

ملازمه بین اذن و عدم ضمان^۱

رضا پورصدقی^۲

محمد علی راغبی^۳

چکیده

ملازمه بین اذن
و عدم ضمان

۱۱۷

وجود یا عدم وجود اذن در عقود و ایقاعات، قراردادهای و به‌طور کلی همه رفتارها و اعمال حقوقی و به دنبال آن روابط عرفی و اجتماعی انسان‌ها، یکی از عناصر مهم و حیاتی بشر به‌شمار می‌رود؛ به‌عنوان نمونه، در مباحث مربوط به ضمان و مسئولیت که در مسائل گوناگونی گسترده است، نقش و تأثیر اذن مورد توجه است.

مسئله ملازمه بین اذن و اباحه با عدم مسئولیت از مسائل نوپدید نیست و فقیهان بسیاری از گذشته تا عصر حاضر نه تنها طرفدار ملازمه بین این دو حکم می‌باشند، بلکه از عبارات برخی ادعای ضروری و بدیهی بودن آن نیز فهمیده می‌شود، ولی در دوره معاصر نظریه مخالف بیشتر مورد توجه قرار گرفته؛ چنان‌که حتی ممکن است بدیهی به‌نظر برسد. با بررسی ایراداتی که از سوی منتقدان این قاعده مطرح شده، می‌توان به این نتیجه رسید: اگر این ملازمه به‌صورت کلی در همه موارد وجود اذن مطرح شود، درست نیست، ولی

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۵/۱۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم و دانش‌آموخته مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، (نویسنده مسئول)، رایانامه: rezapoorsedghi@gmail.com

۳. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم، رایانامه: ma-raghebi@qom.ac.ir

در مواردی که اباحه تکلیفی نسبت به عمل به عنوان اولیه وجود دارد و مشروط به ضمان و مسئولیت نشده است و از طرف دیگر شخص دارای قصور یا تقصیری نیست، می‌توان این ملازمه را ادعا و اثبات کرد.

کلیدواژه‌ها: اباحه، اباحه تصرف، اذن، مسئولیت مدنی، ضمان.

مقدمه

قاعده ملازمه بین حکم تکلیفی اباحه و حکم وضعی عدم ضمان که در بسیاری از موارد از آن تحت عنوان ملازمه اذن و عدم ضمان نام برده می‌شود، اگر چه در بحث‌های فقهی به طور مستقل مورد بررسی قرار نگرفته، ولی از قواعدی است که از دیرباز مورد استدلال کارشناسان فقهی بوده و در مسائل گوناگونی از این قاعده بهره برده شده است.

ممکن است با استشهاد به مواردی از فقه چنین نتیجه‌ای گرفته شود که هرگاه کاری با مجوز شرعی انجام شود، مسئولیتی از جانب آن عمل متوجه شخص نیست؛ مانند اجرای حدود، قصاص و جهاد و شخص بیماری که برای درمان وی، عضوی باید قطع شود. در این موارد حکم بسیار روشن و بدیهی است. از طرف دیگر نیز می‌توان مواردی را یافت که در فرض جواز عمل، تلفات حاصله مسئولیتی برای شخص به دنبال دارد؛ مانند قصاص مرد در مقابل زن که در عین حال که دارای مجوز است، مسئولیت پرداخت نصف دیه را نیز به همراه دارد. در هر صورت، طرفین می‌توانند با تمسک به مواردی در فقه برای ادعای خود مؤیدی مطرح کنند.

نوشته حاضر به دنبال پاسخ به این پرسش است، در صورتی که شخص برای انجام کاری مجوز شرعی داشت و منجر به تلفات شود، آیا مجوز داشتن فعل می‌تواند دلیل کافی برای عدم مسئولیت شخص تلقی شود؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان شخصی را که از نظر عرفی کوتاهی یا زیاده‌روی در فعلی که نسبت به انجام آن منع شرعی و قانونی نداشته ولی نسبت به دیگری منجر به آسیب و تلف شده است ضامن دانست یا ضمان در این فرض بی‌مورد است؟

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۱۸

ضرورت بحث

این قاعده در بحث‌های مختلف فقهی به خصوص بحث‌های مستحدثه می‌تواند مورد استدلال واقع شود. از طرفی در برخی از موارد، عدم ملازمه در نوشتجات علمی روز امری بدیهی تلقی می‌شود، در حالی که دیدگاه مخالف در اعصار گذشته بدیهی تلقی می‌شد. اثر بخشی این قاعده از یک طرف و اختلاف فاحش از منظر کارشناسان اعصار مختلف در آن و نبود بحث مستقل و مفصل درباره این قاعده در کتاب‌های فقهی و نوشتجات به‌روز، ضرورت پرداختن به آن را بیشتر نمایان می‌کند.

تبیین محل بحث

در این بحث تبیین محل نزاع از مهم‌ترین نکاتی است که باید مورد توجه قرار گیرد؛ چرا که در بسیاری از موارد به سبب مشخص نبودن مورد قاعده، اشکالات نقضی فراوانی مطرح شده است که بعضاً این اشکالات نایبجاست؛ بنابراین، مورد قاعده باید کاملاً مشخص و تبیین شود تا از افتادن در دام مغالطه جلوگیری گردد. باید توجه داشت که این قاعده در جایی مورد ادعاست که نسبت به جنایت رخ داده، شخص عرفاً هیچ تقصیر و قصوری نسبت به جنایت حادث نداشته باشد. طبیعی است در غیر این صورت ممکن است سببیت جنایت به او منتسب باشد و او ضامن محسوب شود.

نکته دیگر این که جواز باید به عنوان اولی باشد نه با عنوان ثانوی؛ به عبارت دیگر جواز از باب اضطرار یا ضرر و شبیه به این نباشد؛ زیرا این عناوین به قدر رفع ضرورت و ضرر که همان برداشتن حکم تکلیفی است، اثر دارد؛ بنابراین، اثر وضعی سر جای خود باقی است. در نتیجه، اگر در این موارد، ادعای نفی ملازمه ضرری به ادعای مذکور در بحث نخواهد داشت، به همین صورت، برخی در این گونه موارد، ادعای عدم تنافی بین جواز و عدم ضمان را مطرح کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۹، ۳/۵۳۵)؛ بنابراین، در فرض اضطرار شخص به خوراکی دیگری، جواز تصرف را به شرط ضمان دارد و این امر منجر به تأیید یا زیر سؤال رفتن این قاعده نمی‌شود.

از طرف دیگر، در برخی موارد ادعای ملازمه می‌شود، در حالی که این ملازمه

ربطی به این قاعده ندارد. در مواردی که اباحه مالکی است و شخص اذن در تصرف در ملک خویش را به دیگری می‌دهد، این اذن در واقع ابراء ضمان نسبت به تلفات عرفی و طبیعی نیز هست؛ بنابراین، این ملازمه ربطی به ملازمه مورد بحث ندارد؛ زیرا عدم ضمان ناشی از عدم شمول ادله ضمان نسبت به این موارد است نه اباحه. این نکته در کلمات برخی از فقها مورد تأکید است (رک: نجفی، بی تا، ۱۱۹/۴۳). محقق خوئی در بحث ضرب کسی که مرکب را به اجاره گرفته است، به این نکته اشاره می‌کند و می‌گوید: اگر این اتفاق در فرض جواز حادث شده باشد، با وجود اذن از مالک ضمانی در کار نخواهد بود (خوئی، ۱۴۱۸، ۲۶۵/۳۰). در کلمات بزرگان دیگر نیز این مطلب وجود دارد (قمی، ۱۴۲۶، ۸ / ۳۷۹-۳۷۸).

پیشینه بحث

در طرفداری از این قاعده و نفی آن بین فقها اختلاف وجود دارد. طرفداران ملازمه که کم هم نیستند بیشتر از فقهای قدیم می‌باشند (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۳۲/۴؛ حلی، ۱۴۲۰، ۵۸۴/۵) و طرفداران عدم ملازمه که بسیارند، بیشتر از دوره‌های متأخر می‌باشند. این قاعده از طرفداران سرسختی نیز برخوردار است (ر.ک: مامقانی، ۱۳۵۰، ۳۴۳-۳۴۲). این قاعده در مسائل مختلف به عنوان دلیل برای اثبات عدم ضمان به کار گرفته شده است. سابقه این کار به دوره محقق و علامه حلی می‌رسد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۳۲/۴؛ حلی، ۱۴۲۰، ۵۸۴/۵) و در عبارات فقهای بسیاری این قاعده به عنوان امری بدیهی وجود دارد، ولی بعدها مورد انتقاد برخی از فقها در صحت و سقم قرار گرفت (صیمری، ۱۴۲۰، ۴۳۴/۴؛ عاملی، بی تا، ۳۰۲/۱۰؛ حلی، ۱۳۸۷، ۶۶۴/۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۴۸۵/۱۶) و راه برای انتقاد و عدم پذیرش آن باز شد؛ به طوری که در زمان معاصر کارشناسان بسیار کمی را می‌توان یافت که موافق این قاعده باشند.

مفاهیم:

۱. اباحه

اباحه به معنای آزاد بودن شخص در اقدام یا ترک آن است (فیومی، بی تا، ۶۵/۲) و

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۲۰

مراد از مباح شرعی - به عنوان یکی از احکام پنج گانه - عملی است که فعل و ترک آن از نظر شارع یکسان باشد و مدح و ذمّی در هیچ کدام نباشد (جمعی از پژوهشگران، زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶، ۲۰۴/۱).

مباح کننده یا شارع مقدّس است یا عقل یا مالک یا کسی که در حکم مالک است؛ مانند ولیّ، وصیّ و وکیل که به ترتیب، اباحه شرعیّه، عقلیه و مالکیه را در پی دارد. اسباب اباحه چند چیز است: اذن شارع مانند اذن به حیازت مباحات عمومی (مباحات با عنوانین اولیه)، اضطرار که در واقع اباحه با عنوان ثانوی است، اذن مالک (جمعی از پژوهشگران، زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶، ۲۰۴/۱). از هر سه نوع اباحه در این نوشته نام برده می شود، ولی اباحه شرعی و قانونی که با عنوانین اولیه جعل شده، موضوع اصلی نوشته می باشد.

۲. ضمان

ضمان در لغت به چیزی است که شیئی در آن مورد حفاظ باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰، ۵۱/۷). در اصطلاح ضمان یا مسئولیت مدنی عبارت است از: جبران ضرر و زیان و خسارت به دیگری؛ این مسئولیت بر اساس شرع و قانون بین زیان دیده و زیان زننده ایجاد می شود. در این نوع مسئولیت، چون عمل ارتكابی مخلّ نظم عمومی نیست حیثیت کیفری ندارد و در لسان فقها با عنوان ضمان از آن تعبیر می شود (ر.ک: عبدالرحمان، بی تا، ۴۱۵/۲).

ملازمه بین اذن
و عدم ضمان

۱۲۱

۳. ملازمه

ملازمه در لغت دارای معنای روشن و بدیهی است و به معنای مصاحبت دائمی می باشد (ابوالحسنین، ۱۴۰۴، ۲۴۵/۵) و در اصطلاح این که در این مسئله، ملازمه عقلی مراد است یا شرعی یا عرفی می تواند مورد سؤال باشد. در نوشتار حاضر، اصطلاح اعم منظور است. اگر دلیل ملازمه حکم عقل باشد، می توان ملازمه را عقلی دانست و اگر از طریق شرع این ملازمه به اثبات رسید، ملازمه شرعی و اگر از طریق سیره عقلایی باشد، ملازمه عقلایی و به تعبیری، عرفی است.

۴. اصل اولی

قبل از ورود به بررسی ادله، مناسب است که اصل اولی در بحث روشن شود. کارکرد اصل اولی این است که نظریه‌ای را که نیازمند به دلیل است می‌توان مشخص کرد؛ زیرا نظریه‌ای که اصل به نفع اوست، نیازمند دلیل نیست. در صورتی که جواز شرعی برای عمل وجود دارد و ضمان به اثبات نرسد، می‌توان با رجوع به اصل عدم ضمان نتیجه مطلوب را به دست آورد. این نگاه از طرف برخی از بزرگان مطرح شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۳/۳۸۱).

ظاهراً حکم ابن‌ادریس در عدم ضمان پزشک نیز از همین باب است. وی با استناد به اصالة البرائه پزشک حاذقی را که تقصیری در طبابت نداشته ضامن نمی‌داند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ۳/۳۷۳). محقق خوبی نیز در مورد سقوط دیوار و ایجاد آسیب به دیگران در صورتی که ساخت دیوار مجاز باشد با استناد به نبود دلیل برای ضمان قائل به عدم ضمان شده است (خوبی، بی تا، ۴۲، ۳۰۳)؛ بنابراین، با توجه به اصل عدم ضمان مهم آن است که مدعی ضمان باید ادعای خود را اثبات کند. البته رجوع به ادله دو طرف فارغ از این که اصل اولی چیست، مطلوب است و ادله دو دیدگاه مورد بررسی قرار می‌گیرد تا بحث در صورت امکان با ادله اجتهادی به نتیجه برسد؛ زیرا با وجود دلیل نوبت به اصل نمی‌رسد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶
پاییز ۱۳۹۸
۱۲۲

ادله اثبات ملازمه میان جواز و عدم ضمان

اگرچه در عبارات مدعیان این قاعده، در غالب موارد، استدلال خاصی برای اثبات آن دیده نمی‌شود، ولی این نکته از قوت این مدعا کم نمی‌کند؛ زیرا همان‌طور که خواهد آمد، از باب احاله به وضوح مطلب و بدیهی بودن این مطلب در نزد قائلان آن نیازی به ذکر استدلال احساس نشده است؛ بنابراین، در مسائل مختلفی به عنوان یک امر پذیرفته شده و مسلم به آن تمسک شده است؛ برای مثال، علامه ولی‌طفیل را در خسارت ناشی از تصرف در اموال طفل ضامن نمی‌داند، چون تصرف وی جایز بوده است؛ بنابراین، ضمانی به دنبال ندارد (علامه حلی، بی تا، ۱۴، ۲۷۰) و در مسئله جواز نقل صدقات از جایی به جای دیگر با استدلال به این قاعده، حکم به عدم ضمان

کرده است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۴۱۵/۱). علامه در مسئله حفر چاه برای مسلمانان نیز با چنین استدلالی قائل به عدم ضمان شده است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۵۴۰/۵). در مسئله دیگر نسبت به دیه زوجه در فرضی که مقاربت منجر به قتل او شده وجود اذن از طرف شارع را دلیل بر عدم وجوب دیه می‌داند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۵۸۴/۵) و این به خوبی از وجود ملازمه در دیدگاه وی حکایت دارد. برخی از فقهای دیگر نیز چنین دیدگاهی را در این مسئله دنبال کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۰، ۲۴۰/۱۰). در مسائل دیگری نیز این ملازمه مورد تأکید قرار گرفته است؛ برای مثال، برخی از بزرگان با این استدلال که نصب میزاب دارای جواز شرعی است، در صورت سقوط و ایجاد تلف و جراحت حکم به عدم مسئولیت کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۰، ۱۵۴/۱۰). در کتاب مفتاح الکرامه پس از این که قول عدم ضمان را در این مسئله از بزرگانی چون مفید، سلار، محقق، علامه، شهید، مقداد و اردبیلی نقل می‌کند، استدلال آن‌ها را مبتنی بر اصل براءة و قاعده ملازمه معرفی می‌نماید (عاملی، بی‌تا، ۳۰۱/۱۰). محقق حلی در کتاب نکت النهایه در مسئله عنف زوجه اشکالی را با استناد به این قاعده برای اثبات عدم ضمان مطرح می‌کند و در پاسخ به این اشکال به جای این که این قاعده را زیر سؤال ببرد، اصل جواز را زیر سؤال می‌برد (محقق حلی، ۱۴۱۲، ۳/۴۱۴-۴۱۳). این امر به خوبی حاکی از پذیرش این قاعده در نزد وی دارد. شهید ثانی نیز با استدلال به این قاعده، کسی را که با اجرای حد موجب آسیب شده مسئول نمی‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲۱۷/۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۴، ۴۷۲). وی همچنین با تمسک به این قاعده در ضمان معلمی که برای تأدیب، کودک را زده و مرتکب تلف شده، تردید می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۵۳/۹). صاحب حدائق عدم ضمان شوهر را در امر عزل منی که دارای مجوز شرعی است، منتسب به این قاعده می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۳/۸۹-۸۸). محقق کرکی در مسئله قرض دادن مال طفل به دیگری در فروض جواز، قائل به عدم ضمان شده است (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۵، ۱۹۲). برخی نیز در مسئله پرداخت مال مرهون از سوی امین به حاکم یا شخص دیگر در فرض جواز، حکم به عدم ضمان کرده‌اند (حلی، ۱۴۲۴، ۱/۴۲۱). میرزای قمی نیز در مسئله تصرف در ملک اگر به قدر حاجت باشد و موجب تلف شود، مالک را ضامن نمی‌داند و با تمسک به این قاعده می‌نویسد: ظاهراً اختلافی در آن نیست (میرزای

ملازمه بین اذن
 و عدم ضمان

قمی، ۱۴۲۷، ۹۸۵/۲). در مسئله ضمان طیب نیز برخی با استدلال به ملازمه، قائل به عدم ضمان شده‌اند (روحانی، بی تا، ۲۰۱/۲۶). محقق خوبی نسبت به شخصی که دیواری را در ملک خویش یا محلّ مباحی ساخته اگر بر سر شخص یا حیوانی سقوط کند قائل به عدم ضمان است (خوبی، بی تا، ۴۲، ۳۰۲). مسائل دیگری نیز وجود دارد که در ذیل آن‌ها برخی از فقها در کتب فقهی تصریح به این قاعده کرده و قائل به عدم مسئولیت شده‌اند (ر.ک: مامقانی، ۱۳۵۰، ۳۴۲، تبریزی، ۱۳۶۹، ۴۲۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸، ۱۰۷/۲؛ عاملی، بی تا، ۳۰/۶؛ سیوری، ۱۴۰۴، ۴، ۴۷۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۴۲۰/۲۱). اما در عبارات برخی، هر دو ادعا دیده می‌شود (طباطبایی، بی تا، ۶۲۰/۱ و ۵۳۳/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲۶۸/۴ و ۱۱۰/۱۰؛ یزدی، بی تا، ۴۹۶/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹، ۴۶).

دلیل اول: اجماع

یکی از ادله‌ای که برای این قاعده نقل شده، اجماع است. برخی به صورت صریح نقل اجماع کرده‌اند (حلی، ۱۴۱۷، ۴۰۲) و برخی ادعای عدم اختلاف نموده‌اند (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۹۸۵/۲). این اجماع از نظر صغری و کبری دارای اشکال است؛ زیرا با وجود مخالفان قطعاً اجماعی در کار نیست و اگر چنین اجماعی وجود داشته باشد، احتمال مدرکی بودن آن بسیار قوی است؛ بنابراین، فاقد اعتبار خواهد بود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۲۴

دلیل دوم: عقل

شاید بتوان چنین ادعا کرد که اگر عمل مباح بی تقصیر شخصی و ناخواسته او که منجر به آسیب به غیر شده، دارای مسئولیت تلقی شود، - در نزد عقلا - از مصادیق ظلم خوانده می‌شود. این استدلال همانند استدلال به براءت عقلی است. در آنجا در فرض عدم قرینه بر لزوم احتیاط، حکم به عدم تکلیف می‌شود؛ چرا که نزد عقلا کسی که بدون بیان، مورد عقاب واقع شود قبیح است. در این مسئله نیز شخص بدون قصور و تقصیر نسبت به عملی که نسبت به آن منعی نداشته، اگر مسئول دانسته شود، نزد عقلا قبیح است.

کسی که در ملک خود چاهی حفر کند و دیگری در آن بیفتد، اگر صاحب ملک

ضامن شناخته شود، نزد عقلا ظلم است و در نزد عقل، ظلم قبیح است. در کتب برخی از فقها نیز گرچه چنین استدلالی مطرح نیست، ولی در عبارات برخی از آنها این قاعده به صورت بدیهی و ضروری مطرح شده است که در اکثر موارد بدون استدلال خاصی به آن استناد شده است و بعید نیست دلیل آن همین حکم عقل باشد. از آن جمله عبارات ابن ابی عقیل و شیخ طوسی است (عمانی، بی تا، ۱۶۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۸۷/۷). در نقد این استدلال ممکن است گفته شود، در صورتی که اذن از ابتدا مشروط به ضمان در صورت تلف باشد، از نظر عقلا عدم ضمان ظلم است، اما در مواردی که قرینه بر عدم ضمان وجود دارد یا حتی اذن و اباحه فاقد شرط ضمان باشد، ظلم بودن ضمان و مسئولیت مشخص نیست.

دلیل سوم: ظهور عرفی

در مواقعی که اذن در تصرف از طرف مالک فاقد قرینه‌ای است که دال بر مضمون بودن آن باشد ظهور عرفی اذن در عدم مضمون بودن آن است. این ظهور چه در اذن شرعی و چه در اذن مالکی وجود دارد و قابل تمسک است؛ از این رو، اذن شارع در اکل الماره ظهور در عدم ضمان دارد.

ملازمه بین اذن
و عدم ضمان

۱۲۵ ممکن است این استدلال با این اشکال مواجه شود که معلوم نیست در همه موارد اذن، چنین ظهوری وجود داشته باشد؛ برای مثال، آیا اجازه تصرف در مال پیدا شده با ضمان تنافی دارد؟

در پاسخ باید گفت اگر از ابتدا اذن مذکور به شرط ضمان صادر شده، قطعاً هیچ تنافی بین اذن و ضمان نیست، ولی اگر از ابتدا اذن مطلق است و قرینه دال بر مضمون بودن تصرف وجود ندارد، نمی‌توان شخص را بعد از اتلاف، ملزم به پرداخت عوض کرد؛ زیرا مخالف ظهور اولیه اذن تصرف است.

دلیل چهارم: سیره عقلائی

سیره در اصول فقه بر دو معنا اطلاق می‌گردد:

۱. رویه عملی عقلاعم از مسلمانان و غیر آنان که آن را در اصطلاح بنای عقلا می‌گویند.

۲. رویه عملی مسلمانان و گاهی بعضی فرق مانند امامیه که در اصطلاح، سیره اسلامی یا سیره متشرعه می خوانند.

سیره به هر دو معنای یادشده نزد فقهای امامیه مستقلاً ارزش فقهی ندارد و تنها زمانی ارزشمند است که بتوان با مقدماتی موافقت معصوم علیه السلام را از طریق آن کشف نمود (محقق دامادزی، ۱۳۶۲، ۱۴۸/۲). در این مسئله سیره عقلانیه مورد استناد است.

از عمده دلایلی که می توان برای این قاعده ادعا کرد وجود سیره بین عقلا در این موضوع است. کسی که در زمین خود به صورت متعارف چاهی حفر کرده و این منجر شده که شخصی در آن بیفتد و آسیب ببیند، عقلا صاحب ملک را ضامن نمی دانند. اگر صاحب ملک مسئول دانسته شود با استیحا ش و تعجب عقلا مواجه می شود. طبیعی است در این گونه موارد ردع سیره و ارتکاز عقلایی نیاز به تأکید زیادی از جانب شرع مقدس دارد. اگر دلیل مؤکد بر ردع از این سیره وجود نداشته باشد، می توان با استدلال به سیره نیز قاعده را به اثبات رساند.

دلیل پنجم: روایات

مضمون برخی روایات می تواند مؤید و چه بسا دلیل بر اثبات این قاعده باشد. مؤید بودن این روایات به این سبب است که مضمون آن ها کلیت ندارد و در مورد خاصی صادر شده اند؛ مانند روایات مربوط به جنایتی که از انجام حد و قصاص ممکن است ایجاد شود که به عدم ضمان تحکم کرده اند (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۹۱-۲۹۰/۷) و روایات مربوط به دفاع از نفس (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷، ۲۹۱/۷) و همچنین روایات مربوط به مقاربت در صورت حصول آسیب، که به عدم ضمان شوهر، حکم نموده اند (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۹۴/۷) و روایات مربوط به دایه شیرده که در وقت خواب غلطیده و باعث فوت نوزاد شده است که طبق آن ها اگر دایه از روی فقر این کار را برعهده گرفته باشد، حکم به عدم ضمان دایه شده است (صدوق، ۱۴۱۳، ۱۶۰/۴) و روایات دال بر جواز خوردن میوه در مسیر راه (طوسی، ۱۴۰۷، ۸۹/۷). روایات و آیات مربوط به عدم ضمان امین و همچنین محسن نیز می تواند در همین راستا قلمداد شود (ر.ک: توبه، ۹۱؛ کلینی، ۱۴۰۷، ۲۳۸/۵؛ نوری، ۱۴۰۸، ۱۶/۱۴).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶
پاییز ۱۳۹۸

۱۲۶

البته یک مورد از روایات یادشده دچار اشکال است. در مورد عُنف شوهر، روایتی دال بر ضمان شوهر وجود دارد (صدوق، ۱۴۱۳، ۱۱۱/۴) که مورد فتوای برخی از فقهاست (محقق حلی، ۱۴۱۲، ۴۱۲/۳-۴۱۳). البته با توجه به مضمون این روایت می‌توان این خدشه را چنین پاسخ داد که در روایت یادشده قید «فَرَعَمَ أَنَّهَا مَاتَتْ مِنْ عُنْفِهِ» آمده است؛ بنابراین، برای شوهر مجوز این عمل وجود نداشته است. این نکته نیز در عبارات مرحوم محقق وجود دارد (محقق حلی، ۱۴۱۲، ۴۱۲/۳-۴۱۳).

روایات ذکر شده همگی مورد فتوا هستند و از شهرت کافی برای استدلال برخوردارند و غیر از مورد عُنف شوهر به سبب تعارض روایت یادشده تقریباً اختلافی در فتاوا وجود ندارد؛ لذا می‌توان آن‌ها را به عنوان دلیل در این مسئله ذکر کرد. شاید بتوان از مجموع روایاتی که در موارد مختلف صادر شده، چنین نتیجه گرفت که همه این روایات دارای ملاک واحدی است و امضا کننده قاعده ملازمه می‌باشند. با وجود ادله اثبات ملازمه و همچنین وجود اصل اولی عدم ضمان، اگر ادله قابل قبول محکمی برای رد ملازمه وجود نداشته باشد ملازمه امری پذیرفتنی است.

ملازمه بین اذن
و عدم ضمان

ادله نفی ملازمه

با وجود این که این قاعده از طرف بسیاری از فقها پذیرفته شده است، بسیاری از فقیهان نسبت به این قاعده ایراد وارد کرده و از پذیرش آن خودداری کرده‌اند. از جمله نقدهایی که به این قاعده در عبارات این بزرگان دیده می‌شود، پاسخ نقضی است به موارد بسیاری که فعل جایزی موجب ضمان می‌شود و از آن جمله، فعل طیب و معلم است (ر.ک: صیمری، ۱۴۲۰، ۴۳۴/۴؛ عاملی، بی‌تا، ۳۰۲/۱۰؛ حلی، ۱۳۸۷، ۶۶۴/۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۴۸۵/۱۶). صاحب جواهر نیز ملازمه بین جواز را با عدم ضمان نمی‌پذیرند و عدم ضمان را ناشی از اذن خاص می‌دانند؛ اذنی که اثر وضعی سقوط ضمان را دارا باشد و کلمات بزرگانی را که قائل به عدم ضمان در فرض جواز شده‌اند، حمل بر این معنا می‌کنند (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۳، ۱۱۹). برخی نیز به صراحت منکر ملازمه‌اند بدون این که دلیل خاصی برای این انکار بیان کنند؛ چه بسا دلیل آن‌ها عدم وجود دلیل برای اثبات ملازمه است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ۱۶۹/۹؛ نراقی، ۱۴۲۲، ۴۳۴؛ خمینی،

بی تا، ۲۸۲/۱؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱۴۲/۱۰).

بسیاری از فقها ادعای عدم منافات بین جواز و ضمان را مطرح کرده‌اند (ر.ک: طباطبایی، ۱۴۱۸، ۳۷۴/۱۶؛ نجفی، بی تا، ۴۶/۴۳؛ تبریزی، ۱۴۲۸، ۵۹؛ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶، ۲۴۵/۱۱؛ فاضل‌لنکرانی، ۱۴۱۸، ۶۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۳۳۷/۲۹) ادله‌ای که برای رد این قاعده مورد استدلال است یا می‌تواند مورد استدلال باشد، به شرح زیر است:

دلیل اول: عدم اذن

برخی چنین استدلال کرده‌اند که مورد اذن شارع خالی از هرگونه فساد است و تا زمانی که فساد و آسیبی در کار نباشد، طبق مصلحت و ملاکات شارع مقدس است، ولی اگر فسادی حادث شود، کاشف از این است که از ابتدا این امر اذن و امر نداشته است. پس در مواردی که جراحت و آسیبی از فعل جایز حادث شود، اصلاً جوازی در کار نیست. حاصل این استدلال نفی صغری در این قاعده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۶۶۲/۴؛ رشتی، بی تا، ۲۴۶).

نقد دلیل اول

این که اذن شرعی و اذن مالکی به صورت مذکور باشد نیازمند دلیل است و صرف ادعای بدون وجود قرینه خاص پذیرفتنی نیست. از آنجا که اصل اولی بر عدم ضمان است، در صورت وجود چنین احتمالی، علاوه بر ادله اثبات ملازمه، اصل عدم ضمان نیز برای اثبات قاعده کافی است و نیازی نیست برای برطرف کردن چنین احتمالی، دلیل اقامه شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۲۸

دلیل دوم: قاعده اتلاف

از جمله قواعد مشهور فقهی که فقیهان برای ضمان به آن تمسک جسته‌اند، قاعده اتلاف است و چه بسا به اطلاق این قاعده برای رد قاعده مورد گفتگو استدلال شود. مفاد قاعده اتلاف در «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» مندرج است. معنای قاعده این است که هر کس مال دیگری را بدون اجازه او تلف یا مصرف کند یا مورد بهره‌برداری قرار دهد، ضامن صاحب مال است (بجنوردی، ۱۴۰۱، ۳/۱).

نقد دلیل دوم

محقق اصفهانی نسبت به مفاد «من أ تلف مال الغير فهو ضامن» می نویسد: «از چنین عبارتی در روایات، عین و اثری نیست، بلکه از مفاد این روایات موارد خاصی مانند رهن، مضاربه، ودیعه، عاریه و اجاره به دست آمده است و در این موارد، ضمان مشروط به تعدی و تجاوز است؛ زیرا در ضمان این موارد خصوصیتی وجود ندارد؛ بنابراین، اتلاف در همه جا سبب ضمان شمرده شده است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۳۴۹/۱). با نگاه به ادله دیگری که برخی برای این قاعده مطرح کرده اند نیز چنین برداشت می شود که این قاعده مواردی را شامل می شود که تلف به واسطه تعدی و تجاوز صورت گرفته است از آن جمله آیه «جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» (شوری/۴۰) و نبوی مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» (احسائی، ۱۴۰۵، ۲۲۴/۱) و روایت «المغصوب کله مردود» (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۳۰/۴) است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۵/۲). برخی از این ادله مانند روایت «علی الید...» اگرچه در ظاهر اطلاق دارند، از موارد دارای اذن شرعی انصراف دارند (مؤمن، بی تا، ۴۳۲).

ملازمه بین اذن
و عدم ضمان

دلیل سوم: قاعده تسبیب

تسبیب نوعی از اتلاف است؛ به این تعبیر که در اتلاف، شخص یا عمال او مستقیماً و مباشرتاً، باعث اتلاف مالی می گردد، ولی در تسبیب، عمل مسبب با واسطه سبب می شود که مال غیر از بین برود؛ برای مثال، اگر شخصی مال منقول یا غیر منقول دیگری را مباشرتاً آتش بزند یا حیوان متعلق به دیگری را بکشد، متلف است، اما اگر در مسیر عمومی چاهی حفر کند و حیوان متعلق به دیگری در آن بیفتد و بمیرد، مسبب است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱۱۷/۱).

در توضیح باید گفت: در مورد «سبب» گفته شده، هر چیز که از وجودش وجود دیگری لازم نیاید، ولی از عدمش عدم دیگری لازم بیاید، «سبب» است، در مقابل «علت» در تسبیب، عمل شخص مستقیماً و مباشرتاً مال دیگری را از بین نمی برد، بلکه رابطه بین عمل شخص و تلف مال این گونه است که اگر آن عمل واقع نشود، تلف مال نیز اتفاق نمی افتد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱۱۷/۱).

ولی با بررسی ادله این قاعده چنین به دست می آید که این قاعده همانند قاعدهٔ اتلاف در جایی است که تعدی و تجاوز در آن به نحوی وجود داشته باشد و عمل مسبب در مکان یا زمانی که مجاز نیست صورت گرفته باشد؛ برای نمونه، چند مورد از اخباری که در این باره وارد شده به اجمال بررسی می شود:

راوی در صحیح حلبی می گوید: از حضرت صادق علیه السلام پرسیدم؛ اگر کسی چیزی در راه دیگری قرار دهد، به طوری که مرکب آن شخص در برخورد با آن رم کند و صاحبش را به زمین بزند، حکم قضیه چیست؟ حضرت فرمود: صاحب هر چیزی که در راه مسلمانان [واقع شود و] به آن‌ها ضرر بزند، ضامن پیامدهای آن است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۴۹/۷).

زراره می گوید: به حضرت صادق علیه السلام عرض کردم: حکم کسی که چاهی در غیر ملک خویش حفر کند و عابری در حین عبور در آن بیفتد، چیست؟ حضرت علیه السلام فرمود: حفرکنندهٔ چاه ضامن است؛ زیرا هرکس چاهی در غیر ملک خود حفر کند، ضامن است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۵۰/۷).

سماعه نقل می کند از حضرت صادق علیه السلام سؤال کردم: حکم کسی که چاهی در خانه خودش حفر می کند و دیگری در آن می افتد، چیست؟ حضرت علیه السلام فرمود: «اگر چاه در ملک خودش باشد موجب ضمان نیست؛ اما اگر در ملک غیر یا معبر عام حفر شده باشد و دیگری در آن بیفتد موجب ضمان است.» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۵۰/۷).

سکونی از حضرت صادق علیه السلام نقل می کند که فرمود: پیامبر فرمودند هرکس ناودانی یا گودالی در میان راه مسلمانان ایجاد کند یا میخ یا افسار مرکبش را بکوبد، یا چاهی در راه آن‌ها حفر کند و کسی به آن‌ها اصابت کند و به زمین بیفتد، ضامن است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۵۰/۷).

نقد دلیل سوم

ممکن است چنین ادعا شود که این روایات اطلاق دارند؛ زیرا در این روایات قیدی نیست که نشان دهد شخص نسبت به عملی که به آسیب به دیگران منجر شده، مجوز نداشته است. حداقل نسبت به برخی از کارهایی که در این روایات اسم

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۳۰

برده شده مانند نصب میزاب می‌توان چنین دیدگاهی را دنبال کرد. همان‌گونه که مورد تأکید محقق خوبی است موضوع این روایات اضرار است (خوبی، بی‌تا، ۳۰۰/۴۲) و در جایی که شخص نسبت به عملی دارای مجوز بوده و افراط و تفریطی از او صورت نگرفته است، اضرار بر عمل او صادق نیست. نسبت به روایت اخیر محقق خوبی در پاسخ به اشکال مذکور می‌گوید: به وسیله قید «کسی به آن اصابت کند» می‌توان فهمید نصب میزاب و مثل آن در مکان پایینی بوده به طوری که عبور کنندگان به آن برخورد می‌کردند، در حالی که او حق نداشته میزاب و مثل آن را طوری نصب کند که باعث اضرار به غیر شود (خوبی، بی‌تا، ۳۰۴-۳۰۳/۴۲).

این روایات اگر چه در صدد اثبات ضمان هستند، تصریح به ملک غیر و طریق مسلمانان چنین مفهومی ایجاد می‌کند که اگر در ملک شخص این عمل صورت گرفته باشد، موضوع ضمان نیست. این نه تنها رد ملازمه نیست، بلکه مؤید و حتی ممکن است دلیل بر اثبات ملازمه باشد.

ملازمه بین اذن
و عدم ضمان

دلیل چهارم: روایات

چند دسته از روایات را می‌توان در این قسمت علاوه بر روایاتی که در ذیل قواعد ۱۳۱ فقهی شرعی مطرح شد، به صورت مستقل در رد ملازمه مطرح کرد.

روایات ضمان طبابت

از جمله روایاتی که می‌توان در رد قاعده ملازمه بین اباحه و عدم مسئولیت و ضمان مطرح کرد، روایت ضمان طبیب است؛ روایتی که اگر چه از نظر سندی دچار ضعف است، مورد عمل اصحاب است؛ بنابراین، مضمون آن مقبول واقع شده است: «امیر المؤمنین علیه السلام می‌فرماید: کسی که طبابت یا بیطاری (دامپزشکی) می‌کند باید از ولی بیمار یا صاحب حیوان اخذ براءت نماید، در غیر این صورت ضامن است» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۶۴/۷).

از امیر المؤمنین علیه السلام نقل شده است حضرت حکم به ضمان ختنه کننده کرده‌اند (مغربی، ۱۳۸۵، ۴۱۷/۲).

روایات ضمان اجیر

روایات ضمان اجیر از جمله روایاتی است که ممکن است برای رد این قاعده به آن‌ها استدلال شود؛ زیرا در این روایات، خسارات، ناشی از تصرف مجازی است که شخص اذن آن را به اجیر داده است و در این روایات، حکم به ضمان اجیر شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۴۱/۵-۲۴۳)؛ برای نمونه، روایت حلبی از امام صادق علیه السلام است (صدوق، ۱۴۱۳، ۲۵۳/۳) طبق این روایت، امام صادق علیه السلام می‌فرماید: هر عاملی که برای اخذ اجرت، کاری را بر عهده گیرد و خسارت ایجاد کند، ضامن است.

نقد دلیل چهارم

به نظر می‌رسد در روایت حلبی و روایات مشابه، فرضی که خسارت ناشی از تجاوز و تعدی اجیر از مقدار عمل مأذون باشد، مورد ضمان است. سید یزدی در مسئله خسارت اجیر با استناد به روایت مذکور اجیر را در صورتی که از حد مأذون تجاوز کرده باشد، ضامن می‌داند (یزدی، ۱۴۱۹، ۶۶/۵). فتوای یاد شده با در نظر گرفتن اطلاق ظاهر روایت به واسطه منصرف بودن روایت از عمل مأذون توجیه‌پذیر است و مورد تصریح قرار گرفته است (خویی، ۱۴۱۸، ۲۴۴/۳۰). چه بسا این ظهور، ناشی از واژه افساد است؛ زیرا افساد در فرضی است که شخص دارای تقصیر در عمل خود باشد، در غیر این صورت، افساد در حق او اطلاق نمی‌شود. این نکته نیز در میان کلمات دیده می‌شود (خویی، ۱۴۱۸، ۲۴۳/۳۰-۲۴۴).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۳۲

محقق خوینی قاعده کلی مستفاد از قواعد و روایات ارائه کرده است با این مضمون: اجیر در صورتی که از حد مأذون تجاوز کند، ضامن است (خویی، ۱۴۱۸، ۲۴۳/۳۰-۲۴۴). این قاعده در کتاب عروه نیز وجود دارد و سید یزدی و محقق خوینی با تأکید بر آن طبیب ختانی که به صورت تصادفی موجب خسارت به کودک شده را ضامن نمی‌دانند (یزدی، ۱۴۰۹، ۶۰۱/۲؛ خویی، ۱۴۱۸، ۲۴۳/۳۰-۲۴۴).

ابن ادریس با صحیح دانستن سند روایت ختنه‌کننده مضمون آن را در موردی که طبیب زیاده از حد بریده باشد حمل می‌کند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳۷۳/۳) این برداشت از روایت در گفته‌های فقهای دیگر نیز وجود دارد (اردیلی، ۱۴۰۳، ۲۴۵/۱۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۰۵/۲۹).

صاحب جواهر در فرضی که تلف از ناحیه عمل مأذون حاصل شده باشد شخص اجیر را ضامن نمی‌داند. از دیدگاه ایشان ختنه کردن و حجامت با صناعات دیگر از این لحاظ فرقی ندارد (نجفی، بی تا، ۳۲۴/۲۷). چنین دیدگاهی در مورد طبابت مسبوق به سابقه است. علامه و محقق ثانی نیز در صورتی که طیب در امر طبابت تعدی نکرده باشد، خسارت و تلف را مضمون نمی‌دانند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۱۱۸/۳؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۲۶۸/۷). صاحب کفایة الأحکام نیز نظر علامه را غیر بعید می‌داند (سبزواری، بی تا، ۶۶۴/۱).

دلیل پنجم: موارد نقض در فقه

برخی از موارد به عنوان جواب نقضی نسبت به قاعده مطرح شده است. از مهمترین آن‌ها ضمان معلم و اکل مال غیر در مواقع اضطرار است (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۴، ۴۴۷/۴؛ لنگرانی، ۱۴۲۴، ۴۸۱). ضمان قاضی در صورت اشتباه از طرف بیت المال و همچنین همه جنایات خطئی و شبه خطا که فعل حرام نیست، ولی شخص خاطی مسئول است (مکارم، ۱۴۲۲، ۳۰۷)، از نمونه‌های دیگر است.

ملازمه بین اذن
و عدم ضمان

نقد دلیل پنجم

نسبت به نقض ضرب معلم اولاً ضمان معلم قطعی نیست؛ زیرا شهید ثانی با تمسک به قاعده ملازمه اذن و عدم ضمان در ضمان ولی صبی که برای تأدیب، کودک را زده و مرتکب تلف شده تردید می‌کند. وی با تمثیل به تأدیب حاکم و تأدیب معلم، عدم ضمان را تقویت می‌کند. از این سخن شهید چنین برداشت می‌شود که عدم ضمان در تأدیب حاکم و معلم در نزد وی، امری پذیرفته بوده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۵۳/۹).

ثانیاً زدن برای تأدیب از این بحث خارج است؛ زیرا فرض بر این است که ولی طفل اذن تلف صبی و آسیب به او را نداده است پس قرینه بر مضمون بودن اذن وجود دارد؛ بنابراین، نقض به ضرب تأدیب که در بسیاری از کلمات دیده می‌شود، صحیح نیست (برای نمونه: طباطبایی، ۱۴۱۸، ۴۸۵/۱۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۲۴۵/۱۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۲۷/۱۵). نسبت به خطای قاضی نیز می‌توان چنین نقدی را مطرح کرد.

نسبت به نقض قاعده توسط اکل مال در زمان اضطرار همان گونه که قبلاً در مقام تبیین محل بحث بیان شد از محل گفتگو خارج است؛ زیرا اذن به عنوان ثانوی است و بیش از رفع حکم تکلیفی دلالت ندارد. چنین پاسخی در میان کلمات برخی از کتب فقهی مطرح شده است (مامقانی، ۱۳۵۰، ۳۴۳).

دلیل ششم: قاعده ما یضمن

از قواعدی که ممکن است به آن برای رد ملازمه استدلال شود، قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است. طبق مفاد این قاعده، قراردادی که در فرض صحت، گیرنده را ملزم به ردّ عوض به طرف مقابل می کند، چنانچه به صورت باطل واقع شود، گیرنده، ضامن شیء مقبوض است (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ۲/۲۲۱) نحوه استدلال به این قاعده برای رد ملازمه به این صورت است که تصرف گیرنده در مال مأذون است، در حالی که در صورت بطلان قرارداد باید عوض واقعی را پرداخت کند؛ بنابراین، این قاعده شخص را ولو مجوز تصرف در مال را دارد، ضامن واقعی شیء معرفی می کند.

نقد دلیل ششم

عمده دلیل این قاعده، قاعده «اقدام» و قاعده «علی الید» می باشد. مضمون قاعده اقدام که یک قاعده عقلایی است همانند مضمون خود قاعده است. این قاعده ربطی به مورد بحث ندارد؛ زیرا در بحث مذکور شخص اقدام به آسیب و ضرر به غیر ندارد، بلکه صرفاً در صدد انجام کار دیگری است و تصادفاً مرتکب آسیب به غیر شده است. قاعده «علی الید» نیز منصرف از مواردی است که تصرف مأذون است (مؤمن، بی تا، ۴۳۲).

به طور کلی می توان گفت: در میان ادله مذکور دلیل قطعی غیر قابل خدشه که در نزد همه علما مورد قبول باشد برای رد نظریه ملازمه بین اذن و عدم ضمان و مسئولیت وجود ندارد؛ بنابراین، هیچ یک از این ادله، دلیل کافی برای رد ملازمه نیست و راه را برای رجوع به ادله اثبات قاعده و همچنین اصل اولی نمی بندد. قانون مدنی که اتخاذ آن از منابع شرعی بوده است در ماده ۳۰۷ امور ذیل را موجب ضمان

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۳۴

قهري می‌داند. غصب و آنچه در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب، استیفاء (امامی، بی‌تا، ۱/۳۶۱) و از آنجایی که هیچ‌یک از اسباب ضمان مذکور در مسئله وجود ندارد، می‌توان حکم به عدم ضمان کرد.

نتیجه‌گیری

با استناد به حکم عقل و سیره عقلائیة و همچنین با تأیید روایات شرعی در مسائل مختلف - که چه بسا بتوان از مجموع آن‌ها ملاک واحدی که مؤید حکم عقل و سیره است، کشف کرد - می‌توان ملازمه حکم اباحه را با عدم مسئولیت و ضمان به اثبات رساند. از آنجا که اصل اولی در بحث مسئولیت مدنی، عدم مسئولیت است راه برای اثبات ملازمه هموار است و از آنجا که دلیلی برای اثبات ضمان وجود ندارد، قاعده یادشده پذیرفتنی است. خلاصه مضمون قاعده را می‌توان چنین بیان کرد: در مواقعی که شخص نسبت به عملی دارای جواز شرعی و قانونی است و از نظر عرف، نسبت به حصول ضرر و زیان، هیچ تقصیر و قصوری ندارد، او را نمی‌توان مسئول دانست و این تلفات در حکم تلف سماوی است.

ملازمه بین اذن
و عدم ضمان

۱۳۵

منابع

۱. آملی، میرزا هاشم، (۱۳۹۵)، مجمع الأفكار و مطرح الأنظار، المطبعة العلمية، قم: اول.
۲. ابوالحسنین، احمد بن فارس بن زکریا، (۱۴۰۴)، معجم مقاییس اللغة، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم: اول.
۳. احسانی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی، (۱۴۰۵)، عوالي اللئالی العزیزية، ۴ جلد، دار سید الشهداء علیه السلام للنشر، قم: اول.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی، قم: اول.
۵. اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب المکاسب، أنوار الهدی، قم: اول.
۶. امامی، سید حسن، (بی‌تا)، حقوق مدنی، ۶ جلد، انتشارات اسلامیة، تهران.
۷. بجنوردی، سید محمد، (۱۴۰۱)، قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، مؤسسه عروج، ایران: سوم.

۸. بجنوردی، سیدحسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهية، ۷ جلد، نشر الهادي، قم: اول.
۹. بحرانی، آل عصفور، (۱۴۰۵)، یوسف بن احمد بن ابراهيم، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ۲۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی، قم: اول.
۱۰. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۲۸)، تنقیح مباني الأحكام - كتاب الديات، دار الصديقة الشهيدة علیہ السلام، قم: اول.
۱۱. تبریزی، موسی، (۱۳۶۹)، أوثق الوسائل، کتابفروشی کتبی نجفی، قم: اول.
۱۲. جمعی از پژوهشگران، زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: اول.
۱۳. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، (۱۴۱۷)، غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم: اول.
۱۴. حلّی، شمس‌الدین محمد بن شجاع القطن، (۱۴۲۴)، معالم الدين في فقه آل ياسين، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم: اول.
۱۵. خمینی، سید روح‌الله، (بی تا)، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، اول.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸)، موسوعة الإمام الخوئي، ۳۳ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم: اول.
۱۷. —، (۱۴۱۹)، دراسات في علم الأصول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: اول.
۱۸. —، (بی تا)، مباني تكملة المنهاج، بی جا، بی تا.
۱۹. رشتی، (گیلانی، نجفی)، میرزا حبیب‌الله، (بی تا)، کتاب الإجارة، بی جا، بی تا.
۲۰. روحانی قمی، سیدصادق حسینی، (بی تا)، فقه الصادق علیه السلام، ۲۶ جلد، بی جا، بی تا.
۲۱. سبزواری (محقق سبزواری)، محمد باقر بن محمد مؤمن، (بی تا)، کفاية الأحكام، انتشارات مهدوی، اصفهان: اول.
۲۲. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳)، مهذب الأحكام، ۳۰ جلد، مؤسسه المنار، دفتر حضرت آية الله، قم: چهارم.
۲۳. السیوری حلّی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی علیه السلام، قم: اول.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۳۶

٢٤. شيرازى، ناصر مكارم، (١٤٢٢)، بحوث فقهية هامة، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، قم: اول.
٢٥. صدوق، ابن بابويه، محمد بن علي، (١٤١٣)، من لا يحضره الفقيه، دفتر انتشارات اسلامى، قم: دوم.
٢٦. صيمرى، مفلح بن حسن، (١٤٢٠)، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، دار الهدى، بيروت: اول.
٢٧. طباطبائي حائري، سيد علي بن محمد، (١٤١٨)، رياض المسائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم: اول.
٢٨. طوسى، ابو جعفر، محمد بن حسن، (١٣٨٧)، المبسوط في فقه الإمامية، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران: سوم.
٢٩. _____، (١٣٩٠)، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، دار الكتب الإسلامية، تهران: اول.
٣٠. _____، (١٤٠٠)، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، دار الكتاب العربي، بيروت: دوم.
٣١. _____، (١٤٠٧)، تهذيب الأحكام، دار الكتب الإسلامية، تهران: چهارم.
٣٢. عاملى، زين الدين بن علي (شهيد ثانى)، (١٤١٠)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، كتابفروشى داورى، قم: اول.
٣٣. _____، (١٤١٣)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم: اول.
٣٤. عاملى، سيد جواد، (بى تا)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، دار إحياء التراث العربي، بيروت: اول.
٣٥. عاملى، محمد بن مكى (شهيد اول)، (١٤١٤)، غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم: اول.
٣٦. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، (١٤٢٠)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم: اول.
٣٧. _____، (بى تا)، تذكرة الفقهاء، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم: اول.
٣٨. عمانى، حسن بن علي بن ابى عقيل حذاء، (بى تا)، مجموعة فتاوى ابن أبى عقيل، قم: اول.
٣٩. فاضل لنكرانى، محمد، (١٤١٨)، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الديات، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم: اول.
٤٠. _____، (١٤٢٤)، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الإجارة، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم: اول.

ملازمه بين اذن
و عدم ضمان

۴۱. _____، (۱۴۲۵)، **جامع المسائل**، انتشارات امیر قلم، قم: اول.
۴۲. _____، (۱۴۲۹)، **تفصیل الشریعة - الغصب، إحياء الموات، المشتركات و اللقطة**، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم: اول.
۴۳. فاضل هندی، اصفهانی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶)، **كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**، دفتر انتشارات اسلامی، قم: اول.
۴۴. فخرالمحققین حلّی، محمد، (۱۳۸۷)، **إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد**، مؤسسه اسماعیلیان، قم: اول.
۴۵. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰)، **كتاب العين**، نشر هجرت، قم: دوم.
۴۶. قیومی، احمد بن محمد مقرئ، (بی تا)، **المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعي**، منشورات دار الرضی، قم: اول.
۴۷. قمی، سید تقی طباطبائی، (۱۴۲۶)، **مبانی منهج الصالحین**، منشورات قلم الشرق، قم: اول.
۴۸. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، **الكافي**، دار الکتب الإسلامیة، تهران: چهارم.
۴۹. مامقانی، ملا عبدالله، (۱۳۵۰)، **حاشیة علی رسالة لا نضر**، مجمع الذخائر الإسلامیة، قم: اول.
۵۰. محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، **شرايع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، مؤسسه اسماعیلیان، قم: دوم.
۵۱. محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۱۲)، **نکت النهایة**، دفتر انتشارات اسلامی، قم: اول.
۵۲. محقق داماد زدی، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، **قواعد فقه**، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران: دوازدهم.
۵۳. _____، (۱۳۶۲)، **مباحثی از اصول فقه**، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران: اول.
۵۴. محقق کرکی عاملی، علی بن حسین، (۱۴۱۴)، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم: دوم.
۵۵. محمود عبد الرحمان، (بی تا)، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة**، بی جا، بی نا.
۵۶. مغربی، ابن حیون، نعمان بن محمد، (۱۳۸۵)، **دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحكام**، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم: دوم.
۵۷. مؤمن، قمی، محمد، (بی تا)، **مبانی تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات**، قم: اول.
۵۸. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۴۲۷)، **رسائل المیرزا القمی**، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان رضوی، قم: اول.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۶

پاییز ۱۳۹۸

۱۳۸

٥٩. نجفى، محمد حسن، (بى تا)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربى، بيروت: هفتم.
٦٠. نراقى، مولى محمد، (١٤٢٢)، مشارق الأحكام، كنگره نراقين ملا مهدي و ملا احمد، قم: دوم.
٦١. نورى، محدث، ميرزا حسين، (١٤٠٨)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البيت ﷺ، بيروت: اول.
٦٢. يزدى، سيد محمد كاظم طباطبايى، (١٤٠٩)، العروة الوثقى، مؤسسه الأعلمي للمطبوعات، بيروت: دوم.
٦٣. —، (١٤١٩)، العروة الوثقى، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم: اول.
٦٤. —، (بى تا)، العروة الوثقى مع تعليقات الفاضل، مركز فقهى ائمه اطهار ﷺ، قم: اول.

ملازمه بين اذن
و عدم ضمان

١٣٩



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی