

محدوده  
**قواعد فقه**



(محقق داماد)

## بسم الله الرحمن الرحيم

### قاعده ید

قاعده ید از قواعد مشهور و معتبری است که در اکثر مسائل فقهی و حقوقی، به طور وسیع مورد استناد قرار می‌گیرد 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.

### 1. مالکیت و سیر تاریخی آن

مالکیت عنوانی است اعتباری که مبین نسبت و رابطه اشیا با اشخاص است و دربردارنده مجموعه روابط و مناسباتی است که استیلا و تسلط انسان‌ها را بر اشیا نشان می‌دهد.

بنابراین تعریف، بین شیء موضوع مالکیت با شخص مالک، علقه و وابستگی خاصی وجود دارد که اختصاصی است و مانع ورود اغیار در این رابطه می‌گردد.

از دیدگاه تاریخی، مالکیت سه مرحله را تاکنون پشت سر گذاشته است:

- مرحله نخست: در این مرحله که مربوط به ادوار نخستین حضور بشر بر روی کره ارض است، روابط اجتماعی بسیار ساده بوده و انسان‌ها با وسایل و ابزارهای ابتدایی و اولیه به جمع‌آوری و استفاده از نعمت‌های خداداد پیرامون خود می‌پرداختند. در این مرحله، انسان‌ها دارای تفکراتی ساده و بسیط نسبت به پدیده‌های طبیعی بودند و به علت نازل بودن سطح آگاهی و فراوانی مجهولات و موهومات، برخوردشان با اشیا مادی پیرامونشان، انفعالی و کم‌اثر و ساده و فیزیکی بود و قدرت مختصر انبای بشر فقط در محدوده بسیار کوچکی اجازه اعمال تسلط و تصرف بر اشیا را می‌داد.

مشخصه مالکیت در این دوره غالباً وضع ید و اعمال استیلا به صورت تصرفات فیزیکی بوده است. انسان‌ها در این دوره با وسایل ابتدایی به شکار حیوانات و جمع‌آوری میوه‌ها و محصولات موجود در طبیعت می‌پرداختند و در حد بسیار نازل از مواد حاصل از کشت و زرع بهره می‌بردند و چون مجموعه این اعمال در اغلب موارد با دست صورت می‌گرفت، در سیر تاریخی تسلط بشر بر اشیا، این گونه تصرفات تحت عنوان «ید» و بررسی فقهی و حقوقی آن به صورت «قاعده ید» شهرت یافته است.

مرحله دوم: پس از گذشت قرن‌ها و پیچیده شدن روابط اجتماعی که در اکثر موارد تحت تأثیر مستقیم انبیا صورت گرفت، نوع رابطه افراد با اشیا و نیز کیفیت این تعلقات پیچیده‌تر شد. به تدریج با پیدایش گروه‌ها و اجتماعات انسانی، لزوم ذخیره‌سازی اشیا و کالاها بیش از پیش احساس شد و انسان‌ها اموال خود را برای تأمین احتیاجات آتی در اماکن خاصی انبار کردند و رابطه ساده فیزیکی بین اشیا و انسان‌ها و تصرفات عینی و خارجی جای خود را به نوعی رابطه جدید داد که در واقع آن را می‌توان «مرحله میانی در سیر تاریخ مالکیت» به شمار آورد.

در این مرحله هنوز کلیه مظاهر تصرفات ساده فیزیکی از بین نرفته، اما کیفیت تازه‌ای از اعمال سلطه بر اشیا ظاهر شده بود. می‌توان گفت در این دوره، مظاهر مالکیت مخلوطی است از مناسبات ساده و فیزیکی سابق و مفهوم اعتباری مالکیت که در مرحله سوم مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

مرحله سوم: در این مرحله که دوره تمدن امروزی نیز جزئی از آن است، مناسبات بین شخص و شیء بیشتر اعتباری شده است. در این دوره با توسعه فعالیت‌های اجتماعی و اقتصادی، چون اعمال سلطه مستقیم و واقعی بر همه اشیای حاصل از کار و فعالیت شخصی و دسته جمعی و نیز مورد نیاز زندگی فردی و اجتماعی ممکن نبوده، بر اساس یک سلسله قراردادهای اجتماعی و تأسیسات حقوقی و فقهی، مالکیت و روش‌های اعمال آن، شکل و کیفیت اعتباری و قراردادی به خود گرفته است.

پس اگر در مرحله اول، به طور مثال، وجود یک تبر در دست یک فرد مبین تعلق آن شیء به شخص مذکور بود، در مرحله سوم وجود سند مالکیت یک خانه یا اتومبیل یا بنچاق آن در دست شخص، نشان از تعلق خانه یا اتومبیل به وی دارد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود به تناسب توسعه قدرت و سلطه انسان‌ها بر اشیاء، چون هر روز تعداد بیشتری از اشیاء با کمیت‌ها و کیفیت‌های بزرگ‌تر و بالاتر تحت تسلط انسان‌ها در آمده، به گونه‌ای که وضع ید مستقیم و اعمال تصرف فیزیکی عملاً غیر ممکن گردیده، مفهوم و شکل مالکیت نیز تغییر یافته و اسناد و نشانه‌ها که نشان دهنده تعلق و مالکیت اشیاء هستند، مورد استعمال پیدا کرده‌اند.

علی‌رغم پیچیده شدن کیفیت اعمال سلطه انسان بر اشیاء و تحول روش‌های اعمال تصرف از صورت ساده و فیزیکی به شکل پیچیده و اعتباری، امروزه هم در بسیاری از اشیاء و کالاهای بارزترین وسیله و نشانه تعلق شیء به شخص، وجود آن شیء در دست مالک یا به عبارت علمی، سیطره واقعی و فیزیکی او است. به همین علت، ید، امروزه نیز اهمیت خود را حفظ کرده و چنان که خواهیم گفت طبیعی‌ترین وسیله اعمال سلطه بر اشیاء محسوب می‌شود.

## 2. تعریف ید

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

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، 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، جلوه‌های گوناگون و مصادیق مختلف دارد. «محقق یزدی در تعریف و بیان مقصود از اصطلاح ید می‌گوید: «و المراد بها السلطنة العرفیة و الاستیلاء علی الشیء المختلفة بحسب الموارد» (طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی، ج 3، ص 118).»

## 3. مصادیق ید

ید که نشانه استیلا و تسلط انسان بر اشیاء 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 اشیاء در دست افراد قرار ندارند، به نوعی در رابطه با پیکره و جسم انسانند و همین امر نشان می‌دهد 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. « ماده 5 قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی، مصوب سال 1352 سند مالکیت را دلیل بر سبق تصرف دانسته است.»

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

1. وجود اشیا در دست اشخاص،
2. وجود لباس بر تن افراد،
3. سوار بودن راکب بر مرکب،
4. گرفتن زمام چیزی مانند این که کسی زمام شتری را در دست داشته باشد،
5. سکونت در محل،
6. وجود کلید خانه یا مغازه در دست فرد حتی اگر در آن استقرار نیافته باشد،
7. پاره‌ای اعمال و افعال بر روی اشیا، مانند شخم و تسطیح زمین یا مرمت محل مسکونی.

استیلائی 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 تلاقی 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.

#### 4. مستندات قاعده

فقه‌ها برای حجیت ید به چند دلیل استناد کرده‌اند 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 (علیه السلام) متصل گردد، یعنی در زمان معصوم (علیه السلام) 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. 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 اصولا 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 (علیه السلام) 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 مستقلا دلیل نیست و فقط در صورت کاشف بودن از رأی معصوم (علیه السلام) حجیت دارد.

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

1. حفص بن غیاث که در میان فقها بسیار معروف است در مورد ید از حضرت صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که: آن حضرت (علیه السلام) 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 (علیه السلام) فرمود آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری حلال است. امام (علیه السلام) 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 (علیه السلام) فرمود: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» «حفص بن غیاث عن ابی عبد الله قال: قال له رجل اذا رایت شیئا فی یدی رجل یجوز لی ان اشهد انه له؟ قال: نعم قال الرجل: اشهد انه فی یده و لا اشهد انه له فلعله لغيره. فقال ابو عبد الله ا فیحل الشراء منه؟ قال: نعم. فقال ابو عبد الله فلعله لغيره فمن این جاز لک ان تشریه و یصیر ملکا لک ثم تقول بعد الملک هو لی و تحلف علیه و لا یجوز ان تنسبه الی من صار ملکه من قبله الیک؟ ثم قال ابو عبد الله (علیه السلام): لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق (حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ج 18، ص 215، کتاب القضاء، باب 25 حدیث 2).» یعنی اگر این امر جائز نباشد برای مسلمانان 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.

2. یونس بن یعقوب از حضرت صادق (علیه السلام) نقل کرده است که وقتی در مورد تقسیم ااثاث 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 (علیه السلام) می‌افزاید: «من استولی علی شیء منه فهو له»؛ «عن ابی عبد الله (علیه السلام) فی امرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة قال: «ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بینهما و من استولی علی شیء منه فهو له (همان، ج 17 ص 525، باب 8 از ابواب میراث الازواج، حدیث 3)». 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 ااثاث الیبت وارد شده ولی محتوای ذیل حدیث، یک مطلب عام است و با وحدت ملاک، قابل تعمیم به موارد دیگر است. حضرت (علیه السلام) 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.

3. 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 (صلی الله علیه و آله و سلم) 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.

خلیفه اول با استناد به گفته فوق ادعا می‌کرد فدک نباید در دست حضرت فاطمه (س) باقی باشد. حضرت صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که حضرت علی (علیه السلام) به خلیفه فرمود: «أتحکم فینا بخلاف حکم الله 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 (علیه السلام) می‌فرماید: «فان كان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادعیت انا فیه من تطلب البینه؟» (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 (علیه السلام) فرمود: «فاذا كان فی یدی شیء فادعی فیه المسلمون تسألنی البینه؟» (یعنی اگر در دست من چیزی است و مسلمانان ادعا می‌کنند آیا از من بینه می‌خواهی؟).

خلاصه سؤال و جواب حضرت علی (علیه السلام) 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.

در مذاکره حضرت علی (علیه السلام) با ابو بکر نکته ظریف دیگری نیز نهفته و آن این است که حضرت (علیه السلام) ابتدا می‌پرسد آیا در مورد ما به غیر حکم الله قضاوت می‌کنی؟ و بعد از آن، مطالبه بینه را مطرح می‌فرماید؛ یعنی در مقدمه تلویحا می‌گوید 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.

## 5. 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 (علیه السلام) 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 می‌فرماید: «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.

## 6. 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.

## 7. 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 الأغلب»، 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 معمول 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.

### 8. 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.

### 9. 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». 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 ذوالید، عدوانی و یا غیر مالکی، و در حال حاضر تردید در تبدیل حالت سابقه باشد. در اینجا، مفاد قاعده ید، مالکیت ذوالید 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، تعدا 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. اختلاف نظر فوق در مباحث آینده مؤثر است که در جای خود جداگانه به آن اشاره خواهد شد.

## 10. حاکمیت ید در غیر مقام تنازع

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

1. 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.
2. 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.
3. 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: اولاً 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.

ثانیاً 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. 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 سابقاً غیر مالکانه بوده و فعلاً هم مدعی و معارضی در بین نیست و از طرفی ذو البید هم در مال تصرفات مالکانه می‌کند نباید او را مالک شناخت؟ یعنی چنانچه مثلا مال توسط ذو البید 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 با توجه 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.

### 11. 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:

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

2. اگر برای دادگاه مسلم باشد که ملک مورد اختلاف سابقا 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.

3. اگر میان طرفین نسبت به حالت سابق مال اختلافی نباشد و برای دادگاه مسلم باشد که مال مورد اختلاف سابقا 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.

4. 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 سابقا متعلق به مدعی بوده است. فرق این مورد با حالت سوم این است که در اینجا مدعی فعلا ادعا دارد که مال متعلق به او است و ذو الید نیز چنین ادعایی دارد؛ النهایه مدعی برای اثبات دعوی خویش گواه آورده، ولی گواهان در مقام گواهی می‌گویند ما شهادت می‌دهیم که مال سابقا 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 و گروهی عقیده عکس دارند.

به نظر می‌رسد در این مورد نیز ید بر بینه مقدم است؛ زیرا بینه اقامه نشده که مال فعلا متعلق به کیست، بلکه بینه اقامه شده فقط حاکی از این است که مال سابقا 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».

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 سابقا مالکیت داشته، ید فعلی متزلزل نمی‌شود.

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.

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.

5. 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.

6. در این حالت، پس از وقوع نزاع، صاحب ید اقرار می‌کند که ملک سابقا متعلق به مدعی بوده، ولی به سبب نقلی 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. در مقابل، گروه کمتری نظریه مشهور را نپذیرفته، بر امارت ید در این مورد هم حکم صادر کرده‌اند.

قانون مدنی ایران به پیروی از نظریه مشهور در این مورد در ماده 37 می‌گوید: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقا 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 سابقا 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 قبلا مال مدعی بوده و با ناقل صحیح به او منتقل شده است.

مخالفان مشهور در توجیه نظریه خود به وجوهی تمسک و بر مشهور ایراداتی وارد کرده‌اند که توسط فقهای دیگر مخدوش و مردود اعلام شده‌اند. بعضی از شارحان قانون مدنی به یکی از وجوه مخالف مشهور تمسک جسته، بر مفاد و مدلول ماده 37 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».

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 مانع 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 صرفا 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 صرفا 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 صرفا از نظر عقلا اماره بر مالکیت است و نمی‌تواند اثبات کند که انتقال به وجه صحیح صورت گرفته یا نه، از اثبات مدعای ذو الید قاصر خواهد بود.

## 12. کاربرد قاعده ید در موارد احتمال وقفیت

در استقرار ید نسبت به عین سه حالت متصور است:

1. عین (شیء تحت ید) ذاتا 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.

2. معلوم نیست عین قابل نقل و انتقال است یا نه، یعنی مشخص نیست از اموال طلق است یا مثلا وقف. در این مورد، اطلاقات و اقتضای طبیعی و اولیه، ید را دلیل مالکیت می‌داند و اصولا 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 (علیه السلام) برای مسلمانان بازاری باقی نمی‌ماند. پس در این حالت یقینا قاعده ید حکمفرما خواهد بود.

3. یقین داریم که مال سابقا 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، ولی برخی دیگر نظیر محقق نایینی ید را در این مقام حاکم نمی‌دانند. بنابراین، هرگاه عینی در ید فردی است و یقین داریم که سابقا 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 تصرف 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.

اکثر علمای معاصر با این نظر موافقت و رویه قضایی نیز بر همین نظریه مستقر است.

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؛ مضافا 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.

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 قبلا 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 قبلا 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 خمریت، حاکم بر ید است.

در موضوع بحث ما، تصرف در شیئی که سابقا 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.

#### - نقد و بررسی

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.

به نظر می‌رسد عدم جریان قاعده ید را می‌توان پذیرفت، ولی نه با استدلال و توجیهاات مرحوم نایینی یا به خاطر حاکمیت استصحاب، بلکه صرفا 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 اصولا 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 کاملا روشن است که عدم اعتبار ید در خصوص موردی که مال سابقه وقفیت داشته، صرفا 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 ذو الید، 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.

### 13. 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 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.

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. بیرو 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 به وجود نیامده معدوم است و نمی توان 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 رابطه ای تحقق پیدا کند و اضافه ای صورت بگیرد باید مضاف و مضاف الیه موجود و هر دو هم فعلی باشند و نمی شود بین دو معدوم و یا یک موجود و یک معدوم اضافه و نسبتی برقرار کرد».

ایشان پس از بیان استدلال مخالف به شرح فوق می فرمایند این یک استدلال کلامی است که قابل شنیدن نیست (کلام مَمَّا لَا یَصْغَى الیه). آنگاه به شرح بالا عقیده مخالفان را باطل اعلام و استنتاج می کنند که مخالفان در بیان استدلال مذکور، اضافه را مقولیه می گیرند، 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 نمی شود 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.

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

#### - نقد و بررسی

همان طور که گفته شد، مهم ترین 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 می دانند. ثمره بحث وقتی ظاهر می شود که در خارج بر ما معلوم شود استیلا بر فرد 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 خدشه ای در تعلق منافع به ذو الید ایجاد نمی کند و منافع مذکور همچنان متعلق به او محسوب می شوند.

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 نمی شود 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 می ماند. بیشتر علمای معاصر بر این نظرند.

نتیجه این که هرگاه خانه ای 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 عدوانا 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، متلقی 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.

#### 14. 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 آسیابی 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. اما مرحوم نراقی حاکمیت ید را در حقوق همانند منافع انکار می‌کند و معتقد است قاعده ید فقط در مورد اعیان جریان دارد.

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.

#### 15. 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 ذو الید 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 (علیه السلام) نقل گردید در خصوص اموال مورد اختلاف داخل خانه بین زوجین است. اما عده‌ای، روایت حضرت صادق (علیه السلام) 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 بلغة الفقیه بیان داشته است. 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.

### 16. حجیت ید برای ذو الید

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 ذو الید است. اینک می‌خواهیم ببینیم آیا این قاعده برای شخص ذو الید 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 صحیحۀ جمیل بن صالح که می‌گوید: از حضرت صادق (علیه السلام) پرسیدم شخصی در خانه‌اش دیناری پیدا کرده، حکم آن چیست؟ حضرت (علیه السلام) می‌پرسند آیا در آن منزل افراد زیادی رفت و آمد دارند؟ می‌گوید آری رفت و آمد زیاد است. حضرت (علیه السلام) می‌فرماید: آن دینار لقطه است. راوی ادامه می‌دهد که از آن حضرت (علیه السلام) پرسیدم: شخصی در صندوقش پولی پیدا می‌کند حکم قضیه چیست؟ باز حضرت (علیه السلام) می‌پرسد: آیا کس دیگری هم در آن صندوق دست می‌برد؟ می‌گوید: نه فقط همان شخص در آن دست می‌برد. حضرت (علیه السلام) پاسخ می‌دهد: آن پول متعلق به آن شخص است. 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 (علیه السلام) 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.

### 17. 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 ابادی 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.

### 18. 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 خواننده 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.

- تحلیل و بررسی

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

در هر دعوای 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.

## 19. 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 35 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 1318 تفسیر شده بود. ماده 745 آن قانون مقرر می‌داشت: «تصرف اعم است از این که بالمباشره باشد یا به واسطه، مانند تصرف قیم و وکیل و مباشر».

## 20. نقش تصرف در حق ارتفاق

از ماده 35 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 95، 97 و 124 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.

## 21. 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 36 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 ذو الید 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.

## 22. اقرار ذو الید در دادگاه

ماده 37 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 اتلاف

از دیدگاه فقه شیعه، موجبات ضمان قهری سه چیز است: ضمان ید، اتلاف و تسبیب. در این فصل تلاش خواهد شد اتلاف و احکام مربوط به آن به طور مختصر توضیح داده شود.

همان طور که گفته شد، اتلاف از موجبات ضمان به شمار می‌رود و همانند سایر قواعد، ابتدا به ذکر مستندات آن می‌پردازیم.

## 1. مستندات قاعده

### الف) کتاب

مستند این قاعده در کتاب، این آیه شریفه است که بعضی از قداما، از جمله شیخ طوسی در مبسوط به آن اشاره کرده‌اند: «فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ...»: هر کس به شما تجاوز کرد پس بر او به مانند آنچه بر شما تجاوز کرده است تجاوز کنید.

تردید نیست که اتلاف مال دیگری بدون اذن صاحب آن، از مصادیق تجاوز و تعدی بر دیگری محسوب می‌شود. مستفاد از آیه شریفه فوق دو چیز است: اولاً اعلام جواز یا به تعبیر دیگر، جعل حق مؤاخذه و مطالبه برای طرفی که مورد تعدی و تجاوز گرفته است و ثانیاً این که مورد مطالبه می‌تواند مقابله به مثل باشد، که در این حکم قرآنی، «مثل بگیری»، کنایه از آن است که اگر مثلی باشد، مثل و اگر قیمی باشد قیمت گرفته شود. به بیان فوق، در این آیه، حکم واضحی وجود دارد مبنی بر این که هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن آن است. یعنی آیه در مقام جعل حق و بیان حکم وضعی است. البته از سوی بعضی از فقها، استدلال برای ضمان به آیه فوق مورد خدشه و مناقشه قرار گرفته است.

### ب) روایات

شیخ طوسی در مبسوط روایتی از عبد الله بن مسعود از رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) نقل کرده که آن حضرت (صلی الله علیه و آله و سلم) فرموده است: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»، یعنی احترام مال مسلمان، مانند احترام خون او است. اگر اهمیت مال مسلمان مانند خون او باشد، چنانچه مقداری از آن تلف شود، موجب ضمان خواهد بود.

روایات دیگری نیز در کتب فقهی، مستند این قاعده قرار گرفته است. علاوه بر این، فقها جمله «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» (هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن است) را یک حدیث منقول از معصوم (علیه السلام) تلقی کرده‌اند. هر چند این عبارت در کتب حدیثی دیده نمی‌شود، ولی از چنان شهرتی برخوردار است و آن چنان مورد استفاده فقها قرار گرفته که در حدیث بودن آن تردیدی باقی نمی‌ماند و در بسیاری نصوص دیگر نیز کلماتی حاکی از مضمون این جمله وجود دارد. به هر حال، جمله فوق به صورت یک قاعده در آمده است. برای روشن شدن بیشتر حدیث، کلمات آن مختصر توضیح داده می‌شود.

یک) اتلاف: اتلاف بر دو قسم است: اتلاف حقیقی و اتلاف حکمی. «اتلاف حقیقی» آن است که شخصی مال دیگری را به کلی از بین ببرد، مثلا لباس یا فرش او را بسوزاند یا خانه‌اش را خراب کند؛ ولی در «اتلاف حکمی» نفس مال از بین نمی‌رود، بلکه با بقای اصل مال، مالیت آن نابود می‌شود، مانند این که شخصی یخ و برف متعلق به دیگری را در فصل تابستان در مکانی مخفی کند و در زمستان آن را اظهار و به صاحبش برگرداند. در اینجا، هر چند مرتکب، عین یخ و برف را نابود نکرده (اتلاف حقیقی) ولی چون آن را از مالیت و ارزش انداخته، مرتکب اتلاف حکمی شده است.

بعضی از فقها قاعده اتلاف را شامل هر دو گونه اتلاف دانسته‌اند، اما به نظر بسیاری از فقیهان، اتلاف مال، شامل اتلاف حکمی نمی‌شود. البته نباید تصور کرد که نوع دوم به نظر دسته اخیر فقها باعث ضمان نیست، بلکه غرض این است که به نظر آنان اتلاف حکمی مشمول این قاعده نیست. آنان در این مورد، به ادله دیگری تمسک می‌کنند و مثلا می‌گویند: آیه «فَمَنْ أَعْتَدَىٰ...» ، بیان‌کننده ضمان عدوان یا اعتدا است و موارد اتلاف حکمی، مشمول ضمان مزبورند.

خلاصه آن که به نظر بعضی، اتلاف مال در این ظهور دارد که مالی ضایع شود و در اصطلاح، تلف شدن، به معنای نابود شدن است و لذا شامل اتلاف حکمی نمی‌شود؛ ولی متقابلا در نقد این نظریه می‌توان گفت: درست است که مال به طور حقیقی نابود نشده، ولی مالی که از قیمت افتاده حکما و مجازا نابود شده است.

دو) مال: مال در فقه به این شرح تعریف شده است: «المال ما یبذل بازائه المال»؛ یعنی مال چیزی است که در مقابل آن مال بدهند. این، تعریف فقهی مال است؛ ولی گروهی از فقها عقیده دارند که در این تعریف، دور وجود دارد، زیرا در تعریف مال آمده است: مال چیزی است که به ازای آن مال داده شود. پس تعریف، مبتنی بر تعریف خود مال است.

به نظر می‌رسد بهتر است در تعریف مال گفته شود: مال چیزی است که نزد مردم مطلوب است و به طور مستقیم یا غیر مستقیم نیازهای آنان را برطرف می‌کند. بخشی از اموال مانند اغذیه و لباس مستقیما نیاز انسان‌ها را رفع کنند و لذا مالیت و ارزش آن‌ها تکوینی و واقعی است؛ و دسته دیگر مستقیما رفع نیاز نمی‌کنند، ولی وسیله رفع نیاز هستند، مانند پول که به خودی خود رافع نیازی نیست، بلکه با اموال دیگر مبادله می‌شود و به واسطه آن‌ها رفع نیاز می‌کند و ارزش اعتباری دارد. به همین علت، وقتی گفته می‌شود که مثلا فلان سری اسکناس فاقد اعتبار است، با وصف موجود بودن اسکناس، چون قدرت قراردادی و اعتباری اسکناس‌ها سلب گردیده ارزشی نخواهند داشت.

سه) ضامن: وقتی چیزی تلف می‌شود، وجود اعتباری‌اش در عهده متلف قرار می‌گیرد و این، معنای ضمان واقعی است. عقیده فقها بر این است که هر کس بدون اجازه صاحب مال، مال او را از بین ببرد، آن مال با وجود اعتباری خود در عهده متلف قرار می‌گیرد، هر چند که تحت ید او هم نباشد و باید با پرداخت مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات از عهده آن برآید.

### ج) اجماع

در اصل ضمان ناشی از اتلاف، فقها اجماع دارند؛ هر چند ممکن است در خصوص موارد و مصادیق آن، اختلاف نظر وجود داشته باشد. البته ارزش این گونه اجماعات از نظر فقهی محل تردید و مناقشه است، چرا که امکان دارد روایات مورد اشاره مستند آن باشند و بنابراین اجماع از اقسام «اجماع مستند یا مدرکی» به حساب آید و از درجه اعتبار ساقط گردد.

### د) بنای عقلا

با مراجعه به زندگی خردمندان، قطع نظر از ادیان، این نکته مسلم به نظر می‌رسد که عقلا وقتی شخصی مبادرت به اتلاف مال دیگری می‌کند، ذمه او را در قبال مالک مشغول و او را ضامن می‌شناسند، به این معنا که او را مسئول پرداخت مثل یا قیمت می‌دانند.

### 2. تفاوت ضمان اتلاف و ضمان ید

فرق این قاعده و قاعده ضمان ید در این است که در اتلاف، محور مسئولیت، از بین بردن مال دیگری است و این امر ملازمه با تصرف در مال ندارد؛ ولی در ضمان ید، مسئولیت متوقف بر اتلاف و از بین بردن مال نیست، بلکه صرف وضع ید و تصرف و استیلا بر مال غیر، موجب ضمان می‌گردد. مثلا اگر کسی از راه دور تیری بیندازد و موجب مرگ اسب دیگری بشود، اتلاف صورت گرفته، بدون آن که اسب تلف شده، در تصرف متلف درآمده باشد؛ در حالی که در ضمان ید چنین نیست و محور مسئولیت و ضمان، تصرف و استقرار «ید» بر مال غیر است. در اتلاف، وجود اعتباری مالی که تلف می‌شود بر ذمه قرار می‌گیرد و متلف باید از این ذمه و عهده مبری شود؛ به این ترتیب که در مثلی، مثل و در قیمی، قیمت را تأدیه کند تا ذمه‌اش بری شود. به عبارت دیگر، نسبت بین قاعده اتلاف و ضمان ید، عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی در بعضی موارد، ضمان ید وجود دارد و ضمان اتلاف نیست و در بعضی موارد، ضمان اتلاف وجود دارد و ضمان ید نیست و در بعضی موارد، هم ضمان ید وجود دارد و هم ضمان اتلاف.

مصادق صورت اول که ضمان ید هست و ضمان اتلاف نیست، جایی است که انسان بر مالی دست گذاشته و هنوز عین آن باقی است و در اثر سهل انگاری، مال به خودی خود تلف می‌شود. در اینجا ضمان، از نوع ضمان ید است و اتلاف صادق نیست؛ چون اتلاف به معنای تلف کردن و از بین بردن چیزی است و در مثال بالا چنین امری محقق نشده است.

صورت دوم که ضمان ناشی از اتلاف وجود دارد و ضمان ید مطرح نیست، جایی است که مثلا شخصی سنگی می‌اندازد و شیشه خانه دیگری را می‌شکند. در این مورد، مرتکب ضامن است، ولی این ضمان ناشی از «اتلاف» است نه «ید»؛ زیرا شیشه اصولا تحت ید مرتکب قرار نگرفته است. صورت سوم در جایی مصادق پیدا می‌کند که شخصی پس از استیلا بر چیزی، آن را به دست خود تلف می‌کند. چنین شخصی به دو لحاظ ضامن است: یکی از لحاظ قاعده ضمان ید و دوم از لحاظ قاعده اتلاف. پس اگر شخصی با عمل خود عینی را ناقص کند، به نسبت ارزش عین، ضامن خواهد بود؛ ولی بدیهی است که بیش از یک ضمان بر عهده وی مستقر نخواهد گردید؛ چرا که با استیلا و وضع ید بر مال غیر، وجود اعتباری مال در ذمه او قرار گرفته، ولی مادام که عین باقی بوده، افراف ذمه جز با تحویل عین که نزدیک‌ترین شیء به چیزی است که در ذمه قرار دارد، ممکن نیست، ولی با تحقق اتلاف یا تلف، با توجه به وجود اعتباری مال در ذمه تصرف، افراف ذمه از طریق پرداخت مثل یا قیمت صورت خواهد گرفت.



گاه ضمان ید و ضمان اتلاف با هم جمع می‌شوند، ولی میان دو نفر؛ مانند اینکه شخصی مال دیگری را غصب می‌کند و فردی دیگر آن را تلف می‌کند. در این موارد، با اینکه مالک در رجوع به هر دو اختیار دارد، سرانجام ضمان بر عهده متلف مستقر شود، زیرا چنانچه صاحب مال به غاصب رجوع کند، او نیز حق مراجعه به متلف را خواهد داشت.

### 3. نقش عمد و قصد در ضمان اتلاف

به موجب اطلاعات ادله قاعده اتلاف، در پدید آمدن نوع ضمان، به هیچ وجه عنصر عمد و قصد دخالت ندارد. از این رو، شخصی که با عمل خویش موجب تلف مال دیگری شده، ضامن و ملزم به جبران خسارت وارد شده است، اعم از اینکه عالماً عامداً چنین کرده باشد یا بدون قصد، عملش چنین نتیجه‌ای داده باشد. قانون مدنی ایران در ماده 328 به همین نکته اشاره کرده است.

البته به نظر ما، عدم دخالت عنصر قصد و عمد در پدید آمدن ضمان بدین معنا نیست که در هیچ یک از مراحل، عملی که مجوز انتساب و استناد تلف به فاعل باشد لازم نیست، بلکه بی‌گمان احراز انتساب عمل به فاعل ضروری است؛ زیرا از ارکان اصلی ضمان مورد بحث، تحقق مفهوم «اتلاف» است و بدیهی است که این مفهوم با مفهوم «تلف» فرق دارد. بنابراین، چنانچه از شخص عملی سر نزده که منتهی به تلف مال شده باشد، بلکه مال در دست او به علل سماوی تلف شود، نمی‌توان اتلاف را به وی منسوب کرد و در نتیجه، ضمان محقق نخواهد شد. به عبارت دیگر، مقصود از عمد و قصد، اراده و عزم نسبت به اتلاف و اضرار به غیر است که چنین عنصری در پدید آمدن ضمان اتلاف ضروری نیست، ولی بی‌تردید، فاعلیت در عمل و تحقق انتساب و نیز ارتباط فاعل با پدیده تلف لازم است.

با توجه به مطالب فوق، اگر کسی، به رغم رعایت دقت‌های لازم، شکاری را هدف و نشانه بگیرد و گلوله وی به گوسفندی اصابت و آن را تلف کند، شکارچی در برابر صاحب گوسفند، مسئول و ضامن خواهد بود؛ زیرا عمل مزبور و هلاکت گوسفند قابل انتساب به شکارچی است، اگر چه قصد اتلاف و اضرار در میان نبوده باشد. برعکس، چنانچه باربری در حین نقل و انتقال کالا پایش به سنگی گیر کند و به زمین بخورد و باری که بر دوش دارد ساقط و تلف شود، ضامن نیست و آنچه رخ داده از مصادیق قاعده اتلاف محسوب نمی‌گردد؛ زیرا عملی که توجیه‌کننده ارتباط و انتساب تلف به باربر باشد از وی سر نزده، بلکه تلف، معلول عوامل قهری و غیر ارادی بوده است.

بنابراین، در ضمان اتلاف، تقصیر شرط نیست، ولی انتساب شرط است و باید این عامل که رکن اصلی ضمان است احراز گردد. همان‌طور که گفته می‌شود اگر خیاط با برش یا دوخت غیر صحیح، پارچه را ضایع کند و از ارزش ببیندازد، ضامن است، هر چند تعدی و تفریط از او سر نزده باشد؛ زیرا به هر حال عمل برش به او انتساب دارد و در نتیجه، تضییع پارچه به او منتسب است، و لو اینکه به علت اعمال دقت کامل، تقصیر نداشته باشد.

قانون مدنی ایران در ماده 328، 329 و 330 احکام ضمان اتلاف را بیان و به تمام اقسام مال، اعم از عین و منفعت اشاره کرده و طبق روال معمول نظر مشهور را پذیرفته است. این قانون به موجب ذیل ماده 330 فقط موردی را که شخص در دفاع از خویش، حیوان دیگری را بکشد یا ناقص کند، استثنا کرده است.

ماده 328: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.»

ماده 329: «اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت برآید.»

ماده 330: «اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته آن را بدهد و اگر کشته آن قیمت نداشته باشد باید تمام قیمت حیوان را بدهد و لکن اگر برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند ضامن نیست.»

#### قاعده تسبیب

بحث تسبیب، طبق رویه معمول نزد فقها، بلافاصله در ذیل عنوان اتلاف مطرح می‌شود؛ زیرا در حقیقت، تسبیب نوعی از اتلاف است؛ به این تعبیر که در اتلاف، شخص مستقیماً و بالمباشره باعث اتلاف مالی می‌گردد، ولی در تسبیب، عمل مسبب مع الواسطه سبب می‌شود که مال غیر از بین برود. برای مثال، اگر شخصی مال منقول و یا غیر منقول دیگری را مباشرتاً آتش بزند یا حیوان متعلق به دیگری را بکشد متلف است، اما اگر در مسیر عموم چاهی حفر کند و حیوان متعلق به دیگری در آن بیفتد و بمیرد، مسبب است.

در مورد «سبب» گفته شده، هر چیز که از وجودش وجود دیگری لازم نیاید، ولی از عدمش عدم دیگری لازم بیاید، «سبب» است، در مقابل «علت»؛ بدین نحو که هرگاه رابطه بین دو چیز به گونه‌ای باشد که از وجود یکی وجود دیگری و از عدم یکی عدم دیگری لازم بیاید، آن «یکی» را علت تامه دیگری می‌گویند. پس علت تامه و سبب با وجود مشابهت، دو چیز متفاوتند.

در تسبیب، عمل شخص مستقیماً و مباشرتاً مال دیگری را از بین نمی‌برد، بلکه رابطه بین عمل شخص و تلف مال به اینگونه است که اگر آن عمل واقع نشود، تلف مال نیز اتفاق نمی‌افتد. { منظور از عمل، فعل وجودی به اصطلاح فنی فلسفی نیست، بلکه در اصطلاح حقوقی، اعم است از فعل یا ترک فعل و به عبارت دیگر در تسبیب فعل مسبب بر دو قسم صورت می‌گیرد:

1. فعل مثبت، و آن فعلی است که انجامش سبب تلف مال گردد، مثل آن که کسی سنگی یا پوست میوه‌ای را در پیاده‌رو بیندازد و رهگذری پایش بلغزد و بشکند یا لباسش پاره شود.

2. فعل منفی، ترک فعلی است که سبب ورود خسارت بر غیر شود، خواه فعل مزبور تکلیف ناشی از قرارداد باشد، مانند آن که مأموران راه آهن در اثر عدم انجام وظیفه به موقع خود، سبب تصادم قطار گردند، یا آن که تکلیف ناشی از وظایف قانونی باشد، مثل آن که ولی با عدم انجام وظیفه نسبت به حفظ اموال مولی علیه موجب ورود خسارت بر اموال او گردد. همه این اقسام از موارد تسبیب است، زیرا مسبب با واسطه موجب ورود خسارت بر دیگری شده، هر چند که مستقیماً و مباشرتاً عامل ضرر نشده است.

تفاوت میان اتلاف و تسبیب در همین نکته است: اولاً در اتلاف مستقیماً و مباشرتاً خسارت از سوی زیان زنده متوجه خسارت دیده می‌گردد و ثانیاً در اتلاف همیشه فعل مثبت موجب ورود خسارت است و هیچ‌گاه ترک فعل از مصادیق اتلاف نمی‌تواند باشد، درحالی که در تسبیب، زیان مع الواسطه متوجه غیر می‌گردد و حتی با ترک فعل هم ورود زیان متصور است. {

جدا شدن اتلاف از تسبیب نه فقط در روایات شیعه دیده نمی‌شود، بلکه در آثار قدما یعنی در قرون اولیه نیز مشهود نیست و نخستین بار در قرن پنجم در آثار شیخ طوسی و ابن براج مسأله اجتماع سبب و مباشر به چشم می‌خورد.

در آثار اهل سنت نیز آغاز جدایی مباشرت از تسبیب در قرن پنجم در آثار سرخسی (م 490) ملاحظه می‌شود، ولی به هر حال بعدها در آثار فریقین این تقسیم‌بندی و بررسی فروع آن امری رایج است.

## 1. مستندات قاعده

صاحب جواهر در مورد ضمان ناشی از تسبیب می‌گوید: «در این خصوص بین فقها اختلافی نیست و علاوه بر آن، اخبار متعددی بر وجود چنین قاعده‌ای دلالت دارد». بدین ترتیب، می‌توان اتفاق و اجماع فقها و اخبار را مستند اعتبار ضمان ناشی از تسبیب دانست. برای نمونه، چند مورد از اخباری که در این باره وارد شده اجمالاً بررسی می‌شوند:

- خبر نخست، صحیحه حلبی است که می‌گوید: از حضرت صادق (علیه السلام) پرسیدم اگر کسی چیزی در راه دیگری قرار دهد، به طوری که مرکب آن شخص در برخورد با آن رم کند و صاحبش را به زمین بزند، حکم قضیه چیست؟ حضرت فرمود: «کل شیء یضرّ بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه»؛ یعنی صاحب هر چیزی که در راه مسلمین [واقع شود و] به آن‌ها ضرر بزند، ضامن پیامدهای آن است.

- خبر دوم، صحیحه زراره است. زراره می‌گوید: به حضرت صادق (علیه السلام) عرض کردم حکم کسی که چاهی در غیر ملک خویش حفر کند و عابری در حین عبور در آن بیفتد، چیست؟ حضرت (علیه السلام) فرمود: «علیه ضمان لان کلّ من حفر بئرا فی غیر ملکه کان علیه ضمان»؛ یعنی بر حفرکننده چاه ضمان است، زیرا هر کس چاهی در غیر ملک خود حفر کند، ضامن است.

- خبر سوم، موثق سماعه است از حضرت صادق (علیه السلام). سماعه نقل می‌کند: از آن حضرت سؤال کردم حکم کسی که چاهی در خانه خودش حفر می‌کند و دیگری در آن می‌افتد، چیست؟ حضرت (علیه السلام) فرمود: «اگر چاه در ملک خودش باشد موجب ضمان نیست؛ اما اگر در ملک غیر یا معبر عام حفر شده باشد و دیگری در آن بیفتد موجب ضمان است.

- خبر چهارم از سکونی است. او از حضرت صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که فرمود: قال رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) «من اخرج میزبا او کنیفا او اوتد وتدا او اوثق دابة او حفر شیئا فی طریق المسلمین فاصاب فعضب فهو له ضامن»؛ یعنی پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمود: هر کس ناودانی یا گودالی در میان راه مسلمین ایجاد کند یا میخ یا افسار مرکبش را بکوبد، یا چاهی در راه مسلمین حفر کند و کسی به آن‌ها اصابت کند و به زمین بیفتد، ضامن است.

## 2. عناصر تسبیب

### الف) دخالت عمد و قصد

همان گونه که ملاحظه می‌شود، روایات ذکر شده اطلاق دارند و اعم هستند از اینکه مرتکب با قصد و نیت اضرار به غیر مبادرت به عمل کند یا اینکه بدون قصد و نیت خاصی اقدام کند و سبب ایراد خسارت به دیگری شود. اگر مدارک قاعده، روایات باشد، به علت عموم و شمول روایات، اعمال عمدی و غیر عمدی هر دو تحت حکم قرار می‌گیرند و فاعل به هر حال ضامن خواهد بود؛ ولی اگر مدرک قاعده را اجماع بدانیم، چون اجماع دلیل لیبی است و قدر متیقن دارد، فقط شامل موارد متضمن علم و عمد می‌شود و موارد غیر عمدی را در بر نمی‌گیرد.

مدرک قاعده ضمان تسبیب، بیشتر روایات است، نه اجماع و اگر هم اجماع باشد به تعبیری که قبلاً دیدیم، اجماع بالاستقلال حجیت ندارد، بلکه اجماع فقط در صورتی که کاشف از سنت معصوم (علیه السلام) باشد، معتبر است و چنانچه روایاتی در کنار اجماع موجود باشد و احتمال برود که اجماع، مستند به آن روایات است، اجماع مزبور ارزشی نخواهد داشت. اما همان طور که در بحث از قاعده اتلاف گفته شد، هر چند عمد و قصد به اضرار لازم نیست، اما احراز انتساب خسارت به فعل مسبب‌بی تردید لازم است. از این رو، هرگاه حیوان متعلق به شخصی بر حیوان دیگری یا مال او هجوم آورد و خسارت وارد سازد، صاحب حیوان ضامن نیست، مگر اینکه در حفظ آن تقصیر و کوتاهی کرده باشد.

ذکر این نکته به خاطر آن است که در صورت عدم تقصیر در خصوص مورد تسبیب، انتساب خسارت به مسبب احراز نمی‌گردد و لذا در ماده 334 قانون مدنی ایران آمده است: «مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود، مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد؛ لکن در هر حال، اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد، فاعل آن عمل مسئول خسارت وارده خواهد بود».

(ب) اجتماع مباشر و مسبب

هرگاه سخن از سبب پیش می‌آید، بی‌تردید مباشر نیز وجود دارد، زیرا معنای تسبیب انجام عمل با واسطه است و واسطه همان مباشر است. بدین ترتیب، اجتماع سبب و مباشر بدین مفهوم است که گاه ممکن است هم مباشر و هم مسبب در بروز خسارت دخالت داشته باشند. در چنین حالتی ضمان به عهده کیست، مباشر یا مسبب؟

البته گاه مباشر، حیوان یا عاملی طبیعی است که به علت وضوح عدم مسئولیت مباشر، ایراد خسارت مستقیماً به سبب منتسب می‌گردد و گویی حادثه مباشری نداشته است. در چنین مواردی، مسئولیت مباشر به کلی منتفی است و بحث اجتماع سبب و مباشر مطرح نمی‌گردد، ولی مصادیق آن از موارد تسبیب محسوب می‌شود. مثلاً در آثار فقها موردی که کسی دیگری را در آتش می‌اندازد، و آتش او را می‌سوزاند در باب تسبیب مطرح شده است.

بحث اجتماع سبب و مباشر در جایی مطرح می‌شود که مباشر و مسبب هر دو انسان هستند و تردید در آن است که کدامیک اقوا بوده است؛ مثل آن که مباشر با اکراه دیگری، اقدام به ایراد خسارت کند. مرحوم محقق در شرایع می‌گوید: «هرگاه مسبب و مباشر با هم جمع شوند، مباشر نسبت به ضمان، بر مسبب مقدم است» و چنین مثال می‌آورد: «هرگاه کسی عدواناً چاهی در ملک دیگری حفر کند و شخصی دست ثالثی را بگیرد و او را در آن چاه بیندازد و آن شخص بمیرد، آن که ثالث را به چاه انداخته، ضامن است و حفرکننده چاه ضمان ندارد».

بعضی در توجیه نظر محقق افزوده‌اند: به اجماع، محقق است که مباشر بر سبب مقدم است و این تقدم از مسلمات به شمار می‌آید. علاوه بر آن که از نظر عقلاً، فعل همواره مستند به عامل قریب است، نه بعید. بنابراین مباشر همواره اقوا از سبب است.

فقهای دیگر بر نظریه بالا اشکالاتی وارد کرده، آن را به نحو عام و شامل نپذیرفته‌اند.

صاحب ریاض گفته است: اگر اجماع در مسأله وجود نمی‌داشت می‌گفتیم هر دو ضامنند و مانند مورد ترتب و تعاقب ایادی در ضمان ید، خسارت دیده می‌توانست به هر یک از آن دو مراجعه کند؛ زیرا از نظر منطقی، با بودن وصف ضمان در نزد مسبب، دلیل ندارد که ضمان را از عهده وی ساقط بدانیم. به نظر ایشان، به موجب قاعده لا ضرر، ضمان بر عهده مسبب مستقر گردیده، هر چند که دخالتش در ورود خسارت ضعیف‌تر از مباشر باشد و قوت مباشر نمی‌تواند ضمان را از عهده مسبب رفع کند.

به نظر می‌رسد در موارد مختلف باید قائل به تفصیل شد، یعنی باید دید از نظر ثقل مسئولیت کدامیک از مباشر یا مسبب در انتساب عمل بر دیگری برتری دارد. چنانچه مباشر بر مسبب برتری داشته باشد، مانند مثالی که مرحوم محقق نقل کرده، تردید نیست که مباشر ضامن است و بر مسبب ضمانتی نیست؛ ولی اگر مسبب در ایجاد حادثه بر مباشر برتری داشته باشد، ضامن خواهد بود. برای روشن شدن موضوع به دو مثال زیر توجه کنید:

1. شخصی چاقویی می‌سازد و دیگری آن را از او می‌گیرد و با آن ثالثی را به قتل می‌رساند. در اینجا بی‌تردید سازنده چاقو که مسبب است، ضامن نیست، بلکه ضارب که مباشر است ضامن محسوب می‌گردد. در این مثال، همانند فرض مرحوم محقق، مباشر اقوا است.

2. شخصی در بیمارستان بستری است و طبیبی به عیادتش می‌آید و به پرستار دستور می‌دهد نوع خاصی از دارو را به بیمار بخوراند. اگر این دارو سمی باشد و موجب مرگ بیمار بشود و پرستار نیز به خاصیت سمی آن جاهل باشد، با توجه به ویژگی‌ها و صلاحیت طبیب در تجویز، تردید وجود ندارد که او نوعی تسلط بر پرستار اعمال می‌کند و پرستار با قبول دستور و تجویز طبیب داروی مسموم را به بیمار می‌خوراند. در این حالت، مسبب، یعنی پزشک، از مباشر یعنی پرستار در حادثه مرگ بیمار مؤثرتر است و به همین علت، طبیب ضامن خواهد بود؛ ولی چنانچه پرستار به خواص دارو واقف بوده، عالماً عامداً آن را به بیمار بخوراند و باعث مرگ او گردد، شخصاً ضامن است.

پس هرگاه مسبب و مباشر با هم جمع شوند باید دید کدامیک اقوا و مؤثرتر است. اگر مباشر، مختار و عاقل باشد و به عمل خود و نتیجه آن التفات و توجه داشته باشد، ضامن و مسبب فاقد ضمان است؛ اما اگر مباشر صاحب اراده و شعور نباشد، مسبب ضامن خواهد بود، مانند آن که کسی حیوان خود را رها کند و حیوان با ورود در ملک غیر، خسارتی وارد سازد که در این صورت، صاحب حیوان (مسبب) ضامن خسارت است. اگر مباشر عاقل و مختار بوده، و به فعل خود نیز توجه داشته باشد، ولی به نتیجه آن آگاه نباشد، یعنی نداند عملش باعث تلف می‌شود، سه حالت قابل پیش‌بینی است:

1. مباشر، مغرور یا مکره نباشد که در این صورت به علت نادرست بودن عملش ضامن است؛ زیرا قاعده «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» اطلاق دارد و اعم از این است که مرتکب به نتیجه عمل واقف باشد یا نباشد و عدم علم، موجب عدم ضمان نیست.

2. مباشر مغرور و فریب خورده باشد؛ مانند پرستار جاهل بیمارستان در مثال قبل که علاوه بر قاعده تسبیب، بنا به قاعده «المغرور یرجع الی من غره» اگر خسارتی از پرستار بیمارستان ناشی شود، به غار یعنی فریب دهنده (طبیب) برمی‌گردد و آن را از او می‌گیرند.

3. مباشر مکره باشد. در این صورت مکره قطعاً ضمان ندارد مثلاً اگر کسی دیگری را اکراه کند که ثالثی را در چاه بیندازد، اکراه‌کننده ضامن است و بر مکره ضمانتی نیست؛ زیرا در اینجا مسبب از مباشر اقوا است و به خاطر فقدان اراده در فاعل، عمل مستقیماً به مسبب نسبت داده می‌شود. بنابراین، معیار، انتساب عمل است و عمل به هر کس منتسب باشد، او ضامن است. از این رو، ملاک ضمان فقط درجات بالای کره و اجبار نیست، بلکه همین که فاعل مرعوب و تحت تأثیر شدید اراده مسبب باشد عرفاً عمل منتسب به مسبب است.

### 3. چند مسأله

- مسأله 1. هرگاه شخصی خدمتگزار خود را وادار سازد که خانه دیگری را خراب کند، آمر که کارفرما است، ضامن است و بر مباشر مسئولیت و ضمانتی نیست. همچنین اگر فرمانده نظامی به پرسنل زیردست خود دستور تخریب مکانی را بدهد، فرمانده ضامن است و پرسنل ضامن نیستند. در اینگونه موارد، هر چند مباشر مکره واقعی نیست، یعنی چنان نیست که اراده‌اش به طور کلی سلب شده باشد، ولی چون عمل مستقیماً منتسب به مسبب است نه به مباشر، مسبب ضامن است؛ زیرا همان طور که گفته شد، معیار، انتساب عمل است، نه سلب واقعی اراده فاعل.

- مسأله 2. هرگاه شخصی طفل صغیری را که قادر به فرار نیست بگیرد و او را در محل عبور حیوان درنده‌ای قرار دهد و آن حیوان او را بدرد، ضامن است؛ زیرا مسبب از مباشر (حیوان) اقوا است؛ ولی اگر با فرد کبیری که قادر به فرار است چنین عملی کند، ضمان بر او نیست، زیرا مرگ مستند به عدم فرار است، نه به عمل مسبب.

- مسأله 3. هرگاه کسی گوسفندی را غضب کند و بره گوسفند بر اثر بی‌شیری بمیرد، ضامن این تلف کیست؟ همچنین اگر کسی چوپانی را حبس کند و در این حالت گرگ‌ها گوسفندهای چوپان را از بین ببرند آیا مرتکب حبس چوپان، ضامن خواهد بود؟

فقها در این گونه موارد به سه دسته تقسیم می‌شوند. گروهی عمل را باعث ضمان می‌دانند، گروه دیگر ضمان را محقق نمی‌دانند و گروه سوم، نظیر مرحوم محقق در شرایع، نظر قاطع و صریحی ابراز نمی‌کنند.

به نظر می‌رسد با توجه به روایاتی که قبلاً بیان گردید، چنانچه احراز گردد که تلف مال معلول فقدان حضور چوپان بوده، ضمان به عهده مسبب است، زیرا چنانچه چوپان محبوس نمی‌گردید، می‌توانست گله را محفوظ نگه دارد.

به علاوه، با توجه به موارد مسلم ضمان برای سبب که در شرع مقدس ذکر گردیده و الغای خصوصیت از موارد و اتخاذ وحدت ملاک و تنقیح مناط می‌توان بدون هر گونه قیاس، راه ثالثی پیدا کرد و آن این که هرگاه عملی از شخصی صادر گردد که منتهی به تلف مال یا نفس شود، و بین آن عمل و تلف حاصل، واسطه عاقل و مختاری موجود نباشد، در این صورت مسبب ضامن است.

– مسأله 4. در شرایع آمده است که اگر کسی در خانه دیگری را باز کند و در این حال سارقی بیاید و مال درون خانه را بدزد، شخصی هم خانه‌ای را به سارق نشان داده باشد، برای مسبب یعنی بازکننده در و نشان دهنده خانه ضمان وجود ندارد؛ زیرا بین فعل مسبب و تلف مال، عمل فاعل عاقلی واسطه شده است؛ یعنی سرقت از روی عمد و اختیار انجام گرفته و مباشر تأثیری کامل در انجام فعل داشته است. از این رو، به علت اینکه مباشر اقوا از سبب است، خود او ضامن خواهد بود، زیرا اتلاف به سبب اسناد داده نمی‌شود. در این مورد از نظر جزایی، مسبب معاونت در جرم کرده یعنی با نشان دادن خانه یا باز کردن در، وقوع سرقت را تسهیل کرده و قابل تعقیب و مجازات است و از نظر شرعی عنوان معاونت بر اثم بر وی صادق است و عند الله معاقب و قابل تعزیر است؛ اما از دیدگاه صرف حقوقی، ضمانتی برای مسبب در این مقام وجود ندارد.

– مسأله 5. هرگاه دو کشتی با یکدیگر تصادم کنند که منجر به هلاکت سرنشینان و تلف اموال موجود در آن‌ها گردد، چنانچه ناخدایان از روی قصد و عمد اقدام به چنین عملی کرده باشند، بی‌تردید هلاکت سرنشینان، قتل عمد محسوب و مطابق مقررات با آنان رفتار خواهد شد؛ ولی اگر حادثه مزبور، معلول فعل عمدی نباشد، بلکه ناشی از تقصیر و تفریط باشد، هر چند به علت عدم سوء نیت و عدم عنصر عمد، از نظر جزایی به عنوان مجرم عمدی قابل تعقیب نیستند، ولی به موجب قاعده تسبیب، ضمان محقق است و ضمان اموال و نفوس تلف شده بین آنان تقسیم می‌گردد و هر یک موظف به پرداخت نصف مجموع خسارات وارد است؛ اما چنانچه حادثه ناشی از فعل آنان و از روی تفریط نباشد، مثل اینکه معلول توفان و یا آفات سماوی پیش‌بینی نشده باشد، ضمانی وجود نخواهد داشت. بدیهی است چنانچه یکی از ناخدایان تفریط کرده و دیگری مقصر نباشد، ناخدایی که تفریط کرده ضامن است، مثل آن‌که یکی از دو کشتی در محل مجاز متوقف باشد و کشتی دیگر بدون رعایت احتیاط با او برخورد کند.

– مسأله 6. هرگاه کسی مالک حیوان رها شده را از حفظ آن یا صاحب خانه را از سکونت در خانه‌اش منع کند و در نتیجه، حیوان یا منزل تلف گردد، ضمان بر عهده چه کسی است؟ صاحب مختصر النافع معتقد است ضمان بر شخص مانع نیست؛ عمل مزبور غصب محسوب نمی‌گردد. ایشان در حالی که در تعریف غصب، استیلا بر مال و وضع ید را شرط دانسته، در مورد این مسأله به علت فقدان شرط، معتقد است که حکم ضمان منتفی است.

صاحب ریاض الاحکام در شرح و تحلیل متن فوق، ضمن انتقاد از نظر نویسندگان متن چنین می‌نویسد: ممکن است گفته شود که صرف عدم صدق غصب، دلیل بر این نیست که انتفای ضمان لازم آید، زیرا اسباب ضمان منحصر به غصب نیست و سزاوار بود نویسندگان متن، مسأله را به موردی اختصاص می‌داد که شخص جلوگیری‌کننده، سبب تلف نشده باشد، به این معنا که تلف منزل به طور اتفاقی رخ داده و معلول غیبت صاحب آن

نباشد و نیز مالک حیوان در حفظ و جلوگیری از تلف حیوان نقشی اصلی نداشته باشد؛ ولی چنانچه حفظ خانه متوقف بر سکونت مالک در آن یا حفظ حیوان متوقف بر مراقبت صاحب آن باشد، موجه آن است که آن شخص را ضامن بدانیم، زیرا مسبب قوی است و مباشر ضعیف. صاحب ریاض علاوه بر استدلال فوق، مورد را از مصادیق اضرار دانسته، با استناد به قاعده نفی ضرر به تحقق ضمان نظر داده است.

بعضی از فقیهان معاصر با دقت عقلی مبنی بر اینکه در تصور ضدین، وجود یکی نمی‌تواند مستند به عدم دیگری باشد و مورد فوق نیز از این قبیل است، بر صاحب ریاض ایراد کرده و استناد به قاعده نفی ضرر را نیز مخدوش دانسته‌اند. به نظر می‌رسد، معیار در صدق قاعده تسبیب، انتساب است و اینگونه عناصر از مفاهیم عرفی است و به کارگیری دقت‌های عقلی در آن فاقد منطق حقوقی است. به علاوه، جریان قاعده نفی ضرر با استدلالی که در آینده مطرح خواهیم کرد بلاشکال است.

#### 4. اتلاف منافع

مرحوم طباطبایی یزدی می‌گوید: هرگاه شخصی اجیر خاص دیگری شود، یعنی خود را اجیر دیگری سازد، بدین نحو که جمیع منافع او در مدت معین متعلق به مستأجر باشد، اجیر نمی‌تواند در آن مدت برای خود یا دیگری خواه تبرعا و خواه در مقابل عوض عملی انجام دهد که منافی با حق مستأجر باشد و چنانچه عمل منافی انجام دهد و از این رهگذر به منافع مستأجر خسارت وارد آید، مستأجر حق دارد اجاره خود را فسخ و اجرت المسمی را مطالبه کند و یا فسخ نکند و عوض منفعت فوت شده خویش را کلا یا جزئا از اجیر مطالبه کند. حال سؤال این است که آیا مستأجر می‌تواند از شخصی که اجیر برای او کار کرده عوض منافع خویش را مطالبه کند؟ به نظر ایشان خیر؛ اعم از آن که آن شخص عالم به حال باشد یا جاهل. دلیل این است که شخص اجیر موجب «اتلاف» منافع مستأجر شده است، نه آن شخص ثالث.

به نظر محقق یزدی، موردی که عمل شخص اجیر به درخواست شخص ثالث صورت گرفته باشد نیز همین حکم را دارد، زیرا در این فرض نیز مباشر اتلاف، شخص اجیر است.

نظر مخالف در فرض اخیر این است که هر چند مباشر اتلاف اجیر است، ولی با توجه به استیفای عمل توسط شخص ثالث و تحقق ضمان استیفا، می‌توان وی را در مقابل مستأجر مسئول دانست. طباطبایی یزدی در یک مورد مسئولیت شخص ثالث را می‌پذیرد و آن موردی است که «غرور» واقع شده باشد. مثالی که می‌توان برای فرض ایشان تصور کرد این است که شخص ثالث به طور دروغین به اجیر گفته باشد که مستأجر راضی به این عمل است و یا وی در آینده رضایت او را جلب خواهد کرد و یا اصولا این کار نیز بخشی از کار مستأجر است و از این رهگذر، اجیر را فریب داده باشد که در این صورت مستأجر می‌تواند به شخص ثالث مراجعه کند.

ایرادی که بر ایشان گرفته شده این است که در این مورد اجیر مغرور شده است، نه مستأجر و لذا در فرض تحقق غرور، اجیر می‌تواند مراجعه کند، نه مستأجر. به نظر می‌رسد مرحوم طباطبایی یزدی نمی‌خواهد از طریق قاعده غرور، شخص ثالث را در قبال مستأجر مسئول سازد، چرا که پرواضح است مستأجر توسط شخص ثالث مغرور نگشته است. به نظر ایشان در فرض مغرور شدن اجیر توسط شخص ثالث، رابطه سببیت و استناد ورود خسارت به منافع مستأجر با شخص ثالث محرز می‌گردد و از این رهگذر، مسئولیت او در مقابل مستأجر ثابت می‌شود.

#### 5. اجتماع اسباب

در موردی که سبب و مباشر هر دو در تحقق تلف حضور دارند و به اصطلاح مورد از مصادیق «اجتماع سبب و مباشر» است در آثار و متون فقهی صور بسیار ساده‌ای مطرح شده، ولی در متون حقوقی معاصر به علت رویدادهای متنوع به موارد پیچیده‌تری اشاره شده است. مثال فقها از این

قبیل است که اگر شخصی چاهی را بدون مجوز شرعی حفر کند و دیگری روی آن را بیوشاند و شخص ثالثی به درون چاه بیفتد، کدام یک از آن دو نفر ضامن است؟ در پاسخ به این سؤال، فقها نظریات گوناگونی داده‌اند که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

1. سبب مقدم در تأثیر ضامن است. مشهور بر آنند که سبب مقدم در تأثیر ضامن است که در مثال فوق، قرار دهنده سنگ است. البته این در صورتی است که عمل هر دو غیر مجاز باشد، اما چنانچه عمل یکی مجاز و عمل دیگری غیر مجاز باشد، متعدی یعنی شخص غیر مجاز ضامن است.

نکته قابل ذکر این است که اگر چه در این گونه مسائل، میان روش فقها با حقوقدانان معاصر وجوه مشترکی وجود دارد، ولی بی‌شک تفاوت‌های بسیار روشنی نیز موجود است. مثلاً دیده می‌شود بعضی از فقها می‌گویند به محض برخورد خسارت‌دیده با سنگ، واضع سنگ ضامن می‌شود، و حکم ضمان او در فرض شک استصحاب می‌گردد و گاهی استناد عرفی را ملاک می‌دانند و می‌گویند با توجه به این که واضع سنگ، اثر حفر چاه را به فعلیت رسانده عرفاً خسارت به او منتسب خواهد بود؛ حقوقدانان معاصر استناد عرفی را مورد خدشه قرار داده می‌گویند، «در جایی که هر دو قصد اتلاف و ایراد خسارت داشته‌اند چگونه می‌توان ادعا کرد که حفرکننده چاه در این اقدام دخالتی ندارد؟»

2. همه سبب‌ها ضامنند. کسانی از فقها که دلیل سبق در تأثیر را مخدوش می‌دانند به ضمان همه اسباب نظر داده‌اند. محقق حلی هر چند در آغاز سخن، نظریه اول (سبب مقدم در تأثیر) را می‌پذیرد، ولی در ادامه چنین می‌گوید: «چه بسا به نظر می‌رسد که هر دو ضامن باشند، زیرا تلف منحصر به یکی از آن‌ها نبوده است». صاحب جواهر در تحلیل نظر اخیر محقق حلی می‌افزاید: «و فرض آن است که هر دو متعدی بوده و دلیلی هم بر این که فقط سبب مقدم در تأثیر ضامن باشد وجود ندارد.»

این نظریه هر چند مخالف نظر مشهور است، ولی مورد پذیرش بعضی فقهای معاصر، از جمله مرحوم آیه الله خویی و نیز امام خمینی قرار گرفته است.

3. سبب مؤخر در وجود ضامن است. به موجب این نظریه، چنانچه اسباب متعدد هم زمان نباشند، سبب متأخر در وجود ضامن است. مثلاً اگر شخصی سنگی را در معبر عمومی قرار دهد، و پس از آن، شخص دیگری چاهی در کنار آن حفر کند و شخص ثالثی پایش به سنگ گیر کند و به درون چاه سقوط کند، حفرکننده چاه ضامن است.

استدلال این نظریه این است که سنگ بدون وجود چاه هیچ نقشی در سقوط ندارد و وجود چاه، سنگ را خطرناک کرده است. این استدلال درست عکس استدلال نظریه اول است که می‌گفت، قرار دهنده سنگ ضامن است، چون مقدم در تأثیر است، بدین معنا که خسارت‌دیده ابتدا با سنگ برخورد کرده و عمل او باعث شده که سبب دیگر (حفر چاه) نیز تأثیر کند.

4. سبب اقوا ضامن است. به موجب این نظریه، ملاک در ضمان، اقوا بودن در تسبیب است. درست همان گونه که در اجتماع سبب و مباشر، چنانچه سبب، اقوا از مباشر باشد، ضمان به عهده او خواهد بود، در اجتماع اسباب هم همین امر باید ملاک سنجش قرار گیرد. فاضل هندی در بیان این نظریه چنین می‌گوید: «اگر کسی در چاهی که در محل رفت و آمد مردم حفر شده چاقویی قرار دهد و کسی در چاه بیفتد و به سبب وجود چاقو جان خود را از دست بدهد، ضمان بر عهده کننده چاه است، زیرا او به منزله کسی است که مقتول را بر روی چاقو بیندازد». سپس اضافه می‌کند: «ولی می‌توان گفت که هر دو نفر مساوی در ضمان هستند، چون تلف منحصر از یک نفر صادر نشده است. نظر سومی نیز می‌توان ارائه کرد و آن این است که ضمان مختص به سبب اقوا باشد که در اینجا چاقوی برنده موجب قتل شده نه سقوط در چاه.»



با دقت در استدلال‌های ارائه شده به نظر می‌رسد که فتاوی فقها بیشتر به صورت قضایای خارجی و خاص صادر شده و هر یک حکم مثال و قضیه جزئی را بیان فرموده‌اند؛ ولی در قالب یک قاعده کلی می‌توان گفت: اقوا بودن در تسبیب بدون شک یک اصل است. بنابراین چنانچه این امر به گونه‌ای باشد که سایر اسباب را کان لم یکن سازد و موجب اقوا در استناد گردد و این امر برای دادگاه احراز شود، بی‌تردید دادگاه باید به مسئولیت و ضمان سبب اقوا حکم بدهد؛ درست مانند موردی که در اجتماع سبب و مباشر، سبب اقوای از مباشر است. ولی سخن در این است که اگر اقوا بودن احراز نشود و یا همه در تأثیر برابر باشند و یا اگر هم نابرابرند مؤثر بودن همه برای دادگاه محرز گردد، چه باید کرد؟ به نظر می‌رسد در موارد اسباب متعدد باید حکم به جمع ضمان داد و استدلال محقق حلی در این خصوص کاملاً قوی است؛ با این توضیح که فرض بر این است که همه متعددی و مؤثر در خسارت بوده‌اند و بر این که تقدم و یا تأخر در تأثیر موجب انحصار ضمان باشد، دلیلی در دست نیست. شاید در این مسأله بتوان در تقویت این نظریه به قاعده عدل و انصاف نیز استناد کرد، هر چند فقها به این قاعده اشاره‌ای نکرده‌اند.

### قاعده لا ضرر

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات و معاملات به آن استناد می‌شود، قاعده لا ضرر است که مستند بسیاری از مسائل فقهی محسوب می‌شود.

اهمیت قاعده مذکور به حدی است که بسیاری از فقها از گذشته دور در تألیفات و تقریرات خود رساله مستقلی را به آن اختصاص داده‌اند.

### 1. مستندات قاعده

#### الف) عقل

مهم‌ترین دلیل برای نفی ضرر و ضرار، منبع چهارم فقه یعنی عقل است. در واقع باید گفت که مدلول این قاعده جزء «مستقلات عقلیه» است که عبارتند از اموری که بدون حکم شرع خود عقل به آن‌ها می‌رسد.

علاوه بر عقل که به موازات ادله و مدارک دیگر بر حاکمیت و اعتبار قاعده لا ضرر گواهی می‌دهد، به شرح مندرج در قرآن مجید و مضمون روایاتی که در این باب وارد شده قاعده لا ضرر بر روابط و مناسبات بین مردم حاکم است.

#### ب) کتاب

در قرآن مجید آیاتی وجود دارند که با تصریح به واژه «ضرر» و مشتقاتش در موارد خاص، احکامی را ارائه کرده‌اند که از باب تعلیق حکم بر وصف، حاوی معنای عام هستند و «لا ضرر» را به صورت یک قاعده می‌توانند تثبیت کنند که در ادامه به ذکر چند نمونه از این آیات می‌پردازیم:

1. «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ»؛ یعنی هیچ مادری نباید به فرزندش ضرر برساند و نیز هیچ پدری نباید به فرزندش زیان بزند. طبق این آیه، از جمله مادران، نهی شده‌اند که با قطع شیر، موجب زیان و ضرر فرزند خود شوند.

2. «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»؛ یعنی نگاه ندارید آن زنان را تا تعدی کنید. در مورد این آیه توضیحی لازم است. ظاهراً گروهی از مردان، زنان خود را طلاق می‌گفتند و بعد به آن‌ها رجوع می‌کردند؛ البته نه به علت رغبتی که به آن‌ها داشتند، بلکه با نیت تجاوز و تعدی و گاه پایمال کردن حقوق مالی ناشی از زوجیت که به زنان تعلق می‌گرفت. قرآن کریم در این آیه مردان را از این عمل نهی کرده است. بر اساس تفسیری که

فاضل مقداد در کتاب کنز العرفان فی فقه القرآن از این آیه کرده، «ضَرَاراً لَتَعْتَدُوا» یعنی ضرر وارد آوردن بر زن و آزار رساندن به او تعدی از حدود الهی است؛ و به تعبیری ضرر رساندن به آن‌ها تعدی و تجاوز است، آن هم تعدی و تجاوز از حدود الهی.

3. «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ»؛ یعنی پس از وصیتی که بدان وصیت می‌شود یا دینی، «غیر ضرر رساننده». طبق این آیه، ترکه بعد از آن که مورد وصیت یا دین از آن خارج گردید بین ورثه تقسیم می‌شود، مشروط بر این که موصی زیان رساننده نباشد؛ یعنی وصیتی که در آن، موصی به ورثه ظلم نکرده و ضرر نزده باشد نافذ و لازم الاجرا است؛ چون چه بسا موصی به قصد اضرار به ورثه به دینی اقرار کند یا وصیتی ظالمانه کند و بدین وسیله ورثه را از میراث محروم سازد.

4. «وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ»، یعنی کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند؛ بدین معنا که کاتب و تنظیم‌کننده دین و معامله (سندنویس) نباید امری را که غیر واقع است بنویسد و هم چنین شاهد باید دقیقاً به چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد و چیزی از آن نکاهد.

### ج) روایات

در خصوص لا ضرر، روایات بسیار زیادی وارد شده که از فرط تعدد به صورت تواتر اجمالی درآمده‌اند؛ به این معنا که هر چند همه روایات مذکور به یک لفظ نیستند، ولی مضمون واحدی دارند. چون ذکر همه آنچه فقها و محدثان در باب قاعده لا ضرر به صورت روایت نقل کرده‌اند، غیر ممکن است، اجمالاً به ذکر شمه‌ای از آن‌ها می‌پردازیم.

معروف‌ترین حدیث در این مورد، مربوط به داستان سمره بن جندب است که در ذیل آن، جمله «لا ضرر و لا ضرار» دیده می‌شود. این داستان به طرق گوناگون نقل شده و مشایخ ثلاثه که تدوین کنندگان کتب اربعه شیعه هستند نیز آن را نقل کرده‌اند. این سه بزرگوار که به محمدون ثلاثه مشهورند با اختلافات جزئی داستان سمره را در کتب خود آورده‌اند. سمره حسب آنچه در کتب فقها و محدثان آمده و به ویژه بنا به نوشته مرحوم ممقانی در کتاب رجال و ابن ابی الحدید در شرح نهج البلاغه، مرد بسیار بدی بوده و از دشمنان سرسخت اهل بیت (علیه السلام) به شمار می‌رفته و اکاذیب زیادی در جهت مخدوش ساختن چهره‌های اسلامی جعل کرده است. ابن ابی الحدید در مورد وی می‌نویسد: معاویه هزار درهم به سمره داد تا از رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) نقل کند که آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَاللَّهُ رَؤُفٌ بِالْعِبَادِ» (بقره، 207): و از مردم است آن که بفروشد خود را در راه به دست آوردن خشنودی خدا و خداوند به بندگان مهربان است) که درباره علی بن ابی طالب (علیه السلام) نازل شده، مربوط به ابن ملجم مرادی است و آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ» در مورد علی (علیه السلام) بوده است (بقره، 204): و از مردم است آن که گفتارش تو را به شگفت وامیدارد در زندگانی دنیا. و خدا را بر آنچه در دل دارد گواه گیرد در حالی که او سخت‌ترین دشمنان است). وی نخست نپذیرفت، ولی وقتی معاویه بر مبلغ افزود تا به چهار هزار درهم رسید. آنگاه سمره پذیرفت و به جمع مردم رفت و روایت را جعل کرد و به مردم ابراز داشت.

طبری در مورد وی می‌گوید: زیاد بن ابیه، ولایت بصره را به سمره داد و او برای تحکیم حکومت بنی امیه، هشت هزار نفر از مردم آنجا را به قتل رسانید. وقتی از او پرسیدند آیا از خدا نمی‌ترسی که اگر یک نفر از این عده، بی‌گناه باشد چه عقوبتی خواهد داشت؟ او پاسخ داد: اگر چنین هم باشد، ترسی ندارم! نیز طبری و ابن اثیر نقل می‌کنند که سمره گفت به خدا قسم اگر به همان اندازه که از معاویه اطاعت می‌کنم از خدا اطاعت کنم، خداوند هیچ‌گاه مرا عقوبت نمی‌کند.

مرحوم کلینی در کتاب کافی از ابن مسکان از زرارہ نقل می‌کند که امام باقر (علیه السلام) فرموده است: در زمان رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) سمره بن جندب در جوار خانه مردی از انصار، درخت خرمايي داشت که راه رسیدن به آن از داخل ملک آن مرد انصاری می‌گذشت. سمره برای سرکشی به آن درخت و انجام امور آن بارها سرزده وارد ملک مرد انصاری می‌شد و بدین ترتیب باعث مزاحمت خانواده او می‌گردید تا این که عرصه بر صاحبخانه تنگ شد و به سمره گفت تو بدون اعلام و اطلاع وارد منزل من می‌شوی، در حالی که ممکن است اعضای خانواده‌ام در وضعیتی باشند که تو نباید آن‌ها را ببینی. از این رو، بعد از این، هنگام عبور اعلام کن و اجازه بخواه، تا اهل خانه‌ام مطلع باشند. سمره گفت من از میان خانه تو به سوی باغ خودم می‌روم و چون حق عبور دارم لزومی به اعلام و اخذ اجازه نمی‌بینم. مرد انصاری مجبور شد به رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) شکایت کند. حضرت (صلی الله علیه و آله و سلم) به سمره گفت بعد از این به هنگام عبور، حضور خودت را اعلام کن. سمره گفت این کار را نخواهم کرد. حضرت (صلی الله علیه و آله و سلم) گفت از این درخت دست بردار و به ازای آن درخت دیگری با این اوصاف به تو می‌دهم. سمره قبول نکرد. آنگاه حضرت (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمود در مقابل آن درخت، ده درخت بگیر و دست از آن بردار و سمره باز هم قبول نکرد. پس حضرت (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمود دست از درخت بردار و به جایش در بهشت یک درخت خرما به تو خواهم داد؛ اما آن ملعون این بار هم نپذیرفت تا این که رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمود: «انک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار علی مؤمن»؛ یعنی تو مرد ضررزننده‌ای هستی، و به مؤمن کسی نباید ضرر بزنی. بعد از آن دستور داد آن درخت را کنند و نزد سمره انداختند. این روایت با اندکی اختلاف به گونه‌ای دیگر نیز نقل شده است؛ مثلاً به این صورت که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به مرد انصاری فرمود: «اذهب فاقبلها وارم بها الیه فانّه لا ضرر و لا ضرار»؛ یعنی برو و آن را از جا بکن و به نزد او انداز، زیرا ضرر و ضراری وجود ندارد.

این دو روایت مربوط به یک داستان است که به طرق مختلف نقل گردیده است. فرق این دو روایت این است که در روایت اول، عبارت «علی مؤمن» وجود دارد و در دومی وجود ندارد. در بعضی از اسناد، جمله «فی الاسلام» نیز آمده است. وصول روایات با تعبیرهای مختلف ناشی از نقل به معنا است، ولی مضمون قاعده لا ضرر به حال خود محفوظ است.

جمله لا ضرر و لا ضرار در ذیل روایات گوناگونی دیده می‌شود که از جمله، ذیل روایت شفعه است که مرحوم کلینی از عقبه بن خالد و او از حضرت صادق (علیه السلام) نقل کرده که آن حضرت (علیه السلام) فرمود: «و قضی رسول الله بالشفعه بین الشركاء فی الأرضین و المساکین و قال: لا ضرر و لا ضرار»، یعنی حضرت رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) در مورد شفعه بین شرکا در زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود لا ضرر و لا ضرار.

از این حدیث معلوم می‌شود که علت و حکمت اعتبار حق شفعه در حقوق اسلامی برای شریک همان لزوم نفی ضرر و ضرار است؛ زیرا انسان به هر شریکی راضی نیست. این سخن در اموال مشاعی که قابل قسمت باشد، قبل از تقسیم مصداق دارد و لذا بعد از افراز و تقسیم، دیگر حق شفعه مطرح نیست. در دنباله حدیث، پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) می‌فرماید: «اذا رقت الارف و حدت الحدود فلا شفعه»؛ یعنی اگر در زمین علامت گذاشته شد، و حدود مالکیت‌ها تعیین گردید، دیگر شفعه‌ای در کار نیست.

حدیث دیگر، روایت دعائم الاسلام است از حضرت صادق (علیه السلام) بدین شرح: از حضرت (علیه السلام) پرسیده شد دیواری بین دو خانه حفاصل و ساتر بوده که خراب شده و مالک دیوار حاضر نیست آن را دوباره بنا کند. آیا به درخواست همسایه مجاور می‌توان مالک دیوار را به

تجدید بنای دیوار ملزم ساخت؟ حضرت (علیه السلام) پرسید، آیا مالک بنا بر حق یا شرطی متعهد به این کار است؟ و چون پاسخ منفی داده شد، فرمود: چنین الزامی وجود ندارد و همسایه مجاور می‌تواند به منظور ایجاد ساتر برای ملک خود، دیوار را دوباره به هزینه خودش بسازد. در همین مورد از حضرت صادق (علیه السلام) پرسیده شد در چنین فرضی بدون این که دیوار خود به خود خراب شود، آیا مالک دیوار بدون هر گونه ضرورتی حق دارد به منظور اضرار به همسایه، آن را خراب کند؟ حضرت (علیه السلام) فرمود: چنین حقی ندارد، زیرا بنا به فرموده رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) لا ضرر و لا ضرار.

در روایاتی که نقل شد به نوعی، جمله «لا ضرر و لا ضرار» به چشم می‌خورد. باید دانست روایات دیگری نیز از ائمه اطهار (علیه السلام) نقل شده‌اند که هر چند در آن‌ها جمله فوق‌الذکر نیامده، ولی روایت از نظر معنا و مدلول بر آن استوار است. مثلاً صاحب کافی از هارون بن حمزه غنوی از حضرت صادق (علیه السلام) روایتی بدین نحو نقل کرده است که شخصی شتر مریضی را به قیمتی کم می‌خرد تا بکشد و از گوشت و پوستش استفاده کند، اما شخصی می‌آید و پوست و سر شتر را از خریدار می‌خرد و بعد از آن اتفاقاً شتر سلامتی خود را بازمی‌یابد و در نتیجه قیمتش بالا می‌رود و شخص ثالث پوست و سر شتر را مطالبه می‌کند. در این مورد امام (علیه السلام) فرمود: مقدار ترقی قیمت پوست و سر شتر را به مبلغ پرداختی ثالث اضافه کرده به او بدهند و سپس فرمود مشتری حق ندارد نحر شتر و تسلیم سر و پوست آن را مطالبه کند؛ زیرا این درخواست موجب اضرار خریدار شتر می‌گردد.

به موجب روایت دیگری که مرحوم کلینی نقل کرده: شخصی به نام محمد بن حسین می‌گوید: به حضرت ابی محمد (علیه السلام) نوشتم که شخصی قناتی دارد و دیگری در جوار او قصد حفر قنات دارد. با توجه به وضعیت محل چه مقدار باید رعایت حریم کند که به صاحب قنات دیگر ضرر نرساند. حضرت (علیه السلام) در پاسخ نوشت: «علی حسب ان لا تضرّ إحداهما بالآخری»، یعنی به گونه‌ای که یکی به دیگری ضرر نرساند. از سؤال و پاسخ معلوم است که در ذهن سؤال‌کننده لزوم عدم اضرار به غیر، جزء باورش بوده و به همین علت می‌پرسد چقدر فاصله بگیرد که موجب ضرر دیگری نشود؟ یعنی سؤال از اصل حکم نیست که آیا عمل می‌تواند موجب اضرار باشد یا خیر، بلکه فقط می‌پرسد چه مقدار باید فاصله بگیرد؟ و به عبارت دیگر، شبهه، حکمیه نیست، بلکه مصداقیه است. منشأ این سابقه ذهنی، متداول بودن مفهوم عدم جواز اضرار در عرف جامعه بوده؛ یعنی عقلای جامعه بر اعتبار این اصل عقلی مهر تأیید زده بوده‌اند و سؤال‌کننده نیز به عنوان یکی از آحاد جامعه، به متابعت از این مفهوم و اعتقاد تثبیت شده به طرح سؤال پرداخته است. البته ممکن است این مفهوم، ریشه شرعی نیز داشته باشد.

روایت دیگر در وسائل الشیعه آمده و شرحش این است: راوی می‌گوید به حضرت ابی جعفر (علیه السلام) در خصوص شخصی نوشتم که در پایین نهری آسیابی دارد. نهر متعلق به قریه‌ای است و صاحب قریه تصمیم به تغییر مسیر نهر می‌گیرد و بدین ترتیب، آب آسیاب قطع می‌شود. آیا صاحب قریه (صاحب آب) حق دارد چنین کند؟ امام (علیه السلام) در پاسخ نوشته است: از خدا بپرهیزد و به نیکی رفتار کند و به برادر مؤمن خود ضرر نرساند.

روایت دیگر نیز در وسائل الشیعه است، بدین مضمون که شیخ صدوق از رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) روایت می‌کند که پرسیده شد اگر شخصی به زن خود ضرری برساند تا با تسلیم مال درخواست طلاق کند، حکم قضیه چیست؟ حضرت (علیه السلام) فرمود: خدا در مورد چنین کسی جز به آتش، عقوبت دیگری نمی‌دهد و اضافه فرمود کسی که به مسلمانی ضرر برساند، از ما نیست و ما هم در دنیا و آخرت از او نیستیم.

فخر المحققین در کتاب ایضاح الفوائد فی شرح القواعد در باب رهن، ادعای تواتر این گونه احادیث را می‌کند و شیخ حر عاملی در کتاب وسائل الشیعة بابتی به نام باب «انه لا يجوز الاضرار بالمؤمن» ترتیب داده و تعدادی از احادیث را همان جا نقل کرده و تعدادی دیگر را در ابواب احیای موات و شفعه و سایر ابواب نقل کرده است.

## 2. معنای ضرر و ضرار

در مورد «ضرر»، اهل لغت معانی مختلفی ذکر کرده‌اند که در ادامه به مواردی از آن‌ها اشاره می‌شود:

- صحاح اللغة ضرر را خلاف نفع می‌داند.
- صاحب قاموس علاوه بر آن، معنای سوء حال را هم آورده است.
- نهاییه ابن اثیر و مجمع البحرین ضرر را نقص در حق دانسته‌اند.
- مصباح المنیر ضرر را به معنای عمل ناپسند نسبت به یک شخص یا نقص در اعیان می‌گیرد.
- در مفردات راغب اصفهانی، ضرر به سوء حال معنا شده، اعم از سوء حال نفس به خاطر قلت علم و فضل یا سوء حال بدن به خاطر فقدان عضوی از اعضا و یا به خاطر قلت مال و آبرو.

اختلاف نظر بین اهل لغت، به علت استعمالات مختلف کلمه ضرر امری طبیعی است، ولی این اختلاف به فقه نیز سرایت کرده و موجب اختلاف آرای فقهی شده است.

نایینی معتقد است ضرر عبارت است از هر نقصان در مال یا آبرو یا جان فرد دیگر؛ ولی در مورد نفس و مال کلمه «ضرر» استعمال می‌شود، اما در مورد فقدان احترام و آبرو، کلمه ضرر کمتر استعمال می‌شود. مثلاً گفته می‌شود: فلان شخص در آن معامله ضرر کرد، یا دارویی که مصرف کرد مضر بود یا برایش ضرر داشت؛ ولی اگر کسی از دیگری هتک آبرو بکند اصطلاحاً گفته نمی‌شود که به او ضرر زده است. به نظر امام خمینی (قدس سره) ضرر به معنای ضد نفع و مقابل نفع است.

کلمه «ضرار» نیز دارای معانی مختلفی است. ضرار بر وزن فعال مصدر باب مفاعله است. باب مفاعله دلالت بر اعمال طرفینی می‌کند. پس ضرار که مصدر باب مفاعله است مبین امکان ورود ضرر بر دو جانب است، بر خلاف «ضرر» که همیشه از یک طرف علیه طرف دیگر وارد می‌شود. با توجه به قید طرفینی بودن، برای ضرار معانی مختلفی پیشنهاد شده است:

معنای اول ضرار، مجازات بر ضرری است که از جانب دیگری به انسان می‌رسد و معنای دوم، ضرر رساندن متقابل دو نفر است به یکدیگر. قول سوم این است که ضرر در مواردی است که شخصی به دیگری ضرر می‌رساند تا خودش منتفع گردد و ضرار در موردی است که با ضرر رسانیدن به دیگری، نفعی عاید شخص نشود. بنابر قول چهارم ضرر و ضرار دارای معنای واحد هستند. این چهار معنا در نهاییه ابن اثیر هم دیده می‌شود. صاحب قاموس، معنای پنجمی برای ضرار آورده و آن را معادل «ضیق» گرفته است.

در معنای ششم، ضرار به معنای اضرار عمدی و ضرر مشتمل بر اضرار عمدی و غیر عمدی است و چنانچه در مقابل هم قرار گیرند، ضرر، زیان زدن غیر ارادی است و ضرار، زیان زدن ارادی. مرحوم محقق نایینی ظاهراً این معنا را پذیرفته است. امام خمینی در کتاب الرسائل، در تحت عنوان فوق، فرق بین ضرر و ضرار را چنین بیان کرده است:

غالب استعمالات ضرر و مشتقات آن مالی یا نفسی است، ولی کاربرد ضرار و مشتقاتش در تزییق، اهمال، حرج، سختی و کلفت شایع و رایج است. پس ضرار به معنای اخیر غلبه دارد. در قرآن مجید هم هر جا کلمه ضرر استعمال شده به معنای ضرر مالی و جانی آمده است؛ ولی هر جا کلمه ضرار آمده به معنای تزییق و ایصال حرج است؛ مانند آیه شریفه «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا» و آیه نازل در خصوص مسجد ضرار: «وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ». توبه، 107: آنان که برگرفتند مسجدی تا بیبازارند و کفر بورزند و میان مؤمنان جدایی افکنند، کمین گاهی برای آنان که با خدا و پیغمبرش نبرد کردند از پیش و همانا سوگند خوردند نخواستیم جز نیکوکاری و خدا گواه است که آنان دروغگویانند. شأن نزول آیه فوق این است که دوازده نفر از منافقان که در رأس آنها ثعلب بن حاطب و ودیعه بن ثابت بودند به سفارش ابو عامر راهب می خواستند در مقابل مسجد قبا در مدینه مسجدی بنا کنند و پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) را دعوت کنند که در آن مسجد نماز افتتاحیه بخواند و در واقع قصد داشتند مسجد قبا را از اعتبار بیندازند. ابو عامر راهب از اشراف خزرج بود که قبل از هجرت پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به مدینه، همیشه در نعت و منقبت رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) تبلیغ می کرد تا این که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به مدینه هجرت فرمود؛ اما زمانی که مردم به پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) رو آوردند موجب حسد ابو عامر شد؛ به طوری که رسالت آن حضرت (صلی الله علیه و آله و سلم) را انکار کرد و پس از غزوه بدر از مدینه گریخت و به کفار مکه پیوست و پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به او لقب فاسق داد. پس از غزوه احد و حنین، راهب که در گروه مشرکان علیه مسلمانان مبارزه می کرد از مکه گریخت و نزد هرقل پادشاه روم رفت تا لشکری گرد آورد و به جنگ اسلام بیاید.

وی در این زمان به یارانش در مدینه دستور داد مسجدی در مقابل مسجد پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) برایش بنا کنند تا وقتی که به مدینه بازمی گردد، در آن افاده علوم کند. وقتی مسجد ساخته شد منافقان از پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) خواستند در مسجد نماز بخواند. آن وقت پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) عازم غزوه تبوک بود و فرمود پس از بازگشت در آن مسجد نماز خواهد خواند. هنگام بازگشت نیز این درخواست تکرار شد، ولی با نزول آیه شریفه فوق الذکر رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) دستور داد آن مسجد را آتش بزنند و نابود کنند. در این آیه، ضرار معنای نفسی یا مالی نمی دهد. امام خمینی (قدس سره) در این مورد فرموده است: منافقان قصد نداشتند مالی را تلف کنند یا صدمه بدنی به کسی بزنند، بلکه فقط می خواستند ابو عامر را در آن مستقر کنند و عقاید مسلمانان را مشوش سازند و آن ها را به زیان تفرقه و نفاق و مکروه روحی گرفتار کنند و رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) برای قلع ماده فساد، دستور داد مسجد مزبور را بسوزانند و از بین ببرند. ایشان در همین مورد به آیه 231 از سوره بقره هم تمسک می کنند که می فرماید: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» یعنی وقتی زنان خود را طلاق دادید، اگر واقعا نمی خواهید با آنان زندگانی کنید، صرفاً به منظور رنج دادن و در فشار گذاشتن به آن ها رجوع نکنید که باز در اینجا کلمه ضرار به معنای در فشار و مضیقه و مکروه روحی قرار دادن است، و معادل زیان مالی و جانی نیست؛ زیرا گروهی که آیه شریفه متوجه آن ها است به زیان خود ضرر مادی و بدنی وارد نمی ساختند، بلکه در عده رجوع می کردند و دوباره طلاق می دادند تا آن ها را در فشار و مضیقه طولانی شدن مدت عده قرار دهند. همچنین به آیه 6 از سوره طلاق استناد شده که می فرماید: «وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ»، یعنی با اسکان دادن زنان در مکان تنگ و کوچک، زمانی که آن ها را طلاق داده اید (در عده رجعی) آنان را به رنج و سختی گرفتار نکنید تا به علت مضیقه مسکن مجبور شوند از منزل شما خارج گردند. در این آیه هم ضرار به معنای سختی و معیشت استعمال گردیده است. از اینجا، امام (قدس سره) نتیجه

می‌گیرند که کلمه ضرر در حدیث سمره بن جندب به مفهوم نقص در مال و جان، و ضرار به معنای تضییق و تشدید به کار رفته است؛ چرا که در داستان سمره، «ضرار» متوجه مرد انصاری بود، یعنی در واقع تشدید و حرج و سختی متوجه او بود، زیرا سمره بدون اطلاع و سرزده، وارد خانه مرد انصاری می‌شد و این طرز رفتار باعث گردیده بود که آسایش از خانواده آن مرد سلب شود و به سختی بیفتد.

نتیجه این که در اینجا ضرار به معنای ضرر نیست و نیز معنای اصرار و پافشاری بر ضرر و مباشرت بر ضرر و یا مجازات بر ضرر - که گروهی معنا کرده‌اند - نمی‌دهد؛ زیرا پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) فرموده بود: «أَنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ»، و «مضارٌّ» اسم فاعل از باب مفاعله و هم خانواده واژه ضرار است.

- نظریه مورد اختیار در معنای ضرر و ضرار

بررسی موارد استعمال واژه‌های ضرر و ضرار در منابع اسلامی نشان می‌دهد که «ضرر» شامل کلیه خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری است، ولی «ضرار» مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوء استفاده از حق» تعبیر می‌شود. رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) سمره را «مضارٌّ» خواند، و ناگفته پیدا است که وی با استفاده از حق خود می‌خواست به صاحب منزل زیان وارد سازد.

### 3. معنای «لا» در قاعده لا ضرر

اصولاً «لا» در معنای حقیقی خود برای نفی جنس به کار می‌رود و بر سر هر جمله‌ای که بیاید دلالت دارد که مدخول لا - یعنی آنچه بعد از «لا» قرار می‌گیرد - به کلی در عالم خارج وجود ندارد. به طور مثال، «لا رجل فی الدار» یعنی هیچ مردی در خانه نیست. «لا» در جمله مذکور، امکان وجود هر مردی را در منزل نفی می‌کند و از این جمله، شنونده در می‌یابد که قطعاً هیچ مردی در منزل نیست.

حال باید دید وقتی گفته می‌شود: «لا ضرر و لا ضرار» آیا مفهوم و معنایش این است که پس از گرویدن مردم به اسلام، دیگر به طور خارجی و عینی میان آنان ضرر وجود ندارد؟ به طور قطع چنین برداشتی از جمله نادرست است؛ زیرا به رأی العین می‌بینیم که در عالم خارج میان مسلمانان ضرر وجود دارد و ابنای بشر به انحای گوناگون هر روز منشأ ایراد ضرر به یکدیگر می‌شوند. وانگهی اگر از جمله بالا چنین برداشت شود که ضرر در عالم خارج وجود ندارد، این موضوع چه ارتباطی به شارع پیدا می‌کند. شارع چه وظیفه‌ای دارد که خارجیات را توصیف کند؟ و اصولاً فلسفه صدور آنچه می‌تواند باشد؟ با بروز این گونه اشکالات، فقها تلاش کرده‌اند ابعاد و زوایای گوناگون «لا» ی مذکور در حدیث را به گونه‌ای تفسیر و تعبیر کنند که اقرب به نظر شارع باشد. برای تسهیل فهم مطلب، پنج نظریه مشهور را که در این باره وجود دارد، به اختصار مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### الف) نظریه مرحوم شیخ مرتضی انصاری

شیخ انصاری هم در کتاب رسائل و هم در رساله مخصوصی که در مورد لا ضرر تنظیم فرموده این قاعده را بررسی کرده است. نظر مرحوم شیخ به طور خلاصه این است که چون ضرر واقعا در خارج وجود دارد، بنابراین لازم می‌آید که «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار، «لای» نفی جنس حقیقی نباشد. پس باید جمله را این طور تعبیر کنیم که:

«لا ضرر ... فی الاسلام» یعنی «لا حکم ضرری فی الاسلام»، بدین معنا که واژه «حکم» را در تقدیر گرفته و بگوییم منظور رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) این است که حکم ضرری در دین اسلام نیست. به عبارت دیگر، هر حکمی که از ناحیه شارع صادر گردد، اگر مستلزم ضرر

باشد یا از اجرای آن ضرری برای مردم حاصل شود، طبق قاعده لا ضرر برداشته می‌شود. مثلاً در مورد کسی که آب برایش ضرر داشته باشد، وجوب وضو به موجب قاعده لا ضرر برداشته می‌شود یا در معامله غبنی یعنی معامله‌ای که احد از متعاملین مغبون می‌گردد، اگر بیع لازم باشد، حکم لزوم باعث ضرر بر مغبون است که در اینجا طبق قاعده لا ضرر، حکم لزوم به منظور جلوگیری از ورود خسارت به مغبون برداشته می‌شود و در حالی که معامله به قوت خود باقی است، شخص مغبون خیار فسخ خواهد داشت.

همان گونه که ملاحظه می‌شود، مرحوم شیخ «لا» را در جمله لا ضرر و لا ضرار، «لای» نفی جنس محسوب کرده است. النهایه آنچه مدخول «لا» است، مورد نفی قرار نگرفته، بلکه حکمی که در جمله مقرر بوده، برداشته شده است. پس به نظر مرحوم شیخ «لا» در معنای حقیقی استعمال گردیده، ولی معتقد است کلمه «حکم» در جمله به تقدیر گرفته شده و محذوف است و از این حیث، مرتکب مجاز شده است. مقصود ایشان این است که چون حکم ضرری در اسلام وجود ندارد، پس اصولاً در اسلام ضرر موجود نیست؛ چون اگر حکم ضرری وجود داشته باشد، این حکم سبب برای ضرر است و ضرر در اینجا مسبب است و حال که حکم (سبب) نیست، پس مسبب (ضرر) هم تحقق پیدا نمی‌کند.

(ب) نظریه مرحوم محقق خراسانی

محقق خراسانی هم در کفایه و هم در حاشیه بر رسائل نظریه خود را ابراز داشته که تا اندازه‌ای با نظریه مرحوم شیخ اختلاف دارد. به نظر ایشان در جمله لا ضرر، نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع که نظایر آن در اخبار و حتی در آیات قرآن مجید زیاد است. مثلاً در اخبار وارد شده است که «لا شک لکنثیر الشک»، یعنی کسی که زیاد شک می‌کند، شک او شک نیست. به عبارت دیگر، موضوعاتی که دارای احکامی هستند، اگر عناوین اولیه آن‌ها باعث ضرر بشوند، حکمشان برداشته می‌شود. مثلاً وقتی می‌گوییم وضو واجب است در اینجا وضو، «موضوع» و وجوب، «حکم» است یا وقتی گفته می‌شود بیع لازم است، بیع، موضوع و لزوم، حکم است. محقق خراسانی می‌گوید: موضوعات مانند بیع و وضو احکامی دارند، نظیر وجوب و لزوم که این احکام به صورت عناوین اولیه بر آن موضوعات مترتب شده‌اند. حال اگر موضوعات موجب ضرر باشند، احکام آن‌ها برداشته می‌شوند. مثلاً اگر بیع باعث ضرر گردد، حکمش که لزوم است برداشته می‌شود و اگر وضو موجب ضرر گردد، حکمش که وجوب است، برداشته می‌شود. بنابراین در کلام پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع. فرق بین نظریه مرحوم شیخ انصاری و مرحوم محقق خراسانی این است که در نظریه مرحوم محقق خراسانی آنچه برداشته شده است، متعلق حکم و به عبارت دیگر، خود موضوع است، هر چند به انگیزه نفی حکم؛ ولی در نظریه شیخ، حکم مستقیماً برداشته می‌شود.

ثمره بحث در آنجا معلوم می‌شود که موضوع ضرری نباشد، ولی حکم ضرری باشد که در این صورت، بنا بر نظریه مرحوم محقق خراسانی، قاعده لا ضرر شامل مورد نیست؛ زیرا خود موضوع باعث ضرر نیست تا حکمش برداشته شود، ولی طبق نظریه مرحوم شیخ اگر خود حکم صادر شده از ناحیه شارع موجب ضرر باشد، آن حکم برداشته می‌شود. مثلاً در معامله غبنی، به نظر مرحوم محقق خراسانی چون خود معامله موجب ضرر نیست، بلکه لزوم آن موجب ضرر است، مشمول قاعده لا ضرر نیست؛ ولی برعکس در مثال وضو، موجب ضرر، خود موضوع، یعنی خود وضو و تماس آب با بدن است نه وجوب وضو که حکم است و بنابراین مشمول قاعده لا ضرر می‌شود؛ در حالی که بنا بر نظریه مرحوم شیخ، قاعده لا ضرر بر بیع ضرری قابل انطباق است. (به نظر شیخ انصاری، قوی‌ترین دلیلی که برای اثبات خیار غبن توسط علامه در تذکره و دیگران، ذکر گردیده، قاعده لا ضرر و لا ضرار است. البته گفتار علامه مورد نقد و ایراد ایشان و دیگران قرار گرفته است)



## ج) نظریه مرحوم شریعت اصفهانی

به نظر ایشان «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار بر خلاف موارد رایج که به صورت حقیقی مورد استعمال قرار می‌گیرد و دلالت بر نفی می‌کند، در واقع به معنای مجازی استعمال گردیده و در مقام نهی است. ایشان معتقد است در کتاب و سنت نظایر و اشباه این مورد زیاد وجود دارد که کلمه «لا» به معنای نهی استعمال شده است؛ مانند آن که قرآن می‌فرماید: «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ»، که به معنای نهی از بدکاری و آمیزش با زنان و ستیزه‌جویی در حج است. یا در آیه دیگر آمده است: «فَإِنَّ لَكَ فِي الْحَيَاةِ أَنْ تَقُولَ لَا مِسْأَسَ» که خطاب به سامری است و می‌فرماید: در تمام ایام زندگی خود به کسانی که نزدت می‌آیند می‌گویی با من تماس مگیر. همچنین در روایات از پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) است که فرموده‌اند: «لا حمی فی الاسلام» یعنی در اسلام قرق نیست و این دستور به آن سبب داده شده که افراد توانگر مراتع را می‌گرفتند و قرقگاه خود قرار می‌دادند و بقیه مردم را محروم می‌کردند. باز به موجب روایت دیگر، رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) در مورد روزه سکوت فرموده است: «لا صمت یوم الی اللیل». توضیح مطلب این است که در زمان جاهلیت مرسوم بوده که مردم روزه سکوت می‌گرفتند و از بامداد تا شامگاه دم فرو می‌بستند و سخن نمی‌گفتند. رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) به شرح فوق این رویه را ممنوع و منسوخ اعلام کرد. در حدیث دیگری پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) فرموده است: «لا طاعة لمخلوق فی معصية الخالق»، یعنی هیچ کس نباید در اطاعت از مخلوق، مرتکب معصیت نسبت به خالق شود.

پس به موجب نظر مرحوم اصفهانی، «لا» به معنای نهی استعمال شده است و ایشان موارد فوق الذکر را به عنوان نمونه‌هایی در توجیه نظر خود بیان فرموده است. اما بر نظر ایشان اشکالاتی وارد گردیده است، از جمله این که در علم نحو استعمال «لا» در جمله اسمیه به معنای نهی بر خلاف فصاحت است؛ زیرا معنی حقیقی «لا» نفی است و به همین معنا باید استعمال شود، مثل جمله «لا اله الا الله» که «لا» در این جمله وجود هر خدایی غیر از خدای یکتا را نفی کرده است.

## د) نظریه مرحوم نراقی

خلاصه نظر ایشان به این شرح است: استعمال «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار در معنای اصلی است با این قید که مقصود از ضرر، ضرر غیر متدارک است؛ یعنی ضرر غیر متدارک در اسلام وجود ندارد. مرحوم نراقی می‌گوید: شارع مقدس با این حکم، افراد را ملزم به جبران ضرر کرده است، یعنی هر کس که موجب ضرر و زیانی نسبت به غیر بشود، باید آن را جبران و تدارک کند و در نظر شارع موردی نیست که کسی به دیگری ضرر برساند و ملزم به جبران آن نباشد و به تعبیری، ضرر تدارک نشده یا غیر متدارک که ترتیب جبران آن داده نشود در اسلام وجود ندارد. در تشریح این نظر چنین گفته‌اند: از آنجا که شارع مقدس، ضرر غیر متدارک را جایز نمی‌داند، در حقیقت در عالم تشریح ضرر غیر متدارک را نفی کرده و آن را به منزله معدوم به حساب آورده است. بنا بر نظریه مرحوم نراقی، اضرار به غیر یکی از اسباب ضمان است؛ همانند اتلاف، تسبیب، غضب، و غرور. اما بر نظریه مرحوم نراقی نیز اشکالاتی وارد شده است. مخالفان می‌گویند: «لا» در جمله به معنای نفی که معنای حقیقی آن است استعمال شده و این سخن وقتی درست است که ضرر در خارج حقیقتاً از طرف ضررزنندگان تدارک شده باشد تا بتوانیم بگوییم ضرر غیر متدارک در خارج نیست، نه این که از حکم شارع به وجوب تدارک ضرر نتیجه بگیریم که در خارج ضرر غیر متدارک وجود ندارد. به علاوه، حکم شارع به وجوب تدارک و جبران ضرر، سبب نمی‌شود که وجود ضرر در خارج نفی گردد. مثلاً حکم شارع به این که سارق ضامن جبران خسارت صاحب مال است باعث نمی‌شود که بگوییم در خارج برای صاحب مال زیان و خسارتی نیست. البته جبران خارجی باعث می‌شود که بگوییم

ضرر تدارک شده است. به عبارت دیگر، هر چند تدارک خارجی باعث جبران خسارت است، ولی معنایش این نیست که ضرر در خارج وجود نداشته است، مانند ضرر ناشی از ورود مال التجاره از سوی یک تاجر که باعث ضرر سایر تجار می‌شود که در اینجا تدارک ضرر واجب نیست.

(ه) نظریه امام خمینی (قدس سره)

این نظر مبتنی بر دو مقدمه است که به نحو اختصار توضیح داده می‌شوند:

1. مقدمه اول، تفکیک بین وظایف متعددی است که رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) داشته است. به نظر ایشان، رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) دارای سه نوع مقام است و بنابراین در هر مورد باید فرمان‌ها و احکام ایشان با توجه به این مطلب سنجیده شود.

مقام اول رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) نبوت است. در این مقام، نبی اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) پیام‌آور الهی است و نظر شارع مقدس از زبان او بیان می‌گردد و ایشان فقط نقش سخنگو و مبلغ دارند و چیزی از خود بیان نمی‌کنند.

مقام دوم رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) ریاست و تصدی امر سیاست یا به اصطلاح مقام اجرایی است. این مقام با مقام نخست تفاوت اساسی دارد؛ زیرا در مورد نخست، رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) از خود ابتکاری نداشت و فقط احکام الهی را ابلاغ می‌کرد. پس اگر نهی و امری وجود داشت، متعلق به باری تعالی بود؛ ولی در مقام دوم، رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) به عنوان رئیس امت، شخصا و با صلاحدید خودش دستور صادر می‌کند و امر و نهی می‌فرماید. اطاعت از او امر پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) در این مقام نیز بنا بر آیه شریفه «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» بر همه مسلمانان واجب است؛ مانند این که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) برای مدافعه در مقابل دشمنان، فرمانده سپاه منصوب می‌فرمود و سپاه را به جنگ گسیل می‌داشت. این گونه احکام و دستورات از جمله فرمان‌های حکومتی است و هر چند واجب‌الاطاعه است، ولی از جمله احکام نوع اول نیست که توسط باری تعالی مقرر شده باشد.

مقام سوم رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) قضاوت است؛ یعنی پیغمبر علاوه بر وظایف پیامبری و اجرایی، در مواجهه با خصومات و مراعات بین مردم نیز به قضاوت می‌نشست. قرآن مجید می‌فرماید: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مِؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا»؛ یعنی هیچ مؤمن و مؤمنه‌ای حق ندارد وقتی که خداوند و پیغمبرش در امری قضاوت کرده‌اند نسبت به اوامر و نواهی خدا و پیغمبر اعمال نظر کند. هر کس خدا و پیغمبر را معصیت کند، گمراهی بزرگ و واضحی مرتکب شده است. احکامی که پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) در مقام قضاوت و رفع خصومات صادر فرموده با احکام حکومتی و هم چنین با احکامی که در بیان منویات باری تعالی ابلاغ فرموده متفاوت است. البته در اطاعت این سه نوع احکام تفاوتی وجود ندارد و مسلمانان مکلفند کلیه این احکام را به اجرا بگذارند. پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) حق داشته است در تفویض اختیارات سیاسی و قضایی خود، مقامات اجرایی را به فردی، و منصب قضا را به فرد دیگری واگذار کند.

2. طبق مقدمه دوم در جملاتی که رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) یا امیر المؤمنین (علیه السلام) با کلمه «قضی» یا «حکم» یا «امر» و امثال این‌ها بیان کرده‌اند، مراد احکام شرعی نیست و اگر احیانا این کلمات در معانی احکام شرعی به کار رود، یا مجاز است یا ارشاد به حکم خداوند؛ زیرا ظاهر این الفاظ (قضی، امر، حکم) که حسب مورد در فرمایش آن دو بزرگوار آمده، به این علت است که حاکم و امیر هستند یا در مقام قضاوت بیان مطلب فرموده‌اند، نه این که در مقام بیان حلال و حرام الهی باشند؛ زیرا در مقدمه اول دیدیم که این گونه احکام، احکام تشریحی نیستند؛ یعنی پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) در مقام ایفای وظایف نبوی نیست، بلکه یا دستور اجرایی می‌دهد یا حکم قضایی صادر می‌کند.

شاهد مدعی مذکور این است که در مورد ائمه اطهار (علیه السلام) این گونه بیان مطلب کمتر دیده می‌شود؛ زیرا آن‌ها ریاست و حکومت و قضاوت علنی و ظاهری نداشتند و این امر نشان می‌دهد که چون رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) و علی (علیه السلام) مقدمات سه‌گانه فوق الذکر را با هم دارا بودند، برای تفکیک و تمیز احکام حکومتی یا قضایی صادر از ناحیه ایشان از احکام الهی که در مقام نبوت تبلیغ فرموده‌اند، در روایات از قدیم الایام کلمات «قضی» و «حکم» و «امر» به عنوان وجه مشخص این گونه احکام و دستورات به کار گرفته شده است. نتیجه این که هر جا این گونه کلمات در روایات و احادیث مربوط به رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) و علی (علیه السلام) دیده می‌شود با تشخیص شأن صدور حکم و کلمات روایت باید تعیین کرد که آن حکم یا دستور، حکم «حکومتی و اجرایی» است یا «حکم الهی» که غالباً با کلماتی نظیر «قال» و «کتب» از احکام دیگر مشخص می‌گردد. مثلاً وقتی آن حضرت به اسامه بن زید می‌فرماید: تو رئیس لشکر هستی، تردیدی باقی نمی‌ماند که این یک فرمان و دستور حکومتی است و البته مواردی هم وجود دارد که هر چند کلمات نوع اول و دوم در آن نیست، ولی از قرائن باید نوع حکم را پیدا کرد.

امام خمینی (قدس سره) بعد از ذکر این مقدمات در نتیجه‌گیری می‌فرماید: این که حدیث لا ضرر و لا ضرار در مسند احمد بن حنبل به روایت عبادة بن ثابت در ضمن قضاوت‌های پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) نقل شده است به این تعبیر که «و قضی ان لا ضرر و لا ضرار»، نشان می‌دهد که حکم مذکور ظاهراً از جمله احکام قضایی است که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) در مقام قضا صادر کرده‌اند. ولی باید دانست که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) واقعا در مقام مخاصمه و قطع مرافعه بین مرد انصاری و سمره بن جندب چنین حکمی نداده است؛ زیرا اصل زمین یا درخت خرما، محل نزاع بین انصاری و سمره نبوده و در مالکیت آن خصومتی وجود نداشته است، بلکه مرد انصاری شکایت داشت که سمره با طرز رفتارش باعث مزاحمت برای خانواده او شده و آسایش را از آنان سلب کرده و به رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) تظلم نمی‌کرد تا میان آنان قضاوت کرده، صاحب حق را مشخص کند، بلکه از این نظر که رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) حاکم بر مسلمین و رئیس و زمامدار آنان بود عرض حال کرد تا از او رفع ظلم و تعدی کند و بنا بر تعریفی که از قضا شده است: «القضاء هو فصل الخصومة بین المتخاصمین» درمی‌یابیم که حکم مذکور، یک حکم قضایی به معنای فقهی کلمه نیست؛ هر چند در ظاهر و بادی امر، و خصوصاً با توجه به طرز نقل حدیث و تبویب تاریخی آن، به ذهن چنین می‌رسد.

چاره مشکل با توجه به مطالبی که گفته شد، این است که حکم مذکور را از جمله احکام حکومتی و اجرایی رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) محسوب کنیم. به این ترتیب، مفاد جمله این می‌شود که حضرت پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) در مقام حکمرانی با بیان فوق به عنوان یک ضابطه حکومتی، مردم تحت امر خود را از ایراد ضرر و خسارت به یکدیگر منع فرموده که البته اطاعت از این فرمان بر مسلمانان واجب است.

- تفاوت نظریه مرحوم شریعت اصفهانی و امام خمینی:

دیدیم که مرحوم شریعت اصفهانی و امام خمینی در جمله لا ضرر، «لا» را «لا» ی نفی به حساب نیاورده و آن را به معنای نهی دانسته‌اند و از این حیث با امام (قدس سره) اشتراک عقیده و با مرحوم شیخ انصاری و محقق خراسانی و نراقی اختلاف نظر دارند؛ ولی فرق مهمی بین نظر شریعت اصفهانی و امام خمینی موجود است؛ زیرا مرحوم شریعت، نهی را نهی الهی یعنی نهی قانونی و از احکام اولیه می‌داند و در توجیه مطلب - چنان که دیدیم - نمونه‌هایی از آیات را نقل کرده که در آن‌ها «لا» به معنای نهی به کار رفته است، در حالی که امام خمینی «لا» را در مفهوم نهی -

ولی در غیر احکام الهی - می‌گیرند؛ یعنی نهی را ناشی از حکم الهی نمی‌دانند، بلکه این گونه نهی را از اعمال رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) در مقام اجرا و حکومت که از احکام ثانویه است تلقی می‌کنند.

ثمره نظریات متفاوت و مختلفی که مختصر توضیح داده شده در آثار مترتب بر قاعده لا ضرر متجلی می‌گردد. مثلاً مرحوم شیخ انصاری معتقد بوده که قاعده لا ضرر همه احکام ضرری را برداشته است، ولی امام خمینی عقیده دارد که این قاعده فقط با قاعده تسلیط معارضه دارد و در مقام برخورد، دایره قاعده تسلیط را محدودتر می‌کند؛ یعنی نسبت به احکام اولیه دیگر به این علت که حکم الهی نیست و معارضه‌ای وجود ندارد، اثری بر آن مترتب نیست. کاربرد شاخص حدیث لا ضرر، شکستن سطره و شمول قاعده تسلیط است که آن را محدود می‌سازد. در صفحات آینده در این خصوص بیشتر بحث خواهیم کرد.

(و نظریه مورد اختیار

با استفاده از تمام نظریات گذشته به نظر می‌رسد که معنای حدیث لا ضرر به کوتاه سخن آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد، ولی عدم مشروعیت ضرر، هم شامل مرحله قانون‌گذاری می‌شود و هم شامل مرحله اجرای قانون.

رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) با جمله «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»، وجود ضرر را در محیط تشریح معدوم اعلام کرده و بنابراین همان طور که کلام رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) حکایت از مرحله انشای قوانین دارد، در مراحل اجرا یعنی در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر نیز چنانچه عملی منجر به اضرار فردی به دیگری گردد، مورد امضای شارع قرار نخواهد گرفت. به دیگر سخن، جمله پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم)، هم می‌رساند که خداوند در مقام تشریح اولیه احکام اسلامی، هیچ حکم ضرری وضع نکرده است، و هم می‌رساند که چنانچه حکمی از احکام الهی که از نظر کلی و نوعی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی از افراد مسلمان ضرری باشد، به طور موردی مرتفع می‌گردد.

بدین ترتیب، نتیجه این می‌شود که اولاً کلمه «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار، نافی است، نه ناهیه؛ ثانیاً اختصاصی به ضرر شخصی ندارد، بلکه ضرر نوعی را هم شامل می‌شود؛ و ثالثاً احکام شریعت اسلام - اعم از تکلیفی و وضعی - مبتنی بر نفی ضرر عمومی و نوعی است و در احکام اولیه اسلام به طور کلی این اصل، یعنی عدم زیان عامه رعایت گردیده و همچنین در روابط اجتماعی مردم نیز هر گونه اقدام زیانبار مورد امضای شرع مقدس نیست.

بنابراین، قاعده لا ضرر، علاوه بر آن که در موارد ضرر شخصی به عنوان دلیل ثانوی می‌تواند دایره ادله اولیه را محدود سازد، حاکی از خطمشی کلی در تشریح احکام اولیه است. به دیگر سخن، قاعده لا ضرر در مقام بیان حکم تکلیفی بر مبنای نهی مردم از اضرار به یکدیگر و ترتب عقاب بر اعمال زیانبار نیست، بلکه مفید آن است که اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی توسط بعض دیگر گردد، آن قوانین مرتفعند. در مطالب آینده، آثاری را که بر این بیان مترتب است، متذکر خواهیم شد.

#### 4. بنای عقلا در مورد قاعده ضرر

صرف نظر از دلایل لفظی در مورد قاعده ضرر، به نظر می‌رسد بنای عقلا پشتوانه محکمی برای این قاعده محسوب است. بی‌تردید بنای عقلا در این امر محقق است که در زندگی اجتماعی و مدنی، زیان رساندن به دیگران اولاً امری ناپسند است و ثانیاً عامل زیان در مقابل زیان دیده مسئول

پرداخت خسارت است و لذا این اصل در کلیه سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده و در مورد چنین بنایی از ناحیه شرع مقدس، ردع و منعی واصل نشده که از این رهگذر، امضای شارع احراز می‌گردد.

البته این نکته از نظر دور نماند که با توجه به این دلیل، بسیاری از مشکلات در مورد قاعده لا ضرر از میان برداشته می‌شود. برای مثال، بحث این که آیا قاعده لا ضرر می‌تواند وضع ضمان کند یا خیر ناشی از تفسیر «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار است، ولی در تمسک به بنای خردمندان طبعا پاسخ روشن است.

## 5. تنبیهات

بین فقها مرسوم است که بعد از ذکر احکام مربوط به قاعده لا ضرر، مسائل و فروع متفرقه‌ای را در مورد این قاعده تحت عنوان «تنبیهات» مورد مطالعه قرار می‌دهند. به پیروی از این رویه، چند مسأله را به شرح زیر بررسی می‌کنیم.

### الف) تقدیم قاعده لا ضرر بر ادله احکام اولیه

نسبت قاعده لا ضرر با سایر احکام شریعت چیست و قاعده لا ضرر در برخورد با احکام اولیه چگونه عمل می‌کند؟ مقدمتا باید گفت نتیجه آرای فقها در مورد نحوه حکومت و اعتبار قاعده لا ضرر در اینجا معلوم می‌شود. با توجه به نظرهایی که در خصوص لا ضرر از جانب فقها بیان گردید به ذکر توضیحی در مورد هر یک از نظرهای مزبور می‌پردازیم:

الف) دیدیم که مرحوم شیخ انصاری معتقد بود با حاکمیت قاعده لا ضرر، هر حکم ضرری که در اسلام وارد شده باشد برداشته می‌شود و معنای حدیث، نفی احکام ضرری است و بدین ترتیب، قاعده لا ضرر بر کلیه احکام ضرری حکومت دارد. بنابراین طبق این نظر، قاعده لا ضرر ناظر بر کلیه احکام ضرری است و همه آن‌ها را در مقام تعارض منتفی می‌سازد. پس همان گونه که دیدیم «لزوم بیع ضرری» و «وجوب وضوی ضرری» برداشته می‌شود، بدین ترتیب که قاعده لا ضرر در مورد نخستین، موجب پیدایش خیار فسخ و در مورد دوم، باعث وجوب تیمم می‌گردد.

ب) طبق نظریه مرحوم محقق خراسانی که اندکی با نظریه شیخ تفاوت دارد، این حدیث، نفی حکم می‌کند به لسان «نفی موضوع»؛ ولی به هر حال این نظر از لحاظ نتیجه در بسیاری موارد با نظر مرحوم شیخ انصاری انطباق دارد. طبق این نظر، در جایی که موضوع متضمن ضرر است، حکم متعلق به موضوع برداشته می‌شود. برای مثال، همان گونه که دیدیم، در جایی که وضو ضرر دارد، وجوب آن برداشته می‌شود، ولی در خصوص بیع ضرری که موضوع یعنی «بیع» ضرر ندارد، بلکه حکم یعنی «لزوم» ضرر دارد، شمول قاعده نسبت به این مورد و در نتیجه اثبات خیار به موجب نظریه مرحوم خراسانی محل تردید است.

ج) طبق نظریه مرحوم شریعت اصفهانی، «لا» ی موجود در حدیث، لای نفی نیست، بلکه لای نهی است و به همین علت این «لا» نمی‌تواند حکم دیگری را بردارد و فقط مبین نهی و منع است، مانند دیگر نواهی موجود در شرع. نتیجه این نظر این است که قاعده لا ضرر هیچ ربطی به سایر احکام اولیه پیدا نمی‌کند. مثلا دلیل وضو می‌گوید که وضو واجب است، دلیل روزه می‌گوید روزه واجب است، دلیل لزوم بیع هم می‌گوید وفای به پیمان واجب است؛ اما در کنار همه این‌ها، حدیث «لا ضرر» می‌گوید ایراد زیان به دیگری حرام است و بدیهی است چنین حکمی هیچ گونه موضع‌گیری و نظارتی نسبت به آن احکام ندارد.

د) به موجب نظریه امام خمینی (قدس سره)، به شرحی که گفته شد، اصولا قاعده لا ضرر، امری حکومتی و اجرایی است و فقط با قاعده تسلیط تعارض دارد و در مقام معارضه و برخورد، محدوده دایره تسلیط را که از احکام اولیه است محدودتر می‌کند و برخوردی با ادله دیگر ندارد. به

موجب نظر ایشان، چون افرادی مانند سمره بن جندب با سوء استفاده از احکام و عناوین اولیه، نظیر تسلیط، دایره اختیارات خود را به طور غیر منطقی توسعه داده بودند و تحت عنوان اعمال اقتدارات مربوط به مالکیت باعث مزاحمت مردم می‌شدند، نبی اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) در اجرای وظایف حکومتی و رفع تضییق از مرد انصاری، قاعده لا ضرر را مقرر فرمود.

بدین ترتیب، به موجب این نظریه، قاعده لا ضرر در سایر ابواب فقه هیچ گونه نقشی ندارد. پس در مواردی نظیر وضو یا روزه یا بیع ضرری، طبق چه ضابطه‌ای تعیین تکلیف می‌شود؟ ایشان در پاسخ می‌فرمایند: احکام کلیه این موارد در شرع انور در ادله خاصه وارد شده، به طوری که در این گونه موارد نیازی به تمسک به قاعده لا ضرر نیست؛ یعنی چنین نیست که اگر قاعده لا ضرر نباشد در موارد وضو یا روزه ضرری نتوانیم حکم وجوب را برداریم. امام (قدس سره) اضافه می‌کنند این که گفته شده است در خیار غبن، دلیل موجه دیگری غیر از قاعده لا ضرر نداریم، صحیح نیست؛ یعنی مستند خیار غبن، طبق نظر ایشان قاعده لا ضرر نیست، زیرا مغبون شدن در معاملات در کلیه زمان‌ها امکان داشته و عملاً هم از قدیم‌ترین دوران‌ها، معاملات غبنی اینجا و آنجا واقع می‌شده و وجود خیار در این گونه معاملات یک موضوع عقلایی بوده و عقلاً در کلیه دوران‌ها به اعتبار چنین خیار نظری داشته‌اند و شارع هم با عدم رد این بنا، آن را امضا کرده است. ادله دیگری نیز در خصوص خیار غبن اقامه گردیده که مرحوم شیخ انصاری در مکاسب نقل کرده است. امام (قدس سره) در خاتمه می‌گویند: بر فرض که دلیل دیگری هم نداشته باشیم، چرا باید اول حکمی را مسلم بگیریم و سپس در صدد دلیل تراشیدن برای آن برآییم. بلکه در این گونه موارد حق نداریم آن را به شرع نسبت بدهیم یا دلیلی برای آن اختراع کنیم. مثلاً اگر برای خیار غبن یا هر حکم دیگر در اسلام دلیل وجود نداشته باشد، باید گفته شود آن امر ثابت نیست، نه این که با ثابت انگاشتن آن در صدد دلیل تراشی برایش باشیم. به هر حال به نظر ایشان، قاعده لا ضرر فقط ناظر به قاعده تسلیط است و آن را محدود می‌کند.

#### ب) تقدیم قاعده لا ضرر بر قاعده تسلیط

می‌دانیم که قاعده تسلیط از جمله قواعد مسلم فقهی و مبنای آن، جمله مشهور «النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» است. بنابراین قاعده، مالک می‌تواند در ملک خود هر گونه تصرف به عمل آورد، بدون این که کسی حق ایجاد مزاحمت برای او داشته باشد.

برخورد و تعارض چنین قاعده‌ای با قاعده لا ضرر امری طبیعی است؛ زیرا قاعده لا ضرر به منظور محدودتر کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از همین قاعده تسلیط مقرر گردیده و قطعاً با آن تعارض پیدا می‌کند. می‌خواهیم ببینیم در مقام معارضه این دو قاعده، مشکل چگونه حل می‌شود؟

فقها در این مقام، نظرهای مختلفی دارند که برای سهولت فهم، این موارد به دو دسته بزرگ تقسیم می‌شوند:

الف) تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری نیست، ولی موجب عدم انتفاع دیگری است. در اینجا قاعده تسلیط حکومت دارد و بر اساس آن، تصرف مالک صحیح است.

ب) تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری است که خود شامل سه فرض است:

1. عدم تصرف مالک در ملک خود باعث ضرر مالک می‌شود که در این صورت قاعده تسلیط حاکم است.
2. عدم تصرف مالک باعث عدم انتفاعش می‌شود که بین فقها در این مورد اختلاف نظر وجود دارد: جمعی به حاکمیت قاعده تسلیط و گروهی به حکومت قاعده لا ضرر معتقدند.

3. نه عدم تصرف مالک در ملک خودش موجب ضرر است و نه تصرف او موجب نفع برای خودش می‌شود. در این صورت فقها متفقا عقیده دارند که قاعده لا ضرر حاکم است.

در حالت اول که تصرف مالک موجب عدم انتفاع غیر است، یعنی ضرر به منفعت دیگری وارد می‌آید، فقها گفته‌اند که بی‌تردید این مورد از مصادیق اجرای قاعده لا ضرر نیست، بلکه اصل تسلیط حکومت دارد و شخص می‌تواند در ملک خود تصرف کند.

در آن حالت که تصرف مالک در ملک خودش موجب ضرر غیر و انتفاع خود او می‌شود، به نحوی که اگر تصرف را ترک کند، ضرر به منفعت خودش وارد می‌شود، میان فقها در مورد حاکمیت هر یک از دو قاعده فوق‌الذکر اختلاف نظر وجود دارد. از عبارت مرحوم شیخ انصاری چنین استفاده می‌شود که ایشان در این مورد، تصرف مالک را جایز دانسته‌اند؛ یعنی به حاکمیت قاعده تسلیط عقیده دارند، زیرا معتقدند قاعده نفی ضرر، هم درباره غیر جاری است و هم درباره خود مالک. پس در این حالت که تصرف به دیگری و عدم تصرف به خود مالک ضرر وارد می‌آورد، قاعده تسلیط حکومت دارد؛ چرا که در مقام تعارض، دو ضرر فوق‌الذکر تساقط می‌کنند و قاعده تسلیط بلامعارض باقی می‌ماند.

در حالت دیگر که تصرف مالک در ملک خودش از روی احتیاج و به نحوی است که عدم تصرف موجب ضررش می‌گردد، با توجه به نظر فقها استنباط می‌شود که رعایت جانب مالک مقدم است و باز طبق قاعده تسلیط عمل می‌شود؛ زیرا عدم تصرف موجب ضرر می‌گردد و فرقی با صورت قبل این است که در صورت قبل، عدم تصرف موجب «عدم انتفاع» مالک می‌شد.

در حالت سوم، تصرف مالک در ملک خود نه از روی احتیاج است و نه به منظور انتفاع لازم است، بلکه مالک به دلخواه یا به لحاظ لهو و لعب یا عبث در ملک خود تصرفاتی می‌کند. در اینجا فقها عقیده دارند که قاعده لا ضرر حاکم است و فرقی نمی‌کند که مالک در تصرفاتش قصد اضرار به غیر داشته باشد یا نه. داستان سمره بن جندب با این حالت منطبق است؛ زیرا سمره می‌توانسته از آن راه نرود یا درختش را بفروشد و آن چنان ضرری بر او وارد نیاید، ولی به هیچ یک از این شقوق عمل نمی‌کرد و با اصرار به حق عبور، قصد اضرار به مرد انصاری را داشت که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) با وضع قاعده لا ضرر جلو وی را گرفت. علامه در تذکره و شهید در دروس در موردی که مالک احتیاج شدید نداشته باشد، قاعده لا ضرر را مجری دانسته‌اند و از ظاهر عبارتشان برمی‌آید که در غیر صورت اخیر، قاعده لا ضرر را حاکم نمی‌دانسته و بر حکومت قاعده تسلیط نظر داشته‌اند.

- نقد و بررسی:

شک نیست که دامنه قاعده تسلیط نامحدود نیست و مالک نمی‌تواند با استناد به این قاعده در ملک خود هر نوع تصرفی بکند، بلکه اعمال این گونه تصرفات باید مبتنی بر قواعد و تحت اصول و ضوابط باشد، به طوری که اگر قاعده لا ضرر هم نباشد باز مالک حق نداشته باشد در تصرفات خود موجبات اضرار به غیر را فراهم سازد؛ یعنی تصرفات مالک در ملک خود باید عقلایی باشد و در ورای این گونه تصرفات عقلایی چنانچه مالک در ملک خود اقدام و تصرفی بکند، عقلا بر آن صحه نمی‌گذارند و چنین تصرفی اعتباری نخواهد داشت.

به نظر می‌رسد در تصرفاتی که برای مالک نفعی وجود ندارد و از ترک آن‌ها هم ضرری متوجه مالک نمی‌شود، و او بدون هر گونه غرض و منظور عقلایی و صرفاً از روی هوی و هوس مبادرت به تصرف می‌کند، اصولاً در صورتی که مستلزم اضرار به غیر باشد، تصرفاتش جایز نیست، یعنی مالک در چنین حالتی مجاز به اعمال تصرف نیست؛ زیرا این گونه تصرفات خارج از حدود سلطه عرفی و عقلایی در باب اموالند و عقلاً هم بر آن صحه نمی‌گذارند. توضیح این که تصرفات مالک در اموال خود، مانند سایر اعتبارات عقلایی، محدود به حدودی است که نباید از آن‌ها تعدی

و تجاوز بشود و اگر تعدی بشود، شرعا جوازی وجود ندارد. مثلا هر چند شخص حق استفاده از خانه مسکونی خود را دارد، ولی شرعا اجازه ندارد که در آن دستگاه پرسروصدا نصب کند یا بلندگوی بسیار قوی بگذارد و باعث اضرار به همسایه شود.

پس در این گونه موارد که مالک صرفا از روی هوی و هوس و به دلخواه اقدام به تصرف می‌کند و موجب ضرر دیگری می‌گردد، اعم از این که قصد ضرر داشته یا نداشته باشد، اصولا قاعده تسلیط حاکم نیست تا برای محدود کردن آن از قاعده لا ضرر استفاده کنیم. اما در جایی که تصرف مالک در مال خودش به خاطر غرض و منظور عقلایی و در حدود متعارف است و این امر مستلزم ضرر به دیگری می‌شود، به نحوی که از ترک تصرف، ضرر بر مالک یا فوت بعضی از منافع لازم می‌آید - یعنی حالت‌های پیش گفته - به نظر می‌رسد همه این حالات را می‌توان به دو قسمت بزرگ تقسیم کرد:

1. گاه تصرف مالک در مال خودش ابتدائا و مستقیما مستلزم ضرر یا تصرف در مال دیگری است، هر چند به تسبیب یا مباشرت هم نباشد؛ یعنی تصرف مالک دو عنوان دارد، هم در ملک خودش، هم به نوعی در ملک دیگری. مثل این که شخصی در خانه خودش چاهی حفر کند و بر اثر ضربات، خانه همسایه آسیب ببیند یا سقوط کند. در اینجا تردید نیست که تصرف در مال مالک، باعث تسری تصرف به مال دیگری و توجه ضرر به همسایه گردیده و قاعده لا ضرر بر آن حاکم است که این قاعده، جلو این گونه تصرفات را می‌گیرد. در اینجا ممکن است ضمان هم پیدا بشود.

2. در قسم دیگر، هر چند تصرف مالک موجب ضرر به دیگری است، ولی در عین حال ابتدائا تصرف مالک از مصادیق تصرف در ملک دیگری و اضرار به دیگری محسوب نمی‌شود. مانند آن که کسی در زمین خود عمارت چند طبقه بسازد که هر چند لازمه آن، جلوگیری از نور خانه همسایه و در نتیجه نقصان ارزش آن است، ولی عمل تصرف مستقیم نیست. در مثال قبل، قاعده لا ضرر و تسلیط هم بر مالک حاکم است و هم بر همسایه، زیرا مالک بر اساس قاعده تسلیط به حفاری در حیاط خود می‌پردازد و از این رهگذر خانه همسایه آسیب می‌بیند و همسایه نیز به استناد حق مالکیت بر خانه خود و قاعده تسلیط و نیز به منظور حفظ خانه از آسیب، خواستار رفع تصرف مالک می‌شود؛ اما در مثال ساختمان چند طبقه، از آنجا که تصرف مالک مستقیما تصرف در ملک دیگری نیست، به حقوق و سلطه قانونی همسایه آسیبی وارد نشده و لذا به خاطر تعارض دو قاعده ضرر و تساقط آن دو، قاعده تسلط در مورد صاحب ساختمان به قوت خود باقی می‌ماند.

ج) آیا برای دفع اضرار از خود، اضرار به غیر جایز است؟

مرحوم شیخ انصاری در تنبیه چهارم از رساله لا ضرر، به طرح این موضوع پرداخته است.

ایشان مسأله را به دو صورت مطرح کرده است: اول این که آیا شخص اجازه دارد به منظور دفع ضرر از خود، به دیگری ضرر بزند و دوم این که آیا واجب است شخص به منظور دفع ضرر از دیگری، به خود ضرر وارد سازد؟

در مورد اول، شیخ مثال می‌زند که اگر بیم خرابی دیوار خانه‌ای در بین باشد، روا نیست که مالک، آن را به وسیله چوب بست و غیره به طرف خانه همسایه متمایل کند، به نحوی که برای همسایه ایجاد خطر کند، و در مورد دوم می‌گوید: اگر از طرف سلطان یا شخصی مقتدر، فردی وادار به قتل دیگری بشود و به او گفته شود که اگر مرتکب چنین قتلی نشوی، خودت کشته خواهی شد، جایز نیست که آن شخص خودش را به کشتن بدهد تا خون شخص دیگر ریخته نشود. البته این فتوای شیخ را دیگران به این اطلاق قبول ندارند.



مهم‌ترین اشکال بر نظر شیخ این است که ضررهایی که تحملش به خاطر دفع ضرر از دیگری واجب نیست، ضررهای طبیعی و غیر ارادی‌اند؛ اما در اینجا که ضرر مستقیماً متوجه غیر نیست و در واقع ضرر در مرحله اول متوجه خود فرد است، این چنین نیست.

منتهای مطلب این است که کشتن دیگری به منظور دفع قتل از خود جایز نیست؛ مگر این که مورد از صورت اکراه به دفع اراده و اختیار برگشت کند؛ چون گاه اوضاع طوری است که واسطه، هیچ نوع اراده‌ای ندارد، مثل اینکه اراده‌اش از کار افتاده که در فقه از آن به «الجاء» و «اضطراب» تعبیر می‌شود. اما اگر شخصی با اراده و اختیار مرتکب قتلی بشود تا خودش به قتل نرسد، مسئول خواهد بود و بر نظر شیخ از این لحاظ خدشه وارد شده است.

(د) آیا قاعده لا ضرر شامل امور عدمی هم می‌شود؟

تردید نیست که احکام وجودی مشمول قاعده لا ضررند. حال اگر از فقد یک امر وجودی، ضرر و خسران پدید آید، آیا قاعده لا ضرر بر این فقدان حاکم است؟ مثلاً اگر عدم حکمی متضمن ضرر باشد، آیا می‌توان به قاعده لا ضرر تمسک کرد و آن ضرر را منتفی دانست و به موجب آن، حکمی وضع کرد؟

سؤال فوق را می‌توان چنین طرح کرد که آیا قاعده لا ضرر فقط نقش بازدارنده دارد یا می‌تواند نقش سازنده هم ایفا کند؟ برای مثال فرض کنید شخصی، دیگری را حبس کند و مانع حضور وی در محل کارش شود. آیا در این فرض، او ضامن کار از دست رفته محبوس است و آیا می‌توان استدلال کرد که چون عدم ضمان، امری ضرری است، حبس‌کننده ضامن است و به وسیله لا ضرر ضمان اثبات می‌شود، آن هم به خاطر رفع ضرر؟ مثال دیگر اینکه اگر شخصی در قفس دیگری را باز کند و پرنده موجود در آن پرواز کند، آیا به دلیل قاعده لا ضرر، بازکننده در ضامن است؟ به تعبیر دیگر، چون در اینجا عدم ضمان موجب ضرر است، آیا اجازه داریم برای جبران ضرر به وجود ضمان قائل بشویم؟ البته در مثال بالا ضمان از باب «اتلاف» و «تسبیب» ثابت است، اما می‌خواهیم ببینیم آیا برای اثبات ضمان از قاعده لا ضرر نیز می‌توان استفاده کرد یا نه؟

فقها در این مورد اختلاف نظر دارند. عده‌ای از فقها به پیروی از نظر شیخ انصاری معتقدند قاعده لا ضرر «اثبات ضمان» نمی‌کند؛ چون نقش لا ضرر این است که حکمی را بردارد، نه اینکه حکمی را ثابت کند. مرحوم نایینی از جمله این گروه است و اعتقاد دارد که قاعده لا ضرر همیشه به صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد صحنه می‌شود و بر آن‌ها غلبه می‌کند. پس باید همواره حکم ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد و بعضی مصادیق آن ضرری باشد تا به موجب قاعده لا ضرر، شمول آن حکم عام نسبت به آن مصداق مرتفع گردد. به نظر محقق نایینی، قاعده لا ضرر نقش بازدارنده دارد، نه نقش سازنده. ایشان تا آنجا بر این نظر اصرار ورزیده که عقیده دارد چنانچه لا ضرر نقش اثباتی در احکام داشته باشد، لازم می‌آید که فقه جدیدی تأسیس گردد و سپس توالی فاسده‌ای را در خصوص فروع و مسائلی در ابواب فقه مطرح ساخته که چنانچه نقش اثباتی لا ضرر پذیرفته شود باید تمام آن توالی را پذیرفت و بر مسائلی ناآشنا فتوا داد.

بعضی از فقیهان معاصر نیز همین راه را پیموده و تمسک به لا ضرر را برای اثبات ضمان در مورد مثال‌های یاد شده مخدوش می‌دانند و تالی فاسد آن را لزوم ایجاد فقه جدید بیان کرده‌اند.

متقابلاً افرادی مانند صاحب ریاض با این نظر مخالفند که باید با امعان نظر میان این دو گروه داوری شود.

- نقد و بررسی: با توجه به نظریه مورد اختیار در تفسیر «لا ضرر و لا ضرار»، مبنی بر اینکه به موجب این قاعده، هر گونه ضرر در دایره تشریح نفی گردیده، سؤال این است که آیا از عدم جعل ضمان توسط شرع مقدس - در مثال‌های پیش گفته - و مبری دانستن عهده زیان زنده، ضرر متوجه زیان دیده نمی‌گردد؟ پاسخ مثبت است و لذا باید با قبول ضمان زیان زنده، ورود خسارت را بر زیان دیده مرتفع ساخت.

نمی‌توان باور کرد که دایره قاعده لا ضرر، محدود به رفع احکام و افعال خاص وجودی باشد و نسبت به مواردی که خلأ قانونی موجب ورود زیان و خسارت می‌گردد نقشی ایفا نکند، با این توجیه که چنانچه عدم جعل حکم از ناحیه شارع موجب ضرر بر بندگان شود، ورود ضرر و زیان منتسب به شارع نخواهد بود تا لا ضرر آن را مرتفع سازد؛ چرا که محیط تشریح و قانون‌گذاری به جمیع شئون، محیط حکومت شرع مقدس است و همان‌طور که جعل قانون ممکن است برای فرد یا جامعه زیان داشته باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسیار زیان و خسارت به بار آورد. وقتی حکومتی نظام جامعه و ملتی را به دست دارد، هر گونه سوء جریان در روابط حقوقی اجتماعی، ناشی از عدم تدبیر او است، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد و خواه ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم.

نکته قابل توجه اینکه به موجب یکی از احادیثی که نقل شد، رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) هنگام وضع حق شفعه برای شفیع جمله لا ضرر و لا ضرار را متذکر شدند و ناگفته پیداست که در این مورد، وضع و جعل حق شده و به هیچ وجه، رفعی صورت نگرفته است. بسیاری از فقیهان پیشین، از جمله صاحب ریاض برای اثبات ضمان، در مواردی به قاعده نفی ضرر تمسک کرده‌اند که به یک نمونه آن قبلاً اشاره شد و جالب‌تر آن‌که جناب شیخ انصاری که خود از پیشروان نظریه رافعییت در قاعده لا ضرر است، در چند مورد از قاعده لا ضرر برای وضع ضمان استفاده فرموده‌اند. از جمله برای مستند ضمان مقبوض به عقد فاسد است. شیخ انصاری طاب ثراه پس از نقد قاعده ید و اینکه دایره قاعده ید محدود به اعیان است و شامل منافع نمی‌شود و عمومیت ضمان مقبوض به عقد فاسد را چاره نمی‌سازد، می‌گوید:

«اللهم انا ان يستدل على الضمان فيها: بما دل على احترام مال المسلم و انه لا يحل الا عن طيب نفسه، و ان حرمة ماله كحرمة دمه و انه لا يصلح ذهاب حق احد. مضافا: الى ادلة نفى الضرر، فكل عمل وقع من عامل لاحد يقع بامره، و تحصيلا لغرضه، فلا بد من اداء عوضه لقاعدتي الاحترام و نفى الضرر».

شیخ در متن فوق برای ضمان مقبوض به عقد فاسد علاوه بر قاعده احترام به قاعده لا ضرر تمسک کرده است. به علاوه امر عدمی را می‌توان به امر وجودی برگرداند، زیرا مثلا عدم ضمان، عبارت اخرای برائت ذمه است و برائت ذمه امر وجودی است که بی‌تردید می‌تواند مشمول لا ضرر قرار بگیرد و توسط آن برداشته شود.

آنچه می‌تواند مشکل را از بنیاد حل کند آن است که در قاعده لا ضرر نه فقط به نصوص لفظی، بلکه به بنای عقلا تمسک شود. بی‌تردید در مثال‌های فوق، عقلا عامل زیان را مسئول جبران خسارت می‌دانند و همان‌طور که گفته شد، پشتوانه اصلی در قاعده ضرر، همان بنای عقلا و احراز امضای آنان از طریق عدم ردع است.

## 6. قاعده لا ضرر در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران در معارضه اعمال حق و قاعده لا ضرر، حاکمیت لا ضرر را پذیرفته است و در این خصوص موارد زیر را برای مثال می‌توان ارائه داد:

الف) وقتی را که به قصد اضرار دیان واقع شده، منوط به اجازه دیان کرده است (ماده 65).

- (ب) اجبار شریک را برای تعمیر دیوار مشترک در صورتی که دفع ضرر به طریق دیگری ممکن نباشد، مجاز شناخته است (ماده 114).
- (ج) اجبار صاحب دیوار مشرف به خرابی را به تخریب آن، به علت خوف اضرار به غیر پذیرفته است (ماده 122).
- (د) تصرف مالک را در ملک خود در صورت استلزام تضرر همسایه ممنوع کرده است، جز در شرایط معین (ماده 132).
- (ه) تصرف در حریم را به منظور جلوگیری از ضرر به صاحب حریم منع کرده و میزان حریم را به اندازه‌ای معین کرده که برای دفع ضرر کافی باشد (مواد 138 و 139).
- (و) استفاده از آب رودخانه برای احیای اراضی جدید را منوط به عدم تضییق و اضرار به صاحبان اراضی سابق کرده است (ماده 159).
- (ز) تقسیم مال مشترک را در صورتی که متضمن ضرر شریک باشد، بدون رضای شریک متضرر، ممنوع کرده است (مواد 591 و 592).
- (ح) در تنقیه یا تعمیر قنات مشترک برای دفع ضرر، اجبار شریک ممتنع را به شرکت در تنقیه و تعمیر یا اجاره یا فروش سهم او اجازه داده است (ماده 594).
- (ط) بر هم زدن تقسیم را به لحاظ ظهور عیب در حصه یک یا چند نفر از شرکا به لحاظ ضرر وارد شده، روا دانسته است (ماده 600).
- (ی) تأخیر اعلام رد یا قبول موصی له را در صورتی که موجب تضرر ورثه باشد، موجب اجبار او از طرف حاکم بر اعلام تصمیم شناخته است (ماده 833).
- (ک) ورود ضرر را به زوجه از موارد اجبار شوهر به طلاق معین کرده است (ماده 130).

#### قاعده تلف مبیع قبل از قبض

اگر چه به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود، ولی این قاعده مقرر می‌دارد که هرگاه پس از عقد بیع و قبل از تسلیم، مبیع نزد بایع تلف شود، از مال بایع تلف شده است، نه از ملک مشتری، هر چند که مشتری از زمان تحقق عقد بیع، مالک مبیع شناخته می‌شود. به عبارت دیگر، با توجه به این که تلف هر مالی در ملک مالکش صورت می‌گیرد و با عنایت به این که با انجام معامله، مبیع، ملک خریدار می‌شود، هر چند که تلف قبل از تسلیم باشد، قاعده مورد بحث، خروجی است از مقتضای اصول و قواعد اولیه حاکم بر معاملات که در سطور آینده در این باره بحث خواهیم کرد. البته جریان قاعده در خصوص موردی است که مبیع عین خارجی معین باشد و صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد از محل بحث خارج است؛ زیرا در این صورت، بدون تحویل و قبض مبیع توسط مشتری، مالکیت نسبت به مبیع برای مشتری حاصل نخواهد شد.

در جریان قاعده فرقی نیست که برای تسلیم مبیع، موعدی معین گردیده یا آن که بایع در تحویل مبیع تأخیر کرده باشد.

#### 1. مستندات قاعده

##### الف) روایات

1. حدیث نبوی «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، یعنی هر مبیعی که قبل از قبض تلف شود از مال بایع آن تلف گردیده است. این حدیث را صاحب کتاب مستدرک الوسائل از کتاب غوالی اللئالی نقل کرده است.
2. روایت عقبه بن خالد که از امام صادق (علیه السلام) می‌پرسد اگر مردی کالایی از دیگری به بیع لازم بخرد، ولی مشتری کالا را نزد فروشنده باقی بگذارد و بگوید ان شاء الله فردا خواهم آمد و در این فاصله آن کالا به سرقت برود، از مال چه کسی خواهد بود؟ امام (علیه السلام) در پاسخ

فرمود: «... من صاحب المتاع الّذی هو فی بیته حتّی یقبض المتاع و یخرجه من بیته، فاذا اخرجہ من بیته فالمتاع ضامن لحقّه حتّی یردّ مالہ الیه» ، یعنی از مال صاحب آن کالا که در منزلش بر جای مانده است خواهد بود تا این که آن را به مشتری تحویل بدهد و از خانه بیرونش کند و وقتی آن را بیرون کرد، دیگر مشتری ضامن حق او خواهد بود تا این که مال او را به او برگرداند.

دلالت روایات فوق بر مفاد قاعده صریح است و جای سخن نیست و از نظر سند، هر چند که به علت ارسال و مجهول بودن بعضی روایات چندان اعتباری ندارد، ولی با توجه به عمل اصحاب و صدور فتوای مشهور منطبق بر مدلول آنها، ضعف سند احادیث جبران گردیده و از این نظر جای اشکال نیست.

### ب) اجماع

شیخ انصاری و علامه حلی در خصوص این موضوع ادعای اجماع کرده‌اند؛ ولی از آنجا که در خصوص موضوع، روایات و نصوصی واصل شده، لذا اجماع مزبور، مستند است و از نظر فقهی ارزش استقلالی ندارد.

### ج) سیره

با مراجعه به سیره مستمر مسلمانان در می‌یابیم که بنای آنان در بیع چنین است که هرگاه کالای مورد معامله، قبل از قبض طرف مقابل تلف گردد، خسارت را متوجه شخصی می‌دانند که مال، پیش از معامله از آن او بوده، نه متوجه کسی که به موجب معامله جدید مالک شده و چون این رویه به زمان معصوم (علیه السلام) متصل می‌گردد، لذا حجیت شرعی دارد.

البته بعضی از صاحب‌نظران در بیان مفاد سیره مسلمین، پا را فراتر نهاده و گفته‌اند:

«بلکه روش قاطبه عقلا چنین است» که از کلام آنان استنباط می‌شود سیره مسلمین را به بنای عقلا تبدیل ساخته‌اند. آنان برای این منظور به توجیهاتی عقلایی دست زده‌اند و محتوای قاعده را منطبق با اصول حقوقی حاکم بر معاملات می‌دانند که ما در بحث آینده در مورد آن توجیهات سخن خواهیم گفت.

## 2. خروج قاعده از قواعد اولیه حاکم بر معاملات

نخستین بحثی که باید مطرح شود این است که آیا مدلول این قاعده، خروجی است از قواعد حقوقی اولیه حاکم بر معاملات یا خیر؟ زیرا همان طور که اشاره شد، عوضین به محض تحقق عقد به ملکیت طرفین معاوضه در می‌آیند و از طرفی، تلف هر مالی در ملک مالکش انجام می‌گیرد و بنابراین مقتضای قواعد آن است که مبیع از ملک مشتری تلف شود، نه از مال بایع و چنانچه این قاعده، خلاف آن را اقتضا کند، باید در این خصوص از مقتضای قواعد اولیه دست برداریم.

از آنجا که خروج از اصول و قواعد اولیه کار چندان آسانی نیست، فقهای عظام سعی کرده‌اند حتّی المقدور راه حلی برای انطباق مفاد و مدلول قاعده تلف مبیع قبل از قبض با قواعد اولیه بیابند که در ذیل به دو تحلیل در این باره اشاره می‌گردد:

الف) عرف و عادت عقلا در عقود معاوضی این است که طرفین قصد ندارند مال را مجاناً به دیگری تملیک کنند، بلکه همواره هر یک کالای خود را عوض کالای دیگری قرار می‌دهد و به عبارت دیگر، بنای عقلا و عرف و عادت آنان در انشای عقود معاوضی و مبادلات در عالم تشریح و اعتبار، مبنی بر دادوستد خارجی است؛ به نحوی که چنانچه اخذ و اعطا (دادوستد) امکان نداشته باشد، اعتبار مبادله لغو و عملی غیر عقلایی تلقی می‌گردد. بنابراین، امکان انجام دادوستد در حقیقت عقد، حدوثاً و بقاً مأخوذ است، یعنی حدوثش در حدوث عقد و بقایش در بقای عقد ملحوظ

گردیده است. بنابراین، مادام که عوضین موجودند و برای هر یک از طرفین چنین امکانی وجود دارد که در ازای دریافت کالایی، طرف مقابل کالای خویش را تحویل دهد، عقد باقی است و چنانچه با تلف و فنای یکی از دو کالا، امکان تحویل آن به عنوان بدل از دست رفت، قهرا عقد منفسخ می‌شود و کالای باقی به ملکیت صاحبش بر می‌گردد و مالی که تلف شده از جیب صاحب قبل از انجام معامله بیرون رفته است.

ب) هر چند بیع از عقود نیست که قبض، شرط صحت آن‌ها است و به عبارت دیگر، ملکیت مبیع برای مشتری منوط به تحقق قبض نیست، لکن چنین نیست که در بیع، قبض به هیچ وجه تأثیر نداشته باشد، بلکه تسلیم و تسلیم شرط کمال ملکیت است و بنابراین، اصل ملکیت به صورت متزلزل به موجب عقد حاصل می‌شود، ولی کمال آن متوقف بر قبض است؛ یعنی ملکیتی که با عقد حاصل می‌شود، ناقص و متزلزل است و پس از انجام قبض استقرار می‌یابد. به همین دلیل، چنانچه قبل از قبض، مبیع تلف شود، ملکیت ناقص و متزلزل، مستقر نمی‌گردد، بلکه همان ملکیت ناقصی که ایجاد شده به کلی از بین می‌رود.

به موجب این تحلیل، قبض به نحو شرط متأخر در کمال ملکیت دخالت دارد و بقای ملکیت متزلزل که با عقد وجود یافته، منوط به آن است که با تلف قبل از قبض منفسخ نگردد. نظیر این سخن را بعضی به شیخ طوسی نسبت داده‌اند که ایشان معتقدند در عقود خیاری، ملکیت متزلزل حاصل می‌گردد و استقرار آن منوط به انقضای خیار است. به موجب بیانات فوق، مفاد قاعده مورد بحث، خروج و استثنایی بر قواعد اولیه حقوقی حاکم بر معاملات نیست.

علی‌رغم توجیهاات فوق، مقتضای دو تحلیل مذکور آن است که مدلول قاعده، مطابق با قواعد و اصول حقوقی است و خروجی صورت نگرفته است. بسیاری از فقها تأکید دارند که ماهیت کلیه معاوضات، به خصوص بیع، چیزی جز تملیک مال در مقابل مال، آن هم در عالم اعتبار نیست و لزوم قبض از آثار تحقق انتقال است؛ زیرا پس از انجام عقد، از آنجا که مال منتقل به دیگری می‌گردد واجب است که مال به صاحبش تحویل داده شود، نه این که قبض دخالتی در انتقال داشته باشد. این دسته از فقیهان ضمن پذیرفتن خلاف اصل بودن مفاد قاعده، به استناد روایات وارد شده، به ناچار اظهار کرده‌اند که در فرض تلف قبل از قبض، مبیع قبل از تلف برای لحظه‌ای به ملکیت بایع عودت یافته و در همان لحظه در حالی که در ملکیت او قرار دارد تلف می‌شود. هر چند پذیرش عقلی این نظریه اندکی دشوار است، ولی با توجه به این که مالکیت از امور اعتباری است و بستگی به نحوه اعتبار شارع و عقلا دارد، دشواری تصور آن سهل و آسان می‌گردد.

به نظر می‌رسد از اعتراف به این حقیقت ناگزیریم که مفاد قاعده به هیچ وجه با اصول و قواعد حاکم بر معاملات مبنی بر تملیکی بودن بیع، منطبق نیست و صرفاً مستند قاعده مزبور نصوص وارد و اجماع و سیره اسلامی است که به موجب مدلول آن‌ها، قواعد اولیه تخصیص می‌خورد. بهترین شاهد این مدعا چنان که در مطلب بعدی خواهیم گفت این است که مستفاد از کلمات فقها در خصوص قاعده مورد بحث، فسخ و انحلال معامله از زمان وقوع تلف است، نه از تاریخ وقوع معامله، و این نکته با توجیهاات و تحلیلات عقلایی اشاره شده سازگاری ندارد؛ چرا که اگر مدلول قاعده بازتاب قصد و اراده متعاملین در حین معامله یا نتیجه دخالت قبض در تحقق انتقال باشد طبیعتاً تلف باید کاشف از تمام نبودن معاوضه باشد، نه آن که بعد از انعقاد و تحقق انتقال، انفساخ صورت گیرد.

### 3. تلف موجب فسخ است، نه ضمان به مثل و قیمت

بحث دیگر این است که آیا تلف قبل از قبض موجب بطلان معاوضه از اصل است یا موجب ضمان بایع نسبت به پرداخت مثل یا قیمت مبیع تلف شده و یا موجب انفساخ عقد از حین تلف؟

با توجه به ظاهر کلمات موجود در نصوص، وجه سوم را می‌پذیریم، زیرا نص این است: «... من مال بائعه» یعنی مال تلف شده «از مال فروشنده آن مال» محسوب است که این مفهوم نه با بطلان از اصل سازگار است و نه با ضمان و الزام به پرداخت خسارت؛ زیرا جمله مزبور صراحت دارد که مال تلف شده از آن بایع بوده و اگر منظور ضمان بایع بود باید گفته می‌شد «... علی بائعه»؛ یعنی «بر فروشنده آن است». همچنین اگر نص موجود حاکی از بطلان معامله بود، بیعی انجام نشده بود تا عنوان «بایع» صدق کند، و چون در حدیث، وقوع بیع پذیرفته شده و از طرفی مال تلف شده از جمله اموال بایع محسوب گردیده، راهی نیست جز این که بگوییم حدیث حاکی از آن است که لحظه‌ای قبل از تلف، انفساخ عقد رخ می‌دهد و بنابراین، اگر ثمن توسط مشتری پرداخت گردیده، بایع ملزم است آن را عودت دهد و اگر پرداخت نکرده، دیگر لازم نیست چیزی بپردازد.

#### 4. نمائات

نمائات حاصل در فاصله میان عقد و تلف از آن کیست؟ مال بایع است یا از آن مشتری؟

از آنجا که گفتیم انتقال با عقد حاصل می‌گردد، باید گفت که نمائات حاصل در فاصله میان عقد و تلف از آن مشتری است و فقط اصل کالای فروخته شده، قبل از تحقق قبض، در صورت وقوع تلف از مال بایع تلف می‌شود.

نتیجه این که گاه مشتری بدون آن که چیزی به بایع پرداخت کرده باشد مالک منافع مبیع می‌گردد، مثل آن که مشتری، اول سال صد رأس گاو را از یک مؤسسه دامداری به قیمت صد هزار تومان به صورت نسیه خریداری کند، با این قرار که چند ماه دیگر گاوها را تحویل بگیرد و ثمن را بپردازد. اگر در این مدت، گاوها مثلاً پنجاه رأس گوساله زاییده باشند، چنانچه قبل از رسیدن زمان تحویل، در اثر یک حادثه قهری، سقف دامداری فرود آید و گاوها بمیرند ولی گوساله‌ها که در جایگاه دیگر نگهداری می‌شده‌اند سالم بمانند، مشتری تمام گوساله‌ها را مالک می‌شود، در حالی که ملزم به پرداخت قیمت منافع مزبور هم نخواهد بود. توجیه این حکم روشن است: گوساله‌ها در زمانی موجود شده‌اند که مادر آن‌ها ملک مشتری بوده و بنابراین منافع در ملک مشتری به وجود آمده‌اند و تلف، اصل معامله، یعنی ملکیت مبیع را منفسخ کرده، اما اثری بر منافع ندارد.

نمائات منفصل مبیع قبل از قبض، در دست بایع امانت است و بنابراین، چنانچه بدون تعدی و تفریط در دست او تلف شود، ضمانی بر عهده بایع نخواهد بود، زیرا ید او از مصادیق ید امانی است، ولی در فرض تقصیر و یا اهمال، بایع به موجب قواعد ضمان قهری ضامن خواهد بود.

#### 5. تلف ثمن

آیا قاعده مورد بحث اختصاص به مبیع دارد یا آن که شامل ثمن هم می‌گردد؟ یعنی اگر ثمن قبل از تحویل به بایع در ید مشتری تلف گردد از مال مشتری تلف خواهد شد یا از مال بایع؟ البته نصوص در خصوص مبیع هستند و سخنی از ثمن در میان نیست و متیقن از اجماع و سیره هم خصوص مبیع است، ولی توجیحات حقوقی و عقلایی که در مورد مسأله توسط بعضی فقیهان صورت گرفته و قبلاً بدان‌ها اشاره شده است، می‌تواند عام و شامل بوده، ثمن را نیز شامل شود.

#### 6. تلف جزء مبیع

آنچه در مورد قاعده مسلم است، تلف تمامی کالا است، ولی اگر قسمتی از کالا تلف شود، وضعیت چگونه است؟ آیا قاعده در این خصوص هم جریان دارد و معامله به کلی منفسخ می‌شود و تمام ثمن به مشتری برمی‌گردد یا آن که قاعده اختصاص به تلف تمام کالا دارد و تلف جزئی کالا اصولاً موجب انفساخ نمی‌گردد و یا این که عقد به نسبت جزء تلف شده منفسخ و نسبت به مابقی صحیح است؟

فقه‌های معاصر عقیده دارند که بیع به نسبت مقدار تلف شده منفسخ است و در این صورت، معادل همان مقدار از ثمن به مشتری برمی‌گردد. البته در چنین وضعیتی مشتری می‌تواند به علت تبعض صفقه معامله را به کلی فسخ کند یا به همان مقدار بپذیرد. بعضی از قداما معتقد بودند که مشتری مختار است میان فسخ اصل معامله و گرفتن ارش.

به موجب نظریه اخیر، هرگاه کسی اتومبیلی را از شرکت سازنده بخرد و قبل از قبض، یکی از لوازم آن مفقود شود، خریدار می‌تواند بیع را به کلی فسخ کند یا آن که به نسبت شیء مفقود شده از ثمن کسر بگذارد و مابقی را تأدیه کند. البته چنانچه کالا به نحوی باشد که با تلف جزئی از آن، مابقی از انتفاع ساقط گردد و ارزش خود را از دست بدهد، مانند یک لنگه کفش یا یک مصراع در، تلف جزء مانند تلف کل است.

#### 7. اختصاص قاعده به بیع

آیا قاعده صرفاً در خصوص بیع جریان دارد یا در کلیه معاوضات و یا حتی در شبه معاوضات نیز جاری است؟ به طور مثال، اگر زوج مالی را به عنوان مهر زوجه تعیین کند و این مال قبل از قبض تلف گردد، تلف به حساب زوج محسوب می‌شود یا به حساب زوجه؟ همچنین اگر زوجه مالی را به عنوان خلع معین کند و این مال قبل از قبض زوج تلف شود، تلف به حساب زوجه محسوب می‌شود یا به حساب زوج؟

پاسخ این سؤال بستگی دارد به این که مستند قاعده را چه بدانیم؟ چنانچه مفاد قاعده را خلاف موازین و اصول کلی دانسته و برای اثبات قاعده تلف قبل از قبض تنها به دو حدیث مورد اشاره استناد شود، بی‌شک احادیث وارد اختصاص به بیع دارند و چون مفاد آنها خلاف اصل است نمی‌توان به بیش از حد منصوص تجاوز کرد. همچنین اگر مستند قاعده، اجماع باشد، قدر متیقن از مدلول اجماع، بیع است و شمول آن نسبت به سایر عقود خالی از اشکال نیست. ولی اگر مستند قاعده، سیره اسلامی باشد به نظر می‌رسد که رویه جاری در میان مسلمین عمومیت دارد و در کلیه معاوضات و مبادلات، چنانچه کالا قبل از تسلیم به طرف مقابل تلف گردد، شخصی که مال در ید او تلف شده در مقابل طرف دیگر مسئول خواهد بود.

#### 8. اتلاف توسط بایع

آیا قاعده مورد بحث به تلف ناشی از سوانح و آفات سماوی اختصاص دارد یا آن که شامل اتلاف عمدی مبیع توسط فروشنده نیز می‌گردد؟ در پاسخ به این سؤال سه توجیه به شرح زیر در فقه وجود دارد:

(الف) این مورد نیز مشمول قاعده است، و بیع منفسخ می‌گردد، زیرا واژه «تلف» مندرج در حدیث شریف نبوی اطلاق و عموم دارد و میان تلف به آفات طبیعی و قهری توسط حیوان و یا انسان تفاوتی وجود ندارد و در هر صورت، تلف صدق می‌کند. این توجیه مورد پسند شیخ طوسی، محقق حلّی و نیز علامه حلّی در یکی از کتاب‌هایش قرار گرفته است.

(ب) این مورد از قلمرو قاعده خارج است، چرا که واژه «تلف» از مورد اتلاف انصراف دارد، و لذا مورد، مشمول قاعده «اتلاف مال غیر» است و بایع بنا بر ضمان قهری در مقابل مشتری مسئول به پرداخت مثل یا قیمت - حسب مورد - است.

(ج) در این مورد مشتری بنا بر خیار تعذر تسلیم مخیر است که معامله را فسخ کند و ثمن را مسترد دارد و یا فسخ نکند و مثل یا قیمت را مطالبه کند. این نظریه را شیخ انصاری اقوا دانسته و به علامه حلّی در اثر دیگرش (تذکره) و شهید اول در دروس و محقق کرکی در جامع المقاصد و شهید ثانی در مسالک منتسب کرده و از شهید در حواشی ارشاد نقل کرده که ایشان گفته‌اند این نظریه را «گروه ما فقه‌های عراق» پذیرفته‌اند. شیخ انصاری برای این نظریه دو گونه استدلال ارائه می‌دهد:

اول این که در فرض مورد بحث، هم سبب ضمان ایجاد شده است و هم سبب انفساخ و لذا مشتری اختیار دارد که به مقتضای هر یک که مایل است عمل کند.

دیگر این که چون تلف در این فرض از شمول قاعده تلف قبل از قبض خارج است و ادله مزبور منصرف از این فرض است، مشمول ادله خیار تعذر تسلیم است و باید مطابق آن عمل گردد.

به نظر می‌رسد که نصوص و روایات و اصل و نیز اجماع حاصل فقط شامل تلف سماوی می‌گردند و اتلافات عمدی توسط بایع را شامل نمی‌شوند. با مراجعه به عرف و عادت عقلا و سیره مسلمانان نیز مشخص می‌شود که آنان در موارد اتلاف عمدی کالا توسط فروشنده، وی را ضامن پرداخت مثل یا قیمت می‌دانند، نه آن که عقد را منفسخ محسوب کنند و اگر این طور نمی‌بود، راه سوء استفاده و کلاهبرداری مفتوح می‌شد، زیرا سوداگران هرگاه پس از انجام معامله با عدم صرفه و صلاح خویش مواجه می‌شدند، مبادرت به مصرف کالا می‌کردند و از این حیث خود را از زیان مصون می‌داشتند، در حالی که عرف بازرگانی به فروشنده یا خریدار اجازه نمی‌دهد که کالای مورد معامله را به مصرف برسانند یا برای آن طریق دیگری منظور کنند.

بنابراین، چنانچه مبیع قبل از قبض مشتری، توسط بایع و مستند به فعل عمدی او تلف گردد، بایع مانند هر متلف دیگر، مسئول فعل زیانبار خویش است و موجبی برای انحلال عقد و زوال تعهد او نیست و مورد، یکی از مصادیق قاعده اتلاف مال غیر است و با مصادیق دیگر فرقی ندارد. بنابراین، خروج این مورد از قاعده تلف مسلم است، النهایه چون اتلاف بایع قبل از تسلیم مبیع صورت گرفته، بنابراین او را نسبت به تسلیم متعذر ساخته است و با فرض تعذر، الزام او به تسلیم غیر ممکن است و لذا قول به خیار قوی به نظر می‌رسد. در نتیجه مشتری مخیر است که معامله را فسخ و ثمن را مطالبه کند و یا فسخ نکند و به ضمان قهری، خسارت بخواهد.

قانون مدنی ایران نیز در ماده 387 مقرر داشته است: «اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...».

ماده مزبور با آوردن قید «بدون تقصیر و اهمال» اتلاف عمدی را از شمول حکم خود خارج ساخته است.

قانون مزبور در مبحث تعهدات در ماده 278 نیز همین مبنا را برگزیده است: «اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد می‌شود اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد...». البته آنچه به صراحت از قانون استفاده می‌شود آن است که تلف از روی عمد و تقصیر و یا اهمال بایع از شمول قاعده خارج است، یعنی این قانون به وضوح نظریه اول (الف) را پذیرفته، ولی معلوم نیست که از میان دو نظریه دوم و سوم کدامیک را پذیرفته است، چرا که با هر دو سازگاری دارد و لذا در این زمینه تنها دکترین حقوقی می‌تواند راهگشا باشد.

## 9. اتلاف به وسیله مشتری

مشهور فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که اتلاف به وسیله مشتری در حکم قبض است و توجیه آن کاملاً روشن است؛ زیرا کالای مزبور مال مشتری بوده و خودش آن را تلف کرده و لذا خسارت آن هم به خودش وارد می‌گردد و جای این گمان نیست که گفته شود قاعده تلف قبض از قبض عموم دارد و هر گونه تلفی را شامل می‌گردد، زیرا مسلماً قاعده از این فرض انصراف دارد و در چنین فرضی، مشتری باید ثمن را به بایع تأدیه کند.



علامه حلی در تذکره گفته است که این سخن در جایی صحیح است که مشتری عالماً عامداً مبادرت به اتلاف کالای خریداری شده کرده باشد، اما اگر اتلاف از روی جهل از وی سربزند، به منزله قبض محسوب نمی‌شود؛ مانند آن که فروشنده طعامی را به خریدار بفروشد و سپس طعام مزبور را برای تناول به خریدار تقدیم کند که در این صورت، اگر خریدار طعام را تناول کند، قبض حاصل نشده و ملزم به پرداخت ثمن نخواهد شد. شیخ انصاری بر کلام علامه افزوده و گفته است: چنانچه عنصر فریب دادن و متقابلاً گول خوردن وجود داشته باشد، بی‌شک به مقتضای قاعده غرور، قضیه از همین قرار است و ضمان به عهده بایع است؛ ولی چنانچه چنین عنصری در میان نباشد، در این که اقدام مشتری - هر چند جاهلانه صورت گیرد - موجب ضمان نباشد جای تأمل است.

منظور از «غرور» آن است که کسی امر را بر دیگری مشتبه سازد، مانند آن که مالی را در اختیار دیگری بگذارد و چنین وانمود سازد که به او هبه شده، که در این حالت، چنانچه مال مزبور مورد مصرف شخصی متصرف قرار گیرد، ضمان بر عهده شخص دهنده است. به نظر شیخ انصاری، اگر بایع متاع خوردنی را پس از فروش به مشتری به گونه‌ای در اختیار او قرار دهد که وانمود شود از اموال مغازه است - نظیر تعارفاتی که فروشندگان مواد خوراکی در عرف رایج انجام می‌دهند - و مشتری آن را تناول کند، ضمان به عهده بایع است؛ ولی اگر چنین عملی از بایع سر زده باشد، مثل آن که پس از انجام معامله، خریدار بدون توجه و تفحص، متاع خوردنی را که خود خریده به خیال آن که مال بایع است تناول کند، جای تردید است که این مورد را همانند تلف سماوی دانسته، ضمان را به عهده بایع قرار دهیم.

#### 10. اتلاف به وسیله شخص ثالث

در خصوص اتلاف به وسیله شخص ثالث، همانند اتلاف توسط بایع، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد: بعضی آن را مانند تلف سماوی دانسته و موجب انفساخ شناخته‌اند، و بعضی دیگر، انفساخ را نپذیرفته و موجب ضمان شخص متلف دانسته‌اند. قول سوم آن است که در چنین فرضی، مشتری مخیر است میان فسخ و دریافت تمام ثمن از بایع یا رجوع به متلف و دریافت مثل یا قیمت از وی. البته ناگفته نماند که چنانچه مشتری نظر نخست را اعمال کند بایع می‌تواند برای دریافت خسارت به متلف مراجعه کند.

به نظر می‌رسد در این مسأله از طرفی قواعد حقوقی اقتضا دارند که با انجام معامله، مال در ملک مشتری وارد گردد و شخص متلف در مقابل صاحب مال مسئول باشد، و از طرف دیگر از روایت عقبه بن خالد که مستند روایی قاعده تلف قبل از قبض است، خلاف آن مستفاد می‌گردد؛ زیرا در آن روایت، اتلاف توسط شخص اجنبی مورد سؤال از امام (علیه السلام) بوده و راوی پرسیده است: مالی که قبل از قبض به سرقت رفته از مال چه کسی محسوب می‌شود و حضرت امام (علیه السلام) پاسخ فرموده‌اند: از مال صاحب مال که مال مزبور در خانه‌اش بوده است. لذا از حدیث استنباط می‌شود که اتلاف توسط شخص اجنبی، همانند تلف سماوی از مصادیق قاعده تلف قبل از قبض و سبب انفساخ عقد است. بنا به مراتب فوق با توجه به وحدت ملاک با مسأله قبل، قول به مخیر بودن مشتری بین فسخ، به دلیل تعذر تسلیم و گرفتن ثمن و یا رجوع به تلف‌کننده و مطالبه مثل یا قیمت اقوا به نظر می‌رسد. بدیهی است در فرض فسخ توسط مشتری و گرفتن ثمن، تلف‌کننده در مقابل بایع مسئول است.

#### 11. تحلیل حقوقی قبض

منظور از قبض، آن است که مبیع تحت اختیار و استیلائی مشتری یا قائم مقام او قرار گیرد.

در این مفهوم، ابهامی وجود ندارد؛ ولی تحقق آن به اعتبار اختلاف موارد، کیفیات مختلف دارد؛ بدین نحو که تحویل مال غیر منقول با تحویل مال منقول یکسان نیست.

تحویل مال غیر منقول به آن است که بایع از مال رفع ید کند و آن را در اختیار مشتری قرار دهد. مثلاً چنانچه مبیع خانه مسکونی است، آن را تخلیه کند و کلیدش را تحویل مشتری بدهد؛ ولی در اموال منقول، تحویل با سپردن عین مال به دست مشتری محقق می‌گردد. با توجه به تحلیل فوق از معنای قبض روشن گردید که عمل قبض در موارد مختلف، متفاوت است و در بسیاری از موارد ممکن است متعاملین در هنگام معامله در نحوه قبض به گونه دیگری توافق کنند. مثلاً شخصی مقداری لباس خریداری می‌کند و بهای آن را نیز می‌پردازد ولی دستور می‌دهد که لباس‌های مزبور میان مستمندان توزیع گردد. در این صورت، قبض اشخاص مستمند به منزله قبض مشتری است و چنانچه قبل از آن، لباس‌ها تلف شوند، مورد از مصادیق تلف قبل از قبض است و از کیسه فروشنده محسوب می‌شود.

## 12. مسائل

مسئله 1. هرگاه شخص واحدی، وکیل از ناحیه طرفین (بایع و مشتری) یا ولی آنان باشد، یا آن که خودش فروشنده بوده و از طرفی، وکیل مشتری یا ولی او نیز باشد، به محض وقوع عقد، قبض حاصل می‌شود و چنانچه مبیع تلف گردد، تلف بعد از قبض محسوب خواهد بود و محتاج به قبض جدید نیست. ظاهراً قبض از عناوین قصدیه نیست تا حصول آن مشروط به عنصر قصد و نیت خاص باشد.

مسئله 2. هرگاه شخصی کالایی را خریداری و سفارش کند که آن را برای او ارسال دارند، ارسال محموله به منزله قبض خریدار است، هر چند مبیع هنوز به تجارتخانه یا انبار او واصل نشده باشد.

مسئله فوق در صورتی است که معامله به طور مطلق انجام گیرد، ولی چنانچه متعاملین برای قبض نحوه خاصی را قید کرده باشند، مطابق آنچه قید شده عمل خواهد شد. مثلاً اگر شخصی کالایی را از یک مؤسسه تجاری بخرد و در معامله قید کند که کالا به نحو C F یا فوب حمل گردد، مطابق مقررات راجع به آن نوع خاص عمل خواهد شد. در نوع اول، مادام که کالا وارد مقصد نگردد، قبض حاصل نشده و در نوع دوم، با وصول کالا به عرشه کشتی، قبض انجام گرفته است.

مسئله 3. در بازار، انبار کالایی وجود دارد که بازرگانان اجناس خود را در آن انبار وارد می‌کنند و در دفتر انبار، مقدار، نوع، مالک، و تاریخ ورود جنس ثبت می‌گردد. چنانچه در خارج میان دو نفر از صاحبان اجناس معامله‌ای واقع شود تنها امری که صورت می‌گیرد آن است که فروشنده به دفتر انبار مراجعه و سفارش می‌کند که جنس فروخته شده از صورت حساب او کسر و به نام خریدار ثبت گردد و دفتر انبار این عمل را انجام می‌دهد.

حال آیا با این عمل، قبض صورت گرفته و در نتیجه چنانچه پس از ثبت کالا به نام خریدار، تلف صورت گیرد، تلف بعد از قبض محسوب می‌گردد یا خیر؟ به نظر می‌رسد مفهوم قبض را باید از عرف اتخاذ کرد. با توجه به این که عرف، انتقال اسناد انبار را قبض محسوب می‌کند، شرع و قانون از این امر تبعیت خواهند کرد کما این که به عکس، اگر کسی اتومبیلی را بفروشد و آن را به نحو مادی تحویل مشتری بدهد، ولی هنوز انتقال رسمی و امضای سند انجام نشده باشد، به نظر می‌رسد که عرف، ماشین را قبض شده محسوب نمی‌کند.

از جمله قواعد فقهی مشهور که مورد عمل رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) و ائمه معصومین (علیه السلام) و فضات اسلامی در طی اعصار و قرون بوده است؛ قاعده «البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر» می باشد.

گاهی منطوق این قاعده و بیشتر مضمون آن در روایات متعددی از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) و ائمه معصومین (علیه السلام) نقل شده است، ولی تتبع انجام شده نشان می دهد که این جمله از تأسیسات اسلامی نمی باشد، بلکه روش رایج عقلایی قبل از اسلام بوده و مورد امضای اسلام قرار گرفته است. شاهد بر این امر آنست که جمله مزبور با اندک تفاوت در «مدوئه یوستینین» که به زبان عربی ترجمه شده است موجود می باشد.

1. از قدمای امامیه نخستین کسی که از این قاعده سخن گفته شهید اول (734-784 هـ) در کتاب القواعد و الفوائد است تحت عنوان: «البینة حجة شرعية».

2. مرحوم سید عبد الفتاح حسینی مراغی (م 1274 هـ) صاحب کتاب عناوین الاصول، که از محققانه ترین آثار فقهی شمرده می شود؛ چهل و هفتمین قاعده کتاب خود را به این قاعده اختصاص داده، با عنوان: «قاعدتی توجه البینة علی المدعی و الیمین علی المنکر فی مقام الدعوی».

3. دو رساله از کتاب بلغة الفقیه؛ شرح قاعده البینة علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه می باشد. مؤلف این کتاب سید محمد آل بحر العلوم طباطبایی نجفی (م 1326 هـ) است.

4. مرحوم ملا محمد باقر بید گلی کاشانی در کتاب القواعد الباقریه مختصرا به بحث و تحقیق در این قاعده پرداخته است. این کتاب خطی است.

5. قاعده البینة علی المدعی و الیمین علی المنکر، یکی از قواعد فقهی مورد بحث در کتاب نفیس القواعد الفقهیة، تألیف مرحوم حاج سید حسن موسوی بجنوردی (م 1395 هـ) است.

6. فقیه فرزانه معاصر، مکارم شیرازی، بیست و پنجمین قاعده کتاب القواعد الفقهیة خود را به توضیح این قاعده اختصاص داده است.

7. یکی از قواعد مورد بحث در کتاب سلیس و روان القواعد الفقهیة، تألیف فقیه بزرگوار فاضل لنکرانی، نیز، همین قاعده مذکور می باشد.

8. در کتاب فارسی قواعد فقه، نوشته دکتر ابو الحسن محمدی، سیزدهمین قاعده مورد بحث قاعده بینه و یمین می باشد.

ما در این فصل از کتاب قاعده مذکور را در سه بخش مورد بررسی قرار خواهیم داد:

1. مستندات فقهی 2. تأسیس های حقوقی قاعده 3. تنبیهات

مدارک و مستندات قاعده

1. روایات

روایات متعددی از طریق شیعه و سنی نقل گردیده که می تواند مستند این قاعده باشد. ما برخی از آنها را به عنوان نمونه نقل می کنیم.

الف) عوالی اللالی، از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) نقل می کند که آن حضرت فرمود: «البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر.»

ب) ابو القاسم کوفی در کتاب الاستغاثه در واقعه فدک از قول رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) آورده است که آن حضرت فرمود: «البینة

علی من ادعی و الیمین علی من أنکر.»

ج) در کتاب دعائم الإسلام از ابي عبد الله (امام صادق) نقل شده است که آن حضرت از پدر خویش و ایشان از پدرانشان شنیده‌اند که امیر المؤمنین (علیه السلام) نقل کرده است که رسول خدا فرمودند: «البینة فی الأموال علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه».

د) روایت جمیل و هشام از ابي عبد الله (علیه السلام) که ایشان نقل کرده‌اند که رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمودند: «البینة علی من ادعی و الیمین علی من ادعی علیه».

ه) برید بن معاویه می‌گوید: از ابي عبد الله (علیه السلام) در خصوص قسامه سؤال کردم آن حضرت فرمودند: «فی الحقوق کلها البینة علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه الا فی الدم خاصة».

و) محمد بن سنان به امام رضا (علیه السلام) نامه‌ای نوشته، در آن از علل برخی از احکام سؤالاتی نموده است. آن حضرت در ضمن پاسخ، در مقام تعلیل این قاعده فرموده، است: «و العلة فی ان البینة فی جمیع الحقوق علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه ما عدا الدم لان المدعی علیه جاحد و لا یمکنه اقامة البینة علی الجحود، لانه مجهول، ...». «علت اینکه در تمام حقوق اقامه بینه به عهده مدعی و ادای سوگند بر مدعی علیه است به جز دعوی خون، این است که مدعی علیه، منکر است و نمی‌تواند بر امر مورد انکار خود بینه اقامه نماید، زیرا که مورد انکار امری مجهول است».

ز) روایتی از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است که امیر المؤمنین (علیه السلام) در جریان فدک به ابي بکر فرمود: آیا نسبت به ما بر خلاف حکم خدا نسبت به (سایر) مسلمانان حکم می‌کنی؟ ابي بکر جواب داد: خیر. سپس حضرت فرمود: اگر مسلمانان مالی را در تصرف مالکانه داشته باشند و من نسبت به آن ادعایی بنمایم، تو از چه کسی بینه طلب خواهی کرد؟ ابي بکر گفت: نسبت به ادعایی که علیه مسلمانان نموده‌ای از تو بینه خواهم خواست، امام (علیه السلام) فرمود: بنابراین اگر من مالی را در تصرف داشته باشم و مسلمانان نسبت به آن ادعایی بنمایند؛ آیا تو از من به خاطر مالی که در تصرف داشته‌ام بینه مطالبه خواهی کرد؟ در حالی که از زمان حیات رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) و پس از آن در آن مال تصرف دارم. و از مؤمنین برای آنچه که علیه من ادعا کرده‌اند بینه نخواهی خواست؛ آن گونه که اگر علیه آنان ادعایی می‌نمودم از من بینه می‌طلبیدی؟ مذاکره ادامه می‌یابد تا آنجا که حضرت گفت: به راستی که رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمودند: «البینة علی من ادعی و الیمین علی من أنکر».

گفتنی است که به این مضمون روایات فراوان دیگری در کتب روایی شیعه و سنی نقل شده است.

## 2. اجماع

اجماع و اتفاق نظر همه علمای اسلامی، دلیل دیگری بر صحت و اعتبار این قاعده می‌باشد. گرچه در اینجا اجماع به معنای اصطلاحی نیست ولی این اتفاق نظر موجب اطمینان، بلکه یقین به صدور این حدیث شریف از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) می‌گردد.

نکته قابل ذکر در خصوص اجماع، این است که اجماع مستند (مدرکی) به طور مستقل ارزشی ندارد. یعنی در صورتی که کنار اجماع روایتی باشد که احتمال دهیم مأخذ اجماع آن روایت است در این حالت اجماع دلیل مستقلی نخواهد بود. به همین دلیل در بحث جاری چون روایات متعددی وجود دارد که احتمالاً قول فقها مبتنی بر آنها است، اجماع را نمی‌توان دلیل مستقلی تلقی کرد.

به دیگر سخن، اجماع در صورتی معتبر است که کاشف از قول، فعل یا تقریر امام معصوم باشد و چنانچه مستند و مدرکی در میان باشد چنین کاشفیتی وجود نخواهد داشت و در بحث کنونی ما در کنار اجماع روایات متعددی به همین مضمون (بلکه به همین منطوق) وجود دارد.

بنابراین، روایات منقول برای کشف سنت کافی است و اجماع به عنوان دلیل مستقل مطرح نخواهد بود. پس مدرک این قاعده روایات صادر از معصوم (علیه السلام) است که به لحاظ «استفاضه» یا «تواتر» تردیدی در صدور آنها نیست.

البته می‌توان دلیل دیگری نیز برای اعتبار این قاعده در نظر گرفت که آن عبارت است از «بنای عقلا». توضیح این که، روش عقلا در تمام اعیان و اعیان این گونه بوده است که همواره از مدعی یا خواهان، دلیل مطالبه می‌کرده‌اند و مدعی علیه یا خوانده از ارائه دلیل معاف بوده است. اما به لحاظ این که در کتب فقهی به «بنای عقلا» برای حجیت این قاعده استناد نشده ما نیز از ارائه آن به عنوان دلیل مستقل خودداری کردیم. تأسیس‌های حقوقی قاعده

در این بخش از مباحث مربوط به قاعده، تأسیس‌های حقوقی به کار رفته در قاعده از جمله: بیّنه، یمین، منکر مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

بدیهی است در بسیاری از موارد پژوهش لغوی مورد لزوم است.

#### واژه بیّنه

بیّنه مؤنث بین است و در لغت به معنای فاصل، روشن و آشکار، و در اصطلاح به معنای حجت و دلیل می‌باشد. چرا که حجت دلیل آشکارکننده و فیصله دهنده حق است. ماده 1676 در المجله، در تعریف بیّنه آمده است: «البیّنة هی الحجة القویة»، «بیّنه عبارت است از حجت و دلیل نیرومند».

در کتب حقوقی امروز، بیّنه به دو معنی به کار می‌رود: بیّنه شخصی یا به تعبیر فنی خاص: شهادت، و بیّنه کتبی یا سند. ما در اینجا به بررسی حجیت و نحوه آن در مورد هر دو نوع نخست از نظر فقه و سپس از نظر قوانین معاصر می‌پردازیم.

#### بیّنه شخصی یا «شهادت»

### 1. واژه شهادت

شهادت در لغت: به معنای حضور است. در حدیث نبوی آمده است «الغنیمة لمن شهد الواقعة». یعنی غنیمت جنگی از آن کسی است که در واقعه جنگ «حاضر» بوده است. وقتی می‌گویند فلان کس شاهد فلان ماجرا بوده، یعنی حاضر در قضیه بوده است. «شهید» را از آن جهت گویند که مرگش در صحنه کارزار روی داده است.

واژه‌های هم خانواده کلمه شهید، زیاد است. مثلاً «مشهد» به معنای «محضر» است، و یا مشاهده به معنای معاینه. چنانچه واژه شهید با حرف اضافه (باء) بیاید به معنای گواهی دادن است. مثل آن که گویند «شهد بكذا» یعنی به فلان امر گواهی داد. با حرف اضافه «علی» چنانچه بعد از «علی» چیزی باشد به معنای گواه شدن بر امری است. می‌گویند «و اشهد ته علی کذا فشهد علیه» یعنی من او را به شهادت طلبیدم و او بر آن امر گواه گردید و چنانچه بعد از «علی» کسی باشد، به معنای گواه دادن به زیان کسی است کما این که اگر حرف اضافه «ل» باشد به معنای شهادت به نفع کسی است. کلمه‌های اشهد و استشهد به یک معناست.

چه گفته شود «اشهدت الرجل علی اقرار الغریم» و چه بگویند «استشهدت الرجل...» هر دو یک معنا می‌دهد و بالاخره شاهد از نظر لغوی به معنای کسی است که آنچه می‌داند بیان می‌کند.

شهادت در اصطلاح فقها: شهادت گاهی به معنای تحمل شهادت، یعنی گواه شدن است، و گاهی به معنای ادای شهادت یعنی گواهی دادن است. آنچه در ادله اثبات دعوی مطرح می‌شود ادای شهادت است که تعاریف زیادی بر آن ارائه شده و هر کس سعی کرده که تعریفی جامع و مانع مطرح نماید. در یکی از متون معتبر حنفی چنین تحلیل شده که نسبتاً جالب است. «اخبار بر سه گونه است؛ اخبار شخصی به نفع دیگری و به زیان شخص ثالث، این شهادت است.

اخبار شخصی به نفع دیگری به زیان خود خبر دهنده، این اقرار است. اخبار شخص به نفع خود خبر دهنده به زیان دیگری، این دعوی است. اگر چه تعاریف دیگری هم در متون فقها وجود دارد ولی کافی است در تعریف گفته شود که: شاهد یا گواه کسی است که وجود امری را به نفع یکی از متدعیین و زیان دیگری اعلام می‌دارد.

## 2. حجیت شهادت در فقه

حجیت شهادت در نظام فقه اسلامی از نظر کلی مورد اتفاق آرا و اجماع مکاتب فقه اسلامی است و یکی از ادله ثبات دعوی و بلکه اقوی دلیل محسوب و قدر متقین و مسلم مصداق بینه شرعیه می‌باشد.

شمس الدین سرخسی در توجیه حجیت شهادت می‌گوید: «مقتضای قیاس عدم حجیت شهادت است، چرا که شهادت از مصادیق خبر است و خبر محتمل الصدق و الکذب می‌باشد، و به خاطر اینکه محتمل است نمی‌تواند حجیت الزامی داشته باشد. و از طرف دیگر خبر واحد موجب علم، نیست و قضا برای قاضی امری الزامی است و سبب موجب علم می‌طلبد. ولی علی رغم استدلالهای قیاسی فوق با توجه به نصوص شرعیه که نسبت به عمل به شهادت دستور داده است، شهادت در قضا حجّت است و قاضی موظف به عمل به آن است. نصوص شرعیه عبارت است از آیه 282 سوره شریفه بقره «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» و نیز آیه 106 سوره مائده «أَنْتُمْ أَنْ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ» و حدیث شریف «البینة علی المدعی» این ادله حاوی دو معنی است: یکی اینکه با توجه به کثرت منازعات و محاسبات، مردم نیازمندند که در مراجع قضایی، شهادت مورد پذیرش باشد، زیرا اقامه حجّت موجب علم در تمامی خصومات امری مشکل است و تکلیف همواره در حد وسع مقرر می‌گردد نه مازاد بر آن. و دیگر این که قبول شهادت شهود بر قضات امری الزامی است، زیرا شرع علی رغم موازین قیاسی و محتمل الصدق و الکذب بودن، آن را حجّت قرار داده و رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) فرموده: «اکرموا الشهود فان الله تعالی یحیی الحقوق بهم». یعنی گواهان را گرامی دارید زیرا خدای تعالی حقوق (مردم) را به وسیله آنان حفظ می‌کند.

به هر حال، حجیت شهادت در قضای اسلامی اجمالاً پذیرفته شده ولی از نظر حد نصاب و ارزش شهادت در موارد و احوال قضایی در مذاهب گوناگون اختلاف نظر وجود دارد و دارای مراتبی است که به اختصار بیان می‌کنیم:

### الف) گواهی چهار نفر

نصاب گواهی در حد لواط و مساحقه به اتفاق آرا فقهای امامیه چهار مرد است. در حد زنا محصنه اختلاف نظر وجود دارد و مکاتب فقهی چهارگانه اهل سنت گواهی چهار مرد را معتبر دانسته‌اند. ولی مشهور فقهای امامیه سه مرد و دو زن را برای اثبات کافی می‌دانند. ابن حزم اندلسی، به طور مطلق به جای هر مرد دو زن را پذیرفته و معتقد است مجموعاً چنانچه هشت زن شهادت به زنا دهند، ثابت می‌گردد. دلیل فقهای مکاتب چهارگانه آیات زیر است:

1. «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً».

2. «لَوْ لَا جَاءُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ».

3. «وَاللَّائِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ».

لزوم نصاب چهارگانه به صراحت در آیات وجود دارد. برای اعتبار شرط ذکوریت دو استدلال ارائه شده است:

استدلال اول: از واژه «مِنْكُمْ» در ذیل آیه اخیر ذکوریت استفاده می‌شود. این استدلال در بعضی آثار امامیه در خصوص آیات الاحکام به چشم می‌خورد؛ ولی اکثر فقها امامیه به استناد روایات نیابت دو زن به جای مرد چهارم را پذیرفته‌اند. و ناگفته نماند که کلمه «مِنْكُمْ» نیز صراحتی در مخالفت با این عقیده ندارد و روایات، مفسر آیه محسوب می‌گردد.

استدلال دوم: واژه اربعه چون به صورت مؤنث آمده دال بر آن است که معدود مذکر است. حسن بصری معتقد است: اثبات قتل همانند زنا نیازمند به چهار گواه است. ولی سایر فقها با این نظر مخالف هستند که خواهد آمد.

ب) گواهی سه نفر

احمد بن حنبل به استناد حدیث قبیصه بن مخارق معتقد است: چنانچه کسی که به دارایی و یسار شناخته شده، دعوی اعسار کند با سه شاهد می‌تواند مدعای خود را به اثبات رساند.

ج) گواهی دو مرد

برای اثبات به جز آنچه گذشت در سایر اتهامات جزایی نظیر ارتداد، قذف، شرب خمر و حد سرقت و کلیه امور شرعی حق الله محض مانند زکاة، خمس، نذر، کفاره و نیز دعاوی نظیر اسلام، بلوغ، ولاء، تعدیل و جرح، عفو از قصاص، طلاق، خلع و نسب و رؤیت هلال و وکالت و وصایت، گواهی دو مرد معتبر است. مستند این حکم آیات شریفه قرآن است:

1. «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ». که عموم آیه دلالت بر لزوم عدد و ذکوریت است و شامل موارد فوق می‌گردد.

2. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ...»  
«ای کسانی که ایمان آوردید، چون مرگ یکی از شما فرا رسد، گواهی میان شما هنگام وصیت (گواهی) دو تن عادل از شماست، یا اگر در سفر بودید دو تن دیگر از غیر خود...».

3. «فَإِذَا بَلَغَنَّ الْأَجَلُهَا فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ...» «پس چون به سر آمد خویش نزدیک شدند، یا به شیوه‌ای نیکو و پسندیده نگاهشان دارید، یا از آنان به خوبی جدا شوید، و دو تن عادل از خودتان را گواه بگیرید، و گواهی را برای خدا به پای دارید- (ادا کنید)، این است که به آن پند داده می‌شود...».

اگر چه آیه «فَإِنْ لَمْ يَكُنَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ»، دال بر عدم لزوم شرط ذکوریت شاهدین است ولی احادیث واصله از سوی رسول الله و اهل بیت آن حضرت (علیه السلام) دال بر اعتبار شهادت دو مرد و عدم جایگزینی زنان به جای مرد در موارد فوق می‌باشد. در مورد دعاوی ازدواج، غصب، وصیت، معاوضات و رهن اختلاف نظر وجود دارد، مشهور فقهای امامیه بر آن هستند که یک مرد و دو زن برای اثبات نیز کافی است ولی بعضی در این گونه دعاوی هم فقط گواهی دو مرد را معتبر دانسته‌اند. به عقیده مالک و احمد بن حنبل برای اثبات دعاوی غیر مالی از قبیل ازدواج و طلاق شهادت دو مرد معتبر است.

برای اثبات دعاوی ودیعه، عاریه و نیز دیه جنایات موجب دیه، شهادت دو مرد یا یک مرد و زن پذیرفته است، قرآن مجید در مورد تنظیم سند بدهکاری مدت را بیان داشته است. «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ».

مذهب حنفی به استناد قیاس، شهادت دو مرد یا یک مرد و زن را در تمام امور مدنی اعم از حقوق مالی و غیر مالی مانند ازدواج و طلاق معتبر دانسته‌اند ولی در حقوق الله یعنی سایر مسائل جزایی و امور مربوطه به اجرای حدود، کفایت دو زن به جای مرد دوم را مقبول نمی‌دانند. مجله الاحکام در ماده 1685 نیز همین مطلب را پذیرفته است: «نصاب الشهادة فی حقوق العباد رجلان او رجل و امرأتان و تقبل شهادة النساء و حدین بحق المال فی المحال التي لا یمكن اطلاع الرجال علیها»، «نصاب شهادت در حقوق الناس دو مرد یا یک مرد و دو زن است و شهادت زنان فقط در حقوق مالی و مواردی که برای مردان اطلاع بر آنها ممکن نیست پذیرفته است». در میان مذاهب اسلامی فقط ظاهریه گواهی یک مرد و زن در تمام امور مدنی و کیفری (جز در مورد زنا) را کافی می‌دانند.

#### د) گواهی یک مرد با سوگند خواهان

این گونه گواهی به نظر امامیه در تمامی دعاوی مالی و آنچه که غرض از آن مال است همانند مورد قبل پذیرفته است. در حقوقی که واجد هر دو جنبه است مانند سرقت، با چنین شهادتی مال باخته به مال خود می‌رسد ولی حد، اجرا نمی‌گردد. در مذهب حنفی این گونه شهادت پذیرفته نیست، ولی مکاتب دیگر آن را پذیرفته‌اند. موافقان به روایت‌ها و عمل رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) و خلفای راشدین متمسک شده‌اند و مخالفان به آیه شریفه دال بر اعتبار دو مرد و یا یک مرد و دو زن استدلال نموده‌اند و می‌گویند روایات واصله اخبار آحاد است و اخبار آحاد نمی‌تواند ناسخ قرآن باشد.

#### ح) گواهی زنان

مسأله عدم پذیرش شهادت زنان از قدیم در میان ادیان و شرایع مطرح بوده است. شریعت یهود گواهی زنان را مطلقاً نپذیرفته است و بعضی با احتیاط پذیرفته‌اند. قانون بعضی کانتون‌های سویس در اوائل قرن نوزدهم مانند حقوق اسلامی شهادت دو زن را به جای یک مرد در بعضی موارد قبول می‌کند. در قانون قدیم فرانسه گواهی زن با مرد برابر نبود. قانون ناپلئون نیز پیش از تعدیلهایی که در اواخر قرن پیش در آن انجام شد در وصیت و بعضی اسناد مربوط به احوال شخصیه فقط شهادت مردان را پذیرفته بود. اگر چه در اصلاحات دسامبر 1897 تفاوت میان زن و مرد در امر شهادت برداشته شد. و در مواد 37 و 980 عدم تفاوت از نظر جنسیت صریحاً قید گردید.

در مورد گواهی زنان در قرآن مجید چنین آمده است: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ إِنْ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى...» «دو نفر از مردان خود را به گواهی بگیرید و اگر دو مرد نبودند، یک مرد و دو زن از میان کسانی گواه کنید که مورد رضایت و اطمینان شما هستند، (این دو زن به همراه یکدیگر باید به جای مرد دیگر برای شاهد قرار گرفتن دعوت شوند) تا اگر یکی از آن دو فراموش (یا اشتباه) کند، دیگری به یادش آورد.

به استناد آیه فوق گواهی زنان از نظر فقهای اسلامی اجمالاً نیم برابر گواهی مردان به حساب آمده است، ولی در این رابطه چند نکته قابل ذکر است:

1. آیه فوق مربوط به تنظیم اسناد در بدهی‌های مدت دار است و در جامعه عربی در زمان نزول قرآن که زنان از هر گونه حقوق مدنی مانند ارث و غیره محروم بودند و دختران زنده به گور می‌شدند، اعطای این حق گام بزرگ و پیشرفت قابل توجهی در راستای تکریم زنان بوده است.



2. علی رغم استنباط مشهور فقیهان و مفسران همواره این سؤال برای نگارنده مطرح بوده است که این آیه شریفه آیا مربوط به تحمل شهادت است یا ادای شهادت؟ به عبارت دیگر سؤال این است که آیا توصیه قرآن در مقام گواه گرفتن، آن است که دو زن به جای یک مرد باید به گواهی گرفته شوند یا در دادگاه برای ادای شهادت دو زن به جای یک مرد ارزش دارند؟ بی‌گمان پاسخ آن است که اولاً، توصیه آیه در خصوص «استشهاد» یعنی گواه‌گیری است، نه گواهی دادن.

ابن تیمیه بدین نکته تصریح کرده است، ما در آینده در ضمن بحث از ارزش شهادت یک فرد کلام او را بیان خواهیم کرد. و ثانیاً، قرآن علت حکم را در ذیل چنین بیان کرده است: «أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى» یعنی تا اگر یکی فراموش و یا اشتباه کرد دیگری وی را یادآور شود و این به جهت آن جلوگیری از وقوع خطا و اشتباه در ادای گواهی است که احتمالاً ممکن است توسط یکی از بانوان رخ دهد. بنابر مطالب بالا می‌توان چنین نتیجه گرفت که در هنگام ادای شهادت در دادگاه آنچه دلیل اثبات محسوب می‌گردد؛ همانا گواهی یکی از بانوان است و وجود دیگری صرفاً برای تذکر و جلوگیری از اشتباه و فراموشی گواه نخستین است. و چنانچه چنین امری رخ ندهد و یکی از بانوان در ادای شهادت، کاملاً حفظ امانت نماید و از هر گونه خطا و اشتباه و یا انحراف به دور باشد و نیازی به تذکر و یادآوری پیش نیاید عملاً دلیل اثبات همان است، نه آن که هر کدام از گواهان ارزش نیمه داشته باشد و مجموعاً یک گواهی محسوب گردند.

3. با قطع نظر از استنباط شخصی فوق، فقیهان اسلامی در بسیاری موارد گواهی بانوان را پذیرفته‌اند که ذیلاً گزارش اجمالی ارائه می‌گردد. در کلیه مکاتب فقهی در اموری که اطلاع مردان بر آنها غالباً مشکل است و مردان نمی‌توانند بر آن شاهد و ناظر باشند و یا به طور کلی ارتباط بیشتری با زنان دارد گواهی بانوان پذیرفته شده است. از قبیل: ولادت، عیوب زنان، حیض، رضاع و ...

مستند فقهای اهل سنت به این حدیث است که: «شهادة النساء جائزة فی ما لا يستطيع الرجال للنظر الیه»؛ یعنی شهادت زنان در مواردی که مردان نمی‌توانند شاهد و ناظر بر آن باشند جایز است. ماده 1685 المجلّة هم بر طبق همین مضمون تنظیم شده است (... و تقبل شهادة النساء وحدهن بحق المال فی المحال التي لا یمکن اطلاع الرجال علیها». شهادت زنان تنها (یعنی بدون انضمام به مردان) در حقوق مالی در مواردی که اطلاع مردان بر آن ممکن نیست، پذیرفته است).

#### نصاب گواهی زنان

در مورد نصاب گواهی زنان میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، حنفیان گواهی یک زن که در هنگام تولد طفل سمت مامایی او را به عهده داشته پذیرفته‌اند و مستند آن را اولاً روایت منقول از رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) و ثانیاً داوری علی ابن ابی طالب، شریح، و بعضی از قضات صدر اسلام ذکر کرده‌اند ولی مالک تعداد دو نفر را لازم دانسته و در این رأی به قیاس به مردان تمسک نموده است. شافعی از رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) توسط عطاء چنین حدیث کرده است: «فی شهادة النساء علی شیء من امر النساء لا یجوز فیہ اقل من اربع». یعنی نصاب شهادت زنان در موارد امور ایشان جایز نیست که کمتر از چهار نفر باشد.

به نظر فقهای شیعه امامیه نصاب گواهی در موارد فوق چهار زن و مادام که نصاب کامل گردد شهادت کمتر از حد نصاب لغو و بی‌بهره است مگر در دو مورد:

1. وصیت تملیکی؛ که با گواهی یک زن  $1/4$  و با دو زن  $2/4$  و با سه زن  $3/4$  و چهار زن همه موصی به، به موصی تحویل می‌گردد.

2. گواهی بر زنده متولد شدن جنین؛ که اصطلاحاً آن را «استهلال» می‌گویند هرگاه پس از فوت مورث یکی از وراث جنین باشد، تعلق سهم الارث به وی متوقف بر آن است که زنده متولد شود هر چند که بلافاصله فوت کند. حال، اگر یک زن بر حیات او در هنگام تولد گواهی دهد صاحب 4/1 میراث و اگر دو زن گواهی دهند 4/2 و سه زن 4/3 میراث و صرفاً گواهی 4 زن موجب تعلق تمامی میراث خواهد شد. مالک گواهی دو زن را با سوگند خواهان در قضایای مالی جایز دانسته و این نیز یکی از دو رأی فقهای حنبلی است، همچنین از علی بن ابی طالب (علیه السلام) و عمر بن خطاب و شریح قاضی روایت کرده‌اند که در مورد طلاق و مهر زنان، گواهی چهار زن را کافی دانسته‌اند، ظاهراً به طور کلی در همه جا شهادت دو زن را به جای شهادت یک مرد پذیرفته‌اند.

و) گواهی یک مرد

مواردی که شهادت یک نفر نافذ شمرده شده بسیار اندک است و این امر به خاطر احتیاط کامل در حقوق مردم است. در قدیم، در قوانین روم و قانون کلیسا نیز شهادت یک نفر فاقد اعتبار اثباتی بود.

در مذهب حنفی، گواهی یک مرد به طور استثنا در اموری از قبیل ولادت کافی دانسته شده و مستند آن قاعده اولویت است، زیرا- همچنانکه گذشت- که دیدیم شهادت یک زن که سمت مامایی طفل را داشته قبول است و لذا گواهی مرد به طریقی اولی در این مورد نافذ است و نیز گواهی یک آموزگار در امر مربوط به کودکان و گواهی یک کارشناس در ارزیابی آنچه که ضایع و تلف شده است و نیز گواهی یک مرد در تزکیه و جرح گواهان و در خبر دادن از عزل وکیل و عیب مبیع و موارد دیگر از این قبیل. در ماده 71 المجله در خصوص قول مترجم چنین آمده است: «تقبل قول المترجم مطلقاً»، یعنی قول مترجم به طور مطلق پذیرفته می‌شود. این جمله عیناً در الأشباه و النظائر آمده است. لذا گواهی یک مترجم عادل کافی دانسته شده و این مطابق رأی ابی حنیفه و ابی یوسف و امام مالک است ولی شیبانی و سایر فقیهان حنفی مترجم را همانند سایر گواهان دانسته و نصاب شهادت یعنی حد اقل دو نفر را معتبر می‌دانند.

وسعت نظر ابی حنیفه در این امر مستند است به یک قاعده اصولی که نزد وی معتبر است: «ما ثبت علی خلاف القیاس فغیره لا یقاس علیه». یعنی آنچه بر خلاف قیاس ثابت شود نمی‌توان مورد دیگری را بر آن قیاس کرد، منظور از خلاف قیاس در این قاعده خلاف اصل است. و مفهوم قاعده همان است که در فقه شیعیه امامیه می‌گویند: «فی ما خالف الاصل یجب ان یقف علی موضع النص» و یا «فی خلاف القاعدة یقتصر علی مورده». بنابراین، حنفیان می‌گویند: مقتضای قیاس و اصل اولیه آن است که قول شخص عادل حجت باشد و نصاب لازم نباشد و اعتبار نصاب امری خلاف اصل و تعبدی است. آنچه مایه ترجیح می‌شود، عدالت گواه است، نه تعداد آن؛ زیرا آنان معتقدند آنچه نقش تعیین‌کننده در ارزش شهادت دارد، شخصیت شاهد و میزان عدالت اوست، و افزونی گواهان به هیچ وجه به نظر آنان موجب ترجیح نمی‌گردد.

در فقه اسلامی، فقهای بزرگی وجود دارند که به طور کلی هیچ گونه نصابی برای شهادت لازم نمی‌دانند و برای گواهی یک مرد عادل و راستگو اعتبار قائلند.

ابن قیم جوزیه فقیه معروف مالکی از این دسته است. وی می‌گوید: «حقیقت این است که هر چه حق را آشکار کند، بینة محسوب می‌گردد و چنانچه حقی به طریقی آشکار شود خدا و رسول او بی‌اعتنا نمی‌مانند و جز به مقتضای آن به چیزی عمل نمی‌کنند پس حق به هر صورت و از هر طریقی روشن شود اجرای آن لازم و ابطال آن حرام است».

ابن قیم در کتاب دیگرش، الطرق الحکمیة همین مطلب را با این استدلال بیان نموده است که «خداوند قضات و دادرسان را ملزم نموده که فقط به گواهی دو شاهد اعتنا کنند بلکه صاحبان حق را ملزم ساخته که برای حفظ حق خود دو نفر و یا دو زن و یک مرد را گواه گیرند و این مطلب نمی‌رساند که قضات مجاز نیستند که به کمتر از دو شاهد رأی دهند، بلکه آنان چنانچه به صدق گفتار و راستگویی یک مرد نیز مطمئن بودند می‌توانند مطابق آن، انشاء رأی نمایند.

منظور ابن قیم از این استدلال ظاهراً همان چیزی است که در گذشته در بحث گواهی زنان مطرح کردیم؛ مبنی بر این که موضوع تحمل شهادت با ارزش گواهی تفاوت دارد. آنچه آیه در مقام بیان آن است تحمل شهادت است، که صاحبان حق برای حفظ حقوق خود بایستی نصاب شهود و یا موضوع جنسیت آنان را رعایت نمایند. ولی این بدان معنا نیست که قضات نیز ملزم به رعایت نصاب و یا جنسیت می‌باشند وی در متن دیگری از کتاب خود می‌گوید: «فالطرق التي يحكم بها الحاكم اوسع من الطرق التي ارشد الله صاحب الحق الى ان يحفظ حقه بها». یعنی راههایی که برای کشف حقیقت در برابر قاضی وجود دارد وسیع‌تر از راهی است که خداوند صاحبان حق را برای حفظ حقوق خود بدان راهنمایی نموده است.

ابن قیم، این موضوع را از ابن تیمیّه آموخته است، وی قبل از او بدین نکته تصریح کرده که قرآن کریم شهادت دو مرد یا یک مرد و دو زن را از طرق و وسایل حکم قاضی نشمرده است؛ بلکه قرآن در مقام بیان این موضوع است که با این نوع از بینة انسان می‌تواند حق خود را حفظ نماید. ابن قیم جوزیه، به عمل رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) در مواردی استناد کرده که آن حضرت به شهادت عدل واحد اکتفا نموده است. از جمله در مسأله اثبات رؤیت هلال و نیز در مورد شهادت مردی که به نفع ابی قتاده شهادت داد که وی فلان مشرک را به قتل رسانده است. رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) شهادت آن مرد را پذیرفت و «سلب» مقتول را به ابی قتاده تسلیم کرد و از ابی قتاده که مدعی بود، سوگند مطالبه نفرمود.

در فقه امامیه، خبر شخص واحد عادل، در مورد احکام شرعیّه حجّیت دارد؛ یعنی چنانچه شخص عادل یکی از احکام شرعیّه را از منابع اولیه نقل کرد، خبر مزبور حجت است و بایستی به مفاد آن عمل کرد. اما در خصوص موضوعات چنین نیست. منظور از احکام، تکالیف و الزامات و ترجیحات شرعیّه یعنی وجوب، حرمت، کراهت، استحباب و اباحه، است و منظور از موضوعات، تمام وقایعی است که از دائره احکام بیرون است، مثل طهارت، نجاست، ملکیت، رؤیت هلال و ... مستندات حجّیت خبر واحد در مورد احکام، بسیار است. اما مهمترین آنها آیه معروف به آیه «نبأ» است: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِحُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ». ای کسانی که ایمان آورده‌اید اگر شخص فاسقی برای شما خبری آورد بررسی کنید تا مبادا نادانسته به مردم آسیب رسانید و آنگاه بر آنچه کردید پشیمان گردید.

محور استناد، مفهوم آیه شریفه است مبنی بر آنکه چنانچه عادل خبر آورد برای عمل به آن بررسی لازم نیست و به این گونه تأیید خداوند بر حجّیت خبر عادل احراز می‌گردد.

ولی لازم به ذکر است که آیه شریفه به مناسبت جریان خبر آوردن ولید بن عقبه بن ابی معیط نازل گردیده و داستان چنین است «حسب نقل ابن جریر و احمد و ابن ابی حاتم و طبرانی و ابن مروویه از ابن عباس که چون رسول الله ولید بن عقبه را به عنوان عامل زکاة (مصدق) به سوی قوم بنی المصطلق فرستاد، وی با قوم مزبور یک عداوتی دیرینه داشت، همین که به نزدیکی محل رسید، قوم به صورت دسته جمعی به استقبال وی آمدند. او از همانجا برگشت به نزد رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) و گفت: مردم مرتد شده‌اند و از دادن زکات سر باز زدند و می‌خواستند مرا بکشند، رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) بر آن شد که آنان را سرکوب کند. و در همین حال آنان به مدینه آمدند و گفتند یا رسول الله

ما می‌خواستیم از فرستاده تو احترام کنیم و زکاتمان را تقدیم کنیم. پیامبر آنان را متهم ساخت و گفت: «لتنهنَّ او لابعثنَّ الیکم رجل هو عندی کنفسی، یقاتل مقاتلکم و یسی ذراریکم، ثم ضرب بیده علی کتف علی فقال: نعوذ باللَّه من غضبه و غضب رسوله (صلی الله علیه و آله و سلم)». در همین حال آیه نازل شد و پیامبر را از حقیقت آگاه ساخت.

همان‌طور که ملاحظه می‌کنید، ارتداد قوم بنی‌المصطلق که ولید فاسق از آن خبر داده یک واقعه است نه یک حکم، بنابراین، چنانچه مفهوم آیه بیانگر حجیت خبر واحد عادل باشد با توجه به مورد بایستی شامل موضوعات نیز گردد و آلا در غیر این صورت خروج مورد لازم خواهد آمد. اصولیین قرن اخیر، از جمله شیخ انصاری و پس از ایشان، محقق عراقی و نائینی به این مسأله توجه کرده‌اند و در پاسخ گفته شده که عدم حجیت خبر فاسق مشمول منطوق آیه است و مفهوم آیه اگر چه عام است و شامل احکام و موضوعات می‌گردد ولی با ادله بینه تخصیص می‌خورد. و موضوعات خارج می‌گردد، و در اینگونه موارد شرائط اعتبار بینه از جمله تعداد لازم الرعایه است.

گویی برای ایشان مسلم است که بینه در شرع به معنای دو شاهد عادل است و با این فرض مفهوم آیه را تفسیر کرده‌اند. به نظر می‌رسد، با توجه به تحقیقی که در مبحث آتی ارائه خواهیم داد؛ مبنی بر این که بینه در حقیقت شرعی و یا متشرعه معنای خاصی ندارد؛ بلکه به همان معنای عرفی در ادله شرعی آمده است، لذا به موجب مفهوم آیه حجیت خبر عادل واحد در کلیه موضوعات جز در موارد خاصه منصوص و معین نیز جاری خواهد بود.

محقق حایری در مبحث اعتبار خبر مؤذن نسبت به دخول وقت نماز عموم و شمول حجیت عدل واحد در موضوعات را به صاحب جواهر منتسب نموده است.

#### شرایط شاهد

شهادت وقتی دارای ارزش است که شاهد دارای شرایط زیر باشد:

### 1. عدالت

از شروط اعتبار شهادت عدالت شاهد است اگر شاهدهی به دروغ و فسق مشهور است گواهی و شهادت او قبول نمی‌شود. اعتبار و شرط عدالت برای شاهد از امور اجماعی و اتفاقی میان عموم فقیهان مکاتب اسلامی است. و مستند آن هم آیات قرآن و هم روایات است. آیات شریفه: الف) «إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ». اگر چه در مورد وصیت است ولی با توجه به آن که امر وصیت از امور توسعه و تسامح‌پذیر شرعی است و شرایط محدود کننده‌ای که در سایر موارد وجود دارد در وصیت وجود ندارد، چنانچه عدالت شاهد چنین امری معتبر شناخته شود به قاعده اولویت در سایر موارد نیز شناخته خواهد شد.

ب) آیه طلاق، اگر چه در مورد طلاق است ولی فقها سایر موارد را به وحدت ملاک و اولویت فتوا داده‌اند.

در مجله الاحکام العدلیه ماده 1716 عدالت برای گواه شرط است؛ البته ابو حنیفه گفته است تعدیل و ترکیه گواهان را وقتی معتبر می‌دانیم که به اصطلاح، عدالت وی زیر سؤال برود لکن تا وقتی عدالت توسط طرف مقابل دعوی مورد سؤال قرار نگرفته است معدل لازم نیست، معدل هنگامی لازم است که طرف دعوی به عدالت گواه ایراد کند - یعنی او را جرح نماید - به نظر شیعه شهادت شهود وقتی معتبر است که عدالت برای قاضی احراز گردد.

روایات: عبد الله بن ابي يعفور از امام صادق پرسیده است چگونه عدالت شخص شناخته می شود که بتوان شهادت او را پذیرفت؟ آن جناب پاسخ داد:

چنانچه شخصی به عفاف و خویشن داری معروف، و حافظ دست و زبان، شکم و نیروی جنسی خود باشد و میان مردم به اجتناب و دوری از ارتکاب گناهان بزرگ شناخته شده باشد، شهادت این شخص پذیرفته می شود تا آنجا که می گوید: اگر از قوم و قبیله و محله مسکونی او در مورد وی سؤال شود آنان بگویند، ما جز خوبی از وی چیزی ندیدیم. این شخص به عدالت شناخته می شود.

با توجه به ذیل روایت به نظر می رسد حسن ظاهر برای احراز عدالت کافی است و عادل کسی است که معاشران وی در ظاهرش عیب نبینند اگر چه از باطنش غیب ندانند.

## 2. بلوغ

شهادت کودک غیر ممیز به اتفاق آرا بی ارزش است و به نظر مشهور فقهای امامیه شهادت ممیز نیز مادام که به حد رشد و بلوغ نرسیده ارزش ندارد. به حکم فوق یک استثنا وارد شده است و آن مورد شهادت کودکان بر قتل است که به مفاد اولین کلام آنان اتخاذ می گردد. یعنی چنانچه اول بار چیزی گفته و بعدا چیز دیگری، اولین قول آنان قبول می گردد. مستند این حکم استثنایی، روایاتی است که به این امر صراحت دارد. به نظر بعضی از بزرگان با توجه به استثنایی بودن حکم و این که همه روایات فقط در مورد قتل نفس است، شمول حکم به جراحات کمتر از آن، محل تردید است. و اگر چه قدمای شیعه، نظیر شیخ طوسی، سید مرتضی و ابن زهره ادعای اجماع در مسأله نموده اند؛ ولی اجماع با مخالفت بعضی از جمله فخر المحققین مخدوش است و چون روایت معتبری نسبت به جراحات وارد نشده، دلیلی برای تعمیم حکم وجود ندارد.

قابل ذکر است که سید مرتضی قبول شهادت کودکان را در جراحات، از مختصات امامیه شمرده و دلیل آن را سیره امیر المؤمنین در دادرسی ها دانسته، وی سپس به نقل قضیه ای مبادرت می ورزد که همه راویان اعم از شیعه و غیر شیعه از آن حضرت روایت نموده اند. ولی جالب توجه این که روایت نقل شده در قضیه غرق شدن یک بچه در آب است که سه پسر بچه علیه دو بچه دیگر شهادت می دهند که آنان طفل را مغروق ساخته اند و آن حضرت شهادت آنان را پذیرفته است. و با وجود آن که قضیه نقل شده در قتل نفس است معلوم نیست که چرا ایشان فتوی را به مورد جراحات اختصاص داده اند و جالب تر آن که در آخر کلامشان در پاسخ این سؤال که چرا شهادت صبیان را، مانند سایر عدول در همه جا نمی پذیرید و فقط مختص به جراحات می دانید، می گویند مانعی ندارد که به خاطر ایجاب نمودن مصلحت در یک مورد بپذیریم و در سایر موارد پذیرفته نشود، همانند شهادت زنان.

فتوای شیخ طوسی، شهید اول، نیز فقط مختص جراحات است و مورد قتل نفس را به کلی مطرح نکرده اند. شهید ثانی در شرح لمعه مسأله جراحات را اتفاقی دانسته و اختلاف نظر را به مورد قتل نسبت داده است.

تتبع انجام شده نشان می دهد که مسأله از مختصات امامیه نمی باشد؛ زیرا مکاتب سه گانه مالکیان و شافعیان و حنبلیان فتوایشان همانند فتوای متن روضة البهیة است. بزرگانی از قضات قدیم نیز بر همین نظرند. از جمله عبد الله بن زبیر، عروة بن زبیر، عمر بن عبد العزیز، ابن ابی لیلی، زهری، مالک و ابو الزناد.

### 3. عقل

شهادت مجنون در حال جنون مورد قبول نیست. شهادت مجنون ادواری در حال افاقه چنانچه واجد سایر شرایط باشد پذیرفتنی است در این مورد دادگاه باید اطمینان حاصل نماید که مجنون کاملاً دارای حضور ذهن است. این مسأله میان فقهای اسلامی اتفاقی است، و سیره خردمندان نیز بر همین امر استوار است.

### 4. اسلام و ایمان

این شرط میان فقیهان امامی اتفاقی است. به موجب این شرط چنانچه گواه از اقلیتهای دینی باشد نمی‌تواند علیه شخص مسلمان شهادت دهد. ولی هرگاه مدعی علیه نیز از نظر ملیت، هم‌کیش شاهد باشد به نظر می‌رسد به موجب «قاعده الزام» پذیرفتن گواهی بلامانع است.

### 5. طهارت مولد

به موجب این شرط، شهادت افراد مجهول النسب پذیرفته نمی‌شود.

### 6. انتفای تهمت

گواهی شریک به نفع شریک دیگر یا شهادت وصی در امر ولایت خودش یا شهادت پدر برای پسر و پسر به نفع پدر مورد قبول نیست (اما به زیان یکدیگر مورد قبول است) گواهی زن و شوهر به نفع یکدیگر قبول نمی‌شود (البته شافعی در مورد زن و شوهر هر چند به سود یکدیگر باشد شهادت ایشان را قبول نموده است) عدم پذیرش شهادت ایشان فقط به خاطر وجود تهمت است.

شرایط شاهد در زمان ادای شهادت معتبر است نه در زمان تحمل شهادت و بنابراین چنانچه افرادی در زمان حضور در واقعه فاقد شرائط باشند و در زمان اداء واجد گردند شهادت آنان پذیرفته می‌شود. در این مسأله حنفیان با فقهای امامیه موافقتند.

نسبت به اعتبار استمرار شرایط تا زمان صدور حکم میان فقیهان شیعه اختلاف نظر است. به نظر ما دلیلی بر اعتبار استمرار وجود ندارد.

### سوگند گواه

آیا لازم است شاهد در محکمه، سوگند بخورد یا خیر؟ در شریعت اسلامی دو قول وجود دارد: قول اول؛ این که وقتی که شخصی شهادت می‌دهد لازم نیست خود او را سوگند بدهند، این قول را حنفیان دارند. قول دوم؛ این که گواه نخست باید سوگند بخورد تا از وی قبول شهادت بشود. استدلال ایشان آن است که؛ عدالت شاهد یک امر پنهانی و ناشناخته است و ادای سوگند این امر پنهانی را تقویت می‌کند. در کتاب الطرق الحکمیة ابن قیم جوزیه حنبلی آمده است «اذا كان للحاکم ان یفرق إذا ارتاب بهم فأولی ان یحلفهم إذا ارتاب بهم». یعنی اگر قاضی بتواند هنگامی که تردید کرد در امر قضا برای صحت گواهی گواهان آنها را از هم جدا کند و متفرداً از آنها استماع کند (در فقه این امر اجازه داده شده است) پس به طریق اولی برای رفع تردید خودش نیز از گواه می‌تواند سوگند بگیرد. در مذهب مالکی نیز همین امر بیان شده است.

در مجله الاحکام العدلیه ماده 1727، نیز از قول دوم پیروی شده است، یعنی سوگند لازم دانسته شده است. در این ماده آمده است: «اذا ألحّ المشهود علیه علی الحاکم قبل الحکم بتحلیف الشهود انهم لم یکنوا فی شهادتهم کاذبین، و کان هناك لزوم لتقویة الشهادة بالیمین، کان للحاکم ان یحلف الشهود و ان یقول لهم ان حلفتهم قبلت شهادتکم و إلا فلا». یعنی هرگاه شخصی که گواهی به زیان اوست، پیش از صدور حکم مصرانه از دادرس بخواهد تا گواهان را سوگند دهد که در گواهی خود دروغ نمی‌گویند، و در آن مورد تقویت گواهی با سوگند امری ضروری به نظر برسد، حاکم می‌تواند که گواهان را به ادای سوگند وادارد، با آنان بگوید اگر سوگند بخورید گواهی شما را می‌پذیرم و اگر نه نخواهم پذیرفت».

در این ماده مطلب مهمی بیان شده است؛ اگر کسی که گواهی به زیان اوست پیش از صدور حکم اصرار کند و از حاکم بخواهد که گواهان را سوگند بدهد، که آنها بگویند به خدا ما دروغگو نیستیم؛ در چنین موردی تقویت شهود با سوگند لازم است و حاکم می‌تواند آنها را به ادای سوگند وادار کند. و با توجه به این نکته می‌توان گفت مجله الاحکام از فتوای ابو حنیفه اعراض نکرده است.

در قوانین امروزی سوگند دادن شاهد پیش از ادای شهادت لازم است؛ مثلاً در قوانین کشورهای عربی مثل کشور لبنان در ماده 272 قانون آیین دادرسی مدنی لبنان چنین آمده است «يجب على الشاهد قبل اداء الشهادة ان يحلف اليمين على انه يشهد بالحق كله و لا يشهد بسوى الحق». در قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز به همین گونه بیان شده است. در فقه امامیه سوگند دادن شاهد امری ضروری نیست و درخواست مشهود علیه نیز در این امر نقشی ندارد بنظر میرسد این امر کاملاً به اختیار خود دادرسی نهاده شده و چنانچه قاضی برای اطمینان اقدام به سوگند دادن نماید با هیچ‌گونه منع شرعی مواجه نمی‌باشد. هم اکنون در محاکم جعفریه کشور لبنان نیز به همین نحو اجرا می‌گردد.

#### ارزش‌یابی مفاد شهادت

سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا قاضی پس از استماع شهادت شهود موظف به رأی دادن است یا می‌تواند شهادت شهود را ارزیابی کند؟ در مکاتب قضایی روز در این مسأله دو نظر وجود دارد: یک نظر این است که قاضی پس از استماع شهادت شهود ناچار است بدون درنگ رأی بدهد و تردید نباید بکند. حتی اگر امید صلح هم بین طرفین وجود داشته باشد درنگ بر وی جایز نیست. در قرن 18 در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه و اتریش چنین بود که وقتی تعداد شهود کافی برای اثبات شهادت بود؛ قاضی می‌بایست طبق شهادت شهود رأی بدهد. نظر دوم، آن است که برای جستجوی حق و حقیقت قاضی باید با وجدان خودش بسنجد و ارزیابی کند و بعد آنچه از مقتضای آن فهمید، رأی بدهد در غیر این صورت می‌تواند رد کند. اصولاً این سؤال بسیار مهم است که در سیستم قضایی آیا هدف یافتن حق است یا به بینه و اسناد عمل کردن و رأی دادن است؟ امروزه در سیستم غالب قوانین دنیا قاضی باید حق را با هوش و ذکاوت خود پیدا کند. عبارتی که در قانون آیین دادرسی مدنی لبنان آمده، این است: ماده 278 «ان المحكمة التي تحکم في الوقائع هي التي تقدر قيمة الشهادات و تقديرها لا يقبل المراجعة» یعنی، دادگاهی که دادرسی می‌کند و می‌خواهد رأی بدهد باید ارزش شهادت را بسنجد و این ارزیابی قابل رجوع و ارزیابی مجدد نیست. قانون بینات کشور اردن نیز در سال 1928 همین نظر را پذیرفت. آیین دادرسی مدنی ایران نیز در ماده 424 همین نظر را پذیرفته است.

در حقوق اسلامی نظریه سومی قبول شده که می‌توان گفت قول وسط است و آن این است که قاضی فقط باید به بینه رأی بدهد، تأمین دلیل و یافتن حق به او اجازه داده نشده است. یعنی وقتی که دو گواه از طرف مدعی ارائه گردید و قاضی استماع شهادت نمود دیگر تأخیر در رأی جایز نیست. فقط دو مورد استثنا شده است. یکی آن که قاضی امید به صلح طرفین داشته باشد و درخواست صلح کند و دوم آن که خود مدعی درخواست صلح کند که فعلاً رأی ندهد. ناگفته پیداست که در همه موارد قاضی موظف است قبل از ادای شهادت عدالت شهود را احراز کند، شرط احراز عدالت باعث می‌شود که شهادت شهود در بسیاری از مواقع از ارزش ساقط گردد و در محکمه ادا نگردد، به خصوص آن که بسیاری از مکاتب فقهی بر آنند که قاضی شخصاً در خصوص عدالت گواهان بررسی و تفحص می‌نماید، در المجله آمده است: (ماده 1717) «تزکی الشهود ان سرا و ان علنا من الجانب الذي ينبسون اليه ان كانوا من طلبه العلم، فيكون من مدرس المدرسة التي يقيمون بها و من عمدة اهاليها ... و ان كانوا من التجار فمن معتبري التجار». یعنی، از وضع گواهان چه آشکارا و چه پنهان به طور مناسب باید تحقیق کرد، اگر گواه از دانشجویان است باید وضع

او را از استاد همان مدرسه که در آن سکونت دارد و از معتمدان محل پرسید ... و چنانچه گواه از بازرگانان است باید از بازرگانان معتبر وضع او را پرسید.

فتواخانه عثمانی در 38 جمادی الثانیة 1322 هـ قمری چنین فتوا داد «علی قضاة الشرع عند الریبة فی صدق الشهود ان یحققوا بانفسهم عن احوال هؤلاء غیر مکتفین بالتزکیه سریة و علانیة» یعنی قضاة شرع مکلفند هنگام شک و تردید در صدق گفتار گواهان به تزکیه آنان در پنهان و آشکار اکتفا نکنند، بلکه احوال آنان را شخصا مورد بررسی قرار دهند.

بعضی از فقها قول دوم را پذیرفته‌اند و اظهار داشته‌اند این که قاضی را بعد از استماع شهود ملزم به صدور رأی بدانیم بدون آن که شهادتها را ارزیابی نماید، خلاف قیاس است زیرا شهادت ممکن است صادق یا کاذب باشد و قاضی حق دارد تحقیق کند. ابن قیم جوزی حنبلی بر آن است که قاضی موظف است برای کشف حقیقت از هر وسیله‌ای استفاده کند و چنانچه حقیقت از طریق یک شاهد واحد عادل کشف گردد رأی باید بدهد و متقابلا چنانچه با دو شاهد هم حقیقت برای او کشف نگردد و اطمینان حاصل نشد نباید رأی دهد.

مفاد این نظر آن است که محور نظام قضایی اسلام بر پیدا کردن حق استوار است نه قضاوت تنها. ابن نجیم در کتاب الاشباه و النظائر می‌گوید: قاضی می‌تواند هرگاه تردید کرد؛ صدور رأی را تأخیر بیندازد و تأخیر برای این است که درباره مفاد خبر ارزیابی و تحقیق کند؛ هر چند به عدالت شهود اطمینان داشته باشد و در صورتی که قاضی تردید نماید که شهادت آنها درست بوده یا خیر؟

می‌تواند شهادت ایشان را رد نماید و استناد ایشان به آیه شریفه قرآن کریم است که می‌فرماید «إِذْ أَوْحَيْنَا إِلَىٰ آلِ إِبْرَاهِيمَ أَنِ اتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ» از نظر فقهای امامیه چنانچه قاضی نسبت به شهود تردیدی داشته باشد، می‌تواند به اقدامات جستجویی دست یازد، مثل آنکه میان آنان تفرقه افکند و هر کدام را به تنهایی مورد سؤال و جواب قرار دهد و از مشخصات زمانی و مکانی واقعه سؤال کند، و چنانچه در گفته‌های آنان اختلاف و ناهماهنگی احساس نمود شهادت آنان را نپذیرد. البته توصیه شده است که چنانچه گواهان از افراد خردمند باشند قضاة از ایجاد مشقت برای آنان اجتناب نمایند و هیچ‌گاه به قضاة اجازه داده نشده است که با ابداع احتمالات گواهان را به تردید وادارند و بالعکس چنانچه خودشان مردّد باشند؛ آنان را به ادای گواهی ترغیب نمایند

شهادت در قانون مدنی ایران

تا قبل از اصلاحات 14 / 8 / 70 مواد 1306 تا 1314 قانون مدنی ایران به شهادت و شرایط شهود و شرایط شهادت، اختصاص یافته بود و با آنچه که در فقه امامیه در این خصوص آمده است از نظر شرایط و ارزش مفاد گواهی اختلاف زیادی داشت.

قبلا قانون مدنی ایران به پیروی از قانون مدنی فرانسه ارزش گواهی را محدود ساخته بود و آن را فقط در موارد زیر معتبر می‌دانست:

1. عقود و ایقاعات و تعهداتی که عینا یا قیمتا بیش از پانصد ریال ارزش نداشته باشد (ماده 1306).
2. ایفاء تعهد یا بری شدن ناشی از انجام تکالیف ناشیه از عقود و ایقاعات و تعهداتی که عینا یا قیمتا بیش از پانصد ریال ارزش نداشته باشد (ماده 1307).
3. برای تکمیل یا تقویت دلیل اگر چه موضوع آن عینا یا قیمتا بیش از پانصد ریال ارزش نداشته باشد (ماده 1312).
4. مواردی که به واسطه حادثه‌ای گرفتن سند ممکن نباشد از قبیل حرق، سیل، زلزله و غرق کشتی (ماده 1312).



5. نسبت به کلیه تعهداتی که تحصیل سند معمول نمی‌باشد مانند مواردی که اشخاص اموال خود را به متصدیان مهمانخانه‌ها، قهوه خانه‌ها، کاروانسراها و نمایشگاهها می‌سپارند و هم چنین حق الزحمه پزشک (ماده 1312).

6. در مواردی که سند به واسطه حادثه غیر منتظره مفقود یا تلف شده باشد (ماده 1312).

7. موارد ضمان قهری و امور دیگری که داخل در عقود، ایقاعات و تعهدات نمی‌باشد مانند موارد تسبیب و اتلاف و غصب و استیفاء (ماده 1312). با اصلاحات مورخ 14/ 8/ 70 مواد 1306 و 1307 مذکور در فوق به علت ناسازگاری با فقه امامیه کاملاً، حذف گردید و موارد مذکور در ماده 1312 با کمی تغییرات، در قانون فعلی موجود است. قبلاً ماده 1313 برای شاهد شرایط زیر را معتبر می‌دانست:

1. اهلیت، 2. عقل، 3. محکوم نبودن به مجازات جنائی، 4. محکوم نبودن به امر جنحه که محکمه در حکم خود آنها را از حق شهادت دادن در محاکم محروم نموده باشد، 5. ولگرد و متکدی نبودن 6. معروف نبودن به فساد اخلاق 7. نداشتن نفع شخصی در دعوی در اصلاحات انجام شده، ماده به شرح زیر در آمد:

«در شاهد بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد شرط است.»

تبصره 1. عدالت شاهد باید با یکی از طرف شرعی برای دادگاه احراز شود.

تبصره 2. شهادت کسی که نفع شخصی به صورت عین یا منفعت یا حق رد دعوی داشته باشد و نیز شهادت کسی که تکدی را شغل خود قرار داده پذیرفته نمی‌شود.

#### بینه کتبی

در بسیاری از قوانین مدنی امروز کشورهای اسلامی، آنچه به عنوان قویترین دلیل اثبات دعوی محسوب می‌گردد، سندهای کتبی است که برابر مقررات خاصی تنظیم می‌گردد و شهادت لفظی جز در موارد بسیار محدود کاربرد ندارد.

در قدیم الایام به علت عدم توانایی عامه مردم به امر کتابت و عدم سهولت دستیابی به کاتبان مورد اطمینان شهادت از ارزش والایی برخوردار بود، در قرون وسطی ارزش شهادت بر بینه کتبی ترجیح داشت و اصولاً یکی از قواعد کلی در حقوق فرانسه همین بود که شهود بر بینه کتبی مقدم است.

در جوامع اسلامی نیز استشهاد و شهادت امر رایجی بود و اصولاً یکی از امور اخلاقی و سفارش شده در اسلام این است که وقتی از شما می‌خواهند که نسبت به امری گواهی دهید در این خصوص تأمل و تعلل نورزید. قضاوت بر پایه شهادت شهود استوار بود و جز در بدهی‌های مدت‌دار به تنظیم سند کتبی مبادرت نمی‌ورزیدند و در قرآن مجید تنها به همین مورد توصیه شده است: «يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ اٰمَنُوْا...».

مشهور فقیهان اسلامی در تفسیر آیه فوق گفته‌اند که کتابت و اشهاد، موضوع مندرج در آیه در مورد دیون مؤجل نیز امری استحبابی است، نه الزامی، و تنها معدودی از فقیهان مکاتب غیر رایج، مانند طبری و داود از مکتب ظاهریه، آن را الزامی دانسته‌اند. با توجه به مراتب فوق در کتب فقه اسلامی اهمیت چندانی به بینه کتبی داده نشده و به طور کلی نزد فقیهان از دلایل اصلی شرعی در اثبات دعوی محسوب نشده است. تنها به مناسبت از اقرار به کتابت و یا در باب شهادت بر خط مقرر، مورد گفتگو قرار گرفته است.

اکثر فقیهان حنفی صریحاً اصل را بر بی‌اعتباری بینه کتبی گذاشته‌اند. چنانکه مؤلف الفتاوی الخیریه در مورد خط و اسناد کتبی می‌نویسد: «این گونه دلایل از حجج شرع شریف خارج است ... حجت شرعی، عبارت است از بینه و اقرار و نکول و این است شرع محمد، سرور فرزندان عدنان،

نه ورق پاره‌ای از هر کس و ناکس، آنچه معتبر است واقع است، نه نگارش وقایع مادام که از طرف شارع منصوص نشده و یا پیشوای کاملی به طور قاطع بر آن اعتماد نکرده باشد.

با تحول زندگی اجتماعی، و آشنایی بیشتر مردم به کتابت، رفته رفته اسناد کتبی رواج بیشتری یافت و عرف عملاً برای آن اعتبار قایل شد و لذا بعضی از فقیهان حنفی، با استفاده از شیوه «استحسان» رأی به اعتبار اسناد کتبی صادر نمودند.

پس از فتح قسطنطنیه و استقرار عثمانی (841 هـ) احساس لزوم نسبت به تشکیلات اداری و تنظیم قوانین بر وفق مقررات اسلامی لزوم اعتماد بر اسناد کتبی در دستگاههای اداری اعم از قضایی و اجرایی امری کاملاً ملموس بود، لذا نویسندگان المجله با استفاده از فتاوی استحسانی فقیهان نامبرده مواد زیر را ملحوظ نمودند. ماده 69: «الكتاب كالخطاب» کتابت همانند شفاهی است. به موجب ماده فوق ایجاب و قبول کلیه عقود و انشای ایقاعات از طریق کتابت معتبر شناخته شد. ماده 1606: «الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان» - اقرار از طریق کتابت همانند اقرار شفاهی است.

به موجب ماده فوق هرگاه داین اثبات می‌کرد که مدیون با خط خود بر ورقه‌ای نوشته که دین داین را ابراء کرده بری الذمه شناخته می‌شد. ماده 1608: «القيود التي هي في دفاتر التجار المعتمد بها هي من قبيل الاقرار بالكتابة ايضا فلو كتب التاجر في دفتره انه مديون لفلان بكذا غروش يكون قد أقر له بذلك القدر دينا عليه و عند الحاجة تعتبر كتابته و تراعى كاقرار الشفاهی».

به موجب ماده فوق هرگاه در دفتر تاجری که نزد خودش بوده بدهی به دیگری قید شده باشد؛ داین می‌تواند به استناد آن دین خود را مطالبه نماید.

ماده 1609: «ان سند الدين الذي يكتبه الرجل او يستكتبه و يعطيه لآخر ممضى بامضائه او مختوما بختمه يعد اقرارا بالكتابة و يكون معتبرا و مرعيا كتقريه الشفاهی اذا كان مرسوما ای اذا كان قد كتب موافقا للرسم و العاده و الوثائق المعلمه بالقبض المسماة بالوصول هي من هذا القبيل ايضا».

به موجب ماده فوق اسناد کتبی اعم از آن که دست نوشته خود شخص باشد و یا به خط دیگری و به امضای شخص باشد به منزله اقرار کتبی و معتبر است همانند اقرار شفاهی. البته چنانچه مطابق مقررات رسوم عادی باشد. قبض وصول نیز از همین قبیل است.

ماده 1736: «لا يعمل بالخط و الختم و حد هما الا اذا كان سالما من شبهة التزوير و التصنيع فيعمل به، یعنی انه يكون مدارا للحكم و لا يحتاج الى الثبوت بوجه آخر».

به موجب ماده فوق چنانچه شخصی که امضای وی میان مردم شناخته شده است در ورقه‌ای بنویسد که مبلغی به شخصی بدهکار است و امضا کند داین می‌تواند به استناد آن مطالبه کند. هر چند که صاحب خط و امضاء فوت کرده باشد، سند مزبور مناط حکم قرار می‌گیرد و وراث ملزم خواهند شد که از ترکه میت دین او را پرداخت نمایند؛ البته این امر موکول به آن است که احتمال جعل در میان نباشد و در این فرض دارنده سند نیاز به اثبات از طریق دیگر نخواهد داشت.

### 1. دیدگاه فقیهان امامی

در اینجا دو مطلب وجود دارد که باید از یکدیگر تفکیک گردد؛ مطلب اول، این که انشائات عقود و ایقاعات آیا حتما باید شفاهی انجام گیرد یا آن که از طریق کتبی نیز امکان پذیر است؟ و به عبارت دیگر با قطع نظر از مرحله اثبات، انشای عقد چگونه تحقق می‌یابد؟ فقط شفاهی و یا به هر

طریق ممکن؟ در پاسخ این سؤال اگر چه فقیهان امامی در خصوص انشاء کننده‌ای که قادر به تکلم باشد، در بعضی موارد مثل عقد نکاح رأی به لزوم تکلم لفظی داده‌اند ولی به نظر می‌رسد چنین امری معتبر نباشد، بلکه با توجه به آنکه انشاء عبارت است از ابراز اراده لذا به هر نحو که اراده ابراز گردد چه شفاهی و چه کتبی، عقد و یا ایقاع منعقد خواهد شد.

مطلب دوم، آن که آیا بینة کتبی از ادله اثبات دعوی محسوب است یا خیر؟ در پاسخ سؤال فوق فقیهان امامی گفته‌اند چنانچه بینة کتبی، موجب علم و یا اطمینان شخص در مورد نزاع واقع گردد و برای دادرسی علم و یا اطمینان حاصل شود که محتویات نوشته کاملاً صحیح است، بی‌تردید به موجب علم و اطمینان شخصی خود می‌تواند رأی صادر نماید ولی در غیر این صورت، چنانچه بینة کتبی موجب علم و اطمینان نگردد حجت شرعی محسوب نخواهد شد.

توضیح آن که منظور از حجت شرعیه دلیلی است که حجیت آن را شرع به خاطر افاده ظنّ نوعی اعلام داشته و آن را از ادله اثبات دعوی محسوب نموده است و در هر مورد اقامه گردد قاضی باید به مقتضای آن رأی صادر کند، اعم از آن که برای وی شخصاً علم و یا اطمینان حاصل گردد یا خیر. و بینة کتبی از این گونه دلایل شرعی حجت محسوب نشده است و لذا چنانچه به ضمیمه قراین و احوال عرفیه برای محکمه علم به صحت صدور آن حاصل شد مطابق آن تصمیم می‌گیرد و در غیر این صورت مجوزی برای استناد به آن ندارد.

## 2. نقد و بررسی

آنچه گفته شد فتوای مشهور فقهای امامیه است ولی در حاشیه این بحث مطالب زیر به نظر می‌رسد و باید مورد بررسی قرار گیرد:

الف) همان طور که قبلاً گفته شد، مسلم است که واژه بینة به معنای «دلیل واضح» است اعم از دلیل حسی یا عقلی و به هیچ وجه در وضع اولیه واژه بینة مفهوم دو شاهد عادل اخذ نشده بلکه دو شاهد عادل یکی از مصادیق آن بوده است.

ب) در قرآن مجید این واژه 19 بار به صورت مفرد به کار رفته مثل آیه شریفه «أَمْ مَنْ كَانَ عَلَىٰ بَيْنَةٍ مِنْ رَبِّهِ \* وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا هَذِهِمْ أَتَيْتُمُ الْبَيْنَةَ» که به مناسبت همین آیه اخیر، یکی از سوره‌های قرآن به همین نام نهاده شده است و 22 بار به صورت جمع آمده است مثل آیه شریفه «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ». البته واژه‌های هم خانواده این واژه به صورت المبیّنة، المبیّنات، المبین، المستبیین نیز مکرر آمده است.

در تمام موارد استعمال این واژه در قرآن چه به صورت مفرد و چه به صورت جمع به معنای دلیل واضح است و مصادیق آن متفاوت است گاه معجزات انبیا و گاهی آیات قرآنی و کلمات الهیه که بر پیامبران خداوند نازل می‌گردد، می‌باشد و جالب آن است که در تمام قرآن حتی یک مورد واژه بینة به معنای آنچه در فقه مراد می‌باشد یعنی دو شاهد عدل به کار نرفته است. و قرآن مجید برای این منظور همواره از خود واژه‌های «شهادین» یا «رجلین» و امثال آن استفاده نموده است.

ج) حال با توجه به مطالب بالا، حال بحث را باید این گونه مطرح ساخت که آیا واژه بینة علی رغم معنای فراگیر خود، در همان زمان رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) نیز در معنای خاص یعنی دو شاهد عادل، حقیقت شرعیه یافته است؟ و یا آن که در زمان رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) همچنان به معنای عام خود بوده و طی گذشت زمان و رفته رفته در روزگار ائمه بعدی یعنی امام باقر (علیه السلام) و امام صادق (علیه السلام) معنای خاص آن حقیقت شرعیه آن پیدا کرده؟ و یا آن که واژه بینة هیچ نوع حقیقت شرعیه خاصی ندارد، بلکه همچنان به معنای عام اولیه خود باقی است؟

عده زیادی از فقهای امامیه بر نظریه نخستین اصرار می‌ورزند. به موجب این نظریه واژه بینه از همان زمان رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) در معنای خاص آن حقیقت یافته و جملات صادره از آن حضرت مثل «انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان» و یا «البینة علی المدعی و الیمین علی من انکر» نیز مؤید همین معنا است. مهمترین دلیل این نظریه «اصل تبادل» است با استناد به این اصل می‌گویند: این واژه در لسان شرع از مفهوم عام و کلی به معنای خاص آن منصرف گردیده و همین اصل در جملات صادره از رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) هم جاری است. ولی بر این استدلال جای این خدشه باقی است که اولاً، انصراف لفظ بینه به معنای دو شاهد عادل بر فرض قبول معلومات از باب کثرت و غلبه افراد در امور قضایی است و انصراف ناشی از کثرت افراد، حجت نیست. و ثانیاً، وجود تبادل در زمان حاضر چه دلیلی دارد بر آن که در زمان صدور روایات از ائمه نیز همین تبادل محقق بوده است؟ چه برسد به زمان صدر اسلام یعنی زمان رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم).

گروهی دیگر بر نظریه دوم، اعتقاد ورزیده‌اند و می‌گویند «احتمال این که مراد از بینه معنای لغوی یعنی حجت و امر واضح باشد نه معنای اصطلاحی عصر ما یعنی شهادت عدلین همان طور که در آیه شریفه «أَفَمَنْ كَانَتْ عَلَىٰ بَيْنَةٍ مِنْ رَبِّهِ» \* و نیز «حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ» مراد است بسیار بعید به نظر می‌رسد، زیرا اگر فرض کنیم که در زمان رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) واژه بینه در معنای اصطلاحی امروز متبادر نبوده است، بی‌تردید در زمان امام صادق (علیه السلام) این لفظ در معانی کنونی غالب بوده است و این مطلب با مراجعه به اخبار قضا به خوبی روشن می‌گردد. و انگهی مسلماً اظهر مصادیق لغوی بینه همان دو شاهد عادل است و انس اذهان هم به همین مصداق است.

و بالاخره نظریه سوم نیز، مدافعان بسیار قابل توجهی دارد و به نظر ما نیز همین نظریه اقوی است. بدین شرح که لفظ بینه نه حقیقت شرعیه دارد و نه حقیقت متشرعه، و در کتاب و سنت به همان معنای لغوی به کار رفته است که عبارت است از آنچه که به آن بیان انجام می‌گیرد و امور به اثبات می‌رسد و به همین معنی است تعبیر قرآن «بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ» \* و نیز «حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ» و امثال این آیات. و پرواضح است که بینه در این موارد جز به معنای حجت و بیان‌کننده نمی‌باشد.

و در حدیث شریف نبوی «انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان» نیز همین معنی، یعنی ایمان و حجج و بیان‌کننده‌ها مراد است و به هیچ وجه ثابت نشده که منظور از بینه در این حدیث نبوی شاهدین عدلین است. رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) در این جمله در مقام بیان این نکته است که آن حضرت و سایر ائمه (علیه السلام) در قضاوت و داوریه و رفع خصومات به علوم اشراقی که از طریق غیر طبیعی برای آنان به مقتضای نبوت و امامت حاصل می‌گردد عمل نخواهند کرد؛ بلکه اعتماد آنان صرفاً به دلائل رایج و حجج عرفیه می‌باشد.

به موجب این نظریه این گونه جملات به هیچ وجه در مقام تعیین آن که، بینه چیست نمی‌باشد و لذا منطوق واژه بینه بر معنای لغوی و عرفی آن محمول خواهد بود و واژه بینه نه حقیقت شرعیه در معنای خاص دارد و نه حقیقت متشرعه محقق در معنای محدودی است، بلکه آنچه عرف آن را دلیل و حجت در اثبات امور می‌داند و عمل به آن منطقی و خردمندانه است، می‌تواند مصداق بینه باشد. در فقه موارد زیادی نظیر این هست مثلاً واژه بیع در معنای خاصی حقیقت شرعیه و یا متشرعه ندارد، لذا جمله «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» بر مطلق آنچه عرف آن را بیع می‌داند محمول است.

تنها سخنی که در اینجا باقی می‌ماند این است که بی‌تردید در بسیاری موارد شرع برای اثبات دعوی دلائل خاصی را تعیین نموده، مثل مورد طلاق و یا جرم زنا و امثال آن، که به شاهدین عدلین و یا شهود چهارگانه به اثبات می‌رسد، بنابراین جای این سؤال وجود دارد که رابطه موارد مزبور با اطلاق واژه بینه چه خواهد بود؟ آیا اطلاق واژه مزبور به جای خود کماکان باقی خواهد ماند یا آن که ادله موارد مزبور موجب تقیید اطلاق واژه

بینه می‌گردد؟ به نظر می‌رسد، مواردی که شرع راه خاص و معینی را برای اثبات مشخص کرده بی‌تردید نمی‌توان از طرق معینه تجاوز نمود؛ ولی تعیین موارد خاص نه موجب انصراف مطلق می‌گردد و نه موجب آن که نتوان به اطلاق مقامی تمسک نمود. بلکه واژه بینه به صورت مطلق کاربرد دارد و در غیر موارد منصوصه و تصریح شده در شریعت بر همان اطلاق عرفی باقی است.

واژه یمین

، قسم، حلف، مترادفند و به ازای آنها در فارسی واژه سوگند به کار می‌رود. در فقه اسلامی یمین بر دو قسم است: یمین عقد و یمین قضایی.

[اقسام آن]

### 1. یمین عقد

سوگندی است که برای انجام و یا عدم ارتکاب امری در آینده یاد می‌شود و سوگند خورده به موجب آن نسبت به مفاد سوگند متعهد می‌گردد. این نوع سوگند از محدوده قاعده بینه بیرون است و احکام آن در فقه اسلامی در بابی تحت عنوان «کتاب النذر و العهد و الیمین» مورد بحث قرار گرفته است.

از نظر تاریخی، از این نوع سوگند، به عنوان وسیله برای تعهدات استفاده می‌شده است، و افرادی که به وسیله سوگند، متعهد بر فعل و یا ترک فعلی می‌شدند، مقید بودند که به تعهد خویش عمل کنند و حتی المقدور تخلف نکنند، در فرض تخلف که در اصطلاح فقهی «حنت» سوگند تحقق می‌یابد و بر آن آثاری مترتب می‌شود که به «کفاره» تعبیر می‌گردد. پرداخت کفاره ضمانت اجرای مفاد تعهد سوگند محسوب است، و در آیه شریفه زیر حکم آن آمده:

«لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ، أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ». خداوند شما را به سوگندهای بیهوده و ناسنجیده‌تان بازخواست نمی‌کند و لیکن شما را به سبب شکستن سوگندهایی که با قصد و نیت یاد کرده‌اید بازخواست می‌کند. پس کفاره آن غذا دادن ده مستمند است از میان آنچه به خانواده خویش می‌خورانید یا پوشانیدن آنان یا آزاد کردن یک بنده و هر که نیابد، پس سه روز روزه بر اوست این کفاره سوگندهای شماست چون سوگند خوردید در زمان معاصر، سوگندی که متصدیان امور اجتماعی، قبل از تصدی، به موجب قوانین خاصی موظف به ادا می‌شوند، مبنی بر آن که در انجام وظیفه‌ای که بر عهده دارند مسامحه و کوتاهی و از حدود حق و عدالت و قوانین تجاوزی ننمایند، شبیه مصادیق یمین عقد است.

برای نمونه سوگند قضات، گواهان، وکلای دادگستری، پزشکان، نمایندگان مجلس، ریاست جمهوری، و ... را می‌توان نام برد. در این موارد گاهی قانون، صیغه خاصی را برای انجام آن معین کرده که با همان نحو و با همان تشریفات مخصوص سوگند یاد شود. و چنانچه قانون، صیغه خاصی را پیش‌بینی نکرده باشد، به نظر می‌رسد طبق اصل اولیه سوگند باید به نام خداوند ادا گردد.

یمین العقد، در قانون مدنی ایران مطرح نشده و معمولاً در حقوق عمومی مطرح می‌شود، ولی به نظر می‌رسد که این مبحث از مباحث حقوق مدنی است؛ زیرا به هر حال یادکننده سوگند به وسیله سوگند تعهد می‌کند که عملی را انجام و یا ترک نماید. بنابراین از مباحث تعهدات به شمار می‌رود. و آثار مترتب بر تخلف از مفاد آن، عیناً همان آثار مترتب بر انجام ندادن سایر تعهدات و سرانجام مسئولیت خسارات خواهد بود. ولی ذکر این

نکته لازم است که احکام و آثار شرعیه مترتب بر حث یمین؛ مثل کفارہ، مترتب بر آن گونه سوگندی است که با جمیع شرایط شرعیه یاد شده باشد.

با توجه به مطالب بالا همان طور که اشاره شد؛ یمین عقد از مورد بحث قاعده بیّنه بیرون و خارج از بحث فعلی ما است و لذا در اینجا در مورد احکام و آثار آن به همین مقدار بسنده می‌کنیم.

## 2. یمین قضایی [و توضیح دو نوع آن]

یمین قضایی سوگندی است که در دادگاه به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی به کار می‌رود. و عبارت است از: گواه قرار دادن خداوند در دادگاه بر وجود یا عدم امری که سوگند یادکننده ادّعی آن را می‌نماید. سوگند قضایی همواره به سود خود و به زیان دیگری است. و آن بر دو نوع است: نوع اول، سوگندی که توسط مدعی علیه یاد می‌شود. این نوع سوگند مصداق قاعده بیّنه است. نوع دوم، سوگندی که توسط غیر مدعی علیه یاد می‌شود. این نوع سوگندها را بایستی از موارد استثنا محسوب نمود. ذیلا به اختصار هر دو قسم را توضیح می‌دهیم.

نوع اول: سوگندی که منکر یاد می‌کند.

هرگاه شخصی علیه دیگری اقامه دعوی کند و برای اثبات مدعی خود از ارائه دلیل عاجز باشد، و مدعی علیه در مقام انکار برآید، می‌تواند مدعی از حاکم بخواهد که طرف او را سوگند دهد. مستند این حکم روایتی است که در کتب معتبر روایی به شرح زیر آمده است:

«روی عن النبی (صلی الله علیه و آله و سلم) انه قال للمدعی مرّة: «أ لک بیّنة؟» فأجابہ: «لا» فقال: «لک الیمین؟» فقال: یحلف و لا یبالی. فقال النبی (صلی الله علیه و آله و سلم): «لیس لک الا هذا شاهدان أو یمینہ».

روایت شده است که رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) به مدعی گفت، آیا بیّنه داری؟ پاسخ داد: نه. آنگاه فرمود: می‌توانی سوگند بخوری. مدعی گفت: او (مدعی علیه) سوگند یاد می‌کند و مبالغاتی ندارد. پس رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمود: برای تو چیزی جز دو شاهد و یا سوگند او نیست. بنابراین برای ادای سوگند، توسط مدعی علیه، شرایط زیر لازم است:

[شرایط ادای این سوگند]

### 1. ادعای مدعی، علیه مدعی علیه

مادام که دعوی تحقّق نیابد، سوگند اجرا نمی‌شود.

### 2. عجز مدعی از اثبات دعوی به وسیله بیّنه

چنانچه مدعی، بیّنه اقامه کند، سوگند اجرا نخواهد شد.

### 3. انکار مدعی علیه

چنانچه مدعی علیه نسبت به مدعی ادّعی اقرار نماید، حکم به نفع مدعی صادر و دعوی مختومه می‌شود و طبعاً نیازی به سوگند نخواهد بود.

### 4. درخواست مدعی از حاکم نسبت به اتیان سوگند

چنانچه مدعی درخواست نکند، نه حاکم می‌تواند نسبت به تحلیف مدعی علیه مبادرت نماید و نه مدعی علیه شخصا می‌تواند سوگند یاد کند. در فرض اقدام آنان چنین سوگندی کأن لم یکن است، بدین معنی که مجدداً مدعی می‌تواند پیشنهاد سوگند بدهد. به دلیل آن که درخواست سوگند، حق مدعی است، و بدون دادخواهی صاحب حق از نظر موازین حقوق اسلامی، استیفا انجام نمی‌گیرد.

### 5. اذن حاکم دادگاه نسبت به اتیان سوگند

مدعی علیه قبل از اذن حاکم، نمی‌تواند مبادرت به اتیان سوگند نماید، هر چند که مدعی درخواست کرده باشد. به دلیل آنکه، از نظر فضای اسلامی، ایقاع سوگند وظیفه حاکم دادگاه است و به اذن او انجام می‌گیرد. و با توجه به این که بنابر آنچه خواهیم گفت، سوگند، بهتر است در مواقع خاص و با تشریفات مخصوص و با صیغه‌هایی که قاضی تعلیم می‌دهد ادا گردد، چه بسا قاضی، مصلحت بداند ادای آن را به موقع و مکان دیگری موکول نماید و بنابراین بدون صدور اجازه سوگند توسط قاضی، اقدام مدعی علیه واجد ارزش شرعی نخواهد بود.

ادای سوگند، بر عهده مدعی علیه

پس از اجتماع شرایط فوق و صدور اجازه ادای سوگند، چهار فرض ممکن است وقوع یابد: اول، آن که مدعی علیه سوگند یاد کند. دوم، آن که از ادای سوگند سرباز زند و ادای سوگند را به مدعی برگرداند. سوم، آن که بگوید نه سوگند یاد می‌کنم و نه سوگند را به مدعی رد می‌کنم. چهارم، به کلی ساکت شود. ما به نحو اختصار از نظر مکاتب فقهی احکام فروع چهارگانه را مورد بحث قرار می‌دهیم.

#### 1. ادای سوگند، توسط مدعی علیه

هرگاه مدعی علیه به برائت خود سوگند یاد کند، دعوی مدعی مردود شناخته می‌شود. در این مسأله میان فقها اختلافی وجود ندارد. چنانچه مدعی به صاحب حق بودن خود جازم باشد، مجاز نیست نسبت به تقاضای اموال مدعی علیه اقدام نماید، مگر آن که مدعی علیه پس از سوگند، خویشتن را تکذیب و یا به سهو و خطای خود اعتراف کند که در این صورت چنانچه بازهم نسبت به ادای حق ماطله و تساهل ورزد، صاحب حق می‌تواند تقاضا نماید.

هرگاه مدعی پس از ادای سوگند توسط مدعی علیه، بخواهد اقامه بینه کند، قبول چنین بینه‌ای مورد اختلاف نظر فقهاست و سه نظریه فقهی ارائه شده است:

نظر اول آن که، چنین بینه‌ای مسموع نیست. مشهور فقهای امامیه بر این نظرند و مستند خود را روایت ابن ابی یعفرور معرفی کرده‌اند. این روایت مشتمل بر یک اصل کلی به شرح زیر است: ابن ابی یعفرور از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که گفت:

«إذا رضی صاحب الحق الی‌بیمین المنکر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهب الی‌بیمین بحقّ المدعی فلا دعوی له.» قلت له: و إن کانت علیه بینه عادله؟ قال: «نعم، و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه، ما کان له و کانت الی‌بیمین قد ابطلت کل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه علیه.»

«هرگاه صاحب حق به سوگند منکر راضی گردد و دادرس وی را سوگند دهد پس از ادای سوگند او مبنی بر آن که حقی از مدعی بر گردن او نیست، چنین سوگندی برای مدعی هیچ حقی را باقی نخواهد نهاد و دعوی پایان می‌پذیرد.

روایت‌کننده پرسیده است: آیا اگر چه بعداً بینه عادلانه داشته باشد؟ امام در پاسخ فرموده است: آری، هر چند بعد از ادای سوگند پنجاه «قسامه» به نفع مدعی اقامه گردد، سوگند یاد شده توسط مدعی علیه تمام مدعای خواهان را که قبل از درخواست سوگند مطرح کرده بود ابطال کرده است.»

به نظر مشهور فقهای امامیه با استناد به احادیث فوق چنین سوگندی سوگند قاطع است، یعنی فیصله دهنده دعواست. و حق مدعی را منتفی می‌سازد. و گواهی شخص گواهی دهنده نسبت به حقی که منتفی شده است مسموع نمی‌باشد. بعضی فقهای عامه از جمله ظاهریه، ابن ابی لیلی، ابو عبید و دیگران با همین نظریه موافقت.

نظریه دوم آن که، چون سوگند حجت ضعیفی است و نمی‌تواند نزاع را فیصله دهد، لذا بیّنه آورده شده پس از آن پذیرفته می‌شود. پیروان این نظریه در فقه عامه بیشتر تحت تأثیر خلیفه دوم قرار گرفته‌اند که گفته است: «الیمین الفاجره احق ان ترد من البیّنه العادله»، (سوگند دروغ شایسته است که با بیّنه راست مردود شود). بخاری نظیر همین جمله را از شریح قاضی نقل می‌کند. ابو حنیفه، شافعی و احمد بن حنبل نیز بر همین نظرند. از فقیهان امامیه نیز طرفدارانی برای این نظریه دیده می‌شود.

نظریه سوم آن که اقامه بیّنه از طرف مدعی پس از سوگند منکر پذیرفته می‌شود به شرط آن که مدعی پیش از پیشنهاد سوگند به منکر، بر وجود آگاهان آگاه نباشد و چنانچه علی رغم اطلاع از وجود گواهان، پیشنهاد سوگند را ترجیح داده و پس از ادای سوگند توسط مدعی علیه، در مقام اقامه بیّنه بر آمده باشد، بیّنه او پذیرفته نخواهد شد. محمد غزالی و بعضی از پیروان شافعی بر این نظرند. برخی از فقهای امامیه از جمله علامه حلی در «مختلف الشیعه» نیز به این نظریه متمایل شده‌اند. با این استدلال که چون درخواست سوگند خوردن مدعی علیه از مدعی به خیال آن بوده که خواهان نمی‌تواند از طریق بیّنه احقاق حق خویش بنماید و با توجه به آنکه غرض در فیصله دعوی، احقاق حق است؛ لذا حق اقامه بیّنه از وی سلب نشده است. ولی همان طور که اشاره شد مشهور این استدلال را از قبیل اجتهاد در مقابل نص دانسته‌اند.

#### بحث تطبیقی

بیشتر قوانین کشورهای در زمان معاصر با نظریه اول که مورد پذیرش مشهور فقیهان امامی است، منطبق می‌باشد. ماده 1363 قانون مدنی فرانسه به شرح زیر است:

«هرگاه سوگند توسط مدعی علیه و یا سوگند مرجوعه توسط مدعی ادا گردد به طرف مقابل اجازه داده نمی‌شود که کذب آن را اثبات نماید». جالب این است که حقوقدانان و قضات فرانسوی در شرح ماده فوق، استدلالی ارائه داده‌اند که به بیان امام صادق (علیه السلام) در روایت ابن ابی یعفور - قبلاً آورده شد - بسیار نزدیک است. آنان گفته‌اند: چنین سوگندی نوعی عقد؛ مانند صلح و سازش قضایی است، و طرفین دعوی را به سوگند و نتیجه آن پایبند می‌سازد. امام صادق (علیه السلام) نیز فرمودند: «اذا رضی صاحب الحق بيمين المنکر بحقه...» و امام علی (علیه السلام) عدم استماع بیّنه مدعی پس از درخواست و ادای سوگند را رضایت وی نسبت به این امر دانسته است؛ یعنی گویی طرفین بر این امر سازش کرده‌اند که چنانچه مدعی علیه سوگند یاد کند حکم به نفع وی صادر گردد.

قانون مدنی ایران نیز در ماده 1331 می‌گوید: «قسم، قاطع دعوی است و هیچ‌گونه اظهاری که منافی با قسم باشد از طرف پذیرفته نخواهد شد». در کشورهای عربی نیز به چنین سوگندی «الیمین الحاسمه» یعنی سوگند قاطع دعوی تعبیر شده است. به موجب ماده 234 آئین دادرسی مدنی لبنان چنانچه خوانده سوگند یاد کند و خواهان در مقام اثبات دروغ‌گویی او مدارکی به دادگاه تقدیم کند از او پذیرفته نمی‌شود.

#### 2. رد سوگند به مدعی

هرگاه منکر سوگند نخورد و آن را به مدعی برگرداند، بدین معنی که صریحاً اظهار دارد من سوگند نمی‌خورم اگر مدعی راست می‌گوید سوگند بخورد، در این فرض چنانچه مدعی از اتیان سوگند خودداری کند؛ رأی به سقوط دعوی او صادر خواهد شد. البته این در فرضی است که مدعی در دعوی سمت اصلی دارد و چنانچه مدعی سمت قائم مقامی داشته، یعنی ولایتا و یا وصایتا طرح دعوی کرده است، حاکم دادگاه سوگند را به وی باز نمی‌گرداند، بلکه منکر را اجبار به سوگند می‌کند و یا او را محبوس می‌سازد و بالاخره چنانچه سوگند نخورد او را «ناکل» محسوب و حکم علیه او صادر خواهد کرد.



## 3. نکول مدعی علیه

منظور از نکول حالتی است که منکر، پس از پیشنهاد سوگند توسط رئیس دادگاه، صریحا اظهار می‌دارد، من نه سوگند می‌خورم و نه سوگند را به مدعی رد می‌کنم، یا سوگند او را هم نمی‌پذیرم. در مورد حکم این حالت میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد که به نحو اختصار ذیلا بیان می‌کنیم. قول اول، بعضی معتقدند به محض نکول منکر، حکم علیه وی صادر خواهد شد. از فقهای امامیه شیخ مفید، شیخ طوسی، شیخ صدوق و پدرش. از فقهای عامه، حنفیان عموما و بعضی از حنابله این نظریه را اقوی دانسته‌اند.

فقهای امامی به روایت منقول از محمد بن مسلم از امام صادق (علیه السلام) تمسک کرده‌اند که حاوی یکی از قضاوت‌های علی (علیه السلام) است. و به موجب آن به محض نکول منکر حکم علیه وی صادر شده است.

استدلال فقهای حنفی آن است که: نکول به منزله اقرار است، شخصی که از ادای سوگند سرباز می‌زند گویی به حق طرف مقابل اعتراف می‌کند، چرا که اگر او را صادق نمی‌دانست و به راستی خویش ایمان داشت در ادای سوگند تردید نمی‌کرد.

دلیل دیگر آنان قاعده‌ای است که در کتاب المجامع آمده است، بدین شرح:

«الیمین ابدأ تکون علی النفی» سوگند همواره بر نفی یاد می‌شود. مستند این حکم، قاعده البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر، ذکر شده است و چنین توضیح داده که به موجب این قاعده، یمین همواره مربوط به منکر است که بر نفی یعنی برائت خویش یاد می‌کند. و جوازی نسبت به ادای سوگند توسط مدعی بر اثبات حق خویش وجود ندارد.

ماده 1820 المجله با نظریه فرقه حنفی منطبق است: «اذا نکل المدعی علیه عن الیمین حکم الحاکم بنکوله و اذا اراد بعد ذلک ان یحلف لا یتلفت الی قوله» یعنی هرگاه مدعی علیه از سوگند نکول نماید، حاکم به موجب نکول وی، علیه او حکم صادر کرده و چنانچه بعدا به ادای سوگند راضی گردد دیگر به او توجهی نمی‌شود.

قول دوم، آن است که به محض نکول مدعی علیه از ادای سوگند، حکم علیه وی صادر نمی‌شود بلکه حاکم دادگاه، سوگند را به مدعی رد می‌کند و چنانچه او حاضر شد سوگند یاد کند، حکم به نفع مدعی و علیه مدعی صادر خواهد نمود. این قول در فقه طرفداران بیشتری دارد. مشهور فقهای امامیه و مکاتب ثلاثه، مالکی، شافعی و حنبلی این قول را ترجیح داده‌اند. استدلال آنان به نحو خلاصه به شرح زیر است:

الف) نکول اعم است از قبول حق برای طرف مقابل، چرا که ممکن است منکر نه به جهت قبول حق بلکه به خاطر عظمت خداوند از اتیان سوگند سرباز زند و از امری عام (یعنی این که نه سوگند بخورد و نه به مدعی رد کند «نکول») نمی‌توان برای اثبات امری خاص (یعنی قبول حق برای طرف مقابل) استنتاج نمود.

ب) عمل رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) مبنی بر این که پس از نکول مدعی علیه سوگند را به مدعی رد نموده است.

ج) وجود احادیث از پیشوایان شیعه مبنی بر رد سوگند توسط حاکم به مدعی.

د) صدور حکم به صرف نکول منکر، علیه وی، خلاف احتیاط است. مقتضای احتیاط آن است که با سوگند مدعی موضوع مستحکم تر گردد.

ه) قاعده بینه که مورد استدلال قول اول قرار گرفته نسبت به فرض نکول مدعی علیه ساکت است و آن را مطرح نکرده و بنابراین دلالت نمی‌کند که همواره سوگند متوجه مدعی علیه است.

قول سوم، امام محمد غزالی، نظریه‌ای دال بر تفصیل ابراز داشته است. او می‌گوید، دعاوی متفاوت است. چنانچه خواهان دعوی سلطان باشد (به اصطلاح امروز در دعاوی دولتی) با نکول مدعی علیه، سوگند به مدعی رد نمی‌شود. و در غیر این صورت، سوگند به مدعی رد می‌شود. قول چهارم، ابن ابی لیلی و قضات ظاهریه نه با صرف نکول حکم صادر می‌کنند و نه سوگند را به مدعی بر می‌گردانند، بلکه منکر را مجبور به سوگند می‌سازند. و به عبارت دیگر مدعی علیه باید به حق مدعی اقرار کند و یا علیه او سوگند یاد نماید. درست نظیر فتوای امامیه در فرضی که مدعی سمت ولایت و یا وصایت دارد و یا در فرض سکوت مدعی علیه که بحث آن خواهد آمد. به نظر می‌رسد قول دوم با انضباط و احتیاط قضایی نزدیک‌تر است. هر چند که دلایل ارائه شده توسط قائلین قول مزبور همه قابل خدشه و مناقشه می‌باشد، و ما به جهت رعایت اختصار از نقد و بررسی آنها صرف نظر می‌کنیم.

#### فرض نکول در قانون مدنی ایران

در قانون مدنی ایران ماده 1328 قبلاً چنین آمده بود. «کسی که قسم متوجه او شده است در صورتی که نتواند بطلان دعوی طرف را اثبات کند یا باید قسم یاد نماید یا قسم را به طرف دیگر رد کند و اگر نه قسم یاد کند و نه آن را به طرف دیگر رد نماید نسبت به ادعایی که تقاضای قسم برای آن شده است محکوم می‌گردد».

این ماده با قول اول منطبق بوده است که در تاریخ 14/8/1370 به صورت زیر اصلاح شده است: «... و اگر نه قسم یاد کند و نه آن را به طرف دیگر رد نماید، با سوگند مدعی، به حکم حاکم، مدعی علیه نسبت به ادعایی که تقاضای قسم برای آن شده است محکوم می‌گردد». متن فعلی ماده بر قول دوم که نظریه مشهور فقها می‌باشد منطبق است. و به نظر می‌رسد با توجه به آنکه در فقه شیعه قول اول طرفداران زیادی دارد، چندان نیازی به این تغییر نبوده است. به خصوص آن که متن قبلی با قوانین کشورهای عربی اسلامی انطباق بیشتری داشته است. در اصول محاکمات لبنان، ماده 232 به شرح زیر است:

«من کلف باليمين و تمنع عنها، أو عن ردّها علی خصمه، أو من ردّت علیه اليمين و تمنع عنها، كان خاسرا في طلبه أو في دفعه». «کسی که مکلف به ادای سوگند شود و آن را انجام ندهد و یا به طرف خود برنگرداند، همچنین کسی که سوگند به او برگردانده شده است اگر از ادای آن امتناع کند، هر دو نفر در طلب و پرداخت خود زیان خواهند کرد».

#### 4. سکوت مدعی علیه

هرگاه مدعی علیه به کلی در جلسه محاکمات ساکت گردد و هیچ گونه اظهاری نکند، چنانچه برای دادگاه سوء نیتی مبنی بر عناد وی محرز شود، قاضی می‌تواند حکم بازداشت وی را صادر نموده تا به سخن در آید. و نیز دادگاه می‌تواند رسماً به وی چنین اعلام کند: اگر پاسخ ندهی «ناکل» محسوب خواهی شد. و پس از این اعلام، با وی همانند فرض قبل معامله می‌شود. در قانون مدنی ایران این فرض داخل در فرض قبل قرار گرفته و حکم فرض سابق یعنی نکول مدعی علیه بر آن جاری شده است.

نوع دوم، سوگندی که توسط غیر منکر یاد می‌شود

به جز نوع اول که سوگند توسط مدعی علیه ادا می‌شود، سایر سوگندها که از این به بعد توضیح می‌دهیم همه از قاعده بیّنه بیرون است، چرا که سوگند توسط مدعی علیه یاد نمی‌شود. بنابراین می‌توان موارد زیر را از مستثنیات قاعده محسوب نمود.

#### 1. سوگند تکمیلی

سوگند تکمیلی، سوگندی است که در کنار شاهد واحد می‌تواند برای مدعی کارایی داشته باشد. فقها به نحو یک قاعده کلیه گفته‌اند: «کل ما یشیت بشاهد و امرأتین یشیت بشاهد و یمین». در هر امری که به یک شاهد مرد و دو زن در دادگاه به اثبات برسد، یک شاهد مرد به ضمیمه سوگند مدعی می‌تواند به اثبات برسد.

این موارد عبارت است از: هر جا که موضوع دعوی مالی، اعم از اعیان، دیون، دعاوی مربوط به غضب، عقود معاوضی مانند صلح و بیع، هبه معوض و ضرر و زیان ناشی از جرم البته دعاوی مربوط به نکاح، طلاق، رجوع، نسب، وکالت و وصیت بدین نحو ثابت نمی‌گردد. این نوع سوگند در قانون مدنی ایران نیامده است.

## 2. سوگند استظهاری

سوگند استظهاری سوگندی است که مدعی در موارد خاص علاوه بر آوردن دو گواه عادل، بایستی برای بقای حق خود، یاد نماید. آن موارد عبارت است از:

دعاوی بقای حق علیه غایب، متوفی، طفل و مجنون.

در فقه امامیه، مورد متوفی اتفاقی است. توجیهی که برای حجیت چنین سوگندی ارائه شده همان است که در متن نصوص در مورد دعاوی علیه متوفی وارد شده به این مضمون که «انه لا لسان له للجواب فیستظهر الحاکم بها» چون متوفی حاضر نیست تا به ادله مدعی پاسخ دهد، لذا حاکم دادگاه به وسیله سوگند دادن مدعی دلایل وی را پشتیبانی می‌کند. واژه استظهار (پشتیبانی کردن) از همین متن گرفته شده و به کتب فقهی و حقوقی وارد گردیده است.

بسیاری از فقیهان امامیه موارد دیگر را که در بالا بر شمرده شده به مورد متوفی ملحق نموده‌اند و برای آن که، اتهام عمل به قیاس که در فقه شیعه مورد تأیید نیست، به آنان وارد نگردد گفته‌اند، الحاق موارد مزبور نه از باب قیاس است بلکه از باب «اتحاد طریق دو مسأله» است. این استدلال قابل انتقاد است چرا که متوفی با موارد دیگر یعنی غایب، صغیر و مجنون تفاوت دارد. و طریق دو مسأله واحد نمی‌باشد. تفاوت آن است که شخصی که دار دنیا را وداع گفته امکان پاسخ گویی از وی سلب شده است، لذا مدعی باید ادعای خود را علیه متوفی با سوگند تقویت نماید. ولی شخص غایب، صغیر، و یا مجنون، پس از حضور و یا رفع حجر می‌تواند چنانچه مدعی خلاف واقع دلایل اقامه نموده باشد، پاسخ دهد. افزون بر آن همان طور که گفتیم این گونه سوگند، خلاف قاعده بینه است که به موجب آن سوگند همواره توسط مدعی علیه باید ادا شود. بنابراین اقوی به نظر ما آن است که این حکم مختص به مورد متوفی است و به موارد دیگر شمول سرایت نمی‌کند.

در فقه عامه نیز سوگند استظهاری سابقه دارد. به نظر فقهای حنفی در چهار مورد قاضی می‌تواند به مدعی عرض یمین نماید هر چند که طرف دعوی مطالبه سوگند نکند این چهار مورد در ماده 1746 المجله آمده است:

اول، در صورتی که مفاد دعاوی مدعی حقی علیه متوفی باشد و به وسیله گواهان آن به اثبات رسد، قاضی دادگاه به مدعی پیشنهاد می‌کند سوگند یاد کند مبنی بر این که حق مزبور را به هیچ وجه نه شخصا و نه به وسیله دیگری استیفا نکرده و نیز ذمه مدعی علیه را بری ننموده و یا به دیگری حواله نکرده و یا دیگری آن را از طرف میت نپرداخته و نیز وثیقه و رهنی از میت نزد وی وجود ندارد. این نوع سوگند را سوگند استظهاری می‌نامند.

دوم، هرگاه شخصی علیه دیگری ادعای استحقاق عینی را کند و آن را به اثبات رساند، او را سوگند می‌دهند که آن را قبلاً نفروخته و یا به نحوی از ملکیت خود خارج نساخته است.

سوم، چنانچه خریدار مبیع را به علت عیب برگرداند، حاکم او را سوگند می‌دهد که به هیچ وجه قبلاً به این عیب تن در نداده و نیز لفظاً و یا از طریق تصرف مالکانه رضایت خویش را اعلام ننموده است.

چهارم، وقتی قاضی محکمه می‌خواهد به نفع شفیع به شفعه رأی صادر کند، او را سوگند می‌دهد که حق خویش را به هیچ وجه اسقاط ننموده است.

در میان موارد چهارگانه فوق، تنها مورد اول با فقه امامیه منطبق است و باقی موارد سابقه‌ای در فقه امامیه ندارد. قاضی ابو یوسف، همانند فقهای امامیه، در مورد دعوی بر غایب، فتوی به انجام تحلیف توسط حاکم صادر نموده ولی البته نه همه جا، بلکه تنها جایی که زن علیه شوهر غایب خود دعوای نفقه نماید، باید او را سوگند داد که برای او مالی به جای نهاده و به او نفقه نپرداخته است.

#### بحث تطبیقی

سوگند استظهاری، در قوانین مدنی کشورهای اسلامی وارد گردیده که به نحو اختصار اشاره می‌کنیم.

#### 1. در قانون ایران

در قانون مدنی ایران به پیروی از فتوای مورد اتفاق شیعه فقط نسبت به ادعای طلب علیه متوفی در ماده 1333 به این شرح آمده است «در دعوی بر متوفی در صورتی که اصل حق ثابت شده و بقاء آن در نظر حاکم ثابت نباشد حاکم می‌تواند از مدعی بخواهد که بر بقاء حق خود قسم یاد کند. در این مورد کسی که از او مطالبه قسم شده است نمی‌تواند قسم را به مدعی علیه رد کند...».

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذاران مدنی، لزوم ادای سوگند توسط مدعی را مقید به موردی نموده‌اند که اصل حق برای دادگاه ثابت و بقای آن ثابت نباشد. مفهوم مخالف آن چنین است که هرگاه بقای حق به وسیله ادله برای دادگاه ثابت باشد دیگر نیازی به ادای سوگند نیست. توجه به این نکته توسط قانون‌گذاران مدنی بسیار جالب است، ولی با توجه به این که مورد بحث جایی است که مفاد ادعا، حق دینی است نه حق عینی، لذا معلوم نیست بیش از اثبات اصل حق، چه طریقی برای مدعی وجود دارد که بقای حق و عدم ابراء و یا اسقاط آن را به اثبات رساند؟ به دیگر سخن لزوم ادای سوگند استظهاری توسط مدعی در موردی که دعوی، بر بقای حق دینی علیه متوفی است، امری عقلایی و مطابق با موازین منطقی است. چرا که در حقیقت دعوای مزبور قابل تحلیل به دو امر است. یکی اصل حق و دیگری بقای آن حق. آنچه ادله اثبات، می‌تواند به اثبات رساند، اصل دین است. ولی به هیچ وجه امر دوم یعنی عدم ابراء و اسقاط آن که مورد ادعا است قابل اثبات نیست. چنانچه طرف دعوی حاضر بود، پس از اثبات حق این امکان وجود داشت که ادعای اداء و یا ابراء و اسقاط کند که البته ملزم به اثبات بود و در فرض عدم ارائه دلیل و انکار طرف مقابل، مدعی می‌توانست از وی که در این بخش دعوی، نقش منکر دارد، درخواست سوگند نماید و با سوگند وی بقای حق او ثابت می‌شد. حال که مدیون، فوت کرده است در حقیقت حاکم برای اثبات امر دوم، مدعی را سوگند می‌دهد.

اختصاص سوگند استظهاری به متوفی و عدم سریان آن به غایب و صغیر و مجنون در قانون مدنی به خاطر تبعیت از فتوای اتفاقی فقها است. و از موارد دیگر که مورد اختلاف آراء بوده صرف نظر شده است. دادرسی غیابی احکام خاصی دارد که در آیین دادرسی مدنی آمده است و ما در جای خود از آن بحث خواهیم کرد.

## 2. در قانون مدنی عراق و سوریه

ماده 484 قانون مدنی عراق و ماده 123 قانون بینات سوریه تقریباً با یک مضمون اشعار می‌دارد: «تحلف المحکمه من تلقاء نفسها فی الاحوال الآتیة- اذا ادعی احد فی التركة حقا و اثبته فتحلفه المحکمه یمین الاستظهار علی انه لم یستوف هذا الحق لا بنفسه و لا بغيره من المیت بوجه و لا ابراه و لا احاله علی غیره و لا استوفی دینه من الغیر و لیس للمیت فی مقابله هذا الحق رهن ...». مضمون فوق که از المجله گرفته شده عیناً در ماده 1746 قانون مدنی عثمانی نیز آمده است.

در بعضی قوانین مدنی کشورهای عربی سوگندی تحت عنوان سوگند تکمیلی مطرح شده ولی نه دقیقاً به آن معنی که در فقه مطرح است که قبلاً بدان اشاره شد. آنچه در فقه است سوگندی است که در موارد خاصی کنار شاهد واحد قرار می‌گیرد و دلیل را تکمیل می‌کند. در قانون آیین دادرسی مدنی مصر هم در ماده 415 چنین آمده است: «قاضی می‌تواند از طرف خود به یکی از طرفین دعوی پیشنهاد سوگند دهد تا حکم خود را در موضوع دعوی و یا ارزش محکوم به بر آن بنهد این امر مشروط به آن است که در دعوی نه دلیل کاملی وجود داشته باشد و نه دعوی خالی از هر گونه دلیل باشد».

در ماده 228 قانون اصول محاکمات لبنان یمین به دو قسم تقسیم شده، قسم اول «یمین الحاسمه» (سوگند قطعی) و قسم دوم «یمین التکمیلیه» نامیده است. در تعریف «یمین التکمیلیه» همان متن قانون مصر با اندکی تفاوت آمده است. مواد 121 قانون بینات سوریه و 482 قانون مدنی عراق، نیز از همین متن پیروی کرده‌اند.

## 3. در قانون مدنی فرانسه

همان طور که گفتیم سوگند تکمیلی به معنی فوق در فقه سابقه ندارد و در المجله هم نیامده و لذا به نظر می‌رسد کشورهای عربی این نوع سوگند را از قانون مدنی فرانسه که عیناً چنین سوگندی را مطرح کرده اتخاذ نموده‌اند. قانون مدنی فرانسه در ماده 1366 مقرر می‌دارد: «قاضی می‌تواند یکی از طرفین دعوا را سوگند دهند، خواه به منظور اتخاذ تصمیم در موضوع پرونده و خواه تنها به منظور تعیین مقدار مورد حکم».

در ماده بعد، این جواز را به دو شرط محدود نموده است: اولاً، لازم است دلیلی کامل بر دعوی و یا رد دعوی موجود نباشد و ثانیاً، باید دعوی خالی از هر گونه دلیل نباشد.

### موضوع سوگند

موضوع سوگند عبارت است از آنچه که مورد سوگند قرار می‌گیرد در متون فقهی چنین آمده است:

«و الحالف یحلف ابدأ علی القطع فی فعل نفسه و ترکه، و فعل غیره، و علی نفی العلم فی نفی فعل غیره».

مستفاد از متن فوق چنین است که برای موضوع قسم وجوه زیر متصور می‌باشد:

### 1. انجام عملی توسط خود سوگندخورنده:

مثل آن که شخصی علیه دیگری ادعا می‌کند که وی متعهد شده که دین او را در تاریخ معین پرداخت کند و انجام نداده است و چون دلیلی ندارد، از دادگاه می‌خواهد که طرف او را وادار به سوگند نمایند. در اینجا مدعی علیه سوگند یاد می‌کند که دین مورد نزاع را پرداخت کرده است.

### 2. ترک فعل توسط خود سوگندخورنده:

مثل آن که شخصی ادعا کند که همسایه او شیشه منزلش را شکسته است، و چون دلیل ندارد از دادگاه می‌خواهد او را سوگند دهند، همسایه سوگند می‌خورد که چنین عملی را مرتکب نشده است.

### 3. انجام عملی توسط دیگری:

مثل آن که مدعی ادعا می‌کند که مدعی علیه یک تخته قالی به امانت از او گرفته است، و چون دلیل ندارد از دادگاه می‌خواهد که مدعی علیه را سوگند دهند.

چنانچه در این فرض مدعی علیه سوگند را به مدعی رد کند، مدعی سوگند یاد می‌کند بر عمل به امانت بردن قالی توسط مدعی علیه. در موارد فوق که هم می‌توان فرض کرد سوگند توسط مدعی یاد شود و هم توسط مدعی علیه همواره سوگند قطعی و بتی است.

### 4. ترک فعل دیگری:

سوگند نسبت به فعل دیگری امر چندان مشکلی نیست، چرا که اطمینان به انجام عمل توسط دیگری امری ممکن است و لذا سوگند نسبت به آن منطقی خردمندانه است. ولی حصول اطمینان نسبت به ترک فعل دیگری چگونه میسر است؟ و لذا سوگند یاد کردن بر ترک فعل شخصی دیگر، امری خردمندانه نیست.

ولی چنانچه در دعوی بر علم و آگاهی مدعی علیه نسبت به شخص ثالث اثری مترتب باشد، ادای سوگند بر نفی علم، به نحو قطعی توجیه منطقی خواهد یافت.

مثل آن که کسی علیه دیگری مبلغی ادعا کند به استناد آن که مورث مدعی علیه، آن مبلغ را از او قرض نموده است و چون مدعی علیه متصرف در ترکه است باید آن را بپردازد، ولی مدعی علیه منکر طلب، می‌شود. مدعی ادعا می‌کند که طرف او نسبت به طلب مزبور آگاهی و علم دارد و از دادگاه می‌خواهد تا طرف او را سوگند دهند. در این صورت مدعی علیه می‌تواند سوگند یاد کند که بر این امر اطلاعی ندارد. با این سوگند، مدعی علیه از پرداخت مبلغ مزبور معاف است. در همین فرض، چنانچه مدعی ادعا نکند که مدعی علیه آگاه بر این امر است نمی‌تواند مطالبه ادای سوگند نماید. و برای اثبات طلب خود باید در جستجوی دلیل دیگری باشد.

مطالب فوق مورد تأیید کلیه مکاتب فقهی است، و ماده 1748 المجله نیز به مضمون فوق تنظیم شده است.

### صیغه سوگند

در فقه اسلامی سوگند وقتی اعتبار دارد که به نام الله و اسماء خاصه باشد.

سوگند به کتابهای آسمانی و اماکن متبرکه و انبیای الهی و ائمه و اولیا دارای اثر قضایی نمی‌باشد. دلیل این امر روایات وارده است. شیعه از طریق امام صادق نقل کرده که آن حضرت فرمود: «لا یحلف بغیر الله» و عامه نیز نقل کرده‌اند: «من کان حالفا فلا یحلف الا بالله».

چنانچه سوگندخورنده، کافر باشد باز هم باید به نام الله سوگند داده شود مستندا به روایتی از امام صادق که فرموده است: «الیهودی و النصرانی و المجوسی لا یحلفوهم الا بالله» مگر آن که برای دادگاه احراز شود که کفار از به کار بردن بعضی عناوین دینی خود بیشتر هراس دارند و برای آنها احترام بیشتری قائل می‌باشند، که در این صورت به همان چیزی سوگند داده می‌شوند که مورد احترام و پرستش آنان است. رویه قضایی علی (علیه السلام) نیز به همین گونه منقول است که آن حضرت یهودیان را به تورات سوگند می‌داده است.

### تغلیظ سوگند

آنچه در ادای سوگند رکن اساسی محسوب است، همان لفظ جلاله و یا اسماء خاصه حق است، ولی به قضات توصیه شده است که ادای سوگند را با تشریفات هرچه بیشتر انجام دهند تا موجب هراس سوگندخورنده گردد. تنها به نام جلاله قناعت نکنند و جملاتی به شرح زیر بیفزایند «و الله الذی لا اله الا هو الرحمن الرحیم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذی یعلم من السر ما یعلمه من العلانیه». و نیز زمان و مکانی مقدس را برای ادای سوگند انتخاب نمایند. مانند روز جمعه در مساجد و امثال آن. این مطلب در قانون مدنی ایران ماده 1328 آمده است «دادگاه می تواند نظر به اهمیت موضوع دعوی و شخصیت طرفین و اوضاع و احوال مؤثر مقرر دارد که قسم با تشریفات خاص مذهبی یاد شود و یا آن را به نحو دیگری تغلیظ نماید».

تبصره: «چنانچه کسی که قسم متوجه او شده تغلیظ را قبول نکند و به نحو عادی قسم بخورد ناکل محسوب نمی شود». این تبصره از شرایط محقق حلی گرفته شده است.

به موجب ماده 16 آیین نامه اتیان سوگند «دادگاه می تواند به مناسبت ملیت کسی که سوگند یاد می کند کیفیت سوگند را از حیث زمان و مکان و غیره تعیین کند. منظور این است که چنانچه سوگندخورنده از اقلیت های دینی هستند، مسیحیان روز یکشنبه در محل کلیسا و یهودیان در روز دوشنبه در معبد خودشان سوگند داده می شوند».

#### واژه مدعی و منکر

فقها در تعریف مدعی و مدعی علیه (که در لسان حقوقی امروز خواهان و خواننده نامیده می شوند) تعاریف مختلفی ارائه نموده اند، برخی از این تعاریف با برخی دیگر از لحاظ مصداق سازگاری دارند ولی با برخی دیگر ظاهراً سازگار نبوده، میان آنها از نظر مصداق تعارض وجود دارد. از بیان فقها تعاریف ذیل به دست می آید:

#### 1. المدعی هو الذی یترک لو ترک الخصومه

مدعی کسی است که وجود عین یا دینی را بر طرف مقابل ادعا می نماید و از دادگاه الزام او را به خواسته خویش می خواهد. و مدعی علیه در مقابل اوست، دعوا را رد نموده، اشتغال ذمه خویش را به خواسته مدعی منکر می گردد.

انکار منکر در برابر ادعای مدعی از قبیل قبول در برابر ایجاب است (چنانچه قبول متأخر و متفرع بر ایجاب است) انکار نیز رتبتاً متأخر از ادعا و متفرع بر دعوی است. بنابراین منکر بودن شخص، متفرع بر وجود مدعی است که چیزی را علیه او ادعا نماید. پس اگر مدعی دست از ادعای خویش بردارد، دیگر نه مدعی در بین خواهد بود و نه منکر. مقصود فقها از تعریف مدعی به «لو ترک ترک» همین است، این تعریف از مدعی، با آنچه که عرف از آن می فهمد موافق است.

ممکن است اشکال شود که این تعریف در مورد تداعی صادق نیست؛ زیرا در تداعی همواره با ترک دعوا از سوی مدعی منازعه خاتمه نمی یابد. پاسخ این است که در تداعی فی الواقع، دو دعوی مطرح است. در یکی شخص، مدعی و طرف مقابل منکر است و در دعوی دیگر عکس آن است.

یعنی منکر دعوی اول در این دعوی مدعی است و مدعی دعوی اول منکر است. در چنین حالتی در خصوص هر یک از دعاوی، اگر مدعی ترک دعوا نماید، کسی متعرض او نخواهد شد. اما در خصوص دعوی طرف مقابل ترک دعوا سبب خلاصی وی نمی گردد. زیرا در این دعوا او منکر است نه مدعی. مثلاً اگر «الف» مدعی گردد که «ب» به او مدیون است و «ب» نیز مدعی گردد که «الف» مال او را غصب کرده است و تقاضای

استرداد مال خویش را بنماید، در این وضعیت اگر «الف» از دعوی خویش در خصوص دین منصرف شود در آن دعوی کسی متعرض او نخواهد شد؛ اما در خصوص دعوی غصب که او منکر بوده است ترک دعوی او تأثیری نخواهد داشت و بسا متعرض او خواهد بود. زیرا در این دعوا «ب» مدعی است و «الف» منکر است.

## 2. المدعی هو من قوله مخالف للحجة

مطابق این تعریف کسی که قول او با حجت فعلیه مخالف باشد، مدعی است، گرچه قولش با حجت غیر فعلیه، مثلاً با «أصل»، موافق باشد. مانند آن که شخصی ادعا نماید گوشتی که در بازار است مطابق با شرع ذبح (تذکیه) نشده است. و در نتیجه مدعی فساد معامله با فروشنده آن گردد، این شخص اگر چه قولش با أصل عدم (اصالة عدم التذکیة یا استصحاب عدم أذلی تذکیه) موافق است، مع ذلک مدعی است. زیرا بازار، بازار مسلمین است و بودن گوشت در سوق المسلمین اماره بر ذبح شرعی (تذکیه) است. و با وجود اماره دیگر تعبدا موضوعی برای اجرای أصل باقی نمی ماند؛ به عبارت دیگر اماره حاکم بر أصل است، یعنی این اماره، سوق است که حجت فعلی می باشد نه أصل عدم تذکیه.

بنابراین، مدعی فساد معامله به دلیل عدم تذکیه، چون قولش مخالف با حجت فعلیه (اماره سوق المسلمین) است، مدعی محسوب می گردد. بنابر معیار مزبور، مدعی فساد در معاملات اگر چه قولش موافق با اصل عدم نقل و انتقال است؛ مع ذلک مدعی است. زیرا ادعای فساد معامله مخالف با اصالة الصحة است و حجت فعلیه، اصالة الصحة است زیرا اصالة الصحة حاکم بر أصل عدم نقل و انتقال است.

## 3. المدعی هو من قوله مخالف للظاهر

مطابق این تعریف، کسی که قول او مخالف ظاهر باشد مدعی است و در مقابل، منکر کسی است که قولش مطابق ظاهر است. مراد از ظاهر، ظاهر حال مردم مسلمان است. مانند آن که زنی در دادگاه ادعا کند که شوهرش نفقه وی را نمی دهد، به موجب این معیار، زن باید ادعای خود را اثبات نماید، چرا که ظاهر حال مردم مسلمان در جامعه اسلامی ادای نفقه زوجه است، نه ترک آن.

لازم به ذکر است که مراد از «ظهور» در این تعریف ظهور شخصی حاصل از عدالت مدعی یا موثق بودن او به هر دلیل دیگری نمی باشد بلکه منظور «ظهور نوعی» است زیرا حجیت امارات و ادله دائر مدار ظن شخصی نیست.

## 4. المدعی هو من قوله مخالف للاصل

مطابق این تعریف مدعی کسی است که قولش مخالف با أصل باشد و در مقابل، کسی که قولش با أصل موافق باشد، منکر است. منظور از أصل در این تعریف صرفاً اصل برائت یا اصل عدم نمی باشد. بلکه مراد تمام اصول و قواعد معتبری است که بر حسب مورد ممکن است جاری باشد، خواه اصل عدمی، مانند اصل عدم و اصل برائت و خواه اصل وجودی مثل استصحاب، اصالة الصحة و قاعده ید.

بنابراین در موردی که شخصی مالی را به صورت امانت در دست دارد و مال تلف گردد و مالک مال، بدل مال را مطالبه کند، در این وضعیت مالک مدعی است زیرا امین به موجب «قاعده ایتمان» مسئول نیست مگر در موارد تعدی یا تفریط. بنابراین قول مالک بر خلاف اصل ایتمان است و او مدعی است و امین منکر و تنها یمین بر او لازم است. یا مثلاً در موردی که بین متعاملین اختلاف ایجاد می شود و یکی ادعای صحت معامله را دارد و دیگری ادعای فساد آن را، مدعی فساد، در دادرسی مدعی شناخته خواهد شد. زیرا قول او مخالف با أصل صحت می باشد. گرچه از سوی دیگر قول او موافق اصل عدم نقل و انتقال است ولی این اصل، محکوم اصل صحت است پس قول صحت معامله، موافق اصل غیر محکوم است و از اقامه بینه بی نیاز خواهد بود.



## 5. مرجع شناخت مدعی، عرف است

مطابق این ضابطه، برای تشخیص مدعی و مدعی علیه باید به عرف مراجعه کرد و عرف است که تعیین می‌کند مدعی و مدعی علیه چه کسی است؛ زیرا مرجع در تشخیص مفاهیم الفاظ، عرف است. و شارع برای بیان احکام به مکلفین طریق و روش خاصی اختراع ننموده است. بلکه طریق او برای بیان احکام همان طریق عرف در گفتگوهایشان به هنگام افاده و استفاده می‌باشد. بنابراین وقتی پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) فرموده است، «البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر» ناگزیر برای فهم این حدیث باید به عرف مراجعه کرد. زیرا که خطابات شرعی در محاورات شارع بر طبق فهم عرف و محاوره عرفی است.

### تنبيهات

#### 1. استثنائات قاعده

بر این قاعده استثنائات متعددی وارد شده است. مطابق این استثنائات بر خلاف قاعده از مدعی بینه مطالبه نمی‌گردد، یا ادای سوگند از جانب مدعی کفایت می‌کند. یا از منکر بینه طلب می‌شود. اینک اهم این استثنائات را بررسی می‌کنیم:

#### الف) در مورد لوث

یک استثنای مشهور و معروف نزد فقها، لوث در مسأله قتل می‌باشد. در مواردی که قرائن موجود موجب حصول گمان بر ارتکاب قتل توسط شخص یا اشخاصی می‌شود از مدعی علیه بینه بر عدم ارتکاب قتل مطالبه می‌گردد. در صورتی که نتواند بر بی‌گناهی خویش بینه بیاورد، مدعی موظف است که پنجاه مرد حاضر نماید تا برای اثبات مقصود او سوگند ادا نمایند. در صورتی که امتناع ورزد از مدعی علیه خواسته می‌شود چنین سوگندی را اتیان نماید. اگر مدعی علیه توانست چنین سوگندی را اتیان نماید، دعوی قتل از او ساقط می‌شود و الا خون (اتهام قتل) گریبانگیرش می‌شود. این مطلب فی الجمله مورد قبول فقها امامیه است؛ گرچه در بعضی از خصوصیات آن اختلاف نظرهایی وجود دارد. مهمترین دلیل در این مسأله روایات فراوانی است که بیانگر اختلاف حکم در دماء با حکم در اموال است. «به خاطر رعایت احتیاط در مسأله دماء مردم». به عنوان شاهد روایتی را نقل می‌کنیم:

ابو بصیر از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که حضرت فرمود: خداوند در دماء شما (مسلمانان) بر خلاف اموالتان حکم نموده است. در مورد اموالتان حکم نموده است که بینه وظیفه مدعی و سوگند وظیفه مدعی علیه است. در حالی که در مورد دماء شما (در مسأله قتل) حکم کرده است که بینه مدعی علیه و سوگند وظیفه مدعی است. این (یعنی حکم مختص در دماء) به خاطر آن است که خون مسلمان پایمال نشود.

#### ب) در مورد آمین

اگر مال نزد آمین تلف شود صرف ادعای او بر عدم تعدی یا تفریط، پذیرفته شده و از او بینه مطالبه نمی‌گردد بلکه تنها سوگند بر عهده اوست (لیس علی الامین الا الیمین) گفته شده است که این یک استثنا بر قاعده البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر می‌باشد. برای رد این مطلب باید گفت که: به موجب قاعده «ایتمان» آمین مسئول نیست مگر در صورت تعدی و تفریط. و اصل عدم تعدی و تفریط است. بنابراین اگر مالک مدعی است که آمین مرتکب تعدی یا تفریط شده است، بر عهده اوست که بینه اقامه کند.

پس از آنجا که قول اَمین موافق با اصل است (و مخالف با حجت فعلیه نیست) و نیز این که مالک به خواستن اَمری علیه اَمین دعوایی را طرح کرده، مالک مدعی خواهد بود و در نتیجه موظف به اقامه بینه می‌باشد و اَمین منکر است و وظیفه‌ای جز ادای سوگند ندارد. بر این اساس، مورد اَمین، استثنایی بر کلیت قاعده نمی‌باشد.

(ج) ادعای مستودع به رد عین

مشهور فقهای امامیه معتقدند که ادعای رد ودیعه از جانب مستودع به مالک با وجود انکار مالک، بدون نیاز به اقامه بینه پذیرفته می‌شود. در حالی که آنان در سایر امانات مالی چنین اعتقادی ندارند. و لذا اگر مستعبر رد عاریه را ادعا کند، یا مستأجر رد عین مستأجره را ادعا نماید، یا مرتهن مدعی رد عین مرهونه گردد؛ یا وکیل ادعا کند آنچه را که وی وکیل در فروش آن شده بود برگردانده است، ادعای هیچ کدام بدون اقامه بینه پذیرفته نمی‌شود. بدین ترتیب پذیرفتن قول مستودع بدون اقامه بینه استثنا و تخصیصی بر جمله اول (البینه علی المدعی) قاعده است.

(د) سوگند استظهاری

(ه) ارائه بینه از سوی مدعی پس از سوگند مدعی علیه

(و) سوگند رد شده از طرف مدعی علیه

موارد سه گانه فوق قبلا مورد بحث قرار گرفته است.

## 2. مبنای تشخیص مدعی و منکر

برای بیان مطلب فوق به این سؤال جواب خواهیم داد که آیا مبنا در تشخیص مدعی و منکر مصب دعوی است یا نتیجه آن؟

در صورتی که دو نفر در عقد منعقد شده فی ما بین اختلاف نمایند مالک مثنی ادعا نماید که عقد مزبور، هبه بوده است و غرض او امکان رجوع به آن باشد، چون عقد هبه جایز است و طرف دیگر ادعا کند که آن عقد بیع بوده است و امکان رجوع وجود ندارد چون بیع لازم است. اگر ملاک تشخیص مدعی از مدعی علیه مصب دعوی باشد، این مورد بدون شک از قبیل تداعی است زیرا هر یک از طرفین خلاف اصل ادعا می‌کنند. بنابراین هر یک در دعوایی مدعی و در دعوای دیگر منکر است. اما اگر ملاک نتیجه و غرض باشد، کسی که مدعی لزوم عقد است به لحاظ این که قولش مطابق اصل (اصاله اللزوم) است در واقع منکر می‌باشد و کسی که مدعی هبه بودن عقد مزبور است به لحاظ این که قولش مخالف اصل مزبور است مدعی می‌باشد.

اولی آن است که ملاک تشخیص مدعی از مدعی علیه مصب دعوی باشد؛ زیرا آنچه که می‌تواند مورد توجه قاضی قرار بگیرد، صدق مدعی و مدعی علیه بر افراد به حسب ظاهر لفظ و ظاهر حال و برداشت عرفی می‌باشد. اما اغراض و نتیجه دعوی از امور خارجی بوده و در این امر دخالتی ندارد.

نتیجه: غالبا تعاریف مذکور بر یکدیگر منطبق می‌باشند. مثلا در موردی که شخص (الف) علیه دیگری (ب) اقامه دعوی نماید مبنی بر این که (ب) مبلغ 100 هزار ریال به او بدهکار است در اینجا مطابق تمام ضوابط بیان شده (الف) مدعی تلقی می‌گردد. زیرا قول (الف) خلاف حجت فعلیه، خلاف ظاهر و خلاف اصل می‌باشد. همچنین اگر (الف) دعوی خویش را مسترد دارد، کسی به لحاظ دین، متعرض او نخواهد شد. عرف نیز (الف) را به لحاظ دعوی و مطالبه دین مدعی می‌شناسد.

مواردی نیز وجود دارد که ضوابط بر یکدیگر منطبق نمی‌باشند. مثلاً در صورتی که زن و شوهری قبل از نزدیکی مسلمان شوند و زوج بگوید که ما در زمان واحدی مسلمان شدیم و تقدم و تأخری در اسلام ما نبوده است بنابراین نکاح به قوت خود باقی است. اما زوجه بگوید ما مسلمان شدیم اما به صورت تعاقبی و زمانی که یکی از ما مسلمان شد دیگری مسلمان نبود، بنابراین صحت عقد نکاح باطل است در این مورد مطابق ضابطه اول (لو ترک ترک) زوجه مدعی است. زیرا اگر او ترک دعوی نماید خصومت و اختلافی نخواهد بود. اما مطابق ضابطه سوم این زوج است که مدعی می‌باشد زیرا آنچه که مورد ادعا است خلاف ظاهر است چون ظاهر این است که نوعاً عمل دو نفر کاملاً مقارن نمی‌باشد و معمولاً مقداری فاصله زمانی بین آن دو وجود دارد. بنابراین تقارن اسلام زوجین خلاف ظاهر است. پس مرد مدعی است و زن مدعی علیه. به نظر می‌رسد که ضابطه اصلی در تشخیص مدعی از مدعی علیه عرف است و سایر ضوابط مذکور به نحوی به عرف بازگشت می‌کند و در واقع تنقیح معنای عرفی می‌باشند. بنابراین برای معنای مدعی، واقعیتی به جز آنچه که عرف بر تشخیص مدعی اطلاق کند، وجود ندارد. فی الجمله می‌توان گفت که از دیدگاه عرف مدعی کسی است که به خواستن امری علیه دیگری اقامه دعوی می‌نماید و برای اثبات آن خواسته باید اقامه دلیل نماید به گونه‌ای که اگر دلیلی اقامه نسازد خواسته وی رد می‌گردد، خواه خواسته او مطابق اصل و ظاهر باشد خواه نباشد. و شاید بتوان گفت که تعریف اول از مدعی (مدعی کسی است که اگر ترک خصومت نماید کسی متعرض او نخواهد شد) بهترین تفسیر و تعبیر از دیدگاه عرف راجع به مدعی و مدعی علیه می‌باشد.

### 3. مجرای قاعده

این قاعده روش دادرسی اسلامی در دعاوی مدنی است و در دعاوی جزایی و کیفری که جنبه حق الله محض دارد به هیچ وجه به کار نمی‌رود؛ زیرا در دعاوی جزایی مدعی و منکر وجود ندارد و شیوه رسیدگی بر نحوه دیگری است؛ البته باید دانست که بعضی از جرایم که در حقوق امروز از جمله مسائل کیفری محسوب می‌شود در فقه از جمله مسائل مدنی محسوب و به روش مدنی ممکن است رسیدگی شود، مثلاً قتل در حقوق امروز از مسائل جزایی است بدین معنی که قتل جرم است و مرتکب آن به کیفر می‌رسد.

باید توجه داشت مجرای قاعده بینة شامل قضایای «حق الله» محض نمی‌باشد؛ به این معنی که در این گونه قضایا مدعی و منکری وجود ندارد تا از مدعی بینة، و در فرض عدم اقامه دلیل توسط وی از منکر، یمین خواسته شود. بلکه به موجب نصوص شرعیة «لا یمین فی الحدود» در موارد حد، چنانچه متهم منکر گردد، نه از وی سوگند مطالبه می‌شود؛ و نه حد بر وی جاری خواهد شد.

البته جای این سخن باقی است که اصولاً تصمیم علیه مرتکبین گناهان مستوجب حدود در نظام حقوقی اسلام آیا یک تصمیم قضایی است یا خیر؟ ما بر این عقیده‌ایم که با توجه به تعریف قضا به شرح زیر «القضاء هو فصل الخصومة بین المتخاصمین» قضاء صرفاً در موردی مصداق دارد که خصومت میان دو نفر وجود داشته باشد؛ و دعوی طرفین داشته باشد و در حق الله محض به هیچ وجه چنین نیست؛ این گونه تصمیمات در نظام اسلامی از وظایف اجرایی حاکم است و در پیشینه تاریخی به دست «محتسب» انجام می‌شده است.

حاکم در این نظام برای حفظ و صیانت جامعه و اجرای امر به معروف و نهی از منکر، متعدیان به حریم قوانین شرعی را مجازات می‌کند. این مطلب نیاز به بحث بیشتر دارد که اینک جای بحث آن نیست.

## قاعده اقرار

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.

### مستندات فقهی قاعده

در موسوعة الفقه الاسلامی، آمده است که فقیهان امامیه به علت وضوح مسأله به ادله اعتبار اقرار اشاره نکرده‌اند. 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 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.

### 1. کتاب

از قرآن کریم آیاتی برای حجیت اقرار استناد شده است که ذیلاً 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 ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَ أَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ». «(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 عهود 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 عقلاً 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». «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 توبه آنان 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 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 وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ». «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 زیان خود را استنباط نمود.

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؛ و از آیه استفاده نمی‌گردد که در پذیرش چنین شهادتی شرائط 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.

## 2. سنّت

در بحث از مدارک قاعده اقرار در سنت و سیره نبوی و احادیث و اخبار از ائمه هدی (علیه السلام) 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». 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 (علیه السلام) 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 (علیه السلام) 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؛ لیکن هم سند و هم دلالت آن مورد بحث و مناقشه است. 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 جماعه من علمائنا فی کتب الاستدلال عن النبی (صلی الله علیه و آله و سلم) انه قال: «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز».

این روایت اگر چه در کتب روایی ذکر نشده است ولی در موارد زیادی مورد استناد قرار گرفته است. 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 (صلی الله علیه و آله و سلم) 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 (صلی الله علیه و آله و سلم) 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 صحّت آن اقرار نمود و آن را علیه مقرر و واجد آثار حقوقی دانست.

### 3. اجماع

یکی دیگر از ادله‌ای که برای اثبات حجیت قاعده اقرار بدان استناد شده است، اجماع فقهای اسلام بر حجیت این قاعده است. 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.

### 4. 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.

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 الزام آور 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 1968 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 1984 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.

تبیین مفاد قاعده اقرار

[واژه اقرار]

معنای لغوی:

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

تعریف اصطلاحی

: فقها در کتب خویش تعاریف مختلفی از اقرار ارائه داده‌اند.

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

قانون مدنی ایران نیز به تبع فقها در ماده 1259 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. اقرار عبارت است از اینکه کسی چیزی را که به زیانش اسناد داده شده، درست بداند.

عناصر تعریف اقرار

1. 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 از این رو اقرار، عمل حقوقی محسوب نمی‌شود، یعنی نه عقد است و نه ایقاع بلکه خبر از یک

واقعۀ 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 درحالی‌که انشا ایجاد است و ثانیاً: اقرار، احتمال صدق و کذب دارد، ولی انشاء این گونه نیست. { عده‌ای از فقها در تعریف انشاء گفته‌اند: «الانشاء ایجاد المعنی باللفظ» (مصباح الفقاهه، خوئی، ج 2، ص 51-50 انشاء بوجود آوردن معنا توسط لفظ است. اما بعضی بر این تعریف اشکال گرفته و مرحله ایجاد را قبل از ابراز تصور نموده‌اند. چون در امور انشائیه ابتدا فرد امری را اعتبار کرده و سپس بالفظ آن اعتبار را بروز می‌دهد. لذا در تعریف خود چنین گفته‌اند: «ان الانشاء ابراز الاعتبار النفسانی خارجاً» (همان مأخذ) انشا عبارت است از ابراز و اظهار اعتبار نفسانی همراه با مبرز و مظهر و در مقابل اخبار را گفته‌اند: «ابراز قصد الحکایة عن الثبوت او السلب بالمظهر الخارجی» (همان مأخذ). اخبار عبارت است از اظهار و ابراز قصد حکایت کردن از ثبوت و سلب با مظهر خارجی، لذا در تعریفی که از اقرار به عنوان «اخبار عن حق سابق لا یقتضی تملیکا، بل یکشف عن سبقه» اشکال شده است به اینکه قید «لا یقتضی تملیکا بل یکشف عن سبقه» قید اقرار نبوده و دخالت در تعریف اقرار ندارد. (مفتاح الکرامه، ج 9، ص 211). }

## 2. حق (عن حق)

عنصر 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.

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 266 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.

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

## 3. نفع غیر

عنصر 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. چنانکه در فقه گفته‌اند حق در تعریف شامل حق الله و حق الناس است. 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.

#### 4. ضرر مقر

اقرار باید مستلزم ورود ضرر و لطمه‌ای به تمامیت جسمی مقر (در امور کیفری) و یا صدمه و خسارت به اموال و حقوق مالی مقر باشد. عبارت «علی انفسهم» نیز در حدیث و عبارت قاعده مبین همین مطلب است. بنابراین اگر اقرار زیانی 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

یکی دیگر از قیودی که در عنوان قاعده اقرار ذکر شده است قید «علی انفسهم» می‌باشد. این قید به معنای «بر ضرر مقر است». { در اینکه در روایت «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز» عبارت «علی انفسهم» متعلق به چیست، و چه چیزی را مقید می‌کند؟ در بدو امر احتمالاتی مطرح می‌شود که از جهت حدود قاعده و تأثیر آن، فراوان دارد.

احتمال اول، «علی انفسهم» متعلق به اقرار است. در این احتمال معنای روایت چنین می‌شود: اقرار بر ضرر خویش نافذ است، به عبارت دیگر اقرار مشروط به اینکه بر ضرر مقر باشد مطلقاً نافذ است.

حال اگر همراه این ضرر نفعی هم باشد چون نفوذ اقرار مطلق است باید آن اثر را نیز رعایت نمود.

مثلاً اگر شخص بر زوجیت زنی برای خود اقرار کند و چون نفقه ضرر بر مقر است و حکم به آن می‌شود حال اگر زن فوت کند آیا مرد از او ارث می‌برد؟ بنابراین فرض چون نفوذ اقرار مطلق است باید گفت مرد از زن ارث می‌برد.

احتمال دوم، «علی انفسهم» متعلق به جایز است. بنابراین احتمال حدود و نفوذ قاعده اقرار تا جایی است که به ضرر مقر باشد. و لذا در مثال بالا باید فقط به پرداخت نفقه حکم کرد و نه بیشتر. زیرا نفوذ اقرار مقید به 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.

#### تنبيهات

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:

1. اقرارکننده یا مقرّ 2. منتفع از اقرار یا مقرّ له 3. موضوع اقرار یا مقرّ به 4. صیغه یا لفظ اقرار که در ذیل بیان می‌شود.
1. 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. 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 قاعدة معروف «من ملک شیئا ملک الاقرار به» هر کس هر امری را تحت اختیار داشته باشد، اقرارش نسبت به آن امر معتبر است.

قانون مدنی ایران در ماده 1262 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 1212)، اقرار صغیر ممیز نیز در این گونه موارد از نظر قانون مدنی نافذ می‌باشد، زیرا اقرار صغیر ممیز با توجه به قاعدة 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 مولی علیه او صلح یا هبه کرده است و خوانده در مقابل، اقرار کتبی مولی علیه را به عدم قبول هبه ارائه دهد، اقرار او نافذ می‌باشد ذیل ماده 1573 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 1162). 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.

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 1263 قانون مدنی ایران: «اقرار سفیه در امور مالی مؤثر نیست». البته اقرار سفیه در اموری که جنبه مالی ندارد نافذ است، مثلا 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. 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، مثلا اگر سفیه به سرقت اقرار کرد حد بر وی جاری می‌شود، ولی به پرداخت مال ملزم نمی‌شود.

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.

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. در حدیثی از علی (علیه السلام) نقل شده: کسی که در برابر زندان، ترس یا تهدید اقرار کند، بر او حد جاری نمی‌شود. 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. 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 38). 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.

در حقوق انگلیس اقرار از این جهت به دو نوع اقرار اختیاری (ارادی) و اقرار غیر اختیاری 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.

(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. 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 مقرر له و نصف دیگر از آن منکر خواهد بود.

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.

## 2. منتفع از اقرار یا مقرر له [و شرایط مقرر له]

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

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

### الف) اهلیت تمتع

: اقرارکننده با اقرار، به حقی برای مقرر 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.

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 فراین، مقصود از اقرار در اینجا اقرار به نفع ورثه است. از این رو ماده 1267 قانون مدنی ایران در این باره مقرر می‌دارد: «اقرار به نفع متوفی درباره ورثه او مؤثر خواهد بود».

اهلیت استیفا برای مقرر له شرط نمی‌باشد، یعنی لازم نیست مقرر له بتواند حق خود را اخذ کند. در نتیجه اقرار برای جنین نیز به شرط آنکه زنده متولد شود صحیح است؛ 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 گفته 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.

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 منشئی برای اقرار خود بیان نکند اقرار باطل است.

(ب) معلوم بودن

: مقرر 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. در صورتی که مقرر 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.

3. موضوع اقرار یا مقرر به [و شرایط مقرر به]

: موضوع اقرار که به آن «مقرر 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، مقرر 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 مقرر 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؛ زیرا طبق ماده 654 قانون مدنی ایران «قمار و گرویندی 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 مقرر نبودن

: مقرر به نباید ملک مقرر باشد، وگرنه اقرار باطل است، مثلاً اگر کسی بگوید: خانه من یا مال من از آن فلانی است، اقرار صحیح نیست، زیرا چنانکه گذشت، اقرار انشا نیست و سبب ایجاد ملکیت برای مقرر له نمی‌گردد بلکه اخبار از وجود سابق ملکیت برای مقرر له است و ملکیت سابق برای مقرر له با گفته مقرر: «مال من» سازگار نیست. پس اقرار غیر نافذ است. 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.

### 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:

1. به اعتبار صیغه، 2. به اعتبار محل اقرار، 3. به اعتبار موضوع اقرار.

#### 1. 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. قانون مدنی ایران نیز به پیروی از فقهای امامیه در ماده 1240 مقرر می‌دارد: «اقرار واقع می‌شود به هر لفظی که دلالت بر آن نماید». و در ماده 1261 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 اشاره او جانشین لفظ او می‌گردد؛ به شرط آنکه با صراحت دلالت بر اقرار کند. 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.

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. 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 نگوید 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.

## 2. 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.

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 (اقرار در دادگاه) و اقرار غیر قضایی (اقرار خارج از دادگاه) تقسیم شده است و اقرار قضایی به اقرار شخص یا نماینده او در حضور دادگاه تعریف شده است. 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، 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. در نظام حقوقی انگلوساکسون نیز اقرار به دو نوع اقرار قضایی و اقرار غیر قضایی 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.

در قوانین برخی از کشورهای عربی همچون اصول محاکمات مدنی لبنان (ماده 210)، قانون مدنی لیبی (ماده 398) و قانون بینات سوریه (ماده 94، 102) به این دو نوع اقرار تصریح شده است و در برخی دیگر همچون قانون مدنی مصر (ماده 408) و قانون مدنی عراق (ماده 461) 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 102). در حقوق ایران نیز این تقسیم آمده است. ماده 366 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.

### 3. تقسیم اقرار به اعتبار موضوع آن

اقرار به اعتبار موضوع آن (مقرر به) تقسیماتی دارد. در ذیل به تقسیمهایی 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. و گاه از حقوق افراد است که از آن با عنوان «حق آدمی» یا «حق عباد» یاد می‌کنند.

حق الله حقی است که به خداوند اختصاص دارد. فقیهان حنفی حق الله را به دو نوع تقسیم کرده‌اند: 1. حقی که به طور خالص ویژه خداوند است و به هیچ وجه جنبه فردی ندارد؛ مانند نوشید خمر، 2. حقی که مربوط به خداوند است ولی جنبه‌ای از آن نیز به اشخاص بر می‌گردد؛ مانند حد قذف.

#### شرایط خاص اقرار به حق الله

##### 1. 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 (صلی الله علیه و آله و سلم) درباره «ماعز» ثبوت حد را در زنا به 4 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.

فقیهان امامیه در اثبات برخی از حقوق الهی (امور کیفری) تعدد اقرار را شرط دانسته‌اند: از جمله برای اثبات زنا و لواط 4 بار و برای اثبات سرقت، قذف و شرب خمر 2 بار اقرار را لازم دانسته‌اند. قانون مجازات اسلامی ایران به پیروی از فقه امامیه برای اثبات جرایم فوق تعدد اقرار را لازم شمرده است.

## 2. 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 قاعدة «الحدود تدرء بالشبهات»، حدود به وسیله شبهه‌ها برداشته می‌شود، و در صورتی که در اثبات حد شبهه‌ای پدید آید، حد اجرا نمی‌شود.

## 3. 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. 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 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.

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. 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.

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

2. 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.

3. نسب: گاهی موضوع اقرار نسب و خویشاوندی است و اقرارکننده به وجود رابطه خویشاوندی میان خود و دیگری اقرار می‌کند. فقیهان شیعه و سایر مذاهب اسلامی 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.

### 1. 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.

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 بیّنه ابراز شود.

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. 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 بیّنه 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. به عقیده فقیهان اقرار پدر به فرزند کسی (خواه صغیر و خواه بالغ) اقرار به زوجیت مادر وی نمی‌باشد. همچنین اقرار زن به فرزند 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. اما ابو حنیفه در این زمینه قائل به تفصیل شده و در صورتی که مادر کسی که به فرزند او اقرار شده به حریت معروف باشد به استناد «حمل بر صحت کردن انساب و احوال مسلمانان» به اثبات رابطه زوجیت نظر داده است.

## 2. نسب خویشاوندی

در صورتی که کسی به رابطه خویشاوندی خود با دیگری غیر از رابطه پدر و فرزند اقرار کند، شرایط چهارگانه فوق از جمله «تصدیق مقرر له» 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 فرزند 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 فرزند 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. 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 فرزند 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، چرا که در هر دو اقرارکننده در معرض تهمت است.

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 عمومی متوفی اقرار کند که زید برادر او است و یا برادر متوفی اقرار کند که زید فرزند متوفی است، ترکه به زید داده می‌شود.

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.

#### 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 الزام آور که بتواند در عالم خارج منشأ آثار گردد به حساب نخواهد آمد. 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.

اما در مقابل عدّه‌ای 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.

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 1268 قانون مدنی نیز صراحتاً اعلام داشته است «اقرار معلق مؤثر نیست».

#### نقش اقرار در فصل خصومت

هرگاه در دعوایی 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 دادرس، قضایی نباشد. در این زمینه سرخسی نیز چنین می‌گوید: «الاقرار لیس میزانا للفصل، المقرّ بنفس اقراره یرفع الخصومة».

مؤید این مطلب عموم روایت پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) است که می‌فرمایند: «انما اقاضی بینکم بالبینات و الایمان» 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، درحالی‌که اگر اقرار همانند بیّنه و سوگند یکی از ادله اثبات بود، لازم بود که حصر روایت نبوی شکسته و اقرار بر آن افزوده شود.

#### الزام آور بودن اقرار

اقرار خود برای مقرّ الزام آور 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 دادرس دادگاه داشته باشد. از مواد 1275 و 1276 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. 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».

مقصود از «تهمت» آن است که قراین نشان دهد که اقرارکننده به علتی مانند علاقه و دلبستگی ویژه به مقرر له، می‌خواهد مالی را به وی اختصاص دهد و در اخبار خویش صادق نیست. 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. در صورت اختلاف میان مقرر له و وارث در وجود تهمت، مدعی تهمت باید دلیل اقامه کند، زیرا اصل عدم تهمت است.

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 ترکه 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 ترکه 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، 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.

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.

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. 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 مقرر له وارث او باشد (فقه حنفی و حنبلی و قول غیر راجح در فقه شافعی) وگرنه 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 می شود که مقرر به را تفسیر کند و از آن رفع ابهام نماید. قانون مدنی عراق در ماده 464، ضمن بیان اینکه موضوع اقرار می تواند مجهول باشد می گوید: «اگر کسی به امانت گرفتن یا سرقت یا غصب مال مجهولی اقرار کند، از او خواسته می شود 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 می شود».

در صورتی که تفسیر اقرارکننده با عرف و زبان مورد محاوره سازگار باشد پذیرفته می شود و به مفاد اقرار ملزم می گردد؛ مثلاً اگر گفت: شبی از تو نزد من است، می تواند «شیء» را به شیء متمول و یا غیر متمول مانند یک لنگه کفش بی ارزش تفسیر کند، ولی اگر گفت: مالی از تو نزد من است، نمی تواند مال را به چیزی که مالیت ندارد تفسیر کند. اگر موضوع اقرار به کلی مجهول نباشد و بتوان قدر متیقنی برای آن به دست آورد، اقرار معتبر است و نیازی به تفسیر نمی باشد، مثلاً اگر کسی در مقابل دیگری بگوید: چند میلیون ریال به تو بدهکارم، به 2 میلیون ریال ملزم می گردد، زیرا حد اقل جمع در زبان فارسی 2 است و اقرار نسبت به بیش از آن مورد تردید است و یا اگر در عربی گفته شود: لک عندی دراهم، اقرارکننده به سه درهم ملزم می شود؛ زیرا اقل جمع در زبان عربی 3 است.

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

فقیهان حنفی در این باره دو نظریه دارند: برخی تفسیر آن را به کمتر از 10 درهم می پذیرند، زیرا در نزد ایشان نصاب قطع دست در سارق 10 درهم است و برخی دیگر تفسیر آن را به کمتر از 200 درهم نمی پذیرند، زیرا نصاب زکات 200 درهم است. 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.

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 می باشم، اقرارکننده باید آن را تفسیر و از آن رفع ابهام کند.

## تکذیب مقرر له

قبول و تصدیق مقرر له شرط صحت اقرار نیست، ولی اقرار در صورتی نافذ و معتبر است که مقرر له اقرارکننده را تکذیب نکند. پس اگر کسی بگوید: «این خانه مال علی است» و علی این مطلب را تکذیب کند، اقرارکننده ملزم به تسلیم خانه به مقرر له نمی گردد. برخی از فقیهان «عدم تکذیب اقرار به وسیله مقرر له»، را جزء شرایط مقرر له آورده اند. و برخی دیگر آن را جداگانه و به عنوان شرط صحت یا نفوذ اقرار ذکر کرده اند، ولی تردیدی نیست که تکذیب و انکار مقرر له نسبت به اقرار، اثر اقرار را زایل می سازد.

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

پس از تکذیب مقرر له، مال در دست اقرارکننده باقی می ماند، 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. امام خمینی در توضیح این مطلب می نویسد: در صورت تکذیب مقرر له، اگر مقرر به دین یا حق باشد دیگر نمی توان آن را از وی مطالبه کرد و از نظر ظاهر ذمه او مبرری می گردد و اگر مقرر به عین باشد مال، مجهول المالک خواهد بود که در دست اقرارکننده یا حاکم باقی می ماند 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.

در صورتی که مقرر له از تکذیب و انکار خود نسبت به اقرار رجوع کند و اقرار را تصدیق نماید، انکار او پذیرفته می شود و اقرار نافذ خواهد بود، در نتیجه مالی که مثلاً موضوع اقرار بوده به وی تسلیم می گردد، زیرا احتمال دارد که مقرر له به هنگام انکار فراموش کرده که موضوع اقرار از او است و یا بعد 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. به علاوه، مال مزبور مورد ادعای هیچ کس نیست و صاحب ید به ملکیت آن به نفع مقرر له اقرار کرده است و با تصدیق بعدی مقرر له اثر انکار و تکذیب پیشین از بین رفته، در نتیجه اقرار معارض نداشته و نافذ خواهد بود. این حکم حتی در صورتی که اقرارکننده نیز به هنگام انکار مقرر 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 مقرر له. مقرر 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 نمی سازد، پس با تصدیق بعدی مقرر له اقرار مؤثر و نافذ خواهد بود. با این حال برخی رجوع مقرر له را از انکار خویش تنها در صورتی موجب نفوذ اقرار دانسته اند که اقرارکننده هنوز به اقرار خویش باقی باشد.

#### تجربه ناپذیری اقرار

اقرار پیکری واحد است که مقرر له نمی تواند 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 دانسته اند. ماده 1282 قانون مدنی ایران در این باره می گوید: «اگر موضوع اقرار در محکمه مقید به قید یا وصفی باشد مقرر له نمی تواند آن را تجزیه کرده از قسمتی از آن که به نفع او است بر ضرر مقرر استفاده نماید و از جزء دیگر آن صرف نظر کند». همچنین در حقوق فرانسه (کدسیویل، ماده 1356)، مصر (قانون مدنی، ماده 409)، سوریه (قانون مدنی، ماده 101) و عراق (قانون مدنی، ماده 470) به غیر قابل تجزیه بودن اقرار تصریح شده است.

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

#### 1. 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 100 کیلوگرم برنج طارم مطالبه کند، و او بدون هیچ کم و کاستی بگوید: من به این دین اعتراف می کنم یا آنچه را گفתי تصدیق می کنم. دادرس طبق این اقرار که در حقوق فرانسه به آن اقرار ساده گفته می شود، عیناً رأی می دهد.

## 2. اقرار مقید

اقراری است که موضوع آن دارای قید یا وصف باشد، چنانکه کسی در برابر ادعای دیگری به طلب یک میلیون ریال با 15 درصد سود سالیانه اقرار کند که مبلغ مزبور را بدون سود به وی مقروض است. در اینجا مقرّله 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 خوانده می‌شود و مقرّله 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 مقرّله از آن استفاده کند. شعبه یکم دیوان عالی کشور در حکم شماره 963 مورخ 1328/5/3 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. 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 دادرسی 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.

## 3. اقرار مرکب

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 براءت خود ارائه نکرده است او را به پرداخت دین محکوم کند. از این رو ماده 1283 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 1334 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.

### 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. 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».

#### 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 قاعدة «الحدود تدرء بالشبهات» شبهه حد را ساقط می‌کند. 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. 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». 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.

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. 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 10 میلیون ریال به جز یک میلیون ریال بدهکارم، تنها به 9 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: 10 میلیون ریال مگر صد دلار مدیونم که در این صورت ارزش ریالی صد دلار از 10 میلیون ریال کسر می‌گردد و اقرارکننده به باقیمانده آن ملزم می‌گردد.

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» یا «استثنای مستوعب» یا «استثنای مستغرق» 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. 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.

#### اثبات بی‌اعتباری اقرار [و موارد آن]

اعتبار اقرار از آن رو است که کاشف از حقیقت است و واقعیت را می‌نمایاند، 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. 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». قانون مدنی ایران در ماده 1276 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:

## 1. 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 طرّقی همچون بینه، سوگند و قراین اثبات نشود، اقرار به قوت خویش باقی است.

## 2. 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 تأدیه دین مزبور دلالت کند، در اینجا اقرارکننده می‌تواند با استناد به سند اخیر و عدم آگاهی از واقعیت امر بی‌اعتباری اقرار را درخواست نماید.

### 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 ابویی مقدم است به آن دین اعتراف نماید. 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. و برخی دیگر آن را همچون اشتباه حکمی موجب ابطال اقرار دانسته‌اند. قانون مدنی فرانسه، در این زمینه میان اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی 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 1356).

## 3. 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 جهیزیه 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.

### اقرار شخص مفلس

مفلس اگر در حال تفلیس 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 مورد حجر 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. 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. 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 کلا 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.

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. 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:

1. زمان ایجاد دین قبل از حجر است.

2. زمان ایجاد دین بعد از حجر است.

1. 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.

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 بعدا 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 بینة و اقرار با اذعان به اماره بودن هر دو و قبول این قاعده که  
مثبتات امارات حجت است ولی به سبب دوگانگی دلیل اعتبار بینة و اقرار و فرق بین دلیل حجیت آن دو، این تشابه را کافی برای اثبات مدعی  
ندانسته‌اند.

2. 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 تفلیس 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.

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 حجیت 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 درأ

مقدمه

مفاد اجمالی قاعده آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و  
مشکوک باشد؛ به موجب این قاعده بایستی جرم و مجازات را منتفی دانست.

این قاعده از نظر حقوق دانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده‌ی «تفسیر به نفع متهم» در حقوق جزایی عرفی، از جهاتی همتایی دارد.

سابقه‌ی تاریخی این قاعده بسیار زیاد است؛ در کتب فقهی پیشینیان، اعم از عامه و خاصه (سنی و شیعه)، به آن استناد شده است. منظور از استناد آن است که فقیهان فتوای خویش را به حدیث و روایت حاوی همین مضمون که از رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) نقل شده باشد استناد نکرده‌اند؛ بلکه به «قاعده» ای موجود در فقه اسلامی مستند نموده‌اند. بدون تردید، احادیث حاوی این مضمون که می‌تواند پشتوانه این قاعده قرار گیرد در کتب حدیث عامه و خاصه که در قرون اولیه اسلامی تدوین یافته، به تعداد فراوان موجود است.

علی‌رغم تلقی اصحاب از محتوا و مضمون یاد شده به عنوان یک قاعده، در کتب قواعد فقهی، نظیر اثر شهید اول یا فقهای پس از ایشان، قاعده‌ای با عنوان قاعده‌ی درأ مطرح نشده است. چنانچه ادعا شود که طرح قاعده به سبکی که در پیش روی شماسست کاملاً ابداعی بوده و برای نخستین بار ارائه شده است، به هیچ وجه مبالغه و گزاف نخواهد بود.

مبحث اول: مستندات فقهی

### 1. روایات

عبارت «ادراء الحدود بالشبهات» به صور گوناگون در منابع حدیثی اهل سنت و امامیه نقل شده است. در اینجا به برخی از این منابع اشاره می‌شود:

#### 1-1. منابع روایی اهل سنت

1- ترمذی در کتاب سنن که از منابع معتبر حدیثی اهل سنت است به نقل از عایشه از رسول گرامی اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) چنین نقل می‌کند:

ادراء الحدود عن المسلمین ما استطعتم، فان وجدتم للمسلم مخرجة فخلوا سبيله، فان الامام لان یخطی فی العفو خیر من أن یخطی فی العقوبة؛ تا می‌توانید حدود را از مسلمانان دفع کنید (سعی کنید بر کسی حد جاری نشود). پس اگر راه گریزی برای مسلمان به جهت فرار از حد پیدا کردید، او را رها سازید؛ زیرا اگر حاکم در عفو نمودن خطا کند بهتر از آن است که بی‌گناهی را مجازات نماید.

2- ابن ماجه (محمد بن یزید بن ماجه قزوینی د. 273 هـ- ق) در سنن المصطفی از ابو هریره چنین نقل می‌کند: قال رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم): «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا».

3- جلال الدین سیوطی از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) چنین نقل می‌کند: «ادراء الحدود بالشبهات». حدیث فوق به صورت دیگری مانند «ادراء الحدود» یا «ادراء الحدود بالشبهه» و یا «ادراء الحدود و القتل عن عباد الله ما استطعتم» نیز نقل شده است.

#### 2-1. منابع حدیثی امامیه

1- شیخ صدوق (ره) چنین نقل می‌کند: «قال رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم): ادراء الحدود بالشبهات».

2- همچنین ایشان در کتاب المقنع می‌نویسد: «عن امیر المؤمنین (علیه السلام) انه قال: ادراء الحدود بالشبهات».

3- مرحوم محدث نوری در مستدرک الوسائل چنین نقل می‌کند: «عن ابی عبد الله (علیه السلام) عن ابیه، عن آباءه، عن امیر المؤمنین (علیه السلام) عن رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) انه قال: ادراء الحدود بالشبهات...».

همان گونه که ملاحظه می‌شود اخباری که در کتاب‌های روایی امامیه متضمن این قاعده‌اند همگی مرسل‌اند. در این صورت، از نظر موازین فن حدیث، مشمول ادله حجیت خبر واحد نشده، علی القاعده قابلیت استناد برای اثبات چنین قاعده‌ای را ندارند.

در اینجا به منظور روشن شدن مطلب، لازم است به اختصار مطالبی در مورد اقسام حدیث و میزان اعتبار هر یک یادآور شویم. احادیثی که در منابع حدیثی وجود دارند یا مسند هستند و یا مرسل. احادیث مسند آنهایی هستند که نام کلیه ناقلان حدیث که در سند حدیث واقع شده‌اند ذکر شده باشد و احادیث مرسل آنهایی را گویند که تمام راویان و ناقلان حدیث که در زنجیره سند حدیث واقع شده‌اند یا اصلاً ذکر نشده باشند که آن را «مرسل به حذف واسطه» می‌گویند و یا اگر هم ذکر شده‌اند به صورت مبهم باشند که این را «مرسل به ابهام در واسطه» می‌گویند.

از نظر فن حدیث، روایت مسند هم به چهار قسم کلی قابل تقسیم است:

الف) کلیه ناقلان حدیث که در زنجیره سند قرار گرفته‌اند، ذکر می‌شوند و همه آنان امامی مذهب و عادل‌اند. چنین خبری را خبر صحیح می‌نامند. ب) قسم دیگر همانند قسم اول است؛ با این تفاوت که در میان راویان حدیث یک نفر یا بیشتر، غیر امامی است؛ خواه از دیگر فرقه‌های شیعه، مثل زیدیه باشد و خواه از اهل سنت باشد؛ مشروط بر اینکه وثاقت او مسلم باشد. به این نوع خبر، خبر موثق می‌گویند. از نظر اصولی، قسم اول بدون تردید حجت است و بیشتر علما، قسم دوم را هم حجت می‌دانند.

ج) قسم سوم خبرهایی هستند که رجال سند، تماماً امامی مذهب و ممدوح باشند؛ اما بر عدالت هر یک تنصیب نشده باشد. به این قسم، خبر حسن گفته می‌شود.

د) قسم چهارم هم آن دسته از اخباری است که شرایط فوق را نداشته باشند؛ خواه مسند باشند یا اشخاص سند ذکر نشده باشند. به این دسته، اخبار ضعیف می‌گویند.

از نظر حدیث‌شناسان، قسم اخیر حجت نیست و نمی‌تواند مرجع استنباط احکام واقع شود. احادیث مرسل نیز از قبیل قسم اخیرند؛ یعنی به جهت عدم ذکر نام راوی، از زمره احادیث ضعیف و علی القاعده فاقد ارزش‌اند.

از آنجا که تعداد زیادی از روایات منابع حدیثی امامیه مرسل هستند فقها در صدد یافتن راه حلی برای حجت دانستن آنها بر آمده و سه راه حل ارائه نموده‌اند:

1- در صورتی که اصحاب و اعظام فقهای امامیه، به خصوص آنانی که به عصر معصوم (علیه السلام) نزدیکترند، به روایت عمل کرده و بر اساس آن فتوی داده باشند، در چنین فرضی، ضعف سند جبران شده و قابل استناد خواهد بود. اصطلاحاً به این وضعیت «جبران ضعف به شهرت عملی» گفته می‌شود.

اگر دیدیم که بیشتر فقهایی که قریب به زمان امام معصوم (علیه السلام) زندگی می‌کردند بر طبق یک روایت عمل کرده و مطابق آن فتوی داده‌اند، اطمینان حاصل می‌شود که روایت مزبور از امام معصوم صادر شده است. مبنای حجیت اخبار هم وثوق به صدور خبر از معصوم است؛ در نتیجه مشمول ادله حجیت اخبار می‌شود. از جمله فقهای مذکور مرحوم علی بن بابویه، صدوقین، شیخ مفید، سید مرتضی و شیخ طوسی (ره) هستند که از عمل آنها به یک روایت ضعیف، وثوق به صدور آن از امام معصوم (علیه السلام) حاصل می‌شود.

2- چنانچه اشخاص و راویانی که پس از آنها سایر ناقلان حدیث ذکر نشده‌اند، از اشخاصی باشند که مسلم الوثوق بوده و فقها اطمینان داشته باشند که این شخصیت‌ها افراد دقیق و ماهری بوده که از اشخاص ضعیف نقل حدیث نمی‌کنند، در این صورت، مراسلات چنین اشخاصی را در حکم مسند می‌دانند؛ مانند مراسیل ابن ابی عمیر یا مراسیل شیخ صدوق.

3- مضمون و متن حدیث آن قدر متقن و محکم و از سطح بالایی برخوردار باشد که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط زمان صدور حدیث، انسان مطمئن شود که خبر مزبور جز از امام معصوم (علیه السلام) نمی‌توانسته صادر شده باشد.

در مورد روایاتی که مستند قاعده‌ی درء هستند، می‌توان به برخی از این راه حل‌ها استناد کرد؛ یعنی، هر چند مرحوم صدوق روایت را به طور مرسل نقل می‌کند ولی مراسیل ایشان به منزله مسانید (روایات دارای سند) است؛ زیرا وقتی ایشان با آن مقام علمی و تقوی و دیانت به طور قاطع و صریح روایت را به پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) و امیر المؤمنین (علیه السلام) نسبت می‌دهد، معلوم می‌شود که از نظر ایشان، اشخاص ما بین او و معصوم از اشخاص موثق بوده‌اند که برای رعایت اختصار، اسامی آنان را حذف کرده است - آن طور که خود ایشان در اول کتابش به این امر تذکر داده است؛ یعنی به جای اینکه بگوید: «روی عن رسول الله» یا «روی عن امیر المؤمنین»، می‌گوید: «قال رسول الله» یا «عن امیر المؤمنین». این است که مراسیل ایشان در حکم مسانید بوده و مشمول ادله حجیت خبر واحد می‌شوند.

افزون بر این، بسیاری از فقهای امامیه، از قدیم و جدید، بویژه فقهای قریب به زمان ائمه (علیه السلام)، در موارد متعددی در کتب فقهی خود روایت درأ را مبنای استنباط قرار داده، بر طبق آن فتوی صادر کرده و به آن عمل نموده‌اند. از طرف دیگر، مفاد و محتوای این اخبار از چنان تفکر بالا و ارزشمندی برخوردار است که خود نشانگر این است که گوینده آن از مقام بلند معنوی و عصمت الهی برخوردار بوده است.

از آنچه گذشت، روشن شد که روایات متضمن قاعده‌ی درأ، هر چند مرسل‌اند ولی با توجه به مطالب فوق الذکر، واجد ارزش بوده و قابل استنادند؛ بویژه آنکه برخی از فقها تعابیری درباره این روایات دارند که بر اطمینان انسان می‌افزاید. به عنوان نمونه، مرحوم صاحب ریاض در این باره می‌گوید: «و الاولی التمسک بعصمة الدمّ الا فی موضع الیقین عملاً بالنص المتواتر بدفع الحدّ بالشبهات.» همچنین مرحوم ابن ادریس در مورد وطی به شبهه می‌گوید: «فانه یدرأ عنه الحد للخیر المجمع علیه.»

همان گونه که ملاحظه می‌شود این دو فقیه برجسته، به خصوص ابن ادریس که به خیر واحد عمل نمی‌کند، این روایت را نص متواتر و مجمع علیه معرفی کرده‌اند. علاوه بر روایت مورد بحث، برای اثبات قاعده‌ی درأ ادله دیگری نیز به شرح زیر عنوان می‌شود:

## 2. دلایل دیگر

### 1- 2. تسالم اصحاب بر حجیت این قاعده

یعنی اینکه تمامی فقهای امامیه، بلکه فقهای اسلام در موارد متعددی به این قاعده استناد کرده، بر طبق آن فتوا داده‌اند. در اکثر مسائل جزایی، هرگاه شبهه‌ای پیش آمده است فقهای امامیه و عامه با تعابیری مانند «لانه من الشبهة الدارئة» و دیگر تعابیر که در آینده به پاره‌ای از آنها اشاره خواهد شد، قائل به عدم مجازات متهم شده‌اند.

بدین ترتیب، اتفاق نظر فقهای اسلام در این قاعده، دلیل قوی بر اعتبار آن است؛ گرچه تسالمی که بیان شد از اجماع نیز بالاتر است.

## 2-2. مطابقت مفاد قاعده با اصول عقلی

به این بیان که احراز موضوع، شرط فعلیت و تنجز حکم است؛ زیرا نسبت حکم به موضوع، نسبت معلول به علت است؛ همان طور که اگر تمامی اجزاء و شرایط علت در خارج موجود نشود معلول در خارج موجود نمی‌شود. بنابراین، چنانچه موضوع محرز شد و تمامی جزئیاتش مشخص شد، حکم به مرحله اثبات رسیده و تنجز و فعلیت می‌یابد. خلاصه، اگر موضوع احراز نشود نمی‌توان گفت که حکم ثابت است. با توجه به مطالب بالا- و با ملاحظه آنچه که بعداً خواهد آمد که شبهه گاهی موضوعیه است و گاهی حکمیه- در خصوص شبهه موضوعیه اگر موضوع احراز نشده باشد، آیا می‌توان گفت که جزاء و کیفر که همان حکم است ثابت است؟ بدین ترتیب، قاعده‌ی مورد بحث در خصوص شبهات موضوعیه یک قاعده است و بر فرض هم که روایتی در کار نباشد، در خصوص شبهات موضوعیه می‌توان گفت: «مادامی که موضوع مشتبه است، حکم یعنی کیفر و مجازات ثابت نیست.»

البته دلیل فوق اختصاص به شبهات موضوعیه دارد و بحث ما عام است؛ اما به هر حال، در خصوص این فرض، مفاد قاعده مطابق با اصول عقلی است.

## 3-2. روایات وارده در مورد معذور بودن جاهل

روایات بسیاری در مورد جاهل به حکم و یا جاهل به موضوع وارد شده است. مدلول و مفاد این روایات مؤید مفاد «قاعده‌ی درأ» است که در اینجا به پاره‌ای از این روایات اشاره می‌شود:

### 1- صحیح حلی:

عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال: لو ان رجلاً دخل فی الاسلام و اقرّبہ، ثم شرب الخمر و زنی و اکل الربا و لم یتبین له شیء من الحلال و الحرام، لم اقم علیه الحدّ اذا كان جاهلاً، الا ان تقوم علیه البینة انه قرء السورة التي فيها الزنا و الخمر و اكل الربا، و اذا جهل ذلك، أعلمته و اخبرته فان ركبہ بعد ذلك جلدته و أقمت علیه الحدّ؛

چنانچه مردی به دین اسلام مشرف شود و بدان اقرار نماید، ولی پس از آن مرتکب شرب خمر و زنا و رباخواری شود، در حالی که هنوز احکام حلال و حرام برای او بیان نشده است و نسبت به آنها جاهل باشد، مجازات نخواهد شد؛ مگر اینکه بینه‌ای اقامه شود که نامبرده سوره‌ای را که احکام زنا، شرب خمر و اکل ربا در آن آمده، خوانده باشد. در این صورت، مستحق مجازات خواهد بود و اگر مسلمانی از احکام الهی بی‌خبر باشد، او را آگاه و با خبر می‌سازم و پس از آن اگر مرتکب آن اعمال شود او را مجازات خواهم نمود.

این روایت تأییدی است بر اینکه در صورت جهل به حرمت عمل از ناحیه مرتکب، نمی‌توان بر او حدّ جاری ساخت.

### 2- صحیح محمد بن مسلم:

قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام) رجل دعوانه الى جملة الاسلام فأقر به، ثم شرب الخمر و زنی و اكل الربا و لم یتبین له شیء من الحلال و الحرام أقیم علیه الحدّ اذا جهله؟ قال (عليه السلام) لا الا ان تقوم علیه بینه انه قد كان أقر بتحریمها؛

مردی است که او را به صورت کلی دعوت به اسلام نمودیم و ایشان بدان ایمان آورد، ولی پس از آن مرتکب شرب خمر و زنا و اکل ربا شده است، در حالی که از احکام حلال و حرام الهی هیچ اطلاعی نداشته است. آیا با وجود جهل به حکم، مجازات می‌شود؟ امام فرمود: «خیر؛ مگر اینکه بینه‌ای اقامه شود که نامبرده به حرمت این اعمال اقرار داشته است.»



3- صحیحہ ابی عبیدہ حدّاء:

قال: قال ابو جعفر (عليه السلام) لو وجدت رجلا كان من العجم أقرّ بجملة الاسلام و لم يأتته شيء من التفسير زنى أو سرق أو شرب خمرًا، لم أقم عليه الحدّ اذا جهله، ألّا ان تقوم عليه بينة أنه قد أقرّ بذلك و عرفه؛

اگر مردی پیدا کنم که مسلمان شده ولی هنوز احکام الهی برای او بیان نشده است، با چنین حالی مرتکب زنا یا سرقت و یا شرب خمر شود، در صورتی که به احکام این اعمال جاهل باشد، او را مجازات نخواهم کرد؛ مگر اینکه بینة‌ای قائم شود که نامبرده به این احکام اقرار داشته و از آنها مطلع بوده است.

4- صحیحہ عبد الصمد بن بشیر:

عن ابی عبد الله (عليه السلام) ... أي رجل ركب امرا بجهالة فلا شيء عليه ...؛ هر کس در اثر جهل و نادانی مرتکب امری شود چیزی بر عهده او نیست.

این روایت مفید عموم است و کلیه شبهات حکمیة و موضوعیة و نیز مواردی را که مرتکب، جاهل قاصر یا مقصر باشد شامل می‌شود. بنابراین با توجه به جمله مندرج در این صحیحہ و مدلول عام آن، می‌توان گفت که در رفع مجازات از جاهل مرتکب، فرقی بین شبهات موضوعیة و حکمیة و همچنین جاهل قاصر و مقصر وجود ندارد. البته دو روایت قبل، چنانچه از ظاهر کلمات شان به دست می‌آید، اختصاص به شبهه‌های حکمیة دارند.

مبحث دوم: تحلیل کلمات قاعده

جهت روشن شدن مدلول و مفاد قاعده لازم است به تفسیر الفاظی که در این قاعده آمده است پردازیم:

1. واژه شبهه

الف- معنای لغوی:

شبهه در لغت به معنای شک، بدگمان، اشتباه و التباس درست به نادرست و حق به ناحق و همچنین واقع به موهوم است. صاحب قاموس قرآن می‌نویسد: " شبهه آن است که دو چیز در اثر مماثلت از همدیگر تشخیص داده نشود. در قرآن آمده است: «وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَٰكِن شُبِّهَ لَهُمْ»؛ حضرت عیسی را نکشتند و به دار نزدند بلکه کار بر آنها مشتبه شد. " (نساء، 157)

ب- معنای اصطلاحی شبهه:

در اصطلاح فقهی، فقهای امامیه در تفسیر شبهه اختلاف نظر دارند. برخی گفته‌اند که منظور از شبهه در فقه و این قاعده به معنای عدم العلم، و عدم القطع به حرمت و ممنوعیت عمل یا ترک فعل است که شامل ظن، شک و احتمال می‌شود. بعضی دیگر هم معتقدند که شبهه یعنی قطع به حلیت و اباحه‌ی آنچه که در واقع محرم است. عده‌ای نیز آن را به ظن و گمان تفسیر نموده‌اند.

در اینجا به برخی از متون فقهی در تفسیر این واژه اشاره می‌کنیم:

1- صاحب مبانی تکملة المنهاج می‌نویسد:

و المراد بالشبهة الموجبة لسقوط الحد، هو الجهل عن قصور و تقصير في المقدمات، مع اعتقاد الحلية حال الوطى، و اما من كان جاهلا بالحكم عن تقصير و ملتفتا الى جهله حال العمل، حكم بالزنا و ثبوت الحد؛ منظور از شبهه‌ای که موجب سقوط مجازات می‌شود، عبارت از جهل قصوری یا

تقصیری در مقدمات فعل ممنوع است؛ با این شرط که مرتکب در حال ارتکاب عمل «وطی»، معتقد به حلیت باشد. اما اگر کسی جاهل مقصر به حکم باشد ولی در حال ارتکاب عمل، به جهالت خویش ملتفت باشد، کیفر زنا بر او جاری خواهد شد.

ایشان با آوردن قید «مع اعتقاد الحلیة»، در واقع شبهه را به جهل بسیط یعنی همراه با اعتقاد به حلیت عمل ارتكابی تفسیر می‌کنند.

2- صاحب ریاض درباره معنای شبهه می‌نویسد: «ما اوجب ظنّ الاباحه؛ اگر مرتکب اعمال ممنوع، ظن بر اباحه و حلیت عمل ارتكابی داشته باشد، مجازات از او برداشته می‌شود.»

شهید اول هم در این باره می‌گوید: «الشبهة امارة تفيد ظنًا يترتب عليه الاقدام على ما يخاف في نفس الامر؛ شبهه اماره‌ای است که برای مرتکب، موجب ظن بر حلیت عمل شده و بر اساس آن اقدام بر ارتکاب عملی نماید که در واقع حرام است.»

نظر جلال الدین سیوطی نیز چنین است: «و شرط الشبهة ان تكون قویة و الا فلا اثر لها؛ زمانی شبهه موجب سقوط مجازات می‌شود که قوی باشد (در حد ظن و گمان باشد)؛ در غیر این صورت، اثری در سقوط کیفر ندارد.»

3- شهید ثانی در کتاب خود چنین اظهار می‌دارد: «ضابطة الشبهة للحد، توهم الفاعل او المفعول. ان ذلك الفعل سائغ له، لعموم ادراء الحدود بالشبهات؛ ضابطه شبهه‌ای که موجب سقوط مجازات می‌شود این است که مرتکب عمل ممنوع، احتمال حلیت آن عمل را بدهد؛ زیرا قاعده‌ی «ادراء الحدود بالشبهات» مفید عموم است و تمام مراتب احتمال حلیت و شک در حلیت و ظن به آن را در بر می‌گیرد.»

4- در کتاب تحریر الوسيلة، چنین آمده است: «و یشکل حصول الشبهة مع الظن غیر المعبر فضلا عن مجرد الاحتمال...؛ تحقق عنوان شبهه با وجود گمان غیر معتبر مشکل به نظر می‌رسد تا چه رسد به صرف احتمال.»

بنابراین، زمانی شبهه صادق است که یا شخص معتقد به حلیت عمل باشد و یا اینکه جهل او ناشی از حجت شرعی باشد؛ مثلا، زنی به مردی می‌گوید که من شوهر ندارم و در واقع شوهردار است و یا اینکه بینة بر مرگ شوهر زن و یا بر طلاق او اقامه گردد، سپس مردی با او ازدواج کند. در چنین مواردی که شخص بر اساس حجت شرعی اقدام کرده جهل او عذرآور است.

به نظر می‌رسد با عنایت به فهم عرفی از معنای شبهه که به معنای مشتبه شدن واقع با امر موهوم و خیالی است و در اثر این اشتباه و جهالت، واقع از دید شخص پنهان می‌شود، مقصود از شبهه در این قاعده، شک در حلیت و حرمت و یا ظن به اباحه و همچنین قطع به حلیت است و تمام این مراتب را در بر می‌گیرد؛ زیرا در همه این صور، واقع از شخص پنهان مانده است. بر خلاف صورتی که شخص احتمال ضعیفی بر حلیت عمل می‌دهد که در این صورت، عرفا واقع امر کاملا از شخص مخفی و پنهان نیست. بر این اساس، هرگاه شخصی با شک در حلیت و یا ظن به اباحه و یا اعتقاد به حلال بودن فعلی، آن را مرتکب شود، مجازات مقرر درباره او اجرا نمی‌شود. بدیهی است که در هر مورد، قاضی باید در حق مدعی شبهه، احتمال آن را صادق بداند و مجرد ادعا کفایت نمی‌کند. باید کلیه اوضاع و احوال و وضعیت متهم را مورد رسیدگی و توجه قرار دهد تا روشن شود که آیا این شبهه در حق او صادق است یا خیر و در صورت احراز وجود شبهه برای متهم، مجازات را از او بردارد.

## 2. اقسام شبهه

### 2-1. از نظر فقه عامه

فقهای عامه به روش خاصی شبهه را تقسیم‌بندی نموده‌اند که نزد فقهای شیعه این نوع تقسیم‌بندی و اصطلاحات به کار نرفته است. از جمله، فقهای حنفی شبهه را به دو نوع، شافعیه به سه نوع و برخی از حقوق‌دانان عامه به چهار نوع تقسیم کرده‌اند. در اینجا جهت اطلاع، به یکی از نوشته‌های حقوق‌دانان عامه در مورد تقسیمات شبهه، به اختصار اشاره می‌شود.

محمد ابو زهره، یکی از حقوق‌دانان اهل سنت، شبهاتی را که موجب سقوط مجازات می‌شود به شرح زیر به چهار دسته تقسیم می‌کند:

1- شبهه در رکن جرم؛ رکن جرم عبارت است از تحریم قانونگذار اسلامی نسبت به یک عمل معین که برای آن مجازات در نظر گرفته است. پس اگر اصل تحریم مورد تردید باشد، این تردید شبهه در رکن جرم است. این شبهه، مشابه شبهه حکمیه در فقه امامیه است.

2- شبهات مربوط به جهل نافی قصد مجرمانه.

3- شبهات مربوط به مرحله اثبات جرم.

4- شبهات مربوط به تطبیق نصوص قانونی بر موارد و مصادیق.

2-2. تقسیمات شبهه از نظر فقه امامیه

در فقه امامیه، شبهه گاهی مربوط به حکم است و گاهی مربوط به موضوع. بر همین اساس، شبهات به دو قسم کلی حکمیه و موضوعیه تقسیم می‌شوند.

1-2-2. شبهات حکمیه:

منظور از شبهه حکمیه آن است که حکم کلی چیزی مورد تردید باشد. جهل به حکم کلی یا ناشی از فقدان نص معتبر است یا اجمال نص و یا تعارض نصوص؛ مثلاً، به علت فقدان نص معتبر در ممنوعیت عملی - مانند استعمال دخانیات - تردید می‌شود. در این مورد شبهه حکمیه است؛ یعنی در حقیقت نمی‌دانیم که آیا حکم این عمل نزد شارع حرمت است یا جواز و اباحه. لذا در مواردی حاکم، در جرم بودن عمل ارتكابی متهم، تردید می‌کند. همچنین در خصوص موضوع بحث، شبهه حکمیه آن است که شخصی جاهل به حرمت و ممنوعیت اعمال از ناحیه قانونگذار اسلامی باشد و به گمان اینکه عمل مزبور حلال است، مرتکب آن شود؛ مثلاً، نمی‌داند که نوشیدن فجاج (آبجو) حرام است یا خیر و در اثر جهل به حرمت، آن را می‌نوشد و یا اینکه نمی‌داند که ازدواج با زن مطلقه، در ایام عده، حرام است و با او ازدواج می‌کند و یا اینکه نمی‌داند که ازدواج با خواهر زن سابق که در ایام عده است، ممنوع می‌باشد و با او ازدواج می‌کند. در تمام این موارد، مرتکب عمل، جهل به حکم حرمت و ممنوعیت عمل دارد.

2-2-2. شبهات موضوعیه:

مقصود از شبهه موضوعیه آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می‌داند، ولی جهل به موضوع حکم دارد؛ مثلاً، می‌داند که شرب خمر در اسلام حرام است ولی نمی‌داند که مایع حاضر از مصادیق خمر است یا آب. در اینجا در حقیقت، به علت اشتباه خارجی، تردید حاصل شده است؛ ولی نه در اصل حکم، بلکه در حکم جزئی فرد خاص حاضر. یا اینکه مردی در تاریکی شب در خانه‌اش زن بیگانه‌ای خوابیده است؛ به گمان اینکه همسر اوست، با او همبستر می‌شود. در اینجا هم شخص حرمت زنا را می‌داند و هم می‌داند که تماس با زن بیگانه حرام است؛ ولی موضوع بر او مشتبه می‌شود و به گمان حلیت مورد، اقدام می‌کند.

خلاصه اینکه اگر شخص نداند که عملی حرام است، چنانچه شبهه در اصل حرمت باشد، شبهه حکمیه است؛ اما اگر به علتی خارجی، مانند تاریکی هوا، نداند که مایع در لیوان، شراب است و به گمان اینکه آب است بنوشد، شبهه او در اصل حرمت و ممنوعیت نیست؛ بلکه شبهه در موضوع حکم است.

اینک این پرسش مطرح می‌شود که آیا قاعده‌ی درأ مختصاً شبهات موضوعیه است یا شامل شبهات حکمیه نیز می‌شود؟ همچنین آیا شبهه، عمد و خطا و اکراه و غیر اختیار را هم در بر می‌گیرد؟

تردید نیست که قاعده‌ی مورد بحث شامل شبهات موضوعیه می‌شود؛ زیرا همان گونه که در ضمن مدارک این قاعده اشاره شد، حتی در صورت فقدان این قاعده و روایات مربوط به آن، بنا به مقتضای قواعد اولیه، تا موضوع احراز نگردد حکم بر آن مترتب نمی‌شود. پس نتیجه می‌گیریم از آنجا که مجازات یک نوع حکم و معلول موضوع است، با عدم احراز موضوع (جرم)، حکم (مجازات) بر آن مترتب نمی‌شود. از این رو، فقها در مورد شمول قاعده نسبت به شبهات موضوعیه بحثی ندارند و اساساً مخالفی در این مسأله وجود ندارد. بنابراین، شمول قاعده نسبت به این گونه شبهات، قدر متیقن حجیت این قاعده ما بین فقهاست. در اینجا به چند نمونه فقهی اشاره می‌شود:

الف) محقق حلی (ره) در شرایع می‌گوید: «و کذا یسقط فی کل موضع یتوهم الحلّ، کمن وجد علی فراشه امرأة فظنّها زوجته.»

صاحب جواهر ذیل این عبارت به روایت ابی روح اشاره می‌کند که مربوط به قضیه‌ای بدین شرح است: "در زمان خلیفه دوم، زنی خود را به صورت جاریه مردی در آورد؛ به نحوی که هنگام شب، مرد گمان کرد که این زن کنیز اوست. از این رو، با او همبستر شد.

موضوع به اطلاع عمر رسید، او هم قضیه را به حضرت امیر المؤمنین علی (علیه السلام) ارجاع داد.

حضرت فرمودند: «مرد را در خفا و پنهان حد بزن و زن را آشکارا.»

نظر صاحب شرایع این است که این روایت متروک است. صاحب جواهر هم در شرح آن می‌نویسد:

مع عدم صحّة سندها متروکه عند المعظم مخالفة للقواعد؛ علاوه بر اینکه سند روایت مزبور صحیح نیست، بزرگان فقها به جهت مخالفت آن با قواعد، آن را ترک کرده، بدان عمل نکرده‌اند.

همان گونه که ملاحظه می‌شود، جریان قاعده در شبهات موضوعیه به درجه‌ای میان فقها مسلم است که روایت مخالف با آن را طرد می‌کنند. همچنین صاحب جواهر در مورد کسی که مایعی را که در واقع شراب بوده و به گمان آب، نوشیده است می‌نویسد: «بدون هیچ مخالفی مجازات از چنین شخصی بر داشته می‌شود و هیچ اشکالی در این مورد به نظر نمی‌رسد.»

ب) صاحب کتاب تکملة المنهاج می‌نویسد: «... فلو توهم ان المال الفلانی ملکه فأخذه ثم بان أنه غیر مالک لم یحد؛ چنانچه کسی مالی را به گمان اینکه از آن اوست، بر دارد و بعد روشن شود که مالک آن نبوده است، حدّ سرقت بر او جاری نمی‌شود.»

ج) امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله می‌نویسد: «و لو شرب ماءً بتخیل انه محرم غیر مسکر، فاتضح أنه مسکر لم یثبت الحدّ علیه...؛ اگر کسی مایعی را به خیال اینکه حرام، ولی غیر مسکر است بنوشد و پس از آن روشن شود که مسکر بوده است، حدّ شرب مسکر بر او جاری نمی‌شود.» اما در خصوص شبهات حکمیه، گروهی از فقها قائل به تفصیل شده، معتقدند که وقتی جهل قصوری باشد مشمول قاعده می‌شود؛ ولی اگر جهل تقصیری بوده و ناشی از کوتاهی مرتکب در یادگیری احکام باشد، قاعده جاری نمی‌شود.

توضیح اینکه جاهل مقصر کسی است که می‌تواند از احکام قانونی و شرعی تحصیل آگاهی نماید؛ ولی در این امر کوتاهی و سهل انگاری کرده، به دنبال کسب آگاهی نرفته، با وجود احتمال حرمت و ممنوعیت در یک عمل، بدون اینکه پرسش نماید و از حقیقت آگاه شود، بی‌پروا آن عمل را به جا می‌آورد؛ سپس معلوم می‌شود که مرتکب یک عمل مجرمانه شده است. این ناآگاهی را «جهل تقصیری» می‌نامند. بر اساس این تفصیل، ناآگاهی چنین شخصی عذر تلقی نمی‌شود و حقوق جزای اسلامی او را مجرم و در خور کیفر می‌شناسد.

جاهل قاصر در شرایطی است که به هیچ وجه نمی‌تواند به قانون دسترسی و آگاهی پیدا کند؛ مثل اینکه در مکان دور افتاده‌ای زندگی می‌کند که رابطه‌ای با مراکز علمی، دینی و رسانه‌ای ندارد و نمی‌تواند داشته باشد. این نوع ناآگاهی به «جهل قصوری» موسوم است و در حقوق جزای اسلامی موجب سقوط حد است. همچنین از مصادیق جهل قصوری موردی است که شخص کوتاهی نکرده، تفحص و تحقیق می‌کند؛ اما در عین حال از مفاد قانون اطلاع حاصل نمی‌کند. در چنین حالی جهل او عذر محسوب می‌شود.

به نظر می‌رسد قاعده‌ی مزبور عام است و تمام اقسام شبهات را در بر می‌گیرد؛ به جهت اینکه «الف و لام» در الشبهات که با لفظ جمع همراه شده مفید عموم است و شامل کلیه‌ی مصادیق شبهه می‌شود. علاوه بر این، هیچ قیدی همراه قاعده و مستندات آن وجود ندارد که حاکی از تخصیص شبهات به شبهه‌ی خاصی باشد. همچنین از اطلاق قاعده بر می‌آید که تفاوتی بین جهل قصوری و جهل تقصیری وجود ندارد. مضافاً بر اینکه روایاتی که جاهل به حکم را معذور اعلام می‌دارند مطلق و عام بوده و شامل کلیه شبهات می‌شوند؛ مثل روایت صحیحہ حلبی، محمد بن مسلم و صحیحہ ابی خداء، به خصوص صحیحہ عبد الصمد که در بخش مستندات قاعده به آنها اشاره شد.

بنابراین، باید گفت که کلمه الشبهات عام بوده، شامل تمام مصادیق شبهه می‌شود و در دلالت قاعده نسبت به شمول اقسام شبهه، کوتاهی و نقضی وجود ندارد. از این رو باید بررسی شود که آیا دلیل خاصی مبنی بر تخصیص این قاعده وجود دارد یا خیر؟

علی‌رغم عمومیت و اطلاق قاعده، می‌توان گفت که عذر جاهل مقصر مسموع نیست و چنین جاهلی عقوبت می‌شود؛ زیرا دلایل دیگری چون روایات، عقل و اجماع وجود دارد که یادگیری احکام را واجب می‌داند. همچنین روایات زیادی وارد شده که جاهل مقصر را مذمت کرده است. در برخی از این روایات آمده است که وقتی به مرتکب جاهل گفته می‌شود: «چرا چنین کردی؟» و پاسخ دهد: «نمی‌دانستم»، به وی می‌گویند: «چرا نیاموختی؟».

از این ادله مجموعاً استناد می‌شود که جاهل مقصر از مجازات معاف نیست و جهل او عذر محسوب نمی‌شود. در واقع، این ادله مفاد عام قاعده‌ی مورد بحث را تخصیص می‌زند.

### 3-2-2. شبهه‌ی خطا و شبهه‌ی اکراه:

مطلبی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا قاعده‌ی مورد بحث، شبهه خطا و اکراه را هم در بر می‌گیرد یا خیر؟ یعنی اگر در عمد و خطا شبهه حاصل شد، با توجه به اینکه حکم جرایم عمدی با جرایم شبه عمد و خطایی تفاوت دارد، آیا می‌توان از قاعده‌ی مزبور استفاده کرد؟ همچنین آیا در صورت شبهه اکراه و عدم اختیار نیز قاعده‌ی مزبور جاری می‌شود یا خیر؟

با توجه به عمومیت قاعده و عدم وجود دلیل مخصوص، به نظر می‌آید که چنانچه شبهه حاصل شود که عمل ارتكابی از ناحیه متهم، عمد بوده یا شبه عمد و خطا، بر اساس قاعده‌ی مزبور، شبه عمد و خطا را اختیار نموده، حد جرم عمدی را ساقط می‌کنیم. همچنین در مورد اکراه و اختیار،

چنانچه شبهه اکراه باشد با توجه به عمومیت قاعده می‌توان گفت که شامل شبهه اکراه نیز شده و در نتیجه، کیفر عمل ارتكابی منتفی می‌شود. روایات و آرای فقها نیز مؤید و شاهد بر این استظهار است. از جمله، روایت ابی عبیده از امام باقر (علیه السلام) است:

انّ علیاً (علیه السلام) أتى بامرأة مع رجل فجر بها، فقالت: استكرهني و الله يا امير المؤمنين. فدرأ عنها الحدّ...؛

زنی را همراه با مردی که با او به طور نامشروع آمیزش نموده بود نزد حضرت علی (علیه السلام) آوردند. زن عرضه داشت: «یا امیر المؤمنین! به خدا سوگند، این مرد مرا به زور وادار به این کار کرد و من از خود اختیار نداشتم.» حضرت در پی این ادعا حدّ را از او بر داشته، وی را تبرئه نمود.

همان گونه که ملاحظه می‌شود در این روایت به مجرد ادعای اکراه زنی که مرتکب زنا شده، حضرت امیر المؤمنین (علیه السلام) مجازات را از او ساقط نمود. صاحب جواهر در شرح این روایت توضیح می‌دهد: «احتمال دارد که مجرد ادعای اکراه تا زمانی که کذب آن معلوم نشده است، موجب سقوط حد شود؛ زیرا حدود مبنی بر تخفیف و مسامحه است.»

همچنین ایشان در شرح قول محقق حلی در شرایع که گفته است: «و لو حملت و لا بعل لها لم تحدّ الاّ ان تقرّ بالزنا اربعا؛ اگر زنی که بدون شوهر است حامله شود، حد زنا بر او جاری نمی‌شود؛ مگر آنکه خودش چهار بار به ارتکاب زنا اقرار نماید»، می‌نویسد:

... لاحتمال الاشتباه و الاکراه و غیرهما، خلافاً للمالک، و ضعفه واضح، بل لیس علینا سؤالها، للاصل بل الاصول فما عن ظاهر المبسوط من لزومه لا وجه له؛ علت تبرئه زن این است که احتمال دارد از روی اشتباه یا به اکراه و نظایر این امور، حامله شده باشد. پس مجرد بچه‌دار شدن دلیل بر ارتکاب زنا نیست؛ بر خلاف نظریه‌ی مالک که در این خصوص زن را مستحق مجازات می‌داند، در حالی که نظر ایشان فاقد دلیل است؛ بلکه حتی ما حق نداریم زن را مورد پرسش قرار دهیم و از حال او تفحص کنیم که آیا مرتکب زنا شده است یا خیر؟ زیرا اصل، بلکه اصول [مثل اصل برائت، استصحاب و احتیاط در نفوس و اعراض] به نفع او جاری می‌شود. پس اینکه شیخ طوسی در مبسوط گفته که لازم است از زن تحقیق و بازجویی به عمل آید، فاقد دلیل است.

امام خمینی (ره) هم در تحریر الوسیله با این نظر صاحب جواهر، به صراحت موافقت می‌کند. شهید ثانی نیز در شرح لمعه می‌نویسد: «و احتمال الاکراه یوجب الشبهة و هی تدرء الحدّ...؛ احتمال وجود اکراه نسبت به متهم موجب شک و شبهه شده و شبهه نیز موجب رفع مجازات می‌شود.» در مورد شبهه خطا و عمد هم مطلب چنین است؛ یعنی با توجه به عدم وجود مخصّص، عمومیت قاعده این گونه شبهه را هم در بر می‌گیرد. در اینجا به یک نمونه فقهی اشاره می‌کنیم:

مرحوم محقق حلی در شرایع در خصوص این مسأله که اگر مرتدی توبه کرد ولی کسی به گمان اینکه هنوز وی بر ارتداد و کفر خویش باقی است او را بکشد، نظریه شیخ طوسی را مطرح می‌سازد که گفته است: «باید قاتل را قصاص نمود؛ زیرا مسلمانی را عدوانا به قتل رسانده است؛ چرا که پس از توبه عنوان مرتد بر او اطلاق نمی‌شود»؛ اما محقق حلی در وجوب قصاص تردید می‌کند؛ زیرا قصد قتل مسلمان را نداشته است.

شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام توضیحی برای این تردید ارائه داده، می‌گویند:

و وجه العدم، عدم القصد الی قتله علی الحالة المحرّمة و ان قصد مطلق القتل و ان القصاص حدّ لتحقّق معناه فیه. و الظن شبهة فیدرء بها و هذا اقوی. و حیثئذ فتجب الدّیة فی ماله مغلظةً لانه شبهه عمد.

دلیل عدم وجوب قصاص این است که قاتل مزبور قصد کشتن مسلمان را نداشته؛ هر چند قصد مطلق کشتن را داشته است و قصاص هم حدّ الهی است؛ زیرا معنای حدّ بر آن صادق است. از طرف دیگر، گمان قاتل به بقای مقتول بر ارتداد، شبهه به حساب می‌آید. لذا مجازات قصاص از او بر داشته می‌شود. این نظریه قوی و قابل قبول است. بنابراین، بر قاتل است که از مال خویش دیه مقتول را بپردازد؛ زیرا عمل او قتل شبه عمد شمرده می‌شود.

ملاحظه می‌کنید که در اینجا شهید ثانی به دلیل وجود شبهه عمد و خطا، قصاص را از این شخص بر داشته و او را به پرداخت دیه شبهه عمد موظف کرده است.

### 3-2. تقسیم‌بندی شبهه بر اساس حقوق جزای عرفی

اقسام شبهه را می‌توان به شکل دیگری که با موازین حقوق جزای عرفی مأنوس‌تر باشد بیان نمود. این تقسیم‌بندی از لحاظ عملی مفیدتر و کارآیی بیشتری دارد. می‌دانیم که در حقوق کیفری برای جرم، سه عنصر بر شمرده‌اند: عنصر قانونی، عنصر معنوی و عنصر مادی. با فقدان یکی از این عناصر سه‌گانه، جرم محقق نخواهد شد. ممکن است شبهه در یکی از عناصر سه‌گانه حاصل شود که در اینجا هر یک را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

#### 1-3-2. شبهه در عنصر قانونی:

منظور از شبهه در عنصر قانونی، تردید در این است که آیا قانونگذار اسلامی برای فلان عمل، مجازات مقرر داشته است یا خیر؟ مانند اینکه اگر شخصی در ایام عده بائن زن خود، با خواهر زنتش ازدواج کند آیا این عمل حرام و نامشروع است و در نتیجه، زنا شمرده می‌شود یا اینکه حلال و مشروع است؟ و مانند اینکه آیا استعمال دخانیات در ماه رمضان حرام است یا نه؟ و یا اینکه آیا ازدواج زن مطلقه به طلاق بائن، در ایام عده، زنا محصنه محسوب می‌شود و مستلزم رجم است یا زنا غیر محصنه بوده، مستلزم مجازات شلاق است؟ در این قبیل موارد تردید حاصل می‌شود که آیا عمل ارتكابی، حرام بوده و مستلزم مجازات است یا خیر؟

در حقیقت، اینجا شبهه در حکم فعل است. به عبارت دیگر، تردید در عنصر قانونی جرم، همان شبهه حکمی در فقه است که پیرامون شمول قاعده نسبت به این گونه شبهه بحث شده است. اجمالاً در اصل شمول این قاعده تردیدی وجود ندارد و به استناد این قاعده می‌توان نظر به عدم اجرای مجازات داد؛ خصوصاً که این مورد با اصل برائت نیز تطبیق می‌کند. جهت اختصار، تنها به یک نمونه فقهی اشاره می‌شود:

در مورد ارتباط نامشروع مردی با مرد دیگر بدون ایقاب، چنانچه مرتکب پس از مجازات، این عمل را تکرار کند در اینکه در مرتبه سوم اعدام می‌شود یا دفعه چهارم، بین فقها اختلاف نظر است. در اینجا عده زیادی از فقها به استناد قاعده‌ی مورد بحث، حکم به عدم مجازات قتل در مرتبه سوم داده‌اند. در این مورد در واقع، در عنصر قانونی تردید است که آیا قانونگذار اسلامی عمل شخص را در مرتبه سوم جرم، مستلزم قتل می‌داند یا خیر؟ با فقدان دلیل و اختلاف نظر فقها، تردید حاصل شده و در نتیجه، قاعده‌ی مزبور جاری می‌شود.

#### 2-3-2. شبهه در عنصر معنوی:

مقصود از عنصر معنوی، قصد مجرمانه داشتن است و مقصود از شبهه در عنصر معنوی این است که قصد مجرمانه داشتن از ناحیه متهم مورد تردید باشد. به منظور تحقق عنصر معنوی، یعنی قصد مجرمانه داشتن، باید اولاً احراز شود که مرتکب در انجام عمل، قصد و اراده داشته است، ثانیاً احراز شود که مرتکب از ممنوعیت عمل ارتكابی آگاهی داشته است.

در صورتی که در اصل وجود قصد و اراده از طرف متهم در انجام عمل ارتكابی تردید وجود داشته باشد، مجازات ساقط می‌شود؛ زیرا کیفر مخصوص اشخاص ملتفت و متوجه است و کسانی که بدون توجه و از روی غفلت عملی را که در واقع ممنوع است انجام می‌دهند قابل کیفر نیستند؛ اما اگر اصل قصد و اراده درباره متهم محقق بوده، ولی توجه نداشته که عمل مزبور جرم بوده است، در اینجا در واقع، جهل به قانون و حکم مطرح می‌شود که خود بر دو قسم است: جهل به اصل حکم یا جهل به موضوع حکم.

در واقع، همان بحث گذشته پیرامون شبهات حکمی و موضوعیه از ناحیه متهم مطرح می‌شود؛ یعنی در صورت جهل به موضوع، مطلقاً معاف است و در صورت جهل به حکم، اگر جهل متهم قصوری باشد معاف است و در صورت تقصیری بودن، جهل او عذر محسوب نمی‌شود. از آنچه گفتیم روشن شد که شبهه در عنصر معنوی جرم، به اشکال مختلف سبب سقوط مجازات می‌شود. یکی شبهه در عنصر معنوی از حیث جهل به موضوع حکم.

دیگری از جهت جهل به حکم و سوم هم از نظر قصد و عمد در جرایمی که احکام آن از حیث عمد و غیر عمد تفاوت می‌کند.

### 3-3-2. شبهه در عنصر مادی:

منظور مواردی است که به علت فقدان ادله اثبات دعوی، وقوع عمل مجرمانه از ناحیه متهم اثبات نشده و در نتیجه، برای حاکم تردید حاصل می‌شود که آیا این عمل منتسب به متهم است یا خیر؟ مثل مواردی که شهود برای اثبات انتساب عمل زنا به کسی کافی نباشند یا اینکه چهار شاهد برای شهادت بر ارتکاب زنا از سوی متهم حاضر باشند؛ اما عدالت آنها محرز نشود. در این موارد در واقع، عنصر مادی جرم مورد تردید است. به نظر می‌رسد با توجه به صدق شبهه در این موارد و عمومیت قاعده‌ی درأ و دلایل آن، متهم از کیفر تبرئه می‌شود. مضافاً بر اینکه همان طور که در ضمن دلایل قاعده‌ی مزبور گفته شد که مجازات به منزله معلول جرم است و وقتی در علت (جرم) و انتساب آن به کسی تردید باشد، منطقی نیست که معلول (مجازات) منجز و قطعی تلقی گردد. در واقع در اینجا شبهه موضوعیه برای حاکم مطرح می‌شود که آیا مجرم همین متهم است یا کسی دیگر؛ که در این موارد با حصول شبهه باید حکم به تبرئه متهم بدهد. در خاتمه، به یک مصداق فقهی اشاره می‌کنیم:

در خصوص این مسأله که اگر زنی متهم به زنا باشد و چهار نفر هم شهادت بر ارتکاب زنا از سوی او بدهند، ولی آن زن مدعی شود که باکره است و چهار نفر زن هم شهادت بر باکره بودن او دهند، نظر محقق حلی بر رفع مجازات حدّ از این زن است؛ کما اینکه تعداد دیگری از فقها نیز مثل صاحب جواهر در جواهر الکلام، شیخ طوسی در المبسوط، شهید ثانی در مسالک الافهام، طباطبایی در ریاض المسائل و امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله به استناد قاعده‌ی درأ، حدّ زنا را از این زن منتفی می‌دانند.

### 3. واژه «الحدود»

آنچه که امروزه در لسان فقها و در کتب فقهی، مصطلح و مرسوم است این است که حدّ، مجازاتی است که نوع و میزان آن را شرع معین و مقدر کرده است؛ مانند حد زنا، شرب خمر، سرقت و نظایر آن. اینک این پرسش مطرح می‌شود که آیا «الحدود» در قاعده‌ی مورد بحث به همین معناست یا معنای آن عام بوده و اختصاص به مجازات معین شرعی ندارد؟ به عبارت روشن‌تر، هر چند معنای مرسوم حدّ در زمان حاضر به معنای اخص مجازات معین است، ولی آیا این لفظ در زمان صدور روایت، یعنی زمان پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) و ائمه معصومین (علیه السلام) هم به همین معنا بود یا اینکه در آن ازمینه به معنای دیگری بوده و به تدریج در لسان فقها و کتب فقهی بدان معنا مصطلح شده است؟ جهت روشن شدن حقیقت، لازم است در ابتدا به معنای لغوی این لفظ توجه شود، آنگاه معنای شرعی آن مورد بررسی قرار گیرد.



در کتب لغت، حد به معنای مرز، پایان، خاتمه، انتها و منتهی آمده است. از قاموس و صحاح به دست می‌آید که معنای آن، دفع و منع است. راغب اصفهانی در مفردات می‌گوید: «حدّ عبارت است از واسطه میان دو چیز که از اختلاط آن دو جلوگیری می‌کند.» لذا مرز را از آن جهت حدّ گویند که میان دو شیء واقع شده و مانع از اختلاط است. به تصریح راغب، علت تسمیه حدّ زنا و حدّ خمر آن است که مرتکب را از ارتکاب جدید بازمی‌دارد و دیگران را نیز از ارتکاب منع می‌کند. آن طور که صاحب مجمع البیان ذیل آیه 187 بقره یادآور می‌شود در اقرب الموارد آمده که حدّ به معنای تأدیب است. در المنجد و معجم متن اللغة و مجمع البحرین هم به همین معنا (تأدیب) اشاره شده است.

در فقه نیز فقهای گذشته و متأخر ضمن اشاره به معنای لغوی، متذکر شده‌اند که در شرع، حدّ به معنای عقوبت و مجازات خاص معین شده از ناحیه شارع است؛ مثلا مرحوم محقق حلّی در شرایع می‌گوید: «کلّ ما له عقوبه مقدّره سمّی حدا.» اینک سخن در این است که آیا معنای الحدود که در ضمن قاعده‌ی مورد بحث آمده، همین معنایی است که مورد تسالم فقهاست؟ به عبارت دیگر، آیا لفظ حدّ از معنای لغوی به یک معنای خاص محدود منتقل شده، به اصطلاح، در این معنا حقیقت شرعی شده است؟ می‌دانیم که هنگامی یک لفظ در معنای ثانوی حقیقت شرعی می‌شود که در زمان شارع در چنین معنایی استعمال شده و به قدری ذهن مردم با آن معنا انس پیدا کرده باشد که بدون آوردن قرینه، به مجرد استعمال آن لفظ، معنای دوم به ذهن تبادر کند. حال آیا این مطلب در خصوص لفظ الحدود صادق است یا خیر؟

به نظر ما اگر منظور از حقیقت شرعی، استعمالات قرآنی باشد، صدق چنین معنایی در مورد الحدود فاقد دلیل است. درست است که مسلمانان در اثر کثرت علاقه به قرآن و تکرار عبارات آن، اگر لفظی در معنای جدیدی استعمال می‌شد به آن معنا انس گرفته، در مدت زمان کوتاهی آن لفظ در همان معنای جدید حقیقت می‌شد، ولی این مطلب درباره لفظ الحدود صادق نیست؛ به دلیل اینکه لفظ حدّ به این معنا هرگز در قرآن استعمال نشده است.

در قرآن این لفظ اساسا به صورت مفرد ذکر نشده؛ اما در چهارده مورد به صورت جمع آمده است. هیچ یک از این چهارده مورد، به معنای عقوبت استعمال نشده است تا چه رسد به اینکه به معنای عقوبت معین باشد؛ بلکه به معنای احکام، مقررات و غیره آمده است؛ مثل، «تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا؛ اینها (حدود) احکام خدا هستند، پس پیرامون آنها مگردید.» یا «تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا؛ اینها مرزهای خدایند، از آنها فراتر مروید.» و یا «... إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ؛ مگر آنکه هر دو بترسند که نتوانند حدود (مرزها و احکام) خدا را برپا دارند» (بقره، 229). بنابراین، در استعمالات قرآنی شاهی بر این ادعا نداریم که حدّ به معنای عقوبت معین از ناحیه شرع باشد. اما این پرسش مطرح است که آیا این مطلب از نظر استعمالات روایی نیز درست و قابل اثبات است یا خیر؟

آنچه از تتبع و تفحص در روایات از منابع حدیثی امامیه به دست می‌آید نمی‌تواند مثبت این مدعا باشد؛ یعنی نمی‌توان از آنها استفاده کرد که «حدّ» از معنای لغوی خود انتقال یافته، در معنای عقوبت معین استعمال شده است؛ به درجه‌ای که منحصر آن معنا به صورت حقیقت شرعی باشد. در کلیه روایاتی که لفظ حدّ در آنها به کار رفته چهار نوع استعمال وجود دارد:

الف - استعمال حدّ در معنای لغوی؛ یعنی به معنای ردع، منع، بازداشتن، تأدیب و مرز.

ب - استعمال حدّ در معنای مطلق عقوبت؛ نه خصوص عقوبت معین و نه خصوص عقوبت غیر معین.

ج- استعمال حدّ در معنای عقوبت غیر معین.

د- استعمال حد در معنای عقوبت معین.

در اینجا به پاره‌ای از این روایات اشاره می‌کنیم:

1- عن محمد بن مسلم، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام) رجل دعوانه الي جملة الاسلام فأقرّ به، ثم شرب الخمر و زنى و أكل الربا و لم يتبين له شيء من الحلال و الحرام، أقيم عليه الحد اذا جهله؟ قال: لا ألا أن تقوم عليه بينة أنّه قد كان أقرّ بتحريمها.

در این روایت، سؤال‌کننده محمد بن مسلم، از بزرگان فقه و لغت و از شاگردان برجسته امام باقر (علیه السلام) است. با وجود این، برای ارتکاب شرب خمر، زنا و رباخواری کلمه حدّ را استعمال کرده، در حالی که در شرع برای رباخواری، مجازات معین در نظر گرفته نشده است؛ بلکه مجازاتی غیر معین (تعزیر) دارد. بنابراین، معلوم می‌شود که از نظر ایشان کلمه حدّ به معنای مطلق عقوبت است و نه عقوبت معین. به علاوه، به نظر می‌رسد در زمان وی، معنای آن عام بود؛ زیرا امام (علیه السلام) به این استعمال او ایرادی وارد نکرد و قائل به تفصیل نشد.

2- «عن الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: أن في كتاب علي (عليه السلام) انه كان يضرب بالسوط و بنصف السوط و ببعضه في الحدود، و كان اذا أتى بغلام و جارية لم يدركا، لا يبطل حدا من حدود الله - عزّ و جلّ - قيل له: و كيف كان يضرب؟ قال كان يأخذ السوط بيده من وسطه او من ثلثه، ثم يضرب به على قدر أسنانهم و لا يبطل حدا من حدود الله عزّ و جلّ؛

در کتاب حضرت علی (علیه السلام) آمده است که ایشان در مقام اجرای حدود با تازیانه کامل یا نصف آن و یا بعض آن، اجرای مجازات می‌کردند. همچنین هرگاه پسر بچه یا دختر بچه‌ای را که به سن بلوغ نرسیده و مرتکب اعمال ممنوعه می‌شدند نزد ایشان می‌آوردند، مجازات الهی را درباره‌ی آنان نیز به اجرا در می‌آوردند و هرگز حدود الهی را معطل نمی‌گذاشتند. پرسش شد که اطفال و صغار را چگونه با تازیانه می‌زدند؟ حضرت (علیه السلام) فرمودند: تازیانه را از وسط یا از ثلث آن گرفته، آن‌گاه به تناسب سن اطفال آنان را مجازات می‌نمود. در هر حال، حدود الهی را ابطال نمی‌کرد.»

همان طور که ملاحظه می‌کنید در این روایت در رابطه با مجازات اطفال بزهکار نیز لفظ حدّ استعمال شده است؛ در حالی که صغار بزهکار هرگز مجازات معین شرعی (حد) ندارند؛ بلکه مجازات آنان تعزیری است. بنابراین، حدّ در این روایت یا به معنای مجازات غیر معین (تعزیر) است و یا به معنای مطلق عقوبت؛ که درباره بزرگان، معین و درباره اطفال، تعزیر است.

3- «عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: قال النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) لسعد بن عباد: أن الله جعل لكل شيء حدا و جعل على كل من تعدّى حدا من حدود الله عزّ و جلّ، حدا...؛

پیامبر اکرم به سعد بن عباد فرمود: «خداوند برای هر چیزی حدّ و مرزی قرار داده و همچنین بر هر کسی که از حدّی از حدود الهی تجاوز نماید، مجازاتی مقرر داشته است.»

روشن است که حدّ در بخش اول روایت به معنای لغوی و در بخش پایانی آن به معنای مطلق عقوبت استعمال شده است. به همین دلیل، صاحب وسائل، این روایت و تعدادی دیگر را که همانند این روایت‌اند تحت عنوان «باب ان كل من خالف الشرع فعليه حدّ أو تعزير» آورده است.

4- در صحیحہ عبد الرحمن بن حجاج آمده است: «إذا أخذ الرجلين في لحاف واحد ضربهما حدا ثم قال: غير سوط؛ هرگاه حضرت امیر المؤمنین علی (علیه السلام) مطلع می‌شدند که دو مرد زیر یک لحاف خوابیدند بر آنان حد جاری می‌ساخت. سپس افزودند: مقدار کمتر از یک تازیانه» (یعنی میزان آن 99 ضربه بود). در این روایت مقصود از حد، تعزیر است.

5- در صحیحہ سماعة درباره شاهد ناحق آمده است: یجلدون حدا لیس له وقت، فذلک الی الامام.

در این بیان نیز روشن است که حد بدون تعیین که موکول به نظر امام است، همان تعزیر اصطلاحی است.

6- درباره کسی که گوشت خوک را آماده کرده بود که بخورد و مواجه با نهی شدید امام علی (علیه السلام) شد، حضرت فرمودند: «لو أنك أكلته لأقمت عليك الحد؛ اگر این گوشت را خورده بودی، تحقیقا تو را کیفر نموده، حد را جاری می‌ساختم.»

روشن است که در این بیان، مقصود از حد تعزیر است؛ زیرا خوردن گوشت خوک که یکی از محرمات است جز فسق اثر دیگری ندارد و این امر مستوجب تعزیر خواهد بود.

7- درباره مقاربت در حال حیض نیز آمده است که محمد بن مسلم از امام باقر (علیه السلام) سؤال کرده است که اگر مردی که با زوجه‌اش در حال حیض مقاربت کند، آیا حدی بر او جاری می‌شود؟ امام فرمودند: «نعم، خمس و عشرون سوطا، ربع حد الزانی...؛ آری، بیست و پنج تازیانه، یک چهارم حد زانی.»

8- حضرت امام موسی بن جعفر (علیه السلام) در روایتی می‌فرمایند: «اصحاب الكبائر کلها اذا أقیم علیهم الحد مرتین قتلوا فی الثالثة؛ مرتکبین کبائر، همه آنان، وقتی دو بار حد بر آنان جاری شود، و بار سوم مرتکب شوند، کشته خواهند شد.»

در این روایت مقصود از حد تعزیر است؛ زیرا ارتکاب تمامی محرمات کبیره مستلزم حد نیست؛ بلکه مرتکب برخی از آنها تعزیر می‌شود.

9- ابی عبیده حذاء از امام محمد باقر (علیه السلام) نقل می‌کند: «قال ابو جعفر (علیه السلام): لو وجدت رجلا كان من العجم اقرّ بجملة الاسلام لم يأت شيء من التفسير، زنی او سرق او شرب خمر، لم أقم عليه الحد اذا جهله، الا أن تقوم عليه بينة بأنه قد أقرّ بذلك و عرفه؛

اگر با مردی غیر عرب برخورد کنم که احکام الهی به او تعلیم داده نشده باشد و مرتکب زنا یا سرقت و یا شرب خمر شده باشد، چنانچه جهل به حرمت این اعمال داشته باشد حد بر او جاری نمی‌کنم؛ مگر اینکه بینه‌ای علیه او اقامه شود که وی نسبت به حکم عمل آگاهی داشته است.»

در این روایت، حد در رابطه با چند عمل مجرمانه که هر یک کیفر معین دارند اطلاق شده است؛ اما این پرسش مطرح می‌شود که آیا این استعمال، مجرد تطبیق عنوان حد بر برخی از افراد مجازات‌های اسلامی نیست؟ آیا صرف انطباق کلی بر فرد، دلیل بر این است که مراد از حد در شرع، مجازات معین است و سایر استعمالات مجازی است؟

با ملاحظه مجموعه این روایات و دیگر اخبار، به نظر می‌رسد حد به معنای مطلق مجازات است و در اثر کثرت استعمال در آن زمان، در این معنا حقیقت شده بود. اما استعمال آن در خصوص مجازات معین یا غیر معین از باب انطباق کلی بر یکی از مصادیق و افراد است؛ وگرنه هیچ شاهد قرآنی و روایی وجود ندارد که ثابت کند لفظ حد در معنای مجازات معینه حقیقت است و در دیگر معانی، مجازی است و اراده آن از این لفظ نیاز به قرینه دارد.

بر این اساس، لفظ الحدود در قاعده‌ی مورد بحث و روایاتی که متضمن این قاعده هستند به معنای مطلق مجازات است؛ چون قرینه‌ای وجود ندارد که نشان دهد در خصوص معنای مجازات معین استعمال شده است. در این صورت، معنای قاعده این است که با شبهات، مجازات بر داشته می‌شود.

اما اینکه فقهای امامیه و عامه، به عنوان یک معنای متسالم فیه پذیرفته‌اند که حد یعنی عقوبت معین، دلیلی ندارد. البته درست است که در زمان‌های گذشته و زمان حاضر به تدریج در لسان فقها این معنا مصطلح شده است، ولی این تنها حقیقت متشرعه را اثبات می‌کند نه حقیقت شرعیه؛ در حالی که مبنای فهم معانی حقیقی الفاظ روایات، معنای حقیقی آنان در همان زمان صدور است نه پس از آن. در پایان، به گفته‌های برخی از فقها که لفظ حد را به معنای مجازات غیر معین اطلاق کرده‌اند، به عنوان مؤید اشاره می‌کنیم. البته در این میان، کسانی هستند که از نظر آنان لفظ حد به معنای مطلق مجازات است.

از جمله، محقق حلّی در شرایع، در مورد دو نفری که آنان را زیر یک پوشش، برهنه ببیند فرموده است: «و لو تکرر ذلک منهما و تخلله التعزیر، حدّاً فی الثالّثة؛ هرگاه آنان مجدداً مرتکب شوند، چنانچه پس از هر بار، تعزیر بر آنان جاری شده باشد، در سومین بار نیز حد بر آنان جاری خواهد شد.»

صاحب جواهر در شرح عبارت فوق می‌گوید: «دلیل این حکم، خبر ابی خدیجه از فتوای حضرت صادق (علیه السلام) درباره دو زن است که برهنه زیر یک پوشش یافت شوند.» آن حضرت فرمودند:

بر آنان جایز نیست که این گونه زیر یک پوشش بخوابند؛ مگر اینکه بین آنان مانع و حاجزی باشد.

اما اگر مرتکب شوند از این کار منع می‌شوند. چنانچه با وجود نهی، دوباره چنین کنند، نسبت به هر دو حد جاری می‌شود. باز اگر برای بار دوم چنین کنند، مجدداً درباره آنان حد جاری می‌شود.

همچنین در مرتبه سوم؛ اما در مرتبه چهارم کشته می‌شوند.

آنگاه صاحب جواهر در دنباله این روایت چنین اظهار می‌دارد: «بناء علی أنّ المراد من حدّهما فی الثانیة، التعزیر...؛ بنا بر آنکه منظور از حد در بار دوم همان تعزیر باشد.

البته در مبحث قلمرو و دایره شمول قاعده‌ی مورد بحث، به نمونه‌های فقهی بیشتری اشاره می‌کنیم که در آنها فقها لفظ حد را بر تعزیر و قصاص نیز اطلاق نموده‌اند. مرحوم نراقی هم در خصوص عمومیت لفظ حدود می‌نویسد: «الظاهر دخول التعزیرات فی الحدود.»

#### 4. واژه‌ی تدرء (درأ)

کلمه تدرأ از ریشه «درأ»، در لغت به معنای دور کردن، رد کردن و دفع کردن آمده است. در قرآن مجید آمده است: «وَ یَدْرُونَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةَ؛\* بد را با خوب دفع می‌کنند» (رعد، 22). همچنین در جای دیگر چنین آمده است: «قُلْ فَادْرَأُوا عَنْ أَنْفُسِكُمُ الْمَوْتَ؛ بگو مرگ را از خویش دور کنید» (آل عمران، 168). نیز به معنای دفع عذاب و سقوط مجازات در قرآن آمده است: «وَ یَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَافِرِينَ؛ چهار بار گواهی دادن و سوگند به خدا خوردن آن زن که آن مرد قطعاً از دروغگویان است، عذاب را از وی باز می‌دارد» (نور، 8). صاحب مجمع البحرین ذیل آیات فوق، ضمن اشاره به حدیث «ادراء و الحدود بالشبهات» می‌گوید: «ادراء یعنی اذفوا بها.»

بدین ترتیب، لغت «تدرء» یعنی به واسطه شبهات، مجازات از اشخاص دفع و دور می‌شود.

مبحث سوم: ملاک در عروض شبهه

مسأله‌ای که در رابطه با قاعده‌ی درأ مطرح می‌شود این است که ملاک در حصول شبهه چیست؟ یعنی عروض شبهه نزد چه کسی معتبر است؟ آیا باید شبهه برای قاضی حاصل شود تا مجازات ساقط گردد یا برای متهم و یا اینکه برای هر یک از آن دو حاصل شود کفایت می‌کند؟ بنابراین، سه احتمال برای این مسأله متصور است:

احتمال اول: ممکن است گفته شود که ملاک در سقوط مجازات، حصول شبهه نزد قاضی است؛ زیرا مخاطب او امری همانند «ادراء الحدود بالشبهات»، قضات هستند.

این قضات هستند که اختیار صدور حکم به مجازات و اجرای آن را دارند. در این صورت، قاعدتا در مواردی نیز باید اختیار اسقاط مجازات را با شبهه‌ای که برایشان حاصل می‌شود داشته باشند. از این رو، عروض شبهه برای متهم اعتباری ندارد.

احتمال دوم: همچنین ممکن است گفته شود که ملاک، عروض شبهه نزد متهم است.

بدین معنا که مقصود قاعده این است که «بالشبهات ادراء الحدود»؛ یعنی، ای قضات! به خاطر شبهه‌ای که نزد متهمان حاصل می‌شود، مجازات را ساقط کنید. پس اگر مجرم و متهم شبهه حاصل شود که آیا این عمل منهی عنه و مبعوض قانونگذار اسلامی است یا خیر، شما قضات، مجازات را ساقط کنید. بر این اساس، در صورتی که متهم، مدعی شبهه نباشد، اگر برای قاضی شبهه عارض شود، تأثیری در سقوط مجازات ندارد. احتمال سوم: این احتمال هم وجود دارد که ملاک عروض شبهه برای هر یک از قاضی یا متهم باشد؛ یعنی فقط با عروض شبهه برای قاضی یا فقط برای متهم، مجازات مقرر ساقط می‌شود.

البته خطاب‌های قرآن و سنت در اجرای مجازات‌های اسلامی نوعاً متوجه حکومت اسلامی به معنای اعم یا حکام شرع به معنای اخص است؛ مثلاً، خطاب «السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» یا «الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَ لَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ» (نور، 2) متوجه حکومت اسلامی است. در نتیجه، این حکومت اسلامی، حاکم و ولی امر مسلمین است که باید حد سرقت یا زنا را جاری سازد. بنابراین، مخاطب فعل ادراء، حاکم مسلمانان یا قاضی شرع است؛ اما این بدان معنا نیست که ملاک در عروض شبهه نیز او باشد؛ بلکه آنچه از ظاهر این گونه ادله استفاده می‌شود، تکلیف شده که مجرم باید مجازات شود؛ که این هم بر عهده قضات و حکام واگذار شده است.

واقعیت این است که اساساً در این مقام و موارد دیگر، عمومات وارده که در مقام قانون‌گذاری تشریح می‌شود، همیشه به نحو قضیه‌ی حقیقیه است. در قضایای حقیقیه، نظر به مخاطب یا صنف خاص نیست. به عبارت دیگر، در مقام قانون‌گذاری و بیان قانون، هیچ‌گاه اشخاص و اصناف مورد نظر نیستند؛ بلکه قانونگذار، موضوع مقدر الوجود را در نظر گرفته و حکم را برای نفس طبیعت وضع می‌کند. بر این اساس در قاعده‌ی مورد بحث، حکم و جوب دفع مجازات، بر نفس طبیعت شبهه بار شده است و دیگر صنف خاصی از شبهه (نزد قاضی یا متهم) مورد نظر نیست. از این رو، شبهه مورد بحث ممکن است شبهه حاصله برای قاضی یا متهم و یا هر دو باشد. البته در برخی موارد، وجود شبهه نزد متهم با عروض شبهه نزد قاضی ملازمه دارد؛ بدین صورت که هر جا قاضی یقین به کذب متهم نداشته باشد، عروض شبهه نزد متهم موجب حصول شبهه نزد حاکم می‌شود. بنابراین اگر متهم ادعای نسیان، خطا، اضطراب، اکراه و جهل به موضوع یا حکم و نظایر اینها بنماید و قاضی به خلاف گویی متهم یقین نداشته باشد، برای ایشان هم ایجاد شبهه می‌شود. در نتیجه، مجازات از متهم باید برداشته شود.

ممکن است ایراد شود که در مواردی از این قبیل (یعنی ادعای نسیان، خطا و ...)،

اصول عقلایی، یعنی اصل عدم نسیان، خطا، غفلت و نظیر آنها، جاری شده و در نتیجه جایی برای وجود شبهه نمی‌ماند. در پاسخ به این ایراد گفته می‌شود که اساساً از مذاق شارع، روایات، اقوال و آرای فقها استفاده می‌شود که حدود و مجازات‌های الهی مبنی بر تخفیف و مسامحه است.

پس در چنین مواردی، اصول عقلایی (مانند اصل عدم خطا) جاری نمی‌شود و به مجرد پدید آمدن شبهه و ادعای اکراه، اشتباه، خطا و نسیان - در صورت احتمال صحت ادعا - مجازات ساقط می‌شود.

از آنچه بیان شد، روشن می‌شود که موضوع در قاعده‌ی مورد بحث، نفس شبهه است؛ نه شبهه نزد شخص یا صنف خاصی. در نتیجه، با توجه به عام بودن «الشبهات»، چه شبهه (موضوعیه یا حکمی) نزد متهم باشد و چه نزد قاضی (اعم از اینکه شبهه موضوعیه باشد یا حکمی و یا شبهه در اثبات)، مجازات از متهم برداشته می‌شود.

البته از مصادیق این قاعده - که ممکن است شبهه نزد حاکم عارض شود - شبهات مفهومی را نیز می‌توان بر شمرد. به این معنا که حاکم علی‌رغم احراز موضوع، حکم آن را نمی‌داند؛ آن هم به لحاظ اینکه مفهوم عنوان در دلیل، بر وی مشتبه شده است؛ مانند مفهوم خنثای مشکل که در صورت ارتداد وی، آیا حکم مرد مرتد را دارد یا زن مرتد؟ در پایان، با نقل کلامی از صاحب جواهر در این باره، مبحث را خاتمه می‌دهیم. محقق حلی در شرایع، در مسائل حد سرقت، با طرح یک فرض، به مسأله اشاره می‌کند:

چنانچه کسی کالایی را از منزل دیگری خارج کند و صاحب منزل مدعی شود که خارج‌کننده، این متاع را دزدیده است؛ ولی خارج‌کننده ادعا کند که صاحب خانه این متاع را به او بخشیده، یا مدعی شود که در خارج ساختن آن، از ناحیه ایشان مأذون بوده است، در چنین فرضی به دلیل حصول شبهه، مجازات سرقت ساقط می‌شود ...

بنا به رأی صاحب جواهر (ره)، اگر شبهه برای حاکم حاصل شود، حد ساقط می‌شود؛ همچنانکه اگر برای خارج‌کننده مال پیش آید. وی در شرح سخن محقق حلی می‌گوید:

لو حصلت الشبهة للحاکم سقط القطع كما يسقط بالشبهة للسارق، كما لو أخرج متاعاً لشخص من حرزه في منزله، فقال صاحب المنزل سرقة و قال المخرج وهبتيه، او اذنت في اخراجه، سقط الحد للشبهة؛

چنانچه شبهه برای حاکم حاصل شود قطع دست انجام نخواهد شد؛ همچنانکه اگر برای سارق شبهه حاصل شود قطع ید ساقط می‌شود؛ مانند شخصی که کالایی را که مال دیگری است از حرز خارج سازد و صاحب مال مدعی شود که سرقت شده است؛ ولی شخص خارج‌کننده بگوید مالک به وی بخشیده و یا بگوید به وی اذن داده است. در چنین قضیه‌ای قطع دست انجام نخواهد شد.

آنگاه در پایان به حسنه‌ی حلی اشاره می‌کند که در ضمن آن، امام صادق (علیه السلام) می‌فرماید:

«مجازات سرقت از این شخص بر داشته می‌شود؛ مگر اینکه بینة علیه وی قائم شود که نامبرده آن را دزدیده است.

مبحث چهارم: دایره‌ی شمول قاعده‌ی «درأ»

در مباحث گذشته راجع به مدارک و مستندات قاعده‌ی مورد بحث و مفاد و دلالت قاعده و ملاک عروض شبهه به تفصیل بحث و بررسی به عمل آمده است. اینک وقت آن رسیده است که دایره شمول این قاعده و موارد کاربرد آن را در حقوق جزای اسلامی مورد بررسی قرار دهیم. می‌دانیم

که مجازات‌های اسلامی به انواع مجازات‌های معین شرعی، تعزیرات (مجازات‌هایی که تعیین میزان آن به دست حاکم است)، قصاص و دیات تقسیم شده‌اند.

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا قاعده‌ی مورد بحث در حقوق جزای اسلامی مختص حدود الله است یا شامل دیگر مجازات‌های اسلامی نیز می‌شود؟ این مبحث را تحت چند گفتار مورد رسیدگی قرار می‌دهیم:

### 1. حدود به معنای اخص

بدون ورود در بحث تعریف حد در فقه و بررسی نظریات فقها در این خصوص، فقط به این نکته اشاره می‌کنیم که آنچه امروزه در تعریف این قسم مجازات‌ها در فقه، مصطلح و متعارف است، این است که حد یعنی مجازات مقرر و مخصوص که نوع و مقدار آن از سوی قانونگذار اسلامی دقیقاً معین شده است.

راجع به تعداد مصادیق اعمال مستلزم حد، یعنی جرایمی که مرتکب آنها محکوم به مجازات معین خواهد شد، بین فقها اختلاف نظر است و رقم ثابتی را همگان قبول ندارند؛ دلیلش این است که برخی از فقها چند نوع جرم را تحت یک عنوان بیان داشته‌اند و گاهی هم فقهی یک جرم را تحت عنوان حدود مورد بحث قرار داده و فقیه دیگر آن را در باب تعزیرات طبقه‌بندی کرده است؛ مثلاً، در کتاب شرایع محقق حلی در مبحث الحدود و التعزیرات، با شمردن شش جرم مستلزم حد، جرایمی دیگر چون لواط، تفریخ و مساحقه را تحت عنوان واحد یعنی از توابع زنا بر شمرده، و جرایمی دیگر چون بغی و ارتداد را از مصادیق اعمال مستلزم حد آورده‌اند. در حالی که دیگران همه‌ی آنها را از مصادیق مستقل اعمال مستلزم حد آورده‌اند. این اختلاف نظر از لحاظ قواعدی چون: «لا یمین فی الحد؛ لا شفاعة فی الحد؛ لا کفالة فی الحد؛ للامام العفو عن الحد الثابت بالا قرار دون البینة» دارای اهمیت فراوان است. در ارتباط با موضوع بحث ما، یعنی «تدرء الحدود بالشبهات» نیز اگر کسی معتقد باشد که این قاعده فقط شامل حدود به معنای اخص آن خواهد شد، طبقه‌بندی حدود و تعزیرات و بیان اینکه حدود دقیقاً شامل چه جرایمی می‌شود، به نوبه‌ی خود حائز اهمیت خواهد بود. از طرف دیگر، در ارتباط با شمول یا عدم شمول قاعده، آثار فراوانی بر این تقسیم‌بندی مترتب خواهد شد. به هر حال، با صرف نظر از این موضوع که بحث مفصل آن مجال بیشتری می‌طلبد، در این مبحث ما تنها در صدد بیان اصل شمول قاعده و آثار آن هستیم. در مورد شمول قاعده‌ی مورد بحث نسبت به حدود به معنای اخص، بین فقهای شیعه بلکه بین اکثر مذاهب اسلامی اختلاف نظر وجود دارد؛ ولی این مقدار، قدر متیقن ما بین همه فرق اسلامی است. بنابراین، هر جرمی که مطابق نظر فقها مستوجب حد به معنای اخص باشد، مشمول قاعده خواهد شد. به عنوان نمونه، صاحب جواهر در بحث سرقت و شرایط حد در این مورد می‌گوید: «هیچ اختلاف و اشکالی [میان فقها] در مورد اینکه حد سرقت همانند سایر حدود با فرض وجود شبهه ساقط می‌شود وجود ندارد.»

بررسی آرای فقهای شیعه نشان می‌دهد که در مورد حدود به معنای اخص، شمول قاعده نسبت به آن، مورد قبول همگان بوده و مخالفی در این میان نیست تا موافقین در صدد استدلال و اقامه حجت برآیند؛ بلکه شمول آن نزد همه مفروغ عنه بوده است.

کاربرد این قاعده در موارد مختلف حدود شاهد بر این مدعاست. همچنین آرا و اقوال فقهای عامه نیز گویای این مطلب است که در مورد شمول قاعده نسبت به حدود به معنای اخص بین آنان اختلافی نیست. اگر اختلافی هم باشد در مورد توسعه دامنه شمول قاعده نسبت به تعزیرات و قصاص است. در میان فرق اهل تسنن تنها فقهای ظاهریه منکر چنین قاعده‌ای هستند. البته آنان نسبت به شمول قاعده بحثی ارائه نمی‌دهند؛ بلکه اساساً مستندات قاعده را قبول ندارند.

پرسی که در اینجا لازم است مطرح شود این است که پس از قبول شمول قاعده نسبت به حدود، چه آثاری بر آن مترتب می‌شود؟ آیا پس از آنکه اجرای حد در مورد متهم به دلیل حصول شبهه متوقف شد، هیچ مجازات دیگری بر او تحمیل نمی‌شود؟ در این موارد، آیا مرتکب جرم اساساً از مجازات معاف است یا متحمل مجازات خفیف‌تری می‌شود؟

در پاسخ باید گفت که حکم مسأله نسبت به چگونگی شبهه و نوع جرم متفاوت است. گاهی ممکن است به طور کلی هر نوع مجازاتی ساقط شده، حتی آثار عمل حلال بر آن بار شود. گاهی هم مجازات حد به تعزیر تبدیل می‌شود؛ مثلاً، اگر کسی متهم به زنا باشد و شبهه موضوعیه برای وی حاصل شده باشد، بدین صورت که به علت تشابه بین همسرش و کسی که در بستر او خوابیده، تاریکی شب امر را بر او مشتبه ساخته است؛ هر چند اصل عمل به طریق شرعی ثابت شده باشد؛ ولی اگر مرتکب در این مورد تقصیری نداشته باشد هیچ مجازاتی بر او تحمیل نمی‌شود. همچنین آنچه که بر نزدیکی حلال مترتب است، از قبیل اثبات نسب، وجود عدّه و غیره، در اینجا نیز وجود خواهد داشت. در همین مورد اگر به جای شبهه موضوعیه، در کیفیت اثبات زنا نسبت به زن و مرد نامحرمی که صرفاً در یک بستر دیده شده‌اند شبهه حاصل شود، به دلیل وجود شبهه حد ساقط می‌شود؛ اما ممکن است عنوان جرم عوض شده، به جای مجازات حد زنا، تحت عناوینی چون مضاجعه و روابط نامشروع تعزیر شوند.

در مورد سارق نیز چنانچه به علت حصول شبهه در شرایط مستوجب قطع - در صورتی که اصل سرقت با اقرار یا شهود اثبات شده باشد - به جای اجرای حد، به تعزیر محکوم خواهد شد؛ ولی به هر حال، مال مسروقه را باید مسترد دارد؛ زیرا اصل حد که از حقوق الهی است با حصول شبهه بر داشته می‌شود، آن هم به دلیل تسامح و اغمازی که در حدود الهی مورد نظر است؛ اما حق الناس مشمول چنین اغمازی نشده و دلایل قاعده تنها متوجه حدود الهی است نه حقوق مالی بندگان.

به طور کلی، می‌توان گفت که پس از حصول شبهه و سقوط مجازات، اگر عمل ارتكابی به عنوان جرم دیگری قابل مجازات باشد، مرتکب به مجازات همان جرم محکوم شده و گرنه مرتکب آزاد می‌شود.

اما در این مبحث نکته قابل توجه این است که در مورد شبهه اکراه و شبهه در عنصر معنوی جرم، عمل ارتكابی از حالت عمد و قصد خارج شده، در صورتی که بر غیر عمد آن عمل پرداخت غرامت و خسارت پیش‌بینی شده باشد، این حکم رعایت خواهد شد. بنابراین، سقوط مجازات به معنای محو کلیه آثار یک عمل نیست. به علاوه، عموم ادله ضمان، تسبیب و سایر ادله نیز در اینجا مورد عمل واقع خواهد شد.

## 2. تعزیرات

در خصوص این مسأله که آیا قاعده‌ی مورد بحث شامل مجازات‌های غیر معین (تعزیرات) هم می‌شود یا خیر، باید به این نکته توجه داشت که طبق تفسیری که از معنای «الحدود» در این قاعده ارائه شد، معنای این لفظ مطلق مجازات الهی است؛ زیرا از آنجا که این لفظ جمع همراه با الف و لام بوده و مفید عموم است، شامل مجازات‌های تعزیری نیز می‌شود و هیچ دلیل خاصی وجود ندارد که عموم این قاعده را تخصیص زده و آن را به مجازات‌های معین (حدود) اختصاص دهد.

همچنین در کلمات فقها بسیار اتفاق افتاده که لفظ حد، بر مجازات‌های تعزیری اطلاق شده است؛ حتی برخی این مطلب را صریحاً اظهار داشته‌اند. از جمله، مرحوم محمد تقی مجلسی در کتاب روضة المتقین گفته است: «حدود شامل حد، تعزیر و قصاص نیز می‌شود.»



افزون بر اینها، می‌توان با تنقیح مناط و لحاظ وحدت ملاک - که بر پایه‌های عقلانی و فلسفه اجرای مجازات در شرع اسلام بنا شده است - بر این عقیده بود که هیچ منعی در شمول قاعده نسبت به تعزیرات وجود ندارد. در اینجا به چند نمونه فقهی اشاره می‌کنیم:

1- صاحب ریاض درباره کیفیت اثبات استمناء و مجازات آن می‌گوید:

یثبت هذا الفعل بشهادة عدلین او الاقرار مرتین بالخلاف، كما مرّ فی نظائره، و لو قیل یکفی الاقرار مرّة، كما علیه الاکثر، کان حسنا. لعموم الخبر «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز»، الا ما اخرجہ الدلیل من اعتبار الحدود، و هو هنا منفی. و قال الحلّی: یثبت بالاقرار مرتین، و ظاهره انه لا یثبت بدونہ، و لا یخلو عن وجه، كما مرّ، سیما مع حصول الشبهة بالاختلاف، فیدرء بها الحدّ؛ عمل استمنا به شهادت دو نفر عادل یا دو بار اقرار متهم اثبات می‌شود؛ البته در این باره اختلاف وجود دارد، كما اینکه درباره نظایر این عمل، مطلب بدین گونه است. ولی اگر گفته شود که یک مرتبه اقرار هم برای اثبات کفایت می‌کند، آن طور که اکثر فقها بر آنند، مطلب درستی خواهد بود؛ زیرا خبر «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» مفید عموم است و شامل یک بار اقرار هم می‌شود؛ مگر اینکه دلیل خاصی وجود داشته باشد که نسبت به ادله اعتبار، حدود نقش تخصیص ایفا نماید؛ در حالی که در این خصوص دلیل خاصی مبنی بر تخصیص وجود ندارد. مرحوم حلّی گفته است: «با دو بار اقرار، این جرم ثابت می‌شود». ظاهر کلام ایشان نشان می‌دهد که یک بار کافی نیست. همچنانکه پیش از این گفته شد، این نظر خالی از توجیه نیست؛ به خصوص که با وجود اختلاف بین فقها در تعداد دفعات اقرار، شبهه حاصل شده است. پس با حصول شبهه، حد برداشته می‌شود.»

ملاحظه می‌شود که در تعداد دفعات اقرار برای اثبات جرم استمنا، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد که همین اختلاف، خود سبب حدوث شبهه‌ای شده است مبنی بر اینکه آیا جرم مزبور با یک بار اقرار ثابت می‌شود یا خیر؟ از طرفی هم می‌دانیم که جرم مزبور از اعمال مستلزم حد نیست؛ بلکه مرتکب آن تعزیر می‌شود. با وجود این، نظر صاحب ریاض این است که با استناد به قاعده‌ی درأ مجازات از او برداشته می‌شود. به علاوه، از کلام ایشان استفاده می‌شود که معنای حدّ مطلق مجازات است؛ به همین دلیل، ایشان لفظ حد را بر مجازات تعزیری اطلاق نموده و در صدر عبارت می‌نویسد: «فی حدّ الاستمناء.»

2- امام خمینی (ره) در خصوص مجازات کسی که محرمات الهی را حلال بشمارد می‌گوید:

من استحلّ شیئا من المحرمات المجمع علی تحريمها بین المسلمین، کالمیته و الدّم و لحم الخنزیر و الرّبّا، فان ولد علی الفطرة، یقتل ان رجع انکاره الی تکذیب النبی (صلی الله علیه و آله و سلم) او انکار الشرع.

و الا فیعزّر و لو کان انکاره لشبهة ممّن صحّت فی حقه، فلا یعزّر...؛

اگر کسی یکی از محرمات الهی را که حرمت آن بین مسلمانان مورد اتفاق است؛ همانند خوردن گوشت مردار، خون، گوشت خوک و ربا را حلال بشمارد، اگر مسلمان زاده باشد، در صورتی که انکار وی به تکذیب پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) و یا انکار شریعت اسلام بر گردد، کشته خواهد شد. در غیر این صورت، تعزیر می‌شود. اما اگر انکار او به جهت حصول شبهه باشد، در صورتی که احتمال شبهه در حق او صحیح باشد، تعزیر نخواهد شد.

3- همچنین امام خمینی (ره) در جای دیگر می‌نویسد:

فی وطی البهیمه تعزیر و هو منوط بنظر الحکّام و یشرط فیہ البلوغ و العقل و الاختیار و عدم الشبهة مع امکانها، فلا تعزیر علی ... المکره و لا علی المشتبه، مع امکان الشبهة فی حقه، حکما أو موضوعا؛

در صورتی که کسی با حیوانی نزدیکی کند تعزیر می‌شود و میزان و نوع آن به نظر حاکم بستگی دارد. البته در اجرای این نوع مجازات وجود بلوغ، عقل، اختیار و انتفای شبهه در مرتکب شرط است. از این رو، کسی که بر این عمل اصرار شود یا برای او شبهه (حکمی یا موضوعی) ایجاد شود، در صورتی که در حق او چنین شبهه‌ای صادق باشد، از مجازات معاف می‌شود.

مطلب دیگری که به نظر می‌رسد در پایان این گفتار ذکر آن ضروری است، این است که در بحث ما منظور از تعزیرات معنای مصطلح آن در فقه است؛ یعنی مجازات شرعی که برای محرمات شرعی مقرر شده است. ولی مقرراتی که حکومت اسلامی جهت حفظ نظم جامعه و جریان صحیح امور حکومت وضع می‌کند و برای متخلفین آن، مجازات‌هایی را پیش‌بینی می‌نماید - که اصطلاحاً بدان تعزیرات حکومتی گفته می‌شود - مشمول قاعده‌ی مزبور نخواهد شد. این قبیل احکام جزو حقوق الله محسوب نشده، در باب آنها می‌توان حکم غیابی صادر کرد؛ چرا که در خصوص حقوق الله صدور حکم غیابی ممکن نیست؛ به همین دلیل، قاعده‌ی مورد بحث شامل آنها نخواهد شد؛ بلکه اینها حق حکومت اسلامی و ولی امر مسلمین جهت اداره حکومت مسلمانان است.

قابل توجه است که فقهای عامه (اهل سنت) در مورد عدم شمول قاعده نسبت به تعزیرات، به صراحت اظهار نظر کرده‌اند. از جمله، جلال الدین سیوطی در بحث مربوط به قاعده‌ی مزبور می‌گوید: «شبهه تعزیر را ساقط نمی‌کند». علمای متأخر اهل سنت نیز نوعاً همین نظریه را داده‌اند. اما در مقابل، برخی دیگر پس از تصریح به این مطلب که هیچ تفاوتی از حیث شمول قاعده نسبت به تعزیرات و حدود وجود ندارد، قائل به تفصیل در این زمینه شده‌اند.

### 3. شمول قاعده در مورد قصاص و دیات

#### 3-1. قصاص

به نظر برخی از فقها، چون قصاص از جمله‌ی حقوق الناس بوده و مبنای حقوق الناس نیز مذاقه است، از این رو چنانچه شبهه‌ای در باب قصاص عارض شود، نمی‌توان به این قاعده تمسک نمود. به علاوه، اصول عقلایی، چون اصل عدم نسیان، عدم خطا و غفلت، عدم اشتباه، عدم اصرار و نظایر آن جاری شده، مانع جریان قاعده‌ی مورد بحث می‌شود.

از طرف دیگر، این اصول در باب حدود جاری نمی‌شوند؛ چرا که حدود الهی مبنی بر تخفیف و تسامح است؛ اما در قصاص که جزو حقوق الناس است این گونه نیست؛ بلکه نیاز به دقت دارد. بنابراین، در هر مورد که ادعای شبهه شود، خواه نزد حاکم و خواه نزد متهم و یا نزد هر دو، حاکم باید اصول عقلایی فوق را جاری سازد؛ یعنی نباید به مجرد حصول شبهه، قصاص را که از حقوق الناس است ساقط بداند. بنابراین، جریان اصول مزبور مانع جریان قاعده‌ی مورد بحث در باب قصاص می‌شود.

در مقابل، بعضی گفته‌اند که قصاص هم در واقع از زمره‌ی حدود الله است؛ زیرا حدود الهی منحصر در تازیانه نیست، بلکه هر کیفری که از جانب خداوند متعال معین شده باشد جزو حدود الله است. قصاص نیز از این قبیل است. «مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا»؛ کسی که به ستم کشته شود، همانا برای ولی او تسلطی (اختیار اینکه قصاص کند یا دیه بستاند) قرار داده‌ایم (اسراء، 33).

ما در آینده خواهیم گفت که قصاص از حقوق الناس است؛ یعنی حقی است که شرع برای جبران خسارت جنایت دیده وضع نموده که می‌تواند از این طریق جبران کند یا با گرفتن عوض مالی و یا بدون آن درگذرد؛ ولی به نظر ما، در عین حال قصاص مشمول قاعده‌ی درآ است و در موارد

شبهه ساقط می‌شود. به جهت آنکه در مسأله قصاص، پای جان و نقص عضو در کار است و از این جهت حاکم باید در حمایت از حق مزبور نهایت دقت را به خرج دهد و در موارد وجود هر گونه تردید، از اجرای آن جلوگیری نماید.

مفاد قاعده‌ی درآ چیزی جز این نیست که در موضوع جان آدمی و نقص عضو، قاعده‌ی احتیاط جاری می‌شود و مادام که از هر جهت، حاکم به وجود حق مطمئن نباشد، اجازه اجرای آن را صادر نخواهد کرد و از جان شهروندان محافظت خواهد نمود.

ممکن است گفته شود که حدود الله بر تسامح و تخفیف بنا شده‌اند و اصول عقلایی در آنها جریان ندارد و بر عکس در مورد قصاص، اصول عقلایی جاری می‌شود. در پاسخ باید گفت که در خصوص قصاص هم اصول عقلایی جاری نمی‌شود؛ زیرا درست است که حقوق الناس مبنی بر مذاقه است، اما این دقت نظر مربوط به مسائل حقوقی و مالی است؛ ولی در دماء و نفوس، آنچه از روایات کثیره و تسالم اصحاب و مذاق شرع استفاده می‌شود، این است که تا آنجا که امکان دارد باید احتیاط نمود و در جریان قصاص دقت بیشتری انجام داد.

شاهد ادعای ما این است که موارد بسیاری در فقه وجود دارد که فقها به استناد قاعده‌ی درآ و حصول شبهه، حکم به سقوط مجازات قصاص داده‌اند. بنابراین، با لحاظ عموم قاعده و گفتار فقها و آنچه که در رد ایراد فوق گفته شد، مسلم می‌شود که این قاعده در باب قصاص هم قابل جریان است. در انتهای این بحث شایسته است به چند نمونه‌ی فقهی نیز اشاره‌ای داشته باشیم:

1- محقق حلی (ره) در مبحث مربوط به حکم ارتداد، ضمن طرح مسأله قتل مرتد می‌گوید:

چنانچه مرتد توبه نموده، سپس کسی که معتقد به بقای او به بقای او به حالت ارتداد است وی را بکشد، از نظر شیخ طوسی باید قصاص شود؛ زیرا عنوان قتل عدوانی مسلمان صادق است؛ چرا که پس از توبه، عنوان مرتد بر او صادق نیست.

آن‌گاه ضمن تردید در این حکم، علت تردید را عدم قصد کشتن مسلمان توسط قاتل بیان نموده است. شهید ثانی در شرح مسأله فوق، پس از ذکر ادله‌ی شیخ طوسی در مورد وجوب قصاص، استدلالی دارد که جالب توجه است: و وجه العدم، عدم التصد الی قتله علی الحالة المحرمة، و ان قصد مطلق القتل، و ان القصاص حدّ تحقق معناه فیه، و الظن شبهة فیدرء بها. و هذا اقوی و حیثئذ فتجب الدیة فی ماله مغلظة لانه شبهه عمد؛

دلیل عدم وجوب قصاص این است که هر چند قاتل قصد کشتن را داشت، ولی هرگز قصد کشتن یک مسلمان را نداشته است و از یک سو، قصاص هم مانند حد مجازات الهی است و عنوان حد بر او اطلاق می‌شود و از سوی دیگر، با گمان قاتل بر بقای مرتد بر حال ارتداد، شبهه حاصل شده است، از این رو، مشمول قاعده‌ی درآ شده، کیفر قصاص از او ساقط می‌شود. به نظر من این نظریه قوی‌تر است. پس، پرداخت دیه بر قاتل واجب می‌شود؛ البته دیه‌ی «مغلظه»؛ زیرا این قتل، قتل شبهه عمد است.

با ملاحظه‌ی این عبارت، روشن می‌شود که از نظر شهید ثانی، اولاً قصاص هم نوعی حد شرعی است و عنوان حد بر آن صادق است. ثانیاً ظن حاصل برای قاتل که به گمان بقای مرتد بر حال ارتداد، او را به قتل رسانده، شبهه‌ای است که حد و قصاص را ساقط می‌کند.

2- در مورد دو نفری که مدعی ابوت یک فرزند مجهول النسبی باشند، اگر قبل از آنکه بر اساس قواعد مقرر در باب نسب، بچه به یکی از آنها ملحق شود و یکی از آنان فرزند انتسابی خود را بکشد، آیا حکم قصاص درباره وی جاری می‌شود؟ عده‌ای از فقها مثل محقق حلی، صاحب جواهر و علامه حلی قائل به عدم قصاص شده‌اند و دلیل‌شان قاعده‌ی درآ است. علامه حلی در این باره می‌نویسد: «لو تداعی اثنان صغیرا مجهولا ثم قتلاه، لم یقتلا به؛ لاحتمال الأبوة فی طرف کل واحد منهما، فلا یتجهّم علی الدم مع الشبهة؛ هرگاه دو نفر نسبت به طفل صغیر مجهول النسبی

مدعی ابوت شوند و سپس همان دو نفر او را به قتل رسانند، قصاص اجرا نمی‌شود؛ زیرا احتمال ابوت در مورد هر یک از دو طرف وجود دارد و با وجود شبهه، خون ریخته نمی‌شود.»

3- همچنین اگر بین‌ای در خصوص قاتل بودن فردی اقامه شود و بین‌ی دیگری، شخص دومی را قاتل معرفی کند، از باب تعارض دو بین‌ه، هر دو ساقط می‌شوند. در اینجا محقق و علامه حلّی و فرزندش فخر المحققین، با عنوان شبهه، قصاص را از هر دو مرتفع دانسته، هر دو متهم را مکلف به پرداخت دیه‌ی مقتول به طور مساوی می‌نمایند.

علامه حلّی در این زمینه می‌نویسد:

لو شهد اثنان علی رجل بالقتل و شهد آخران علی غیره به، سقط القصاص و وجبت الدیة علیهما نصفین، لما عرض من الشبهة بتصادم البینتین؛ هرگاه دو نفر علیه مردی به قاتل بودنش گواهی دهند و دو نفر دیگر علیه مردی دیگر آن قتل را شهادت دهند، قصاص ساقط و دیه بالمناصفه واجب می‌شود؛ زیرا با توجه به تعارض دو بین‌ه شبهه عارض شده است.

4- مورد دیگر مسأله‌ای است که محقق حلّی در فروع موضوع قصاص مطرح ساخته است:

اگر شخصی به کسی بگوید: «مرا بکش؛ وگرنه تو را خواهم کشت»، قتل او مباح نمی‌شود؛ زیرا اذن او، حرمت قتل را از بین نمی‌برد. اما با این حال اگر اقدام به قتل او نماید قصاص واجب نیست؛ زیرا او شخص ممیزی است و حق خود را با اذن خود ساقط کرده و وارث هم در این مورد حقی ندارد.

شهید ثانی در شرح این مسأله دو وجه، یکی وجوب قصاص و دیگری عدم وجوب آن را بیان کرده و برای هر کدام استدلالی را ارائه می‌دهد. آنگاه قول به عدم قصاص را به عنوان قول مشهورتر پذیرفته، اظهار می‌دارد:

ففی ثبوت القصاص علیه و جهان: احد هما و هو الذی قطع به المصنّف العدم، لانه اسقط حقه بالاذن، فلا یتسلط الوارث علیه، لانه انما یتستحق بما ینتقل الیه عن المورث و المورث لا حق له هنا بالاذن، و لانّ الاذن هنا شبهة دائرة ..؛

در ثبوت قصاص دو توجیه وجود دارد. توجیه نخست که نظر قاطع مصنف (مؤلف شرایع) است عدم قصاص می‌باشد؛ با این استدلال که شخص مقتول با اذن، حق خویش را اسقاط نموده است.

بنابراین، وارث نسبت به اجرای قصاص قادر نخواهد بود؛ چرا که وارث تنها نسبت به آنچه از مورث به وی منتقل می‌شود ذی حق است و با توجه به اذن مورث، حقی برای او متصور نخواهد بود. به علاوه آنکه اذن موجب شبهه می‌شود و شبهه، دارئه (رافع از حد) است.

ملاحظه می‌کنید که از نظر شهید ثانی شبهه حاصل از اذن مقتول موجب سقوط قصاص می‌شود. منشأ شبهه این است که تسلط وارث و ولی دم بر قاتل، ناشی از حق مورث است که پس از کشته شدنش به ورثه منتقل می‌شود و با توجه به اذنی که خود مقتول به قاتل خویش داده، در واقع از چنین حقی محروم شده است. بنابراین، ورثه دارای حق منتقل از مورث خویش نیست تا تسلط بر قاتل داشته، او را قصاص نماید.

از طرف دیگر، علمای عامه نیز اتفاق دارند که قصاص با حصول شبهه، همانند حدود، ساقط می‌شود. از جمله، جلال الدین سیوطی صریحا می‌گوید: «قصاص نیز با شبهه ساقط می‌شود، ولی دیه واجب می‌شود؛ مثلا هرگاه مریضی را در پارچه‌ای پیچیده باشند و شخصی به گمان اینکه او مرده است، ضربه‌ای بر او وارد سازد و بعد معلوم شود که به خاطر ضربه او، کشته شده است، چون قاتل قصد کشتن او را نداشته و حد اقل در این مورد شبهه حاصل شده است، از این رو قصاص بر داشته می‌شود؛ اما دیه او باید پرداخت شود.»

با ملاحظه این نمونه‌ها روشن شد که استناد به قاعده‌ی درأ برای رفع قصاص در فقه امامیه و عامه سابقه داشته، بدون طرفدار نیست.

## 2-3. دیات

همان طور که می‌دانیم، در مقررات جزایی کشورمان دیه به عنوان یکی از انواع مجازات‌های اسلامی معرفی شده است. اینک این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان به استناد قاعده‌ی درأ، وجوب ادای دیه را در مواردی ساقط نمود؟

لفظ حدود مندرج در قاعده و ادله آن، حد اکثر شامل تعزیر و قصاص است و به طور مسلم، شامل دیات نمی‌شود؛ زیرا در ماهیت حقوقی دیه بحث است که آیا دیه نوعی مجازات است یا پرداخت غرامت و خسارت! با این تردید در ماهیت حقوقی دیه، تمسک به عام «الحدود» جهت شمول دیه جایز نیست؛ چرا که، از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیه تلقی شده و در اصول فقه ثابت شده است که تمسک به عام در چنین مواردی صحیح نیست. بنابراین نمی‌توان با تمسک به عموم الحدود، دیات را مشمول حکم قاعده‌ی مزبور دانست. به علاوه، در فقه موردی مشاهده نشده است که فقهی در صورت شک و شبهه صرفاً با استناد به قاعده‌ی فوق، حکم به سقوط دیه دهد. دلیلش این است که دیه را قانونگذار اسلامی برای احترام خون مسلمان وضع نموده است که در زمره‌ی حقوق مالی اشخاص محسوب می‌شود. در باب حقوق مالی، اصل بر مذاقه بوده و در این عرصه اصول عقلایی مثل اصل عدم اشتباه، اکراه، غفلت و نظائر آن جاری می‌شود. از این رو به مجرد شبهه، حق مسلمان ساقط نمی‌شود؛ البته در مواردی بالتبع، وجوب پرداخت دیه ساقط می‌شود که این مطلب به ندرت مورد توجه واقع شده است.

باید توجه داشت که مسأله تأثیر شبهه در دیات - گرچه به طور غیر مستقیم - وقتی می‌تواند مطرح شود که در ابتدا قصاص واجب باشد، آنگاه به دلیل حصول شبهه، قصاص ساقط شود، سپس جایگزینی دیه مطرح گردد؛ ولی اگر ابتداء دیه واجب شود، مانند جنایات شبه عمدی و خطایی محض، پرواضح است که شبهه به دلیلی که در سطور قبل گفته شد هیچ تأثیری ندارد.

مبحث پنجم: رابطه قاعده‌ی درأ با اصول و قواعد فقهی دیگر

در این مبحث رابطه قاعده‌ی مورد بحث را با بعضی از اصول و قواعد فقهی مشابه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### 1. رابطه‌ای قاعده‌ی درأ با اصل برائت

در تقسیم‌بندی شبهات گفته شد که گاهی شبهه در عنصر مادی، گاهی در عنصر معنوی و در مواردی نیز در عنصر قانونی جرم مطرح می‌شود. چنانچه قاعده‌ی درأ بر مبنای شبهه در عنصر مادی یا معنوی باشد این قاعده هیچ رابطه‌ای با برائت ندارد؛ زیرا قاعده‌ی برائت منحصرأ برای برداشتن تکلیف است؛ آن هم در زمانی که حکم واقعی الهی مجهول باشد؛ اما اگر جریان قاعده‌ی مورد بحث بر اساس شبهه در عنصر قانونی جرم باشد، با قاعده‌ی برائت وحدت مجرا پیدا می‌کند.

البته بین این دو، تفاوت وجود دارد و آن اینکه در اجرای برائت، تکلیف واقعی مشکوک و غیر منجز اعلام شده، حکم ظاهری اباحه و حلیت وضع می‌شود. به عبارت دیگر، مفاد برائت آن است که حکم واقعی منجز نباشد که در این صورت، حکم ظاهری در حق مکلف برائت است. اما در قاعده‌ی درأ بحث از تکلیف نیست؛ بلکه سخن در این است که آیا بر این شخص باید مجازات شرعی را اجرا نمود یا خیر!

مفاد قاعده‌ی درأ این است که حال که شک و شبهه در اصل ممنوعیت عمل ارتكابی وجود دارد، مجازات از متهم ساقط می‌شود؛ مثلاً شخصی که در ایام ماه مبارک رمضان به طور علنی سیگار می‌کشد چنانچه سیگار کشیدن از مفطرات باشد، وی تظاهر به روزه روزه‌خواری کرده، باید مجازات

شود. اما اگر جزء مفطرات نباشد، چون مرتکب عمل حرام نشده است، مجازات مقرر متوجه او نمی‌شود. در ماده 102 قانون تعزیرات مصوب 18 مرداد 1362 آمده است:

هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل، تا 74 ضربه شلاق محکوم می‌شود و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس عمل دارای کیفر نیست ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط به 74 ضربه شلاق محکوم می‌شود. در اینجا به استناد مشکوک بودن حکم واقعی (حرمت سیگار کشیدن و افطار روزه در ملاء عام) قاعده‌ی برائت جاری شده، عمل او مباح می‌شود. همچنین به استناد حصول شبهه در عنصر قانونی جرم، مجازات مقرر رفع می‌شود.

## 2. رابطه‌ی قاعده‌ی درأ با اصل احتیاط

اصل احتیاط نیز در برخی موارد با قاعده‌ی مورد بحث وحدت مجرا پیدا می‌کند. این حالت در شبهات مربوط به عنصر مادی و عنصر معنوی جرم صادق است. در این نوع شبهات که مجازات از متهم برداشته می‌شود، با اصل احتیاط نزدیکی پیدا می‌کند؛ بدین صورت که هرگاه قاضی تردید می‌کند که آیا متهم مرتکب عمل ممنوعی شده است یا خیر یا اینکه آیا مرتکب در انجام عمل غیر قانونی، قصد و عمد داشته است یا خیر و یا اینکه آیا مرتکب در انجام عمل غیر قانونی، قصد و عمد داشته است یا خیر، به مقتضای اصل احتیاط نسبت به حفظ جان و عرض مسلمان، باید مجازات از متهم برداشته شود.

البته هر مکلفی نیز بر اساس اصل احتیاط، در برخورد با مسائل مشتبه باید احتیاط نماید، شبهات را مرتکب نشود؛ اما این بحث و اینکه آیا این احتیاط لازم است یا خیر، بحث دیگری است که در اصول باید مطالعه شود. در اینجا بحث در مسأله سقوط مجازات از ناحیه قاضی است؛ زیرا اختیار اجرای مجازات و برداشتن آن به دست اوست که در مواردی بر اساس اصل احتیاط، مجازات را از متهم ساقط می‌کند.

اکنون می‌توان به نحو دیگری نیز جریان اصل احتیاط را از سوی قاضی بیان نمود و آن اینکه با تردید در عنصر مادی و معنوی جرم، برای قاضی تردید حاصل می‌شود که آیا متهم مشمول مجازات است یا خیر. به عبارت دیگر، آیا تکلیف او اجرای حد است یا درأ حد؟ مثلاً، تردید می‌کند که آیا متهم مستحق رجم است یا جلد. از یک طرف، وظیفه‌ی اجرای حدود الهی و معطل نگذاشتن آن بر عهده قاضی است و از سوی دیگر، به مقتضای روایات بسیار، حدود و مجازات‌های الهی مبنی بر تخفیف و مسامحه است و شارع اهتمام زیادی به حفظ دماء و نفوس مسلمانان دارد. از این رو، قاضی مکلف است در این قبیل موارد به مقتضای احتیاط رفتار کرده، مجازات را از متهم بر دارد و یا در مواردی آن را به کیفر سبک‌تری مبدل سازد. بدین ترتیب، ملاحظه شد که در مواردی، اصل احتیاط با قاعده‌ی مورد بحث، قرابت و نزدیکی زیاد پیدا کرده، حتی وحدت مجرا پیدا می‌کند.

## قاعده‌ی اکراه

### مقدمه

در متون فقه اسلامی، نقش اکراه در رفع مسئولیت کیفری به عنوان قاعده‌ای مسلم محسوب است و تحت عنوان «رفع ما استکرها 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

## 1. واژه‌ی اکراه

### 1-1. اکراه در لغت

اکراه از ماده‌ی کره (به فتح و ضم اول و سکون ثانی) است؛ 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 نفسك علیه و بالفتح ما اکرهک غیرک علیه. تقول: جئتک کرها و ادخلتني کرها؛ 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؛ 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:

أَفَغَيْرَ دِينِ اللَّهِ يَبْغُونَ وَ لَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ طَوْعاً وَ كَرْهاً وَ إِلَيْهِ يُرْجَعُونَ (آل عمران، 83)؛ 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 طوعاً و الکافر مستسلم لله کرها فإنه تحت السيطرة و التسخير و القهر و السلطان العظيم الذي لا يخالف و لا يمانع.

در سوره‌ی بقره می‌خوانیم: «كُنْتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَ هُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ» (بقره، 216).

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

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 اکره فلاناً علی امری حمله علیه قهراً؛ فلانی را بر امری اکراه کردند؛ یعنی او را به نحو قهر و اجبار بر آن کار وادار نمودند.»

### 2-1. 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.

ابن حزم اندلسی که مذهب ظاهری دارد در تعریف اکراه می‌نویسد: «الاکراه هو کل ما سمی فی اللغة اکراها و عرف بالحسّ أنه اکراه.» 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 الرجل في يد من لا يقدر على الامتناع منه، من سلطان أو لص أو متغلب ... و يكون المكره يخاف خوفاً عليه دلالة أنه ان امتنع من قول ما امر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه أو اتلف نفسه.

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: الاکراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير ان تنعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب؛

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. نویسندگی 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 ظناً غالب داشته باشد که در صورت امتناع و مقاومت، در معرض شکنجه و آزاری که بدان تهدید شده قرار خواهد گرفت.

سرانجام، شیخ محمد خضری بک، اصولی و مورخ معاصر، می‌نویسد: «الاکراه حمل الانسان غیره علی ما لا یرضاه قولاً أو فعلاً بحيث لو خلی 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.»

ماده‌ی 948 از مجله الاحکام العدلیة 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 بالاخافة علی أن يعمل عملاً بغير حق 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.

## 2. 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.

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

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

فقها 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 متوسّل 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.

## 1. کتاب

الف) آیات ناظر به رفع مسئولیت از مکره:

مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَ لَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (نحل، 106)؛

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 (صلی الله علیه و آله و سلم)، بویژه ضعفای آنان به کار می‌گرفتند در صدد ایزای عمار بن یاسر بر آمده، از وی می‌خواهند که کلمه کفر بر زبان آورده و به تعظیم بت‌های آنان پردازد. 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 (صلی الله علیه و آله و سلم) از این شایعه آگاه می‌شود به مقابله با آن بر می‌خیزد و می‌فرماید: «انَّ عَمَّارًا مَلِيَّ أَيْمَانًا مِنْ فِرْقَةِ آلِي قَدَمَةٍ وَ اخْتَلَطَ الْإِيمَانُ بِلَحْمَةٍ وَ دَمَةٍ؛ عَمَّارٌ سَرَّابًا مَمْلُوءًا مِنْ إِيْمَانٍ وَ إِيْمَانٌ بِأَلْمِ الْبُغْيَةِ وَ خَوْفٌ مِنْ عَوَاقِبِ الْقَضِيَّةِ، بِأَكْرَبِ وَ زَارِي نَزْدَ نَبِيِّكُمْ يَوْمَ يَأْتِيكُمْ بِبَيِّنَاتٍ مِنْ رَبِّكُمْ». حضرت از وی می‌پرسد: «کیف تجد قلبک؟» در جواب می‌گوید:

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

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 بت پرستی 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: «وَ أَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَ أَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ (بقره، 195)؛ 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 فحوای 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. بنابراین، ظاهر آیه مورد بحث هیچ دلالتی بر جواز ارتكاب محرم از مکره به منظور نجات نفس خود از تهلكه ندارد.

دوم اینکه چنانچه به استناد عموم این آیه، حرمت القای نفس در تهلكه 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 تهلكه 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 مرجعی برای عمل به یکی از دو دلیل و اسقاط دیگری در دست نباشد، فرد دچار بالاتکلیفی 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.

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 شریفه‌ی «قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ» (انعام، 119).

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.

## 2. سنت

فقهای 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 مقتدرن 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 (علیه السلام) نقل کرده است که قال رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم):

رفع عن امتی تسعة: الخطا و النسیان و ما اکرهوا علیه و ما لا یعلمون و ما لا یطیقون و ما اضطرّوا الیه و الحسد و الطیرة و التفکر فی الوسوسة فی الخلق ما لم ینطق بشقة.

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؛ تصرف در معنای لفظ رفع یا تصرف 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. برخی از اصولیون معاصر نیز بر همین معنا صحه گذاشته‌اند. 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. 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 مکافات‌ی به دنبال نخواهد داشت و مستحق عقاب و کیفر نخواهد بود.

فقهای 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 أمتی الخطاء و النسیان و ما استکرها علیها.»

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

شرف الدین نووی، از اجلّه‌ی شارحان حدیث و از فحول فقهای مذهب شافعی، آن را حدیثی حسن دانسته است.

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

### 3. 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 مستقّلی به شمار نمی‌رود.

### 4. عقل

از آنجا که اختیار و آزادی اراده از مبانی مسؤلیت جزایی به شمار رفته‌اند لذا در صورت فقدان آنها یا ایجاد هرگونه محدودیت در آنها، دیگر نمی‌توان قائل به تحقق مسؤلیت 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، عقلاً نمی‌توان حکم به مسؤلیت و تحقق آن نمود.

بنابراین، صرف نظر از ضوابط شرعی و مستندات منقول که در فقه اسلامی در مقام توجیه رفع مسؤلیت 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 مسؤلیت 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:

## 1- اکراه ملجی یا اکراه تامّ

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 مدّت طولانی نیز موجب بروز اکراه ملجی می‌شود. اقوال برخی از فقها که تعدّد ضربات را برای تحقّق آن لازم دانسته‌اند صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چرا که، شدّت و ضعف ضربه و نیز انفراد یا تعدّد آن مورد نظر نیست؛ ملاک ترتّب فوت بر آن است. در اینجا شدّت و حدّت خطری که مکره را تهدید می‌کند و رعب و هراس حاصل از آن به اندازه‌ای است که در شخص حالتی نظیر حالت اضطراب ایجاد می‌کند. اصطلاح الجاء و ملجی هم که فقها برای تعبیر از این گونه اکراهی به کار برده‌اند و برای تحقّق آن، الجاء مکره را لازم دانسته‌اند خود موهم همین معناست؛ چه، الجاء مفهومی نظیر اضطراب و ناچاری در بر دارد. در ادبیات حقوق جزای عرفی، این قسم اکراه در اغلب موارد ملحق به اجبار می‌شود.

## 2- 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 مدّت 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 اضطرابی در بر ندارد و اصولاً شخص در موقع اضطراب 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 شدّت 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 تحقّق 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 خلّی و نفسہ 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 واسطه محدودیتی که در اختیار و آزادی اراده‌ی مکره ایجاد می‌کند در تمامی اقدامات و تصرفات حقوقی در قبال وقایع مادّی 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.

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

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.

### 1. 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 معتنا 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 تأثیر پذیری وی و همچنین شرایط و اوضاع و احوال وقوع اکراه، موقعیت اکراه کننده و ارزش آنچه مورد تهدید اکراه کننده واقع شده به عنوان مسائل موضوعی اکراه، مورد لحاظ واقع می شوند. چنانکه پیداست امور و اوصاف مذکور نسبی بوده و از شخصی به شخص دیگر متفاوت اند.

نسبیت تهدید و اکراه، مورد تصریح فقها، از جمله سرخسی، محقق حلّی و شیخ طوسی واقع شده است.

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 نمی شود. این امر نیز مسأله ای 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 دانسته اند. در همین راستا، در ماده 1005 المجله که بر پایه ی فقه مذهب حنفی تدوین شده است چنین می خوانیم: ان فعل المکره المکره علیه فی حضور المجبر أو عونه کان الاکراه معتبرا اما اذا فعله فی غیاب المجبر أو عونه فلا يعتبر لانه یكون قد فعله بعد زوال الاکراه؛ هرگاه مکره عمل مورد اکراه را در حضور اکراه کننده یا همکار او انجام دهد معنای اکراه صدق می کند؛ 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 اکراه کننده و زوال اکراه است؛ اما از آنجا که اساس مسأله ی 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 اکراه کننده موجب زوال اکراه، هر چند به طور موقت می شود. بدین سان مادام که خوف مورد نظر در نفس مکره وجود داشته باشد اکراه تحقق یافته است؛ هر چند اکراه کننده حضور نداشته باشد. بالعکس، مادامی که خوف مزبور در میان نباشد اکراه غیر متحقق است؛ هر چند اکراه کننده حاضر باشد. به بیان ساده تر، ضابطه تحقق اکراه وجود تهدید و ترس حاصل از آن است؛ نه مسائل و شرایط جنبی، از جمله حضور یا غیبت اکراه کننده. در این زمینه سرخسی می نویسد: و لو ان هؤلاء اللصوص قالوا شیئا من ذلك للرجل و الرجل لا یری أنّهم یقدمون علیه لم یسعه الاقدام علی المحرم، لأنّ المعتبر خوف التلف و لا یصیر خائفا من التلف اذا کان یعلم أنّهم لا یقدمون علیه و ان هددوه به؛ 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 نمی کند؛ هر چند که آنان تهدید کرده باشند.

کاشف الغطاء، از فقهای امامیه، در شرح مواد الجمله می‌نویسد: «و سواء فعل ذلك بحضور المکره المتوعد أو بغيباه فإنَّ الحضور و الغياب ليس له ای اثر بعد تحقق تلك الشروط.»

به هر حال، بعد از فعلیت یافتن تهدید و ایراد صدمه یا ضرر به مکره، دیگر اکراه موضوعاً 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 محرّم 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 محرّم 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 ظنّ باشد.

**2. 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 متیقّن باشد یا مبتنی بر غلبه ظنّ. 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 اضطراب، 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. سرخسی در این زمینه می‌نویسد: «ثم فی الاکراه يعتبر معنی فی المکره و معنی فی المکره و معنی فیما اکره علیه و معنی فیما اکره به.

فالمعتبر فی المکره تمکنه من ایقاع ما هدّد به، فاذا لم یکن متمکنا من ذلك فاکراهه هذیان و فی المکره المعتبر انه خائفا علی نفسه من جهة المکره فی ایقاع ما هدّد به عاجلا لأنه یصیر ملجأ محمولاً طبعاً إلاّ بذلك.»

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 شرعیّه 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 نیامورد اما اکراه شده بر این اعتقاد باشد که در صورت امتناع، در معرض خطر قرار خواهد گرفت اکراه متحقق است.



فقهای 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. در همین راستا در ماده‌ی 1004 المجله آمده است: «بشترط خوف المکره من وقوع المکره به، یعنی بشرط حصول الظن الغالب عند المکره باجراء المکره به أن لم يفعل 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. بند 3 ماده 127 قانون مدنی مصر در این خصوص چنین اشعار می‌دارد: «و یراعی فی تقدیر الاکراه جنس من وقع علیه هذا الاکراه و سنّه و حالته الاجتماعیة و الصّحة و کل ظرف آخر من شأنه أن یؤثر فی جسامة الاکراه.»

### 3. شرایط تحقق اکراه

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

- 1- تهدید مکره از سوی اکراه‌کننده؛ البته با شرایط و اوصافی که بر شمردیم. از جمله ملجی بودن آن.
- 2- فعلیت داشتن یا قریب الوقوع بودن تهدید؛ همان گونه 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.
- 3- 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 قادراً علی فعل ما توعّد به.»

- 4- 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 درخواست وی مقدور باشد، دیگر اکراه به معنای آن تحقق نیافته است. 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.»

- 5- 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 طریق غیر از ارتکاب فعل محرم مورد نظر اکراه‌کننده برای وی مقدور باشد دیگر اکراهی متحقق نخواهد شد. به بیان روشن‌تر، مکره باید ناچار از ارتکاب فعل حرام بوده، به تعبیر فقها و اصولیین فاقد «مندوحه» باشد.

- 6- 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 تحمّل این مجازات‌ها بوده و بدون تهدید هم در معرض تحمّل آنها قرار می‌گرفته است. به همین خاطر، فقهای شافعی اکراه را به دو قسم به حق و به غیر حق منقسم دانسته که دوّمی 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.»

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.»

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

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.

### 1. تهدید شخص مکره

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

پیش از این گفته شد، اکراه مورد نظر در امور جزایی، اکراه ملجی است که در آن خوف تلف نفس یا عضو و 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 اکراه 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 تموّل و تمکّن 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 اکراه 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 اکراه، اشخاص هستند نه اموال. عده‌ای از فقهای این مذهب از این قاعده‌ی کلی و مذهب خود عدول کرده، عذر اکراه در موردی را که متهم تهدید به ضرر و زیان مالی شده قابل طرح و پذیرش دانسته‌اند. این گروه، خود در میزان خسارت احتمالی و ارزش مالی که تهدید به تلف شده دچار اختلاف نظر شده‌اند.

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

## 2. تهدید شخص ثالث

هر چند غالباً تهدید اکراه‌کننده متوجه خود مکره است اما گاهی ممکن است شخص ثالث را مورد تهدید قرار دهد. فقها در خصوص این مسأله و تحقق اکراه 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 اکراه تلقی شود. شافعیه و گروهی از فقهای حنفی نیز بر همین باورند و تهدید غیر را برای تحقق و تأثیر اکراه کافی می‌دانند. حسب اعتقاد فقهای مذهب حنبلی، چنانچه تهدید علیه پدر و فرزند مکره باشد می‌توان قائل به تحقق اکراه شد.

در مقابل، گروهی از فقهای حنفی تهدید شخص ثالث را به هیچ وجه در تحقق اکراه مؤثر نمی‌دانند. البته باید توجه داشت که اصل قیاس که از اصول معتبر این مذهب است اکراه غیر را برای سقوط مسئولیت کیفری توجیه نمی‌کند و آن دسته از فقهای حنفی که تهدید شخص ثالث را برای تحقق اکراه و سقوط مسئولیت کافی دانسته‌اند، از طریق استحسان و با تکیه بر دلایل استحسانی چنین اعتقادی را در خود پرورش داده‌اند. از میان فقهای امامیه، محقق حلّی در شرایط اکراه می‌نویسد: «أن یكون ما توعّد مضرًا بالمکره فی خاصّة نفسه أو من یجری مجری نفسه کالأب و الولد؛ شرط اکراه این است که مورد تهدید به شخص مکره یا به شخصی که به منزله‌ی اوست - نظیر پدر و یا فرزندان او - زیان آور باشد.» سید ابو الحسن اصفهانی نیز در این باره می‌نویسد: «و لا فرق فی الضّرر المتوعّد بین أن یكون متعلقًا بنفس المکره أو من یكون متعلقًا به کولده و عیاله و من یكون ایقاع محذور علیه بمنزله ایقاعه علیه؛ 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 اکراه 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 اکراه‌کننده 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. نهایتاً، 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 حوزه‌ای حقوق اسلامی، اکراه در پاره‌ای از جرایم تأثیری نداشته، موجب اباحه‌ی اعمال و رفع ممنوعیت از اصل اعمال نمی‌شود. 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».

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، موجّه 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 تخبیر است.

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. قانون‌گذار در سال 1361 ش، در ماده 29 قانون راجع به مجازات اسلامی 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 1370 ش، ماده 54 قانون مجازات اسلامی با تغییراتی در عبارت، جانشین ماده 29 قانون راجع به مجازات اسلامی شده است. در ماده 54 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. {ماده 39 قانون مجازات عمومی سابق: هرگاه کسی بر اثر اجبار مادی یا معنوی که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد. در این مورد، اجبارکننده، به مجازات آن جرم محکوم می‌شود.

ماده 29 قانون راجع به مجازات اسلامی: در جرایم قابل تعزیر، هرگاه کسی بر اثر اجبار یا اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد در این مورد اجبارکننده به مجازات آن جرم محکوم می‌شود.}

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:

1- 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 67 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.»

2- شرب خمر: دارا بودن اختیار از جمله‌ی شرایط تحقق حد مسکر است. بنابراین اگر شارب خمر مکره باشد، به حد تازیانه محکوم نمی‌شود. ماده 166 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.»

3- 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 (3) ماده 198 قانون مجازات اسلامی، یکی از شرایط مهم تحقق سرقت مستوجب حد این است که سارق با تهدید و اجبار وادار به سرقت نشده باشد.

4- 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 211 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 (1) ماده 211 قانون مجازات اسلامی، اگر اکراه شونده طفل غیر ممیز یا مجنون باشد فقط اکراه‌کننده محکوم به قصاص است. همچنین با توجه به تبصره (2) ماده 211 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 54 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 تهیه‌کنندگان 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.

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 عمدا مرتکب عمل مجرمانه‌ای شود قابل مجازات و سرزنش نیست. این حالت معمولا 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 134، غیر قابل مجازات بودن عمل اضطراری را مقرر می‌دارد.

قانون مانو که از قوانین قدیم هند است شامل برخی مقررات در این باب است. در حقوق روم ضرب المثل «ضرورات قانون نمی‌شناسد» معروف است. در حقوق اسلام قاعده‌ی «الضرورات تبيح المحظورات» و یا «رفع ما اضطرأ» 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

## 1. 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 مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ»؛ مرا سختی و گزند رسیده و تو مهربان‌ترین مهربانانی. «فَاسْتَجِبْ لَهُ لَمَّا كَشَفْنَا لَهُ مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ»؛ پس او را اجابت کردیم و سختی و گزند که بر وی بود برداشتیم.

لغت‌شناسانی که به واژه‌شناسی قرآن روی آورده و به اصطلاح به مفردات قرآن و بیان معانی آنها پرداخته‌اند ضَرَّ را «ما يصيب الانسان في نفسه» معنا کرده‌اند. در این میان، راغب اصفهانی اضطرار را از همین واژه ضَرَّ به ضَمَّ 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.

## 2. شناخت اصطلاحی مفاهیم

فقها و اصولیون تعاریف متعدد و تقریبا مشابهی از اضطرار و مضطر ارائه نموده‌اند. از میان صاحب نظران شیعه، مقدس اردبیلی گفته است: «الاضطرار ما لم يمكن الصبر عليه مثل الجوع؛ اضطرار آن است که صبر بر آن ممکن نباشد؛ مانند گرسنگی.

علامه حلی در مقام تعریف مضطر می‌نویسد: «المضطر هو من يخاف التلف على نفسه؛ 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 مضطر، این است که تعریف به اعم هستند و به اصطلاح، مانع نیستند و شامل غیر اضطرار و غیر مضطر هم می‌شوند؛ به عنوان مثال، تعریف مقدس اردبیلی که «اضطرار یعنی آنچه که نتوان بر آن صبر کرد یا نتوان آن را تحمل 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. 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 مضطر 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 محرم 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 مضطر با قصد و اراده دست به ارتکاب فعل محرم 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. 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.»

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 حقوق دانان 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:

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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. سرانجام 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.



فقها 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.

### 1. کتاب

آیاتی از قرآن، از جمله آیات 173 از سوره‌ی بقره، 115 از نحل، 119 و 145 از انعام و 3 از مائده، ناظر به احکام اضطرار هستند. الف: در آیه‌ی 173 از سوره‌ی بقره آمده است: *إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَ مَا أَهْلًا بِهِ لَغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا 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 تعدی، ناچار از خوردن شود، به این معنا که ستم و تعدی 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.

شیخ طوسی در مقام بیان معنای «غیر باغ و لا عاد» گفته است که در معنای این دو اصطلاح، سه قول مطرح است. اول اینکه غیر باغ برای ممانعت از زیاده روی در تلذذ است و لا عاد برای اکتفا به سدّ جوع است که این قول خوبی است. دوم اینکه غیر باغ ناظر به افراط و زیاده روی در تناول، و لا عاد راجع به تقصیر و کوتاهی در آن است، و بالاخره سوم اینکه غیر باغ اشاره به خروج بر امام مسلمانان است و لا عاد به معصیت‌کاران توجه دارد.

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 «غیر باغ و لا عاد» معنا و مفهوم متفق علیهِی 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 سد رمق می‌داند. با این حال، جمهور فقهای اهل سنت بغی را اکل میته در غیر موارد حاجت و عدوان را تجاوز از حد ضرورت و نیاز دانسته‌اند.

ب- در بخش آخر آیهی 3 از سورهی مائده آمده است: *فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ 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 119 از سورهی انعام: *وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ 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 اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ» این است که خوردن آنچه که در صورت امتناع از خوردن، بر هلاک نفس خود بیمناک می‌شوید برایتان مجاز است. اگر چه چیزی باشد که خداوند آن را حرام نموده باشد.

## 2. 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 حرمه الله الا و قد حلله لمن اضطرَّ اليه؛ هیچ چیز را خداوند حرام نکرده مگر آنکه برای کسی که مضطر است حلال می‌شود.

ب) عن السكوني عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: لا يقطع السارق في عام سنت. یعنی عام المجاعة؛ دست سارق در سال قحطی قطع نمی‌شود.

ج) قال الصادق (عليه السلام) من اضطرَّ الى الميتة و الدم و لحم الخنزير فلم يأكل شيئا من ذلك حتى يموت فهو كافر؛ امام صادق (عليه السلام) 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 (عليه السلام) نقل شده در خور توجه است.

د) عن محمد بن احمد بن يحيى عن علي بن السندي عن محمد بن عمر بن سعيد عن بعض اصحابنا قال: اتت امرأة الى عمر بن الخطاب فقال: يا امير المؤمنين اني فجرت فأقم في حد الله فأمر برجمها و كان علي حاضرا فقال سلها كيف فجرت فقالت: كنت في فلاة من الارض فأصبني عطش شديد فرفعت لي خيمة فأتيها فوجدت رجلا اعرابيا فسألته الماء فأبى علي ان يسقيني الا ان امكنه من نفسي فوليت منه هاربه، فاشتد بي العطش حتى غارت عيناي و ذهب لساني فلما بلغ مني اتيته فسقاني و وقع علي فقال له علي (عليه السلام) هذه التي قال الله عز و جل فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرِ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ هذه غير باغية و لا عادية فخلَّ سبيلها فقال عمر لو لا علي لهلك عمر.

روایت مذکور علاوه بر دلالت بر سقوط حد و رفع مسئولیت به واسطه‌ی اضطرار، بیانگر لزوم توجه قاضی به خصوصیات فردی مرتکب و اوضاع و احوال ارتکاب جرم نیز می‌باشد.

ها) 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 (علیه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) رفع عن أمتي تسعة: الخطأ والنسيان، و ما استكرهوا عليه، و ما لا يطيقون و ما لا يعلمون و ما اضطروا اليه و الحسد و الطيرة و التفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفه؛

امام صادق (علیه السلام) فرمود که رسول خدا (صلى الله عليه وآله وسلم) فرموده است: از امت من نه چیز برداشته شده است: 1- خطا، 2- نسیان، 3- آنچه بر آن اکراه می‌شوند، 4- آنچه طاقتش را ندارند، 5- آنچه نمی‌دانند، 6- آنچه مضطر می‌شوند، 7- حسد، 8- طیره، 9- خیال و گمان و وسوسه در آفرینش مادام که چیزی بر زبان جاری نساخته‌اند.

فقه‌ها 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 اولیه‌ی 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 مضطرب با استناد به حدیث رفع به نحو امتنان مجازات نخواهد شد؛ ضرر و زیان ناشی از فعل اضطراری قابل جبران است و خود مضطرب 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؛ مثلا 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 دائر مدار آن می‌دانستیم؛ اما وقتی حکمت باشد با رفع حکمت، حکم برداشته نمی‌شود. بنابراین، اضطراب مطلقاً رافع حکم است.

شرط دوم این است که احکام باید بر نفس افعال اضطرابی 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 اضطراب 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؛ مثلا، چنانچه کسی بر اثر اکراه مرتکب نزدیکی حرام شود، با استناد به حدیث رفع و وجود حالت اکراه می‌توان 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 واقعه و نزدیکی اضطرابی.

بنابراین، اضطراب 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 اضطراب با شیء نجسی اصابت نموده و نجس شود آیا می‌توان به استناد وجود حالت اضطراب و با استدلال به حدیث رفع، حکم به عدم نجاست و عدم لزوم ازاله‌ی آن نمود؟

مسئله خیر؛ زیرا موضوع حکم وضعی تنجّس 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 اضطرابی هم دارای همان احکام وضعی است.

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 اضطراب نباشد (لا بشرط شیء)؛ مثلاً در «السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» حکم قطع به طور مطلق بر ارتکاب سرقت مترتب است؛ نگفته است که در صورت اضطراب یا غیر اضطراب 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 اضطراب 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 اضطراب است. بنابراین، شخصی که در اثر اضطراب 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 اضطراب 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 و وجوب قصاص خود به خود برداشته می‌شود و دیگر نیازی به استناد به حدیث رفع نیست.

فقهای 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 یحلّ لنا من المیتة؟ قال ما طعامکم؟ قال نعمتبق و نصطح. قال (صلی الله علیه و آله و سلم) ذاک و أبی الجوع فأحلّ لهم المیتة.» 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.

### 3. 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، مضطرباً 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 حجیت ندارد؛ اما در موارد خاصه می‌توان بر امر عقل ادعای اجماع نمود. در کتاب تحریر الوسیله آمده است: «المدار فی الککل هو الخوف الحاصل من العلم او الظن.»

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.

### 4. 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.

توجهاتی 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 تبيح 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.

**1. 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 حدّ 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 خوبی 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 تعدّد مصادیق و افراد، حکم متعدّد 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 متعدّد 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.

**2. در احکام وضعی**

فقها با تکیه بر امتنانی بودن حدیث رفع، شمول آن را به احکام وضعی، به جهت اینکه موجب مضیقه و مشقت امتّ 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. 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.»

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.»

آیت الله خوئی در این زمینه می‌فرماید: «رفع این عناوین، منتی بر اُمت است. بنابراین، ضمان و مسؤلیت 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 منتی برای تلف‌کننده وجود دارد. همچنین با استناد به این حدیث نمی‌توان بیع مضطر را باطل دانست؛ چرا که بطلان بیع مضطرّ خلاف امتنان است.» 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.

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

### 3. ماهیت شرعی فعل اضطراری

اینکه اضطرار سبب اباحه‌ی فعل محرم می‌شود، یا با بقای حرمت اصل فعل، مسؤلیت ناشی 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: تصرّف در معنای لفظ رفع؛ تصرّف 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.» آیت الله خوئی نیز بر همین معنا صحّه 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 اضطرّوا الیه و یا ما استکروهوا علیه 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 اُمت. 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.

علامه طباطبایی ذیل آیه 173 سوره 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 3 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 الوسيله 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.»

در مکاسب محرمه، در خصوص اضطرار به مال غیر آمده است: «إِنَّ دَلِيلَ الاضطرار عام يشمل الاضطرار الى مال الغير يرفع دليل الاضطرار حرمة التصرف في مال الغير.»

به اعتقاد صاحب جواهر، خوردن مردار برای حفظ نفس واجب است. در صورتی که فرد مضطرب 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.

با توجه به رفع حرمت از اصل عمل از دیدگاه فقهای امامیه، اضطرار از لحاظ حقوقی، از عوامل موجهی جرم تلقی می‌شود. مع الوصف، به اقتضای قاعده‌ی «من اتلف مال الغير 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 ترتّب ضمان و مسئولیت مدنی بر آن، منافاتی وجود ندارد.

ماهیت شرعی و عنوان فقهی فعل اضطراری، در میان فقهای 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 مضطرب 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 کفاره 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 امتّ رفع مؤاخذة 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 مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ»؛ بویژه استثنای آخر آن، استناد کرده‌اند. به عقیده آنان، از آنجا که کلام مقید به استثنا، حکمی غیر از مستثنی دارد، حکم «مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ» غیر از حرمت «قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ» است. به طور خلاصه، استثنای از محظور، اباحه است؛ از این رو معنای آیه‌ی شریفه چنین است: این اشیاء 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 مضطرب 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. مستند قائلین به وجوب، آیاتی همچون «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره، 195) و «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء، 29) است.

#### 4- 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.

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 «انَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ لَكُمْ شِفَاءَ لَكُمْ فِيْمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ» و نیز حدیث «انَّ اللَّهَ انْزَلَ الدَّاءَ وَ انْزَلَ الدَّوَاءَ فَجَعَلَ لَكَ دَاءَ دَوَاءِ فِتْنَاوَا وَ لَا تَدَاوُوا بِالْحَرَامِ» قائل به عدم جواز تداوی با اشیای محرم شده‌اند. در مقابل، گروهی دیگر با استناد به عمومات و اطلاعات ناظر بر حالت اضطرار، قائل به جواز شده‌اند. این گروه در کنار استدلال کلی خود، به حدیثی از پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) مبنی بر اجازه‌ی پوشیدن حریر به دو تن از یاران خود به واسطه‌ی بیماری آنان استناد کرده‌اند. سید سابق نظریه اول و دکتر یوسف قرضاوی نظریه اخیر را ترجیح داده است.

#### 5- 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.»

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.

بیشتر فقها، در صورت استمرار حالت اضطرار، تزوّد (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. از فقهای امامیه، صاحب جواهر الکلام جواز تزوّد 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.

1. شرایط واقعه‌ی 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 ظن و احتمال عقلایی به بروز خطر شدید مطرح است و ما پیش از این عبارت امام را نقل کردیم که فرموده بود: «المدار فی الكل هو الخوف الحاصل من العلم او الظن».

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، هیچ‌کدام مجوز اتیان فعل حرام نیستند.

ج) خطر به وسیله‌ی خود مضطر 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 «غیر ب‌اغ و لا عاد» مذکور در آیه 173 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 تحمل 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 تحمل 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 و 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 وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ» چنانچه شخصی دیگری را بر خویش ترجیح دهد، یکی از مظاهر بزرگ ارزش‌های اخلاقی را (ایثار) تجلی 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.

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.

## 2. 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 تنقذ 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 سدّ رمق و رفع ضرورت اکتفا نمود.» و نیز گفته شد که «اباحه‌ی اشیای مذکور به میزان رفع اضطرار است.»

با وجود این، گاهی شدت خطر و اضطرار به حدّی 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 الوسیله آمده است: «اگر فردی مضطر به ارتکاب حرامی شد، واجب است به مقدار

رفع ضرورت مرتکب آن حرام شود.» 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.»

بنابراین، نهایت اقدام اضطراری نهایت ضرورت است و با رفع ضرورت، جواز اقدام هم مرتفع خواهد شد و قاعده‌ی «الضرورات تنقذ 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 فلسفه معافیت حاصل از ضرورت یا اضطرار، نظریات مختلفی ساخته و پرداخته‌اند. گروهی، از جمله پروفیسور 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 ازاله‌ی قصد و قدرت اختیار می‌شود.

گروهی دیگر از حقوق دانان، 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 جاءكم 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 میته 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 بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ» (حجرات، 1). 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 حقوق دانان، 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.