۶۷). در عصر پیامبر اکرم (ص) هیچ‌یک از علوم اسلامی وجود نداشت، ولی بعدها به‌تدریج بر اثر گسترش نیازها، علوم اسلامی به‌تدریج شکل گرفتند. علم اصول فقه هم مثل دیگر علوم اسلامی، معلول این نیاز تاریخی است. در عصر صحابه بعضی از مباحث اصول فقه، به‌صورت پیش‌فرض و یا موضوع مورد اختلاف وجود داشته است. مثل مرجعیت و حجیت سنت نبوی، عدم اعتبار و یا تشکیک در اعتبار خبر واحد که عمر بن خطاب (رض) خلیفه دوم سخن فاطمه بنت قیس را رد کرد، اعتبار خبر مرسل که از عصر صحابه صغار مثل عبدالله بن عباس و عبدالله بن عمر که گاهی خبری را که از کسی شنیده بود، به اعتبار اعتماد بر راوی، مستقیم از پیامبر نقل می‌کردند، اعمال رأی در موارد

نبود شاهی از قرآن و سنت توسط بعضی از صحابه مثل ابوبکر (رض)، عمر (رض) و ابن مسعود (رض)؛ از ابن مسعود درباره مردی که با زنی ازدواج کرده و مهری مشخص نکرده و قبل از هم‌بستری با او فوت کرده است، از مهر زن پرسید، او گفت: بعد از رسول‌الله چنین سؤال سختی از من نشده است و یک ماه جواب نداد و در مقابل اصرار دیگران که اگر تو نگوئی از کی بپرسیم؟ گفت: من رأی خود را می‌گویم اگر درست باشد از خداوند و اگر نادرست باشد از من و شیطان است (آمدی، ۱۴۰۲ق، ص ۷۸۳). مشابه همین سخن از ابوبکر هم نقل شده است (آمدی، ۱۴۰۲ق، ص ۷۸۰).

قرن دوم که دوره تابعان است، بسیاری از مباحث اصول فقهی مثل اجماع، قیاس، استحسان، قاعده مصلحت، فتوای صحابی و سد ذرایع، به صورت پراکنده توسط عالمان مطرح این قرن عمدتاً مورد اختلاف بوده است. مثلاً ابوحنیفه بر قیاس بسیار تأکید داشت، مالک بر استحسان و عمل مدینه و سد ذرایع. در حالی که شافعی (۱۵۰-۲۰۴ق) استحسان، مصالح مرسله و سد ذرایع را قبول نداشت و شیعه این منابع و نیز قیاس را قبول نداشت. هم‌چنین مسئله نسخ، اختلاف حدیث، بحث عموم و خصوص، حجیت خبر واحد و مباحث دیگر هم در عصر تابعان مورد توجه قرار گرفت (سعد الخن، ۱۳۹۵، ص ۱۳۰-۱۳۱). با این وصف، علم اصول فقه مانند بسیاری از علوم اسلامی، به صورت یک علم، بدون و مکتوب نشده بود. مراحل و ادوار علم اصول فقه در دو قسمت (اصول فقه اهل سنت و اصول فقه شیعه) قابل بررسی است که در این نوشتار به آن پرداخته شده است.

۱. مراحل و ادوار اصول فقه اهل سنت

پس از دوره تابعان؛ یعنی از اواسط قرن دوم علوم اسلامی از جمله، حدیث، تفسیر، فقه، کلام، اصول فقه، مکتوب و تدوین می‌شود. مباحث اصول فقه هم از اواخر قرن دوم، انتظام می‌گیرد و تدوین می‌گردد؛ اما اصول اهل سنت و شیعه و حتی اصول حنفی و دیگر مذاهب اهل سنت، مسیر متفاوتی را طی کرده است. به همین جهت تاریخ اصول فقه شیعه و اهل سنت را به صورت جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱-۱. مرحله اول: دوره قبل از تدوین

چنانکه گفته شد، آغاز تدوین اصول فقه، از اواخر قرن دوم است. احناف مدعی اند که امام ابوحنیفه نعمان بن ثابت (۱۵۰ق) و دو شاگردش ابو یوسف (۱۸۲ق) و شیبانی (۱۸۲ق)، نخستین کسانی است که اصول فقه را تدوین کرده است (سعد الخن، ۱۳۹۵ ص ۱۰۲). ابوحنیفه در نیمه اول قرن دوم و دو شاگردش در نیمه دوم قرن می‌زیسته است. در نیمه اول قرن دوم اصول فقه به‌عنوان یک علم مطرح نبوده است، اما مباحث آن در این دوره مطرح بوده است. با توجه به تأکید ابوحنیفه^(۳) بر قیاس و نیز دیدگاهش درباره خبر واحد، رأی استحسان و غیر آن، می‌توان گفت که ایشان از پیشگامان طرح برخی مباحث اصول فقه در قرن دوم بوده است، البته پیش از وی و هم‌زمان به وی کسانی دیگری این مباحث و یا مباحث دیگری از اصول فقه را مطرح کرده‌اند؛ اما با توجه به این‌که نوشته و طرح جامعی از اصول فقه توسط ابوحنیفه و دو شاگردش موجود نیست، نمی‌تواند گفت که اصول فقه در این دوره تدوین شده است. مشهور این است که شافعی (۲۰۴ق) اولین کسی است که در اصول فقه تألیفی داشته است (سعد الخن، ۱۳۹۵، ص ۱۱۷)؛ (ابوزهره، بی‌تا، ص ۱۳).

هرچند هشام بن حکم متکلم شیعی هم رساله‌ای تحت عنوان «الالفاظ» داشته است (صدر، ۱۳۹۵ق، ص ۷۳) که از بین رفته و معلوم نیست در آنچه مباحثی بوده است؛ اما نوشته‌های شافعی موجود است و نقش مهمی در پایه‌گذاری اصول فقه در بین اهل سنت داشته است. شافعی کتاب‌های الرساله، اختلاف الحدیث، ابطال الاستحسان و کتاب قیاس را نوشته است. از احمد ابن حنبل نقل شده است که تا زمانی که شافعی الرساله را نوشته بود، عموم و خصوص را نمی‌فهمیدم (سعد الخن، ۱۳۹۵، ص ۱۰۵).

با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان گفت که در عصر صحابه و تابعان قواعد اصول فقه بدون این‌که به‌صورت منسجم و مستقل از فقه تدوین و مکتوب شده باشد، مورد بحث و توجه بوده است؛ اما از اواخر نیمه دوم قرن دوم، شافعی اولین کسی است که این مباحث را مکتوب کرد.

۲-۱. مرحله دوم: دوره تدوین

عصر شافعی، یعنی نیمه دوم قرن دوم خصوصاً ربع آخر قرن دوم، دوره ترجمه علوم یونانی به عربی و هم‌چنین آغاز دوره تدوین علوم اسلامی از قبیل؛ فقه، تفسیر، کلام، علوم حدیث، اصول فقه، عرفان و غیر آن است. در این دوره، اختلافات شدید فکری نیز بین مسلمانان در جریان بوده است. اکثریت مطلق مباحث اختلافی، فرقه‌های کلامی و مذاهب فقهی و نیز مسائل اصول فقهی از همین دوره مطرح شده است. این عصر اوج اختلاف اهل رأی یا فقها و اهل حدیث از یک‌سو و اختلاف متکلمان با محدثان و فقها از سوی دیگر است که باعث پدید آمدن سؤال‌های زیادی در ذهن اندیشمندان مسلمان گردید. سؤالات و اختلافاتی که در قرن دوم در موضوعات مختلف پدید آمد، در تاریخ اسلام بی‌سابقه است و همین مسئله باعث تلاش علمی علما و شکل‌گیری گرایش‌ها، فرقه‌ها و علوم مختلف شد. در پیدایش علم اصول فقه، اختلاف اهل رأی و اهل حدیث و نیز اختلاف در احادیث و روایات، نقش محوری داشت. این اختلاف باعث شد که دیدگاه‌های مختلفی درباره منابع تشریح و چگونگی دلالت آن‌ها و استنباط از آن‌ها شکل بگیرد. شافعی در مرکز اختلاف اهل حدیث و اهل رأی قرار داشت. او در آغاز شاگرد مالک بن انس پیشوای اهل حدیث و نص‌گرایان حجازی بود، در عراق که آمد با شاگردان ابوحنیفه و نیز برخی از شاگردان ائمه شیعه ارتباط داشت و تحت تأثیر این ارتباط وقتی به مصر رفت، برخی از دیدگاه‌هایش عوض شد. بنابراین، او هم شاگردی دو مکتب اهل رأی و اهل حدیث را داشته است و هم در مرکز بحث‌های اختلافی قرار داشته است. گفته شده که عبدالرحمن بن مهدی محدث، از شافعی درخواست نمود که کتابی درباره معانی قرآن، حجت، اجماع، بیان ناسخ و منسوخ بنگارد. شافعی الرسالة را در بغداد نوشت، به مصر که رفت در آن بازنگری کرد (سعد الخن، ۱۳۹۵، ص ۵۷).

شافعی در الرسالة احکام اسلامی را پنج بخش می‌کند: ۱. نص قرآن که در آن جای احتمال نیست، ۲. ظواهر قرآن که در آن جای احتمال هست، ۳. واجبی که در قرآن بیان شده و چگونگی انجام آن را پیامبر بیان کرده است (مجمعات قرآنی که با

سنت پیامبر قابل عمل است) ۴. حکمی که در قرآن نیست و فقط در سنت پیامبر است، ۵. حکمی که خداوند اجتهاد و طلب آن را بر انسان‌ها واجب کرده است؛ یعنی حکمی که در قرآن و سنت پیامبر نیست و مجتهدان باید آن را کشف کنند (سعد الخن، ۱۳۹۵، ص ۱۱۷).

بخشی از مطالب کتاب شافعی درباره ظواهر قرآن است، مثل بحث عام و خاص و بخشی درباره سنت پیامبر، پس از آن بحث ناسخ و منسوخ در قرآن و سنت، اختلاف الحدیث، خبر واحد و تثبیت حجیت آن، اجماع، قیاس و اجتهاد و آخرین بحث شافعی بحث اختلاف است که آن را به حرام و جایز تقسیم می‌کند. اختلاف حرام را در موارد نص قرآن و سنت و اختلاف جایز را در موارد وجود احتمال و تأویل می‌داند (سعد الخن، ۱۳۹۵، ص ۱۱۷-۱۲۵). کتاب الرساله شافعی مرحله اولیه شکل‌گیری علم اصول فقه است. ابوبکر محمد بن عبدالله صیرفی (م ۳۳۰)، حسان بن محمد قرشی (م ۳۴۹) ابوبکر محمد بن علی قفال چاچی کبیر (م ۳۶۵) ابوبکر محمد بن عبدالله بن محمد شیبانی جوزقی (م ۳۸۸) و ابو محمد عبدالله بن یوسف جوینی (م ۴۳۸) شرح نویسان کتاب‌های شافعی بوده‌اند که البته این شروح از بین رفته‌اند (سعد الخن، ۱۳۹۵، ص ۱۲۷-۱۲۹).

نکته مهم این است که در قرن سوم، اصول فقه اهل سنت تقریباً هیچ رشدی نکرد. نه کتابی از قرن سوم موجود است و نه عالم برجسته اصولی ظاهر شده است و نه نظریه جدیدی در علم اصول فقه اهل سنت مطرح شده است. این چند شرحی که بر کتاب شافعی نوشته شده است هم در قرن چهارم بوده است. دلیل آن این است که از اواسط قرن دوم رقابت اهل رأی و اهل حدیث شروع و به تدریج در اوایل قرن سوم به دشمنی کشیده شد و از دوره بعد از مأمون تا دوره متوکل (۲۰۱۸-۲۳۲) اهل حدیث تحت فشار و تفتیش عقاید از سوی معتزله و حکومت عباسی بود که به دوره محنت معروف است. با روی کار آمدن متوکل در سال ۲۳۲ ورق برگشت و اهل حدیث، مذهب رسمی شد و متکلمان و فقهای اهل رأی با حاشیه رفتند و طبعاً علم اصول فقه هم یک از علوم عقلی به شمار می‌رود، مورد توجه قرار نگرفت. قرن سوم

قرن طلایی حدیث و محدثان است. تمام صحاح و بسیاری از کتاب‌های حدیثی اهل سنت و بزرگ‌ترین محدثان اهل سنت در این قرن ظاهر شدند. در قرن سوم، اهل حدیث رهبری فکری اهل سنت را در دست داشتند (حسینی و افشاگر، ۱۳۹۴، صص ۱۴۰-۱۴۱).

۳-۱. مرحله سوم: دوره گسترش و تکامل

مرحله سوم در اصول فقه اهل سنت قرن چهار تا اواسط قرن هفت است. این سه قرن و نیم دوران گسترش و تکامل اصول فقه اهل سنت می‌باشد. از قرن چهارم با ضعف حکومت بنی عباس و ظهور حکومت‌های مستقل در ایران، عراق، خراسان، مصر و شامات، عقل‌گرایان؛ یعنی متکلمان و فقه‌ها قدرت گرفتند خصوصاً در دوره سلجوقیان و غزنویان تا حمله مغل اوج اقتدارا عقل‌گرایان اهل سنت؛ یعنی متکلمان و فقها و دوره طلایی کلام و اصول فقه و عرفان اهل سنت است که در نتیجه فقه و اصول فقه و نیز کلام و عرفان به اوج شکوفایی خود رسید.

در این دوره در بین اهل سنت، دو جریان تقریباً موازی در اصول فقه فعال بوده است. جریان فقه‌های حنفی و جریان متکلمان معتزلی و اشعری. فقه‌های احناف بعد از قرن چهارم چون معتقد به بسته شدن باب اجتهاد و عدم جواز اجتهاد مطلق بودند، به خود چنین اجازه‌ای را نمی‌دادند که قواعدی تنظیم کنند که بر اساس آن بتوان به‌طور مستقل احکام را از منابع اصلی آن استنباط کرد. اهتمام آن‌ها بر این بودن که آنچه را ائمه مذهبشان (مذهب حنفی) بر آن اعتماد کرده‌اند، بشناسند و بهترین راه برای آن‌ها این است که احکام فروعی را که از ائمه‌شان نقل شده‌اند، مینا برای قاعده‌سازی و استنباط اصول فقهی قرار دهند. (مدکور، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۰)؛ (زحیلی، ۱۴۰۶، ص ۱۸). بر همین اساس فقه‌های بزرگ حنفی مثل کرخی، رازی، جصاص، سرخسی و نسفی مشی کرده‌اند. این افراد بزرگ‌ترین فقها و اصول‌هایی حنفیه بوده‌اند و اصول فقه آن‌ها، متأثر از فقه ابوحنیفه و بر اساس و مستخرج از فتاوی ابوحنیفه است (سعد الخن، ۱۳۹۵، ص ۳۲۷)؛ (ابوزهره، بی‌تا، ص ۲۷).

علمای حنفی به سلف و خلف و متأخرین طبقه‌بندی شده‌اند و جصاص از خلف

شمرده می‌شود. سلف از زمان ابو حنیفه تا زمان محمد بن الحسن و خلف از محمد بن حسن تا زمان شمس الأئمة حلوانی و متأخرون از حلوانی تا زمان حافظ الدین بخاری است. جصاص ریاست فقهای احناف را در بغداد به عهده داشت. علمای حنفی هفت طبقه است. مجتهدین در شرع مثل امامان اربعه و امثال آنان که قواعد اصول و استنباط از فروع را بدون تقلید از دیگران، تأسیس کرده‌اند. مجتهدین در مذهب مثل ابویوسف و دیگر اصحاب ابوحنیفه که به استخراج احکام از این قواعد قادر بوده‌اند که در فروع می‌توانسته‌اند مخالف امامشان باشند و نه در اصول. طبقه سوم مجتهدین در مسائلی که از امام مذهب در آن فتوایی نبوده است مثل خصاص، ابی جعفر طحاوی، حسن کرخی، حلوانی، شمس الأئمة سرخسی، قمر الاسلام بزدوی، فخر الدین قاضی خان و امثال آن که با امام در فروع و اصول مخالفت نمی‌توانستند؛ لکن در جایی که نصی نمی‌بود، می‌توانست بر طبق قواعد فتوا بدهد. طبقه اصحاب تخریج مثل رازی جصاص و امثالشان که قادر به اجتهاد نبودند، ولی می‌توانستند قول مجمل ذی وجهین یا حکم مبهم محتمل الامرین منقول از صاحب مذهب یا یاران مجتهدش را تفصیل دهد. طبقه پنجم اصحاب ابی الحسن قدوری و صاحب هدایه و امثالشان که فقط می‌توانستند برخی از روایات را بر برخی دیگر ترجیح دهد که مثل این قول مناسب‌تر به حال مردم است. طبقه ششم مقلدین اهل تمیز که فقط می‌توانستند که قول اقوی، قوی و ضعیف را تشخیص دهند مثل صاحبان متون متأخره (مختار، کنز، وقایه و مجمع البحرین و مختصر قدوری) که باید اقوال مردود و روایت ضعیف را در کتاب‌هایش نقل نکنند. طبقه هفتم مقلده که هیچ‌یک از کارهای گذشته را انجام داده نمی‌توانند و خوب را از بد تشخیص داده نمی‌توانند (جصاص، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۰).

مهم‌ترین کتاب‌هایی که در موضوع اصول فقه در این دوره نگارش یافته‌اند از این قرار است:

۱. مأخذ الشرایع از ابومنصور محمد ماتریدید (۳۳۳) که شرح‌های هم بر آن نوشته شده است؛

۲. رساله الکرخی فی الاصول از ابوالحسن عبید الله الکرخی (۳۴۰)؛
 ۳. اصول الجصاص از امام ابوبکر احمد بن علی رازی جصاص (۳۷۰)؛
 ۴. تقویم الادله از ابوزید عبدالله بن عمر قاضی دبوسی (۴۳۰)؛
 ۵. کنز الاصول الی معرفة الاصول از ابوالحسن علی بن محمد بزودی (۴۸۲)؛
 ۶. اصول السرخسی از شمس الاثمه ابوبکر محمد بن احمد سرخسی (۴۸۳) بر این کتاب شرح‌های هم نوشته شده است.
- چنانکه از سال وفات این افراد برمی‌آید، تمامی این افراد در قرن چهارم و پنجم بوده است. از قرن سه هیچ کتابی از هیچ فقیه برجسته حنفی موجود نیست. دلیل این‌که در قرن چهارم مکتب فقهای حنفی رونق گرفت، حمایت حکومت‌های شرق (سامانیان) و بعدها غزنویان از فقه حنفی بوده است. اما روش مکتب متکلمان اشعری و معتزلی، کوشش و استدلال عقلی برای تنظیم قواعدی است که مبنای برای اثبات فروع فقهی باشد. (سعد الخن، ۱۳۹۵، صص ۲۱۱-۲۱۲؛ مدکور، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۸). طریق متکلمان استدلال عقلی محض، عدم تعصب به مذهب خاص، ذکر مثال فقط برای توضیح بوده است (زحیلی، ۱۴۰۶ق، ص ۱۷).
- مهم‌ترین کتاب‌های این مکتب عبارت‌اند از:
۱. التعرف و الارشاد فی ترتبی طریق الاجتهاد از ابوبکر محمد ابن طیب باقلانی فقیه مالکی اشعری بصری بغدادی (م ۴۰۳)؛
 ۲. اللمع از امام ابواسحق ابراهیم بن علی شیرازی شافعی از مدرسان نظامیه بغداد (م ۴۷۶)؛
 ۳. العمد قاضی عبدالجبار معتزلی (م ۴۱۵ق)؛
 ۴. المعتمد ابوالحسین محمد بصری معتزلی (م ۴۳۶ق)؛
 ۵. المستصفی از ابو حامد غزالی شافعی (م ۵۰۵ق)؛
 ۶. المحصول از فخر الدین رازی (م ۶۰۶ق) که بعدها شرح‌ها و تلخیص‌های متعددی برای آن نگاشته شد؛
 ۷. الاحکام از سیف الدین آمدی (م ۶۳۱ق) که شرح‌ها و تلخیص‌های متعددی دارد،

از جمله مختصر ابو عمرو عثمان بن عمر معروف بن حاجب مالکی که بسیار مشهور شد و کتاب درسی قرار گرفت. بعدها‌ی تعدادی از علمای شافعی مختصر ابن حاجب را شرح نمودند (سعد الخن، ۱۳۹۵: ۳۲۴-۳۲۶).

چنانکه از سال وفات این افراد، پیدا است، این افراد در قرن پنج و شش هجری بوده‌اند. دلیل آن هم این است که در قرن پنجم بعد از ظهور سلجوقیان و حمایت آنان از فقه شافعی و مکتب اشعری، خصوصاً تأسیس مدارس نظامیه، متکلمان اشعری و مذهب شافعی، قدرت و شوکت گرفتند و شافعی مذهبی رسمی سلجوقیان و مذهب غالب در عراق و ایران گردید. در دوره غوریان با آمدن فخررازی (مدفون در هرات)، مذهب شافعی در افغانستان هم رونق گرفت که با رفتن غوریان، مذهبی شافعی از افغانستان از بین رفت.

۴-۱. مرحله پیدایش اصول فقه مقارن و تطبیقی

اصول فقه دو مکتب فقها و متکلمان، از هم جدا و متمایز و تا حدودی در دو بستر متفاوت شکل گرفته بودند. اصول فقه احناف در قرن چهار و پنج و اصول فقه متکلمان اشعری و معتزلی در قرن پنج و شش. از قرن هفتم برخی از علمای عمدتاً حنفی تلاش کردند که روش هر دو مکتب را با هم جمع کنند. کتاب‌هایی هم بر این اساس نوشته شده است مثل:

۱. بدیع النظام الجامع بین اصول البزدوی و الاحکام از مظفر الدین احمد ابن علی

بعلبکی حنفی معروف به ابن ساعاتی (۶۹۴):

۲. التتبیح از قاضی صدر الشریعه عبیدالله بن مسعود محبوبی بخاری حنفی (۷۴۷).

هم‌چنین برخی از فقهای اهل سنت، کارکرد اصول فقه را در استنباط برخی از مذاهب و عمدتاً حنفی و شافعی مورد مطالعه قرار دادند که در نتیجه نوع دیگری از متن اصول فقه پدید آمد که مرحله دیگری از تاریخ اصول فقه اهل سنت است. این تلاش هم از قرن هفتم شروع شده است. به گفته نویسنده تاریخ اصول فقه، آغازگر این راه ابوزید دبوسی بوده است که به برخی مسائل فقهی که از قواعد اصولی مورد

- اختلاف ابوحنیفه و شافعی استنباط شده است را ذکر کرده است. کتاب‌های مثل:
۱. تخریج الفروع علی الاصول از شهاب الدین محمود زنجانی شافعی (م ۶۵۶)؛
 ۲. مفتاح الاصول الی بناء الفروع علی الاصول از ابو عبدالله محمد مالکی تلمسانی مالکی (۷۷۱)؛
 ۳. التمهید فی تخریج الفروع علی الاصول از جمال الدین عبدالرحیم قرشی اسنوی شافعی (م ۷۲۲ ق) (سعد الخن، ۱۳۹۵: ص ۳۴۱).

۵-۱. مرحله چهارم: ظهور مکتب و نظریه مقاصد الشریعه

یکی از نظریات مهم در بین اهل سنت که از قرن پنجم مطرح شده است، نظریه مقاصد الشریعه است که مبنایی مستقل در استنباط حکم شرعی است. مقاصد الشریعه بر مبنای زیر استوار است: ۱. احکام شریعت هدف دارد. ۲. این اهداف به مصلحت بندگان است. ۳. می‌توان بر اساس آن مصالح حکم کرد. مسئله مقاصد الشریعه از فروع بحث مصالح مرسله است که توسط علمای اصولی شافعی در قرن پنج و شش که دوره طلایی مذهب اشعری و شافعی در شرق است، توسط عالمان خراسانی اشعری و شافعی مثل امام الحرمین جوینی، غزالی و فخر رازی مطرح و در قرن هفت توسط عالمان عرب شافعی و اشعری در شام توسعه یافته است و در قرن نهم توسط شاطبی مالکی تکمیل شده و بعد از آن دچار رکود شده است و در عصر حاضر هم توسط عالمان مالکی و شافعی در مغرب و مصر و برخی کشورهای عربی، دوباره مطرح شده است، اما به نظر می‌رسد که بیشتر، بازخوانی و بازنویسی مباحث باشد تا تحقیق و گسترش آن.

با توجه به آنچه گذشت، سه مکتب اصول فقهی در بین اهل سنت، فعال بوده است. ۱. مکتب فقهی فقهای حنفی، ۲. مکتب متکلمان عمدتاً اشعری شافعی مذهب (هرچند معتزلیان هم در بین آنان بوده‌اند) و ۳. مکتب مقاصد الشریعه که تکامل نظریه مصالح مرسله امام مالک است و امروزه هم بیشتر از سوی مالکی‌ها مطرح می‌شود. البته دکتر مصطفی سعد الخن نویسنده کتاب تاریخ اصول فقه که تاریخ

اصول فقه اهل سنت است، پنج مکتب برای اصول فقه اهل سنت بر می‌شمرد: ۱. مکتب فقهها، ۲. مکتب متکلمان، ۳. مکتب جمع مکتب فقهها و مکتب متکلمان، ۴. مکتب استخراج احکام فقهی از اصول و ۵. مکتب مقاصد الشریعه (سعد الخن، ۱۳۹۵: ص ۳۱۰ به بعد). مکتب جمع و مکتب استخراج، در واقع مکتب یا نظام فکری خاص نیست، بلکه مرحله‌ای از تاریخ اصول فقه است. آنچه را وی دو مکتب تلفیق و استخراج نامیده، ما مرحله تلفیق و تطبیق نام‌گذاری کردیم که از قرن هفت تا قرن نه وجود داشته است.

۱-۶. مرحله پنجم: دوره رکود

از قرن نهم به بعد علم اصول فقه اهل سنت، دچار رکود می‌شود که تا عصر حاضر ادامه دارد. در این عصر هرچند تعدادی از عالمان اهل سنت در کشورهای مختلف نوشته‌های خوبی در اصول فقه دارد، مثل ابو زهره، فقیه حنفی مصری و وهبة الزحیلی فقیه حنفی سوری و...؛ اما تحول و تکاملی در اصول فقه اهل سنت ایجاد نکرده است. مهم‌ترین ویژگی عصر حاضر در فقه اهل سنت، دو ویژگی مقارنه و گسترش آموزش اصول فقه در دانشگاه‌ها است.

۲. مراحل و ادوار اصول فقه شیعه

هم‌چنانکه گفته شد، تاریخ اصول فقه شیعه و مباحث آن باینکه با اصول فقه سنت، اشتراکات زیادی دارد، اما تفاوت‌های متعددی هم دارد از جمله در سیر تاریخی و مراحل توسعه و تکاملی خود. چنانکه گفته شد، اصول فقه اهل سنت از دوره تابعان تا امروز، شش مرحله را طی نموده است. اما اصول فقه شیعه هفت دوره و مرحله را سپری نموده است:

مرحله اول: دوره پیش از تدوین

آیت‌الله سید حسن صدر معتقد است که امام باقر^(ع) (۵۵-۱۱۴ق) و امام صادق^(ع) (۱۴۸ق) نخستین کسانی بودند که قواعد اصول فقه را برای شاگردانش املا نمود (صدر، بی‌تا: ص ۱۰۳). این دو امام از نظر زمانی مقدم بر همه امامان مذاهب فقهی

اهل سنت بوده‌اند. امام باقر^(ع) در دودهمه اول قرن دوم و امام صادق در دهه سوم تا پنجم قرن دوم می‌زیسته‌اند. این دو امام در فاصله ضعف دولت بنی‌امیه تا تثبیت دولت بنی‌عباس؛ یعنی فاصله سال‌های ۱۱۰ تا ۱۴۰ توانستند، شاگردانی زیادی تربیت کنند که در تاریخ اسلام پس از پیامبر^(ص) بی‌نظیر است. تعداد شاگردان این دو امام و توانایی علمی آنان با توجه به فضای حاکم در این دوره واقعاً بی‌نظیر است. از آنجاکه در این دوره مدرسه رسمی وجود نداشت و آموزش جنبه فردی داشت و یا در مساجد انجام می‌شد، غالب شاگردان این دو امام از عراق، خراسان و جاهای دیگر بودند که معمولاً در ایام حج به مدینه و مکه مشرف می‌شدند و عمده القاء مطالب علمی توسط این دو، قبل، هنگام و بعد از ایام مراسم حج بوده است و عمدتاً در قالب سؤال و یا نقل روایت بوده است.

در این دوره هنوز نهضت نگارش و تدوین علوم آغاز نشده بود و تقریباً غیر از قرآن کتاب رسمی دیگری نوشته نشده بود، کتاب‌های نوشته شده هم در حد یادداشت بوده است. مشکلات رسم الخط عربی، نبود نوشت افزار خصوصاً کاغذ، نبود فرهنگ نوشتاری و مذموم بودن نگارش کتاب در بین مسلمانان، از عواملی بود که مانع تدوین علوم شد (حسینی و افشاکر، ۱۳۹۴: ص ۹۹). در عین حال شاگردان این دو امام پیش‌گام نگارش در علوم اسلامی خصوصاً حدیث و فقه و تفسیر و کلام بودند. در اصول فقه هم مطالب زیادی در روایات این دو امام هم وجود دارند. مباحثی مثل مرجعیت قرآن و سنت، بیان همه احکام دین در قرآن و سنت و امکان استنباط از آن دو، تجویز اجتهادی درون نصی یا استفاده احکام از نصوص، مخالفت با قیاس و رأی یا اجتهاد برون دینی، علل اختلاف حدیث و راهکارهای حل آن، اهمیت عقل در فهم دین، بسی‌ای از اصول و قواعد اصول فقهی مثل استصحاب، برائت، تخییر، احتیاط، اصل الطهاره و... مطالبی اصول فقهی است که در روایات این دو امام بیان شده است که اساس مباحث اصول فقه شیعه است. چنانکه برخی از علمای شیعه، روایات حاوی مسائل اصول فقه را جمع‌آوری کرده‌اند؛ مثل کتاب‌های: اصول آل الرسول، از سید هاشم خوانساری، الاصول الاصلیه از سید عبدالله شبر و الفصول

المهمه از شیخ حر عاملی. البته برخی از شاگردان این دو امام هم رسالات در برخی موضوعات اصولی مثل مباحث الفاظ، قیاس، ناسخ و منسوخ، بحث تعارض و... داشته‌اند که از بین رفته است (علی‌پور، ۱۳۹۷: ص ۷۷). مثلاً هشام ابن حکم (متوفی در حدود نیمه قرن دوم) «رساله الفاظ» را نوشته است و یونس بن عبدالرحمن از شاگردان امام کاظم در نیمه دوم قرن دوم رساله «اختلاف الحدیث و مسائلها» به نگارش درآورد (صدر، بی‌تا: ص ۳۱۰). ابوسهل نوبختی در نیمه اول قرن سوم و شاگرد امام عسکری، کتاب عموم و خصوص، ابطال القیاس و نقض اجتهاد الرأی را نوشته است. این مباحث به صورت یک علم و منسجم در عصر حیات ائمه تدوین و مکتوب نشده بود. البته گزارش‌های از وجود رسایلی در این فن از شیعیان عصر ائمه وجود دارد. (صدر، بی‌تا: ص ۳۱۰ - ۳۱۲)؛ اما این رسایل از بین رفته و از نظر علمی تأثیرگذار نبوده است.

دلیل اصلی عدم تدوین علم اصول فقه شیعه در قرن دوم، اختناق سیاسی حاکم بر شیعه در این دوره بوده است. از دهه چهل قرن دوم تا اواخر قرن سوم؛ یعنی حدود یک و نیم قرن، ائمه اهل بیت و شیعیان تحت شدیدترین فشارهای سیاسی و امنیتی بوده‌اند. امامان اهل بیت در مدینه و یا در عراق زندانی و یا محصور بوده‌اند، امکان تشکیل مجالس درسی و یا ارتباط شیعیان با ائمه یا وجود نداشته است و یا بسیار محدود و به طور مخفیانه بوده است. جز در دوره محدود درگیری بین امین و مأمون که سلطه حکومت بنی عباس کم‌تر شد و شیعیان به محضر امام رضا^(ع) رفت و آمد داشتند، پس از آن هم مأمون امام رضا^(ع) را به مرو خواست و عملاً رفت و آمد شیعیان با ایشان محدود شد تا اینکه امام را مسموم نمودند. پس از آن هم امام جواد، امام هادی و امام عسکری^(ع)، در بغداد زیر نظر حکومت بودند و هیچ مجلس درسی وجود نداشته است. عالمان شیعه به شدت تحت تعقیب بودند؛ که این امر تا پایان دوره غیبت صغریا یا اوایل قرن چهارم ادامه داشته است.

به همین جهت دوره تدوین علوم در بین شیعیان حدود یک قرن دیرتر از اهل سنت است. در حالی که اهل سنت، از اواخر قرن دوم شروع به تدوین علوم کردند، شافعی

تقریباً پیشگام بود و در قرن سوم همه صحاح سته و بسیاری از کتب حدیثی و رجالی نوشته شده است، شیعیان در قرن چهارم و بعد از سپری شدن دوران اختناق بنی عباس بر شیعه، شروع به تدوین علوم نمود. چنانکه کتاب‌های حدیثی شیعه مثل کافی کلینی (۳۲۹ ق) من لایحضر شیخ صدوق (۳۸۱ ق) و استبصار و تهذیب الاحکام از شیخ طوسی (۳۸۵ - ۴۶۰) در قرن چهارم و پنجم تنظیم شده است. علم اصول فقه شیعه هم پس از سپری شدن دوران اختناق بر شیعه، یعنی اوایل قرن چهارم با ظهور دولت شیعی آل بویه در عراق آغاز می‌شود. از آن زمان تاکنون چند مرحله را سپری نموده است.

مرحله دوم: دوره تأسیس و پایه‌گذاری

مرحله دوم تاریخ اصول فقه شیعه از اوایل قرن چهارم و بعد از سپری شدن دوران اختناق قرن دو و سه و شکل‌گیری دولت‌های شیعی، آل بویه در ایران و عراق است که تا اواسط قرن پنجم و انتقال شیخ طوسی به نجف (۴۴۸ ق) ادامه دارد. در آغاز این دوره دو مکتب نص‌گرا در قم و ری که کلینی (۳۲۹ ق) صدوق (۳۸۱ ق) از بارزترین شخصیت‌های آنان است و مکتب عقل‌گرا در عراق که ابن عقیل (م ۳۶۸ ق) فقیه، متکلم و زعیم دینی شیعه بعد از عصر غیبت صغری که برخی معتقد است زعامت شیعه از نواب خاص امام مهدی به وی منتقل شده است (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۲۵۳) و هم‌چنین ابن جنید اسکافی (۳۸۱ ق) مؤلف کتاب تهذیب الشیعه لاحکام الشریعه که به بیست مجلد می‌رسیده است (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۲۵۳) دو شخصیت اصلی این مکتب بودند، شکل گرفت. در هر دو مکتب، اصول فقه به‌عنوان علم مستقل مورد توجه نبود، جز اینکه مکتب عقل‌گرا، در استنباط فقهی به قیاس عمل می‌کرده است؛ اما شیخ مفید (۴۱۳ ق) معروف به ابن المعلم که شاگردی هر دو مکتب را داشت،^۱ با نقد هر دو مکتب نص‌گرایی و اجتهادگرایی^۲ مکتب میانه و جامع بین دو

۱. شیخ مفید شاگرد ابن جنید عقل‌گرا و ابن قولویه نقل‌گرا بود.

۲. شیخ مفید کتابی در رد ابن جنید عقل‌گرا دارد به نام «نقض رسالة الجنیدی الی اهل مصر» و نیز کتاب در نقد نقل‌گرایان به نام «مقابس الانوار فی الرد علی اهل الاخبار».

مکتب نص‌گرا و اجتهادگرا را تشکیل داد. شیخ مفید، اولین عالم شیعی است که تألیف مستقلاً در اصول فقه با عنوان «التذکره» دارد. شیخ مفید استادش ابن جنید را به دلیل عمل به قیاس و رأی شدیداً نقد می‌کند و اصول احکام شرعی را سه چیز معرفی می‌کند: ۱. کتاب خدا، ۲. سنت پیامبر و ۳. اقوال ائمه طاهرين و راه رسیدن به این سه منبع را عقل که راه شناخت حجیت قرآن و دلایل اخبار است، لسان که راه شناخت معانی کلام است و اخبار که راه اثبات اعیان اصول از کتاب و سنت و اقوال ائمه است، می‌داند (مفید، ۱۳۷۲: ص ۲۸).

شیخ مفید را می‌توان پایه‌گذار اصول فقه شیعه دانست. مفید قرآن را به ظاهر یا همان معنای عرفی و لغوی و باطن که در شناخت آن باید به ادله زائد از ظاهر الفاظ نیاز است، تقسیم می‌کند. امر را مقتضی و خوب، فور و امر به شی را مقتضی و خوب مقدمه و سبب فعل می‌داند و امر به شیء را نفس نهی از ضد نمی‌داند. اجتماع فعل و ترک را محال و نهی را مفید دوام و دلیل عقلی، قرآن و سنت را عام قابل تخصیص می‌داند و قیاس و رأی را باطل. وی تخصیص عام به خبر واحد را جایز نمی‌داند؛ چون خبر واحد علم نیست. مفهوم را حجت و مجاز را در قرآن قبول می‌کند هر چه مجاز بودن همه قران را رد می‌کند و فقط خبر متواتر و محفوف به قرینه (عقلی، عرفی و اجماع) را معتبر وحدت می‌داند. استصحاب را معتبر و اجماع امت را فقط به شرط حضور معصوم در بین آن‌ها حجت می‌داند (مفید، ۱۳۷۲: ص ۲۹-۴۵).

بعد از شیخ مفید، شاگردش شریف مرتضی علی بن الحسین موسوی (م ۴۳۶) کتاب اصولی «الذریعه الی اصول الشریعه» را نوشت. آنچه در دوره ائمه به عنوان مبانی تفکر شیعی مطرح بود، یعنی مرجعیت قرآن و سنت، بیان همه احکام شرعی در قرآن و سنت یا به صورت مشخص و یا به صورت کلی، مرجعیت اقوال ائمه طاهرين، جایگاه عقل در فهم کتاب و سنت، بطلان قیاس، به صورت قواعد مطرح شد. یکی از مسائلی که در این دوره در اصول فقه شیعه مطرح بوده است عدم اعتبار خبر واحد (نزد مفید و مرتضی) که موضوعی اختلافی بین شیعه بوده است (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۳۶۷).

مرحله سوم: دوره تثبیت

مرحله سوم اصول فقه شیعه از شیخ طوسی (۳۸۵-۴۶۰ ق) تا نجم الدین جعفر بن الحسن معروف به محقق حلی (ت ۶۷۶ ق) است که اصول فقه شیعه به عنوان یک علم و یک موضوع درسی و به عنوان قواعد لازم برای استنباط احکام فقهی مطرح شد. شیخ طوسی در مقدمه مبسوط می گوید که فقهای شیعه تا عصر او مسائل فقهی را از نصوص استنباط می کردند و به قواعد اصول فقه چندان توجهی نداشت. شیخ طوسی کتاب «عدّة الاصول» را نوشت؛ عدّة الاصول شیخ طوسی مفصل تر از تذکره مفید و در دو جلد است جلد اول درباره اخبار، اوامر، نواهی، عام خاص، مطلق و مقید، مجمل و مبین و جلد دوم درباره ناسخ و منسوخ، افعال، حسن و قبح، اجماع، قیاس و اجتهاد است.

یکی از مبانی اصول فقه طوسی، حجیت خبر واحد بود.^۱ شیخ طوسی خبر واحد را موجب علم نمی داند، ولی عمل به آن را عقلاً و شرعاً جایز می داند؛ لکن به شرط اینکه راوی شرایط لازم را داشته باشد. وی موافقت با عقل و احکام عقل در اباحه و حظر، موافقت با ظاهر قرآن، موافقت با سنت قطعی و موافقت با اجماع را از قرائن موجب صحت اخبار می شمرد (طوسی، ۱۴۰۳ق: ج ۱، ص ۹۷) او در این مسئله با مفید و سید مرتضی مخالف بود. به کارگیری قواعد اصول فقهی در استنباط، کثرت استناد به اجماعات در موارد فقدان نصوص از ویژگی های دیگر کار طوسی است (جناتی، ۱۳۷۲: ص ۲۸۰-۲۸۲). عظمت و سایه علمی شیخ طوسی و احساس اشباع در مسائل باعث رکود علمی در بین شیعه خصوصاً در فقه و اصول فقه شد تا عصر ابن ادریس (۵۴۳-۵۹۸ ق) این وضعیت ادامه داشت و ابن ادریس جمود بر شیخ طوسی را شکست و ابداعات علمی را ایجاد کرد از جمله: ابن ادریس دلیل عقلی را در کنار کتاب و سنت و اجماع دلیل چهارم مطرح کرد. ابن ادریس از داعیان استدلال عقلی در فقه بود (جناتی، ۱۳۷۲: ص ۲۸۳). ابن ادریس معتقد به عدم اعتبار خبر

۱. درباره خبر واحد بین فرق و مذاهب اسلامی اختلاف شدیدی وجود داشته است. نظام متکلم معتزلی معتقد بود که حصول علم ضروری از خبر واحد به شرط همراهی با سبب بوده است. اهل ظاهر هم خبر واحد را موجب علم می دانسته است. اکثر آن را موجب علم ندانسته و در جواز یا عدم جواز عمل به آن اختلاف داشته اند.

واحد مظنون الصدور بود (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۲۹۴). الغنیه از سید ابو المکارم ابن زهره حلبی (م ۵۸۵)، المصادر فی اصول الفقه سدید الدین محمود حمصی که هر دو از بین رفته است، از دیگر کتاب‌های این مرحله است (آقابزرگ تهرانی، ۱۴۰۳: ج ۲۱ ص ۹۵).

مرحله چهارم: دوره استقلال و توسعه

مرحله چهارم از دوره محقق حلی (۶۰۲-۶۷۶ ق) مؤلف کتاب اصول فقهی المعتمد شروع و با علامه حلی (۶۴۸-۷۲۶ ق) مؤلف کتاب اصول فقهی تهذیب ادامه و با محقق کرکی یا محقق ثانی (ت ۹۴۰ ق) در قرن دهم خاتمه می‌یابد. محقق حلی و علامه حلی دو شخصیت تأثیرگذار این مرحله است که در علم اصول فقه هم نوشته‌های متعددی دارد. محقق حلی دو کتاب معارج الاصول و نهج الاصول الی معرفة علم الاصول را نگاشت. علامه حلی کتاب‌های اصولی نه‌ایة الاصول و تهذیب طریق الاصول و مبادی الاصول الی علم الاصول را نوشته است. این کتاب‌ها از سوی دانشمندان شیعی به صورت تحشیه مورد توجه قرار گرفت (آقابزرگ تهرانی، ۱۴۰۳: ج ۶، ص ۵۴-۵۵) که در توسعه و تعمیق علم اصول فقه نقشی قابل توجه داشته است (آقابزرگ تهرانی، ۱۴۰۳: ج ۵ ص ۴۴). از این دوره اصول فقه شیعه مسیری متفاوت از اصول فقه اهل سنت را طی می‌کند و مباحث آن مستقل از مباحث اصول فقه اهل سنت می‌شود. هم‌چنین قبل از علامه اختلاف بزرگی بر سر خبر واحد بین علمای شیعه وجود داشته است. در این مرحله اخبار واحد به چهار گونه صحیح، حسن، موثق و ضعیف تقسیم شد و علم رجال نیز بیشتر مورد توجه قرار گرفت (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۲۹۹-۳۰۵).

مرحله پنجم: دوره غلبه عقل‌گرایی در استنباط و ظهور اخباری‌ها

مرحله پنجم اصول فقه شیعه با مقدس اردبیلی (ت ۹۹۳) شروع و تا وحید بهبانی (۱۲۰۵ ق) ادامه پیدا می‌کند. مهم‌ترین ویژگی‌های مقدس اردبیلی، تمرکز بر تحلیل و استدلال بدون توجه به آراء دیگر علما (گریز از حصار تبعیت از مشهور) و توجه به

تسامح و تساهل بر اساس آیه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج بعثت بالحنفیه السمحه» است (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۳۳۲). مهم‌ترین کتاب اصولی این مرحله معالم الاصول حسن بن زین الدین العاملی فرزند شهید ثانی فقیه مشهور دهه آغازین قرن یازدهم (م ۱۰۱۱) است که تا همین اواخر کتاب درسی مدارس دینی شیعه بوده است و حاشیه‌های متعددی بر آن نوشته شده است که مشهورترین آن‌ها از سلطان العلماء حسین بن رفیع الدین محمد مرعشی مازندرانی (م ۱۰۶۴) است و دیگری کتاب وافیه تألیف عبد الله بن محمد تونی (م ۱۰۷۱) از متون مشهور اصولی قرن مزبور است که ابداعات و ابتکاراتی دارد و متعرض دیدگاه‌های مذاهب دیگر اسلامی هم شده است. ویژگی این دوره را می‌توان موارد ذیل دانست: ۱. اهتمام به علم اصول فقه، ۲. توضیح دایره حجیت خبر واحد (منتقی الجمان صاحب معالم و مدارس سید محمد عاملی که در عمل به خبر سخت‌گیری بیشتری داشته‌اند)، ۳. تشکیک در اجماعات ادعایی قدما، ۴. تمرکز بر استدلال عقلی در استنباط (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۳۴۲-۳۵۰). برخی از این گرایش به تدریج در نقد نقل و افراط در عقل‌گرایی تعبیر کرده‌اند (منذر، ۱۳۷۷، شماره ۱۵، ص ۱۷۲).

در قرن یازدهم گرایش نص‌گرایی افراطی با عنوان اخباری ظهور نمود. محدث استرآبادی (ت ۱۰۳۳ ق) پیشوای این تفکر بود. اخباری‌ها عقیده داشتند که مرجع اصلی استنباط باید اخبار باشد به همین جهت اخباری نامیده شدند. (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۳۶۱). اخباریون مخالف اصول فقه بودند و عمل به قواعد اصول فقه را منجر به ترک عمل به نصوص روایی یا کم‌اهمیت شدن آن‌ها می‌دانستند. این حرکت به سرعت گسترش و بر مراکز علمی و افکار علمای شیعه سیطره یافت. مهم‌ترین کتاب استرآبادی «الفواید المدنیة فی الرد علی من قال بالاجتهاد و التقلید» است که در مدینه نوشته شده است. وی اجتهاد را در بین شیعه از کارهای علامه حلی و قواعد اصولی را عمل به ظنون مجتهد و غیر جایز می‌دانست. وی رجوع به قرآن و سنت نبوی را به دلیل کثرت نسخ، نمی‌پذیرفت و تنها راه برای استنباط را رجوع به روایات ائمه می‌دانست؛ و فهم قرآن و سنت را هم از طریق روایات ائمه

ممکن می‌دانست و در موارد شک حکم به توقف می‌داد و اجماع و عقل را به‌عنوان منبع استنباط قبول نداشت (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۳۸۵). چون همه روایات را صحیح می‌دانست، نیازی به علم درایه و رجال نمی‌دید و اجتهاد راهم قبول نداشت. (آل قاسم، ۱۳۹۲: ص ۳۸۵). این‌ها مهم‌ترین اندیشه‌های اخباری‌ها است. شهید صدر می‌گوید که اخباری چیزی به‌عنوان عنصر مشترک در استنباط را قبول نداشتند و متوجه تحول جوهری مفهوم اجتهاد در نزد شیعه نشدند. شهید صدر معتقد است که: نیاز به علم اصول فقه، یک نیازی تاریخی بود و عدم نیاز فقها و راویان به آن در عصر نبی، به معنای بی‌نیازی از علم اصول در دیگر عصرها نیست. چون دوری از عصر نزول قرآن، باعث ایجاد نیاز به آن در فضای غیر عصر نزول است (صدر، ۱۳۹۵ق، ص ۳۶۷).

مرحله ششم: ظهور مجدد اصول‌گرایی و افول نص‌گرایی

از آغاز قرن سیزدهم با ظهور وحید بهبهانی (ت ۱۲۰۶ ق) اصولی‌ها یا طرفداران اجتهاد و اصول فقه، مبارزه سختی را با اخباری‌ها شروع کردند. وحید بهبهانی نقش اصلی را در این مرحله ایفا نمود. وی با تشکیل حلقات درسی در کربلا، با شیخ یوسف بحرانی اخباری معتدل به رقابت پرداخت. قوت علمی و استدلال بهبهانی باعث جذب شاگردان بحرانی به درس وی می‌شد. بهبهانی موفق به تربیت شاگردان مبرزی شد که در تاریخ مدارس دینی و فقه شیعه تا آن وقت بی‌سابقه بود. بهبهانی و شاگردانش، مراکز علمی شیعه و رهبری فکری شیعه را به دست گرفتند که تا هنوز نسل و خاندان‌های برخی از شاگردان بهبهانی در مراکز علمی شیعه، حضور دارد. سید مهدی بحر العلوم، شیخ جعفر کاشف الغطاء، حائری مازندرانی، سید علی طباطبایی، میرزا ابوالقاسم قمی، سید جواد عاملی، شیخ اسدالله تستری، سید محمد زنوری، سید محمد اعرجی، احمد نراقی، شیخ محمدتقی عبدالرحیم، سید عبدالفتاح مراغی، سید محمدباقر شفتی، از مهم‌ترین شاگردان او بودند. حجیت قطع حاصل از مقدمات عقلی، ترجیح دلیل قطعی عقلی بر دلیل نقلی، اجرای اصل برائت در شبهات حکمی با استناد قاعده قبح بلا بیان و آیات و روایات، فرق‌گذاری بین

امارات و اصول، از مباحثی است که از این دوره در اصول فقه شیعه، اضافه می‌شود (گرجی، ۱۳۷۵: ص ۲۵۲). قوانین الاصول از میرزای قمی (م ۱۲۳۱)، الفصول از شیخ محمدحسین اصفهانی (م ۱۲۵۴)، هدایة المسترشدين از محمدتقی اصفهانی (م - ۱۲۴۸)، مفاتیح از سید محمد مجاهد کربلایی (م ۱۲۴۲) و ضوابط از ابراهیم بن محمدباقر قزوینی (م ۱۲۶۲) از آثار شاگردان بهبانی است. قوانین الاصول از متون درسی حوزه تا این اواخر بوده است و شیخ محمدحسن نجفی صاحب جواهر (۱۲۶۶ ق) آخرین حلقه این مرحله است.

مرحله هفتم: دوره کمال و شکوفایی

مرحله ششم تاریخ اصول فقه شیعه با شیخ انصاری (متوفای ۱۲۸۱ ق) شاگرد صاحب جواهر، آغاز می‌شود که اوج شکوفایی علمی، اصول فقه شیعه است. شیخ انصاری ابتکار جدیدی در دسته‌بندی مباحث اصول فقه دارد که تا هنوز جایگاه خود را در اصول فقه شیعه حفظ کرده است. وی اصول فقه را به دو بخش الفاظ و حُجَج تقسیم می‌کند. تقریباً اکثر مباحث اصول فقه اهل سنت و نیز مباحث اصول فقه شیعه قبل از شیخ انصاری در مباحث الفاظ قرار می‌گیرد. در بحث حجج شرعی، حالات مکلف را نسبت به حکم شرعی به سه حالت قطع به حکم شرعی، ظن به حکم شرعی و شک در حکم شرعی، تقسیم می‌کند. هم‌چنین فروع و فروض احتمالی در مباحث اصول فقه بسیار مورد توجه قرار گرفته است. از زمان شیخ انصاری، مباحث اصول فقه‌ای استدلالی در کنار فقه استدلالی با عنوان درس خارج، محور اصلی مطالعه و تفکر در مراکز اصلی علمی شیعه تبدیل شد است.

پس از شیخ انصاری آخوند محمدکاظم خراسانی هروی (ت ۱۳۲۹ ق)، پیشوای جنبش مشروطیت، از بزرگ‌ترین فقهای شیعه است که کتاب کفایة الاصول وی خلاصه تمام اصولی شیعه تا این وقت است که از آن زمان هم به‌عنوان متن درسی در سطوح عالی و به‌عنوان محور درس‌های خارج فقهای شیعه قرار دارد. پس از آخوند خراسانی سید محمدحسن شیرازی (ت ۱۳۱۲ ق)، شیخ حبیب‌الله رشتی (۱۳۱۲ ق) و شیخ الشریعه اصفهانی (۱۳۳۹ ق) و شاگردان آخوند خراسانی مثل نائینی،

عراقی، اصفهانی، شیخ عبدالکریم حایری، بروجردی، سید محسن حکیم، مهم‌ترین فقهای شیعه هستند که بخش عمده و برخی همه فعالیت و نظریات علمی‌شان در مباحث اصول فقه است. هم‌چنین بعد از آن‌ها شیخ محمدرضا مظفر، آیت‌الله سید ابوالقاسم خوئی، شهید سید محمدباقر صدر، امام خمینی، سید سرور واعظ بهسودی و هم‌اکنون، آیات عظام وحید، فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی، شیخ جواد تبریزی، روحانی، سیستانی، فیاض، شیخ بشیر نجفی و... از مهم‌ترین فقهای شیعه و علمای اصولی بوده و هستند. هم‌اکنون نیز علمای بزرگی به تدریس علم اصول فقه می‌پردازند. مشخصات و ویژگی‌های این دوره را به قرار ذیل می‌توان برشمرد: ۱. دقت و تحقیق در مباحث فقهی و اصولی، ۲. ابداعات و ابتکارات جدید، ۳. عدم تأثیر از اصول فقه اهل سنت، ۴. نقد گستره اقوال و دیدگاه‌ها، ۵. ظهور روش جدید در مباحث فقهی و اصولی. هم‌اکنون کتاب فراید الاصول شیخ انصاری، کفایة الاصول آخوند خراسانی، حلقات شهید سید محمدباقر صدر، اصول فقه شیخ محمدرضا مظفر از متون درسی اصول فقه در مدارس دینی شیعه است.

از حدود نیم‌قرن پیش، اصول فقه شیعه به زبان فارسی هم ترجمه شده و در رشته حقوق و برخی رشته‌های علوم انسانی مثل معارف اسلامی و... در دانشگاه‌ها هم تدریس می‌شود و هم کتاب‌های متعددی به فارسی هم در علم اصول نوشته شده است. تحول دیگر در اصول فقه شیعه در نیم‌قرن اخیر، تلاش برای بحث مقارنه‌ای و تطبیقی با اصول فقه اهل سنت است که کتاب اصول العامه للفقہ المقارن مرحوم سید محمدتقی حکیم، از نخستین و مهم‌ترین کتاب‌ها در این حوزه است.

نتیجه‌گیری

علم اصول فقه به‌عنوان یکی از شاخه‌های مهم و پر بار علوم اسلامی است که در سیر تکاملی خود، به دو شاخه؛ اصول فقه اهل سنت و اصول فقه شیعه تقسیم‌گردیده و هرکدام مسیر متفاوتی را طی نموده است. اصول فقه اهل سنت که ریشه‌های آن پس از عصر نزول و در دوره صحابه و تابعین دیده می‌شود، شش دوره و مرحله را

پشت سر گذاشته است: ۱) دوره پیش از تدوین؛ ۲) دوره تدوین که با ننگاش اولین کتاب اصولی توسط شافعی آغاز گردید؛ ۳) دوره گسترش و تکامل اصول فقه اهل سنت که با تدوین کتاب‌های مهمی چون: مآخذ الشرایع ابومنصور محمد ماتریدی، رساله الکرخی فی الاصول از ابوالحسن عبید الله الکرخی، اصول الجصاص از امام ابوبکر احمد بن علی رازی جصاص، تقویم الادله از ابوزید عبدالله بن عمر قاضی دبوسی، کنز الاصول الی معرفة الاصول از ابوالحسن علی بن محمد بزودی و اصول السرخسی از شمس الائمہ ابوبکر محمد بن احمد سرخسی، المستصفی نوشته ابو حامد غزالی و المحصول اثر فخرالدین رازی رقم خورد؛ ۴) دوره پیدایش اصول فقه مقارن و تطبیقی؛ ۵) دوره ظهور مکتب و نظریه مقاصد الشریعه و ۶) دوره رکود که از قرن نهم به بعد را شامل می‌شود.

اصول فقه شیعه که توسط امام باقر^(ع) و امام صادق^(ع) بنیان‌گذاری گردید، هفت دوره یا مرحله را تجربه کرده است: ۱) دوره پیش از تدوین؛ ۲) دوره تأسیس و پایه‌گذاری که به سده چهارم هجری برمی‌گردد؛ ۳) دوره تثبیت؛ ۴) دوره استقلال و توسعه؛ ۵) دوره غلبه عقل‌گرایی در استنباط و ظهور اخباری‌ها؛ ۶) ظهور مجدد اصول‌گرایی و افول نص‌گرایی و ۷) دوره کمال و شکوفایی. در این دوره اصول فقه شیعه با ظهور شیخ مرتضی انصاری، آخوند محمدکاظم خراسانی هروری و دانشمندان اصولی دیگر به اوج شکوفایی رسید.

فهرست منابع

۱. ابوزهره، محمد (بی تا)، اصول الفقه، قاهره: دار الفکر العربی.
۲. آقابزرگ تهرانی، محمد محسن (۱۴۰۳ق)، الذریعة الی تصانیف الشیعه، بیروت: دار الاضواء.
۳. آل قاسم، عدنان فرحان (۱۳۹۲)، تطور حركة الاجتهاد عند الشیعه الامامیه، قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص).
۴. آمدی، سیف الدین (۱۴۰۲)، الاحکام فی اصول الاحکام، تعلیق: عبد الرزاق عقیفی، ریاض: المکتب الإسلامی، الطبعة الثانية.
۵. جصاص، احمد بن علی رازی (۱۴۱۴)، الفصول فی الاصول، کویت: وزارة الاوقاف و شئون الاسلامیه، الطبعة الثانية.
۶. جناتی، محمد ابراهیم (۱۳۷۲)، ادوار اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران: انتشارات کیهان.
۷. حسینی، سید عبدالله، افشاگر، احمد ذبیح (۱۳۹۴)، علوم حدیث نزد فریقین، کابل: نمایندگی جامعه المصطفی العالمیه-افغانستان.
۸. حکیم، منذر (۱۳۷۷)، مراحل تطور اجتهاد، مجله فقه اهل بیت شماره ۱۵.
۹. سعید الخن، مصطفی (۱۳۹۵)، تاریخ اصول فقه، ترجمه؛ جلال جلالی زاده، تهران: نشر احسان.
۱۰. شیخ مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳)، التذکرة بأصول الفقه، قم: کنگره شیخ مفید.
۱۱. صدر، سید حسن (بی تا)، تأسیس الشیعة لعلوم الاسلام، تهران: منشورات اعلمی.
۱۲. صدر، شهید سید محمد باقر (۱۳۹۵)، المعالم الجدیة للاصول، نجف: مکتبه النجاح.
۱۳. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۳)، العده فی اصول الفقه، قم: موسسه آل البيت.
۱۴. علی پور، مهدی (۱۳۹۷)، در آمدی به تاریخ علم اصول، قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.

۱۵. گرجی ابوالقاسم (۱۳۷۵)، تاریخ فقه و فقها، تهران: سمت.
۱۶. مدکور، محمدسلام (بی تا)، مباحث الحکم عندالاصولیین، قاهره: دارالنهضة العربیه.
۱۷. مفید، محمد بن محمد (۱۳۷۲)، التذکره باصول الفقه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۱۸. زحیلی، وهبة (۱۴۰۶)، الوجیزة فی اصول الفقه، دمشق: دارالفکر.

مبنای مسئولیت مدنی در فقه (۱)

عبدالله جعفری^۲

چکیده

مسئولیت مدنی بحث از ضمان خسارت‌ها، نقص‌ها و ضررهایی را به عهده دارد که شخص بر بدن، حق یا مال دیگری وارد می‌کند که در چه صورتی عامل زیان مسئول خسارت وارده بر زیان‌دیده است و در چه فرض‌هایی مسئولیت زیان وارده را بر عهده ندارد. بی‌تردید مسئولیت مدنی هم از نظر گستره مباحث نظری در حقوق اسلامی، محدوده بسیار وسیعی را تشکیل می‌دهد، در سراسر فقه اسلامی در ابواب مختلف مسئله‌ای به ضمان اختصاص یافته است و هم از نگاه اجتماعی، دایره وسیعی از منازعات در قلمرو مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد. دغدغه حل مشکل اجتماعی و هم گستره بحث آن در فقه اسلامی ایجاب می‌کند که این بحث مورد توجه قرار گیرد. پرسش اصلی در موضوع مسئولیت مدنی، سؤال از مبنای مسئولیت مدنی است که معیار و ملاک اصلی در باب ضمان چیست؟

فقیهان مسلمان در ابواب مختلف ضابطه‌ها و معیارهایی برای ضمان بیان کرده‌اند و چه بسا به صورت موردی حکم به ضمان نموده‌اند. مسئولیت مدنی در فقه اسلامی در چهار حوزه قابل بررسی است: (۱) مسئولیت مدنی ناشی از فعل مکلف مختار؛ (۲) مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر مکلف؛ (۳) مسئولیت مدنی ناشی از اموال مانند حیوان و وسیله نقلیه؛ (۴) مسئولیت مدنی در خصوص دیه نفس و اعضا. مبنای مسئولیت مدنی از نگاه فقه اسلامی موافق با نظریه خطر است و با نظریه تقصیر و تضمین حق سازگار نیست. نظریه خطر در باب مسئولیت مدنی سه عنصر اساسی برای ضمان قائل است: فعل زیان‌بار، ضرر و رابطه سببیت میان فعل و زیان، چه فعل از روی تقصیر باشد یا از روی سهو و خطا صورت گرفته باشد.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، مبنای فقه، تقصیر، حقوق مدنی.

۱. این مقاله دارای دو قسمت می‌باشد؛ قسمت اول آن در شماره چهارم نشریه یافته‌های فقهی اصولی چاپ گردیده و قسمت دوم آن، در شماره پنجم این نشریه منتشر خواهد شد.

۲. دکترای فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیه، ایران، قم.

مقدمه

برای به دست آوردن مبنای مسئولیت مدنی موضوع را در پنج مبحث بررسی می‌کنیم که عبارت‌اند از:

۱. نظریه‌های مسئولیت مدنی در حقوق؛ این مبحث می‌کوشد نظریه‌های مسئولیت مدنی در حقوق را روشن نماید و دایره هرکدام را در مسئولیت مدنی روشن سازد.

۲. مفهوم تقصیر در مسئولیت مدنی؛ مفهوم تقصیر در مسئولیت مدنی تأثیر بسزا دارد، به‌منظور روشن شدن موضوع، قبل از بررسی نظریه‌ها سعی شده است این موضوع مورد بررسی قرار گیرد.

۳. نظریه‌های مسئولیت مدنی در فقه اسلامی؛ این مبحث کوشیده است نظریه‌های مسئولیت مدنی را از نظر فقهی مورد بررسی قرار دهد که چه نظریه‌ای را می‌توان از فقه اسلامی استفاده کرد و از نظر تصویری سه نظریه تقصیر، خطر و تضمین حق، هرکدام از فقه اسلامی شواهدی دارد، اما به لحاظ دلایل آنچه فقه اسلامی با آن هماهنگ است نظریه تقصیر است.

۴. تقنین و شرط مسئولیت مدنی؛ این مبحث این موضوع را مورد بررسی قرار می‌دهد که بر فرض نتوانیم مسئولیت مدنی را از منظر فقهی اثبات نماییم، آیا با شرط و تقنین می‌توانیم مسئولیت مدنی را وضع نماییم یا خیر. در این بخش اشکالات نظریه جعل مسئولیت مدنی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵. موارد انتفای مسئولیت مدنی؛ طبق هر نظریه‌ای مواردی از مسئولیت مدنی استثنا شده است، این مبحث از منظر فقهی سعی می‌کند که موارد انتفای مسئولیت مدنی را بررسی کند. این بحث بدان جهت در ذیل نظریه‌های مسئولیت مدنی از منظر فقه آورده شده است که تا حدی زیادی در تحدید دایره مسئولیت مدنی تأثیر دارد.

۱. مبنای مسئولیت مدنی در حقوق

از دیدگاه حقوقی در باب مبنای مسئولیت مدنی سه نظریه وجود دارد که به نظریه تقصیر، خطر و تضمین حق معروف است. هرکدام از این سه نظر بر یکی از عناصر

واردکننده زیان، فعل زیان‌بار و زیان‌دیده تأکید ورزیده‌اند. پاره‌ای از اندیشمندان بر نقش واردکننده زیان اصرار ورزیده و مبنای تقصیر را مطرح کرده‌اند، در مقابل دیدگاه دیگر به اراده فاعل و نقش او توجهی نکرده و تلاش کرده‌اند معیار و ضابطه را در فعل زیان‌بار ببینند، اینان مبنای خطر را معرفی کرده‌اند، در مقابل گروه سوم بر حمایت از زیان‌دیده اصرار داشته و سعی کرده‌اند مبنای مسئولیت مدنی را در ناحیه زیان‌دیده و حقوق او جستجو کنند، اینان نظریه تضمین حق را مطرح کرده‌اند. به‌طور مختصر هرکدام از این نظریات سه‌گانه را بررسی می‌نماییم.

۱-۱. نظریه تقصیر

نظریه تقصیر بر آن است که مبنای مسئولیت مدنی تقصیر است. در صورتی عامل زیان ضامن خسارت وارده است که از روی تقصیر موجب زیان فردی شده باشد، اگر زیان از روی تقصیر نباشد عامل زیان مسئولیت مدنی نسبت به خسارت واردشده ندارد. صاحبان این دیدگاه برای مسئولیت مدنی سه رکن ذکر کرده‌اند، در صورت تحقق سه رکن عامل زیان ضامن خسارت وارد شده است که عبارت‌اند از:

۱-۱-۱. تقصیر

در این‌که منظور از تقصیر که در زبان عربی از آن به‌عنوان خطا یاد شده چیست، سنهوری چهار تعریف برای آن ذکر می‌کند.

۱. نظریه مشهور حقوق‌دانان این است که خطا عبارت است از عمل زیان‌بار غیرقانونی. به اعتقاد سنهوری این تعریف معنای خطا را به‌خوبی روشن نمی‌کند، زیرا بر اساس این تعریف برای شناخت کارهای خطا باید به قانون مراجعه نماییم، قانون پاره از اعمال را به‌صورت صریح منع کرده، ولی در مورد بسیاری از کارها نهی صریح قانونی وجود ندارد؛ از این‌رو، ما نیاز به ضابطه‌ای داریم که معیار خطا را روشن نماید (سنهوری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۸۷۹-۸۸۰).

۲. نظریه دوم از سوی پلانیول ابراز شده است، او عقیده دارد تقصیر عبارت است از نقض تعهد و التزام پیشین. این نظریه به اعتقاد سنهوری نیز ابهام دارد، زیرا طبق این تعریف لازم است التزامات سابق که اخلاص به آن‌ها خطا به‌حساب می‌آید را بشناسیم، چه‌بسا مواردی

است که تکلیف آن‌ها مشخص نیست. البته پلانیول چهار امر را به‌عنوان التزامات پیشین معرفی می‌نماید: امتناع از اجبار، خودداری از فریب و غش در معامله، خودداری از انجام کاری که توانایی و مهارت لازم برای انجام آن وجود ندارد و هوشیاری در انجام عمل، هرگاه شخصی به یکی از این ارکان آسیب برساند، او به التزام پیشین اخلال کرده در نتیجه عمل او خطا محسوب می‌شود. سنه‌وری این معیار را نمی‌پذیرد و بر این است که موارد زیر اقسام خطاست و تعریف خطا حساب نمی‌شود (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۸۸۰).

۳. ایمانوئیل لیبی بر تحدید خطا بر اعتماد متعارف تأکید می‌نماید، به این معنا هرگاه اعتماد متعارف در انجام کار وجود داشته باشد، عمل از روی خطا نیست و هرگاه چنین اعتمادی نباشد، عمل خطا شمرده می‌شود. اعتماد متعارف را می‌توان از رعایت دو میزان به دست آورد اول این که افراد در سپردن کارها به دیگران که موجب ضرر آنان نشود، چه مقدار از اعتماد در انجام کار را لازم می‌دانند، دوم این که عامل انجام دهنده به‌طور متعارف آیا شخص چه مقدار در انجام کار به خود اعتماد دارد که موجب ضرر دیگران نشود، رعایت حد وسط میان این دو میزان موجب می‌شود که عمل از روی خطا نباشد (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۸۸۰-۸۸۱).

۴. نظریه چهارم تقصیر را به تعدی علیه حق شخص دیگر تعریف نموده است منوط به این که زیان دیده آن را زیان بدانند؛ یا در تعریف دیگر اخلال به امر لازم تعریف شده است. هیچ‌کدام از این تعاریف نمی‌تواند خطا را روشن نماید، زیرا این معانی خود نیاز به تبیین دارد (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۸۸۱).

به‌هر روی تعریف اول از سوی حقوق‌دانان و قضات پذیرفته شده است که خطا عبارت است از اخلال به التزام قانونی شمرده می‌شود.
سنه‌وری تقصیر را دارای دو رکن می‌داند که عبارت‌اند از:

یک) رکن مادی: تعدی و تجاوز

رکن مادی خطا تعدی و تجاوز است، مقصود از تعدی و تجاوز انحراف از روش متعارف است و این معنا در صورتی تحقق می‌یابد که شخص در فعل خود یا قصد ضرر به غیر را داشته باشد یا در انجام کاری کوتاهی و تقصیر نماید، با تحقق هر یک

از دو امر مسئولیت مدنی به عهده شخص می آید.

دو رکن معنوی: آگاهی و تمیز

رکن دوم تقصیر آگاهی و تمیز است به این معنا اگر عملی از روی آگاهی و با قدرت تمیز و تشخیص انجام شود، تقصیر است، اما اگر خطا از روی آگاهی و تمیز نباشد مثل اعمال کودک غیر ممیز، دیوانه مست، مریض، خواب و خواب مغناطیسی، تقصیر محقق نمی شود (سنهوری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۸۸۲، ص ۹۰۳).

البته در چند صورت فاقد ادراک و تمیز مسئولیت مدنی دارد:

۱. شخص کاملاً فاقد تمیز نباشد؛
۲. فاقد تمیز خود سبب انعدام تمیز شده باشد، مانند کسی که با اختیار شراب نوشیده و قدرت تمیز را از دست داده باشد؛
۳. مسئولیت فاقد تمیز را شخص دیگر به عهده داشته باشد؛
۴. مورد چهارم این که کسی دیگری که بتوان مسئولیت مدنی را متحمل شود، پیدا نشود، در این فرض نیز قاضی شخص فاقد تمیز را مسئول به شمار می آورد (سنهوری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۹۰۹).

۱-۱-۲. زیان

رکن دوم حدوث ضرر و زیان است، بر این اساس اگر در اثر فعل شخص هیچ گونه ضرری بر شخص وارد نشود، ضمانی در کار نیست. ضرر اعم است از این که ضرر مادی باشد یا معنوی، اگر عامل زیان به امری ضرر رساند که دارای قیمت مالی است مثل ضرر به سلامت جسمانی شخص یا ضرر به مال شخص یا به امر دیگر. ضرر معنوی یا ضرری است که به جسم شخص وارد می شود مثل اینکه در اثر جراحی شخص الم ببیند یا سیمای شخص زشت شود یا به اعتبار و آبروی شخص ارتباط دارد مثل قذف و سب و آبرورویختن شخص یا مربوط به عاطفه و احساسات شخص است مثل ربودن طفل از دامن مادر و تعدی بر فرزندان و همسر یا ضرری است که متوجه مال شخص است مثل ورود در زمین غیر بدون اجازه مالک (سنهوری، ۱۹۹۸:

ج ۱، بخش دوم، ص ۹۶۹، ۹۸۱).

بر اساس این نظریه اثبات تقصیر به عهده زیان دیده است، اگر زیان دیده تقصیر عامل زیان را به اثبات برساند، عامل زیان مسئول شناخته می‌شود و باید خسارت را جبران کند، اگر نتواند تقصیر را اثبات کند، مسئولیتی متوجه عامل زیان نخواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ص ۶۷؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ص ۶۲).

۳-۱-۱. رابطه سببیت میان فعل و ضرر

رکن سوم رابطه سببیت میان فعل و ضرر است، به این معنا اگر تقصیر موجب ضرر شخص شود مسئولیت مدنی متوجه عامل زیان خواهد شد و اگر رابطه سببیت میان آن دو قطع شود عامل زیان مسئولیت مدنی نخواهد داشت، مثلاً اگر شخص به دیگری سم خوراند ولی قبل از آن که سم موجب قتل او شود شخص دیگری با کلت او را به قتل رساند، در این مثال فعل زیان بار واقع شده ولی رابطه سببیت میان فعل و زیان وجود ندارد (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۹۹۰).

بر اساس این شرط در موارد زیر عامل زیان مسئولیت مدنی ندارد:

الف) وجود سبب دیگر

اگر خطا از عامل زیان صادر شود، اما زیان ناشی از سبب دیگر باشد، در این فرض رابطه سببیت میان فعل زیان بار و زیان قطع می‌شود و در نتیجه عامل زیان مسئولیت مدنی ندارد. طبق بیان سنه‌وری سه عامل خارجی می‌تواند رابطه سببیت را قطع کند:

۱. وجود قوه قاهره؛ مقصود از قوه قاهره عاملی است که دفع آن ممکن نیست، مثلاً سیل که موجب شود ماشین را از جا برداشته و با شخص دیگر برخورد نماید و در اثر آن شخص آسیب ببیند، البته در صورتی وجود قوه قاهره موجب سلب مسئولیت مدنی می‌شود که اولاً غیر منتظره باشد؛ دوم این که غیر قابل دفع باشد، از این رو اگر قوه قاهره قابل پیش‌بینی باشد یا امکان دفع آن وجود داشته باشد، در این صورت وجود قوه قاهره رافع مسئولیت مدنی نیست (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۹۹۴-۹۹۷).

۲. تقصیر زیان دیده؛ اگر سبب زیان خود زیان دیده باشد، در این فرض نیز شخص دیگر مسئولیت مدنی ندارد.

۳. تقصیر شخص ثالث؛ اگر سبب زیان شخص ثالث باشد، در این فرض نیز شخص که سبب زیان معرفی شده، مسئولیت مدنی ندارد.

ب) غیر مؤثر بودن سبب

اگر عوامل زیان متعدد باشد به گونه‌ای که مدعی علیه به تنهایی عامل زیان به شمار نرود، رابطه سببیت میان زیان و عامل زیان از بین می‌رود. به این معنا که اگر عامل زیان اقوا میان اسباب متعدد وجود داشته باشد، به گونه‌ای که به تنهایی مؤثر باشد آن عامل سبب زیان شمرده می‌شود؛ اما اگر مجموع اسباب مؤثر باشد در این صورت دو نظریه وجود دارد نظریه که قائل است باید سبب مؤثر را مسئول دانست و نظریه دیگر آن است که مجموع اسباب مسئول‌اند (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۱۰۲۳-۱۰۲۵).

ج) ضرر غیر مباشر

ضرری که متوجه زیان دیده می‌شود گاهی نتیجه طبیعی فعل زیان‌بار است چنین زبانی ضرر مباشر شمرده می‌شود چه با واسطه باشد یا بدون واسطه و گاهی ضرری است که نتیجه طبیعی فعل زیان‌بار نیست، در این فرض رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار و زیان قطع می‌شود، در نتیجه عامل زیان مسئولیت مدنی عمل را به عهده ندارد (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۱۰۳۷).

طبق این دیدگاه در سه مورد حتی اگر ارکان مسئولیت مدنی فراهم باشد، مسئولیت مدنی به عهده شخص نمی‌آید:

۱. دفاع مشروع؛ اگر شخص در اثر دفاع مشروع از خود، ضرری را به دیگری وارد نماید، مسئولیت مدنی به عهده او نمی‌آید، منوط به این که از مقدار لازم تجاوز نکند.
۲. اجرای دستور مافوق؛ اگر شخص در مقام دستور مقام بالاتر ضرری به دیگری ایراد کند مسئولیت مدنی ندارد؛
۳. ضرورت؛ در حال ضرورت به گونه‌ای که اگر ضرر به دیگری وارد نکند ضرر بزرگ‌تری متوجه او می‌شود، در این فرض نیز مسئولیت مدنی ندارد (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۸۹۱-۸۹۹).

۲-۱. نظریه خطر

نظریه خطر صرف وجود رابطه سببیت میان زیان و فعل زیان‌بار را در مسئولیت مدنی کافی می‌داند، همین مقدار که زیان ناشی از فعل باشد موجب مسئولیت مدنی عامل زیان می‌شود چه در صدور فعل تقصیر و بی‌احتیاطی کرده باشد یا هیچ بی‌احتیاطی هم رخ نداده باشد، در هر صورت فعل سبب مسئولیت مدنی می‌شود. طبق این دیدگاه در مقام اثبات کافی است زیان‌دیده رابطه سببیت میان زیان و فعل زیان را به اثبات برساند، مثلاً اگر پارچه را به خیاط داده است که برای او لباس بدوزد، ولی خیاط از روی اشتباه نه بی‌احتیاطی لباس را کوتاه دوخته است، کافی است صاحب پارچه اثبات نماید که او چنین کاری را مرتکب شده است و در نتیجه مسئولیت مدنی به عهده او می‌آید (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ص ۶۶).

تفاوت این دو دیدگاه در ارکان مسئولیت مدنی در این است، بر اساس نظریه تقصیر فعل از روی تقصیر از ارکان مسئولیت مدنی است، اما این دیدگاه نفس فعل را رکن مسئولیت مدنی می‌شمارد چه از روی تقصیر باشد یا نباشد.
کاتوزیان می‌گوید:

پیروان نظریه مسئولیت بی‌تقصیر (نظریه خطر) از مبانی فلسفی و اجتماعی گوناگون الهام گرفته‌اند؛ ولی همه در این امر اتفاق نظر دارند که تقصیر در زمره ارکان ایجاد مسئولیت نیست، به گفته آنان همین که شخص زیانی به بار آورد، باید آن را جبران کند خواه کاری که سبب ایجاد ضرر شده است صواب باشد یا خطا. آنچه در این زمینه شایان توجه است انتساب ضرر به بار آمده به فعالیت مسئول است نه تقصیر او، زیان‌دیده کافی است ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر ناشی از فعل خواننده دعوی است، پس بجای اثبات تقصیر، دادرس باید به احراز این رابطه بیندیشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ص ۷۲-۷۳).

۳-۱. نظریه تضمین حق

نظریه تضمین حق بر آن است که مبنای مسئولیت مدنی نه تقصیر واردکننده زیان است و نه فعل زیان‌بار، بلکه مبنای مسئولیت مدنی در ناحیه زیان‌دیده است، هر

شخصی حق امنیت، زندگی سالم و بهره‌برداری از اموال خود را دارد، این حق دیگران را موظف می‌کند تا به حقوق او احترام گذاشته و ایمنی فرد را به خطر نیندازند و ضمانت اجرای این حق مسئولیت مدنی عامل زیان است.

اشکال اساسی این نظر آن است که اگر حمایت از حق زیان‌دیده مبنای مسئولیت مدنی قرار گیرد، موجب می‌شود افراد از بهره‌برداری از حقشان محروم شوند، زیرا چه بسا عامل زیان در مقام بهره‌برداری از حق خود موجب زیان دیگری می‌شود و بر اساس این دیدگاه باید ضامن باشد، در حالی که وجه معقول برای تقدم حق زیان‌دیده بر حق عامل زیان وجود ندارد.

استارک در مقام پاسخ میان زیان ملازم با بهره‌داری از حق و زیان غیر ملازم تفاوت می‌گذارد، هرگاه زیان شخص زیان‌دیده ملازم با بهره‌داری شخص از حق خود باشد، چنین زیانی مسئولیت مدنی ندارد، مثل رقابت اقتصادی در بازار که ملازم با ضرر دیگران است، زیرا الزام به جبران چنین زیان‌هایی به منزله انکار حق استفاده شخص از حق است. اگر بهره‌برداری از حق ملازم با ضرر دیگران نباشد مثل ایراد ضرر بر جسم و جان دیگران، چنین ضرری مسئولیت مدنی دارد، زیرا به طور مثال حق اجازه رانندگی داشتن ملازم با اجازه کشتن دیگران و اتلاف مال دیگران نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ص ۷۷-۷۸؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ص ۷۷-۷۸).

۱-۳-۱. گستره مسئولیت مدنی در نظریه تضمین حق

هر نظریه‌ای در مبنای مسئولیت مدنی باید در تحدید و یا توسعه دایره مسئولیت مدنی تأثیر داشته باشد، وگرنه آوردن مبنای نتیجه و بی‌ثمر خواهد بود، از این رو پرسشی فراروی این نظریه قرار می‌گیرد، این نظریه چه تفاوتی در توسعه و تحدید دایره مسئولیت مدنی ایجاد می‌کند؟ بدون شک هرگونه توسعه و یا تحدید در دایره مسئولیت مدنی از تحدید در ارکان مسئولیت مدنی نشئت می‌گیرد تا ارکان توسعه یا تضییق نشود، دایره مسئولیت مدنی توسعه و تضییق نمی‌یابد، بنابراین باید بنگریم که این نظریه در ارکان مسئولیت مدنی چه تأثیری ایجاد می‌کند.

نظریه تقصیر به وضوح ارکان مسئولیت مدنی را بیان می‌کند و عامل جبران خسارت

را مشخص می‌کند، فعل از روی تقصیر، زیان و رابطه سببیت میان فعل و زیان ارکان مسئولیت است و مسئول جبران خسارت فرد مقصر است. بر اساس نظریه خطر نیز ارکان مسئولیت مدنی و مسئول جبران خسارت را مشخص است، فعل زیان‌بار، زیان و رابطه سببیت میان فعل و زیان ارکان مسئولیت مدنی است و عامل زیان مسئول جبران خسارت است. حال طبق نظریه تضمین حق ارکان مسئولیت کدام است؟ و مسئول جبران خسارت کیست؟ باید این نظریه به این دو سؤال مهم پاسخ دهد تا مسئولیت مدنی از دیدگاه این نظریه روشن شود، نمی‌توان گفت ارکان مسئولیت مدنی در این نظریه همان ارکان مسئولیت مدنی در نظریه خطر است؛ زیرا در این فرض تأثیری در دایره مسئولیت مدنی ایجاد نخواهد کرد و نظریه ثالثی شمرده نخواهد شد، درحالی‌که فرض بر این است که این نظریه مستقل از نظریه خطر است و نمی‌توان گفت این نظریه فقط روی زیان‌دیده تأکید می‌کند که زیان او جبران شود، اما مسئول پرداخت خسارت را مشخص نمی‌کند، زیرا معقول نیست، نظریه‌ای در باب مسئولیت مدنی عرضه شود، اما مسئول پرداخت خسارت را مشخص نکند، باید نظریه مسئولیت مسئول پرداخت خسارت را مشخص کند تا زیان‌دیده به دنبال او برود.

تبیین روشنی از سوی حقوق‌دانان در این مورد مشاهده نشده است، کتاب‌های بزرگان عرصه حقوق مانند سنهوری و کاتوزیان در این مورد به‌دقت مورد بررسی قرار گرفت، اما چیزی که پاسخ پرسش یادشده را روشن کند، پیدا نشد، از این‌رو لازم است قدری با تجزیه و تحلیل ارکان مسئولیت مدنی را از این نظریه استنباط نماییم. همان‌گونه که اشاره شد، نظریه تضمین حق روی زیان‌دیده تأکید می‌کند، مفهوم این تأکید آن است که اولاً: هر نوع زیانی که به زیان‌دیده می‌رسد باید جبران شود و هیچ زیانی نباید بدون جبران بماند؛

ثانیاً: در تحقق مسئولیت مدنی استناد فعل زیان‌بار به عامل زیان اهمیت ندارد، کافی است زیان به‌گونه‌ای با عامل زیان ارتباط داشته باشد، مثلاً اگر ملک شخص عامل زیان شود یا نفعی که از چیزی می‌برد موجب زیان شود یا فعل شخص زیان به بار آورد، در تمامی این فرض‌ها عامل زیان مسئول است و لازم نیست ضرورتاً فعل

عامل زیان موجب خسارت شود.

با این تحلیل ارکان مسئولیت مدنی در نظریه تضمین حق به این صورت شکل می‌گیرد، ارتباط زیان‌بار، زیان، رابطه سببیت. ارکان مسئولیت در این نظریه از فعل زیان‌بار به ارتباط زیان‌بار تغییر می‌یابد و آشکار است که با تغییر ارکان مسئولیت دایره مسئولیت طبق این نظریه نیز تغییر پیدا خواهد کرد.

ممکن است بر این تحلیل اشکال شود این تحلیل درصدد آن است که مسئولیت مدنی اشیای بی‌جان مانند کارخانه و اشیای جاندار غیر ذی‌شعور مانند حیوان و اشیای جاندار باشعور غیر مسئول مانند کودک را طبق نظریه تضمین حق توجیه کند و مسئولیت مدنی صاحب و متولی اشیای مذکور را از رهاورد این نظریه بداند و فارق میان نظریه تضمین حق و نظریه تقصیر به شمار آورد؛ درحالی که طبق نظریه خطر و نظریه تقصیر هرکدام با بیانی مسئولیت مدنی را در اشیای مذکور توجیه کرده‌اند؛ پس این تحلیل نمی‌تواند در دایره مسئولیت مدنی تغییر ایجاد نماید.

پاسخ: درست است نظریه‌های مذکور مسئولیت مدنی اشیای مذکور را هرکدام به مقتضای مبنای خود توجیه می‌کند، مثلاً نظریه تقصیر در صورتی که ضرر ناشی از تقصیر مکلف در نگهداری حیوان باشد، صاحب حیوان را مسئول می‌داند، نظریه خطر در صورتی شخص را مسئول می‌داند که فعل او به گونه‌ای موجب زیان شده باشد، مثل کارخانه که توسط او ایجاد شده است، اما طبق تحلیل ما از نظریه تضمین حق فراتر از فعل حتی اگر فعل دیگری موجب زیان شود، مثل زیان ناشی از کارگران، ضمان آن را به عهده کارفرما می‌داند.

به هرروی آنچه ذکر شد تحلیل ما از نظریه تضمین حق است؛ اما پرونده این بحث هم چنان مفتوح است، ممکن است کسی این تحلیل را نپذیرد؛ ولی هر ناقدی باید در مقام تحلیل نظریه حق دو چیز را روشن نماید: اول این که مبنای تضمین حق در ارکان مسئولیت مدنی چه تأثیری می‌گذارد؛ دوم: مسئول جبران خسارت کیست؟ و اگر ناقد بگوید مبنای تضمین حق نه درصدد توسعه و تضییق ارکان است و نه درصدد تعیین مسئول جبران خسارت، این سخن آشفته‌ای است که از عالمان سرزنند؛ زیرا

نظریه تضمین حق در برابر نظریه خطر و تقصیر قد علم می‌کند، اگر آن دو نظریه نظرشان را در مورد ارکان مسئولیت مدنی و مسئول جبران خسارت مشخص کرده است، این نظر نیز باید مشخص کند و گر نه نظری در برابر آن نظریه‌ها نخواهد شد. افزون بر این که اگر مبانی مسئولیت مدنی نه در ارکان تأثیر داشته باشد و نه در مسئول جبران خسارت، فلسفه آوردن مینا عبث خواهد، هر مبنای حقوقی آثار آن باید در مقام عمل روشن شود و الا چیزی جز سخنان آشفته و بی‌ربط نخواهد بود.

به هر روی نظریه‌های سه‌گانه تقصیر، خطر، تضمین حق از نظر گستره متفاوت‌اند، نظریه تقصیر دایره محدودتری را شامل می‌شود و محدوده نظریه خطر وسیع‌تر از آن است و قلمرو نظریه تضمین حق وسیع‌تر از همه است؛ زیرا در نظریه تقصیر فعل در صورتی موجب مسئولیت می‌شود که فعل از روی تقصیر صادر شود، در نظریه خطر نفس صدور فعل برای مسئولیت کافی است، در نظریه تضمین حق صدور فعل هم از فاعل شرط نیست، مهم آن است که زیانی از ناحیه فاعل متوجه شود چه از ناحیه شیء باشد که شخص از آن نفع می‌برد مثل کارخانه‌ها یا از ناحیه حیوان یا وسیله نقلیه باشد، زیرا اگر ضرری از اشیای مذکور حتی با رعایت احتیاط کامل متوجه زیان‌دیده شود، لازم است صاحب نفع آن را جبران کند.

۲. مفهوم تقصیر در مسئولیت مدنی

به منظور شناخت نظریه فقهای مسلمان در باب مسئولیت مدنی لازم است، مفهوم تعدی و تفریط و تقصیر را مورد بررسی قرار دهیم، زیرا دیدگاه‌های آنان در باب مسئولیت مدنی با مفهوم تعدی و تفریط در جاهای مختلف پیوند خورده است و فهم درست نظریه‌های آنان جز با فهم دقیق تعدی و تفریط و تقصیر میسر نیست، این امر ایجاب می‌کند که این مفهوم را مورد بازشناسی قرار دهیم.

تقصیر در لغت به معنای کوتاهی کردن و قصور ورزیدن آمده است و در متون حقوقی عربی برای بیان مقصود از واژه‌های خطا، اهمال، تقصیر و عدم الاحتراز استفاده کرده‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۳۳). در فقه اسلامی در باب ضمان قهری

از کلمه تقصیر استفاده شده؛ ولی بیشتر اصطلاح تعدی و تفريط به کار رفته است. واضح ترین تعریف از تقصیر یا همان تعدی و تفريط در فقه به وسیله مراعی صورت گرفته است. می گوید:

والظاهر: أن (التعدی) عبارة عن فعل ما يجب تركه، كركوب الدابة أزيد من المسافة المستأجر عليها، أو السير بها على خلاف المعتاد، أو جعل ما لم يشترط في العقد على الدابة، أو ضربها، أو نحو ذلك؛ و (التفريط) عبارة عن ترك ما يجب فعله، كترك سقى الدابة و علفها، أو عدم حفظها في المكان اللائق لها، و نحو ذلك في كل شيء مؤتمن [عليه] بحسبه. و قد يطلق عندهم التعدی على ما يعم التفريط، و يكون المراد منه: التجاوز عما ينبغى القيام به، سواء كان فعلاً لما يترك أو تركاً لما يفعل. و قد يطلق التفريط على ما يعم التعدی، و يكون المراد به التقصير في حق المالك، سواء كان بترك ما يجب أو بفعل ما يحرم (مراعی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۴۴۸)؛ ظاهر آن است که تعدی عبارت است از انجام فعلی که ترک آن واجب است، مانند سوار شدن مرکب بیش از مسافتی که آن را اجاره کرده است یا سوار شدن برخلاف متعارف یا قرار دادن باری که در قرارداد ذکر نشده یا زدن حیوان و مانند. تفريط عبارت است از ترک انجام کار واجب، مانند آب و علف ندادن به مرکب، عدم محافظت در مکان مناسب و مانند آن و در هر چیزی جایگاه آن متناسب با آن است. گاهی تعدی در کلمات آنان به کار می رود و مقصود اعم از تفريط است و این معنا اراده می شود: تجاوز از چیزی که قیام به آن سزاوار است چه انجام فعلی باشد که ترک شود یا ترک فعلی باشد که باید انجام گیرد و گاهی تفريط به معنایی به کار می رود که شامل تعدی نیز می شود و مراد از آن تقصیر در حق مالک است، چه به صورت ترک انجام فعل واجب باشد یا انجام کار حرام باشد.

مشابه همین معنا را بعضی از نویسندگان معاصر نیز آورده است:

و الخلاصة: ان التعدی هو فعل ما يجب تركه و التفريط هو ترك ما يجب فعله. بحيث يؤدي أي منهما إلى عدم المحافظة على أموال الغير و عدم العناية به. فهما يشتركان في عدم العناية و يختلفان في ناحية الفعل و الترك، فالتعدی هو الفعل و

التفريط هو الترك (صدر، ۱۴۲۰: ج ۴، ص ۳۲۷)؛ به‌طور خلاصه تعدی انجام فعلی است که ترک آن واجب است و تفريط ترک فعلی است که انجام آن واجب است، به‌گونه‌ای که هرکدام از آن دو منجر به عدم محافظت و عدم اهتمام به مال غیر می‌شود و هر در بی‌توجهی مشترک‌اند و از نظر فعل و ترک باهم دیگر مختلف‌اند، تعدی فعل و تفريط ترک است.

اگر بخواهیم به‌طور دقیق این مفهوم را بشناسیم، لازم است عناصر و مؤلفه‌های را که در تقصیر نقش دارد مورد بررسی قرار دهیم، دو عنصر می‌تواند در تحقق تقصیر نقش داشته باشد:

الف) عنصر مادی: تعدی و تجاوز

تعدی از حد متعارف عرفی، شرعی یا قانونی عنصر قانونی تقصیر است، وجود این عنصر نیز در تحقق تقصیر لازم است و بدون آن تقصیر محقق نمی‌شود و اصولاً تجاوز از حد در مفهوم تقصیر و معادل‌های آن مانند تعدی و تفريط نهفته است و در تعریفی که از مراغی نقل شد نیز این معنا وجود دارد.

ب) عنصر معنوی: آگاهی و تمیز

گاهی فعل از روی آگاهی و تمیز فاعل صادر می‌شود و گاهی فعل بدون آن که شخص آگاهی و قدرت تشخیص داشته باشد صادر می‌گردد، مثلاً انسان خواب با غلتیدن روی چیزی موجب زیان می‌شود، آیا در تحقق تقصیر وجود اراده فعل لازم است یا خیر؟ به نظر می‌رسد در مورد نقش این عنصر دو دیدگاه وجود دارد:

۱-۲. انکار لزوم عنصر اراده و تمیز

از اطلاق کلام فقها این‌گونه استفاده می‌شود هر نوع تعدی و تجاوز از حد متعارف شرعی و قانونی و عرفی تقصیر به شمار می‌رود، آگاهی و تمیز مکلف در آن دخیل نیست. شاهد بر این معنا موارد زیادی است که فقها ضامن را از باب تعدی و تفريط می‌دانند، درحالی‌که آگاهی فاعل در آن مورد نقش ندارد. مراغی به این معنا تصریح می‌کند و می‌گوید:

آن‌المعتبر فی التعدی و التفریط هل هو صدورهما عنه قاصداً لذلك فلو صدر منه سهواً أو نسياناً أو في حالة النوم و السكر و نحو ذلك لا يصير ضامناً، أو هو أعم من القصد و العدم فكل ما لا ينبغى أن يفعل أو يترك إذا فعله أو تركه قاصداً أم لا فهو ضامن؟ ظاهر لفظ التعدی و التفریط يشعر باعتبار القصد، و لأن غير القاصد معذور فكيف يترتب عليه الضمان؟ و لكن ينبغى أن يقال: إن ظاهر كلام الأصحاب، مطلق، و لا خصوصية للفظين، إذ لم يدل بهذا العنوان، إلا أنه مورد الإجماعات، و العمدة أن عموم دليل الضمان محكم (مراعى، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۴۴۹)؛ آیا در صدق تعدی و تفریط صدور فعل از روی قصد شرط است به گونه‌ای که اگر از روی سهو و نسیان یا در حالت خواب یا مستی صادر شود ضامن نیست یا اعم از صدور آن از روی قصد و بی قصدی است در نتیجه هر فعلی که نباید انجام شود، یا فعلی که باید ترک شود، موجب ضمان است چه از روی قصد باشد یا از روی قصد نباشد؟ ظاهر لفظ تعدی و تفریط می‌رساند که قصد در انجام فعل معتبر است، افزون بر این که انسان بی توجه معذور است، در نتیجه معقول نیست فعل او ضمان آور باشد. اما سزاوار آن است که گفته شود ظاهر كلام اصحاب مطلق است و فرض قصد و عدم قصد را می‌گیرد و این دو لفظ خصوصیت ندارد، زیرا در لسان هیچ دلیلی این عنوان نیامده، جز آن که مورد اجماع است. عمده آن است که عموم دلیل ضمان در غیر مورد قصد نیز جریان دارد.

۲-۲. لزوم عنصر آگاهی و تمیز

دیدگاه دوم آگاهی و تمیز را در تحقق تقصیر دخیل می‌داند و در صورت عدم آگاهی و تمیز فعل از روی تقصیر نیست؛ زیرا در صورتی تعدی و تجاوز از حد شرعی و قانونی صدق می‌کند که شخص از روی آگاهی عمل را انجام دهد، اما بر انجام فعل بدون آگاهی، تعدی و تجاوز صادق نیست، در نتیجه تقصیر محقق نمی‌شود.

و نیز می‌توان برای اثبات این نظر به روایت قتاده از رسول اکرم (ص) استناد کرد که فرمود: «لیس التفریط فی النوم، و انما التفریط أن يؤخر صلاته حتى یدخل وقت آخری»؛ (طوسی، ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۶۴۶)؛ کوتاهی با خواب صورت نمی‌گیرد، کوتاهی آن است که نماز را شخص آن قدر تأخیر بیندازد تا وقت نماز دیگر داخل

شود. استدلال به استعمال این روایت است که در جایی که اراده شخص نقش ندارد، آنجا را از مصادیق تفریط نمی‌داند.

از کلمات کاشف الغطاء نیز استفاده می‌شود، عنصر آگاهی و تمیز در نظریه تقصیر نقش دارد و الا اگر ما صرفاً بر نفس تعدی و تجاوز از اندازه متعارف تأکید بورزیم، این عنصر در تمامی عوامل ضمان شرط است. وی می‌گوید:

أما التعدی أی عدم الإذن الشرعی أو المالکی فهو شرط فی جمیع أسباب الضمان (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ج ۱، ص ۵۸)؛ تعدی، یعنی نبود اذن شرعی و یا مالکی در تصرف در همه اسباب ضمان شرط است.

نراقی این نظر را به فقها نسبت می‌دهد و ادعای اجماع می‌کند و می‌گوید:

لا خلاف بین المسلمین، أن من باشر الإلتاف عمداً أو خطأ، بشرط صدور الفعل عنه عن قصد، كما فی الأمثلة المذكورة، ضمن، وإن لم یکن هناک غضب و استقلالید مطلقاً (نراقی، ۱۳۲۲: ص ۴۲۷)؛ اختلافی میان مسلمین نیست، کسی که به‌طور مباشر مالی را تلف کند، از روی عمد باشد یا خطا، مشروط به آن که فعل از روی قصد صادر شده باشد، ضامن است هر چند مال را غضب نکرده باشد و به‌طور مستقل استیلائی بر مال نیافته باشد. تأکید بر صدور فعل از روی قصد و آگاهی نشانه آن است که در تحقق تقصیر این مفهوم نقش دارد.

اما آیا افزون بر عنصر آگاهی و تمیز، آیا عمد نیز در تعدی و تفریط نقش دارد یا نه؟ به این معنا که اگر شخص با علم و آگاهی از این که عمل تعدی و تفریط است عمل را انجام دهد، تعدی شمرده شود و در صورتی که علم به آن نداشته باشد تعدی و تفریط شمرده نشود؟ واضح است علم و آگاهی از تعدی و تفریط بودن عمل نقشی در صدق مفهوم تعدی و تفریط ندارد (مراغی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۴۵۰).

در نتیجه از نظر فقهای مسلمان در صورتی فعل به تعدی و تفریط متصف می‌شود که غیر مجاز باشد، اما افزون بر آن شرطیت صدور فعل از روی آگاهی در اتصاف فعل به تعدی و تفریط روشن نیست، دو ادعای متناقض از سوی عالمان عرصه فقه صورت گرفته است. در یک سو مراغی بر این عقیده است که به مقتضای اطلاق

سخن فقها صدور فعل از روی قصد و آگاهی در اتصاف فعل به تعدی و تفریط شرط نیست. از سوی دیگر صاحب مشارق بر لزوم صدور فعل از روی قصد و آگاهی در اتصاف فعل به تعدی و تفریط ادعای اجماع می‌کند.

حال در مقام بررسی نظریه فقهای مسلمان چه باید کرد؟ آیا عنصر آگاهی و تمیز را از عناصر تقصیر به شمار آوریم یا خیر؟ نظریه‌ای را نظریه تقصیر بدانیم که در ضمان تعدی و تفریط را به علاوه آگاهی و تمیز شخص شرط می‌داند یا دیدگاهی را نظریه تقصیر به شمار آوریم صرف فعل از روی تقصیر را موجب ضمان می‌داند. قدر متیقن نظریه‌های فقهای مسلمان از تعدی و تفریط ایجاب می‌کند که صرف فعل از روی تقصیر را به عنوان نظریه تقصیر به حساب آوریم؛ اما از آنجایی که این بحث رنگ و بوی مقایسه با نظریه حقوق دانان را دارد، لازم است ما نظریه‌ای را نظریه تقصیر به شمار آوریم که افزون بر عنصر تعدی و تفریط، عنصر آگاهی و تمیز نیز در آن باشد. پس از بیان مقدمات، مبنای مسئولیت مدنی را در طی سه مبحث پی می‌گیریم که عبارت‌اند از نظریه‌های مسئولیت مدنی، عوامل رافع ضمان، مسئولیت مدنی از طریق شرط و تقنین.

۳. نظریه‌های مسئولیت مدنی در فقه

مسئولیت مدنی در فقه اسلامی در چهار حوزه قابل طرح است: الف) مسئولیت مدنی ناشی از فعل مکلف مختار؛ ب) مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر مکلف مانند کودک و دیوانه؛ ج) مسئولیت مدنی ناشی از اموال مانند حیوان و وسیله نقلیه؛ د) مسئولیت مدنی در خصوص دینه نفس و اعضا.

با توجه به حوزه‌های مختلف مسئولیت مدنی دو پرسش قابل طرح می‌نماید: اول این‌که آیا مبنای مسئولیت مدنی در این چهار حوزه واحد است یا مختلف؟ به نظر می‌رسد اگر این چهار حوزه هرکدام به‌طور مستقل بررسی شود، مناسب‌تر است، در سایه این بررسی مشخص خواهد شد که آیا مبنای مسئولیت مدنی در همه این اقسام واحد است یا متعدد.

دوم این‌که بر فرض وحدت مبنای مسئولیت مدنی این چهار حوزه، آن مبنا چیست؟ آیا معیار در مسئولیت مدنی فعل از روی تقصیر است یا نفس صدور فعل یا زیان خسارت دیده؟ این نوشتار فرض را بر این قرار می‌دهد که تمامی حوزه‌های چهارگانه مذکور دارای مبنای مسئولیت مدنی واحد است؛ با این رویکرد به پرسش اصلی این نوشتار می‌پردازد: معیار و مبنای مسئولیت مدنی در فقه اسلامی چیست؟ آیا نظریه فقه اسلامی در قالب یکی از نظریه‌های سه‌گانه حقوقی قرار می‌گیرد یا نظریه‌ای دیگری از آن استفاده می‌شود؟

مدعا آن است که نظریه مسئولیت مدنی از دیدگاه فقه با نظریه خطر سازگار است، اما شواهدی از فقه برای اثبات نظریه تقصیر و نظریه تضمین حق نیز می‌توان یافت، از این‌رو در گام اول شواهدی که نظریه خطر را اثبات می‌کند مورد بررسی قرار می‌دهیم و در گام دوم شواهد و قرائن دو نظریه دیگر را مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. البته هماهنگی فقه با نظریه خطر به معنای آن نیست که به تمام لوازم غربی این نظریه ملتزم باشد، بلکه بر اساس قواعد نهاده شده در درون شریعت حرکت می‌کند، هرکجا قاعده شرعی ضمان قابل تطبیق باشد، ضمان وجود دارد و هرکجا قاعده شرعی قابل تطبیق نباشد، ضمان نیست؛ اما همان‌گونه که در پایان روشن خواهد شد این تطبیق قواعد ضمان سازگار با نظریه خطر است.

۱-۳. نظریه خطر

مدعا آن است که مبنای مسئولیت مدنی از نگاه فقه اسلامی موافق با نظریه خطر است و با نظریه تقصیر و تضمین حق سازگار نیست. نظریه خطر در باب مسئولیت مدنی سه عنصر اساسی برای ضمان قائل است: فعل زیان‌بار، ضرر و رابطه سببیت میان فعل و زیان، چه فعل از روی تقصیر باشد یا از روی سهو و خطا صورت گرفته باشد، در برابر دیدگاه تقصیر بر عنصر تقصیر نیز تأکید دارد یعنی فعل را در صورتی موجب ضمان می‌داند که از روی تقصیر باشد.

برای اثبات نظریه خطر باید بحث را در سه سطح مورد بررسی قرار می‌دهیم: از نظر فقه‌های شیعی و دیگری از نظر قواعد فقهی و از منظر ادله فقهی، زیرا مدعا آن

است که مبنای مسئولیت مدنی از نگاه فقهی اسلامی موافق با نظریه خطر است و صحت اسناد این نظر به فقه اسلامی وابسته به اثبات دو امر است: یکی اثبات صحت اسناد آن به فقهای نامدار و برجسته فقهی و دیگری اثبات صحت اسناد آن به مبنای و منابع فقهی.

۱-۱-۳. مسئولیت مدنی از دیدگاه فقهای شیعی

فقهای شیعی در باب ضمان قهری سه امر را به عنوان سبب مسئولیت مدنی شمرده اند که عبارت است از استیلا بر مال غیر، اتلاف مال غیر و سبب شدن برای تلف شدن مال غیر. این معنا از کلمات بسیاری از فقهای شیعی که در زیر آمده استفاده می شود: محقق حلی می گوید:

فی موجبات الضمان و هی ثلاثة مباشرة الإتلاف و الید و السبب (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۱، ص ۲۶۳)؛ موجبات ضمان سه امر است: اتلاف مباشری، استیلا بر مال، سبب شدن برای تلف.

در جای دیگر می گوید:

ثمّ أسباب الضمان: إما مباشرة، وإما إمساك، وإما تسبب؛ (محقق حلی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۱۰۳)؛ اسباب ضمان یا مباشرت یا نگهداشتن مال یا سببیت است. علامه حلی در قواعد می گوید:

فیما به یتحقق الضمان هو ثلاثة: المباشرة و التسبیب و الید (علامه حلی، ۱۴۱۰: ج ۱، ص ۴۶۱)؛ اموری که موجب ضمان می شود عبارت اند از مباشرت در اتلاف، سببیت برای تلف شدن مال و استیلا بر مال.

در ارشاد الاذهان می گوید:

أسباب الضمان و هی ثلاثة: مباشرة الإتلاف للعین، أو المنفعة: کقتل الحيوان، و سكنی الدار. و التسبیب و هو: فعل ملزوم العلة: کحفر البئر فی غیر الملك، و طرح المعائر فی المسالك، و إلقاء الصبی أو الحيوان العاجز عن الفرار فی مسبعة. و الغصب و هو: الاستقلال بإثبات الید من دون المالك فی العقار و غیره (علامه حلی، ۱۴۱۰: ج ۱، ص ۴۴-۴۴۵)؛ اسباب ضمان سه امرند: مباشرت در اتلاف عین

یا منفعت مثل کشتن حیوان و سکنا گزیدن در خانه؛ تسبیب و آن عبارت است از انجام فعلی که علت تلف را در پی دارد، مثل کندن چاه در ملک غیر، انداختن اشیای لغزنده در راه‌ها، افکندن کودک یا حیوان عاجز از فرار در وادی درندگان.

اما علامه حلی در تحریر و تذکره اسباب ضمان را سه امر ذکر می‌کند. می‌گوید:
فی أسباب الضمان و هو أمران: المباشرة و التسبیب؛ اسباب ضمان دو امر است یکی مباشرت در اتلاف و دیگری سببیت در اتلاف (علامه حلی، ۱۴۲۰: ج ۲، ص ۴۵).
در تذکره می‌گوید:

فی أسباب الضمان و هو أمران: [الأمر] الأول: المباشرة... الأمر الثاني: التسبیب و هو كل فعل يحصل التلف بسببه، كحفر البئر، و نصب الشباك، و الدلالة على الصيد، و تنفير الطير عن بيضه، و أشباه ذلك (علامه حلی، بی تا: ج ۷، ص ۴۲۷، ۴۳۸)؛ اسباب ضمان دو چیز است: مباشرت در اتلاف و دوم تسبیب و آن هر فعلی است که تلف به سبب آن واقع شود، مانند کندن چاه، نصب تور، راهنمایی کردن بر صید، کوچ دادن پرنده از روی تخم و امثال آن.

در منتهی المطلب می‌گوید:

المطلب الرابع فی أسباب الضمان و هی اثنان الأول: المباشرة. السبب الثاني: التسبیب؛ (حلی، ۱۴۱۲: ج ۱۲، ص ۳۴۳، ۳۵۸). اسباب ضمان دو چیز است یکی مباشرت و دیگری تسبیب.

حال آیا سبب ضمان دو امر است یا یک امر؟ صاحب ریاض به این سؤال این‌گونه پاسخ می‌دهد که اسباب ضمان سه امر است، ولی علامه حلی در بعض موارد بعض اسباب را داخل در بعض اسباب دیگر فرض کرده است. می‌گوید:

و فی جملة من كتب الفاضل أنها أمران: المباشرة و التسبیب، و نصّ فی جملة منها علی دخول الید فی التسبیب، و فیه توسّع، فإنه أعم مما يستند إليه التلف (طباطبایی، ۱۴۱۸: ج ۷، ص ۳۲۶)؛ در جمله از کتاب‌های علامه حلی سبب ضمان دو چیز دانسته شده است: مباشرت و اتلاف، در پاره دیگر از کتاب‌های خود تصریح کرده است کهید در تسبیب داخل است و این یک نوع توسع است، زیرا تسبیب اعم است

از این که تلف به آن مستند شود.

شهید اول می گوید:

ثم أسباب الضمان غير منحصرة في الغضب، فإنّ المباشرة توجب الضمان وهي إيجاد علّة التلف كالأكل و الإحراق و القتل و الإتلاف، و كذلك السبب، و هو فعل ملزوم العلّة كحفر البئر (عاملی، ۱۴۱۷: ج ۳، ص ۱۰۷)؛ اسباب ضمان منحصر در غضب نیست، زیرا مباشرت نیز موجب ضمان می شود و آن عبارت است از ایجاد علت تلف مانند خوردن، سوزاندن، قتل و اتلاف و همین طور سبب، سبب فعلی است که علت تلف را در پی دارد، مانند کندن چاه.

صاحب حدائق نیز دارد:

فی موجبات الضمان و هی ثلاثة: مباشرة الإتلاف، و الید، و التسبیب؛ (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۱۵، ص ۲۶۰). موجبات ضمان سه امر است: اتلاف، استیلا و تسبیب. امام خمینی می گوید:

كما أن الید الغاصبة و ما يلحق بها موجبة للضمان - و هو المسمى بضمان الید، و قد عرفت تفصیله فی المسائل السابقة - كذلك للضمان سببان آخران: الإتلاف و التسبیب، و بعبارة أخرى له سبب آخر و هو الإتلاف، سواء كان بالمباشرة أو التسبیب (موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۱۹۰)؛ همان گونه که سبب و اموری که ملحق به ید غصبی است موجب ضمان است که از آن به نام ضمان ید یاد می شود، دو سبب دیگر نیز برای ضمان وجود دارد: اتلاف و تسبیب و به بیان دیگر یک سبب دیگر دارد و آن اتلاف است چه به طور مباشر باشد یا به طور غیر مباشر.

آیت الله خوئی می گوید:

موجبات الضمان و هی أمران: المباشرة، التسبیب (خوئی، بی تا: ج ۲، ص ۹۸)؛ موجبات ضمان دو امر است: مباشرت در اتلاف و تسبیب.

سید عبد الاعلی سبزواری می گوید:

ان أسباب الضمان ثلاثة نضا كما مر و إجماعا، الید، و التسبیب و الإتلاف و هما أعم من الید و الغضب، و كون ذلك كله من موجبات الضمان من القضايا ألتی

دلیلها معها كما هو مغروس في الأذهان ولا يحتاج إلى إقامة دليل وبرهان، و هي من الأمور النظامية (سبزواری، ۱۴۱۳ ق: ج ۲۱، ص ۲۹۶)؛ اسباب ضمان به دليل نص و اجماع سه امر است که عبارت‌اند از: استیلا، تسبیب و اتلاف، دو سبب اخیر اعم از استیلا و غصب است. امور مذکور به عنوان موجبات ضمان جزء قضایایی است که دلیل آن به خود قضیه است این مطلب در ذهن‌ها کاملاً ارتکاز یافته و نیاز به دلیل و برهان ندارد و از اموری است که نظم جامعه به آن بستگی دارد.

کاشف الغطاء در عبارت جامع‌تری تمام اقسام مسئولیت مدنی را برمی‌شمارد. می‌گوید:

اعلم أن أسباب الضمان ونعني به دخول الشيء في العهدة نفساً كان أو مآلاً شخصياً كان أو كلياً كثيرة ولكنها لا تخرج عن ثلاثة عناوين اليد والاتلاف والالتزام، أما اليد والاتلاف فكل من استولى على مال غيره وتلف في يده أو أتلفه ولو كان في غير يده من غير اذن من الشارع أو المالك في اتلافه أو قبضه بغير ضمان فهو ضامن له بمثله أو قيمته سواء كان عالماً أو جاهلاً بالغاً أو صبيّاً وسواء كان مقدماً على الضمان أم لا. و أما الالتزام فيتحقق في ثلاثة عناوين: الضمان بالمعنى الأخص، و الحوالة، و الكفالة (كاشف الغطاء، ۱۳۶۶ ق: ج ۳، ص ۳۱)؛ بدان اسباب ضمان سه چیز است و مقصود از آن این است که چیزی به عهده طرف قرار گیرد، چه شخص باشد یا مال، مال معین باشد یا کلی، در هر صورت از یکی از عناوین سه‌گانه: استیلا، اتلاف و التزام خارج نیست. اما استیلا و اتلاف، هرگاه شخص بر مال دیگری استیلا یابد و در دست او تلف شود، یا آن را بدون اذن از سوی مالک یا شارع تلف نماید و لودر دست شخص دیگر باشد، او ضامن مثل یا قیمت آن است چه عالم باشد یا جاهل، بالغ باشد یا کودک چه اقدام بر ضمان نماید یا نکند. اما التزام در یکی از عناوین سه‌گانه ضمان بمعنی الاخص، حوالة و كفالت جا می‌گیرد.

عبارات فوق نشان می‌دهد که اسباب و موجبات ضمان قهری از دیدگاه فقهای شیعی سه امر است که عبارت‌اند از ید، اتلاف و تسبیب و تعدی و تفریط به‌عنوان سبب ضمان شمرده نشده است، چنانچه تعدی و تفریط تنها سبب ضمان بود،

دست کم به عنوان یکی از اسباب ضمان قهری شمرده می‌شد.

نقد و بررسی

ممکن است گفته شود هر چند فقها به ظاهر سبب ضمان را استیلا، اتلاف و تسبیب دانسته‌اند؛ اما گوهر نظریه آنان مبتنی بر تقصیر است، زیرا تقصیر رفتار غیر مجاز است و تمامی عوامل مذکور در صورتی موجب ضمان می‌شود به صورت غیر مجاز باشد، زیرا استیلا بر مال غیر اگر به صورت مجاز صورت بگیرد به طور قطع عامل زیان ضامن نیست و همین طور اگر اتلاف و تسبیب در اثر فعل مجاز صورت بگیرد ضمان نیست؛ از این رو گوهر نظریه فقها به نظریه تقصیر بازمی‌گردد.

پاسخ اول آن است عمل در صورتی متصف به غیر مجاز بودن می‌شود که عامل از روی عمد و آگاهی انجام دهد، اگر از روی عمد و آگاهی انجام ندهد، نمی‌توان گفت عمل غیر مجاز صورت گرفته است. اسباب مذکور اطلاق دارد چه از روی قصد و آگاهی و عمد صادر شود و چه از روی بی‌توجهی و ناآگاهانه صورت گیرد، عامل زیان، مسئول است؛ در نتیجه شمردن اسباب مذکور هم چنان با نظریه خطر سازگار است.

این پاسخ قابل پذیرش نیست؛ زیرا باید میان اتصاف فعل و اتصاف فاعل به تقصیر فرق گذاشت، فاعل در صورتی متصف به مقصر بودن می‌شود که عمل را از روی عمد و آگاهی انجام دهد، اما در اتصاف فعل به تقصیر کافی است که نفس عمل غیر مجاز باشد، آنچه مبنای مسئولیت مدنی است فعل تقصیری است نه فاعل مقصر، از این رو قصد و عمد در آن نقش ندارد، در نتیجه هر چند فعل از روی بی‌توجهی و غیر عمد صادر شود، باز منافات با تقصیر ندارد.

پاسخ دوم این است چه بسا در مواردی حکم به ضمان شده است که اصلاً فعل هیچ‌گونه غیر مشروع نبوده است، این کاشف از آن است که نظریه فقها با مبنای تقصیر سازگار نیست. به عنوان نمونه به سخنی از آیت‌الله خوئی در این مورد می‌آوریم:

یضمن الطیب ما یتلف بعلاجه مباشرةً إذا عالج المجنون أو الصبی بدون إذن ولیه، أو عالج بالغاً عاقلاً بدون إذنه، وكذلك مع الإذن إذا قصر، وأمّا إذا أذن له المریض فی علاجه ولم یقصر، و لکنه آل إلى التلف اتفاقاً، فهل علیه ضمان أم لا؟ قولان، الأقرب هو الأول، و كذلك الحال إذا عالج حیواناً بإذن صاحبه و آل إلى التلف (خویی، بی تا: ج ۴۲، ص ۲۷۳)؛ اگر طبیبیت بدون اذن ولی دیوانه و کودک را مورد علاج قرار دهد و در اثر علاج تلف شود، ضامن است و همین طور اگر بدون اذن بالغ عاقل او را علاج نماید و نیز اگر با اذن معالجه نماید ولی کوتاهی کرده باشد؛ اما اگر در علاج اذن داده باشد و کوتاهی هم نکرده باشد، در عین حال منجر به تلف مریض شود، آیا ضامن است یا خیر؟ دو نظریه است قریب به حق ضمان است. همین طور است اگر حیوانی را با اذن صاحب آن علاج نماید و منجر به تلف شود. در استدلال بر این نظریه می‌گوید: دلیل ضمان اطلاق دارد و مانعی هم در بین نیست و اذن در علاج اذن در تلف حساب نمی‌شود.

به‌ر روی این که حتی در فرض عدم تقصیر طیب را ضامن می‌داند نشانه آن است که نظریه فقهای شیعی مبتنی بر تقصیر نیست. البته میان دو دلیل برای اثبات ضمان به لحاظ دخالت تقصیر یک نوع تهافت وجود دارد، طبق استدلال اول ضمان مبتنی بر تقصیر نیست، طبق استدلال دوم هم چنان تقصیر نقش دارد، زیرا عدم اذن در تلف نشانه آن است که شخص کار غیر مجاز کرده است. ولی این استدلال قابل قبول نیست، زیرا اذن در علاج اذن در پیامدهای آن نیز است، از این رو عمده همان دلیل ضمان است که اختصاص به فرض تقصیر ندارد.

۲-۱-۳. مبانی مسئولیت مدنی بر اساس قواعد فقهی

سطح دوم بحث در مورد مبنای مسئولیت مدنی، ارزیابی قواعد فقهی مربوط به ضمان قهری است که چه قواعدی از منظر فقها معیار ضمان قهری است. به اعتقاد ما قواعد فقهی به‌خودی‌خود حجیت ندارد و نمی‌تواند مستند احکام فقهی قرار گیرد، اما از آنجاکه در کلام فقها در بسیاری از موارد به‌عنوان دلیل برای اثبات حکم شرعی فقهی به آن استناد شده است، لازم است مورد بحث قرار گیرد. برای اثبات ضمان به

چهار قاعده استناد شده است، بررسی این قواعد نشان می‌دهد که مبنای مسئولیت مدنی در فقه نزدیک به نظریه خطر است:

الف) قاعده ضمان ید

از قواعد مشهور فقهی قاعده ضمان ید است، نص قاعده روایت نبوی (ص) است که این‌گونه در فقه مطرح شده است: علی الید ما اخذت حتی تؤدی؛ آنچه را دست اخذ کرده بر عهده آن ثابت است تا ادا نماید. مفهوم قاعده این هر آنچه را شخص بر آن استیلا یافته، مسئولیت آن به عهده گیرنده است تا ادا نماید (مراغی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۴۱۷-۴۱۸). به‌هر روی دلالت این روایت بر مسئولیت مدنی از نظر فقهای شیعی پذیرفته شده است. مهم‌گستره مسئولیت مدنی است که از این روایت نبوی اثبات می‌گردد.

گستره قاعده

گستره این قاعده در بحث ضمان اهمیت دارد، زیرا دایره ضمان قهری را تعیین می‌نماید که در چه مواردی شخص ضامن است و در چه مواردی نمی‌توان بر اساس قاعده حکم به ضمان نمود، از جهات زیر گستره قاعده مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱) ضمان اعیان و منافع

اشیایی که مورد ضمان واقع می‌شوند بر دو دسته‌اند: منافع و اعیان، بی‌تردید قاعده ضمان اعیان را می‌گیرد، اما آیا شامل ضمان منافع نیز می‌شود یا خیر؟

شیخ انصاری معتقد است قاعده علی الید منافع را در بر نمی‌گیرد، زیرا جمله ما اخذت حتی تؤدی می‌رساند که مال دریافت شده باید قابلیت قبض را داشته باشد، منافع چنین قابلیت ندارد، در نتیجه قاعده منافع را شامل نمی‌شود. (مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۰۴).

در برابر جمعی کثیری از فقها این نظر را پذیرفته و گفته‌اند قاعده ضمان ید شامل منافع نیز می‌شود و منظور از علی الید ما اخذت این نیست که متاع قابلیت قبض با دست را داشته باشد، بلکه ید کنایه از مطلق تسلط است و ادای هر شیء به حسب آن

است، اگر عین باشد ادای به‌مثل و قیمت است و اگر منافع و حقوق باشد، ادای آن به قیمت و مثل است، بنابراین روایت حقوق و منافع را نیز شامل می‌شود. (عبد الفتاح مراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۳۰).

سبزواری می‌گوید:

يشمل الحديث الأعيان و المنافع و الانتفاعات و الحقوق، لأن المراد باليد كما تقدم الاستيلاء و هو متحقق بالنسبة إلى الجميع مع بناء الفقهاء على التعميم بل و بناء العقلاء أيضا كذلك، و عدم الردع بل ثبوت التقرير و يعدونها الكل من أهم القواعد العامة التجارية في جميع الموارد (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۱، ص ۲۹۴)؛ روایت شامل اعيان، منافع، انتفاع‌ها و حقوق می‌شود، زیرا مقصود از يد همان‌گونه که گذشت استیلا است و سلطه نسبت به تمامی امور مذکور قابل تحقق است، افزون بر آن فقها نیز بنا بر عمومیت آن گذاشته‌اند، بلکه بنای عقلا نیز عمومیت را می‌رساند و عدم ردع بلکه تقریر از سوی شارع ثابت شده است به‌گونه‌ای که همه آن را از مهم‌ترین قواعد جاری در تمامی موارد می‌دانند.

۲) ضمان يد عدوانی و امانی

سلطه بر شیء گاهی به‌صورت عدوانی است و گاهی به‌صورت امانی، امانی امانت مالکی و شرعی را شامل می‌شود، قاعده ضمان يد هر دورا می‌گیرد، زیرا لسان قاعده اطلاق دارد و اختصاصی در آن مطرح نیست، از این‌رو اگر بخواهیم يد امانی را خارج کنیم نیاز به دلیل داریم و طبیعی است در مقام تخصیص به مقداری که دلالت دلیل مخصص از قاعده خارج می‌شود.

۳) ضمان استیلاي عمدی و غیرعمدی

استیلا بر مال دیگری گاهی از روی عمد صورت می‌گیرد، گاهی به‌صورت غیر عمد است، قاعده می‌رساند استیلاي بر شیء، ضمان دارد، چه از روی عمد باشد و چه از روی سهو و اشتباه، زیرا اطلاق قاعده همه این فرض‌ها را می‌گیرد؛ به‌عبارت‌دیگر در تحقق این ضمان تقصیر دخالتی ندارد، بلکه مبنای این مسئولیت وضعی و استیلا بر

مال ديگري است، اعم از اين كه عالماً عامداً صورت گرفته باشد و يا از روي جهل و غير عمد، هر دودر مسئوليت مدني مشترك اند، ولي در مسئوليت كيفري متفاوت اند، بدین معنا كه در فرض عمد علاوه بر مسئوليت مدني مسئوليت كيفري نيز وجود دارد و در فرض جهل مسئوليت كيفري وجود ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۳: ج ۱، ص ۶۷؛ مراغي، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۴۳۰).

۴) ضمان در فرض عليت و عدم عليت

در فرض استيلا بر مال ديگري گاهي مال در اثر فعل عامل تلف مي شود از روي عمد و يا به صورت سهوي و از روي و گاهي مال در اثر قوه قاهره و آفت سماوي تلف مي شود، قاعده ضمان پد هر دو فرض را شامل مي شود و اختصاص به فرض تلف در صورت فعل عامل ندارد. (سيد مصطفي محقق داماد، قواعد فقه مدني، ج ۱، ص ۶۸)

۵) ضمان مثل و عين

ضمان بر دو قسم است: ضمان مثل و قيمت و ديگري ضمان عين، ضمان مثل و قيمت در صورتي است كه عين تلف شده باشد و ضمان عين در صورتي است كه عين موجود باشد كه از اولي تعبير به ضمان ذمه و از دومي به ضمان عهده ياد مي شود؛ اما قاعده خصوص ضمان اعيان را مي رساند يا ضمان مثل و قيمت را نيز درمي گيرد؟ محقق نراقي بر آن است كه قاعده تنها ضمان در فرض وجود عين را اثبات مي كند و مكلف را ملزم مي كند تا عين را به صاحب آن بازگرداند و دلالت بر ضمان ذمه ندارد، زيرا ظاهر كلمه تودي، ادای عين را مي رساند.

مراغي اين استظهار را نمي پسندد و بر آن است كه قاعده هم ضمان در فرض وجود عين را دلالت دارد و هم ضمان در فرض تلف عين را، زيرا عرف از چنين جمله اي كه در مقام بيان ضمان صادر شود، معنای عام را مي فهمد، بلكه ظهور آن در فرض تلف عين بيشتري است (مراغي، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۴۳۱).

از مباحث فوق به دست مي آيد هر نوع استيلا و سلطه اي موجب ضمان مي شود چه از روي سهو باشد يا از روي عمد باشد، چه مال تلف شده شود چه نشود، بر اساس اين قاعده عنصر تقصير تأثير در ضمان ندارد، چه تلف مال از روي تقصير

باشد یا بدون جهت تلف شود، کسی که بر مال غیر سلطه پیدا کرده ضامن است.

اشکالات بر استدلال به قاعده

۱. عدم سازگاری با نظریه خطر

ممکن است بر این استدلال اشکال شود که دایره شمول این قاعده گسترده‌تر از نظریه خطر است، زیرا طبق نظریه خطر در صورتی شخص ضامن است که بین فعل و ضرر رابطه سببیت باشد، اما بر اساس این نظر حتی در صورتی که رابطه سببیت بین فعل و ضرر نباشد، باز فرد استیلا یافته ضامن است.

می‌توان از این اشکال این‌گونه پاسخ گفت: در فرض تلف مال چه بسا بین فعل و زیان رابطه وجود نداشته باشد و چه بسا ممکن است رابطه وجود داشته باشد، ولی این قاعده نفس استیلا بر مال غیر را به‌عنوان فعل زیان‌بار تلقی می‌کند؛ در نتیجه شخص مسلط را ضامن به شمار می‌آورد هر چند به حسب مورد عمل زیان‌بار انجام نداده باشد.

۲. عدم دلالت بر ضمان

کلمه علی وقتی به چیزی اسناد داده شود چه فعل مکلف باشد یا عین، ظهور در تکلیف دارد، در نتیجه معنای روایت این است که برگیرنده واجب است مال را تا زمان ادا حفظ نماید، به‌ویژه آن‌که متعلق علی بد است ید با حفظ تناسب دارد. این اشکال را محقق ابروانی مطرح کرده است (ابروانی، ۱۴۰۶: ج ۱، ص ۹۳).

این اشکال وارد نیست، زیرا همان‌گونه که شیخ انصاری گفته است اگر به فعل مکلف نسبت داده شود ظهور در تکلیف دارد، اما اگر به مال نسبت داده شود ظهور در ضمان دارد، در نتیجه این روایت دلالت بر مسئولیت مدنی دارد (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۱۸۱).

۳. انحصار بر ضمان غضب

ممکن است گفته شود مقصود از اخذ، تسلط از روی قهر و غلبه است و هر نوع سلطه‌ای را شامل نمی‌شود، در نتیجه روایت فقط ضمان در باب غضب را می‌رساند،

ضمان در باب غصب اختصاص به فرض تعدی و تفریط دارد، زیرا وقتی غاصب صدق می‌کند که شخص از روی علم سلطه خود را بر مال دیگری اعمال نماید. پاسخ آن است که این معنا درست نیست، زیرا لفظ اخذ اعم است از این که تسلط از روی قهر و غلبه باشد یا از روی قهر و غلبه نباشد، در نتیجه تمامی انواع اخذ را در بر می‌گیرد.

ب) قاعده اتلاف

مفهوم قاعده اتلاف این است: من اتلف مال الغير فهو له ضامن، کسی که مال دیگری را تلف کند، ضامن است. این قاعده از قواعد مسلم فقهی است. محقق بجنوری در مورد آن می‌گوید:

إن هذه القاعدة مما اتفقت عليه الكل ولا خلاف فيها، بل يمكن أن يقال إنها مسلمة بين جميع فرق المسلمين، وربما يقال إنها من ضروريات الدين (بجنوردی، ۱۴۱۹: ج ۲، ص ۲۵)؛ قاعده اتلاف از قواعدی است که همه در مورد آن اتفاق نظر دارند و هیچ‌کس درباره آن اختلاف ندارد، بلکه می‌توان گفت جزء قواعد مسلم در نزد تمامی فرقه‌های مسلمان است، بلکه بالاتر می‌توان آن را از ضروریات دین شمرد. تفاوت این قاعده با قاعده ید روشن است، قاعده ید ضمان را درجایی اثبات می‌کند که شخص بر مالی تسلط داشته باشد، اما این قاعده اختصاص به تسلط بر مال ندارد، مفاد آن اثبات ضمان در هرجایی است که اتلاف صدق کند، چه شخص سلطه بر مال داشته باشد یا نداشته باشد.

گستره قاعده

گستره قاعده اتلاف را می‌توان از جهات زیر بررسی کرد:

۱) اتلاف عمدی و غیرعمدی

به موجب اطلاق قاعده، عنصر عمد و قصد در پدید آمدن ضمان دخالت ندارد، از این رو شخصی که با عمل خود موجب تلف مال دیگری شده ضامن و ملزم به جبران خسارت وارد شده است، اعم از این که عالماً و عامداً چنین کرده باشد یا بدون

قصد، عملش چنین نتیجه‌ای داده باشد (محقق داماد، ۱۳۸۳: ج ۱، ص ۱۱۶).
آیت‌الله مکارم شیرازی می‌گوید:

المعروف ان الإتلاف موجب للضمان سواء صدر عن علم و عمد، أو عن جهل و غفلة، حتى في حال النوم، لإطلاق بعض الأدلة السابقة و ان كان بعضها مختصاً بحال الاختيار (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ج ۲، ص ۲۰۸)؛ مشهور آن است که اتلاف موجب ضمان است چه از روی علم و عمد صادر شود یا از روی جهل و غفلت سر بزند، حتی اگر در حال نوم اتلاف صورت بگیرد، شخص ضامن است؛ زیرا اطلاق ادله سابق تمامی این فرض‌ها را شامل می‌شود، هرچند بعض ادله مختصه به حال اختیار است.

۲) اتلاف منافع و اعیان

بی‌تردید قاعده اتلاف اعیان را می‌گیرد و در مورد شمول آن نسبت به منافع اختلاف است؛ اما به نظر می‌رسد قاعده عمومیت دارد و منافع را نیز شامل می‌شود؛ زیرا معیار در ضمان مال تلف‌شده، مالیت داشتن شیء است، ارزش مالی داشتن شیء اعم از این‌که جزء منافع باشد یا اعیان و یا حقوق، همه این امور را شامل می‌شود. کاشف الغطا می‌گوید:

الإتلاف وهو السبب الثالث من أسباب الضمان وهو ينفك أيضاً عن سابقية و مدرکه القاعدة الاستفادة من الاخبار أيضاً و هي (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) و هي عامة أيضاً كقاعدة اليد، یعنی ان التلف كالإتلاف يجرى في العالم و الجاهل و العامد و الغافل، و الناسی و الذاکر، و الصبی و البالغ نعم التلف يختص باليد و يعم السماوی و غيره. كما ان الإتلاف يعم ما لو كان تحت اليد أو لم يكن؛ (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ج ۱، ص ۸۷-۸۸)؛ اتلاف سبب سوم از اسباب ضمان است و از دو سبب قبلی جدا است و مدرک قاعده از اخبار استفاده می‌شود این‌که هرکسی مال دیگری را تلف نماید ضامن است. این قاعده بسان قاعده ید کلی و فراگیر است یعنی در مورد عالم و جاهل، عامد و غافل، ناسی و ذاکر و صبی و بالغ جاری می‌شود، تفاوت آن با قاعده ید در این است که قاعده فرض تلف را نیز شامل می‌شود اعم

از این که تلف آسمانی باشد یا غیر آن، اما این قاعده فرض تلف را نمی‌گیرد. از سوی دیگر اتلاف عمومیت دارد شامل فرضی را که تحتید باشد یا نباشد هم شامل می‌شود.

۳) اتلاف مباشر و باواسطه

معیار در اتلاف صدق عرفی است، هرگاه از نظر عرف شخصی علت تلف شمرده شود، اتلاف مستند به اوست و بر اساس قاعده ضمان به عهده او می‌آید، چه به صورت مباشر موجب تلف شود یا باواسطه موجب تلف گردد. هرگاه از نظر عرف شخص علت تلف شمرده نشود، اتلاف مستند به او نخواهد بود، در نتیجه ضمان هم به عهده او نخواهد آمد، چه مباشر و یا واسطه تلف باشد یا نباشد (مراغی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۴۳۵). از این رو در فرض وجود مباشر و سبب، باید نگریست که از نظر عرف تلف به کدام یک مستند است، به هر کدام مستند باشد، او ضامن به شمار می‌رود.

ج) قاعده تسبیب

مفهوم قاعده تسبیب این است هرگاه فعل شخص به طور غیر مباشر منجر به تلف چیزی شود یا موجب ضرر گردد، علت ایجاد ضرر ضامن است. محقق حلی می‌گوید:

التسبیب هو کل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر فی غیر الملك (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۳، ص ۱۸۶). تسبیب به فعلی گفته می‌شود که موجب تلف مال شود، مانند کندن چاه در ملک شخص دیگر.

میرزا حبیب‌الله رشتی تعریف عام‌تری ارائه می‌دهد. می‌گوید:

ان التّسبیب هو ایجاد فعل او ترک هو سبب و وسیلة عرفا الی التّلف (رشتی، بی تا: ص ۲۹)؛ تسبیب به انجام یا ترک فعلی گفته می‌شود که عرفاً سبب و وسیله‌ای تلف باشد. تفاوت این قاعده با قاعده اتلاف در این است که قاعده اتلاف اختصاص به اتلاف مباشر دارد و این قاعده اتلاف غیر مباشر را شامل می‌شود؛ البته اگر قائل شویم که قاعده اتلاف هم اتلاف مباشری را شامل می‌شود قاعده تسبیب از فروع همان قاعده اتلاف خواهد بود.

گستره قاعده

قاعده تسبیب سه فرض را شامل می‌شود:

الف) بین فعل و تلف وسیله غیر عالم و آگاه فاصله شود، مانند کندن چاه که موجب افتادن شخص در آن شود.

ب) بین فعل و تلف فعل اختیاری واسطه شود، ولی فاعل دارای اراده ضعیف باشد. مثل افکندن طفل در جایی.

ج) بین فعل و تلف فعل اختیاری فاعل مختار فاصله شود، اما فاعل شرعاً یا عقلاً ملزم به انجام آن باشد، مثل شهادت دروغ که موجب می‌شود حاکم طبق آن حکم نماید در فرضی که علم به کذب آن ندارد یا مثل شهادت انسان از روی اکراه (زارعی سبزواری، ۱۴۳۰: ج ۲، ص ۱۸۳-۱۸۴).

سبب شدن برای تلف چیزی در تمامی این فروض از مصادیق قاعده تسبیب به شمار می‌رود، چه عامل تلف را قصد کرده باشد یا از روی سهو و نسیان منجر به تلف چیزی شود. چه عامل بدانند که فعل منجر به تلف شیء می‌شود یا ندانند؛ زیرا معیار در تمامی این موارد صدق عرفی است و در موارد مذکور سببیت برای اتلاف صدق می‌کند.

آیا قاعده تسبیب قاعده مستقل است یا از فروع قاعده اتلاف است؟ به تبع امام خمینی معتقدیم قاعده تسبیب شاخه‌ای از قاعده اتلاف است. امام خمینی می‌گوید: للضمان سببان آخران: الاتلاف و التسبیب و بعبارة اخرى له سبب آخر و هو الاتلاف، سواء كان بالمباشرة او التسبیب؛ ضمان دو سبب دیگر هم دارد: اتلاف و تسبیب. به عبارت دیگر، ضمان یک سبب دیگر داشته که همان اتلاف است، چه این که اتلاف به صورت مباشری باشد، یا به صورت تسبیبی (موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۶۸).

د) قاعده غرور

قاعده غرور این است: هرگاه از شخص عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر بشود و از این رهگذر ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست

به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت برآید. شخص اول را غار و شخص دوم را مغرور می‌گویند و این قاعده با عنوان حدیث نبوی (ص) مرسل به این صورت نقل شده است: المغرور یرجع الی من غره.

تفاوت قاعده غرور با قاعده تسبیب در این است در قاعده تسبیب بین سبب و مباشر اراده و اختیار فعال فاصله نیست، با اراده مباشر محقق می‌شود و سبب فاعلی است که اراده فعال ندارد، اما در قاعده غرور میان فعل فاعل غرور و مغرور اراده فعال وجود دارد، مغرور با اراده خود عمل را انجام می‌دهد، تنها فاعل نتیجه عمل خود را نمی‌داند (محقق داماد، ۱۳۸۳: ج ۱، ص ۱۶۶).

گستره قاعده

۱) علم و جهل فاعل ضرر

در مورد غرور از نظر علم و جهل فاعل غرور و شخص مغرور چهار حالت دارند:

الف) فاعل غرور و مغرور هر دو به ضرر علم داشته باشند، در این صورت غرور تحقق نمی‌یابد، در غرور جهل مغرور شرط است و بدون جهل قاعده قابل جریان نیست.

ب) مغرور عالم به ضرر و فاعل جاهل به ضرر باشد؛ در این صورت نیز غرور تحقق نمی‌یابد؛

ج) مغرور جاهل به ضرر و فاعل ضرر عالم به ضرر است؛ این فرض از مصادیق روشن قاعده غرور است؛

د) فاعل ضرر و مغرور هر دو عالم به ضرر باشند؛ این فرض مورد اختلاف است که آیا قاعده غرور این فرض را شامل می‌شود یا نه؟ فقها در این مسئله به دو دسته تقسیم شده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۳: ج ۱، ص ۱۶۹).

حق آن است که قاعده غرور بسان قاعده ید و اتلاف علم و جهل شرط نیست، بلکه غرور حتی در فرض جهل نیز صدق می‌کند، در نتیجه قاعده هر دو فرض را می‌گیرد. محقق نائینی این قاعده را از مصادیق قاعده تسبیب می‌داند و می‌گوید:

ان قاعدة الغرور صغری من صغریات قاعدة التسبیب بالنسبة الی اقدام الغیر علی

الضمان وان كانت اجنبية عن قاعدة التسبیب بالنسبة الى الفعل (نائینی، ۱۴۱۳: ج ۲، ص ۲۷۴)؛ قاعده غرور اگر نسبت به اقدام فاعل سنجیده شود، از مصادیق قاعده تسبیب است، اگر نسبت به فعل سنجیده شود بیگانه از قاعده تسبیب است.

نتیجه‌گیری

در حقوق مدنی درباره مبنای مسئولیت مدنی سه دیدگاه و نظریه وجود دارد که به نظریه تقصیر، خطر و تضمین حق معروف است، هرکدام از این سه دیدگاه بر یکی از عناصر سه‌گانه؛ واردکننده زیان، فعل زیان‌بار و زیان‌دیده تأکید دارد. برخی از دانشمندان رشته حقوق، بر نقش واردکننده زیان اصرار ورزیده و مبنای تقصیر را مطرح کرده‌اند، دیدگاه دوم به اراده فاعل و نقش او توجهی نکرده و تلاش نموده معیار و ضابطه را در فعل زیان‌بار ببیند و خطر را به‌عنوان مبنا معرفی کند. گروه سوم بر حمایت از زیان‌دیده اصرار داشته و سعی کرده است مبنای مسئولیت مدنی را در ناحیه زیان‌دیده و حقوق او جستجو نموده و نظریه تضمین حق را مطرح کند.

از نظر فقه اسلامی مبنای مسئولیت مدنی موافق با نظریه خطر است و با نظریه تقصیر و تضمین حق سازگاری ندارد. نظریه خطر در باب مسئولیت مدنی سه عنصر اساسی برای ضمان قائل است: (۱) فعل زیان‌بار؛ (۲) ضرر و زیان و (۳) رابطه سببیت میان فعل و زیان، چه فعل از روی تقصیر باشد یا از روی سهو و خطا صورت گرفته باشد. چنانکه قواعد فقهی و گفتار فقها بر این مدعا دلالت دارد: قاعده فقهی «ضمان ید»، قاعده «اتلاف»، قاعده «تسبیب» و قاعده «غرور». از گفتار فقها به دست می‌آید که ایشان در باب ضمان قهری سه امر را به‌عنوان سبب مسئولیت مدنی شمرده‌اند که عبارت‌اند از: (۱) استیلا بر مال غیر؛ (۲) اتلاف مال غیر و (۳) مسببیت برای تلف شدن مال غیر.

فهرست منابع و مآخذ

۱. امام خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۱۵)، المكاسب المحرمة، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۲. امام خمینی، روح الله موسوی (۱۳۶۰)، الرسائل، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳. انصاری، مرتضی (بی تا)، فرائد الاصول، قم: انتشارات اسلامی.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، کتاب المكاسب، قم: کنگره جهانی شیخ انصاری.
۵. بجنوردی، سید حسن موسوی (۱۴۱۹)، القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی.
۶. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۷. ایروانی، علی بن عبد الحسين نجفی (۱۴۰۶)، حاشية المكاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۸. حکمت نیا، مسعود (۱۳۸۶)، مسئولیت مدنی در فقه امامیه، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۹. خویی، سید ابوالقاسم (بی تا)، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه الامام الخویی.
۱۰. زارعی سزواری، عباسعلی (۱۴۳۰)، القواعد الفقهية، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۱. سزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الاحکام، قم: مؤسسه المنار، چهارم.
۱۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸)، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية، چاپ سوم جدید.
۱۳. صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۱)، البنك اللاربوی، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، هفتم.
۱۴. صدر، محمدباقر (۱۴۲۸)، لا ضرر ولا ضرار، تقریر؛ آیت الله سید کمال حیدری، قم: دار فراقده، پنجم.
۱۵. طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت^(ع).

۱۶. طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۰۷)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام الشرعیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۸. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۵)، مبانی مسئولیت مدنی، تهران: نشر میزان، چهارم.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، الزام‌های خارج از قرارداد، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چهارم.
۲۰. کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹)، تحریر المجلة، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
۲۱. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۳)، قواعد فقه مدنی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۲. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷)، العناوین، قم: انتشارات اسلامی.
۲۳. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۴۱۳)، المکاسب و البیع، تقریر شیخ محمدتقی آملی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. نراقی، مولی محمد بن احمد (۱۴۲۲)، مشارق الأحکام، قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، دوم.