

تقریرات دوره پودمانی

فقه و اصول

جمع آوری شده از کتاب

قواعد فقه استاد محقق داماد

تهیه و تنظیم: محسن شبیری

دوره اول کارآموزی مرکز ولیعصر (عج)

آبان ماه ۱۳۹۶ - قم مقدسه

قال النبي الأكرم (ص):

المؤمن إذا مات وترك ورقة واحدة عليها علم تكون تلك الورقة يوم القيامة سترًا فيما بينه وبين النار وأعطاه الله تبارك وتعالى بكل حرف مكتوب عليها مدينة أو سعة من الدنيا سبع مرات

مومن چون از دنیا برود و برکه ای حاوی دانش از خود بر جای نهد

این برکه در روز رستاخیز میان او و آتش دوزخ فاصله می شود

و خدای بزرگ برای هر حرفی که بر آن برکه نوشته شده باشد شهری به فراخاکی هفت کیتی به وی بخشد.

قاعده ید

درس اول: ۱- قاعده ید ۲- مدارک و مستندات قاعده ید ۳- اماریت ید و تعارض آن با بینه و استصحاب ۴- حاکمیت ید در منافع، حقوق و موارد احتمال وقفیت ۵- کاربرد قاعده ید در مقام تنازع و غیر تنازع با توجه به مواد ۳۴-۳۵-۳۶-۳۷-۳۹-۹۵-۹۷-۱۰۹ تا ۱۱۱-۱۲۴-۱۲۶-۱۲۷

قاعده ید از قواعد مشهور و معتبری است که در اکثر مسائل فقهی و حقوقی، به طور وسیع مورد استناد قرار می گیرد و محور بسیاری از معاملات روزمره است. برای روشن شدن این قاعده که یکی از وجوه بارز و عمده اعمال سلطه بر اشیا و به عبارت دیگر، مالکیت است، ذکر تاریخچه تکوین مالکیت ضروری است.

تعریف ید

با توجه به آنچه در تعریف و سیر تاریخی مالکیت بیان شد تعریف ید بسیار روشن و آسان می گردد: «ید عبارت است از سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلاى او باشد و بتواند هر گونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد».

همان طور که ملاحظه می شود، عامل عرف در تعریف ید نقش بسزایی دارد و صدق عنصر سلطه و استیلا، منوط به تشخیص عرف است. از این رو، ید از کیفیت بخصوصی برخوردار نیست و حد خاصی ندارد، بلکه حسب مورد و به تناسب مقام، جلوه های گوناگون و مصادیق مختلف دارد. «۱»

۳. مصادیق ید

ید که نشانه استیلا و تسلط انسان بر اشیا است، مصادیق مختلف دارد. گاهی وجود شیء در دست انسان نشانه ید است، مانند پولی که در دست شخصی است و همین مطلب دلالت بر تعلق پول به او دارد و گاه با آن که اشیا در دست افراد قرار ندارند، به نوعی در رابطه با پیکره و جسم انسانند و همین امر نشان می دهد که شیء، متعلق به فرد خاصی است. برای مثال، لباسی که در تن افراد است، نشان از تعلقشان به آنها دارد. گاه هیچ رابطه مستقیم و فیزیکی بین جسم مالک و شیء مورد تملک نیست، ولی بنا به اعتبار و تأسیسات اجتماعی و قراردادی، شیء، متعلق به فرد است، مانند وجود سند مالکیت خانه در دست فردی

خاص و به نام او که نشان می‌دهد آن خانه به او تعلق دارد. درست است که در حقوق معاصر، سند مالکیت از ادله اثبات دعوا است، ولی مبنای فقهی آن می‌تواند وجود استیلا باشد که از طریق وجود سند در دست شخصی به نام دارنده به اثبات می‌رسد. بنا بر آنچه قبلاً گفته شد و به تبعیت از سیر تکاملی ید در سه مرحله تاریخی، مصادیق ید را تحت دو عنوان عمده می‌توان دسته‌بندی کرد:

الف) تعلق اشیا به افراد با رابطه‌های حقیقی و کیفیت‌های فیزیکی معلوم می‌شود، مانند پولی که در دست یا جیب اشخاص است و یا لباسی که بر تن آنها است. در این موارد، بین شیء مورد تملک و مالک، رابطه حقیقی، مستقیم، فیزیکی و مکانی وجود دارد. این گونه تعلقات بیشتر مربوط به گذشته تاریخ بشر است و در زمان‌های اخیر «ید اعتباری و قراردادی» کم و بیش جانشین این گونه ید شده است.

ب) مصادیق دیگر ید، وجود اسناد، علائم، نوشته‌ها و سمبل‌هایی است که تعلق شیء به شخص را می‌رساند که مثال بارز آن، وجود اسناد مالکیت در مورد اموال غیر منقول است، بدین نحو که صرف وجود سند مالکیت در دست فرد و به نام دارنده، مثبت مالکیت او بر مال غیر منقول است؛ هر چند بالمباشره و مستقیماً بر غیر منقول مسلط نباشد و یا دیگری آن را از قبل مالک مورد تصرف و استیفا قرار داده باشد. «۱»

از گروه اول مصادیق ید نمونه‌های زیادی در زندگی وجود دارد که بعضی از آنها عبارتند از:

۱. وجود اشیا در دست اشخاص،

۲. وجود لباس بر تن افراد،

۳. سوار بودن راکب بر مرکب،

۴. گرفتن زمام چیزی مانند این که کسی زمام شتری را در دست داشته باشد،

۵. سکونت در محل،

۶. وجود کلید خانه یا مغازه در دست فرد حتی اگر در آن استقرار نیافته باشد،

۷. پاره‌ای اعمال و افعال بر روی اشیا، مانند شخم و تسطیح زمین یا مرمت محل مسکونی.

استیلا حاکم و یا رژیم سیاسی بر قلمرو حکومتی، مرزها، حریم دریایی و حریم فضایی می‌تواند از مصادیق گروه دوم محسوب گردد. نصب پرچم یک کشور در نقاط خاص یا علائم دریایی به عنوان فلات قاره اختصاصی، تجلی ید و استیلا است.

گاهی مصادیق ید به علت تنوع، در معارضه با یکدیگر قرار می‌گیرند. مثلاً فردی سوار بر اسب است و دیگری زمام آن را در دست دارد و یا فردی پشت فرمان اتومبیل نشسته و دیگری سوئیچ آن را در دست دارد و یا این که شخصی کالایی را از مغازه‌ای می‌خرد و برای خرید کالایی دیگر وارد مغازه‌ای می‌شود که تصادفاً در مغازه اخیر نیز مشابه کالایی که خریده وجود دارد. حال اگر در مورد مالکیت آن کالا معارضه پیش آید کدامیک می‌تواند به استناد ید، مالکیت خود را بر کالا اثبات کند؟

این مسائل همه ناشی از آن است که ید چارچوب مشخص و محدودی ندارد، بلکه عامل اصلی در تشخیص آن، عرف است و بر حسب موارد، جلوه‌های گوناگون دارد.

گاهی نیز ممکن است جهات متعدد در یک مورد تلافی کنند، مثل همین مورد که هر فرد از جهتی بر مال ید و استیلا دارد. این گونه موارد باید در دادگاه مورد رسیدگی قرار گیرند و دادگاه اگر یکی از یدین اقوا از دیگری باشد به نفع او حکم می‌کند، یعنی او را «ذو الید» می‌داند و اگر جهت قوت و ترجیحی وجود نداشت، حکم به تساقط ید خواهد داد.

۴. مستندات قاعده

فقه‌ها برای حجیت ید به چند دلیل استناد کرده‌اند «۱» که به اختصار عبارتند از:

الف) سیره: روش مستمر مسلمانان در جمیع اعصار این بوده که با دارنده شیء معامله کرده، و بدون اذن و اجازه او در آن تصرفی نمی‌کنند. سیره در فقه یکی از مستندات است، ولی در صورتی حجت است که به زمان معصوم (ع) متصل گردد، یعنی در زمان معصوم (ع) نیز معمول بوده باشد.

ب) بنای عقلا: هرگاه امری مورد پذیرش جمیع عقلا در تمام اقوام و ملل بوده باشد، چون شارع هم یکی از عقلا و به تعبیر بهتر در رأس آنان است، آن را تنفیذ و تجویز می‌کند «۱». نظر مجموع عقلا بر این است که وقتی فردی چیزی را در تصرف دارد، ظاهر و اصل این است که مالک آن است. بنای عقلا در این خصوص با توجه به سیر تاریخی مالکیت و ید بهتر روشن می‌شود. همان گونه که قبلا دیدیم از دورترین ایام، معمول و متعارف در جوامع انسانی این بوده که اشیای تحت تصرف اشخاص اصولاً متعلق به آنها است و عقلای هر عصر و دوره‌ای از هر قوم و ملت این امر را تأیید کرده‌اند.

تفاوت میان سیره و بنای عقلا آن است که در سیره، محور اعتبار و ارزش، رویه جاری و عرف معمول اسلامی است که پس از احراز استمرار و اتصالش به زمان معصومین (ع) پذیرش شریعت را نیز کشف می‌کنیم؛ ولی در بنای عقلا محور اساسی عقلایی بودن امر است که از طریق اتفاق آرای خردمندان و تبانی عملی آنان کشف می‌گردد. آنگاه با پیوست کردن کبرای فوق-مبنی بر این که شارع مقدس نیز از عقلا است و منعی در خصوص مورد از آن ناحیه واصل نگردیده- موافقت شریعت را احراز می‌کنیم.

ج) اجماع: اجماع از دلایل حجیت ید است، ولی همان گونه که در اصول فقه بحث می‌شود اجماع مستقلاً دلیل نیست و فقط در صورت کاشف بودن از رأی معصوم (ع) حجیت دارد. «۲»

د) سنت: دلیل دیگر بر حجیت ید، روایات است. روایاتی که برای حجیت ید مورد استناد قرار گرفته به شرح زیر است:

۱. حفص بن غیاث که در میان فقها بسیار معروف است در مورد ید از حضرت صادق (ع) نقل می‌کند که: آن حضرت (ع) به مردی که از ایشان سؤال کرده بود آیا اگر من چیزی در دست کسی ببینم جایز است شهادت بدهم آن شیء مال او است؟ فرمود: آری جایز است. آن مرد گفت: شهادت خواهم داد که آن مال در دست او است، ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد، زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت (ع) فرمود آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری حلال است. امام (ع) فرمودند:

شاید مال دیگری باشد پس چگونه جائز است تو آن را بخری و بعد از تملکش بگویی که متعلق به من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست نسبت به مالکیت کسی که تو از ناحیه او مالک گردیده‌ای اقرار کنی؟ سپس حضرت (ع) فرمود: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق»؛ «۱» یعنی اگر این امر جائز نباشد برای مسلمان‌ها بازاری برپا نمی‌ماند.

این روایت از نظر سند قوی نیست، ولی چون فقها به آن عمل کرده‌اند و به اصطلاح «شهرت فتوایی» دارد، ضعف سند بدین وسیله جبران شده است. روایت مذکور علاوه بر آن که ید را اماره مالکیت می‌داند، اجازه شهادت بر مالکیت اشیای موجود در دست افراد را نیز داده است.

۲. یونس بن یعقوب از حضرت صادق (ع) نقل کرده است که وقتی در مورد تقسیم اثاث خانه- هنگامی که زن پیش از مرد فوت کند و یا مرد قبل از زن وفات یابد- از آن حضرت پرسش به عمل آمد، ایشان در پاسخ گفتند: آنچه ویژه زنان است از آن زن است و متاعی که به کار مردان و زنان می‌آید، میان آن‌ها مشترک است. آنگاه امام (ع) می‌افزاید: «من استولی علی شیء منه فهو له»؛ «۲» یعنی کسی که بر چیزی تسلط دارد، آن چیز متعلق به اوست.

هر چند این روایت در باب اختلاف ورثه زوج و زوجه در مورد سهم الارث آن‌ها نسبت به اثاث البیت وارد شده ولی محتوای ذیل حدیث، یک مطلب عام است و با وحدت ملاک، قابل تعمیم به موارد دیگر است. حضرت (ع) در این روایت می‌فرماید:

هر یک از زوج یا زوجه نسبت به آنچه در دست دارد و بر آن مسلط است، اولی است، یعنی آن حضرت اماریت ید بر مالکیت اشیا را بدین وسیله تصدیق کرده است.

۳. عثمان بن عیسی و حماد بن عثمان روایتی را نقل کرده‌اند که در مورد فدک است و حجیت ید از آن استخراج می‌شود. بعد از رحلت پیامبر اکرم (ص) خلیفه اول به استناد گفته‌ای که خودش از آن حضرت نقل می‌کرد به این مضمون که «نحن معاشر الانبیاء لا نورث» (ما جمعیت پیامبران میراثی از خود باقی نمی‌گذاریم) فدک را از حضرت فاطمه گرفت. «۱»

خلیفه اول با استناد به گفته فوق ادعا می‌کرد فدک نباید در دست حضرت فاطمه (س) باقی باشد. حضرت صادق (ع) نقل می‌کند که حضرت علی (ع) به خلیفه فرمود: «أ تحکم فینا بخلاف حکم اللّٰه فی المسلمین؟» (آیا در مورد ما بر خلاف حکم خدا حکم می‌کنی؟).

ابو بکر گفت: من به همان نحو که خدا گفته است بین شما قضاوت می‌کنم.

حضرت علی (ع) می‌فرماید: «فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادّعیٰ انا فیه من تطلب البینة؟» (یعنی اگر در دست یکی از مسلمانان چیزی باشد و خود را مالک آن بداند و من ادعا کنم که مال من است از چه کسی بینه می‌خواهی؟) ابو بکر پاسخ داد بی تردید از تو بینه می‌خواهم. حضرت علی (ع) فرمود: «فاذا کان فی یدی شیء فادّعیٰ فیه المسلمون تسألنی البینة؟» (یعنی اگر در دست من چیزی است و مسلمانان ادعا می‌کنند آیا از من بینه می‌خواهی؟).

خلاصه سؤال و جواب حضرت علی (ع) و ابو بکر این است که آن حضرت می‌گوید تو باید از کسی بینه بخواهی که بر مال تحت تصرف دیگری ادعایی دارد، نه از کسی که مال در دست او است و چون فدک در ید فاطمه (س) است تو باید از مدعیان، مطالبه بینه کنی. این روایت نیز نشان می‌دهد که ید اماره بر مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود. «۱»

در مذاکره حضرت علی (ع) با ابو بکر نکته ظریف دیگری نیز نهفته و آن این که حضرت (ع) ابتدا می‌پرسد آیا در مورد ما به غیر حکم الله قضاوت می‌کنی؟ و بعد از آن، مطالبه بینه را مطرح می‌فرمایند؛ یعنی در مقدمه تلویحا می‌گویند که اماره بودن ید بر مالکیت از احکام الهی است. البته باید توجه داشت که شارع یک امر متداول و متعارف بین مردم را امضا کرده، نه این که در مقام تشریح و تأسیس چنین حکمی بوده باشد.

۵. ارزیابی ادله

با نظر در مستندات ذکر شده استنباط می‌شود که دلیل و مستند اصلی قاعده، همان بنای عقلا و رویه خردمندان است و مفاد روایات و نصوص در واقع اشاره به همان ارتکاز عقلی است و جمله‌ای که حضرت صادق (ع) در پایان روایت حفص بن غیاث به عنوان حکمت و وجه ضرورت اعمال قاعده ید بیان فرموده‌اند، شاهد این مدعا است. آن حضرت در توجیه قاعده ید می‌فرمایند: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق». ایشان با این بیان، لزوم تأمین رونق زندگی اقتصادی و استحکام بخشیدن به دادوستدها و حسن جریان امور در روابط اجتماعی و مدنی را که مطلوب عقل و شرع است، انگیزه پذیرش قاعده فوق معرفی کرده‌اند.

۶. اماره بودن ید

متصرف مال ممکن است مالک واقعی آن باشد و یا با اجازه مالک، در آن تصرف کند، همچنان که ممکن است بر خلاف رضایت مالک بر آن سیطره یافته، عدوانا و غاصبانه آن را در اختیار خویش گرفته باشد.

مفاد قاعده ید این است که استیلا و سلطه فرد بر شیء، مثبت مالکیت آن شخص است و همان طور که خواهیم گفت، طبع اصلی و اولیه تسلط انسان بر شیء، نشانه مالکیت شخص و ملک بودن شیء است، مگر آن که خلافش ثابت شود. با این بیان معلوم می‌گردد که بی‌شک قاعده ید از امارات معتبر موضوعی است، نه از اصول، چرا که مفاد قاعده مزبور کاشفیت و طریقت به واقع است و به همین علت، حجیت یافته است.

کلیه امارات در معارضه با اصول، تقدم می‌یابند و لذا در آینده خواهیم گفت که ید بر استصحاب مقدم است.

۷. مبانی اماره بودن ید

در مورد مبانی اماره بودن ید بین فقها دو نظر وجود دارد که به توضیح مختصر هر یک می‌پردازیم:

الف) گروهی از فقها عقیده دارند که چون در جامعه غالبا «ید مالکانه» بر «ید عدوانی» غلبه دارد، بنا بر قاعده غلبه، غالب بودن ید، دلیل و نشانه مالکیت است. در اصطلاح فقه گفته می‌شود: «الظن یلحق الشیء بالأعم الاغلب»، یعنی هرگاه در مورد چیزی شک حادث شود، امر مشکوک به مورد غالب و رایج ملحق می‌شود. بنا بر عقیده این دسته از فقها، هرگاه مالی در ید فردی مشاهده شود، چون متعارف و معمول در جامعه این است که غالب و اکثر ایادی مالکانه‌اند، در موارد شک، مورد را محمول و ملحق به موارد غالب و کثیر دانسته، ید را مالکانه و غیر غاصبانه و دارنده شیء را مالک تلقی می‌کنیم.

ب) نظر دیگر این است که اماره بودن ید بر مالکیت، به علت غلبه موارد ید مالکانه در جامعه نیست، بلکه طبیعت و اقتضای اولیه و اصلی این است که وجود شیء در ید شخص، دلیل بر تسلط مالکانه آن شخص بر آن شیء باشد. این بحث، شبیه بحث استعمال حقیقی و مجازی لفظ است؛ توضیح این که از نظر اصولی، لفظ در معنای حقیقی و مجازی هر دو استعمال می‌گردد.

حال اگر به لفظی برخورد کنیم و ندانیم که مراد گوینده از آن، معنای حقیقی است یا مجازی، بنا بر قاعده اصولی می‌گوییم مقتضای اصل، استعمال لفظ در معنای حقیقی است، مگر این که خلاف آن ثابت شود. در اینجا هم قضیه به همان صورت است؛ یعنی اصل این است که وجود شیء در تصرف شخص، اماره بر مالکیت شخص بر آن شیء است، مگر این که خلاف آن ثابت شود. با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد که نظریه دوم موجه‌تر و منطقی‌تر است.

۸. تعارض بینه و ید

پر واضح است که امارات از نظر اعتبار و ضریب کاشفیت از واقع، با یکدیگر مساوی نیستند و لذا چه بسا از میان دو اماره به هنگام تعارض با یکدیگر، یکی بر دیگری غلبه کند.

بنابراین می‌توان گفت: ید اماره بر مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

مقصود از اثبات خلاف لزوماً این نیست که با دلیل قطعی و جزمی، خلاف مدلول ید به اثبات برسد، بلکه چنانچه اماره قانونی دیگری که کاشفیت و طریقت آن اقوا از ید باشد بر خلاف مدلول ید اقامه گردد، خواه ناخواه مفاد ید در آن مورد اماره نخواهد بود. مثلاً چنانچه گواهان عادل بر خلاف مدلول ید شهادت دهند، یعنی مالک فعلی را کسی غیر از ذوالید معرفی کنند، ید از اعتبار می‌افتد و به نفع صاحب گواهان قضاوت خواهد شد.

۹. تعارض اصل استصحاب با قاعده ید

گاهی بین اصل استصحاب و قاعده ید تعارض پیش می‌آید. در این موارد باید دید در مقام معارضه کدامیک از این دو حاکم است؟

در اینجا فرصت بحث فنی مفصل نیست. فقط باید گفت فقها متفق القولند که در مقام معارضه، ید بر استصحاب اولویت دارد؛ زیرا استصحاب «اصل» است و ید «اماره». «۱» به علاوه وجه تقدم ید بر استصحاب این است که اعتبار ید به امضای شارع رسیده و چون موارد بسیار نادری وجود دارد که استصحاب باید معارضه نداشته باشد، اگر استصحاب را همه جا حاکم بدانیم به علت وسعت دایره شمولش، جایی برای قاعده ید باقی نمی‌ماند. توضیح این که غالباً ید و مالکیت، مسبوق به عدم است و کمتر موردی وجود دارد که مسبوق به عدم نباشد؛ یعنی اصل بر این است که اموال تحت ید اشخاص، مسبوق به عدم تصرفند و تصرف آنان امری حادث است. پس با توجه به سابقه عدم، اگر اصل استصحاب را جاری کنیم تقریباً در اغلب موارد باید در مورد اعتبار ید حاضر شک کرده، مورد را ملحق به سابق بدانیم و با جاری کردن اصل استصحاب نتیجه بگیریم که ید حاضر معتبر نیست؛ حال آن که می‌دانیم شارع ید را معتبر می‌داند و حتی عدم اعتبار آن را باعث هرج و مرج در روابط مردم دانسته است. پس با توجه به این که شارع کار لغو نمی‌کند، حتماً برای ید میدان اعتبار و حکومتی وجود دارد. اینجا است که ید به عنوان خاص، اصل استصحاب را که عام است محدود می‌کند و در موارد اختلاف بر آن تقدم می‌یابد.

نحوه تعارض استصحاب با مفاد قاعده ید دو گونه است: گاه درست در مورد مفاد قاعده ید جاری می‌گردد؛ مانند آن که تردید در مالکیت ذوالید است که در اینجا قاعده ید، اماره بر مالکیت است، ولی در مقابل، از آنجا که حالت سابقه، عدم مالکیت ذوالید است، مفاد اصل استصحاب بر عدم مالکیت دلالت می‌کند. این گونه استصحاب‌ها که در عرض قاعده ید جاری می‌گردند، همان طور که گفته شد محکوم و مغلوب قاعده ید هستند.

ولی گاه مجرای استصحاب در طول قاعده ید و مبین موضوع آن است؛ مثل آن که سابقه تصرف ذو الید، عدوانی و یا غیر مالکی، و در حال حاضر تردید در تبدیل حالت سابقه باشد. در اینجا، مفاد قاعده ید، مالکیت ذو الید است و نتیجه استصحاب، عدم مالکیت او و به عبارت دیگر، استصحاب حالت سابق ید با مدلول فعلی ید معارضه دارد.

در خصوص استصحابات نوع اخیر در معارضه با مدلول ید، مرحوم میرزای نایینی و پیروانش معتقدند که استصحاب، موضوع ید را منتفی می‌سازد؛ زیرا قاعده ید در موارد مشکوک جاری است و چون با اجرای استصحاب، تعبدا و تنزیلا شک مرتفع می‌گردد، جایی برای اماریت ید باقی نمی‌ماند. این نظر توسط بعضی از معاصران و متأخران میرزا مورد انتقاد قرار گرفته و بر حکومت مطلق ید ابراز عقیده شده است. «۱»

اختلاف نظر فوق در مباحث آینده مؤثر است که در جای خود جداگانه به آن اشاره خواهد شد.

۱۰. حاکمیت ید در غیر مقام تنازع

در مورد تصرف شخص نسبت به مال سه حالت به شرح زیر متصور است:

۱. در مورد مالی که فعلا در ید شخص است، شک داریم که آیا شخص مذکور از ابتدا تصرف مالکانه کرده یا غیر مالکانه، مثلا به عنوان عاریه یا اجاره. در اینجا شک نیست که قاعده ید حاکم است و به استناد آن، ید فعلی را مالکانه می‌شناسیم.

۲. یقین وجود دارد که مال، مسبوق به تصرف مالکانه است، اما شک می‌کنیم که آیا ید فعلی، مالکانه است یا غیر مالکانه. در اینجا هم بنا بر قاعده ید و نیز اصل استصحاب، ید حاضر را مالکانه تلقی می‌کنیم.

۳. یقین داریم ید سابق شخص مالکانه نبوده و مثلا ناشی از اجاره یا عاریه یا تصرف عدوانی (غصب) بوده است و حال تردید می‌کنیم که آیا ید غیر مالکانه سابق به ید مالکانه تبدیل شده یا همچنان غیر مالکانه باقی مانده است.

در مورد حالت سوم بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. مرحوم نایینی و به پیروی از ایشان گروهی می‌گویند: قاعده ید حاکمیت ندارد، زیرا:

اولا ملاک قاعده ید که غلبه و کاشفیت نوعی است در اینجا مصداق ندارد، زیرا متعارف و معمول بین مردم این است که ید عاریه و ید اجاره و ید عدوانی جز در موارد نادر به ید مالکانه تبدیل نمی‌شود، یعنی غلبه با ادامه ید غیر مالکانه است و مقتضای غلبه چنین است که ید غیر مالکانه به ید مالکانه منتهی نمی‌شود. بهترین دلیل این مدعا، رویه جاری بین عقلا است که در عقد اجاره، بین موجر و مستأجر مکتوبی رد و بدل می‌شود که مثبت مالکیت موجر و ید غیر مالکانه مستأجر است و در مقام تنازع و ترافع، اجاره‌نامه مذکور مثبت مالکیت موجر و غیر مالکانه بودن تصرفات مستأجر است و چنانچه مستأجر مدعی مالکیت است باید این امر را به اثبات برساند.

ثانیا اگر چه ید، اماره بر مالکیت است، ولی اماریت آن فقط در موارد مشکوک کارایی دارد و چنانچه حالت تردید توسط عامل دیگری مرتفع گردد، اماره بودن ید از اعتبار ساقط می‌شود. حال با توجه به استصحاب حالت سابقه (تصرف غیر مالکانه) و اعتبار استصحاب، شک و تردید برطرف می‌گردد و محلی برای اماریت ید باقی نمی‌ماند. «۱»

بنا به نظر فوق، ید در این حال، اصالت و اعتبار ندارد و اصل، بقای حالت غیر مالکانه سابق است.

گروه دیگری از فقها ید را در مورد مذکور حاکم می‌دانند که به نظر می‌رسد این عقیده بیشتر قابل دفاع است. در دفاع از نظر اخیر می‌گوییم:

شک نیست که در مقام ترافع نزد محاکم، موضوع حالت دیگری دارد و نظر میرزای نایینی و پیروانش به شرح بالا ممکن است صحیح و قابل قبول باشد که در مسأله بعد مورد بحث قرار خواهد گرفت، هر چند که در همان مسأله هم به طور مطلق این عقیده را نخواهیم پذیرفت؛ اما در ما نحن فیه، یعنی در غیر موارد منازعه و مخاصمه چطور؟ آیا در مواردی که ید سابقا غیر مالکانه بوده و فعلا هم مدعی و معارضی در بین نیست و از طرفی ذو الید هم در مال تصرفات مالکانه می‌کند نباید او را مالک شناخت؟ یعنی چنانچه مثلا مال توسط ذو الید در معرض معامله قرار گیرد آیا دیگران به استناد سابقه عدم مالکیت باید از معامله با او خودداری کنند و ید او را معتبر نشناسند یا آن که ید در این مورد واجد اعتبار و ارزش است و دیگران می‌توانند به استناد استیلا و ید فعلی با او معامله کنند، مگر این که دلیل و اماره‌ای بر عدم مالکیت فعلی او اقامه گردد؟

به نظر می‌رسد چنانچه منازعی نباشد و ذو الید را مشاهده کنیم که پس از تصرف غیر مالکانه، با گذشت مدتی، به شکل مالکانه دخل و تصرف می‌کند، و آن را تعمیر می‌کند یا تغییرات اساسی در آن می‌دهد، اگر مال در معرض فروش قرار گیرد، نسبت به معامله با چنین صاحب یدی اشکالی وجود ندارد؛ چرا که عقلا در این مورد هم برای ید اماریت قائلند و تردیدی در مالکیت ذو الید نمی‌کنند و عمل خردمندان برای ما بهترین دلیل است.

البته در مواردی که ید، مسبوق به تصرف عدوانی است و مدت زیادی از این تصرف عدوانی نمی‌گذرد، بعید نیست که قاعده ید را حجت ندانیم، زیرا عقلا در این گونه موارد به تفحص و تحقیق می‌پردازند و بی‌درنگ مالکیت ذو الید را قبول نمی‌کنند.

اما در خصوص نکته‌ای که راجع به جریان استصحاب گفته شده، به نظر می‌رسد باتوجه به این که ید اماره است و استصحاب اصل، و اماره مطلقا بر اصل مقدم است باید گفت ید همیشه بر استصحاب تقدم دارد و مختص به حالتی که در کلام ایشان مذکور است، نیست.

۱۱. حاکمیت ید در مقام تنازع

در مباحث قبلی دیدیم که مردم با ذو الید همچون مالک رفتار می‌کنند؛ به این نحو که مثلا مال را از او می‌خرند یا آن را به عنوان رهن از او قبول می‌کنند، آن هم به این اعتبار که اموال تحت ید اصولا متعلق به او (ذو الید) هستند.

در مقام بررسی میزان ارزش ید در مقام مرافعه ذو الید با مدعی مقدمتا باید گفت چنان که قبلا گفته شد ید بر استصحاب مقدم است و در مقام معارضه بر آن حاکمیت دارد، ولی حاکمیت و اولویت ید بر استصحاب به این معنا نیست که ید در همه حالات بر کلیه بینات تقدم و اولویت دارد، بلکه برعکس، بینه بر ید مقدم است؛ زیرا طبق اصول، ید اعم از این که آن را اماره بدانیم یا از اصول عقلایی به شمار آوریم، تاب مقاومت در برابر بینه را ندارد.

در مقام معارضه ذو الید با مدعی نزد دادگاه حالات مختلفی ممکن است حادث شود:

۱. اگر مدعی فاقد بینه باشد ذو الید با استناد به ید، دعوی او را باطل می‌کند و با اتیان سوگند که اقدامی احتیاطی و تکمیلی است نزاع خاتمه می‌یابد.

۲. اگر برای دادگاه مسلم باشد که ملک مورد اختلاف سابقاً متعلق به شخص ثالث بوده و در این حالت، ذو الید می‌گوید آن را از ثالث خریده و مدعی نیز چنین ادعایی دارد، ید ذو الید حجیت دارد و دعوای مدعی باطل است. در این حالت فرق نمی‌کند که مالکیت سابق از چه راهی برای دادگاه احراز شده است.

۳. اگر میان طرفین نسبت به حالت سابق مال اختلافی نباشد و برای دادگاه مسلم باشد که مال مورد اختلاف سابقاً متعلق به مدعی بوده، ولی نحوه انتقال آن به ذو الید مشخص نباشد، اما ذو الید مدعی شود که مال به ناقل قانونی به او منتقل شده، ولی طرف او ادعا کند که تصرف ذو الید غصبی است، مورد از مصادیق تعارض اماره ید با اصل استصحاب است که در این حالت، ید بر استصحاب مقدم است و در اینجا هم ذو الید با اتیان سوگند، دعوای مدعی را باطل می‌کند.

۴. در این حالت بر خلاف سه حالت قبل، مدعی که علیه ذو الید اقامه دعوا کرده دارای بینه است، ولی بینه دلالت دارد که مال سابقاً متعلق به مدعی بوده است. فرق این مورد با حالت سوم این است که در اینجا مدعی فعلاً ادعا دارد که مال متعلق به او است و ذو الید نیز چنین ادعایی دارد؛ النهایه مدعی برای اثبات دعوای خویش گواه آورده، ولی گواهان در مقام گواهی می‌گویند ما شهادت می‌دهیم که مال سابقاً از آن مدعی بوده، ولی در خصوص وضعیت فعلی اطلاعی نداریم و بنابراین در این باره که مال به چه نحو به دست ذو الید افتاده - قانونی یا غیر قانونی - دلیلی در دست نیست.

در خصوص حالت چهارم اختلاف نظر بین فقها زیاد است. بعضی عقیده دارند در این حالت ید بر بینه مقدم است «۱» و گروهی عقیده عکس دارند. «۲»

به نظر می‌رسد در این مورد نیز ید بر بینه مقدم است؛ زیرا بینه اقامه نشده که مال فعلاً متعلق به کیست، بلکه بینه اقامه شده فقط حاکی از این است که مال سابقاً متعلق به مدعی بوده است. بنابراین تعارض میان اماره ید و شهادت برقرار نشده، بلکه مورد از مصادیق تعارض میان ید و استصحاب است و همان طور که گفته شد، تقدم ید بر استصحاب قول اقوا است و از میان بزرگان فقه صاحب جواهر و سید بحر العلوم در این مقام، ید را مقدم داشته‌اند.

صاحب جواهر می‌گوید: «استصحاب صلاحیت ندارد با آنچه مقتضای ید است، یعنی «ملکیت فعلیه» معارضه کند، زیرا آنچه ید اقتضا می‌کند، حاکم بر استصحاب است.» «۳»

سید بحر العلوم در بحث قاعده ید می‌گوید: اگر بینه نسبت به زمان سابق شهادت بدهد، این امر به اعتبار ید فعلی ضربه نمی‌زند، زیرا بین آن‌ها تناقضی نیست؛ چرا که زمان مدلول ید با زمان مدلول بینه مختلف است. در نتیجه می‌توان گفت حتی اگر به موجب بینه ثابت بشود که مدعی سابقاً مالکیت داشته، ید فعلی متزلزل نمی‌شود. «۴»

باید توجه داشت که این حالت نیز از مواردی است که میان میرزای نایینی و پیروانش با دیگر فقها اختلاف نظر وجود دارد. میرزای نایینی معتقد است که در این گونه موارد، مدلول استصحاب بیان‌کننده موضوع ید است، چون کیفیت تصرف را مشخص می‌کند و بنابراین در طول ید است نه در عرض آن و از این رو بر ید مقدم است؛ اما فقهای معاصر ایشان، مخالف این عقیده هستند. «۱»

خلاصه آن که میان حالت چهارم با حالت سوم از نظر قواعد اصولی تفاوتی وجود ندارد و تنها تفاوت در منشأ علم نسبت به حالت سابق است که در حالت سوم، علم دادگاه از طریق عدم نزاع طرفین و یا طرق دیگر تحصیل شده، اما در حالت چهارم، دادگاه از طریق بینه‌ای که توسط مدعی اقامه شده حالت سابق مال را احراز کرده و لذا هر دو مورد از مصادیق تعارض مفاد استصحاب با «ید» است.

۵. اگر مدعی با اقامه بینه ثابت کند که فعلا مال متعلق به او است قطعاً بینه بر ید مقدم است و مدعی با اثبات موضوع، مال را تصاحب می‌کند.

۶. در این حالت، پس از وقوع نزاع، صاحب ید اقرار می‌کند که ملک سابقاً متعلق به مدعی بوده، ولی به سبب ناقلی به او رسیده است. در این مورد فقها اختلاف نظر دارند.

مشهور آنان معتقدند در اینجا دعوا منقلب می‌شود؛ به این ترتیب که ذو الید تا این مرحله منکر و طرف مقابل مدعی بود، ولی پس از اقرارش به مالکیت سابق مدعی، از حیث اثبات انتقال به ناقل قانونی، مدعی تلقی می‌شود و باید بینه اقامه کند و نمی‌تواند با وجود اقرار به ید سابق مدعی، به استناد ید فعلی از اقامه بینه معاف گردد. «۲»

در مقابل، گروه کمتری نظریه مشهور را نپذیرفته، بر اماریت ید در این مورد هم حکم صادر کرده‌اند. «۳»

قانون مدنی ایران به پیروی از نظریه مشهور در این مورد در ماده ۳۷ می‌گوید: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشار الیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر این که ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.»

در توجیه فقهی نظریه مشهور باید گفت: معنای ادعای صاحب ید فعلی مبنی بر این که مال سابقاً متعلق به مدعی بوده این است که مال با خرید یا ناقل دیگری به او منتقل شده است. به عبارت دیگر، ذو الید می‌گوید مال از آن من است، در حالی که قبلاً مال مدعی بوده و با ناقل صحیح به او منتقل شده است.

مخالفتان مشهور در توجیه نظریه خود به وجوهی تمسک و بر مشهور ایراداتی وارد کرده‌اند که توسط فقهای دیگر مخدوش و مردود اعلام شده‌اند. «۱»

بعضی از شارحان قانون مدنی به یکی از وجوه مخالف مشهور تمسک جسته، بر مفاد و مدلول ماده ۳۷ قانون مدنی بدین شرح ایراد کرده‌اند:

«اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی نمی‌تواند اماره قانونی تصرف را که حاکی از مالکیت فعلی می‌باشد، متزلزل نماید، زیرا بین مالکیت سابق مدعی و مالکیت فعلی متصرف تعارضی وجود ندارد. اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی، مانند اثبات مالکیت سابق از طرف خود مدعی می‌باشد و حال آن که قانون مدنی امر اخیر را موجب تزلزل اماره قانونی تصرف ندانسته است.» «۲»

به نظر می‌رسد همان طور که در کتب فقهای امامیه در رد این استدلال گفته شده، در نظریه فوق، مقام اثبات و مقام ثبوت مخلوط شده است. منظور از مقام ثبوت، واقع و عینیت خارجی است، در حالی که مقام اثبات، مرحله اقامه بینه و به ثبوت رساندن ادعا است. درست است که از نظر ثبوتی، مالکیت سابق مدعی با مالکیت فعلی متصرف مانعاً الجمع نیست و تعارض و تناقض ندارد، زیرا از حیث زمان، وحدت ندارند و امکان مالکیت دو نفر بر شیء واحد در دو زمان مختلف نیز متصور و ممکن است، اما در اینجا اختلاف در مرحله اثباتی است، یعنی چون اماریت ید بر مبنای سیره عقلا معتبر است و با مراجعه به عرف عقلا این نکته ثابت می‌شود که آنان تصرف را صرفاً مثبت مالکیت می‌دانند نه مثبت انتقال به وجه صحیح از مالک سابق به مالک لاحق، اگر بخواهیم با وجود اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی، اماره تصرف ذو الید را قاطع و مؤثر بدانیم، در واقع از این اماره انتظارات زیر را داریم:

الف) اثبات مالکیت متصرف،

ب) اثبات انتقال مال به ناقل صحیح از مالک سابق به ذو الید فعلی،

و بدیهی است که انتظار دوم را عقلا صحیح نمی‌دانند. بنابراین در ما نحن فیه، ید فقط می‌تواند مثبت مالکیت باشد و نمی‌تواند ثابت کند که مال به ناقل قانونی و صحیح به ذو الید انتقال یافته است.

فرق بین این مورد با موردی که دادگاه مالکیت سابق را احراز کرده و یا بینه بر مالکیت سابق اقامه گردیده، این است که در آن موارد صرفاً تعارض بین ید با مدلول استصحاب محقق است و لذا همان طور که در آنجا گفته شد، ید بر استصحاب غلبه دارد؛ اما در اینجا ذو الید با اقرار خویش نسبت به مالکیت سابق مدعی و دعوی انتقال مال به خود، آن هم به وجه صحیح، تبدیل به مدعی گردیده است. به عبارت دیگر، ذو الید ابتدا چنین ادعا می‌کند که ملک با ناقل قانونی و صحیح به وی منتقل شده و تصرف خویش را مستند این ادعا قرار داده است و چون همان طور که گفتیم تصرف صرفاً از نظر عقلا اماره بر مالکیت است و نمی‌تواند اثبات کند که انتقال به وجه صحیح صورت گرفته یا نه، از اثبات مدعی ذو الید قاصر خواهد بود.

۱۲. کاربرد قاعده ید در موارد احتمال وقفیت

در استقرار ید نسبت به عین سه حالت متصور است:

۱. عین (شیء تحت ید) ذاتاً قابل نقل و انتقال است و از این حیث رادع و مانعی وجود ندارد؛ یعنی آن شیء با اسباب مملکه نظیر بیع و هبه و ارث قابل انتقال به دیگری است.

در این مورد، اختلافی نیست و همه فقها در مورد این گونه اموال، ید را مثبت تعلق شیء به شخص می‌دانند.

۲. معلوم نیست عین قابل نقل و انتقال است یا نه، یعنی مشخص نیست از اموال طلق است یا مثلاً وقف. در این مورد، اطلاقات و اقتضای طبیعی و اولیه، ید را دلیل مالکیت می‌داند و اصولاً ثمره اعتبار ید همین جا است، زیرا اگر ید را در این حالت معتبر ندانیم بین مسلمانان هرج و مرج پیش می‌آید و بنا به فرموده حضرت صادق (ع) برای مسلمانان بازاری باقی نمی‌ماند. «۱» پس در این حالت یقیناً قاعده ید حکمفرما خواهد بود.

۳. یقین داریم که مال سابقاً وقف بوده و طلق نبوده، اما اکنون در دست شخصی است که در آن تصرفات مالکانه می‌کند و احتمال دارد که مال با مجوز قانونی از ذو الید قانونی به ذو الید فعلی منتقل شده باشد. در این مورد بین فقها راجع به حاکمیت قاعده ید اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها ید را معتبر و حاکم می‌دانند، «۱» ولی برخی دیگر نظیر محقق نایینی ید را در این مقام حاکم نمی‌دانند «۲». بنابراین، هرگاه عینی در ید فردی است و یقین داریم که سابقاً وقف بوده و حال، شخصی مدعی مالکیت آن می‌شود- با این توجیه که عین مزبور را به علت بروز فساد با مجوز قانونی خریداری کرده است- آیا وجود ید، مثبت مالکیت محسوب می‌شود یا خیر؟ به موجب نظریه اول، پاسخ مثبت است و طبق نظریه دوم، منفی. مختصر استدلال‌های هر یک از دو نظریه به شرح زیر است:

در توجیه نظریه نخست گفته شده که مورد یا از مصادیق تعارض ید با استصحاب است یا از موارد تعارض ید فعلی با «ید» وقفی سابق که در هر صورت، ید فعلی حاکمیت دارد و تا وقفیت فعلی و تصرف غاصبانه ذو الید به اثبات نرسد، از وی خلع ید نمی‌شود. پیروان این نظریه اضافه می‌کنند که چنین توجیهی در صورتی معتبر است که حالت سابق وقفیت به طرق دیگری

غیر از اقرار ذو الید در دادگاه به اثبات رسیده باشد؛ ولی اگر ذو الید خود اقرار کند که ملک مورد تصرفش سابقا وقف بوده و او آن را با مجوز قانونی از صاحبان وقف خریده، ید او فاقد اعتبار می‌شود و به اصطلاح قضایی، دعوا منقلب می‌گردد و ذو الید که تا حال منکر و بی‌نیاز از آوردن بینه بود، به مدعی تبدیل می‌شود و تکالیف مربوط به اقامه دلیل بر او بار می‌شود؛ زیرا از این زمان به بعد وی از دو نظر مدعی خواهد بود: یکی از لحاظ ادعای وجود مجوز قانونی برای فروش وقف و دوم ادعای تحقق خرید که هر دو، خلاف اصل است و باید به اثبات برسد. «۳»

اکثر علمای معاصر با این نظر موافقند «۴» و رویه قضایی نیز بر همین نظریه مستقر است. «۱»

مرحوم نایینی در توجیه نظریه خویش می‌گوید: ید هنگامی اماره بر مالکیت است که مال مورد تصرف طبعاً قابلیت فعلی برای نقل و انتقال را دارا بوده و مورد حبس و وقف قرار نگرفته باشد. در این باره، مجرد امکان تحقق یکی از مجوزات انتقال موقوفه کافی نیست و به عبارت دیگر، ید به طور اجمال، اماره‌ای است بر این که مال به یکی از اسباب ناقل شرعی - بدون آن که سبب مذکور تعیین و مشخص گردد - به ذو الید انتقال یافته، ولی این اماریت پس از فراغت از آن است که قابلیت نقل و انتقال مال احراز گردد و در وقف چنین نیست، زیرا عین موقوفه علی‌الاصول قابلیت نقل و انتقال ندارد، بلکه نخست، دست کم باید یکی از مجوزات فروش وقف پدیدار گردد و سپس به دیگری انتقال یابد و اماره ید فقط متکفل جهت دوم، یعنی انتقال به ذو الید است و نمی‌تواند جهت اول را تأمین کند و از این رو برای اثبات آن باید به وسیله دیگری غیر از اماره ید متمسک شد؛ مضافاً این که جهت اول، به منزله موضوع برای جهت دوم است و با استصحاب عدم حدوث آن (مجوزات فروش وقف) ید از اعتبار ساقط می‌گردد؛ زیرا استصحاب در اینجا با مدلول مطابقی، موضوع ید را مرتفع می‌سازد. «۲»

در اینجا مرحوم نایینی بر نظر خویش ایرادی به این شرح وارد می‌سازد: «[ممکن است گفته شود] اگر ید اماره نقل و انتقال مال به ذو الید است، لازمه‌اش این است که قبلاً یکی از مجوزات فروش وقف تحقق یافته باشد و این دو امر لازم و ملزوم یکدیگرند، بنابراین ید همچنان که نقل و انتقال را به ثبوت می‌رساند، تحقق یکی از مجوزات نقل و انتقال را نیز ثابت می‌کند».

میرزای نایینی در پاسخ به ایراد خود ساخته‌اش می‌گوید: «این ایراد وارد نیست، زیرا همان طور که گفته شد، قابلیت نقل و انتقال مال به منزله موضوع است برای نقل و انتقال، نه از لوازم و ملزومات».

آنگاه ایشان برای اثبات مدعای خویش به ذکر مثالی به شرح زیر می‌پردازد:

اگر شک شود که آنچه در تصرف شخص قرار دارد سرکه است یا شراب و بدانیم که قبلاً خمر بوده، مجرد تصرف و اقامه این ادعا که ید، اماره بر ملکیت است و چون خمر قابل تملک نیست، شیء مورد تردید باید سرکه باشد، زیرا اماره لوازم را نیز ثابت می‌کند، نمی‌تواند مثبت سرکه بودن مایع تحت تصرف شخص مذکور شود؛ چرا که در این مثال، صحبت از نفس مالکیت است، نه از لوازم ملکیت. به عبارت دیگر، تردید در خود موضوع است و ید نمی‌تواند آن را ثابت کند، یعنی ید نمی‌تواند اماره تبدیل خمر به سرکه باشد و استصحاب بقای حالت خمیریت، حاکم بر ید است.

در موضوع بحث ما، تصرف در شیئی که سابقاً وقف بوده مانند تصرف در آن چیزی است که در سابق خمر بوده و لذا همان طور که ید نمی‌تواند اماره‌ای بر سرکه گردیدن خمر باشد، نمی‌توان در مورد وقف، آن را اماره‌ای بر تحقق یکی از مجوزات بیع عین موقوفه به شمار آورد. «۱»

همان طور که ملاحظه می‌شود مرحوم نایینی از دو لحاظ ید را محکوم دانسته است؛ یکی از لحاظ ناتوانی قاعده مزبور از اثبات وجود مجوز قانونی معامله موقوفه و دیگر از لحاظ حاکمیت استصحاب، که با توجه به جریان آن در موضوع ید، باعث می‌شود ید از اعتبار ساقط شود.

استدلال مرحوم نایینی از هر دو لحاظ مورد انتقاد و ایراد فقیه و اصولی بزرگ معاصر ایشان مرحوم آقا ضیاء الدین عراقی قرار گرفته و شاگردان و متأخران ایشان هم بر ایرادات افزوده‌اند. «۲»

به نظر می‌رسد عدم جریان قاعده ید را می‌توان پذیرفت، ولی نه با استدلال و توجیهات مرحوم نایینی یا به خاطر حاکمیت استصحاب، بلکه صرفاً به خاطر ناتوانی ادله حجیت و اعتبار قاعده ید؛ توضیح این که:

اصل و اقتضای وقف، حبس و مقید بودن مال است و جز در موارد نادر، نظیر خوف خرابی موقوفه یا وجود تنازع شدید بین موقوف علیهم متولیان و ارباب وقف، اصل بر این است که موقوفه به بیع یا ارث مورد انتقال قرار نمی‌گیرد. همچنین با توجه به این که انتقال موقوفه باید فقط در موارد اضطرار و ضرورت صورت گیرد و اقتضای طبع وقف، حبس مال است، مادام که دلیل محکم و بینه مستحکمی بر دگرگون شدن طبع اولیه وقف و پیش آمدن حالت اضطرار اقامه نگردیده نمی‌توان از آن دست برداشت. پس به موجب این استدلال، ید در این مقام اعتبار ندارد، بلکه برعکس باید مال را باقی بر وقف بدانیم.

به علاوه، ادله حجیت ید از قبیل اجماع و سیره مسلمانان و روایات نیز در این مقام، مثبت اعتبار و حاکمیت ید نیستند و از بنای عقلا نیز نمی‌توان استفاده کرد؛ زیرا عقلا در مورد مالی که سابقه وقف داشته اصولاً درنگ کرده، برای نقل و انتقال آن تفحص می‌کنند. پس بنای عقلا در این مورد به نفع اعتبار ید نیست، بلکه به نظر عقلا چنین مالی به وقفیت سابق خود باقی است، مگر خلاف آن ثابت شود. بنابراین، چون تبدیل وقف به طلق و رفع ید از مال محبوس در موارد خاصی صورت می‌گیرد و اصل، بقای وقف است، بنا بر قاعده «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها»، اثبات هر امر خلاف اصل نیاز به دلیل خاص دارد؛ یعنی مدعی مالکیت باید خروج مال از وقفیت و نحوه انتقال را اثبات کند و با استناد به ید از این تکلیف فارغ نمی‌شود.

با توجه به استدلال فوق کاملاً روشن است که عدم اعتبار ید در خصوص موردی که مال سابقه وقفیت داشته، صرفاً معلول ویژگی وقف و طبع و مقتضای ذات آن و ناتوانی دلایل اعتبار قاعده ید است و لذا نباید پنداشت که ید در این مورد، محکوم و مغلوب استصحاب شده است، چرا که در شرایط عادی، ید حاکم و غالب بر استصحاب است. از این رو در مورد تنازع و اثبات مالکیت سابق مدعی، ید را محکوم ندانسته، در غیر مورد منازعه، با علم به عدم سابقه مالکیت ذوالید، بازهم اماره تصرف فعلی را مؤثر می‌شناسیم، ولی در ما نحن فیه، آنچه خردمندان را در استناد به تصرف مردّد می‌سازد، خصوصیت وقف و اقتضای بقا و دوام آن است.

۱۳. حاکمیت ید در منافع

وضعیت قاعده ید و کیفیت اعتبار آن نسبت به اعیان، یعنی اشیای واقعی موجود در خارج را بررسی کردیم. حال می‌خواهیم ببینیم آیا قاعده ید و اعتبارات و آثار مترتب بر آن نسبت به منافع اعیان نیز مصداق دارد یا منحصر به اعیان و اشیای خارجی است؟ در این باره میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

مرحوم نراقی - که عده‌ای از فقها نیز با او هم‌سخن هستند - در کتاب عوائد «۱» نظریه‌ای را مطرح می‌کند که به موجب آن، قاعده ید در منافع اعتبار ندارد. ایشان در توجیه نظریه مزبور به طور خلاصه چنین استدلال می‌کند:

متبادر از لفظ ید، استیلا بر عین است و عین عبارت است از اشیای واقعی موجود و مستقر در خارج. ید به این اعتبار، شامل آنچه تدریجا به وجود می‌آید و یک جا و یک مرتبه مستقر نیست نمی‌شود؛ یعنی بر اموری که هنوز ایجاد نگردیده نمی‌توان وضع ید کرد. بنابراین، منافع اعیان که تدریجا ایجاد می‌گردند، قابلیت اعمال ید ندارند و اگر در مورد منافع، «ید» استعمال می‌گردد، ناظر به منافی است که ایجاد گردیده، یعنی فعلیت یافته‌اند و اطلاق ید بر منافی که تحقق نیافته و در آینده ایجاد خواهند شد ناصحیح است و نسبت به منافع در این مفهوم، قاعده ید قابل اعمال نیست. «۲»

اما به نظر می‌رسد طرح قضیه به این صورت خالی از اشکال نیست؛ زیرا وقتی گفته می‌شود ید در منافع معنا دارد، هرگز منظور این نیست که منافع، مستقل از عین قابل وضع ید است یا این که منافع از حیث قاعده ید در عرض عین است، بلکه معنای تسلط بر منافع، استیلا بر منافع به تبع عین است؛ چنان که تسلیم منافع نیز با تسلیم عین است. بهترین مثال در این مورد، عقد اجاره است. می‌دانیم که منظور از اجاره، استیفای مستأجر از منافع عین مستأجره در قبال پرداخت مال الاجاره به موجر است. پیرو عقد اجاره، مستأجر مالک منافع و موجر مالک مال الاجاره می‌شود. همان طور که می‌دانیم در اجاره، عین مستأجره به تصرف مستأجر داده می‌شود و از زمان قبض و اقباض، موجر مستحق اجرت می‌گردد.

پس استیفای منافع منوط به تسلیم عین مستأجره به مستأجر است و این امر لزوماً به مفهوم به تصرف دادن منافع عین نیز محسوب می‌شود. بنابراین از حیث قاعده ید، عین و منفعت در رابطه مستقیم با یکدیگرند، چنان که در مثال بالا به صرف تصرف مستأجر در عین مستأجره، موجر استحقاق دریافت مال الاجاره را پیدا می‌کند و لو این که هنوز واقعا استیفای منافع نشده باشد.

امام خمینی (ره) در کتاب الرسائل نظر مرحوم نراقی را با تفصیل بیشتر به شرح زیر مورد بحث قرار داده‌اند:

«ممکن است کسی بگوید منافع یک امر معدوم است و معقول نیست که تحت ید قرار بگیرد؛ با این استدلال که منافی که هنوز به وجود نیامده معدوم است و نمی‌توان یک امر معدوم را تحت ید قرار داد و اضافه بین موجود و معدوم غیر معقول است، زیرا ید یعنی استیلا و استیلا یک نوع رابطه و اضافه و نسبتی است بین مستولی و مستولی علیه، و این اضافه و نسبت و رابطه یک امر فعلی است و احتیاج به مضاف و مضاف الیه دارد. هر جا بخواهد نسبت و رابطه‌ای تحقق پیدا کند و اضافه‌ای صورت بگیرد باید مضاف و مضاف الیه موجود و هر دو هم فعلی باشند و نمی‌شود بین دو معدوم و یا یک موجود و یک معدوم اضافه و نسبتی برقرار کرد.» «۱»

ایشان پس از بیان استدلال مخالف به شرح فوق می‌فرمایند این یک استدلال کلامی است که قابل شنیدن نیست (کلام ممّا لا یصغی الیه). آنگاه به شرح بالا عقیده مخالفان را باطل اعلام و استنتاج می‌کنند که مخالفان در بیان استدلال مذکور، اضافه را مقولیه می‌گیرند، در حالی که اضافه ید، اعتباری است. در اضافه مقولیه یک نسبت غیر قابل تغییر وجود دارد، مانند رابطه بین پدر و فرزند. این رابطه قراردادی نیست و نمی‌شود آن را تغییر داد، در حالی که مالکیت از امور قراردادی و اعتباری است و بر خلاف مورد بالا قابل تغییر است و مضاف و مضاف الیه آن هر لحظه ممکن است عوض بشود. «۲»

با بیان فوق معلوم می‌شود ملکیت منافع قبل از تحقق منفعت از جمله چیزهایی است که عقلاً برایش اعتبار فائند؛ زیرا منشأ آن محقق گردیده است. مثلاً هنگامی که موجر، ملک خود را در اختیار مستأجر می‌گذارد برای این که در آینده از آن استیفای منفعت کند، عقلاً آن را معتبر می‌دانند و همان گونه که مالکیت بر عین را معتبر می‌شناسند، مالکیت بر منافع را نیز به تبع عین محقق می‌دانند.

همان طور که گفته شد، مهم‌ترین دلیل حجیت ید، بنای عقلا است. عقلا در زندگی روزمره همان گونه که برای استیلا بر عین ارزش و اعتبار قائلند، سیطره بر منافع را نیز معتبر می‌دانند. ثمره بحث وقتی ظاهر می‌شود که در خارج بر ما معلوم شود استیلا بر شیء، «ید» مالکی نیست. در این صورت هر چند «ید» نشان از مالکیت بر عین ندارد، ولی دلالت بر تعلق و مالکیت منافع اعیان به ذو الید دارد. به عبارت دیگر، حصول یقین به عدم تعلق مالکیت عین به ذو الید، لزوماً به معنای عدم مالکیت او بر منافع نیست، بلکه ید بر منافع باقی است و دلالت بر تعلق منافع به صاحب ید دارد. پس قبلاً وجود ید دلالت بر مالکیت صاحب ید بر عین و منافع داشت و وقتی معلوم شد که ید- نسبت به عین- مالکانه نیست، این علم و یقین خدشه‌ای در تعلق منافع به ذو الید ایجاد نمی‌کند و منافع مذکور همچنان متعلق به او محسوب می‌شوند.

برای روشن شدن بیشتر موضوع باید گفت: استقرار ید بر عین، گاهی مالکانه است و گاه ممکن است استیجاری، عاریتی و یا تولیتی باشد (مانند اوقاف) که در هر حال، امانی و غیر عدوانی است. ید ظاهراً و بالذات نمایانگر تعلق عین و منفعت به ذو الید است، ولی هرگاه با دلایل و قرائن خارجی معلوم شد که ید مورد بحث، دلالت بر مالکیت عین ندارد، این امر باعث نمی‌شود که دلالتش بر مالکیت منافع نیز سقوط کند، بلکه در این صورت، به رغم ثبوت غیر مالکانه بودن ید نسبت به عین، دلالت ید بر مالکیت منافع به قوت خود باقی و استوار می‌ماند. بیشتر علمای معاصر بر این نظرند. «۱»

نتیجه این که هرگاه خانه‌ای در تصرف شخصی باشد و ادعا کند که آن را اجاره کرده و در این حالت، شخص دیگری که در آن خانه ساکن نیست مدعی بشود که خانه در اجاره او است، اگر ید را در منافع حجت بدانیم، مدعی غیر ساکن باید بینه اقامه کند، ولی اگر ید را بر منافع حجت ندانیم، هر دو نفر باید اقامه بینه کنند.

البته چنانچه این نزاع بین مالک و ذو الید اتفاق بیفتد، به این معنا که ذو الید ادعا کند خانه را اجاره کرده و در مقابل، مالک بگوید اجاره نداده، بلکه مدعی آن را عدواناً تصرف کرده، ید نمی‌تواند مؤثر باشد و اعتباری ندارد؛ زیرا ید امانی قادر به مقابله با ید مالکی نیست و چون ید مدعی اجاره در فرض بالا، متلقى از ید مالک است، توان مقابله با ید مالک را ندارد و در تعارض ساقط می‌شود.

تفصیل و فرق قائل شدن بین این که طرف دعوا مالک باشد یا غیر مالک، مربوط به مورد نزاع است، اما در غیر موارد نزاع، مثل این که خانه‌ای در تصرف شخصی است و می‌گوید که در اجاره قرار دارد، چنانچه منازعی در میان نباشد، افراد دیگر می‌توانند او را به عنوان مستأجر بشناسند و با او معامله کنند یا اعمال دیگری انجام دهند که متوقف بر تصرف صحیح است.

۱۴. حاکمیت ید در حقوق

در مورد حاکمیت قاعده ید در حقوق مالی، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی عقیده دارند که این قاعده در حقوقی نظیر حق اختصاص، حق انتفاع، حق استیثاق، حق تحجیر، حق تولیت، حق الرهانه و امثال آن‌ها جریان دارد. به موجب این نظریه، چنانچه شخصی بر روی نهر شخصی دیگر آسیبی داشته باشد و یا شاخه‌های درختش روی دیوار خانه دیگری قرار بگیرد، این حالات دلالت بر حق وی دارد و تا دلیل مخالف آن اقامه نگردد، چنین حقی قابل سلب نیست. «۱» اما مرحوم نراقی حاکمیت ید را در حقوق همانند منافع انکار می‌کند و معتقد است قاعده ید فقط در مورد اعیان جریان دارد. «۲»

به نظر می‌رسد جریان قاعده ید در حقوق مالی، همانند منافع، قابل تردید نیست و دلیل این امر همان است که در مورد منافع بیان شد.

۱۵. حاکمیت ید در اعراض و انساب

بحث دیگر در مورد قاعده ید این است که مثلاً در زوجیت یا نسب اگر بین دو نفر در مورد زن یا فرزندی ترافع و مخاصمه پیش آید، آیا صرف وجود زن یا فرزند در منزل یکی از طرفین دلالتی بر رابطه زوجیت یا نسب بین صاحب منزل و فرد مذکور می‌کند و اگر کار اختلاف به دادگاه بکشد ذوالید می‌تواند به صرف داشتن ید از طرف مقابل مطالبه دلیل بکند یا نه؟

همان طور که قبلاً بیان شد حاکمیت و اعتبار ید در مورد اموال است و حتی روایتی که از حضرت صادق (ع) نقل گردید در خصوص اموال مورد اختلاف داخل خانه بین زوجین است. اما عده‌ای، روایت حضرت صادق (ع) را که فرموده‌اند: «من استولی علی شیء منه فهو له» به غلط تعبیر می‌کنند و آن را به غیر اموال نیز تسری می‌دهند. برای این کار، آنان از اصل روایت کلمه «منه» را که اشاره به اشیای مورد اختلاف داخل منزل دارد حذف می‌کنند و حکم روایت را تعمیم می‌بخشند که عمل ناصحیحی است؛ زیرا «منه» تحقیقاً در روایت موجود است و اسقاط آن به منظور فوق‌الذکر صحیح نیست.

به هر حال، این نظرها نادرست هستند و ید به مفهومی که گفته شد فقط اختصاص به اموال دارد و اعراض و نفوس را شامل نمی‌شود. ولی در مثال بالا وجود زن یا فرزند در منزل یکی از دو طرف، بنا به قاعده دیگری دلالت بر وجود رابطه و علقه زوجیت و بنوت می‌کند و آن، «قاعده صحت» است؛ یعنی چون اصل بر این است که مسلمان کار نامشروع نمی‌کند، وجود زن در خانه فرد را باید با جاری کردن این قاعده، قرینه بر وجود علقه زوجیت گرفت. این نظر را مرحوم سید بحر العلوم در بلغه الفقیه بیان داشته است. «۱»

ولی به نظر می‌رسد اشکالی بر نظر مذکور وارد است؛ زیرا هر چند اصل بر این است که مسلمان کار حرام و نامشروع نمی‌کند ولی این امر در مثال بالا ثابت نمی‌کند که زن با رابطه قانونی در منزل مرد است، چون امکان دارد رابطه از روی شبهه باشد.

با این احوال، مسلم است که در مسأله فوق‌الذکر قول مردی که زن در خانه او است تقدم دارد و اجماع فقها نیز بر این حکم تحقق یافته است.

اما در مورد انساب مثلاً در مورد اثبات نسب کودک باید قدری توضیح داده شود.

شک نیست که اگر مردی که کودک نزد او است اقرار و اعتراف به بنوت کودک می‌کند، بر مدعی مقدم است و مدعی باید برای اثبات ادعای خودش بینه اقامه کند؛ ولی اگر دارنده کودک اعتراف و اقراری نکند، صرف وجود کودک نزد او چیزی را ثابت نمی‌کند و لازم است دلایل طرفین بررسی شود و اگر دلایل دو طرف مساوی بود، به وسیله قرعه تعیین تکلیف گردد.

ید در مورد اعراض و انساب حاکمیت ندارد و فقط به امور مالی اختصاص دارد؛ اما مرحوم علامه در قواعد، ید را در انساب حجت دانسته است، اما فرزندش (فخر المحققین) بر نظر والد خویش خدشه وارد ساخته می‌گوید: ید تأثیری در اثبات انساب ندارد. «۱»

۱۶. حجیت ید برای ذوالید

تا اینجا بحث بر سر این بود که ید فرد در مقابل افراد دیگری که مدعی مالکیت بر مال تحت ید می‌شوند اعتبار دارد و نشان دهنده مالکیت ذوالید است. اینک می‌خواهیم ببینیم آیا این قاعده برای شخص ذوالید هم حجیت دارد؟ مثلاً شخصی فرشی در میان خانه‌اش می‌بیند و شک می‌کند که به او تعلق دارد یا مثلاً امانی است؟ فقها عقیده دارند ید در این مورد هم حاکمیت دارد و اصل این است که مال مشکوک متعلق به شخصی است که بر آن ید دارد. شارع هم در این مورد ردعی نکرده، بلکه آن

را امضا کرده است. در مورد این مسأله روایاتی وارد شده است؛ از جمله صحیحہ جمیل بن صالح که می‌گوید: از حضرت صادق (ع) پرسیدم شخصی در خانه‌اش دیناری پیدا کرده، حکم آن چیست؟

حضرت (ع) می‌پرسند آیا در آن منزل افراد زیادی رفت و آمد دارند؟ می‌گوید آری رفت و آمد زیاد است. حضرت (ع) می‌فرماید: آن دینار لقطه است. راوی ادامه می‌دهد که از آن حضرت (ع) پرسیدم: شخصی در صندوقش پولی پیدا می‌کند حکم قضیه چیست؟ باز حضرت (ع) می‌پرسد: آیا کس دیگری هم در آن صندوق دست می‌برد؟

می‌گوید: نه فقط همان شخص در آن دست می‌برد. حضرت (ع) پاسخ می‌دهد: آن پول متعلق به آن شخص است. «۲»

از محتوای این روایت معلوم می‌شود در مورد اول که رفت و آمد زیاد است، شخص ذو الید مشخص نیست و به همین علت، حضرت (ع) دینار پیدا شده را لقطه تشخیص می‌دهد؛ ولی در مورد دوم که فقط یک نفر در صندوق دست می‌برد ذو الید معلوم است و در این مقام، ید اعتبار و حاکمیت دارد.

۱۷. تعدد ایادی بر مال واحد

دیده می‌شود که گاه ایادی متعددی بر مال واحد مستقر است. آیا در این گونه موارد هم اماریت ید به اعتبار خود باقی است یا این که اعتبار ید اختصاص به مواردی دارد که ید واحد است؟ مشهور فقها عقیده دارند که تعدد ایادی بر مال واحد، دلالت بر مالکیت مساوی صاحبان ید به نحو اشاعه می‌کند. مثلاً هرگاه دو نفر بر مال واحدی ید داشته باشند دلالت بر آن دارد که هر یک به قدر نصف بر آن مالکیت دارد.

بر نظر مشهور فقها بدین نحو اشکال وارد شده که مقتضای ادله حجیت و اماریت ید این است که تمام مال تحت ید، متعلق به ذو الید باشد به نحوی که این استیلا و تصرف، تمام اجزای مال را شامل گردد و برای تصرفات غیر، محلی باقی نماند. در این صورت هر یک از ایادی مفروض چون بر تمام اجزای مال اعمال تصرف می‌کند، ید دیگر را کاملاً ساقط می‌سازد. بنابراین، تعدد ایادی موجب تعارض و در نتیجه سقوط کلیه ایادی است.

عده‌ای از فقها در دفاع و توجیه نظریه مشهور گفته‌اند: با توجه به مفهوم ید که استیلائی خارجی بر مال است و کلیه اجزای مال را شامل می‌شود- به نحوی که باعث منع اعتبار از تصرف غیر در آن مال می‌گردد- در فرض ید متعدد، چنانچه برای هر یک از ایادی چنین اعتباری قائل شویم، محلی برای استقرار ید باقی نمی‌ماند. از طرفی می‌بینیم که در جامعه، اولاً ید متعدد بر مال واحد عملاً و فعلاً موجود است و ثانیاً عقلاً، صاحبان ید را به قدر حصه خود در مال تحت ید مشترک مالک می‌شناسند. بنابراین نتیجه می‌گیریم که هر یک از ایادی به شرح فوق‌الذکر به قدر کسر مشاع مالک است. این نظر با توجه به واقعیات موجود، موجه و قابل دفاع است.

گروه دیگری از مخالفان، اشکال دیگری به این شرح وارد کرده‌اند: در تعریف ید گفته می‌شود که استیلائی خارجی بر مال است. بنابراین، کسر مشاع از مال که در خارج عینیت ندارد، قابل این نیست که تحت ید درآید و از طرفی، کسر مشاع فقط در ضمن کل تحت ید در می‌آید. در نتیجه، چون اعمال تصرف در کسر مشاع غیر مقدور است، ید نسبت به کسر مشاع اعتبار و اماریت ندارد.

به نظر می‌رسد این اشکال هم وارد نیست؛ زیرا با بنای جامعه که صاحبان ایادی متعدد بر مال واحد را مالک می‌شناسد، مغایرت دارد. مثلاً اگر دو نفر در دکان، خانه و یا ملکی مشاعاً مشترک باشند و یکی از آن دو سهم خود را بفروشد، یا هبه کند، عقلاً، عمل او را مجاز و از روی تسلط مالکانه بر قدر سهم خود تلقی می‌کنند و برای آن اعتبار قائلند.

۱۸. نزاع اموال در زندگی مشترک

مواردی وجود دارد که دو یا چند نفر در محلی مشترکاً زندگی و کار می‌کنند و از اجناس و وسایل و کالاهایی به نحو مشترک استفاده می‌کنند؛ مثل دو نفر دانشجو در خوابگاه یا دو پیشه‌ور در یک مغازه. در این موارد اگر بین آنان اختلافی حاصل شود و بخواهند از هم جدا شوند، اشیاء و وسایل و اجناسی که به طور مشترک مورد استفاده قرار می‌گرفته‌اند چگونه تقسیم می‌شوند؟ از مصادیق بارز و روشن مسأله، اختلاف زوجین یا وراثت آنان نسبت به اثاث البیت مشترک است که در زمان زوجیت مورد استفاده هر دو طرف بوده است.

فقها برای حل مشکل در این خصوص، طرق مختلفی پیشنهاد و نظرهای متعددی مطرح کرده‌اند که به ذکر اهم آنان می‌پردازیم تا با پیدا کردن معیار و ملاک صحیح در موارد مشابه مسائل را حل کنیم.

- نظریه اول. اموالی که مخصوص مردان است باید به زوج داده شود و اموال مخصوص زنان در اختیار زوجه گذاشته شود و اموالی که مورد استفاده مشترک دارد طبق قواعد حاکم بر باب تداعی تقسیم گردد. در این صورت، هر دو طرف در آن واحد، خواهان و خوانده محسوب می‌شوند و باید بر نفی ادعای طرف مقابل سوگند یاد کنند و اموال بالسویه بین آنان تقسیم شود. چنانچه هر یک از طرفین حاضر به سوگند نشد، دعوا به نفع طرف مقابل ختم خواهد شد.

- نظریه دوم. تمامی اموال از آن زوجه است، مگر این که زوج بر ادعای خویش اقامه دلیل کند و مدعایش را به اثبات برساند.

- نظریه سوم. کلیه اموال اعم از این که مورد استفاده اختصاصی یا مشترک داشته باشند پس از انجام مراسم سوگند توسط هر یک از طرفین، مبنی بر نفی ادعای طرف مقابل، به طور مساوی بین آنان تقسیم می‌شود. بدیهی است مانند حالت اول، چنانچه یک طرف حاضر به سوگند نشود، مال به طرف مقابل تعلق می‌گیرد.

- نظریه چهارم. در این گونه موارد دادگاه باید به عرف و عادت معمول عمل کند و طبق آن، بعضی یا کل اموال را به زوج یا زوجه بدهد؛ ولی چنانچه در عرف رویه روشنی در این باره موجود نباشد، اموال باید بالسویه بین طرفین تقسیم شود. «۱»

- تحلیل و بررسی

اقوال و نظرهای چهارگانه فوق، بعضی مبتنی بر نصوص خاصه‌اند که از طرف اهل بیت (ع) وارد گردیده‌اند. به نظر می‌رسد مسأله را با قواعد و موازین قضایی باید به شرح زیر طرح و حل کرد:

در هر دعوی حقوقی، در مورد طرفین، یکی از حالات زیر ممکن است وجود داشته باشد:

الف) مدعی، و او کسی است که گفتارش خلاف اصل و ظاهر است و چنانچه دعوا را ترک کند، دعوا خود به خود مختومه می‌شود و برای اثبات دعوا باید بینه اقامه کند و اگر نتوانست، با سوگند منکر، دعوا خاتمه می‌یابد.

ب) منکر، که بر عکس مدعی، گفتارش مطابق اصل است و مال در تصرف او قرار دارد و چنانچه دعوا را ترک کند، دعوا مختومه نمی‌شود.

ج) تداعی که هر یک از طرفین در آن واحد، مدعی و منکر است. در این صورت، هر دو طرف مکلف به سوگند می‌شوند و پس از اتیان سوگند بر نفی ادعای طرف مقابل، مال مورد نزاع به طور مساوی بین آنان تقسیم می‌شود.

با در نظر گرفتن توضیح فوق، در مسأله اختلافات زوجین در مورد اثاث البیت، به نظر می‌رسد که چنانچه اموال مذکور در دست یکی از طرفین باشد- مثل آن که در کمد مخصوص یکی از آنها باشد- طرف مقابل موظف به اقامه بینه خواهد بود و اگر از آوردن دلیل و اثبات دعوا عاجز بماند، مال متعلق به کسی است که آن را تحت ید دارد؛ اعم از این که آن مال از «مختصات» باشد یعنی اموالی که منحصرًا توسط یکی از طرفین استفاده می‌شده یا از «مشترکات» که هر دو نفر از آن استفاده می‌کرده‌اند.

ولی چنانچه مال مورد نزاع در تصرف خصوصی هیچ یک از طرفین نباشد، دادگاه باید به عرف و عادت مراجعه کند؛ بدین نحو که چنانچه مالی در عرف منحصرًا و اختصاصًا مورد استفاده زوج یا زوجه باشد، حسب مورد، زوج یا زوجه را متصرف تلقی و از طرف مقابل به عنوان مدعی مطالبه دلیل کند و چنانچه وی قادر به اثبات نشد، حکم به نفع طرف دیگر صادر کند.

در خصوص اموالی که نه تصرف شخصی بر آن وجود دارد و نه در عرف به احد از طرفین متعلق است، طرفین باید بر طبق مقررات باب تداعی، سوگند یاد کنند و پس از سوگند، مبنی بر رد ادعای طرف مقابل، مال بین آنان متساویا تقسیم شود. چنانچه هر یک از طرفین حاضر به اتیان سوگند نشد، ادعای طرف مقابل اثبات می‌شود و دعوا بدین ترتیب فیصله می‌یابد.

با توجه به مراتب فوق به نظر می‌رسد با الغای خصوصیت از دعوای زوجین و استفاده از ملاک‌هایی که در این خصوص داریم، در موارد مشابه نیز می‌توان حل مشکل کرد. مثلاً هرگاه دو نفر دانشجو که در خوابگاه در اتاقی مشترک زندگی می‌کنند هنگام جدایی در خصوص اشیا و اموال مورد استفاده اختلافی پیدا کنند، اموال و اشیایی که در تصرف اختصاصی هر یک از طرفین بوده، متعلق به او خواهد بود و در مورد اموالی که تحت تصرف اختصاصی هیچ یک از طرفین نیست باید با توجه به عرف و اوضاع و احوال، حکم قضیه را صادر کرد. مثلاً اگر در اتاق کتب پزشکی و فنی موجود باشد حسب مورد به دانشجوی پزشکی و فنی تعلق خواهد داشت و طرف دیگر اگر ادعایی داشته باشد مدعی محسوب می‌شود و باید ادعایش را با دلیل به اثبات برساند. در مورد اموالی که مالکیت بر آنها نه با تصرف قابل اثبات است و نه با عرف و عادت، باید با استفاده از مقررات باب تداعی و اتیان سوگند متقابل مسأله را فیصله داد.

۱۹. قاعده ید در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، ید یا به اصطلاح خودش «تصرف» را اماره مالکیت شناخته و آن را در اعیان و منافع و حقوق جاری دانسته است. ماده ۳۵ این قانون مقرر می‌دارد: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر آن که خلاف آن ثابت شود». منظور از تصرف به عنوان مالکیت، آن است که کسی مالی را در تصرف فعلی خود داشته باشد، به طوری که هر گونه انتفاعی را که می‌خواهد ببرد و نسبت به آن مدعی مالکیت باشد.

به موجب ماده فوق، چنین تصرفی محترم و در حمایت قانون است و هر کس که مدعی مالکیت مال مربوط است می‌تواند به دادگاه صالح مراجعه کرده، دعوی خود را به اثبات رساند و نمی‌تواند به وسیله قدرت شخصی، آن را از تصرف متصرف خارج سازد.

قانون مدنی مشخص نکرده که تصرف باید مستقیم و بالمباشره باشد یا اعم است از بالمباشره و با واسطه؛ ولی این نکته در آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ تفسیر شده بود.

ماده ۷۴۵ آن قانون مقرر می‌داشت: «تصرف اعم است از این که بالمباشره باشد یا به واسطه، مانند تصرف قیّم و وکیل و مباشر». «۱»

۲۰. نقش تصرف در حق ارتفاق

از ماده ۳۵ قانون مدنی با توجه به کلمه «مالکیت» که در آن قید گردیده چنین مستفاد می‌گردد که فرض حقوقی مذکور در خصوص اعیان است، ولی قانون مزبور به پیروی از اکثر فقهای امامیه، موضوع را به حقوق نیز توسعه داده است.

قانون مدنی در خصوص حق ارتفاق به ترتیب در ماده ۹۵، ۹۷ و ۱۲۴ چنین مقرر داشته است: «هرگاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است، صاحب آن خانه یا زمین نمی‌تواند جلوگیری از آن کند، مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود».

«هرگاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته، صاحب خانه یا ملک نمی‌تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره».

«اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود، صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد، مگر این که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است».

به موجب مواد فوق، همچنان که هرگاه کسی مالی را به عنوان مالکیت در دست دارد مالک آن شناخته می‌شود، هرگاه کسی متصرف در حق عینی باشد، یعنی عملاً استیلا بر آن داشته باشد و استفاده از آن کند نیز صاحب آن حق شناخته می‌شود.

۲۱. کاربرد ید در مواقع تنازع از نظر قانون مدنی ایران

از نظر قانون مدنی ایران، ید و تصرف مالکانه در صورتی اماره مالکیت است که یا منازعی نداشته باشد و یا اگر دارد در دادگاه خلاف آن را به اثبات نرساند و گرنه چنانچه مدعی به وسیله بینه ثابت کند که تصرف متصرف غاصبانه است، ید از ارزش ساقط می‌گردد. قانون مدنی غایت اماریت ید را تا اثبات خلاف آن دانسته است. مدلول این نکته همان است که در مباحث فقهی گفته شد که مفاد قاعده ید، هر چند به اصطلاح علم اصول فقه اصل عملی نیست، بلکه اماره است و لذا همواره بر استصحاب مقدم است، اما چنانچه بینه با آن به معارضه برخیزد، بی‌شک مغلوب خواهد شد. آنچه گفتیم منظور قانون مدنی است که می‌گوید: «مگر آن که خلاف آن ثابت شود».

مثلاً چنانچه مدعی به وسیله گواهان و یا ادله دیگر ثابت کند که شخص متصرف به وسیله زور و عدوان مال را به تصرف خویش درآورده، ید متصرف از اعتبار ساقط خواهد شد.

قانون مدنی با اثبات خلاف، ید را اماره مالکیت نمی‌شناسد، ولی همواره چنین نیست که به صرف اثبات خلاف، دعوا به نفع مدعی ختم گردد؛ نظیر مثال فوق که هر چند اثبات غاصبانه بودن ید، تصرف متصرف را از اعتبار ساقط می‌سازد، ولی مالکیت

طرف مقابل را به اثبات نمی‌رساند، مگر این که مدعی به وسیله گواهان و یا ادله دیگر ثابت کند که خودش مالک است و متصرف و عدوانا تصرف کرده و یا ثابت کند مال به عنوان اعاره و یا اجاره از طرف او در دست ذوالید فعلی قرار گرفته است.

قانون مدنی ایران در ماده ۳۶ مقرر می‌دارد: «تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود». به موجب این ماده در مقام تنازع، شخص متصرف مکلف نیست که منشأ و مبدأ مالکیت خویش را اثبات کند، بلکه اگر مدعی با ادله کافی در دادگاه ثابت کند که تصرف ذوالید ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده است، ید از ارزش و اعتبار ساقط خواهد شد.

از ظاهر متن ماده فوق چنین مستفاد می‌شود که منظور، اثبات در دادگاه است و موضوع مربوط به باب تنازع و تخاصم است؛ ولی بدیهی است که صرف اثبات این نکته نمی‌تواند دعوا را به نفع مدعی فیصله دهد، مگر این که مدعی به وسیله گواهان و یا ادله دیگر اثبات کند که مال از آن او بوده و او آن را به شخص متصرف انتقال داده، ولی انتقال به علتی، باطل و یا فسخ گردیده است.

۲۲. اقرار ذوالید در دادگاه

ماده ۳۷ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشار الیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر این که ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است». قانون مدنی در این خصوص از نظریه مشهور فقها پیروی کرده که تحلیل و بررسی آن قبلاً بیان شد.

قاعده اقرار

درس دوم: ۱- قاعده اقرار ۲- مدارک و مستندات قاعده اقرار ۳- ارکان اقرار و شرایط اقرارکننده ۴- شرایط منتفع از اقرار یا مقر ۵- انواع اقرار و آثار آن ۶- کاربرد اقرار در مواد ۱۲۵۷ تا ۱۲۸۳ اقرار یکی از ادله اثبات است و اثر اقرار آن است که اقرارکننده ملزم به اقرار خویش می‌گردد. مثلاً کسی که اقرار کند خانه‌ای که در آن سکونت دارد به زید تعلق دارد ملزم است آن خانه را به زید تسلیم کند. همچنین است اگر به وجود و یا سقوط دین و یا هر گونه حقی و یا ارتکاب جرمی اقرار کند؛ ملزم به مفاد اقرار خویش است.

پیشینه تحقیق

در مباحث پیش رو خواهیم دید که متن این قاعده در احادیث نبوی و ائمه اطهار مکرر آمده است و مورد عمل فقها قرار گرفته اما بحث پیرامون آن به عنوان قاعده فقهی در کتب قدما یافت نمی‌شود. در قرون معاصر در آثار زیر بحث شده است:

۱. عوائد الایام؛ نراقی. (۱۲۴۵ ه ق) ۲. عناوین الاصول؛ میر فتاح مراغی. (م ۱۲۷۴ ه ق) ۳. القواعد الفقهیه؛ ج ۳؛ میرزا حسن بجنوردی. (م ۱۳۹۵ ه ق)

۴. القواعد الفقهیه؛ ج ۲؛ ناصر مکارم شیرازی.

۵. القواعد الفقهیه؛ ج ۱؛ محمد فاضل لنکرانی.

۶. قواعد فقه، ابو الحسن محمدی.

این مجموعه «قاعده اقرار» را در سه بخش مورد بحث قرار می‌دهد:

۱. مستندات فقهی قاعده ۲. تبیین مفاد قاعده ۳. تنبیهات

[بخش اول]: مستندات فقهی قاعده

در موسوعه الفقه الاسلامی، آمده است که فقیهان امامیه به علت وضوح مسأله به ادله اعتبار اقرار اشاره نکرده‌اند «۱». این مطلب ناشی از عدم احاطه به منابع فقهی شیعه است. زیرا در کتابهای گوناگون فقهی و قواعد فقه امامیه به تفصیل به ادله اعتبار و حجیت «۲» قاعده اقرار پرداخته شده است. برای اثبات حجیت قاعده اقرار، از سوی فقها به مدارک و مستندات متعددی استناد گردیده است. که در این گفتار به بررسی مفاد و دلالت آنها خواهیم پرداخت.

۱. کتاب

از قرآن کریم آیاتی برای حجیت اقرار استناد شده است که ذیلا اشاره می‌شود:

الف) «وَ إِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَ حِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَ لَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَ أَقْرَرْتُمْ وَ أَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالُوا فَاشْهَدُوا وَ أَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاكِرِينَ» «۳»

« (به خاطر بیاورید) هنگامی که خداوند پیمان مؤکد از پیامبران (و پیروان آنها) گرفت که هرگاه کتاب و دانش به شما دادم سپس پیامبری به سوی شما آمد که آنچه را با شماست تصدیق می‌کند به او ایمان بیاورید و او را یاری کنید، سپس (خداوند) به آنها گفت: آیا اقرار به این موضوع دارید و پیمان مؤکد بر آن بستید؟

گفتند (آری) اقرار داریم، (خداوند به آنها) گفت: (بر این پیمان مقدس) گواه باشید من هم با شما گواهم».

در این آیه خداوند از مردم اقرار و اعتراف می‌گیرد که عهد و پیمان او را پذیرفته‌اند و آنگاه خود و ملائکه را شاهد بر این اقرار قرار می‌دهد. هر چند از ظاهر آیه چنین استفاده می‌شود که خداوند بندگان را ملزم و ملتزم به تبعات ناشی از تعهدشان و پذیرش مسئولیت قرار می‌دهد، لیکن به صورت تلویحی این استفاده هم می‌شود که خداوند اقرار بندگان به پذیرش تعهدات ناشی از عهدشان با خویش را حجّت و وسیله‌ای برای اثبات عهدشکنی احتمالی آنها قرار می‌دهد.

به نظر می‌رسد همان طور، که بسیاری از فقیهان نیز گفته‌اند، آیه ارتباطی با حجیت اقرار ندارد. زیرا مطابق این آیه، خداوند مردم را مخاطب قرار داده است و در جهت تسجیل پذیرش تعهدات از جانب آنها خودشان و ملائکه و انبیاء را شاهد بر پذیرش عهد و تعهدات از جانب مردم قرار داده است و خود خداوند نیز شاهد بر آن قرار می‌گیرد. در حقیقت اقرار مردم در این آیه در مقام بیان و اعلام اراده و تراضی به پیمانی است که از سوی خداوند پیشنهاد گردیده است. و بر این عقد شهود موثقی که ملائکه و پیامبرانند، قرار داده شده است. بنابراین مفهوم این آیه مثبت ادعای ما بر اینکه «اقرار عقلا به زیان خودشان الزام‌آور است» نخواهد بود. و اگر صرف اقرار مردم در این آیه کافی بود لزومی نداشت که خداوند بر این پیمان شهود بگیرد، نتیجه اینکه آیه من حیث المجموع نمی‌تواند مستند قاعده اقرار باشد.

ب) «وَ آخِرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَ آخَرَ سَيِّئًا عَسَىٰ اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» «۱». «و بعضی دیگر از آنها به گناه (نفاق) خود اعتراف کردند که عمل صالح و فعل قبیح هر دو بجای آورده‌اند، امید باشد که خدا توبه‌آنان بپذیرد که البته خدا آمرزنده و مهربان است».

در این آیه حال گروهی از اعراب را که اعتراف به گناه خویش داشته و عمل نیک و بد آنان مخلوط است، و از این جهت امید به آمرزش خداوند دارند «۱» بیان می‌کند. با توجه به سیاق و مدلول آیه به نظر می‌رسد که این آیه نیز ربطی به حجیت قاعده اقرار ندارد. درست است که اعتراف گنهکاران به ارتکاب عمل خلاف عقل و یا شرع از جانب آنان نوعی اقرار به زیان خودشان است ولی چنین امری هیچ‌گونه دلالتی بر نافذ بودن اقرار هر فرد عاقل به زیان خودش نمی‌تواند داشته باشد. و لذا آیه مستند کافی برای قاعده اقرار محسوب نمی‌شود.

به عبارت دیگر این آیه مفید یک حکم جزئی است و نمی‌تواند وسیله استنباط حکم کلی قرار گیرد و حد اکثر دلالت آن این خواهد بود که به عنوان یکی از مصادیق قاعده اقرار محسوب شود نه مثبت حکم حجیت اقرار هر عاقلی به زیان خویش.

ج) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَ لَوِ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدِينَ وَ الْأَقْرَبِينَ» «۲» «ای اهل ایمان نگهدار عدالت باشید و برای خدا (موافق حکم خدا) شهادت دهید هر چند به ضرر خود یا پدر و مادر و خویشان شما باشد».

در نحوه استدلال به این آیه چنین گفته شده است که امر و دستور خداوند در وجوب ادای شهادت برای خدا و به زیان خود ملازمه با پذیرش شهادت فرد علیه خویش دارد. و از این امر می‌توان قاعده کلی نفوذ اقرار به زبان خود را استنباط نمود. «۳» لیکن در پاسخ به استدلال فوق گفته شده است که اولاً؛ از ظاهر آیه چیزی جز وجوب ادای شهادت و حرمت کتمان آن و لو شهادت علیه شاهد باشد استفاده و برداشت نمی‌شود؛ «۴» و از آیه استفاده نمی‌گردد که در پذیرش چنین شهادتی شرایط شهادت مانند تعدد شاهد و یا عدالت شاهد لازم نیست. پس بنابراین آیه فقط بر وجوب شهادت و حرمت کتمان دلالت می‌کند و نمی‌تواند قاعده فقهی «اقرار العقلاء علی انفسهم» را ثابت نماید. و ثانیاً؛ بر فرض اینکه آیه بتواند نفوذ اقرار عقلا از مؤمنین را به زیان خودشان اثبات نماید باز برای بحث ما کافی نخواهد بود؛ زیرا در اینجا ما در صدد اثبات قاعده کلی نفوذ اقرار عقلا بر زیان خودشان چه مؤمن باشند و یا غیر مؤمن هستیم، و حال آنکه نهایت دلالت آیه فقط می‌تواند حجیت اقرار مؤمنین را علیه خودشان مشروط به اینکه واجد شرایط شهادت باشد اثبات نماید.

نتیجه اینکه در قرآن آیه‌ای که بتوان از آن حجیت قاعده اقرار را با مدلول عام- هم نسبت به مقرر و هم نسبت به نفس اقرار- استنباط کرد، وجود ندارد و باید در جستجوی دلایل دیگر باشیم.

۲. سنت

در بحث از مدارک قاعده اقرار در سنت و سیره نبوی و احادیث و اخبار از ائمه هدی (ع) به روایات ذیل، جهت اثبات حجیت قاعده اقرار استدلال شده است:

الف) «محمد بن یعقوب عن عدة من اصحابنا ... عن جراح المدائنی عن ابی عبد الله علیه السلام انه قال: لا اقبل شهادة الفاسق الا علی نفسه». «۱» شهادت فرد فاسق را نمی‌پذیرم مگر به زیان خودش».

وجه استدلال چنین است که فاسق به جهت فقدان عدالت، شهادتش علیه دیگری پذیرفته نیست. بنابراین پذیرش شهادت وی به زیان خودش منصرف از ادله شهادت است و باید در جستجوی مبنای دیگری برای نفوذ شهادت وی علیه خودش بود و این امر ممکن نیست مگر اینکه مورد را از موارد اقرار و حجیت قاعده اقرار بدانیم. به عبارت دیگر تصحیح شهادت فاسق علیه خودش منوط به پذیرش اقرار فاسق علیه خودش می‌باشد.

اشکالی که به دلالت این حدیث می‌توان نمود آن است که بگوییم امام (ع) در صدد وضع قاعده‌ای کلی تحت عنوان اقرار العقلاء علی انفسهم نبوده است، بلکه در پی بی‌آن بوده‌اند که اقرار فاسق را در حق خودش به طور استثناء بپذیرند. یعنی امام (ع) خواسته‌اند این قاعده کلی را وضع نمایند که اقرار فاسق در هیچ مورد پذیرفته نیست مگر اینکه به زیان خودش باشد، و از این بیان نمی‌توان حجیت اقرار هر فرد عاقل و نفوذ آن را به شرط اینکه به ضرر وی باشد استنباط کرد.

ب) «مرسله محمد بن الحسن العطار عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: المؤمن اصدق علی نفسه من سبعین مؤمن علیه». بر حسب این حدیث، اقرار هر فرد مؤمن علیه خودش، بهتر از شهادت هفتاد مؤمن حقیقت را کشف می‌کند؛ «۱» لیکن هم سند و هم دلالت آن مورد بحث و مناقشه است. «۲» اشکال سندی در اینجا محل بحث ما نیست. ایراد وارد بر دلالت آن این است که اولاً؛ روایت اختصاص به مؤمنین دارد و در پی اثبات قاعده کلی نیست. و ثانیاً؛ بطور واضح بر نفوذ اقرار عقلا بر ضرر خودشان دلالت ندارد. بلکه صرفاً بر کاشفیت بیان هر فرد نسبت به ما فی الضمیر خود دلالت دارد و اینکه چنین بیانی از ما فی الضمیر از هر بینه‌ای حتی با تعداد هفتاد نفر عادل نیز گویاتر است و حجیت قطعی تری دارد. ناگفته پیداست که این امر با نفوذ و حجیت اقرار عقلا به زیان خودشان تفاوت دارد.

ج) «و روی جماعة من علمائنا فی کتب الاستدلال عن النبی (ص) انه قال: «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز». «۳» این روایت اگر چه در کتب روایی ذکر نشده است ولی در موارد زیادی مورد استناد قرار گرفته است. «۴» عدم ذکر روایت در کتب حدیث نمی‌تواند خدشه‌ای به اصالت آن وارد کند، زیرا به جهت تواتر و استناد مکرر به این روایت ضعف روایی آن جبران می‌شود. علاوه بر این در بعضی از کتب روایی نیز این روایت را از پیامبر اسلام (ص) نقل نموده‌اند.

در میان اخبار و روایات، این روایت بهترین مدرک و مستند قاعده می‌باشد. و به بیان دیگر مفاد قاعده اقرار عین عبارت این حدیث است که از لسان پیامبر (ص) صادر شده است.

علاوه بر روایات فوق در ابواب مختلف فقه مانند وصیت، حدود، دیات، قصاص و سایر مباحث روایات عدیده‌ای وارد گردیده که حسب مورد دلالت بر حجیت اقرار دارد و به جهت جلوگیری از تطویل کلام از ذکر و تجزیه و تحلیل مفاد آنها خودداری می‌نماییم.

لیکن از مجموع آنها به طریق وحدت ملاک می‌توان دریافت که به جهت اینکه از سویی هر فرد عاقل آگاهتر از سایر افراد به امور باطنی خویش است و از سوی دیگر هر فرد عاقل از اموری که به زیان وی باشد و واقعیت هم نداشته باشد خبر نمی‌دهد، باید قائل بدان شد که هرگاه فرد عاقلی اقراری نماید که به زیان او باشد باید حکم به صحت آن اقرار نمود و آن را علیه مقرر و واجد آثار حقوقی دانست.

۳. اجماع

یکی دیگر از ادله‌ای که برای اثبات حجیت قاعده اقرار بدان استناد شده است، اجماع فقهای اسلام بر حجیت این قاعده است. «۱» ولی با توجه به وجود نص، نمی‌توان به اجماع به عنوان دلیل مستقل استدلال نمود؛ به عبارت دیگر اجماع مدرکی است و فاقد حجیت است.

۴. سیره عقلا

عقلای هر قوم بدون توجه به سطح فرهنگ و اندیشه و تمدنشان و بدون در نظر گرفتن دین و آیین و مذهب فکری آنها، در تمام موارد همگی بر این عقیده‌اند که اقرار هر فرد عاقل قاصد مختار به زیان خودش نافذ و الزام‌آور است، علاوه بر این از سوی شارع هم از چنین روشی منع نشده است و همین برای حجیت قاعده اقرار کافی است. حتی بعضی از نویسندگان پا را از این فراتر گذاشته و حجیت و نفوذ اقرار هر عاقلی به زیان خودش را حکم ضروری همه ادیان و ملل دانسته‌اند. «۱»

در مجموع باید قائل شد که مهمترین دلیل حجیت اقرار سیره و بنای عقلا است، و با وجود این سیره و به خصوص با توجه به اینکه شارع هم به نحوی این سیره را امضا نموده است، ما را از توسل به سایر ادله بی‌نیاز می‌سازد. پس می‌توان گفت که اولاً؛ قاعده‌ای عام و کلی و فراگیر وجود دارد که مفاد آن الزام‌آور بودن اقرار هر عاقلی به زیان خودش می‌باشد و ثانیاً؛ مدرک این قاعده بنای عقلا است و لذا مفاد آن عام و جهان شمول است که در همه اعصار و امصار و در میان همه ملل و نحل معتبر و قابل استناد بوده، و اختصاص به هیچ قوم و قبیله خاص و زمان و مکان معین ندارد. به عنوان مثال در سیستم حقوقی فعلی انگلیس اقرار به عنوان یکی از مهمترین ادله اثبات دعوی به حساب می‌آید که هم در امور کیفری و هم مدنی مورد استناد قرار می‌گیرد. از جمله بخش نهم «الف» قانون ادله اثبات در مسائل مدنی مصوب ۱۹۶۸ اقرار را به عنوان دلیل مهمی در اثبات دعوی دانسته و مقرر می‌دارد که: «ممکن است اظهاراتی که طرفین دعوی یا نمایندگان آنها به ضرر خود ارائه می‌کنند به عنوان اقرار محمول بر صحت تلقی شود زیرا به دلایل گوناگون می‌توان فرض کرد که وقتی شخصی اظهاراتی علیه منافع خود عنوان می‌کند مقرون به حقیقت است».

در خصوص پذیرش اقرار به مجرمیت در امور کیفری نیز مقررات دقیقی وجود دارد. منظور مواردی غیر از پذیرش مجرمیت در حین محاکمه است. بخش هفتاد و ششم قانون ادله جزایی و پلیس سال ۱۹۸۴ مقرر می‌دارد که: «اعتراف شخص متهم می‌تواند تحت شرایط خاصی به عنوان دلیلی علیه او استفاده شود...».

و در تعریف اقرار گفته شده است، اقرار عبارت است از هر اظهاری که تماماً یا بعضاً به زیان اظهارکننده باشد اعم از اینکه نزد شخص صاحب مقام و سمت انجام شده باشد یا نشده باشد.

[بخش دوم]: تبیین مفاد قاعده اقرار

[واژه اقرار]

معنای لغوی:

اقرار در کتب لغت به اذعان یا اعتراف به حق «۱»، اعتراف به شیء «۲» و اثبات شیء «۳» تعریف شده است. ریشه آن ماده «قر» به معنای «ثابت بودن» است. آیه شریفه «و نُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مِمَّا نَشَاءُ» «۴» از همین ریشه است.

تعریف اصطلاحی

فقها در کتب خویش تعاریف مختلفی از اقرار ارائه داده‌اند.

بعضی آن را به «اخبار بحق علی نفسه» «۵» عده‌ای به «اخبار عن حق لازم له» و بعضی به «اخبار عن حق سابق لا یقتضی تملیکا بنفسه، بل یکشف عن سبقه» «۶» تعریف کرده‌اند.

قانون مدنی ایران نیز به تبع فقها در ماده ۱۲۵۹ اقرار را چنین تعریف می‌کند:

«اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود». علاوه بر اینها کاپیتان هم تعریفی مشابه تعاریف فوق از اقرار ارائه داده است.

"Reconnaissance par une partie de 1 exactitude d'un Fait allegie contre elle "

«۷» اقرار عبارت است از اینکه کسی چیزی را که به زیانش اسناد داده شده، درست بداند.

عناصر تعریف اقرار

۱. اخبار

اقرار نوعی اخبار است، اخبار یعنی از گذشته یا حال و یا آینده چیزی خبر دادن. و اقرارکننده خبر می‌دهد که حقی برای دیگری بر عهده وی می‌باشد. وی در این امر، قصد اخبار دارد نه انشاء «۱» از این رو اقرار، عمل حقوقی محسوب نمی‌شود، یعنی نه عقد است و نه ایقاع بلکه خبر از یک واقعه حقوقی که همان حق سابق است، می‌باشد. به دیگر سخن اقرار با انشاء که نوعی عمل خاص دماغی است که امری را به وجود اعتباری ایجاد می‌کند تفاوت دارد، زیرا: اولاً: اقرار اخبار از گذشته است درحالی که انشا ایجاد است و ثانیاً: اقرار، احتمال صدق و کذب دارد، ولی انشاء این گونه نیست «۲».

۲. حق (عن حق)

عناصر دوم اقرار «اخبار به حق» است. حق اعم از مادی و معنوی، مالی و غیر مالی است. حق عبارت است از قدرتی که از طرف قانون به شخص داده شده است.

ظاهراً در فقه هم کلمه حق به همین معنی بکار رفته است. و با این معنی دارای ضمانت اجرا است. «۳»

در خصوص حق لازم است که حق مورد اقرار صرفنظر از نوع و ماهیت آن قابل مطالبه باشد. و مقرّ له بتواند رعایت آن را از مقر خواستار گردد. با توجه به این توجیه به نظر می‌رسد اقرار به تعهدات و دیون طبیعی که متعهد له حق مطالبه آنها را ندارد تحت شمول قاعده اقرار قرار نخواهد گرفت. زیرا هر چند چنین اقراری معتبر و صحیح است اما به جهت اینکه فاقد هر گونه اثر و پیامد خارجی است و به استناد آن مقرّ له نمی‌تواند انجام کار یا عدم انجام کار و یا انتقال مالی را از متعهد که در فرض ما مقر به حساب می‌آید خواستار گردد، در حقیقت اقراری غیر نافذ خواهد بود. ماده ۲۶۶ قانون مدنی در مبحث وفای به عهد در خصوص تعهدات طبیعی اشعار می‌دارد: «در مورد تعهداتی که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد مسموع نخواهد بود».

مفهوم مخالف این ماده آن است که متعهد دیون طبیعی را نمی‌توان به حکم قانون ملزم به پرداخت چنین دیونی نمود. به عنوان مثال تکلیف منفق به پرداخت نفقه ایام گذشته اقارب یک دین طبیعی است که قابل الزام نمی‌باشد. «۱»

در اقرار باید اخبار به وجود حقی شود؛ خواه مستقیم باشد، چنانکه در دعوی طلب کسی بر دیگری، خواننده اقرار به طلب او نماید. و یا غیر مستقیم باشد چنانکه در دعوی مطالبه جبران خسارت ناشی از انجام ندادن تعهد، خواننده اقرار به تأخیر در انجام تعهد کند. اقرار مزبور، اقرار به وجود سبب حق برای خواهان است. «۲»

۳. نفع غیر

عناصر سوم اقرار، «وجود نفع برای غیر» است. غیر، اعم از فرد حقیقی و حقوقی است. و حتی اقرار به ارتکاب عملی که مستلزم حد یا مجازات تعزیری باشد، هر چند به نفع فرد خاصی نیست ولی با قدری مسامحه می‌توان چنین اقرار را به نفع جامعه دانست. بنابراین مقصود از حق در تعریف اقرار فقط حقوق خصوصی نیست بلکه شامل حقوق عمومی هم می‌شود. «۳» چنانکه در فقه گفته‌اند حق در تعریف شامل حق الله و حق الناس است. «۱» حال اگر مقر اقرار به نفع خودش نماید نوعی ادعا به حساب خواهد آمد که ثابت نیست، و نیاز به بررسی و امعان نظر قضایی دارد.

۴. ضرر مقرّ

اقرار باید مستلزم ورود ضرر و لطمه‌ای به تمامیت جسمی مقر (در امور کیفری) و یا صدمه و خسارت به اموال و حقوق مالی مقرّ باشد. عبارت «علی انفسهم» نیز در حدیث و عبارت قاعده مبین همین مطلب است. بنابراین اگر اقرار زینانی برای مقر در بر نداشته باشد و متضمن ضرر دیگری باشد شهادت محسوب می‌شود.

همچنین هرگاه اقرار با نفع و ضرر مقر توأم باشد، این اقرار داخل در مفهوم قاعده اقرار به حساب نخواهد آمد. تشخیص اینکه اقرار به ضرر مقر و به نفع دیگری است به عهده قاضی است. و مسئله‌ای است که احتیاج به دقت دارد.

واژه علی انفسهم

«۲» یکی دیگر از قیودی که در عنوان قاعده اقرار ذکر شده است قید «علی انفسهم» می‌باشد. این قید به معنای «بر ضرر مقر است». البته باید توجه داشت اگر معنای

اصطلاحی اقرار را ملاحظه کنیم این قید دارای معنا نبوده و زاید است. زیرا در مفهوم اصطلاحی اقرار، قید «بر ضرر مقر» نهفته است. اما اگر اقرار را به معنای اخیر آن بگیریم این قید نیز لازم است.

واژه جایز

کلمه «جایز» در عنوان قاعده به معنای «نافذ» است، و در مقابل حرام نیست. زیرا از جهت حکم تکلیفی، اقرار به نفع خود بی‌تردید منع ندارد و از سوی دیگر اقرار بر ضرر خویش هم، گاهی دارای حکم شرعی حرمت است.

[بخش سوم: تنبیهات

حال که مفاد و معنا و وسعت و محدوده قاعده و مدارک و مستندات آن بیان گردید و در مجموع قائل بدان شدیم که قاعده‌ای عام و کلی تحت عنوان «قاعده اقرار العقلاء علی انفسهم جایز» وجود دارد لازم است پاره‌ای از مسائل مربوط به این قاعده که به مناسبت بحث از اقرار مطرح می‌شود؛ مورد توجه و مذاقه قرار دهیم:

ارکان اقرار

اقرار دارای چهار رکن است که عبارتند از:

۱. اقرارکننده یا مقرّ ۲. منتفع از اقرار یا مقرّ له ۳. موضوع اقرار یا مقرّ به ۴. صیغه یا لفظ اقرار که در ذیل بیان می‌شود.
۱. اقرارکننده یا مقرّ:

اقرارکننده یا مقرّ کسی است که به ضرر خود و به سود دیگری خبر می‌دهد. اقرارکننده باید دارای شرایط ذیل باشد:

الف) بلوغ: اقرار صغیر اگر چه ممیز باشد معتبر نیست، حتی اگر به اذن ولی صورت گرفته باشد «۱». البته فقیهان بر این باورند که اگر وصیت یا وقف صغیر را نافذ بدانیم، اقرار او نیز درباره وصیت یا وقف نافذ خواهد بود، زیرا طبق قاعده معروف «من ملک شیئا ملک الاقرار به» هر کس هر امری را تحت اختیار داشته باشد، اقرارش نسبت به آن امر معتبر است «۲».

قانون مدنی ایران در ماده ۱۲۶۲ بلوغ را شرط اقرارکننده دانسته است، ولی با توجه به اینکه در مورد صغیر ممیز تملک بلاعوض، همچون قبول صلح یا هبه مجانی را نافذ می‌داند (ماده ۱۲۱۲)، اقرار صغیر ممیز نیز در این گونه موارد از نظر قانون مدنی نافذ می‌باشد، زیرا اقرار صغیر ممیز با توجه به قاعده فوق در امری صورت گرفته که اقرارکننده خود می‌تواند آن را انجام دهد، مثلا اگر ولی یا قیم بر کسی اقامه دعوی کند و از او مالی را مطالبه کند مبنی بر این ادعا که خوانده آن مال را به موّلی علیه او صلح یا هبه کرده است و خوانده در مقابل، اقرار کتبی موّلی علیه را به عدم قبول هبه ارائه دهد، اقرار او نافذ می‌باشد «۳» ذیل ماده ۱۵۷۳ المجله در این باره آمده است: «صغیر ممیز مأذون در اموری که مأذون بودن او در آن صحیح است، در حکم بالغ است».

ب) عقل: اقرارکننده باید عاقل باشد (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۶۲). پس اقرار مجنون نافذ نیست. در صورتی که اقرارکننده مجنون ادواری باشد و در حالت افاقه و سلامت روانی اقرار کند، اقرار وی نافذ می‌باشد «۴».

ج) رشد: کسی که به واسطه سفه از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع گردیده، اقرار وی در این امر معتبر نمی‌باشد، زیرا طبق ماده ۱۲۶۳ قانون مدنی ایران: «اقرار سفیه در امور مالی مؤثر نیست». البته اقرار سفیه در اموری که جنبه مالی ندارد

نافذ است، مثلاً اقرار سفیه به ارتکاب جرمی که موجب حد یا قصاص یا تعزیر است مانند قذف و زنا، و یا اقرار وی به خلع و طلاق و نسب معتبر است. «۱» در صورتی که سفیه به امری اقرار کند که هم جنبه مالی و هم جنبه غیر مالی دارد، اقرار او تنها نسبت به جنبه غیر مالی نافذ است، مثلاً اگر سفیه به سرقت اقرار کرد حد بر وی جاری می‌شود، ولی به پرداخت مال ملزم نمی‌شود «۲».

د) قصد: اقرارکننده باید به هنگام اقرار دارای قصد اخبار باشد و الفاظ یا اشاراتی که بدون قصد صورت گیرد، اثر حقوقی ندارد. پس اقرار شخص خواب، بیهوش و یا مست و نیز اقرار در مقام استهزاء یا در بیان مثال به هنگام تدریس معتبر نمی‌باشد «۳».

ه) اختیار: اقرارکننده باید در حال اختیار و بدون هیچ‌گونه اکراهی اقرار کند، وگرنه اقرار او چه در امور مدنی و چه در امور کیفری نافذ نخواهد بود «۴». در حدیثی از علی (ع) نقل شده: کسی که در برابر زندان، ترس یا تهدید اقرار کند، بر او حد جاری نمی‌شود «۵». در صورتی که متهم به سرقت یا قتل و مانند آن، برای اعتراف به حقیقت مورد ضرب و شتم قرار گیرد، اقرار او در آن حال معتبر نخواهد بود. همچنین اگر اقرار پس از خاتمه شکنجه صورت گیرد و متهم می‌داند اگر اقرار نکند دوباره مورد ضرب و شتم قرار می‌گیرد، چنین اقراری مؤثر نخواهد بود «۶». قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این باره می‌گوید: «هر گونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است، اجبار شخص به شهادت، اقرار با سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است...» (اصل ۳۸). در صورتی که کسی مورد اکراه قرار گیرد ولی قرینه‌ای موجود باشد که اکراه بر او مؤثر واقع نشده، اقرار وی نافذ خواهد بود، مثلاً اگر کسی به بیش از آن میزانی که مورد اکراه قرار گرفته اقرار کند، اقرارش نافذ است. «۱»

در حقوق انگلیس اقرار از این جهت به دو نوع اقرار اختیاری (ارادی) «۲» و اقرار غیر اختیاری «۳» تقسیم شده است: اقرار اختیاری اقراری است که با طیب خاطر و آزاد از تأثیر هر گونه علت خارجی به ویژه اکراه، تهدید یا تطمیع از شخص صادر شود. اقراری که از انتخاب آزاد و بدون اجبار فرد ناشی شود و با آگاهی کامل وی از ماهیت و آثار اقرار، تحقق یابد. در مقابل، اقرار غیر اختیاری اقراری است که ناشی از چشم‌داشت، وعده، ترس، اجبار، شکنجه یا تهدید باشد و چنین اقراری اعتبار ندارد «۴».

و) معین بودن: اقرارکننده باید معین باشد. بنابراین اگر دو نفر به دیگری بگویند:

یکی از ما دو نفر به تو یک میلیون ریال بدهکاریم، این اقرار به دلیل معین نبودن اقرارکننده معتبر نمی‌باشد «۵». ولی در صورتی که یکی از دو نفری که در مالی متصرف می‌باشند به نفع شخص ثالث اقرار کند و متصرف دیگر آن را انکار نماید، نصف مال از آن مقرّ له و نصف دیگر از آن منکر خواهد بود «۶».

اقرار معسر یا ورشکسته در صورتی که به ضرر طلبکاران نباشد نافذ است، وگرنه نسبت به اموال وی مؤثر نمی‌باشد بلکه به صورت دین بر عهده او قرار می‌گیرد، زیرا با اعسار و ورشکستگی اموال او متعلق حق طلبکاران قرار گرفته است و اقرار نسبت به اموال اقرار به ضرر دیگران است که نافذ نمی‌باشد «۷».

۲. منتفع از اقرار یا مقرّ له [و شرایط مقرّ له]

: مقرّ له کسی است که اقرار به نفع او صورت می‌گیرد.

برای آنکه اقرار معتبر باشد، مقرّ له باید شرایط ذیل را دارا باشد.

الف) اهلیت تمتع

: اقرارکننده با اقرار، به حقی برای مقرّ له خبر می‌دهد، از این رو وی باید بتواند دارای آن حق گردد، یعنی باید اهلیت تمتع داشته باشد. پس اقرار برای یک جماد یا حیوان اثری ندارد. البته در صورتی که از قوانین معلوم شود که مقصود، اقرار به سود مالک آن جماد یا حیوان است اقرار صحیح است، چنانکه کسی به دیگری بگوید: این زمین به اسب تو اختصاص دارد؛ همچنین اگر کسی برای مسجد یا مقبره یا مدرسه خاصی به مال یا دینی اقرار کند، اقرار صحیح است و موضوع اقرار به متولی آنها داده می‌شود تا به مصارف مربوط برسد «۱».

اقرار برای میت نیز صحیح است؛ زیرا اگر چه میت شخصیت حقوقی خود را از دست داده و اهلیت تمتع ندارد، ولی با توجه به قراین، مقصود از اقرار در اینجا اقرار به نفع ورثه است «۲». از این رو ماده ۱۲۶۷ قانون مدنی ایران در این باره مقرر می‌دارد: «اقرار به نفع متوفی دربارهٔ ورثهٔ او مؤثر خواهد بود».

اهلیت استیفا برای مقرّ له شرط نمی‌باشد، یعنی لازم نیست مقرّ له بتواند حق خود را أخذ کند. در نتیجه اقرار برای جنین نیز به شرط آنکه زنده متولد شود صحیح است «۳»؛ مثلاً کسی که اقرار کند به جنین مبلغ معینی مدیون است اقرار او نافذ می‌باشد، زیرا اگر چه ممکن است به سبب وجود ارث یا وصیت گفتهٔ اقرارکننده صحیح باشد و ممکن است سببی در بین نبوده و سخن او درست نباشد، ولی اقرار ظهور در صحت دارد پس باید بر ظاهر محمول گردد «۴».

فقیهان حنفی تنها در صورتی اقرار به نفع جنین را نافذ می‌دانند، که اقرارکننده ضمن اقرار منشأ صحیحی را برای اقرار خود ذکر کند، مثلاً بگوید: پدر من فوت کرده و مالی برای جنین، وصیت کرده یا مالی به او به ارث رسیده است، اما اگر وی منشأ قابل قبولی برای اقرار ذکر نکند، مثلاً بگوید: جنین مالی به من قرض داده یا مالی به من فروخته و من ثمن آن را به او بدهکارم، و یا اگر اصلاً منشأی برای اقرار خود بیان نکند اقرار باطل است «۱».

(ب) معلوم بودن

مقرّ له نباید به کلی مجهول باشد، وگرنه اقرار باطل است؛ مثلاً اگر کسی ادعای مالکیت فرشی را بکند که در تصرف دیگری است، در صورتی که متصرف اقرار کند که فرش نزد پدرش که فوت کرده امانت بوده است و نمی‌داند مال کیست، ادعای خواهان ثابت نمی‌شود؛ زیرا ممکن است فرش مال شخص ثالث باشد و نبودن مدعی دیگری غیر از خواهان نمی‌تواند دلیل بر مالکیت او باشد «۲». در صورتی که مقرّ له به کلی مجهول نباشد اقرار نافذ است؛ مثلاً اگر خواننده در برابر دو نفر که مدعی مالکیت فرش می‌باشند، اقرار کند که فرش به یکی از آن دو تعلق دارد از او می‌خواهند که یکی از آن دو را تعیین کند و مال به هر کدام از آن دو که او تعیین کند داده می‌شود، مگر آنکه مدعی دیگر این تعیین را تکذیب کند که میان آن دو مخاصمه واقع می‌شود و دادگاه پس از رسیدگی، حکم به مالکیت یکی از آن دو مدعی صادر می‌کند. چنانچه اقرارکننده به ادعای عدم آگاهی، هیچ یک از آن دو را تعیین نکند و هر دو این ادعای وی را تصدیق کنند دیگر ملزم به تعیین نمی‌باشد، ولی اگر هر دو یا یکی از آنها ادعای اقرارکننده را تکذیب کنند، وی سوگند یاد می‌کند و ادعایش ثابت می‌گردد «۳».

۳. موضوع اقرار یا مقرّ به [و شرایط مقرّ به]

موضوع اقرار که به آن «مقرّ به» نیز گفته می‌شود باید شرایطی را داشته باشد:

(الف) مشروع بودن

موضوع اقرار باید به گونه‌ای باشد که اگر اقرارکننده در اخبار خود صادق بود، مقرّ له حق داشته باشد او را به تأدیه آن الزام کند؛ مثلاً شخصی به مالی در ذمه یا عین خارجی یا منفعت یا حقی مانند حق خیار، شفعه یا حق عبور یا آب برداشتن از ملک خود برای دیگری اقرار کند. اما اگر شخصی به دینی اقرار کند که منشأ آن نامشروع است و مقرّ له حق مطالبه آن را ندارد اقرار صحیح نیست، چنانکه کسی اقرار کند در اثر باختن در قمار یا خرید خمر مبلغ معینی به خواهان مدیون است «۱»؛ زیرا طبق ماده ۶۵۴ قانون مدنی ایران «قمار و گروپندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است».

(ب) ملک مقرّ نبودن

مقرّ به نباید ملک مقرّ باشد، وگرنه اقرار باطل است، مثلاً اگر کسی بگوید: خانهٔ من یا مال من از آن فلانی است، اقرار صحیح نیست، زیرا چنانکه گذشت، اقرار انشا نیست و سبب ایجاد ملکیت برای مقرّ له نمی‌گردد بلکه اخبار از وجود سابق ملکیت برای مقرّ له است و ملکیت سابق برای مقرّ له با گفتهٔ مقرّ «مال من» سازگار نیست. پس اقرار غیر نافذ است «۲». البته در صورتی که چنین تعارضی وجود نداشته باشد یا از قراین معلوم گردد که فرد قصد اقرار دارد، اقرار صحیح است، چنانکه بگوید: محل سکونت یا لباس من مال زید است؛ و از قراین معلوم باشد که مقصودش آنست که خانه و یا لباسی که در اختیار و یا مورد

استفاده من است مال زید است در این صورت تعارضی وجود ندارد و انسان چه بسا در ملک دیگری سکونت می‌کند یا لباس دیگری را می‌پوشد «۳».

ج) در تصرف مقرر بودن

مقرر به باید در تصرف اقرارکننده باشد، زیرا اگر کسی نسبت به مالی که در دست زید است اقرار کند که ملک عمرو می‌باشد، یا دعوی (ادعا) و یا شهادت (بینه) است و هر کدام باشد صحیح نیست. ادعا از جانب عمرو به شمار نمی‌آید، زیرا اقرارکننده بدون اذن عمرو چنین کرده است و شهادت هم نیست، چون از نظر لفظ و شرایط با آن سازگار نمی‌باشد. البته عبارات پاره‌ای از فقها بر این صراحت دارد که متصرف بودن مقرر نسبت به موضوع اقرار شرط اجرای اقرار است و نه شرط صحت آن. پس اگر کسی به مالی که در دست دیگری است به نفع زید اقرار کند، اقرار او لغو نمی‌باشد بلکه اگر مال مزبور در دست وی قرار گرفت به اقرار خویش ملزم می‌گردد

انواع اقرار

اقرار از جهات گوناگون قابل تقسیم است:

۱. به اعتبار صیغه، ۲. به اعتبار محل اقرار، ۳. به اعتبار موضوع اقرار.

۱. تقسیم اقرار به لحاظ شیوه بروز آن (صیغه)

الف) اقرار فعلی:

ممکن است اقرار به صورت انجام یا ترک فعل باشد. این اقرار فعلی است و در این صورت لازم است که قرینه‌ای کاشف از قصد واقعی مقرر بر اقرار وجود داشته باشد. به عنوان مثال هرگاه «الف» با تلکس به «ب» اطلاع دهد که «ب» مالی به وی بدهکار است و «ب» بدون هیچ پرسشی و تأخیری مبلغ ادعایی «الف» را برای وی ارسال دارد. در اینجا باید قائل بدان شد که «ب» با این عمل خود به حقانیت «الف» اقرار و اعتراف کرده است. و یا مانند موردی که «الف» از «ب» بخواهد که از ادامه تصرفات خود در قطعه زمین متعلق به الف، خودداری کند و «ب» به صرف تذکر «الف» از ادامه تصرفات خودداری کند. چنین امری در حقیقت اقرار فعلی به حساب می‌آید.

ب) اقرار لفظی:

معمولاً اقرار به صورت اخبار لفظی صورت می‌گیرد. حجیت این قسم از اقرار به ویژه بدان جهت است که لفظ صریح‌تر از هر قرینه دیگری دلالت بر واقع می‌نماید البته لفظ مخصوصی شرط نیست، بلکه می‌تواند به هر لفظی و به هر زبانی واقع شود «۱». قانون مدنی ایران نیز به پیروی از فقهای امامیه در ماده ۱۲۴۰ مقرر می‌دارد: «اقرار واقع می‌شود به هر لفظی که دلالت بر آن نماید». و در ماده ۱۲۶۱ اشاره‌ی شخص لال که صریحاً حاکی از اقرار باشد را نیز صحیح دانسته است. کسی که قادر به تکلم نیست مانند لال یا کسی که آشنا به زبان نمی‌باشد اشاره‌ی او جانشین لفظ او می‌گردد؛ به شرط آنکه با صراحت دلالت بر اقرار کند «۱». برخی از فقهای حنفی در این مورد قائل به تفصیل شده‌اند و تنها در صورتی اقرار شخص گنگ را با اشاره معتبر دانسته‌اند که وی قادر به نوشتن نباشد و گرنه اقرار باید به وسیله نوشتن صورت گیرد نه اشاره «۲».

ذکر این نکته ضروری است که اقرار لفظی می‌تواند.

ج) اقرار شفاهی

اقرار شفاهی عبارت از اقراری است که شفاهاً به عمل آمده باشد.

د) اقرار کتبی

اقرار کتبی اقراری است که مقرر به وسیله نوشته‌ای رسمی، غیر رسمی، عادی، دست‌نوشته و یا امضای ذیل اقرارنامه امری را اقرار نماید. بنابراین مقرر می‌تواند با امضای ذیل اقرارنامه در دفتر اسناد رسمی، امری که امروزه مرسوم و متداول است، حقی را بر عهده و ذمه خود و به نفع دیگری مورد اقرار قرار دهد. هرگاه کسی ادعا کند که مبلغ معینی از دیگری طلبکار است و نوشته‌ای به خط مدعی علیه حاکی از اقرار او به دین مزبور ارائه دهد و مدعی علیه نیز انتساب نوشته را به خود تأیید کند، به نفع مدعی حکم می‌شود حتی اگر مدعی علیه دین را انکار کند. در صورتی که مدعی علیه انتساب نوشته را به خود انکار کند،

به نظر فقهای عامه از او خواسته می‌شود که مطلبی بنویسد آنگاه میان دو نوشته مقایسه می‌شود و چنانچه شباهت ظاهری نشان می‌دهد که نویسنده هر دو خط یکی است آن نوشته معتبر می‌باشد و بر اساس آن حکم می‌شود. «۳» از نظر موازین فقه امامی اثبات این امر که اقرار به خط مدعی علیه است به عهده مدعی است و ارزش استکتاب و مقابله و مقایسه بستگی به درجه اطمینان‌آوری آن برای دادگاه دارد.

تبصره

سکوت در برابر ادعا اقرار نمی‌باشد. زیرا سکوت نمی‌تواند از اراده شخص به اخبار از وجود حق حکایت کند مگر آنکه اوضاع و احوال قطعی بر آن دلالت نماید از این رو اگر کسی در مقابل جمعی که یکی از آنها زید است بگوید: شاهد باشید که من فلان مبلغ از زید طلبکارم و زید در رد یا قبول این گفته سخنی نگویید نمی‌توان سکوت او را اقرار به دین تلقی کرد. فقها برای این قاعده‌ای ساخته‌اند تحت عنوان «لا ینسب لساکت قول». ولی در عین حال عموم آن در فقه مصون از تخصیص نمانده بلکه بر آن تخصیص وارد شده است؛ از جمله:

سکوت پدر در برابر تهنیت مردم به وضع حمل همسر او، که اقرار به این امر تلقی می‌شود که نوزاد فرزند اوست. «۱»

۲. تقسیم اقرار به لحاظ محل وقوع آن

الف) اقرار در دادگاه

ب) اقرار در خارج دادگاه

اقرار چه در دادگاه و در حضور قاضی صورت گیرد و چه در خارج از دادگاه از نظر فقه اسلامی معتبر است هر چند که قسم اخیر آن بایستی وقوعش برای قاضی به اثبات برسد. برخی با تمسک به قید «عند الامام» که در برخی از روایات اقرار آمده، بر این باورند که در حقوق الهی (کیفری) متهم باید در دادگاه اقرار کند و در این گونه موارد اقرار نزد غیر قاضی معتبر نمی‌باشد هر چند که وقوع اقرار به اثبات برسد. در رد این استدلال گفته شده است، اولاً: در اینجا به مفهوم لقب استدلال شده که معتبر نمی‌باشد، ثانیاً: ادله اعتبار اقرار از جمله بنای عقلا اقرار را به طور مطلق حجت می‌داند. تعبیر «عند الامام» در این گونه روایات به این جهت نیست که اقرار نزد قاضی خصوصیتی دارد بلکه از این رو است که در زمان صدور روایت غالباً اقرار در نزد امام و قاضی واقع شده است «۲».

ولی بنظر می‌رسد با توجه به اصل برائت مادام که دلیل معتبر بر اثبات اتهام متهم اقامه نگردد، حکم به مجرمیت وی موجه نمی‌باشد، و هر گونه احتمال منطقی برای شرایط شرعی اعتبار اقرار می‌تواند فاقد آن را از اعتبار ساقط سازد و بی‌گمان احتمال آنکه حضور حاکم و استماع مستقیم وی در حجیت و اعتبار اقرار دخالت داشته باشد امری منطقی و عقلایی است و لذا در فرض فقدان این امر اصل بر برائت متهم است.

در حقوق فرانسه اقرار به دو نوع اقرار قضایی «۱» (اقرار در دادگاه) و اقرار غیر قضایی «۲» (اقرار خارج از دادگاه) تقسیم شده است «۳» و اقرار قضایی به اقرار شخص یا نماینده او در حضور دادگاه تعریف شده است «۴». قانون مدنی فرانسه به بیان اعتبار اقرار در دادگاه و غیر قابل تجزیه بودن آن و عدم امکان رجوع از آن مگر در اشتباه حکمی پرداخته «۵»، ولی از بیان اقرار خارج از دادگاه سکوت کرده است که می‌توان گفت احکام آن را به قواعد عمومی واگذار کرده است و قاضی باید با توجه به اوضاع و احوال درجه اعتبار و قابل تجزیه یا قابل رجوع بودن یا نبودن آن را تشخیص دهد «۶».

در نظام حقوقی انگلوساکسون نیز اقرار به دو نوع اقرار قضایی «۷» و اقرار غیر قضایی «۸» تقسیم شده است: اقرار قضایی اقراری است که در حضور دادگاه یا در جریان رسیدگی دادگاه صورت گیرد که شامل اقرار در رسیدگی‌های مقدماتی نیز می‌شود و اقرار غیر قضایی اقراری است که در خارج از دادگاه یا در برابر هر شخص رسمی یا غیر رسمی در غیر زمان رسیدگی و بازجویی صورت گیرد «۹».

در قوانین برخی از کشورهای عربی همچون اصول محاکمات مدنی لبنان (ماده ۲۱۰)، قانون مدنی لیبی (ماده ۳۹۸) و قانون بیّنات سوریه (ماده ۹۴، ۱۰۲) به این دو نوع اقرار تصریح شده است و در برخی دیگر همچون قانون مدنی مصر (ماده ۴۰۸) و

قانون مدنی عراق (ماده ۴۶۱) اگر چه این تقسیم ذکر نشده است، ولی در تعریف اقرار «در حضور دادگاه» قید شده است. قوانین این کشورها به بیان احکام اقرار غیر قضایی نپرداخته‌اند، ولی همان‌گونه که قانون بینات سوریه مقرر می‌دارد: «اقرار غیر قضایی به قاضی موکول گردیده و اثبات آن باید بر اساس قواعد عمومی مربوط به اثبات صورت گیرد» (ماده ۱۰۲). در حقوق ایران نیز این تقسیم آمده است. ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی در تعریف قسم اول مقرر می‌دارد: «اقرار اگر در حین مذاکره در دادگاه یا در یکی از لوایحی که به دادگاه داده شده است به عمل آید اقرار در دادگاه می‌باشد». ولی در مورد قسم دوم تعریفی ارائه نداده است ولی با توجه به تعریفی که در خصوص اقرار در دادگاه گفتیم می‌توان این گونه بیان کرد که هر اقراری که در خارج از جلسه دادرسی و به غیر از طریق لوایح تقدیمی به دادگاه صورت گرفته باشد اقرار در خارج از دادگاه به حساب خواهد آمد که حسب مورد ممکن است کتبی یا شفاهی باشد.

۳. تقسیم اقرار به اعتبار موضوع آن

اقرار به اعتبار موضوع آن (مقرر به) تقسیماتی دارد. در ذیل به تقسیمهائی که برای موضوع اقرار بیان شده اشاره می‌شود.

الف) حق الله و حق عباد

موضوع اقرار گاهی از حقوق الهی است که به آن «حق الله» می‌گویند «۱». و گاه از حقوق افراد است که از آن با عنوان «حق آدمی» «۲» یا «حق عباد» «۳» یاد می‌کنند.

حق الله حقی است که به خداوند اختصاص دارد. فقیهان حنفی حق الله را به دو نوع تقسیم کرده‌اند: ۱. حقی که به طور خالص ویژه خداوند است و به هیچ وجه جنبه فردی ندارد؛ مانند نوشید خمر، ۲. حقی که مربوط به خداوند است ولی جنبه‌ای از آن نیز به اشخاص بر می‌گردد؛ مانند حد قذف.

شرایط خاص اقرار به حق الله

۱. تعدد:

به نظر مذاهب اربعه جز حنفیه حق الله با یک بار اقرار اثبات می‌گردد و تعدد اقرار لازم نیست، ولی فقیهان زنا را استثنا کرده‌اند و به استناد حدیث پیامبر (ص) درباره «ماعز» ثبوت حد را در زنا به ۴ بار اقرار دانسته‌اند. همچنین ابو یوسف با قیاس مقرر به به نیز شهادت که در آن تعدد لازم است، برای ثبوت حق الله دو بار را اقرار لازم دانسته است «۱».

فقیهان امامیه در اثبات برخی از حقوق الهی (امور کیفری) تعدد اقرار را شرط دانسته‌اند: از جمله برای اثبات زنا و لواط ۴ بار و برای اثبات سرقت، قذف و شرب خمر ۲ بار اقرار را لازم دانسته‌اند «۲». قانون مجازات اسلامی ایران به پیروی از فقه امامیه برای اثبات جرایم فوق تعدد اقرار را لازم شمرده است «۳».

۲. صراحت:

اقرار به حقوق الهی باید صریح و روشن باشد به گونه‌ای که هیچ احتمال خلافی داده نشود، در غیر این صورت اقرار نافذ نیست، زیرا طبق قاعده «الحدود تدرء بالشبهات»، حدود به وسیله شبهه‌ها برداشته می‌شود، و در صورتی که در اثبات حد شبهه‌ای پدید آید، حد اجرا نمی‌شود.

۳. اقرار در نزد قاضی:

به عقیده برخی برای صحت اقراری که موضوع آن حق الله و از جمله امور کیفری است، اقرار باید در نزد قاضی صورت گیرد. «۴»

حق عباد یا حق الناس حقی است که صاحب آن فرد انسانی است نه خداوند. این حق گاهی جنبه کیفری دارد مانند حق قصاص یا مطالبه دیه که اقرارکننده با اقرار خویش به نفع مقرر له به چنین حقی اعتراف می‌کند و گاهی جنبه مالی است خواه مال عین باشد یا دین و یا اموری چون طلاق، حق شفعه، نسب و مانند آن «۵».

تقسیم موضوع اقرار به حق الله و حق عباد صرفاً یک تقسیم نظری نیست، بلکه از نظر عملی و آثار نیز حایز اهمیت است. چنانکه در بالا اشاره شد، شرایط صحت اقرار در مواردی که موضوع اقرار حق الله است با مواردی که حق افراد است تفاوت

دارد. همچنین در مباحث بعدی خواهد آمد که رجوع از اقرار در موارد حق الهی به علت آنکه موجب شبهه است، اثر اقرار، یعنی ثبوت حد را از بین می‌برد، ولی در سایر موارد به نفوذ و اعتبار اقرار خللی وارد نمی‌کند.

(ب) مال، حق و نسب

موضوع اقرار از جهت دیگری نیز تقسیم شده است و بر سه نوع است: مال، حق و نسب «۱». برخی تقسیم مزبور را با اندک تغییری به گونه‌ای دیگر مطرح کرده‌اند و به جای «حق» عنوان «غیر مال» را ذکر کرده‌اند. این تغییر بیشتر جنبه اصطلاحی دارد و گرنه از نظر محتوا تفاوت چندانی در بین نیست و در ذیل قسم دوم (غیر مال) مانند تقسیم اول انواع حقوق ذکر شده و آن هم منحصر به حقوق غیر مالی نبوده، بلکه حقوق مالی را نیز در بر می‌گیرد «۲».

۱. مال: گاهی موضوع اقرار مال است خواه آن مال عین خارجی باشد یا دین موجود در ذمه، و یا منفعت و یا عمل.

۲. حق: موضوع اقرار ممکن است یک حق باشد. حق در اینجا در معنای اخص خود به کار رفته است و در مقابل مال می‌باشد، در حالی که در تقسیم پیشین حق در معنایی اعم که مال را نیز شامل می‌شود استعمال شده است. این حق ممکن است از امور کیفری باشد، چون حق قصاص یا حد یا تعزیر چنانکه اقرارکننده به ارتکاب قتل، زنا یا قذف اعتراف کند و یا حق ارتفاق باشد: چنانکه کسی اقرار کند که همسایه او حق دارد از ملک وی عبور کند، یا از آن آب بردارد، یا حق دارد در ملک وی پنجره باز کند؛ یا ناودان خانه خود را در ملک او قرار دهد. همچنین موضوع اقرار ممکن است حقوق دیگر چون حق انتفاع، حق خیار یا حق شفعه باشد «۳».

۳. نسب: گاهی موضوع اقرار نسب و خویشاوندی است و اقرارکننده به وجود رابطه خویشاوندی میان خود و دیگری اقرار می‌کند. فقیهان شیعه «۴» و سایر مذاهب اسلامی «۱» به تفصیل اقرار به نسب را مورد بررسی قرار داده‌اند که در اینجا به اختصار مطالبی آورده می‌شود.

اقرار به نسب

نسب و رابطه خویشاوندی همچون مال بدون تردید به وسیله اقرار ثابت می‌گردد و حتی برخی از فقیهان همچون شیخ محمد حسن نجفی در جواهر الکلام و سید جواد حسینی عاملی در مفتاح الکرامه تصریح کرده‌اند که ثبوت نسب به وسیله اقرار امری مورد اجماع تمامی علما است و علاوه بر ادله عمومی نفوذ اقرار، روایات صحیحی نیز بر آن دلالت می‌کند. اقرار به نسب بر دو قسم است: اقرار به نسب فرزندی و اقرار به نسب خویشاوندی.

۱. اقرار به نسب فرزندی

اقرار کسی به اینکه دیگری (خواه پسر یا دختر) فرزند او است در صورتی که دارای شرایط ذیل باشد معتبر خواهد بود و آن شخص فرزند اقرارکننده شناخته می‌شود:

(الف) امکان عادی:

در صورتی نسب فرزندی به وسیله اقرار اثبات می‌شود که عادتاً ممکن باشد. از این رو اگر کسی اقرار کند که دیگری فرزند او است در حالی که وی هم سال اقرارکننده یا بزرگتر از او باشد نسب ثابت نمی‌شود و یا اگر کسی به فرزندی شخصی اقرار کند که نسب او مشهور است و مردم او را فرزند شخص دیگری می‌دانند، نسب ثابت نمی‌شود. از این رو برخی از فقها یکی از شرایط اقرار به نسب فرزندی را مجهول النسب بودن مقرر له دانسته‌اند «۲».

(ب) عدم مخالفت با شرع:

اقرار نمی‌تواند نسبی که شرع آن را تکذیب می‌کند اثبات نماید، مثلاً از طریق اقرار نمی‌توان نسب فرزندی را که از طریق زنا یا شبهه تولد یافته و یا به وسیله لعان (انکار فرزند) رابطه نسبی او شرعاً قطع شده اثبات کرد.

(ج) عدم تعارض:

اقرار به فرزندی صغیر در صورتی معتبر شناخته می‌شود که کس دیگری مدعی فرزندی او نباشد و گرنه اقرار اثری ندارد، زیرا دو نفر نسبت به یک موضوع مدعی هستند و ادعای آن دو با یکدیگر معارض است، در نتیجه دو اقرار متعارض ساقط می‌شود و برای اثبات نسب باید ادله دیگری چون بیینه ابراز شود «۱».

اگر کسی که به فرزندی او اقرار شده، صغیر باشد سه شرط فوق برای اثبات نسب کافی است و تصدیق صغیر لازم نمی‌باشد؛ حتی اگر پس از بلوغ، فرزندی خود را نسبت به اقرارکننده تکذیب کند، نسب اثبات شده به قوت خود باقی است. همچنین است اگر اقرار به فرزندی شخص مجنون یا میت صورت گیرد. «۲» اما در صورتی که اقرار به فرزندی شخص عاقل و کبیر صورت گیرد، علاوه بر شرایط فوق «تصدیق» وی نیز لازم می‌باشد، زیرا نسب امری اضافی است که موقوف به تصدیق طرف دیگر یا اثبات از طریق بیینه است و اصل بر عدم ثبوت نسب بدون آن است و صغیر و مجنون هم به دلیل اجماع و ممکن نبودن تصدیق از طرف ایشان استثنا شده‌اند که نمی‌توان آن را به موارد دیگر سرایت داد. «۳» به عقیده فقیهان اقرار پدر به فرزندی کسی (خواه صغیر و خواه بالغ) اقرار به زوجیت مادر وی نمی‌باشد. همچنین اقرار زن به فرزندی کسی اقرار به زوجیت پدر او نمی‌باشد، زیرا ممکن است نکاح فاسد بوده باشد یا فرزند از طریق نزدیکی به شبهه یا اکراه به وجود آمده باشد. «۴» اما ابو حنیفه در این زمینه قائل به تفصیل شده و در صورتی که مادر کسی که به فرزندی او اقرار شده به حریت معروف باشد به استناد «حمل بر صحت کردن انساب و احوال مسلمانان» به اثبات رابطه زوجیت نظر داده است.

۲. نسب خویشاوندی

در صورتی که کسی به رابطه خویشاوندی خود با دیگری غیر از رابطه پدر و فرزندی اقرار کند، شرایط چهارگانه فوق از جمله «تصدیق مقرر» لازم می‌باشد، مثلاً اگر کسی اقرار کند که دیگری پدر یا مادر یا جد یا نوه او است و یا برادر، خواهر، عمو، دایی، عمه یا خاله وی می‌باشد؛ آن شخص نیز باید این رابطه خویشاوندی را تصدیق کند. تفاوت اقرار به نسبت فرزندی با اقرار به نسب خویشاوندی آن است که در اولی بر اثر اقرار، تمامی آثار مترتب می‌گردد و رابطه نسبی به فرزندان ایشان و طبقات دیگر نیز سرایت می‌کند؛ مثلاً با اقرار به فرزندی دیگری ثابت می‌شود که فرزند وی نوه اقرارکننده است و یا فرزند اقرارکننده برادر مقرر له و پدر اقرارکننده جد مقرر له است و آن دو و همچنین انسابی که از این طریق ثابت می‌شود از یکدیگر ارث می‌برند، در حالی که در اقرار به نسب خویشاوندی تنها رابطه نسبی میان اقرارکننده و مقرر له اثبات می‌شود و به غیر از ایشان حتی به فرزندانشان سرایت نمی‌کند «۱».

برخی از فقیهان اقرار به نسب را به هنگام فوت مقرر له ذیل عنوان «اقرار به وارث» ذکر کرده و برای آن فروعاتی بیان نموده‌اند که در ذیل به آن اشاره می‌شود:

الف) اگر کسی که نسب او مجهول است بمیرد آنگاه مردی اقرار کند که متوفی فرزند او است با وجود شرایط، نسب ثابت می‌شود. در این مسأله تفاوت نمی‌کند که متوفی صغیر باشد یا بالغ، دارای میراث باشد یا نباشد. همچنین در این خصوص در معرض اتهام بودن اقرارکننده به اینکه می‌خواهد میراث متوفی را تملک کند تأثیری ندارد، همان گونه که اقرار به فرزندی کودکی که صاحب مال است با وجود در معرض تهمت بودن اقرارکننده صحیح است. اما ابو حنیفه در صورتی که متوفی صاحب مال باشد، به دلیل تهمت نسب را ثابت نمی‌داند، به این نظر ایراد شده است؛ اولاً: تهمت شرعاً در اینجا اثری ندارد، ثانیاً: بر فرض مؤثر بودن تهمت، نباید میان شخص مالدار زنده با مرده تفاوت قائل شویم، چراکه در هر دو اقرارکننده در معرض تهمت است «۱».

ب) اگر وارث متوفی به نسب خویشاوندی با دیگری اقرار کند و مقرر له در ارث مقدم بر اقرارکننده باشد، ترکه به مقرر له داده می‌شود؛ مثلاً اگر عموی متوفی اقرار کند که زید برادر او است و یا برادر متوفی اقرار کند که زید فرزند متوفی است، ترکه به زید داده می‌شود «۲».

ج) اگر وارث متوفی به نسب خویشاوندی با دیگری اقرار کند و مقرر له در ارث با او هم رتبه باشد چنانچه مقرر وارث منحصر به فرد متوفی باشد؛ مقرر له به نسبت سهم خود از ترکه ارث می‌برد، چنانکه تنها فرزند متوفی اقرار کند که زید برادر او است که ترکه به نسبت مساوی میان ایشان تقسیم می‌شود و اگر اقرار کند که متوفی دارای زوجه است، یک هشتم مال به کسی که اقرار به او راجع است داده می‌شود.

در صورتی که اقرارکننده وارث منحصر نباشد و سایر ورثه او را تصدیق نکنند تنها سهم اقرارکننده به مقرّ له داده می‌شود، چنانکه همسر متوفی با وجود آنکه متوفی چند برادر دارد اقرار کند که زید فرزند متوفی است و برادران او را تصدیق نکنند؛ که سه چهارم ترکه به برادران و یک هشتم ترکه به هر کدام از زن و فرزند داده می‌شود «۳».

تنجیز در اقرار

اقرار باید منجز باشد و بر اقرار معلق اثری مترتب نیست، زیرا تعلیق منافی با اقرار است. که در تعریف آن را اخبار به ثبوت حق یا دین به زیان مقرّ دانستیم.

زیرا ثبوت فعلی شیء با تعلیق آن بر امر دیگری، حتی امر مسلم الوقوع باطل خواهد بود. بدیهی است چنین اقراری، اقرار نافذ و الزام‌آور که بتواند در عالم خارج منشأ آثار گردد به حساب نخواهد آمد. «۴» زیرا چنین اقراری در حقیقت، در تنافی با خود است. در خصوص مسأله تنجیز در اقرار، در این مثال که: هرگاه مدعی چیزی را علیه دیگری ادعا کند و مدعی علیه بگوید اگر فلانی (فرد معینی) ادعای شما را تأیید کرد مورد قبول من است. جماعتی از فقها از جمله شیخ طوسی گفته‌اند که چنین امری اقرار است و مقرّ ملزم به ادای مورد ادعای مدعی می‌باشد. «۱»

اما در مقابل عده‌ای دیگر از فقها به خصوص متأخرین که اکثریت را نیز دارا هستند معتقدند که چنین امری اقرار به حساب نمی‌آید زیرا که عرفاً مفهوم چنین بیانی آن است که ادای چنین شهادتی از شخص مورد نظر ممتنع است. زیرا کذب و دروغگویی فرد یاد شده غیر ممکن و غیر محتمل است. و از آن گذشته استعمال چنین عباراتی در میان عوام در مقام انکار ادعای مدعی شایع و رایج است. «۲»

بنابراین باید گفت تعلیق اقرار به هر شرطی به جهت آنکه مستلزم تحقق معلق علیه برای بمنصه ظهور رسیدن امر معلق (اقرار) می‌باشد؛ با اصل اقرار که حالت اخباری و جنبه بیان واقع دارد منافات و تهافت دارد. ماده ۱۲۶۸ قانون مدنی نیز صراحتاً اعلام داشته است «اقرار معلق مؤثر نیست».

نقش اقرار در فصل خصومت

هرگاه در دعوی مدعی علیه به آنچه مورد ادعا است اقرار کند؛ دعوی خود به خود خاتمه یافته و مقرّ ملزم به اقرار خود خواهد بود. در این مورد به نظر می‌رسد که عمل دادرسی، قضایی نباشد. در این زمینه سرخسی نیز چنین می‌گوید: «الاقرار لیس میزاناً للفصل، المقرّ بنفس اقراره یرفع الخصومة». «۳»

مؤید این مطلب عموم روایت پیامبر اکرم (ص) است که می‌فرمایند: «انما اقاضی بینکم بالبینات و الایمان» «۴» با این توضیح که اقرار خود به خود رافع خصومت است؛ و با وجود اقرار خصومت خود به خود مرتفع می‌گردد و نیازی دیگر به اثبات نمی‌باشد بنابراین اقرار یکی از ادله اثبات محسوب نیست و با خروج اقرار از ادله اثبات دعوی این روایت به صورت حقیقی باقی می‌ماند، درحالی که اگر اقرار همانند بیّنه و سوگند یکی از ادله اثبات بود، لازم بود که حصر روایت نبوی شکسته و اقرار بر آن افزوده شود.

الزام‌آور بودن اقرار

اقرار خود برای مقرّ الزام‌آور است و نیازی به حکم دادگاه ندارد. نظیر الزاماتی که به موجب عقود حاصل می‌گردد. و تا وقتی که کذب اقرار نزد حاکم ثابت نشده باشد خود به خود مؤثر است بدون اینکه احتیاج به حکم دادرسی دادگاه «۱» داشته باشد. از مواد ۱۲۷۵ و ۱۲۷۶ قانون مدنی ایران نیز همین امر مستفاد است.

اقرار مریض

اقرار مریض در صورتی که مرض وی منجر به موت نباشد نافذ است، خواه اقرار به نفع یکی از ورثه اقرارکننده باشد و خواه به نفع شخص دیگر و خواه به اندازه ثلث مال و خواه بیش از آن باشد. اقرار در حال مرض منجر به موت از نظر فقیهان امامیه در صورتی که اقرارکننده در معرض تهمت باشد، وی تنها تا ثلث مال نافذ است و نسبت به بیش از آن موقوف به اجازه ورثه است «۲». سید ابو الحسن اصفهانی در این باره می‌نویسد: «اقرار مریض همچون اقرار شخص سالم نافذ است مگر در صورت موت و وجود تهمت که اقرار نسبت به بیش از ثلث نافذ نیست، خواه به نفع وارث اقرار کند و خواه به نفع اجنبی» «۳».

مقصود از «تهمت» آن است که قراین نشان دهد که اقرارکننده به علتی مانند علاقه و دلبستگی ویژه به مقرّ له، می‌خواهد مالی را به وی اختصاص دهد و در اخبار خویش صادق نیست «۱». قول غیر مشهور در فقه امامیه در این باره که کسانی چون شیخ طوسی و ابن ادریس آن را برگزیده‌اند، آن است که اقرار مریض نسبت به وارث و اجنبی به طور مطلق نافذ است «۲». در صورت اختلاف میان مقرّ له و وارث در وجود تهمت، مدّعی تهمت باید دلیل اقامه کند، زیرا اصل عدم تهمت است «۳».

فقیهان شافعی در اقرار مریض به نفع اجنبی (مقصود از اجنبی کسی است که وارث اقرارکننده نباشد هر چند از خویشان نزدیک وی باشد) بر دو قولند: قول راجح که از طریق قیاس اقرار مریض با اقرار شخص سالم آن را نافذ می‌داند ولی برخی آن را از ثلث ترک به شمار می‌آورند. درباره اقرار به نفع وارث نیز قول راجح در فقه شافعی صحت آن است، زیرا اقرارکننده در مرض موت است و در حالتی است که در آن دروغگو راست می‌گوید و فاجر توبه می‌کند. پس از روی واقع سخن می‌گوید و قصد محروم کردن برخی از ورثه را ندارد. در مقابل، برخی دیگر از فقیهان شافعی چنین اقراری را به علت اینکه ممکن است مریض بخواهد با آن برخی از ورثه را از ترک محروم کند صحیح ندانسته‌اند.

در فقه حنفی و حنبلی میان اقرار به نفع وارث با اقرار به نفع اجنبی فرق گذاشته شده است و اقرار برای وارث نافذ نیست مگر با اجازه بقیه ورثه «۴»، زیرا وی در این امر متهم می‌باشد و ممکن است بخواهد با اقراری از روی کذب، برخی از ورثه را رجحان دهد. به علاوه همان گونه که در مرض موت وصیت نافذ نیست، به طریق اولی اقرار نیز نافذ نمی‌باشد، زیرا با وصیت تنها می‌توان در ثلث مال تصرف کرد، ولی با اقرار می‌توان در تمامی مال تصرف نمود «۵».

فقیهان مالکی در هر مورد خاصی به کشف قصد اقرارکننده پرداخته‌اند و وارث را به خویشاوند نزدیک و دور، و اجنبی (غیر وارث) را به خویشاوند نزدیک، خویشاوند دور، دوست و شخص مجهول تقسیم کرده‌اند و در هر یک از این موارد بر اساس اینکه اقرارکننده در معرض اتهام است یا نه، به بیان صحت یا بطلان اقرار پرداخته‌اند «۱».

برخی از نویسندگان اقرار مریض را در دو صورت غیر نافذ و موقوف به اجازه ورثه دانسته‌اند: یکی آنکه زاید بر ثلث باشد و دیگر آنکه اقرارکننده در معرض تهمت باشد «۲». در حالی که این نظریه در فقه جایگاهی ندارد، زیرا چنانکه اشاره شد، اقرار به بیش از ثلث در هیچ یک از مذاهب اسلامی بالا به صورت مطلق باطل نمی‌باشد، بلکه تنها در صورتی غیر نافذ است که مریض در معرض تهمت باشد (قول مشهور در فقه امامیه) و یا مقرّ له وارث او باشد (فقه حنفی و حنبلی و قول غیر راجح در فقه شافعی) و گرنه نافذ خواهد بود. همچنین در معرض تهمت بودن نیز اگر چه در برخی از مذاهب همچون فقه امامیه طبق نظریه مشهور مانع نفوذ اقرار دانسته شده، این عدم نفوذ تنها در صورتی است که اقرار به بیش از ثلث شده باشد و در آن صورت هم تنها نفوذ اقرار، نسبت به میزان بیش از ثلث به اجازه ورثه موقوف است.

اقرار به مجهول

معلوم بودن موضوع اقرار شرط صحت اقرار نیست. در صورتی که مورد اقرار به کلی مجهول باشد اقرار صحیح است و اقرارکننده ملزم می‌شود که مقرّ به را تفسیر کند و از آن رفع ابهام نماید «۳». قانون مدنی عراق در ماده ۴۶۴، ضمن بیان اینکه موضوع اقرار می‌تواند مجهول باشد می‌گوید: «اگر کسی به امانت گرفتن یا سرقت یا غصب مال مجهولی اقرار کند، از او خواسته می‌شود که آن مال را تعیین کند، اما اگر اقرار کند که مال مجهولی را فروخته یا اجازه داده چنین اقراری صحیح نیست، زیرا اقرار به عقود صورت گرفته که جهل به موضوع باعث بطلان آن می‌شود».

در صورتی که تفسیر اقرارکننده با عرف و زبان مورد محاوره سازگار باشد پذیرفته می‌شود و به مفاد اقرار ملزم می‌گردد؛ مثلاً اگر گفت: شیئی از تو نزد من است، می‌تواند «شیء» را به شیء متمول و یا غیر متمول مانند یک لنگه کفش بی‌ارزش تفسیر کند، ولی اگر گفت: مالی از تو نزد من است، نمی‌تواند مال را به چیزی که مالیت ندارد تفسیر کند «۱». اگر موضوع اقرار به کلی مجهول نباشد و بتوان قدر متیقنی برای آن به دست آورد، اقرار معتبر است و نیازی به تفسیر نمی‌باشد، مثلاً اگر کسی در مقابل دیگری بگوید: چند میلیون ریال به تو بدهکارم، به ۲ میلیون ریال ملزم می‌گردد، زیرا حد اقل جمع در زبان فارسی ۲ است و اقرار نسبت به بیش از آن مورد تردید است و یا اگر در عربی گفته شود:

لک عندی درهم، اقرارکننده به سه درهم ملزم می‌شود؛ زیرا حد اقل جمع در زبان عربی ۳ است «۲».

در صورتی که کسی اقرار کند که دیگری مال خطیر یا عظیم یا کثیر نزد او دارد، فقیهان امامیه «۳»، شافعی «۴» و حنبلی «۵» بر این باورند که اقرارکننده موضوع اقرار را به هر مالی هر چند اندک تفسیر کند، تفسیر او مورد قبول قرار می‌گیرد، زیرا مال هر چند کم از نظر معنوی محترم و عظیم است و سلب مال دیگری هر چند اندک بر خلاف ضروریات دین است «۶». به علاوه کثرت و عظمت اموری اضافی و نسبی است: برخی از مردم مال کم را بزرگ و زیاد می‌پندارند و برخی دیگر مال زیاد را کوچک و حقیر می‌شمارند «۷».

فقیهان حنفی در این باره دو نظریه دارند: برخی تفسیر آن را به کمتر از ۱۰ درهم می‌پذیرند، زیرا در نزد ایشان نصاب قطع دست در سارق ۱۰ درهم است «۸» و برخی دیگر تفسیر آن را به کمتر از ۲۰۰ درهم نمی‌پذیرند، زیرا نصاب زکات ۲۰۰ درهم است «۱۰». بر اساس فقه مالکی در این گونه موارد اقرارکننده لااقل باید مال را به سه درهم تفسیر کند، زیرا نصاب قطع دست سارق ملاک قرار داده شده است «۲».

اگر موضوع اقرار میان دو امر مردد باشد؛ مثلاً اقرارکننده بگوید: «یکی از این دو مال از آن تو است»، یا بگوید: یک تن گندم یا برنج به تو مدیون می‌باشم، اقرارکننده باید آن را تفسیر و از آن رفع ابهام کند.
تکذیب مقرّ له

قبول و تصدیق مقرّ له شرط صحت اقرار نیست، ولی اقرار در صورتی نافذ و معتبر است که مقرّ له اقرارکننده را تکذیب نکند «۳». پس اگر کسی بگوید: «این خانه مال علی است» و علی این مطلب را تکذیب کند، اقرارکننده ملزم به تسلیم خانه به مقرّ له نمی‌گردد. برخی از فقیهان «عدم تکذیب اقرار به وسیله مقرّ له»، را جزء شرایط مقرّ له آورده‌اند «۴». و برخی دیگر آن را جداگانه و به عنوان شرط صحت یا نفوذ اقرار ذکر کرده‌اند «۵»، ولی تردیدی نیست که تکذیب و انکار مقرّ له نسبت به اقرار، اثر اقرار را زایل می‌سازد.

قانون مدنی ایران نیز در ضمن باب اول در «شرایط اقرار» تکذیب مقرّ له را موجب عدم نفوذ اقرار دانسته است و تصریح می‌کند: «در صحت اقرار تصدیق مقرّ له شرط نیست لیکن اگر مفاد اقرار را تکذیب کند، اقرار مزبور در حق او اثری نخواهد داشت» «۶».

پس از تکذیب مقرّ له، مال در دست اقرارکننده باقی می‌ماند، اگر چه برخی بر این باورند که قاضی مخیر است مال را از او گرفته نزد خود نگهدارد یا آن را همچنان در دست اقرارکننده باقی گذارد «۱». امام خمینی در توضیح این مطلب می‌نویسد: در صورت تکذیب مقرّ له، اگر مقرّ به دین یا حق باشد دیگر نمی‌توان آن را از وی مطالبه کرد و از نظر ظاهر ذمه او میری می‌گردد و اگر مقرّ به عین باشد مال، مجهول المالک خواهد بود که در دست اقرارکننده یا حاکم باقی می‌ماند تا مالک آن معلوم گردد. البته این بر حسب ظاهر است ولی از نظر واقع، اقرارکننده باید بین خود و خدا چنانچه مدیون است ذمه خویش را از آن فارغ سازد و اگر عین از دیگری است، آن را به مالکش برساند. «۲»

در صورتی که مقرّ له از تکذیب و انکار خود نسبت به اقرار رجوع کند و اقرار را تصدیق نماید، انکار او پذیرفته می‌شود و اقرار نافذ خواهد بود، در نتیجه مالی که مثلاً موضوع اقرار بوده به وی تسلیم می‌گردد، زیرا احتمال دارد که مقرّ له به هنگام انکار فراموش کرده که موضوع اقرار از او است و یا بعداً از طریق ارث و مانند آن، مال مزبور به ملکیت او در آمده و بر اساس «اصل حمل بر صحت کردن افعال و اقوال فرد مسلمان» در این گونه موارد که احتمال صحت وجود دارد باید انکار او را پذیرفت «۳». به علاوه، مال مزبور مورد ادعای هیچ‌کس نیست و صاحب ید به ملکیت آن به نفع مقرّ له اقرار کرده است و با تصدیق بعدی مقرّ له اثر انکار و تکذیب پیشین از بین رفته، در نتیجه اقرار معارض نداشته و نافذ خواهد بود «۴».

این حکم حتی در صورتی که اقرارکننده نیز به هنگام انکار مقرّ له از اقرار خویش رجوع کند جاری است، زیرا اقرارکننده در حقیقت با اقرار خویش به دو امر اعتراف کرده است: یکی سلب ملکیت مال از خویش و دیگری اثبات ملکیت آن برای مقرّ له. مقرّ له با تکذیب خویش تنها امر اخیر را نفی کرد و مانع نفوذ اقرار گردید ولی اقرار را باطل نکرده است، زیرا «عدم تکذیب» شرط نفوذ اقرار است و نه شرط صحت آن و رجوع اقرارکننده نیز اقرار را باطل نمی‌سازد، پس با تصدیق بعدی مقرّ له اقرار مؤثر

و نافذ خواهد بود «۱». با این حال برخی رجوع مقرّ له را از انکار خویش تنها در صورتی موجب نفوذ اقرار دانسته‌اند که اقرارکننده هنوز به اقرار خویش باقی باشد «۲».

تجربه‌ناپذیری اقرار

اقرار پیکری واحد است که مقرّ له نمی‌تواند آن را تجزیه کند، یعنی قسمتی از آن را بپذیرد و قسمت دیگر آن را بدون دلیل رد کند، از این رو یکی از اوصاف اقرار را غیر قابل تجزیه بودن آن دانسته‌اند. «۳» ماده ۱۲۸۲ قانون مدنی ایران در این باره می‌گوید: «اگر موضوع اقرار در محکمه مقید به قید یا وصفی باشد مقرّ له نمی‌تواند آن را تجزیه کرده از قسمتی از آن که به نفع او است بر ضرر مقرّ استفاده نماید و از جزء دیگر آن صرف نظر کند». همچنین در حقوق فرانسه (کدسیویل، ماده ۱۳۵۶)، مصر (قانون مدنی، ماده ۴۰۹)، سوریه (قانون مدنی، ماده ۱۰۱) و عراق (قانون مدنی، ماده ۴۷۰) به غیر قابل تجزیه بودن اقرار تصریح شده است.

موضوع اقرار (مقرّ به) از این جهت بر سه قسم است:

۱. اقرار ساده

اقراری است که بدون هیچ قید و وصفی صورت گیرد و اقرارکننده به طور کامل ادعای خواهان را بپذیرد، چنانکه کسی از دیگری ۱۰۰ کیلوگرم برنج طارم مطالبه کند، و او بدون هیچ کم‌وکاستی بگوید: من به این دین اعتراف می‌کنم یا آنچه را گفتم تصدیق می‌کنم. دادرس طبق این اقرار که در حقوق فرانسه به آن اقرار ساده «۴» گفته می‌شود، عیناً رأی می‌دهد «۵».

۲. اقرار مقید

اقراری است که موضوع آن دارای قید یا وصف باشد، چنانکه کسی در برابر ادعای دیگری به طلب یک میلیون ریال با ۱۵ درصد سود سالیانه اقرار کند که مبلغ مزبور را بدون سود به وی مقروض است. در اینجا مقرّ له نمی‌تواند قید و مقید را از یکدیگر جدا کند و اصل اقرار به یک میلیون ریال را بپذیرد ولی قید آن یعنی مجانی بودن را نپذیرد، زیرا قید و مقید پیکری واحد هستند. و اقرارکننده به دین به صورت مطلق و لا بشرط اقرار نکرده تا خواهان از آن استفاده کند.

همچنین اگر خواهان ادعا کند که یک میلیون ریال با عنوان قرض به خواننده داده است، ولی او اقرار کند که آن را با وصف «هبه» دریافت کرده است. این اقرار در حقوق فرانسه اقرار موصوف «۱» خوانده می‌شود و مقرّ له نمی‌تواند اصل اقرار به گرفتن مال را بپذیرد ولی وصف هبه بودن آن را رد کند، زیرا ذات موصوف با وصف قابل تفکیک نیستند و اقرارکننده به ذات موصوف بدون وصف اقرار نکرده است تا مقرّ له از آن استفاده کند.

شعبه یکم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۹۶۳ مورخ ۱۳۲۸/۵/۳ بر همین اساس در موردی که کسی به گرفتن مالی در برابر پرداخت وجه اقرار نماید به او اجازه نمی‌دهد که اقرار را تجزیه کند و اصل مال را بپذیرد و پرداخت وجه در برابر آن را رد کند تصریح می‌کند: اگر خواهان دعوی امانت بودن مالی را نزد خواننده بنماید و خواننده اخذ مال را در برابر وجوهی که به او پرداخته بداند، و نتیجه این فرض عدم اشتغال ذمه خواننده بابت بهای امانت است، زیرا اقرار مقید به قید یا وصفی است که نمی‌توان آن را تجزیه کرد «۲». تجربه‌ناپذیری اقرار مانع از آن نیست که به وسیله دلیل دیگری بطلان قسمتی از اقرار اثبات شود. از این رو اگر با توجه به اوضاع و احوال یا ادله دادرس احراز کند که قید یا وصف ذکر شده در اقرار صحیح نیست، وی می‌تواند به اصل اقرار بدون قید و وصف رأی دهد و این امر را نباید تجزیه کردن اقرار دانست «۳».

۳. اقرار مرکب «۱»

اقرار مرکب اقراری است که دو جزء دارد و هر دو جزء عرفاً یک کلام واقع شده است. این اقرار خود بر دو گونه است:

الف) اقرار مرکب مرتبط

: و آن اقراری است که اجزای آن در وجود با یکدیگر مرتبط باشند، یعنی وجود یک جزء بدون جزء دیگر امکان‌پذیر نباشد؛ مثلاً کسی اقرار کند که مبلغی را از دیگری قرض گرفته و بعداً به او پرداخته است. در این مثال دو جزء اقرار ذاتاً با یکدیگر مرتبطند، زیرا پرداخت دین فرع بر وجود آن است. بنابراین دادگاه نمی‌تواند این دو جزء را تجزیه کند و یک جزء، یعنی دریافت

دین را نپذیرد ولی جزء دوم، یعنی پرداخت آن را رد کند و به علت آنکه اقرارکننده مدرکی مانند رسید و غیره برای اثبات برائت خود ارائه نکرده است او را به پرداخت دین محکوم کند.

از این رو ماده ۱۲۸۳ قانون مدنی ایران در مواردی که دلیل خواهان تنها اقرار مرکب مرتبط است و سند رسمی یا سند معتبر دیگری مستند دعوی نمی‌باشد، اجرای مفاد ماده ۱۳۳۴ قانون مدنی را لازم می‌شمارد، یعنی اقرارکننده (خواننده) می‌تواند از خواهان تقاضای قسم کند. حال اگر خواهان سوگند یاد کند دادگاه به نفع او حکم می‌دهد و اگر از اتیان سوگند خودداری نماید و سوگند را به اقرارکننده رد کند، مقرّ سوگند یاد می‌کند و دادگاه به نفع وی حکم صادر می‌کند. در صورتی که خواهان نه سوگند یاد می‌کند و نه آن را به مقرّ رد کند، یعنی نکول نماید، با سوگند اقرارکننده، حاکم، حکم به بی‌حقی خواهان صادر می‌کند «۲».

(ب) اقرار مرکب غیر مرتبط

: و آن اقراری است که اجزای آن با یکدیگر تلازم در وجود ندارند، چنانکه کسی اقرار کند که مبلغ معینی به دیگری بدهکار بوده ولی چون وی نیز به همان میزان از مقرّ له طلب داشته، بدهی وی بر اثر تهاتر ساقط شده است. در این گونه موارد به علت عدم ارتباط دو جزء اقرار، مقرّ له می‌تواند اقرار را تجزیه کند و تنها قسمتی را که به نفع او است بپذیرد «۱». قانون مدنی مصر در این باره تصریح می‌کند: «اقرار بر ضرر اقرارکننده تجزیه نمی‌شود، مگر آنکه به وقایع گوناگون اقرار شود و وجود یکی از آنها مستلزم وجود وقایع دیگر نباشد» «۲».

رجوع از اقرار

رجوع از اقرار یا انکار آن پس از اقرار اثری ندارد و اقرارکننده ملزم به اقرار خویش می‌باشد، زیرا شخص عاقل و رشیدی در کمال آزادی به وجود حقی برای غیر بر ضرر خویش اعتراف کرده و این خود اماره بر این است که حق مزبور در واقع موجود بوده است و احتمال آنکه اقرار او شرایط لازم را فاقد بوده بر خلاف ظاهر است و اثبات آن مستلزم اقامه دلیل و بیّنه است. به علاوه با اقرار عاقل بالغ حقی به سود مقرّ له پدید می‌آید ولی رجوع از اقرار مستلزم ابطال حق مزبور است و این امر، ظلم و حرام و بر خلاف عدالتی است که خداوند بندگان را به آن امر کرده است؛ پس اگر کسی بعد از اقرار به مدیون بودن خود بگوید:

مدیون نیستم، انکار وی اثر اقرار پیشین را زایل نمی‌سازد.

با این حال عدم بطلان اقرار به وسیله رجوع کلیت ندارد و دارای استثنا است: اگر موضوع اقرار از حقوق افراد (حق العباد) مانند عین مال یا دین یا حق شفعه، نکاح، طلاق یا نسب و یا از آن دسته از حقوق الهی باشد که با شبهه ساقط نمی‌شود مانند زکات، وقف و کفاره، رجوع از اقرار به صحت اقرار خللی وارد نمی‌کند، ولی اگر در زمره آن حقوق الهی باشد که با شبهه ساقط می‌شود رجوع از آن اقرار را باطل می‌سازد، مثلاً در اقرار به زنا، سرقت و شرب خمر. به عقیده فقیهان عامه در صورتی که اقرارکننده پیش از اجرای حد از اقرار خویش رجوع کند حد ساقط می‌شود، زیرا رجوع وی موجب شبهه و تردید در وقوع جرم می‌گردد و طبق قاعده «الحدود تدرء بالشبهات» شبهه حد را ساقط می‌کند. «۳»

فقیهان امامیه رجوع از اقرار را مسقط حد رجم یا قتل دانسته‌اند، ولی در صورتی که حد، قطع ید یا شلاق باشد رجوع اقرارکننده را مانع اجرای حد نمی‌دانند. «۱»

علامه حلی تصریح می‌کند: «رجوع اقرارکننده از اقرارش تنها در حد رجم پذیرفته می‌شود، اما در حقوق آدمیان و حقوق خداوند متعال مانند زکات و کفاره پذیرفته نمی‌شود». «۲»

البته رجوع از اقرار تنها نسبت به آن اموری که حق خالص الهی است صحیح می‌باشد، از این رو رجوع از اقرار به قذف (نسبت دادن زنا به دیگری) حتی به نظر فقیهان اهل تسنن نیز حد را ساقط نمی‌کند، زیرا حد قذف حق الله محض نیست بلکه فرد قذف شده نیز در این حد صاحب حق است. همچنین رجوع از اقرار به قتل قصاص را ساقط نمی‌کند، زیرا حق قصاص از حقوق الناس محض نیست. به عقیده فقیهان عامه در مورد سرقت که هم جنبه حق الله و هم جنبه حق الناس دارد، رجوع از اقرار تنها نسبت به حق الله صحیح است، یعنی با رجوع، حق قطع ید ساقط می‌شود ولی حق مطالبه مال مسروقه باقی است «۳».

یکی از مصادیق رجوع از اقرار نسبت به حقوق افراد آن است که کسی اقرار کند خانه‌ای که در تصرف او است ملک زید است سپس از این اقرار رجوع کند و بگوید: نه ملک عمرو است. در این گونه موارد فقیهان رجوع را مبطل اقرار پیشین نمی‌دانند بلکه به نظر ایشان اقرارکننده نسبت به اقرار به نفع زید و عمرو هر دو ملزم می‌باشد. از این رو باید خود خانه را به زید و قیمت آن را به عمرو تسلیم کند مگر آنکه زید رجوع اقرارکننده را تصدیق کند و خانه را ملک خویش نداند که اقرارکننده تنها به تسلیم خانه به عمرو محکوم می‌گردد. «۴» همچنین اگر کسی ادعا کند که مال معینی از ترکه میت ملک او است و ورثه میت نیز مدعی را تصدیق کنند، سپس کس دیگری مدعی شود که همان مال از آن او است و ورثه میت او را هم تصدیق نمایند، در این صورت ایشان باید عین مال را به اولی و قیمت آن را به دومی بپردازند.

استثنا در اقرار

در صورتی که اقرارکننده به دنبال اقرار خویش استثنایی ذکر کند، اگر استثنا از کلام مثبت باشد، وی به باقیمانده مستثنی منه ملزم می‌گردد و اگر استثنا از کلام منفی باشد به خود مستثنی ملزم می‌شود، مثلاً اگر بگوید: این خانه‌ای که در اختیار من است ملک زید است به جز فلان اطاق، تنها نسبت به بقیه خانه اقرار کرده است و یا اگر بگوید: من به زید ۱۰ میلیون ریال به جز یک میلیون ریال بدهکارم، تنها به ۹ میلیون ریال ملزم می‌گردد. در مقابل اگر بگوید: این خانه از زید نیست به جز فلان اطاق، و یا بگوید: زید از من طلبکار نیست به جز یک میلیون ریال تنها به اطاق مزبور یا یک میلیون ریال اقرار شده است. در این امر تفاوتی ندارد که مستثنی از جنس مستثنی منه باشد همچون مثال بالا یا آنکه از جنس دیگر باشد چنانکه اقرارکننده بگوید: ۱۰ میلیون ریال مگر صد دلار مدیونم که در این صورت ارزش ریالی صد دلار از ۱۰ میلیون ریال کسر می‌گردد و اقرارکننده به باقیمانده آن ملزم می‌گردد. «۱»

اگر کسی به امری اقرار کند و سپس تمامی آن را استثنا نماید استثنا باطل است و اقرارکننده به تمام آنچه اقرار کرده ملزم می‌باشد. فقیهان از این نوع استثنا با عنوان «استثنای کل از کل» «۲» یا «استثنای مستوعب» «۳» یا «استثنای مستغرق» «۴» یاد می‌کنند، چنانکه کسی بگوید: این یک میلیون ریال مال فلانی است به جز یک میلیون ریال. علت بطلان آن است که این موارد در واقع استثنا نیست بلکه ابطال کلام پیشین است و به منزله رجوع از اقرار است و رجوع از اقرار هم نسبت به حق الناس باطل و بدون اثر است.

در اقرار متضمن استثنا مقرر له نمی‌تواند بخش اول اقرار را بپذیرد ولی استثنا را قبول نکند، زیرا مستثنی و مستثنی منه یک جمله‌اند و عرف آن دو را پیکری واحد می‌داند، البته این امر در صورتی است که استثنا متصل باشد، اما اگر استثنا منفصل باشد، یعنی مستثنی به صورت جمله‌ای جداگانه آورده شود به گونه‌ای که عرف اقرار را مشتمل بر دو امر قابل تفکیک بداند، استثنا به منزله رجوع از اقرار است و اثری ندارد، چنانکه کسی بگوید: یک میلیون ریال مدیونم، سپس بگوید: بدون صد هزار ریال مدیونم. «۱»

فقیهان امامیه و سایر مذاهب اسلامی برای استثنا قواعد و اصولی بیان نموده و با اختلافهایی در رأی، بحث استثنا در اقرار را به تفصیل بیان کرده‌اند. «۲»

اثبات بی‌اعتباری اقرار [او موارد آن]

اعتبار اقرار از آن رو است که کاشف از حقیقت است و واقعیت را می‌نماید، از این رو اگر به وسیله‌ای اثبات گردد که مفاد اقرار بر خلاف حقیقت است، اقرار دیگر کاشف از واقع نخواهد بود و بدون اثر است. به همین جهت فقیهان اسلام در مواردی که حس، عقل یا شرع به طور قطع بر کذب اقرار دلالت کند، اقرار را باطل و بی‌اعتبار دانسته‌اند، چنانکه کسی اقرار کند که زید فرزند او است، در حالی که اقرارکننده کوچکتر از زید یا همسال او باشد. «۳» در فتاوی سبکی آمده است: «اگر قاضی به کذب اقرار از طریق حس یا عقل یا شرع قطعی علمی پیدا کند ... به فساد اقرار حکم می‌شود». «۴» قانون مدنی ایران در ماده ۱۲۷۶ به پیروی از فقه تصریح می‌کند: «اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود آن اقرار اثری نخواهد داشت». همچنین در مواردی که اقرار شرایط صحت را دارا نباشد، می‌توان بی‌اعتباری آن را اثبات کرد بنابراین در موارد ذیل می‌توان بی‌اعتباری اقرار را اثبات کرد:

۱. فقدان شرط صحت

اگر اثبات شود که اقرار شرایط صحتی را که در گذشته برای ارکان اقرار (مقرّ، مقرّ له، مقرّ به و صیغه اقرار) ذکر شد، دارا نبوده می‌توان بی‌اعتباری آن را اثبات کرد. چنانکه ثابت شود اقرارکننده دارای اهلیت نبوده یا قصد جدی برای اقرار نداشته و از روی استهزا اقرار کرده و یا مختار نبوده و اقرار بر اثر اکراه یا شکنجه صادر شده است و یا اثبات شود که اقرار صوری بوده و مقرّ و مقرّ له برای ضرر زدن به حقوق طلبکاران به آن اقدام کرده‌اند. البته مسلم است تا زمانی که این امور به طرقی همچون بینه، سوگند و قراین اثبات نشود، اقرار به قوت خویش باقی است. «۱»

۲. اشتباه

گاهی منشأ اقرار تصور امری مخالف واقع می‌باشد که خود بر دو گونه است:

الف) اشتباه موضوعی

: و آن در صورتی است که اقرارکننده امری را بر خلاف واقع تصور کند و بر اساس آن به نفع دیگری به حقی اعتراف کند، چنانکه وارثی طبق سندی که دیگری ارائه می‌کند به وجود دینی در ذمه مورث خویش اقرار کند ولی بعداً در میان دارایی متوفی سندی یافت شود که بر تأدیبه دین مزبور دلالت کند، در اینجا اقرارکننده می‌تواند با استناد به سند اخیر و عدم آگاهی از واقعیت امر بی‌اعتباری اقرار را درخواست نماید. «۲»

ب) اشتباه حکمی

: و آن موردی است که اقرارکننده بر اثر عدم آگاهی از حکم قانونی قضیه به حقی به سود دیگری اقرار کند، چنانکه کسی از متوفی طلبکار باشد و آن را از عمومی پدری او که خود را وارث منحصر می‌دانسته مطالبه کند.

عمو نیز بر اساس این تصور اشتباه که در ارث بر پسر عمومی ابوینی مقدم است به آن دین اعتراف نماید. «۳» دادگاه بر اساس اشتباه موضوعی می‌تواند به بی‌اعتباری اقرار رأی دهد ولی در باره اشتباه حکمی اختلاف نظر وجود دارد: برخی از نویسندگان حقوقی آن را موجب بی‌اعتباری اقرار نمی‌شناسند، زیرا جهل به قانون را رافع مسئولیت نمی‌دانند. «۱» و برخی دیگر آن را همچون اشتباه حکمی موجب ابطال اقرار دانسته‌اند. «۲» قانون مدنی فرانسه، در این زمینه میان اشتباه موضوعی «۳» و اشتباه حکمی «۴» تفصیل قائل شده و پس از بیان امکان رجوع از اقرار به استناد اشتباه موضوعی تصریح می‌کند: «از اقرار نمی‌توان به ادعای اشتباه حکمی رجوع کرد» (کد سیویل، ماده ۱۳۵۶).

۳. عذر موجه

در مواردی که کسی به استناد امری، مخالف واقع بودن اقرار را اثبات کند؛ حکم به بی‌اعتباری اقرار داده می‌شود، چنان که کسی برای جلوگیری از بازداشت اموال خویش به وسیله اجرائیه طلبکاران، به دروغ آن اموال و اثاثیه را تجهیزیه همسرش معرفی کند و یا چنان که کسی به جهت دریافت سندی مانند برات، سفته یا چک به گرفتن مبلغی وجه نقد از دیگری اقرار کند، در حالی که آن اسناد هم وصول نشود. در این گونه موارد اقرارکننده می‌تواند درخواست بی‌اعتباری اقرار را بنماید. «۵» اقرار شخص مفلس

مفلس اگر در حال تغلیس نسبت به عینی اقرار کند، در پذیرش اقرار وی بین فقها اختلاف است. در این مورد به سه نظر مهم می‌توان اشاره کرد.

عده‌ای از فقها معتقدند با اقرار به عین کشف می‌شود که از ابتدا این مال موردحجر واقع نشده است و در نتیجه مورد تعلق حق غرما نیست. بنابراین در صورت تصدیق اقرار از جهت مقرّ له، مال به او تحویل داده می‌شود. «۱»

در مقابل، عده‌ای دیگر اعتقاد دارند که چنین اقراری نافذ نیست. زیرا اقراری است که مضر به حال غرما است و در صحت اقرار می‌بایست ضرر به مقرّ وارد شود نه به دیگری. و از طرف دیگر یکی از شرایط صحت اقرار اهلیت در تصرف مقرّ است و مفلس اهلیت تصرف نداشته و در نتیجه اقرار وی نافذ نیست. «۲»

گروهی دیگر نظر سومی را مطرح نموده و آن عبارت از این است که عین مورد اقرار کنار گذاشته می‌شود و اموال مفلس بین غرما تقسیم می‌شود، بعد از تقسیم اگر دیون آنها کلاً پرداخت شد، عین مورد اقرار به مقرّ له تحویل می‌شود. ولی اگر در پایان دیون آنها پرداخت نشده باقی ماند آن عین هم بین غرما تقسیم می‌گردد. «۳»

حال اگر مفلس به دینی اقرار کند، در این صورت اختلافی نیست که اقرار وی پذیرفته می‌شود؛ زیرا وی شخصی است عاقل و مختار، و عموم قاعده «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز» شامل حال وی می‌شود. و از طرفی با حقوق غرما نیز تنافی ندارد؛ چون حق غرما به عین اموال تعلق گرفته است. و مشکل اهلیت هم وجود ندارد؛ چون مفلس اگر چه اهلیت تصرف در اموال خود را ندارد ولی اهلیت قانونی برای معامله را دارد. «۴» اما اینکه بعد از اقرار مقرّ و تصدیق مقرّ له، آیا مقرّ له در ردیف غرما قرار می‌گیرد یا خیر؟ بین فقها اختلاف است. جهت روشن شدن مسأله باید صوری را از هم تفکیک کرد:

۱. زمان ایجاد دین قبل از حجر است.

۲. زمان ایجاد دین بعد از حجر است.

۱. زمان ایجاد دین قبل از حجر است

در مورد این صورت عده‌ای از فقها مانند شیخ طوسی معتقدند که وی داخل غرما شده و اموال مفلس بین همه آنها تقسیم می‌شود. دلایلی را که ارائه داده‌اند به این شرح است:

دلیل اول، عموم «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز» در اینجا حاکم است و این اقرار را شامل می‌شود.

دلیل دوم، شارع تقسیم اموال مفلس را اجازه داده است و در این تقسیم فرقی بین غرمای سابق و مقرّ له که اکنون غریم محسوب می‌شود وجود ندارد.

دلیل سوم، اقرار اخبار از حق سابق است و انشا نیست و آنچه که مفلس از آن منع شده است انشای ملکیت جدید است. و چون مقرّ در اقرار خبر از وجود حق سابق می‌دهد و لذا مقرّ له باید در ردیف غرما قرار گیرد.

دلیل چهارم، اقرار مانند بیّنه است و در بیّنه، امر چنین است که با اقامه بیّنه بر طلب شخصی از مفلس، وی در زمره غرما قرار می‌گیرد. بنابراین در اقرار هم همین حکم جاری است و مقرّ له در ردیف غرما قرار می‌گیرد. «۱»

در مقابل این نظر، عده‌ای معتقدند که مقرّ له در ردیف غرما قرار نمی‌گیرد، بلکه اقرار مقرّ نافذ است؛ ولی دین به ذمه او باقی می‌ماند تا بعداً ادا کند و حقی نسبت به اعیان اموال مفلس ندارد دلیل این امر را جمع بین حقیین (حق غرما و حق مقرّ له) ذکر کرده‌اند. زیرا از طرفی حق غرما رعایت می‌شود چون اعیان اموال بین آنها تقسیم می‌شود و از ناحیه اقرار زبانی به آنان وارد نمی‌آید و از طرفی حق مقرّ له نیز به صورت دین به عهده مقرّ باقی می‌ماند و از این رهگذر به او هم زبانی وارد نخواهد شد.

در جواب به استدلال‌های نظر قبلی نیز گفته‌اند: اگر چه دلیل حجّیت اماره اقرار عام است ولی تا حدی که بر ضرر مقرّ است نافذ بوده و موردی که بر ضرر و زیان دیان است غیر نافذ است. و اینکه گفته‌اند اقرار اخبار است نیز با توجه به اینکه اصل مطلب مورد قبول است ولی چون موجب تصرف در حق دیگران است، این چنین اخباری در قوه انشا است و لذا در جایی که به ضرر دیان باشد نافذ نیست.

و در پاسخ به تشابه بیّنه و اقرار با اذعان به اماره بودن هر دو و قبول این قاعده که مثبتات امارات حجت است ولی به سبب دوگانگی دلیل اعتبار بیّنه و اقرار و فرق بین دلیل حجّیت آن دو، این تشابه را کافی برای اثبات مدّعی ندانسته‌اند. «۱»

۲. زمان ایجاد دین اقرار شده، بعد از حجر است

این فرض دارای دو صورت است:

الف) علت ایجاد دین در اختیار مقرّ له باشد

: اگر دینی که اقرار می‌شود زمان پیدایش آن در زمان تفریس و به اختیار مقرّ له ایجاد شده باشد، مقرّ له با غرما شریک در اموال نمی‌شود. در این مسأله اختلافی وجود ندارد.

ب) علت ایجاد دین در اختیار مقرّ له نباشد

: اگر اختیار مقرّ له در ایجاد دین اثر نداشته باشد، مثل آنکه دین بر اثر اتلاف مال مقرّ له توسط مقرّ ایجاد شده باشد و یا بر اثر جنایتی که از طرف مقرّ بر مقرّ له وارد شده است دین محقق شده باشد.

در این صورت به نظر شهید ثانی چون مقرّ له در ایجاد دین نقش نداشته است؛ لذا بر اثر اقرار، مقرّ له در زمره غرما قرار گرفته و از اعیان اموال بهره‌مند خواهد شد. «۲»

تفاوت این صورت با حالت قبل این است که در حالت قبل که مقرّ له آگاه به افلاس مقرّ بوده است، و علی‌رغم آگاهی اقدام به معامله نموده، گویی پذیرفته است که مقرّ فعلاً مالی ندارد تا به وی تسلیم کند ولی در فرض دوم که سبب دین خارج از اختیار بوده دین در عهده و ذمه مقرّ قرار گرفته است و چون اموال او، اگر چه مورد تعلق حق غرما قرار گرفته؛ ولی هنوز به ملکیت آنان در نیامده لذا ذمه او باید از اموال او آزاد گردد.

صاحب جواهر بر این تفکیک اشکال نموده و می‌گوید: بحث در اینجا پیرامون اقرار و محدوده شمول آن است و اینکه مدرک قاعده تا چه اندازه نفوذ آن را ثابت می‌کند و نه درباره اصل فعل، لذا اگر چه بین اتلاف مال و معامله از جانب مقرّ فرق می‌باشد ولی از جهت اقرار به آن فرقی بین آن دو نمی‌باشد.

به نظر می‌رسد ایراد صاحب جواهر منطقی است؛ زیرا به هر حال در مورد اتلاف نیز اقرار به زیان غیر است و دلیل حجّیت اقرار شمول ندارد. ولی می‌توان گفت: در هر دو مورد اقرار علیه مقرّ نافذ است. بنابراین مقرّ له در زمره غرما قرار نمی‌گیرد و دین به عهده مقرّ باقی می‌ماند تا بعد از پرداخت بدهی غرما پرداخت نماید.

قاعده‌ی اضطرار (الضرورات تبیح المحظورات)

درس چهارم: ۱- قواعد اکراه و اضطرار ۲- مستندات و ادله فقهی قواعد موصوف ۳- مقایسه اکراه اضطرار و اجبار ۴- اقسام اکراه و اجبار ۵- عناصر اکراه و اضطرار ۶- اکراه در مواد:

۱۵۱ و ۱۵۲ قانون مجازات ۱۳۹۲

ماده ۱۵۱- هرگاه کسی بر اثر اکراه غیرقابل تحمل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود مجازات نمی‌گردد. در جرائم موجب تعزیر، اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. در جرائم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود.

ماده ۱۵۲- هرکس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود قابل مجازات نیست مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب و برای دفع آن ضرورت داشته باشد.

تبصره- کسانی که حسب وظیفه یا قانون مکلف به مقابله با خطر میباشند نمیتوانند با تمسک به این ماده از ایفای وظایف قانونی خود امتناع نمایند.

م ۴۱ ق مجازات عمومی ۱۳۰۴

ماده ۴۱- هر کسی که به موجب ضرورت برای دفاع و حفظ نفس یا ناموس خود مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد (رجوع به فصل اول از باب سوم این قانون) و همچنین است کسی که به واسطه اجبار بر خلاف میل خود مجبور به ارتکاب جرم گردیده و احتراز از آن هم ممکن نبوده است مگر در مورد قتل که مجازات مرتکب تا سه درجه تخفیف خواهد شد.

مواد ۳۸ و ۴۰ ق مجازات عمومی ۱۳۵۲

ماده ۳۸ - کسی که بر اثر اجبار یا تهدیدی که عادتاً قابل تحمل نباشد مبادرت به استعمال مواد مذکور در ماده قبل کرده یا او را برخلاف میل خود تحت تأثیر آنها قرار داده باشند به نحوی که هنگام ارتکاب جرم حالت اشخاص مشمول بندهای الف یا ب ماده ۳۶ را پیدا کند حسب مورد طبق بندهای مذکور با او رفتار خواهد شد.

تبصره - شخصی که بر اثر اشتباه در خاصیت یا نوع مواد مذکور در ماده ۳۷ مبادرت به استعمال آنها نموده باشد مشمول مقررات مندرج در این ماده می‌باشد.

ماده ۳۹ - هر گاه کسی بر اثر اجبار مادی یا معنوی که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی گردد مجازات نخواهد شد در این مورد اجبارکننده به مجازات آن جرم محکوم می‌گردد.

ماده ۴۰ - هر کس هنگام بروز خطر شدید از قبیل سیل و طوفان به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب بوده و برای رفع آن ضرورت داشته باشد.

تبصره - کسانی که حسب وظیفه یا قانون مکلف به مقابله با خطر هستند مشمول مقررات این ماده نیستند مگر در موارد جرائم نسبت به اموال در صورتی که ارتکاب آن جرائم ملازمه با انجام وظایف آنان داشته باشد.

مواد ۲۹ و ۳۰ قانون مجازات ۱۳۶۱

ماده ۲۹ - در جرائم قابل تعزیر هر گاه کسی بر اثر اجبار یا اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی گردد مجازات نخواهد شد در این مورد اجبارکننده به مجازات آن جرم محکوم می‌گردد.

ماده ۳۰ - هر کس هنگام بروز خطر شدید از قبیل سیل و طوفان به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد مشروط بر این که خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب بوده و برای رفع آن ضرورت داشته باشد.

تبصره - دیه و ضمان مالی از حکم این ماده مستثنی است.

مواد ۵۴ و ۵۵ و ۵۵۵ و ۲۱۱ و ۹۷ و ۸۲ و ۱۱۳ و ۲۹ و ۳۷ و ۶۶۸ ق مجازات ۱۳۷۰

ماده ۵۴ - در جرایم موضوع مجازاتهای تعزیری یا بازدارنده هرگاه کسی بر اثر اجبار یا اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی گردد مجازات نخواهد شد. در این مورد اجبارکننده به مجازات فاعل جرم با توجه به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تادیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر محکوم می‌گردد.

ماده ۵۵ - هر کس هنگام بروز خطر شدید از قبیل آتش‌سوزی، سیل و توفان به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب بوده و برای رفع آن ضرورت داشته باشد.

تبصره - دیه و ضمان مالی از حکم این ماده مستثنی است.

ماده ۲۱۱ - اکراه در قتل و یا دستور به قتل دیگری مجوز قتل نیست، بنابراین اگر کسی را وادار به قتل دیگری کنند یا دستور به قتل رساندن دیگری را بدهند مرتکب قصاص می‌شود و اکراه کننده و آمر، به حبس ابد محکوم می‌گردند.

تبصره ۱ - اگر اکراه شونده طفل غیرمميز یا مجنون باشد فقط اکراه کننده محکوم به قصاص است.

تبصره ۲ - اگر اکراه شونده طفل ممیز باشد نباید قصاص شود بلکه باید عاقله او دیه را بپردازد و اکراه کننده نیز به حبس ابد محکوم است.

ماده ۸۲ - حد زنا در موارد زیر قتل است و فرقی بین جوان و غیر جوان و محصن و غیر محصن نیست:

الف - زنا با محارم نسبی.

ب - زنا با زن پدر که موجب قتل زانی است.

ج - زنا با غیر مسلمان با زن مسلمان که موجب قتل زانی است.

د - زنا با عفت و اکراه که موجب قتل زانی اکراه‌کننده است.

ماده ۱۱۳ - هرگاه نابالغی نابالغ دیگر را وطی کند تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیر می‌شوند مگر آنکه یکی از آنها اکراه شده باشد

ماده ۶۲۹ - در موارد ذیل قتل عمدی به شرط آن که دفاع متوقف به قتل باشد مجازات نخواهد داشت:

الف - دفاع از قتل یا ضرب و جرح شدید یا آزار شدید یا دفاع از هتک ناموس خود و اقارب.

ب - دفاع در مقابل کسی که در صدد هتک عرض و ناموس دیگری به اکراه و عفت برآید.

ج - دفاع در مقابل کسی که در صدد سرقت و ربودن انسان یا مال او برآید.

ماده ۶۳۷ - هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از

قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عفت و اکراه باشد فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود.

ماده ۶۶۸ - هرکس با جبر و قهر یا با اکراه و تهدید دیگری را ملزم به دادن نوشته یا سند یا امضا و یا مهر نماید و یا سند

و نوشته‌ای که متعلق به او یا سپرده به او می‌باشد را از وی بگیرد به حبس از سه ماه تا دو سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

مقدمه

از عمده مسائلی که در باب مسئولیت کیفری همواره مورد توجه و تأیید ملل مختلف در همه زمانها بوده این است که هر کس به حکم ضرورت عمداً مرتکب عمل مجرمانه‌ای شود قابل مجازات و سرزنش نیست. این حالت معمولاً بر اثر خطری شدید ایجاد می‌شود که برای جان یا حق فرد پیش می‌آید و تنها از طریق ارتکاب جرم قابل احتراز است.

در تورات، باب بیست و یکم از کتاب اول سموئیل و در باب دوازدهم انجیل متی، احکامی در خصوص جرایم و قابل سرزنش نبودن فعل اضطراری مشاهده می‌شود.

قانون حمورابی در ماده ۱۳۴، غیر قابل مجازات بودن عمل اضطراری را مقرر می‌دارد.

قانون مانو که از قوانین قدیم هند است شامل برخی مقررات در این باب است. «۱» در حقوق روم ضرب المثل «ضرورات قانون نمی‌شناسد» معروف است. «۲» در حقوق اسلام قاعده‌ی «الضرورات تبيح المحظورات» و یا «رفع ما اضطرروا» جرم اضطراری را توجیه می‌کند. بدین ترتیب، حالت ضرورت در طول تاریخ، همواره دلیلی بر عدم مسئولیت شناخته شده است.

البته ناگفته نماند که موضوع اضطرار همچون اکراه در مسائل مدنی نیز دارای احکام و آثار است که ما اینک در مقام بحث از آن نیستیم.

مبحث اول: کلیات

۱. واژه‌های اضطرار و ضرورت

اضطرار مصدر باب افتعال و از ماده‌ی ضَرَّ به فتح یا ضَمَّ اول است. ضَرَّ با فتح اول متضاد نفع است و معنای آن زیان‌دیدگی است و با ضَمَّ اول به معنای فقر، فاقه، تنگدستی، سختی و سوء حال است؛ اعم از اینکه باطنی و معنوی باشد یا ظاهری و دارای آثار مشهود در اعضا و جوارح؛ چنانکه قرآن مجید از بیماری حضرت ایوب به ضَرَّ تعبیر کرده و از زبان ایشان فرموده است: «أَنِّي

مَسْنِي الضَّرِّ وَ أَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ؛ مرا سختی و گزند رسیده و تو مهربان‌ترین مهربانانی. «فَأَسْتَجِبْنَ لَهُ فَكَشَفْنَ مَا مِا بِهِ مِنْ ضَرٍّ»؛ پس او را اجابت کردیم و سختی و گزندى که بر وی بود بر داشتیم. «۱»

لغت‌شناسانی که به واژه‌شناسی قرآن روی آورده و به اصطلاح به مفردات قرآن و بیان معانی آنها پرداخته‌اند ضَرَّ را «ما یصیب الانسان فی نفسه» معنا کرده‌اند. در این میان، راغب اصفهانی اضطرار را از همین واژه ضَرَّ به ضمّ دانسته است. به هر حال، خود اضطرار به معنای احتیاج، ناچاری، ناگزیری و درماندگی است؛ چنانکه در لسان العرب آمده است: «اضطرار عبارت است از احتیاج به چیزی؛ و ضرر اسم مصدر اضطرار است.» در کتاب مفردات راغب و مجمع البحرین نیز قریب به همین معنا آمده است. «۲»

۲. شناخت اصطلاحی مفاهیم

فقها و اصولیون تعاریف متعدد و تقریباً مشابهی از اضطرار و مضطرّ ارائه نموده‌اند. از میان صاحب نظران شیعه، مقدس اردبیلی گفته است: «الاضطرار ما لم یمكن الصبر علیه مثل الجوع؛ «۳» اضطرار آن است که صبر بر آن ممکن نباشد؛ مانند گرسنگی. علامه حلی در مقام تعریف مضطرّ می‌نویسد: «المضطر هو من یخاف التلف علی نفسه؛ «۱»

مضطر کسی است که از تلف خویش بیم داشته باشد.»

اشکال این تعاریف، بویژه تعریف مقدس اردبیلی از اضطرار و تعریف علامه حلی از شخص مضطرّ، این است که تعریف به اعم هستند و به اصطلاح، مانع نیستند و شامل غیر اضطرار و غیر مضطرّ هم می‌شوند؛ به عنوان مثال، تعریف مقدس اردبیلی که «اضطرار یعنی آنچه که نتوان بر آن صبر کرد یا نتوان آن را تحمّل نمود» شامل اکراه و اجبار نیز می‌شود؛ در حالی که میان این عناوین و اصطلاحات تمایزاتی وجود دارد.

به نظر می‌رسد تعبیر عبد القادر عوده از اضطرار از جهتی صحیح‌تر و دقیق‌تر باشد.

وی بدون آنکه در صدد تعریف اضطرار باشد، آن را واقع شدن شخص تحت شرایط و موقعیت تهدیدآمیز دانسته است که خروج از آن مقتضی ارتکاب فعلی باشد. «۲» شرایط و موقعیت مورد نظر وی اغلب ناظر به عوامل تهدیدآمیز طبیعی است و شامل عامل انسانی تهدیدکننده نمی‌شود. با این تعریف، اضطرار از اکراه- که در آن منشأ خطر و تهدید، یک عامل انسانی است- ممتاز می‌شود. با وجود این باید توجه داشت که اضطرار نه بر شرایط و موقعیت تهدیدآمیز قابل اطلاق است و نه بر صرف وجود شخص در آن شرایط و موقعیت؛ بلکه اضطرار صفتی است که در اثر قرار گرفتن شخص در آن شرایط و موقعیت، بر وی عارض می‌شود. روی آوردن مضطرّ به فعلی که در شرایط عادی و غیر اضطراری حرام و محظور است، از عروض صفت یا حالت اضطرار بر وی ناشی می‌شود و عروض صفت و حالت اضطرار نیز خود، معلول وجود شخص در شرایط و موقعیت اضطراری است. به نظر می‌رسد مراد صاحب نظران فقه و حقوق اسلامی همین وضعیت است و شرایط و موقعیتی که شخص را به سوی ارتکاب فعل محرّم سوق می‌دهد عامل بروز این حالت و صفت می‌باشد؛ نه خود اضطرار.

چنانکه پیش از این نیز اشاره شد میان اضطرار، اجبار و اکراه تمایزاتی وجود داشته و مفهوماً منطبق بر هم نیستند. اکنون در این خصوص به بحث می‌نشینیم.

الف) مقایسه‌ی اضطرار با اجبار

وجه تشابه میان اجبار و اضطرار این است که هر دو از عناوین ثانویه بوده، تغییردهنده‌ی عنوان فعل هستند و رافع عقوبت مترتب بر آن؛ یعنی، عنوان شرعی فعل را از حرمت به اباحه تغییر داده، به تبع آن، مسئولیت پیش‌بینی شده را نیز زایل می‌کنند.

اما تفاوت عمده میان اضطرار و اجبار از حیث وجود و عدم قصد و اراده است؛ با این توضیح که در اجبار، قصد و اراده نسبت به شخص مجبور منتفی است؛ در حالی که در اضطرار، شخص مضطرّ با قصد و اراده دست به ارتکاب فعل محرّم می‌زند. سید محمد کاظم یزدی از فقهای امامیه، معتقد است که در اجبار، فاعل فاقد قصد و اراده بوده؛ بلکه همچون ابزاری در اختیار مجبورکننده است. «۱» آقا ضیاء الدین عراقی نیز در این باره می‌گوید: «در حالت اجبار قصد انسان سلب می‌شود و فاعل در انجام عمل نامشروع فاقد اراده و اختیار است.» «۲»

بدین ترتیب، فرق اصلی میان مجبور و مضطر در این است که شخص مجبور فاقد قصد و اراده و اختیار است؛ اما شخص مضطر عملی که انجام می‌دهد مسبوق به قصد و اراده است. بطلان معاملات مجبور و عدم بطلان معاملات مضطر از همین تفاوت ناشی می‌شود. به علاوه، منشأ اجبار گاهی بیرونی است و زمانی درونی؛ به عنوان مثال، کسی که در اثر قهر و جبر فیزیکی شخص دیگر، اثر انگشت خود را در ذیل سندی بر جای می‌گذارد و یا شخصی که در اثر وقوع زلزله یا بروز سیل یا وجود حیوانات درنده نمی‌تواند در محل کار خود حاضر شود، مجبور است و منشأ اجبار وی خارجی است؛ ولی کسی که در اثر بیماری یا به تصور اینکه حادثه‌ی مخاطره‌انگیزی در شرف وقوع است در صدد انجام وظایف خود بر نمی‌آید منشأ اجبار وی درونی است. اما اضطرار مورد نظر در امور کیفری، بویژه مصادیقی از اضطرار که مورد توجه فقها و حقوق‌دانان کیفری واقع شده و رافع حکم تکلیفی و مسئولیت ناشی از آن است، دارای منشأ درونی است و ناظر به عوارض و حالاتی است که به طور طبیعی بر انسان غلبه کرده، تحمل آن غیر ممکن شده و منتهی به هلاکت نفس می‌شود، از قبیل عوارض گرسنگی، تشنگی، معالجه، مداوا. به طور کلی نجات نفس از هلاکت ناشی از عوارض طبیعی بیشتر مورد لحاظ صاحب نظران واقع شده است.

(ب) مقایسه‌ی اضطرار با اکراه

چنانکه در بحث اکراه و مقایسه‌ی آن با اضطرار مطرح شد میان این دو، شباهت‌ها و تفاوت‌هایی وجود دارد و مکره و مضطر از جهاتی در وضعیت مشابه و از جهاتی دیگر در وضعیت متفاوت قرار دارند. مشابهت میان این دو در این است:

۱. هر دو در معرض خطر بوده، در شرایط و اوضاع و احوال تهدیدآمیز بسر می‌برند و در صورت عدم اقدام، تهدید فعلیت یافته، موجب تضرر یا تلف نفس آنان می‌شود.
۲. دست کم در امور کیفری فرض بر این است که راه‌هایی از شرایط و موقعیت مخاطره‌آمیز منحصر به انجام عملی است که در شرایط عادی محرم و محظور است.
۳. اکراه و اضطرار آن چنان شخص را به موضع ناچاری و درماندگی می‌کشاند که جز تن در دادن به خطر یا ارتکاب فعل حرام راه چاره‌ای برای وی باقی نمی‌ماند.
۴. اکراه و اضطرار از عناوین ثانویه بوده، موجب تغییر عنوان شرعی فعل ارتكابی می‌شوند و در نهایت، مانع توجه مسئولیت جزایی به عامل شده، موجب رهایی وی از تحمل مجازات می‌شوند.
۵. هر دو موجب فقدان رضا و طیب نفس هستند.

با وجود این وجوه تشابه میان اکراه و اضطرار، از چند جهت تفاوت وجود دارد:

نخست از حیث موقعیت مضطر و مکره و شرایط و اوضاع و احوالی که آنها را احاطه کرده و منشأ خطری که آن دو را تهدید می‌کند.

دوم، آنچه موجب بروز اکراه در مکره می‌شود با آنچه سبب وقوع اضطرار در مضطر می‌شود متفاوت است؛ در اضطرار، شخص خود را در شرایط، موقعیت و اوضاع و احوالی می‌بیند که خروج از آن مستلزم ارتکاب فعل حرام است. شرایط و موقعیت تهدیدآمیز به طور طبیعی ایجاد شده و فرد انسانی در بروز آن دخالتی ندارد؛ مانند موردی که شخص دچار گرسنگی یا تشنگی شدید شده و هیچ غذا یا آب مباحی برای سدّ جوع یا رفع عطش و نجات نفس از هلاکت در اختیار نداشته باشد و از سر ناچاری اقدام به ارتکاب عمل محرمی همچون سرقت یا نوشیدن شراب و یا خوردن گوشت مردار نماید؛ اما منشأ خطر و تهدید در اکراه همواره یک فرد انسانی است که عامل خارجی تلقی می‌شود. در اینجا شخصی با توسل به قدرت و توانایی خود و یا با استفاده از موقعیت خود دیگری را وسیله‌ی ارتکاب عملی ناروا قرار داده، او را به سوی انجام عمل مزبور سوق می‌دهد.

مکره برای رهایی از تهدیداتی که از سوی اکراه‌کننده متوجه او شده و به منظور ممانعت از عملی شدن تهدیدات، ناچار مرتکب عمل مورد نظر می‌شود؛ عملی که در شرایط عادی مبادرت به انجام آن نمی‌کرد. از طرف دیگر، اضطرار سبب فساد اختیار و اراده‌ی مضطر نمی‌شود؛ اما اختیار و اراده مکره محدود است. سر انجام اینکه به اعتقاد بسیاری از فقها، اضطرار و اکراه هر چند در رفع حکم تکلیفی مشترک‌اند؛ از حیث تأثیر در حکم وضعی متفاوت‌اند. اکراه موجب زوال حکم وضعی نیز می‌شود؛ اما در اضطرار چنین نیست و مضطر در قبال آثار وضعی فعل خود مسئول است.

مبحث دوم: مستندات و ادله فقهی قاعده

فقه‌ها و صاحب نظران اصول، حسب دأب معمول و متعارف خود در مقام استدلال و توجیه شرعی معتقدات خود، به ادله‌ی اربعه‌ی فقهی یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل یا قیاس روی آورده، فتاوی و نظریات فقهی خود را با تمسک به این ادله، مستدل و موجه می‌کنند. در مقام توجیه تمسک به قاعده‌ی اضطرار نیز به همین نحو عمل کرده‌اند.

۱. کتاب

آیاتی از قرآن، از جمله آیات ۱۷۳ از سوره‌ی بقره، ۱۱۵ از نحل، ۱۱۹ و ۱۴۵ از انعام و ۳ از مائده، ناظر به احکام اضطرار هستند.

الف: در آیه‌ی ۱۷۳ از سوره‌ی بقره آمده است:

إِنَّكُمْ لَأَنْتُمْ لِحَرَمٍ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمِ الْخَنِزِيرِ وَمَا أَهْلًا بِهِ لِيُغَيَّرَ اللَّهُ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ؛

آنچه خداوند بر شما حرام نموده مردار، خون، گوشت خوک و آنچه نام غیر خدا به هنگام ذبح بر آن برده شده است. پس اگر کسی ناگزیر از خوردن یکی از محرّمات مذکور شود چنانچه زیادت طلب و متجاوز از حدّ نباشد گناهی بر او نیست. همانا خداوند آمرزنده و مهربان است.

از میان مفسرین شیعه، صاحب تفسیر المیزان در تفسیر این آیه نوشته است که غیر باغ و لا عاد از حیث نحوی حال هستند؛ یعنی در حالی که ظالم و متجاوز نباشد. یعنی کسی که ناچار از خوردن بعضی از این محرّمات شود و این ناچاری و اضطرار در حالی باشد که ظالم و متجاوز از حد نباشد، مانعی ندارد که از آنها بخورد؛ ولی اگر در حال ستم و تعدّی، ناچار از خوردن شود، به این معنا که ستم و تعدّی و تجاوز سبب اضطرار او شده باشد، خوردن محرّمات برای وی جایز نخواهد بود. ضمناً جمله‌ی «إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» بیانگر این است که ملاک نهی و حرمت در صورت اضطرار هم موجود است و اجازه‌ای که در اینجا به مسلمانان داده شده از باب تخفیف و رخصت است. «۱»

شیخ طوسی در مقام بیان معنای «غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ» گفته است که در معنای این دو اصطلاح، سه قول مطرح است. اول اینکه غَيْرَ بَاغٍ برای ممانعت از زیاده روی در تلذذ است و لَا عَادٍ برای اکتفا به سدّ جوع است که این قول خوبی است. دوم اینکه غَيْرَ بَاغٍ ناظر به افراط و زیاده روی در تناول، و لَا عَادٍ راجع به تقصیر و کوتاهی در آن است، و بالاخره سوم اینکه غَيْرَ بَاغٍ اشاره به خروج بر امام مسلمانان است و لَا عَادٍ به معصیت کاران توجه دارد. «۲»

شیخ طبرسی در مجمع البیان پس از ذکر این سه قول می‌نویسد: «قول سوم مورد ایراد قرار گرفته است؛ چرا که خداوند برای هیچ کس قتل نفس خویش را مباح ننموده است و اجازه‌ی خداوند صرفاً به جهت گرسنگی بوده است.» ایشان در ادامه، به ردّ این نظریه پرداخته، می‌نویسد: «کسی که بر امام مسلمانان خروج کرده و خود را در معرض قتل و هلاکت نفس قرار داده، نمی‌تواند با انگیزه‌ی نامشروع آنچه را خداوند حرام کرده مباح نماید. همچنانکه مجاز نیست به انگیزه‌ی حفظ نفس خود مرتکب قتل مسلمان دیگری شود. اینکه گفته شده که اجازه‌ی خداوند صرفاً ناظر بر گرسنگی است، به طور اطلاق مسلم نیست. در میان فقها و مفسرین اهل سنت نیز «غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ» معنا و مفهوم متفق علیهی نداشته، نظریات مختلفی در این خصوص مطرح شده است. زجاج، لغوی و نحوی معروف، معتقد است که اصل معنای «بغی» قصد فساد است و «عاد» هم مشتق از عدوان بوده و عدوان به معنای ستم و تجاوز از حد است. مراد از باغی در آیه‌ی مورد بحث کسی است که بیشتر از حاجت خود از محرّمات مذکور تناول کند و عادی هم کسی است که با وجود امکان دسترسی به مأكولات دیگر، اقدام به اکل محرّمات نماید.

امام مالک، بغی و عدوان را خروج بر امام دانسته است. سید سابق، از علمای معاصر، کسی را «باغی» می‌داند که بر دیگری ظلم و ستمی نموده و با ترجیح نفس خود بر دیگری و خوردن میته، سبب تلف نفس او در اثر شدت گرسنگی می‌شود، و «عادی» را متجاوز از حد گرسنگی یا متجاوز از حد سدّ رمق می‌داند. با این حال، جمهور فقهای اهل سنت بغی را اکل میته در غیر موارد حاجت و عدوان را تجاوز از حدّ ضرورت و نیاز دانسته‌اند. «۱»

ب- در بخش آخر آیه‌ی ۳ از سوره‌ی مائده آمده است:

فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجِدِّدٍ إِذٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ؛ کسی که به واسطه‌ی گرسنگی ناگزیر از خوردن شود درحالی که متمایل به ارتکاب گناه نباشد، همانا خداوند آمرزنده‌ی مهربان است.

اهل لغت و تفسیر مخمصه را مجاعه و گرسنگی معنا کرده و تجانف را از ماده‌ی جنف به معنای عدول از حق و عدل دانسته‌اند. ج- آیه‌ی ۱۱۹ از سوره‌ی انعام:

وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَ قَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مِمَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ؛ شما را چه شده است که از آنچه نام خداوند بر آن برده شده نمی‌خورید؟ در حالی که آنچه بر شما حرام شده به تفصیل برایتان بیان شده است؛ مگر اینکه ناگزیر از خوردن آن شوید.

در تفسیر مجمع البیان آمده است که معنای «إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ» این است که خوردن آنچه که در صورت امتناع از خوردن، بر هلاک نفس خود بیمناک می‌شوید برایتان مجازاست. اگر چه چیزی باشد که خداوند آن را حرام نموده باشد. «۱»
۲. روایات

در خصوص اضطرار، امامیه روایات متعددی از ائمه نقل کرده‌اند که در کتب حدیث، از جمله در وسایل الشیعه می‌توان آنها را ملاحظه کرد. در اینجا به ذکر چند نمونه از آنها اکتفا می‌شود:

الف) ما من شیء حرّمه الله الا و قد حلله لمن اضطرّ الیه؛ هیچ چیز را خداوند حرام نکرده مگر آنکه برای کسی که مضطر است حلال می‌شود.

ب) عن السکونی عن ابی عبد الله (ع) قال: لا یقطع السارق فی عام سنت. یعنی عام المجاعة؛ دست سارق در سال قحطی قطع نمی‌شود.

ج) قال الصادق (ع) من اضطرّ الی المیتة و الدم و لحم الخنزیر فلم یأکل شیئا من ذلك حتی یموت فهو کافر؛ «۲» امام صادق (ع) فرموده است: هر کس به گوشت مردار و خون و گوشت خوک مضطر شود و از آنها تناول نکند تا بمیرد، [به حکم خدا] کفر ورزیده است.

گویا در این روایت، امام رفع اضطرار را واجب شرعی تلقی کرده و امتناع از آن را مخالفت با شارع و کفر به حساب آورده است. روایت دیگری که در این زمینه از مجموعه‌ی قضاوت‌های علی (ع) نقل شده در خور توجه است.

د) عن محمد بن احمد بن یحیی عن علی بن السنّی عن محمد بن عمر بن سعید عن بعض اصحابنا قال: اتت امرأة الی عمر بن الخطاب فقال: یا امیر المؤمنین انی فجرت فأقم فی حدّ الله فأمر برجمها و کان علی حاضرا فقال سلها کیف فجرت فقالت: کنت فی فلاة من الارض فأصبنی عطش شدید فرفعت لی خیمة فأتيتها فوجدت رجلا اعرابیا فسألته الماء فأبی علی ان یسقینی الا ان امکنه من نفسی فولیت منه هاربه، فاشتدّ بی العطش حتی غارت عینای و ذهب لسانی فلما بلغ منی اتیته فسقانی و وقع علیّ فقال له علی (ع) هذه التی قال الله عزّ و جلّ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَإِغْوٍ وَ لَإِعَادٍ هذِهِ غَیْرَ بَإِغْوٍ وَ لا عَادِیةً فَخَلَّ سَبِیلَهَا فقال عمر لو لا علی لهلک عمر. «۳» روایت مذکور علاوه بر دلالت بر سقوط حدّ و رفع مسئولیت به واسطه‌ی اضطرار، بیانگر لزوم توجه قاضی به خصوصیات فردی مرتکب و اوضاع و احوال ارتکاب جرم نیز می‌باشد.

ه) مهمترین دلیل روایی مورد استناد در باب اضطرار، حدیث رفع است. این حدیث در خصال شیخ صدوق این گونه نقل شده است:

عن ابی عبد الله (ع) قال: قال رسول الله (ص) رفع عن امتی تسعة: الخطا و النسیان، و ما استکرهوا علیه، و ما لا یطیقون و ما لا یعلمون و ما اضطرّوا الیه و الحسد و الطیرة و التّفکّر فی الوسوسة فی الخلق ما لم ینطق بشفه؛

امام صادق (ع) فرمود که رسول خدا (ص) فرموده است: از امت من نه چیز برداشته شده است: ۱- خطا، ۲- نسیان، ۳- آنچه بر آن اکره می‌شوند، ۴- آنچه طاقتش را ندارند، ۵- آنچه نمی‌دانند، ۶- آنچه مضطر می‌شوند، ۷- حسد، ۸- طیره، ۹- خیال و گمان و وسوسه در آفرینش مادام که چیزی بر زبان جاری نساخته‌اند.

فقها و اصولیین شیعه پیرامون این حدیث به تفصیل بحث کرده‌اند. مجموعه‌ی این مباحث در نکات زیر خلاصه می‌شود:

یک) منظور شارع از کلمه‌ی رفع چه بوده است؟ آنچه مسلم است، در عرف هنگامی کلمه‌ی رفع استعمال می‌شود که برداشتن چیزی که وجود دارد و اقتضای بقا را نیز دارد مورد نظر باشد؛ یعنی برای انتفای امری که موجود است و می‌تواند به وجود خود ادامه دهد. کلمه‌ی دفع نیز هنگامی استعمال می‌شود که بر طرف نمودن امری که هنوز به وجود نیامده ولی استعداد حدوث دارد مورد نظر باشد. حال سؤال این است که آیا منظور شارع مقدس از ذکر کلمه‌ی رفع این بوده که آثار افعال مربوط به عناوین نه‌گانه حدیث به وجود می‌آید و سپس برداشته شود یا اینکه اصولاً آثار شرعی افعال مربوط به عناوین مذکور قبل از حدوث و ایجاد مرتفع است؟ به نظر بیشتر علمای اصول، شارع مقدس همان معنای عرفی را مورد لحاظ قرار داده است. (دو) حدیث رفع بر ادله‌ی احکام اولیه‌ای افعالی که از روی خطا، نسیان، اکراه، اضطرار و سایر عناوین مذکور در آن واقع می‌شود حاکم است و بر آنها مقدم است.

(سه) شارع مقدس عناوین نه‌گانه‌ی مذکور در حدیث را نه از حیث تکوینی بلکه از لحاظ تشریحی رفع نموده است و اصولاً قلمرو رفع در احکام تشریحی است؛ زیرا ما در عالم خارج شاهد وقوع افعال اضطراری، اکراهی و غیره هستیم و بدیهی است که با وجود حدیث رفع، چنین اعمالی از دایره‌ی تکوین خارج نمی‌شوند. بلکه آثار مترتبه بر آنها تشریحاً برداشته می‌شود؛ یعنی آنچه را که شارع در مقام تشریح وضع نموده است مرتفع می‌شود.

(چهار) تأثیر اضطرار در رفع مسئولیت مشروط به چند شرط است:

شرط اول، رفع مسئولیت در اثر اضطرار جنبه‌ی امتنانی داشته باشد؛ چرا که وضع حدیث رفع توسط شارع به خاطر امتنان و گشایش بر بندگان است. از این رو مفاد حدیث مورد بحث جز در مواردی که رفع اثر از افعال متضمن منت و گشایش نباشد قابل استناد نیست. به علاوه، امتنان و گشایش شارع را نمی‌توان به شخص یا اشخاص خاصی اختصاص داد. بنابراین چنانچه منافع یک شخص با منافع شخص یا اشخاص دیگر متضاد و ناسازگار باشد، جاری نیست و هیچ کس نمی‌تواند آسایش دیگری را فدای منافع خود نماید؛ مثلاً، هر چند شخص مضطرّ با استناد به حدیث رفع به نحو امتنان مجازات نخواهد شد؛ ضرر و زیان ناشی از فعل اضطراری قابل جبران است و خود مضطرّ عهده‌دار جبران آن خواهد بود؛ چرا که ضرر و زیان حاصله موجب عسرت و سختی دیگری شده است و حدیث رفع تا حدی جاری است که نتیجه‌ی آن گشایش باشد نه عسر و حرج و ضیق و سختی. با وجود این، امام خمینی (ره) در خصوص امتنانی بودن حدیث رفع چنین نوشته‌اند:

امتنانی بودن حدیث رفع حکمت حکم است نه علت آن. باید دانست که گاه مطلبی علت حکم است و گاه حکمت حکم؛ مثلاً وقتی می‌گویند زنی که طلاق داده شده باید عده نگاه دارد، حکمتش این است که اختلاط میاه و نسب پیش نیاید. حال اگر بدانیم که زنی به علت بیماری یا علل دیگر حامله نمی‌شود آیا با طلاق بدون عده می‌تواند مجدداً به عقد کسی در آید؟ جواب مسأله منفی است؛ زیرا ممانعت از خلط میاه و نسب حکمت مسأله است نه علت آن. در مورد حدیث رفع نیز امتنان حکمت است نه علت. اگر علت بود، حکم را دایره مدار آن می‌دانستیم؛ اما وقتی حکمت باشد با رفع حکمت، حکم برداشته نمی‌شود. بنابراین، اضطرار مطلقاً رافع حکم است.

شرط دوم این است که احکام باید بر نفس افعال اضطراری مترتب باشد تا حدیث رفع آنها را از میان بر دارد. مستفاد از حدیث رفع آن است که مقصود از «ما» ی موصوله، خود افعال مکلف است و تنها آن قسم از احکام شرعی که مستقیماً بر فعل مکلف - و از آن جهت که فعل مکلف است - مترتب است در اثر اضطرار و با استناد به حدیث رفع منتفی می‌شود.

بنابراین آن دسته از احکام شرعی که مستقیماً مترتب بر فعل مکلف نبوده، بلکه بر موضوعاتی خارج از قلمرو فعل مکلف مترتب هستند و گاهی بدون دخالت مکلف، خود به خود حادث می‌شوند، خارج از دایره‌ی شمول حدیث رفع هستند؛ مثلاً، چنانچه کسی بر اثر اکراه مرتکب نزدیکی حرام شود، با استناد به حدیث رفع و وجود حالت اکراه می‌تواند قائل به سقوط حدّ در مورد وی شد؛ اما آیا می‌توان وجوب غسل حاصل از جنابت را نیز در مورد او مرتفع دانست؟ فقها می‌گویند حدیث رفع شامل این گونه احکام نمی‌شود؛ آنچه را حدیث رفع بر می‌دارد حدّ شرعی یا تعزیر است ولی وجوب غسل به قوت خود باقی است؛ زیرا وجوب غسل بر عنوان جنابت مترتب است؛ نه بر فعل مواقعه و نزدیکی اضطراری.

بنابراین، اضطرار و حدیث رفع حکم فعل مکلف را بر می‌دارد؛ نه آنچه را که خارج از اختیار مکلف بوده و خود به خود ایجاد شده است. مثال روشن‌تر اینکه اگر کسی در اثر اضطرار با شیء نجسی اصابت نموده و نجس شود آیا می‌توان به استناد وجود حالت اضطرار و با استدلال به حدیث رفع، حکم به عدم نجاست و عدم لزوم ازاله‌ی آن نمود؟ مسلماً خیر؛ زیرا موضوع حکم وضعی تنجس و به تبع آن وجوب غسل، مترتب بر ملاقات با نجس است. آنچه سبب وجوب غسل شده ملاقات با نجس است و ملاقات لازم نیست مستند به فعل اختیاری باشد. ملاقات اضطراری هم دارای همان احکام وضعی است. «۱»

شرط سوم اینکه آثار برداشته شده به وسیله‌ی حدیث رفع نباید از آثاری باشد که عارض بر موضوعاتی هستند که شرعاً مترتب بر خود حالات مذکور در حدیث است؛

یعنی اولاً مقید به وجود هر یک از عناوین نه‌گانه من جمله اضطرار نباشد (لا بشرط شیء)؛ مثلاً در «السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمْ» حکم قطع به طور مطلق بر ارتکاب سرقت مترتب است؛ نگفته است که در صورت اضطرار یا غیر اضطرار دست سارق را قطع نمایید. چنین حکم مطلق را حدیث رفع بر می‌دارد و لذا سرقت در عام المجامع موجب قطع ید نیست؛ اما در مورد قتل خطایی که از ابتدا حکم دیه مقید به خطاست، خطا رافع حکم دیه نیست. ثانیاً حکم مقید به عدم وجود هر یک از عناوین از جمله اضطرار نیز نباشد (بشرط لا)؛ زیرا در این صورت با وجود یکی از عناوین؛ خود به خود اثر مربوطه زایل می‌شود و نیازی به استناد به حدیث رفع نیست؛ مثلاً در وجوب صوم از ابتدا گفته شده است که روزه بر غیر افرادی که برای آنها ضرر دارد واجب است. پس، از ابتدا وجوب روزه منصرف به غیر موارد ضرر و اضطرار است. بنابراین، شخصی که در اثر اضطرار حاصل از بیماری روزه نمی‌گیرد و یا روزه بوده، افطار می‌کند برای رفع وجوب روزه یا کفاره‌ی افطاری نیازی به استناد به حدیث رفع ندارد؛ چون از ابتدا دلیل وجوب مقید به عدم اضطرار بوده است؛ یا در مورد قصاص که شارع از ابتدا آن را مقید و مشروط به غیر خطایی بودن نموده است. حال اگر خطا حاصل شود وجوب قصاص خود به خود برداشته می‌شود و دیگر نیازی به استناد به حدیث رفع نیست.

فقه‌های اهل سنت با وجود دلالت آیات قرآن بر رفع مسئولیت در حالت اضطرار، خود را از استناد به احادیث مستغنی دانسته‌اند. در این زمینه حدیث خاصی به جز آنچه ابو داوود در خصوص تجویز اکل میته نقل کرده، روایت نکرده‌اند. حدیث مروی ابو داوود نیز چنین است که شخصی نزد پیامبر آمده، از ایشان می‌پرسد: «ما يحلّ لنا من الميته؟ قال ما طعامكم؟ قال نعمتبق و نصطبج. قال (ص) ذاک و ابي الجوع فأحل لهم الميته.» «۱» چون مرد در جواب پیغمبر می‌گوید: «شامگاهان و بامدادان شراب می‌نوشیم و جز این طعامی نداریم»، پیامبر آنان را در اضطرار حاصل از گرسنگی تشخیص داده و خوردن مردار را نسبت به آنها جایز می‌داند.

۳. اجماع

در خصوص اضطرار، فقها بر حسب مورد حکم داده‌اند. از این رو در خصوص مورد می‌توان ادعای اجماع نمود؛ مثلاً، در خصوص شرب مسکر گفته‌اند که اگر شخصی برای حفظ سلامت، مضطرّ به شرب مسکر شود نوشیدن آن جایز است. فقها به اتفاق، چنین فتوی داده‌اند؛ اما در مورد خود عنوان کلی حکم اضطرار که یک امر عقلی نیز است نمی‌توان قائل به تحقق اجماع شد و متحقق هم نشده است. در صورت تحقق هم چون مبتنی بر عقل است حجّیت ندارد؛ اما در موارد خاصه می‌توان بر امر عقل ادعای اجماع نمود. در کتاب تحریر الوسيله آمده است: «المدار فی الکل هو الخوف الحاصل من العلم او الظن.» «۱»

نزد اهل سنت، اولاً حسب قاعده، مادام که حکم قضیه از میان صحابه یا فقهای تابعین و یا ائمه اربعه مخالفی نداشته باشد مسأله صورت اجماعی به خود می‌گیرد و چون در اصل تمسک به اضطرار و رفع مسئولیت با استناد به آن مخالفی وجود ندارد قضیه اجماعی می‌شود. ثانیاً با وجود نصوص شرعی دال بر جواز ارتکاب پاره‌ای از اعمال محرّمه در حالت اضطرار، دیگر نیازی به استناد به اجماع و قیاس نیست؛ چرا که حجیت اجماع و قیاس، تبعی و مستنبط از کتاب و سنت است. پس، با وجود نصوص کتاب و سنت، جایی برای استناد به اجماع و قیاس باقی نمی‌ماند. لذا می‌بینیم که فقها و اصولیین سنی مذهب تنها به استناد به آیات قرآن بسنده کرده، ذکری از اجماع و قیاس به میان نیاورده‌اند.

۴. عقل

اضطرار قاعده‌ی عقلی است و خارج از ضوابط و مستندات شرعی، از سوی ملل و اقوام مختلف نیز مورد استناد قرار گرفته است. در حقوق غرب با تکیه بر حقوق روم، قاعده‌ی «ضرورت قانون نمی‌شناسد» همواره مورد استناد بوده است. حقوق دانان مسلمان و غیر مسلمان نیز ضمن استناد به ادله‌ی نقلی و شرعی، عقلانی بودن اصل قاعده‌ی اضطرار را مورد تأیید و اذعان قرار داده‌اند. توجیهاتی که حقوق دانان مسلمان و غیر مسلمان از رفع مسئولیت در حالت اضطرار به عمل آورده‌اند نشان از عقلانی بودن مسأله است. این حقوق دانان رفع مسئولیت در اثر اضطرار با تکیه بر جهاتی همچون اجبار معنوی، نفع اجتماعی، عدم سوء نیت، لزوم همبستگی و تعاون اجتماعی و بالاخره تعارض منافع توجیه کرده‌اند. اینها خود توجیه و تحلیل عقلی هستند و اصولاً قاعده‌ی الضرورات تبیح المحظورات مفاد یک حکم عقلی است؛ گرچه این عبارت در منابع فقهی موجود نیست.

مبحث سوم: آثار اضطرار در احکام

فقها و اصولیین ضمن بحث و بررسی حدیث رفع، به تأثیر اضطرار در احکام تکلیفی و وضعی پرداخته‌اند. اکنون به بحثی در این زمینه می‌پردازیم.

۱. اثر اضطرار در احکام تکلیفی

شک نیست که حدیث رفع در احکام تکلیفی جاری است و تفاوتی نیست میان اینکه حکم متوجه خود فاعل باشد یا فعل فاعل سبب توجه تکلیف به شخص دیگری شود؛ مثل سرقتی که موجب وجوب اقامه‌ی حد قطع ید برای حاکم می‌شود. همچنین فرقی میان اینکه فعل متعلق حکم باشد یا موضوع آن، وجود ندارد. در هر دو حالت، اثر اضطرار رفع حکم است؛ یعنی حرمت سرقت را از سارق و وجوب قطع ید را از حاکم بر می‌دارد.

آیت الله خویی در این زمینه نظر در خور توجهی دارد، و آن تفکیک میان اینکه متعلق حکم به نحو طبیعت ساریه باشد یا به نحو صرف الوجود. بدین معنا که هرگاه متعلق حکم طبیعت ساریه باشد، یعنی با تعدد مصادیق و افراد، حکم متعدد پدید آید. با عروض عنوان اضطرار بر یک فرد یا مورد خاص، حکم تکلیفی به طور کلی برداشته نمی‌شود؛ مثلاً خطاب «لا تشرب الخمر» یا «لا تأکل الربا» از این قبیل است و حکم آن سریان دارد و به عدد مصادیق و افراد، حکم متعدد می‌شود؛ یعنی هر فردی از افراد خمر، یک خطاب نهی دارد و هر فرد از افراد ربا یک خطاب نهی دارد. بنابراین هرگاه کسی به شرب خمر معین یا اکل ربا خاص مضطر شود، حکم تکلیفی حرمت نسبت به همان فرد یا همان مورد خاص برداشته می‌شود و از دیگر افراد و مصادیق، رفع حرمت نمی‌شود.

اما اگر متعلق حکم به نحو صرف الوجود باشد، مطلب این گونه نخواهد بود. توضیح اینکه متعلق احکام منهی همواره نوع طبیعت ساریه هستند و همان گونه که گفته شد، حکم منع و نهی بر جمیع افراد سریان پیدا می‌کند؛ اما در احکام ایجابیه، حکم به نحو صرف الوجود است؛ مثلاً وقتی گفته می‌شود «أَقِمِ الصَّلَاةَ»، اگر کسی در قسمتی از وقت به ترک نماز مضطر شود، حکم وجوب کلی نماز در مجموع وقت از وی ساقط نمی‌شود؛ زیرا یک فرد و یک مصداق از نماز در معرض اضطرار قرار گرفته است. بنابراین وقتی بر این شخص عنوان مضطرّ قابل اطلاق است که در تمامی وقت ادای نماز، مضطرّ به ترک باشد.

«۱»

۲. در احکام وضعی

فقها با تکیه بر امتنانی بودن حدیث رفع، شمول آن را به احکام وضعی، به جهت اینکه موجب مضیقه و مشقت امت می‌شود و این امر با امتنان منافات دارد، جاری ندانسته‌اند.

به همین دلیل، مضطر را از حیث آثار وضعی مسئول دانسته، او را عهده‌دار جبران خسارات و ضرر و زیان ناشی از فعل اضطراری قلمداد کرده‌اند. در این میان، برخی از فقها در مواردی به اطلاق حدیث رفع استناد کرده‌اند؛ اما با اندکی دقت ملاحظه می‌شود که اطلاق حدیث، مقید به مواردی است که در جهت امتنان بر امت باشد. چنانکه گفته شد، امام خمینی (ره) امتنانی بودن حدیث رفع را حکمت حکم دانسته؛ نه علت حکم. «۲» در این صورت با رفع حکمت، حکم مرتفع نمی‌شود؛ چنانکه در خصوص زن مطلقه در صورت یقین به باردار نشدن هم قائل به وجود عده هستیم؛ زیرا اختلاط نسب، حکمت حکم است نه علت حکم.

پس، با بقای علت، حکم هم به اعتبار خود باقی خواهد بود. مع الوصف، در خصوص معاملات مضطر فرموده‌اند: «اگر اضطرار به خاطر حوائج و نیازهای شخصی حاصل شده باشد، بیع چنین شخصی صحیح است؛ لکن اگر اضطرار ناشی از اکراه و تهدید باشد، بیع همانند بیع مکره غیر نافذ است.»^۱

سید محمد کاظم یزدی در این مورد می‌فرماید: «در اینکه اکراه و اضطرار، هر دو در رفع حکم تکلیفی مشترک‌اند اشکالی نیست. بنابراین، شرب خمر مکره و مضطر- فی المثل- حرام نیستند؛ اما به نسبت حکم وضعی متفاوت‌اند. اکراه، بر خلاف اضطرار، حکم وضعی را رفع می‌کند. بنابراین، حکم وضعی در اثر اضطرار مرتفع نمی‌شود؛ زیرا بر خلاف امتنان و توسیع بوده، بلکه موجب تضییق و مشقت می‌شود.»^۲

آیت الله خویی در این زمینه می‌فرماید: «رفع این عناوین، منتهی بر امت است. بنابراین، ضمان و مسئولیت مالی حاصل از فعل اضطراری به سبب حدیث رفع مرتفع نمی‌شود؛ زیرا رفع ضمان اتلاف، مخالف با امتنان نسبت به مالک است؛ گرچه در آن منتهی برای تلف‌کننده وجود دارد. همچنین با استناد به این حدیث نمی‌توان بیع مضطر را باطل دانست؛ چرا که بطلان بیع مضطر خلاف امتنان است.»^۳ جمهور فقهای اهل سنت عقیده دارند که اگر کسی در اثر اضطرار، طعام متعلق به غیر را تناول کند ضامن است؛ چون اضطرار مبطل حقوق غیر نیست؛ اما شافعی قائل به عدم ضمان است. به اعتقاد وی اذن و ضمان با هم قابل جمع نیستند.»^۴

به طور خلاصه می‌توان گفت: به استناد حدیث رفع، احکام تکلیفی و وضعی مرتفع می‌شود؛ اما در هر مورد که رفع حکم موجب تضییق و مشقت مسلمانان شود، به واسطه‌ی امتنانی بودن حدیث رفع، آن حکم مرتفع نخواهد شد. از جمله، در اضطرار چون رفع حکم وضعی موجب مشقت و سختی بر امت می‌شود، حکم مرتفع نمی‌شود.

۳. ماهیت شرعی فعل اضطراری

اینکه اضطرار سبب اباحه‌ی فعل محرم می‌شود، یا با بقای حرمت اصل فعل، مسئولیت‌ناشی از آن زایل می‌شود، اختلاف است و نظریات متفاوتی در این رابطه ابراز شده است. اختلاف نظر میان فقها و اصولیین امامیه ناشی از برداشت‌های متفاوت آنان از رفع مذکور در حدیث رفع است.

شیخ مرتضی انصاری گفته است: «در تبیین معنای حدیث رفع سه راه در پیش است:

تصرف در معنای لفظ رفع؛ تصرف در معنای عناوین نه‌گانه؛ در تقدیر گرفتن مضاف که همان مؤاخذه و عقاب است. آنگاه می‌نویسد: راه اول و دوم، هر دو خلاف ظاهرند. از این رو چاره‌ای جز انتخاب راه سوم وجود ندارد. پس مراد، رفع آثار ظاهر است؛ چرا که خود امور نه‌گانه فی الواقع مرتفع نیستند؛ به عنوان مثال، اکراه و اضطرار در عالم واقع وجود دارند.»^۱ آیت الله خویی نیز بر همین معنا صحه گذاشته است.

آخوند خراسانی در کفایة الاصول نوشته است: «آنچه از میان برداشته شده، الزام است و نیازی به تقدیر گرفتن چیز دیگری نیست.» به اعتقاد ایشان، تکلیفی که در ما لا یعلمون - چه در شبهه‌ی حکمیه و چه در شبهه‌ی موضوعیه - معلوم نیست، هم قابل رفع است و هم قابل وضع و جعل از سوی شارع. اما در غیر ما لا یعلمون، باید بگوییم که یا آثار شرعیه را باید در تقدیر گرفت و یا اینکه با اسناد مجازی، اسناد رفع داد؛ چون در ما اضطرراً الیه و یا ما استکرها علیہ چیزی حقیقتاً مرفوع نیست. از این رو باید آثار شرعیه را مرتفع دانست. حدیث رفع دلالت بر رفع آثار تکلیفی یا وضعی دارد؛ به جهت امتنان بر امت. آنچه در اضطرار مرفوع است آثار است که به عنوان اولی بر آنها بار شده است و بدیهی است که به حسب ظاهر، عناوین ثانویه‌ی مذکور موجب رفع حکم اولیه شده‌اند؛ مثلاً، اضطرار به خوردن مردار موجب رفع حرمت شده که حکم اولی است و سبب اباحه‌ی فعل به عنوان حکم ثانوی می‌شود.»^۲

علامه طباطبایی ذیل آیه ۱۷۳ سوره‌ی بقره با استناد به جمله‌ی «إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» ملاک نهی و حرمت را همچنان باقی دانسته و اذن شارع را از باب تخفیف و رخصت قلمداد می‌کند. مع الوصف، ضمن تفسیر آیه‌ی ۳ از سوره مائده، نوشته است که در اضطرار، غفران و رحمت الهی به منشأ حکم تعلق می‌گیرد و حکم حرمت را بر داشته و عمل مضطر را مباح می‌کند.

برخی از فقها قائل به این هستند که اعمال اضطراری که برای حفظ نفس انجام می‌شود، شرعاً بر شخص مضطر واجب‌اند نه مباح. در تحریر الوسیله آمده است: «اگر کسی مضطر به نوشیدن شراب یا خوردن گوشت مردار شود تا خوف از تلف نفس خود را بر طرف کند، همان مقدار که موجب زوال ترس شود حلال و جایز است.» «۱»

در مکاسب محرمه، در خصوص اضطرار به مال غیر آمده است: «إنّ دلیل الاضطرار عام یشمل الاضطرار الی مال الغیر یرفع دلیل الاضطرار حرمة التصرف فی مال الغیر.» «۲»

به اعتقاد صاحب جواهر، خوردن مردار برای حفظ نفس واجب است. در صورتی که فرد مضطرّ بخواهد برای پاکیزه ماندن از محرّمات، از خوردن امتناع کند، چنانچه خوف تلف نفس موجود باشد امتناع وی جایز نیست؛ زیرا منتهی به هلاکت نفس به دست خویش است. «۳»

با توجه به رفع حرمت از اصل عمل از دیدگاه فقهای امامیه، اضطرار از لحاظ حقوقی، از عوامل موجهه‌ی جرم تلقی می‌شود. مع الوصف، به اقتضای قاعده‌ی «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» تلف‌کننده اعم از اینکه مرتکب تقصیری شده باشد یا خیر، ضامن خسارات ناشی از فعل خود خواهد بود. بنابراین در فقه، میان موجه بودن اصل عمل و ترتب ضمان و مسئولیت مدنی بر آن، منافاتی وجود ندارد.

ماهیت شرعی و عنوان فقهی فعل اضطراری، در میان فقها و اصولیین اهل سنت نیز مورد اختلاف است. در اینکه آیا خوردن مردار و نوشیدن مسکر در حالت اضطرار مباح است یا واجب و یا به حرمت اولیه خود باقی است، نظریات گوناگونی مطرح است. ابو یوسف، از شاگردان ابو حنیفه، و نیز شافعی، در یکی از دو قول خود معتقدند که ضرورت سبب اباحه‌ی اصل فعل نمی‌شود؛ تنها مسبب رخصت در انجام فعل می‌شود؛ آن هم به جهت حفظ نفس از هلاکت؛ همان گونه که در اکراه و اکل مال غیر مطرح است.

در مقابل، اکثر فقهای مذهب حنفی قائل به رفع حرمت از اصل فعل و مباح شدن آن هستند. ثمره‌ی این اختلاف در جایی ظاهر می‌شود که شخص مضطر در قبال وضعیت اضطراری عارض بر خود، مقاومت نشان داده و تلف شود. در این صورت، شخص مذکور به اعتقاد ابو یوسف و شافعی، گناهی مرتکب نشده است؛ اما به اعتقاد طرفداران نظریه دوم، چنین شخصی گناهکار است. نیز اگر کسی سوگند یاد کند که هیچ شیء محرّمی نخورد، اما در حال اضطرار مرتکب تناول یکی از محرّمات شود، نزد گروه اول باید کفارہ بدهد؛ اما گروه دوم چنین اعتقادی ندارند؛ چرا که فرد مزبور مرتکب خوردن شیء حرامی نشده است.

ابن عباس، از فقهای صحابه، نیز اعتقاد به حرمت اصل عمل داشته است. به عقیده‌ی او، اطلاق مغفرت در آیات دلالت بر بقای حرمت دارد؛ اما خداوند متعال به واسطه‌ی رحمت خود در این حالات از امت رفع مؤاخذه نموده است. استدلال قائلین به بقای حرمت اصل عمل این است که تحریم اشیای محرّمه به واسطه‌ی خبث و ضرری است که در آنهاست. به بیان دیگر، علت تعلق حکم تحریم به آنها، وجود صفاتی همچون پلیدی، خبث و زیان‌آور بودن در آنهاست و چنین نیست که در حالت اضطرار، صفات مزبور از بین رفته، اشیای محرّمه‌ی مورد بحث، فاقد اوصاف پلیدی و زیان‌آوری شوند. بنابراین با بقای علت حکم، خود حکم نیز به قوت و اعتبار خود باقی است.

در مقابل، طرفداران رفع حرمت برای توجیه نظر خود دست به استدلال زده و دلایلی در این ارتباط مطرح نموده‌اند. از جمله به آیه شریفه «... وَ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مِا حَرَّمَ عَلَیْكُمْ اِلَّا مَا اضْطَرَرْتُمْ اِلَیْهِ»؛ بویژه استثنای آخر آن، استناد کرده‌اند. به عقیده آنان، از آنجا که کلام مقید به استثنا، حکمی غیر از مستثنی دارد، حکم «مَا اضْطَرَرْتُمْ اِلَیْهِ» غیر از حرمت «قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مِا حَرَّمَ عَلَیْكُمْ» است. به طور خلاصه، استثنای از محظور، اباحه است؛ از این رو معنای آیه‌ی شریفه چنین است: این اشیا در حالت اختیار حرام و در حالت اضطرار مباح‌اند.

استدلال عقلی آنان نیز این است که حرمت اکل میتة و شرب خمر به واسطه‌ی صیانت عقل و دین است. در صورت امتناع مضطر از تناول آنها و هلاکت نفس وی، دیگر عقل و اعتقادی باقی نخواهد ماند تا مورد صیانت واقع شود. این گروه در توجیه جمله‌ی اخیر آیه و اطلاق مغفرت و رحمت دست به تأویلاتی زده‌اند. از جمله می‌توان گفت: در حالی که خداوند گناهان بزرگ

را می‌آمرزد، چگونه ممکن است شخص مضطر را به وسطه‌ی اکل شیء محرم مورد بازخواست قرار دهد. همچنین از آنجا که میزان تناول از شیء محرم به اجتهاد شخص مضطر بستگی دارد، لذا ممکن است بنا به اجتهاد خود، بیش از میزان لازم برای سد رمق تناول کند. در این صورت، خداوند نسبت به مقدار زاید بر نیاز، او را مشمول رحمت و مغفرت خود قرار خواهد داد. برخی از اصولیین اهل سنت، از حد اباحه فراتر رفته و در صورت ترتب نجات نفس از هلاکت بر خوردن شیء محرم، خوردن آن را واجب دانسته‌اند. بسیاری از فقهای شافعی مذهب، دو وجه وجوب و عدم وجوب را ذکر کرده‌اند. «۱» مستند قائلین به وجوب، آیاتی همچون «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره، ۱۹۵) و «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء، ۲۹) است.

۴- تداوی به حرام

فقهای امامیه با استناد به پاره‌ای روایات منقول از ائمه، تداوی به حرام، بویژه مسکرات را جز در صورت ضرورت و تعیین شیء محرم جایز ندانسته‌اند. «۲»

فقهای اهل سنت در خصوص جواز و عدم جواز تداوی به حرام دچار اختلاف نظر شده‌اند. گروهی از آنان تداوی را ضرورت قاهره‌ای همچون آب و غذا ندانسته‌اند. ایشان با استناد به حدیث «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَ لَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ» و نیز حدیث «إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَأَنْزَلَ الدَّوَاءَ فَجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً فَتَدَاوُوا وَلَا تَدَاوُوا بِالْحَرَامِ» قائل به عدم جواز تداوی با اشیای محرمه شده‌اند. «۳» در مقابل، گروهی دیگر با استناد به عمومات و اطلاقات ناظر بر حالت اضطرار، قائل به جواز شده‌اند. این گروه در کنار استدلالاتی کلی خود، به حدیثی از پیامبر (ص) مبنی بر اجازه‌ی پوشیدن حریر به دو تن از یاران خود به واسطه‌ی بیماری آنان استناد کرده‌اند. سید سابق «۱» نظریه اول و دکتر یوسف قرضاوی «۲» نظریه اخیر را ترجیح داده است.

۵- حد ضرورت

شخص مضطر چه مقدار از اشیای محرمه را می‌تواند تناول کند؟ آیا سد رمق و دفع حاجت و اضطرار مورد نظر است یا ملاک و میزان خاصی مطرح نیست و شخص می‌تواند تا حد اشباع از اشیای مزبور تناول کند؟ در پاسخ به این سؤال نیز فقهای مذاهب مختلفه‌ی اسلامی نظریه یکسانی ندارند. فقهای امامیه و جمهور فقهای اهل سنت به میزان سد رمق و دفع حاجت و حفظ حیات اجازه داده، تجاوز از مقدار ضرورت و حاجت را مشمول بغی و عدوان دانسته‌اند.

مزنی، از شاگردان شافعی، گفته است: «پس از سد رمق و رفع حاجت، شخص از حالت اضطرار خارج شده است. بنابراین، خوردن بیش از مقدار مذکور جایز نیست.» «۳»

در مقابل، بعضی از فقهای صاحب نام مذاهب اسلامی خوردن تا حد اشباع را جایز دانسته‌اند. امام مالک، مؤسس مذهب مالکی، و ابن حزم، فقیه بزرگ مذهب ظاهری، چنین اعتقادی داشته‌اند. «۴»

بیشتر فقها، در صورت استمرار حالت اضطرار، تزود (توشه بر گرفتن از حرام) را جایز دانسته‌اند؛ مشروط بر اینکه شخص تا عروض مجدد حالت ضرورت بر وی، از خوردن یا نوشیدن آن امتناع کند. «۵» از فقهای امامیه، صاحب جواهر الکلام جواز تزود را قول اقرب دانسته است.

در کتاب المجله، با استناد به دو قاعده‌ی «ما جاز لعذر بطل بزواله» و «إذا زال المانع عاد الممنوع» تجاوز از حد ضرورت جایز دانسته نشده است.

مبحث چهارم: شرایط تحقق حالت اضطرار

اضطرار یک حالت استثنایی و خلاف اصل است. بنابراین برای تحقق آن، شرایطی لازم است تا معافیت مرتکب را از عقوبت توجیه نماید. این شرایط را می‌توان تحت دو عنوان مورد بحث قرار داد: اول، شرایط مربوط به خطر و تهدیدی که شخص را به اضطرار دچار می‌کند. دوم، شرایط مربوط به اقدام و عکس العمل مضطر.

۱. شرایط واقعی اضطراری

الف) خطر باید مسلم الوقوع باشد: یعنی باید به درجه‌ی فعلیت رسیده باشد. خطرات احتمالی نمی‌تواند مجوز ارتکاب عمل حرام باشد؛ به عنوان مثال، کسی نمی‌تواند به استناد اینکه در آینده دچار تشنگی شدید خواهد شد و احتمالاً از شدت عطش

تلف می‌شود مرتکب شرب خمر شود. در فقه بروز خوف و بیم هلاکت نفس به واسطه‌ی علم یا ظنّ و احتمال عقلایی به بروز خطر شدید مطرح است و ما پیش از این عبارت امام را نقل کردیم که فرموده بود: «المدار فی الکُلِّ هو الخوف الحاصل من العلم او الظنّ.»

(ب) خطر باید شدید یا به تعبیر فقها ملجی باشد: به نحوی که شخص خود را در موقعیتی ببیند که در آن بیم تلف نفس یا عضو در وی ایجاد شود. خطرات جزئی و شرایط سخت قابل تحمل، هیچ کدام مجوز اتیان فعل حرام نیستند.

(ج) خطر به وسیله‌ی خود مضطرّ ایجاد نشده باشد: شخصی که با اقدامات عمدی خود، شرایط و موقعیت اضطراری برای خود پیش آورد، نمی‌تواند از اذن شارع در حالت اضطرار بهره‌مند شود. این اعتقاد بسیاری از فقهاست. مستند این دیدگاه برداشتی است که از دو عبارت حالیه‌ی «غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ» مذکور در آیه ۱۷۳ سوره بقره به عمل آمده است.

چنانکه پیش از این نیز اشاره شد، امام مالک، از فقهای اهل سنت، مراد از بغی و عدوان را خروج بر امام مسلمین دانسته است. علامه طباطبایی، از مفسرین امامیه، نیز بر این اعتقاد بوده است که شخص نباید به واسطه‌ی تجاوز و تعدی و ارتکاب معصیت، خود را دچار اضطرار کرده باشد. پس بنا بر اعتقاد این دو صاحب نظر و همفکران آن دو، شخصی که با خروج بر امام و یا اقدام به انجام و ارتکاب معصیتی دیگر، در شرایط و اوضاع و احوال اضطراری قرار می‌گیرد نمی‌تواند به استناد اذن شارع در حالات و موقعیت‌های اضطراری، از اشیای محرّمه چیزی تناول کند.

اشکالی که بر این نظریه وارد است این است که چنین شخصی هر چند در مقدمات امر مرتکب معصیت شده و به قصد معصیت دست به اقداماتی زده که او را دچار اضطرار کرده است؛ اما نامشروع بودن مقدمات نمی‌تواند او را از شمول عنوان کلی اضطرار خارج کند. چنین شخصی، در وضعیت مفروض فعلی خود مضطر است و در صورت اقدام به تناول محرّمات، اقدام وی جایز و مشمول قاعده‌ی اضطرار است.

(د) مضطر به موجب شرع و قانون مکلف به تحمّل ضرر نباشد: کسانی هستند که بر حسب وظیفه‌ی شرعی یا قانونی در وضعیتی قرار گرفته‌اند که مستلزم فداکاری و تحمل خطر است؛ مثلاً، کسی که بنا به وظیفه‌ی شرعی به جهاد رفته و یا فردی که بنا به وظیفه‌ی قانونی و ملی به جنگ با دشمن رفته است، وظیفه‌اش به طور طبیعی با خطر و تحمّل آن ملازمه دارد؛ یا پلیسی که وظیفه‌ی حفظ امنیت را بر عهده دارد، اقدامات وی برای انجام وظیفه است و نمی‌تواند به استناد ضرورت و دفع خطر از خود، رفع تکلیف کرده و از انجام وظایف خود سرباز زند. مع الوصف، در خصوص حفظ جان، مسأله مورد مناقشه است؛ مثلاً، مأموری که وظیفه‌ی نجات غریق یا اطفای حریق بر عهده اوست، آیا می‌توان از وی انتظار داشت که در مواقع بروز خطر و حین انجام وظیفه، در صورت اقتضای شرایط و موقعیت، به هلاکت نفس خود رضایت بدهد. آیا چنین شخصی شرعاً می‌تواند به خاطر حفظ نفس دیگری، نفس خود را به دست تلف و هلاکت بسپارد؟ آیا ادله حفظ نفس و حرمت القای نفس در تهلکه مانع این کار نیستند؟ در این صورت، قلمرو ادله‌ی ایثار تا کجا خواهد بود.

به خاطر دارم در گفتگوی شفاهی با مرحوم آیت الله العظمی گلپایگانی، ایشان بر این اعتقاد بود که ادله‌ی ایثار مقید به ادله وجوب حفظ نفس است؛ به این معنا که ایثار وقتی مشروع است که جان در خطر نباشد.

این اعتقاد قابل نقد به نظر می‌رسد و می‌توان گفت که هر چند چنین شخصی موظف نیست با از بین بردن نفس خود، نفس دیگری را از خطر هلاکت نجات دهد؛ ولی از سوی دیگر، ادله حفظ نفس در صورت در خطر بودن جان یک انسان، قابل تخصیص است. به دیگر سخن، دوران امر است میان نفس خود و نفس دیگران. باید دید که آیا حفظ نفس خود با حفظ نفس دیگران مساوی است! در صورت مساوات و برابری، از مصادیق تراحم است و ناچار بایستی به موجب قواعد تراحم، نخست به دنبال مرجح باشیم؛ مثلاً، اگر دیگری نفس نبی است، نفس او را باید بر نفس خود ترجیح داد و اگر مرجحی در میان نباشد، به دایره‌ی تخییر عقلی می‌رسیم. از نظر شرعی، شخص مخیر می‌شود ولی به موجب آیه شریفه «يُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَ لَوْ كَانَتْ بِهِمْ حَصَصَةٌ» «۱» چنانچه شخصی دیگری را بر خویش ترجیح دهد، یکی از مظاهر بزرگ ارزش‌های اخلاقی را (ایثار) تجلّی بخشیده است.

فقهای اهل سنت در اینجا یک سؤال فرعی مطرح کرده‌اند که در خور توجه است و آن اینکه آیا مضطر می‌تواند از شخص دیگری که همچون خود او در حالت اضطرار بسر می‌برد اخذ طعام کرده، نفس خود را بر نفس وی ترجیح دهد؟ پاسخ مسأله از نظر آنان منفی است؛ چرا که هر چند هر دو از حیث غلبه ضرورت مساوی‌اند؛ اما آن که مالک طعام است به واسطه‌ی مالکیت بر دیگری ترجیح دارد. بنابراین می‌تواند در مقام دفاع از خود و طعام خود بر آید. در صورت اخذ طعام توسط دیگری، و فوت مالک در اثر شدت جوع، آن که طعامش را تناول کرده و از مرگ نجات یافته، در قبال تلف نفس وی مسئول خواهد بود. «۲» اما مضطر، طعام غیر مضطر را حتی با توسل به قهر و جبر هم می‌تواند بگیرد و چنانچه در این راه کشته شود قتل او عدوانی خواهد بود. در صورت امتناع صاحب طعام، با وجود بذل ثمن و حتی زیاده بر آن، فقهای امامیه مقاتله با وی را جایز دانسته‌اند.

۲. شرایط اقدام مضطر

یک) ارتکاب فعل حرام باید تنها راه دفع ضرورت و نجات نفس باشد. بنابراین چنانچه مضطر بتواند با انجام اقدامات مباح و مشروع، از قبیل استمداد از دیگران بویژه قوای دولتی یا فرار از صحنه و یا خریداری شیئی که بتواند با آن از خود رفع ضرورت کند، دیگر ارتکاب فعل محرم برای وی جایز نخواهد بود؛ همانند کسی که به واسطه غلبه گرسنگی، دچار اضطرار شده و قدرت خرید طعام هم داشته باشد، نمی‌تواند دست به سرقت بزند و یا اکل میته نماید.

دو) اقدام مضطر باید به قدر حاجت و متناسب با شرایط و اوضاع و احوال اضطراری باشد. اقدامات اضطراری نیز باید با رعایت الأسهل فالأسهل باشد و به قدر ضرورت و نیاز صورت گیرد؛ زیرا هر چند گفته‌اند «الضرورات تبيح المحظورات»؛ اما در کنار آن، قاعده‌ی «الضرورات تتقدر بقدرها» هم وجود دارد که یک قاعده‌ی عقلی است و مفاد آن این است که تنها تا رفع حالت ضرورت و به تناسب خطر و تهدید موجود، انجام فعل اضطراری جایز است. گاه با یک اقدام مباح می‌توان از خود رفع خطر کرد و گاه دفع خطر مستلزم ارتکاب فعلی است که در شرایط عادی نامشروع است. در ارتکاب فعل محرم هم رعایت مقدار مورد لزوم مد نظر است. چنانکه پیش از این نیز اشاره شد که «خداوند متعال تناول اشیای حرام را به هنگام ضرورت مباح کرده است؛ اما باید به قدر سد رمق و رفع ضرورت اکتفا نمود.» «۱» و نیز گفته شد که «باحه‌ی اشیای مذکور به میزان رفع اضطرار است.» «۲»

با وجود این، گاهی شدت خطر و اضطرار به حدی است که برخی از فقها ارتکاب فعل حرام را برای رهایی از خطر هلاکت نفس واجب دانسته و قائل به وجوب فعل اضطراری شده‌اند. گفته شد که بعضی از صاحب نظران اهل سنت بر چنین اعتقادی بوده‌اند. همچنین گروهی از فقهای شیعه نیز بر همین نظریه تکیه و تأکید کرده‌اند. در تحریر الوسيله آمده است: «اگر فردی مضطر به ارتکاب حرامی شد، واجب است به مقدار رفع ضرورت مرتکب آن حرام شود.» «۱» صاحب جواهر می‌نویسد: «خوردن گوشت مردار برای حفظ نفس واجب است و در صورتی که از خوردن امتناع نماید، عمل جایزی انجام نداده است؛ زیرا امتناع وی به منزله هلاکت نفس به دست خود اوست.» «۲»

بنابراین، نهایت اقدام اضطراری نهایت ضرورت است و با رفع ضرورت، جواز اقدام هم مرتفع خواهد شد و قاعده‌ی «الضرورات تتقدر بقدرها» حاکم می‌شود.

مبحث پنجم: اضطرار در حقوق جزای عرفی

در حقوق جزای عرفی، اضطرار در کنار عناوینی همچون دفاع مشروع و امر آمر قانونی و رضایت مجنی علیه در شمار عوامل موجهه‌ی جرم به حساب آمده است. عواملی که با زوال عنصر قانونی جرم و دفع حرمت و ممنوعیت از آن، ارتکاب آن را جایز اعلام می‌نمایند و بدین سان، خود قانونگذار ارتکاب اعمالی را که در شرایط عادی جرم است مباح و بلامجازات می‌شناسد. ریشه تاریخی این قاعده‌ی حقوقی در ضرب المثلی لاتینی است که خود جزو قواعد حقوق روم بوده است. ضرب المثل مزبور می‌گوید:

«ضرورت قانون نمی‌شناسد؛ Necessitas Non Habet Legem.»

حقوق دانان جزایی در بیان توجیه و ذکر مبانی فلسفه‌ی معافیت حاصل از ضرورت یا اضطرار، نظریات مختلفی ساخته و پرداخته‌اند.

گروهی، از جمله پروفسور گارو و روگارسون، دو حقوقدان نامی فرانسوی، وجود اجبار معنوی را مبنای فلسفی این معافیت دانسته‌اند. مضطر در شرایطی بسر می‌برد که خواه ناخواه تحت تأثیر فشار روانی قرار گرفته، ناگزیر از ارتکاب جرم می‌شود. این نظریه اولاً، در خصوص حفظ مال چندان مصداق پیدا نمی‌کند و ثانیاً نمی‌توان ادعا کرد که فشار روانی موجب ازآلهی قصد و قدرت اختیار می‌شود.

گروهی دیگر از حقوق‌دانان، نظریه «نفع اجتماعی» را با استمداد از معیارهای عینی مطرح کرده‌اند. در شرایط اضطراری، مضطر دست به اقدامی زده که به نفع اجتماع بوده است و جامعه بویژه با لحاظ فقدان خبث طینت و حالت خطرناک در عمل، نفعی در مجازات وی نخواهد داشت.

نظریه تعاون اجتماعی نظریه‌ی دیگری است که در مقام توجیه معافیت حاصل از ضرورت مطرح شده است. به موجب این نظریه، در شرایط اضطراری، کلیه‌ی اموال به حالت اشتراک اولیه و پیش از وضع قانون بر می‌گردد و مضطر مجاز به تصرف در مال مشترک است. به علاوه، فرض بر این است که صاحب مال هیچ‌گاه رضایت به تلف جان هم‌نوع خود در قبال حفظ مال نمی‌دهد.

این نظریه هر چند مورد انتقاد قرار گرفته و فاقد مبنای علمی و مبتنی بر فرض تلقی شده است؛ اما بد نیست اشاره شود که یکی از فقیهان بزرگ مسلمان یعنی ابن حزم اندلسی نیز چنین دیدگاهی داشته است. به اعتقاد این فقیه بزرگ، مادام که در جامعه‌ی اسلامی مالی برای رفع ضرورت و نجات نفس از هلاکت موجود است، اعم از اینکه متعلق به مسلمان باشد یا ذمی، مضطر نمی‌تواند از اشیای محرّمه تناول نماید؛ چرا که در چنین شرایطی حقی برای وی در اموال دیگر افراد جامعه ایجاد شده و یک یک افراد بنا به حدیث منقول از پیامبر که فرموده است «اذا جاءکم الجائع فاطعموه»، موظف به اطعام و دفع ضرورت از وی هستند.

بنابراین، مضطر می‌تواند حتی بدون اذن مالک و در صورت مقاومت و ممانعت مالک با توسل به قهر و جبر، و حتی با مقاتله از وی اخذ طعام نماید و مجاز به اکل میتة و شرب خمر نیست. چنانچه صاحب مال در مقام دفاع از مال خود، مرتکب قتل مضطر شود مستوجب قصاص است و چنانچه خود کشته شود خون وی هدر است؛ چرا که وی مانع از استیفای حق بوده و از زمره‌ی طائفه باغی‌های است که قرآن فرموده است: «فَإِنْ بَعَثَ إِحْدَاهُمْ عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ» (حجرات، ۱). مانع حق، باغی است و مقاتله با باغی جایز است؛ چنانکه ابو بکر با مانعین زکاة به مقاتله پرداخت و آنان را ملزم به اعطای زکاة نمود.

به هر حال، مبنای اضطرار یا ضرورت هر چه باشد این تأسیس حقوقی شباهت زیادی- از حیث رفع ممنوعیت و حرمت از اصل عمل و معافیت از مجازات و شرایط تحقق آن- با اضطرار مورد نظر حقوق اسلامی دارد. در حقوق عرفی نیز اصل عمل صورت جواز و اباحه به خود می‌گیرد. به علاوه، شرط تحقق ضرورت، فعلیت خطر، شدت خطر، عدم دخالت مضطر در ایجاد آن، عدم وظیفه‌ی مضطر در مقابله با خطر، ضرورت ارتکاب فعل ممنوع و تناسب اقدام مضطر با خطر است.

با تحقق و اجتماع شرایط مذکور، دیگر اقدام مضطر نه اقدامی ممنوع، بلکه عملی کاملاً مباح و مجاز و بدون مجازات تلقی می‌شود. در اینجا نیز آثار وضعی اقدام وی به قوت خود باقی است و مضطر اگر چه از حیث حقوق عمومی قابل تعقیب نیست؛ اما از لحاظ مدنی مسئول است و عهده‌دار جبران ضرر و زیان مالی وارده به افراد است.

به نظر می‌رسد تفاوت عمده میان اضطرار در نظر فقهای اسلامی و ضرورت مورد نظر حقوق‌دانان، در ماهیت اقدام مضطر ظاهر شود. چنانکه گفتیم برخی از فقهای اسلامی در عین حکم به جواز اقدام مضطر، قائل به بقای حرمت اصلی و اولی فعل می‌باشند و گروهی اعتقاد بر رفع حرمت و اباحه عمل دارند. گروهی نیز در مواردی اقدام مضطر را نه تنها مباح بلکه واجب می‌دانند. اما در حقوق عرفی، ماهیت اصل عمل چندان مورد مذاقه و اختلاف نظر واقع نشده است و گویا زوال عنصر قانونی و رفع ممنوعیت از اصل فعل و اباحه‌ی آن، قولی است که جملگی بر آنند.

قاعده‌ی اکراه

مقدمه

در متون فقه اسلامی، نقش اکراه در رفع مسئولیت کیفری به عنوان قاعده‌ای مسلم محسوب است و تحت عنوان «رفع ما استکروهوا علیه» بیان شده است. البته اکراه در مباحث مدنی دارای احکام و آثار بسیاری است که ما اینک در مقام بیان آن نیستیم. نظر به اهمیت این قاعده و بویژه کارآیی آن، مفاهیم، مستندات، قلمرو و کار برد آن در مباحث زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: کلیات

۱. واژه‌ی اکراه

۱-۱. اکراه در لغت

اکراه از ماده‌ی کره (به فتح و ضم اوّل و سکون ثانی) است؛ «۱» هر چند اهل لغت تصریح کرده‌اند که کره (به فتح) مفهومی غیر از کره (به ضم) در بر دارد. در لسان العرب به نقل از فرّاء، از لغویین و نحویین بزرگ، گفته شده است: «الکره بالضم ما اکرهت نفسک علیه و بالفتح ما اکرهک غیرک علیه. تقول: جئتک کرها و ادخلتني کرها؛ «۱» کره (با ضمه)؛ آنچه نفس تو از آن کراهت دارد. کره (با فتحه)؛ آنچه که دیگری تو را بر آن وادار می‌کند.

در تاج العروس از راغب اصفهانی نقل شده است:

الکره بالفتح المشقة التي تناول الانسان من خارج مما يحمل عليه بالاکراه و بالضم ما يناله الانسان من ذاته؛ «۲» کره (با فتحه) مشقتی است که از خارج به انسان می‌رسد و بر او با اکراه تحمیل می‌شود و کره (با ضمه) کراهتی است که از درون انسان را آزار می‌دهد.

کاربرد واژه اکراه در آیات قرآن کریم نیز مؤیدی بر تفکیک مورد نظر اهل لغت است؛ چرا که در قرآن مجید این کلمه، هم به فتح و هم به ضم وارد شده و هر کدام همان معنای مورد نظر لغویین را در بر دارند. در سوره‌ی آل عمران آمده است:

أَفَعَيَّرَ دِينَ اللَّهِ يَبْغُونَ وَ لَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ طَوْعًا وَ كَرْهًا وَ إِلَيْهِ يُرْجَعُونَ (آل عمران، ۸۳)؛ آیا جز دین خدا می‌جویند و حال آنکه هر که و هر چه در آسمانها و زمین است خواه و ناخواه او را گردن نهاده‌اند و همه به سوی او بازگردانده می‌شوند.

ابن کثیر در تفسیر این آیه نوشته است: المؤمن مستسلم بقلبه لله طوعا و الكافر مستسلم لله کرها فإنه تحت السيطرة و التسخير و القهر و السلطان العظيم الذي لا يخالف و لا يمانع. «۳»

در سوره‌ی بقره می‌خوانیم: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَ هُوَ كُرْهُ لَكُمْ» (بقره، ۲۱۶).

بنا بر آنچه برخی مفسرین قرآن نوشته‌اند، در این آیه مصدر «کره» به جهت مبالغه، جایگزین اسم مفعول «مکروه» شده است. «۴»

اما خود لفظ اکراه که از باب افعال و از مصادر متعدی است به معنای واداشتن شخصی به انجام کاری است که برای وی ناخوشایند باشد. البته این اجبار و واداشتن باید مقرون به قهر و جبر باشد. اکثر اهل لغت در این خصوص می‌نویسند: «و اکراه فلانا علی امر ای حمله علیه‌قهر؛ «۱» فلانی را بر امری اکراه کردند؛ یعنی او را به نحو قهر و اجبار بر آن کار وادار نمودند.»

۲-۱. اکراه در اصطلاح فقها

اکراه از آن دسته کلماتی است که معنای لغوی آن با مفهوم اصطلاحی‌اش چندان تفاوتی ندارد. صرف نظر از قیود، شرایط و اوصافی که فقها برای اکراه و تحقق آن بر شمرده‌اند، معنای اصطلاحی این کلمه نزد فقها همان معنا و مفهوم مورد نظر اهل لغت است؛ یعنی، اکراه عبارت است از واداشتن دیگری به کاری که بدان مایل نیست؛ در صورتی که همراه با تهدید باشد. «۲» ابن حزم اندلسی که مذهب ظاهری دارد در تعریف اکراه می‌نویسد: «الاکراه هو کل ما سمی فی اللغة اکراها و عرف بالحسن آنه اکراه.» «۳» فقها و اصولیین دیگر مذاهب اهل سنت تعاریف عدیده‌ای از اکراه ارائه نموده‌اند. از جمله‌ی این تعاریف می‌توان به موارد زیر اشاره کرد.

شافعی در کتاب الامّ می‌نویسد:

الاکراه أن يصير الرَّجل في يد من لا يقدر على الامتناع منه، من سلطان أو لصّ أو متغلب ... و يكون المکره يخاف خوفاً عليه دلالة أنه ان امتنع من قول ما امر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه أو اتلف نفسه. «۴»

اکراه آن است که شخصی اسیر دست کسی شود که قادر بر مخالفت با او نباشد؛ خواه سلطان، سارق یا هر غلبه کننده‌ای باشد و شخص مکره هراس داشته باشد که اگر مخالفت ورزد، مورد ضرب شدید یا بالاتر از آن قرار گرفته یا کشته می‌شود. شمس الدین سرخسی، از پیشوایان فقه و اصول حنفی، در کتاب المبسوط در مقام تعریف اکراه می‌نویسد: اکراه اسم لفعّل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير ان تنعدم به الاهلية في حق المکره أو يسقط عنه الخطاب؛ «۱» اکراه نام کاری است که شخص نسبت به غیر خود روا می‌دارد تا رضایت او را منتفی ساخته یا اختیارش را سلب کند؛ بدون اینکه اهلیت کار و یا خطاب را از او بگیرد.

استاد عبد القادر عوده در اثر معروف خود، التشریح الجنایی الاسلامی، پاره‌ای دیگر از این تعاریف را گرد آورده است. از جمله اینکه اکراه فعلی است که به کسی تحمیل شود؛ به نحوی که سبب زوال رضا و فساد اختیار وی شود یا اینکه اکراه فعلی است که کسی با انجام آن در دیگری حالتی پدید آورد که خود به خود او را به سوی انجام عمل مورد نظر سوق دهد و یا اکراه به منظور انجام عملی خاص، تهدید به تحمیل امری ناخوشایند است؛ به گونه‌ای که رضای شخص تهدید شده از بین رفته باشد. نویسنده‌ی مزبور، در تعریفی دیگر که تعدادی از شرایط تحقق اکراه را نیز در بر دارد چنین می‌نویسد:

اکراه تهدید شخصی است از سوی دیگری به تحمیل شکنجه و آزار جسمی یا روحی؛ به گونه‌ای که یک شخص عاقل برای دفع آن شکنجه و آزار از خود، اقدام به انجام عمل مورد نظر تهدیدکننده بنماید؛ مشروط بر اینکه شخص اکراه شده ظنّ غالب داشته باشد که در صورت امتناع و مقاومت، در معرض شکنجه و آزاری که بدان تهدید شده قرار خواهد گرفت. «۲» سرانجام، شیخ محمد خضری بک، اصولی و مورخ معاصر، می‌نویسد: «الاکراه حمل الانسان غیره علی ما لا یرضاه قولاً أو فعلاً بحيث لو خلّی و نفسه لما باشره.»

وی در تعریف رضا و اختیار نیز می‌نویسد: «اختیار ترجیح انجام عملی است بر ترک آن یا بالعکس و رضا شوق و کشش درونی است بر انجام یک عمل.» «۳»

ماده‌ی ۹۴۸ از مجلّه الاحکام العدلیّه که به تعریف اکراه اختصاص یافته، خلاصه‌ای از این تعاریف را که مشتمل بر عناصر و ارکان اکراه و پاره‌ای از شرایط تحقق آن می‌باشد در خود جای داده است: «الاکراه هو اجبار أحد بالاخافه علی أن یعمل عملاً بغير حقّ و بدون رضاه.»

همان گونه که اشاره شد از آنجا که معنای اصطلاحی اکراه از معنای لغوی آن چندان فاصله نگرفته است و از سوی دیگر چون فقها و اصولیین در خصوص تعریف اکراه اختلاف نظر در خور توجیهی ندارند، تعاریف آنان صرف نظر از ادخال و اخراج پاره‌ای قیود تقریباً یکی است.

۲. مقایسه اضطرار، اکراه و اجبار

میان اجبار از یکسو و اکراه و اضطرار از سوی دیگر تفاوت روشنی وجود دارد. در اجبار اراده به کلی از شخص مجبور سلب می‌شود؛ در حالی که در اکراه و اضطرار عنصر اراده وجود دارد. میان مکره و مضطر شباهتها و تفاوتهایی وجود دارد. تشابه میان آن دو را در چند چیز باید جستجو کرد:

اولاً، هر دو در معرض تهدید هستند و در صورت عدم اقدام، تهدیدی که علیه آنها به عمل آمده است فعلیت یافته و موجب زیان یا تلف نفس آنان می‌شود.

ثانیاً، راه‌هایی از خطر موجود یا تهدید به عمل آمده در هر دو مورد، اقدام به انجام عملی است که در شرایط عادی نامشروع و نارواست.

ثالثاً، اینکه اکراه و اضطرار، هر دو، شخص را به موضع ناچاری و اضطرار می‌اندازند؛ به گونه‌ای که راهی جز تن دادن به خطر یا تهدید و یا اقدام به ارتکاب فعل مجرمانه برای وی باقی نمی‌گذارند.

رابعا، اکراه و اضطرار، هر دو، از عناوین ثانویه بوده، سبب تغییر حکم شرعی عمل ارتكابی شده و در نتیجه، مانع توجه مسئولیت کیفری می‌شوند.

خامسا، هر دو موجب فقدان رضا و طیب خاطر هستند.

تفاوت میان آن دو را نیز در چند چیز باید جستجو کرد:

نخست، در موقعیت مضطرّ و مکره و منشأ خطری که آن دو را تهدید می‌کند.

دوم، اضطرار موجب فساد اختیار و اراده‌ی مضطرّ نمی‌شود؛ اما اراده و اختیار مکره محدود است. آنچه موجب بروز حالت اکراه در مکره می‌شود با آنچه سبب وقوع مضطرّ در اضطرار می‌شود متفاوت است؛ در اضطرار، مضطرّ خود را در شرایط و موقعیتی می‌بیند که خروج از آن مستلزم ارتکاب فعلی حرام است. شرایط و موقعیت تهدیدآمیز اغلب به طور طبیعی ایجاد شده و انسان در بروز آن دخالت ندارد؛ مانند موردی که شخص دچار گرسنگی یا تشنگی شدید شده و هیچ غذا یا آب مباحی جهت سدّ جوع یا رفع عطش در اختیار نداشته باشد. در این صورت، برای رهایی خود از خطر هلاکت، ناچار دست به سرقت زده یا اقدام به نوشیدنی یا خوردنی حرام می‌کند. «۱»

در اکراه، منشأ تهدید و خطر همیشه یک فرد انسانی است که عاملی خارجی محسوب می‌شود؛ یعنی فردی با به کارگیری قدرت و توانایی خود یا با سوء استفاده از موقعیت خویش، دیگری را وسیله‌ی ارتکاب عمل محرمّ قرار داده، او را وادار به ارتکاب عمل مزبور می‌نماید. مکره برای رهایی خود از خطری که از سوی اکراه‌کننده متوجه او شده و به منظور ممانعت از عملی شدن تهدیدات وی ناچار به ارتکاب عملی می‌شود که در شرایط عادی انجام نمی‌داد. به تعبیر شیخ محمد خضری بک «لو خلی و نفسه لما باشره». به طور خلاصه اکراه، فعل اکراه‌کننده است و اضطرار صفت مضطرّ.

سوم، تفاوت در انگیزه و داعی است. در اکراه، داعی یا انگیزه، رفع ضرری است که مکره با آن مستقیماً مواجه است، در حالی که در اضطرار رفع ضرورتی است که مضطرّ در آن واقع شده است؛ خواه منشأ درونی باشد یا بیرونی.

مبحث دوم: مستندات و ادله‌ی فقهی قاعده

فقه‌ها و صاحب نظران علم اصول که حسب عادت مألوف خود، در مقام استدلال در صحت ادعا و مشروعیت اعتقادشان، به منابع چهارگانه استنباط احکام شرعی یا به تعبیر خود آنان به ادله اربعه، یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل و بعضی مکاتب به قیاس متوسل می‌شوند، در خصوص اکراه نیز همین گونه عمل کرده‌اند. در این قسمت ضمن نقل آیات، احادیث و سایر ادله، به بررسی و تحلیل آن می‌پردازیم.

۱. کتاب

الف) آیات ناظر به رفع مسئولیت از مکره:

مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَ كِنْ مِنْ شَرَحٍ بِالْكَفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (نحل، ۱۰۶)؛

هر که پس از ایمان آوردنش به خدا کافر شود، مگر آنکه به ناخواه وادار شود [که سخنی خلاف ایمانش بگوید] در حالی که دلش به ایمان آرام است، و لیکن هر کس که سینه را به کفر گشاده کرد؛ پس خشم خدا بر آنهاست و آنان را عذابی است بزرگ.

آن گونه که مفسرین گفته‌اند، آیه مورد بحث در شأن عمار بن یاسر است و قصه‌ی آن چنین است: مشرکین در راستای اذیت و آزاری که علیه یاران پیامبر (ص)، بویژه ضعفای آنان به کار می‌گرفتند در صدد ایدای عمار بن یاسر بر آمده، از وی می‌خواهند که کلمه کفر بر زبان آورده و به تعظیم بت‌های آنان بپردازد. او نیز در اثر شدت شکنجه و آزار و عدم توانایی در تحمل آن، کلماتی بر زبان می‌آورد که موجب خشنودی مشرکین و رهایی خود وی می‌شود. در این میان، عده‌ای شایع می‌کنند که عمار کافر شده است. چون پیامبر (ص) از این شایعه آگاه می‌شود به مقابله با آن بر می‌خیزد و می‌فرماید: «انّ عماراً ملی ایمانا من فرقه الی قدمه و اختلط الایمان بلحمه و دمه؛ عمار سراپا مملو از ایمان است و ایمان با گوشت و خون او عجین شده است.»

خود عمّار نیز در عین ندامت و خوف از عواقب قضیه، با گریه و زاری نزد پیامبر می‌رود. حضرت از وی می‌پرسد: «کیف تجد قلبک؟» در جواب می‌گوید:

«مطمئننا بالایمان.» آنگاه پیامبر می‌فرماید: «ان عادوا فعد» و بدین سان بر عمل وی صحنه می‌گذارد و به تعبیر حقوقی، از وی رفع مسئولیت می‌نماید. «۱»

عموم این آیه مورد استناد فقها و اصولیین در جهت رفع مسئولیت از مکره در امور جزایی واقع شده است. به نظر می‌رسد این استناد از باب اولویت باشد؛ چه، در جایی که جریان عبارات کفرآمیز بر زبان و تعظیم مظاهر شرک و بت‌پرستی در نتیجه اکراه جایز تلقی شود و شارع مقدس حکم به جواز آن بدهد، به قیاس اولویت، قابلیت فسخ تصرفات حقوقی مکره و دفع مسئولیت از وی در صورت نقص نصوص جزایی، باید مشروع و موجه تلقی شود.

خداوند متعال در سوره بقره می‌فرماید:

«وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلِئَلَّامُ تَلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ (بقره، ۱۹۵)؛ در راه خدا هزینه کنید و با [ترک این هزینه] خود را به دست خویش، به هلاکت نیفکنید، و نیکویی کنید که خدا نیکوکاران را دوست دارد.» این آیه شریفه نیز در جهت رفع مسئولیت از مکره مورد استناد قرار گرفته است. با این استدلال که افکندن به هلاکت در این آیه به طور عموم منع شده است؛ اما به نظر می‌رسد تمسک به این آیه در خصوص مشروعیت اعمال ارتكابی در اثر اکراه از دو جهت مخدوش باشد.

نخست آنکه فحوائی آیه ناظر به انفاق و بذل مال در راه خداست و به تصریح مفسران، مسلمانان در این آیه تشویق به مشارکت مالی در جهاد شده‌اند. مراد این است که اموال خود را برای جهاد در راه خدا به کار بگیرید؛ وگرنه دشمنان بر شما غالب شده، موجبات هلاکت شما را فراهم خواهند کرد. «۱» بنابراین، ظاهر آیه مورد بحث هیچ دلالتی بر جواز ارتکاب محرم از مکره به منظور نجات نفس خود از تهلکه ندارد.

دوم اینکه چنانچه به استناد عموم این آیه، حرمت القای نفس در تهلکه را به موارد اکراه نیز تسری دهیم، در آن صورت کسی که تهدید به قتل شده تا مرتکب قتل ثالثی شود، با تراحم دو حکم شرعی روبرو خواهد شد؛ یکی حرمت القای نفس خود در تهلکه و مقاومت در برابر تهدیدات اکراه‌کننده و دیگری حرمت قتل نفس محترمه، یعنی سلب حیات از شخص ثالث. چنانچه شرایط مساوی باشد، یعنی آنجا که مرجحی برای عمل به یکی از دو دلیل و اسقاط دیگری در دست نباشد، فرد دچار بلا تکلیفی می‌شود. در این صورت، باید قائل به تخییر شد؛ یعنی شخص تهدید شده مخیر است میان آنکه شخص ثالث را به قتل رسانده، خود را نجات دهد یا آنکه مقاومت کرده، خودش کشته شود. «۱»

حال آنکه به نظر فقها در موارد اکراه به قتل، اکراه موجب جواز شرعی قتل نفس محترمه نمی‌شود و مکره شرعا نمی‌تواند از دیگری سلب حیات نماید؛ گرچه خود تهدید به قتل شده باشد. بر این اساس، تمسک به آیه مورد بحث برای رفع مسئولیت از مکره و به شمار آوردن آن در عداد آیات مورد استناد در اکراه وجهی ندارد.

ب) آیات ناظر به رفع مسئولیت از مضطر:

هر چند میان اکراه و اضطرار تفاوت وجود دارد اما از آنجا که جوهره و وصف ذاتی هر دو، نیاز شخص به رفع خطر و نجات خویش است و در هر دو مورد، شخص از سر ناچاری و علی‌رغم میل و رضای باطنی به ارتکاب عملی که در شرایط عادی نامشروع است روی می‌آورد، از این رو به جهت وحدت مبنا، فقهای اهل سنت به این آیات متمسک شده، از مکره رفع مسئولیت کرده‌اند. بیشتر فقهای عامه، در خصوص مبانی شرعی رفع مسئولیت از مکره به آیات راجع به اضطرار و سلب مسئولیت از شخص مضطر استناد کرده‌اند؛ بویژه آیه شریفه «قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مِمَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ» (انعام، ۱۱۹).

اما به این نکته باید توجه داشت که صرف وجود یکی از مشتقات اضطرار در سیاق این آیات، دلیل بر اختصاص حکم آنان به موقعیت‌های ویژه‌ای که ما تحت عنوان اضطرار و ضرورت از آنها نام می‌بریم نیست؛ بلکه عموم مفهوم لفظ را باید در نظر داشت. همچنین در اکراه نیز شخص بر سر دوراهی است و از سر ناچاری راهی را برمی‌گزیند که در عدم اکراه، نامشروع تلقی می‌شود؛ همان گونه که در اضطرار چنین است.

۲. سنت

فقه‌های امامیه در بحث اکراه و مبانی و مستندات شرعی آن، روایاتی بر شمرده‌اند.

مشهورترین این روایات حدیث رفع است که به موجب آن، اعمالی که انجام آنها مقترن به یکی از اوصاف نه‌گانه‌ی مذکور در روایت - از جمله اکراه - است، مؤاخذه و مجازاتی به دنبال نخواهد داشت. روایت مورد بحث را شیخ صدوق در کتاب خصال به این شرح ذکر کرده است: محمد بن احمد بن یحیی العطار گفته است: سعد بن عبد الله از یعقوب بن زید از حماد بن عیسی از جریر بن عبد الله از ابی عبد الله (ع) نقل کرده است که قال رسول الله (ص):

رفع عن امتی تسعه: الخطا و النسیان و ما اکرهوا علیه و ما لا یعلمون و ما لا یطیقون و ما اضطرّوا الیه و الحسد و الطیّره و التفکر فی الوسوسه فی الخلق ما لم ینطق بشفه. «۱»

اصول‌یون امامیه مراد از رفع را رفع مؤاخذه و عقاب دانسته‌اند؛ نه رفع امور نه‌گانه‌ی مذکور در روایت. به اعتقاد آنان، رفع آثار در ظاهر مورد نظر است؛ نه رفع اوصاف مذکور در واقع. اعتقاد شیخ انصاری این است که در تبیین معنای این روایت سه راه در پیش است؛ تصرّف در معنای لفظ رفع یا تصرّف در معنای امور نه‌گانه‌ی مذکور و یا در تقدیر گرفتن مضاف که همان مؤاخذه یا عقاب است. شیخ انصاری همچنین بر این عقیده است که راه اول و دوم، هر دو، خلاف ظاهرند؛ از این رو چاره‌ای جز گزینش راه سوم نیست. پس مراد رفع آثار ظاهر است؛ چرا که امور نه‌گانه فی الواقع مرتفع نیستند و اکراه و اضطرار به عنوان مثال در عالم خارج وجود دارند. «۲» برخی از اصول‌یون معاصر نیز بر همین معنا صحه گذاشته‌اند. «۳»

به علاوه، «ما» ی موصوله در «ما اکرهوا یا ما استکرهوا» تمامی احکام تکلیفی و وضعی و احکام موضوعات را در بر می‌گیرد و اختصاص به حکم تکلیفی یا وضعی ندارد؛ یعنی آنچه بر اعمال غیر اکراهی مترتب است با وجود اکراه مرتفع می‌شود. «۴» بر این اساس، آن دسته از تصرفات و اقداماتی که شخص در حین اتصاف به وصف اکراه و در نتیجه‌ی بحران روانی حاصل از آن انجام داده، مؤاخذه و مکافات به دنبال نخواهد داشت و مستحق عقاب و کیفر نخواهد بود.

فقه‌های اهل سنت نیز در این زمینه حدیثی نبوی را مبنای استدلال خود قرار داده‌اند

که امور یاد شده در آن از امور مذکور در حدیث مورد نظر شیعه محدودتر است و تنها سه امر خطا، فراموشی و اکراه را در بر می‌گیرد. عبارت حدیث مذکور چنین است: «رفع عن امتی الخطاء و النسیان و ما استکرهوا علیه.»

این حدیث را ابن ماجه، ابن حبان، دارقطنی، طبرانی و حاکم روایت کرده‌اند.

شرف الدین نووی، از اجله‌ی شارحان حدیث و از فحول فقه‌های مذهب شافعی، آن را حدیثی حسن دانسته است. «۱»

در کلیه‌ی مواردی که در فقه اهل سنت اکراه در تصرّفی حقوقی یا جزایی مؤثر تلقی شده است، حدیث مذکور به عنوان یکی از مبانی و موجهات آن مورد استناد قرار گرفته است.

۳. اجماع

با وجود نصوص شرعی در خصوص اکراه و عدم ترتب آثار حقوقی و جزایی و حتی اخلاقی بر تصرفات و اقدامات مکره، دیگر جایی برای استناد به اجماع باقی نمی‌ماند.

مورد و موضع اجماع جایی است که در خصوص آن نصّی شرعی وارد نشده باشد. اگر هم وارد شده باشد، مبهم یا مجمل و یا عام بوده، شمول آن بر مورد خاص، متیقّن و مفروغ عنه نباشد. به عبارت ساده‌تر چنانچه حکم قضیه‌ای خاص، مستند به کتاب و سنت باشد دیگر انعقاد اجماع در خصوص آن لزومی ندارد. در صورت انعقاد، این اجماع، اجماع مستند و مدرکی است و چنانکه می‌دانیم اجماع مستند، دلیل مستقلی به شمار نمی‌رود.

۴. عقل

از آنجا که اختیار و آزادی اراده از مبانی مسئولیت جزایی به شمار رفته‌اند لذا در صورت فقدان آنها یا ایجاد هرگونه محدودیت در آنها، دیگر نمی‌توان قائل به تحقق مسئولیت شد؛ چه، در این صورت یکی از مبانی و عناصر تحقق آن مفقود یا معیوب است. با فقدان یا معیوب و محدود بودن اختیار، بویژه با عدم رضای مرتکب، عقلا نمی‌توان حکم به مسئولیت و تحقق آن نمود.

بنابراین، صرف نظر از ضوابط شرعی و مستندات منقول که در فقه اسلامی در مقام توجیه رفع مسئولیت از مکره مورد استناد قرار گرفته‌اند، با تکیه بر استدلال عقلی هم می‌توان در مواردی که شخص در اثر اکراه و به منظور رهایی از خطری که از ناحیه‌ی اکراه‌کننده او را تهدید می‌کند اقدام به انجام عملی نماید که در شرایط عادی نقض مقررات شرعی یا قانونی محسوب می‌شود، حکم به عدم تحقق مسئولیت و منع مؤاخذه و کیفر نمود. اینکه اکراه در حقوق عرفی هم - که فارغ از ضوابط شرعی بوده و ملهم از عقل بشری است - راه یافته، خود مؤید این مطلب است.

مبحث سوم: اقسام اکراه

اکراه را به جهات و اعتبارات مختلفی قابل تقسیم دانسته‌اند. از جمله، به اعتبار زوال یا عدم زوال رضا و تأثیری که اکراه بر آزادی اختیار فرد می‌گذارد، این عنوان ثانوی شرعی را به دو قسم منقسم دانسته‌اند:

۱- اکراه ملجی یا اکراه تام

این قسم اکراه موجب زوال رضا و محدودیت اختیار و آزادی اراده شده، در آن خوف تلف نفس یا عضو وجود دارد. به بیان دیگر، شخص به تلف نفس یا قطع و یا نقص عضو تهدید می‌شود. تهدید به ایراد ضرب منتهی به مرگ یا حبس به مدت طولانی نیز موجب بروز اکراه ملجی می‌شود.

اقوال برخی از فقها که تعدد ضربات را برای تحقق آن لازم دانسته‌اند صحیح به نظر نمی‌رسد؛ «۱» چرا که، شدت و ضعف ضربه و نیز انفراد یا تعدد آن مورد نظر نیست؛ ملاک ترتب فوت بر آن است. در اینجا شدت و حدت خطری که مکره را تهدید می‌کند ورعب و هراس حاصل از آن به اندازه‌ای است که در شخص حالتی نظیر حالت اضطرار ایجاد می‌کند. اصطلاح الجاء و ملجی هم که فقها برای تعبیر از این گونه اکراهی به کار برده‌اند و برای تحقق آن، الجاء مکره را لازم دانسته‌اند خود موهم همین معناست؛ چه، الجاء مفهومی نظیر اضطرار و ناچاری در بر دارد. در ادبیات حقوق جزای عرفی، این قسم اکراه در اغلب موارد ملحق به اجبار می‌شود.

۲- اکراه ناقص یا اکراه غیر ملجی

اکراه ناقص یا اکراه غیر ملجی که تنها سبب زوال رضا شده و محدودیتی در اراده و آزادی انتخاب ایجاد نمی‌کند، هنگامی حاصل می‌شود که خوف تلف نفس یا قطع عضو یا ایراد ضرب منتهی به مرگ یا حبس درازمدت وجود نداشته باشد؛ بلکه تنها خوف ایراد ضرب خفیف یا حبس کوتاه مدت علیه مکره مطرح است. بنابراین، در اکراه ناقص موضوع تهدید، نه تلف نفس یا قطع عضو، بلکه ایراد ضرب خفیف یا حبس کوتاه مدت است؛ به گونه‌ای که عادتاً منجر به فوت نشود. اکراه ناقص هیچ گونه الجاء و اضطراری در بر ندارد و اصولاً شخص در موقع اضطرار و ناچاری قرار نمی‌گیرد. به همین جهت، به اکراه غیر ملجی تعبیر شده است.

تفاوت میان این دو قسم اکراه را از چند جهت می‌توان بر شمرد:

نخست از جهت شدت و ضعف، خطر، صدمه و زیان حاصل از عملی شدن تهدید.

در اکراه ملجی چنانکه گفته شد، موضوع تهدید نفس مکره یا عضوی از اعضای اوست و در صورت عملی شدن تهدید، شخص تهدید شده جان یا یکی از اعضای بدن خود را از دست می‌دهد؛ اما در اکراه غیر ملجی با عملی شدن تهدیدات اکراه‌کننده، مکره تنها متحمل ضرباتی خفیف و غیر کشنده و یا حبس کوتاه مدت می‌شود.

دوم از جهت زوال یا بقای رضا و اختیار. در هر دو قسم اکراه، رضای مکره زایل می‌شود و راضی به ارتکاب عمل تحمیل شده نیست. اصولاً عدم رضایت مکره برای تحقق اکراه از چنان اهمیتی برخوردار است که آن را جزو عناصر تعریف اکراه قلمداد کرده‌اند. این معنا از عباراتی همچون «حمل الانسان علی ما لا یرضاه» و نیز «بحیث لو خلی و نفسه لما باشره» که در مقام تعریف اکراه بیان شده‌اند بر می‌آید. اما از حیث محدودیت اراده، مکره ملجی از آزادی برخوردار نیست و در اعمال اراده محدود است؛ ولی مکره غیر ملجی چنین محدودیتی ندارد.

تفاوت سوم این دو در حوزه‌ای تأثیر آنهاست. اکراه ناقص تأثیری در مسئولیت جزایی شخص ندارد و تنها در تصرفات قولی و اعمال حقوقی وی مؤثر واقع می‌شود. آن دسته از اقداماتی که صحت آنها منوط به رضای اقدام‌کننده است اکراه ناقص در آنها

تأثیر حقوقی می‌گذارد. از آن جمله، بیع، اجاره، اقرار، طلاق و نکاح است. اما اکراه تام به واسطه‌ی محدودیتی که در اختیار و آزادی اراده‌ی مکره ایجاد می‌کند در تمامی اقدامات و تصرفات حقوقی در قبال وقایع مادی منتسبه رفع مسئولیت می‌شود. بدین سان آنچه در امور کیفری مطرح است و موجب رفع مسئولیت در قبال ارتکاب جرم می‌شود اکراه تام یا ملجی است؛ به همین خاطر، رافعی، از بزرگان فقهای شافعی، بر آن است که اکراه جز در اثر خوف تلف نفس یا خوف از آنچه تلف نفس از آن ناشی می‌شود، محقق نمی‌شود. «۱»

از میان فقهای امامیه، شیخ انصاری (ره) در مکاسب، تنها اکراهی را که شخص دچار اضطرار و الجاء می‌شود رافع مسئولیت دانسته است. «۲»

با این همه، وجه اشتراک میان این دو قسم اکراه که آن دو را به هم پیوند می‌دهد و سبب می‌شود که لفظ اکراه بدون انصراف به یکی، علی السویه بر هر دو اطلاق شود، زوال رضا و تأثیر در تصرفات حقوقی است.

از حیث موضوع تهدید و فعلیت یا عدم فعلیت آن نیز، اکراه را به دو قسم مادی یا حسی و معنوی یا نفسی تقسیم کرده‌اند. اکراه مادی مستلزم ایراد ضرب یا اذیت و آزاری است که عملاً مکره متحمل شده و جنبه‌ی فعلیت به خود گرفته باشد؛ اما در اکراه معنوی یا نفسی، تهدید صورت وقوع به خود نگرفته و فعلیت نیافته است. در اینجا بر خلاف اکراه مادی، خطری که مکره را تهدید می‌کند هنوز واقع نشده و قریب الوقوع است.

ابو حنیفه، مالک، شافعی، رأی راجح در مذهب امام احمد و فقهای امامیه صرف‌وعید و تهدید اکراه معنوی یا حسی را برای تحقق و تأثیر اکراه کافی دانسته‌اند. از نظر آنان، اکراه عادتاً از طریق تهدید به شکنجه و آزار، قتل یا ایراد ضرب و اعمالی از این قبیل صورت می‌گیرد. اکراه فی الواقع در اثر ترس از وقوع اعمال مذکور حاصل می‌شود؛ نه در اثر اعمال به وقوع پیوسته. در مقابل، یک نظریه ضعیف در مذهب امام احمد تنها اکراه مادی یا حسی را قابل تحقیق و رافع مسئولیت دانسته است. به موجب این نظریه، تحقق اکراه مستلزم فعلیت تهدید است و نوعی شکنجه و آزار یا ایراد ضرب باید عملاً واقع شده باشد تا بتوان شخص را مکره و مبرای از مسئولیت دانست. بنابراین نظریه، صرف تهدید و وعید برای تحقق اکراه کافی نیست. مستند این نظریه قضیه‌ی اذیت و آزار عمّار است؛ زیرا در این قضیه، عمّار به صرف تهدید مشرکین، فعل مورد نظر آنان را مرتکب نشد؛ بلکه پس از عملی شدن تهدید آنان چنین اقدامی نموده است. «۱»

این نظریه قابل انتقاد است؛ چرا که آنچه در اکراه و تحقق آن نقش اساسی دارد و محور سایر مسائل راجع به آن به شمار می‌رود، رعب و هراس حاصل از تهدید است که بدون فعلیت یافتن موضوع تهدید نیز در نفس مکره حاصل می‌شود. تهدید و موضوع آن و همچنین فعلیت آن، هیچ کدام مورد نظر نیست. آنچه مورد نظر است نتیجه‌ی حاصل از تهدید، یعنی ترس و هراس است که مکره را به سوی ارتکاب جرم مورد نظر اکراه‌کننده سوق می‌دهد. بدیهی است پیدایش ترس و هراس که کیفیتی است نفسانی، مستلزم فعلیت موضوع تهدید نیست؛ بلکه همین اندازه که مکره ظناً غالب داشته باشد که در صورت امتناع، تهدید مکره صورت وقوع به خود خواهد گرفت کافی است.

مبحث چهارم: عناصر اکراه

اکراه دارای دو عنصر است: تهدید اکراه‌کننده و ترس ناشی از تهدید.

۱. تهدید اکراه‌کننده

اصولاً بروز حالت اکراه در شخص اکراه شده ناشی از تهدیدی است که از سوی اکراه‌کننده نسبت به وی به عمل می‌آید؛ از این رو تهدید از ارکان اساسی اکراه محسوب می‌شود. با وجود این، هر نوع تهدیدی را نمی‌توان برای تحقق اکراه کافی دانست. تهدیدات مورد نظر در این خصوص، باید واجد شرایطی باشد. ذیلاً به احصای این شرایط و بررسی اجمالی هر کدام می‌پردازیم.

الف- وعید و تهدید در اکراه باید معتنابه باشد؛ به تعبیر حقوق دانان اسلامی، ملجی باشد؛ به نحوی که بتواند مکره را به موضع اضطرار و ناچاری کشانده، موجب زوال رضا و محدودیت اختیار او شود. پیش از این گفته شد که در اکراه ملجی، خوف تلف نفس یا نقص عضو و یا ایراد ضرب منتهی به فوت وجود دارد. تهدید مورد نظر در اکراه نیز باید از این گونه باشد. تقدیر میزان تهدید، یک مسأله موضوعی و بنابراین نسبی است.

علی هذا ممکن است تهدیدی در حق کسی ملجی و در حق دیگری غیر ملجی تلقی شود. ملاک، توانایی جسمی و میزان مقاومت روحی افراد است و بدیهی است که افراد از توانایی جسمی و مقاومت روانی یکسان برخوردار نیستند.

بنابراین در هر مورد، وضعیت جسمی - روانی مکره، جنسیت، سن، شغل، موقعیت اجتماعی، خانوادگی، وضعیت سلامت، میزان انفعال و تأثیرپذیری وی و همچنین شرایط و اوضاع و احوال وقوع اکراه، موقعیت اکراه‌کننده و ارزش آنچه مورد تهدید اکراه‌کننده واقع شده به عنوان مسائل موضوعی اکراه، مورد لحاظ واقع می‌شوند. چنانکه پیداست امور و اوصاف مذکور نسبی بوده و از شخصی به شخص دیگر متفاوت‌اند.

نسبیت تهدید و اکراه، مورد تصریح فقها، از جمله سرخسی، «۱» محقق حلی و شیخ طوسی واقع شده است. «۲»
 ب- تهدید باید در حال انجام یا قریب الوقوع باشد؛ به نحوی که در صورت امتناع و مقاومت مکره، عملی شدن آن هر لحظه متوقع باشد. در غیر این صورت، مکره فرصت کافی برای رفع تهدید از خود دارد؛ از این رو اقدام وی به انجام عمل مورد در خواست مکره، اکراه به معنای حقیقی تلقی نمی‌شود. این امر نیز مسأله‌ای موضوعی است و در هر مورد، اوضاع و احوال اکراه و موقعیت مکره و مکره و غلبه ظن مبنی بر فعلیت یافتن تهدید در صورت امتناع، باید مورد توجه واقع شود.
 حضور مکره و غیاب وی مورد توجه و بحث فقها واقع شده است. گروهی از آنان غیبت مکره را موجب زوال اکراه دانسته، بر همین اساس، اقدام مکره را در غیاب مکره، خالی از هر نوع اکراهی دانسته‌اند. در همین راستا، در ماده‌ی ۱۰۰۵ المجله که بر پایه‌ی فقه مذهب حنفی تدوین شده است چنین می‌خوانیم:

ان فعل المکره المکره علیه فی حضور المجرر أو عونه کان الاکراه معتبرا اما اذا فعله فی غیاب المجرر أو عونه فلا يعتبر لانه یکون قد فعله بعد زوال الاکراه؛

هرگاه مکره عمل مورد اکراه را در حضور اکراه‌کننده یا همکار او انجام دهد معنای اکراه صدق می‌کند؛ ولی چنانچه در غیاب وی انجام دهد اکراه محسوب نخواهد شد؛ زیرا عمل مزبور پس از زوال اکراه انجام گرفته است.

چنانکه پیداست این دیدگاه فقهی قائل به ملازمه میان غیبت اکراه‌کننده و زوال اکراه است؛ اما از آنجا که اساس مسأله‌ی اکراه بروز خوف در مکره و عروض حالت اضطرار، الجاء و ناچاری در وی است، باید این قول فقهی را منصرف به مواردی بدانیم که به اعتقاد مکره غیاب اکراه‌کننده موجب زوال اکراه، هر چند به طور موقت می‌شود. بدین سان مادام که خوف مورد نظر در نفس مکره وجود داشته باشد اکراه تحقق یافته است؛ هر چند اکراه‌کننده حضور نداشته باشد. بالعکس، مادامی که خوف مزبور در میان نباشد اکراه غیر متحقق است؛ هر چند اکراه‌کننده حاضر باشد. به بیان ساده‌تر، ضابطه تحقق اکراه وجود تهدید و ترس حاصل از آن است؛ نه مسائل و شرایط جنبی، از جمله حضور یا غیبت اکراه‌کننده. در این زمینه سرخسی می‌نویسد:

و لو ان هؤلاء اللصوص قالوا شیئا من ذلك للرجل و الرجل لا یری انهم یقدمون علیه لم یسعه الاقدام علی المحرم، لأنّ المعترّب خوف التلف و لا یصیر خائفا من التلف اذا کان یعلم انهم لا یقدمون علیه و ان هددوه به؛ «۱»

چنانچه دزدان مسلح شخصی را برای انجام عملی حرام تهدید به قتل نمایند؛ ولی شخص تهدید شده به عدم اقدام آنان مطمئن باشد، مجاز نیست عمل حرام را انجام دهد؛ زیرا معیار، خوف تلف است و با توجه به اینکه وی مطمئن به عدم اقدام آنان است خوف صدق نمی‌کند؛ هر چند که آنان تهدید کرده باشند.

کاشف الغطاء، از فقهای امامیه، در شرح مواد الجملة می‌نویسد: «و سواء فعل ذلك بحضور المکره المتوعد أو بغیابه فإنّ الحضور و الغیاب لیس له ایّ اثر بعد تحقق تلك الشروط.» «۱»

به هر حال، بعد از فعلیت یافتن تهدید و ایراد صدمه یا ضرر به مکره، دیگر اکراه موضوعا منتفی شده، اقدام به انجام عمل مورد نظر اکراه‌کننده وجهی نخواهد داشت؛ چرا که مبنای اکراه، خوف حاصل از تهدید است که جواز اقدام به عمل محرم است. پس، با عملی شدن تهدید، ترس حاصل از آن، خود به خود منتفی می‌شود؛ چرا که تلف نفس یا ایراد صدمه یا ضرر علیه شخص، عملی شده است. از این رو اقدام به ارتکاب فعل محرم به منظور جلوگیری از وقوع آن بی‌معنا خواهد بود.

در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا مجرد نفوذ معنوی و سلطه‌ی قانونی برای تحقق اکراه کافی است؟ در پاسخ باید گفت که صرف نفوذ معنوی و سلطه‌ی قانونی کسی بر دیگری، اصولاً اکراه محسوب نمی‌شود؛ اما در حقوق اسلامی گاهی اکراه از طریق چنین سلطه و نفوذی قابل تحقق است؛ به عنوان مثال، امر سلطان ذاتا و به خودی خود، اکراه تلقی می‌شود و نیازی به تهدید ندارد؛ مشروط بر اینکه مستفاد از امر این باشد که در صورت مخالفت، تلف نفس یا عضو و یا حبس بلند مدت علیه مأمور به اجرا در خواهد آمد. امر زوج نیز نسبت به زوجه در حکم امر سلطان به افراد تحت حکومت وی است و ذاتا اکراه تلقی شده، اقتران آن با تهدید لازم نیست؛ اما اعتقاد زوجه به اینکه در صورت امتناع و عدم امتثال، در معرض تلف نفس یا قطع عضو و یا ایراد ضرب قرار خواهد گرفت لازم است؛ هر چند اعتقاد وی یقینی نبوده، ناشی از غلبه ظن باشد.

۲. ترس ناشی از تهدید و تأثیر روانی مکره

عنصر اصلی و رکن اساسی اکراه، تأثیر روانی اکراه شده و بیم و هراسی است که در نتیجه‌ی تهدیدات اکراه‌کننده در وی ایجاد می‌شود. اهمیت این امر به حدی است که می‌توان آن را مبنای رفع مسئولیت و عدم مؤاخذه و کیفر مکره به شمار آورد. از سویی، این اعتقاد باید در مکره ایجاد شود که در صورت امتناع و مقاومت، تهدیدات مکره علیه وی عملی خواهد شد؛ اعم از اینکه این اعتقاد متیقن باشد یا مبتنی بر غلبه ظن. از سوی دیگر، اعتقاد مزبور باید چنان بیم و هراسی در وی ایجاد کند و آن چنان موجب تشنج اعصاب و پریشانی و اضطراب روانی وی شود که مشار الیه از سر ناچاری و در عین اضطرار، الجاء، عدم رضا و طیب نفس به سوی ارتکاب فعل حرام مورد درخواست اکراه‌کننده سوق داده شود. به طور خلاصه باید ترس از فعلیت یافتن تهدید، علت اقدام مکره باشد؛ به طوری که میان آن دو رابطه‌ای سببیت دایر باشد. «۱» سرخسی در این زمینه می‌نویسد:

«ثم فی الاکراه یعتبر معنی فی المکره و معنی فیما اکراه علیه و معنا فیما اکراه به.»

فالمعتبر فی المکره تمکنه من ایقاع ما هدد به، فاذا لم یکن متمکنا من ذلک فاکراهه هذیان و فی المکره المعتبر انه خائفا علی نفسه من جهه المکره فی ایقاع ما هدد به عاجلا لانه یصیر ملجأ محمولا طبعاً إلاً بذلک. «۲»

علاء الدین الکاسانی نیز در این خصوص می‌نویسد:

شرایط اکراه بر دو نوع است؛ نوعی که به مکره بر می‌گردد آن است که به نظرش چنین برسد که اگر خواسته‌ی مکره را بر آورده نکند، آنچه او گفته است عمل خواهد کرد. این حالت اطمینان برای وی حجت شرعی است؛ به خصوص وقتی که یقین، امکان ندارد.

سپس ادامه می‌دهد:

اما اگر مکره بر این باور باشد که اکراه‌کننده تهدید خود را عملی نخواهد ساخت، اکراه شرعاً تحقق نمی‌یابد؛ زیرا مکره هنوز به موضع ضرورت و ناچاری نیفتاده است. از سوی دیگر چنانچه اکراه‌کننده به صرف امر به ارتکاب فعل محرّم اکتفا کرده و تهدیدی به عمل نیآورد اما اکراه شده بر این اعتقاد باشد که در صورت امتناع، در معرض خطر قرار خواهد گرفت اکراه متحقق است. «۱»

فقه‌های مذاهب دیگر نیز بر این مسأله تأکید داشته، ظن مکره به عملی شدن تهدید، در صورت امتناع و نیز خوف حاصل از آن را شرط تحقق اکراه دانسته‌اند. «۲» در همین راستا در ماده‌ی ۱۰۰۴ المجله آمده است: «یشترط خوف المکره من وقوع المکره به، یعنی یشرط حصول الظن الغالب عند المکره باجراء المکره به أن لم یفعل المکره علیه.»

آنچه در خور توجه است این است که تأثیرپذیری روانی امری است نسبی و کیفیت و درجه‌ی آن از شخصی به شخص دیگر متفاوت است؛ از این رو در هر مورد کیفیاتی نظیر سن، جنسیت، توانایی جسمی و روانی، شغل و موقعیت اجتماعی و خانوادگی مکره، باید مورد توجه واقع شوند.

این مطلب همان گونه که پیش از این اشاره شد مورد تصریح فقهای همه‌ی مسلمانان واقع شده است. «۳» بند ۳ ماده ۱۲۷ قانون مدنی مصر در این خصوص چنین اشعار می‌دارد: «و یراعی فی تقدیر الاکراه جنس من وقع علیه هذا الاکراه و سنّه و حالته الاجتماعیه و الصحه و کل ظرف آخر من شأنه أن یؤثر فی جسامه الاکراه.»

۳. شرایط تحقق اکراه

از مجموع قیود و اوصافی که فقها ذکر کرده‌اند شرایط زیر را برای تحقق اکراه می‌توان بر شمرد:

۱- تهدید مکره از سوی اکراه‌کننده؛ البته با شرایط و اوصافی که بر شمردیم. از جمله ملجی بودن آن.

۲- فعلیت داشتن یا قریب الوقوع بودن تهدید؛ همان‌گونه که گذشت تهدیدات عملی شده و نیز تهدیداتی که فاصله زمانی میان اظهار و فعلیت یافتن آنها به حدی است که مکره به نحوی قادر به دفع آنهاست، هیچ کدام نمی‌توانند مجوز ارتکاب فعل حرام باشند.

۳- قدرت و توانایی مکره بر عملی ساختن تهدیدات خود؛ عدم توانایی اکراه‌کننده در انجام قتل، شکنجه و آزار یا ایراد ضرب منتهی به فوت، مانع تحقق اکراه می‌شود.

موقعیت جسمانی روانی مکره مورد نظر نیست. صرف توانایی او در فعلیت بخشیدن به تهدیدات خود کافی است. به تعبیر علامه حلی «و کون المکره قادرا علی فعل ما توعد به.» «۱»

۴- غلبه ظن مکره در خصوص اینکه در صورت امتناع، تهدیدات اکراه‌کننده علیه وی عملی خواهد شد؛ اعتقاد وی به عدم جدیت اکراه‌کننده یا عدم توانایی وی، مانع تحقق اکراه خواهد بود. همچنین اگر دفع تهدید مکره از طریق غیر از انجام عمل مورد در خواست وی مقدور باشد، دیگر اکراه به معنای آن تحقق نیافته است. «۲» تعبیر شیخ طوسی، از فقهای امامیه، چنین است: «مکره ظن غالب پیدا کند بر اینکه اگر از خواسته‌ی اکراه‌کننده امتناع ورزد، مورد تهدید را درباره او عملی خواهد نمود.» «۳»

۵- عدم توانایی مکره در دفع تهدیدات اکراه‌کننده؛ بدیهی است چنانچه مکره از قدرت و توانایی لازم جهت دفع تهدیدات اکراه‌کننده برخوردار باشد و شرایط و اوضاع و احوال نیز به او اجازه‌ی به کارگیری این قدرت و توانایی را بدهد و یا دفع تهدید به طریقی غیر از ارتکاب فعل محرم مورد نظر اکراه‌کننده برای وی مقدور باشد دیگر اکراهی متحقق نخواهد شد. «۴» به بیان روشن‌تر، مکره باید ناچار از ارتکاب فعل حرام بوده، به تعبیر فقها و اصولیین فاقد «مندوحه» «۵» باشد. «۶»

۶- عدم مشروعیت تهدید؛ آنچه مکره به آن تهدید شده باید در حق او فاقد مشروعیت باشد. بنابراین، چنانچه شخصی به قتل یا قطع عضو یا ایراد ضرب و یا حبس بلند مدت تهدید شود در صورتی می‌توان قائل به تحقق اکراه شد که مستحق اعمال مزبور نباشد. در غیر این صورت چنین شخصی را نمی‌توان مکره نامید؛ مثلاً، کسی که محکوم به قصاص نفس یا عضو یا رجم و جلد و یا حبس دائم شده نمی‌تواند به بهانه‌ی اینکه به مجازات‌های مذکور تهدید شده اقدام به ارتکاب فعل محرمی نماید؛ چرا که او مستحق تحمل این مجازات‌ها بوده و بدون تهدید هم در معرض تحمل آنها قرار می‌گرفته است. به همین خاطر، فقهای شافعی اکراه را به دو قسم به حق و به غیر حق منقسم دانسته که دومی را عذری شرعی و رافع مسئولیت تلقی کرده‌اند. در این خصوص در کتاب مصادر الحق فی الفقه اسلامی به نقل از کتاب التلویح آمده است: «قاعده‌ای که شافعی (ره) در باب اکراه مقرر داشته، این است که اکراه یا به گونه‌ای است که اکراه‌کننده با اقدام بر آن عمل حرامی را مرتکب می‌شود که آن اکراه به غیر حق است و یا چنین نیست که آن اکراه به حق است.» «۱»

در مذهب حنفی نیز اکراه به حق را قابل تحقق ندانسته‌اند. اعتقاد فقهای این مذهب بر این است که «اکراه الشخص علی ما هو مستحقّ علیه لا یوجب الضمان علی المکره.» «۲»

فقهای امامیه نیز عدم مشروعیت تهدید و اکراه را شرط دانسته و تهدیدات مشروع را در بحث تحقق اکراه مستثنی نموده‌اند. «۳»

مبحث پنجم: موضوع تهدید

تهدید اکراه‌کننده ممکن است متوجه خود مکره باشد یا شخصی دیگر. بنابراین، می‌توان تحت عناوین زیر موضوع تهدید را بررسی نمود.

۱. تهدید شخص مکره

تهدید اکراه‌کننده متوجه نفس، تمامیت جسمی یا عرض و حیثیت و یا مال شخص باشد.

پیش از این گفته شد، اگره مورد نظر در امور جزایی، اگره ملجی است که در آن خوف تلف نفس یا عضو یا ایراد ضرب منتهی به مرگ و یا حبس بلند مدت وجود دارد. در فقه جزایی اسلام تهدید به اتلاف مال و ایراد ضرر و زیان مالی مطرح و مورد بحث صاحب نظران واقع شده است. مالک، شافعی و امام احمد تهدید به اتلاف مال را اگره دانسته‌اند؛ مشروط بر اینکه میزان خسارات مالی یا ارزش مالی که تهدید به اتلاف شده قابل اغماض و چشم‌پوشی نباشد. منظور از میزان ارزش مال ارزش تجاری آن نیست؛ بلکه تمول و تمکن مالی صاحب مال یا زیان دیده مورد نظر است. مقدار معینی از مال ممکن است برای کسی قابل اغماض باشد؛ اما همان میزان احتمال دارد برای دیگری مال هنگفتی تلقی شده، برای وی از ارزش بالایی برخوردار باشد. بنابراین، قضیه جنبه‌ی موضوعی به خود گرفته، از شخصی به شخص دیگر متفاوت است. بر این اساس در هر مورد باید ارزش زیان وارده را با توجه به میزان دارایی صاحب مال سنجید.

نزد ابو حنیفه اتلاف مال و تهدید به ایراد خسارت مالی نمی‌تواند تشکیل‌دهنده‌ی اگره باشد؛ هرچند میزان خسارت احتمالی بسیار زیاد باشد. بنابراین هیچ کس نمی‌تواند به استناد تهدید به اتلاف مال و ایراد ضرر و زیان مالی، دست به ارتکاب فعل حرام بزند؛ چرا که موضوع تهدید و اگره، اشخاص هستند نه اموال. عده‌ای از فقهای این مذهب از این قاعده‌ی کلی و مذهب خود عدول کرده، عذر اگره در موردی را که متهم تهدید به ضرر و زیان مالی شده است قابل طرح و پذیرش دانسته‌اند. این گروه، خود در میزان خسارت احتمالی و ارزش مالی که تهدید به تلف شده دچار اختلاف نظر شده‌اند. «۱»

باور فقهای امامیه بر این است که برای صحت استناد به تهدیدات به عمل آمده علیه اموال در اگره، نصی در دست نیست؛ اما در جواهر الکلام آمده است: «و لا ریب فی تحققه بالتخويف بأخذ المال المعتقد به؛ «۲» بی‌تردید تردید، با تهدید نسبت به گرفتن مال قابل توجه، اگره محقق می‌شود.»

۲. تهدید شخص ثالث

هر چند غالباً تهدید اگره‌کننده متوجه خود مکره است اما گاهی ممکن است شخص ثالث را مورد تهدید قرار دهد. فقها در خصوص این مسأله و تحقق اگره در آن، اظهار نظرهای متعددی کرده‌اند. اجمال آن اینکه در مذهب مالکی با وجود تردد و اضطرابی که در این خصوص وجود دارد، اعتقاد بر این است که تهدید به ایراد ضرب یا شکنجه و آزار و یا قتل غیر نیز مطلقاً می‌تواند اگره تلقی شود. شافعی و گروهی از فقهای حنفی نیز بر همین باورند و تهدید غیر را برای تحقق و تأثیر اگره کافی می‌دانند. حسب اعتقاد فقهای مذهب حنبلی، چنانچه تهدید علیه پدر و فرزند مکره باشد می‌توان قائل به تحقق اگره شد. در مقابل، گروهی از فقهای حنفی تهدید شخص ثالث را به هیچ وجه در تحقق اگره مؤثر نمی‌دانند. البته باید توجه داشت که اصل قیاس که از اصول معتبر این مذهب است اگره غیر را برای سقوط مسئولیت کیفری توجیه نمی‌کند و آن دسته از فقهای حنفی که تهدید شخص ثالث را برای تحقق اگره و سقوط مسئولیت کافی دانسته‌اند، از طریق استحسان و با تکیه بر دلایل استحسانی چنین اعتقادی را در خود پرورش داده‌اند. «۱»

از میان فقهای امامیه، محقق حلی در شرایط اگره می‌نویسد: «أن یكون ما توعد مضرًا بالمکره فی خاصه نفسہ أو من یجری مجری نفسہ کالأب و الولد؛ «۲» شرط اگره این است که مورد تهدید به شخص مکره یا به شخصی که به منزله‌ی اوست - نظیر پدر و یا فرزندان او - زیان‌آور باشد.»

سید ابو الحسن اصفهانی نیز در این باره می‌نویسد: «و لا فرق فی الضرر المتوعد بین أن یكون متعلقًا بنفس المکره أو من یكون متعلقًا به کولده و عیاله و من یكون ایقاع محذور علیه بمنزله ایقاعه علیه؛ «۳»

تفاوتی ندارد که زیان مورد تهدید متوجه شخص مکره باشد یا وابستگان او؛ مانند فرزندان و همسر او و هر کس که ورود زیان بر او به منزله زیان بر اوست.»

دیدگاهی که تهدید شخص ثالث را نیز برای تحقق اگره کافی می‌داند، دیدگاهی اصولی و منطقی است؛ چرا که اگر ملاک، توانایی و قدرت مقاومت جسمی و روانی مکره باشد باید پذیرفت که در مواردی، تهدید علیه یکی از خویشان وی، چنان وضعیت روانی وی را دچار اختلال، اضطراب و پریشانی می‌کند و چنان توانایی مقاومت روانی را از وی می‌گیرد که بی‌اختیار به سوی انجام عمل مورد نظر اگره‌کننده سوق داده می‌شود؛ حتی ممکن است در مواردی شخص از درجه‌ای از شجاعت و شهامت

اخلاقی برخوردار باشد که تهدید علیه خود را تحمل کرده، به اکراه‌کننده پاسخ موافق ندهد؛ اما همین شخص ممکن است چنان پیوند عاطفی با دیگری داشته باشد که کوچکترین تهدیدی علیه سلامت وی برایش غیر قابل تحمل باشد. النهایه، می‌توان دایره‌ی اشخاص ثالث را اندکی تضییق نمود و به خویشاوندان نزدیک محدود ساخت. محدودیتی که بیشتر فقها قائل به آن هستند.

مبحث ششم: قلمرو اکراه و دایره‌ی تأثیر آن

در حوزه‌ی حقوق اسلامی، اکراه در پاره‌ای از جرایم تأثیری نداشته، موجب اباحه‌ی اعمال و رفع ممنوعیت از اصل اعمال نمی‌شود. «۱» بنابراین، ارتکاب آنها- هر چند تحت تأثیر اکراه ناشی از تهدید- جایز نخواهد بود و در صورت ارتکاب، مرتکب با مجازات مقرر قانونی یا شرعی مواجه خواهد شد. از جمله‌ی این جرایم، قتل، قطع عضو و ایراد ضرب منتهی به مرگ است. به اتفاق و اجماع فقهای مذاهب اربعه و مشهور فقهای شیعه‌ی امامیه، در این گونه جرایم، اکراه تأثیری در ماهیت عمل نمی‌گذارد و موجب سقوط مجازات و معافیت اکراه شده از تحمل آن نمی‌شود. مستند آنان دلایل منقولی است از قبیل آیه‌ی کریمه‌ی «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ» * «۲»

تحلیل فقهی مسأله از نظر آنان چنین است که مجازات شخص اکراه‌شده‌ای که بقای حیات خود را در سلب حیات از دیگری دیده، به منظور بقای خود عمداً و عدواناً روی به ستم و تجاوز آورده و برای نجات خود، از فردی بی‌گناه سلب حیات نموده، موجه و فاقد هر گونه اشکال است.

از دید مشهور فقهای اسلامی، اصل، تأثیر اکراه در کلیه جرایم و سقوط مجازات و نهایتاً معافیت مکره است؛ اما جرم قتل به واسطه‌ی شدت قبح آن و اصرار و تأکید شارع در اجتناب از ارتکاب آن، موجب استثنای این جرم از جریان اصل اکراه، شده است. البته نظریه مخالفی در فقه امامیه وجود دارد مبنی بر اینکه تأثیر اکراه بر سقوط مجازات، امری عقلی است و استثنا‌بردار نیست؛ لذا این گونه موارد از مصادیق تراحم دو حکم است که نتیجه‌ی آن تخییر است. «۱»

از نظر فقها، در اکراه با بقای ممنوعیت اصل عمل و نامشروع بودن ارتکاب آن، وجود اکراه موجب سقوط مجازات می‌شود. توجه و انعطاف شارع در اینجا به فاعل است نه به فعل. فاعل به جهت عدم رضای باطنی و عدم آزادی کامل اراده مورد عفو قرار می‌گیرد؛ اما اصل فعل به واسطه‌ی قبح ذاتی آن، همچنان محرم و نامشروع باقی می‌ماند.

نتیجه

صرف نظر از مباحث تئوریک و اختلاف نظرها و مناقشه‌های به عمل آمده بر سر ماهیت و عنوان فقهی اعمال ارتكابی تحت تأثیر اکراه، در مجموع می‌توان نتیجه گرفت که جز در اتهام به ارتکاب قتل عمد، قطع عضو و ایراد ضرب منتهی به مرگ و نیز حبس درازمدت که عادتاً سبب فوت شود، عذر اکراه در اتهام به ارتکاب سایر جرایم پذیرفتنی است و رافع مسئولیت است و به استناد آن می‌توان در صدد آزادی متهم بر آمد.

مبحث هفتم: اکراه در قوانین موضوعه جزایی

در قوانین جزایی ایران قبل از انقلاب، اجبار مادی یا معنوی که عادتاً قابل تحمل نباشد، از عوامل رافع مسئولیت کیفری معرفی شده است. «۱»

قانون‌گذار در سال ۱۳۶۱ ش، در ماده ۲۹ قانون راجع به مجازات اسلامی «۲» بدون اینکه از اکراه تعریفی ارائه دهد، آن را در کنار اجبار به عنوان یکی از عواملی که از فاعل رفع مسئولیت می‌کند نام برده است. در سال ۱۳۷۰ ش، ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی با تغییراتی در عبارت، جانشین ماده ۲۹ قانون راجع به مجازات اسلامی شده است. در ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی آمده است:

در جرایم موضوع مجازات‌های تعزیری یا بازدارنده، هرگاه کسی بر اثر اجبار یا اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی شود، مجازات نخواهد شد. در این مورد، اجبارکننده به مجازات فاعل جرم با توجه به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر محکوم می‌شود.

با توجه به متن ماده به شرح فوق، در جهت تبیین موضوع، مطالبی به شرح زیر قابل ذکر به نظر می‌رسد:

الف- تهیه کنندگان قانون، اکراه را در کنار اجبار و در جرایم موضوع مجازات‌های تعزیری یا بازدارنده موجب رفع مسئولیت کیفری دانسته‌اند. البته این اقدام قانون‌گذار، به این معنا نیست که در سایر جرایم، از قبیل جرایم حدی، اکراه در سقوط کیفر مؤثر نباشد. در این قسمت از بحث، تأثیر اکراه را در جرایم مختلف به طور خلاصه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱- زنا: یکی از شرایط تحقق مجازات حد زنا این است که زانی یا زانیه مختار باشند.

بنابراین اگر زانی یا زانیه مکره باشند حد زنا محقق نمی‌شود.

در ماده ۶۷ قانون مجازات اسلامی در خصوص این مورد آمده است: «هرگاه زانی یا زانیه ادعا کند که به زنا اکراه شده است، ادعای او در صورتی که یقین بر خلاف آن نباشد قبول می‌شود.»

۲- شرب خمر: دارا بودن اختیار از جمله‌ی شرایط تحقق حد مسکر است. بنابراین اگر شارب خمر مکره باشد، به حد تازیانه محکوم نمی‌شود.

ماده ۱۶۶ قانون مجازات اسلامی در این خصوص مقرر می‌دارد: «حد مسکر بر کسی ثابت می‌شود که بالغ، عاقل، مختار و آگاه به مسکر بودن و حرام بودن آن باشد.»

۳- سرقت: وادار شدن مرتکب به سرقت با تهدید و اجبار موجب رفع مسئولیت کیفری است. بنابراین اگر سارق با تهدید و اختیار مرتکب سرقت شده باشد، سرقتی که مستوجب حد باشد تحقق نیافته و مرتکب به مجازات قطع ید محکوم نمی‌شود. با توجه به بند (۳) ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی، یکی از شرایط مهم تحقق سرقت مستوجب حد این است که سارق با تهدید و اجبار وادار به سرقت نشده باشد.

۴- قتل: قانون‌گذار اسلامی به تبعیت از قول مشهور فقیهان، اکراه را مجوز قتل ندانسته است. بنابراین اگر کسی وادار به قتل دیگری شود قصاص می‌شود و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌شود.

ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی در این زمینه مقرر می‌دارد: «اکراه در قتل یا دستور به قتل دیگری مجوز قتل نیست. بنابراین اگر کسی را وادار به قتل دیگری کنند یا دستور به قتل رساندن دیگری را بدهند مرتکب قصاص می‌شود و اکراه‌کننده و آمر، به حبس ابد محکوم می‌شوند.» با توجه به تبصره (۱) ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی، اگر اکراه شونده طفل غیر ممیز یا مجنون باشد فقط اکراه‌کننده محکوم به قصاص است. همچنین با توجه به تبصره (۲) ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی، اگر اکراه شونده طفل ممیز باشد نباید قصاص شود؛ بلکه باید عاقله او دیه را بپردازد و اکراه‌کننده نیز به حبس ابد محکوم است. ب- عادات قابل تحمل نبودن اکراه، تنها شرطی است که قانون‌گذار در ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی برای اکراه بیان داشته است. برای احراز این شرط، موقعیت مکانی و زمانی وقوع جرم، سن متهم، جنسیت او و نحوه ارتکاب جرم باید از سوی قاضی مورد ارزیابی و سنجش قرار گیرد.

ج- اگر چه در متن ماده مذکور، صرفاً به شرط غیر قابل تحمل نبودن اکراه اشاره شده است؛ با توجه به موازین فقهی، این اقدام قانون‌گذار به این معنا نیست که سایر شرایط مربوط به اکراه، از جمله رفتار تهدیدآمیز، نامشروع بودن تهدید و ... برای رفع مسئولیت کیفری مرتکب جرم، لازم نباشد.

د- قانون‌گذار در این ماده و در سایر مواد مربوطه، اکراه و اجبار را- علی‌رغم تفاوت ماهوی بین آنها- در کنار یکدیگر و به صورت مترادف به کار برده است که این اقدام تهیه کنندگان قانون، بیانگر این است که قانون‌گذار جزایی بر خلاف واضعین حقوق مدنی، از نظر آثار کیفری تفاوتی بین دو نهاد جزایی اکراه و اجبار قائل نشده است.

ه- اگر چه اکراه به نوعی می‌تواند از مصادیق اجبار معنوی تلقی شود؛ ولی قانون‌گذار بر خلاف قوانین جزایی قبل از انقلاب، ذکر اکراه را در کنار اجبار لازم دانسته و به صراحت آن را مورد حکم قرار داده است.