

Every jurisconsult is accountable" rule (jurisconsult liability) in proving the legislative liability

Mahdi Mohammadzadeh*

Received: 2021/10/27

Accepted: 2022/01/14

It has long been questioned whether the legislature can be held responsible for damages caused to individuals or legal entities if their legislation causes harm? Some argue that theoretically since the law is one of the most critical tools for the survival of the state (immunity based on the sovereignty of the state) and the means of implementing philosophical-political principles for the formation of a government (immunity based on the primacy of public interest over private interest) and on the other hand, the assumption of legislative liability will have a huge financial cost for the government (immunity based on limited government resources), therefore the immunity of the government and the legislature from the law must be acknowledged. The purpose of this article was to open up a way to prove the civil liability of the government under the legislation based on the jurisprudence of the Ahl al-Bayt (PBH). Hence, the main question is designed as follows: "Can the legislator be considered liable in the event of damage by relying on the general rules of the liability chapter (especially the jurisconsult liability rule) "and by applying the rule to the fatwas of the jurists, the legislature of the parliament, the performance of the Guardian Council and also the ruling of the Supreme Leader, can they be held responsible in case of damage? "It seems that if in Islamic society, the ruling and the law cause harm, the source of the same ruling, i.e. the ruler of the Islamic society (government and its legislative components), is responsible for compensation and will be liable for all laws issued in society. Compensation methods and operational strategies for this significant issue are a serious discussion that is beyond the scope of this article.

Keywords: legislative liability, legislation, "every jurisconsult is accountable" rule, governor's mistake, social liability, goodness rule.

* Ph.D. in (Private Law), Faculty of Islamic Science and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

mahdi.mamizadeh@gmail.com

قاعده «كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ» (ضمان مفتی) در اثبات ضمان مقنن

مهدی محمدزاده*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۴

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

از دیرباز همواره این سؤال مطرح بوده است که اگر قانون‌گذار به واسطه تقنین، موجبات ایراد ضرر به افراد حقیقی یا حقوقی را فراهم آورد، آیا می‌توان او را ملزم به جبران خسارت دانست؟ برخی برآنند که از حیث نظری، از آنجا که قانون، یکی از مهم‌ترین ابزارهای بقای دولت (مصونیت مبتنی بر حاکمیت دولت) و وسیله اجرایی ساختن مبانی فلسفی - سیاسی تشکیل یک حکومت بوده (مصونیت مبتنی بر تقدم منافع عمومی بر منافع خصوصی) و از طرفی فرض ضمان مقنن، هزینه مالی هنگفتی برای دولت خواهد داشت (مصونیت مبتنی بر منابع محدود دولت)، باید قائل به مصونیت حکومت و مقنن در برابر قانون بود. این مقاله، تلاش نموده تا از مسیر مصطلح فقهی و بر اساس موازین پذیرفته‌شده فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)، راهی برای اثبات مسئولیت مدنی دولت در برابر تقنین بگشاید. از این‌رو، سؤال اصلی چنین طراحی شده است: «آیا می‌توان با تمسک به عمومات قواعد باب ضمان (خصوصاً قاعده ضمان مفتی) قانون‌گذار را در صورت بروز خسارت، ضامن دانست و با تطبیق قاعده بر فتاوی فقهاء، قانون‌گذاری مجلس، عملکرد شورای نگهبان و نیز حکم حکومتی رهبر، در صورت بروز خسارت قائل به مسئولیت برای ایشان بود؟» به نظر می‌رسد چنانچه در جامعه اسلامی، حکم و قانونی، موجبات ضرری را فراهم آورد، مصدر همان حکم، یعنی حاکم جامعه اسلامی (حکومت و اجزاء مقننه آن)، مسئول جبران خسارات وارده است و نسبت به همه قوانین صادره در جامعه، ضامن خواهد بود. روش‌های جبران خسارت و راهکارهای عملیاتی برای این مهم، بحثی جدی است که از حوزه این مقاله خارج است.

واژگان کلیدی: تقنین، خطای حاکم، ضمان اجتماعی، ضمان مقنن، قاعده احسان، کل مفت ضامن.

* دانش‌آموخته دکتری تخصصی حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.

مقدمه

برخی برآنند که از حیث نظری، مصونیت دولت نسبت به قانون، امری بدیهی است که بر چند منطق استوار است: نخست اینکه قانون، یکی از مهم‌ترین ابزار بقای دولت است. دولت از طریق قانون، مخالفان خود را تعریف و مجازات می‌کند. در هر حالی، تحقق این کارکرد مستلزم آزادسازی حداکثری دولت از هر قید و بندی از جمله مسئولیت مدنی است. دوم اینکه قانون، ابزار اجرایی ساختن مبانی فلسفی - سیاسی تشکیل دولت و در واقع، تحقق انتظارات شهروندان است. این توجه نیز به صورت غیرمستقیم به بقای نظام سیاسی می‌انجامد. در بیشتر موارد، این کارکرد نیز مستلزم نوعی آزادسازی حداکثری است. توجه سوم که جنبه مالی دارد، مربوط به منابع درآمدی محدود دولت است. با توجه به این واقعیت و این نکته که قانون به دلیل خصوصیت همگانی بودن آن به صورت بالقوه، تعداد بسیار قابل ملاحظه‌ای از زیان‌دیدگان را به دنبال دارد، پذیرش مسئولیت دولت، امکان عملی ندارد. زیرا دولت، قادر به پرداخت غرامت همه افراد نیست و یا تحقق بخشی از این مهم نیز به تعطیلی ارائه بسیاری از خدمات دولت می‌انجامد. از حیث نظری، توجه اول را می‌توان با عنوان «مصونیت مبتنی بر حاکمیت دولت» مطرح نمود. توجه دوم را به «مصونیت مبتنی بر تقدم منافع عمومی بر منافع خصوصی» می‌توان تعبیر کرد و توجه سوم را می‌توان «مصونیت مبتنی بر منابع محدود دولت» نامید (زرگوش، ۱۳۹۲، ص. ۲۵۸). این دسته از محققین غالباً برای نفی یا لااقل کاهش این نوع نگاه به مسئولیت دولت و آثار آن، به اصولی متمسک می‌شوند که برخی از آنها بدین شرح است:

الف. مغایرت با اصل حاکمیت قانون: منطق چنین تفکری از اصل «حاکمیت مردم» و اصل «همه قوا ناشی از مردم است» ریشه می‌گیرد. نتیجه پذیرفتن اصل حاکمیت مردم این است که قوه مقننه از کسانی پدید آمده است که بر طبق دستور قانون باید بی‌واسطه و مستقیم از سوی مردم انتخاب شوند، پس قوانینی که اینان وضع می‌کنند به سود همگان بوده و در جهت پاسداری از منافع اکثریت ملت است و نمی‌توانند تصمیم‌هایی بگیرند که به سود همگان نباشد. از این رو نتیجه‌گیری می‌کنند هنگامی که قانون‌گذار برگزیده مردم تصمیمی می‌گیرد که باید در جامعه سیاسی (قالب

کشور - ملت) به اجراء در آید، این تصمیم خواست همگان بوده و زیان ناشی از این خواست همگانی نیز قابل تصور نیست.

ب. **مغایرت با اصل عدالت طبیعی:** بنابر نظر پوزیتیویست‌ها، تمام قوانین موضوعه که در دل جوامع مختلف تصویب و اجرا می‌گردد، اگر در طول عدالت طبیعی قرار گرفته و در تعارض با آن نباشد، مشروع خواهد بود در غیر این صورت هر چند از منظر مردم و بر اساس نوعی قرارداد و توفیق پذیرفته شده باشد، هرگز نه وصف عادلانه به خود خواهد گرفت و نه لزوماً مشروع و زمینه‌ساز صلح خواهد بود. لذا حقوق مردم اگر بر اساس این قوانین و قراردادها در جامعه وضع و تعریف شود تنها وصف قانونی به خود می‌گیرند و نه مشروع و اگر عادلانه قلمداد گردند از منظر آن جامعه است و نه واقعیت امر، در نتیجه این نوع عدالت وضعی است و نه طبیعی و عدالت وضعی لزوماً مشروع نیست هر چند می‌تواند قانونی باشد. حتی اگر در عرصه بین‌الملل هم این قانون تعمیم و تکثیر یابد، از نامشروع بودن آن چیزی نمی‌کاهد.

ج. **مغایرت با الزام محتوایی و لفظی:** الزام‌آوردن و آمریت از جمله اوصاف خاص و یکی از خصوصیات بسیار مهم و حتی اساسی قاعده حقوقی است. نمی‌توان قاعده‌ای حقوقی یافت که این خصیصه را نداشته باشد و به‌طور کلی هیچ‌یک از صورت‌های تخفیف‌یافته دستورها مانند توصیه‌ها و ترغیب‌ها طبیعت حقوقی ندارند. اساساً هر جا قابلیت اجبار مفقود است، حقوق هم مفقود است و مفاهیم دوگانه قابلیت اجبار و حقوق حقیقتاً و منطقاً غیرقابل تفکیک هستند. در نتیجه بی‌معنی است در مورد واضع قاعده و قانونی که هم لفظ آن و هم محتوای آن دال بر الزام دارد، قائل به مسئولیت و پاسخ‌گویی شد. این نوع از پاسخ‌گویی، در منافات کامل با ذات مقنن و قانون است.

ولی این مقاله به دنبال آن است که از طریق اصطیاد قاعده‌ای فقهی، راهی برای اثبات ضمان مقنن بگشاید. چه اینکه بی‌تردید هر گاه در نظام حقوقی ایران سخن از «منابع حقوق» به میان می‌آید، «فقه» به عنوان مهم‌ترین و برجسته‌ترین منبع خودنمایی می‌نماید و توجه به این منبع غنی و ارزشمند، خصوصاً با تشکیل حکومت اسلامی در ایران از اهمیت بیشتری برخوردار شده است. بر همین مبنا قانون اساسی جمهوری

اسلامی به منزله میثاق ملی آحاد جامعه، با تأکید بر اسلامی بودن نظام قانون‌گذاری در کشور، بر اصل ضرورت عدم مخالفت قوانین و مقررات کشور با مبانی فقهی و موازین شرعی و احکام اسلامی تأکید نموده و از جمله اصل چهارم قانون اساسی، صراحتاً مقرر می‌دارد:

«کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

بر این اساس، حال که اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی را امری جایز و بلکه لازم شمرده است، باید اذعان کرد که این امر خطیر و حل مسائلی پیچیده همچون «ضمان مقنن»، که مداخله در امر حکومت اسلامی تلقی می‌شود، جز از طریق تجهیز به ابزارآلات ضروری جهت استفاده و بهره‌برداری از این منابع امکان‌پذیر نخواهد بود و کیست که نداند که اصول و قواعد فقهی، به عنوان منطبق فقه یکی از مهم‌ترین این ابزارها است.

برای تحریر محل نزاع باید التفات داشت که خطا بر دو نوع است:

نوع اول. خطا در استنتاج حکم: این فرض در حالتی قابل تصور است که این خطا، بین و آشکار باشد. به گونه‌ای که مثلاً خلاف ضرورت دین و مذهب باشد و یا بر خلاف اجماع؛ مانند لزوم اذن ولی در ازدواج باکره و مانند آن؛ که تغییر فتوا نیز با همین حالت قابل تحلیل است. ولی از آنجا که همه این فتاوا، حتماً اسلامی است و هیچ فقیهی با اطمینان نمی‌تواند بگوید که حتماً حکم الله واقعی، همان نظر اوست - زیرا فقیه فقط با یک سلسله ادله ظاهریه بدین نتیجه رسیده است - این حالت از بحث ما خارج نیست ولی از آنجا که فرض بعید است، بنابر آن گذاشته می‌شود که مورد بحث قرار نگیرد. دور از ذهن بودن این فرض، از آنجاست که بسیار بعید به نظر می‌رسد قانونی بر خلاف ضرورت دین و مذهب و یا بر خلاف اجماع به تصویب برسد، ولی هیچ‌یک از نمایندگان مجلس و یا اعضای شورای نگهبان، این نکته را متوجه نشده و متعرض این قانون نشوند.

نوع دوم. خطا در تصویب برخی قوانین در مسائل متغیر حکومت اسلامی: از آنجا که

چنین قوانینی در زمره احکام حکومتی - به معنی ااعم - قرار می‌گیرد، پس این نوع خطا، سه حالت دارد:

اول. تخلف عمدی مسئول تقنین و قصد او بر تخطی از وظیفه خویش

دوم. افراط و تفریط مسئول تقنین (مقنن، قصد تخطی ندارد)

سوم. نه تعمدی در کار بوده و نه افراط و تفریطی رخ داده است.

مورد مبتلابه و محل مطالعه در این مقاله، همین مورد سوم است. از این‌رو، سؤال اصلی پژوهش حاضر چنین طراحی شده است: «آیا می‌توان با تمسک به عمومات قواعد باب ضمان و خصوصاً قاعده ضمان مفتی (كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ) قانون‌گذار را در صورت بروز خسارت، ضامن دانست و با تطبیق این قاعده بر فتاوی فقهاء، قانون‌گذاری مجلس در حکومت اسلامی، عملکرد شورای نگهبان و حکم حکومتی رهبر، در صورت بروز خسارت، قائل به مسئولیت برای ایشان بود؟» روش بررسی، نظری است که با گردآوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای بر اساس تقدم زمانی صورت گرفته و با توجه به آنکه موضوع مربوط به مسائل فقهی و حقوق اسلامی است، از روش اجتهادی مورد قبول پیروی شده است.

بر همین مبنا، ساختار پژوهش، ذیل چهار عنوان کلی انتظام یافته است. ابتدا، مستندات قاعده ضمان مفتی (كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ) در آیات، سنت، عقل و اجماع بررسی شده است. در قسمت دوم، پس از اثبات قاعده، با استناد به برخی شواهد، امکان تسری این قاعده برای قاضی (كُلُّ قَاضٍ ضَامِنٌ) و سپس برای حاکم (كُلُّ حَاكِمٍ ضَامِنٌ) واکاوی خواهد شد. در قسمت سوم مقاله، امکان تقنین در جامعه اسلامی و بررسی انواع قوانین از حیث ماهوی و از منظر وجود یا عدم وجود تسالم فقها نسبت به آنها و نقش حکم ولائی در مشروعیت قانون و انواع مقررات، مطالعه می‌شود. در قسمت چهارم نیز ابتدا نقش اذن حاکم و میزان انتساب انواع قوانین و مقررات به حاکم اسلامی و امکان تقصیر او مورد مذاقه قرار می‌گیرد. سپس بررسی خواهد شد چنانچه در جامعه اسلامی، حکم و قانونی، موجبات ضرری را فراهم آورد، آیا مصدر همان حکم، یعنی حاکم جامعه اسلامی و حکومت اسلامی، مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود یا خیر؟

۱. مفاد و اجزاء قاعده

در ابتدا مفاد کلی قاعده مورد توجه گرفته و در ادامه به بیان دلایل پرداخته خواهد شد. قاعده در مقام بیان آن است که «هر فتوا دهنده‌ای، اگر به واسطه فتوایی که داده، به هر سببی از اسباب، ذمه‌اش مشغول به چیزی شود، ضامن آن است و باید از عهده تأدیه خسارات ناشی از آن برآید». در قاعده مورد بحث، کلمه کل، بر کلمه نکره «مفت» وارد شده و افاده عموم می‌کند (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ص. ۶۶۰). یعنی هر فتوا دهنده‌ای. لفظ «کل» از ادات عموم است و از آن استفاده عموم می‌شود و اگر در مقام بیان حکمتی باشند، استفاده قاعده کلی خواهد داشت (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۲۱۷). مفتی^۱ کسی است که قدرت بر استنباط احکام شرعیه فرعیه را از ادله تفصیلی مربوطه، یعنی همان کتاب، سنت، عقل و اجماع، دارا می‌باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۱۲). واژه «ضامن» نیز از نظر لغوی، در معنای کفیل، غریم، مراعی و محافظ استفاده شده و به معنای کسی است که مراعات و کفالت چیزی را تعهد می‌کند و در صورت بی‌مبالاتی، بایستی غرامت تلف آن را بپردازد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص. ۲۵۷). از نظر اصطلاحی، ضامن در کلمات فقها در یکی از سه معنای زیر به کار رفته است:

۱- مطلق اشتغال ذمه، به هر سببی از اسباب

۲- مطلق تعهد و التزام به مال یا نفس

۳- تعهد و التزام به مال

ضمان در معنای دوم (ضمان به معنای اعم) و سوم (ضمان به معنای اخص) ضمان عقدی است (صدر، ۱۴۲۷ق، صص. ۳۲۰-۳۲۱). ضمان موجود در قاعده، از مصادیق ضمان نوع اول است.

۲. ادله، مدارک و مستندات قاعده

منابع حقوق اسلام به لحاظ نوع کاشفیت از اراده الهی، به دو دسته منابع اصلی و فرعی قابل تقسیم است (دانش پژوه، ۱۳۹۱، ص. ۱۶۰). ابتدا ادله اصلی (کتاب، سنت و عقل) و سپس ادله فرعی بررسی می‌شوند.

۲-۱. کتاب

الف. «قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْكُمْ» (یوسف / آیه ۵۵)

برخی از فقهای معاصر، ورود به عرصه تصمیم‌گیری حکومتی را مانند حضرت یوسف (علیه‌السلام) برای کسی جایز می‌دانند که امانتدار، عالم به نحوه مصرف اموال عمومی و روش‌های درست تصرف در حقوق باشد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۷۱). به قیاس اولویت، چگونه ممکن است وقتی برای تصدی کارهای کوچک و کم‌اهمیت، دقت و وسواس به خرج می‌دهیم، برای کار بزرگی همچون تصدی مسئولیت در ارکان حاکمیت اسلامی، با مسامحه برخورد کنیم و به دنبال احراز شروط آن نباشیم؟ یقیناً چنین کسی باید با استناد قرآن کریم، قوی در عمل، امین در تعاملات و عالم به شیوه‌های حفظ منافع ملی و خزائن مردم باشد (حسینی شیرازی، ۱۴۲۶ق، ص. ۷۲).
ب. «وَتَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَتَحْسَبُونَهُ هَيئًا وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ» (نور / آیه ۱۵)

برخی از محدثین عظام را اعتقاد بر آن است که هر چند این آیه در باب حرمت افتراء نازل شده ولی مطلق قول را دربرمی‌گیرد، چه در مورد احکام الهی و چه غیر آن (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ص. ۵۲۹). برخی بزرگان دیگر نیز افتاء بغیر علم را از مصادیق این آیه کریمه برشمرده و معتقدند که مفتی و حاکم، مسئول وزر و وبال ناشی از فتوا و حکم خود است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ص. ۴۵۸).

۲-۲. سنت (روایات)

مرحوم صاحب‌وسائل، ذیل بابی تحت عنوان «بَابُ أَنَّ الْمُفْتِيَ إِذَا أَخْطَأَ أَيْمًا وَضَمَّنَ» به چند روایت اشاره کرده است که روایت‌های اول و سوم از آن جمله‌اند:

• راوی از امام کاظم (علیه‌السلام) پرسیده: مردی مُحْرَم شده و ناخن‌هایش را می‌چیند. ناخن یکی از انگشتانش را به دلیل عارضه‌ای در آن انگشت نمی‌چیند. مردی او را می‌بیند و به او فتوا می‌دهد که باید آن ناخن را هم بچینی. او چنان می‌کند ولی ناخن معیوب، خون‌ریزی می‌کند. چه باید کرد؟ حضرت فرمودند: آنکه فتوای اشتباه داده، باید یک گوسفند قربانی کند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص. ۱۶۵).

این روایت هم دلالت دارد بر اینکه چنانچه مفتی، فتوایی اشتباه دهد، باید در ازای

اشتباهی که کرده، کفاره عمل اشتباه مستفتی را بپردازد.

بر همین اساس نیز برخی از فقهای عظام با استناد به این روایت، به ضمان مفتی حکم داده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص. ۷۹۷؛ موحدی لنگرانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص. ۲۳۲ و سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۳۴۵).

• از مفضل بن عمر روایت شده که به امام صادق (علیه‌السلام) گفتم: اگر نماز شبم قضا شد، سپس نماز صبح بخوانم، آیا می‌توانم بعد از نماز صبح، قضای نماز شب را در مصلایم و قبل از طلوع آفتاب بجا آورم؟ ایشان فرمودند: بله، ولی این نکته را به خانواده‌ات مگو که مبادا آن را سنت تصور نموده و قول خداوند در قرآن کریم که [از نشانه‌های متقین است که] در سحرها استغفار می‌کنند، باطل گردد^۲ (عیاشی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص. ۱۶۴).

این روایت در مقام بیان این نکته مهم است که حتی اعلام عمومی (در غیرموضع صحیح) برخی از احکام الهی، موجب بی‌حرمتی به قرآن کریم و حتی تعطیلی حکم الهی خواهد بود و بالتبع، موجب ضمان در قبال ضررهای معنوی به امت اسلامی است. • از ابن حجاج روایت شده که امام صادق (علیه‌السلام) در حلقه فردی به نام ربیع‌الرأی نشسته بود. یک اعرابی از او مسئله‌ای پرسید و او پاسخ داد. اعرابی به او گفت آیا مسئولیت این فتوا را می‌پذیری؟ او سکوت کرد. مجدداً سؤال کرد و او دوباره سکوت کرد. نهایتاً امام (علیه‌السلام) فرمودند: مسئولیت این فتوا بر گردن اوست و هر مفتی، ضامن است^۳ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۲۲۰).

هر چند ممکن است که قواعد فقهی، عنوان دقیق خود را از آیات و روایات کسب ننموده باشند ولی قاعده مورد بحث این مقاله، عنوان خود را دقیقاً از عبارت مذکور در ذیل روایت حاضر کسب کرده است. فقهایی که با این روایت برخورد کرده‌اند، با توجه به پنجره دید خاص خود به آن نگریسته و به همین دلیل، از آن برداشت‌های متفاوتی نموده‌اند:

■ غالب فقهای عظام مفتی را ضامن می‌دانند. ایشان به طریق اولویت کسانی را هم که اهل فتوا نیستند ولی به دروغ لباس اهل فتوا را بر تن کرده‌اند و یا از قول مفتی، نقل فتوا می‌کنند، ضامن شمرده‌اند. یعنی چه اینکه صدق مصداق بر کلمه مفتی در روایت حقیقی باشد یا مجازی (مانند کسی که به دروغ خود را جای مفتی جا بزند و یا از قول او نقل فتوا کند مانند مسئول پاسخ‌گویی به سؤالات شرعی در دفاتر مراجع

تقلید) به هر حال آنکه عرفاً مفتی فرض شده، ضامن است. هر چند در بحث حاضر، آنکه حقیقتاً مفتی نیست، تخصصاً از موضوع بحث خارج است (شهید اول، ۱۷۴۱ق، ج ۱، ص. ۳۸۳ و خوبی، ۱۷۴۱ق، ص. ۳۷۲).

■ عده‌ای استدلال به ضمان مفتی و قاضی را با استناد به این روایت ضعیف دانسته‌اند. ایشان معتقدند که مراد از ضمان در روایت، صرفاً گناه و پاداش است. زیرا مجرد افتاء، موجب ضمان نخواهد شد، مگر آنکه حتماً تقصیری به دنبال داشته باشد (نراقی، ۱۷۴۱ق، ج ۱۷، ص. ۸۹ و مجلسی، ۱۷۴۰ق، ج ۱۰، ص. ۲۳).

■ دسته آخر اصلاً روایت حاضر را برای استدلال بر ضمان هر مفتی صالح برای تصدی مقام افتاء که تلاش کافی جهت نیل به حکم الهی را نموده باشد، خروج موضوعی از بحث می‌دانند (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، ص. ۱۹۵). از آن‌جمله، مرحوم محقق داماد، ذیل بحث کفارات در کتاب الحج، در مورد استفاده از روایت مذکور تصریح می‌کند: موضوع روایت، در مورد فتوادهنده‌ای است که اصلاً علم کافی برای فتوا دادن ندارد و مقام امام را در افتاء غضب کرده (افرادی همچون ربیع‌الرأی) یا مجتهدی که تلاش کافی برای استنباط حکم الهی ننموده باشد. حتماً چنین فردی ضامن فتوای خود است، حتی اگر درست فتوا داده باشد. در حالی که موضوع مورد بحث ما، در مورد مفتی و قاضی مأذون از جانب ولی جامعه است. پس این روایت خروج موضوعی دارد و بالإجماع از موضوع بحث خارج است. صحت و سقم این اجماع در بند آتی مورد تدقیق قرار خواهد گرفت. ایشان نهایتاً معتقد است به ضمان ناشی از خطای مفتی ولی آن را با روایت أصیغ بن نباته از حضرت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) در مورد خطای قاضی - که در ادامه خواهد آمد - توجیه می‌نماید (محقق داماد، ۱۷۴۰ق، ج ۳، صص. ۷۹۹-۸۰۲).

البته اگر ما در خصوص موضوع مورد بحث، چه نظر غالب فقهای عظام را در نظر بگیریم (ضمان مفتی) و چه تحلیل امثال مرحوم محقق داماد را، در نتیجه بحث تفاوتی ایجاد نخواهد کرد و در نهایت باید برای هر مفتی، قائل به ضمان شد.

۱- از امام حسن (علیه‌السلام) نقل شده که هنگامی که حضرت علی (علیه‌السلام) طلحه و زبیر را شکست داد، مردم در حالی که شکست خورده بودند، برگشتند و

زن آبستنی در کنار راه با دیدن چنین منظره‌ای ترسید و بچه‌ای را که در رحم داشت، سقط کرد. بچه پس از اضطراب و تکان خوردنی مُرد، سپس مادر بچه نیز مُرد. حضرت علی (علیه‌السلام) همراه با اصحابش به او و فرزندش در حالی که بر راه افتاده بودند، برخورد کرد و از مردم پیرامون او پرس‌وجو کرد. گفتند: او آبستن بود و هنگامی که جنگ و شکست را دیده، ترسیده است. حسن گفت: امام از آنان پرسید کدام یک قبل از دیگری مُرد؟ گفتند: پسر، قبل از مادر مرد. حسن گفت: حضرت شوهر زن را خواست و او را وارث دو ثلث دیه فرزند و مادر را وارث یک ثلث دیه فرزند کرد، سپس شوهر را وارث نصف از ثلث دیه‌ای که همسرش از بچه به ارث برده بود کرد و خویشاوند زن را وارث نصف دیگر آن ثلث دیه کرد. سپس شوهر را وارث نصف دیه زن (دوهزار و پانصد درهم) کرد و خویشاوندان زن را وارث نصف دیگر دیه زن (دوهزار و پانصد درهم) قرار داد. این‌گونه تقسیم، از آن روی بود که زن غیر از همین فرزند ساقط شده در هنگام ترس، فرزند دیگری نداشته است [بنابراین شوهر، نصف مال همسر خود را به ارث برد]. حسن (علیه‌السلام) گفت: همه اینها را حضرت علی (علیه‌السلام) از بیت‌المال بصره پرداخت (کلینی، ۴۰۷ق، ج ۷، صص. ۱۳۸ و ۱۳۹).

صاحب جواهر معتقد است هر چند فرض مسئله، بحث لوث در مقتول نیست، ولی حضرت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) دیه او را می‌پردازد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص. ۲۳۸).

۲- اصبع ابن نباته می‌گوید: امیرمؤمنان (علیه‌السلام) این‌گونه حکم نمود که خطای قضات در خون و قطع عضو بر بیت‌المال مسلمین است (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۷).

ارتباط این روایت به بحث قاعده «کل مفت ضامن» آنجاست که در لسان فقها، شرایط قاضی همان شرایط مفتی است و اصلاً قاضی از آنجا که مفتی و مجتهد است، امکان قرار گرفتن در مقام قضاوت را یافته است. پس اگر در روایتی، لزوم جبران خسارت ناشی از فتوای قاضی اثبات شده باشد، دست‌کم نمی‌توان مفتی را از مسئولیت مبرا کرد. فقهای عظام در مورد منطوق و مفهوم روایت، برداشت‌های متعدد و نظرات مختلفی دارند:

۱- بعضی در مورد پرداخت خسارت ناشی از خطای قاضی از بیت‌المال، ادعای اجماع دارند. از آن جمله می‌توان به صاحب جواهر و محقق سبزواری اشاره کرد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۷۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص. ۶۶ و سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص. ۲۱۷).

۲- برخی قاضی را محسن می‌دانند و این عدم لزوم تدارک خسارت توسط قاضی را ناشی از اطلاق قاعده احسان و لوازم آن فرض می‌کنند. از آن جمله می‌توان به فاضل هندی، صاحب جواهر و آیت‌الله موسوی اردبیلی اشاره کرد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۳۷۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۷۹ و موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۷۳).

۳- برخی دیگر قاضی را محسن نمی‌دانند ولی اطلاق نص روایت را می‌پذیرند. ایشان معتقدند که در قاعده احسان و برای جریان آن، هم حُسن فاعلی لازم است و هم حُسن فعلی؛ در حالی که در موضوع مورد بحث ما، لااقل می‌دانیم که حسن فعلی نیست، زیرا قاضی اشتباه کرده است (تبریزی، ۱۴۲۵ق، ص. ۶۷).

۴- برخی مستند این نوع جبران را قاعده «لا یطل (یبطل) دم امرئ مسلم» می‌دانند. یعنی علاوه بر متن روایت، به این قاعده نیز استناد می‌کنند. مفهوم این روایت آن است که خون یک شخص مسلمان، هیچ‌گاه نباید پایمال شود (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص. ۲۵ و نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، ص. ۱۹۴).

۵- بعضی از فقها مانند مرحوم محقق سبزواری اصلاً لزوم تدارک خطای قاضی از بیت‌المال را یک قاعده مستقل تصور می‌نمایند و برای اثبات این قاعده به روایات و احکام دیگری استناد می‌کنند. مثلاً چنانچه در محاکمه‌ای بعداً مشخص شود که شهود (بینه) عدالت شهادت نداشته‌اند یا زن بارداری برای شهادت به دادگاه فراخوانده شود و از ترس، حمل او سقط شود، یا زندانی در زندان بمیرد و بعداً بی‌گناهی او ثابت شود، دیه همه این موارد بر بیت‌المال است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص. ۲۱۷).

۶- مرحوم محقق اردبیلی بر آن است که این خسارت باید توسط بیت‌المال پرداخت شود والا قضات، برای فرار از چنین خسارتی از قضاوت سر باز می‌زنند و این،

تعطیلی در امور مسلمین را در پی خواهد داشت (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۴۰).
 ۷- برخی دیگر تعمیم جبران خسارات را به غیر از موارد منصوص (دم یا قطع) جایز نمی‌دانند. ایشان چنین جبران خسارتی را خاص دانسته و بر قدر متیقن وارده در نص بسنده می‌کنند (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، ص. ۱۹۴ و طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۲۹).

۸- عده‌ای دیگر، خصوصیتی برای موارد منصوص (دم یا قطع) قائل نبوده و این جبران خسارت را به هر نوع خسارت مالی دیگر نیز تعمیم می‌دهند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، صص. ۲۷۳-۲۷۵ و مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص. ۱۷۴).
 البته تقریر مرحوم محقق داماد برای تبیین مسئله در اینجا بسیار راهگشاست: ایشان اولاً. روایت خطای قاضی را به خطای مفتی هم تسری می‌دهد. سپس تحلیل می‌کند که خطای قاضی بر سه نوع است: یا مجتهد و عالم نیست ولی فتوا داده یا قضاوت کرده؛ یا برای کسب نظر شارع مقدس، بذل مجهود را روا نداشته است و یا مجتهد، زحمت لازم را کشیده ولی خطا کرده است. او معتقد است در حالت اول و دوم، قاضی مقصر است و شکی در لزوم جبران خسارت وارده از سوی خود او نیست ولی در حالت سوم، او مقصر نیست بلکه قاصر است. البته در مورد قاضی و مفتی مقصر، فرق دارد حکم صادرشده در مورد احکام الهی بی‌ضمان (مانند عبادات) باشد یا در مورد حقوق مالی و نفسی و عضوی؛ زیرا در مورد احکام الهی بی‌ضمان، قاضی مقصر، فقط مذنب است و بار گناه و معصیت حاصل از تقصیر خود را به دوش می‌کشد، ولی در مورد حقوق مالی و نفسی و عضوی، هم مذنب است و هم ضامن تأدیه خسارات ناشی از تقصیری که خود مرتکب شده است. ایشان هر چند روایت ابن حجاج در مورد ربیعه را نیز از بحث ما موضوعاً خارج می‌داند - به سبب آنکه او مقصر است و چه تقصیری بالاتر از غضب مقام افتاء از امام - ولی تصریح می‌نماید که روایت خطای قاضی، هر نوع اشتباهی را در بر می‌گیرد؛ زیرا دم و قطع، تمثیل است نه حصر (محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ص. ۷۹۹).

۲-۳. عقل و بنای عقلا

ارتکاز عقلی همه عقلا بر آن است که اگر شخصی، به دیگری ضرری وارد کرد که این

زیان، مورد پسند عقلا و شارع مقدس - که رئیس العقلاست - نبود، پس ذمه این زیان‌زننده، مشغول است، مادامی که زیان وارد شده را جبران نماید. حتی برخی از فقها در مقام توجیه قاعده «لا ضرر»، حکم عقل را مؤید این قاعده دانسته و این قاعده را مهم‌ترین پشتوانه فقهی اصل «قابلیت جبران کلیه خسارات» به‌شمار آورده‌اند، تا آنجا که این قاعده را از مستقلات عقلیه دانسته‌اند. یعنی معتقدند که حتی اگر شرع نیز حکمی به وجود این قاعده نداده بود، عقل به تنهایی می‌توانست خود حکم به وجود آن دهد (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۳۱۲).

۲-۴. اجماع

برخی از فقهای عظام بر لزوم جبران خسارت ناشی از فتوای مفتی ادعای اجماع کرده‌اند. البته این اجماع را مربوط به روایت معروف «أَنْ مَا أَخْطَأْتُ الْقَضَاءَ فِي دَمٍ أَوْ قَطَعِ فَهَوِ عَلِيَّ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ» می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۷۹ و موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۷۳). ولی مؤید قاعده «کل مفت ضامن» است و از آنجا که می‌توان خصوصیتی برای قطع عضو و قتل قائل نبود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۷۵)، پس هر ضرری را که ناشی از خطای حاکم باشد، تدارک آن از بیت‌المال لازم است.

۲-۵. قواعد و شواهد فقهی

۲-۵-۱. قاعده تسبیب و تغیر

شیخ در مکاسب محرمه می‌گوید چنانچه فتوایی غیرعالمانه صادر گردد، ضمان مفتی را در پی خواهد داشت از حیث قاعده تسبیب و تغیر (انصاری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۷۳).

۲-۵-۲. قاعده وجوب ایصال حق به صاحب آن

صاحب جواهر این قاعده را به عنوان قاعده‌ای مستقل می‌داند (اسماعیلی، ۱۳۷۸). بر اساس این قاعده، ستاندن حق مظلوم از ظالم و رساندن ذی‌حق به حق خویش یک واجب شرعی است. به طریق اولی حاکم در حکومت اسلامی باید در صورتی که به هر نحوی، در مسیر اعمال حاکمیت خود، ضرری را متوجه افراد بی‌گناه جامعه کند، آن را جبران نماید. گرچه با تقریری که از حکم عقل و بنای عقلا داشتیم نیازی به این قاعده وجود ندارد.

۲-۵-۳. قاعده لا ضرر و لا ضرار

شیخ انصاری معتقد است که این قاعده، نافی هر گونه حکم ضرری در اسلام است (انصاری، بی تا، ج ۵، ص. ۱۶۱). پس چنانچه یک حکم موجب ضرر شد بایستی آن ضرر تدارک گردد.

۲-۵-۴. قاعده لا یبطل حق امری مسلم

برخی دیگر نیز ضرورت تأمین خسارت وارده را ناشی از وجود قانون «ضمان اجتماعی اسلام» می‌دانند و با استناد به همین اصل، هر نوع حق پایمال شده از مسلمین را قابل جبران از بیت‌المال می‌دانند (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص. ۷۳).

۳. بررسی تعارضات احتمالی قاعده مورد بحث با سایر قواعد

۳-۱. تعارض با قاعده احسان

قواعد عمومی باب ضمان، ضمان مقنن را اقتضاء دارد و لزوم جبران خسارات وارده ناشی از تقنین را و از طرف دیگر چنانچه مقنن را محسن بدانیم، دستور شرع بر نفی سبیل از اوست و لزوم جبران خسارت، با لزوم نفی سبیل در تعارض است. غالب فقهای عظام نیز دلیل عدم پرداخت خسارت ناشی از قضاوت اشتباه قاضی توسط خود او را عمل محسنانه قاضی می‌دانند. ارتباط ضمان مفتی با قاعده احسان آنجاست که برخی برآنند چنانچه اقدام شخص محسن، برای خدمت به شخص خاصی نباشد، بلکه منظور محسن مصلحت عامه باشد، به عقیده فقها این مورد هم مشمول قاعده احسان است. ولی اگر برای مصلحت عموم باشد، ضمان ایجاد نخواهد شد؛ زیرا فاعل محسن است. علامه در تحریر الاحکام به طور قاطع به این موضوع فتوا داده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص. ۱۵۱). حتی برخی دیگر در هر صورت، پزشک را ضامن نمی‌دانند و معتقدند اگر بنا باشد که اطبا که از نظر شرعی موظف به انجام عملیات پزشکی هستند، در صورت ورود ضرر به بیمار ضامن باشد، در مسائل مربوط به جان مردم اختلال پیش می‌آید (شوشتری، ۱۴۲۷ق، ج ۲، صص. ۱۵۴-۱۵۵). در ابتدا باید گفت در انطباق «احسان» بر عمل سه احتمال و نظر وجود دارد:

۱- حسن فاعلی: احسان منوط به قصدی است که فاعل در ضمیر دارد، ولو فعل

انجام شده احسان نباشد. یعنی محسن کسی است که به قصد خیر و خوبی کاری را انجام دهد، هر چند در واقع عملش زیان بار باشد (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۳۹۲ و اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۵).

۲- حسن فعلی: باید فعل انجام شده احسان باشد، گرچه نیت فرد چنین نبوده است. محسن کسی است که عملی انجام دهد که در واقع سودمند باشد، هر چند قصد خیر و احسان نداشته باشد (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۱۴).

۳- هم حسن فاعلی نیاز است و هم حسن فعلی. در حقیقت محسن کسی است که علاوه بر قصد خیر و نیکی، عملش هم در واقع سودمند باشد. بر خلاف دو نظر سابق به نظر می‌رسد که احسان به خلاف عناوینی چون خمر و امثال آن، که به صورت موضوع در احکام شرعی به کار می‌روند، از عناوین قصدیه باشد. لذا در صدق لفظ «محسن»، مجرد سودمند بودن عمل در واقع کافی نیست و شهود عرفی هم این مطلب را تأیید می‌کند. مضافاً تنها فارق اعمال محسنانه و غاصبانه در بعضی از حالات فقط قصد و انگیزه اشخاص است والا هر شخص غاصبی برای اینکه خود را از عهده جبران خسارات برهاند، ممکن است عملش را در واقع به نفع صاحب مال نشان دهد. علاوه بر این، اگر نتوانیم از طریق اصول لفظی این مطلب را حل کنیم، مقتضای اصل عملی (استصحاب) هم نتیجه فوق را تأیید می‌کند، زیرا به موجب ادله اثبات ضمان، تصرف بدون اجازه در مال غیر، موجب مسئولیت و ضمان است. حال اگر در تأثیر احسان به عنوان مسقط ضمان شک داشته باشیم که آیا قصد احسان مسقط ضمان است یا احسان واقعی، حالت سابق استصحاب می‌گردد و به ضمان این شخص حکم می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۷۸ و محقق داماد، ۱۳۷۰، ص. ۲۷۴). به نظر این دسته از صاحب نظران، احسان از دو عنصر تشکیل شده است: قصد نیکی و احسان، سودمند بودن ماهیت عمل از نظر عرف. بنابراین، احسان عبارت است از دفع ضرر یا جلب منفعت، با قصد خیر و نیکی و سودمند بودن عمل در واقع، چه با واقع مصادفت کند و چه مصادفت نکند (مصطفوی، ۱۳۸۴، صص. ۶۵-۶۷).

در نهایت به نظر می‌رسد که استدلال به قاعده احسان برای نفی ضمان مفتی

مخدوش است؛ زیرا:

- ۱- به فرض آنکه نیت احسان را دخیل در عمل مقنن بدانیم، نهایت اینکه اگر عملی از شخص صادر شد، که از حیث واقع احسان نبود، لکن قصد احسان داشت، محسن محسوب نمی‌شود. ولی از جهت تکلیف شرعی معذور است، لذا از نظر عرف هر دو امر یعنی مطابقت با واقع و قصد احسان لازم است و یکی از آن دو در تحقق احسان کافی نیست (موحدی لنگرانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۲۸۸).
- ۲- قاعده احسان از مسئله ضمان مفتی، خروج موضوعی دارد؛ زیرا احسان به معنای انجام دادن عمل نیک در مورد دیگری است. سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا ماهیت احسان دفع ضرر است یا ایصال نفع؟ نظرات مختلفی وجود دارد ولی به نظر می‌رسد احسان هم شامل دفع ضرر می‌گردد و هم شامل جلب منفعت، زیرا از واژه احسان همین مفهوم اعم به ذهن متبادر می‌شود و به همین جهت اکثر محققان همین مبنا را پذیرفته‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۷، ص. ۳۶ و بجنوردی، ۱۳۷۱، ص. ۱۳). حکم به نفی سیل شخص محسن، یک حکم عقلی است و امور عقلی استثنای پذیر و تخصیص بردار نیستند؛ لذا هم جلب منفعت به یک شخص، احسان است و هم دفع ضرر از او. البته گاهی در نظر عرف، دفع ضرر مصداق بارزتر احسان محسوب می‌گردد تا جلب منفعت. بنابراین ماهیت احسان عبارت است از کاری که باعث ایصال منفعت یا دفع ضرر در مورد دیگری می‌شود، اعم از آنکه ایصال و دفع نفع و ضرر محض یا ایصال و دفع نفع و ضرر اهم باشد (مصطفوی، ۱۳۸۴).
- ۳- نکته مهم آنجاست که هیچ‌یک از محققین، صرف انجام وظیفه را برای شمول وصف محسن به فاعل کاری را نپذیرفته‌اند، بلکه باید واقعاً عمل انجام شده در خارج نیز سودمند و مفید باشد و فی الواقع باید احسان باشد؛ بدین معنا که عادتاً جلوگیری از ضرر نماید و یا باعث جلب منفعت شود. پس باید عمل محسنانه از نظر واقعیت خارجی و از نظر عرفی عمل نیکو و سودمندی به حساب آید (موحدی لنگرانی، ۱۴۱۶). پس مفهوم احسان شامل حال هر شخصی که بر طبق وظیفه عمل می‌کند نمی‌شود و علاوه بر عمل مطابق وظیفه، باید عنصر دیگر به نام خیررسانی به دیگران (اعم از جلب منفعت یا دفع ضرر از دیگران) نیز ضمیمه این عمل باشد والا این عمل، محسنانه نیست.

۲-۳. تعارض با اجماع

مرحوم محقق داماد، روایت ابن حجاج در مورد ربیعه را با استناد به اجماع اصحاب بر عدم تقصیر متصدی صالح برای کرسی افتاء مشروط به تلاش کافی او، موضوعاً خارج از بحث اثبات ضمان مفتی می‌داند. ایشان نهایتاً چنین مفتی را در صورت فتوای اشتباه، قاصر می‌داند و نه مقصر و از این رو، بر مفتی قاصر حرجی نیست (محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ج ۳، صص. ۷۹۹-۸۰۲). در پاسخ به این تعارض ظاهری می‌توان چنین پاسخ گفت:

۱- اگر منظور از اجماع مورد بحث، اجماع بر محسن بودن مفتی حتی در صورت اشتباه او و به تبع، عدم ضمان مفتی است که مرحوم آیت‌الله بروجردی با رویکردی تاریخی به مسئله فوق، ادعای اجماع فقها را با استناد به کلامی از شیخ طوسی در العده نقد کرده و اجماع یادشده را به متکلمان تخصیص داده است؛ حال آنکه اجماع فقیهان و محدثان است که اعتبار و حجیت دارد (بروجردی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۱۴۰-۱۴۱).

۲- ایراد دیگر آنکه استناد به این اجماع با مفهوم فوق، تخصصاً از محل بحث خارج است. موضوع مورد بحث، لزوم جبران خسارات ناشی از اشتباه مفتی است نه اینکه در صورت اشتباه مفتی، آیا او دچار معصیت شده و یا آنکه خود او باید جبران خسارت کند یا دیگری؟ اجماع فقها بر حداقل اجر مفتی، منافاتی با لزوم جبران خسارت ناشی از فتوای او ندارد.

۳- اگر منظور از اجماع نیز، اجماع بر نفی اصل موضوع یعنی عدم ضمان مفتی است که این اجماع نیز محصل نخواهد بود؛ زیرا همان‌طور که در بحث ادله فرعی آمد، برخی از فقهای عظام بر لزوم جبران خسارت ناشی از فتوای مفتی ادعای اجماع کرده‌اند. البته این اجماع را مربوط به روایت معروف «أَنْ مَا أَخْطَأْتُ الْقَضَاءَ فِی دَمٍ أَوْ قَطْعٍ فَهُوَ عَلَى بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِینَ» می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۷۹ و موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۷۳).

۴. تطبیقات قاعده

قدم بعدی آن است که بررسی شود آیا «قاعده کُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ» در مورد «کُلُّ حَاكِمٍ» هم جریان پیدا می‌کند و طبق این قاعده، قائل بود به آنکه: «کُلُّ حَاكِمٍ ضَامِنٌ»؟ به عبارت

دیگر آیا قانون‌گذار را می‌توان از باب ولایتی که دارد، غیرمسئول دانست و یا اینکه از باب قاعده احسان، مسئولیت او را منتفی شمرد و یا آنکه می‌شود با تمسک به عمومات قواعد باب ضمان، بالتسبیب قانون‌گذار را در صورت بروز خسارت، ضامن دانست؟ آیا امکان تطبیق این قاعده بر فتاوی فقهاء و قانون‌گذاری مجلس در حکومت اسلامی و همچنین عملکرد شورای نگهبان و نیز حکم حکومتی رهبر وجود دارد یا خیر؟

فرق فتوا و حکم آن است که فتوا بیان حکمی کلی است و تشخیص مصداق موضوع به عهده مکلف است. فتوا از مقوله انشاء نیست، بلکه از مقوله اخبار است. اما حکم، انشائی است که به یک امر جزئی در یک موضوع مشخص می‌پردازد و به دیگر موضوعات تسری پیدا نمی‌کند (موحدی لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۱۲ و اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۷، ص. ۵۵۰). در واقع مئونه اخبار، کمتر از انشاء است. وقتی اخبارکننده ضامن باشد در برابر خبری که می‌دهد، انشاءکننده به طریق اولی باید ضامن باشد.

وحدت ملاک و تنقیح مناط قطعی هم، قابل تمسک است. همان ملاکی که عرفاً در باب ضمان بودن مفتی وجود دارد، در باب ضامن بودن حاکم هم وجود دارد. برخی از فقهای عظام نیز «کل مفت ضامن» را در مورد «کل قاض» هم به کار برده‌اند که توضیح آن ذیل روایت «مَا أَخْطَأَتِ الْقَضَاءَ فِي دَمٍ أَوْ قَطَعَ فَهُوَ عَلَى بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ» گذشت. فقها از همین باب، همه قضات را همان‌گونه که مسئول احکامی صادر کرده‌اند می‌دانند، ایشان را مسئول عواقب صدور احکام هم دانسته‌اند. پس می‌توان فهم فقها را ملحق قاعده اولویت و تنقیح مناط فوق کرد و نتیجه گرفت که طبق «قاعده کل مفت ضامن» پس: «کل حاکم ضامن».

اگر همه مقدمات فوق را و نتیجه را بپذیریم، پس اگر هر حاکمی ضامن است، پس زعیم مسلمین نیز حاکم است. زیرا حاکم اعلائی جامعه اسلامی، خصوصیتی ندارد که از عموم «کل حاکم» خارج شود. به عبارت دیگر، می‌توان با الغای خصوصیت از حاکم اعلائی جامعه اسلامی (زعیم المسلمین)، طبق قاعده او را نیز در برابر احکامی که صادر می‌کند ضامن دانست.

۴-۱. سرایت قاعده به مقننین در حکومت اسلامی

لازم است بررسی شود که آیا این قاعده در مورد دیگری نیز در جامعه اسلامی می‌تواند

جریان داشته باشد؟ به عنوان مثال آیا می‌توان این قاعده را برای قانون‌گذاران در جامعه اسلامی مجری دانست؟ برای پاسخ به این سؤال، مقدماتی لازم است:

۴-۱-۱. تعریف قانون و ضرورت شناخت آن

منظور ما از قانون، تمامی مقررات لازم‌الاجرائی است که توسط مقامات صلاحیت‌دار در حکومت اسلامی وضع می‌شود (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱، صص. ۱۵۱ و ۱۶۹). در کلمات فقهای معاصر هم بعضاً دیده می‌شود که قانون را به معنای دستورهای لازم‌الاجرائی می‌دانند که در طول زمان ثابت است و بر اساس مصالح و مفاصد واقعی وضع شده و می‌گویند صادرکننده آن فقط خدا می‌تواند باشد و در موارد استثنایی پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و لهذا تعریف فوق را نمی‌پذیرند (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۱ و حسینی شیرازی، ۱۴۲۷ق، صص. ۷-۸).^۱ البته این تعریف مورد پذیرش نیست و مورد انتقاد بسیاری از فقها نیز قرار گرفته که در ادامه، این مخالفت توضیح داده خواهد شد.

ضرورت وجود قانون و نهادی برای وضع آن در هر یک از جوامع بشری، اعم از ابتدایی و پیشرفته و متدین به یک دین الهی یا غیرمتدین، قابل انکار نیست لکن در حکومت اسلامی که خود را مقید به اجرای موازین و احکام شرعی می‌داند، ضرورت وجود یک قوه قانون‌گذار با سؤالات جدی مواجه می‌شود؛ نظیر اشکالات و سؤالاتی که در اوایل دوره مشروطه مقارن با طرح تدوین قانون اساسی در ایران، مطرح گردید. مثلاً اینکه با وجود احکام شرعی که قوانین کشور اسلامی هستند و شارع مقدس آنها را وضع و فقهای عظام از منابع چهارگانه کتاب و سنت و اجماع و عقل آنها را استخراج کرده‌اند، چه نیازی به وضع قانون دیگری وجود دارد؟ (ارسطا، ۱۳۹۱، ص. ۶۱۸).

مرحوم علامه نائینی با اشاره به برخی از این اشکالات نوشته است: «مآل همه، آنکه دین ما مسلمانان، اسلام و قانونمان قرآن آسمانی و سنت پیغمبر آخرالزمان است، تدوین قانون دیگری در بلد اسلام، بدعت و در مقابل صاحب شریعت، دکان باز کردن است و التزام به آن هم چون بدون ملزم شرعی است، بدعتی دیگر...» (نائینی، ۱۴۲۴ق، ص. ۱۰۶). بنابراین، ضرورت دارد که در ابتدا ماهیت قانون‌گذاری در حکومت اسلامی تبیین گردد تا بر آن اساس بتوان ماهیت قوانین موضوعه در حکومت اسلامی را شناسایی کرد.

۴-۱-۲. انواع قانون

یکی از فقهای معاصر ماهیت قوانین موضوعه توسط مجلس شورای اسلامی را برنامه‌های اساسی و خطوط کلی جامعه اسلامی دانسته که بر اساس فتاوی فقهاء تنظیم می‌گردد. توضیح اینکه از دیدگاه ایشان حکم شرعی دارای سه مرحله است: اول، مرحله تشریح که حق خداوند متعال است. دوم: مرحله استنباط احکام از منابع معتبر و صدور فتوا بر اساس آنکه توسط فقهاء انجام می‌شود. سوم، مرحله برنامه‌ریزی و ترسیم خطوط کلی است که بر اساس فتاوی فقهاء انجام می‌شود. این مرحله وظیفه مجلس شورای اسلامی است^۹ (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۱). تعبیر «برنامه‌ریزی و ترسیم خطوط کلی» اگرچه تا اندازه‌ای ماهیت قوانین موضوعه در حکومت اسلامی را تبیین می‌کند ولی به دلیل کلی بودن، نیاز به توضیح و تدقیق بیشتری دارد. پس از تدقیق معلوم می‌شود که نهایتاً قوانین از شش حالت خارج نیستند. با دو تقسیم‌بندی مجزا و دو مقسم متفاوت، این شش حالت رخ می‌نماید. تقسیم‌بندی اول، تقسیم‌بندی قوانین از «حیث ماهوی» است مصوبات مجلس شورای اسلامی را می‌توان تحت سه عنوان اصلی دسته‌بندی کرد (ارسطا، ۱۳۹۸ق، صص. ۶۱۸-۶۲۲).

۱- تبیین حکم شرعی: بسیاری از مصوبات مجلس، تحت این عنوان قرار می‌گیرد مانند اکثر مواد قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی که دقیقاً برگرفته از فتاوی فقهای شیعه است. در واقع، مجلس شورای اسلامی، تبیین حکم شرعی را از دو طریق انجام می‌دهد:

■ شکل قانونی دادن به مسایل فقهی: از آنجا که یک مسئله فقهی در عبارات فقهاء با تعبیرات گوناگون مطرح شده، لازم است که از آن میان، گویاترین تعبیر انتخاب شده و به زبان فارسی روان و گویا و فاخر ترجمه و در قانون آورده شود. متن قانون مدنی را می‌توان از نمونه‌های موفق این مورد دانست.

■ تفریع احکام کلی و ذکر مصادیق احکام طبق احتیاجات روز: به عنوان مثال می‌توان به تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اشاره کرد که برای عسر و حرج زوجه، مصادیقی را نام برده است. مانند اعتیاد زوج به مواد مخدر و خودداری وی از پرداخت نفقه و سوء معاشرت او با زوجه و در عین حال، تصریح کرده که این مصادیق، انحصاری نیست.

۲- تشخیص موضوع حکم شرعی: پاره ای از مصوبات مجلس شورای اسلامی، مشمول این عنوان است. مجلس این کار را به دو صورت انجام می‌دهد:

- تشخیص موضوع در مواردی که شریعت آن را برعهده عرف گذاشته است، مانند تعیین اوزان و مقایس.

- تشخیص موارد ضرورت و ضرر و اختلال نظام و به طور کلی تشخیص موضوع احکام ثانوی، همچون ماده ۱۳۴: «هیچ‌یک از اشخاصی که در یک معبر یا یک مجری شریکند، نمی‌توانند شرکاء دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند».

۳- برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی: این کار نیز به دو صورت انجام می‌شود:

- سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی به منظور انجام مقدمات لازم برای حسن اجرای واجبات و ترک محرمات مانند اقدامات قانون در جهت جلوگیری از وقوع جرم و نیز قانون تأسیس وزارت ورزش و جوانان و قوانین مربوط به عبور و مرور.
- وضع مقررات به منظور انتخاب بهترین شیوه‌های اجرایی احکام شرع مانند بهره‌وری از علوم و فنون جدید جهت برخورد مقابله با مجرمان و متخلفان همچون استفاده از دوربین در جاده‌ها و خیابان‌ها به منظور رصد کردن تخلفات رانندگی و مقابله با آنها و همچنین مقرر کردن أخذ جریمه مالی به عنوان شیوه اجرایی تعزیر در حق رانندگان متخلف.

در تقسیم‌بندی دیگر، ملاک، تسالم یا توافق فقها در مورد قانون است. دسته اول. دسته‌ای از قوانین بیان‌کننده آن قسمت از احکام شرعیه هستند که در میان فقها مورد تسالم و اتفاق نظر است. تسالم اعم از اجماع است و شامل اجماع و کمتر از اجماع (مانند قول مشهور یا اجماع مدرکی با منشأ مشخص) هم می‌شود. غالب قوانین این‌گونه‌اند. مثلاً ثبوت حق قصاص، ثبوت حق گرفتن دیه و بسیاری از قوانین ارث که در قانون مدنی آمده است.

دسته دوم از مصوبات مجلس، آن مصوباتی است که مورد اتفاق نظر بین فقها نیست و در واقع، مورد تسالم نیست. مانند الزام به أخذ اذن ولی در نکاح باکره.

پس شش نوع قانون مذکور، بدین شرح‌اند:

۱- قوانین ناظر به تبیین حکم شرعی و مورد تسالم فقها

- ۲- قوانین ناظر به تبیین حکم شرعی و غیرمتسالم بین فقها
- ۳- قوانین ناظر به تشخیص موضوع حکم شرعی و مورد تسالم فقها
- ۴- قوانین ناظر به تشخیص موضوع حکم شرعی و غیرمتسالم بین فقها
- ۵- قوانین ناظر به برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی و مورد تسالم فقها
- ۶- قوانین ناظر به برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی و غیرمتسالم بین فقها

۴-۱-۳. حکم ولایی و وسعت حوزه صدور آن

طبق توضیحات گذشته، یا سه نوع قانون ماهوی، مورد تسالم بین فقهاست و یا اینکه مورد تسالم نیست. در مواردی که مورد تسالم نیست، لازم است تا حاکم اسلامی با صدور یک حکم، نظر خود را اعلام نماید و دستور لازم را صادر کند تا از بی‌قانونی و تبعات آن جلوگیری شود. به این احکام، احکام ولایی^۶ می‌گویند.

در این میان این سؤالات مطرح است که در چه مواردی حاکم مسلمین می‌تواند اقدام به صدور دستور کند؟ آیا در این موارد الزاماً باید یک جعل شرعی وجود داشته باشد که حاکم مسلمین آن جعل را استنباط کند؟ آیا تمامی قوانینی که در حکومت اسلامی به اجرا گذاشته می‌شود الزاماً به یکی از مجعولات شرعی که خداوند در مقام صدور دستور لازم‌الاجرا آن‌ها را وضع کرده بازگشت دارد؟ آیا میدان‌های آزاد قانون‌گذاری در حکومت اسلامی وجود دارد؟ یعنی آن میدان‌هایی که شریعت در آن‌ها نفیاً و اثباتاً اقدام به وضع حکم ثابت نکرده و آنها به زعم مسلمین واگذار کرده باشد؟

این، سه بیان مختلف است برای یک سؤال و در هر سه مورد، پاسخ این است که: بله؛ ممکن است میدان‌های آزاد قانون‌گذاری باشد که شریعت در آن‌ها قانون وضع نکرده، یعنی قانون ثابت وضع نکرده باشد، چه اینکه حتی قانون متغیر هم نمی‌تواند وضع کند. پیوسته نیازهای حکومت در حال تغییر است. مقررات ثبت احوال، ثبت اسناد و نظام وظیفه و نظام پزشکی و عبور و مرور و صادرات و واردات و وزارت‌خانه‌ها و روابط بین قوا و شیوه اداره در یک کشور که آیا بر اساس نظام متمرکز باشد یا نظام نیمه متمرکز باشد یا نظام عدم تمرکز باشد و امثال این‌ها، تمامش جزء امور متغیری است که ناگزیر در هر نظامی باید یک پاسخی در برابر این امور متغیر وجود داشته باشد و چون قانون متغیر، تغییرش به تناسب شرایط زمان و مکان است. شریعت نمی‌تواند تمام شرایط زمانی و

مکانی را که در آینده اتفاق خواهد افتاد، ملاحظه کرده و برای هر کدام قانونی وضع کند و ناگزیر باید وضع قوانین متغیر را به زعیم مسلمین بسپارد و از این روست که علی‌رغم تمام اختلاف نظرات بین فقها در مورد امکان تقنین یا مخالفت تقنین با شرع، برخی از فقهای روشن ضمیر، آن را از بدیهیات می‌دانستند (نائینی، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۰۷-۱۰۸).

ناگفته پیداست «به نظر می‌رسد که سومین قسم از قوانین و فعالیت‌های مجلس شورای اسلامی یعنی برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی، بیشترین شمول را در حوزه احکام ولایی داراست؛ با این توضیح که الزام تمامی مردم و نهادها به اینکه برای حسن اجرای بعضی از واجبات و ترک برخی محرمات حتماً از شیوه مخصوصی استفاده کنند و یا برای اجرای پاره‌ای از احکام شرعی (مانند تعزیز رانندگان متخلف فقط از روش معینی (همچون جریمه مالی) بهره گیرند و حق استفاده از شیوه دیگر را ندارند، الزامی است که ناشی از حکم ولایی می‌باشد. به عبارت دیگر اگر چنین حکمی صادر نشده بود، آنگاه هر شخص یا نهادی ممکن بود برای اجرای احکام الهی از شیوه مورد نظر خود استفاده کند و هیچ‌گونه الزام شرعی مبنی بر استفاده از شیوه معینی وجود نداشت. بدین ترتیب ولی امر به منظور تأمین مصالح جامعه اسلامی و جلوگیری از تشتت رویه و هدر رفتن نیروها و امکانات، اقدام به صدور فرمان‌هایی در چارچوب موازین اسلامی نموده است (که همان تعریف حکم حکومتی است) و البته این کار را از طریق مجلس شورای اسلامی انجام داده است و خود مستقیماً انجام آن را برعهده نگرفته چرا که از طریق مجلس بهتر می‌توان مصالح عمومی مردم را تأمین نمود» (ارسطا، ۱۳۸۸، ص. ۳۴ و منصورنژاد، ۱۳۷۷، ص. ۱۱۸).

می‌توان این چنین نیز استنتاج نمود که با توجه به تعریفی که در مورد قانون آمد و توضیحات مابعد آن: اگر بعضی از صاحبان مناصب حکومتی هم دستورالعملی داده باشند یا بخشنامه‌ای صادر کرده باشند، آنها هم در برابر دستوراتی که صادر می‌کنند و زبان‌های احتمالی، ضامن هستند.

۴-۱-۴. طریق تحصیل الزام موجود در قوانین

بعد از آنکه معلوم شد که اصل قانون‌گذاری در نظام حکومت اسلامی مجاز است و قانون‌گذاری، دارای سه ماهیت است و نهایتاً شش حالت متفاوت را دربرمی‌گیرد، سؤال

بعدی آن است که الزام این قوانین و ماهیت‌های متفاوت از کجا می‌آید؟ در پاسخ باید گفت: احکام مورد تسالم که در قالب مواد قانونی می‌آید، نیازی به اعمال الزام جداگانه‌ای ندارد، چون همه فقها اعتقادشان همین بوده و بنابراین نیازی به این نیست که قانون‌گذار بخواهد الزام جداگانه‌ای را بیان کند. یعنی تمام فقها برآنند که حکم شرعی همین است که در این صورت، الزام این قوانین از ناحیه خداوند متعال آمده است. مثلاً همه فقها معتقدند که یک شخص که به ظلم کشته می‌شود، اولیاء او حق قصاص دارند. الزام این قانون از ناحیه خدا آمده است و نیاز به الزام جداگانه‌ای ندارد. دسته دوم از مصوبات مجلس، آن مصوباتی بود که مورد تسالم بین فقها نیست، در این صورت، اعمال آن و الزامی کردن آن بر مردمی که مقلد فقهای دیگر هستند، یعنی فقهایی که آن فتوا را ندارند، نیاز به یک الزام جداگانه‌ای دارد. مثلاً در قانون گفته شده که دختر باکره برای ازدواج باید حتماً اذن پدر را داشته باشد. حال چنانچه شخصی که می‌خواهد دخترش را به ازدواج مردی در بیاورد و خود آن دختر که می‌خواهد ازدواج کند، هر دوی آنها مقلد مرجعی باشند که او اذن پدر را لازم نمی‌داند، در اینجا برای جلوگیری از تشتت بین جامعه اسلامی، این الزام باید از ناحیه دیگری تأمین شود و این الزام از ناحیه حکم حاکم تأمین می‌شود که به آن، حکم ولائی می‌گویند.

۴-۱-۵. بررسی لزوم یا عدم لزوم تأیید همه قوانین توسط حاکم جامعه اسلامی

گفته شد که بدیهی است هر حکومتی به قانون نیاز دارد و در حکومت اسلامی هم، مانند هر حکومت دیگری، این ضرورت وجود دارد که امور اجتماعی و فردی مردم، از طریق وضع قوانین مناسب سامان پیدا کند. اولین مسئله‌ای که در هنگام وضع قانون در یک کشور اسلامی مطرح می‌شود، این است که در تدوین قانون، فتوای کدام از یک فقها باید معیار قرار بگیرد؟ آیا تمامی قوانین موجود در کشور اسلامی باید به تأیید ولی فقیه برسد یا خیر؟

الف. ضرورت، مواضع و احتمالات هشت‌گانه فتوای معیار

چنین مشهور است که افراد در امور فردی بر طبق فتوای مرجع خود و در امور اجتماعی

بر طبق حکم حکومتی که حاکم صادر می‌کند، عمل می‌کنند، بنابراین دیگر مسئله فتوای معیار، کثیرالابتلاء نخواهد بود. چون شخص در امور فردی به فتوای مرجع تقلید خود مراجعه می‌کند و در امور اجتماعی هم، فقیه باید حکم ولایی صادر کند. طبیعتاً ولی فقیه بر اساس استنباط شخصی خود حکم حکومتی صادر می‌کند. پس دیگر فتوای معیار چندان کثیرالابتلاء نخواهد بود. در پاسخ باید گفت که آری! مردم، در امور فردی بر طبق فتاوی مرجع تقلید خود عمل می‌کنند؛ مثلاً شخصی که می‌خواهد معامله‌ای انجام دهد یا به کاری مشغول شود یا عبادتی را به جا بیاورد، بر اساس فتوای مرجع تقلید خود عمل می‌کند. لکن عمل کردن بر طبق فتوای مرجع تقلید، نمی‌تواند پاسخ‌گوی همه مواردی که در آن نیاز به تقنین هست، باشد، و حتی با فرض حکم حکومتی، نیاز به فتوای معیار وجود دارد. دست‌کم در این دو مورد کثیرالابتلاء این نیاز هویدا است:

- گاهی افراد جامعه با یکدیگر اختلاف پیدا می‌کنند، آنگاه قاضی لازم است بداند که بر اساس فتوای کدام یک از مراجع تقلید باید بین این دو نفر قضاوت کند. اگر قاضی مجتهد باشد، بر طبق استنباط شخصی خود این قضاوت را انجام خواهد داد، لکن در اکثر موارد مانند زمان حاضر، که احتیاج به مراجعه به قاضی مأذون است، قاضی صاحب فتوا نیست تا بتواند بر اساس فتوای خود بین دو نفر که اختلاف پیدا کرده‌اند، دعوا را حل و فصل کند.

- گاهی، برخی از شخصیت‌های حقوقی می‌خواهند اقدام به عملی کنند که الزاماً باید بر طبق فتوای مشخصی عمل شود؛ مثل وزارت‌خانه‌ها، نهادها و مؤسسات دولتی، این‌ها می‌خواهند به بیع، اجاره، جعاله، مضاربه و مساقات اقدام کنند، بانک‌هایی که این کارها را انجام می‌دهند، براساس چه ملاک و ضابطه‌ای باید اقدام کنند؟ بدون شک در اینجا به قوانین مشخصی نیاز است که ضابطه انجام این امور را برای نهادها و مؤسسات دولتی مشخص کرده باشند. منظور از اقدامات حقوقی، اقداماتی است که منجر به حق و تکلیف می‌شود.

وقتی به دنبال یافتن فتوای معیار در نظام تقنین جامعه اسلامی هستیم، این فتوا از هشت حالت خارج نیست (ارسطا، ۱۳۹۸، صص. ۵۶-۷۷):

۱- فتوای ولی فقیه؛

- ۲- فتوای مشهور فقها؛
- ۳- فتوای اکثریت فقهای ناظر بر عملکرد مجلس قانون‌گذاری (شورای نگهبان)؛
- ۴- فتوای فقیه اعلم؛
- ۵- فتوای هریک از فقها؛
- ۶- فتوای اسهل؛
- ۷- فتوای احوط؛
- ۸- فتوای کارآمدتر.

ب. ارتباط قوانین غیر صادره از شخص حاکم با حاکم جامعه اسلامی

باید دانست که تمامی قوانین، اعم از اینکه موافق با فتوای ولی فقیه باشند یا موافق نباشد، قانون‌گذاری نسبت به آنها در حکومت اسلامی، بدون شک باید با اذن ولی فقیه باشد. پس آنچه که وضع می‌شود به نام قانون، یا توسط خود حاکم جامعه اسلامی بالمباشره وضع می‌گردد و یا توسط مقامی ذی‌صلاح (مجلس شورای اسلامی، مجلس خبرگان، مجمع تشخیص مصلحت، شورای عالی انقلاب فرهنگی و امثال این‌ها) است که در این صورت نیز، واضع قانون بالتسبیب، خود حاکم خواهد بود.

نکته حایز اهمیت در میان این است که در تمامی این دو نوع قانون، قانون‌گذاری با «اذن» ولی فقیه انجام می‌پذیرد و در نتیجه، انتساب به ولی فقیه و حاکم جامعه اسلامی پیدا می‌کند؛ اعم از اینکه مُنشی حکم که حاکم مسلمین است، مباشرتاً اقدام به صدور حکم نماید یا تسبیباً.

۴-۱-۶. ضمان حاکم جامعه اسلامی

در واقع سؤال آن است که آیا حکم حکومتی خطاپذیر است یا خیر؟ آیا می‌توان حکم حکومتی را خطاپذیر دانست تا از قِبَل آن، برای حاکم هم فرض تقصیر کرده و او را ضامن دانست؟ غالب فقهای عظام، حکم حاکم را خطاپذیر می‌دانند و معدودی از ایشان، اصالتاً این فرض را غلط می‌دانند. شرح این نظرات بدین گونه است:

- ۱- برخی اصولاً قوانین در نظام ولایت فقیه را به گونه‌ای تفسیر می‌نمایند که از آنجا که حکم حکومتی است، پس اصلاً خطاپذیر نیست. تقریر بحث آنکه ایشان، در

بحث اطلاق یا تقييد ولايت نسبت به احكام اوليه معتقدند كه احكام حكومتي از دو حال خارج نيستند:

- تشریح در برابر احكام الله: اطلاق به اين صورت قطعاً منفي است؛ زيرا فقيه نه مشرّع است و نه قانون گذار و تشریح او در برابر احكام الله تعالی بدعت و يا افترا خواهد بود و تشریح مخصوص ذات الهی است و حتی رسول اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) استقلال در تشریح ندارد، مگر به صورت امضایی.
- هیچ کس اطلاق در ولايت فقيه به معنای حق تشریح در مقابل احكام الله را مدعی نيست، نه در احكام اولی و نه در احكام ثانوی.

۲- اطلاق ولايت يا حق صدور حکم حكومتي (ولایي) حاکم بر احكام اوليه: ثبوت اطلاق ولايت به اين معنا قطعی و ضروری است؛ زيرا نفوذ حکم ولائی مانند نفوذ حکم قضائی است كه تغییردهنده احكام اوليه است هم در موضوعات و هم در محمولات. ردّ حاکم از عناوين ثانويه است كه در مقام تراحم، مقدم بر عنوان اولی اماره مخالف خواهد شد؛ زيرا عناوين ثانويه معیّر حکم عناوين اوليه هستند. ثانیاً. حدیث عمر بن حنظله كه یکی از عمده ترین ادله اعتبار «حکم حاکم» می باشد، خود در مفروض سخن ما وارد شده و حقّ تقدّم را به حکم حاکم داده است؛ زيرا امام (علیه السلام) در جواب سائل می فرماید كه «حکم حاکم» را بر فتوای مجتهد مخالف مقدم دارد؛ یعنی نقض حکم به وسیله فتوای مخالف از طرف مجتهد دیگر جایز نیست و مورد حدیث یاد شده، هر چند شبهات حکمیّه است ولی ملاک تقدّم حکم بر فتوا شبهات موضوعیّه را مانند مثال های یاد شده نیز شامل می شود (موسوی خلیفائی، ۱۳۶۷، صص. ۲۳۳ و ۳۸۴-۳۷۵). یا برخی دیگر نیز در اثبات خطاناپذیری حکم حكومتي استدلال می نمایند به آنكه حاکم در زمان غیبت، مانند امام مندرج در کریمه اولوالأمر، در واقع با صدور حکم، جعل می کند و یک اماره خلق می گردد و عمل به اين اماره مانند سایر امارات، مصلحت دارد و این نفوذ، همان نفوذ جعل الهی است. فلذا حاکم هیچ گونه مسئولیتی نخواهد داشت و حتی این اماره بر اصول عملیه در احكام ظاهری و الزامی نیز حكومت دارد (حسینی حائری، ۱۳۸۸، صص. ۱۹۲-۱۹۴).

۳- همان گونه كه اشاره شد قاطبه فقهای عظام چنین شأنی را برای حاکم اسلامی از

حیث نوع و شیوه نفوذ حکم قائل نیستند و او را مبرا از اشتباه نمی‌دانند. غالب فقها معتقدند که حاکم فقط می‌تواند یک سری قوانین را جعل کند که از سنخ امور اجرائی است که هیچ برتری نسبت احکام الهی ندارد و در طول آنها قرار می‌گیرد. حتی برخی از ایشان، هم رجوع به کارشناس خبره را بر او واجب می‌دانند و هم التزام به نظر آن کارشناس را واجب (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۴۹۴).

نتیجه‌گیری

پس از بیان مفهوم کلی قاعده «كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ»، ادله قرآنی و روایی این قاعده مورد بررسی قرار گرفت تا به کمک آنها، مفهوم دقیق قاعده مشخص شود. پس از اثبات، با استناد به برخی شواهد، این قاعده برای قضات هم مجری دانسته شد (كُلُّ قَاضٍ ضَامِنٌ). سپس امکان جریان این قاعده برای حاکم هم بررسی و معلوم شد که اگر هر مفتی ضامن باشد، به طریق اولی، «كُلُّ حَاكِمٍ ضَامِنٌ» و از آنجا که زعیم مسلمین، حاکم اعلاى جامعه اسلامی است، لذا خصوصیتی برای او وجود ندارد که وی نیز، در برابر احکام ولائی که صادر می‌کند ضامن نباشد. پس از واکاوی امکان تقنین در جامعه اسلامی و بررسی انواع قوانین از حیث ماهوی و از منظر وجود یا عدم وجود تسالم فقها نسبت به آنها، مشخص شد که در موارد غیرمتسالم، برای جلوگیری از بی‌قانونی و تبعات آن، لازم است حاکم اسلامی از طریق حکم ولائی در قالب قانون، وضع مقررات کند که این وضع، نیاز به فتوای معیار دارد. این مقررات ممکن است بالمباشره یا با واسطه و بالتسبیب توسط حاکم وضع شود ولی به هر حال از آنجا که با اذن حاکم بوده، به او منتسب است و طبق نظر اکثر فقهای عظام، از آنجا که ایشان قائل به فرض تقصیر برای حاکم هستند، چنانچه در جامعه اسلامی، حکم و قانونی، موجبات ضرری را فراهم آورد، مصدر همان حکم، یعنی حاکم جامعه اسلامی، مسئول جبران خسارات وارده است و او نسبت به همه قوانین صادره در جامعه، ضامن است. باید توجه داشت که اثبات ضمان حاکم، در واقع اثبات ضمان حکومت اسلامی و اثبات ضمان تمام اجزاء مقننه آن خواهد بود. البته روش‌های جبران خسارت و راهکارهای عملیاتی برای این مهم، بحثی است جدی که از حوزه و حوصله این مقاله خارج است.

یادداشت‌ها

۱. مفتی اعم از مرجع تقلید است؛ ممکن است کسی قدرت فتوا دادن داشته باشد ولی به رتبه مرجعیت نرسیده باشد.
۲. عن مفضل بن عمر قال قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) جعلت فداك تفوتني صلاة الليل فأصلي الفجر فلي أن أصلي بعد صلاة الفجر ما فاتني من الصلاة و أنا في صلاة [مصلائي] قبل طلوع الشمس فقال نعم ولكن لا تعلم به أهلك فتتخذونه سنة فيبطل قول الله جل و عز «وَالْمُسْتَغْفِرِينَ بِالْأَسْحَارِ».
۳. «عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: كَانَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَاعِدًا فِي حَلَقَةِ رِبِيعَةَ الرَّأْيِ - فَجَاءَ أَعْرَابِي فَسَأَلَ رِبِيعَةَ الرَّأْيِ عَنْ مَسْأَلَةٍ - فَأَجَابَهُ فَلَمَّا سَكَتَ قَالَ لَهُ الْأَعْرَابِيُّ - أ هُوَ فِي عُنُقِكَ فَسَكَتَ عَنْهُ رِبِيعَةُ - وَلَمْ يَرُدُّ عَلَيْهِ شَيْئًا - فَأَعَادَ الْمَسْأَلَةَ عَلَيْهِ فَأَجَابَهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ - فَقَالَ لَهُ الْأَعْرَابِيُّ أ هُوَ فِي عُنُقِكَ فَسَكَتَ رِبِيعَةُ - فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) هُوَ فِي عُنُقِهِ - قَالَ أَوْ لَمْ يَقُلْ وَ كَلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ».
۴. البته برخی محققین این تعریف از قانون را به لوایحی برمی گردانند که منتسب به مرحوم شیخ فضل الله نوری است. البته این انتساب محل تأمل است.
۵. «بالجملة ليس لمجلس الشورى فى الحكومة الإسلامية التقنين و التشريع بارتجال أو على حسب أهواء الأمة، بل على أساس ضوابط الإسلام».
۶. از این احکام، تعبیر به حکم حکومتی یا حکم سلطانی هم می شود که تعبیر حکم ولایی بهتر است. چه اینکه در زبان عربی، کلمه «حکومتی» نیست و باید گفته شود حکم حکومتی و از طرف دیگر، عبارات «حکم حکومتی» یا «حکم حکومتی» یا «حکم سلطانی» گاهی اوقات این اشتباه را به ذهن مخاطب متبادر می سازد که الزاماً آن کسی می تواند این حکم را صادر نماید که در رأس حکومت قرار دارد؛ در حالی که این طور نیست.

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول. قم: انتشارات مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۳. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. ارسطو، محمدجواد (۱۳۸۸). *تشخیص مصلحت نظام از دیدگاه فقهی - حقوقی*. تهران: انتشارات کانون اندیشه جوان.
۷. ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۸). «فتوای معیار در قانون‌گذاری». *فقه حکومتی*، ۴(۷)، صص. ۵۵-۸۱.
۸. استرآبادی، محمدامین (۱۴۲۶ق). *الفوائد المدنیة و بزیله الشواهد المکیة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹. اسماعیلی، محسن (۱۳۷۸). «قاعده الحاکم ولی الممتنع». *مجله حکومت اسلامی*، (۱۱)، صص. ۶۴-۹۲.
۱۰. اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۰۹ق). *الإجبار (للأصفهانی)*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. اکبری، حسین (بی‌تا). «قاعده لَّا یَنْطَلِ دَمٌ امْرِئٍ مُّسْلِمٍ»، قابل دسترسی در: <http://alideldari.blogfa.com/post-205.aspx>
۱۲. انصاری، مرتضی (بی‌تا). *المکاسب*، بیروت: نشر مؤسسه دار الاضواء المرتضویه.
۱۳. بجنوردی، حسن (۱۳۷۱). *القواعد الفقهیة*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۴. بروجردی، سیدمحمدحسین (۱۴۱۵ق). *نهایة الاصول*. تقریرات (محرر: حسینعلی منتظری) قم.
۱۵. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۵ق). *القواعد الفقهیة و الاجتهاد و التقليد (دروس فی مسائل علم الاصول)*. قم: دار الصدیقة الشهیة (سلام‌الله‌علیها).
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸ق). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
۱۷. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة*. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (علیهم‌السلام).
۱۸. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۳۸۸). *أساس الحکومه الإسلامیة: دراسة استدلالیة مقارنه بین الیدیمقراطیة و الشوری و ولایة الفقیه*. قم: دار البشیر.
۱۹. حسینی روحانی قمی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (علیه‌السلام) (للروحانی)*. قم: دار

- الكتاب - مدرسه امام صادق (عليه السلام).
۲۰. حسینی شیرازی، سیدصادق (۱۴۲۷ق). المسائل الإسلامیه مع المسائل الحدیثیه. قم: منشورات رشید.
۲۱. حسینی شیرازی، سیدمحمد (۱۴۱۹ق). الفقه موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی: القانون. بیروت: مرکز الرسول الاعظم (صلى الله عليه وآله وسلم) للتحقیق و النشر.
۲۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد (۱۴۲۶ق). الفقه، السلم و السلام. بیروت: دارالعلوم للتحقیق و الطباعة و النشر و التوزیع.
۲۳. حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. الحکم الولائی و القانون (۱۳۹۱)؛ من مجموعہ «الفقه و القانون: تصورات و مقترحات و معالجات منهجیة» للمؤتمر الدولی الأولی؛ مرکز الدراسات الاسلامیه لمجلس الشوری الاسلامی، قم: کعبه دل، صص: ۶۳۳-۶۰۷.
۲۵. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). المكاسب المحرمه (للإمام الخمينی). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
۲۶. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). التنییح فی شرح العروه الوثقی، الاجتهاد و التقليد، قم: مؤسسه الامین.
۲۷. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه الإمام الخوئی. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۲۸. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۱). مقدمه علم حقوق. تهران: انتشارات سمت.
۲۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیه.
۳۰. زرگوش، مشتاق (۱۳۹۲). حقوق اداری: مسئولیت مدنی دولت و کارکنان آن (قواعد اختصاصی). تهران: جنگل، جاودانه.
۳۱. سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
۳۲. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۳. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (المحسّی - کلاتر). قم: کتابفروشی داوری.

۳۴. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۵. صالحی، محمدهاشم (بی تا). «متن درس خارج فقه» جلسه ۱۶، قابل دسترسی در: <http://www.eshia.ir/>
۳۶. صدر، محمد (۱۴۲۷ق). ما وراء الفقه. قم: دار المحبین.
۳۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ق). تکمله العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
۳۸. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق). فقه سیاسی (عمید). تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۹. عیاشی، محمد بن مسعود (۱۳۸۰-۱۳۸۱). تفسیر العیاشی. تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
۴۰. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴۱. طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۱۳ق). عمده المطالب فی التعليق علی المکاسب. قم: کتابفروشی محلاتی.
۴۲. طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۲۴ق). الغایه القصوی فی التعليق علی العروه - الاجتهاد و التقليد. قم: انتشارات محلاتی.
۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۴. مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۴۵. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق). مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۶. محقق داماد، سیدمحمد (۱۴۰۱ق). کتاب الحج (للمحقق الداماد). قم: چاپخانه مهر.
۴۷. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۰). قواعد فقه. تهران: نشر علوم اسلامی.
۴۸. مصطفوی، سیدمصطفی (۱۳۸۴). «احسان، منبع مسؤلیت». مجله «فقه و حقوق»، (۶)، صص. ۶۵-۶۷.
۴۹. مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق). مائه قاعده فقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). انوار الفقاهه (کتاب البیع). قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۵۱. منتظری نجف آبادی، حسینعلی (۱۴۱۵ق). دراسات فی المکاسب المحرمه. قم: نشر تفکر.

۵۲. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (۱۴۰۹ق). *دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدوله الإسلامية*. قم: نشر تفکر.
۵۳. منصورنژاد، محمد (۱۳۷۷). «قانون‌گذاری در حکومت اسلامی». *مجله حکومت اسلامی*، (۷)، صص. ۹۳-۱۱۸.
۵۴. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۱۶ق). *القواعد الفقهيه (للفاضل)*. قم: چاپخانه مهر.
۵۵. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۱۸ق). *تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، الحج*. بيروت: دار التعارف للمطبوعات.
۵۶. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۲۰ق). *تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
۵۷. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۳ق). *فقه القضاء: يحتوي على بحوث هامه مستحدثه*. قم: مکتبه اميرالمؤمنين (عليه‌السلام).
۵۸. موسوی خلخالی، سیدمحمدمهدي (۱۳۶۷). *حاکمیت در اسلام*. تهران: نشر آفاق.
۵۹. نائینی، محمدحسین (۱۴۲۴ق). *تنبیه الأمه و تنزیه الملة*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶۰. نجفی کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن علی (۱۳۵۹ق). *تحرير المجلة*. نجف: المکتبه المرتضوية.
۶۱. نراقی، احمد بن محمدمهدي (۱۴۱۵ق). *مستند الشيعه في أحكام الشريعة*. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم‌السلام).
۶۲. واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
۶۳. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد (۱۴۲۳ق). *موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم‌السلام)*. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت (عليهم‌السلام).



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی