

# تفکیک روایات قضایی از روایات فقهی

دکتر سید مصطفی محقق داماد\*

## چکیده

با توجه به تعدد مناصب معصومان از جمله، بیان احکام الهی، قضاوت و فصل خصومات، برخی روایات وارده از پیشوایان دینی حاوی مفهوم فقهی یعنی بیانگر احکام الهی و برخی دیگر در مقام قضاوت یعنی انطباق حکم خدا بر مصادیق آن می‌باشند. توجه نکردن به تفکیک این دو دسته فقیه را با خطر انحراف از مسیر تفکر و اجتهاد صحیح مواجه می‌سازد و فقه را از پویایی باز می‌دارد. بررسی و تتبع در متون فقهی نشان می‌دهد، که در علم فقه نیز این دو موضوع اغلب از یکدیگر تفکیک نشده و فقیه به جای تفقه به عمل داوری و قضاوت پرداخته است.

در این مقاله پس از تبیین مناصب معصومان، به ماهیت هریک از دو دسته روایات فقهی و روایات قضایی و آنگاه به ذکر شواهدی از آنها و بالاخره مواردی که در فقه این خلط صورت گرفته پرداخته شده است.

واژه‌های کلیدی: مناصب معصومان، روایات فقهی - روایات قضایی، افتاء -

فتوی - تفقه - اجتهاد

---

\*. تحقیق و تقریر این مبحث توسط فاضل ارجمند جناب آقای رحیم نوبهار انجام گرفته است، بدین وسیله از ایشان سپاسگزاری می‌گردد.

## مقدمه

بی تردید یکی از مناصب معصومان علیهم السلام حلّ و فصل منازعات میان مردم بوده است؛ نتیجه قطعی این امر آن است که بخشی از روایاتی که اکنون در دست ما است، ناظر به حلّ و فصل اختلافات و دعاوی است. ما این روایات را روایات قضایی می‌نامیم.

بررسی موارد و مصادیق روایات قضایی و این که این روایات، چه بخشی از کلّ روایات موجود را تشکیل می‌دهند، خود می‌تواند موضوع پژوهش مستقلّی قرار گیرد، که ما اکنون در صدد آن نیستیم. آن چه در این نوشتار مورد نظر ما است، تأکید بر این است که چنین روایاتی به لحاظ دلالت و کارکردی که در مقام استنباط احکام دارد با روایاتی که در مقام بیان حکم الهی صادر شده، متفاوت است. به لحاظ تاریخی می‌توان اذعان نمود که این گونه روایات بیشتر مربوط به پیامبر اکرم (ص) و امیرالمؤمنین علی (ع) است، زیرا شرایط اجتماعی این دو بزرگوار به گونه‌ای بود که مردم برای حلّ و فصل منازعات میان خود به آنان مراجعه می‌کردند. با این حال، روایات قضایی به پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) اختصاص ندارد، دیگر امامان معصوم (ع) نیز به فراخور شرایط زمان خود گاه مورد مراجعه مردم بوده‌اند و در نزاع‌هایی که به آنان ارجاع می‌شده، قضاوت می‌کرده‌اند. برای نمونه، روایت معروف صحیحۀ ابی ولاد از امام صادق (ع) که مستند چندین حکم فقهی است،<sup>۱</sup> در جریان حلّ و فصل یک دعوا صادر شده است.

۱. رک. عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۵۵، باب ۱۷ از کتاب الاحاره، روایت ۱.

تشخیص روایات قضایی از روایاتی که در مقام صدور حکم بیان شده، از مهم ترین و دقیق ترین کارهایی است که مجتهد در مقام استنباط احکام با آن دست به گریبان است. به مجرد این که روایتی در جریان حلّ و فصل نزاعی صادر شده باشد، نمی توان آن را روایت قضایی نامید. گاه کلام و سخنی که در جریان حلّ و فصل نزاع بیان می شود، حکم الهی است که با عموم یا اطلاق خود بر مورد دعوا نیز به عنوان یکی از مصادیق حکم منطبق می شود و نزاع را هم حلّ و فصل می نماید بی آن که بتوان کلیت و شمول آن را نفی نمود. برعکس، روایاتی هم وجود دارد که در ظاهر بیانگر حکم است، اما به دقت و تأمل روشن می شود که روایتی قضایی و موردی است.

روایات قضایی از دیرباز به گونه ای مورد توجه فقیهان قرار گرفته است. مباحث مفصلی که دانشمندان علم اصول فقه در تمایز میان قضایای حقیقیه و قضایای خارجیّه مطرح نموده اند،<sup>۲</sup> به خوبی نشان می دهد که آنان دل نگران این مسأله بوده اند تا احکام مربوط به مورد خاص از احکام کلی و همیشگی شریعت تفکیک شود. همچنین فقها در مواردی که مفاد روایتی با اصول و قواعد مستفاد از کتاب و سنت سازگاری نداشته، آن را به عنوان «قضیه فی واقعه» یعنی حکمی که مخصوص به مورد خاصی است، می شناخته اند. به نظر ما دقت در مضامین و محتوای روایات نشان می دهد که حتی در میان روایات سازگار با اصول کتاب و سنت نیز روایات قضایی

۲. برای نمونه رک. موسوی خمینی [امام]، سید روح الله، تهذیب الاصول، ج ۱، صص ۵۰۳ - ۵۰۱ و نیز رک. دکتر محقق داماد، سید مصطفی، احتکار از نظرگاه فقه اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۶۲.

یافت می‌شود. در این مقاله ضمن مروری بر جایگاه این روایات، ویژگی‌ها و تفاوت آنها با دیگر روایات را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و پیامدهای التزام به اثبات قضایی بودن روایت را بررسی می‌نماییم و ضمناً یادآور خواهیم شد که در متون فقهی نیز همواره بایستی به این تفکیک توجه شود، زیرا که چنین خلطی در موارد عدیده صورت گرفته است. بنابراین عناوین مطروحه در این نوشتار به شرح زیر است:

- مناصب معصومان؛
- مقتضای اصل هنگام تردید در ماهیت روایت؛
- ویژگی‌های روایات قضایی؛
- شواهدی از روایات قضایی؛
- خلط این دو موضوع در فقه؛
- نتیجه‌گیری.

#### ۱- مناصب معصومان علیهم السلام

متکلمان و به پیروی از آنان فقیهان سه منصب را برای پیامبر (ص) و امامان علیهم السلام ذکر می‌کنند؛ منصب و یا وظیفه اول، بیان احکام الهی است. آیات زیادی از قرآن مجید بیانگر این وظیفه پیامبران الهی است؛ برای نمونه خداوند به پیامبر (ص) می‌فرماید:

«و انزلنا الیک الذکر لتبین للناس ما نزل الیهم»<sup>۲</sup>

«و قرآن را به سوی تو فرو فرستادیم تا آنچه را برای مردم آمده

۳. نحل (۱۶)/۴۴.

برای آنان بیان نمایی».

منصب دوم، فصل خصومت و حل و فصل اختلافات میان مردم است؛

قرآن مجید خطاب به داود پیامبر(ع) می‌فرماید:

«یا داود انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق»<sup>۴</sup>

«ای داود! ما تو را جانشین خود در زمین قرار دادیم پس در میان

مردم به حق قضاوت کن».

چنان که خطاب به پیامبر خاتم (ص) می‌فرماید:

«فلا وربک لا یؤمنون حتی یحکموک فیما شجر بینهم ثم لا یجدوا فی

انفسهم حرجاً منّا قضیت و یسلموا تسلیماً»<sup>۵</sup>

«سوگند به پروردگارت، مردم مؤمن حساب نمی‌شوند؛ مگر این که

در مخاصمات میان خود، تو را حاکم و داور قرار دهند و پس از آن از

داوری و قضاوت تو احساس تنگی و سختی نکنند و کاملاً تسلیم شوند».

در ادبیات دینی مسأله حل و فصل دعاوی قضایی بر پایه موازین

الهی و صحیح همواره مورد تأکید قرار گرفته و از رجوع به قدرت‌های

نامشروع و طاغوت شدیداً نهی شده و به عنوان گمراهی شدید به شمار آمده

است.<sup>۶</sup>

منصب سوم، منصب ولایت و حاکمیت یا اداره امور جامعه است. از

دیرباز متکلمان اسلامی به این منصب که حتی در مورد پیامبران علیهم

السلام آن را امامت و رهبری نامیده‌اند، سخن گفته‌اند. قرآن مجید در مورد

۴. ص (۳۸)/۶۵.

۵. نساء (۴)/۶۵.

۶. نساء (۴)/۶۰.

حضرت ابراهیم (ع) می‌فرماید:

«و اذ ابتلی ابراهیم ربه بكلمات فأتَمَّهَن قال اَنی جاعلك للناس اماما  
قال و من ذریتی قال لا ینال عهدی الظالمین»<sup>۷</sup>

«و هنگامی که پروردگار ابراهیم وی را با امتحان‌هایی آزمود، و ابراهیم آن آزمون‌ها را (با موفقیت) به پایان آورد، خداوند گفت: من تو را امام مردم قرار دادم. ابراهیم گفت: آیا از فرزندان من هم کسی به این منزلت دست می‌یابد؟ خداوند فرمود: عهد و پیمان من به ستمگران نمی‌رسد.»

در تعاریفی که از دیر باز متکلمان اسلامی از مسأله امامت نموده‌اند، همواره این جنبه مورد توجه آنان بوده است. علامه حلی (متوفای ۷۲۶ هـ. ق) در تعریف امامت آورده است که: «الامامة رئاسة عامة فی امور الدین و الدنيا لشخص من الاشخاص نیابة عن النبی (ص)»<sup>۸</sup> «امامت عبارت است از ریاست عام در امور دینی و دنیوی برای شخص معین به نیابت از پیامبر (ص)».

فاضل مقداد (متوفای ۸۲۶ هـ. ق) در شرح این عبارت تصریح می‌کند که مقصود از این ریاست، شأن قضاء و فصل خصومت نیست؛ بلکه جنبه‌ای از ریاست است که بخشی از آن راجع به تنظیم امور دنیوی است.<sup>۹</sup> او می‌گوید: در این تعریف، ریاست جنس قریب است و جنس بعید آن، نسبت و رابطه است. عام بودن ریاستی که در تعریف امامت آمده، فصل

۷. بقره (۲)/۱۲۴.

۸. حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، الباب الحادی عشر، ص ۸۲.

۹. «فالریاسة جنس قریب و الجنس البعید هو النسبة و كونها عامة فصل یفصلها عن ولاية القضاة و التواب، و فی امور الدین و الدنيا بیان لمتعلقها»، (همان).

ممیزی است که آن را از ولایت قضات و نمایندگان (امام) جدا می‌کند و قید امور دین و دنیا متعلق ولایت را روشن می‌سازد.<sup>۱۰</sup> البته برخی از اندیشمندان مسلمان درباره این شأن پیامبران و این که اساساً آنان تا چه اندازه دل نگران رفع نیازهای مادی مردم و سر و سامان دادن به امور جامعه بوده‌اند، مطالبی را طرح کرده‌اند. ما اکنون در صدد بحث در این باره نیستیم، اما آنچه مسلم است این که برخی از بیانات و اقدامات پیامبر (ص) و ائمه (ع) ناشی از این منصب و وظیفه اجتماعی بوده است. تا آن جا که فقیهی مانند امام خمینی قدس سره حتی حدیث معروف نفی ضرر از پیامبر (ص) را ناظر به اقدامی حکومتی و در راستای برقراری نظم در جامعه ارزیابی کرده است و نه فتوایی که بیانگر نحوه تشریح تکالیف دینی است.<sup>۱۱</sup>

## ۲- مقتضای اصل هنگام شک در ماهیت روایت

از آنچه گفته شد روشن می‌شود که بخشی از روایاتی که اکنون در اختیار ما است، ناظر به بیان احکام شریعت است؛ برخی دیگر ناظر به حل و فصل دعاوی و پاره‌ای از آنها نیز نمایانگر اقداماتی است که لازمه منصب ولایت و زعامت معصومین (ع) بوده است. هر چند در مورد دسته اخیر، چنین روایاتی بیشتر مربوط به پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) است. حال اگر در ماهیت و جهت صدور روایتی شک کنیم که آیا در مقام بیان حکم صادر شده یا در مقام حل و فصل دعوا یا به عنوان اقدامی

۱۰. همان.

۱۱. رک. موسوی خمینی [امام]، سیدروح الله، بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر.

حکومتی، آیا اصل و قاعده‌ای وجود دارد که بتوانیم آن را حمل بر یکی از سه وجه یاد شده نماییم؟

به نظر می‌رسد نمی‌توان به مقتضای اصل خاصی یکی از سه وجه را اصل و مبنا قرار داد؛ بلکه باید با دقت و کنکاش در محتوا و مضمون روایت و نیز قراین و امارات همراه با صدور روایت، در این باره قضاوت نمود. در این موارد تنها امتیازی که می‌توان برای روایات ناظر به بیان احکام قائل شد این است که شمار چنین روایاتی در مقایسه با دو دسته دیگر بیشتر است و بنابراین نوعی حالت غلبه و اکثریت برای روایات ناظر به بیان حکم وجود دارد. اما پیدا است که این غلبه حکم قاطعی نمی‌کند تا بی‌درنگ بتوان هر روایتی را ناظر به بیان حکم دانست. این غلبه حداکثر ایجاب می‌کند تا در حکم به این که روایتی قضایی است، تأمل بیشتری نماییم. اصولاً حکم نمودن به مقتضای امر غالب که تنها مفید ظن و گمان است، هیچ‌گاه ما را از تحقیق و تفحص بی‌نیاز نمی‌کند مگر آن‌گاه که دلیل خاصی بر حجیت ظن ناشی از غلبه داشته باشیم. اگر اغلب کسانی که در شهری به عنوان شهود در دادگاه حضور می‌یابند، عادل باشند و شماری از آنها ناعادل، این غلبه به خودی خود، قاضی را از تحقیق درباره عدالت شهود بی‌نیاز نمی‌کند. بویژه آن‌که هر گاه در متون روایات تأمل بیشتری شود، می‌توان شمار بیشتری از روایات قضایی را که اکنون به عنوان روایات بیانگر حکم نزد فقها معروف است، شناسایی نمود.



## ۳- ویژگی‌های روایات قضایی

## ۳-۱- عدم قابلیت تعمیم

هر قانونگذار حکیمی در مقام بیان حکم چنانچه موضوع حکم قیودی داشته باشد، قیود آن را بیان می‌کند. چنان‌که اگر اصل تکلیف الزامی - خواه وجوب یا حرمت - مشروط به شرایط و قیودی باشد، آن شرایط و قیود را نیز بیان می‌کند. از همین رو در مقام شک در قیود حکم و موضوع چنانچه بیانی از قانونگذار در دست نداشته باشیم، به مقتضای اطلاق، حکم به نفی قید و شرط می‌نماییم. با توجه به این‌که شارع مقدس اسلام در مقام قانونگذاری شیوه نوینی را ابداع ننموده، این قاعده در مورد روایاتی که احراز شود در مقام بیان حکم صادر شده، اعمال خواهد شد. برعکس، در روایات قضایی رسم بر این نبوده و نیست که قاضی در مقام بیان رأی نهایی، ویژگی‌ها و قیود موضوع را بیان کند، بلکه تنها مفاد رأی را بیان می‌کند. حال آن‌که رأی و قضاوت، در عمل مبتنی بر شرایط و ویژگی‌هایی است که در آن مورد مطرح بوده است. این قیود و شرایط معمولاً در جریان طرح دعوا توسط مترافعین ذکر می‌شود و قاضی با توجه به همین اظهارات و شرایط است که حکم می‌نماید. حال اگر کسی مفاد رأی را روایتی تلقی کند که ناظر به بیان حکم و قانون کلی است، اشتباهی بزرگ رخ خواهد داد. از این جهت، روایات قضایی از نوعی وصف اختصاص و یا عدم قابلیت تعمیم برخوردارند، حال آن‌که آنچه را در مقام بیان حکم و قانون صادر شده می‌توان در صورتی که مقدمات حکمت تمام باشد، تعمیم و توسعه داد. تأکید می‌کنیم که مقصود ما از ویژگی‌های حکم و موضوع، خصوصیتی است که به نوعی در حکم تأثیر می‌گذارد و گرنه

در هر پرونده قضایی دهها خصوصیت وجود دارد که می‌دانیم در رأی صادر شده، تأثیری نداشته است. اما گاه خصوصیات دعوا یا طرفین آنها به تناسب حکم و موضوع به گونه‌ای است که می‌دانیم یا احتمال قابل توجه می‌دهیم که این ویژگی‌ها در حکم مؤثر بوده است. در واقع این ویژگی‌های مرتبط و معنادار است که حجیت رأی را به همان مورد محدود می‌سازد.

### ۲-۳- عدم قابلیت تعارض با دیگر روایات

ارزش و اعتبار آنچه به عنوان رأی برای حل و فصل دعوا صادر می‌شود با آنچه به عنوان قانون، تشریح می‌شود کاملاً متفاوت است. رأیی که در دعوایی صادر می‌شود این اندازه توانایی دارد که بتواند همان دعوا را حل و فصل نماید، حال آن که قانون از ویژگی عام بودن برخوردار است و می‌تواند همچون مفهوم کلی که به طور قهری بر مصادیق خود منطبق می‌شود، همه موارد را در بر گیرد. به دلیل همین ویژگی است که میان روایات متعارض، نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار می‌شود و دو روایت متعارض در ماده اجتماع دچار تعارض می‌شوند.<sup>۱۲</sup>

درباره روایات قضایی اصولاً نمی‌توان تعارض و تضادی را فرض کرد زیرا هر روایت قضایی ناظر به حل و فصل و بیان حکم یک دعوا و همچون قضایای شخصی است. بنابراین روایت قضایی نمی‌تواند حتی با روایت قضایی دیگری تعارض نماید. به طریق اولی روایت قضایی این

۱۲. برای آگاهی از قواعد مربوط به تعارض ادله رک. دکتر محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه، ۱۳۸۰، دفتر سوم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.

قابلیت را ندارد که با روایتی که در صدد بیان حکم و قانون است، تعارض نماید زیرا میان روایتی که در مقام حل و فصل یک نزاع است و روایتی که در مقام بیان قانون است، در واقع ماده اجتماعی برای تعارض تحقق نمی‌یابد.

در مبحث حل تعارض میان روایات، این مسأله چنان که باید مورد توجه قرار نگرفته است؛ حل اختلاف و تعارض میان بخشی از روایات متعارض از این راه ممکن است. اعمال این شیوه در اجتهاد - البته در مواردی که قراین کافی بر قضایی بودن روایتی وجود دارد - ضمن پیشگیری از طرح روایات، ما را از جمع‌های تبرعی و غیر عرفی میان روایات که اصولاً ارزش و اعتباری ندارد، بی‌نیاز می‌سازد.

به نظر می‌رسد در مبحث تعارض بنابر این مبنا که مرجحات غیرمنصوص را هم ملاک تفضیل روایتی بر روایت دیگر بدانیم، در فرض تساوی دو یا چند روایت متعارض از جمیع جهات، حتی بتوان عدم احتمال قضایی بودن در یک روایت و احتمال آن در دیگری را ملاک حل تعارض قرار داد و روایتی را که دچار احتمال قضایی بودن نیست، بر روایتی که این احتمال در آن راه دارد، ترجیح داد.

#### ۴- شواهدی از روایات قضایی

چنان که پیشتر گفتیم، روایات قضایی نزد فقها امری شناخته شده بوده است. آنان از این روایات به عنوان «قضیه فی واقعه» یاد کرده‌اند. در این بخش به ذکر مواردی چند از این گونه روایات که کمتر مورد توجه قرار گرفته است، می‌پردازیم:

## ۱-۴- روایات تعریف قتل عمد

در مبحث قصاص، هرگاه هم قصد قتل وجود داشته باشد و هم عمل نوعاً کشنده باشد، تردیدی نیست که از موارد قتل عمد موجب قصاص است. در این مسأله اختلافی میان فقها وجود ندارد.<sup>۱۳</sup> اما هرگاه عمل ارتكابی، نوعاً کشنده باشد، اما قصد قتل وجود نداشته باشد، نظریه مشهور به پیروی از روایات این مورد را هم از موارد قصاص می‌داند. شبهه‌ای که پیش می‌آید این است که می‌توان مواردی را تصور نمود که در عین حال که عمل ارتكاب یافته واقعاً کشنده است، اما به هیچ وجه قصد قتل هم وجود نداشته است. اگر ملاک قصاص، قتل عمد ناشی از قصد است، چگونه می‌توان کسی را که قصد قتل نداشته است - حتی اگر مرتکب تقصیر شده باشد - با کسی که قصد قتل نموده یکسان دانست؟ بویژه این که می‌دانیم در قلمرو مباحث جزایی معمولاً چنین نیست که عمل ارتكابی که در خارج تحقق یافته است، تمام ملاک باشد؛ بلکه این قصد و نوع قصد مرتکب است که عمل مجرمانه و نوع آن را محقق می‌سازد؛ چنان که تقسیم قتل به عمدی، شبه عمد و خطایی نیز اصولاً بر همین مبنا صورت گرفته است.

بنابراین می‌توان این دیدگاه را مطرح کرد که ضابطه قتل موجب قصاص تنها یک چیز است و آن قصد قتل است و روایاتی که ارتكاب عمل نوعاً کشنده را در حکم قتل عمد دانسته است، در واقع روایاتی قضایی است. به این معنا که علی القاعده کسی که عمل نوعاً کشنده را مرتکب می‌شود، قصد قتل دارد و قتل او از نوع عمدی است. بر پایه این حمل می‌توان گفت: چنین نیست که در همه مواردی که عمل کشنده است، قتل

۱۳. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۱۲.

عمد تحقق یافته است بلکه عمل نوعاً کشنده، اماره غالبی بر وجود قصد است؛ به گونه‌ای که هرگاه عمل نوعاً کشنده باشد، می‌توان قصد مرتکب نسبت به قتل و عمدی بودن آن را مفروض انگاشت. در این صورت اگر بخواهیم خلاف این اصل موضوعی را بپذیریم بر عهده مرتکب است که اثبات کند با آن که عملش نوعاً کشنده بوده؛ اما حقیقتاً قصد قتل نداشته است. پس چنین نیست که هرگاه عمل نوعاً کشنده باشد، حکم به قصاص قطعی باشد بلکه اگر مرتکب اثبات کند که قصد قتل نداشته است، از موارد قصاص به شمار نخواهد آمد. در روایات قصاص شواهدی وجود دارد که این نظریه را تأیید می‌کند برای نمونه، در روایت علاء بن فضیل از امام صادق (ع) در تعریف قتل عمدی و خطایی آمده است که:

«العمد الذی یضرب بالسلاح او بالعصا لا یقلع عنه حتی یقتل و الخطا الذی لا یتعمده».<sup>۱۴</sup>

«قتل عمد این است که کسی را با سلاح یا عصا بزند و از او دست برندارد تا کشته شود، و قتل خطایی جایی است که مرتکب قصد قتل ندارد».

این روایت به روشنی نشان می‌دهد که ملاک قتل موجب قصاص همانا عمد است. کسی که دیگری را با سلاح یا عصا چندان می‌زند که بمیرد، روشن است که قصد قتل وی را دارد؛ ضمن این که جمله پایانی روایت، ملاک قتل غیرعمدی را عدم قصد قرار داده است. همچنین در روایت سکونی از امام صادق (ع) آمده است که:

۱۴. عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۲۵، باب ۱۱ از ابواب القصاص فی النفس، روایت ۴.

«جميع الحديد عمد»<sup>۱۵</sup>

«همه موارد قتل با آهن، قتل عمد است».

به سختی می‌توان پذیرفت که امام (ع) در این روایت - بر فرض صحت صدور آن - در صدد متعبد نمودن ما به یک امر دینی است. آنچه بیشتر به ذهن می‌رسد این است که روایت در صدد ارائه یک اماره غالبی و اکثری است، به این معنا که کسی که در زدن دیگری از آهن که معمولاً کشنده است استفاده می‌کند، می‌توان قصد قتل او را مسلم و مفروض تلقی کرد. شاهد قویتر، روایاتی است که نشان می‌دهد مواردی که قصد فعل وجود داشته، اما قصد قتل نبوده است، از موارد قتل عمد نیست. مثلاً در روایت ابوالعباس از امام صادق (ع) آمده است که:

«سألته عن الخطأ الذي فيه الدية و الكفاره، أهو أن يعتمد ضرب رجل و لا يعتمد قتله؟ قال نعم؛ قلت: رمى شاتا فأصاب انسانا، قال: ذاك الخطأ الذي لا شك فيه، عليه الدية و الكفاره»<sup>۱۶</sup>

«از امام درباره قتل خطایی که در آن دیه و کفاره است، پرسیدم که آیا آن در جایی است که از روی قصد مردی را می‌زند ولی قصد قتل او را ندارد؟ امام فرمود: آری. پرسیدم: اگر به سوی گوسفندی تیراندازی کند ولی به انسانی اصابت نماید؟ امام (ع) فرمود: این همان قتل خطایی است که هیچ شک و تردیدی در آن نیست و موجب دیه و کفاره است.» چنان که ملاحظه می‌شود صدر این روایت، موردی را که قصد فعل وجود داشته، اما مرتکب، قصد قتل نداشته است، عمد به حساب نیاورده است. حال

۱۵. همان، ص ۲۷، روایت ۱۴.

۱۶. همان، ص ۲۶، روایت ۹.

آن که اگر کشنده بودن عمل، موجب قتل عمد بود، امام می‌بایست در این مورد قائل به تفصیل می‌شد و ضرب غیر کشنده را از ضرب نوعاً کشنده تفکیک می‌نمود. جالب این که بنابر نقل شیخ صدوق آغاز این روایت دارای یک جمله دیگری است و آن این که امام فرموده است:

«إذا ضرب الرجل بالحدیة فذلک العمد»<sup>۱۷</sup>

«اگر مردی را با آهن بزند، قتل عمدی است.»

این جمله به خوبی نشان می‌دهد که ناظر به بیان موردی است که قصد قتل وجود داشته است تا بتوانیم آن را از مورد بعدی که تنها قصد فعل وجود داشته و قصد قتل وجود نداشته است، جدا سازیم. شواهد دیگری درباره صحت آنچه گفته شد در روایات و نصوص مربوطه وجود دارد که از ذکر آن خودداری می‌کنیم.

#### ۲-۴- روایات مربوط به سرقت میوه درختان

درباره سرقت میوه‌ای که هنوز بر درخت است، روایاتی وجود دارد که چنین سرقتی موجب قطع ید نمی‌شود.<sup>۱۸</sup> برخی از این روایات از پیامبر اکرم (ص) است. مقتضای این روایات است که تفاوتی نمی‌کند که درختان در حرز باشند یا نه. بسیاری از فقیهان این روایات را منحصراً روایاتی دانسته‌اند که سرقت از حرز را موجب قطع ید می‌داند بلکه شهید در «مسائل الأفهام» این نظریه را مشهور

۱۷. همان.

۱۸. عاملی، محمد بن حسن، پیشین، ج ۱۸، صص ۵۱۷-۵۱۶، باب ۲۳ از ابواب حد الرقة.

دانسته است.<sup>۱۹</sup> علامه و فرزندش فخر المحققین این روایات را ناظر به موردی دانسته‌اند که درختان در حرز قرار نگرفته باشد آن چنان که در زمان‌های گذشته متعارف و رایج بوده است.<sup>۲۰</sup>

معنای این حمل آن است که روایات بیان کننده حکم سرقت میسوه از درخت، درصدد بیان حکم شرع و تخصیص ادله‌ای نیست که به طور عام بر جواز قطع ید در سرقت مستوجب حد دلالت می‌کند، بلکه این روایات همچون حکم و رأیی می‌ماند که قاضی در جایی صادر می‌نماید که سرقت صورت گرفته، اما سرقت از حرز نیست.

شاهد درستی این حمل روایت اسحاق از امام صادق (ع) است که بر پایه آن، امام (ع) در مورد کسی که از بوستانی نهالی را به بهای دو درهم (ربع دینار) دزدیده بود، حکم به قطع ید نمود.<sup>۲۱</sup> در واقع وقتی این روایات را همچون آرای قضایی فرض می‌کنیم هیچ گونه تعارضی میان آنها نیست؛ زیرا در موردی که حکم به قطع ید شده (مانند روایت اخیر) احتمالاً مال در حرز بوده است؛ ولی روایات بیانگر عدم قطع ید مربوط به باغ و بوستان‌هایی است که در حرز قرار نداشته است.

#### ۳-۴- روایات مربوط به سکوت دختر باکره

چنان که می‌دانیم روایاتی از معصومین (ع) بیانگر این است که در عقد دختر باکره، سکوت وی علامت رضایت او است. از جمله روایاتی که

۱۹. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۰۶.

۲۰. همان.

۲۱. عاملی، محمد بن حسن، پیشین، روایت ۷.



در این باره به آن استناد شده، روایتی است که شیخ طوسی (ره) در «امالی» در مورد ماجرای ازدواج امیرالمؤمنین (ع) و فاطمه زهرا (س) نقل کرده که در ضمن آن پیامبر (ص) پس از طرح خواستگاری علی (ع) و سکوت حضرت فاطمه (س) فرمود: «الله اکبر، سکوتها اقرارها».<sup>۲۲</sup>

حال آیا می‌توان گفت پیامبر (ص) به عنوان تشریح و قانونگذاری

برای هر عصر و جامعه‌ای، سکوت را دال بر رضا دانسته است؟

اصولاً در چنین موضوعی که در عرفها و جوامع مختلف متفاوت است قانونگذاری معنای روشن و معقولی ندارد. بلکه آنچه از این حدیث و نظایر آن استفاده می‌شود این است که در عرف آن روز با توجه به ویژگی‌های زنان اصولاً سکوت در خواستگاری کنایه از رضایت بوده است. در واقع پیامبر اکرم (ص) با توجه به آداب و رسوم زنان آن روز در مسأله خواستگاری و مجموع قرائن، سکوت فاطمه زهرا (س) را نشانه رضایت ایشان دانسته‌اند؛ نه این که در مقام بیان یک قاعده و قانون شرعی بوده‌اند. پس آنچه ملاک است رضایت است که در برخی موارد سکوت می‌تواند اماره بر وجود آن باشد. بنابراین اگر دختر باکره‌ای بتواند اثبات کند که به رغم سکوت، راضی به ازدواج نبوده است، نمی‌توان از باب تعبّد و روایاتی که در این باره وجود دارد، سکوت او را علامت بر رضایت به عقد دانست.

بی‌گمان کسی که در روایات تتبع کند، موارد دیگری از این نوع را می‌یابد که ما به جهت رعایت اختصار از ذکر آن خودداری می‌کنیم.

۲۲. عاملی، محمدبن حسن، پیشین، ج ۱۴، ص ۲۰۷، باب ۵ از ابواب عقد النکاح، روایت ۳.

## ۵- خلط این دو موضوع در فقه

یادآور می‌شویم که آنچه گفته شد در مورد فتاوی مشهور و حتی معاهد پاره‌ای از اجتماعات نیز جاری می‌شود. به این معنا که برخی از فتاوی مشهور نیز در واقع مبتنی بر رویه عملی و خصوصیات بوده است که در عصر فقیهان گذشته، جنبه غالبی داشته و فتاوی فقها درباره آن همچون رأی است که توسط قاضی در مورد خاصی صادر شده است، نه این که کاشف از دلیل و تعبد خاصی باشد. بدیهی است اگر در عصر و زمان ما خصوصیات مسأله تغییر یابد، باید به مقتضای وضعیت موجود حکم نمود. چنین احکام جدیدی را نمی‌توان به عنوان احکام مغایر با مشهور یا اجماع ارزیابی نمود.

برای نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

## یک:

این مسأله در فقه مطرح است که هرگاه پس از عقد بیع در زمانی که خیار مجلس برای طرفین وجود دارد، هریک از طرفین عقد خطاب به دیگری بگوید: اختر، یعنی تصمیم بگیر، آیا این کلمه موجب سقوط خیار است یا خیر؟ عده‌ای از فقیهان به طور مطلق گفته‌اند، خیار او ساقط است و برخی دیگر مطلقاً خیار او را ساقط ندانسته و دسته سوم سقوط و عدم سقوط را منوط به مقصود و اراده استعمال کننده دانسته‌اند.<sup>۲۳</sup> آن دسته از فقها که

۲۳. رک. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۴، ص ۶۴؛ طوسی، محمد بن حسن، مبسوط، ج ۲، ص ۸۳-۸۲ و طوسی، خلاف، ج ۳، ص ۲۱؛ علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۱، ص ۵۱۸؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۵۴۴؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۸۵؛ شهید ثانی، مسالک، ج ۳، ص ۱۹۷.

به طور کلی با ذکر این کلمه خیار را ساقط دانسته به حدیث رسول الله (ص) تمسک نموده‌اند که در بعضی از نقل‌ها به صورت زیر آمده است:

«انهما [متابعیان] بالخیار ما لم یفترقا او یقول احدهما لصاحبه اختر»<sup>۲۴</sup> یعنی طرفین معامله خیار فسخ دارند، مادام که متفرق نشده‌اند و یا یکی از آنان به دیگری بگوید: اختیار کن.

به نظر این گروه گویی گفتن این کلمه همان اثر را در معامله دارد که افتراق و جدایی طرفین نسبت به حق خیار مجلس ایفاد می‌کند. افتراق طرفین عامل زوال حق خیار است و بنابراین عامل دیگر استعمال کلمه «اختر» می‌باشد.

ولی امعان نظر در مسأله روشن می‌سازد که افتراق نفی کننده موضوع خیار است و به هیچ وجه نمی‌توان آن را با درخواست احد از طرفین نسبت به اتخاذ تصمیم در مورد خیار قیاس نمود و آن دو را با یکدیگر همگون دانست.

شیخ انصاری پس از طرح مسأله و نقل نظریات می‌گوید:

«بهتر است گفته شود که کلمه «اختر» از نظر وضع لفظی دال بر طلب اختیار از مخاطب است نسبت به فسخ یا امضای معامله، و به هیچ وجه دلالتی قاطع بر تملیک خیار به مخاطب، و یا واگذاری امر به وی، یا استکشاف حال ندارد. آری آنچه ظهور عرفی دلالت دارد این است که انگیزه گوینده استکشاف حال مخاطب است. و گویا در عرف سابق ظهور در آن داشته که گوینده با این کلمه اختیار عقد را به مخاطب واگذار می‌کرده است.

۲۴. نوری، میرزا حسن، المستدرک، ج ۱۳، ص ۲۹۹.

بنابراین چنانچه دلالت این واژه بر اسقاط خیار کامل گردد، خیار ساقط است و در غیر این صورت چنین نیست».

شیخ انصاری کاملاً مسأله را قضایی می‌سازد، یعنی تشخیص اراده استعمال کننده را به قاضی واگذار می‌کند. تشخیص اراده طرفین از کلمات به کار رفته در جریان عقد، امری قضایی است که قاضی حسب مورد درباره آن تصمیم می‌گیرد. و به هیچ وجه حکمی نیست که فقیه آن را از منابع اولیه استنباط کند و به نحو کلی در قالب فتوا برای تمام موارد صادر نماید.

شیخ هر چند به این تفکیک اشاره نمی‌کند، ولی کاملاً روشن است که با توجیه روایات مزبور بر این معنی، می‌خواهد فقاهت را از قضاوت جدا سازد.

دو:

هر گاه در عقد نکاح منقطع ذکر مدت نشود، وضعیت عقد چه خواهد شد؟ در فقه دو قول است، یک قول می‌گوید، چنین عقدی باطل است به دلیل این که ذکر مدت از ارکان عقد منقطع است و چون مفقود است پس باطل است. قول دوم می‌گوید، مبدل به دوام می‌شود. صاحبان نظریه دوم به روایتی از امام صادق (ع) تمسک نموده‌اند که فرموده است: «ان سمی الاجل فهو متعه و ان لم یسم الاجل فهو نکاح باق» یعنی اگر ذکر مدت بشود عقد نکاح منقطع و در غیر این صورت عقد دائم است. شیخ طوسی قول دوم را ترجیح داده است.<sup>۲۵</sup>

۲۵. شرح لمعه، دو جلدی، ج ۲، ص ۸۸.

ولی در محضر بزرگانی هم چون شیخ طوسی می‌توان این سؤال را مطرح ساخت که چنانچه طرفین عقد بدون هر گونه تخاصم و ترافع، هر دو با کمال قطع و اطمینان بگویند که تصمیم ما در هنگام اجرای صیغه عقد منقطع بوده است نه عقد دائم، آیا باز هم امام صادق (ع) می‌فرمایند، که بر خلاف اراده آنان عقد دائم محسوب می‌گردد؟

بعید به نظر می‌رسد، چرا که کاملاً روشن است که توضیح امام (ع) آموزشی قضایی است نه حکم کلی شرعی و ماهوی، یعنی در فرض وجود اختلاف، به گونه‌ای که احد از طرفین مدعی دوام و دیگری مدعی انقطاع باشند، دادگاه در فرض عدم ذکر مدت، اصل را بر دوام می‌گذارد، و البته شاید در توجیه این حمل و قضاوت بتوان گفت که منشأ آن غلبه و بیشتر بودن موارد نکاح دائم، نسبت به نکاح متعه است و در عرف قضایی، حمل موارد بر اعم اغلب، شیوه‌ای رایج و عقلایی است. و بنا بر اصل «البینه علی المدعی» بار اثبات انقطاع را به عهده کسی می‌نهند که مدعی انقطاع است، چنانچه ادله مثبت بر انقطاع اقامه نماید، حکم به انقطاع و گرنه عقد محکوم به دوام خواهد بود.

سه:

هرگاه طرفین عقد بیع، برای شخص ثالث حق خیار فسخ تعیین کنند، آیا با فوت ذوالخیار قبل از اعمال، حق مزبور به وارث او می‌رسد یا خیر؟ در فقه اقوال مختلف زیر ابراز شده است:

الف - حق مزبور به وارث ذوالخیار منتقل می‌گردد.<sup>۲۶</sup>

۲۶. علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۱۶۸.

ب - حق مزبور با مرگ ذوالخيار به متبايعان منتقل می گردد.<sup>۲۷</sup>

ج - حق مزبور با مرگ ذوالخيار ساقط می شود.<sup>۲۸</sup>

شيخ انصاری قول اخير را ترجیح داده با این استدلال که ظاهر حال کسی که خيار را برای شخص ثالث قرار داده آن است که در نظرش خود شخص ثالث مدخلیت داشته و یا لااقل این احتمال وجود دارد. بنابراین در ترکیه او وارد نمی گردد.<sup>۲۹</sup>

ملاحظه می فرمایید که استدلال شيخ انصاری مبتنی بر تفسیری است که ایشان از قرارداد خصوصی در موارد وجود ابهام ارائه می دهد. نتیجه آن است که چنانچه دادگاه در فرض وجود تخاصم و ترافع از طریق قرائن و شواهد اراده شرط کننده را بر عدم مدخلیت خود شخص ثالث احراز نمود رأی بر انتقال به وراثت خواهد داد. به عبارت دیگر، نظر شيخ آموزشی قضایی است مبنی بر آن که در فرض تخاصم، قاضی در امر دادرسی بایستی با چه آیینی رسیدگی کند، و اصل را بر چه بنهد، و ادله مثبتیه از کدامین طرف بخواهد، نه آن که به طور مطلق در فرض مسأله حکم ماهوی آن را سقوط خيار بدانند. بلی هرگاه همین مسأله از این نظر مورد مطالعه قرار گیرد که اصولاً آیا حق خيار با قطع نظر از اراده متعاملین از جمله حقوقی است که بر اثر ارث منتقل می شود یا نه؛ بدیهی است بحث کاملاً فقهی خواهد بود و نه قضایی، چنان که این مسأله با همین عنوان بویژه در میان

۲۷. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، همان جا.

۲۸. نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۴، ص ۴۱۳؛ سید عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۵۹۲.

۲۹. انصاری، مکاسب، ج ۶، ص ۱۲۷.

فقهای متأخر با تفصیل بیشتری مورد توجه قرار گرفته است.<sup>۳۰</sup>  
 کوتاه سخن، این که نگاهی به تاریخ فقهات و قضاوت نشان می‌دهد  
 که تا قبل از تشکیل دادگستری به صورت جدید در کشورهای اسلامی،  
 قضاوت توسط فقیهان انجام می‌شده است، لذا بی تردید امری عادی است  
 که در بدنه عظیم فقه در میان استنباطات فقهی که حاصل آن فتاوی فقهی  
 است، مواردی نه چندان اندک قضایای جزئی‌ای جای گرفته باشند. ولی  
 همواره بایستی پژوهشگران این دانش نسبت به تمایز میان دو تأسیس فتوا  
 و قضا هوشیار و آگاه باشند و همانند شاعر یکی را عین دیگری نخوانند که  
 گفت:

قاضی به دو شاهد بدهد فتوی شرع در مکتب عشق شاهدهی بس باشد

نادیده گرفتن این تمایز فقه را از پویایی باز می‌دارد و آثار نسبتاً  
 زیادی بر آن مترتب است. نگارنده با توجه به تجارب گذشته و حال همان  
 طور که برای قضاوت در جامعه اسلامی فقهات را شرط لازم می‌داند، نه  
 شرط کافی، برای فقهات و صدور فتوا در مورد حوادث واقعه مدنی و  
 حقوقی نیز آشنایی کامل به روابط اجتماعی را از شرایط بسیار لازم  
 می‌شناسد.

۳۰. برای نمونه رک. بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، ج ۱، ص ۶۱ به بعد، مکتبه الصادق، تهران، چاپ  
 چهارم ۱۳۶۲، ش ۴۴ نوری، میرزا حسن، المستدرک، ج ۱۳، ص ۲۹۹.

## نتیجه گیری

۱- قرنهاست که تعریف فقه به صورت زیر جا افتاده است: «الفقه هو العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة».<sup>۳۱</sup> مراد از «احکام شرعیة» یعنی نه احکام عقلی محض، لغوی و غیره، و مراد از «نوعیه» یعنی نه آنها که از اصول اعتقادی محسوبند. و مراد از «ادله» یعنی قرار نیست فقیه احکام شرعی را از منابع اصلی یعنی مقام علم الهی، و ملائکه و انبیاء دریافت دارد او باید از «ادله» فقهی که آن را منابع اولیه فقه می خوانیم به دست آورد که عبارت است از کتاب، سنت، اجماع و عقل. و مراد از تفصیلیه، یعنی نه ادله اجمالی که علم مقلدین عوام است. چون آنان هم اگرچه احکام الهی را به دست می آورند، ولی از دلیل اجمالی که عبارت است از یک قیاس منطقی به شرح زیر:

مقلد می گوید: این حکمی است که مفتی بر آن فتوا داده است (صغری)

هرچه که مفتی بر آن فتوا دهد حکم خدا درباره من همان است (کبری)

پس: حکم خدا درباره من همان است (نتیجه) فقیه پس از تفقه «فتوا» می دهد.

۲- فتوا عبارت است از فصل خصومات در قضایای خاصه از طریق انطباق احکام شرعیه یعنی همانها که فقیه به آنها دست یافته و به صورت فتاوا ارائه داده است، بر موارد و وقایع خارجیه.

۳۱. حسن بن زین الدین، معالم الدین ملاذالمجتهدین، تهران (آغاز)، ۱۳۶۲.



۳- احکام شرعی از نظر منطقی به صورت «قضایای حقیقیه» بیان می‌شوند، و قضاوتها به صورت «قضایای خارجی» قضایای حقیقیه چنان کلیتی دارند که در فرض وجود موضوع، محمول آن قضا یا مترتب خواهد شد. اگر گفته شود: مثلث دارای سه زاویه است، یعنی همه مثلث‌ها در فرض وجود، دارای سه زاویه خواهند بود. این گزاره که: «عقد بیع لازم است» از این قبیل می‌باشد. قضایای خارجی، جزئی هستند حتی اگر به صورت کلی بیان شوند، توصیف‌کننده موضوعات خارجی خواهند بود. مانند: علی بن ابیطالب (ع) عادل است. (جزئی) و همه خانه‌های شهر بم خراب شدند (کلیه توصیفی). گزاره نخستین کاملاً جزئی و بدیهی است که غیرقابل انطباق بر بیش از یک موضوع است. و گزاره اخیر نیز مصادیقش فقط خانه‌های مشخص و معینی می‌باشند که در بم موجود بوده است و شامل همه خانه‌های آن شهر حتی آنها که در سالهای بعد ساخته می‌شوند، نخواهند بود.

توجه به تفکیک دو دسته قضایای فوق برداشتهای متفاوت به دنبال خواهد داشت. اگر گفته شود: هوای تهران آلوده است. اگر به نحو قضایی دسته نخستین باشد، آلودگی حکمی خواهد بود که بر طبیعت هوای تهران همواره حاکم است، در گذشته، حال و آینده. درحالی که اگر به نحو قضایای دسته اخیر باشد بیانگر حالت موردی است و به اوضاع، احوال و شرایط خاص مرتبط می‌باشد و به هیچ‌وجه بر سایر موارد یعنی مصادیق خارج از آن اوضاع و احوال و شرایط شمول و عمومیت نخواهد داشت.

۴- روایات واصله اگر به نحو قضایای حقیقیه (دسته نخستین) باشند، حاوی احکام الهی و به اصطلاح، «فقهی» محسوبند و می‌توان آن را در

فرض وجود موضوعشان عام و شامل دانست. ولی چنانچه قضایای خاصه و به اصطلاح فقیهان «قضیه فی واقعه» باشد، عمومیت و شمول ندارند. تشخیص میان این دو دسته کاری است اجتهادی که وظیفه اصلی مجتهدین است.

۵- «فتوا» و «قضاء» نیز از یکدیگر متفاوت و متباین می‌باشند. کار فقیه در مقام افتاء نباید با کار فقیه در مقام قضاء خلط گردد. فتاوی فقهی گذشته ممکن است همچون اجماع و یا لااقل شهرت فتوایی در بعضی موارد برای فقیهان حاضر مفید باشد، ولی بر تشخیص‌ها و تصمیمات قضایی آنان که مرتبط به شرایط خاص موارد بوده است چنین قاعده‌ای مترتب نمی‌باشد.