

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# یافته‌های فقهی اصولی

سال سوم ❁ شماره پنجم ❁ بهار و تابستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سرمدیر و دبیر تخصصی: دکتر محمدعلی توحیدی

ویراستار: زکریا فصیحی

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: احمدعلی نیازی، احمدفکور افشاگر، رجبعلی فهیمی بامیانی، سید آقاحسن حسینی، سید عبدالله حسینی، قربانعلی فکرت لعلی، محمدعلی توحیدی، محمدناصر 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](mailto:pf.chiefeditor@miu.edu.af)

قیمت: ۱۵۰ افغانی

## شیوه نامه تنظیم مقاله علمی

### ویژگی های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع دهی، نتیجه گیری 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

۱. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت کند:
  - ✓ 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 پاورقی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود: عنوان 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 وظیفه مؤلف دوم با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.
۲. در متن اصلی تیتراها و عناوین با فونت های زیر مشخص گردد:
  - ✓ تیترا اصلی با فونت B Nazanin 14 و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود
  - ✓ تیترا 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

۱. 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 مهم ترین یافته های 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.
۲. واژگان کلیدی: حداقل ۵ و حداکثر ۷ واژه که به صورت 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.
۳. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، می پردازد.
۴. 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 می شوند.
۵. نتیجه گیری: نتیجه متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یاردر گردیده، به صورت مختصر و به دور از عبارت پردازی، آورده می شود.
۶. ارجاع دهی در متن باید به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد. مثال: (توحیدی، ۱۴۰۰، ص ۵۴)
۷. منابع و مأخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند. مثال: توحیدی، محمدعلی، (۱۴۰۰)، تاریخ اسلام (۱)، کابل: انتشارات المصطفی (ص)

## فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمية در افغانستان ..... ۱
- سخن سردبیر ..... ۳
- بررسی تحلیلی - انتقادی علم اصول در منظومه معرفتی شیعی ..... ۵  
قربانعلی فکرت لعلی
- قواعد فقهی ناظر بر ضمان قهری و مسئولیت مدنی ..... ۲۵  
محمدعلی توحیدی
- مبنای مسئولیت مدنی در فقه (۲) ..... ۴۷  
عبدالله جعفری
- بررسی عدالت حاکم در فقه شیعه و اهل سنت ..... ۸۷  
محمد عارف صداقت
- بررسی و نقد ادله قرآنی منح قضاوت زنان در فقه ..... ۱۱۱  
احمدعلی نیازی
- طهارت و نجاست کافر در فقه جعفری ..... ۱۲۹  
محمد اسماعیل ذبیحی



## پیام ریاست نمایندگی جامعة المصطفی (ص) العالمية در افغانستان

پیشرفت بشر، در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، قلم‌به‌دستان و اندیشه‌ورزانی است که به دور از انگیزه‌های خودپرستانه و سودجویانه، عمر پر برکت خویش را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند و هرگز ارزش والای حق و حقیقت‌جویی و گوهر گران‌بهای تقوی و فضیلت را به متاع دنیا ارزان نفروخته و دل پاک و تابناک خود را به جاه و مقام زودگذر نباخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها به عمل آمده است.

در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در منابع معرفتی اسلامی مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به عنوان وارثان انبیا الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است. چراکه در چارچوب تفکر اسلامی، حیات برتر انسانی، در گرو اندیشه و ایمان است؛ لذا، فرزانه‌گانی که با قلم و اندیشه‌شان مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزد، حق عظیمی بر بشریت دارند و شایسته‌ترین ستایش‌ها و قدردانی‌اند.

بدون تردید، گسترش علم و دانش از زمره اساسی‌ترین عوامل رشد، انکشاف و ترقی جامعه است. رشد علمی از طریق آموزش و پژوهش بدست می‌آید. آموزش و پژوهش به‌مثابه بال‌های ترقی و اوج‌گیری یک جامعه است که با بهره‌گیری از آن دو می‌توان به تعالی و شکوفایی رسید. جامعه علمی و اکادمیک افغانستان در سالهای اخیر گام‌های نسبتاً خوبی در عرصه‌های آموزشی برداشته است؛ اما به نظر می‌رسد که تحقیق و پژوهش هنوز در این کشور جایگاه مناسب‌اش را پیدا نکرده و کمتر مورد اقبال بوده است. این در حالی است که نیل به پیشرفت مادی و معنوی در گرو «آموزش و پژوهش» توأمان است.

امروزه یکی از ابزارهای کارآمد و مؤثر توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل است که نشریات دانشگاهی به بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده‌اند. گروه‌های علمی دانشگاهی برای پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به منظور توسعه دانش بشری، نشریه‌های علمی

پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی یا گزارش‌های آموزشی اعضای هیأت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند.

نمایندگی جامعه المصطفی<sup>(ص)</sup> در افغانستان همواره نسبت به توسعه علم و پژوهش همراه معنویت اهتمام داشته است. این دانشگاه، با هدف تولید و ترویج علوم مرتبط با حوزه‌های علوم اسلامی و انسانی و به منظور ارتقای ظرفیت‌های علمی-پژوهشی اعضای گروه‌های آموزشی، بهبود مهارت‌های پژوهشی اساتید و دانشجویان، تقویت مبادله یافته‌های علمی و تحقیقاتی بین مراکز اکادمیک، ایجاد وحدت رویه در فرایند چاپ و نشر مجلات علمی، واحد نشریات را در مرکز پژوهشی دانشگاه ایجاد نموده است. با توجه به اهمیت و ضرورت پژوهش، و با عنایت به این‌که یکی از مهم‌ترین رسالت‌های هر نهاد آموزشی و دانشگاهی، اهتمام ورزیدن به تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های کاربردی است، گسترش کمی و کیفی فعالیت‌های پژوهشی و نشریاتی، به ویژه در حوزه مجلات علمی، مد نظر قرار گرفت. پس از فراهم شدن زیرساخت‌های لازم، مانند خرید سامانه جامع مدیریت نشریات علمی (سیناوب)، دوازده مجله علمی تخصصی ایجاد گردید و مرتب به صورت دوفصلنامه در قالب چاپ فیزیکی و الکترونیکی منتشر می‌شوند. سامانه مدیریت نشریات علمی سیناوب برای نظم بخشیدن و تسهیل چرخش مقاله و اطلاعات پیرامون آن در سامانه تولید نشریات علمی و دانشگاهی طراحی شده است و در نقش یک منشی پیگیر و فعال، تمامی امور مربوط به فرایند انتشار نشریات علمی را انجام می‌دهد و این امکان را فراهم می‌آورد که نظریات و آثار علمی نویسندگان افغانستانی در سطح جهانی در دسترس علاقه‌مندان و اصحاب علم و اندیشه قرار گیرد.

در اینجا لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه تحقق این مهم را فراهم آورده و بستر بسط معارف را گسترده اند، قدردانی کنم و برای همه عزیزان توفیقات روز افزون الهی را استدعا نمایم.



## سخن سردبیر

### ضرورت پژوهش روشمند در عرصه فقه و اصول

فقه و اصول دو شاخهٔ پر بار از درخت تنومند و کهن سال علوم اسلامی است که ریشه در صدر اسلام دارد. با نزول وحی و لزوم انطباق رفتار فردی و اجتماعی مسلمانان با قواعد دینی، ضرورت شکل‌گیری علم فقه به وجود آمد و به تدریج هسته‌های اولیهٔ آن، جوانه زد. پس از پایان عصر رسالت و شکل‌گیری تحولات گوناگونان در جهان اسلام، دانش فقه برای پویایی و شکوفایی خود که بتواند انبوهی از مسائل و موضوعات را پوشش دهد، محتاج قواعد و ضوابط مقدماتی و اساسی گردید و برای این منظور، علم اصول فقه شکل گرفت. اگرچه در شکوفایی دانش‌های فقه و اصول، تلاش‌های فراوان و خستگی‌ناپذیر انجام شده است؛ اما با توجه به تحولات سریع و برق‌آسا در حوزه‌های گوناگون حیات انسانی و به دلیل شرایط خاص جامعهٔ مسلمان افغانستان، ضروری است که در موضوعات و مسائل مختلف فقهی، پژوهش روشمند صورت گیرد. از نظر روش‌شناسی، در فرایند پژوهش، موضوع‌یابی و موضوع‌شناسی در آغازین مرحله قرار دارد؛ یعنی در هر پژوهش، قبل از هر چیز باید موضوع‌شناسی صورت بگیرد، موضوع تحقیق پیدا و انتخاب شود و پس از آن، سایر مراحل تحقیق سامان یابد.

در پژوهش‌ها و استنباطات فقهی چه در سطح کلان و چه در سطح خرد، موضوع‌شناسی از اهمیت اساسی برخوردار است؛ زیرا موضوعات، مهبط و منزل احکامند و مجتهدان بدون شناخت دقیق موضوع، نمی‌توانند حکم مناسب را استنباط و استخراج کنند. حتی می‌توان ادعا کرد که در استنباط دقیق احکام فقهی از درون نصوص، تنها آشنایی با ادبیات عربی، منطق، رجال، درایه، تفسیر و قواعد اصولی کفایت نمی‌کند، بلکه آشنایی با برخی از دانش‌های تعیین‌کننده در موضوع‌شناسی از بایسته‌های اجتهاد خواهد بود؛ مثلاً درستی و استواری دیدگاه‌های سیاسی یک فقیه، به میزان شناخت وی از شرایط، مسائل و موضوعات سیاسی بستگی دارد. در

مسائل عبادی، اقتصادی و اجتماعی نیز موضوع‌شناسی دقیق، در استواری و اتقان اجتهاد تأثیرگذار است. چنانکه یکی از محققان در مورد ضرورت موضوع‌شناسی برای استنباطات فقهی گفته است:

فقیه و مجتهد کارش استنباط و استخراج احکام است؛ اما داشتن استعداد، جهان‌بینی و اطلاع و احاطه او به مسائل و موضوعات گوناگون در فتوهایش بسیار تأثیر دارد. فقیه باید احاطه کامل به موضوعاتی که برای آن موضوعات فتوا صادر می‌کند، داشته باشد. فرض کنیم اگر فقیهی همیشه در گوشه خانه یا مدرسه بوده، او را با فقیهی مقایسه کنیم که وارد جریانات زندگی اجتماعی و سیاسی است. این هر دو نفر به ادله شرعی و مدارک مراجعه می‌کنند؛ اما هر کدام به گونه‌ای مخصوص استنباط می‌کنند، به گونه‌ای که فتوای دهاتی بوی دهاتی می‌دهد و فتوای شهری بوی شهری.

در نتیجه موضوع‌شناسی می‌تواند یکی از مراحل اساسی تحقیقات و استنباطات فقهی باشد.

دوفصل‌نامه «یافته‌های فقهی اصولی» که به منظور نهادینه‌سازی پژوهش‌های روشمند در موضوعات فقهی و اصولی تأسیس شده است، شماره پنجم آن به حول و قوه الهی منتشر شده و به مشتاقان مباحث نوین فقهی و اصولی تقدیم می‌گردد.

# بررسی تحلیلی - انتقادی علم اصول در منظومه معرفتی شیعی

قربانعلی فکرت لعلی<sup>۱</sup>

## چکیده

علم اصول فقه یکی از شاخه‌های معرفتی پرثمری است که در بوستان معارف اسلامی بارور گردیده است. هدف از تأسیس این علم به دست دادن اصول کلی مربوط به استنباط احکام شرعی از منابع مربوطه است. فهم تحول و تکامل این علم کلید فهم شریعت و مکانیسم نظام حقوقی - قانونی امت اسلامی است. براین اساس در جستار حاضر به اجمال، تاریخ علم اصول، در چهار مرحله زمینه‌سازی، توسعه و تعمیق، فترت و دوران معاصر بررسی شده است. تلاش شده تا شخصیت‌های محوری هر دوره بازشناخته شده و آثار اصولی دوران‌ساز به اختصار معرفی و موضوعات داغ اصولی هر دوره تبیین شود. طبق یافته‌های این تحقیق شیخ مفید، شیخ طوسی و وحید بهبهانی شخصیت‌های محوری در تحول علم اصول هستند.

واژگان کلیدی: علم اصول، تاریخ، شیخ مفید، شیخ طوسی، بهبهانی، اخباریگری

۱. گروه فقه و اصول، مجتمع عالی فقه، جامعه المصطفی العالمیه، غور، افغانستان.



## مقدمه

علم اصول فقه یکی از علومی است که در دامن فرهنگ و تمدن اسلامی سر برنمود و شکوفا شد. به طور خاص عالمان شیعه با مراجعه به قرآن و سنت و سیره پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین<sup>(ع)</sup> و تأمل و ژرف‌نگری در آن منابع منظومه معرفتی را تأسیس نمودند که اینک به «علم فقه» شهره است. در تعریف علم فقه به اقتضای مرحوم صدر می‌توان گفت که علم فقه «علم عملیه استنباط حکم شرعی است». (صدر، ۱۳۸۷: ۴۱) استنباط حکم شرعی از منابع مربوطه از همان بدو تأسیس، ضرورت تدوین اصول، مبانی، مفاهیم و روش‌هایی را ایجاب نمود که بعدها با فاصله گرفتن از عصر حضور معصومین<sup>(ع)</sup> خود به علم شکوفای بدل شد. علم اصول فقه با صرف نظر از ناهمداستانی اصولیان در باب تعریف آن، طبق با تعریف مرحوم صدر: «علم به عناصر مشترکه‌ای مربوط به استنباط حکم شرعی است. (ن.ک. صدر، ۲۳۸۷: ۳۳) این علم که در منظومه معارف شیعی با رساله «التذکره بأصول الفقه» شیخ مفید به صورت مدون مطرح شد، تا دوران معاصر به رغم همه فراز و فرودهایش در مجموع سیر تکاملی داشته است. اینک اما با بسط و تعمیق دانش‌های زبانی، هرمنوتیک و دانش‌های همبسته به آن‌ها، فضای نسبتاً متفاوت از گذشته رخ نموده است. علم اصول همانند سایر معارف و دانش‌های برآمده از کانون فرهنگ و تمدن اسلامی، بلاشک نیازمند تأمل و بازنگری انتقادی است. در این میان نگرش تاریخی به علم اصول یکی از گزینه‌هایی است که می‌تواند ما را در این مهم یاری رساند.

### ۱. کاربست روش‌های تاریخی در علم اصول

بررسی تاریخی منطق و روش‌های خاص خود و مکانیسم تحلیل و تبیین ویژه خود را دارد به گونه‌ای که مهر این رشته مطالعاتی را بر پیشانی آن موضوع حک و ثبت می‌کند. کاربست روش تاریخی در خصوص علم اصول نیز به ناگزیر چنین سرشت و سرنوشتی دارد. بررسی تاریخی علم اصول می‌تواند صورت‌های متفاوت بپذیرد. حداقل می‌توان از چهار سبک و شیوه ذیل تحلیل تاریخی در بررسی علم اصول سخن گفت:



### ۱-۱. تاریخ‌نگاری مبتنی بر شخصیت‌های اصولی

این نحوه نگاه تاریخی به لحاظ سنتی یکی از متعارف‌ترین و رایج‌ترین شیوه‌های تاریخ‌نگاری بوده است. تاریخ کشورها و ملت‌ها به یک معنا تاریخ قهرمانان، شاهان و نخبگان آنان بوده است. براین اساس در بررسی تاریخی علم اصول نیز می‌توان شخصیت‌های اصولی را محور قرار داد. این نحوه نگاه تاریخی نوعاً همراه با رعایت تقدم و تأخر تاریخی است و می‌تواند در فهم توالی تاریخی مسائل و موضوعات نیز کمک شایان نماید. به‌رغم نکات مثبت این رویکرد، عدم توجه به زمینه‌های اجتماعی، فرهنگی، عوامل فرافردی و ساختاری از نقاط ضعف آن برشمرده شده است.

### ۱-۲. تاریخ‌نگاری برحسب مکاتب اصولی

نگاشتن تاریخ علم اصول برحسب مکاتب اصولی نیز یکی از روش‌هایی است که در بررسی تاریخی علم اصول از سوی مورخان این علم، مورد توجه واقع شده است. این نوع تاریخ‌نگاری به‌نوبه خود شامل انواع فرعی‌تر می‌شود. تاریخ‌نگاری مکاتب اصولی به لحاظ تقدم و تأخر زمان پیدایش مکاتب و تاریخ‌نگاری به لحاظ نظم و ترتیب و تقدم و تأخر منطقی میان مکاتب برحسب شجره‌ای که به لحاظ منطقی قابل تصویر و تصور است. چنان‌که پیدا است، این رویکرد افزون بر ویژگی حساس بودن به زمینه و ظرف تاریخی یک مکتب، به ارتباط منطقی میان مکاتب نیز توجه دارد.

### ۱-۳. تاریخ‌نگاری برحسب سنت‌های اصولی

گونه سوم تاریخ‌نگاری، بررسی تاریخی برحسب سنت‌ها و مکتب‌های اصولی است. خوب است که نخست فرق میان سنت و مکتب را بیان کنیم. مکتب و سنت دو مفهومی است که بیشتر در مورد اندیشه و دانش به کار می‌رود. مکتب فکری به گروهی از متفکران اطلاق می‌شود که در یک زمینه مطالعاتی، ایده‌ها، مفاهیم و روش‌های مشابهی را به کار می‌گیرند. اعضای این گروه از متفکران ممکن است با یک دوره زمانی یا موقعیت جغرافیایی خاص مرتبط باشند و ممکن است یک تبار فکری یا مجموعه‌ای از تأثیرات مشترک را داشته باشند. مکاتب فکری اغلب به‌عنوان

پاسخی به یک مشکل خاص یا مجموعه‌ای از مشکلات در یک حوزه معین ظاهر می‌شوند و ممکن است رویکردها یا راه‌حل‌های مجزایی برای این مشکلات ارائه دهند. نمونه‌هایی از مکاتب فکری در فلسفه عبارتند از اگزیستانسیالیسم، پراگماتیسم و فایده‌گرایی.

از سوی دیگر، سنت فکری به مجموعه وسیع‌تری از عقاید و باورها اشاره دارد که از نسلی به نسل دیگر در بستر فرهنگی یا فکری خاصی منتقل می‌شود. سنت‌های فکری ممکن است طیفی از دیدگاه‌ها و رویکردها را در برگیرند و ممکن است با دوره‌های تاریخی یا مناطق جغرافیایی خاص مرتبط باشند. آن‌ها هم‌چنین ممکن است تحت تأثیر منابع مختلفی از جمله دین، فلسفه، علم، ادبیات و هنر باشند. نمونه‌هایی از سنت‌های فکری عبارتند از سنت فلسفی غرب، فلسفه اسلامی و سنت فلسفی هند. در حالی که مکتب‌های فکری و سنت‌های فکری هر دو شامل اشتراک ایده‌ها و مفاهیم در یک زمینه فکری خاص هستند؛ اما از نظر دامنه و تمرکز متفاوت هستند. مکاتب فکری معمولاً تعریف محدودتری دارند و بر مجموعه خاصی از مسائل یا سؤالات در یک زمینه خاص متمرکز هستند؛ اما سنت‌های فکری از نظر دامنه گسترده‌تر هستند و ممکن است طیف گسترده‌تری از دیدگاه‌ها و رویکردها را در برگیرند. بر این اساس می‌توان از تاریخ سنت‌های اصولی و مکتب‌های اصولی سخن گفت. قابل ذکر است که در دانش اصول بیشتر بر مکاتب اصولی مواجه هستیم تا سنت‌های اصولی.

#### ۴-۱. تاریخ‌نگاری موضوعی و مسئله محور

این نوع تاریخ‌نگاری همان‌گونه که از نامش پیداست، تاریخ موضوعات یا مسائل اصولی است. موضوعات و مباحث اصولی هرکدام طی فرایند ویژه‌ای تکوین یافته و تثبیت شده است. وانگهی می‌توان میان پیدایی برخی مسائل و موضوعات با برخی دیگر نیز ارتباط منطقی برقرار نمود؛ به گونه‌ای که با فرض وجود برخی مسائل و موضوعات امکان پرسش از برخی موضوعات دیگر امکان‌پذیر گشته است.

روش‌های فوق‌الذکر هر یک معایب و محاسن خاص خود را دارد و هیچ‌کدام کاملاً



بی‌عیب نیست؛ چنان‌که هیچ‌کدام عاری از حسن نیست. مع‌الوصف این روش‌ها می‌توانند مکمل همدیگر باشد و به‌مثابه نگرستن از منظرهای مختلف به یک موضوع در نظر گرفته شود. (ن.ک. ملکیان، ۱۳۸۵: ۱۲-۱۴)

## ۲. ادوار تاریخی علم اصول

در این نوشتار شیوه نخست (تاریخ‌نگاری مبتنی بر شخصیت‌ها) برگزیده شده است - البته با این تفاوت که در گستره معنایی آن توسعه داده شده است. برداشت ما این است که در سیر تاریخی علم اصول، می‌توان مقاطع زمانی را تصویر نمود که حول محور یک شخصیت جریان ساز و کانونی به‌مثابه نقطه عطفی شکل گرفته و از مقاطع زمان دیگر متمایز شده است. در نتیجه می‌توان از ادوار اصولی دم‌زد و مطابق با این دوره‌ها برش‌های فرضی در تاریخ این علم ایجاد نمود. در چندوچون این برش‌ها و ادوار مختلف دیدگاه‌های متفاوت وجود دارد. محض نمونه مرحوم شهید صدر در المعالم الجدیدة ادوار تاریخی سه‌گانه برای علم اصول ترسیم می‌کند. (ن.ک. صدر، ۱۳۷۹: ۱۱۰-۱۱۲) برخی همانند قائینی ادوار علم اصول را به چهار دوره تقسیم کرده است. (قائینی، ۱۳۷۶: ۶۹-۷۲) مهدی علی‌پور از ادوار شش‌گانه علم اصول سخن گفته است. (علی‌پور، ۱۳۸۷: ۶۹)

در این‌جا تقسیم‌بندی مرحوم صدر مبنای کار قرار گرفته است. این تقسیم‌بندی مضاف بر تناسب با حجم تحقیق از پرداخت به جزئیات کم‌اهمیت برکنار مانده و دید جامع و نقشه‌راه مناسب از فرایند تطور تاریخی علم اصول به دست می‌دهد.

### ۱-۲. دوره زمینه‌سازی

پیامبر گرامی اسلام (ص) از همان آغاز بعثت مردم را به دین نوری فراخواند که مبتنی بر یک سری اصول عقاید، احکام و اخلاقیات خاص بود. در حیطه احکام، شریعت اسلامی حوزه خصوصی و عمومی را به یکسان شامل می‌شد. کما اینکه به طبقه اجتماعی خاصی نیز مربوط نبود و جنسیت و نژاد و منطقه جغرافیای خاص نیز مانع از شمول آن نبود. با تحکیم دین اسلام در جامعه و ترویج نسبتاً سریع آن در شبه جزیره عربستان و

بلاد هم جوار آن، ضرورت ارسال مبلغ و آموزگار احکام در بلاد تازه مسلمان روز به روز تشدید می‌شد. مبلغان باید خود احکام و معارف دینی را به درستی می‌دانستند تا در تعلیم دیگران موفق می‌شدند. از آنجا که موضوعات و مسائل نوظهور به صورت فزاینده در زمینه جوامع تازه مسلمان سبز می‌شدند، به ناچار مبلغان می‌بایست علاوه بر آموخته‌های قبلی خود مرتب در خصوص مسائل مستحدثت به پیامبر (ص) مراجعه می‌کردند. از همین رو می‌توان گفت علم حدیث زودتر از علم فقه پا به عرصه وجود نهاد.

در سپهر فقهی اهل سنت به رغم منع تدوین حدیث از سوی خلیفه دوم باز هم می‌توان گفت که علم الحدیث منطقاً و زماناً زودتر از علم فقه تولد یافت. در منظومه معرفتی شیعی این امر پذیرفتنی‌تر می‌نماید، چه اینکه منع حدیث به یک معنا نمی‌توانست در حیطة این مذهب معنای محصلی داشته باشد. شیعه بیرون از حیطة حاکمیت و به دلیل اعتقادات خاص خود منع حدیث را امر ناموجه و از اساس ناصواب تلقی می‌کردند. از همین رو به جمع و تدوین احادیث شخص رسول اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) اهتمام و جهد بلیغ ورزیدند. مرحوم صدر ضمن بیان این نکته که علم اصول در دامان مادر فقه زایده شده، مدعی است که علم فقه خود در دامان علم الحدیث روید و پرورش یافت. بیان ایشان چنین است:

نشأ علم الاصول فی احضان علم الفقه، کما نشأ علم الفقه فی احضان علم الحدیث؛ تبعاً للمراحل التي مرّ بها علم الشريعة. ونريد بعلم الشريعة: العلم الذي يحاول التفریف على الاحكام التي جاء الاسلام بها من عند الله تعالى. فقد بدأ هذا العلم فی صدر الاسلام متمثلاً فی الحملة التي قام بها عدد كبير من الروات لحفظ الاحاديث الواردة فی الاحكام وجمعها، ولهذا كان علم الشريعة فی مرحلته الاولى قائماً على مستوى علم الحدیث، و كان العمل الاساسی فيه يكاد ان يكون مقتصرًا على جمع الروایات و حفظ النصوص. و الروایات فلم تكن ذات شأن فی تلك المرحلة؛ لانها لم تكن تعدو الطريقة الساذجة التي يفهم بها الناس بعضهم كلام بعض فی المحاورات الاعتيادية. (صدر، ۱۳۷۹: ۶۳)

همان گونه که مرحوم صدر نیز یادآوری نموده است در زمان حضور معصومین به





تدوین قواعد و اصول استنباط فقهی کمتر احساس نیاز می‌شد و بیشتر کسانی که دست در آتش بیان احکام شرعی و فقهی داشتند، به جمع و تدوین حدیث اهمیت داشتند. با این وجود، نمی‌توان گفت که مباحث اصولی به‌هیچ‌وجه مطرح نبوده است، بلکه می‌توان مدعی شد که به‌تبع بالا گرفتن مباحث کلامی-فلسفی در حوزه اعتقادات و نیز رشد پژوهش‌های زبانی و نحوی برای فهم درست قرآن و احادیث نبوی (ص)، این رویکردها به حوزه فقه نیز رخنه کرد. نمی‌توان انکار کرد که احساس نیاز به مباحث اصولی در مذهب اهل سنت زودتر احساس شد و به‌تبع این احساس نیاز، بعید نمی‌نماید که مشعل مباحث اصولی در میان فقیهان آن مذهب کمی زودتر پرتوافشانی کرده باشد. قابل ذکر است که در حلقات درس امامین صادقین<sup>(ع)</sup> بیان قواعد کلی و روش‌های استنباط فقهی با رنگ و بوی اصولی کاملاً مشهود بوده است. حدیث منقول از امام رضا<sup>(ع)</sup> «علینا إلقاء الأصول إلیکم، و علیکم التفریع» (حلی، ۱۹۸۷: ۲۸) نیز مبین همین واقعیت است. امامان شیعه مضاف بر القای قواعد کلی استنباط فقهی به شاگردان‌شان از تأیید و تشویق آنان در بسط و توسعه و کاربرد مباحث اصولی نیز فروگذار نکردند. از شخصیت‌های مهمی که توفیق تلمذ بلا واسطه و کسب فیض از محضر معصومین<sup>(ع)</sup> را داشتند؛ می‌توان از هشام بن حکم شاگرد امام صادق<sup>(ع)</sup> و یونس بن عبدالرحمن از اصحاب امام کاظم و امام رضا<sup>(ع)</sup> و دارم بن قبیصه و ابوسهل نوبختی نام برد که همگی در این زمینه تألیفاتی داشته‌اند. موضوعات و مسائل مطرح در طلیعه این دوره را به‌رغم بساطت و سادگی و مورد بودنشان می‌توان به این امور خلاصه نمود:

#### ۱-۱-۲. اجتهاد به رأی و قیاس

به دلیل استفاده بیش از حد از قیاس و اجتهاد به رأی از سوی بعض فقیهان اهل سنت و مشخصاً ابوحنیفه موضع‌گیری صریح ائمه<sup>(ع)</sup> در قبال آن طبیعی می‌نمود که بخش قابل توجه از نیروی فکری شاگردان آن بزرگواران مصروف این امر شود و در رد و ابطال این رویکرد کتاب‌های متعددی نوشته شود.

#### ۲-۱-۲. ناسخ و منسوخ

بحث از امکان نسخ و منسوخ شدن برخی احکام و کم و کیف آن نخست در چارچوب

مباحث کلامی و تفسیر رخ نموده بود و سپس در کتب فقهی و اصولی نیز مجال طرح پیدا نمود. این موضوع نیز از مسائلی بود که اذهان برخی از عالمان شیعی عصر حضور را به خود مشغول کرده بود و آنان را وادار به اظهار پیرامون این موضوع و آثار مکتوب نمودند.

### ۳-۱-۲. حجیت خبر و نحوه علاج تعارض

استدلال و تبیین حجیت خبر در گونه‌های مختلف آن و نیز بحث از تعارض اخبار و چگونگی علاج آن و بازشناسی حدیث سره از ناسره نیز از موضوعات مهمی بود که اذهان اصحاب ائمه<sup>(ع)</sup> را درگیر خود کرده بودند. آنان کوشیدند که معیارها و ملاکاتی را معرفی نمایند و مرجحانی به دست دهند و روش‌های چگونگی مواجهه با این پدیده را پیشنهاد نمایند.

### ۴-۱-۲. مباحث الفاظ

در نهایت می‌توان گفت عالمان اولیه به مباحث الفاظ به صورت محدود پرداخته بودند. محض نمونه مبحث و عام و خاص را می‌توان از مباحث لفظی یاد نمود که در این عصر مطرح شده است.

در هر صورت با بسته شدن طومار عصر حضور معصوم<sup>(ع)</sup>، فصل نوی در سپهر اندیشه شیعی رخ نمود. عالمان شیعه پس از آن با عتصام به کتاب و سنت دو میراث گران سنگ به جامانده باید راه خود را به درستی می‌پیمودند.

اگر بخواهیم این دوره (دوره زمینه‌سازی) را به دو دوره فرعی‌تر تقسیم کنیم؛ می‌توان شروع دوره دوم را با ظهور و نام بلند شیخ مفید پیوند زد. کتاب مهم وی «التذکره بأصول الفقه» طلیعه ظهور دوره جدید در فقه شیعه بود. ستاره پرفروغ دیگری که مشعل فقاہت را پس از شیخ مفید فروزان نگه داشت، بدون تردید شاگرد خلف او سید مرتضی ملقب به علم‌الهدی بود. علم‌الهدی (۳۵۵-۴۳۶) در معارف زمانه‌اش به تبحر مثال‌زدنی دست یافته بود و در کنار تألیف و تعلیم منزلت اجتماعی و سیاسی والای نیز کسب کرده بود. تألیفات سید مرتضی پرشمار است. در میان آثار اصولی وی کتاب «الذریعة الی اصول الشریعة» بیش از همه معروف است. به واقع این کتاب زمینه‌ساز اصلی تولد

علم اصول می تواند تلقی شود.

## ۲-۲. دوره توسعه و تعمیق

مقطع تاریخی دیگری که در تاریخ علم اصول حائز اهمیت است، دوره‌ای است که با شیخ طوسی (۴۶۰-۳۸۵) مشهور به ابوجعفر شناخته می شود. در این دوره علم اصول ژرفامند گردید و گسترش قابل توجه یافت. شیخ طوسی عمدتاً در محضر عالمان چون غضائری و سید مرتضی تلمذ نمود. او در اندیشه‌های اصولی اش از سید مرتضی بسیار تأثیر پذیرفته بود؛ اما خود نیز در پرتو نبوغ و خلاقیت فکری خدادادی اش توانست گام‌های بلندی بردارد. او در توسعه و تعمیق فقه‌الحديث تأثیر ماندگار برجای گذاشت. حجم تألیفات، کیفیت علمی آثار شیخ، تعدد مشایخ، تربیت شاگردان اثرگذار، و نوآوری‌های منحصر به فرد، او را به کسب عنوان شیخ الطایفة مفتخر نمود. شیخ با تألیف کتاب‌های همچون تهذیب و استبصار در قلمرو حدیث، المبسوط در فقه و المهتدی در تفسیر و رجال و الفهرست در علم رجال و درایة الحدیث و سرانجام با تألیف کتاب گران سنگ العدة فی اصول الفقه به حق جاودانه شد.

ظهور شیخ خود نقطه عطفی در تاریخ علم اصول محسوب می شود. با تلاش‌های پیگیر او بود که علم اصول تثبیت شد. وی نقش بی بدیل در رشد و شکوفایی علم اصول ایفا نمود. مرحوم صدر درباره شیخ طوسی تحت عنوان تحول علم نظریه و تطبیق توسط شیخ این گونه اظهار نظر می کند:

لم تكن مساهمة الشيخ الطوسي في الاصول مجرد استمرار للخط، و انما كانت تعبر عن تطور جديد كجزء من تطور شامل في التفكير الفقهي والعلمي كله اتيح لهذا الفقيه الرايد أن يحققه، فكان كتاب العدة تعبيرا عن جانب الاصولي من التطور، بينما كان كتاب المبسوط في الفقه تعبيرا عن التطور العظيم في البحث الفقهي على صعيد التطبيق بالشكل الذي يوازي التطور الاصولي على صعيد النظريات. و الفارق الكيفي بين اتجاهات العلم التي انطلقت من هذا التطور الجديد واتجاهاته قبل ذلك يسمح لنا باعتبار الشيخ الطوسي حدا فاصلا بين عصرين من عصور العلم؛ بين العصر العلمي التمهيدى و العصر العلمي الكامل، فقد وضع هذا الشيخ الرايد حدا للعصر التمهيدى، و



بدأ به عصر العلم الذی أصبح الفقه و الاصول فيه علما له دفته و صناعته و ذهنيته العلمية الخاصة. (همان، ۷۵-۷۶).

اگر چه ظهور شیخ طوسی را می‌شود به مثابه یک رخداد و نقطه عطف در تاریخ علم اصول در نظر گرفت؛ اما موج عظیمی را که به تعبیر شهید صدر شیخ طوسی در دانش اصول به خصوص در عرصه نظریه و تطبیق ایجاد کرد، پس از وی برای مدتی فروکش نمود. فترت یک سده‌ای مابعد شیخی در عالم فقه و اصول با یک نگاه اجمالی به تألیفات مابعد شیخ روشن می‌شود. محققان در نشان دادن علل و دلایل این رکود، هجرت شیخ از بغداد به نجف در سال ۴۸۸ هجری و عدم توفیق شاگردان قدیم در همراهی با استاد و نیز به بلوغ علمی نرسیدن حلقه شاگردان جوان و تازه گردآمده در نجف اشرف را یکی از عوامل مهم رکود ذکر نموده‌اند. از دیگر عوامل مؤثر در پیدایی این رکود شدت عظمت و عمق نفوذ افکار شیخ در میان شاگردان وی بود. این امر شاگردان شیخ را به نوعی تقلید و کیش شخصیت پرستی رهنمون شده بود. آنان توان نقد و رد دیدگاه‌های شیخ را خارج از حیطه صلاحیت خودشان تلقی می‌کردند. گو اینکه شیخ برای آنان نه تنها اعظم الفقهاء و الاصولیین بود، بل فراتر از آن به یک معنا خاتم الفقهاء و الاصولیین پنداشته شده بود. از این رو شاگردان بلافصل شیخ کاری بیش از حاشیه‌نویسی و توضیح و تبیین آرای وی انجام ندادند. اگر عوامل فوق‌الذکر را عوامل درونی فترت تفکر فقهی-اصولی قلمداد کنیم؛ عوامل دیگری از قبیل عوامل سیاسی و اجتماعی را می‌توان با عنوان علل بیرونی برشمرد.

بلاشک بررسی تاریخی تفکر فقهی-اصولی شیعی بدون در نظر گرفتن تفکر فقهی-اصولی جهان سنی، پژوهش سترون و فاقد قدرت تبیین کارآمد خواهد بود. فقه شیعی جزیره جدا افتاده نیست، بلکه تعامل و داد و گرفت متقابل همه‌جانبه با فقه اهل سنت داشته است. انحطاط و رکود در تفکر فقهی اهل سنت پیش‌تر رخ نموده بود و به تبع تأثیرات منفی خود را در فضای فکر فقهی شیعیان نیز برجای گذاشت. غزالی متوفای (۵۰۵) در احیاء علوم الدین آنجا که از شرایط مناظره در بحث سخن می‌گوید به نحو گویا پرده از رخ این رکود در فقه اهل سنت برمی‌دارد:



آن ی‌کون المناظر مجتهدا یفتی برآیه، لا بمذهب الشافعی و ابی حنیفة و غیرهما، حتی اذا ظهر له الحق من مذهب ابی حنیفة ترک ما یوافق رأی الشافعی و أفتی بما ظهر له، فأما من لم یبلغ رتبة الاجتهاد- و هو حکم کل اهل العصر- فأی فائدة له فی المناظرین. (به نقل از صدر، همان، ۸۹)

محمد بن احمد معروف به ابن ادریس متوفای (۵۹۸) ضمن وقوف به رکود حاکم بر فضای تفکر فقهی و اصولی شیعی خود رسالت عظیم دمیدن روح نقد و نوآوری را عهده دار شد. او در السرایر می نویسد:

چون مشاهده کردم که دانشمندان روزگارم از فراگیری شریعت و احکام اسلامی شانه خالی می کردند، به آن چه به آن جاهلند، دشمنی می کنند و دانسته های خویش را به هدر می دهند و چون دیدم پیرمرد سالخورده این دوره را چنان غفلت فراگرفته و زمام خود را به نادانی سپرده و امانت های زمان را ضایع کرده و در آموختن علوم لازم و ضروری سستی می کنند...! و چون دیدم که علم و دانش به ابتذال کشیده شده و میدان علم خالی از تاخت و تاز است، با تلاش و کوشش جانکاه و طاقت فرسا به جبران باقی مانده ها پرداختیم. (به نقل از علی پور، ۱۳۸۷: ۱۴۴)

رکود فوق الذکر در سپهر فقه شیعی برخلاف عالم فقه سنی - که به مسدود شدن باب اجتهاد منجر شد، موقت و گذرا بود. اینکه چه وجه تمایز میان فقه شیعی و سنی وجود دارد، مجال دیگر می طلبد؛ اما می توان به اختصار و به اقتضا به مرحوم صدر گفت که روح تقلید حاکم در فضای فقه شیعی، متفاوت از آن روحی بود که در حوزه فکر فقه سنی وجود داشت. مرحوم صدر در این زمینه می نویسد:

ان روح التقليد و ان کانت قد سرت فی الحوزة التي خلفها الشيخ الطوسي، كما تغلغت فی أوساط الفقه السني، و لكن نوعية الروح كانت تختلف؛ لأن الحوزة العلمية التي خلفها الشيخ الطوسي سري فيها روح التقليد؛ لأنها كانت حوزة فتية، فلم تستطع أن تتفاعل بسرعة مع تجديدات الشيخ العظيمة، و كان لابد لها ان تنتظر مده من الزمن حتى تستوعب تلك الافكار، و ترتفع إلى مستوى التفاعل معها والتأثير فيها، فروح التقليد فيها موقته بطبيعتها. و أما الحوزات الفقهية السنة فقد كان شيوع روح التقليد فيها

نتیجه‌اشیخوختها بعد آن بلغت قصاری نموها. (صدر، ۱۴۱۵: ۱۱۰)

تفاوت دیگری که از سوی مرحوم صدر بازشناسی شده است؛ اشاره به نوع ارتباط این دو مذهب به حاکمیت دارد. بی‌شک فقه سنی فقه رسمی و حکومتی بود این امر به انجماد فقه سنی انجامید اما فقه شیعی به دلیل انفصال از قدرت و حاکمیت توانست بر رکود فایق آید. طلایه‌دار اصلی عبور از رکود ابن ادریس حلی را می‌توان معرفی نمود. کتاب گران‌سنگ السرایر ابن ادریس به‌رغم اینکه یک کتاب فقهی-اصولی است؛ اما به‌حق در عبور اصول از آموزه‌های شیخ نقش کانونی ایفا نمود. به‌صورت کلی در بیان جایگاه ابن ادریس در عرصه فقه و اصول بعد از شیخ طوسی می‌توان گفت که او اسطوره‌شکنی بود که خود اسطوره نشد. خلف او یکی پس از دیگری در امر بسط و ژرفابخشی تفکر فقهی-اصولی گام‌های بلندی برداشتند.

محقق حلی متوفای (۶۷۶) شاهکار فقهی شرایع الاسلام را پدید آورد که برای نخستین بار جای کتاب النهایة شیخ را در حوزه‌های علمیه گرفت. گذر از نهایة به شرایع در نوع خود تحول عظیم در حوزه فقه بود. این عالم بزرگ در علم اصول نیز کتاب‌های نهج الوصول الی معرفة الاصول و المعارج را از خود بر جای گذاشت.

از دیگر چهره‌های علمی قابل‌ذکر می‌توان از حسن بن زین‌الدین متوفای (۱۰۱۱) نام برد. این عالم جلیل‌القدر کتاب معالم الاصول را نگاشت. کتابی که خیلی زود جایش را در میان اصولیان پیدا نمود. این کتاب به دلیل تنظیم به نسبت بدیع، بیان شیوا و سلیس و ادبیات عالمانه‌اش در حوزات علمیه به‌عنوان کتاب درسی مطرح شد. شارحان و عالمان اصولی شروح و تعلیقات پرشماری بر این کتاب نگاشتند. کتاب زبدة الاصول شیخ بهایی متوفای (۱۰۳۱) در اوایل سده یازدهم نیز به‌رغم اینکه به سیاق معالم الاصول تدوین گردید نتوانست در حوزات علمیه مورد پذیرش و اقبال گسترده واقع شود؛ اما یکی از چند کتاب مهم بود که در علم اصول به رشته تحریر درآمد.

### ۳-۲. دوره فترت با عارضه اخباریگری

عارضه اخباریگری کمی بعد از افول صاحب معالم رخ نمود. میرزا محمدامین استرآبادی



متوفای (۱۰۲۱) با انتقادهای کوبنده و نفوذ کلام و جدیت پیگیر خود، اصولیان زمانه‌اش را مستأصل نمود. دیدگاه‌های استرآبادی در سده یازدهم و دوازدهم، اصولیان را به حاشیه‌نشینی واداشت. او خود گرچه در این میان پیشگام بود؛ اما تنها نبود بلکه پیروان سینه‌چاک فراوانی را به خود جذب کرده بود. جدای از انگیزه‌های شخصی و نفسانی، به‌اجمال می‌توان گفت اخباریان ذهنیت اصولی نداشتند؛ و به مصداق «هرکسی از ظن خود شد یار من / از درونم کس نجست اسرار من»، برداشت نادرست و فهم معیوب از تفکر اصولی داشتند. به‌زعم آنان قواعد کلی اصولی موردنظر اصولیان، باعث دوری جستن از حدیث و تقلیل اهمیت خبر و سنت در بیان حکم شرعی شده بود. دیگر اینکه به باور آنان، علم اصول نخست در زمینه فقه سنی پدیدار شده بود و اصولیان از سر خود باختگی بی‌آنکه فقه شیعه بدان نیازی داشته باشد، بدان روی آورده بودند. به نظر اخباریان فقه سنی به خاطر محرومیت زود هنگام از حضور معصوم و پدیده منع حدیث و قلت احادیث نبوی معتبر در آن مذهب ناگزیر از وضع و بسط علم اصول بودند؛ اما فقه شیعه با چنین مشکلاتی مواجه نبوده و نیست، لذا نیازی به علم اصول هم در کار نخواهد بود. استرآبادی با زیرکی خاص توانست ریشه‌های خود را در تاریخ فکر شیعی بازشناسد. او با بررسی عصر حضور و نحوه استنباط فقهی اصحاب ائمه<sup>(ع)</sup> می‌نویسد:

ان الاتجاه الاخباری کان هوالاتجاه الساید بین فقهاء الامامیة الی عصر الكلینی و الصدوق و غیرهما من ممثلی هذالاتجاه فی رأی الاسترآبادی، و لم یتزعزع هذالاتجاه الا فی اواخر القرن الرابع و بعده؛ حین بدأ جماعة من علماء الامامیة ینحرفون عن الخط الاخباری و یعتمدون علی العقل فی الاستنباطهم، و یربطون البحث الفقهی بعلم الاصول تأثراً بالطریقة السنة فی الاستنباط، ثم اخذ هذا الانحراف بالتوسع و الانتشار.

(استرآبادی، ۱۳۸۲: ۳۳)

او مشخصاً از علامه حلی که سه سده قبل از وی می‌زیست و از قضا از اخباریان در نهایت اصولش نام‌برده بود؛ یاد می‌کند.

عارضه اخباریگری اگرچه فترت زودگذر دیگری را در تاریخ علم اصول رقم زد و برای مدتی کاربرد عقل و قواعد عقلی را در استنباط احکام شرعی متوقف نمود؛



اما دست‌کم این امتیاز را داشت که موسوعه‌های عظیم حدیثی را خلق نمود. شیخ محمدباقر مجلسی متوفای (۱۱۱۰) کتاب گران‌سنگ «بحارالانوار» را در ۱۱۰ جلد نگاشت که در نوع خود، کار بس عظیم نمود. شیخ حر عاملی متوفای (۱۱۰۴) کتاب ارزشمند «وسایل الشیعه» را به تحریر کشید؛ کتابی که شمار بزرگی از روایات مرتبط با فقه را در خود جمع کرده است. فیض کاشانی متوفای (۱۰۹۱) «الوافی» را نوشت که مشتمل بر احادیث کتب اربعه بود. باید از سید هاشم بحرانی متوفای (۱۱۰۷) نیز یاد نمود که تفسیر عظیم «البرهان» را پدید آورد؛ کتابی که به‌زعم نویسندگانش تمامی احادیث تفسیری را در خود جمع کرده است.

پژوهش و تحقیق در مباحث اصولی در این مقطع به حاشیه رانده شده بود؛ اما کاملاً متوقف نشده بود. ملا عبدالله تونی متوفای (۱۰۷۱) کتاب «الوافیه فی الاصول» را به جامعه اصولی تقدیم نمود و خوانساری بزرگ متوفای (۱۰۹۸) ظرفیت‌های نوینی در علم اصول ایجاد نمود. وی با نبوغ درخشان و دقت تحسین‌برانگیز، پای مباحث فلسفی را در علم اصول باز نمود؛ امری که کاملاً ابتکاری می‌نمود. اثر سترگ وی «مشارق الشموس فی شرح الدروس» حاوی اهم نوآوری‌ها و ابتکارات این عالم جلیل‌القدر است. از دیگر عالمانی که همپای خوانساری به بسط و تعمیق علم اصول در این دوره اهتمام ورزیدند، می‌توان از جمال‌الدین بن خوانساری یاد نمود که تعلیقۀ بر شرح مختصر عضدی نوشت و دیگری صدرالدین قمی متوفای (۱۲۶۵) است که شرح مهم بر الوافیۀ تونی نگاشت و تأثیر ژرفی بر ذهن شاگرد خود وحید بهبهانی بر جای نهاد. فی الواقع خوانساری بزرگ و عالمان هم‌عصرش به‌رغم اینکه در زمانۀ غوغا و آشفتگی ناشی از ظهور اخباریگری می‌زیستند؛ اما توانستند زمینه‌ساز پیدایی مکتب جدید اصولی شوند؛ مکتبی که توانست سرانجام اخباریگری را به محاق فراموشی سپارد. مرحوم صدر در توصیف این دوره و چهره‌های کلیدی آن چنین می‌نویسد:

«الثانی: عصر العلم، و هو العصر الذی اختمرت فیہ تلک البدور، و أثمرت و تحددت معالم الفکر الاصولی، و انعکست علی مجالات البحث الفقهی فی نطاق واسع، و راید هذا العصر هو الشیخ الطوسی، و من رجالاته الکبار: ابن إدیس، المحقق الحلّی،



العلامة، الشهيد الاول وغيرهم من النوابع. (صدر، ۱۴۱۵: ۱۱۰)

#### ۴-۲. دوران معاصر

در قرن دوازدهم به‌رغم اینکه اخباریگری در اکثر مراکز شیعه‌نشین نفوذ قابل توجه کسب کرده بود؛ اما مرکز اصلی و قلب تپنده آن در کربلا بود. از قضا مکتب اصولی جدید نیز در این شهر مذهبی پدیدار شد. حرکت پیگیر، مجدانه و همه‌جانبهٔ مجدد بزرگ محمدباقر بهبهانی متوفای (۱۲۰۶) در مبارزه با تفکر اخباریگری در زمان خود وی به توفیقات عظیم دست یافت و شور و نشاط تازه‌ای در فضای فکر اصولی به ارمغان آورد. او بانفوذ کلام، جامعیت علمی و کاریزمای شخصیتی و دقت و خلاقیت و نبوغش ظرفیت‌های نهفته در علم اصول را توانست از نو فعال کند. او به پاشنه آشیل‌های مکتب اخباریگری آشنایی کامل داشت و در نشان دادن این نقاط ضعف از هیچ چیزی فروگذار نکرد. او به‌خوبی می‌دانست که اخباریگری به مرزهای وجودی خود رسیده است و دیگر چیز نوی برای عرضه کردن ندارد. با خلق موسوعه‌های عظیم (الوسایل، الوافی، البحار) جامعه علمی از موسوعه‌نویسی به قدر کافی اشباع شده بود. از طرفی دیگر با ابتکارات خوانساری بزرگ، علم اصول به ابزارهای مدرن و پیچیده‌تری تجهیز شده بود. همهٔ این عوامل دست در دست هم دادند تا بهبهانی بزرگ ناقوس مرگ اخباریگری را در مرکز و کانون اصلی آن به صدا درآورد. کتاب «الفتاوی‌الحایریه» وحید بهبهانی به برخی از مهم‌ترین موضوعات و احتیاجات میان اخباریان و اصولیان پرداخته است. بیان مرحوم بهبهانی در تصویر یکی از موضوعات محل نقاش چنین است:

لما بعد العهد عن زمان الأئمة<sup>(۷)</sup> و خفی أمارات الفقه و الأدله علی ما كان المقرّر عند الفقهاء و المعهود بینهم بلاخفاء؛ بانقراضهم و خلو الدیار عنهم، إلی أن نظمس أكثر آثارهم؛ كما كانت طريقة الامم السابقة، و العادة الجارية فی الشرایع الماضية أنه كلما یبعد العهد عن صاحب الشریعة تخفی أمارات، و یحدث خیالات جدیدة، إلی أن تضمحل تلك الشریعة. توهم متوهم: أن شیخنا المفید<sup>(۸)</sup> و من بعده من فقہائنا إلی الآن كانوا مجتمعین علی الضلالة، مبدعین بدعا كثيرة غیر عديدة ضالین مضلین متابعتین للعامّة، مخالفین لطريقة الأئمة<sup>(۹)</sup> و مغیرین لطريقة الخاصة؛ مع غاية قربهم لعهد الأئمة<sup>(۱۰)</sup> و نهاية



جلالتهم و عدالتهم و مهارت‌هم فی الفقه و الحدیث و تحریرهم و زهدهم و ورعهم و تقواهم و تقدیمهم، و کونهم المؤسسين لمذهب الشیعه. (وحدید بهبهانی، ۱۴۱۵: ۸۶)

در جای دیگر ایشان با لحن طعن آمیز نسبت به اخباریان می نویسد:

و شبهت‌هم الاخری هی: أن رواة هذا الاحادیث ما كانوا عالمین بقواعد المجتهدین، مع أن الحدیث كان حجة لهم، فنحن ایضا مثلهم لانحتاج إلى شرط من شرائط الاجتهاد، و حالنا بعینه حالهم، و لا ینقطعون بأن الراوی كان یعلم أن ماسمعه كلام إمامه، و كان یفهم من حیث إنه من اهل اصطلاح زمان المعصوم<sup>(۴)</sup> و لم یکن مبتلی بشیء من الاختلالات التي ستعرفها، و لا محتاجا إلى علاجها. (وحدید بهبهانی، ۱۴۱۵: ۱۱۰)

مرحوم شهید صدر در کتاب معالم الجديدة عالمان بعد از بهبهانی را در سه دسته فرعی تر طبقه بندی می کند. ایشان در طبقه نخست عالمان چون: سید مهدی بحر العلوم متوفای (۱۲۱۲)، شیخ جعفر کاشف الغطاء متوفای (۱۲۲۷)، میرزای قمی متوفای (۱۲۳۱)، سید علی طباطبایی متوفای (۱۲۳۱) و شیخ اسدالله تستری متوفای (۱۲۳۴) را ذکر می کند. در طبقه دوم از افرادی چون: شیخ محمدتقی بن عبدالرحیم متوفای (۱۲۴۸) شریف العلماء متوفای (۱۲۴۵) سید محسن اعرجی متوفای (۱۲۲۷) مولی احمد نراقی متوفای (۱۲۴۵) و شیخ محمد حسن نجفی متوفای (۱۲۶۶) را نام می برد. در طبقه سوم نام نامی شیخ مرتضی انصاری را ذکر می کند و می نویسد:

و أما الجيل الثالث فعلى رأسه تلميذ شريف العلماء المحقق الكبرى الشيخ مرتضى الانصاری، الذي ولد بعيد ظهور المدرسة الجديدة و هي في اوج نموها ونشاطها، و قدر له أن يرتفع بالعلم في عصر الثالث إلى القمة التي كانت المدرسة الجديدة في طريقها إليها. و لا يزال علم الاصول و الفكر العلمی السائد في الحوزات العلمية الامامية يعيش العصر الثالث الذي افتتحته مدرسة الاستاذ الوحيد. (صدر، ۱۴۱۵: ۱۱۲)

اگر بخوایم با ادبیات مدرن موضوع را تحلیل کنیم، می توان گفت به واقع وحدید بهبهانی پارادایم نوی را در عالم اصول به ارمغان آورد که عالمان اصول تا به امروز در درون این پارادایم پژوهش می کنند و نوآوری های که صورت گرفته است، همگی درون پارادایمی بوده است. عالمان سترگی چون میرزای شیرازی، آخوند هروی صاحب

کفایة الاصول، میرزای نائینی، سید ابوالقاسم خویی، امام خمینی و شهید صدر همگی به این پارادایم متعلقند.

به‌رغم اینکه پارادایم موجود در بدو شکل‌گیری خود بسیاری از مسائل این علم را پاسخ گفت و زمینه را برای خلق مفاهیم جدید، روش‌های پرداخت متفاوت و گفتگوی سازنده با منطق، کلام اسلامی، فلسفه اسلامی، تفسیر و علم‌الحدیث فراهم نمود؛ اما با رسیدن علوم اجتماعی-انسانی مدرن و فلسفه مدرن غربی، اینک شاهد نوعی زلزلهٔ معرفتی هستیم که روابط و مناسبات میان نظام‌ها، سطوح و ساحات معرفت دگرگونی کیفی پذیرفته است. فقه و به‌تبع آن، علم اصول فقه نیز از امواج سهمگین این انقلاب علمی در امان نمانده است.

### نتیجه‌گیری

با بررسی اجمالی تاریخ علم اصول، می‌توان گفت این علم در سیر تاریخی‌اش، نوعی تکامل را تجربه نموده است. این علم توانسته است بر بحران‌ها غالب آید و در خلق پارادایم‌ها و گفتمان‌های جدید که بتواند از پس تقاضای زمانه و شرایط تاریخی برآید، موفق بوده است؛ اما در دورانی که ما زندگی می‌کنیم، نوعی انقلاب و استحالهٔ معرفتی را در جهان اسلام شاهدیم، به‌رحال این واقعیت را باید پذیرفت که تمدن اسلامی دیگر بر مدار خویش نمی‌چرخد. بستهٔ معرفتی که غرب با برچسب مدرنیته عرضه کرده است، همهٔ جایگزین‌های احتمالی را از عرصه خارج کرده است. شاخه‌های معرفتی که در دل تمدن اسلامی شکوفا شده بود، اینک در مقطع حساس و تعیین‌کننده از تاریخ خود گام نهاده است. این علوم باید نحوهٔ تعامل خود با مدرنیته را روشن کند. امروزه دانش‌های زبانی، رهیافت‌های هرمنوتیک و فهم تاریخی از اشیا و امور به‌جای برداشت سنتی (که معارف اسلامی نیز به این مجموعه تعلق دارد) نشسته است. به نظر می‌رسد، پارادایم موجود ظرفیت و ظرافت لازم برای پاسخگویی به نیازهای زمانهٔ ما را ندارد. ما اینک نیازمند خلق پارادایم نوین در عرصهٔ علم اصول و به‌نحو عام در حوزهٔ تفکر فقهی هستیم. روشنفکران دینی و عالمان نواندیشی که از یکسو با علوم غربی و مسائل ناشی از



آن آشنایی دارند و از سوی دیگر به سنت و میراث علمی اسلامی نیز آگاهی دارند؛ تلاش می‌کنند که گفتگوی انتقادی و خلاقانه میان معارف اسلامی و دانش مدرن غربی برقرار کنند. این امر بدون تردید بازخوانی و بازسازی علم اصول را می‌طلبد.

## فهرست منابع

۱. الاسترآبادی، محمد امین، (۱۳۸۲)، الفوائد المدنية، قم: مؤسسة نشر اسلامي.
۲. البهبهانی، محمدباقر بن محمد، (۱۴۱۵ق)، الفوائد الحائرية، قم: مجمع الفكر الاسلامي.
۳. الصدر، سيد محمدباقر، (۱۳۷۹) دروس في علم الاصول، قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
۴. علي پور، مهدي، (۱۳۸۷)، درآمدی به تاريخ علم اصول، قم: جامعة المصطفی، چاپ دوم.
۵. قائینی، علی، (۱۳۷۶)، علم الاصول تاريخا و تطورا، قم: نشر مکتب اعلام اسلامي، چاپ دوم.
۶. ملکيان، مصطفي، (۱۳۸۵)، مشتاقی و مهجوری، تهران: نگاه معاصر.





# قواعد فقهی ناظر بر ضمان قهری و مسئولیت مدنی

محمدعلی توحیدی<sup>۱</sup>

## چکیده

یکی از مسائل مهم فقهی، ضمان است که در مذاهب فقهی مورد توجه بوده و هرکدام برای آن مبانی و موجبات متعددی بیان کرده‌اند. از طرف دیگر بحث «مسئولیت مدنی» در حقوق موضوعه، با ضمان قهری در فقه، از نظر محتوا و مصادیق همپوشانی دارد و گویا ضمان قهری همان مسئولیت مدنی است. پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا مبانی ضمان قهری با مبانی مسئولیت مدنی یکی است؟ درباره مبانی مسئولیت مدنی، دیدگاه‌ها و نظریاتی چون نظریه تقصیر، نظریه تضمین حق و نظریه خطر مطرح گردیده که هرکدام متقن‌تر باشد، به‌عنوان مبانی مسئولیت مدنی تثبیت خواهد شد؛ اما درباره ضمان قهری با مبانی متعددی مواجه هستیم که تقریباً همه آن‌ها در قالب قواعد مشهور فقهی بیان شده است. اگرچه برخی تلاش کرده‌اند که برای ضمان و به‌خصوص ضمان قهری در فقه، مبانی واحدی جستجو کنند و «استناد عرفی» به‌عنوان مبانی فقهی ضمان مطرح شده است؛ اما با توجه به اشکالات استناد عرفی و عدم جامعیت آن، نمی‌توان برای ضمان، قاعده واحدی را به‌عنوان مبانی ضمان معرفی کرد. در نوشتار حاضر با روش کتابخانه‌ای در جمع‌آوری اطلاعات و تبعیت از روش تحلیلی توصیفی در تجزیه و تحلیل اطلاعات، به بیان و بررسی قواعد فقهی ناظر بر ضمان قهری پرداخته شده است.

**واژگان کلیدی:** قواعد فقهی، مسئولیت مدنی، ضمان قهری، مبانی، فقه

۱. گروه فقه قضایی، جامعه المصطفی العالمية، کابل، افغانستان.

در کشورهای اسلامی مسائل فقهی و حقوقی نسبت به همدیگر تقارن و آمیختگی زیادی یافته‌اند؛ از یک طرف، حقوق موضوعه که به‌عنوان دست‌ساخته بشر همپای تحولات جامعه بشری حرکت می‌کند، در قوانین این کشورها نفوذ کرده و از طرف دیگر، فقه اسلامی به‌عنوان منبع غنی و اصیل قانون‌گذاری، می‌طلبد که مسلمان‌ها پایبند آن بوده و از قوانین فقهی تبعیت کنند. این مجاورت تنگاتنگ فقه و حقوق موجب شده که برخی از محققان و دانشمندان مسلمان در تکاپوی یافتن معادل فقهی برای مسائل حقوقی باشند. یکی از مسائل مهم حقوقی «مسئولیت مدنی» است که در روابط اجتماعی مورد ابتلا بوده و موضوعات متعدد حقوقی را پوشش می‌دهد. اصطلاح مسئولیت مدنی و ساختار مفهومی آن ریشه در خارج از جهان اسلام دارد و خود این اصطلاح یا ترجمه عربی آن در منابع فقهی یافت نمی‌شود. در این میان پرسش‌هایی که مطرح می‌شود این است که آیا در فقه، معادل مسئولیت مدنی که بتواند کارکرد حقوقی آن را پوشش دهد، وجود دارد؟ آیا در فقه می‌توان برای مسئولیت مدنی قاعده و مبنای واحدی یافت؟

در حوزه فقه شیعی، آنچه می‌تواند معادل مسئولیت مدنی باشد و کارکرد حقوقی آن را پوشش دهد، «ضمان» یا «ضمان قهر» است. محققان برای یافتن قاعده و مبنای فقهی واحد برای مسئولیت مدنی به تلاش‌های فراوانی مبادرت ورزیده‌اند و برخی «استناد عرفی» را به‌عنوان مبنای فقهی مسئولیت مدنی معرفی کرده و بر استحکام آن استدلال نموده‌اند. واقعیت آن است که با توجه به اشکالات وارده، استناد عرفی نمی‌تواند به‌عنوان قاعده و مبنای فقهی واحد برای مسئولیت مدنی قرار گیرد، بلکه در فقه با قواعد متعدد فقهی مواجه هستیم که به‌صورت جمعی دلالت بر ضمان دارد و هرکدام بخشی از مسئولیت مدنی را پوشش می‌دهد. به‌سختی دیگر اگر «ضمان قهری» را به‌صورت کلی با مسئولیت مدنی معادل بدانیم، قطع نظر از فتاوا و آرای فقهی فقهاء، قواعد فقهی متعددی داریم که ناظر بر ضمان قهری یا مسئولیت مدنی است که صورت مبسوطی آن در پی می‌آید.



## ۱. مفاهیم

### ۱-۱. مسئولیت مدنی

اصطلاح «مسئولیت مدنی» ترجمه «Responsabilite civile» است که از حقوق فرانسه وارد ادبیات حقوقی در حوزه زبان فارسی شده است. کلمه «مسئول» عربی و به معنای پاسخگویی است که با کلمه «مدنی» ترکیب یافته و می‌توان آن را به معنای پاسخگویی در رفتار مدنی و اجتماعی دانست. از نظر حقوقی، مسئولیت مدنی یکی از شاخه‌های اصلی حقوق خصوصی است که معنای عام و معنای خاص برای آن لحاظ شده است. در معنای عام، مسئولیت مدنی بیانگر مجموعه قواعدی است که وارد کننده زیان و ضرر را به جبران خسارت زیان دیده ملزم می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۱: ۳۴)

طبق این معنا، مسئولیت مدنی عبارت است از التزام قانونی فاعل فعل زیانبار به جبران خسارت شخص زیان دیده؛ چه منشأ التزام قانون باشد یا قراردادی که فاعل فعل زیانبار به آن متعهد شده است. در معنای خاص، مسئولیت مدنی عبارت است از التزام قانونی فاعل فعل زیانبار به جبران خسارت زیان دیده که منشأ التزام، قانون است و قرارداد را شامل نمی‌شود؛ یعنی فاعل فعل زیانبار مسئول جبران خسارات خارج از قرارداد است. (باریکلو، ۱۳۹۲: ۲۲)

### ۱-۲. ضمان قهری

ضمان از ماده «ضمن» و ریشه «ضمن» در لغت به معنای التزام، غرامت، کفالت و قرار گرفتن چیزی در شیئی به گونه‌ای که آن را پوشش دهد، آمده است. (طریحی، ۱۴۱۶، ۶: ۲۷۵؛ فیومی، بی‌تا، ۲: ۳۶۴) این کلمه در اصطلاح فقهی به معنای متعددی به کار رفته است از جمله وجوب برگرداندن و مسترد کردن مضمون علیه، (طوسی، ۱۴۰۷، ۳: ۴۰۸) وجوب محافظت از مضمون علیه، (نراقی، ۱۴۱۷: ۳۱۸) تدارک و جبران خسارت مضمون علیه از مال اصلی ضامن (انصاری، ۱۴۱۵، ۳: ۱۸۳) و غیر آن. در اصطلاح فقهی تعریف جامعی از ضمان ارائه نشده و دقیق‌ترین تعریفی



که در فقه برای ضمان بیان شده، این است که «ضمان عبارت است از تعهد به جبران خسارت دیگری، اعم از اینکه خسارت، تلف مال باشد یا فوت منفعت و اعم از اینکه ضرر وارده بر نفس، جزئی باشد یا کلی». (یوسفوند و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۰۸)

در یک تقسیم‌بندی ضمان بر دودسته تقسیم می‌شود: ضمان عقدی و ضمان قهری. منظور از ضمان عقدی آن است که ضامن با قصد و اختیار خود در ضمن عقد ضمان، پرداخت و جبران خسارت از جانب مضمون‌عنه را بر عهده می‌گیرد؛ اما در ضمان قهری، قصد، اختیار و تصمیم متعهد در ایجاد ضمان تأثیرگذار نیست و مبنای ضمان قانون است. به سخن دیگر تعهد به جبران و پرداخت خسارت، اختیاری نبوده به موجب قانون و به صورت قهری محقق می‌شود. به همین دلیل این نوع ضمان را ضمان قهری گفته‌اند. ضمان قهری را می‌توان معادل مسئولیت مدنی دانست؛ یعنی مسئولیت مدنی در حقوق مطرح است و معادل فقهی آن، ضمان قهری است. (بادینی، ۱۳۸۴: ۳۱)

## ۲. مبانی مسئولیت مدنی و ضمان قهری

با توجه به تبارشناسی مسئولیت مدنی، در حقوق روم باستان، اندیشه مسئولیت مدنی در مسائل حقوقی وجود نداشت و در سده هفدهم میلادی می‌توان شاهد تولد تفکر مسئولیت مدنی بود که حقوق‌دان فرانسوی، «دوما» برای نخستین بار اصول مسئولیت مدنی را با عبارات کلی بر مبنای «تقصیر»، بیان کرد. (ژوردن، ۱۳۸۵: ۳۱) بر پایه همین اندیشه، در قانون مدنی فرانسه که در سال ۱۸۰۴ م. مصوب شد، مسئولیت مدنی بر مبنای «تقصیر» مطرح شده است. (کاظمی و بنایی اسکویی، ۱۳۹۸: ۲۱۱) تقصیر یعنی اینکه اگر زیان و خسارت بر اثر کوتاهی چه در انجام یک عمل و چه در ترک آن بر شخصی دیگر وارد گردد، عامل مقصر، ملزم به پرداخت خسارت و جبران زیان وارده است و میزان اعمال تقصیری، در پی داشتن پشیمانی و سرزنش دانسته شده است. (باریکلو، ۱۳۹۲: ۴۵)



اگرچه «تقصیر» به‌عنوان مبنای مسئولیت مدنی طرفداران زیادی دارد و حتی در سال ۲۰۱۶م. قانون مدنی فرانسه بازنگری شد و بازهم در آن، تقصیر به‌عنوان مبنای مسئولیت مدنی ذکر شده است. (طباطبایی نژاد و کاظمی، ۱۳۹۸: ۷۰۲)، ولی با توجه به اشکالات نظریه تقصیر، برای مسئولیت مدنی مبنای دیگری چون «خطر» و «تضمین حق» شکل گرفته است. منظور از نظریه خطر آن است که فعل هرکسی برای دیگری خطر و زیان ایجاد کند، آن‌کس مسئول جبران خسارت و زیان وارده است؛ چه آن شخص مقصر باشد و چه نباشد. برای ایجاد مسئولیت، اثبات رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار و خسارت وارده، کفایت می‌کند. (صفایی، ۱۳۵۱، ۲: ۵۳۹)

نظریه تضمین حق که به حقوق‌دان فرانسوی، بوریس استارک منسوب است، به دفاع از حقوق زیان‌دیده می‌پردازد؛ به این معنا که افراد حق دارند در جامعه با آسایش و امنیت زندگی کنند و اگر کسی به آن‌ها زیان و خسارت وارد کرد، برای دفاع از حقوق ایشان، فاعل عمل زیان‌بار باید ملزم به جبران خسارت و زیان وارده باشد. (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۳۴۱)

تلاش‌هایی صورت گرفته تا همانند حقوق، در فقه نیز مبنای واحدی برای مسئولیت مدنی به دست آید. برخی «استناد عرفی» را مبنای مسئولیت مدنی در فقه دانسته است؛ یعنی اگر بخواهیم فاعل فعل زیان‌بار را به پرداخت و جبران خسارت وارده ملزم نماییم، باید عرفاً خسارت وارده به او مستند گردد و عرف بگوید که فلان شخص، زیان و خسارت را وارد ساخته است. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲: ۴۳۵) برای مدعای فوق به سخنان برخی از فقها استدلال شده که گفته است: «اگر کسی با دیگری تصادف کند و مصدوم بمیرد، تصادف‌کننده ملزم به پرداخت دیه مصدوم است؛ زیرا عرفاً تلف مصدوم به او استناد می‌گردد». (عاملی، ۱۴۱۰، ۱۰، ۱۱۶) «اگر کسی فریاد برآورد و با فریاد وی کسی بمیرد، در صورت استناد مرگ متوفی به فریاد، فریاد زنده مسئول پرداخت دیه وی است». (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۳: ۵۷)

مبنا قرار گرفتن استناد عرفی برای مسئولیت مدنی یا ضمان قهری، با دو اشکال

مواجه است:

اشکال اول در «ضمان عاقله» است؛ یعنی اگر کسی به صورت خطایی مرتکب قتل شود، از نظر فقهی دیه مقتول را باید عاقله قاتل پرداخت کند. (طوسی، ۱۳۸۷، ۷: ۱۷۴) با اینکه عرف قتل را به قاتل مستند می‌کند، مسئول پرداخت دیه، عاقله است. پس استناد عرفی نمی‌تواند به صورت کلی مبنای ضمان قهری باشد. مگر اینکه تعلق دیه بر عاقله را حکم تکلیفی بدانیم که در این صورت، مدیون اصلی قاتل است نه عاقله. (موسوی خویی، ۱۴۲۲، ۴۲: ۵۵۵)

اشکال دوم قرار گرفتن استناد عرفی به عنوان مبنای ضمان قهری، آن است که فقط از نظر اثباتی زیان یا فعل زیان‌بار به عامل مستند می‌گردد، ولی از نظر ثبوتی زیان یا فعل زیان‌بار به فاعل یا عامل مستند نیست و ضابطه و قاعده ارائه نشده که چرا فاعل فعل زیان‌بار خسارت را جبران کند. (حکمت نیا، ۱۳۸۶: ۲۰۶)

واقعیّت آن است که برای «ضمان قهری» در فقه مبنای واحدی وجود ندارد و بر پایه منابع فقهی، مبانی متعددی تحت عنوان «موجبات ضمان» یا «اسباب ضمان» مطرح شده است. «اتلاف» یکی از موجبات ضمان است که در هر دو صورت (مباشرتا و تسبیحا)، منشأ الزام تلف‌کننده به جبران خسارت است؛ یعنی هرکس مال غیر را چه مباشرتا و چه تسبیحا تلف کند، ضامن است. «تلف» یکی دیگر از موجبات ضمان است که بر اثر غضب، مقبوض به عقد فاسد و هر نوع استیلا بر مال غیر بدون مجوز شرعی (ید)، محقق می‌گردد. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱: ۲۶۳؛ خویی، ۱۴۲۸، ۴۲: ۲۷۳) یکی دیگر از موجبات ضمان، «استیفا» است؛ یعنی اگر کسی بدون عقد قرارداد با کسی از عمل یا مال او منفعتی تحصیل کند، استیفا تحقق پیدا کرده و موجب ضمان است، ولی اگر بهره‌مند شدن از کار یا ملک دیگران با عقد اجاره باشد، جایز است و ضمانی وجود ندارد. (نائینی، ۱۴۱۳، ۲: ۳۱۹)

### ۳. قواعد فقهی ناظر بر مبانی ضمان قهری

در منابع فقهی، قواعد فقهی متعددی وجود دارند که هر کدام بخشی از مبانی ضمان قهری یا مسئولیت مدنی را بیان می‌کند. منظور از قاعده فقهی، اصل کلی است که



از ادله شرعی به دست می‌آید و همانند کلی طبیعی بر مصادیقش قابل تطبیق است؛ مانند قاعده طهارت که مصادیق متعدد دارد و بر آن‌ها قابل تطبیق است؛ یعنی در هر موردی که زوال طهارت به اثبات نرسیده و مشکوک باشد، قاعده طهارت بر آن، منطبق بوده و بر طهارت آن مورد حکم می‌گردد. (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۹) قواعد فقهی ناظر بر ضمان، بر دودسته قابل تقسیم است: قواعد فقهی موجد ضمان و قواعد فقهی مسقط ضمان. آنچه در این نوشتار بررسی می‌شود، قواعد فقهی موجد ضمان است که بیان‌کننده مبانی ضمان قهری یا مسئولیت مدنی هستند. اینک به بررسی این قواعد می‌پردازیم:

### ۱-۳. قاعده احترام

قاعده احترام مانند غالب قواعد فقهی، اصطیادی است که از ادله شرعی به دست آمده است. البته برخی از محققان مهم‌ترین دلیل این قاعده را بنای عقلا دانسته‌اند، (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱: ۲۱۳) ولی واقعیت آن است که این قاعده از آیات قرآن و روایات قابل اصطیاد است. این قاعده بر حرمت مال و عمل فرد مسلمان دلالت دارد و مقصود از حرمت مال و عمل مسلمان آن است که در مقابل تعدی و تجاوز از مصونیت برخوردار است (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۴) و در صورت تعدی بر مال مسلمان و بهره‌مند شدن از عمل و کار او در غیر عقد اجاره، تعدی کننده بر مال و هم‌چنین استفاده کننده از عمل، ضامن بوده و ملزم به جبران هستند. (انصاری، ۱۴۱۵، ۲: ۱۰۳)

مدارک و مستندات این قاعده را آیات قرآن کریم و روایات تشکیل می‌دهند و اولین مستند آن، آیه ۲۹ سوره نساء است که فرموده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»؛ در نظر فقها، کلمه «أكل» در این آیه شریفه به معنای تصرف است؛ یعنی هر نوع تصرف در اموال دیگران بدون رضایت ایشان جایز نیست. (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۸: ۳۴۲) عدم جواز تصرف به حرمت مال افراد دلالت دارد. آیه دیگری که با مفهوم شرط بر حرمت اموال مسلمان دلالت دارد، آیه ۴ سوره نساء است: «فَإِنْ ظَنَنْتُمْ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ

مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا». در این آیه شریفه نیز کلمه «أكل» به معنای تصرف است که هرگاه زنان بخشی از مهریه را به مردان ببخشند یا مسترد کنند، مردان می‌توانند در آن تصرف کنند. مفهوم آن چنین است که اگر زنان چیزی از مهریه را به مردان نبخشند، ایشان حق تصرف در آن را ندارند. آیه ۱۸۸ سوره بقره نیز بر مفاد این قاعده دلالت دارد.

مستند دیگر قاعده احترام، روایاتی است که بر حرمت مال و جان افراد مسلمان دلالت دارد؛ یکی از این روایات، موثقه ابابصیر از اباجعفر<sup>(ع)</sup> است. آن حضرت این روایت را از رسول خدا<sup>(ص)</sup> نقل فرموده که درباره «سباب المؤمن» سخن می‌گفت تا اینکه فرمود: «حرمة ماله كحرمة دمه؛ مال انسان مؤمن همانند خونس محترم است». (احسائی، ۱۴۰۵، ۳: ۴۷۳) در روایت دیگر که از رسول‌الله<sup>(ص)</sup> نقل شده و آن حضرت در حجة الوداع درباره اهمیت امانت‌داری و مسائل دیگر سخن می‌گفت تا اینکه بیان فرمود: «فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه». (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴: ۲۸۴)

آنچه در دلالت مدارک و مستندات قاعده احترام قابل توجه است، آن است که اگر این مدارک بر حکم وضعی (تحقق ضمان) و لزوم جبران خسارت دلالت کنند، قاعده احترام می‌تواند مبنای ضمان یا مسئولیت مدنی قرار گیرد. ولی اگر صرفاً حکم تکلیفی حرمت تصرف در اموال دیگری بدون رضایت وی، از این مدارک قابل استفاده باشد، نمی‌توانند مبنای ضمان و مسئولیت مدنی باشد. بنا بر دیدگاه برخی از محققان، مدارک و مستندات قاعده احترام، بر ضمان و لزوم پرداخت خسارت دلالت دارند؛ آیات شریفه قرآن که به‌عنوان مدارک این قاعده مورد استناد قرار گرفته‌اند، اگر تنها مفید حرمت تکلیفی باشند، لزوم جبران خسارت را با آیات توبه می‌توان اثبات کرد؛ زیرا اموال تصرف شده، حق الناس است و توبه واقعی آنگاه محقق می‌گردد که حق الناس به صاحبانش برگردانده شود. روایاتی که به‌عنوان مستندات قاعده احترام مطرح شده، اگرچه با دلالت مطابقی به حرمت تکلیفی دلالت دارد، ولی با دلالت التزامی مفید حکم وضعی یا لزوم جبران خسارت نیز

است. (انصاری، ۱۴۱۵، ۳: ۱۹۰)

اگرچه ظاهر و سیاق آیات و روایات، به حرمت و احترام مال مؤمن و مسلمان دلالت دارد؛ اما از آنجا که حرمت مال بر دو قسم است: ذاتی و عرضی، اموال کفاری که در ذمه حکومت اسلامی قرار دارند و در کشور اسلامی زندگی می‌کنند، دارای حرمت عرضی و همانند اموال مسلمانان دارای احترام است. (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۱: ۸۱؛ آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۹: ۲۶۴)

### ۳-۲. قاعده اتلاف

قاعده اتلاف همانند قاعده احترام، یک قاعده اصطیادی است که از آیات قرآن کریم و روایات به دست می‌آید. در تعریف این قاعده گفته شده که هرگاه شخصی مال دیگری را تلف کند، ضامن است و باید آن را جبران نموده و خسارتش را بپردازد. نکته‌ای که درباره این قاعده قابل توجه می‌نماید آن است که فقهای شیعه و اهل سنت نسبت به آن متفق هستند و در این خصوص، ادعای اجماع شده است. (نجفی، ۱۳۶۷، ۳۷: ۴۶) اگر مال شخصی توسط شخص دیگر تلف شود و صاحب مال بر آن رضایت نداشته باشد، تلف‌کننده باید خسارت آن را بپردازد؛ چه مال را بالمباشره تلف کرده باشد یا بالتسبیب. منظور از «بالتسبیب» آن است که تلف‌کننده مال بالمباشره به تلف کردن مال نپرداخته، بلکه سبب تلف شدن مال شده است. تلف‌کننده مال در هر دو صورت ضامن است و باید خسارت مال را بپردازد (عاملی، ۱۴۱۶، ۱۲: ۱۶۲) مدارک و مستندات این قاعده را آیات و روایات تشکیل می‌دهد که از آن جمله می‌توان به آیه ۴۰ سوره شوری و آیه ۱۹۴ سوره بقره اشاره کرد. در سوره شوری فرموده است: «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا»؛ کیفر و مجازات بدی، همانند آن است. آیه ۱۹۴ سوره بقره نیز بر همین مفهوم دلالت دارد: «مَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ»؛ هر کس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تعدی کنید؛ یعنی مقابله به مثل نمایید.

علاوه بر آیات قرآن کریم، روایات متعددی وجود دارد که ناظر بر قاعده اتلاف است. از جمله آن‌ها روایت صحیحه ابی‌ولاد است که به جریان کرایه دادن چهار



پایان برای حمل بار مربوط است؛ راوی خدمت امام صادق<sup>(ع)</sup> از تخلفی که در قضیه کرایه گرفتن قاطر یا استر مرتکب شده و بر خلاف قرارداد، عمل کرده است، سخن می‌گوید و امام صادق<sup>(ع)</sup> حکم مسئله را بیان می‌کند که متخلف ضامن تخلفاتش است و باید خسارت منافع تلف شده را به صاحبش پرداخت کند. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۷: ۳۱۳)

روایت صحیح<sup>۲</sup> حلبی یکی دیگر از مدارک قاعده اتلاف است که راوی از امام صادق<sup>(ع)</sup> درباره قضیه‌ای سؤال می‌کند. در این قضیه فرضی، شخصی چیزی را در مسیر عمومی قرار می‌دهد که سبب «رم» کردن یا ترسیدن چهارپای عابر می‌گردد و در نتیجه، سبب مصدومیت وی می‌شود. امام صادق<sup>(ع)</sup> در پاسخ راوی چنین بیان می‌کند: «هر شیئی که در طریق و مسیر مسلمانان باعث وارد آمدن زیان گردد، صاحب آن شیء، ضامن است». (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۹: ۱۸۱) از دور روایت ذکر شده و روایات مشابه، به دست می‌آید که مضمون و مدلول آن‌ها عام‌تر و فراتر از مضمون قاعده اتلاف است و بر ضمان و لزوم جبران خسارت هر نوع ضرر و زیان وارده، چه مالی (اعم از عین و منفعت) و چه بدنی؛ چه به صورت بالمباشره و چه به صورت بالتسبیب، دلالت می‌کنند.

اگرچه قاعده اتلاف ناظر بر زیان مالی است و ضررهای جانی و بدنی را شامل نمی‌شود؛ اما در حوزه ضررهای مالی، بر ضمان عین و منفعت دلالت دارد؛ زیرا در این قاعده مسئله اتلاف مال به صورت مطلق مطرح گردیده است؛ یعنی هر نوع اتلاف در خصوص مال، موجب ضمان می‌گردد؛ چه اتلاف عین و چه اتلاف منفعت. از طرف دیگر، اتلاف مال یک امر عقلایی است و عقلاً اتلاف منفعت را نیز مصداق اتلاف مال می‌دانند.

### ۳-۳. قاعده تسبیب

یکی از قواعد فقهی در باب ضمان، قاعده تسبیب است. این قاعده فقهی به قاعده اتلاف نزدیک است؛ به گونه‌ای که در کتاب‌های فقهی متقدمین به عنوان قاعده مستقل مطرح نبوده و بخشی از قاعده اتلاف محسوب می‌شده است؛ یعنی قاعده





اتلاف را به دو بخش تقسیم می‌کردند: اتلاف بالمباشره و اتلاف بالتسبیب؛ (حسینی مراغه‌ای، ۱۲۷۴، ۲: ۴۳۵) اما قاعده تسبیب در مباحث فقهی جدید به‌عنوان قاعده فقهی مستقل مطرح شده است. (صدر، ۱۳۹۱، ۴: ۳۱۹)

بر اساس مفاد قاعده تسبیب، اگر کسی به‌صورت غیرمستقیم و با واسطه، سبب تلف شدن مال دیگری گردد، ضامن است و باید خسارت آن را جبران کند؛ چه عمدی سبب تلف شدن مال دیگری شود و چه به‌صورت غیرعمدی؛ چه با انجام یک فعل، تسبیباً موجب اتلاف مال غیر گردد؛ مثلاً کسی را وادار کند که مال شخص ثالث را به سرقت ببرد و چه با ترک فعل؛ مثلاً متصدی نگهداری حیوانی بوده، ولی آن را ترک کند و حیوان به زراعت شخص دیگر آسیب بزند. ضابطه در سببیت آن است که در صورت نبود سبب، مال دیگری تلف نشود و تلف مال منتسب به سبب باشد. مدارک و مستندات قاعده تسبیب، روایات متعددی است که در ابواب مختلف فقهی وارد شده است. این روایات به دو دسته قابل تقسیم است: دسته اول روایاتی فعل سبب تلف شده است و دسته دوم روایاتی که ترک فعل سبب تلف شده است.

### ۳-۳-۱. روایات دسته اول

این روایات نیز بر دو نوع قابل تقسیم است: روایاتی که در آن‌ها میان سبب و تلف، فعل دیگری فاصله نشده و روایاتی که در آن‌ها میان سبب و تلف فعل دیگری فاصله شده است:

الف) روایات دسته اول که فعل سبب تلف شده است و در مضمون آن‌ها، میان سبب و تلف، فعل اختیاری وجود ندارد؛ مانند صحیحۃ حلبی که گفت:

سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتفتر بصاحبها فتعقر<sup>(۱)</sup>؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> پرسیدم که اگر شخصی شیئی را در راه قرار دهد و باعث رم کردن مرکب شخص دیگر گردد که منجر به آسیب دیدن وی شود، حکمش چیست؟ امام<sup>(ع)</sup> فرمود: کل شیئی یضّر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه؛ هر چیزی که در راه مسلمین به آن‌ها ضرر بزند، صاحب آن، مسئول و ضامن است. در حدیث، میان سبب و تلف، هیچ فعلی فاصله نشده است. (طوسی، ۱۲۸۳، ۱۰: ۲۵۷)

ب) روایاتی که فعل سبب تلف شده؛ اما میان سبب و تلف، فعل دیگری وجود دارد؛ مانند صحیحۀ جمیل بن دراج از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد شهادت دروغ: *إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل؛* اگر در اثر شهادت باطل میان مالک و مالش جدایی افتاد، اگر مال بعینه موجود بود، به صاحبش برگردد و اگر عین مال موجود نبود، شاهد دروغ‌گو به مقدار مال تلف شده ضامن است و باید به صاحبش پرداخت کند. (کلینی، ۱۳۶۲، ۷: ۳۸۴)

در این حدیث، میان سبب (شاهد دروغ‌گو) و تلف، فعل اختیاری فاصله شده است و آن، فعل مدعی است که در طرح دعوی خودش مخیر است.

### ۳-۲. روایات دسته دوم

در این نوع روایات، ترک فعل سبب تلف شده است؛ مانند روایت سکونی از امام صادق<sup>(ع)</sup> که فرمود:

قضى امير المؤمنين<sup>(ع)</sup> فى رجل دخل دار قوم بغير اذنهم فغقره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم وإن دخل باذنهم ضمنوا؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> فرموده از قضاوت امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> درباره مردی گفته است که بدون اذن وارد خانه کسانی می‌شود و سگ آن‌ها وی را زخمی می‌کند. امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> فرموده است که بر صاحبان خانه ضمانتی نیست، ولی اگر با اجازه آن‌ها وارد خانه می‌شد، ضامن بودند و باید به این مرد خسارت پرداخت می‌کردند. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۹: ۲۶۱)

### ۳-۴. قاعدة لاضرر

قاعدة لاضرر یکی از قواعد فقهی مهم در فقه محسوب می‌شود که درباره مفاد و مضمون آن بحث‌های عمیق و گسترده‌ای توسط فقها انجام شده است؛ یکی از معانی این قاعده آن است که در شریعت اسلامی از باب امتنان بر «عبادالله» حکم ضرری منتفی است؛ مثلاً بیع ضرری و وضوی ضرری از قطعیت برخوردار نیستند و اولی فسخ می‌شود و از دومی وجوب مرتفع می‌گردد. (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۴۳) دیدگاه دیگری در مفاد و معنای این قاعده وجود دارد که آن را مبنای مسئولیت مدنی در فقه



می‌داند و معتقد است که بر اساس متفاهم عرفی از قاعده لاضرر و لاضرار، مسئولیت مدنی می‌تواند مبتنی بر آن باشد. (جعفری تبار، ۱۳۸۹: ۸۱؛ صفایی، ۱۳۷۵: ۳۴۸؛ جوان، ۱۳۲۶: ۳۲۶) دیدگاه سوم قاعده لاضرر را به گونه‌ای معنا کرده که دیدگاه دوم را تأیید می‌کند؛ بر اساس این دیدگاه، منظور از لاضرر، نفی ضرر غیر متدارک است؛ یعنی ضرر جبران نشده در اسلام وجود ندارد و هرکس به دیگری ضرری وارد کند، باید خسارت آن را پردازد و به جبران آن اقدام کند. (فاضل تونی، ۱۴۱۵: ۷۹)

مدارک و مستندات قاعده لاضرر را آیات قرآن کریم، روایات و دلیل عقلی تشکیل می‌دهند؛ در آیه ۲۳۳ سوره بقره، با طرح موضوع اضرار به کودک، فرموده است که مادر با ترک شیردادن به کودک و پدر با خودداری از پرداخت نفقه، حق ضرر زدن به کودک را ندارند. در آیه ۲۸۲ سوره بقره، بیان شده است که به کاتب و شاهد دین، نباید ضرر برسد. در آیه ۱۲ سوره نساء، موضوع وصیت شخص متوفی مطرح گردیده که بعد از تصفیة دیون متوفی، باقی مانده ثروت وی میان ورثه تقسیم گردد و وصیت شخص متوفی به گونه‌ای نباشد که به ورثه ضرر برساند.

روایاتی که به‌عنوان مستند قاعده لاضرر وجود دارند، در واقع عبارات متعدد حدیث لاضرر هستند که با تفاوت‌های اندک در تعبیرات نقل گردیده و به سطح تواتر می‌رسد. (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۴۴) یکی از نکات قابل استفاده که در شأن نزول برخی از نقل‌های این حدیث، وجود دارد، این است که استفاده از حق، نباید موجب اضرار به دیگران گردد. در داستان سمرة بن جندب که درختی در خانه یکی از انصار داشت و بدون اجازه صاحب خانه، وارد خانه وی می‌شد تا به درختش رسیدگی کند و از آن بهره‌مند گردد. پیغمبر اکرم<sup>(ص)</sup> به سمرة فرمود: یا بدون اجازه صاحب خانه وارد خانه وی نشود و یا درختش را بفروشد. آن حضرت به سمرة گفت: از درخت دست بردار، یک درخت در مقابل آن در جای دیگر به تو داده می‌شود. سمرة پذیرفت و رسول الله<sup>(ص)</sup> تعداد درختان را بالا می‌برد تا به ۱۰ درخت رسید و سمرة باز هم پذیرفت. پیغمبر فرمود: «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ لَاضِرٌّ وَ لَاضِرٌّ فِي الْإِسْلَامِ» یا «لاضرر و لا ضرار علی مؤمن». (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۲: ۴۲۹)



برخی از فقها مدرک قاعده لاضرر را دلیل عقلی دانسته و مدعی اند که این قاعده بر پایه «حرمت عقلی نهی از اضرار به غیر» استوار است که ریشه در مستقلات عقلی دارد؛ یعنی بنا به حکم عقل و بنای عقلا، اضرار به غیر و ضرر رساندن به دیگران حرام و غیرمجاز است. (ابن ادريس، ۱۴۱۰، ۲: ۴۹۴)

### ۳-۵. قاعده غرور

مفاد و منظور قاعده غرور آن است که ضرر و زیان بر پایه خدعه به کسی وارد گردد؛ مثلاً کسی چیزی را به دیگری بفروشد، در صورتی که آن چیز ملک شخص ثالث باشد نه خود وی. در واقع بایع مشتری را فریب داده و مال دیگران را به او فروخته است، یا اینکه شیئی معیوب را با قیمت گران به مشتری بفروشد. در هر دو صورت، بایع فریبکار و مشتری فریب خورده است. در اینجا بایع که خدعه کننده است، ضامن است و مشتری می تواند به او مراجعه نموده و مطالبه خسارت کند. (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۷۷)

قاعده غرور بر دو پایه استوار است؛ به عبارت دیگر، قاعده غرور دارای دو شرط اساسی است که هر کدام از آنها معدوم باشد، قاعده غرور فرو می ریزد. آن دو شرط عبارتند از: علم «غارّ» و «جهل مغرور»؛ یعنی فریب کار به عیب یا زیان آگاه باشد و فریب خورده نسبت به آن، جاهل و ناآگاه باشد. (خویی، ۱۴۲۳، ۵: ۴۴۶)

مدارک و مستندات قاعده غرور را روایاتی تشکیل می دهند که در ابواب مختلف وارد شده است؛ یکی از آنها صحیحه محمد بن قیس است که از امام باقر<sup>(ع)</sup> روایت شده و درباره قضاوت امیرالمؤمنین علی<sup>(ع)</sup> است. شخصی مرتکب سرقت شده بود و دو تن به عنوان شاهد خدمت امیرالمؤمنین آمدند و شهادت دادند که فلان شخص، «سارق» است. آن حضرت بر مبنای شهادت آن دو، به قطع دست آن شخص حکم کرد. اندکی پس از آن دو شاهد شخص دیگر را آوردند که سارق واقعی این است و قبلی اشتبهاً سارق گفته شده است. امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> دستور داد که شاهدان دیه دست آن شخص را پرداخت کنند. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸: ۲۴۳)

روایت دیگر که در باب عیوب و تدلیس وارد شده، موثقه اسماعیل بن جابر از امام صادق<sup>(ع)</sup> است. پرسش در این روایت درباره قضیه ای است که در آن، شخصی



به زنی علاقه‌مند می‌گردد و سراغ پدر آن زن می‌رود تا به ازدواج وی درآورد؛ اما پدر دختر او را فریب داده و کنیزی را به عقد وی درمی‌آورد. کنیز از آن شخص صاحب اولاد می‌شود و خدعه انجام شده نیز روشن می‌گردد. در این قضیه، امام صادق (ع) به این شکل حکم می‌کند که کنیز به صاحبش تحویل داده شود، فرزند متولد شده مال پدرش است و شخص فریب‌کار باید قیمت فرزند متولد شده از کنیز را به صاحب کنیز پرداخت کند. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۴: ۶۰۲)

### ۳-۶. قاعده علی الید

منظور از قاعده علی الید، تسلط عدوانی بر مال دیگری است؛ یعنی اگر کسی بر مال دیگری بدون اجازه صاحب مسلط شود و آن را در اختیار بگیرد، ضامن است تا زمانی که آن را به صاحبش برگرداند. تفاوت «قاعده علی الید» با «قاعده ید» در آن است که اولی به معنای تسلط عدوانی بر مال غیر است، ولی دومی نشانه ملکیت است؛ یعنی در اختیار داشتن یک مال، یکی از مهم‌ترین دلایل مالک بودن بر آن است. تفاوت قاعده علی الید با «قاعده اتلاف» به منشأ ضمان در هر دو برمی‌گردد؛ در اولی تسلط عدوانی بر مال غیر، موجب ضمان است؛ اما در دومی اتلاف و تلف کردن مال غیر موجب ضمان است. (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۷۴)

بر اعتبار قاعده علی الید به سه دلیل استدلال و استناد شده است:

دلیل اول حدیث نبوی مشهور در مذاهب تشیع و تسنن است که فرموده است: «علی الید ما اخذت حتی تؤدی». (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۴: ۸) مفاد و معنای این حدیث با مفاد قاعده علی الید مشابهت تام دارد و این احتمال وجود دارد که قاعده علی الید از این حدیث اخذ شده باشد. بر این حدیث اشکال شده است که از نظر سندی «مرسل» است و حدیث مرسل قابل استناد نیست (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۷۵) در پاسخ این اشکال می‌توان گفت که اگرچه این حدیث «مرسل» است، ولی در نزد فریقین از شهرت برخوردار است. بنابراین ضعف سندی حدیث با شهرت قابل جبران است. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲: ۱۰۷)

دلیل دوم سیره عقلانیه است که عقلا ید عدوانی بر مال غیر را ضامن می‌دانند و

سیره عقلای از جانب شارع پذیرفته شده و مورد تأیید آن قرار دارد. (خویی، بی تا، ۴: ۲۲۴)

دلیل سوم تسالم و توافق فقها بر ضمان ید عدوانی است؛ یعنی فقها بر این مسئله متفق هستند که در صورت تسلط شخص بر مال غیر به صورت عدوانی، آن شخص ضامن است تا مال تحت تصرف را به صاحبش برگرداند. (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۷۵)

در صورت استیلا ید عدوانی بر اموال دیگران، تصرف کننده ضامن و ملزم به استرداد یا جبران خسارت اموال تصرف شده است. مسئله دیگر آن است که منافع اموال تصرف شده چه آنانی که استیفا شده و چه آنانی که استیفا نشده، ولی از بین رفته است، چه حکم خواهد داشت؟ آیا ید عدوانی یا تصرف کننده، در قبال همه منافع ضامن است یا تنها در قبال منافعی که استیفا نموده است، ملزم به پرداخت خسارت است؟ دیدگاه مشهور فقهای امامیه آن است که ید عدوانی در قبال همه منافع اعیان تصرف شده، ضامن است؛ چه منافعی که استیفا شده و چه منافعی که استیفا نشده است. (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۷۵)

یکی از بحث‌های مهم در قاعده «علی الید»، دلالت این قاعده بر ضمان منافع است؛ دیدگاه مشهور در فقه امامیه آن است که ضمان منافع نیز مشمول این قاعده می‌گردد؛ زیرا اولاً منافع نیز مال محسوب می‌شود و مشمول «ما»ی موصوله در قاعده می‌گردد همچنین در اجاره، منافع مانند اعیان مورد معامله قرار می‌گیرد. ثانیاً همان‌گونه که استیلا بر اعیان تحقق می‌یابد، بر منافع نیز محقق می‌شود و هر ید عدوانی که بر عین مسلط می‌گردد، بر منافع نیز مسلط می‌شود؛ چه منافع مستوفات و چه منافع غیر مستوفات. (حلی، ۱۴۰۸، ۲: ۳۷۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲: ۳۶۷)

برخی از فقهای دیدگاه مشهور را درباره شمول قاعده «علی الید» بر ضمان منافع، مورد نقد قرار داده و گفته‌اند که این قاعده، دلالت بر ضمان منافع ندارد؛ زیرا در این قاعده، کلمه «اخذ» وجود دارد که تنها بر اخذ «عین» یا خود مال صدق می‌کند؛ اما منافع غیر مستوفات قابلیت اخذ را ندارند. هر چه اخذ گردیده، مضمون است و اخذ کننده باید خسارت آن را پرداخت کند. منافع که اخذ نشده، ضمان هم ندارد.



(انصاری، ۱۴۱۵، ۳: ۱۰۴) افزون بر آن، اگر ید به معنای تسلط باشد، استیلا بر اشیای موجود قابل صدق است و استیلا بر شیء معدوم قابل تحقق نیست. از طرف دیگر، منافع غیر مستوفات معدوم است. (نراقی، ۱۳۹۶، ۲: ۵۷۸)

در پاسخ این اشکال گفته شده که اولاً: کلمه اخذ به معنای گرفتن نیست، بلکه به معنای تسلط و استیلا است و استیلا هم بر عین صدق می‌کند و هم بر منافع؛ ثانیاً: اگر اضافه استیلا بر مستولی علیه، اضافه مقولیه باشد، باید هر دو موجود باشند؛ اما در اینجا، اضافه مقولیه نیست، بلکه اضافه اعتباری و قراردادی است و در این نوع اضافه لازم نیست که مضاف الیه حتماً موجود باشد. پس دلالت قاعده علی الید بر ضمان منافع، چه مستوفات و چه غیر مستوفات، دلالت دارد. (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ۱: ۲۶۶-۲۶۷)

### نتیجه گیری

مسئولیت مدنی از مباحث مهم حقوقی به شمار می‌رود که در روابط اجتماعی از نظر حقوقی به صورت وسیع کاربرد دارد و ناظر بر جبران خساراتی است که بر افرادی توسط افعال ارادی و غیرارادی دیگران وارد می‌گردد. اگرچه مسئولیت مدنی با ساختار، مبانی و محتوای خاص خود در حقوق موضوعه مغرب زمین به وجود آمد و در منابع و ابواب فقه اسلامی اصطلاح مسئولیت مدنی یا ترجمه و معادل عربی آن موجود نیست؛ اما محتوای مسئولیت مدنی در فقه اسلامی از بدو شکل گیری آن موجود بوده است و در مهم ترین منبع فقه یعنی قرآن کریم و احادیث و روایات پیغمبر اکرم (ص) دیده می‌شود که اصطلاحاً به آن، «ضمان» یا «ضمان قهری» گفته می‌شود. آنچه نباید مغفول بماند اینکه بیشترین توجه تئوری پردازان و تحلیل گران مسئولیت مدنی، جبران حداکثری خسارات وارده بر آسیب دیدگان است. با تئوریزه کردن مبنا و قاعده واحد به این مقصود نائل آیند. به همین دلیل دیدگاه‌های «تقصیر»، «خطر» و «تضمین حق» شکل گرفته است تا به مبنا و قاعده واحدی که بتواند خسارات وارده را به صورت کامل یا قریب به آن، جبران کند، برسد. در فقه اسلامی نیز برخی



از محققان به دنبال یافتن مبنا و قاعده واحد فقهی برای مسئولیت مدنی هستند که «استناد عرفی» را برای این منظور تئوریزه کرده‌اند. بر پایه این دیدگاه، استناد عرفی مبنای فقهی مسئولیت مدنی است و همه آسیب‌ها و خساراتی که باید جبران گردد، بر معیار آن، قابل توجیه است. برخی نیز با معیوب و ناکارآمد دانستن استناد عرفی، «قاعده احترام» را به‌عنوان مبنای فقهی مسئولیت مدنی معرفی نموده است.

واقعیت آن است که نه استناد عرفی و نه قاعده احترام، هیچ‌کدام نمی‌توانند به‌تنهایی مبنای فقهی مسئولیت مدنی باشد، بلکه در فقه اسلامی با قواعد و مبانی متعدد و مختلف در زمینه «ضمان» مواجه هستیم که هرکدام به بخشی از مبنای ضمان دلالت دارد؛ به سخن دیگر، ضمان یا مسئولیت مدنی در فقه، دارای مبنای واحد نیست، بلکه دارای مجموعه‌ای از مبانی است در برخی موارد، قاعده «علی الید» مبنای ضمان قرار می‌گیرد و در موارد دیگر، قاعده «اتلاف» مبنای ضمان است و گاهی قاعده «لاضرر» مبنای ضمان قرار می‌گیرد و گاهی هم قاعده «غرور».



## فهرست منابع

### قرآن کریم

۱. ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. احسانی، ابن ابی جمهور، (۱۴۰۵ ق)، عوالی اللالی العزیزیه، قم: دار سید الشهداء للنشر.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ ق)، مکاسب، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۴۰۵ ق)، الحدائق الناضره، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. باریکلو، علیرضا، (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی، تهران: نشر میزان.
۷. بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ ق)، القواعد الفقهیه، قم: الهادی.
۸. جعفری تبار، حسن، (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی کالا، تهران: مؤسسه انتشارات دادگستر.
۹. جوان، موسی، (۱۳۲۶)، مبانی علم حقوق، تهران: چاپ رنگین.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت.
۱۱. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، (۱۴۱۷ ق)، العناوین، قم: جامعه مدرسین.
۱۲. حکمت‌نیا، محمود، (۱۳۸۶)، مسئولیت مدنی در فقه امامیه (مبانی و ساختار)، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲ ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه احیای آثار امام خویی.
۱۴. \_\_\_\_\_، (۱۴۲۳ ق)، مصباح الفقاهه، بیروت: دار الهادی.



۱۵. \_\_\_\_\_، (۱۴۲۸ ق)، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲، چاپ سوم، قم: مؤسسه احیای آثار امام خویی.
۱۶. \_\_\_\_\_، (بی‌تا)، المستند فی شرح العروة الوثقی (۴ جلدی)، قم: لطیفی.
۱۷. ژوردن، پاتریس، (۱۳۸۵)، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، تهران: نشر میزان.
۱۸. صدر، سید محمد باقر، (۱۳۹۱ ق)، بحوث فی شرح العروة الوثقی، نجف: مطبعة الآداب.
۱۹. صفایی، سید حسین، (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
۲۰. طریحی، فخرالدین، (۱۴۱۶ ق)، مجمع البحرین، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن، (۱۲۸۳ ق)، الخلاف، تهران: مکتبه المرتضویه.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتبه المرتضویه.
۲۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: کتابفروشی داوری.
۲۴. فاضل تونی، عبدالله (۱۴۱۵ ق)، وافیه فی اصول الفقه، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۵. قاسم‌زاده، سید مرتضی، (۱۳۸۷)، مبانی مسئولیت مدنی، تهران: نشر میزان.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، الزام‌های خارج از قرارداد، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۷. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ ق)، الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۲۸. محقق حلی، نجم الدین (۱۴۰۸ ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ ق)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۰. مصطفوی، سیدکاظم، (۱۴۲۱ ق)، مائة قاعدة فقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



۳۱. نائینی، میرزا حسین، (۱۴۱۳ ق)، المكاسب و البیع، قم: انتشارات اسلامی.
۳۲. نجفی، محمد حسن، (۱۹۸۱ م)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۳. نراقی، احمد بن محمد، (۱۳۹۶ ق)، مستند الشیعه، تهران: مکتبه المرتضویه.
۳۴. نراقی، مولی احمد، (۱۴۱۷ ق)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۵. یوسفوند، زینب و دیگران، (۱۳۹۷)، ضمان طیب در فقه امامیه و مذاهب اربعه، تهران، فصل نامه علمی پژوهشی قرآن و طب، دوره ۳، شماره ۲.



# مبنای مسئولیت مدنی در فقه (۲)<sup>۱</sup>

عبدالله جعفری<sup>۲</sup>

## چکیده

مسئولیت مدنی بحث از ضمان خسارت‌ها، نقص‌ها و ضررهایی را شامل می‌شود که شخص بر بدن، حق یا مال دیگری وارد می‌کند که در چه صورتی عامل زیان مسئول خسارت وارده بر زیان دیده 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 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. قسمت اول این مقاله تحت عنوان «مبنای مسئولیت مدنی در فقه (۱)» در شماره چهارم نشریه یافته‌های فقهی اصولی منتشر شده است.

۲. گروه فقه، مجتمع عالی فقه، جامعه المصطفی العالمیه، بامیان، افغانستان.



## مقدمه

برای دستیابی به مبنای مسئولیت مدنی، قسمت اول این مقاله، نظریه‌های مسئولیت مدنی در حقوق را پوشش داده و ضمن بیان نظریه تقصیر، نظریه خطر و نظریه تضمین حق، نظریه‌های مسئولیت مدنی در فقه اسلامی را مطرح نموده که به پیگیری برخی از مباحث آن توفیق یافته است. در قسمت دوم این مقاله، ضمن بیان مبانی فقهی در مسئولیت مدنی، نظریه تقصیر، نظریه خطر و نظریه تضمین حق از منظر فقه نیز بررسی گردیده‌اند.

### مبنای مسئولیت مدنی بر اساس مبانی فقهی

نظریه‌های فقهی و قواعد آن مبتنی بر دلایل و مبانی فقهی است و هیچ نظریه و قاعده‌ای بدون مستندات فقهی معتبر شکل نمی‌گیرد، ازاین‌رو در عمیق‌ترین سطح بحث لازم است دلایل مبنای مسئولیت مدنی را بررسی نماییم که چیست؟ آیا می‌توان نظریه خطر را از آن اثبات کرد؟ برای اثبات مدعا می‌توان به دلایل زیر تمسک جست:

#### دلیل اول: روایت نبوی (ص)

روایت نبوی (ص) مشهور «(عَلَى الْيَدِ مَا اخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ)» دلالت می‌کند که هر آنچه را شخص بر آن استیلا یافته، مسئولیت آن بر عهده گیرنده است تا ادا نماید. این قاعده هم در سطح قواعد فقهی قابل استناد است و هم در سطح مبانی فقهی؛ زیرا هم به‌عنوان قاعده فقهی مورد استناد قرار می‌گیرد و هم به‌عنوان روایت نبوی. گستره این قاعده سابقاً مورد بررسی قرار گرفت و از نظر مفهوم دلالت آن بر مسئولیت مدنی با نظریه خطر سازگار است.

مهم‌ترین اشکالی که فراروی این استدلال قرار دارد، اشکال سندی این روایت است. روایت از نظر سندی مرسل است، ازاین‌رو نمی‌توان به آن استناد کرد. استدلال به روایت مذکور در صورتی تمام است که روایت از نظر سندی کامل باشد؛ اما این روایت به لحاظ سندی مرسل است ازاین‌رو نمی‌توان به آن استناد کرد.

از این اشکال دو پاسخ می‌توان داد:





پاسخ اول اینکه در باب عمل به روایت دو نظریه وجود دارد. یکی نظریه کسانی که قائل اند عمل مشهور ضعف سند را جبران می‌کند و دیگری نظریه کسانی که عمل مشهور را جابر ضعف سند نمی‌دانند. استدلال به روایت حداقل طبق نظریه اول تمام است.

ممکن است این پاسخ مورد نقد قرار بگیرد که عمل به این روایت ضعیف در صورتی صحیح است میان فقهای گذشته شیعه مورد قبول قرار گرفته باشد، در حالی که این روایت از نظر فقهای گذشته قابل قبول نیست. از این رو سید مرتضی از آن به عنوان روایت عامی یاد می‌کند و می‌گوید:

لأنهم رووا عن النبي<sup>(ص)</sup> أنه قال: على اليد ما أخذت حتى ترده؛ عامه از پیامبر روایت کرده‌اند که فرمود: ید ضامن چیزی است که آن را اخذ کرده است. (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۳۱۷)؛

این تعبیر می‌رساند که روایت از طریق عامه نقل شده و در نزد فقهای شیعی ثابت نبوده است. افزون بر این که این پاسخ اشکال را بر اساس تمامی مبانی حل نمی‌کند.

پاسخ آن است که تنها سید مرتضی در مورد روایت این‌گونه تعبیر می‌کند، ولی اگر به کلمات شیخ طوسی و فقهای بعد از ایشان نگریسته شود، این روایت مورد قبول قرار گرفته است. از این رو برخی از فقها تعبیر نموده‌اند شهرت این روایت موجب وثوق به صدور این روایت می‌شود. محقق بجنوردی می‌گوید:

وهذا الحديث الشريف من ناحية السند من جهة شهرته بين الفريقين غني عن البحث والتكلم فيه، من جهة أنّ هذه الشهرة توجب الوثوق بصدوره منه صلّى الله عليه وآله وقد تقرّر في الأصول أنّ موضوع الحجية الخبر الموثوق الصدور؛ این حدیث شریف از ناحیه سند به جهت شهرت آن میان فریقین بی‌نیاز از بحث و سخن است؛ زیرا شهرت این روایت موجب وثوق به صدور آن از پیامبر<sup>(ص)</sup> می‌شود و در اصول ثابت شد خبر موثوق الصدور حجت است. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲: ۱۰۷)

پاسخ دوم: ما تأکید بر نص روایت نداریم، بلکه این روایت مبین سیره عقلا است

که بر اساس آن مطلق ید، ضامن است و این سیره از سوی ائمه<sup>(ع)</sup> مورد تأیید قرار گرفته و هیچ نصی برخلاف آن وارد نشده، پس معتبر است.

### دلیل دوم: روایت احترام مال مسلم

در روایات متعدد با سندهای معتبر آمده است که مال مسلمان همانند خون او محترم است، مانند روایات زیر:

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَصَّالَةَ بِنِ أَيْوَبَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ<sup>(ع)</sup> قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ<sup>(ص)</sup> سَبَابُ الْمُؤْمِنِ فُسُوقٌ وَقِتَالُهُ كُفْرٌ وَ أَكْلُ لَحْمِهِ مَعْصِيَةٌ وَ حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ؛ از امام باقر<sup>(ع)</sup> نقل شده که رسول خدا<sup>(ص)</sup> فرمود: دشنام دادن به مؤمن موجب فسق می‌شود و جنگیدن با او در حد کفر است و خوردن گوشت او معصیت است و مال او بسان خون او محترم است. (کلینی، ۱۳۶، ۲: ۳۶۰)

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْمَجَالِسِ وَ الْأَخْبَارِ بِإِسْنَادِهِ الْآتِي عَنْ أَبِي ذَرٍّ عَنِ النَّبِيِّ<sup>(ص)</sup> فِي وَصِيَّةٍ لَهُ قَالَ يَا أَبَا ذَرٍّ سَبَابُ الْمُسْلِمِ فُسُوقٌ وَقِتَالُهُ كُفْرٌ وَ أَكْلُ لَحْمِهِ مِنْ مَعْاصِيِ اللَّهِ وَ حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ؛ در وصیت رسول خدا<sup>(ص)</sup> به ابوذر آمده است که فرمود: دشنام دادن به مؤمن موجب فسق می‌شود و جنگیدن با او در حد کفر است و خوردن گوشت او معصیت است و مال او بسان خون او محترم است. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۲: ۲۸۰-۲۸۱)

کیفیت استدلال به این روایت این‌گونه است که روایت به‌طور صریح بر احترام مال مسلمان هم‌پایه احترام خون مسلمان دلالت دارد و لازمه احترام مال این است که هیچ‌گاه مال مسلمان هدر نمی‌رود؛ هرگونه تلفی چه از روی تقصیر باشد یا نباشد، ضمان دارد مگر این‌که یکی از اسباب سقوط ضمان فراهم باشد. امام خمینی نیز به این روایت برای اثبات قاعده اتلاف استناد می‌کند و بر اساس آن هر نوع اتلافی را موجب ضمان می‌داند. (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۲: ۲۷۹)



## دلیل سوم: سیره عقلا

دلالت سیره عقلا بر مسئولیت مدنی را می توان این گونه بیان کرد:

بنای عقلای عالم بر این مبنا استوار است که اگر شخصی دارای اموال، منافع و حقوقی باشد که از طریق مشروع به دست آورده است، جز با اجازه او از ملکیت صاحب مال خارج نشود و کسی جز با رضایت صاحب مال تصرف ننماید و مالکیت انسان بر اشیا و منافع و حقوق مستدعی چنین امری است. این سیره به وسیله شرع اسلام امضا شده، بلکه کلمات از پیامبر و ائمه معصومین بر تقریر این سیره صادر شده است مانند روایت معروف «لا یحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه» یا «حرمة مال المسلم کحرمة دمه»، این روایات در واقع تقریر این سیره است.

مقتضای این سیره آن است که اگر متصرف مال دیگری را بدون اجازه صاحب مال تلف نماید، ضامن مال است، چه اتلاف از روی تقصیر باشد یا بدون تقصیر، چه از روی علم باشد یا از روی غفلت و بی توجهی. این تقریر از بیان برخی از فقهای معاصر قابل استفاده است. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲: ۲۱۸)

## دلیل چهارم: روایات

از روایات متعدد در ابواب مختلف استفاده می شود، در صورتی که یکی از اسباب رافع ضمان نباشد، هر نوع ایجاد خسارتی موجب ضمان است و ما شواهدی را از ابواب مختلف می آوریم:

### الف) روایات ناظر به خسارت متاع

عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ ابْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سَرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(۴)</sup> فِي رَجُلٍ حَمَلَ مَتَاعًا عَلَى رَأْسِهِ فَأَصَابَ إِنْسَانًا فَمَاتَ أَوْ انْكَسَرَ مِنْهُ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ؛ راوی می گوید از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد مردی سؤال کردم که متاعی را بر روی سر حمل می کند اگر با شخصی برخورد نماید، انسان بمیرد یا چیزی از متاع کسر شود حکم چیست؟ حضرت فرمود ضامن است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۰)

اطلاق این روایت فرض عدم تعدی و تقصیر را نیز شامل می شود.



## ب) روایات ناظر به دیه انسان

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْخَطَّابِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ صَالِحِ بْنِ عُقْبَةَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى <sup>(ع)</sup> قَالَ قَضَى اميرالمؤمنين <sup>(ع)</sup> فِي فَرَسَيْنِ اضْطَدَمَا فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَضَمَّنَ الْبَاقِيَ دِيَةَ الْمَيِّتِ؛ امام کاظم <sup>(ع)</sup> می فرماید امیرالمؤمنین <sup>(ع)</sup> در مورد دو سواری که با همدیگر برخورد نمودند و یکی از آن دو وفات کرد، این گونه قضاوت کرد که شخص دیگر ضامن دیه میت است. (طوسی، ۱۳۶۵، ۲۸۳: ۱۰)

اطلاق این روایت فرض عدم تعدی و تفریط را هم شامل می‌شود.

عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ الْجَهْمِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ <sup>(ع)</sup> أَيَّمَا ظُنُرٍ قَوْمٍ قَتَلْتُ صَبِيًّا لَهُمْ وَ هِيَ نَائِمَةٌ فَأَنْقَلَبْتُ عَلَيْهِ فَقَتَلْتُهُ فَإِنَّ عَلَيْهَا الدِّيَةَ مِنْ مَالِهَا خَاصَّةً إِنْ كَانَتْ إِنْمَّا ظُنُرَتْ طَلَبَ الْعِرْزِ وَالْفَخْرِ وَإِنْ كَانَتْ إِنْمَّا ظُنُرَتْ مِنَ الْفُقَرِ فَإِنَّ الدِّيَةَ عَلَى عَاقِلَتِهَا؛ هر دایه‌ای که کودکی را در اثر غلتیدن در خواب بکشد، اگر به منظور طلب جاه و فخر و فریاد پروری پرورش کودک را قبول کرده باید خود دیه بدهد و اگر به خاطر اجرت و فقر پرورش دیه را قبول کرده، دیه او بر عاقله است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۷۰)

وَرَوَى ابْنُ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ وَغَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ <sup>(ع)</sup> أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ امْرَأَةٍ أَعْتَفَ عَلَيْهَا الرَّجُلُ فَرَعَمَ أَنَّهَا مَاتَتْ مِنْ عُنْفِهِ عَلَيْهَا قَالَ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ؛ از امام صادق <sup>(ع)</sup> در مورد زنی سؤال شد که در اثر شدت به خرج دادن مرد در مباشرت و نزدیکی مرده است، حکم آن چیست؟ گفت دیه کامل بر عهده مرد است و قصاص نمی‌شود. (صدوق، ۱۴۱۳، ۴: ۱۱۱)

اطلاق این روایت نیز شامل فرض عدم تعدی و تفریط نیز می‌شود. ممکن است اشکال شود این روایت با روایت زیر معارض است و در نتیجه، نمی‌توان به آن استدلال کرد:

عَلَى عَنْ أَبِيهِ عَنْ صَالِحِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ يُونُسَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ <sup>(ع)</sup> قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَعْتَفَ عَلَى امْرَأَتِهِ أَوْ امْرَأَةٍ أَعْتَفَتْ عَلَى زَوْجِهَا فَقَتَلَ



أَحَدُهُمَا الْآخَرَ قَالَ لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا إِذَا كَانَا مَأْمُومِينَ فَإِنِ اتَّهَمَا الْزَمَهُمَا الْيَمِينُ بِاللَّهِ  
 أَنَّهُمَا لَمْ يَرِيدَا الْقَتْلَ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد مردی که در نزدیکی و مباشرت شدت  
 به خرج داده و همین طور در مورد زنی که شدت به خرج داده و یکی دیگری را کشته  
 است حکم چیست؟ حضرت فرمود: چیزی به عهده آن دو نیست، اگر متهم باشند  
 ملزم به سوگند می شوند که اراده قتل نداشته اند. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۲۹۴)  
 شیخ طوسی این روایت را حمل بر رفع قصاص کرده است. از این رو با روایت اول  
 منافات ندارد. (طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰: ۲۱۰)

### ج) روایات ضمان قهری معاملات

عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادِ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup>  
 قَالَ سُئِلَ عَنِ الْقَصَّارِ يَفْسِدُ قَالَ كُلُّ أَحْيِرٍ يَعْطَى الْأَجْرَ عَلَى أَنْ يَصْلَحَ فَيُفْسِدُ فَهُوَ  
 ضَامِنٌ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد قصاری که پارچه را خراب می کند حکم چیست؟  
 امام فرمود: هر اجیری که اجرت داده می شود و در مقابل اصلاح کار، آن را فاسد  
 می کند، ضامن است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۵: ۲۴۱)

این روایت نیز هر نوع تلفی را موجب ضمان می داند حتی اگر تقصیری را مرتکب  
 نشده باشد. البته این روایت هر نوع تلف قهری را شامل نمی شود، خصوص باب  
 ضمان قهری معاملات را شامل می شود.

عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> أَنْ  
 امیرالمؤمنین ع رَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَصْلَحَ بَابًا فَضَرَبَ الْمِسْمَارَ فَأَنْصَدَعَ  
 الْبَابُ فَضَمَّنَهُ؛ امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup>؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> نقل شده است مرافعه ای به حضور  
 امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> رسید، مردی کسی را برای اصلاح خانه ای اجیر کرد و میخ را کوبید  
 و «درب» خانه پاره شد، امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> نجار را ضامن دانست. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳:

(۱۳۲)

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ عَنِ أَبِي الصَّبَّاحِ عَنْ أَبِي عَبْدِ  
 اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الثُّوبِ أَذْفَعُهُ إِلَى الْقَصَّارِ فَيَحْرِقُهُ قَالَ أَعْرِمُهُ فَإِنَّكَ إِنَّمَا دَفَعْتَهُ إِلَيْهِ

لِيُصْلِحَهُ وَلَمْ تَدْفَعْ إِلَيْهِ لِيُفْسِدَهُ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> دربارهٔ پارچه‌ای سؤال شد که به قصار سپرده شده و قصار آن را سوزانده است. امام<sup>(ع)</sup> فرمود: غرامت آن را بده؛ زیرا متاع را به این منظور داده بود تا اصلاح نماید نه آن که آن را خراب کند. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۲)

الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> عَنِ الْقَصَّارِ هَلْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ فَقَالَ نَعَمْ كُلُّ مَنْ يَعْطَى الْأَجْرَ لِيُصْلِحَ فَيُفْسِدُ فَهُوَ ضَامِنٌ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد قصار سؤال شد که آیا ضامن است یا خیر؟ فرمود بله هر شخصی که در برابر کاری اجرت داده شود تا اصلاح نماید، پس اگر آن را فاسد کرد، ضامن است. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۲)

استدلال به این روایات دو اشکال دارد؛

اولاً معارض با روایات دیگر است، مانند این روایات:

الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَيْسَى وَابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الصَّبَّاحِ وَالْقَصَّارِ فَقَالَ لَيْسَ يَضْمَنَانِ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد صباغ و قصار سؤال شد، فرمود ضامن نیستند. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۲)

عَلَى عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ يُونُسَ قَالَ سَأَلْتُ الرَّضَاءَ<sup>(ع)</sup> عَنِ الْقَصَّارِ وَ الصَّابِغِ يَضْمَنُونَ قَالَ لَا يَصْلُحُ النَّاسُ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَضْمَنُوا؛ از امام رضا<sup>(ع)</sup> در مورد قصار و رنگرز سؤال شد که آیا ضامن اند؟ فرمود: ضامن نیستند مگر در صورتی که ضامن قرار داده شوند. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۳)

ثانياً طبق روایت امام علی<sup>(ع)</sup> دانسته می‌شود که حکم به ضمان در ابواب معاملات مانند اجیر، حکم حکومتی بوده است.

عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ كَانَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ<sup>(ع)</sup> يَضْمَنُ الصَّبَّاحَ وَالْقَصَّارَ وَالصَّابِغَ اخْتِطَاءً عَلَى أُمَّتِهِ النَّاسِ وَكَانَ لَا يَضْمَنُ مِنَ الْغَرَقِ وَالْحَرَقِ وَالشَّيْءِ الْغَالِبِ؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> فرمود امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> به منظور احتیاط در اموال مردم، رنگرز و قصار و سازنده را ضامن قرار داد؛ اما اگر در اثر غرق شدن یا حریق یا چیزی دیگری تلف شود، کسی را ضامن نشمرد. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۱)



روایات دیگری می‌رساند که این حکم امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> از سوی سایر ائمه<sup>(ع)</sup> امضا شده است:

عَلَى بَنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ كَانَ عَلِيٌّ<sup>(ع)</sup> يَضْمَنُ الْقَصَّارَ وَ الصَّانِعَ احتياطاً وَ كَانَ أَبِي يَتَطَوَّلُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَأْمُوناً؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> می‌فرماید: امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> قصار و رنگرز را از روی احتیاط بر اموال مردم ضامن قرار داد؛ اما پدرم از روی تفضل در صورتی که شخص امین بود او را ضامن قرار نمی‌داد. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۳)

الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ فَصَّالَةَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ كَانَ عَلِيٌّ<sup>(ع)</sup> يَضْمَنُ الْقَصَّارَ وَ الصَّانِعَ يَحْتَاطُ بِهِ عَلَى أَمْوَالِ النَّاسِ وَ كَانَ أَبُو جَعْفَرٍ<sup>(ع)</sup> يَتَفَضَّلُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَأْمُوناً؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> می‌فرماید: امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> قصار و رنگرز را از روی احتیاط بر اموال مردم ضامن قرار داد؛ اما پدرم از روی تفضل در صورتی که شخص امین بود او را ضامن قرار نمی‌داد. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۳)

تعبیر از روی تفضل می‌رساند که امام باقر<sup>(ع)</sup> به حکم حکومتی امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> اجیر را ضامن می‌دانست؛ اما از روی تفضل چیزی از آنان نمی‌گرفت. حال چگونه میان این دو دسته روایات جمع کرد؟ ما در صدد بیان حل تعارض نیستیم، به هر روی روایات مذکور با وجود تعارض، قابل استدلال برای ضمان هر نوع تلفی نیست.

### د) روایات ضمان طیب

عَلَى بَنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ قَالَ امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> از امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> روایت می‌کند که فرمود: هر کس طبابت نماید یا به علاج حیوانات بپردازد باید از ولی مریض و صاحب حیوان برائت از ضمان بگیرد و الا ضامن است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۶۴)

این روایت به اطلاق خود شامل فرض عدم تعدی و تفریط نیز می‌شود.

## نتیجه نهایی

ادله مذکور نشان می‌دهد که تقصیر در ضمان نقش ندارد، بلکه هر نوع تلف که در اثر فعل عامل زیان صورت بگیرد، موجب ضمان است.

## دیدگاه دوم: نظریه تقصیر

ممکن است از نظریه فقهای شیعی این‌گونه استفاده شود که آنان قائل به نظریه تقصیرند، در صورتی عامل زیان ضامن است که از روی تقصیر و کوتاهی موجب خسارت بر مال دیگر شود. برخی از حقوق‌دانان این نظریه را به حقوق اسلامی نسبت داده‌اند. (ناصر کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۱۸) برای این نظریه می‌توان به دلایل زیر استناد کرد:

## دلیل اول: سخنان فقها

از سخنان فقها در ابواب مختلف استفاده می‌شود که معیار در مسئولیت مدنی تقصیر عامل زیان است. اگر عامل زیان در اثر تقصیر موجب زیان شود، ضامن است و اگر تقصیری نباشد، ضامن نیست. به‌عنوان نمونه می‌توان به سخن علامه حلی استناد کرد که می‌گوید:

الفصل الثانی: فی موجبات الضمان وینظمها شیء واحد و هو التقصیر و أسبابه سته؛ فصل دوم در مورد موجبات ضمان است و جامع آنها یک چیز است و آن تقصیر است و اسباب ضمان شش امر است. (حلی، ۱۴۱۰، ۲: ۱۸۴)

سپس علامه حلی اسباب را می‌شمارد که عبارتند از: انتفاع بردن از مال، به ودیعه گذاشتن در نزد شخص دیگر، کوتاهی در دفع موجبات تلف، مخالفت در کیفیت حفظ و نگهداری مال، ضایع کردن مال.

سخن فقها در مقام استنباط احکام، دلیل شرعی به شمار نمی‌رود؛ اما در مباحث حقوقی می‌توان به آن استناد کرد و در مباحث فقهی آن سخن را مورد نقد و بررسی قرارداد، از این رو کلمات فقها نیز در این بحث دارای اهمیت است.



## بررسی دلیل اول

اصل این سخن که فقها در ابواب مختلف فقهی سخن از ضمان در اثر تعدی و تفریط گفته‌اند، درست است، ولی این سخن را به‌طور مطلق نگفته‌اند، فقط درجایی حکم به ضمان بر معیار تعدی و تفریط نموده‌اند که شخص امین بوده، ولی امانت در اثر تعدی و تفریط تلف شده است. درحالی‌که مورد بحث خصوص ضمان امین نیست، بلکه محل بحث روی مبنای مسئولیت مدنی به‌طور مطلق است که چه اموری موجب ضمان می‌شود.

در مورد علامه حلی نیز نمی‌توان این نظریه را نسبت داد که قائل است مبنای مسئولیت مدنی تقصیر است؛ زیرا علامه حلی در خصوص باب ودیعه معتقد است فقط تقصیر معیار ضمان است، واضح است این معیار در سایر ابواب جاری نمی‌شود. شاهد مدعا این‌که علامه حلی در تذکره به این معنا تصریح می‌کند که این سبب اختصاص به ودیعه دارد. چنانکه می‌گوید:

اعلم أنّ الودیعة تستتبع أمرین: الضمان عند التلف و الردّ عند البقاء، لكنّ الضمان لا یجب علی الإطلاق، بل إنّما یجب عند وجود أحد أسبابه و ینظمها شیء واحد هو: التقصیر و لو انتفی التقصیر فلا ضمان؛ لأنّ الأصل فی الودیعة أنّها أمانة محضّة لا تُضمن بدون التعدّي أو التفریط؛ بدان‌که ودیعه دو چیز را به دنبال دارد: ضمان در فرض تلف و وجوب رد در صورت بقای مال؛ اما ضمان به‌طور مطلق واجب نیست، در صورتی واجب است که یکی از اسباب ضمان فراهم گردد و تمام آن اسباب را یک چیز در بر می‌گیرد و آن تقصیر است. اگر تقصیر منتفی شود، ضمانی نخواهد بود؛ زیرا اصل در ودیعه آن است که امانت محض است و جز با تعدی و تفریط ضمان در کار نیست. (حلی، بی‌تا، ۱۶: ۱۵۳)

## دلیل دوم: روایات

از روایات بسیاری استفاده می‌شود که مبنای مسئولیت مدنی تقصیر است. پاره‌ای از روایات را برای اثبات این مدعا می‌آوریم:

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> عَنِ الرَّجُلِ يَحْفِرُ الْبُئْرَ فِي دَارِهِ أَوْ فِي مَلِكِهِ فَقَالَ مَا كَانَ حَفَرَ فِي دَارِهِ أَوْ فِي مَلِكِهِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ وَمَا حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا يَسْقُطُ فِيهَا؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد فردی که چاه را در خانه یا ملکش حفر می‌کند، سؤال شد؟ امام فرمود: آنچه را در ملک خود حفر می‌کند، ضامن ندارد و آنچه را در راه یا در ملک دیگران حفر می‌کند، ضامن چیزی است که در چاه می‌افتد. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۰)

عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ خَالِدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَحْفِرُ الْبُئْرَ فِي دَارِهِ أَوْ فِي أَرْضِهِ فَقَالَ أَمَا مَا حَفَرَ فِي مَلِكِهِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ وَأَمَا مَا حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي غَيْرِ مَا يَمْلِكُهُ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا يَسْقُطُ فِيهِ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> نقل شده است هرگاه شخص در خانه یا زمینش چاهی حفر کند و شخصی در آن بیفتد آیا ضامن است؟ امام فرمود چاهی را که شخص در ملک خود حفر کرده ضامن ندارد، اما اگر در راه یا در ملک غیر حفر نماید، ضامن است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۰)

واضح است امام درصدد بیان ارائه معیار است که معیار در ضامن تقصیر است؛ زیرا وقتی شخص در ملک غیر یا در راه دیگران چاه حفر می‌کند کاری است که تقصیر بر آن صادق است.

عَلَى عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّيْءِ يَوْضَعُ عَلَى الطَّرِيقِ فَتَمُرُّ الدَّابَّةُ فَتَنْفِرُ بِصَاحِبِهَا فَتَعْقِرُهُ فَقَالَ كُلُّ شَيْءٍ يَضُرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ لِمَا يَصِيبُهُ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد چیزی که در راه قرار داده می‌شود و مرکب از آنجا عبور نموده و رم می‌کند و به او آسیب می‌رساند، حکم چیست؟ امام فرمود: هر چیزی که در راه مسلمین به مسلمین ضرر رساند، صاحب آنشی، ضامن خسارت است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۰)

این روایت نیز از ضامن تقصیری پرده برمی‌دارد.

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النَّعْمَانِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ





الْكِنَانِي قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) مَنْ أَصْرَبَ بِشَيْءٍ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ؛ امام صادق (ع) فرمود هر چیزی که در راه مسلمانان موجب ضرر شود، عامل زیان ضامن است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۰)

عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي رَجُلٍ حَمَلَ مَتَاعًا عَلَى رَأْسِهِ فَأَصَابَ إِنْسَانًا فَمَاتَ أَوْ انْكَسَرَ مِنْهُ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ؛ امام صادق (ع) در مورد مردی که متاعی را روی سر حمل می کرد و با انسانی بر خورد نمود و آن شخص فوت کرد یا چیزی از متاع کسر شد، حکم چیست؟ امام فرمود او ضامن است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۰)

عَلَى بَنِي إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) مَنْ أَخْرَجَ مِزَابًا أَوْ كَنِيفًا أَوْ أَوْتَدًا أَوْ أَوْثَقَ دَابَّةً أَوْ حَفَرَ بئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَأَصَابَ شَيْئًا فَعَطِبَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ؛ از امام صادق (ع) از پیامبر (ص) نقل می کند هر شخصی که میزاب یا چاه را بیرون نماید یا میخی را بکوبد یا مرکبی را ببندد یا چاهی را در راه مسلمانان حفر کند و کسی با آن برخورد نماید و تلف شود، عامل زیان ضامن است. این روایت نیز ضمان را بر اساس تقصیر می داند. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۰)

## بررسی دلیل دوم

بر اساس قواعد فقهی و عقلایی و نیز روایات، هر شخصی بر مال خود سلطه دارد و مجاز است از اموال خود به گونه مناسب و مشروع استفاده نماید، استفاده مناسب و مشروع از اموال به خودی خود موجب ضمان نمی شود، در صورتی موجب ضمان می شود که تعدی و تفریط صورت بگیرد. مورد این روایات جایی است که به صورت غیر مجاز اموال مورد استفاده قرار گرفته است، در چنین موردی تعدی و تفریط و تقصیر صادق است؛ اما نمی توان از آن قانون کلی استفاده کرد و مبنای مسئولیت مدنی در باب ضمان را به دست آورد.

## دیدگاه سوم: تضمین حق

نظریه تضمین حق بر آن است که مسئولیت مدنی ناشی از خسارت زیان دیده است به این معنا که اگر کسی از ناحیه فعل یا اموال شخص زیان ببیند، هر چند در این زیان تقصیری نداشته باشد، مسئول زیان وارد شده به زیان دیده است و باید آن را جبران نماید. فقط در صورتی ضمان رفع می شود که یکی از عوامل رافع ضمان نقش داشته باشد. به طور مثال صاحب کارخانه اگر تمامی اقدامات لازم را برای سلامتی کارکنان رعایت نماید با این حال کارخانه موجب نقص عضو یکی از کارکنان شود، باید خسارت وارده را به او پرداخت نماید. در فقه اسلامی دلایل زیر را می توان برای اثبات نظریه تضمین حق ارائه کرد:

### دلیل اول: قاعدة الغنم بالغرم

مفهوم قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم» این است کسی که از چیزی نفع می برد، خسارت آن نیز به عهده همان شخص است. فقها دایره این قاعده را محدود دانسته و گفته اند مقصود این است که اگر کسی از چیزی نفع می برد، همان چیز اگر تلف شود، خسارت تلف آن نیز به عهده منتفع است. کاشف الغطاء در ذیل قاعدة الغنم بالغرم می گوید:

فمعنی هاتین المادتين أو الثلاث ان المالك له منافع الشيء و غلته و عليه خسارته و غرامته؛ معنای این دو سه ماده این است که برای مالک منافع و محصول مال است و خسارت و ضرر آن نیز به عهده او است. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱: ۵۶)

به نظر می رسد قاعده درصدد بیان معنای دیگر است و معنای مذکور را نمی رساند؛ زیرا چه بسا ممکن است شخص از چیزی منتفع شود اما تلف آن مال به عهده آن شخص نباشد، مثل کسی که مالی را عاریه یا اجاره گرفته یا حق انتفاع دارد، تلف اشیای مذکور به عهده منتفع نیست، بلکه قاعده معنای دیگری را افاده می کند، اگر کسی از چیزی نفع می برد، همان چیز موجب خسارت شود، لازم است خسارت را منتفع جبران نماید، مثلاً اگر کسی حیوانی را اجاره کرده و حیوان موجب ضرر بر



شخص دیگر شود، مستأجر باید خسارت را بپردازد نه صاحب مال. قاعده چنین معنایی را می‌خواهد بگوید، این معنا دقیقاً با نظریه تضمین حق سازگار است.

### دلیل دوم: قاعده الخراج بالضمان

قاعده الخراج بالضمان مشابه قاعده من له الغنم فعلیه الغرم است؛ مفاد قاعده طبق فهم مشهور این است که منافع و محصول یک شیء در برابر ضمان عین است؛ اگر کسی ضامن عین بود منافع از آن او است. شیخ طوسی از قاعده همین معنا را فهمیده و می‌گوید:

إذا حصل من المبيع فائدة من نتاج أو ثمرة بعد القبض، ثم ظهر به عيب كان فيه قبل العقد، كان ذلك للمشتري وبه قال الشافعي وقال مالك: الولد يرد مع الام ولا يرد الثمرة مع الأصول وقال أبو حنيفة: يسقط رد الأصل بالعيب. دليلنا: إجماع الفرقة وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله قضى أن الخراج بالضمان؛ اگر از مبيع فایده مانند بچه یا ثمره‌ای بعد از قبض حاصل شود، سپس در آن عیب آشکار شود که قبل از عقد بوده است، فایده مال مشتری است و شافعی همین نظر را دارد و مالک گفته است بچه را باید همراه مادر به صاحب آن بازگرداند اما ثمره همراه درخت برگردانده نمی‌شود. ابوحنیفه می‌گوید: رد اصل در اثر عیب ساقط است. دلیل ما بر این مسئله اجماع طایفه و روایت نبوی<sup>(ص)</sup> است که عایشه از پیامبر اکرم<sup>(ص)</sup> روایت کرده است که پیامبر این‌گونه قضاوت کرد که فایده در برابر ضمان است. (طوسی، ۱۴۰۷، ۳: ۱۰۷)

تفسیرهای دیگری نیز از این روایت نبوی<sup>(ص)</sup> ارائه شده است که به سه مورد اشاره می‌کنیم:

- الف) مقصود از ضمان در حدیث نبوی<sup>(ص)</sup> ضمان قراردادی است نه ضمان قهری مانند ضمان غاصب، در ضمان قراردادی عامل با قرارداد و معامله، خسارت ناشی از تلف مال را به عهده می‌گیرد. در نتیجه منافع آن مال نیز ملک همان شخص است.
- ب) ممکن است مقصود از حدیث این معنا باشد که منافع عین در مقابل ضمان

تلف عین است. هر کس که تلف عین به عهده او باشد، محصول و منافع آن مال نیز مربوط به همان شخص است. طبق این تفسیر این قاعده همان مفاد قاعده الغنم بالغرم را می‌رساند. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱: ۵۶)

ج) به نظر می‌رسد این قاعده معنای دیگری را افاده می‌کند این‌که اگر کسی از مالی نفع می‌برد، اگر آن مال موجب ضرر بر شخصی شود، ضرر به عهده صاحب منفعت است. طبق این معنا اشکالات سابق وارد نیست.

### بررسی دلیل اول و دوم

پاسخ آن است که دلیل اول و دوم روایتی است که ضعف سند دارد و در صورتی روایت ضعیف پذیرفته می‌شود که مورد پذیرش مشهور فقهای امامیه باشد تا ضعف سند آن جبران شود و این روایت چنین مقبولیتی ندارد. آیت الله مکارم شیرازی می‌گوید:

وقد تعرض للقاعدة غیر واحد من المعاصرين، وردوا الاستدلال بها ولكن أكثر الأصحاب أهملوا ذكرها ولم يعتمدوا عليها في كتبهم؛ این قاعده را بسیاری از معاصرین متعرض شده و استدلال به آن را نپذیرفته‌اند، ولی بسیاری از اصحاب آن را ذکر نکرده و به آن اعتماد نموده‌اند. در نتیجه استناد به این روایت تمام نیست. (مکارم شیرازی، ۴۰۱۱، ۲: ۳۰۷)

افزون بر این طبق تفسیر صورت گرفته، با روایات جبار نیز منافات دارد؛ زیرا آن روایات این معنا را افاده می‌کند که مطلق مالکیت بر چیزی موجب نمی‌شود، هر ضرری از آن شیء بر کسی وارد شود، صاحب آن ضامن باشد.

### دلیل سوم: قاعده لاضرر

از قواعد مشهور فقهی حدیث نبوی (ص) لاضرر است. می‌توان برای اثبات نظریه تضمین حق به این قاعده تمسک کرد به این بیان، در مورد مفهوم قاعده سه رویکرد اساسی وجود دارد:

۱. نفی حکم ضرری: شیخ انصاری و آخوند خراسانی بر این عقیده‌اند که مفاد قاعده لاضرر نفی حکم ضرری است، لاضرر می‌گوید خداوند حکم ضرری جعل



نکرده است. نتیجه این بیان آن است که هر حکمی که از آن ضرر لازم آید، چه حکم وضعی باشد مثل لزوم بیع یا حکم تکلیفی باشد مثل وجوب وضو و روزه یا تکلیفی مباح باشد مثل داخل شدن در بوستان، این قاعده آن حکم را برمی‌دارد. (انصاری، بی‌تا، ۲، ۵۳۴) البته مختصر اختلافی میان شیخ انصاری و آخوند خراسانی است. شیخ انصاری آن را به لسان نفی حکم می‌داند و آخوند آن را به لسان نفی آثار. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱)

۲. **وجوب تدارک ضرر:** صاحب وافیہ بر این عقیده است که مدلول مطابقی روایت نفی ضرر تدارک نشده است و مدلول التزامی آن وجوب جبران خسارت ضرر است؛ زیرا هرگاه ضرر بر صاحب مال وارد شود، اگر تدارک شود عرفاً مثل آن است که ضرر وارد نشده است؛ اما اگر جبران نشود ضرر است و حدیث ضرر جبران نشده را از اسلام نفی می‌کند و به صورت مدلول التزامی می‌رساند که هر خسارتی باید جبران شود. (فاضل تونی، ۱۴۱۵: ۱۹۴)

۳. **نهی از ضرر:** شیخ الشریعه اصفهانی معتقد است مفاد حدیث نهی تکلیفی از ایراد ضرر است و نظایر آن در کتاب و سنت آمده است، مانند:

الْحَجَّ أَشْهَرُ مَعْلُومَاتٍ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ وَمَا تَفَعَّلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمُهُ اللَّهُ وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَىٰ وَاتَّقُونِ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ؛ (بقره: ۱۹۷) حج، در ماه‌های معینی است و کسانی که [با بستن احرام و شروع به مناسک حج] حج را بر خود فرض کرده‌اند، [باید بدانند که] در حج، آمیزش جنسی با زنان و گناه و جدال نیست و آنچه از کارهای نیک انجام دهید، خدا آن را می‌داند و زاد و توشه تهیه کنید که بهترین زاد و توشه، پرهیزکاری است و ای خردمندان پرهیزکار باشید.

در روایات آمده است: «لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ». (صدوق، ۱۴۱۳، ۲: ۶۲۱) در روایت دیگر آمده است: «لَاغَشَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ غَشِّ الْمُسْلِمِينَ حُسْرًا مَعَ الْيَهُودِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ لِأَنَّهُمْ أَغَشَّ النَّاسَ لِلْمُسْلِمِينَ». (صدوق، ۱۴۱۳، ۳: ۲۷۳) نفی در این روایات به معنای نهی است، در مورد بحث نیز متبادر از لاضرر نهی تکلیفی

از ایراد ضرر است. (شیخ الشریعة اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۴-۲۶)

امام خمینی نیز همین نظر را با این تفاوت که معتقد است لاضرر نهی سلطانی از ایراد ضرر است؛ یعنی حکم نهی از ضرر را پیامبر<sup>(ص)</sup> به‌عنوان حاکم مسلمین جعل کرده است و حکم شرعی الهی نیست. شاهد بر مدعا ظرف صدور حکم از پیامبر<sup>(ص)</sup> است. انصاری شکایت به پیامبر برد و پیامبر<sup>(ص)</sup> در مقام صدور حکم قضایی این جمله را انشا کرد و به‌طور طبیعی حکم انشا شده در مقام قضاوت مناسب با صدور حکم ولایی و سلطانی از جانب پیامبر<sup>(ص)</sup> است، به‌خصوص که در روایت نقل شده از طریق اهل سنت آمده است: قضی ان لا ضرر ولا ضرار (ر.ک. موسوی خمینی، ۱۳۶۰، ۱: ۵۰-۵۸)

اگر مدلول روایت را نهی تکلیفی یا سلطانی بدانیم، در این فرض مدلول روایت به‌طور مستقیم نهی از انجام عمل حرام است. به‌صورت مستقیم ضمان را نمی‌رساند؛ اما یکی از ارکان ضمان را درست می‌نماید و آن حرمت ایراد ضرر به شخص دیگر است. اگر یک جزء ثابت شد، اجزای دیگر را می‌توان از راه‌های دیگر ضمان اثبات کرد، ولی این احتمال در این مقام کارساز نیست؛ زیرا همان‌گونه که یکی از ارکان ضمان یعنی حرمت ضرر را اثبات می‌کند، رکن دوم را نیز دلالت دارد و آن استناد ضرر به فاعل است؛ زیرا در فرض عدم استناد نهی معنا ندارد، درحالی‌که این نظریه در صدد اثبات ضمان مطلق ضرر، حتی ضررهای غیرمستند به فاعل است.

اگر مدلول روایت را نفی ضرر جبران نشده بدانیم، واضح است که حدیث دلالت بر مسئولیت مدنی خسارت‌های وارد شده از سوی افراد به افراد دیگر دارد، به‌علاوه می‌توانیم برای اثبات نظریه خطر نیز استناد نماییم؛ زیرا طبق این تفسیر مطلق ضرر از دیگران نفی شده، اطلاق لاضرر هم ضررهایی را شامل می‌شود که مستند به فعل فاعل است و هم ضررهای را که از اموال شخص ناشی شده است؛ زیرا ضررهای قسم دوم از دو حال خارج نیست یا اصلاً کسی موظف به جبران آن نیست. این با اطلاق لاضرر منافات دارد و دلیل خاص بر عدم جبران آن نداریم یا باید بگوییم آن‌گونه از ضررها جبران می‌شود، این فرض با اطلاق لاضرر سازگار است. در نتیجه



طبق بعض احتمالات می‌توان به قاعده لاضرر برای اثبات نظریه تضمین حق استناد کرد.

اگر مفاد روایت نفی حکم ضرری باشد، نمی‌توان به این روایت برای اثبات ضمان استفاده کرد؛ زیرا این روایت فقط می‌رساند که احکام الهی ضرری نیست؛ اما ضرری از سوی بندگان به برخی دیگر وارد می‌شود یا نه؟ نفی و اثبات حکم آن را متعرض نمی‌شود. محقق نائینی برای عدم دلالت لاضرر بر اثبات ضمان این‌گونه استدلال می‌کند:

مفاد لاضرر نفی حکم است نه اثبات حکم و ضمان اثبات حکم است. در نتیجه لاضرر دلالتی بر اثبات ضمان ندارد؛ زیرا قاعده ناظر به احکامی است که از سوی شارع جعل شده و تردیدی نیست که تمامی احکام وجودی از سوی شارع جعل شده است؛ اما امور عدمی مانند عدم ضمان و عدم حرمت و امثال آن از سوی شارع جعل نشده است. در نتیجه قاعده این احکام را نمی‌گیرد و دلالت بر نفی آن‌ها نمی‌کند. بلکه اگر امور عدمی مانند عدم ضمان نیز احکامی شرعی بود تمسک به لاضرر برای نفی عدم ضمان صحیح بود و نتیجه آن اثبات ضمان می‌گردید. (نائینی، ۱۴۱۳، ۲: ۲۲۰) شهید صدر از این اشکال این‌گونه پاسخ می‌دهد:

طبق نظر محقق نائینی احکام تشریحی با «لاضرر» نفی شده است، اگر در لسان دلیل کلمه «لاحکم ضرری» ذکر می‌شد، اختصاص به احکام جعل شده از سوی شارع داشت؛ اما در لسان دلیل لاحکم نیامده، بلکه لاضرر آمده است. این عنوان ایجاب می‌کند که منفی صلاحیت نفی تشریحی را داشته باشد، اعم از این که وجود حکم باشد یا عدم حکم، واضح است ترخیص یا عدم ضمان هر چند عدمی است؛ اما صلاحیت آن را دارد که مورد نفی تشریحی قرار گیرد. در نتیجه نفی آن با لاضرر صحیح است. (صدر، ۱۴۲۸: ۳۰۵-۳۰۶)

اما این پاسخ شهید صدر را نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا اشکال محقق نائینی این است که نفی همواره به امر وجودی می‌خورد و با نبود امر وجودی نمی‌توان چیزی را نفی کرد.

## بررسی دلیل سوم

استدلال به قاعده لاضرر برای اثبات نظریه تضمین حق ناتمام است:

اولاً همان‌گونه که در استدلال گذشت، صرفاً طبق بعضی از احتمالات می‌توان نظریه تضمین حق را از روایت استفاده کرد، در حالی که نظریه مشهور فقهای شیعی آن است که روایت دلالت بر نفی حکم شرعی می‌کند و دلالت بر نفی ضرر جبران نشده ندارد.

ثانیاً بر فرض که نظریه نفی ضرر جبران نشده را بپذیریم، نیز نمی‌توان از روایت نظریه تضمین حق را استفاده کرد؛ زیرا روایت اطلاق ندارد که دلالت بر ضمان مطلق ضررهای جبران نشده نماید، بلکه از این جهت کاملاً معجل است. دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال آن است که ضررهای ناشی از فعل فاعل باید جبران شود، دیگری این که مطلق ضرر باید جبران گردد، بلکه می‌توان گفت روایت انصراف دارد به ضررهای ناشی از فعل فاعل.

ثالثاً روایات زیادی دلالت دارد بر این که خسارت ناشی از اموال در فرض عدم تعدی و تفریط، بر عهده صاحب مال نیست. در نتیجه نمی‌توان به این حدیث، برای اثبات ضمان استناد کرد.

## دلیل چهارم: روایات ضمان حیوانات

از پاره‌ای از روایات استفاده می‌شود که اگر حیوان یک شخص به دیگران خسارت وارد کند، باید صاحب حیوان آن را جبران نماید. به‌عنوان نمونه به برخی از این روایات اشاره می‌گردد:

عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(۴)</sup> أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ بُخْتِي أَعْتَلَمَ فَنَخَرَجَ مِنَ الدَّارِ فَقَتَلَ رَجُلًا فَجَاءَ أَخُو الرَّجُلِ فَضْرَبَ الْفَحْلَ بِالسَّيْفِ فَعَقَرَهُ فَقَالَ صَاحِبُ الْبُخْتِي صَاحِبُ الدَّارِ لِلدِّيَةِ وَيَقْبِضُ ثَمَنُ بُخْتِيهِ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد شتری سؤال شد که در اثر شهوت به هیجان آمده و از خانه خارج شد و مردی را کشت، آنگاه برادر آن مرد شتر را با شمشیرش پی کرد. امام فرمود





صاحب شتر ضامن دینه مرد است، ولی قیمت شترش را از پی کننده شتر می گیرد. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۱)

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي الْخَزْرَجِ عَنْ مُصْعَبِ بْنِ سَلَامٍ التَّمِيمِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ<sup>(ع)</sup> أَنَّ ثَوْرًا قَتَلَ حِمَارًا عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ<sup>(ص)</sup> فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَيْهِ وَهُوَ فِي أَنْاسٍ مِنْ أَصْحَابِهِ فِيهِمْ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ فَقَالَ يَا أَبَا بَكْرٍ أَقْضِ بَيْنَهُمْ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ بِهِيْمَةٌ قَتَلَتْ بِهِيْمَةً مَا عَلَيْهَا شَيْءٌ فَقَالَ يَا عُمَرُ أَقْضِ بَيْنَهُمَا فَقَالَ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ فَقَالَ يَا عَلِيُّ أَقْضِ بَيْنَهُمْ فَقَالَ نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ كَانَ الثَّوْرُ دَخَلَ عَلَى الْحِمَارِ فِي مُسْتَرَاكِهِ ضَمِنَ أَصْحَابُ الثَّوْرِ وَإِنْ كَانَ الْحِمَارُ دَخَلَ عَلَى الثَّوْرِ فِي مُسْتَرَاكِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا قَالَ فَرَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ<sup>(ص)</sup> يَدَهُ إِلَى السَّمَاءِ فَقَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ مِنِّي مَنْ يَقْضِي بَقَضَاءِ النَّبِيِّينَ؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> از امام باقر<sup>(ع)</sup> نقل می کند که در زمان پیامبر گاوی موجب قتل مرکبی شد و مرافعه نزد پیامبر<sup>(ص)</sup> کشیده شد. حضرت در جمعی از اصحاب خود حضور داشت و به ابوبکر<sup>(رض)</sup> رو کرد و گفت میان آنان قضاوت کن! او گفت: یا رسول الله حیوانی، حیوانی را کشته است بر عهده کسی چیزی نیست. سپس رو به عمر<sup>(رض)</sup> کرد و گفت تو قضاوت کن. او همان سخن ابوبکر<sup>(رض)</sup> را تکرار کرد. پیامبر<sup>(ص)</sup> رو به علی<sup>(ع)</sup> نمود که شما قضاوت کنید! علی<sup>(ع)</sup> گفت: اگر گاو به محل استراحت مرکب داخل شده، صاحبان گاو ضامن الاغند و اگر الاغ به محل استراحت گاو داخل شده، هیچ کدام ضامن نیستند. پیامبر دستانش را به سوی آسمان بلند کرد و فرمود: خدایا تورا سپاس می گویم که بعد از من کسی را قراردادی که به قضاوت پیامبران داوری می کند. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۲)

این روایت نیز فی الجمله مسئولیت مدنی صاحب حیوان را می رساند. از نظر سندی دو روایت به این مضمون در کافی آمده است که سند هر دو ناتمام است؛ زیرا در روایت مذکور در سلسله سند ابی الخزرج امامی است. وثاقت او معلوم نیست و مصعب بن سلام تمیمی نیز توثیق نشده است. در روایت دوم عن رجل آمده است که معلوم نیست کیست. از این روایت به عنوان مؤید در کنار روایت اول می توان استفاده کرد. در این روایات توجه به این نکته مهم است:

اولاً انسان بر حیوانات مالکیت دارد و ثانیاً فعل حیوانات مستند به انسان نیست، چه بسا انسان هیچ اراده‌ای در ایجاد ضمان ندارد و حتی ممکن است بدون تقصیر او صادر شده باشد. حال در دایره وسیع‌تر به تنقیح مناط، از این روایات استفاده می‌شود محض داشتن مال موجب مسئولیت مدنی می‌شود، هر چند اراده شخص در آن نقشی نداشته باشد.

### بررسی دلیل چهارم

اولاً همان‌گونه که از روایات مذکور مسئولیت مدنی صاحب حیوان استفاده می‌شود، از روایات دیگری عدم مسئولیت مدنی صاحب حیوان استفاده می‌شود، مانند روایات زیر:

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ لَا يَغْرَمُ أَهْلُهَا شَيْئاً مَا دَامَتْ مُرْسَلَةً؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> فرمود چهارپایان تا وقتی رهايند ضمان ندارد و صاحبشان غرامتی را متحمل نمی‌شود. (طوسی، ۱۳۹۰، ۴: ۲۸۶)

عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ الْبَهِيمَةُ مِنَ الْأَنْعَامِ لَا يَغْرَمُ أَهْلُهَا شَيْئاً؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> فرمود چهارپایان موجب خسارت صاحبانش نمی‌شود. (طوسی، ۱۳۹۰، ۴: ۲۸۵)

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ الْحَلَبِيِّ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ<sup>(ع)</sup> قَالَ بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ<sup>(ص)</sup> عَلِيّاً<sup>(ع)</sup> إِلَى الْيَمَنِ فَأَقْلَتَ فَرَسٌ لِرَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ وَ مَرَّ يَعْذُو فَمَرَّ بِرَجُلٍ فَنَفَحَهُ بِرِجْلِهِ فَفَتَلَهُ فَبَجَاءَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ إِلَى الرَّجُلِ فَأَخَذُوهُ وَ رَفَعُوهُ إِلَى عَلِيٍّ<sup>(ع)</sup> فَأَقَامَ صَاحِبُ الْفَرَسِ الْبَيِّنَةَ عِنْدَ عَلِيٍّ<sup>(ع)</sup> أَنْ فَرَسَهُ أَقْلَتَ مِنْ دَارِهِ وَ نَفَحَ الرَّجُلُ فَأَبْطَلَ عَلِيٌّ<sup>(ع)</sup> دَمَ صَاحِبِهِمْ فَبَجَاءَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ مِنَ الْيَمَنِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ<sup>(ص)</sup> فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ عَلِيّاً ظَلَمْنَا وَ أَبْطَلَ صَاحِبَنَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص إِنَّ عَلِيّاً<sup>(ع)</sup> لَيْسَ بِظَلَامٍ وَ لَمْ يَخْلُقْ لِلظُّلْمِ إِنَّ الْوَلَايَةَ لِعَلِيٍّ<sup>(ع)</sup> مِنْ بَعْدِي وَ الْحُكْمُ حُكْمُهُ وَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَ لَا يَرُدُّ وَلَا يَتَّهَى وَ قَوْلُهُ وَ حُكْمُهُ إِلَّا كَافِرٌ وَ لَا يَرْضَى وَلَا يَتَّهَى وَ قَوْلُهُ



وَ حُكْمَهُ إِلَّا مُؤْمِنٌ فَلَمَّا سَمِعَ الْيَمَانِيُّونَ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ (ص) فِي عَلِيٍّ (ع) قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ رَضِينَا بِحُكْمِ عَلِيٍّ (ع) وَقَوْلِهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) هُوَ تَوْبَتُكُمْ مِمَّا قُلْتُمْ؛ از امام باقر (ع) نقل شده است که پیامبر (ص) علی (ع) را به یمن فرستاد و اسب مردی از اهل یمن رها شد و داشت سریع می‌رفت و به فردی گذشت و او را با لگد زد و آن شخص مرد، آنگاه اولیای مقتول آمدند و صاحب اسب را گرفتند و به حضور علی (ع) آوردند. صاحب اسب در نزد علی (ع) بینه اقامه کرد که اسبش از خانه رها شده و آن مرد را در راه با لگد زده است. امام علی (ع) خون مقتول را هدر اعلام کرد. آنگاه اولیای مقتول از یمن خدمت پیامبر (ص) رسیدند و گفتند یا رسول الله علی به ما ظلم کرد و خون صاحب ما را باطل شمرد. پیامبر (ص) فرمود: علی ستمکار نیست و برای ستم خلق نشده است ولایت بعد از من از علی (ع) است و حکم او حکم من و سخن او سخن من است. ولایت و سخن و حکم او را جز کافر رد نمی‌کند و مؤمن آن را می‌پذیرد. وقتی یمنی‌ها این سخن را از پیامبر (ص) در مورد علی (ع) شنیدند، گفتند یا رسول الله ما به حکم علی (ص) و سخن علی (ص) راضی شدیم. پیامبر (ص) فرمود این توبه شما از سخنی است که گفتید. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۵۲-۳۵۳)

این روایت از نظر سندی ضعیف است، ولی مفاد آن با روایت پیشین تأیید می‌شود، لذا می‌توان به صدور آن اطمینان داشت.

ثانیاً از روایات متعدد استفاده می‌شود که حیوانات بسان ابزار در دست صاحب حیوان به شمار می‌رود، هرگاه شخص در استفاده از آن تعدی و تفریط نماید موجب ضمان می‌شود، ولی اگر تعدی و تفریطی در نحوه‌ای استفاده از آن در کار نباشد یا کاملاً حیوان از اختیار او خارج شود، صاحب حیوان مسئولیت مدنی ندارد. روایات زیر شاهد بر این مدعاست:

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ قَضَى امِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) فِي صَاحِبِ الدَّابَّةِ أَنَّهُ يَضْمَنُ مَا وَطِئَتْ بِبَيْدِهَا وَمَا بَعَجَتْ بِرَجْلِهَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَضْرِبَهَا إِنْسَانٌ؛ امام باقر (ع) نقل می‌کند امیرالمؤمنین (ع) در مورد صاحب حیوان این‌گونه قضاوت فرمود: آنچه را با دست خود



پایمال می‌کند، صاحب حیوان ضامن است و آنچه را با پای خود مورد تلف قرار می‌دهد ضمان ندارد، مگر این‌که انسانی حیوان را بزند. (طوسی، ۱۳۹۰، ۴: ۲۸۶) مهم‌تر از همه آن‌که روایات زیادی که با عنوان روایات جبار آمده با نظریه تضمین حق سازگار نیست، مانند روایات زیر:

عَلَى بَنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) الْبُئْرُ جُبَارٌ وَالْعَجْمَاءُ جُبَارٌ وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ؛ امام صادق (ع) از پیامبر اکرم (ص) روایت می‌کند که فرمود: تلف شدن به وسیله افتادن در چاه، آسیب وارد شدن به وسیله حیوان یا به وسیله معدن هدر است و خسارت ندارد. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۷۸؛ طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰: ۲۲۵)

جبار بر وزن غراب به معنای هدر است. مقصود از «البئر جبار» این است که اگر انسان در چاهی بیفتد که مالک در ملک خود حفر کرده، ضمان ندارد. معنای المعدن جبار یعنی جرح ناشی از معدن موجب ضمان صاحب معدن نیست. البته همان‌گونه که گذشت روایاتی نیز بر ضمان ناشی از ضرر چهار پایان دلالت دارد، شیخ طوسی این‌گونه میان روایات متعارض جمع می‌کند که روایات نافعی ضمان از حیوان مربوط به حیواناتی است که نه کسی بر آن سوار است و نه کسی آن را حفظ می‌کند. در این فرض جنایت حیوان ضمان ندارد، یا این‌که بار بر دوش حیوان است، ولی نه راکب دارد و نه سائق و نه جلودار، در این فرض ضمان ندارد. (طوسی، ۱۳۹۰، ۴: ۲۸۶)

### مبحث چهارم: تقنین و شرط مسئولیت مدنی

از نظر فقهای مسلمان چه بر مبنای تعدی و تفریط باشد، چه بر مبنای اتلاف، مسئولیت مدنی ناشی از اموال بی‌جان یا جاندار را بر عهده صاحب‌مال توجیه نمی‌کند. افزون بر آن مسئولیت مدنی بر مبنای تعدی و تفریط ضمان ناشی از عدم تعدی و تفریط را موجه نمی‌سازد. از این رو این پرسش مطرح می‌گردد که آیا می‌توانیم از طریق قانون‌گذاری یا شرط ضمان، مسئولیت مدنی تلف بدون تعدی و تفریط را بر



عهده‌عامل قرار دهیم؟ همین‌طور آیا می‌توانیم خسارت ناشی از اشیای بی‌جان را به عهده‌صاحب‌مال بگذاریم یا نه؟

دو اشکال اساسی فراروی تقنین و شرط‌قرار دادن مسئولیت مدنی وجود دارد، لازم است آن دو اشکال مورد بررسی قرار گیرد و در صورت حل آن دو اشکال می‌توان مسئولیت مدنی را از این طریق فرض کرد:

### اشکال اول: محال بودن شرط نتیجه

وضع قانون یا شرط مسئولیت مدنی بر عهده‌بری، به دو صورت شرط نتیجه و شرط فعل امکان‌پذیر است:

در شرط فعل بری به پرداخت خسارت موظف می‌شود؛ اما چیزی بر ذمه‌او استقرار نمی‌یابد. در شرط نتیجه خسارت مثل دین بر عهده‌بری استقرار می‌یابد. اگر وضع قانون یا شرط به صورت شرط فعل باشد، اشکالی وجود ندارد، ولی در بعض موارد ضمانت اجرایی لازم را ندارد؛ زیرا اگر عامل زیان‌توانایی پرداخت خسارت را نداشته باشد، بر او واجب نیست، چیزی پرداخت نماید و قوه‌اجرایی قضا نیز نمی‌تواند او را مکلف به پرداخت نماید. اگر وضع قانون یا شرط به صورت شرط نتیجه باشد، ضمانت اجرایی لازم را دارد؛ زیرا چه عامل زیان‌توانایی پرداخت خسارت را داشته باشد چه نداشته باشد، زیان بر عهده‌او استقرار می‌یابد و باید آن را پرداخت نماید.

اما شرط نتیجه اشکال دیگری دارد این‌که شرط‌ها و قوانین ایجادکننده مالکیت باید به‌گونه‌ای باشد که متعلق آن صلاحیت ملک قرار گرفتن برای مشروط‌له را داشته باشد. اگر چنین قابلیت نداشته باشد، باطل است. شرط فعل صلاحیت ملک واقع شدن برای مشروط‌له را دارد؛ زیرا فعل از منافع است و می‌تواند ملک شخص قرار گیرد، ولی نتایج فعل مورد اضافه مالکیت واقع نمی‌شود؛ زیرا معقول نیست گفته شود مثلاً ضمانت ملک شخص به عهده شماس است یا گفته شود این خانه را به شما فروختم و بر من که اسبم ملک شماس است، در نتیجه ملک مشروط‌له قرار نمی‌گیرد.



از این رو اشتراط آن صحیح نیست. (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ۱۲: ۷۱)

### پاسخ اشکال

شهید صدر از اشکال این گونه پاسخ می‌دهد که اگر مفاد شرط انشاء تملیک شرط باشد، اشکال وارد است؛ اما مفاد شرط انشاء تملیک شرط نیست، بلکه مفاد شرط ایجاد نسبت میان شرط و مشروط له است. مفهوم ایجاد نسبت در شرط فعل و شرط نتیجه تملیک شرط برای مشروط له است. با این تفاوت که در شرط فعل ایجاد نسبت میان فرد حقیقی فعل و مشروط له امکان‌پذیر نیست؛ زیرا فرد حقیقی فعل با ایجاد تکوینی موجود می‌شود و ملک مشروط له نیست، بلکه نسبت اعتباری فعل ملک مشروط له می‌گردد، ولی در شرط نتیجه، نفس شرط امر اعتباری است. از این رو فرد حقیقی از نسبت انشاء می‌شود و با ایجاد فرد حقیقی نسبت طرف نسبت نیز انشاء می‌گردد. (صدر، ۱۴۰۱: ۱۸۷-۱۸۸)

ممکن است در پاسخ از این اشکال گفته شود مفاد شرط فعل و شرط نتیجه یکسان نیست. مفاد شرط فعل تملیک فعل است و در شرط نتیجه مفاد آن تملیک نیست، بلکه مفاد آن التزام است؛ یعنی در مثل خانه‌ام را فروختم و بر عهده من باشد که فرسم را ملک تو قرار دهم، مفاد آن تعهد و التزام به انجام این عمل است. (صدر، ۱۴۰۱: ۱۸۸)

این پاسخ کارآمدی لازم را ندارد؛ زیرا اگر مفاد شرط نتیجه التزام باشد، شرط نتیجه در حد شرط فعل خواهد بود. شرط فعل همان گونه که گذشت ضمانت اجرایی لازم را ندارد. در نتیجه امکان تخلف از شرط وجود دارد.

### اشکال دوم: مخالفت با کتاب الله

یکی از ضوابط بنیادین و اساسی در باب شروط و احکام سلطانی آن است که شرط مخالف با کتاب الله نباشد. شرط در صورتی صحیح است که موجب تحریم حلال یا تحلیل حرام نشود. اگر موجب تحلیل حرام یا تحریم حلال شود، چنین شرط و حکمی نافذ نیست. روایات این معنا را می‌رساند:



عَنْهُ (الصفار) عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ<sup>(۴)</sup> أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ<sup>(۵)</sup> كَانَ يَقُولُ مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا؛ امام صادق<sup>(۶)</sup> از پدرش روایت می‌کند که امیرالمؤمنین<sup>(۷)</sup> فرمود: هر کس برای همسرش شرط نماید، باید به آن وفا کند؛ زیرا مسلمانان ملتزم به شرط باید باشند. مگر شرطی که موجب تحریم حلال یا تحلیل حرام شود. (طوسی، ۱۳۶۵، ۷: ۴۶۸)

قرار دادن مسئولیت مدنی بر عهده انسان بری برخلاف احکام الهی است، روشن است شرطی که مخالف کتاب الله باشد، نافذ و صحیح نیست. در نتیجه نمی‌توان از طریق شرط و تقنین ضمان را بر عهده بری قرار داد.

### پاسخ اشکال

تردید نیست که پاره‌ای از احکام قابل اشتراط و تقنین پذیراند و پاره‌ای دیگر از احکام قابل تغییر با شرط نیست. اگر احکام شرعی از قسم اول باشد، شرط و تقنین برخلاف آن مخالف با شریعت نیست و اگر از قسم دوم باشد، مخالف با کتاب است. از این رو لازم است معیار احکام تغییرپذیر و احکام تغییرناپذیر با شرط را بدانیم. معیار شرط جایز در احکام تکلیفی تا حدودی روشن است، احکامی الزامی شرط ناپذیر است؛ اما احکام غیر الزامی شرط خلاف می‌پذیرد. در احکام وضعی اصل قاعده بر آن است که احکام وضعی قابل تغییر نیست، مگر آن که دلیل بر قابلیت تغییر آن اقامه شود. از این رو در این مورد باید نگریست که آیا ضمان از احکام قابل تغییر با شرط است یا خیر؟ پاسخ آن است که ضمان از احکام تغییرپذیر با شرط و تقنین است و شواهد روایی زیادی بر این معنا وجود دارد، مانند روایات زیر:

عَنْهُ عَنِ أَبِيهِ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(۸)</sup> قَالَ كَانَ امِيرَ الْمُؤْمِنِينَ<sup>(۹)</sup> يَضْمَنُ الصَّبَّاعَ وَالْقَصَّارَ وَالصَّائِغَ احْتِيَاظًا عَلَى أُمَّتِهِ النَّاسِ وَكَانَ لَا يَضْمَنُ مِنَ الْعَرَقِ وَالْحَرَقِ وَالشَّيْءِ الْغَالِبِ؛ امام صادق<sup>(۱۰)</sup> فرمود امیرالمؤمنین<sup>(۱۱)</sup> به منظور احتیاط در اموال مردم، رنگرز و قصار و سازنده را ضمان قرار داد؛ اما اگر در اثر غرق شدن یا حریق یا



چیزی دیگری تلف شود، کسی را ضامن نشمرد. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۱)

عَلَى بَنِ إِبْرَاهِيمَ عَنِ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(۴)</sup> قَالَ قَالَ اميرالمؤمنین<sup>(۵)</sup> مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذْ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ؛ امام صادق<sup>(۶)</sup> از امیرالمؤمنین<sup>(۷)</sup> روایت می‌کند که فرمود: هر کس طبابت نماید یا به علاج حیوانات پردازد باید از ولی مریض و صاحب حیوان برائت از ضمان بگیرد و الا ضامن است. این روایت می‌رساند که شرط برائت پیشین، صحیح و رافع ضمان است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۶۴)

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنِ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنِ أَبِيهِ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةَ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ<sup>(۸)</sup> لَا تُضْمَنُ الْعَارِيَةُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ اشْتَرَطَ فِيهَا ضَمَانَ إِلَّا الدَّنَانِيرَ فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرَطْ فِيهَا ضَمَانًا؛ امام صادق<sup>(۹)</sup> فرمود عاریه ضمان ندارد مگر این که در آن شرط ضمان شده باشد یا درهم و دینار باشد. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۹: ۹۶)

روایات دیگری نیز به همین مضمون آمده است. نتیجه نهایی آن است که بر فرض نتوانیم از طریق قواعد باب ضمان، مسئولیت مدنی را در مواردی اثبات نماییم، می‌توانیم از طریق تقنین و شرط مسئولیت مدنی را بر عهده شخص بری قرار دهیم.

### مبحث پنجم: موارد انتقای مسئولیت مدنی

تا کنون معیار مسئولیت مدنی از دیدگاه فقهای شیعی روشن شد. هر نوع استیلا و اتلاف مال موجب ضمان است؛ اما در مواردی حتی اگر شخص استیلا بر مال پیدا کند یا موجب اتلاف آن شود، تلف کننده ضامن نیست. به منظور تکمیل بحث مواردی که از قاعده ضمان استثنا شده، می‌آوریم:

#### ۱. عدم ضمان امین

یکی از موارد روشن، عدم ضمان امین است. امانت از نظر فقهی بر دو قسم است امانت شرعی و امانت مالکی؛ امانت شرعی آن است که مالک اجازه تصرف یا استیلا بر مال را به کسی نداده؛ اما شارع به او اجازه داده است؛ مثل گرفتن مال پیدا





شده یا مجهول المالک. امانت مالکی آن است که مالک با اجازه خود، شخص دیگر را بر مال خود مسلط کرده باشد، چه با عنوان امانت نزد او گذاشته باشد چه تحت عنوان دیگر؛ مثل مال مضاربه، عین مستأجره و مالی که در معامله فاسد به شخص دیگر تحویل داده شده است. روایات می‌رساند از قاعده ضمان ید استیلائی امین با تمامی اقسام آن خارج است. امین فقط در صورتی ضامن است که مرتکب تعدی و تفریط گردد. البته استثنای فرض تعدی و تفریط استثنای منقطع است؛ زیرا در فرض تعدی و تفریط شخص امین شمرده نمی‌شود. دایره امانت چه امانت شرعی و چه امانت مالکی، محدود به استیلا و تصرف متعارف است، نه فرض استیلا و تصرف غیر متعارف.

محقق بجنوردی موارد عدم ضمان امین را این‌گونه برمی‌شمارد که در هر جایی که مال غیر در دست شخص با اذن از جانب مالک یا از جانب شارع باشد، اگر مال بدون تعدی و تفریط تلف شود، آن شخص ضامن نیست. مواردی که به جهت اذن مالک شخص ضامن نیست عبارتند از این‌که شخص وکیل دیگری در معاملات مثل بیع، صلح، اجاره، اخذ به شفعه، رهن، ادای دین، اعطای قرض، مضاربه، مزارعه، مساقات، خرید چیزی برای معیشت، خرید ملک و خانه و باغ باشد یا مال خود را به حمال و کرایه‌دار بدهد تا مال را به جای دیگر نقل نهد و همین‌طور موارد دیگری که به گونه اذن مالک در آن است.

مواردی که شخص به خاطر اذن شارع ضامن نیست عبارت است از مال پیدا شده در مدت تعریف، مجهول‌المالک تا زمانی نومی‌دی از پیدا شدن صاحب آن حاصل شود که بعد از آن باید با اجازه حاکم شرع آن را صدقه دهد و مانند ید حاکم شرع و وکیل و شخص مأذون از جانب او بر مال افراد قاصر و غایب و مانند ید پدر و جد بر اموال افراد صغیر و مانند ید وصی و قیم از جانب پدر و جد و مانند ید صاحب مال بر مالی که خمس و زکات به آن تعلق گرفته است تا مستحق پیدا شود و امکان رساندن آن عرفاً به آنان باشد. یا مانند مالی که از غرق شدن و سوختن رها شده یا مانند مالی که بدون اطلاع مالک از دست سارق گرفته است. در تمامی این موارد و امثال

آن، اگر مال در دست امین بدون تعدی و تفریط تلف شود، او ضامن نیست. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲: ۲۲)

مستند این حکم روایات زیادی است که این معنا را می‌رساند. به‌عنوان نمونه به روایاتی در هر باب اشاره می‌شود:

### الف) عدم ضمان امین

عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ <sup>(ع)</sup> قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ وَالْبِضَاعَةِ مُؤْتَمَّنَانِ وَقَالَ إِذَا هَلَكَتِ الْعَارِيَةُ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ لَمْ يَضْمَنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَقَالَ فِي حَدِيثٍ آخَرَ إِذَا كَانَ مُسْلِمًا عَدْلًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ؛ امام صادق <sup>(ع)</sup> می‌فرماید: صاحب وديعه و متاع امین هستند و هرگاه عاریه نزد عاریه گیرنده تلف شود، ضامن نیست مگر آن‌که شرط ضمان شده باشد. (کلینی، ۱۳۶۵، ۵: ۲۳۸) در روایت دیگر آمده است در صورتی که مسلمان عادل باشد، ضامن نیست.

### ب) عدم ضمان عاریه گیرنده

عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ <sup>(ع)</sup> لَا يَضْمَنُ الْعَارِيَةَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ اشْتَرَطَ فِيهَا ضَمَانًا إِلَّا الدَّانِيَةَ فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرَطْ فِيهَا ضَمَانًا؛ امام صادق <sup>(ع)</sup> فرمود: عاریه ضمان ندارد مگر این‌که شرط ضمان شده باشد یا دینار باشد هرچند شرط ضمان هم نشده باشد، شخص عاریه گیرنده ضامن است. (کلینی، ۱۳۶۵، ۵: ۲۳۸)

### ج) عدم ضمان عامل مضارب

عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ <sup>(ع)</sup> أَنَّهُ قَالَ فِي الرَّجُلِ يَعْطَى الرَّجُلَ الْمَالَ فَيَقُولُ لَهُ أَتَيْتَ أَرْضَ كَذَا وَكَذَا وَلَا تُجَاوِزْهَا وَاشْتَرِ مِنْهَا قَالَ فَإِنْ جَاوَزَهَا وَهَلَكَ الْمَالُ فَهُوَ ضَامِنٌ وَإِنْ اشْتَرَى مَتَاعًا فَوَضَعَ فِيهِ فَهُوَ عَلَيْهِ وَإِنْ رِبِحَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا؛ شخص مالی را به شخص دیگر می‌دهد و می‌گوید





شخص امین جز در فرض تعدی و تفریط ضامن نیست.

### ۳. قصد احسان

از جمله امور رافع ضمان، قصد احسان است. اگر کسی به قصد احسان و نیکی به منظور دفع ضرر یا رساندن نفع بر مال دیگری دست بگذارد؛ مثلاً مال را از سارق بگیرد یا از غرق شدن و سوختن نجات دهد یا مال دیگری را به منظور سود بردن به جای دیگر منتقل نماید و از قضا مال تلف شود، شخص احسان کننده ضامن تلف مال نیست. بر این عدم ضمان محسن، ادعای اجماع شده است. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴: ۱۳)

مدرک این حکم آیه مبارکه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه: ۹۱) است. این آیه مبارکه هر نوع سبیل و راهی را بر محسن نفی می‌کند و با عموم خود شامل ضررها و خسارت‌های ناشی از اتلاف مال دیگران نیز می‌شود. (مراغی، ۱۴۱۷: ۴۷۵)

محقق بجنوردی دلالت این آیه مبارکه را بر عدم ضمان می‌پذیرد و معتقد است که هر چند مورد آیه مبارکه عدم عقاب انسان محسن است، ولی عموم لفظ هر نوع سبیلی را از محسن نفی می‌کند و معنای کلی را افاده می‌کند. ایشان می‌گوید:

فَتَدُلُّ الْآيَةَ عَلَى أَنَّ الْفِعْلَ الَّذِي صَدَرَ مِنَ الْمُحْسِنِ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْفِعْلُ فِي حَدِّ نَفْسِهِ سَبَبٌ وَ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ وَ لَكِنْ إِذَا كَانَ مُحْسِنًا فَلَا يُوجِبُ الضَّمَانَ؛ پس آیه کریمه دلالت دارد که اگر فعلی از انسان محسن صادر شود، هر چند موجب ضمان گردد، ولی اگر فاعل محسن باشد، موجب ضمان نمی‌شود. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴: ۱۲)

روایات زیر نیز این معنا را تأیید می‌کند:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ<sup>(۱)</sup> أَنَّ رَجُلًا شَرَدَ لَهُ بَعِيرَانِ فَأَخَذَهُمَا رَجُلٌ فَقَرَنَهُمَا فِي حَبْلٍ فَأَخْتَنَقَ أَحَدَهُمَا وَمَاتَ فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عَلِيٍّ<sup>(۲)</sup> فَلَمْ يَضْمَنْهُ وَقَالَ إِنَّمَا أَرَادَ الْإِصْلَاحَ؛ امام باقر<sup>(۳)</sup> از پدرش امام زین العابدین<sup>(۴)</sup> نقل می‌کند: دو شتر مردی



فرار کرد و مردی دیگر آن دورا گرفت و بارismanی به همدیگر بست. یکی از آن دو در اثر خفه شدن مرد و مرافعه نزد امام علی<sup>(ع)</sup> کشیده شد. آن حضرت مردی گیرنده را ضامن ندانست و فرمود او قصد اصلاح داشته است. (طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰: ۳۱۵)

عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ خَالِدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ يَوْسُفَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الثَّانِي<sup>(ع)</sup> وَ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سُلَيْمَانَ وَ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ قَالَا سَأَلْنَا أَبَا الْحَسَنِ الرِّضَا<sup>(ع)</sup> عَنْ رَجُلٍ اسْتَعَاثَ بِهِ قَوْمٌ لِيَنْقِذَهُمْ مِنْ قَوْمٍ يَغِيرُونَ عَلَيْهِمْ لِيَسْتَيْحُوا أَمْوَالَهُمْ وَ يَسْبُوا ذَرَارِيَهُمْ فَخَرَجَ الرَّجُلُ يُعَدُّو بِسِلَاحِهِ فِي جَوْفِ اللَّيْلِ لِيُغِيثَ الْقَوْمَ الَّذِينَ اسْتَعَاثُوا بِهِ فَمَرَّ بِرَجُلٍ قَائِمٍ عَلَى شَفِيرٍ بئرٍ يَسْتَقِي مِنْهَا فَدَفَعَهُ وَ هُوَ لَا يَرِيدُ ذَلِكَ وَ لَا يَعْلَمُ فَسَقَطَ فِي الْبئرِ فَمَاتَ وَ مَضَى الرَّجُلُ فَاسْتَنْقَذَ أَمْوَالَ أَوْلِيكَ الْقَوْمِ الَّذِينَ اسْتَعَاثُوا بِهِ فَلَمَّا انصَرَفَ إِلَى أَهْلِهِ قَالُوا لَهُ مَا صَنَعْتَ قَالَ قَدْ انصَرَفَ الْقَوْمُ عَنْهُمْ وَ آمَنُوا وَ سَلِمُوا قَالُوا لَهُ أَشَعَرْتَ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ سَقَطَ فِي الْبئرِ فَمَاتَ قَالَ أَنَا وَ اللَّهُ طَرَحْتُهُ قَيْلَ وَ كَيْفَ ذَلِكَ فَقَالَ إِنِّي خَرَجْتُ أُعَدُّو بِسِلَاحِي فِي ظُلْمَةِ اللَّيْلِ وَ أَنَا أَخَافُ الْفُوتَ عَلَى الْقَوْمِ الَّذِينَ اسْتَعَاثُوا بِي فَمَرَرْتُ بِفُلَانٍ وَ هُوَ قَائِمٌ يَسْتَقِي فِي الْبئرِ فَزَحَمْتُهُ وَ لَمْ أَرِدْ ذَلِكَ فَسَقَطَ فِي الْبئرِ فَمَاتَ فَعَلَى مَنْ دِيَةٌ هَذَا فَقَالَ دِيَتُهُ عَلَى الْقَوْمِ الَّذِينَ اسْتَجَدُّوا الرَّجُلَ فَأَجَدَّهُمْ وَ أَنْقَذَ أَمْوَالَهُمْ وَ نِسَاءَهُمْ وَ ذَرَارِيَهُمْ أَمَا إِنَّهُ لَوْ كَانَ أَجَرَ نَفْسِهِ بِأَجْرَةٍ لَكَانَتِ الدِّيَةُ عَلَيْهِ وَ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَهُمْ؛ از امام رضا<sup>(ع)</sup> در مورد شخصی سؤال شد که گروهی از وی طلب یاری کردند تا آنان را از شر گروهی که مشغول غارت اموال و اباحه زنان و اسیر کردن کودکانشان بوده، نجات دهد. آن شخص در تاریکی شب با سلاح خود به سرعت خارج می شود تا آن گروه را نجات دهد و با مردی که بر لب چاه بوده، برخورد می کند و آن مرد در چاه می افتد و می میرد. درحالی که نه او قصد این کار را داشته و نه می دانسته که چنین اتفاقی خواهد افتاد. وی با عبور از کنار چاه، آن گروه را نجات می دهد، وقتی به خانه بر می گردد به او می گویند فلان شخص در چاه افتاده و جاننش را از دست داده است. او می گوید که من آن شخص را در چاه انداختم؛ زیرا وقتی به سرعت می رفتم با او برخورد نمودم. حالا دیه او بر چه کسی است؟ امام



علی<sup>(ع)</sup> فرمود: دینه او بر کسانی است که از این مرد طلب استغاثه نموده و او اموال، زنان و کودکانشان را نجات داده است؛ اما اگر این کار در برابر اجرت بود، دیه بر خود او و بر عاقله‌اش تعلق می‌گرفت، نه بر آنان. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۷۰)

#### ۴. اقدام بر عدم ضمان

اگر مالک کاری کند که احترام مال خود را ساقط نماید، عامل تلف ضامن مال نیست؛ زیرا در صورتی اتلاف مال غیر، موجب ضمان می‌شود که مالک در صد اسقاط اتلاف مال خود بر نیاید، اگر حرمت مال خود را ساقط نماید، در این صورت ضمانی در کار نیست. (مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۸)

محقق نائینی می‌گوید:

وحيث أن قاعدة اليد وقاعدة من ألتف وقاعدة من استوفى مال الغير كلها قواعد امتنانية جعلت إرفاقا للمالك فلا محالة تكون كل واحدة مخصصة بما إذ لم يكن اليد والإتلاف والاستيفاء باستيلاء من المالك مجانا إذ لا معنى لأن يقول المالك بأني راض في استيفاء مالي مجانا ويحكم الله سبحانه على المستوفى بالضمان إرفاقا لحال المالك بل لا بد من الالتزام بخروج مورد تسليط المالك غيره على ماله مجانا عن عموم القواعد الثلاث اما بالتخصيص أو بالتخصيص؛ از آنجا که «قاعدة يد»، «قاعدة من ائتلف» و «قاعدة استيفای مال غیر»، قواعد امتنانی است و به منظور ارفاق به حال مالک جعل شده است، ناگزیر اختصاص به فرضی دارد که يد، اتلاف و استیلا با اعلام مالک به مجانی بودن مال، صورت نگرفته باشد؛ زیرا معقول نیست مالک بگوید من در استیفای مال خودم به صورت مجانی راضی هستم؛ اما خداوند از باب ارفاق به حال مالک حکم به ضمان نماید. بلکه در این فرض باید ملتزم شد که مورد استیلا بر مال با اجازه مجانی مالک از عموم قواعد سه‌گانه با تخصیص یا تخصص خارج است. (نائینی، ۱۴۱۳، ۱: ۳۱۹)

#### ۵. دفاع مشروع

اگر شخص مورد تعدی و تجاوز قرار گیرد و در مقام دفاع مشروع با رعایت امکان



دفع با مراتب آسان‌تر، اگر به مهاجم خسارتی وارد نماید، ضامن نیست. مستند این حکم روایات زیر است:

عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ إِذَا قَدَرْتَ عَلَى اللَّصِّ فَأَبْدُرْهُ وَأَنَا شَرِيكَكَ فِي دَمِهِ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> روایت شده است اگر بر دزد دست یافتی، او را دور بینداز و من در خون او با تو شریکم. (کلینی، ۱۳۶۵، ۷: ۲۹۶)

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحُسَيْنِ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ عَلِيِّ عَنِ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> عَنْ رَجُلٍ كَانَ رَاكِبًا عَلَى دَابَّةٍ فَعَشِيَ رَجُلًا مَاشِيًا حَتَّى كَادَ أَنْ يُوْطِنَهُ فَرَجَرَ الْمَاشِيَ الدَّابَّةَ عَنْهُ فَخَرَّ عَنْهَا فَأَصَابَهُ مَوْتُ أَوْ جُرْحٌ قَالَ لَيْسَ الَّذِي رَجَرَ بِضَامِنٍ إِنَّمَا رَجَرَ عَنْ نَفْسِهِ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> سؤال شد مردی در حال سوار بر مرکب خود را بر مرد پیاده قرار داد، نزدیک بود او را لگدمال نماید. آن مرد مرکب را طرد کرد و مرد سوار از پشت مرکب افتاد و در اثر آن، جاننش را از دست داد یا جراحت برداشت، حکم چیست؟ حضرت فرمود: شخص که مرکب را طرد کرده ضامن نیست؛ زیرا او از خود طرد کرده [از خود دفاع] کرده است. (طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰: ۲۱۲)

## ۶. اطلاق در اثر قوه قاهره

از روایات استفاده می‌شود در صورتی که مال در اثر وجود قوه قاهره تلف شود، مسئولیت مدنی به عهده کسی نیست. روایات زیر این معنا را می‌رساند:

سَهْلُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ شَمُونٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ مِسْمَعِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ قَالَ امِير الْمُؤْمِنِينَ ع الْأَجِيرُ الْمُشَارِكُ هُوَ ضَامِنٌ إِلَّا مِنْ سَعْبٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ حَرَقٍ أَوْ لَيْسَ مُكَابِرٍ؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> از امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> نقل می‌کند که فرمود: اجیر مشارک ضامن است، مگر این که مال در اثر درنده، غرق شدن، حریق یا دزد قدرتمند، تلف شود. (طوسی، ۱۳۶۵، ۷: ۲۱۶-۲۱۷)

عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ كَانَ امِير الْمُؤْمِنِينَ<sup>(ع)</sup>



يَضْمَنُ الصَّبَّاعَ وَالْقَصَّارَ وَالصَّائِغَ احْتِيَاظًا عَلَى أُمَّتِةِ النَّاسِ وَكَانَ لَا يَضْمَنُ مِنْ الْغَرَقِ وَالْحَرَقِ وَالشَّيْءِ الْغَالِبِ؛ امام صادق<sup>(ع)</sup> فرمود امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> به منظور احتیاط در اموال مردم، رنگرز و قصار و صایغ احتیاطاً علیه ملتزم است؛ اما اگر در اثر غرق شدن یا حریق یا چیزی دیگری تلف شود، کسی را ضامن نشمرد. (طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۳۱)

### نتیجه‌گیری

در حقوق مدنی دربارهٔ مبنای مسئولیت مدنی سه دیدگاه و نظریه وجود دارد که به نظریهٔ تقصیر، خطر و تضمین حق معروف است. هرکدام از این سه دیدگاه بر یکی از عناصر سه‌گانه؛ یعنی وارد کنندهٔ زیان، فعل زیان‌بار و زیان دیده تأکید دارد. برخی از دانشمندان رشتهٔ حقوق، بر نقش وارد کنندهٔ زیان اصرار ورزیده و مبنای تقصیر را مطرح کرده‌اند. دیدگاه دوم به ارادهٔ فاعل و نقش او توجهی نکرده و تلاش نموده معیار و ضابطه را در فعل زیان‌بار ببیند و خطر را به‌عنوان مبنای معرفی کند. گروه سوم بر حمایت از زیان‌دیده اصرار داشته و سعی کرده است مبنای مسئولیت مدنی را در ناحیهٔ زیان‌دیده و حقوق او جستجو نموده و نظریهٔ تضمین حق را مطرح کند. از نظر فقه اسلامی مبنای مسئولیت مدنی موافق با نظریهٔ خطر است و با نظریهٔ تقصیر و تضمین حق سازگاری ندارد. نظریهٔ خطر در باب مسئولیت مدنی سه عنصر اساسی برای ضمان قائل است: ۱) فعل زیان‌بار؛ ۲) ضرر و زیان و ۳) رابطهٔ سببیت میان فعل و زیان، چه فعل از روی تقصیر باشد چه از روی سهو و خطا صورت گرفته باشد.



## فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ ق)، المكاسب، قم: کنگره جهانی شیخ انصاری.
۲. \_\_\_\_\_، (بی تا)، فرائد الاصول، قم: انتشارات اسلامی.
۳. ایروانی، علی بن عبد الحسین، (۱۴۰۶ ق)، حاشیه المكاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴. آخوند خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۹ ق)، کفایة الاصول، قم: مؤسسة آل البيت<sup>(ع)</sup>.
۵. بحرانی، شیخ یوسف، (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة، قم: انتشارات اسلامی.
۶. حر عاملی، محمد بن الحسن، (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۷. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۰ ق)، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، انتشارات اسلامی.
۸. \_\_\_\_\_، (۱۴۱۰ ق)، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: انتشارات اسلامی.
۹. \_\_\_\_\_، (بی تا)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسة آل البيت<sup>(ع)</sup>.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم، (بی تا)، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسة الامام الخویی.
۱۱. شریف مرتضی، علی بن حسین، (۱۴۱۵ ق)، الانتصار فی انفرادات الإمامیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. شیخ الشریعة اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، (۱۴۱۰ ق)، قاعدة لا ضرر، قم: مؤسسة نشر اسلامی.
۱۳. صدر، سید محمد، (۱۴۲۰ ق)، ماوراء الفقه، بیروت: دار الاضواء.
۱۴. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۲۸ ق)، البنك اللاروی، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.



۱۵. \_\_\_\_\_ (بی‌تا)، لا ضرر و لا ضرار، قم: دار فراقده.
۱۶. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۳ ق)، من لا یحضره الفقیه، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۱۷. طباطبایی حکیم، سید محسن، (۱۴۱۶ ق)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۱۸. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۳۶۵)، تهذیب الاحکام، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۱۹. \_\_\_\_\_، (۱۳۹۰)، الاستبصار، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۰. \_\_\_\_\_، (۱۴۰۷ ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. فاضل تونی، ملاً عبدالله بن محمد، (۱۴۱۵ ق)، الوافیة فی الاصول، قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۲۲. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۸۵)، مبانی مسئولیت مدنی، تهران: نشر میزان.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، الزام‌های خارج از قرارداد، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۴. کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۳۵۹ ق)، تحریر المجلة، نجف اشرف: المكتبة المرتضویة.
۲۵. کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۳۶۶ ق)، وجیزة الاحکام، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۲۶. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۶۵)، الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۷. محقق حلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۸. \_\_\_\_\_، (۱۴۱۸ ق)، المختصر النافع فی فقه الامامیه، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۲۹. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۳)، قواعد فقه مدنی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.



۳۰. مراغی، سید میر عبدالفتاح، (۱۴۱۷ ق)، العناوین، قم: انتشارات اسلامی.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱ ق)، القواعد الفقهية، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).
۳۲. موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ ق)، القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی.
۳۳. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۱۵ ق)، المكاسب المحرمة، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۴. \_\_\_\_\_، (۱۳۶۰)، الرسائل، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۵. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۴۱۳ ق)، المكاسب و البیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. \_\_\_\_\_، (۱۴۱۳ ق)، منية الطالب، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



# بررسی عدالت حاکم در فقه شیعه و اهل سنت

محمد عارف صداقت<sup>۱</sup>

## چکیده

این مقاله به بررسی این نکته پرداخته است که آیا عدالت در حاکم شرط است یا نه؟ از بررسی در کتب فقهی به دست آمده است که فقهای اهل سنت عدالت در حاکم را در سه صورت (انتخاب اهل حل و عقد، استخلاف و شورایی) شرط دانسته‌اند؛ ولی اکثر آن‌ها در یک صورت (استیلا و سیطره) شرط ندانسته‌اند. این حکم، متأثر از واقعیت تاریخی و حکومت استیلایی بنی‌امیه بوده که شرایط سه‌گانه را نداشتند. آن‌ها این باور را تلقین کردند که در صورت مستولی شدن حاکم با زور، شرط عدالت ساقط می‌شود؛ اما این باور با آموزه‌های قرآنی و سیره پیامبر اکرم (ص) و عقل در تضاد است. در فقه شیعه عدالت حاکم در همهٔ زمان‌ها و شرایط، شرط است و هیچ‌گاه این شرط ساقط نمی‌شود. اگر عدالت در حاکم وجود نداشته باشد، سیطرهٔ او طاغوتی است و پیروی از او، پیروی از طاغوت محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی: عدالت، فقه شیعه، فقه اهل سنت، حاکم، حکومت، خلافت

---

۱. گروه علوم تربیتی، جامعه المصطفی العالمیه، کابل، افغانستان.  
arefsadaqat@gmail.com

## مقدمه

عدالت یک خواسته فطری است و به همین جهت، انسان‌های بی‌شماری با مال و جان و زبان و قلم خود در راه تحقق آن می‌کوشند. هیچ‌کس با عدالت سر جنگ ندارد؛ زیرا هیچ‌کسی با ستمگری خود را کامل نمی‌داند. فقط انسان‌هایی که فطرتشان مسخ شده و وجدانشان را زیر پا نهاده‌اند، بیشتر برای رسیدن به منافع دنیوی از این ارزش انسانی دست برداشته‌اند. عدالت، سامان‌بخش جهان است و از نظر بسیاری از مسلمین، آخرین ذخیره الهی و خلیفه خداوند برای اجرای عدالت خواهد آمد و این خواسته الهی و فطری را تحقق خواهد بخشید. البته زمینه‌سازی برای تحقق این آرمان، مستلزم تلاش همه‌جانبه از سوی همه عدالت‌خواهان است. فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت در این باره اتفاق نظر دارند که عدالت در حاکم شرط است، ولی اگر حاکم با زور بر مسند خلافت بنشیند، اکثر آن‌ها گفته‌اند این شرط ساقط می‌شود؛ اما فقه شیعه عدالت حاکم را از ضروری‌ترین و مهم‌ترین شرایط او به حساب می‌آورد. این اختلاف در واقع از منابع فقهی فریقین، سرچشمه گرفته است. از این رو نقل و بررسی منابعی که مستند فقیهان هر دو فرقه است، ضروری می‌نماید. در این نوشته با رویکرد عقلی و نقلی به همین مسئله و نقد ادله فقیهانی که تحت شرایط خاصی، شرط عدالت در حاکم را ساقط دانسته‌اند، خواهیم پرداخت.

## ۱. مباحث مفهومی

### ۱-۱. معنای لغوی عدالت

عدل مصدر عربی به معنای داد در مقابل بیداد، ستم، جور، ظلم و امری بین افراط و تفریط است (دهخدا، ۱۳۷۳: ماده عدل) و در لغت عربی نیز به همان معنا آمده است؛ چنانکه ابن منظور می‌نویسد: «الْعَدْلُ: ما قام فی النفوس أنه مُستقیم و هو ضِدُّ الْجَوْرِ. عَدَلَ الْحَاكِمُ فِي الْحَكْمِ». عدل قایم به نفس (میل و گرایش) و به معنای راست و معتدل و ضد ستم است؛ چنانکه [می‌گویند] حاکم در حکم عدالت کرد؛ یعنی ستم نکرد. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۱: ۴۳۰)



## ۱-۲. عدالت در اصطلاح عمومی

یکی از معانی عدالت، دادن حقّ هر حق دار است؛ به همان مقداری که مستحق باشد. چنان که گفته اند عدالت عبارت است از: «اعطاء کُلِّ ذی حَقِّ حَقَّهُ». (مطهری، ۱۳۷۸، ۵: ۸۲۲) استاد مطهری افزون بر معنای یادشده برای عدالت، چند معنای دیگر هم ذکر می کند که عبارتند از موزون بودن، تساوی و نفی هرگونه تبعیض، رعایت حقوق افراد و عطا کردن حق هر ذی حق، رعایت استحقاق ها در افاضه وجود و امتناع نکردن از افاضه و رحمت به آنچه امکان وجود یا کمال وجود دارد. البته ایشان برخی از این معانی را نقد و تفسیر هم می کند. (ر.ک. مطهری، ۱۳۷۰: ۸۱۷۸)

علامه طباطبایی می نویسد: عدالت این است که حق هر صاحب حقی را به او بدهند و هر کس به حق خودش که لایق و شایسته آن است، برسد؛ نه ظلمی به او شود و نه او به کسی ظلم کند. (طباطبایی، ۱۳۸۹، ۳: ۶۷)

مولانا نیز درباره معنای عدالت چنین تعبیری دارد:

عدل چه بود آب ده اشجار را	ظلم چه بود آب دادن خار را
عدل وضع نعمتی در موضعش	نه به هر بیخی که باشد آب کش
ظلم چه بود وضع در نا موضعی	که نباشد جز بلا را منبعی

(مولوی بلخی، ۱۳۷۴، ۷۸۱).

وی تعبیر دیگری نیز دارد:

عدل چه بود وضع اندر موضعش	ظلم چه بود وضع در نا موقعش
---------------------------	----------------------------

(مولوی بلخی، ۱۳۷۴، ۱۹۰۲).

## ۱-۳. عدالت در اصطلاح دانش اخلاق

در وجود انسان چند قوه به ودیعت نهاده شده که منشأ و اصول اخلاق به حساب می آید. برخی از علمای اخلاق سه قوه و برخی چهار قوه را یاد کرده اند. امام خمینی (ره) نیز چهار قوه را نام می برد که عبارت است از قوه عقلیه، قوه واهمه، قوه غضبیه



و قوه شهویه. اینک قوه‌ها و اعمالی را که از آن‌ها منشعب می‌شود، به اختصار بررسی می‌کنیم:

۱. قوه واهمه: از این قوه به «قوه شیطنت» نیز تعبیر کرده‌اند که در کودکان از اول امر، وجود دارد و او را به دروغ گفتن و خدعه و مکر و حيله وامی‌دارد.

۲. قوه شهویه: قوه شهویه که آن را «نفس بهیمی» نیز می‌گویند، کارش جلب منافع و لذت‌های مادی از قبیل خوردن و آشامیدن و مسائل جنسی است. رعایت اعتدال در این قوه را «عفت» و طرف افراط آن را «شره» و کوتاهی در استفاده از این قوه را «خمود» نامیده‌اند.

۳. قوه غضبیه: قوه غضبیه که آن را «نفس سبعی» نیز می‌نامند، برای رفع ضرر و دفع موانع به کار می‌آید. حد وسط یا اعتدال در این قوه را «شجاعت» و زیاده‌روی در آن را «تهور» و کوتاهی در آن را «جبن» (بزدلی) نامیده‌اند.

۴. قوه عقلیه: قوه‌ای است که انسان را به سوی خیر و سعادت فرامی‌خواند و از بدی و زشتی باز می‌دارد. اگر در این قوه اعتدال رعایت شود، «حکمت» نامیده می‌شود. اگر در استفاده از این قوه زیاده‌روی شود، «جربزه» نامیده می‌شود و حالت تفریط آن را «غباوت» و «کودنی» می‌نامند.

بنابراین هرکدام از این قوا، سه حالت دارد: اعتدال، افراط و تفریط. حالت اعتدال میان قوا را که همان ادا کردن حق تمام قوه‌ها به صورت معتدل، یا به تعبیر دیگر نسبت به قوه‌ها به عدالت رفتار کردن است اخلاق ممدوح یا فضیلت اخلاقی نامیده‌اند. شجاعت، عفت و حکمت از مصادیق این اخلاق ممدوح است. حالت افراط در این قوه‌ها را ظلم و جانب تفریط آن را انظلام (ظلم‌پذیری) نامیده‌اند. ظلم و انظلام را از مصادیق رذایل اخلاقی، یا اخلاق مذموم به حساب آورده‌اند. (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۱۴۹؛ نراقی، ۱۳۷۷: ۳۹)

بنابراین عدالت در میان قوه‌های درونی انسان از مهم‌ترین سرمایه‌های وجودی و شرط لازم زیست اخلاقی و منش انسانی او است.



#### ۱-۴. عدالت در اصطلاح فقهی

عدالت در لغت به معنای استوا و استقامت و در شرع، کیفیت راسخ و با دوامی در نفس است که سبب ملازمت تقوا و مروت می شود. تقوا سبب دوری از گناهان کبیره (گناهانی که در کتاب و سنت برای آن آتش وعده داده شده است) و نیز اصرار نکردن بر گناهان صغیره از حیث حکم یا فعل است. مراد از مروت نیز ملکه ای است که سبب دوری از عوامل خست نفس و پستی همت می شود؛ مانند برخی مباحات و اکثر مکروهات و برخی از محرمات کوچکی که به حد اصرار نمی رسد؛ مانند خوردن در بازار و مجامع و رفع ضرورت کردن در خیابان ها هنگام رفتن مردم و سر برهنه کردن نزد کسی که مکشوف الراس نیست و امثال این از چیزهایی که قبیح و زشتند. (عاملی شهید ثانی، ۱۴۰۲، ۲: ۷۶۷) در منابع اهل سنت نیز عدالت به همین معنا آمده است. (ابن نجیم الحنفی، ۱۴۲۲، ۲: ۴۲۱)

بنابراین مفهوم عدالت از نظر فقهی بین شیعیان و اهل سنت چندان متفاوت نیست. تفاوت اساسی در مواردی است که عدالت را شرط می دانند که مهم ترین و تعیین کننده ترین آن ها در مورد امام جماعت، امام جمعه و حاکم است. شیعه عدالت را در تمامی این موارد شرط می داند؛ اما اهل سنت در مورد امام جماعت و جمعه به این شرط قائل نیستند و تنها برخی از آنان، امامت فاسق و بدعت گذار را مکروه می دانند؛ چنان که بسیاری از آن ها عدالت را در حاکم هم شرط نمی دانند. (مسجد جامع، ۱۳۸۵: ۲۳۴) چنان که سید سابق در کتاب «فقه السنة»، عدالت را در قاضی شرط دانسته ولی در امام جماعت شرط ندانسته است. وی در ذیل عنوان: «کراهة امامة الفاسق و المبتدع» می نویسد:

والاصل الذی ذهب إليه العلماء أن کل من صحت صلاته لنفسه صحت صلاته لغيره، ولكنهم مع ذلك کرهوا الصلاة خلف الفاسق و المبتدع؛ اصلی را که علما برگزیده اند آن است که هر کس نمازش به تنهایی صحیح باشد، برای غیرش (جماعت) نیز صحیح است ولیکن علما با وجود صحت جماعت نماز خواندن به امامت فاسق و بدعت گذار را مکروه دانسته اند. (سید سابق، ۱۹۷۷، ۲: ۲۳۸)



اما دیدگاه وی درباره قاضی فرق می‌کند وی در این باره می‌نویسد:

«ولا یقضی بین الناس إلا من کان... برینا من الجور بعیدا عن الهوی؛ کسی نباید بین مردم قضاوت کند مگر کسی که از ستمگری پاک باشد از هوای نفس پیروی نکند». وی در ادامه نظر فقها را یاد کرده، پس از شروط اجماعی میان فقهای اهل سنت، می‌نگارد: «و ما اختلفوا فیه، عالما باللغة و عالما بالقیاس، وأن یکون مکلفا ذکرا عدلا سمیعا بصیرا ناطقا؛ چیزی که علما درباره آن اختلاف کرده‌اند (برخی شرط دانسته و برخی شرطی ندانسته‌اند)، این است که امام زبان عربی و قیاس را بداند و دیگر مکلف و مرد و عادل و شنوا و آگاه و اهل سخنوری باشد». (سید سابق، ۱۹۷۷، ۳: ۳۹۶)

مؤلف کتاب «بداية المجتهد و نهاية المقتصد»، به تفصیل، شرایط امام جماعت و جمعه و اختلاف علما را ذکر کرده می‌نویسد: «اختلفوا فی إمامة الفاسق، فردّها قومٌ بإطلاق، وأجازها قومٌ بإطلاق، وفرّق قومٌ بین أن یکون فسقاً مقطوعاً به أو غیر مقطوعٍ به» علما درباره امامت فاسق اختلاف کرده‌اند، گروهی به هیچ وجه امامت فاسق را جایز ندانسته‌اند و گروهی در همه شرایط جایز دانسته‌اند و گروهی فرق گذاشته‌اند بین آنجایی که به فسق امام یقین داشته باشیم (امامت جایز نیست) و آنجایی که یقین نداشته باشیم (شک داشته باشیم جایز است). (ابن رشد قرطبی، ۱۹۹۶، ۱: ۱۶۲)

پس میان اهل سنت، هم در عدالت قاضی، هم در عدالت امام جماعت اختلاف نظر وجود دارد.

## ۱-۵. رابطه مفهومی عدالت با تساوی

بر اساس تعاریفی که از عدالت شد، رابطه بین عدالت و تساوی از نظر منطقی عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی میان آن‌ها، گاهی رابطه «این همانی» وجود دارد و گاهی «این نه آنی»؛ مثلاً نگاه مساوی به همه شاگردان، عادلانه هم هست؛ اما نمره دادن مساوی به همه شاگردان، عادلانه نیست.

## ۲. عدالت حاکم در فقه شیعه و اهل سنت

از آنجا که شرایط زمانی و مکانی و اوضاع سیاسی در پیدایش و رشد دیدگاه فقهی تأثیر دارد (زیرا دیدگاه فقهی به پرسش‌های موجود پاسخ می‌دهد تا مردم به آن عمل کنند)، بخش عمده‌ای از منابع فقه شیعه، سیره عملی پیامبر اکرم (ص) و امامان شیعه<sup>(ع)</sup> است؛ ولی فقهای اهل سنت، افزون بر سیره پیامبر (ص)، سیره صحابه و تابعین را نیز معتبر می‌شمارند؛ از این رو مبانی دیدگاه‌های فقه سیاسی اهل سنت را باید در وقایع سیاسی و حاکمان (به ویژه حاکمان اموی) جست‌وجو کرد. در ادامه به بررسی منابع فتاوی فریقین می‌پردازیم.

### ۱-۲. شرط عدالت حاکم در فقه شیعه

در فقه سیاسی شیعه، اصل اولیه این است که هیچ‌کسی بر دیگری حق حکومت ندارد؛ بلکه در اصل، حق حکومت از آن خداوند است و او این حق را به هرکسی که شایسته بداند، واگذار می‌کند. اگر خداوند حکومت کسی را امضا نکند، مشروعیت ندارد. طبق اعتقاد شیعه، خداوند حق حکومت را در مرحله نخست، به پیامبران و سپس جانشینان آن‌ها واگذار کرده است. این جانشینان را باید خود خداوند توسط پیامبران، اعلام کند. (ر. ک. ابراهیمی، ۱۳۷۷) اگر خداوند این حاکم را معین نکند، به این معنا است که حکومت غیر الهی را امضا کرده و حکومت غیر الهی، همان حکومت طاغوت است؛ در حالی که خداوند در قرآن کریم، به طرد طاغوت دستور داده است. (شمس، ۱۳۸۴: ۱۲۱) شیعه با دلایل عقلی و نقلی، دوازده امام را جانشینان پیامبر اکرم (ص) می‌داند.

هم‌چنین به اعتقاد شیعه، اگر امت در اثر شرایط خاصی از دسترسی به امام عصر خود محروم شد، بازهم خداوند امور امت را به خودشان واگذار نکرده، بلکه برای حاکم جامعه اسلامی، شرایط ویژه‌ای لحاظ کرده است. بر هرکسی که دارای آن شرایط باشد، واجب است زمامداری مسلمانان را به عهده بگیرد و بر مسلمانان نیز اطاعت از او واجب است. این مسئله، به وضوح در آیات و روایات بیان شده است. یکی از شرایط ویژه حاکم، عدالت است. پس اگر حاکمی فاقد عدالت باشد، حکومت او



طاغوتی است؛ زیرا معیار طاغوتی بودن یک حکومت، تأیید نشدن فرمانروای آن از طرف خدا و رسول خدا است و خدا و رسول خدا، ظلم و ظالم را تأیید نمی‌کنند. (طاهری، ۱۳۸۱: ۲۴۳)

در فقه سیاسی شیعه، دوران حکومت پس از پیامبر را به دو دوره زمانی تقسیم کرده‌اند؛ یکی دوره حضور معصوم و دیگری دوره غیبت معصوم. در دوره اول، نه تنها عدالت حاکم، بلکه عصمت او نیز شرط است. در دوره دوم، حاکم، فقیه جامع‌الشرایط است که از آن به ولی فقیه تعبیر می‌شود و از حاکمیت او به ولایت فقیه. در ولی فقیه نیز عدالت یکی از مهم‌ترین شرط‌ها است؛ چنان‌که در کتاب‌های فقهی به خصوص آثاری که به ولایت فقیه پرداخته‌اند، بر این مسئله، تصریح و تأکید شده است. آیت‌الله منتظری پس از اختصاص دادن یک فصل برای این شرط می‌نویسد: «شرط سوم عدالت است. پس ظالم و فاسق بر مسلمین ولایت ندارد. بر این مطلب، افزون بر حکم عقل، آیات و روایات فراوانی از طریق فریقین آمده است». (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹، ۱: ۲۸۹) آنگاه در ذیل این بحث، ۶ آیه و ۲۱ روایت را از طریق شیعه و سنی به‌عنوان دلیل نقلی ذکر می‌کند. دیگر فقهای شیعه نیز بر این مسئله اتفاق نظر دارند. (ر. ک. موسوی خمینی، ۱۴۲۳: ۵۰؛ سروش، ۱۳۸۶: ۳۳۷)

## ۲-۲. شرط عدالت حاکم در فقه اهل سنت

در اندیشه فقهی اهل سنت، برای انعقاد امامت و خلافت چهارراه را ذکر کرده‌اند. راه نخست اجماع مسلمانان و بیعت اهل حل و عقد است که مصداق آن خلیفه اول و خلیفه چهارم حضرت علی<sup>(ع)</sup> و فرزندش امام حسن مجتبی<sup>(ع)</sup> است؛ زیرا خلیفه اول با رای اهل حل و عقد انتخاب شد و حضرت علی<sup>(ع)</sup> و پس از ایشان امام حسن مجتبی<sup>(ع)</sup> با بیعت و اجماع اهل حل و عقد برگزیده شدند. راه دوم استخلاف است، دوره خلافت خلیفه دوم که ابوبکر او را به‌عنوان جانشین برگزید از مصادیق این راه است؛ راه سوم از اسباب انعقاد امامت، شورا است. مصداق آن را انتخاب خلیفه سوم از سوی شورای شش نفری دانسته‌اند. راه چهارم که از آن به پادشاهی و امامت تعبیر کرده‌اند، استیلا و شوکت است. (خنجی اصفهانی، ۱۳۶۲: ۷۹) برخی در سه مورد



عدالت را شرط کرده، ولی در حکومت استیلایی آن را ساقط دانسته‌اند؛ چنان‌که «ابی یعلی» برای امام چهار شرط را یاد می‌کند:

۱. قریشی بودن، ۲. صفات قاضی را داشتن (آزادی، بلوغ، عقل، علم و عدالت)، ۳. توان امور جنگی، سیاسی و اقامه حدود داشتن که رأفت در این زمینه بر او چیره نگردد و از امت دفاع کند، ۴. برترین مردم در دانش و دین بودن. ولی طبق روایتی که امام احمد آورده است، اعتبار عدالت و علم و فضل ساقط است؛ به خصوص هنگامی که حکومت او با سیطره و استیلا باشد. (ابی یعلی، ۱۴۰۶ ق: ۲۳)
- خنجی اصفهانی نیز درباره حکومت استیلایی می‌نویسد:

علما گفته‌اند که چون امام وفات کند و شخصی بدون بیعت و بدون آنکه کسی او را خلیفه ساخته باشد، متصدی امامت گردد و مردمان را با شوکت و لشکر مغلوب کند، امامت او بدون بیعت منعقد می‌گردد؛ خواه قریشی باشد، خواه نه؛ خواه عرب باشد یا عجم یا ترک؛ خواه مستجمع شرایط باشد، خواه فاسق و جاهل. اگرچه آن مستولی، بدین فعل عاصی می‌گردد، چون به واسطه سطوت و استیلا جای امام را گرفته، او را سلطان گویند و امام و خلیفه بر او اطلاق توان کرد. (خنجی اصفهانی، ۱۳۶۲: ۸۲)

مصادق این دوره آغاز حکومت بنی امیه (معاویه) است که با سرنیزه بر مردم حاکم شد؛ چنان‌که گفته‌اند: «پیدایش تاریخی آن به دوران امویان و به‌طور مشخص معاویه برمی‌گردد». (قادری، ۱۳۸۷: ۲۶)

فقه‌های اهل سنت با توجه به راه‌های چهارگانه، شرط کردن عدالت حاکم را نیز تابع شرایط تاریخی دانسته‌اند؛ در صورتی که حاکم با رأی مردم انتخاب شود، یا استخلاف و شورا در کار باشد، باید عدالت داشته باشد؛ اما در صورتی که با استیلا و ولایت‌عهدی باشد، این شرط ضرورتی نخواهد داشت. کسی که در برابر حاکم بایستد هر که باشد، خلاف کار است؛ زیرا سبب اختلاف امت و ناامنی شده است. با اتکا به همین عقیده بود که وقتی حضرت مسلم بن عقیل را پس از دستگیر شدن نزد ابن زیاد بردند، ابن زیاد ملامت‌کنان به حضرت مسلم گفت: «ای سرکش آشوبگر

و بدبخت! تو بر امام خود خروج کردی و در میان مسلمانان اختلاف و جدایی ایجاد کردی و در میانشان تخم فتنه و آشوب را پراکندی!» حضرت مسلم جواب دندان شکن داد و گفت: «کذبت یا بن زیاد! نما شق عصا المسلمین أنت و ابوک؛ دروغ می‌گویی ای ابن زیاد! اختلاف و جدایی را تو و پدرت در میان مسلمانان به وجود آوردید». (حلی، ۱۹۵۰: ۲۵) نظریه استیلا بود که شهادت امام حسین را توجیه می‌کرد؛ زیرا کسی در فسق یزید و صحابی و نور چشم پیامبر بودن امام حسین<sup>(ع)</sup>، شکی نداشت. در عصر بنی امیه بسیاری از مسلمانان با همین عقیده می‌زیستند؛ چنان‌که مسلم بن عقبه در هنگام مرگ می‌گوید: «بار خدایا اگر مرا پس از پیروی از جانشینت یزید بن معاویه و کشتن اهل حره به عذاب گرفتار کنی، از بدبختان خواهم بود». (یعقوبی، بی تا، ۲: ۲۵۱) چون او یزید را با آنکه مطلع بود که وی شراب‌خواری بیش نیست لازم‌الاطاعه و جانشین پیامبر خدا<sup>(ص)</sup> می‌دانست و با همین ذهنیت و با دستور یزید اهل حره را کشته و اموال و ناموس مردم مدینه را حلال اعلام کرده بود. شکل‌گیری این باور به این دلیل بود که ولایتعهدی یزید با قضای الهی توجیه شد. از طرفی زمینه جعل احادیث نیز وجود داشت؛ زیرا در میان اهل سنت از زمان خلیفه دوم تا زمان عمر بن عبدالعزیز، نوشتن حدیث ممنوع بود. در این بازه زمانی، احادیث اسرائیلی فراوان وارد حوزه حدیثی شد. از طرفی معاویه برای حفظ قدرت و حکومت یزید، از مغالطه استفاده می‌کرد و باور اصل غلبه را معیار حقانیت قرار می‌داد (الحق لمن غلب). این باور را به نیچه نسبت داده‌اند؛ (بخشایشی اردستانی، ۱۳۸۳: ۲۵۶) اما معاویه، اولین کسی بود که عملاً این سنت را بر مردم تحمیل کرد؛ چنان‌که نوشته‌اند:

معاویه به یارانش رو کرد و گفت: به من بگویید چرا در امر خلافت، علی بن ابیطالب برتر از من است؟ سوگند به خدا که من کاتب رسول خدا<sup>(ص)</sup> هستم و خواهرم همسر رسول خدا<sup>(ص)</sup> است. من والی و کارگزار عمر بن خطاب و عثمان بن عفان هستم و مادرم هند دختر عتبه بن ربیع، پدرم ابوسفیان بن حرب است. اگر اهل حجاز و اهل عراق با علی بیعت کرده‌اند، اهل شام با من بیعت کرده‌اند. اینان در کار خلافت مساوی هستند و هرکسی بر چیزی غلبه کند، حق اوست. (ابن اعثم الکوفی، ۱۹۹۱، ۲: ۵۳۳)



افزون بر آن، معاویه با ترویج جبرگرایی، خواست قدرت را برای فرزندش نگه دارد؛ چنان‌که در حالات معاویه نقل کرده‌اند: «وقتی می‌خواست برای یزید بیعت بگیرد، انتخاب او را از قضای الهی قلمداد می‌کرد و می‌گفت: خلافت یزید، از قضای الهی است و مردم در این انتخاب، اختیاری ندارند». (ابن قتیبۀ دینوری، ۱۹۹۰، ۱: ۲۰۵)

### ۳. دلایل پیروی از حاکم فاسد در فقه اهل سنت

#### ۳-۱. دلیل نقلی

در زمینه پیروی از حکومت ظالم در منابع اهل سنت روایات فراوانی وجود دارد که در اینجا به حدیثی اکتفا می‌کنیم.

مسلم از پیامبر (ص) نقل کرده است که آن حضرت فرمود: **يَكُونُ بَعْدِي أَيْمَةٌ لَا يَهْتَدُونَ بِهَدَايَ وَلَا يَسْتَنُونَ بِسُنَّتِي وَسَيَقُومُ فِيهِمْ رِجَالٌ قُلُوبُهُمْ قُلُوبُ الشَّيَاطِينِ فِي جُثْمَانِ إِنْسٍ**. «قال قلت كيف أصنع يا رسول الله إن أدركت ذلك قال: تسمع وتطيع للأمر وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك، فاسمع وأطع؛ پس از من پیشوایانی خواهند آمد که در مسیر من نخواهند رفت و به سنت من پایبند نخواهند بود و در میانشان کسانی خواهند آمد که دل‌هایشان دل شیطان و خود به شکل انسانند. راوی پرسید ای رسول خدا! اگر آن زمان را درک کردیم، چه باید بکنیم، فرمود: از امیر پیروی می‌کنی و به سخنش گوش فرا می‌دهی اگرچه بر پشتت بزند و مالت را بگیرد. پس سخنش را بشنو و اطاعت کن. (نیشابوری، بی‌تا، ۶: ۲۰)

ابن تیمیه بنیان‌گذار وهابیت در ذیل حدیث یادشده می‌گوید: «فَهَذَا أَمْرٌ بِالطَّاعَةِ مَعَ ظُلْمِ الْأَمِيرِ؛ «این سخن پیامبر، دستور دادن به پیروی از فرمان حاکم است، اگرچه ستم‌پیشه باشد». (ابن تیمیه حرانی، ۱۹۸۶، ۳: ۳۹۳)

قبل از ابن تیمیه، احمد بن حنبل، چنین فتوا داده و در این باره نوشته است:

وَمَنْ خَرَجَ عَلَى إِمَامٍ مِنْ أَيْمَةِ الْمُسْلِمِينَ وَقَدْ كَانُوا اجْتَمَعُوا عَلَيْهِ وَأَقْرَبُوا بِالْخِلاَفَةِ بِأَيِّ وَجْهٍ كَانَ بِالرِّضَا أَوْ الْغَلْبَةِ فَقَدْ شَقَّ هَذَا الْخَارِجُ عَصَا الْمُسْلِمِينَ وَخَالَفَ الْآثَارَ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَإِنَّ مَاتَ الْخَارِجُ عَلَيْهِ مَاتَ مِثَّةَ جَاهِلِيَّةٍ وَلَا



يحل قتال السُّلْطَانِ وَلَا الْخُرُوجَ عَلَيْهِ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ مُبْتَدِعٌ عَلَى غَيْرِ السُّنَّةِ؛ کسی که بر امامی از امامان مسلمان‌ها خروج کند که بر او اجتماع و به خلافت او اقرار کرده‌اند، هرگونه که باشد چه با رضا یا غلبه و زور، خروج کننده بر چنین امامی، اتحاد مسلمانان را به هم زده و با آثار رسول خدا مخالفت کرده است. اگر در چنین حال بمیرد، به مرگ جاهلی مرده است. بر هیچ کس مبارزه با سلطان و خروج بر او حلال نیست. هر کس چنین کند، بدعت‌گذار است و برخلاف سنت و روش رسول خدا عمل کرده است. (الشیبانی، ۱۴۱۱: ۴۵)

برخی از فقهای دیگر نیز بر اساس چنین احادیثی فتوا داده‌اند که حکومت شخصی که به زور و جبر بر مسند قدرت می‌نشیند، هرچند فاسق و فاجر باشد، درست است و نمی‌توان در مقابل آن‌ها قیام کرد. (ر.ک. صداقت، ۱۳۹۱: ۵۴، ۶۰) چنان‌که ابی‌یعلی (متوفای ۴۵۸ ق) می‌نگارد:

و من غلب علیهم بالسیف حتی صار خلیفة و سمی امیر المؤمنین فلا یحل لأحد یؤمن بالله و الیوم الآخر ان یتبیت و لایراه اماما برا کان او فاجرا؛ کسی که با سرنیزه بر مردم مسلط گردد تا خلیفه شود و امیر مؤمنان نام گیرد، برای آنانی که به خدا و روز واپسین ایمان دارند، حلال نیست شب را به روز آورند و او را پیشوای خویش ندانند؛ چه آن خلیفه نیک‌سرشت باشد، یا بدکردار. (ابی‌یعلی، ۱۴۰۶: ۲۳)

مفتیان معاصر نیز، درباره سلطان چنین فتوا داده‌اند. در کتابی که با نام: «تفسیر العشر الاخیر من القرآن الکریم و یلیه احکام تهم المسلم» در عربستان سعودی به چاپ رسیده و سالانه میلیون‌ها نسخه از آن در میان زائران خانه خدا به صورت مجانی توزیع می‌گردد، درباره وظیفه مردم نسبت به حاکم نیز چنین آمده است:

بر مردم واجب است که در هر حال از حاکم پیروی کنند. شورش و خروج بر آنان روا نیست؛ اگرچه حاکمان بر مردم ستم روا دارند. نباید از پیروی آنان دست برداشت بلکه صلاح، سلامتی و توفیقشان را از خداوند بخواهیم. تا وقتی که به معصیت خدا دستور نداده‌اند، پیروی از آنان به منزله پیروی از خداوند است؛ چنانچه به معصیت خدا دستور دهند، پیروی از آنان حرام است، ولی در غیر از معصیت خداوند، در





کارهای پسندیده پیروی از آنان واجب و لازم است. (جمعی از نویسندگان، ۱۴۳۲: ۱۵۲)

براین اساس عموم فقها و علمای اهل سنت، استیلا را مثل یک دلیل شرعی در تعیین حاکم پذیرفته‌اند، ولی در این میان یگانه کسی که نظریه استیلا را قبول ندارد، امام ابوحنیفه است. (قادری، ۱۳۸۷: ۲۶)

### ۳-۲. دلیل عقلی

مهم‌ترین دلیل عقلی، وحدت‌گرایی و پرهیز از اختلاف میان مسلمانان است که در روایات نیز به آن تصریح شده و فقها بر اساس آن فتوا داده‌اند؛ زیرا عدالت نزد اهل سنت، تحت الشعاع امنیت و نظم امور قرار می‌گیرد؛ درحالی‌که در نزد تشیع، امنیت و نظم امور به شکل واقعی، فقط با حکومتی عادلانه محقق می‌شود و این حکومت هم فقط از عهده امام برمی‌آید. (همان: ۴۵)

### ۴. بررسی و تحلیل

با توجه به آنچه ذکر شد، روشن شد که فی‌الجمله، فقهای شیعه و سنی در شرط بودن عدالت برای حاکم، با هم اختلاف دارند. بسیاری از فقهای اهل سنت، عدالت را در حاکم استیلابی، لازم نمی‌دانند؛ اما فقهای شیعه این شرط را یکی از شروط اساسی حاکم می‌دانند. به نظر می‌رسد با توجه به نظام هستی، اهداف بعثت انبیا، آموزه‌های قرآن کریم، احادیث، روایات و سیره پیامبر و هم‌چنین حکم عقل بر اهمیت اجرای عدالت در جامعه، اولویت با شرط بودن عدالت در حاکم باشد. در ذیل، دلایل ضرورت این شرط را در حاکم، به تفصیل بررسی می‌کنیم:

### ۴-۱. حکم عقل

حکومت از امور غیبی صرف نیست تا خارج از مدار داوری عقل قرار گیرد. بنابراین شکی نیست که اولاً عقل درباره حکومت، ساکت نیست و دیدگاهی دارد؛ ثانیاً این دیدگاه از نظر منابع دینی و تجارب بشری، مورد تأیید است. توضیح اینکه در محور اول، حکم عقل این است که عدالت حاکم، موجب تأمین امنیت و حقوق انسانی

رعایا شده و زمینه رشد مادی، معنوی، اخلاقی و فکری و همگرایی آن‌ها را فراهم می‌سازد؛ چنان‌که استبداد، کینه‌ها، روحیه انتقام‌جویی و ناامنی روانی و چاپلوسی و نفاق و تشمت را در نهاد جامعه، نهادینه می‌سازد.

در محور دوم هم اعتبار این حکم عقل از نظر منابع دینی ما، کاملاً روشن است؛ مثلاً قرآن از پیروی کورکورانه و تقلید بدون دلیل از پیشینیان، به شدت منع و به خردورزی اکیداً توصیه کرده است. چنان‌که می‌فرماید: «وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ ءِآبَاءَنَا أَوْ لَوْ كَانَ ءِآبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ»؛ (بقره: ۱۷۰) و چون به آنان گفته شود: از آنچه خدا نازل کرده پیروی کنید. می‌گویند: نه بلکه از چیزی که پدران خود را بر آن یافته‌ایم، پیروی می‌کنیم. آیا هر چند پدرانشان چیزی را درک نمی‌کرده و به راه صواب نمی‌رفته‌اند [بازهم درخور پیروی هستند]؟» یا می‌فرماید: «فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ»؛ (زمر: ۱۷-۱۸) به آن بندگانم بشارت بده که سخنان [گوناگون] را می‌شنوند [و در آن‌ها می‌اندیشند]؛ سپس از بهترینش پیروی می‌کنند.

اعتبار این حکم عقل از نظر تجارب جوامع بشری و واقعیت‌های تاریخی و کنونی، هم کاملاً روشن و ملموس است؛ به‌عنوان مثال در قرن اول هجری که حاکم مستبدی زمام امور مسلمانان را بر عهده داشت، انواع فجایعی دامن‌گیر امت اسلامی شد که پیامدهای کمرشکن آن‌ها تا کنون و شاید تا همیشه، گریبان این امت را رها نکرده و نکند. یکی از آن فجایع، به شهادت رساندن و به اسارت گرفتن خاندان پیامبری بود که حاکم مستبد، خویشان را جانشین او می‌دانست! یکی از پیامدهای آن فاجعه هولناک این بود که خاندان و وارثان پیامبر را به‌صورت کلی از صحنه سیاست و حاکمیت اسلامی حذف و امت را از نعمت هدایت و رشد محروم کرد. هم‌چنین اختلافات مذهبی و فرقه‌ای را در میان امت، چنان عمیق ساخت که به‌رغم تلاش‌های مصلحان و دلسوزان این امت تا امروز هم رفع و رفو نشده است و تا ابد هم نخواهد شد. یکی دیگر از پیامدهای حاکمیت استبداد یزیدی و دیگر خلفای بنی امیه و بنی عباس، همین روحیه نفاقی است که هم‌اکنون نیز در شرق اسلامی فراگیر



است؛ (زیرا تحت حاکمیت استبداد، انسان‌ها از بروز خود واقعی‌شان وحشت دارند و ناگزیر، به خودسانسوری و ریاکاری روی می‌آورند). همین روحیه، زمینه هرگونه اعتماد را در میان جوامع و ملل اسلامی از بین برده و تعامل صادقانه و برادرانه آن‌ها را به تظاهر و دروغ‌گویی و کمین کردن همدیگر تبدیل کرده است.

بنابراین نقد نخست بر مبنای عدم اشتراط (شرط نبودن) عدالت در حاکم اسلامی، آن است که این مبنا مخالف حکم عقل است. این حکم عقل را از نظر منطقی می‌توان با یک قضیه شرطیه، چنین صورت‌بندی کرد: شرط نکردن عدالت در حاکم فاسد، موجب روی کار آمدن امثال یزیدهای تاریخی و معاصر (امثال ابوبکر البغدادی) شده و می‌شود (مقدم). تصدی حکومت توسط آن‌ها، برای جوامع اسلامی، فاجعه‌بار بوده و است (تالی). دومی باطل است؛ پس اولی نیز باطل است (نتیجه).

قرآن نیز بر عقل‌گرایی مهر تأیید زده، از پذیرش کورکورانه و فاسدان نهی می‌کند، چنانکه از آنانی که از پدرانشان بدون تعقل پیروی می‌کرده‌اند، به شدت انتقاد فرموده و معیار پیروی را تعقل، هدایت و وحی می‌داند و از پیروی چشم‌بسته و کورکورانه پدرانشان باز می‌دارد، قرآن کریم با لحن انکار و سرزنش آمیز می‌فرماید: «وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوْ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ»؛ (بقره: ۱۷۰) و چون به آنان گفته شود: از آنچه خدا نازل کرده است پیروی کنید، می‌گویند: نه بلکه از چیزی که پدران خود را بر آن یافته‌ایم، پیروی می‌کنیم. آیا هرچند پدرانشان چیزی را درک نمی‌کرده و به راه صواب نمی‌رفته‌اند [بازهم در خور پیروی هستند]؟

#### ۴-۲. آموزه‌های قرآن

چنانکه خداوند منان می‌فرماید: «وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا أَنْ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ»؛ (نحل: ۳۶) و در حقیقت، در میان هر امتی فرستاده‌ای برانگیختیم [تا بگوید: خدا را پرستید و از طاغوت [فریب‌گر] پرهیزید.

برخی از حاکمان، مصداق کامل طاغوت است. چگونه می‌توان قبول کرد که



به‌صرف مسلمان بودن یا تظاهر به اسلام و تسلط یافتن بر حکومت هرچند با زور، اطاعت از آنان واجب می‌شود، بدون این‌که عدالت را احراز کرده باشند!

#### ۴-۳. حدیث پیامبر(ص)

احادیث نیز مخالف این باور است که حاکم عدالت نداشته باشد؛ چنانکه امام حسین(ع) در نامه‌ای به کوفیان از پیامبر گرامی اسلام حدیثی را نقل کرده که در منابع فراوان حدیثی شیعه و سنی، سیره و تاریخ، مانند بحارالانوار، (مجلسی، ۱۴۰۴، ۴۴: ۳۸۲) امالی مفید، (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۱۲۲) موسوعة کلمات الامام الحسین. (گروه حدیث پژوهشکده باقرالعلوم، ۷، ۱۴۲۵: ۴۳۸) در منابع اهل سنت مانند تاریخ طبری، (طبری، ۱۹۶۷، ۴: ۳۰۴) الکامل فی التاریخ (ابن اثیر، ۱۹۶۶، ۴: ۴۸) مقتل الحسین، (ازدی، بی‌تا: ۸۵) آمده است. طبق این روایت، امام حسین در نامه‌ای به کوفیان چنین فرموده است:

أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ عَلِمْتُمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) قَدْ قَالَ فِي حَيَاتِهِ مَنْ رَأَى سُلْطَانًا جَائِرًا مُسْتَحِلًّا لِحُرْمِ اللَّهِ نَاكِثًا لِعَهْدِ اللَّهِ مُخَالِفًا لِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ يَعْمَلُ فِي عِبَادِ اللَّهِ بِالْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ثُمَّ لَمْ يَغْيِرْ بِقَوْلٍ وَلَا فِعْلٍ كَانَ حَقِيقًا عَلَى اللَّهِ أَنْ يَدْخُلَهُ مَدْخَلُهُ وَقَدْ عَلِمْتُمْ أَنَّ هَؤُلَاءِ الْقَوْمَ قَدْ لَزِمُوا طَاعَةَ الشَّيْطَانِ وَتَوَلَّوْا عَنِ طَاعَةِ الرَّحْمَنِ وَأَطَهَرُوا الْفُسَادَ وَعَظَلُوا الْحُدُودَ وَاسْتَأْثَرُوا بِالْفِئَةِ وَأَحْلَوْا حَرَامَ اللَّهِ وَحَرَّمُوا حَلَالَهُ وَإِنِّي أَحَقُّ بِهَذَا الْأَمْرِ لِقَرَابَتِي مِنْ رَسُولِ اللَّهِ؛ اما بعد شما می‌دانید که رسول خدا(ص) در زمان حیاتش فرمود: کسی که پادشاه ستمگری را ببیند که حرام‌های خدا را حلال کرده است و عهد خدا را شکسته و با سنت رسول خدا به مخالفت برخاسته است، در میان بندگان خدا با گناه و دشمنی عمل می‌کند، با همه این‌ها در مقابل چنین ستم‌پیشه‌ای با سخن و رفتار قیام نمی‌کند، شایسته است که خداوند او را با ستم‌پیشه در یکجا وارد کند. شما می‌دانید که این گروه (یزیدیان) از شیطان پیروی می‌کنند و از اطاعت خدا سرباز زده‌اند، فساد را آشکار و حدود الهی را تعطیل کرده‌اند، غنایم و حق فقرا را به خود اختصاص داده، حلال خدا را حرام و حرام خدا را حلال کرده‌اند. پس به دلیل قرباتم (نزدیک بودنم) به رسول خدا(ص)، من سزاوار این [قیام] هستم.



این حدیث، تعامل با حاکم ستمگر را به صراحت نفی می‌کند. چگونه می‌توان ولایت چنین حاکمی را پذیرفت و در برابرش سکوت کرد، در حالی که او در عمل با اسلام مخالفت می‌کند عملاً احکام و آموزه‌های دینی را زیر پا گذاشته است؟

#### ۴-۴. سیره عملی پیامبر (ص)

افزون بر اینکه پیروی از حاکم فاسق، با عقل، قرآن و احادیث پیامبر (ص) سازگار نیست، با عمل آن حضرت نیز منافات دارد؛ زیرا در تاریخ اسلام دیده نشده که پیامبر (ص) اسلام با طاغوت، چنین تعامل کرده باشد. نه تنها پیامبر (ص) بلکه شعار همه پیامبران مبارزه با طاغوت بوده است. چنانکه قرآن می‌فرماید: «وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا أَنْ آعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ»؛ (نحل: ۳۶) افزون بر مخالفت با سیره رسول خدا (ص) این کار، با سیره عقلا و عقل نیز سازگار نیست.

امام علی، امام حسن، امام حسین (ع) از بهترین صحابی که برادر و نورچشمان رسول خدا (ص) و مصداق کامل سلف صالحند، با حاکمی مانند یزید و معاویه مخالفت کردند. هم‌چنین عبدالله بن زبیر که بر مبنای اهل سنت یکی از صحابی و سلف صالح است، در مخالفت با بنی امیه، حتی حکومت تشکیل داد. پس سر تسلیم نهادن در برابر حاکم فاسقی که با زور و نیرنگ بر حکومت سیطره یافته باشد، مخالف سیره پیامبر و سلف صالح است ضمن اینکه یزید صحابی هم نیست.

#### ۴-۵. هدف رسالت انبیا

یکی از اهداف رسالت انبیا این است که راه را نشان دهند تا مردم به عدالت نزدیک شوند. قرآن کریم می‌فرماید: «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ»؛ (حدید: ۲۵) به راستی [ما] پیامبران خود را با دلایل آشکار روانه کردیم و با آن‌ها کتاب و ترازو را فرود آوردیم تا مردم به انصاف برخیزند. در این آیه نفرمود که پیامبران عدالت را برقرار کنند، بلکه فرمود «مردم اقامه عدالت کنند»؛ زیرا پیامبران راهنما هستند، راه را نشان می‌دهند و عدالت با عمل توده مردم قابل تحقق است. چنان‌که خداوند در آیه دیگری فرموده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ»؛ (مائده: ۸) ای کسانی که ایمان آورده‌اید، برای خدا به داد برخیزید، به عدالت شهادت دهید و البته نباید دشمنی گروهی شما را بر آن دارد که عدالت نکنید. عدالت کنید که آن به تقوا نزدیک‌تر است و از خدا پروا دارید که خدا به آنچه انجام می‌دهید آگاه است.

همان‌گونه که از آیه استفاده می‌شود، عدالت به تقوای سیاسی نزدیک است. بلکه می‌توان گفت یکی از مصادیق تقوای سیاسی، اجرای عدالت است. پیامبر گرامی اسلام (ص) که مربی انسان‌ها است، به دستور خداوند می‌فرماید: «وَقُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ»؛ (شوری: ۱۵) و بگو به هر کتابی که خداوند فرو فرستاده است، ایمان آورده‌ام و دستور یافته‌ام که در میان شما دادگری کنم.

اصل اقامه عدالت در اسلام، ویژه پیروان اسلام نیست تا با غیر مسلمان بی‌عدالتی مجاز باشد، بلکه خداوند اجرا و اقامه عدالت را نسبت به همگان توصیه کرده است: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»؛ (ممتحنه: ۸) [اما] خدا شما را از کسانی که در [کار] دین با شما نجنگیده و شما را از دیارتان بیرون نکرده‌اند، باز نمی‌دارد که با آنان نیکی کنید و با ایشان عدالت ورزید؛ زیرا خدا دادگران را دوست می‌دارد.

همزیستی مسالمت‌آمیز و عادلانه، خواسته عقل است و دین، از باب ارشاد، به آن دستور داده است؛ چنان‌که امام سجاده<sup>(ع)</sup> فرموده است:

وَحَقُّ الدِّمَةِ أَنْ تُقْبَلَ مِنْهُمْ مَا قَبِلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مِنْهُمْ وَلَا تَظْلِمَهُمْ مَا وَفَّوْا لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ بِعَهْدِهِ؛ حق اهل ذمه آن است که آنچه را که خداوند از آن‌ها پذیرفته است، از آنان پذیری و تا هنگامی که برای خدا به عهد خویش وفا می‌کنند، بر آنان ستم روا نداری. (صدوق، ۱۴۱۳، ۲: ۶۲۵)

عدالت اصل اساسی و خواسته بدون قید و شرط در اسلام است. به تعبیری، عدالت بذاته مطلوب اسلام و پیشوایان دینی است؛ زیرا اجرای عدالت، اثر وضعی



دارد و بدون آن چرخه هستی به گردش نمی افتد. از این روی یکی از صفات خداوند در میان امامیه و عدلیه، عادل بودن است. به همین دلیل امام علی<sup>(ع)</sup> به فرزندش امام حسن<sup>(ع)</sup> وصیت می کند: «يَا بُنَيَّ أُوصِيكَ بِتَقْوَى اللَّهِ... وَبِالْعَدْلِ عَلَى الصَّدِيقِ وَ الْعَدُوِّ؛ فرزندم تو را وصیت می کنم به تقوای الهی... و به رعایت عدالت در برابر دوست و دشمن». (مجلسی، ۱۴۰۴، ۷۴: ۲۳۶ و ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴، ۸۸)

#### ۴-۶. هدف نظام هستی

نه تنها نظام سیاسی و حکومتی، بلکه حتی نظام هستی بر بنیاد عدالت استوار است. چنان که امام علی<sup>(ع)</sup> می فرماید: «وَالْعَدْلُ أَسَاسٌ بِهِ قِيَامُ الْعَالَمِ؛ عدل، شالوده ای است که پایداری جهان به آن بسته است». (مجلسی، ۱۴۰۴، ۷۵: ۸۳) پیامبر گرامی اسلام<sup>(ص)</sup> نیز فرموده است: «بِالْعَدْلِ قَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ؛ به سبب عدل آسمانها و زمین برپا است». (احسانی، ۱۴۰۵، ۴: ۱۰۳)

نظام جهانی و کلی بر مدار عدالت جریان دارد و ستم به این جهت که خلاف این جریان است، بار کجی است که به منزل نمی رسد:

دور فلکی یکسره بر منهج عدل است خوش باش که ظالم نبرد راه به منزل

(حافظ شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۰۷، غزل ۲۹۸).

یا به گفته شبستری:

جهان چون چشم و خال و خط ابروست که هر چیزی به جای خویش نیکوست

اگر یک ذره را برگیری از جای خلل یابد همه عالم سراپای

(شبستری)

انسان نیز بر اساس این که جزئی از این نظام است، باید عدالت را در زندگی اجرا کند و مجری باید خود عادل باشد وگرنه طبق یک اصل عقلی فلسفی، فاقد شیء نمی تواند معطی همان شیء باشد. بنابر دلایل یاد شده اگر حدیثی در مقابل این احادیث فراوان و حکم عقل بایستد، فاقد اعتبار است. پس باید حاکم عادل باشد و

عدالت را در جوامع تحت حکومتش اجرا نماید.

### نتیجه‌گیری

نظرات فقیهان شیعه و سنی درباره شرط بودن عدالت در حاکم، یکسان نیست. در میان اهل سنت تا زمان خلفای راشدین این اصل، از مسلمات مفروغ عنه فقهی فرض شده است؛ اما از آنجا که شکل‌گیری فقه، تدریجی و تابع رخدادهای تاریخی بوده، با استیلای بنی امیه بر سرنوشت امت اسلامی، نظریه استیلا در مسئله خلافت و حکومت شکل گرفته است. به این معنا که به اعتقاد همه فقیهان اهل سنت (جز امام ابوحنیفه) در صورت تصدی حاکمیت با استیلا، عدالت در حاکم شرط نیست. آن‌ها در عصر حاضر نیز به کسی که با زور به قدرت برسد، خلیفه خطاب می‌کنند. از نظر آن‌ها، چنین خلیفه‌ای عادل باشد یا ظالم، اطاعتش واجب و قیام در برابر او حرام است. البته این اندیشه با همه گستردگی که در میان فقهای اهل سنت دارد، با آیات و روایات سازگار نیست و راه سوءاستفاده را باز می‌کند؛ اما در فقه شیعه، عدالت، یکی از شرط‌های مهم حاکم است و اطاعت از حاکم ظالم، نه تنها واجب نیست، بلکه جایز هم نیست؛ زیرا به مثابه اطاعت از طاغوت شمرده می‌شود.





قرآن مجید. (۱۴۱۵ق) ترجمه محمد مهدی فولادوند.

۱. ابن اثیر، ابی الحسن علی بن ابی الکریم، (۱۹۶۶م)، الکامل فی التاریخ. بیروت: دار صادر.
۲. ابن اعثم الکوفی، أبو محمد أحمد، (۱۹۹۱م)، الفتوح. تحقیق: علی شیری. بیروت: دارالأضواء.
۳. ابن رشد قرطبی، محمد بن احمد بن محمد، (۱۹۹۶م)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی، (۱۴۰۴ق)، تحف العقول، (تحقیق: علی اکبر غفاری)، قم: جامعة مدرسیین.
۵. ابن قتیبہ دینوری، ابو محمد عبدالله بن مسلم، (۱۹۹۰م)، الإمامة و السياسة، (تحقیق: علی شیری)، بیروت: دارالأضواء.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار صادر.
۷. ابن نجیم الحنفی، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، (۱۴۲۲ق)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۸. ابی یعلی، محمد بن الحسین الفراء، (۱۴۰۶ق)، الاحکام السلطانیة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۹. احسانی ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، (۱۴۰۵ق)، عوالی اللئالی العزیزية فی الأحادیث الدینیة، (تحقیق و تصحیح: مجتبی عراقی)، قم: انتشارات سیدالشهدا(ع).
۱۰. ازدی، ابو مخنف لوط بن یحیی بن سعید، [بی تا]، مقتل الحسین(ع)، (تحقیق: حسین غفاری)، قم: چاپخانه علمیه.





۱۱. بخشایشی اردستانی، احمد، (۱۳۸۳)، سیر تاریخی اندیشه‌های سیاسی در غرب، تهران: انتشارات آوای نور.
۱۲. حافظ شیرازی، شمس‌الدین محمد، (۱۳۷۴)، دیوان حافظ، (تصحیح: علی محمد رفیعی)، تهران: قدیانی.
۱۳. جمعی از نویسندگان، (۱۴۳۲)، تفسیر العشر الاخیر من القرآن الکریم و یلیه احکام تهم المسلم، عربستان: رابطة العالم الاسلامی.
۱۴. حلی، محمد بن جعفر، (۱۹۵۰م)، مثير الاحزان، نجف اشرف: المطبعة الحیدریة.
۱۵. خنجی اصفهانی، فضل‌الله بن روزبهان، (۱۳۶۲)، سلوک الملوک، (تصحیح: محمد علی موحد)، تهران: خوارزمی.
۱۶. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۳)، فرهنگ دهخدا، تهران: دانشگاه تهران.
۱۷. سروش، محمد، (۱۳۸۶)، دین و دولت در اندیشه اسلامی، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۱۸. سید سابق، (۱۹۷۷ م)، فقه السنة، بیروت: انتشارات دار الکتب العربی.
۱۹. شمس، علی، (۱۳۸۴)، ولایت فقیه اندیشه‌ای کلامی، قم: مرکز انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی.
۲۰. شیخ مفید، محمد بن محمد بن النعمان، (۱۴۱۳ ق)، الأمالی (للشیخ المفید)، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۲۱. صداقت، محمد عارف، (۱۳۹۳)، سیره و روش پیامبر در تعامل با دشمنان، قم: انتشارات زائر.
۲۲. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۳ ق)، من لایحضره الفقیه، قم: انتشارات اسلامی.
۲۳. طاهری، حبیب‌الله، (۱۳۸۱)، تحقیق پیرامون ولایت فقیه، قم: انتشارات اسلامی.



۲۴. طباطبایی، محمدحسین، (۱۳۸۹)، مباحث علمی در تفسیر المیزان، تهیه و تنظیم: دفتر انتشارات اسلامی، قم: انتشارات اسلامی.
۲۵. طبری، محمد بن جریر، (۱۹۶۷م)، تاریخ الأمم و الملوک، (تحقیق: محمد ابوالفضل ابراهیم)، بیروت: دارالتراث.
۲۶. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۰۲ ق)، روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۷. قادری، حاتم، (۱۳۸۷)، اندیشه‌های سیاسی در اسلام و ایران. چ. نهم. تهران: نشر سمت.
۲۸. گروه حدیث پژوهشکده باقرالعلوم<sup>(ع)</sup>، (۱۴۲۵ ق)، موسوعة کلمات الإمام الحسین<sup>(ع)</sup>، قم: اسوه.
۲۹. مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۴ ق)، بحار الأنوار، بیروت: مؤسسة الوفاء.
۳۰. مسجدجامعی، محمد، (۱۳۸۵)، زمینه‌های تفکر سیاسی در قلمرو تشیع و تسنن، قم: نشر ادیان.
۳۱. مطهری، مرتضی، (۱۳۷۸)، مجموعه آثار (۱۳)، چ. پنجم. تهران: صدرا.
۳۲. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۰) مجموعه آثار (۱)، چ. دوم. تهران: صدرا.
۳۳. منتظری نجف‌آبادی، حسین علی، (۱۴۰۹ ق)، دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، چ. دوم. قم: نشر تفکر.
۳۴. موسوی خمینی، روح‌الله، (۱۴۲۳ ق)، ولایت فقیه، چ. دوازدهم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۵. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۸)، چهل حدیث و شرح حدیث جنود عقل و جهل، چ. سوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۶. مولوی بلخی، جلال‌الدین محمد، (۱۳۷۴)، مشوی معنوی، چ. اول، تهران: انتشارات اقبال.

۳۷. نراقی، ملا احمد، (۱۳۷۷)، معراج السعادة، چ. پنجم، قم: انتشارات هجرت.

۳۸. یعقوبی، احمد بن ابی یعقوب، (بی تا)، تاریخ یعقوبی، بیروت: دار صادر.

# بررسی و نقد ادله قرآنی منع قضاوت زنان در فقه

احمدعلی نیازی<sup>۱</sup>

## چکیده

در اسلام اصل در تکالیف، وظایف و صلاحیت‌ها اشتراک جنسیتی و عدم تفاوت زنان و مردان است؛ زیرا موضوع بسیاری از تکالیف و وظایف، داشتن عقل و توانایی است که زنان و مردان در آن اشتراک دارند. با این حال در مواردی از تکالیف، حقوق و وظایف زنان و مردان متفاوت است. در بحث قضاوت نیز این سؤال مطرح است که آیا این وظیفه و تکلیف از موارد اشتراک است یا از موارد اختلاف؟ از آنجا که قرآن منبع اصلی شریعت اسلامی است، در تحقیق حاضر آیاتی در این زمینه، شرح و تفسیر شده و دیدگاه‌های تفسیری و فقهی موافق و مخالف بررسی شده است. روش تحقیق در مقاله حاضر، توصیفی-تحلیلی و شیوه جمع‌آوری اطلاعات به صورت اسنادی و کتابخانه‌ای است. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که استناد به ظاهر آیات قرآن برای منع قضاوت زنان، قابل نقد است و نمی‌توان منع قضاوت زنان را به ظواهر آیات قرآنی، نسبت داد و قرآن تبعیض جنسیتی در منصب قضاوت را تأیید نمی‌کند.

واژگان کلیدی: قضاوت، زنان، قرآن کریم، شرایط قاضی، شرط دکوریت قاضی

---

۱. گروه کلام اسلامی، مجتمع عالی امام خمینی، جامعه المصطفی العالمیه، دایکندی، افغانستان.

## مقدمه

بسیاری از مشهورات فقهی که تاکنون مسلم انگاشته می‌شود، در اثر تحولات و اقتضائات جدید، نیازمند بازخوانی و بررسی مجدد است. مسئله شرایط قاضی و به خصوص شرط ذکوریت و منع قضاوت زنان نیز از این جمله است. در بین فقیهان متأخر، منع قضاوت زنان مسئله‌ای مسلم تلقی می‌شود و فقها با ادله مختلفی از اصول عملی تا آیات قرآنی برای ناروایی داوری زنان استدلال کرده‌اند. با توجه به جایگاه آیات قرآنی در شریعت اسلامی آیات قرآنی همواره مورد توجه بوده است. در این مسئله نیز آیاتی از قرآن کریم، مورد استناد فقیهان واقع شده است. در این تحقیق بررسی می‌شود که دیدگاه قرآن درباره اعتبار وصف ذکوریت برای قاضی و منع قضاوت زنان چیست؟ هدف از این تحقیق گشودن قرائت جدید برای حضور زن در مسند قضاوت و استفاده از ظرفیت تحصیلات و تخصص زنان در امر قضاوت و داوری است. اهمیت مسئله در این است که جواز یا عدم جواز قضاوت زنان، در تدوین قوانین خاص در کشورهای اسلامی تأثیرگذار است. در برخی کشورهای اسلامی مثل مصر، تونس، مالزی و ترکیه عملاً زنان در مسند قضاوت نشسته‌اند و به حل دعاوی می‌پردازند. اگر قضاوت زنان مشروعیت نداشته باشد، احکام صادر شده از سوی قاضی زن، به لحاظ شرعی و فقهی اعتبار نخواهد داشت. از سوی دیگر در برخی کشورها تحت تأثیر دیدگاه مشهور فقها مبنی بر منع قضاوت زنان، تصدی مقام قضاوت برای زنان ممنوع است و اگر روشن شود که این منع، مستند فقهی محکمی ندارد، راه برای حضور زنان در این مسئله باز می‌شود.

درباره جواز یا عدم جواز قضاوت زنان در فقه اسلامی، میان فقها دو دیدگاه مطرح است: دیدگاه اول آن است که زنان نمی‌توانند متصدی منصب قضاوت باشند و در کتاب‌های فقهی، علاوه بر شرایط عام قاضی و قضاوت، به ذکوریت قاضی نیز اشاره شده که به آیات قرآن کریم، روایات و دلایل دیگر استناد شده است. دیدگاه دوم آن است که با ایجاد خدشه در ادله دیدگاه اول، قضاوت زنان را از نظر فقهی جایز و مشروع می‌داند.

## ۱. مفهوم قاضی

### ۱-۱. قاضی در لغت

قاضی کسی است که از طرف قوه قضائیه یا حاکم وظیفه رسیدگی و حل و فصل دعاوی مردم را دارد و حاکم شرع، داور و حکم نیز به او اطلاق می‌شود. (معین، ۱۳۸۶: ۱۲۱۳) قاضی یعنی کسی که میان مردم حکم می‌کند و در مورد اختلافات و نزاع‌ها، فصل خصومت می‌کند و به واسطه فیصله دادن و این که امر نزاع و خصومت را تمام می‌کند، او را قاضی می‌نامند.

### ۱-۲. قاضی در اصطلاح فقه و حقوق

برخی از فقها و حقوق دانان به تعریف قاضی پرداخته‌اند و تعاریفی نزدیک به هم ارائه داده‌اند. لذا در خصوص این لغت گفته شده «به کسی که به شغل قضا و فصل خصومت و ترافع اشتغال دارد، قاضی گفته می‌شود. در همین معنا دادرس نیز استعمال می‌گردد». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: واژه قاضی) مفهوم قاضی در اصطلاح فقهی از تعریف اصطلاحی قضا روشن می‌شود. طبق تعریف قضا به ولایت شرعی، قاضی کسی است که ولایت شرعی بر حکم و رفع خصومات و تسلط بر برخی مصالح عامه مثل نظارت بر اوقاف و تطبیق وصایا و نظارت بر امور محجورین دارد؛ (عاملی، ۱۴۱۳، ۳۲۵) اما طبق تعریف دیگر از قضا، قاضی کسی است که میان مردم حکم و داوری کند و در مورد اختلاف و نزاع، فصل خصومت نماید. (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۲۷)

شهید اول در تعریف قاضی می‌نویسد: «[قضا عبارت است از] ولایت شرعی بر حکم در مصالح عامه از طرف امام». (عاملی، بی‌تا، ۲: ۷۳) در این تعریف، قضاوت حکم در مصالح عامه دانسته شده که اعم است از حکم کردن در حق الله و حق الناس. محمدحسن نجفی می‌نویسد: «ولایت حکم شرعی است برای کسی که اهلیت فتوا دارد، از اشخاص معینی از مردم برای اثبات حقوق و استیفای آن برای صاحب حق» و این نظر را به کتاب‌های مسالک، تنقیح، کشف اللثام و... نسبت



می‌دهد». (نجفی، ۱۹۸۱، ۴، ۱۴۰۴) شیخ انصاری نیز همین تعریف را ذکر کرده است. (انصاری، ۱۴۱۵، ۲: ۷۲) آیت‌الله خویی می‌نویسد: «قضا فصل خصومت بین متخاصمین و حکم به ثبوت ادعای مدعی یا به عدم حق او بر مدعی علیه است». وی در ادامه می‌نویسد: «اما قضا حکم به قضایای شخصی است که مورد ترافع و مشاجره قرار گرفته و قاضی حکم می‌کند که مال فلان از آن زید است، فلان زن زوجه فلان کس است و...». (خویی، ۱۴۲۸، ۱: ۱۰) آیت‌الله خویی قضاوت را رفع خصومت می‌داند، به‌علاوه مثال‌هایی ذکر می‌کند که همگی شامل دعاوی در مورد حقوق مردم است و با آوردن قید «ما شاکل ذلک»، مانع غیراز آن می‌شود. امام خمینی (ره) نیز به همین شکل قضاوت را تعریف می‌نماید: «حکم بین مردم برای رفع تنازع بین آنها است» (موسوی خمینی، ۱۳۶۳، ۲: ۴۳۱)

بر اساس ادله محدودۀ اختیارات قاضی، اعم از حق‌الله و حق‌الناس است و هرگونه فصل خصومت و احقاق حق را شامل می‌شود. از سوی دیگر در شرایط کنونی، ولایت بر مصالح عامه از محدودۀ اختیارات قاضی خارج است، بنابراین بهترین تعریف، تعریف اخیر است که قضا عبارت است از حکم بین مردم، برای رفع تنازع.

## ۲. دیدگاه فقیهان درباره شرط ذکوریت

این بحث در میان فقهای متقدم امامیه، مطرح نبوده و شیخ طوسی نخستین فقیه شیعه است که با توجه به فقه اهل سنت و در پاسخ به برخی از فتاوای آنان مبنی بر جواز قضاوت زن به‌صورت مطلق یا محدود، در کتاب‌هایی مانند الخلاف (طوسی، ۱۴۰۷، ۶: ۲۱۳) و المبسوط (طوسی، ۱۳۸۷، ۸: ۱۰۱) ذکوریت را از شرایط لازم در قاضی لحاظ کرده است. پس از شیخ طوسی تا سده دهم هجری قمری عده‌ای از فقهای شیعه مانند ابن براج (ابن براج، ۱۴۰۶، ۲: ۵۹۹)، فضل بن حسن طبرسی (طبرسی، ۱۴۱۰، ۲: ۵۱۳)، محقق حلی (حلی، ۱۴۰۸، ۴: ۶۰) و علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳، ۳: ۴۲۱) تحت تأثیر شیخ طوسی در متون فقهی خود شرط مرد بودن را ذکر کردند، ولی در برخی متون همانند الکافی فی الفقه اثر ابوالصلاح حلبی، السرائر





الحاوی لتحریر الفتاوی نوشته ابن ادریس و غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع تألیف ابن زهره، اثری از این شرط دیده نمی شود. (محلّاتی، بی تا، ۵۴۳ و ۶۴)) در میان فقیهان متأخر، برخی مانند صاحب جواهر (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰: ۱۲ و ۱۴) و نراقی (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۷ و ۳۵) شرط مرد بودن را با استناد به اجماع قبول کرده اند؛ ولی در مقابل، عده ای دیگر از فقها همانند محمدتقی مجلسی، (مجلسی، روضة المتقین، ۱۴۰۶، ۱۲: ۱۹۱) شیخ مرتضی انصاری، (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۲۹) مقدس اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲: ۱۵) و میرزای قمی (قمی، ۱۴۲۷، ۲: ۵۹۸) اجماع را رد نموده و با ایجاد خدشه در ادله اشتراط مرد بودن قاضی برای قضاوت، قطعی بودن شرط ذکوریت برای قضاوت و به تبع آن ممنوعیت قضاوت زنان را نپذیرفته و در این موضوع راه را برای اجتهاد مجدد باز کرده اند.

در دوره معاصر نیز فقیهانی چون سید روح الله موسوی خمینی (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۲: ۴۰۷)، سید محمدرضا گلپایگانی و سید ابوالقاسم خوبی (خوبی، ۱۴۱۸، ۴۱: ۱۳)، طرفدار اشتراط مرد بودن در منصب قضا هستند، ولی در مقابل، فقیهانی چون سید احمد خوانساری (خوانساری، ۱۴۰۵، ۶: ۸) موسوی اردبیلی و صانعی در اشتراط ذکوریت برای قاضی تردید کرده و به جواز قضاوت زنان قائل شده اند. عده ای دیگر با ایجاد تردید درباره قضاوت زنان به صورت مطلق، قضاوت آن ها را در حوزه امور زنان صحیح می دانند. (منتظری، ۱۴۰۹، ۱: ۳۵۱)

در مذاهب فقهی اهل سنت، فقهای مالکی، شافعی و حنبلی، مرد بودن قاضی را در قضاوت شرط می دانند، ولی ابوحنیفه و فقهای حنفی، قضاوت زن را در اموال پذیرفته اند، چنانکه شهادت زن را در آن ها می پذیرند. در این میان محمد بن جریر بن طبری، قضاوت زن را به صورت مطلق جایز دانسته است. (ابن قدامه، ۱۴۰۵، ۱: ۳۶) نعمت الله صالحی نجف آبادی، اهمیت بحث فقهی درباره قضاوت زنان در زمان حاضر را ناظر به آثار اجتماعی این مسئله در دنیای جدید می داند؛ زیرا به نظر او عدم پذیرش مشروعیت قضاوت زنان فقط به دلیل زن بودن، با وجود تمام شرایط از جمله علم، تقوا، کفایت و تدبیر، تداعی کننده تحقیر زن در اسلام است. از نظر حکم عقل

و فطرت نیز ظلم محسوب می‌شود، آن‌هم درحالی‌که اسلام را دین فطرت نامیده‌اند. بنابراین باید بحث اجتهادی جدیدی در این حوزه صورت گیرد.

### ۳. مستندات قرآنی منع نظریه قضاوت زنان

آیه قوامیت (نساء: ۳۴)، آیه تبرج (احزاب: ۳۳)، آیه درجه (بقره: ۲۲۸) و آیه حلیه (زخرف: ۱۸) از مهم‌ترین آیاتی است که مورد استناد مانعان قضاوت زن قرار گرفته که ذیلاً بررسی و تبیین می‌شود:

#### ۳-۱. آیه قوامیت

مراد از آیه قوامیت، آیه‌ای است که بر قوامیت مردان نسبت به زنان تأکید دارد. قرآن در این باره فرموده است:

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا؛ مردان بر زنان قوامتی دارند به دلیل این‌که خداوند برخی را بر برخی دیگر برتری داده است و هم‌چنین به سبب این‌که آنان نفقه زنان را می‌پردازند. (نساء: ۳۴)

تفاسیر اهل سنت دو سبب برای نزول این آیه ذکر کرده‌اند: سعد بن ربیع از بزرگان انصار زنش حبیبه را به دلیل نافرمانی سیلی زد. حبیبه به همراه پدرش نزد پیامبر (ص) شکایت کرد. پیامبر (ص) فرمود: زن حق قصاص دارد. هنگام بازگشت حبیبه، این آیه نازل شد و پیامبر (ص) فرمود: بازگردید ما چیزی اراده کردیم، ولی خواست خدا چیز دیگری بود و آنچه خدا خواهد، بهتر است. فخرالدین رازی سؤال و سخن زنان درباره تقاضل میراث مردان را سبب نزول این آیه می‌داند که در جواب پرداخت مهریه و نفقه توسط مردان را علت این ارث‌بری بیشتر دانسته است.

(فخر رازی، ۱۴۲۰، ۱۰: ۷۰) علامه طباطبایی ظاهر روایات شأن نزول اول (کتک خوردن حبیبه توسط همسرش) را دارای اشکال می‌داند؛ زیرا بر فرض صحت این روایات، اولاً پیامبر (ص) حکم نکرده و فقط جواب سؤال را داده و برای صدور حکم باید دو طرف در محکمه حاضر باشند. در ثانی بیان این شأن نزول، تخطئه رسول خدا (ص) خواهد بود؛ زیرا می‌خواهد بگوید پیامبر حکمی کرده که اشتباه است و این



با عصمت پیامبر اسلام (ص) منافات دارد. بنابراین چنین شأن نزولی قابل قبول نخواهد بود. (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۴: ۳۴۹)

در حال این آیه به چند مطلب درباره سرپرستی و ریاست در خانواده (قوامیت مردان بر زنان)، تأمین هزینه‌های زندگی، وظایف متقابل همسران و راه کارهای حفظ خانواده از فروپاشی در صورت نشوز زنان پرداخته است.

واژه «قوام» که سه بار در قرآن به کار رفته است، بر پایه دسته‌بندی راغب اصفهانی در المفردات فی غریب الفاظ القرآن، به معنای اقدام برای انجام کارها به صورت اختیاری است که اجباری در آن وجود ندارد. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱۳۲). «قوام» از واژه «قیم» رساتر و بلیغ‌تر دانسته شده و او کسی است که عهده‌دار مصالح و تدبیر است. (بغوی، ۱۴۲۰، ۱: ۶۱۱) یکی دیگر از مفسران دلیل استفاده از کلمه «قوامون» درباره قوامیت مردان بر زنان در آیه مورد بحث را این دانسته که در قرآن برای کارهای غیر مهم، از کلمه قیام و برای کارهای مهم و حساس از قبیل اجرای عدالت و حفظ قسط و اداره امور خانواده، از کلمه قوام استفاده شده است. (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ۱۸: ۵۵۱) در تعریف قوامیت گفته شده که «قوام» به کسی گفته می‌شود که در رسیدگی به امور دیگران، به تنهایی و به صورت مستقل اقدام کند. شوهران نیز کسانی هستند که بر تدبیر امور زنان و برآوردن نیازهای ایشان به صورت مستقل، اشراف دارند. (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ۱۸: ۵۵۱)

بسیاری از متفکران و مفسران شیعی به دلیل اینکه شأن مرد را شأن مدیریت خانواده دانسته‌اند، از مفاهیمی چون سرپرستی و قیمومیت، ولایت، سلطه و حاکمیت مرد بر زن، تعبیر سرپرستی و قیمومیت را مناسب‌تر دانسته‌اند؛ زیرا ولایت، سلطه شخص بر مال و جان دیگری است، در صورتی که مرد هیچ تسلطی بر جان و مال زن ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۱: ۲۲۶) زن را تحت سلطه و حاکمیت مرد دانستن، تصویری مربوط به دوره‌های پیشین و عصر پیش از اسلام دانسته شده است؛ اما از دید اسلام زن و مرد مکمل همدیگر هستند و ریاست مرد بر خانواده، یک وظیفه و تکلیف اجتماعی بوده و زن همکار او محسوب می‌شود، نه اینکه زن فرمان‌بردار مطلق باشد. (کاتوزیان،

(۱۳۸۰، ۲: ۲۰۲)

برخی از محققان با نگرش حقوقی به مسئولیت مرد در خانواده بر این باور است که اگرچه به موجب تعلیمات اسلامی زن و مرد نسبت به همدیگر حقوقی دارند و به تجاوز به حقوق همدیگر مجاز نیستند؛ ولی درعین حال برای نهاد خانواده به عنوان یک جامعه کوچک، مرد را رئیس قرار داده است. منظور از ریاست، تصمیم‌گیری نهایی در امور خانواده و مراعات مصالح آن دانسته شده است. (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۲۸۸)

کسانی که «قوامیت» را به معنای ریاست و سرپرستی مرد بر خانواده دانسته‌اند، دارای سه رویکرد کلی هستند: رویکرد اول، قوامیت و ریاست مرد بر خانواده را حقی برای مرد می‌داند که خدا به او اعطا کرده است. (مطهری، ۱۳۸۵، ۵: ۱۴۵؛ مدرسی، ۱۴۱۹، ۲: ۷۴) بر پایه این دیدگاه مرد در اعمال یا عدم اعمال حق خود و حتی واگذاری آن آزاد است (امامی، ۱۳۸۸، ۴: ۳) رویکرد دوم که در مقابل رویکرد اول قرار دارد، قوامیت و سرپرستی مرد بر خانواده را وظیفه می‌داند که بر عهده‌اش گذاشته شده است. (جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۳۲۶) بر اساس این رویکرد ریاست نهاد خانواده حق مرد محسوب نمی‌شود، بلکه وظیفه‌ای است که بر عهده وی گذاشته شده و او ملزم به اجرای آن است که فقط در صورت عدم توانایی بر انجام آن، از عهده مرد ساقط می‌گردد؛ مثلاً زمانی که مرد دچار سفته باشد و محجور محسوب شود. (امامی، ۱۳۶۸، ۴: ۱۱)

برخی در راستای رویکرد دوم، ریاست و سرپرستی مرد را شبیه حضانت دانسته که چه در ارتباط با فرزندان و چه در ارتباط با همسر، از یک طرف تکلیف برای مرد محسوب می‌شود و باید در مدیریت امور خانواده و حفظ مصلحت آن اقدام کند، از طرف دیگر، برای مرد امتیازی است که نباید دیگران از آن ممانعت کنند و از این جهت، چهره‌ای از حق به خود می‌گیرد. بنابراین ریاست و سرپرستی مرد بر خانواده، آمیزه‌ای از حق و تکلیف است. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۶۷۶)

برخی از مفسران نیز دیدگاهی مطابق رویکرد دوم مطرح نموده و «قوامیت» را به



معنای قیام به امور خانواده، مراقبت و تکفل امور زن و فرزند دانسته و رویکرد اول را متناسب با عرف حاکم در جامعه صدر اسلام توصیف نموده که مردان بر زنان حکومت داشته و بر ایشان مسلط بوده‌اند. در صورتی که منظور از قوامیت در آیات قرآن کریم، مراقبت نیکو از خانواده، محافظت و مدیریت شایسته امور زن و فرزندان است. (صادقی تهرانی، ۱۳۶۵، ۷: ۳۸؛ مصطفوی، ۱۳۸۰، ۵: ۳۶۰)

رویکرد سوم در معنای قوامیت، تلفیقی از دورویکرد قبلی است؛ یعنی مرد هم رئیس خانواده است و حق ریاست بر زن دارد و هم مسئول اداره امور خانواده و زن است که با توجه به شأنیت زنان، مردان موظف هستند که در عین ریاست، به شئون ایشان رسیدگی کنند. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ۳: ۳۷۰؛ بلاغی، ۱۳۸۶، ۲: ۳۹)

واگذاری مسئولیت و سرپرستی خانواده به مرد که در آیه ۳۴ سوره نساء مطرح شده، به دو سبب است: سبب اول خصوصیت فیزیکی و طبیعی مرد است که از قدرت بیشتر برخوردار بوده و در مقابل کارهای دشوار دارای طاقت و تحمل بیشتر است و هم‌چنین کم‌تر تحت تأثیر احساسات و عواطف قرار می‌گیرد؛ چنانکه بسیاری از مفسران با استناد به دو فراز «بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ» و «وَمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»، به این نکته اشاره نموده‌اند. (طبرسی، ۱۳۷۲، ۳: ۶۹) سبب دوم، تعهد مرد در برابر زن و فرزندان است که باید با پرداخت هزینه‌های زندگی آبرومندانانه (نفقه) و پرداخت مهریه، به انجام آن اقدام کند. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ۳: ۳۷۰)

درباره گستره شمول قوامیت مردان بر زنان، دو دیدگاه وجود دارد: دیدگاه اول آن است که مراد از کلمات «الرجال» و «النساء» در عبارت «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» مطلق مردان و زنان است. به همین دلیل، مراد از قوامیت زنان بر مردان نیز عام است و به سرپرستی شوهران بر زنان شان اختصاص ندارد، بلکه مفاد آیه شریفه، سرپرستی مردان بر زنان است که مسائلی چون قضاوت، ولایت، حکومت و سایر ابعاد حیات اجتماعی را در برمی‌گیرد. (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۴: ۳۴۳؛ قرشی بنایی، ۱۳۷۵، ۲: ۳۵۵)

دیدگاه دوم درباره شمولیت قوامیت مردان بر زنان، آن است که این امر منحصر بر

حوزه خانواده است و مردان تنها بر زنان و فرزندانشان قوامیت دارند. دلیل این دیدگاه آن بخش از آیه شریفه است که فرمود: «وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ». مسلماً پرداخت نفقه از سوی شوهران بر زنانشان صورت می‌گیرد، نه بر زنان دیگر. از طرف دیگر، در موارد زیادی دیدگاه اول با نقض مواجه است؛ مثلاً مادر که زن است، بر فرزندان خود می‌تواند ولایت داشته باشد. (منتظری، ۱۴۰۹، ۱: ۳۵۰؛ هاشمی رفسنجانی، ۱۳۸۶، ۳: ۳۰۱)

در این میان یکی از مفسران معاصر، با تلفیق دیدگاه‌های مطرح شده، می‌گوید که اگرچه مورد آیه، قوامیت و سرپرستی خانواده است و مرد باید مدیر و سرپرست زن و فرزندان باشد؛ اما تعلیل موجود در آیه عمومیت دارد و رهبری و حکومت را نیز در برمی‌گیرد. این بدان جهت است که مردان از نظر فیزیکی و طبیعی نسبت به زنان برترند و باید رهبر و حاکم جامعه، مردان باشند. (جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۳۲۵) و این مسئله شامل قضاوت نیز می‌شود.

در مقام نقد استدلال به این آیه بر منع قضاوت زنان می‌توان گفت که اولاً این که ماده «قوام» در لغت تنها به معنای سرپرستی نیست. برخی از لغت‌شناسان معنای قوام را متکفل امری کسی بودن، حاجت کسی را برطرف کردن، محافظت کردن و امور کسی را اصلاح کردن نیز دانسته‌اند. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۲: ۴۹۷) بنابراین می‌توان گفت که در این آیه مردان موظف شده‌اند که در تدبیر معیشت و اصلاح امور خانواده بکوشند و نیازهای زنان را برآورده سازند. این آیه زنان را از انجام کارهای سخت و طاقت‌فرسا برای تأمین نیازهای خانواده معاف کرده است. ثانیاً در این آیه قوامیت مرد به دو چیز؛ یعنی انفاق و برتری داشتن تعلیل شده است. (آلوسی، ۱۴۱۷، ۵: ۲۱؛ رشید رضا، ۱۳۷۳، ۵: ۶۷) پس قوامیت منوط به دو چیز است که یکی از آن‌ها انفاق است که مسلماً اختصاص به خانواده دارد. پس حکم که قوامیت باشد، محدود به خانواده است و بر فرض که قوامیت را به معنای سرپرستی و سلطه بدانیم، محدود به امور خانواده است و کلیت اجتماع را شامل نمی‌شود.

با توجه به مطالبی که بیان شد، در مجموع آیه فوق دلیل واضحی برای منع قضاوت

زن ارائه نمی‌دهد و مسئله مبهم باقی می‌ماند.

### ۲-۳. آیه تبرج

دلیل دیگر مخالفان، بر منع قضاوت زنان این آیه است: «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى؛ در خانه‌های خود بمانید و به شیوه جاهلیت پیشین تبرج نکنید». (احزاب: ۳۳)

تَبَرُّج به معنای خودنمایی زنان و این‌که زیبایی و زینتشان را آشکار کنند، آمده است. ریشه این واژه، «برج» است که در عربی در دو معنای اصلی به کار می‌رود: «بروز و ظهور» و «ملجأ و مکان بلند»؛ تبرج از معنای نخست گرفته شده است و بروج (برج‌های فلکی و برج و باروهای شهر) به معنای دوم راجع است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۱) لغت‌شناسان معتقدند که تبرج از تعبیر «الثوب المبرج» (لباس زیبایی که صور بروج آسمانی بر آن نقش بسته) گرفته شده، بدین‌گونه که اظهار زیبایی بدان تشبیه شده است. لغویان متقدم با توجه به معنای بروز و ظهور، تبرج زن را به معنای اظهار زیبایی (دست و صورت) وی دانسته‌اند. (فراهیدی، ۱۴۰۹، ۶: ۱۱۵)

این آیه خطاب به همسران پیامبر است؛ اما در تفاسیر همه زنان را مشمول این حکم دانسته‌اند. (ابن کثیر، ۱۴۱۹، ۳: ۷۹۶) گذشته از این، بنا بر دیگر شواهد قرآنی، به‌ویژه آیه ۳۵ سوره احزاب که هم مردان و هم زنان مسلمان و مؤمن مورد خطابند و از آنجا که مردان مسلمان نیز ملزم به رعایت حدود شرعی هستند، تبرج منحصر به زنان نمی‌تواند باشد. (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۱۶: ۳۱۳)

سید قطب با استناد به این آیه می‌گوید: «خروج زن بدون ضرورت از خانه ممنوع است؛ اما قضاوت زن ضرورتی ندارد، پس نمی‌تواند مجوزی برای خروج باشد». (سید قطب، ۱۴۰۰، ۵: ۲۸۵۹) و آیت‌الله محمدرضا گلپایگانی این آیه را دلیل مخالفت خود با قضاوت زنان قرار داده و معتقد است که قضاوت زن، مستلزم اموری مثل اختلاط محرم و نامحرم، خروج از خانه، بلند کردن صدا و مجادله با نامحرم است که مخالف نص صریح شریعت است. (موسوی گلپایگانی، ۱۴۲۶، ۱: ۴۱)

بررسی و نقد: درباره آیه مورد بحث، چند نکته قابل یادآوری است که دلالت آن



را برای ممنوعیت قضاوت زنان با مشکل مواجه می‌نماید:

اولاً از صدر این آیه به دست می‌آید که آیه دربارهٔ زنان پیغمبر (ص) نازل شده و مخاطب آن، تنها زنان پیغمبر (ص) هستند؛ چنانکه در همین آیه اشاره دارد که «ای زنان پیغمبر شما چون زنان معمولی نیستید...».

ثانیاً استدلال به این آیه در ممنوعیت قضاوت زن، استدلالی درستی نیست؛ زیرا دلیل اخص از مدعا است. ادعا ممنوعیت قضاوت زنان به صورت مطلق است؛ اما دلیل زمانی بر ممنوعیت قضاوت زنان دلالت دارد که موجب اختلاط محرم و نامحرم گردد. اگر زنان برای زنان قضاوت کند، این محذور وجود نخواهد داشت و مستلزم تالی فاسد نخواهد بود.

ثالثاً اگر واقعاً فعالیت‌های زنان در عرصه‌های سیاسی و اجتماعی ممنوع باشد، با سیرهٔ رسول اکرم (ص) سازگاری ندارد؛ زیرا در زمان آن حضرت، زنان در فعالیت‌های اجتماعی از قبیل فعالیت‌های اقتصادی، حضور در میادین جنگ و مانند آن، شرکت داشتند.

رابعاً ممنوعیت خروج زن بدون اذن شوهر، با تصدی قضاوت توسط زنان منافاتی ندارد و زنان می‌توانند با اذن شوهرانشان، متصدی منصب قضاوت باشند و در انجام امور واجب مانند حج، اصلاً اذن شوهر لازم نیست.

خامساً نعمانی روایتی را از امام صادق (ع) نقل می‌کند که مربوط به عصر ظهور حضرت حجت (ع) است. آن حضرت فرموده است: «وَتَوْتُونَ الْحِكْمَةَ فِي زَمَانِهِ حَتَّى إِنَّ الْمَرْأَةَ لَتَقْضِي فِي بَيْتِهَا بِكِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ؛ یعنی در هنگام ظهور امام عصر (عج) به اندازه‌ای دانش و حکمت به شما داده خواهد شد که زن در خانه خود بر اساس کتاب خدا و سنت رسول الله (ص) قضاوت خواهد کرد...». (مجلسی، ۱۳۸۶، ۵۲: ۳۲۵)

### ۳-۳. آیهٔ درجه

سومین آیه‌ای که مخالفان قضاوت زن به آن استناد کرده‌اند، آیهٔ معروف به درجه است که می‌فرماید: «وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ؛ مردان نسبت به زنان درجه و برتری



دارند». (بقره: ۲۲۸)

وجه استدلال این است که این آیه اشاره به تفوق نوع مردان بر زنان دارد و تک تک افراد را لحاظ نمی‌کند. تفوق مرد در این آیه، توانایی فکری و بدنی او برای انجام نیازمندی‌های مادی و معنوی است و اگر زنی پیدا شود که بر بسیاری از مردان برتر باشد، نقص این حکم نیست؛ (عاملی، ۱۳۶۵، ۱: ۴۳۶) اما به لحاظ جنبه‌های اجتماعی کدام نوع تفوق و درجه بر مردان دارد. یک احتمال قیومیت و ولایت است که در آیات دیگر، بیان شده است. مرحوم نجفی فرموده است «مراد از درجه و برتری که خدا نسبت به زنان برای مردان قائل شده، اختیار طلاق و رجوع است که با مرد است». (نجفی، ۱۹۸۱، ۲: ۵۸)

در نهایت می‌توان گفت که آیه یاد شده، تصریح دارد بر این که مردان نسبت به زنان دارای درجه بالاتری هستند. حال اگر زنان به قضاوت بپردازند، لازم می‌آید که آنان بر مردان منزلت و درجه بالاتری داشته باشند. در نتیجه حکم مندرج در آیه فوق، مانع از آن نیست که نسوان با دانش و علم و البته تقوای الهی به مراتب عالی دنیوی برسند.

**نقد و بررسی:** درباره استدلال به آیه درجه، دو نکته قابل یادآوری است:

اولاً این آیه به بحث قضاوت زنان ارتباط ندارد، بلکه به تعهدات زوجین مربوط بوده و در رجوع بعد از طلاق، برتری را به مردان می‌دهد. اساساً، بحث مورد نظر این آیه، طلاق است که در صدر آیه شریفه به حقوق زنان مطلقه اشاره شده است و سپس به برتری مردان در رجوع بعد از طلاق پرداخته است؛

ثانیاً در زبان و ادبیات عربی، برای افاده عموم، کلمه و صیغه خاصی وجود دارد و کلمه «درجه» از کلمات مفید عموم نیست که برتری مردان نسبت به زنان را در تمام زمینه‌ها اثبات کند تا امور اجتماعی و قضاوت را نیز شامل شود.

۳-۴. آیه حلیه

یکی دیگر از آیاتی که ممکن است مورد استناد برای شرایط قاضی قرار بگیرد و دلیل ممنوعیت قضاوت زنان تلقی شود، این آیه است: «أَوْ مَنْ يَنْشَأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي





الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ؛ آیا کسی را که در لابلای زینت‌ها پرورش می‌یابد و به هنگام جدال قادر به تبیین مقصود خود نیست، [فرزند خدا می‌خوانید]؟ (زخرف: ۱۸)

وجه استدلال این آیه بر دو پایه استوار است: اول اینکه خصوصیت روحی و شخصیت زنان به‌گونه‌ای است که کمال خود را در آراستن و زیورآلات می‌بینند. دوم اینکه زنان به‌شدت تحت تأثیر احساسات است. لذا در گرداب حوادث و تحولات زندگی مغلوب احساسات خود گردیده و حتی نمی‌توانند در برابر دشمنان خود احتجاج کنند. چنین موجودی برای تصدی منصب قضاوت مناسب نخواهد بود.

**نقد و بررسی:** درباره استدلال به آیه مورد بحث، باید گفت که این آیه شریفه نمی‌تواند دلیل ممنوعیت قضاوت زنان باشد؛ زیرا:

**اولاً** مفاد این آیه بیان‌کننده اعتقادات و باورهای عرب جاهلی درباره زنان است و هیچ ارتباطی به فرهنگ و اندیشه اسلامی ندارد؛ زیرا هرگاه یکی از اعراب خبر داده می‌شد صاحب فرزند دختر شده است، چهره او از شدت خشم و ناراحتی سیاه می‌شد. بنابراین آیه ۱۸ سوره زخرف به بحث قضاوت بی‌ارتباط است و استنباط عدم جواز قضاوت از این آیه بسیار بعید، بلکه ممتنع است.

**ثانیاً** این سخن که زنان کاملاً تحت تأثیر احساسات خود هستند و در کشاکش دهر و تحولات زندگی مغلوب احساسات خود می‌شوند و قادر بر تصمیم‌گیری درست در مقاطع حساس نیستند، عمومیت ندارد و دور از واقعیت است؛ زیرا در مواردی، مردان بیشتر از زنان تحت تأثیر عواطف قرار می‌گیرند. شواهد تاریخی نشان می‌دهد که زنان در مواقعی بهتر از مردان ظاهر شده‌اند؛ مثلاً «ام سلمه» همسر گرامی پیامبر اسلام (ص) در صلح حدیبیه عملکرد بهتر از مردان داشته است. حضرت زینب کبری (ع) در حادثه کربلا به‌رغم تحمل مصائب بی‌شماری که هر مردی را زمین‌گیر می‌کند، با صلابت تمام در مقابل حکومت ستمگر اموی ظاهر شد و با ایراد خطبه غرا، موجب شگفتی گردید. (مجلسی، ۱۳۸۶، ۴۵: ۱۱۵)

## نتیجه گیری

در فقه اسلامی مسئله قضاوت زنان همواره چالش برانگیز بوده است. کسانی که ذکوریت را شرط قاضی می‌دانند، به ادله مختلفی استدلال کرده‌اند. یکی از آن ادله که اهمیت محوری دارد، دسته‌ای از آیات قرآن کریم است. با بررسی که در این نوشتار صورت گرفت، معلوم شد که مراد از قوامیت مرد در قرآن، ولایت داشتن مردان بر زنان نیست تا قضاوت زنان را با چالش مواجه کند، بلکه مراد مسئولیت مردان در مقابل اداره زندگی خانواده است. افزون بر این که اگر ولایت مردان بر زنان مراد باشد، این ولایت و زعامت به قرائن مطرح شده در آیه، مثل انفاق در گستره خانواده محدود است و شامل مسائل اجتماعی کلان مثل قضاوت نمی‌شود. در آیه تبرج نیز به این نتیجه رسیدیم که اگر از محذور اختصاص این گونه آیات، به ازواج النبی<sup>(ص)</sup> بگذریم، قضاوت زنان برای زنان محذور تبرج و اختلاط را ندارد. هم‌چنین از صدر اسلام تا کنون کسی حضور زنان برای کارهای اجتماعی مثل کمک به مجاهدان به‌عنوان پرستار یا تأمین آذوقه و انجام فرایضی مثل حج را به استناد تبرج منع نکرده است. آیه درجه نیز دلالت بر عمومیت ندارد، بلکه امتیاز ویژه مردان بر زنان را در طلاق بیان می‌کند. آیه حلیه نیز اولاً ناظر به اعتقادات جاهلی نسبت به زنان است و حکم زن در اسلام را بیان نمی‌کند. مسئله غلبه احساسات در میان زنان نیز، افزون بر این که کلیت ندارد، مانع به عهده گرفتن این گونه مسئولیت‌ها نیست؛ زیرا دلیلی معتبر بر نقصان عقل زنان وجود ندارد و واقعیت‌های عینی نیز این موضوع را تأیید نمی‌کند. بنابراین آیات قرآنی را نمی‌توان شاهی بر منع قضاوت زنان و لزوم وصفت ذکوریت برای قاضی قرار داد.



## فهرست منابع

### قرآن کریم

۱. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، (۱۴۰۵)، المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل شیبانی، بیروت: دارالفکر.
۲. ابن کثیر دمشقی، اسماعیل بن عمرو، (۱۴۱۹ ق)، تفسیر القرآن العظیم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ ق)، لسان العرب، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد، (بی تا)، زیده البیان فی أحكام القرآن، تهران: المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة
۵. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ ق)، کتاب الزکاة، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری
۶. جوادی آملی، عبد الله، (۱۳۸۹)، تفسیر تسنیم، قم: مرکز و حیانی اسراء.
۷. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳ ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. خویی، سید ابو القاسم، (۱۴۱۸ ق)، التنقیح فی شرح عروة الوثقی، قم: مؤسسه احياء آثار آية الله خویی.
۱۰. \_\_\_\_\_، (۱۴۲۸ ق)، القضاء و الشهادات، قم: مكتبة الامام الخويي
۱۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ ق)، المفردات فی غریب الفاظ القرآن، بیروت: دارالعلم.
۱۲. رشید رضا، محمد، (۱۳۷۳ ق)، تفسیر المنار، قاهره: دارالمنار.



۱۳. سید قطب، محمد، (۱۴۰۰ ق)، فی ظلال القرآن، قاهره: دارالشروق.
۱۴. طباطبایی، محمد حسین، (۱۳۹۰)، المیزان فی تفسیر القرآن، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۲)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ سوم، تهران: نشر ناصر خسرو.
۱۶. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. عاملی، ابراهیم، (۱۳۶۵)، تفسیر عاملی، تهران: کتابفروشی صدوق.
۱۹. عاملی، محمد بن جمال الدین، (۱۴۱۷ ق)، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. فخر رازی، محمد بن عمر، (۱۴۲۰ ق)، تفسیر الکبیر، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۲۱. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۰۹ ق)، کتاب العین، تهران: بی نا
۲۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهرات: دانشگاه تهران.
۲۳. مجلسی، محمدباقر، (۱۳۸۶)، بحار الانوار، تهران: انتشارات اسلامیة.
۲۴. محقق حلّی، جعفر، (۱۴۱۸ ق)، المختصر النافع فی فقه الامامیه، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۲۵. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۷۹)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۶. معین، محمد، (۱۳۸۶)، فرهنگ فارسی معین، تهران: نشر ادنا.
۲۷. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۶۳)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۲۸. \_\_\_\_\_، (۱۴۲۰)، الرسائل العشر، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام

خمینی .

۲۹. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، (۱۴۲۶ق)، القضاء و الشهادات، قم: بی‌نا.

۳۰. نجفی، محمد حسن، (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار

احیاء التراث العربی.



# طهارت و نجاست کافر در فقه جعفری

محمد اسماعیل ذبیحی<sup>۱</sup>

## چکیده

روابط روز افزون مسلمانان با کفار در عرصه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی، نظامی، صنعتی و... از یک سو و نبود تحقیق جامع و منسجم و به روز در مسئله فقهی نجاست و طهارت کافر از سویی دیگر، بحث در این مسئله را ضروری و پر اهمیت ساخته است. طهارت و نجاست کافر، در منابع فقهی مورد توجه بوده و فقها از آن بحث کرده‌اند و دیدگاه‌های متفاوتی درباره آن شکل گرفته است. با توجه به ادله نقلی از آیات و روایات در این مسئله، به نظر می‌رسد که کافر اعم از کتابی و غیر کتابی ذاتاً پاک و نجاست آن‌ها حکمی است. با توجه به وضعیت جامعه اسلامی در عصر پیغمبر (ص)، به خاطری عدم اختلاط مسلمانان با کفار و جلوگیری از سوءاستفاده‌های آنان در تضعیف ایمان مسلمانان، مسئله طهارت و نجاست کفار مطرح شد. از طرف دیگر اسلام و ایمان به عنوان مطهر تنها نجاست حکمی را پاک می‌کند، نه نجاست عینی را. در این نوشتار با روش تحلیلی-توصیفی در تجزیه و تحلیل اطلاعات و با روش کتابخانه‌ای در جمع‌آوری اطلاعات انجام شده و حکم فقهی طهارت یا نجاست کافر بیان شده است.

واژگان کلیدی: طهارت، نجاست عینی، نجاست حکمی، کافر کتابی، اسلام

۱. گروه فقه و اصول، حوزه علمیه جامعه الاسلام، کابل، افغانستان.

## مقدمه

دین مقدس اسلام به عنوان آخرین، کامل‌ترین و جامع‌ترین دین، توسط پیامبر گرامی اسلام (ص) برای بشر عرضه شد و هدف آن سعادت انسان در دنیا و آخرت است. یکی از ویژگی‌های دین اسلام ارج نهادن به مقام شامخ انسان و تکریم از مقام والای او است. از نگاه اسلام، انسان گل سرسبد نظام هستی و به عنوان بهترین مخلوق و جانشین خداوند در روی زمین مطرح است. در عین حال مسئله طهارت و نجاست کفار موضوعی است که همزمان با ظهور دین مقدس اسلام تا کنون همواره در فرهنگ اسلامی به عنوان یک مسئله در روابط انسانی مطرح بوده است.

امروزه دین اسلام در عرصه جهانی به عنوان دین مهم مطرح است و جهان اسلام با جهان کفر در عرصه‌های سیاسی، اقتصادی، نظامی و فرهنگی ارتباطات گسترده دارد. تعداد زیادی از مسلمانان هم به کشورهای کفر مهاجرت کرده یا در حال مهاجرت هستند. با توجه به این شرایط، مسئله فقهی طهارت و نجاست کافر بیش از پیش اهمیت یافته است و باید روشن شود که واقعاً نجاست کافر، ذاتی است و باید در هر شرایطی از آن پرهیز کرد یا اینکه حکمی است و در شرایط مختلف حکم آن متفاوت خواهد بود.

نوشتار حاضر تلاشی است برای پاسخگویی به این پرسش که مشهور فقها از متقدمین و متأخرین و غیر مشهور از متقدمین و متأخرین در این زمینه چه دیدگاهی دارند؟ در این تحقیق سعی شده که با تجزیه و تحلیل دیدگاه مشهور و غیر مشهور و آکاوی ادله موجود، مسئله نجاست کفار از منظر قرآن و روایات معصومین (ع) بررسی و حکم آن، دقیق‌تر روشن شود. در واقع این تحقیق جنبه اکتشافی دارد و یک بررسی نظری و کیفی است.





می‌گوید: «پلیدی و قذارت هر چیزی را اعم از انسان و غیر انسان، نجس می‌گویند». (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۶: ۲۲۶) محقق مشکینی می‌گوید: «نجس به فتح عین و کسر آن مصدر و به معنای قذارت و ضد طهارت است. همچنین است نجاست که به معنای قذارت و ضد طهارت است. از کلمات لغویین ظاهر می‌شود که ماده این کلمه در لغت وضع شده برای قذارت و ضد طهارت آن هم به معنای اعم کلمه که شامل قذارت حسی و معنوی می‌شود». (مشکینی، بی‌تا: ۵۲۹)

نجس در اصطلاح فقهی عبارت است از «اعیان خاصه‌ای که محکوم به نجاست است و در شریعت اسلامی احکام خاص تکلیفی و وضعی بر آن‌ها مترتب شده است؛ مانند وجوب اجتناب و منع استعمال آن‌ها در موارد خاصی که در فقه بیان شده است». (مشکینی، بی‌تا: ۵۳۰) محقق همدانی می‌گوید: «اما نجاست... در عرف شارع و متشرعه عبارت است از قذارت خاصه که حقیقت آن در نزد ما مجهول است و دوری از آن‌ها در امور مخصوصه واجب شمرده شده است. پس هر جسمی که خالی از این قذارت باشد، شرعاً طاهر و نظیف محسوب می‌شود. اینکه این نجاست یک صفت متأصله است که مقتضی وجوب دوری از آن‌ها است یا یک صفت منتزعه و برگرفته شده از دستور شارع به هجر و دوری از این امور است. در این مورد دو وجه وجود دارد؛ بلکه دو قول است که شبیه‌ترین آنها به ظواهر ادله، قول اول است که نجاست را صفت متأصله می‌دانند». (همدانی، ۱۴۱۶، ۷: ۷)

نجاست نیز بر سه دسته قابل تقسیم است؛ ۱. نجاست عینی (ذاتی) مانند بول، غایط، منی، مردار، خون، سگ، خوک، شراب، عرق حیوان نجاست خوار و...؛ ۲. نجاست حکمی (باطنی، معنوی، نفسانی و روحانی) مانند نجاست که در اثر حدث اکبر (جنابت و حیض) و حدث اصغر (بول، غایط و...) برای انسان به وجود می‌آید؛ ۳. نجاست عرضی (ظاهری) مانند آلوده شدن لباس و بدن به یکی از نجاسات عینی و ذاتی؛ مانند بول، غایط و...

### ۱-۳. مفهوم کافر و اقسام آن

کفر در لغت به معنای پوشاندن، انکار کردن، بی‌دینی و خلاف ایمان است



(عمید، ۱۳۸۳: ۹۷۸) و واژه کافر به معنای پوشاننده، انکار کننده، ناگرونده، بی دین و بی ایمان به کار رفته است. در اصطلاح فقهی، قاعده کلی در معنای کافر این است که منکر اصل وجود خداوند یا منکر یگانگی او یا منکر معاد یا منکر رسالت پیامبر<sup>(ص)</sup> یا منکر یکی از ضروریات دین باشد که انکار آن به تکذیب و انکار رسالت پیام اسلام<sup>(ص)</sup> بر می گردد. (یزدی، ۱۴۰۹، ۱: ۶۷)

کافر در یک تقسیم بندی کلی، دو قسم است:

الف. کافر اصلی و کافر مرتد: کافر اصلی کافری است که پدر و مادرش کافر باشند که یا کافر کتابی است یا کافر غیر کتابی. کافر کتابی آن است که پیرو یکی از ادیان باشد که اسلام برای آن دین پیامبر و کتاب آسمانی شناخته است؛ مانند دین یهودی و دین مسیحی. کافر غیر کتابی کافری است که پیرو یکی از ادیان که اسلام برای آن ها پیامبر و کتاب آسمانی شناخته، باشد. چه اصلاً اعتقاد به هیچ مذهبی نداشته باشد یا اینکه معتقد به یکی از مکاتب الحادی باشد؛ مانند مشرکین، بت پرستان، آفتاب و ستاره پرستان، دهری ها و مادی گراها. کافر مرتد کسی است که قبلاً مسلمان بوده، ولی از اسلام خارج شده است. این نیز بر دو قسم است؛ مرتد فطری و مرتد ملی؛ مرتد فطری کسی است که در هنگام انعقاد نطفه اش پدر و مادرش هر دو یا یکی از آن دو مسلمان بوده اند؛ و او بعد از بلوغ اسلام را پذیرفته و سپس از اسلام خارج و کافر شده است. مرتد ملی کسی است که در هنگام انعقاد نطفه او هیچ یکی از پدر و مادرش مسلمان نبوده اند، او بعد از بلوغ اسلام را قبول کرده و سپس از اسلام خارج و کافر شده است.

گروه ها و نحله های اسلامی که منکر یکی از ضروریات دین هستند که انکار آن به تکذیب نبی<sup>(ص)</sup> بر می گردد، محکوم به حکم مرتد و داخل در یکی از همین اقسام هستند. مرتد چه فطری و چه ملی اگر کافر غیر کتابی شود محکوم به حکم کافر غیر کتابی است و اگر کافر کتابی شود، محکوم به حکمی کافر کتابی است.

همه انواع کفار اگر در دار الحرب (بلاد کفر) زندگی می کنند و هیچ نسبتی با مسلمانان ندارد، کافر حربی گفته می شود و اگر در ممالک اسلامی زندگی می کنند



با قبولی و پای‌بندی به شرایط ذمه، در پناه و ذمه حکومت اسلامی زندگی می‌کند، کافر ذمی گفته می‌شود.

#### ۱-۴. مفهوم اسلام

اسلام در لغت به معنای تسلیم شدن، منقاد شدن، گردن نهادن، داخل شدن در صلح و آشتی، داخل شدن در دین اسلام و مسلمان شدن است. (عمید، ۱۳۸۳: ۱۴۴) در اصطلاح عبارت است از اقرار به شهادتین (لا إله إلا الله و محمد الرسول الله). در این اقرار شرط نیست که منشأ آن یقین به مایقربه (توحید و رسالت) باشد، بلکه اگر شخص مقرر، یقین به مایقربه (توحید و رسالت) هم نداشته باشد، باز هم محکوم به حکم اسلام است. دلیل این مطلب سیره قطعیه است؛ اگر کسانی که در زمان حیات پیامبر گرامی اسلام (ص) مسلمان شده بودند، اکثر یا تمام آن‌ها در اوایل اقرارشان یقین به مایقرون به نداشتند و در عین حال پیامبر (ص) اسلام آن‌ها را قبول کردند.

آنچه در این اقرار مهم است و موجب تحقق اسلام می‌شود، این است که این اقرار مبتنی و مقرون به بنا گذاری قلبی باشد؛ یعنی وقت اقرار بنای قلبی هم داشته باشد که مطابق اقرار و به مقتضای آن عمل می‌کند. اسلام به همین معنا و مفهوم موجب و سبب حقن دماء (جلوگیری از ریخته شدن خون‌ها)، حرمت اموال، جریان مناکح و موارد، طهارت و نحوها می‌شود. (محسنی، ۱۳۸۷، ۲: ۹۵-۹۴)

#### ۱-۵. مفهوم ایمان

ایمان در لغت به معنای تصدیق (واسطی، ۱۴۱۴، ۱۸: ۲۳) گرویدن، عقیده داشتن، باور داشتن و اعتقاد داشتن است. (معین، ۱۳۸۶، ۲: ۲۲۰) در اصطلاح عبارت است از: «اذعان نفسانی و قلبی و معرفت و شناخت تصدیقیه» (محسنی، ۱۳۸۷، ۱۴۲۹، ج ۲، ص: ۹۳) ایمان هم بر دو قسم است؛ ۱. ایمان به معنای اعم که همان اسلام است، ۲. ایمان به معنای اخص که به همین معنای اصطلاحی است. چنانکه قرآن می‌فرماید:

قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي



قُلُوبِكُمْ؛ (حجرات: ۱۴) اعراب بادیه نشین گفتند: ایمان آوردیم، بگو شما ایمان نیاورده‌اید، ولی بگوئید اسلام آورده‌ایم؛ [زیرا] هنوز ایمان وارد قلب‌های شما نشده است.

## ۲. دیدگاه‌هایی موجود دربارهٔ طهارت و نجاست کافر

فقها بالاتفاق به نجاست کفار غیرکتابی (مشرکین و منکرین وجود صانع) و برخی از فرقه‌ها (ناصبی‌ها) قائل هستند و بعضی از فقها نجاست آن‌ها را از ضروریات نزد شیعه دانسته‌اند. فقهای اهل سنت هم نجاست آن‌ها را از جمله بدیهیات قلم داد کرده و بحث پیرامون آن را توضیح وقت می‌دانند؛ اما نسبت به کفار کتابی (یهود، نصارا و مجوس) بین فقهای اسلامی اختلاف نظر وجود دارند که ذیلاً به آن پرداخته می‌شود.

### ۲-۱. دیدگاه مشهور و ادلهٔ آن

مشهور فقها از متقدمین و متأخرین قائل به نجاست اهل کتاب هستند و بر این باورند که اهل کتاب مثل کفار غیرکتابی نجسند. چنانکه سید کاظم یزدی می‌گوید: «کافرا تمام اقسامش حتی مرتد به هردو قسمش، یهود، نصاری، مجوس وهم چنین رطوبات و اجزای آن‌ها چه حیات در آن حلول کرد باشد یانه، نجس هستند». (یزدی، ۱۴۰۹، ۱: ۶۷) بنا براین از نگاه مشهور همهٔ کفار با تمام اقسام و انواعش، نجس هستند. مشهور برای اثبات نظریه خود به چند دلیل استدلال کرده‌اند که ذیلاً بیان می‌گردد:

#### ۲-۱-۱. اجماع

این اجماع به گفتهٔ آقای حکیم در تعداد از کتب بزرگان نقل شده است؛ مانند «ناصریات، انتصار، غنیة، سرائر، معتبر، منتهی، بحار الانوار، دلائل، کشف اللثام، ظاهر تذکرة و نهایة الاحکام. بنا بر آنچه که از آن‌ها نقل شده است، بلکه از تهذیب إجماع المسلمین نقل شده است». (حکیم، ۱۴۱۶، ۱: ۳۶۷)

اندک تأمل در این اجماع نشان می‌دهد که این اجماع هیچ ارزش و اعتباری ندارد؛ زیرا اجماع باید:

اولاً از نظری فنی و تحقق مشکل دارد؛ یعنی تحقق اجماع به معنای اتفاق و اجماع همه علمای یک عصر در یک مسئله، امکان ندارد و در خصوص این مسئله (نجاست کفار) تحقق چنین اجماعی ثابت نیست. بنابر ارجح حکم نجاست کفار از سوی بزرگانی چون شیخ طوسی، شیخ مفید، شیخ صدوق، سید مرتضی، علامه حلی، محقق حلی و امثال آن‌ها، از رؤسای مذهب و بزرگان طائفه مشهور شده است. (محسنی، ۱۳۹۲: ۴۹۱-۴۹۲)

ثانیاً این اجماع یک اجماع منقول است، چنان که آقای حکیم در عبارت بالا گفته: «بنا بر آنچه که از آن‌ها نقل شده است». اجماع منقول هیچ اعتبار و حجیتی ندارد و کاشف از قول معصوم نیست؛ زیرا اعتبار به منکشف (قول معصوم) است، نه کاشف (اجماع). پس این اجماع هیچ اعتبار علمی ندارد.

ثالثاً این اجماع یک اجماعی مدرکی است که مستند آن همین آیه و روایات است که در مسئله وجود دارد. اجماع مدرکی هم اعتبار و ارزشی ندارد. پس با وجود این معایب، دیگر جای برای چنین اجماعی باقی نمی‌ماند.

## ۲-۱-۲. ضروری و بدیهی بودن مسئله

دومین دلیل که از سوی مشهور اقامه شده، این است که نجاست کفار یک امر ضروری و بدیهی است. چنانکه آقای خوئی در توضیح این مسئله می‌گوید: هیچ شکی در نجاست مشرکین وجود ندارد. بلکه نجاست آن‌ها در نزد شیعه از ضروریات است و در این مسئله هیچ مخالف از اصحاب نمی‌شناسم. همچنین هیچ خلاف در نجاست ناصبی وجود ندارد، بلکه ناصبی بر بعضی از وجوه نجس تر از مشرک است. طبق موثقه ابن یعفور... چنانکه سزاوار است جزم به نجاست غیر مشرک از سایر کفار مانند منکرین وجود صانع رأساً... و از بدیهی است که انکار وجود خداوند (ج) بدتری از شرک و شدیدتر از آن است. پس منکرین وجود او سزاوارترند به حکم نجاست از مشرکین به او، به سبب ضرورت. (خوئی، ۱۴۱۸، ۲: ۴۲-۴۳)

ایشان در خصوص نجاست اهل کتاب می‌گویند:



مشهور بین متقدمین و متأخرین این است که اهل کتاب نجسند، بلکه نجاست آن‌ها در نزد مشهور از امور واضح است، حتی بعضی از آن‌ها بنا بر آنچه که در مصباح الفقیه آمده - مسئله را ملحق به بدیهیات کرده‌اند و بحث در مورد آن را تضييع عمر می‌دانند». (خویی، ۱۴۱۸، ۲: ۴۵)

توجه و تأملی در این دلیل هم نشان می‌دهد که مسئله نجاست کفار نه ضروری است و نه هم بدیهی. این ضروری و بدیهی فقط اصطلاح در تعبیر است و إلا امر ضروری و بدیهی که این همه بحث ندارد. به علاوه که هیچ ملاک و معیار ضروری و بدیهی بودن در این مسئله وجود ندارد. خصوصاً در مورد اهل کتاب که طهارت آن‌ها واضح است. چون طهارت عینی آن‌ها در زمان ائمه<sup>(ع)</sup> در ذهن بسیاری از روایت و غیر روایت یک امر ارتکازی بوده است. لذا خیلی از سؤالات آن‌ها مربوط به نجاسات عرضی کفار است که بعداً در بحث روایات به آن خواهیم پرداخت.

### ۲-۱-۳. قرآن

سومین دلیل که مشهور برای اثبات نجاست عموم کفار به آن استدلال کرده‌اند، این آیه است که می‌فرماید:

إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا؛ (توبه: ۲۸) هما مشرکان ناپاکند، پس نباید بعد از امسال، نزدیک مسجدالحرام شوند.

وجه استدلال به آیه این شکل است که در این آیه خداوند اولاً به نجاست مشرکین حکم کرده که فرمود: «إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ». سپس حرمت نزدیک شدن مشرکین را به مسجد الحرام متفرع بر نجاست آن‌ها نموده است که فرمود: «فَلَا يَقْرَبُوا...» کفار کتابی هم یک قسم از مشرکین هستند. به دلیل این سخن خداوند که می‌فرماید: «وَقَالَتِ الْيَهُودُ عِزَيْرُ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ... هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ؛ (توبه: ۳۱، ۳۰) یهود گفتند عزیر پسر خداست! و نصاری گفتند: مسیح پسر خداست!... او پاک و منزّه است از آنچه همتایش قرار می‌دهند.

بنا بر این آیه دلالت بر نجاست اهل کتاب می‌کند که آن‌ها هم مانند مشرکین

نجسند .

در جواب این استدلال گفتنی است که از این آیه هم نمی‌توان نجاست عموم کفار را ثابت کرد. برای اینکه برفرض که بر اهل کتاب لفظ مشرک استعمال شده باشد، از آیه یک قاعده عام و کلی استخراج می‌شود. به این شکل که هر مشرک نجس است. آن وقت این قاعده عام و کلی نسبت به اهل کتاب به واسطه روایات طهارت که بعداً بیان می‌گردد تخصیص می‌خورد. اهل کتاب از تحت این قاعده کلی به واسطه روایات خارج می‌شود.

به علاوه که آیه اصلاً دلالت بر نجاست عینی (ذاتی) مشرکین ندارد. چنانکه بعداً این مسئله روشن خواهد شد، چه رسد به نجاست عینی (ذاتی) اهل کتاب. در نتیجه از آیه نجاست اهل کتاب ثابت نمی‌شود و عموم در کار نخواهد بود.

#### ۲-۱-۴. روایات

چهارمین دلیل که مشهور برای اثبات نجاست عموم کفار به آن استدلال کرده‌اند، روایات است. عمده‌ترین و دشوارترین دلیل هم همین روایات است که به چند روایت اشاره می‌کنیم:

##### ۱. حسنه سعید اعرج:

عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةِ عَنْ سَعِيدِ الْأَعْرَجِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ سُورِ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ؟ فَقَالَ: لَا؛ مِنْ أَمَامِ صَادِقٍ<sup>(۱)</sup> در مورد سؤره یهودی و نصرانی سؤال کردم، امام فرمود: نه خیر. (کلینی، ۱۴۰۷، ۳: ۱۱)

##### ۲. صحیح محمد بن مسلم:

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَىٰ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ<sup>(۲)</sup> عَنْ آيَةِ أَهْلِ الذَّمَّةِ وَالْمَجُوسِ؟ فَقَالَ: «لَا تَأْكُلُوا فِي آيَتِهِمْ وَلَا مِنْ طَعَامِهِمْ الَّذِي يَطْبُخُونَ وَلَا فِي آيَتِهِمُ اللَّيْ يَشْرَبُونَ فِيهَا الْخَمْرَ؛ مِنْ أَمَامِ بَاقِرٍ<sup>(۳)</sup> از ظروف اهل ذمه و مجوس سؤال کردم، امام<sup>(۴)</sup> فرمود: نه در ظروف آن‌ها طعام بیورید و نه از طعام که آن‌ها می‌پزند، بخورید و نه در ظروف که آن‌ها در آن شراب می‌آشامند، بخورید. (کلینی، ۱۴۰۷، ۶: ۲۶۴)



### ۳. حسنه کاهلی:

مُحَمَّدُ بْنُ يُحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُحْيَى الْكَاهِلِيِّ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> عَنْ قَوْمٍ مُسْلِمِينَ يَأْكُلُونَ وَحَضَرَهُمْ رَجُلٌ مَجُوسِيٌّ أَيْدِعُونَهُ إِلَى طَعَامِهِمْ؟ فَقَالَ: «أَمَّا أَنَا فَلَا أُؤَاكِلُ الْمَجُوسِيَّ وَأَكْرَهُ أَنْ أُحْرَمَ عَلَيْكُمْ شَيْئًا تَصْنَعُونَهُ فِي بِلَادِكُمْ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> پرسیدم که گروه از مسلمین طعام می‌خورند، در آن حال مرد مجوسی از راه می‌رسد. آیا او را به سوی طعامشان دعوت کنند؟ امام<sup>(ع)</sup> فرمود: اما من با مجوسی طعام نمی‌خورم، ولی اکراه دارم اینکه حرام کنم بر شما چیزی را که در بلاد خود انجام می‌دهید. (کلینی، ۱۴۰۷، ۶: ۲۶۳)

### ۴. صحیح‌ه محمد بن مسلم:

أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ<sup>(ع)</sup>. «فِي رَجُلٍ صَافِحٍ رَجُلًا مَجُوسِيًّا؟ قَالَ: يَغْسِلُ يَدَهُ وَلَا يَتَوَضَّأُ؛ از امام<sup>(ع)</sup> پرسیدم مردی با مجوسی مصافحه می‌کند (دست می‌دهد) (حکمش چیست؟) امام<sup>(ع)</sup> فرمود: دستش را بشوید و وضوء را تجدید نکنند. (کلینی، ۱۴۰۷، ۲: ۶۵۰)

### ۵. ابو بصیر از یکی از آن دو امام (امام باقر و امام صادق) روایت کرده:

حُمَيْدُ بْنُ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ وَهَيْبِ بْنِ حَفْصِ بْنِ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَحَدِهِمَا<sup>(ع)</sup> فِي مُصَافِحَةِ الْمُسْلِمِ الْيَهُودِيَّ وَ النَّصْرَانِيَّ؟ قَالَ: مِنْ وَرَاءِ الثُّوبِ فَإِنْ صَافِحَكَ يَبْدِهِ فَأَغْسِلْ يَدَكَ؛ از یکی از آن دو امام<sup>(ع)</sup> درباره مصافحه یهودی و نصرانی پرسیدم، امام فرمود: از پشت لباس جانش است و اما اگر دستش با دستت مصافحه کند، دستت را بشوی. (کلینی، ۱۴۰۷، ۲: ۶۵۰)

### ۶. آنچه که علی بن جعفر از برادرش ابی الحسن موسی<sup>(ع)</sup> روایت کرده که می‌گوید:

عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ع قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ مُؤَاكَلَةِ الْمَجُوسِيِّ فِي قِصْعَةٍ وَاحِدَةٍ وَأُزْقِدَ مَعَهُ عَلِيٌّ فِرَاشٍ وَاحِدٍ وَأَصَافِحَهُ؟ قَالَ لَا؛ از برادرم پرسیدم که که خوردن با مجوسی در ظرف واحد چه حکمی دارد؟ آیا با او در یک بستر بیهوابم؟ آیا با او



مصافحه کنم (دست بدهم)؟ امام فرمود: نه خیر. (کلینی، ۱۴۰۷، ۶: ۲۶۴)

۷. صحیحۀ دیگری علی بن جعفر از برادرش<sup>(ع)</sup> که می‌گوید:

وَسَأَلَ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ أَخَاهُ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ<sup>(ع)</sup> «عَنِ النَّضْرَانِيِّ يَغْتَسِلُ مَعَ الْمُسْلِمِ فِي الْحَمَّامِ؟ قَالَ: «إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ نَضْرَانِي اغْتَسَلَ بِغَيْرِ مَاءِ الْحَمَّامِ إِلَّا أَنْ يَغْتَسِلَ وَحْدَهُ عَلَى الْحَوْضِ فَيَغْسِلُهُ ثُمَّ يَغْتَسِلُ؛ از برادرم موسی بن جعفر<sup>(ع)</sup> پرسیدم: نصرانی با مسلمان در یک حمام شستشو می‌کند، (حکمش چیست؟) امام فرمود: «اگر بداند که نصرانی است در آن آب شستشو نکند، بلکه با غیر آب حمام غسل کند، مگر این که نصرانی در یک حوض به طور انفرادی مشغول شستشو باشد، مسلمان باید آن حوض را بشوید، سپس خود در آن حوض شستشو نماید. (طوسی، ۱۴۰۷، ۱: ۲۲۳)

۸. آنچه که در ذیل صحیحۀ متقدمه علی بن جعفر از برادرش<sup>(ع)</sup> آمده که می‌گوید:

وَسَأَلَهُ عَنِ الْيَهُودِيِّ وَالنَّضْرَانِيِّ يَدْخُلُ يَدُهُ فِي الْمَاءِ أَيْتَوَضَّأُ مِنْهُ لِلصَّلَاةِ؟ قَالَ: «لَا إِلَّا أَنْ يَضْطَرَّ إِلَيْهِ؛ از برادرم پرسیدم، یهودی و نصرانی دست خود را در آبی داخل می‌کنند، آیا می‌توان از آن آب برای نماز وضو گرفت؟ امام<sup>(ع)</sup> فرمود: نه مگر این که اضطرار داشته باشد. (طوسی، ۱۴۰۷، ۱: ۲۲۳)

۹. صحیحۀ سوم علی بن جعفر از برادرش موسی بن جعفر<sup>(ع)</sup> که می‌گوید:

سَأَلْتُهُ عَنْ فِرَاشِ الْيَهُودِيِّ وَالنَّضْرَانِيِّ يَنَامُ عَلَيْهِ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ وَلَا يَصَلِّي فِي ثِيَابِهِمَا وَقَالَ لَا يَأْكُلُ الْمُسْلِمُ مَعَ الْمَجُوسِيِّ فِي قِصْعَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا يَقْعِدُهُ عَلَى فِرَاشِهِ وَلَا مَسْجِدِهِ وَلَا يَصَافِحُهُ قَالَ: وَسَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى ثَوْبًا مِنَ السُّوقِ لِلْبُئْسِ لَا يَدْرِي لِمَنْ كَانَ هَلْ يَصْلُحُ الصَّلَاةَ فِيهِ؟ قَالَ: إِنْ اشْتَرَاهُ مِنْ مُسْلِمٍ فَلْيَصَلِّ فِيهِ وَإِنْ اشْتَرَاهُ مِنْ نَضْرَانِي فَلَا يَصَلِّي فِيهِ حَتَّى يَغْسِلَهُ؛ از برادرم پرسیدم آیا خوابیدن در رختخواب یهودی و نصرانی جایز است، ولی در لباس آنان نماز گزاردن جایز نیست و مسلمان نباید با مجوسی در یک ظرف غذا بخورد و در مسجد و فرش (یا رختخواب) خود مجوسی را نمی‌نشانند و با او مصافحه نمی‌کند و باز از برادرم پرسیدم مردی از بازار، لباسی برای پوشیدن خریده است و نمی‌داند این لباس چه گروهی است. آیا می‌تواند در آن نماز بخواند؟



فرمود: اگر از مسلمان خریده، با آن لباس نماز بخواند و اگر از نصرانی خریده، بدون شستن در آن نماز نگذارد. (طوسی، ۱۴۰۷، ۱: ۲۶۳)

۱-۲-۴-۱. کیفیت استدلال به روایات

قائلین به نجاست استدلالشان برای اثبات نجاست عموم کفار به این روایات به این شکل است که این روایات از نظر سند و دلالت تمام است. از نظر سند که جای بحث نیست؛ اما از نظر دلالت نکات ذیل قابل یادآوری است:

اولاً: امر به غسل ید (شستن دست) در روایت چهارم و پنجم و امر به غسل به غیر آب حمام در روایت هفتم، ظهور بر نجاست اهل کتاب (یهودی و نصرانی و مجوسی) دارد.

ثانیاً: ترک مؤاکله (خوردن) امام با مجوسی در روایت سوم، ظهور بر نجاست اهل کتاب (مجوسی) دارد.

ثالثاً: نهی از سؤر یهودی و نصرانی در روایت اول، نهی از طعام خوردن در ظروف اهل ذمه و مجوس و نهی از خوردن طعام آن‌ها و نهی از طعام خوردن در ظروف که آن‌ها شراب می‌آشامند، در روایت دوم و نهی از مؤاکله (خوردن) با مجوسی در ظرف واحد و نهی از خوابیدن با او در فراشش در روایت ششم، نهی از وضو با آبی که دست یهودی و نصرانی با آن ملاقات کرده در روایت هشتم، نهی از نماز خواندن در لباس یهودی و نصرانی، نهی از خوردن مسلم با مجوسی در ظرف واحد، نهی از نشستن در فراش و مسجد او، نهی از مصافحه با او، نهی از نماز خواندن با لباس که مسلم از نصرانی خریده در روایت نهم، همه ظهور در نجاست کفار مورد اشاره در این روایات دارد.

وقت نجاست اهل کتاب به واسطه این روایت ثابت شد، نجاست کفار غیرکتابی را از دوراه می‌توان ثابت کرد؛ یکی از راه ضمیمه عدم قول به فصل و دیگری از راه اولویت؛ زیرا وقت کتابی نجس باشد، غیرکتابی که «اسوء حالا» است، به طریق اولی نجس است. در نتیجه نجاست عموم کفار ثابت می‌شود.



## ۲-۱-۴-۲. جواب از استدلال به روایات

اولاً امر در روایت چهارم، پنجم و هفتم به خاطر عدم فرض سرایت رطوبت در مصافحه، ممکن است حمل بر ندب و استحباب شود نه حمل بر حرمت تا بر نجاست کفار مورد سؤال دلالت کند. ممکن است مصافحه را تقیید کنیم به صورت رطوبت داشتن دست مجوسی. برای اینکه ملاقات با چیز خشک، هیچ تأثیر در نجاست ملاقی ندارد. چنان که امام می‌فرماید: «کُلُّ شَيْءٍ يَابِسٍ ذَكِيٌّ». (طوسی، ۱۴۰۷، ۱: ۴۹)

ولی در این صورت مصافحه با آن‌ها از پشت لباس وجهی ندارد چنانکه در روایت پنجم آمده است؛ برای اینکه در صورت رطوبت دست مجوسی لباس هم نجس می‌شود. آن وقت بر امام لازم بود که امر به شستن لباس می‌کرد در صورت مصافحه از پشت لباس و امر به غسل دست می‌کرد در صورت مصافحه با دست. در حالی که امام امر به غسل لباس نکرده. از این فهمیده می‌شود که رطوبت در میان نبوده. ممکن است امر به غسل با آب غیر حمام در روایت هفتم به خاطری نجاست خود آب حمام باشد. چون اهل کتاب هیچ اجتناب و پرهیزی از نجاسات مانند بول، غایط، منی و سایر نجاسات ندارد. چنانکه امر به غسل (شستن) حوض در این روایت بیانگر همین مطلب است. نه به خاطری نجاست عینی نصرانی تا دلالت بر نجاست اهل کتاب کند.

ثانیاً ترک مؤاکله امام<sup>(۴)</sup> در روایت سوم، بر نجاست اهل کتاب (مجوسی) هیچ دلالتی ندارد؛ زیرا امام<sup>(۵)</sup> اگر مؤاکله با مجوسی را ترک کرد، به خاطر علوی مقام آن حضرت بوده و اینکه اشتراک با معاند در شریعت اسلام مناسب نیست، آن هم برای امام مسلمین. لذا ترک مؤاکله امام، به خاطر کراهت و تنزه است. (خوبی، ۱۴۱۸، ۲: ۴۶)

ثالثاً تمام نهی‌های دوازده‌گانه که در این روایات آمده است:

۱. در صورت عدم نجاست سؤر، طعام، ظروف، دست یهودی و نصرانی، لباس‌ها و عدم رطوبت فراش، مسجد و دست مجوسی حمل بر کراهت می‌شود. چنانکه



بسیاری از فقها این روایات را حمل بر کراهت کرده‌اند.

۲. در صورت نجاست و رطوبت اشیای مذکوره در روایات، نهی از آن‌ها مستند به نجاست خود این اشیا است، نه مستند به نجاست عینی اهل کتاب؛ زیرا آن‌ها هیچ اجتناب و پرهیزی از نجاسات ندارند.

بنابراین نهی از سؤر و طعام آن‌ها برای این است که سؤر و طعام آن‌ها یقیناً خالی از نجاسات و محرّمات مانند میته و گوشت خوک و سایر نجاسات و محرّمات نبست. پس نهی مستند به نجاست خود طعام است؛ اما نهی از ظروف آن‌ها برای این است که ظروف آن‌ها در اثر پختن نجاسات مانند میته، گوشت خوک و سایر نجاسات، یا گذاشتن چیزی از نجاسات و یا آشامیدن شراب در آن نجس می‌شود و این معلوم است که آن‌ها بعد از نجس شدن ظروفشان، آن‌ها را بر وجه شرعی نمی‌شویند. بلکه در پاک شدن آن‌ها به صرف ازاله نجاست و قذارت اکتفا می‌کنند، حال آنکه صرف ازاله نجاست در طهارت شرعی کافی نیست.

به علاوه آنچه را که اهل کتاب در این ظروف می‌پزند، با ملاقات آن نجس می‌شود. از این جهت است که امام<sup>(ع)</sup> هم از طعام آن‌ها وهم از خوردن طعام در ظروف آن‌ها نهی کرده است. گذشته از این که تقیید ظروف آن‌ها به ظروف که در آن خمر می‌آشامند و تقیید طعام آن‌ها به آن چیزی که آن‌ها می‌پزند، بر طهارت آن‌ها دلالت می‌کند؛ زیرا حکم به نجاست آن‌ها مستلزم اجتناب از همه ظروف آن‌ها است حتی ظروف که در آن آب می‌آشامند و همینطور طعام آنان. در این صورت دیگر وجه ندارد که ظروف را مقید کنیم به ظروف که در آن خمر می‌آشامند. همچنین وجهی ندارد که طعام آن‌ها را مقید کنیم به چیزی که آن‌ها می‌پزند. پس از تقیید ظروف و طعام به آنچه که شناخته شد، عدم نجاست اهل کتاب آشکار می‌شود. نهی از نماز و وضو در لباس و آبی که دست یهودی و نصرانی با آن ملاقات کرده، در صورت نجس بودن لباس و دست، برای این است که لباس و دست آن‌ها آلوده به نجاسات مانند بول، غایط، منی و سایر نجاسات است؛ زیرا آن‌ها از این نجاسات اجتنابی ندارند. بنابراین نهی مستند به نجاست خود لباس و دست است، نه نجاست



عینی آن‌ها. به علاوه طبق فتوای فقها نماز در لباس مستعار و مأخوذ از اهل کتاب صحیح است. نهی از خوابیدن و نشستن در فراش و مسجد مجوسی و نهی از مصافحه با او در صورت رطوبت فراش و مسجد و دست، مستند به نجاست او است نه مستند به نجاست عینی اش.

## ۲-۱-۴-۳. کلام شیخ طوسی و جواب آن

شیخ طوسی اضطرار را در روایت هشتم حمل بر تقیه کرده است. بنابراین وضو گرفتن از آب مذکور، از باب تقیه اشکال ندارد، ولی این حمل به گفته آقای خوبی (ره) «خیلی بعید است چون خلاف ظاهر روایت است، بلکه صحیح این است که اضطرار به معنای نبود آب است. به این معنا که غیر از همان آب که دست آن‌ها با آن مماس شده، وجود ندارد. بنابراین معنای روایت این است که اگر غیر از آن آب، آبی پیدا شد، وضو گرفتن با آن آب جایز نیست و اگر غیر از آن آب، آبی پیدا نشد، وضو گرفتن با آن آب اشکال ندارد. بنابراین روایت هم دلالت بر نجاست اهل کتاب ندارد». (خویی، ۱۴۱۸، ۲: ۴۸)

پس حق این است که این روایات بر نجاست عینی اهل کتاب، دلالت ندارد. به همین جهت است که یکی از محققین می‌گوید: «حاصل اینکه استفاده نجاست اهل کتاب از احکام مذکور در روایات، ممکن نیست؛ زیرا هیچ ملازمه‌ای بین احکام مذکور و نجاست وجود ندارد، نه عقلاً، نه عرفاً و نه شرعاً». (همدانی، ۱۴۱۶، ۷: ۲۴۴)

## ۲-۲. دیدگاه غیرمشهور و ادله آن

فقه‌های غیرمشهور از متقدمین و متأخرین قائل به تفصیل هستند؛ به این معنا که نسبت به کفار غیرکتابی مثل مشهور قائل به نجاستشان هستند، به عین همان ادله که در دیدگاه اول بررسی شد، به استثنای روایات؛ اما نسبت به اهل کتاب قائل به طهارت هستند و بر این باورند که کفار کتابی پاکند. صاحبان این دیدگاه، برای اثبات مدعای خود به روایات استدلال کرده‌اند که به گفته فقها، صراحت در طهارت اهل کتاب دارد که ذیلاً به آن روایات پرداخته می‌شود:



### ۱. صحیحہ عیص بن قاسم:

عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَيْصِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> عَنِ مُؤَاكَلَةِ الْيَهُودِ وَ النَّصَارَى وَ الْمَجُوسِ فَقَالَ: إِذَا أَكَلُوا مِنْ طَعَامِكَ وَ تَوَضَّئُوا فَلَا بَأْسَ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> درباره خوردن با یهودی و نصرانی و مجوسی سؤال کردم. امام<sup>(ع)</sup> فرمود: اگر اصل طعام از تو بوده و اگر شستشو کنند، جائز است. (مجلسی، ۱۴۱۰، ۷۷: ۴۸)

### ۲. آنچه که زکریا بن ابراهیم روایت کرده:

عَنْ زَكَرِيَّا بْنِ إِبْرَاهِيمَ قَالَ: دَخَلْتُ عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فَقُلْتُ إِنِّي رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَإِنِّي أَسَلَمْتُ وَ بَقِيَ أَهْلِي كُلُّهُمْ عَلَى النَّصْرَانِيَّةِ وَ أَنَا مَعَهُمْ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ لَمْ أَفَارِقُهُمْ بَعْدُ فَأَكُلُ مِنْ طَعَامِهِمْ فَقَالَ لِي يَا كَلُونَ الْخِنْزِيرَ فَقُلْتُ لَا وَ لَكِنَّهُمْ يَشْرَبُونَ الْخَمْرَ فَقَالَ لِي كُلْ مَعَهُمْ وَ اشْرَبْ؛ بر امام صادق<sup>(ع)</sup> وارد شدم و گفتم من مردی از اهل کتاب هستم و مسلمان شدم، ولی بقیه خانواده ام همه نصرانی هستند. من با آنها در یک خانه زندگی می کنم، آیا از طعام آنها بخورم؟ امام برایم فرمود: آنها گشت خوک می خورند؟ گفتم: نه ولی آنها شراب می نوشند. امام برایم فرمود با آنها بخور و بنوش. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۴: ۲۱۱)

### ۳. صحیحہ اسماعیل بن جابر:

عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ جَابِرٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> مَا تَقُولُ فِي طَعَامِ أَهْلِ الْكِتَابِ فَقَالَ لَا تَأْكُلُهُ ثُمَّ سَكَتَ هُنَيْئَةً ثُمَّ قَالَ لَا تَأْكُلُهُ وَلَا تَتْرِكُهُ تَقُولُ إِنَّهُ حَرَامٌ وَ لَكِنْ تَتْرِكُهُ تَتْرُهَا عَنْهُ إِنْ فِي آيَتِهِمُ الْخَمْرَ وَ لَحْمَ الْخِنْزِيرِ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> پرسیدم که درباره طعام اهل کتاب چه دستور می دهید؟ فرمود: نخور. پس از لحظاتی سکوت، فرمود اینکه گفتم نخو، مقصودم این نیست که طعام اهل کتاب حرام است، بلکه بدان جهت اجتناب کن که ظرف های غذاخوری آنها با شراب و گوشت خوک آلوده است. (کلینی، ۱۴۰۷، ۶: ۲۶۴)

### ۴. آنچه عمار ساباطی روایت کرده:

عَنْ عَمَّارِ السَّابِاطِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ<sup>(ع)</sup> قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ هَلْ يَتَوَضَّأُ مِنْ كُوْزٍ أَوْ إِنَاءٍ غَيْرِهِ إِذَا شَرِبَ عَلَى أَنَّهُ يَهُودِيٌّ فَقَالَ نَعَمْ قُلْتُ فَمِنْ ذَاكَ الْمَاءِ الَّذِي يَشْرَبُ

مِنْهُ قَالَ نَعَمْ؛ از امام صادق<sup>(ع)</sup> درباره مردی سؤال کردم که می‌تواند از کوزه و ظرف که یهودی از آن آب خورده، وضو بگیرد؟ امام<sup>(ع)</sup> فرمود: بلی. گفتیم از همین آب که یهودی از آن می‌آشامد؟ فرمود: بلی. (طوسی، ۱۴۰۷، ۱: ۲۲۴-۲۲۳)

۵. صحیحۀ ابراهیم بن ابی محمود:

عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي مَحْمُودٍ قَالَ: «قُلْتُ لِلرِّضَاءِ<sup>(ع)</sup> الْخِيَاطُ أَوِ الْقَصَّارُ يَكُونُ يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا وَأَنْتَ تَعْلَمُ أَنَّهُ يُؤُولُ وَلَا يَتَوَضَّأُ مَا تُقُولُ فِي عَمَلِهِ قَالَ لَا بَأْسَ؛ به امام علی بن موسی الرضا<sup>(ع)</sup> عرض کردم: حکم کار خیاط و لباسشوی یهودی یا نصرانی با این که می‌دانیم بول می‌کند و شستشو نمی‌کند، چیست؟ امام فرمود: مانعی ندارد. (طوسی، ۱۴۰۷، ۶: ۳۸۵)

۶. صحیحۀ ابراهیم بن ابی محمود:

عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي مَحْمُودٍ قَالَ: قُلْتُ لِلرِّضَاعِ الْجَارِيَةِ النَّصْرَانِيَّةُ تَخْدُمُكَ وَأَنْتَ تَعْلَمُ أَنَّهَا نَصْرَانِيَّةٌ لَا تَتَوَضَّأُ وَلَا تَغْتَسِلُ مِنْ جَنَابَةِ قَالَ لَا بَأْسَ تَغْسِلُ يَدَيْهَا؛ به حضرت علی بن موسی الرضا<sup>(ع)</sup> عرض کردم: شما خادمۀ نصرانی دارید و می‌دانید که نصرانی است و شست و شو و غسل جنابت نمی‌کند، [حکمش چیست؟] امام فرمود: مانعی نیست؛ زیرا دست‌هایش را می‌شوید. (طوسی، ۱۴۰۷، ۱: ۳۹۹)

۷. آنچه که در ذیل صحیحۀ علی بن جعفر از برادرش موسی بن جعفر<sup>(ع)</sup> آمده است:

وَسَأَلَهُ عَنِ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ يَدْخُلُ يَدَهُ فِي الْمَاءِ أَيْتَوَضَّأُ مِنْهُ لِلصَّلَاةِ؟ قَالَ: «لَا إِلَّا أَنْ يَضْطَرَّ إِلَيْهِ؛ از برادرم پرسیدم از یهودی و نصرانی که دست خود را در آب داخل می‌کنند، آیا می‌توان از آن آب برای نماز وضو گرفت؟ امام<sup>(ع)</sup> فرمود: نه، مگر اینکه اضطرار داشته باشد. (طوسی، ۱۴۰۷، ۱: ۲۲۳)

حمل کلام امام در این روایت که فرموده «لَا إِلَّا أَنْ يَضْطَرَّ إِلَيْهِ» بر تقیه چنانکه شیخ طوسی قبلاً نقل شد، خلاف ظاهر است، بلکه منظور این است که غیر از آن آب، آب دیگر وجود نداشته باشد.

روایات دیگری هم در این زمینه هست که هم از نظر سند تمام است و هم از نظر دلالت. این مجموعه از روایات بالصراحه بر طهارت عینی و ذاتی اهل کتاب دلالت





دارد و اینکه منع مستند به نجاست طعام و نجاست عرضی بدن‌های آن‌ها است؛ زیرا اهل کتاب در اثر ابتلا به نجاسات مانند میته، خوک، شراب، بول، غایط و سایر نجاسات هم طعامشان نجس است و هم بدن‌هایشان آلوده به نجاسات است. نه اینکه منع مستند به نجاست عینی و ذاتی آن‌ها باشد.

در صورت تعارض بین این دسته از روایات (روایات طهارت) و روایات نجاست، باید بین این دو دسته از روایات جمع شود. جمع بین این دو دسته از روایات از باب حمل ظاهر بر اظهر، یا حمل ظاهر بر نص به این شکل است که اوامر را در روایات نجاست در صورت عدم رطوبت، حمل بر استحباب و ندب کنیم و ترک مؤاکله و نواهی را در آن روایات در صورت عدم نجاست و عدم رطوبت، حمل بر کراهت و تنزه کنیم. در صورت رطوبت و نجاست مجموع اوامر و نواهی مستند به نجاست اشیای مذکور در روایات و نجاست عرضی بدن‌های اهل کتاب است، نه مستند به نجاست عینی و ذاتی آن‌ها. مقتضای این جمع این است که اهل کتاب عیناً و ذاتاً پاکند.

## ۲-۳. دیدگاه عینی و حکمی بودن نجاست کافر و ادله آن

اینکه آیا نجاست کفار، عینی (ذاتی) است یا حکمی (باطنی و معنوی)؟ مشهور از متقدمین و متأخرین، به نجاست عموم کفار قائل هستند و غیر مشهور از متقدمین و متأخرین که نسبت به کفار غیرکتابی قائل به نجاست هستند، همگی این نجاست را عینی (ذاتی) می‌دانند. ادله مشهور و غیر مشهور بر عینی (ذاتی) بودن نجاست عموم کفار یا کفار غیرکتابی با توجه به روشن شدن وضعیت ادله نجاست در مبحث دوم عمدتاً دو تا دلیل ذیل است:

### ۲-۳-۱. دلیل اول

مؤثقه ابن ابی یعفر از امام صادق<sup>(ع)</sup> است که می‌فرماید:

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي يَعْفُورٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ قَالَ: وَإِيَّاكَ أَنْ تَغْتَسِلَ مِنْ غُسَالَةِ الْحَمَامِ فِيهَا تَجْتَمِعُ غُسَالَةُ الْيَهُودِي وَالنَّصْرَانِي وَالْمَجُوسِ وَالنَّاصِبِ لَنَا أَهْلَ الْبَيْتِ وَهُوَ شَرُّهُمْ فَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمْ يَخْلُقْ خَلْقًا أَنْجَسَ مِنَ الْكَلْبِ وَإِنَّ

النَّاصِبَ لَنَا أَهْلَ الْبَيْتِ لَا نُجَسُّ مِنْهُ؛ پرهیز از اینکه در غُساله حمام غسل کنی؛ زیرا غُساله یهودی، نصرانی، مجوسی و دشمن ما اهل بیت که شرورتر آن‌ها است، در آن جمع می‌شود. خداوند خلق نجس تر (پلیدتر و کثیف‌تر) از سگ نیافریده و دشمن ما اهل بیت نجس تر (پلیدتر و کثیف‌تر) از سگ است. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱: ۲۲۰) معلوم است که نجاست سگ عینی (ذاتی) است. پس نجاست ناصبی که نجس‌تر از سگ است، هم عینی (ذاتی) است.

### ۲-۳-۲. دلیل دوم

آیه «إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا»؛ (توبه: ۲۸) مشرکان ناپاکند؛ پس نباید بعد از امسال، نزدیک مسجد الحرام شوند. در این آیه خداوند حکم به نجاست مشرکین نموده است و این نجاست هم عینی (ذاتی) است.

وجه استدلال به آیه، این گونه است که کلمه نجس به فتح جیم و کسر آن به معنای نجاست اصطلاحی و عرفی نزد متشرعه است؛ زیرا همین معنا از نجاست در ذهن آن‌ها مرتکز و معهود بوده است. از این کشف می‌شود که نجس در زمان نزول آیه هم به همین معنای مصطلح و عرفی بوده و همین معنا از هر سابق به لاحق رسیده تا رسیده به زماننا هذا. این نجاست اصطلاحی و عرفی قطعاً آلوده بودن کفار به نجاست ظاهری مانند بول، غایط و سایر نجاسات عرضیه نیست؛ زیرا دخول این نجاسات در مسجد در صورتی که موجب نجاست و هتک حرمت آن نشود، کدام مشکل ندارد. بلکه این نجاست همان نجاست عینی (ذاتی) است که مانع از دخول مشرکین در مسجد حرام است و در نتیجه نجاست کفار عینی (ذاتی) است و هو المطلوب.

### ۲-۳-۳. جواب این ادله

اولاً این ادله هم بر عینی (ذاتی) بودن نجاست کفار دلالت ندارد. به این شکل که بر فرض قبولی این مطلب که نجاست نزد متشرعه به معنای اصطلاحی و عرفی است؛ یعنی همین معنای اصطلاحی و عرفی نجاست در ذهن مسلمانان در آن زمان مرتکز



و معهود بوده. بعید هم نیست که در زمان نزول آیه، همین معنا ثابت بوده و عمل پیامبر<sup>(ص)</sup> و مسلمانان بیانگر همین معنا است و قطعاً نجاست به معنای اصطلاحی و عرفی بر خیلی از اعیان نجسه در زمان نزول آیه، ثابت بوده است، ولی با همه این‌ها کلمه «نجس و انجس» در آیه و روایت و کلمات هم خانواده آن‌ها اصلاً به این معنا اصطلاحی و عرفی نیست تا دال بر نجاست عینی (ذاتی) کفار باشد. بلکه این کلمات در آیه و روایت همان طوری که برخی فقها و مفسرین هم گفته‌اند به معنای لغوی است که همان قذارت و پلیدی نفسانی و باطنی و کدورت و تاریکی معنوی و روحانی است. همین معنا از نجاست (نجاست حکمی یا باطنی) مانع از دخول مشرکین به مسجد الحرام می‌شود، نه نجاست عینی (ذاتی) آنان؛ زیرا قذارت کفری مبعوض خداوند است. در حالی که هیچ مانع از ورود نجاست عینی (ذاتی) در مسجد الحرام وجود ندارد در صورتی که موجب نجاست و هتک حرمت مسجد نگردد.

بنابراین آیه و روایت، بر نجاست عینی (ذاتی) مشرکین و ناصبی‌ها هیچ گونه دلالتی ندارد، چه رسد به نجاست عینی (ذاتی) اهل کتاب. تنها چیزی را که دلالت می‌کند، نجاست حکمی (معنوی و باطنی) مشرکین و ناصبی‌ها است؛ زیرا شرک به خداوند و دشمنی اهل بیت<sup>(ع)</sup>، شدیدترین قذارت و پلیدی و کدورت باطنی است و کلمات چون (نجس) و (انجس) و هم‌خانواده آن، گواهی بر همین معنا است.

ثانیاً روایتی که در باب معراج پیامبر اکرم<sup>(ص)</sup> نقل شده است، بر همین معنا صراحت دارد. با اینکه این روایت از نظر سند و دلالت تمام است، ولی تا هنوز هیچ یک از فقها به آن روایت استدلال نکرده‌اند. آن روایت این است که امام صادق<sup>(ع)</sup> فرمود:

چون رسول خدا<sup>(ص)</sup> را شبانه به بیت المقدس بردند، جبرئیل او را با براق به آنجا رساند و محراب پیغمبران را به پیامبر نشان داد و او در آن‌ها نماز خواند. او را برگردانید، رسول خدا<sup>(ص)</sup> در برگشت به کاروان قریش برخورد که آبی در ظرف داشت و شتری گم کرده بودند و به دنبالش می‌گشتند. رسول خدا از آن آب نوشید و باقی آن را

چنان که می بینیم این روایت بالصراحه دلالت دارد بر طهارت عینی و ذاتی مشرکین و الا پیامبر گرامی اسلام (ص) هرگز از آب موجوده در ظروف آن‌ها نمی آشامید. احتمال اینکه این ظرف، ظرف کلان بوده و آب در آن به اندازه کُر قطعاً منتفی است؛ چون ظروف که مسافری همراه خود در سفر می برند، کوچک است. این درارتباط با مشرکین؛ اما نسبت به طهارت و نجاست منکرین خداوند و سایر فرق، روایتی نیامده است و طهارت آن‌ها یا مستند به قاعده طهارت است، یا مستند به قاعده حلیت یا نجاست آن‌ها به واسطه اصالة البرائه برداشته می شود. در غیر این صورت، قبح عقاب بلا بیان حاکم خواهد بود. (محسنی، ۱۳۹۲، ۱: ۴۹۱ ۴۹۰) بنابراین نجاست کفار با تمام اقسام و انواعش نجاست حکمی و باطنی است نه عینی و ذاتی.

ثالثاً حمل اوامر به غسل در روایات نجاست در صورت عدم رطوبت به استحباب و ندب و ترک مؤاکله و مراقده و نواهی از اشیای مذکور در روایات نجاست در صورت عدم نجاست و رطوبت به کراهت و تنزه، هم کاملاً با همین معنا هم خوانی و هماهنگی دارد؛ زیرا در صورت عدم نجاست اهل کتاب که آن‌ها هیچ نجس نباشند، حمل بر استحباب و کراهت معنا ندارد و در صورت نجاست عینی و ذاتی آن‌ها، باز حمل بر استحباب و کراهت معنا و مفهوم ندارد؛ زیرا در این صورت بدون شک اجتناب واجب است.

۱. عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ الصَّادِقِ ع قَالَ:

لَمَّا أُسْرِيَ رَسُولُ اللَّهِ ص إِلَى بَيْتِ الْمَقْدِسِ حَمَلَهُ جَبْرِئِيلُ عَلَى الْبُرَاقِ فَأَتَى بَيْتَ الْمَقْدِسِ وَعَرَضَ إِلَيْهِ مَحَارِبَ الْأَنْبِيَاءِ وَصَلَّى بِهَا وَرَدَّ فَعَمَّ رَسُولُ اللَّهِ ص فِي رُجُوعِهِ بَعِيرَ لَقْرِيشٍ وَإِذَا لَهُمْ مَاءٌ فِي آيَةٍ وَقَدْ أَضَلُّوا بَعِيرًا لَهُمْ وَكَانُوا يَطْلُبُونَهُ فَشَرِبَ رَسُولُ اللَّهِ ص مِنْ ذَلِكَ الْمَاءِ وَأَهْرَقَ بَاقِيَهُ فَلَمَّا أَصْبَحَ رَسُولُ اللَّهِ ص قَالَ لِقَرِيشٍ إِنَّ اللَّهَ جَلَّ جَلَالُهُ قَدْ أُسْرِيَ بِي إِلَى بَيْتِ الْمَقْدِسِ وَأَرَانِي آتَارَ الْأَنْبِيَاءِ وَمَنَزَلَهُمْ وَإِنِّي مَرَّتُ بِبَعِيرٍ لِقَرِيشٍ فِي مَوْضِعٍ كَذَا وَكَذَا وَقَدْ أَضَلُّوا بَعِيرًا لَهُمْ فَشَرِبْتُ مِنْ مَائِهِمْ وَأَهْرَقْتُ بَاقِي ذَلِكَ فَقَالَ أَبُو جَهْلٍ قَدْ أَتَيْتُكُمْ الْفُرْصَةَ مِنْهُ فَسَأَلُوهُ أَفَأَسْأَلُوهُ كَمَا الْأَسَاطِينُ فِي هَا وَالْقَنَادِيلِ فَقَالُوا يَا مُحَمَّدُ إِنَّ هَاهُنَا مَنْ قَدْ دَخَلَ بَيْتَ الْمَقْدِسِ فَصَفِّ لَنَا كَمَا أَسَاطِينُهُ وَقَنَادِيلُهُ وَمَحَارِبُهُ فَجَاءَ جَبْرِئِيلُ فَعَلَّقَ صُورَةَ بَيْتِ الْمَقْدِسِ تَحَاةً وَجْهَهُ فَجَعَلَ يَخْبِرُهُمْ بِمَا يَسْأَلُونَهُ عَنْهُ فَلَمَّا أَخْبَرَهُمْ قَالُوا حَتَّى يَجِيءَ الْعَيْرُ وَنَسَأَلَهُمْ عَمَّا قُلْتَ فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ص تَصْدِيقُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَيْرَ تَطْلُعُ عَلَيْكُمْ مَعَ طُلُوعِ الشَّمْسِ - يُقَدِّمُهَا جَمَلٌ أَوْرَقٌ فَلَمَّا كَانَ مِنَ الْغَدِ أَقْبَلُوا يَنْظُرُونَ إِلَى الْعَقَبَةِ وَيَقُولُونَ هَذِهِ الشَّمْسُ تَطْلُعُ السَّاعَةَ فَبَيْنَمَا هُمْ كَذَلِكَ إِذَا طَلَعَتْ عَلَيْهِمُ الْعَيْرُ حِينَ طَلَعَ الْقَرْصُ يُقَدِّمُهَا جَمَلٌ أَوْرَقٌ فَيَسْأَلُونَهُمْ عَمَّا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص فَقَالُوا لَقَدْ كَانَ هَذَا صِلَ جَمَلٌ لَنَا فِي مَوْضِعٍ كَذَا وَكَذَا وَوَضَعْنَا مَاءً فَاصْبَحْنَا وَقَدْ أَهْرَقَ الْمَاءَ فَلَمْ يَرِدْهُمْ ذَلِكَ إِلَّا عُتُوا.



رابعاً اسلام به عنوان مطهر کفر تنها نجاست حکمی (قذارت و پلیدی کفری) را که نجاست باطنی و معنوی است، پاک می‌کند. نه نجاست عینی (ذاتی) را؛ چون نجاست عینی (ذاتی) قابل پاک شدن نیست مگر اینکه حقیقت و ماهیت چیزی که عیناً و ذاتاً نجس است، تغییر کند و تبدیل به یک حقیقت و ماهیت دیگری شود. درحالی که اسلام حقیقت و ماهیت کفار را تغییر نمی‌دهد، بلکه نجاست و قذارت کفری آن‌ها را پاک می‌کند که این نجاست کفری، همان نجاست حکمی (باطنی و معنوی) است. نه عینی (ذاتی).



بنابراین دیدگاه مشهور که نجاست عموم کفار را عینی می‌داند و دیدگاه غیر مشهور که قائل به تفصیلند و نجاست غیرکتابی را عینی می‌دانند و اهل کتاب را اصلاً نجس نمی‌دانند، ادعای بدون دلیل است. در نتیجه نجاست عینی بنی آدم به سبب کفر، شرک و عداوت اهل بیت<sup>(ع)</sup> از قرآن و روایات ثابت نمی‌شود و نجاست عموم کفار حکمی است نه نجاست عینی.

سؤال: در صورت که نجاست کفار حکمی باشد نه عینی و ذاتی، دیگر این همه دعوا و هزینه نمی‌خواهد؛ زیرا نجاست حکمی در صورت آلوده نبودن کفار به نجاست عرضی و عدم رطوبت موجب نجاست ملاقی نمی‌شود و کدام مشکل در روابط انسانی ایجاد نمی‌کند. پس چرا این همه پیشوایان دینی ما به این مسئله اهتمام ورزیده‌اند؟

جواب: اهمیت دادن پیشوایان دینی ما به این مسئله به منظور سیاسی بوده؛ یعنی توجه به اینکه مسئله یک حکم سیاسی بوده که مبدا مسلمانان به گونه‌ای با کفار روابط و آمیزش داشته باشند که باعث گمراهی و تردید نفوس، ضعف اجتماع مسلمانان یا موجب سوء استفاده‌های دیگر گردد. این گونه اجتناب‌ها، در هر دورانی میان مکتب‌های مخالف با اشکال گوناگونی معقول بوده و رسمیت داشته است. (جعفری، بی‌تا: ۲۶ ۲۷)

## نتیجه گیری

مشهور فقها نجاست عموم کفار را عینی (ذاتی) می دانند، ولی غیر مشهور قائل به تفصیلند و نجاست غیرکتابی را عینی (ذاتی) می دانند و اهل کتاب را اصلاً نجس نمی دانند. با توجه به مفاهیم طهارت، نجاست، کفر و کافر، اسلام و ایمان و انواع و اقسام آن و واکاوی در دیدگاه‌ها و ادله موجود در موضوع تحقیق، نشان می دهد که نجاست کفار نجاست عینی (ذاتی) نیست، بلکه نجاست حکمی (معنوی و باطنی) است. تمام ادله موجود در مسئله با همین معنا هم خوانی و هماهنگی دارد. صحیحه ابان بن عثمان در باب معراج پیامبر (ص) هم دلالت بر همین معنا می کند. اسلام هم به عنوان مُطَهَّر کفر، همین نجاست حکمی را برمی دارد و پاک می کند. نه نجاست عینی و ذاتی را؛ چون نجاست عینی با چیزی پاک نمی شود مگر اینکه حقیقت آن تغییر کند. اهتمام پیشوایان دینی در این مسئله، یک حکم سیاسی بوده و به منظور جلوگیری از روابط بی جا و عدم سوء استفاده‌های که موجب گمراهی و تضعیف بنیه اسلام و مسلمانان می شود، صورت گرفته است.



## فهرست منابع

### قرآن کریم

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴)، لسان العرب، بیروت: دارالفکر- دار صادر.
۲. جعفری، محمد تقی، (بی تا)، منابع فقه، بی جا.
۳. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴. حکیم، سید محسن، (۱۴۱۶)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۵. خویی، سید ابو القاسم، (۱۴۱۸)، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، قم: تحت اشراف جناب آقای لطفی.
۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲)، مفردات ألفاظ القرآن، بیروت- دمشق: دار العلم - الدار الشامیة.
۷. سعدی ابو جیب، (۱۴۰۸)، القاموس الفقہی لغة و اصطلاحاً، دمشق: دار الفکر.
۸. صدوق، محمد بن بابویه، (۱۴۰۰)، أمالی الصدوق، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۹. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۱۰. عاملی، (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، (المحشی: کلانتر)، قم: کتابفروشی داوری.
۱۱. عمید، حسن، (۱۳۸۳)، فرهنگ عمید، تهران: امیر کبیر.
۱۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰)، کتاب العین، قم: نشر هجرت.
۱۳. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۱۴. مجلسی، محمد باقر، (۱۴۱۰)، بحار الأنوار، بیروت: مؤسسه الطبع و النشر.
۱۵. محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۷)، حدود الشریعة، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۱۶. محسنی، محمد آصف، (۱۳۹۲)، معجم الاحادیث معتبرة، قم: دارالنشر الادیان.



١٧. مشكينى، ميرزاغل، (بى تا)، مصطلحات الفقه، بى جا.
١٨. معين، محمد، (١٣٨٦)، فرهنگ فارسى معين، تهران: نشر ادنا.
١٩. واسطى زبيدى، سيد محمد مرتضى حسينى، (١٤١٤)، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت: دارالفكر.
٢٠. همدانى، آقارضا بن محمد هادى، (١٤١٦)، مصباح الفقيه، قم: مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامى.
٢١. يزدى، سيد محمد كاظم، (١٤٠٩)، العروة الوثقى، بيروت: مؤسسة الأعلمى للمطبوعات.

