سوگند به قلم و آنچه می‌نویسند

جزوهٔ قواعد فقه

«ویژهٔ آزمون قضاوت»

آخرین بروزرسانی: ۱۴۰۲

دکتر امید ملاکریمی

(وکیل پایه یک دادگستری و عضو هیأت علمی دانشگاه)

به کوشش انور یوسفی

حیرت‌انگیزی که دنبالش بودید این جزوه است!

درس قواعد فقه از دروس تخصّصی رشتهٔ حقوق و البته از مهم‌ترین دروس در آزمون قضاوته! در این جزوه از ورود به مباحث حاشیه‌ای و بعضاً زائد پرهیز شده و فقط به نکات و مباحث اصلی و مهم پرداخته شده، به طوری که با خوندن این جزوه مطالب قواعد فقه به صورت مُدَوَّن در ذهن شما شکل میگیره. مطالعه‌ی این جزوه به دانشجویان دورهٔ کارشناسی و کارشناسی‌ارشد و علی‌الخصوص داوطلبان شرکت در آزمون تخصصیِ حقوقی قضاوت، توصیه می‌شود. ضمناً باید بگم: ده‌ها جزوهٔ سَبُک و روانِ حقوقی که به طور شگفت‌انگیزی شیوا و گیرا و رسا توضیح دادم و قول می‌دم که اگه فقط یکی از اوونها رو از سایتم (www.mollakarimi.ir) بگیرید و مطالعه کنید به جزواتم اعتیاد پیدا می‌کنید.

ما در سایت فوق، کانال تلگرام و صفحهٔ اینستاگرام‌مون، هر آنچه برای قبولی در آزمون‌های حقوقی نیاز است را به شما خواهیم داد! می‌دانیم که داوطلبانِ آزمون‌های حقوقی، زمانی که تصمیم می‌گیرند که شروع به خواندن نمایند در انتخاب منابع سردرگم هستند؛ کاری که ما انجام می‌دهیم این است که اوون منابعی رو که برای قبولی کفایت می‌کند رو به طور رایگان در اختیارتون می‌گذاریم و بهتون اطمینان می‌دیم که نیاز به خواندن منابع متعدد نخواهید داشت. در واقع، صدها داوطلبی که از این خدمات استفاده کردند و جواب گرفتن رو می‌تونیم شاهدِ عملکردِ مثبتمون بدونیم.

توجّه: این جزوه برای تدریس در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی توسطِ معلم (امید ملاکریمی) تهیه و تکثیر شده و جنبهٔ انتفاعی نداشته و تکثیر و نسخه‌برداری از آن، بدون قصد سودجویی و «تنها با ذکر منبع» مجاز می‌باشد، در غیر این صورت، قانوناً ضمان‌آور است. نگارندگان، سپاسگزارِ خوانندگانی خواهد بود که نظرات، پیشنهادها و انتقادات خود را پیرامون این نوشتار از راه‌های فوق یا ایمیل «mollakarimi.omid@gmail.com» بیان فرمایند.

در آخر، باید بگم که جزواتِ سایتِ MollaKarimi.ir و حتّی **این نوشته دائماً با توجّه به سرفصل‌های جدید و آخرین تغییرات قوانین و تست‌های آزمون‌های هر سال، به روز می‌شه و چنانچه پی.دی.اف یا نسخهٔ چاپ‌شدهٔ جزوه رو در دست دارید بهتره مجدداً از سایت، نسخهٔ به روز رو دانلود کنید.** ضمناً ما کارگاهی داریم که متفاوت از بقیهٔ کارگاه‌هاست! اسمِ کارگاهِ ما، «کارگاه تولید محتوای حقوقی» است که می‌تونید اینستاگرام (@vekalatyar) و تلگرامِ ما (@omidmollakarimi) رو دنبال کنید تا کلّی محتوای حقوقیِ خوب رو مشاهده و دریافت کنید.

داستانِ من: امید ملاکریمی هستم مدرس دانشگاه، عضو هیأت علمی و وکیل پایه یک دادگستری و همینطور تدوین‌کنندهٔ جزوات آزمون‌های حقوقی. می‌خوام یه داستان جالب براتون تعریف کنم، یادمه زمانی که مدرک کارشناسیم رو گرفتم خب اوون موقع مثل الان اینجوری در فضای مجازی فایل‌های صوتی یا جزوات در دسترس نبود؛ یه دوستی داشتم که توی کلاسای یکی از مؤسسات آموزشی که توی تهران بود شرکت کرده بود و سرِ کلاس جزواتی را که اساتید می‌گفتن رو با یه خط خیلی بدی نوشته بود؛ خلاصه من هم که توانِ شرکت در اوون کلاس‌ها در اون زمانُ نداشتم ازش خواهش کردم که کپیِ اونها رو در اختیارم بگذاره، بهم گفت که من اوومدم توی یه خونه‌ای که در شهرستان دارم و برای آزمون وکالت می‌خونم و دسترسی و امکان تهیهٔ کپی ندارم؛ گفت که برو فلان آدرس توی تهران (که آدرس همون مؤسسهٔ آموزشی بود) برو واحدِ انتشاراتش و جزوات رو بِخَر! خوشحال شدم و رفتم اونجا، یه آقای مُسِنّی توی قسمتِ تکثیر یا همون واحد انتشارات اون مؤسسه نشسته بود و تا گفتم جزوهٔ فلان اساتید رو می‌خوام بهم گفت دانشجوی مؤسسه هستی؟ گفتم که نه! گفت ببین پسر جون! اینجا یه مؤسسه است که داره کارِ تجاری انجام می‌ده اینجوری که مثلاً استاد یه جزوهٔ ۲۰۰ صفحه‌ای میده به من که تکثیر کنم و بِدَم به دانشجوهای همین مؤسسه که کلاس‌های اوون استاد در اوون درسِ خاص رو شرکت کردن؛ حرفش رو قطع کردم بهش گفتم: «می‌تونم خواهش کنم که همین جزوه‌ها رو به من بدین؟»؛ گفت: «وایسا هنوز حرفم تموم نشده!»؛ گفتم: «ببخشید، بفرمایید!» ادامه داد که «اون استاده که جزوهٔ ۲۰۰ صفحه‌ایِ تایپی را در اختیار دانشجوها قرار داده اینجوری نیست که کلِّ کلید یا فرمول یا دستورالعملِ قبولی رو بِده به دست من که تکثیر شه!» ادمه داد که: «همون استاد به بچه‌ها سرِ کلاس جزوه هم میگه که بنویسن و جزوهٔ دست‌نویس می‌شه مکمل این جزوهٔ تایپی و گفت جالب‌تر اینکه در همین جزوهٔ تایپ‌شده هم ایراداتی وجود داره که سرکلاس به بچه‌ها میگه که اصلاحش کنن!» ادامه داد: «بعله اینجوریاس!»؛ خیلی ناراحت شدم از اینکه چرا باید اوونهایی که به این کلاسا دسترسی دارن یا توان مالی دارن قبول بشن، از طرف دیگه هم از اون دوستم ناراحتم شدم که چرا منو پیچوند! زنگ زدم بهش گفتم ماجرا از این قراره؛ متوجّهِ کاری که باهام انجام داده بود شد، خواست جبران کنه، بهم گفت پاشو بیا اینجا و از جزوات نُت‌برداری کن، البته بازم نگفت که بهت کپی‌ها رو می‌دم! شاید حق داشت چون هزینه کرده بود و نمی‌خواست یه رقیب اضافه بشه! منم که «مُصر بودن» و «پیگیر بودن» اَصَن تو ذاتمه کوبیدم رفتم اونجا؛ پنج ساعت توی راه بودم و خلاصه بهم محبت کرد و سه شبانه روز ازم پذیرایی کرد و یک دونه از این میزهایی که مُلّاها دارن بهم داد که بنشینم و یادداشت‌برداری کنم؛ بعد از اینکه کارَم تموم شد و با اتوبوس در مسیرِ برگشت بودم در حالی که داشتم به انگشت بزرگهٔ دستِ راستم که کبود شده بود (اینقدر که نوشته بودم!) نگاه می‌کردم توی این فکر بودم که اگه یکی این رفیقی که من داشتم رو نداشت و امکان حضور در این کلاس‌ها رو هم به جهت عدم توانایی مالی نداشت مسلّما از پیشرفت باز می‌موند و البته نتیجه، این می‌شد که فقر و زندگی‌کردن توی نقاط دورافتاده و محروم باعث باز موندن آدم‌های مُستعد می‌شه، البته بگذریم که معدود اساتیدی هم هستند که همه چیز رو در مادیات می‌دونن و اونها هم در خصوص عدم پیشرفت این آدم‌های مستعد مسؤولند؛ تو همین فکر بودم که یهو یه جمله از یکی از معلم‌هام یادم اومد، گفته بود که: «اگر با خدا وعده کنی که یه بخشی از کارِت رو در آینده به اونهایی که نیاز به خدمت تو دارن تَبَرُّعاً خیر کنی جواب خوبی می‌گیری»، خلاصه به اون بزرگ‌بابا («خدا» رو می‌گم) قول دادم که اگه قبول بشم یک به دَهِ پولِ حاصله از وکالت یا قضاوت و همینطور یک‌دهم از زمانم رو به تدوینِ جزواتِ رایگان اختصاص بدم؛ اینجوری شد که سالِ بعدش، خبرِ شیرینِ قبولیم رو بعد از مادرم، به خودش (یعنی خدا) دادم و گفتم بهش که: «از فردا، اجرای وَعده‌م رو شروع می‌کنم الان نُه سال از اون روز می‌گذره و من تمامِ جزواتِ موردِ نیاز برای قبولی در آزمون‌های حقوقی رو کامل کردم؛ البته بگم که من نَه یک به دَه؛ بلکه نُه به دَهِ مالَم و وقتم رو به این مهم اختصاص دادم و البته خدا در تمام این سال‌ها آدم‌هایی رو سرِ راهم گذاشت که بهم کمک کردن و وجودشون مایهٔ رحمت بود؛ خلاصه اینکه به گفته قرآن «رحمت خدا به نیکوکاران نزدیک است!» و من دست‌های او را در کلیهٔ امورم دیدم؛ امروز که این متن را برای اولین بار می‌خونید خُرسندم از اینکه جزواتم روزانه صدها مرتبه دانلود می‌شود و خدا را شاکرم که داوطلبان از کامل‌بودن و بی‌نقص‌بودن اون‌ها صحبت می‌کنن؛ من تردید ندارم که مطالعهٔ جزواتم برای موفقیت در آزمون‌ها (البته در کنار خواندن قانون) کافی است. این جزوات کاملاً رایگان است (و دائماً بروز می‌شه) و یه خواهش از شما دارم که فقط یکی از جزوات رو دانلود کنید و اگه به معجزهٔ اون‌ها پی بردین اون‌ها رو به دوستان‌تون معرفی کنین، من برای گسترشِ این کارِ خیر به کمک شما نیاز دارم؛ بدون وجود شما مَحاله که به این منابع کنکوری دست پیدا کنند. البته بدونید این کار خیر شما هم بهتون برمی‌گرده!

تقدیم به تمام کسانی که تا به حال هیچ به آن‌ها تقدیم نشده است؛ تقدیم به کمنامان!

بخش اول: قواعد فقهی مدنی

کلیات

تعریف قاعدهٔ فقهی

قاعده، در لغت به معنای اساس و ریشه است. طریحی در مجمع‌البحرین آورده است:

«القواعد، جمع القاعدة و هی الاساس لما فوقه»؛ قواعد، جمع قاعده و به معنای بنیان و پایه برای چیزی است که در بالای آن قرار دارد.»

فقیهان در تعریف اصطلاحی قواعد فقهی اتفاق نظر ندارند در اینجا به برخی از نظریات آنها اشاره می‌شود:

برخی در تعریف آن گفته‌اند: « قواعد فقهی قواعدی هستند که در راه به دست آوردن احکام شرعی الهی واقع می‌شوند؛ ولی این استفاده از باب استنباط و واسطه نبوده بلکه از باب تطبیق است»

برخی دیگر گفته‌اند: «قواعد فقهی، اصول فقهی کلی با عبارت‌های کوتاه و اساسی است که احکام تشریعی عام را در حوادثی که در موضوعات آنها داخل است شامل می‌شود»

تفاوت قاعدهٔ فقهی و اصولی

برای دسترسی به احکام شرعی جزئی هم به قواعد فقهی و هم اصولی نیاز است علی‌رغم شباهت‌های بسیاری که بین این دو قاعده وجود دارد اما از جهاتی با هم متفاوت‌اند و شناخت نقاط تمایز آنها است. تفاوت این دو قاعده در کلمات بزرگان این علوم به صورت پراکنده مشاهده می‌گردد که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱. استخراج قاعدهٔ اصولی و شناخت آن بر قاعدهٔ فقهی متوقف نیست، ولی قاعدهٔ فقهی نتیجهٔ کبرای قیاس در قاعدهٔ اصولی است؛ زیرا همان گونه که گفته شد قواعد فقهی نوعی از احکام فقهی است و سرچشمه احکام فقهی نیز قواعد اصولی است که با ابزار علم اصول انجام می‌پذیرد؛ مثلاً به عنوان مقدمهٔ اول می گوییم در آیه شریفه «أَقِیمُوا الصّلوةَ»، «اقیموا» امر است (صغرا) و به عنوان مقدمه دوم می‌گوییم هر امری ظاهر در وجوب است (کبرا). نتیجه این که «اقیموا» ظاهر در وجوب است. مقدمهٔ دوم یک قاعدهٔ اصولی است که به عنوان ابزار و کلید استنباط حکم به وجوب نماز از آن استفاده شده است. پس می‌توان گفت قاعدهٔ اصولی جنبهٔ علمی و تئوری ،دارد اما قاعده فقهی مرحلهٔ عمل است.
۲. هر یک از مجتهد و مقلّد در استفاده از قاعدهٔ فقهی مشترک‌اند؛ در حالی که تطبیق قاعدهٔ اصولی تنها از عهدهٔ مجتهد بر می‌آید. بنابراین، هرگاه حجیّت قاعده‌ای از نظر مجتهد مسلّم شد، مکلّف هم می‌تواند آن را در عمل به کار گیرد؛ مثلاً قاعدهٔ ید جزء قواعدی است که مقلّد هم می تواند در استدلال به نفع خود از آن استفاده کند.
۳. قاعدهٔ فقهی به طور مستقیم به عمل مکلف تعلق می‌گیرد؛ برخلاف قاعدهٔ اصولی که تعلق آن به فعل و عمل مکلف با واسطه است.

٤. هدف قاعدهٔ اصولی بیان شیوه‌های اجتهاد و استنباط است؛ اما هدف قاعدهٔ فقهی بیان حکم حوادث جزئی است. بنابراین، به قول قرافی: «کسی که فقه را بر اساس قواعد آن یاد بگیرد و حفظ کند، از حفظ جزئیات و فروع فقهی بی‌نیاز می‌شود؛ زیرا آن جزئیات در کلیات هستند». بنابراین بهترین راه برای اطلاع و آگاهی از جزئیات و فروع فقهی، فراگیری قواعد فقهی است.

تفاوت قاعدهٔ فقهی با قاعدهٔ حقوقی

نسبت بین قاعدهٔ فقهی و قاعدهٔ حقوقی عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر قاعدهٔ حقوقی قاعده فقهی است ولی تمام قواعد فقهی قاعدهٔ حقوقی نیستند؛ زیرا قاعدهٔ فراغ و تجاوز فقط در ابواب عبادات کاربرد دارند در حالی که به هیچ وجه قاعدهٔ حقوقی نیستند، اما قاعدهٔ ضمان ید و نیز قاعدهٔ ید و اتلاف و غرور قاعدهٔ حقوقی بوده همچنین قاعدهٔ فقهی نیز هستند.

قواعد فقه منصوص و اصطیادی: قواعد به دو بخش منصوص و اصطیادی تقسیم می شوند:

1. **قواعد منصوص:** قواعد منصوص به آن دسته از قاعده هایی که در یکی از منابع قرآن و سنت وارد شده اند اطلاق می گردد
2. **قواعد اصطیادی:** قواعد اصطیادی قاعده‌هایی هستند که فقها آن ها را از مجموعه‌هایی از روایات و یا احکام برگرفته‌اند.

تاریخچه نگارش قواعد فقهی

الف ـ شیعه

قواعد فقهی از آغازین روز نگارش تا امروز همواره مراحل تکاملی خود را پیموده و هر یک از فقها با الهام از زحمات فقیهان پیشین در رفع نواقص آن تلاش فراوانی کرده است. اولین کتابی که در فقه شیعه دربارهٔ قواعد فقهی به نگارش درآمده کتاب «نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه والنظائر» از نجیب الدین یحیی بن سعید الهذلی الحلی (م ٦٩٠ ق) است. یحیی بن سعید حلی پسر عمو و شاگرد محقق حلی و یکی از مشایخ علامه حلی است.

پس از ابن سعید، علامه حلّی (متوفی ٧٢٦ قمری) کتاب «قواعدالاحکام» را به رشته تحریر درآورد و پس از علامه حلی شهید اول (٧٣٤ ـ ٧٨٤ ق)، کتاب «القواعد و الفوائد» را به نگارش درآورد. سپس فاضل مقداد شاگرد شهید اول «القواعد» شهید را منظم ساخت و موارد تکراری آن را حذف کرد و در کتابی با عنوان «نضد القواعد» به رشته تحریر درآورد و شهید ثانی (٩١١ - ٩٦٦ قمری) در تداوم حرکت فقهی شهید اول کتاب «تمهید القواعد» را به نگارش درآورد و صدها قاعدهٔ ادبی و اصولی را با فروع فقهی مناسب جمع آوری و تفکیک و جداسازی کرد

ب ـ اهل سنت

اولین کسی که از اهل سنت قواعد فقهی را گردآوری کرد، ابوطاهر دباس حنفی در قرن چهارم هجری قمری بود. سیوطی در این زمینه می‌نویسد: «ابوطاهر دباس از فقهای قرن ، چهارم مهم‌ترین مذهب ابو حنیفه را به هفده قاعده کلی برگرداند.»

ابوالحسن کرخی (متوفای ٣٤٠ قمری) ـ که معاصر ابوطاهر بوده ـ در اصول خود آن قواعدی را که ابوطاهر تبیین کرده بود، نقل کرده است. کتاب اصول کرخی پس از تبیین ابوطاهر اولین کتاب قواعد فقهی اهل سنت محسوب می‌شود که شامل ٣٧ قاعده است. پس حنفی مذهبان در تدوین قواعد فقهی از دیگر مذاهب اهل سنت جلوتر هستند.

سپس محمد بن ابراهیم ابی جرمی الهلکی (متوفّی ٦١٣ قمری) کتاب «القواعد فی فروع الشافعیة» را تدوین کرد. سپس عزالدین عبدالسلام (متوفی ٦٦٠ قمری) با تدوین کتاب «قواعد الاحکام فی مصالح الانام» سبک جدیدی را از قواعد فقهی فراروی فقها قرار داد و از فقهای مالکی ابوالعباس ادریس بن عبد الرحمن معروف به قرافیی (متوفی ٦٨٤ قمری) کتاب «الفروق» را نوشت و بالاخره ابن تیمیه حرانی (متوفی ٧٢٨ قمری) کتاب «القواعد النورانیة الفقهیة» را نگارش کرد

اقسام قواعد فقهی

برخی می گویند مجموع قواعد فقهی حدود ١٤٠ قاعده است. قواعد فقهی دارای اقسامی به شرح زیر است:

١. قواعدی که در تمام ابواب فقه جریان دارد؛ مانند قاعده‌های «لاضرر» و «لاحرج» این قواعد در اصطلاح فقها به «قواعد عامه» نام‌گذاری شده‌اند.
٢. قواعدی که تنها در باب‌های عبادات کاربرد دارند؛ مانند قاعده‌های «فراغ» و «لاتعاد».
٣. قواعدی که تنها در باب‌های معاملات کاربرد دارند؛ همانند قاعدهٔ «تسلیط»، قاعدهٔ «اتلاف» و قاعدهٔ «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده».
٤. قواعد مربوط به باب قضا؛ همانند قاعدهٔ «درأ» و قاعدهٔ «البینـةُ علـی المدعی و الیمین علی من انکر».

منابع قواعد فقهی

١. قرآن، همانند قاعدهٔ «لاحرج»، «نفی سبیل»، «اضطرار» و «اکراه»
٢. روایات مثل قاعدهٔ «ید»، «اتلاف» و «غرور».
٣. سیرهٔ عقلا، مثل قاعدهٔ «إذن به شیء اذن به لوازم آن» و قاعدهٔ «ضمان ید»
٤. عقل، مثل قاعدهٔ «اهم و مهم»
٥. برخی از قواعد فقهی از قواعد کلامی استنباط می‌شود، مثل قاعدهٔ «الاحکام تابعة للمصالح و المفاسد» که این قاعده از قاعدهٔ کلامی «افعال خداوند معلل به اغراض است» ناشی شده است.

موارد جریان قواعد فقهی

قبل از بیان موارد جریان قواعد فقهی ذکر یک مقدمه ضروری است و آن این که شُبهه بر دو قسم است: شُبههٔ حُکمیه و شبههٔ موضوعیه.

١. شبهه حکمیه: هرگاه حکم یک موضوع معلوم نباشد و لازم باشد که از طرف شارع آن حکم مشخص شود، به آن شبههٔ حکمیه گویند؛ مثلاً عقد بیمه که از مسائل مُستَحدِثه بوده و سابقه‌ای در صدر اسلام نداشته طبعاً از حلال یا حرام بودن آن بی‌اطلاعیم؛ چنین شبهه‌ای را شبهه حُکمیه گویند.
٢. شبهه موضوعیه: هرگاه حکم موضوعی معلوم باشد، اما اصل موضوع مورد تردید قرار گیرد به آن شبهه موضوعیه گویند؛ مثلاً حرمت مشروبات الکلی از نظر شرع مشخص است اما در مایع خاصی تردید وجود دارد که آیا از مشروبات الکلی است یا خیر؟

سؤال: آیا قواعد فقهی در هر دو شبهه حکمیه و موضوعیه جاری است یا خیر؟ بدون تردید قواعد فقهی در شبهات موضوعیه جاری است و در مورد شبهات حکمیه بین فقها اختلاف است. آیة الله خویی معتقد است چون نتایج قواعد فقهیه نوعاً احکام جزئی و شخصی است. قواعد فقهی

صرفاً در شبهات موضوعیه جاری است و در شبهات حکمیه جاری نیست. از کلام شهید صدر پس از ایرادی که به کلام مرحوم خوبی وارد می‌کند فهمیده می‌شود که شهید صدر قواعد فقهیه را هم در شبهات حکمیه و هم شبهات موضوعیه جاری می‌داند

حکم شرعی

عالمان فقه تعاریف مختلفی از حکم شرعی ارائه کرده‌اند. یکی از بهترین آنها، تعرف شهید صدر است. بنا به نظر وی: «حکم شرعی، قانونی است که از جانب خداوند برای تنظیم و ساماندهی زندگی انسان صادر شده است. این قانون گاه مستقیماً مربوط به اعمال و رفتار انسانهاست، مانند وجوب نماز و حرمت قتل عمد و گاهی مربوط به امور دیگری است که در زندگی انسان‌ها دخالت دارد مانند حکم به ملکیت اموال و زوجیت افراد.» برخی اصولیان حکم را خطاب شرعی می‌دانند که به افعال مکلّفین تعلّق می‌گیرد؛ امّا با توجه به تعریفی که بیان شد، حکم شرعی همان قانون و مقرّراتی است که به وسیلهٔ شارع، مقرّر شده و خطابات شرعی، کاشف از حکم شرعی است نه خود آن. به عبارت دیگر، حکم شرعی به وسیلهٔ خطاباتی که در قرآن و سنّت وارد شده برای مردم بیان گردیده است.

اقسام احکام شرعی

احکام شرعی خود دارای تقسیماتی مثل: تأسیسی و امضایی، شرعی و عقلی، تکلیفی و وضعی، ارشادی و مولوی، واقعی و ظاهری است.

- **احکام تأسیسی و امضایی**

۱. احکام تأسیسی: احکامی که از طرف شارع جعل و صادر شده و سابقه‌ای در عرف و در بین عقلا نداشته‌اند، احکام تأسیسی می‌گویند.
۲. احکام امضایی: شناسایی و تنفیذ عرف یا عادتی از طرف شارع را حکم امضایی نامند توضیح این که قبل از ظهور اسلام مردم برای تنظیم مناسبات حقوقی معاملاتی، اقتصادی و عادی خود از اصطلاحات و کلماتی استفاده می‌کردند که بعد از ظهور اسلام بسیاری از آن نظامات عیناً مورد تأیید شارع قرار گرفته و در مواردی هم تغییراتی در آن ایجاد شده است؛ به عبارت دیگر احکام امضایی امور اعتباری هستند که عرف و عقلا آنها را اعتبار نموده است؛ همانند ملکیت و زوجیت و دیگر منشآت عقود و ایقاعات. این امور اعتباری، اعتبارات قانونی، قبل از شریعت هم در جامعهٔ انسانی وجود داشته است و نظام اقتصادی و اجتماعی جامعه مبتنی بر آنهاست و شارع مقدّس اسلام نیز آنها را امضا و تأیید نموده است. واقعیت آن است که دین در برخورد با زندگی روزمرهٔ انسان‌ها و شیوه‌های متداول در بین آدمیان، یکسره از موضوع نفی یا اثبات برخورد نکرده است، بلکه گاه کاملاً آنها را پذیرفته و تأیید کرده است و این در جایی است که وجود آن سیره‌ها با حفظ نظم اجتماعی و تسهیل معیشت مردم منافات نداشته یا حتّی ضروری بوده است، نظیر اکثر احکام و مقرّرات راجع به قراردادها. گاه نیز این رویه‌ها مفید؛ امّا نیازمند اصلاح و بازنگری بوده که در این گونه موارد، شارع با افزودن برخی قیود و شروط، بنای عقلا را پذیرفته است و البته برخی سیره‌ها را به دلیل مفاسد و ضررهایی که در بر داشته و از دید مردم مخفی مانده یا تحت تأثیر غریزه‌های شخصی و سودجویی آنان قرار گرفته بوده، مردود اعلام داشته است. نهی از بیع غرری و ربوی نمونه این گونه بناهای رایج در بین عقلاست.

- **احکام عقلی و شرعی**

۱. احکام عقلی: آن دسته از احکام است که عقل بدون توجه به شرع به آنها حکم می‌کند. منظور از عقل در اینجا عقل عملی است و نه عقل نظری. توضیح اینکه دریافت‌های عقلی بر دو گونه است: برخی عبارت است از قواعد حاکم بر هستی، مانند آنکه عقل درک می‌کند که جمع میان دو نقض ممتنع است و یا آن که هر کلّی بزرگ‌تر از جزء است. این دسته را از مدرکات عقل نظری می‌خوانند؛ برخی دیگر

نه مربوط به قواعد هستی که به أعمال و رفتار آدمیان و عبارت دیگر به بایستی و نبایستی‌های کردار انسان‌ها مرتبط است، یعنی آن که چه کاری خوب است و انجام آن آفرین دارد و چه کاری زشت است و ارتکاب آن نفرین دارد. مانند آن که عدل خوب و ظلم بد است، یا پاداش احسان، احسان است. این دسته از احکام را «مدرکات عقل عملی» می‌گویند و منظور از احکام عقلی در مورد بحث کنونی، دستهٔ دوم است.

۲. احکام شرعی: احکامی هستند که اگر شریعت آن‌ها را صادر نمی‌کرد، عقل نسبت به آن‌ها ساکت بود. مثلا تردیدی نیست که چنانچه شریعت مقدسه در مورد حج خانه خدا برای افراد مستطیع سکوت می‌کرد، عقل آدمیان در این مورد دستوری نداشت. در مورد سایر اعمال عبادی هم، چنین است. البته اصل کلی وجوب عبادت و ستایش خداوند از باب وجوب شکر مُنعِم امری عقلی است، ولی این که چگونه باید این امر صورت گیرد توسط احکام شرع معین می‌گردد. این‌ها «احکام شرعی» هستند.

- **احکام تکلیفی و وضعی**

۱. احکام تکلیفی: آن دسته از احکام شرعی است که مستقیماً به أعمال و رفتار انسان‌ها (مکلّفین) مربوط می‌شود و وظایف و تکالیف آنها را در برابر خداوند و سایر افراد جامعه مشخص می‌کند. در واقع، حکم تکلیفی همان بایدها، نبایدها و موارد مجاز است (حد فاصل میان بایدها و نبایدها) مانند وجوب نماز و روزه، وجوب نفقه دادن به زوجه، حرمت ظلم و تصرّف در ملک غیر و جواز تصرّف در ملک خود.

۲. احکام وضعی: آن دسته از احکام شرعی است که به طور مستقیم متوجه افعال و رفتار انسان‌ها نمی‌شود، بلکه وضعیت معیّنی را بیان می‌کند که به صورت غیر مستقیم بر رفتار انسان تأثیر دارد؛ مانند حکم زوجیت که بیان‌کنندهٔ وجود رابطه و وضعیت خاص میان زن و شوهر است و باعث ایجاد حقوق و تکالیفی میان آن دو می‌شود.

نمونه‌های دیگر احکام وضعی، ملکیت، صحّت، لزوم، بطلان، شرطیّت، مانعیت، طهارت، نجاست، سببیّت، حجیّت، وکالت، ولایت و ضمان ... است.

احکام وضعی تعداد معیّنی ندارد، بلکه کلیهٔ احکام شرعی به جز احکام پنج‌گانهٔ تکلیفی، جزء احکام وضعی به شمار می‌آید.

یکی از فواید عملی تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی آن است که احکام تکلیفی تنها شامل افراد بالغ و عاقل می‌شود، ولی در احکام وضعی بلوغ و عقل شرط نیست و فرقی میان شخص مکلّف و غیر مکلّف وجود ندارد. در نتیجه احکامی مانند ضمان، ارث، صحّت، بطلان، زوجیت، مالکیت و ... به طور معمول شامل افراد صغیر و مجنون هم می‌شود. بر همین اساس در مادهٔ ۱۲۱۶ قانون مدنی آمده است: «هرگاهصغیر یا جنون یا غیررشید باعث ضرر غیر شود، ضامن است»

رابطهٔ حکم تکلیفی و وضعی در علم حقوق تنها با حکم وجوب حرمت و اباحه (از احکام تکلیفی پنجگانه) مواجه هستیم. مثال وجوب در علم حقوق، همانند لزوم تسلیم مبیع در معامله و مثال حرمت در علم حقوق مثل ممنوعیت شکنجه و مثال اباحه در علم حقوق مثل جواز انعقاد بیع و اجاره و انتخاب شغل و مسکن است. در مقررات حقوقی دو حکم کراهت و استحباب وجود ندارد؛ زیرا ضمانت‌اجرایی ندارد؛ گرچه در ماده ۱۱۶ قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱ که می‌گوید: «مناسب است که حاکم شرع مردم را از زمان اجرای حد آگاه سازد» معادل مستحب شرعی است.

میان حکم تکلیفی و وضعی ارتباطی تنگاتنگ وجود دارد؛ زیرا در کنار هر حکم وضعی یک یا چند حکم تکلیفی وجود دارد؛ مثلاً به دنبال زوجیت ـ که یک حکم وضعی است ـ چند حکم تکلیفی پدید می‌آید؛ مثل وجوب نفقهٔ زن بر شوهر وجوب تمکین زن نسبت به شوهر و حرمت ازدواج زن با مرد دیگر.

- **احکام ارشادی و مولوی**

۱. احکام ارشادی: در مواردی که حکم عقلی وجود دارد، اما شرع نیز هم حکم می‌کند، حکم شرع در این گونه موارد «ارشادی» است؛ یعنی ارشاد به حکم عقل است و حکم مستقلی محسوب نمی‌گردد.

۲. احکام مولوی: در مواردی که حکم عقل وجود ندارد، حکم صادر از سوی شرع «مولوی» محسوب است. أثر حکم ارشادی این است که بر مخالفت آن عقاب و بر امتثال و اطاعتش پاداش مترتب نمی‌گردد، در حالی که بر مخالفت با حکم مولوی، عقاب و بر اطاعت و امتثالش، پاداش و ثواب مترتب می‌گردد. مثلا حکم «اطیعوا الله» (خدا را اطاعت کنید) یک حکم ارشادی است، چرا که عقل، قطع نظر از شرع به این موضوع حکم می‌کند و بنابراین حکم صادر از سوی شرع، ارشاد به حکم عقل است. از این رو، مخالفت با این حکم، عقاب جداگانه‌ای به خاطر مخالفت با حکم شرع ندارد، و عقاب آن به خاطر حکم عقل است. حکم مولوی، مانند «أقم الصلاة» که بی‌شک بدون صدور چنین دستوری از سوی شریعت مقدسه، عقل بدین امر حکم نمی‌کرد، و لذا بر مخالفت با آن، عقاب و بر اطاعتش، ثواب مترتب است.

- **احکام واقعی و ظاهری**

۱. احکام واقعی: حکم واقعی عبارت است از «حکمی که از جانب خداوند برای أعمال انسان و امور دیگر زندگی وی مقرّر گردیده و علم و جهل مکلّف در آن دخالتی ندارد» به عبارت دیگر، هر عملی از أعمال انسان‌ها و هر امری از امور زندگی بشر در نزد خداوند دارای حکمی است که به آن حکم واقعی می‌گویند؛ خواه مکلّف نسبت به آن آگاه و خواه جاهل باشد؛ مانند وجوب حج، حرمت غیبت و صحّت بیع. فقها همواره در تلاش بوده‌اند که احکام واقعی را از طریق ادلّه‌ای همچون قرآن و سنّت به دست آورند و در بسیاری از موارد نیز در این راه موفق بوده‌اند، امّا در برخی موارد نیز تلاش آنان در این زمینه به نتیجه نمی‌رسد و حکم واقعی مجهول باقی می‌ماند.

۲. احکام ظاهری: حکم ظاهری عبارت است از: «حکمی که در فرض جهل به حکم واقعی، یا شک در آن برای مکلف ثابت می‌شود و وظیفهٔ عملی او را مشخص می‌کند» توضیح اینکه در مواردی که مجتهد حکم واقعی را کشف و بیان می‌کند، تکلیف افراد روشن است و باید طبق حکم واقعی عمل نمایند، امّا در مواردی که به رغم تلاش و کاوش مجتهدان، حکم واقعی همچنان مجهول است، وظیفهٔ مکلّفان در مقام عمل چیست و برای اینکه مکلّفان در مقام عمل متحیّر و بلاتکلیف نباشند، چه باید کرد؟ در این صورت مجتهدان به حکم ظاهری پناه می‌برند که به وسیله ادلهٔ فقاهتی، یعنی اصول عملیه (استصحاب ،برائت، تخییر و احتیاط) به دست می‌آید. حکم ظاهری، حکمی است که در فرض جهل به حکم واقعی برای مکلف ثابت می‌شود؛ زیرا وقتی حکم واقعی کشف نشد، برای این که مکلّف بلا تکلیف نباشد و از تحیّر و سرگردانی نجات پیدا کند لازم است با کمک قواعد و اصول حکم دیگری مشخص کرد که به آن حکم ظاهری گویند؛ مثلاً در مسائل نوظهور همانند شبیه‌سازی یا تلقیح مصنوعی اگر مکلف به ادله اجتهادی مراجعه کرده و حکم واقعی را به دست نیاورد، با مراجعه به حکم ظاهری و اصل برائت حکم به عدم حرمت صادر خواهد کرد.

حکم واقعی اولی و حکم واقعی ثانوی: احکام واقعی به دو دسته اولی و ثانوی تقسیم می‌شوند:

۱. حکم واقعی اولی: احکامی که شارع مقدس با توجه به مصالح و مفاسد واقعی و در حالت عادی؛ یعنی بدون در نظر گرفتن حالات استثنایی مثل اضطرار و حرج برای مکلّفین مقرر فرموده، حکم واقعی اولی نامیده می‌شود؛ همانند وجوب نماز، روزه و پرداخت نفقه و یا حرمت قتل عمد و خوردن شراب.

۲. حکم واقعی ثانوی: احکامی است که با در نظر گرفتن حالات خاص و استثنایی که برای مکلف از طرف شارع مقرّر می‌شود؛ این عوارض و شرایط استثنایی ممکن است اضطرار، ضرر، عسر و حرج، اکراه، تقیه، عجز، مرض و مانند آن باشد که به آنها عناوین ثانوی گفته می‌شود. انسان در حال عادی باید برای نماز وضو بگیرد اما اگر وضو برای او ضرر دارد، به جای وضو باید تیمم کند. وضو حکم واقعی اولی و تیمم حکم واقعی ثانوی است. مثلاً حکم میته با توجه به ذات آن بدون ملاحظه حالات مکلّف حرمت است و این حرمت، حکم واقعی اولی است. امّا همین میته با در نظر گرفتن شرایط اضطرار برای مکلّف حکمش حُلیَّت است که حکم به حُلیَّت حکم واقعی ثانوی است و به آن حالتی که بر مکلّف در مقابل میته حاکم است (مثلا اضطرار) عنوان ثانوی تعبیر می‌شود. بنابراین عناوینی که بر انسان عارض می‌شود چنانچه از نوع شک و جهل باشد موجب احکام ظاهری می‌شود اما اگر از نوع اضطرار، ضرر، عسر و حرج باشد موجب حکم واقعی ثانوی می‌گردد.
مثال ۱: مطابق مادهٔ ۳۰ قانون مدنی: «هر مالکی نسبت بمایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد»؛ امّا مطابق مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود» پس ماده اخیر بیان‌کننده یک حکم ثانوی است.
مثال ۲: اتلاف و تخریب مال دیگران در شرایط عادی ممنوع است و جرم تلقی می‌شود (مادهٔ ٦٧٧ ق.م.ا.ت)؛ امّا در شرایط اضطراری و برای حفظ جان انسان‌ها مجاز خواهد بود. . مثلاً برای نجات جان شخصی که در آتش‌سوزی گرفتار شده، می‌توان درب منزل را شکست یا دیوار خانه را خراب کرد. مادهٔ ۱۵۲ ق.م.ا در این زمینه مقرّر می‌دارد: «هر کس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود قابل مجازات نیست ...» پس در اینجا حکم اوّلی، حرمت تخریب اموال دیگران و حکم ثانوی جواز تصرّف و تخریب است.

تفاوت احکام اولی و احکام ثانوی

۱. احکام اولی یعنی خطابات شرعی که به عناوین اوّلی تعلق گرفته‌اند دائی و تغییر ناپذیرند مگر در صورتی که موضوع آن تغییر کند. مثلاً حرمت خمر دائمی است مگر آنکه از خمر بودن درآمده و سرکه شده باشد. اما احکام ثانوی ناپایدارند؛ زیرا مادامی که آن حالات و شرایط همانند اضطرار و اکراه وجود دارد، حکم نیز ثابت است، ولی با زوال عناوین مذکور حکم نیز مرتفع می‌شود. مثلاً تا روزه ضرر دارد، حکم آن حرمت است و با رفع ضرر حکم اوّلی که همان وجوب روزه باشد، حاکم خواهد بود.
۲. احکام ثانوی در طول احکام اولی است نه در عرض آنها؛ یعنی از نظر رتبه حکم ثانوی در مرحله متأخر از حکم اوّلی است که اگر پیروی از حکم اولی ممکن باشد نمی‌توان از حکم ثانوی استفاده کرد.
۳. در تعارض بین دو دلیل حکم اوّلی و حکم ثانوی، حقِّ تقدم با دلیل احکام ثانوی است؛ زیرا دلیل حکم ثانوی بر دلیل حکم اولی حاکم است.

بعضی اصطلاحات رایج فقه

أماره: أماره در لغت، به معنای علامت، نشانه، وقت و وعده‌گاه است. در اصطلاح فقه أماره به آن دسته از دلایلی اطلاق می‌شود که مبنای حجیت آنها کاشفیت نوعیه از واقع باشد. أماره گاهی حکمی و گاهی موضوعی است.

الف ـ امارهٔ حکمی: هرگاه حکم و قانون الهی برای شخصی مجهول باشد و أماره‌ای ارائه طریق کرده و تعیین تکلیف کند به آن أمارهٔ حکمیه گویند؛ همانند خبر واحد مثلاً هرگاه مبیع قبل از قبض تلف شود نمی‌دانیم ایا از مال بایع تلف شده یا مشتری و پس از تحقیق و تفحص به خبری

دست می‌یابیم که امام می‌فرماید: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه؛ هر کالای فروخته‌شده‌ای قبل از قبض تلف گردد از مال فروشنده تلف شده است» گرچه حدیث ذکر شده قطع‌آور نبوده و ما نمی‌توانیم آن را به صورت قطع و یقین و صددرصد به شارع نسبت دهیم؛ اما هر گاه ناقلین روایتی شرایط حجیت را داشته و عادل و مورد وثوق باشند، چون نوعاً کاشفیت و حکایت از واقع دارند، لذا از طرف شارع حجت دانسته شده و أماره بر احکام و مقررات الهی خواهند بود و قابل استناد هستند؛ هر چند احتمالِ خلاف، منتفی نیست؛ اما شارع به دلیل کاشفیت نوعیه از واقع و رعایت مصالح کلی احتمال خلاف را ندیده گرفته و آن را حجت دانسته است.

ب ـ أماره موضوعی: اگر شخصی به احکام و مقررات آگاهی داشته باشد؛ اما در خصوص یکی از موضوعات جهل داشته و تکلیف خود را نداند، به اماره‌ای که چنین جهلی را برطرف کند اماره موضوعیه گویند. اگر کیفی در تصرف شخصی است اما در مالکیت آن تردید وجود داشته باشد این شبهه موضوعی است؛ زیرا تردید در رابطه با قوانین و مقررات مالکیت نیست بلکه تردید در موضوع، یعنی مالک است. در اینجا با استفاده از «قاعدهٔ ید» ـ که برگرفته از روایت «من استولی علی شیءٍ منه فهو له» است ـ حکم می‌شود که تصرّف امارهٔ مالکیت است و بدین وسیله رفع تردید شده و حکم به نفع ذوالید صادر می‌شود. مبنای حجیت «ید» استیلای مالکانه است که کاشفیت نوعیه از مالکیت داشته و به همین دلیل از طرف شارع حجت قرار داده شده است.

اصل: علامه محمدتقی جعفری در تعریف اصل می‌گوید: «اصل قضیه‌ای را گویند که در موقع تردید برای مکلَّف تعیین مسیر می‌کند، بدون این که کوچک‌ترین جنبه نشان‌دهی از واقع داشته باشد.»

پس اصول، برخلاف أمارات، کشف و حکایتی از واقع نداشته بلکه شارع آنها را تنها برای رفع تحیّر و سرگردانی و تعیین تکلیف موقت برای بندگان، تعبّداً معتبر دانسته است و مادامی که دلیل معتبری که بیانگر واقع باشد اقامه نشود، اصول حجت هستند.

فرق أماره و اصل تفاوت بین اماره و اصل عبارت است از:

۱. أماره از ادله اجتهادی است که حکم واقعی را به نمایش می‌گذارد، ولی اصل از ادلهٔ فقاهتی است که حکم ظاهری را اثبات می‌کند.

۲. حجیت اصل مادامی و موقتی است. به بیان دیگر، موضوع اصول «شک» بوده که با وجود «أماره» شک مرتفع می‌گردد و موضوعی برای اجرای اصل باقی نمی‌ماند.

۳. چون نوعاً نتیجه أماره کشف از واقع است، از این رو، شارع آن را تعبداً واقع تلقی کرده و حجت قرار داده است؛ در حالی که اصول هیچ گونه کاشفیتی از واقع نداشته و صرفاً برای رفع تحیُّر و تعیین تکلیف موقت تعبداً به رسمیت شناخته شده بدون آن که آن را واقع تلقی کرده باشد.

ادلهٔ حجیّت أماره: علمای اصول حجیّت أماره را مبتنی بر حجیّت ظن دانسته‌اند توضیح این که در حجیّت قطع و عدم حجیّت شک تردیدی نیست؛ اّما أماره ذاتاً هم امکان حجیّت و هم عدم حجیّت را داراست. به بیان دیگر، ظن ذاتاً حجت نیست؛ اما قابلیت حجیّت دارد؛ زیرا ناظر بر واقع است و احتمال راجحی است که قابلیت حجیّت دارد از این رو، دربارهٔ ظنون باید اثبات شود که شارع فلان ظن را حجّت دانسته است. بنابراین، در هر موردی که شارع أماره و ظنی را حجّت دانسته طبعاً بحثی باقی نمی‌ماند و اما در موارد مشکوک اصل، عدم حجیّت است؛ زیرا باید احراز تعبُّد شود و در صورت عدم احراز تعبُّد، نفس شک کافی در عدم حجیّت است. برخی از علما می‌گویند دلیل حجیّت أماره بنا و سیره عقلاست؛ یعنی حکم شارع درباره أماره امضایی است نه تأسیسی أمارات عبارت اند از: خبر ثِقه، قاعدهٔ ید، اصالةالصحة و ظهورات.

شرط: شرط، واژه‌ای عربی و جمع آن «شروط» و «اشراط» است. این واژه گاه در معنای مصدری و گاه در معنای اسمی به کار می‌رود و در شاخه‌های مختلف ادبیات اسلامی معانی متفاوتی دارد که در ادامه به شرح آنها می‌پردازیم.

۱. در علوم ادبی و منطق، واژهٔ شرط به معنای گزاره‌ای است که پس از ادات شرط می‌آید، مانند:

اگر آن ترک شیرازی به دست آرد دل ما را به خال هندویش بخشم سمرقند و بخارا را

گزاره ای که پس از واژهٔ «اگر» آمده است شرط نام دارد و آنچه را پس از شرط می‌آید جزای شرط می‌نامند. اهل منطق به شرط «مقدم» و به جزای شرط، «تالی»می‌گویند.

۲. در علم اصول فقه آنچه را از عدمش عدم چیزی دیگر لازم می‌آید (اعم از اینکه از وجودش وجود دیگری لازم بیاید یا خیر) شرطِ آن چیز می‌نامند و در توضیح می‌گویند «الشّرطُ مَا یلْزَمُ من عَدَمِهِ عَدَمُ الشّیء». به تعبیر دیگر، شرط چیزی است که چیزی دیگر بر آن متوقف باشد؛ یعنی «الشّرطُ مَا یتَوَقّفُ عَلَیهِ الشّیءُ». البته توقف شیء بر شرط چند حالت دارد گاه وجود شیء متوقف بر چیزی است، مانند توقف معلول بر اجزای علت، گاه وجوبِ امری متوقف بر چیز دیگر است، مثل وجوب حج بر استطاعت؛ گاه لزوم عقد متوقف بر امری است، مثل لزوم عقد خیاری که بر سقوط خیار متوقف است و گاه آنچه متوقف است، صحّت یک امر است، مانند توقف صحّت عقد بر وجود اختیار در متعاملین.

۳. در عرف عامه، واژهٔ شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال می‌شود چنان که در بیت زیر که منسوب به حافظ است واژه شرط در همین معنا به کار رفته است:

در محفلی که خورشید اندر شمار ذره است خود را بزرگ دیدن شرط ادب نباشد

٤. در روایات، کلمهٔ شرط در معنای خیار نیز آمده است، مثل «الشَّرطُ فی الحَیوانِ ثَلاثَةٌ»، یعنی ایام شرط (اخیار) در معاملهٔ حیوان سه روز است.

٥. در اصطلاحات اهل شرع، گاه واژهٔ شرط به معنای مطلق «عهد» آمده است؛ مانند «شَرطُ النّاس» که به معنای «عَهدُ النّاس» و یا «شَرط الله» که به مفهوم «عَهْدُ الله» است. عهد الله نیز به معنای احکام الله اعم از احکام تکلیفی و وضعی است، چنانکه در روایت زیر شرط به معنای عهد الهی (حکم الله) آمده است: مردی با همسرش ضمن عقد به نحو شرط نتیجه، شرط کرده بود که چنانچه ازدواج مجدّد کند زوجه مطلقه باشد. در این باره از امام (ع) سؤال شد و ایشان پاسخ دادند که این شرط باطل است. پرسش‌کننده در مورد علت بطلان توضیح خواست و امام (ع) پاسخ دادند: «لاَنّ شَرط الله اَسبَقُ مِن شُروطِکم». در شعر زیر، حافظ شرط را به همین معنا به کار برده است:

عهد و پیمان فلک را نیست چندان اعتبار عهد با پیمانه بندم شرط با ساغر کنم

٦. در کتب لغت از معانی دیگر شرط مطلق و الزام و التزام است، بی‌آنکه در ضمن عقد درج شده باشد گرچه بعضی از اهل لغت این قید را افزوده و گفته‌اند: «اَلشّرطُ الزامُ الشّیءِ وَالتِزَامُهُ فِی البیع وَ نَحوِه»، یعنی شرط الزام و التزام در ضمن عقد بیع و امثال آن است»، ولی به ظاهر علت افزودن این قید آن است که در اغلب موارد شرط در ضمن عقود درج می‌شود شاهد این مطلب آن است که واژهٔ شرط در مورد شروط ابتدایی غیر مندرج در عقود و همچنین دربارهٔ خود عقد بیع که از مصادیق التزام است و نیز مطلق عهد در روایات به کار رفته است.

از آنچه گفته شد مشخص گردید که همهٔ مفاهیم لغوی و عرفی شرط را می‌توان در دو معنا خلاصه کرد: جعل شیء در ضمن شیء دیگر (التزام در ضمن عقد) و تعلیق شیئی بر شیء دیگر اما برگشت معنای شرط به یک مفهوم جامع، مورد تردید بعضی از فقیهان قرار گرفته؛ زیرا به نظر آنان در شرط به معنای «الزام و التزام در ضمن عقد»، تعلیق و اناطه‌ای وجود ندارد، بلکه عقد به مثابه ظرف است و شرط، مظروف آن محسوب می‌گردد و تعلیقی ایجاد نمی‌شود و در صورت تخلف از شرط، خدشه‌ای بر صحت عقد وارد نمی‌آید بلکه مشروطٌله فقط خیار فسخ پیدا می‌کند.

- در حقوق اسلامی منظور از شرط یکی از مفاهیم زیر است:

۱. شرط، چیزی است که عقد یا ایقاع بر آن معلق می‌شود؛ یعنی شرط، قیدی برای اصل عقد می‌گردد، به گونه‌ای که انشا یا مُنشأ، برحسب دیدگاه‌های مختلف، معلّق به حصول شرط می‌شود و به عبارت دیگر نفس التزام معلّق بر چیزی (شرط) می‌گردد، همانند بیع معلّق.
۲. شرط عبارت است از التزامی دیگر در ضمن التزام عقدی بدون اینکه «مُلتزمٌبه» (شرط) قیدی برای اصل عقد باشد. به عبارت دیگر، تعهدات فرعی و التزام در ضمن معامله را شرط یا شرط ضمن عقد می‌نامند. مانند اینکه شخص کالایی را خریداری می‌کند و در ضمن آن انجام دادن عملی را به عهدهٔ فروشنده می‌گذارد. شروط ضمن عقد مختلفه هستند و به طور کلی به شرط فعل، شرط نتیجه و شرط صفت تقسیم شده‌اند.
۳. شرط آن است که صحّت عقد منوط به وجود یا تحقّق آن باشد. به عبارت دیگر، هر یک از شرایط انعقاد و صحّت عقد را نیز شرط گویند؛ همانند شرط اهلیت متعاقدین شرط تعقّب ایجاب به قبول، شرط قبض و ... . این گونه شروط به طور کلی بر سه قسمند: شروط امضای عقد توسط شارع، شروط امضای عقد توسط عقلا و شرط اصل اعتبار به گونه‌ای که مفهوم عقد وجوداً یا عدماً دائر مدار آن است.
٤. شرط به مفهومی که در باب مسؤولیت مدنی و ضمان قهری بیان شده و آن عبارت است از چیزی که تأثیر مؤثر متوقف بر آن باشد.

علّت و سبب

واژهٔ شرط علاوه بر کاربرد یادشده در قلمرو عقود و ایقاعات در باب مسؤولیت مدنی و ضمان قهری و نیز در بخش جزایی حقوق اسلامی مورد استفاده فقیهان قرار گرفته است. در این چهارچوب، اصطلاح شرط در ردیف «علت» و «سبب» قرار گرفته و فقیهان به بررسی تأثیر علت سبب و شرط در وقوع حادثه و ایجاد خسارت و نیز میزان مسؤولیت هر یک پرداخته‌اند در این راه فقها به حق از دقت‌های فلسفی و عقلی چشم پوشیده و به رابطهٔ سببیت عرفی آنها با ورود خسارت مورد نظر توجه کرده‌اند.

«علّت» در اصطلاح فلسفی چیزی است که «معلول» زاییده آن است و امری است که از وجودش وجود معلول و از عدمش عدم معلول لازم آید. از این دیدگاه بین علت و سبب تفاوتی نیست.

در اصطلاح فقهی، «علت» چیزی است که فعل به آن نسبت داده می‌شود و «سبب» چیزی است که عدمش موجب عدم حادثه، است، ولی از وجود آن الزاماً حادثه تحقق نمی‌یابد به تعبیر دیگر سبب چیزی است که تلف به همراه آن و به واسطهٔ آن، امّا به علّت دیگری حاصل می‌گردد، به گونه‌ای که اگر سبب نبود، علّت تأثیری نمی‌داشت. در این اصطلاح «شرط» آن است که تأثیر مؤثر متوقّف آن است اما در علّت حادثه مدخلیتی ندارد؛ به عبارت دیگر شرط زمینه‌ساز تأثیر علت است، اما داخل در آن نیست.

بدین ترتیب مشاهده می‌کنیم که مفهوم اصطلاحی سبب و شرط به هم نزدیک است و گاه در منابع فقهی در یک معنا به کار رفته‌اند. در تبیین مطلب باید گفت که حقوقدانان اسلامی اتلاف و ایراد خسارت را یا به مباشرت دانسته‌اند یا به تسبیب و مسؤول حادثه را بر حسب مورد «مباشر» یا «سبب» نامیده‌اند؛ صورت که «مباشرت» ایجاد علت تلف و اتلاف مستقیم است و «تسبیب» ایجاد چیزی است که تلف به سبب آن حاصل می‌گردد؛ یعنی خودش علّت مستقیم حادثه نیست، بلکه علّت یا زمینه‌ساز علت است. در این معنا سبب، از شرط و مفهوم خاص سبب اعم است.

با وجود این، فقیهان در موارد خاصی تلاش کرده‌اند تفکیک ظریفی بین سبب و شرط قائل شوند. از این رو گفته شده است که «شرط» زمینه‌ساز علت است و دخالتی در آن ندارد، اما «سبب» أثر اندکی در وقوع حادثه دارد؛ ولی از آنجا که به خودی خود موجب حادثه نیست و بر خلاف علّت که با تحققش وقوع حادثه اجتناب‌ناپذیر است، گاه حتی با وجود سبب واقعه رخ نمی‌دهد، به «شرط» شباهت دارد. در تبیین این تعاریف فقیهان حفر چاه یا انداختن شیء لغزنده در محلِّ عبور و مرور را مثال زده‌اند که علّت حادثه «سقوط» است و حفر چاه یا وجود شیء لغزنده زمینه‌ساز و شرط آن اکراه و شهادت دروغ و تقدیم غذای مسموم به مهمان نیز از مثال‌هایی است که برای سبب، به مفهوم خاص آن، آورده شده است؛ زیرا

«اکراه» وادار کنندهٔ مباشر و سبب انجام یافتن عمل توسط اوست که علت و مباشر عمل به شمار می‌رود همچنین شهادت دروغ سبب و صدور حکم توسط قاضی می‌شود که علت ایراد خسارت به محکومٌ‌علیه است.

مقتضی و مانع

دو اصطلاح «مقتضی» و «مانع در منابع فقهی و اصولی به وفور مورد استفادهٔ فقیهان قرار گرفتند و به طور کلی یکی از معانی زیر را در بر دارند:

۱. مقتضی چیزی است که اقتضای وجود أثر تکوینی در عالم تکوین را داراست. همانند آتش که اقتضای سوزاندن را دارد و منظور از مانع چیزی است که مانع تأثیر مقتضی می‌گردد همانند رطوبت که مانع از تأثیر آتش در پارچهٔ مرطوب است.
۲. مقتضی در مباحث شرعی چیزی است که بر حسب جعل شارع اقتضای أثر شرعی دارد یا شارع آن را موضوع حکم خود قرار داده است. در مقابل، مانع آن است که بر حسب جعل شارع از ترتیب آن أثر شرعی یا آن حکم جلوگیری می‌کند؛ مثلا أثر عقد انتقال بیع به خریدار و انتقال ثمن به فروشنده است؛ اما موقوفه بودن مبیع مانع تحقّق این اثر است.
۳. مقتضی ملاکی از ملاکاتی است که احکام مبتنی بر آن‌هاست؛ یعنی ملاکی که اقتضای تشریع حکم را دارد، همانند علم که مقتضی وجوب اکرام است و مراد از مانع امری است که از تأثیر مقتضی در جعل حکم جلوگیری می‌کند، همانند مانعیت فسق از تشریع وجوب اکرام.

لازم به ذکر است که «مانع» در موارد یادشده همیشه امری وجودی است و چیزی است که از حدوث شیء جلوگیری می‌کند و مزاحم تأثیر مقتضی در به وجود آمدن مقتضا می‌گردد. در مقابل، «رافع» نیز امری است وجودی که موجب رفع شیء و برداشته شدن آن از صفحهٔ وجود می‌گردد، البته بعد از آن که آن شیء حادث شده و وجود یافته است. به جز «رافع» بدین معنا که در مقابل «مانع» قرار می‌گیرد، در منابع فقهی و اصولی در خصوص اصل استصحاب، اصطلاح رافع به معنای دیگری هم به کار رفته و آن، امر زمانی (وجودی یا عدمی) است که از تأثیر مقتضی که اقتضای بقای مقتضا را داراست، جلوگیری می‌کند.؛ به عبارت دیگر پس از آن که مقتضی در حدوث و ایجاد مقتضا أثر کرد و آن را به وجود آورد، رافعِ مانع تأثیر مقتضی در بقای مقتضا می‌گردد.

قواعد فقهی مدنی

قاعدهٔ لاضرر

«لاضَرَرَ وَ لاضِرارَ فی الإسلام»

(در دین اسلام حکم ضرری نیست)

مفاد کلی قاعده: طبق نظر مشهور فقهیان امامیه معنی و منظور از قاعدهٔ لاضرر یا قاعدهٔ نفی ضرر؛ نفی حکم ضرری است؛ یعنی در شریعت اسلامی حکم ضرری نیست. اصل این قاعده از روایت «سَمرة بن جُندب» گرفته شده و روایات دیگری نیز وجود دارند که در آنها به «لاضرر و لاضرار» و یا «نفی ضرر» استناد شده است.

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات و معاملات به آن استناد می‌شود، قاعدهٔ لاضرر است که مستند بسیاری از مسائل فقهی محسوب می‌شود. اهمیت قاعدهٔ مذکور به حدّی است که بسیاری از فقها در تألیفات و تقریرات خود رسالهٔ مستقلی را به آن اختصاص داده‌اند. در اهمیت این قاعده همین بس که قاعدهٔ لاضرر کار کنترل و تعدیل دیگر قواعد را به عهده دارد.

مستندات قاعدهٔ لاضرر

۱. **عقل:** مهم‌ترین دلیل برای نفی ضرر و ضرار منبع چهارم فقه یعنی عقل است و در واقع باید گفت که مدلول این قاعده جزء «مستقلّات عقلیه» است که عبارت‌اند از، اموری که بدون حکم شرع ، خودِ عقل به آنها می‌رسد؛ زیرا عقل و منطق زندگی اجتماعی به طور بدیهی حکم می‌کند که اگر قانونی از اضرار به غیر و ضرر به خویشتن جلوگیری نکند، زندگی جمعی نه‌تنها دشوار بلکه امکان‌ناپذیر خواهد بود.

۲. **قرآن:** در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که با تصریح به واژهٔ ضرر و مشتقاتش در موارد خاص، احکامی را ارائه کرده که از باب تعلیق حکم بر وصف حاوی معنای عامی هستند و لاضرر را به صورت یک قاعده می‌تواند تثبیت کند؛ به عنوان مثال:

- «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ؛ هیچ مادری نباید به فرزندش ضرر برساندو نیز هیچ پدری نباید به فرزندش زیان بزند (آیه ۲۳۳ سورهٔ بقره)» طبق این آیه مادر با شیر ندادن به کودکش موجبات اضرار به پدر را فراهم نکند و پدر نیز فرزند را در دوران شیرخوارگیِ کودک از مادرش جدا نکند که موجبات ناراحتی مادر را فراهم نماید.
- «وَ لَا تُمْسِكوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا؛ آنان را برای (آزار و) زیان رساندن (به ایشان) نگاه مدارید تا (به حقوق‌شان) تعدی کنید (آیهٔ ۲۳۱ سورهٔ بقره)» گروهی از مردان، زنان خود را طلاق گفته و بعد به آنها رجوع می‌کردند؛ نه به علّت رغبتی که به آنها داشتند، بلکه به نیت پایمال کردن حقوق مالی ناشی از زوجیت که به زنان مطلقه تعلق می‌گرفت. قرآن کریم مردان را از این عمل نهی فرموده است.
- «مِنْ بَعْدِ وَصِيةٍ يوصَى بِهَا أَوْ دَينٍ غَيرَ مُضَارٍّ؛ پس از انجام وصیتی که بدان سفارش شده یا د ینی که (باید استثنا شود به شرط آنکه از این طریق) زیانی (به ورثه) نرساند (آیهٔ ۱۲ سورهٔ نساء)» طبق این آیه تَرکه بعد از آنکه مورد وصیت یا دین از ترکه خارج گردید، بین ورثه تقسیم می‌شود، به شرط آن که موصی زیان‌رساننده نباشد؛ یعنی وصیتی که در آن، موصی به ورثه ظلم نکرده و ضرر نزده باشد نافذ و لازم‌الاجرا است؛ 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.
- «وَ لَا يضَارَّ كاتِبٌ وَ لَا شَهِيدٌ؛ کاتب و گواهی‌دهنده نباید ضرر برساند (آیهٔ ۲۸۲ سورهٔ بقره)» کاتب و تنظیم‌کنندهٔ دِیْن و معامله (سندنویس) نباید امری را که غیرواقع است، بنویسد و همچنین شاهد باید دقیقا چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد و چیزی از آن نکاهد.

۳. **سنّت:** در خصوص لاضرر، روایات بسیار زیادی وارد شده است به حدی که به صورت تواتر اجمالی درآمده‌اند؛ به این معنا که هرچند همهٔ روایات مذکور به یک لفظ نیستند، ولی مضمون واحدی دارند. چون ذکر همهٔ آنچه فقها و محدّثان در باب قاعدهٔ لاضرر به صورت روایت نقل کرده‌اند، غیرممکن است، اجمالاً به ذکر چند مورد از آنها می‌پردازیم:

- معروف‌ترین حدیث در این مورد، مربوط به داستان سمرة بن جندب است که در ذیل آن جملهٔ «لاضرر و لاضرار» دیده می‌شود این داستان به طرق مختلف نقل شده و مشایخ ثلاثه[1] که تدوین‌کنندگان کتب اربعه شیعه هستند نیز آن را نقل کرده‌اند این سه بزرگوار که به محمدون ثلاثه مشهورند با اختلافات جزئی داستان سمرة[2] را در کتب خود آورده‌اند.

مرحوم کلینی در کتاب کافی از ابن مسکان از زُراره نقل می‌کند که امام باقر(ع) فرموده است: «در زمان رسول الله (ص) سمرة بن جندب در جوار خانه مردی از انصار درخت خرمایی داشت که راه عبور آن از داخل ملک آن مرد انصاری می‌گذشت. سمرة 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 اینکه عرصه بر صاحب‌خانه تنگ شد و به سمرة 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 و استیذان نمای، تا اهل خانه‌ام مطلع باشند. سمرة گفت من از میان خانه تو به سوی باغ خودم می‌روم و چون حقِّ عبور دارم لزومی به اعلام و اخذ اجازه نمی‌بینم مرد انصاری مجبور شد به رسول اکرم (ص) شکایت کند. حضرت به سمرة گفت بعد از این به هنگام عبور، حضور خودت را اعلام کن سمرة گفت این کار را نخواهم کرد. حضرت(ص) گفت از این درخت دست بردار و به ازای آن درخت دیگری با این اوصاف به تو می‌دهم. سمرة قبول نکرد آن گاه فرمود در مقابل آن درخت، ده درخت بگیر و دست از آن بردار و سمرة باز هم قبول نکرد. پس حضرت (ص) 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 اینکه رسول الله(ص) فرمود: «إِنّک رَجُلٌ مُضارٌ وَ لاضرر و لاضرار عَلی مُؤمِن»؛ یعنی تو مرد ضررزننده‌ای هستی و به مؤمن کسی نباید ضرر بزند. بعد از آن دستور داد آن درخت را کندند و نزد سمرة انداختند.» این روایت با اندکی اختلاف به گونه‌ای دیگر نیز نقل شده است؛ مثلاً به این صورت که پیغمبر (ص) به مرد انصاری فرمود: «اذهَب فَاقلَعها وَ ارم بها الیه فَإِنّهُ لاضرر و لاضرار»؛ 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 «عَلی مُؤمِن» 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 قاعدهٔ لاضرر به حال خود محفوظ است.

---

[1] مشایخ سه‌گانه شیعه عبارتند: شیخ ابوجعفر محمّد بن یعقوب کلینی ، شیخ ابوجعفر محمّد بن علی بن بابویه قمی (شیخ صدوق) و شیخ ابوجعفر محمّد بن حسن طوسی (ره).

[2] سمرة حسب آنچه در کتب فقها و محدثان آمده و به ویژه بنا به نوشته مرحوم ممقانی در کتاب رجال و ابن ابی‌الحدید در شرح نهج‌البلاغه، مرد بسیار بدی بوده و از دشمنان سرسخت اهل بیت(ع) به شمار می‌رفته و اکاذیب زیادی در جهت مخدوش ساختن چهره‌های اسلامی جعل کرده است. ابن ابی‌الحدید در مورد وی می‌نویسد: «معاویه هزار درهم به سمرة داد تا از رسول الله (ص) نقل کند که آیه «وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ یَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللهِ وَ اللهُ رَءُوفٌ بِالْعِبَادِ؛ و از میان مردم کسی است که جان خود را برای طلب خشنودی خدا می فروشد و خدا نسبت به (این) بندگان مهربان است(آیهٔ ۲۰۷ سورهٔ بقره)» که درباره علی بن ابی‌طالب(ع) نازل شده، مربوط به ابن ملجم مرادی است و آیهٔ «وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ یُعْجِبُک قَوْلُهُ فِي الْحَیَاةِ الدُّنْیَا وَ یُشْهِدُ اللهَ عَلَی مَا فِي قَلْبِهِ وَ هُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ؛ و از میان مردم کسی است که در زندگی این دنیا سخنش تو را به تعجب وا می‌دارد و خدا را بر آنچه در دل دارد گواه می‌گیرد و حال آنکه او سخت‌ترین دشمنان است (آیهٔ ۲۰٤ سورهٔ بقره)» در مورد علی(ع) بوده است. وی نخست نپذیرفت ولی وقتی معاویه بر مبلغ افزود تا به چهار هزار درهم رسید، سمرة 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 سمرة 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!» همچنین طبری و ابن اثیر نقل می‌کنند که: «سمرة گفت به خدا قسم اگر به همان اندازه که از معاویه اطاعت می‌کنم از خدا اطاعت کنم خداوند هیچ‌گاه مرا عقوبت نمی‌کند.»

ابن ابی‌الحدید می گوید: «سمرة از زمان پیغمبر تا زمام امام حسین(ع) زنده بود و در قضیهٔ کربلا جزء سپاه عبیدالله بن زیاد بود و مردم را به جنگ با امام حسین(ع) تحریک می‌کرد.»

- جملهٔ لاضرر و لاضرار 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(ع) نقل کرده که آن حضرت (ع) فرمود: «وَ قَضی رَسُولُ الله بالشفعه الشرکاء فِی الأَرضین و المساکن و قال: «لاضرر و لاضرار»، یعنی حضرت رسول خدا (ص) در مورد شفعه بین شرکا در زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود: «لاضرر و لاضرار» از این حدیث معلوم می‌شود که علت و حکمت اعتبار حقِّ 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 (ص) می فرمایند: «اذا رفّت الأُرف و حُدّت الحُدودُ فَلا شُفعةَ؛ یعنی اگر در زمین علامت گذاشته شد و حدود مالکیت‌ها تعیین گردید، دیگر شفعه‌ای در کار نیست»

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

صحّاح‌اللغه ضرر را خلاف نفع می‌داند.

صاحب قاموس علاوه بر آن، معنای سوء حال را هم آورده است.

نهایة ابن اثیر و مجمع البحرین ضرر را نقص در حق دانسته‌اند.

مصباح‌المنیر ضرر را به معنای عمل ناپسند نسبت به یک شخص یا نقص در اعیان دانسته است.

در مُفردات راغب اصفهانی، ضرر، سوءحال معنا شده اعم از سوءحال نفس به خاطر قلّت علم و فضل یا سوءحال بدن به خاطر فقدان عضوی از اعضاء و یا به خاطر قلّت مال و آبرو.

اختلاف‌نظر بین اهل لغت، به علّت استعمال مختلف کلمهٔ ضرر امری طبیعی است، همچنین این اختلاف به فقه نیز سرایت کرده و موجب اختلاف آرای فقهی شده است.

نائینی معتقد است ضرر عبارت است از هر نقصان در مال یا آبرو یا جان فرد دیگر؛ ولی در مورد نفس و مال کلمهٔ «ضرر» استعمال می‌شود؛ اما در مورد فقدان احترام و آبرو، کلمه ضرر کمتر استعمال می‌شود. مثلا گفته می‌شود: فلان شخص آن معامله ضرر کرد یا دارویی که مصرف کرد مُضر 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 (ره) ضرر به معنای ضد نفع و مقابل نفع است.

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

معنای اول ضِرار مجازات بر ضرری است که از جانب دیگری به انسان می‌رسد. 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 ضِرار در موردی است که با ضرر رسانیدن به دیگری نفعی عاید شخص نشود. بنابر قول چهارم که پیروانی دارد ضرر و ضِرار دارای معنای واحد هستند. این چهار معنا در نهایه ابن اثیر هم دیده می‌شود. صاحب قاموس معنای پنجمی برای ضِرار آورده و آن را معادل «ضیق» دانسته است.

در معنای ششم ضِرار به معنای اضرار عمدی و ضرر مشتمل بر اضرار عمدی و غیر عمدی است و چنانچه در مقابل هم قرار گیرند، ضرر، زیان زدن غیرارادی است و ضرار، زیان زدن ارادی. مرحوم محقّق نائینی ظاهراً این معنا را پذیرفته است.

امام خمینی (ره) در کتاب الرسائل، تحت عنوان فوق، فرق بین ضرر و ضِرار را چنین بیان کرده است: «غالب استعمالات ضرر و مشتقات آن مالی یا نفسی است، ولی کاربرد ضرار و مشتقاتش در تضییق، إهمال، حَرَج و سختی شایع و رایج است. پس ضِرار به معنای اخیر غلبه دارد. در قرآن مجید هم هر جا کلمهٔ ضرر استعمال شده به معنای ضرر مالی و جانی آمده است؛ ولی هر جا کلمهٔ ضرار آمده به معنای تضییق و ایصال حَرَج است.»

نظریهٔ مورد اختیار در معنای ضرر و ضرار: بررسی موارد استعمال واژه‌های ضرر و ضِرار در منابع اسلامی نشان می‌دهد که «ضرر» شامل کلیهٔ خسارت‌ها و زیان‌های وارده بر اشخاص است؛ ولی «ضِرار» 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.

مفهوم قاعدهٔ لاضرر: در مورد مفهوم «قاعدهٔ لاضرر» ٤ نظر مشهور وجود دارد:

۱. ارادهٔ نهی از نفی: «شیخ الشریعه اصفهانی» طرفدار این نظر بوده و «امام خمینی» نیز همین نظر را ترجیح می‌دادند. در این معنی از نفی، (لاضرر) اراده نهی شده؛ یعنی: ضرر نزنید. با این تفاوت که نهی مورد نظر شیخ‌الشریعه نهی الهی و نهی مورد نظر امام خمینی نهی حکومتی است.

۲. نفی ضرر غیرمُتدارَک: این نظر، نظر «مرحوم نراقی» است. مطابق نظر او معنی این قاعده این است که ضرری که جبران نشود 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.

۳. نفی حکم ضرری: این نظر که به نام شیخ انصاری (ره) معروف شده، در تاریخ فقه امامیه نظر غالب فقیهان، چه قبل و چه بعد از شیخ انصاری بوده است. از جمله میرزای نائینی همین نظر را داشته‌اند. مفاد این قاعده این است که در اسلام حکم که از آن ضرری ناشی شودوجود ندارد، خواه حکم تکلیفی باشد و خواه حکم وضعی. شیخ انصاری هم در کتاب رسائل و هم در رساله مخصوصی که در مورد لاضرر 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 لاضرر و لا ضرار، «لای» نفی جنس حقیقی نباشد. پس باید جمله را این طور تعبیر کنیم که: «لاضرر... فی الاسلام» یعنی «لا حکم ضرری فی الاسلام»، بدین معنا که واژه « حکم » را در تقدیر گرفته و بگوییم منظور رسول الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلّم) 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 لاضرر برداشته می‌شود. مثلا در مورد کسی که آب برایش ضرر داشته باشد، وجوب وضو به موجب قاعدهٔ لاضرر 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 لاضرر، 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.

٤. نفی حکم به لسان نفی موضوع: این نظر اخوند خراسانی است و در نظر او حکم ضرری از طریق نفی موضوع صورت گرفته و به عبارت دیگر، موضوع ضرری در اسلام حکم ندارد. آخوند خراسانی هم در کفایه و هم در حاشیه بر رسائل نظریهٔ خود را ابراز داشته که تا اندازه‌ای با نظریهٔ

مرحوم شیخ اختلاف دارد. به نظر ایشان در جمله لاضرر، نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع که نظایر آن در اخبار و حتی در آیات قرآن مجید زیاد است. مثلا در اخبار وارد شده است که «لا شک لکثیر الشک»، یعنی کسی که زیاد شک می‌کند، شک او شک نیست. به عبارت دیگر، موضوعاتی که دارای احکامی هستند، اگر عناوین اولیهٔ آن‌ها باعث ضرر بشوند، حکمشان برداشته می‌شود. مثلا 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. مثلا 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 (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلّم) نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع.

نظریهٔ مورد اختیار: با استفاده از تمام نظریات گذشته به نظر می‌رسد که معنای حدیث لاضرر به طور خلاصه آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد، ولی عدم مشروعیت ضرر، هم شامل مرحلهٔ قانونگذاری و هم شامل مرحلهٔ اجرای قانون می‌شود.

رسول اکرم (ص) با جملهٔ «لاضَررَ و لاضِرارَ فی الاسلام»، وجود ضرر را در مرحلهٔ قانونگذاری معدوم اعلام کرده و بنابراین همان‌طور که کلام رسول‌الله (ص) حکایت از مرحلهٔ انشای قوانین دارد، در مراحل اجرا؛ یعنی در موارد خاصِّ روابط اجتماعی مردم با یکدیگر، چنانچه عملی منجر به اضرار فردی به دیگری گردد، مورد تأیید شارع قرار نخواهد گرفت؛ به عبارت دیگر جملهٔ پیامبر (ص) هم می‌رساند که خداوند در مقام تشریع اولیهٔ 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 بر فردی از افراد مسلمان ضرری می‌باشد، به طور موردی مرتفع می‌گردد.

بدین ترتیب، نتیجه این می‌شود که اوّلاً کلمهٔ «لا» در جملهٔ لاضرر و لاضرار نافیه است و نه ناهیه؛ ثانیاً اختصاص به ضرر شخصی ندارد، بلکه ضرر نوعی را هم شامل می‌شود؛ ثالثاً احکام شریعت اسلام، اعم از تکلیفی و وضعی، مبتنی بر نفی ضرر عمومی و نوعی است و در احکام اولیهٔ اسلام به طور کلی این اصل، یعنی عدم زیان عامّه رعایت گردیده و همچنین در روابط اجتماعی مردم نیز هر گونه اقدام زیان‌بار مورد امضای شرعِ مقدّس نیست.

بنابراین قاعدهٔ لاضرر، علاوه بر آن که در موارد ضرر شخصی به عنوان دلیل ثانوی می‌تواند، دایرهٔ ادلّهٔ اولیّه را محدود سازد، حاکی از خطمشی کلی در تشریع احکام اولیه است؛ به عبارت دیگر قاعدهٔ لاضرر در مقام بیان حکم تکلیفی بر مبنای نهی مردم از اضرار به یکدیگر و ترتیب عقاب بر أعمال زیان‌بار نیست، بلکه مفید آن است اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً چنانچه مشمول قوانین و مقرّرات اجتماعی در موارد خاصّی موجب زیان بعضی توسط بعض دیگر گردد، آن قوانین مرتفع‌اند.

آیا قاعدهٔ لاضرر اثبات حکم نیز می‌کند؟

اگر نظر اوّل که ارادهٔ نهی از نفی است در نظر گرفته شود مفاد آن حکم تکلیفی است و ربطی به جبران ضرر؛ یعنی ربطی به مسؤولیت مدنی ندارد.

نظر دوم، که نظر «مرحوم نراقی» است؛ دقیقاً مربوط به جبران ضرر است؛ لذا از قاعدهٔ لاضرر اثبات حکم؛ یعنی جبران ضرر ناشی می‌شود.

به عقیدهٔ «شیخ انصاری» قاعدهٔ لاضرر اثبات حکم می‌کند، وی می‌گوید: «انَّ الحکمَ بإباحته حکم ضرری فیکون منفیاً فی‌الشرع؛ یعنی جواز ضرر زدن حکم شرعی است که با قاعدهٔ نفی حکم ضرری نفی شده، پس ضرر زدن حرام است.» و این نتیجهٔ نظر اوّل است. و در جای دیگر

می‌گوید: «آنچه در روایت لاضرر نفی شده تنها مجعولات نیست، بلکه همهٔ احکامی است که در دین اسلام به آن عمل می‌شود. خواه وجودی باشد و خواه عدمی، چون در حکمت شارع همان‌طور که برای شارع نفی احکام ضرری (وجودی) لازم است. همان‌طور واجب است، احکامی که از نبودشان ضرری پیش می‌آید، تشریع کند.» بنابراین قاعدهٔ لاضرر اثبات حکم نیز می‌نماید.

مرحوم شیخ انصری می‌گوید: «رابطهٔ دلیل لاضرر با دیگر ادلّهٔ احکام رابطهٔ حکومت است؛ یعنی قاعدهٔ لاضرر بر دیگر ادلّه حکومت دارد و در نتیجه می‌توان گفت که دلیل لاضرر بر همهٔ احکام مقدّم است و اولویت دارد. در نتیجه اجرای هر حکم شرعی در صورت برخورد با ضرر دیگران، باید متوقّف شود»

از جمله مواد قانون مدنی که نشان‌دهندهٔ اثبت حکم به وسیلهٔ قاعدهٔ لاضرر است، مادهٔ ۲۵۲ در باب معاملات فضولی است، این ماده چنین بیان می‌دارد: «لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد.اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارٌالیه می‌تواند معامله را بهم بزند.» در این ماده اعطای حقِّ فسخ معاملهٔ فضولی به اصیل به استناد قاعدهٔ لاضرر و مؤیِّد اثبات حکم به وسیلهٔ قاعدهٔ مزبور است.

در اینجا سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر تعارض ضررین پیش آمد، راه‌حل چیست؟ در این صورت مسألهٔ تزاحم مطرح می‌شود و راه‌حل آن «أقلّ‌الضررین» است و درمواردی نیز تعارض حرامین است و راه‌حل آن اجتناب از موردی است که حرمت آن سخت‌تر است و حتّی اگر احتمال رود که یکی از دو مورد حرمت شدیدتر و یا ضرر سخت‌تری دارد باید از همان اجتناب کرد؛ و در جایی که علم به تساوی است در آنجا تخییر است و از هر کدام که بخواهد می‌تواند اجتناب کند.

تعارض ضرر مالک و ضرر دیگران: از موارد مهم و سوال برانگیز قاعدهٔ لاضرر جایی است که امر دایر است بین تصرّف مالک در ملک خود و ضرر دیگران و یا عدم تصرّف مالک در ملک خود و در نتیجه زیان دیدن مالک؛ به عبارت دیگر اگر مالک در ملک خود تصرّف کند، دیگری ضرر می‌بیند و اگر تصرّف نکند خودِ وی ضرر می‌بیند. در اینجا اگر دقّت شود دو ضرر با هم تعارض می‌کنند و یا به تعبیری دو ضرورت نفی ضرر با هم تعارض می‌کنندو در نتیجه طبق قاعدهٔ «إذا تعارضا تساقطا» هر دو ساقط می‌شوند و جانب تصرّف مالک در ملک خود ارجح است، ولی باید توجه داشت که:

اوّلاً، باید به علّت ضرورتِ رفعِ حاجت و دفعِ ضرر، تصرّف مالک در ملک خود ضروری و عدم تصرّف او زیان محسوب شود.

ثانیاً، این امر فقط مجوّز تصرّف مالک است، ولی جبران ضرر دیگری یا همسایه به استناد قاعدهٔ نفی ضرر یا اتلاف حتمی است.

کاربرد قاعدهٔ لاضرر در قوانین موضوعهٔ

به نظر می‌رسد ماد معروف ۱۳۲ قانون مدنی که از موارد إعمال قاعدهٔ لاضرر در قانون مدنی است همین نظر را می‌رساند، مطابق این ماده: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرّفی کند که مستلزم تضرّر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.» آنچه این ماده (با جمع بودن شرایط) تجویز می‌کند، تصرّف مالک است نه عدم ضمان او، ضمان مالک طبق قواعد کلی ثابت است. با این توضیح به نظر می‌رسد که نظر بعضی از حقوقدانان که تصرّف زیان‌آور مالک برای همسایه را در صورتی که به قدر متعارف و برای رفعِ حاجت یا دفعِ ضرر از خود باشد، ضمان‌آور نمی‌شناسند، برخلاف ضوابط است.

همچنین در اصل چهلم قانون اساسی قاعدهٔ لاضرر آمده است، مطابق این اصل: «هیچ‌کس نمی‌تواند إعمال حقِّ خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» و در اصل چهل‌وسوم قانون اساسی نیز که «منع اضرار به غیر» را از ضوابط اقتصاد اسلامی می‌شمارد، اشاره به قاعدهٔ لاضرر دارد.

مواد دیگر قانون مدنی که در معارضهٔ إعمال حق با قاعدهٔ لاضرر، حاکمیت لاضرر را پذیرفته است:

«صحت وقفی که به علت اضرار دیّان واقف واقع شده باشد، منوط به اجازه دیّان است» (مادهٔ ٦٥)

«هیچ‌یک از شرکاء نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید، مگر اینکه دفع ضرر به نحو دیگر ممکن نباشد» (مادهٔ ١١٤) اجبار شریک برای تعمیر دیوار مشترک در صورتی که دفعِ ضرر به طریق دیگری ممکن نباشد، مجاز شناخته شده است.

«اگر دیواری متمایل به ملک غیر یا شارع و نحو آن شود که مُشرِف به خرابی گردد، صاحب آن اجبار می‌شود که آن را خراب کند» (مادهٔ ١٢٢) اجبار صاحب دیوار مُشرِف به خرابی به تخریب آن، به علّت خوف اضرار به غیر پذیرفته است.

تصرّف در حریم را به منظور جلوگیری از ضرر به صاحب حریم منع کرده و میزان حریم را به اندازه‌ای معیّن کرده که برای دفعِ ضرر کافی باشد (مواد ١٣٨ و ١٣٩)

استفاده از آب رودخانه برای احیای اراضی موات جدید را منوط به عدم تضییق و اضرار به صاحبان اراضی سابق کرده است. (مادهٔ ١٥٩)

«اگر در مدت اجاره در عین مستأجره تعمیراتی لازم آید که تأخیر در آن موجب ضرر موجر باشد، مستأجر نمی‌تواند مانع تعمیرات مزبوره گردد اگرچه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عین مستأجره کلاً یا بعضاً استفاده نماید در این صورت حق فسخ اجاره را خواهد داشت.» (مادهٔ ٤٨٥)

تقسیم مال مشترک را در صورتی که متضمّن ضرر شریک باشد، بدون رضای شریک متضرّر، ممنوع می‌باشد. (مواد ٥٩١ و ٥٩٢) در تنقیه یا تعمیر قنات مشترک برای دفعِ ضرر، اجبار شریک ممتنع را به شرکت در تنقیه و تعمیر یا اجاره یا فروش سهم او اجازه داده است (مادهٔ ٥٩٤)

بر هم زدن تقسیم به لحاظ ظهور عیب در حصهٔ یک یا چند نفر از شرکا به لحاظ ضرر واردشده، مجاز دانسته است. (مادهٔ ٦٠٠)

تأخیر اعلام رد یا قبول موصی‌له را در صورتی که موجب تضرّر ورثه باشد، موجب اجبار او از طرف حاکم بر اعلام تصمیم شناخته است (مادهٔ ٨٣٣)

ورود ضرر به زوجه را از موارد اجبار شوهر به طلاق معیّن شده است (مادهٔ ١١٣٠)

قاعدهٔ ید

«مَن استولیٰ عَلی شیء مِنْهُ فَهُوَ لَهُ»

(کسی که بر چیزی تسلّط دارد، آن چیز به او تعلّق دارد)

مفاد کلی قاعده: هر فردی که مالی را در اختیار دارد، اگر هیچ‌گونه مدرکی در دست نباشد که اثبات کند، تصرّف مزبور غیرمالکانه است، خواه آن مال منقول باشد و خواه غیرمنقول، محکوم به ملکیت شخص مزبور است؛ به عبارت دیگر، هرگاه شخصی بر چیزی تسلّط داشته باشد، به

گونه‌ای که بتواند هر نوع تصرف و تغییری در آن ایجاد کند، چنین تسلّط و اقتداری را «ید» گویند و حکم به مالکیت کسی بر چیزی که تسلّط بر آن دارد، «قاعدهٔ ید» نام دارد. مرحوم نراقی در مستندالشیعة در تعریف ید می‌گوید: «سلطه و اقتدار شخص بر چیزی، به گونه‌ای که عرفاً بتواند هرگونه تصرّف و تغییری در آن ایجاد کند»

قاعدهٔ ید از قواعد فقهی مشهوری است که مورد قبول تمام فقهای اسلام است و در اکثر مسائل فقهی و حقوقی به طور وسیع مورد استناد قرار می‌گیرد و محور بسیاری از معاملات روزمرّه است. ید واژه‌ای است عربی به معنای دست و در حقوق اسلامی؛ یعنی «استیلا و تصرّف». منظور از قاعدهٔ ید، وجود مالی در تصرّف شخصی دلیل بر مالکیت اوست.

مصادیق ید

مصادیق ید را تحتِ دو عنوانِ عمده می‌توان دسته‌بندی کرد:

۱. تعلّق اشیاء 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 آنهاست. در این موارد، بین شیء مورد تملّک و مالک، رابطهٔ حقیقی، مستقیم، فیزیکی و مکانی وجود دارد. این گونه تعلّقات بیشتر مربوط به گذشتهٔ تاریخ بشر است و در زمان‌ها اخیر «ید اعتباری و قراردادی» کم‌وبیش جانشین این گونه ید شده است. نمونه‌هایی زیادی از مصداق فوق در زندگی وجود که بعضی از آنها عبارتند از:
   - وجود اشیا در دست اشخاص.
   - وجود لباس بر تن افراد.
   - سوار بودن راکب بر مرکب.
   - گرفتن زمام چیزی؛ مانند اینکه کسی زمام شتری را در دست داشته باشد.
   - سکونت در محل.
   - وجود کلیدخانه یا مغازه در دستِ فرد، حتّی اگر در آن استقرار نیافته باشد.
   - پاره‌ای أعمال و افعال بر روی اشیاء، مانند شخم و تسطیح زمین یا مرّمت محلِّ مسکونی.
۲. مصداق دیگر ید، وجود اسناد، علائم، نوشته‌ها و سمبل‌هایی است که تعلّق شیء به شخص را می‌رساند که مثال بارز آن، وجود اسناد مالکیت در مورد اموال غیرمنقول است، بدین نحو که صِرف وجود سندِ مالکیت در دست فرد و به نام دارنده، مُثبِت مالکیت او بر مال غیرمنقول است؛ هرچند بالمباشره و مستقیماً بر مال غیرمنقول مسلّط نباشد و یا دیگری آن را از قِبَل مالک مورد تصرّف و استیفاء قرار داده باشد. استیلای حاکم و یا رژیم سیاسی بر قلمرو حکومتی، مرزها، حریم دریایی و حریم فضایی می‌تواند از مصادیق فوق محسوب گردد. نصب پرچم یک کشور در نقاط خاص یا علائم دریایی به عنوان فلات قارّهٔ اختصاصی، تجلّی ید و استیلا است.

مستندات قاعدهٔ ید

به چه دلیل تسلط و در اختیار بودن چیزی دلیل بر مالکیت است؟ حجّت بودن «ید» اجماعی، بلکه ضروری است. مدارک قاعدهٔ ید از قرار ذیل است:

۱. **سنّت:** روایات مستفیض و از نظر معنا متواتر بر مالکیت «ید» دلالت دارد؛ مثلاً روایت «حفص بن غیاث» که مردی از حضرت صادق (ع) سوال کرد: اگر چیزی را در دست کسی مشاهده کنم، آیا می‌توانم شهادت دهم که آن شخص مالک آن چیز است؟ حضرت فرود» آری. آن

مرد عرض کرد: شهادت خواهم داد که مال در دست اوست، امّا شهادت به مالکیت او نمی‌دهم؛ زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت پرسید: آیا خرید آن چیز از او رواست؟ مرد جواب داد: آری. حضرت فرمود: شاید مال دیگری باشد، پس چگونه جایز است از او بخری و بعد از تملک بگویی که مال من است و بر ملکیت خود قسم یاد کنی، امّا اقرار به مالکیت او نکنی؟ سپس حضرت ادامه داد: اگر این امر جایز نباشد، برای مسلمانان بازاری باقی نمی‌ماند. این روایت از نظر سند ضعیف است، 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 امارهٔ مالکیت می‌داند، اجازهٔ شهادت بر مالکیت اشیای موجود در دست افراد داده است. البته منظور شهادت بر مالکیت ظاهر است و نه واقعی. مالکیت ظاهری با وجود شیء تحتِ سلطهٔ شخص ثابت می‌گردد.

روایت «یونس بن یعقوب» از امام صادق (ع) نقل کرده است که در مورد تقسیم اثاث خانه، هنگامی که زن پیش از مرد فوت کند و یا مرد قبل از زن وفات یابد، از آن حضرت پرسش به عمل آمد. ایشان در پاسخ گفتند: «هر چه از لوازم مخصوص زنان است، مال زن است و هر چه مشترک بین زنان و مردان است، مال هر دو است» سپس فرمودند: «مَن استولی عَلی شیء مِنْهُ فَهُوَ لَهُ؛ یعنی کسی که بر چیزی تسلّط دارد، آن چیز به او تعلّق دارد»

۲. **اجماع:** اجماع از دلائل حجیّت است، ولی همان گونه که در اصول فقه بحث می‌شود اجماع مستقلاً دلیل نیست و فقط در صورت کاشف بودن از رأی معصوم (ع) حجیّت دارد.

۳. **بنای عقلا:** عقلای عالم، در تمام اقوام و ملل، وقتی چیزی را در تصرّف کسی ببینند، او را مالک آن چیز می‌شناسند. امام خمینی می‌گوید: «این روش عقلا آنچنان روشن و بدیهی است که از ضروریات به حساب می‌آید» وقتی اتفاق آرای خردمندان و تبانی عملی آنان از طرف شارع مقدّس به عنوان رئیس خردمندان مورد تعرّض قرار نگیرد، بلکه به وسیلهٔ روایات فراوان مورد تأیید قرار گیرد، شارع نیز با آن موافق است.

ید أماره است و نه اصل: متصرّف مال ممکن است مالک واقعی آن باشد و یا با اجازهٔ مالک . در آن تصرّف کند، همچنان که ممکن است برخلاف رضایت مالک بر آن سیطره یافته، عدواناً و عاصبانه آن را در اختیار خویش قرار گرفته باشد.

مفاد قاعدهٔ ید این است که استیلا و سلطهٔ فرد بر شیء، مُثبِتِ مالکیت آن شخص است، همچنین طَبعِ اصلی و اولیهٔ تسلّط انسان بر شیء، نشانهٔ مالکیت شخص و ملک بودن شیء است، مگر آن که خلافش ثابت شود. با این بیان معلوم می‌گردد که بی‌شک قاعدهٔ ید از أمارات معتبر موضوعی است و نه از اصول، چرا که مفاد قاعدهٔ مزبور کاشفیت و طریقیت به واقع است و به همین علّت حجیّت یافته است. کلیّهٔ أمارات در معارضه با اصول ، تقدّم می‌یابند.

قاعدهٔ ید در مقام تعارض: در مقام تعارض بین قاعدهٔ ید و دیگر أمارات و یا استصحاب تکلیف چیست؟ اکنون میزان ارزش ید را نسبت به حالات مختلف در مقام تعارض بررسی می‌کنیم:

۱. اگر مدّعی فاقد بیّنه باشد: متصرّف با استناد به قاعدهٔ ید مالکیت خود را اثبات می‌کند.

۲. اگر ملک مورد اختلاف، سابقاً ملک شخص ثالثی بوده و هم‌اکنون متصرّف مدّعی خرید آن است، در حالی که مدّعی دیگری نیز ادّعای خرید آن را دارد، بدون آن که در تصرّف او باشد و بدون آن که دلیل محکمه‌پسندی اقامه کند: ادّعای متصرّف با استناد به قاعدهٔ ید بر ادّعای دیگری مقدّم خواهد بود.

۳. اگر برای دادگاه اثبات شده باشد که مال مورد اختلاف، سابقاً ملک مدّعی بوده است، امّا متصرّف می‌گوید از طریق قانونی به او انتقال یافته است، برخلاف مدّعی که تصرّف او را عدوانی و غاصبانه می‌داند: در این فرض بین ید (أماره) و استصحاب (اصل) تعارض پیش می‌آید و

چون ید أماره است، بر استصحاب که اصل است، مقدَّم خواهد بود؛ زیرا موضوع اصول عملیه شک است، در حالی که أماره از ظنون بوده که با وجود أماره، موضوعی برای اجرای اصل باقی نمی‌ماند.

٤. اگر مدّعی بیّنه‌ای اقامه کند مبنی بر این که مالی که در تصرّفِ متصرّف است سابقاً ملک وی (مدّعی) بوده و هم‌اکنون نیز مال اوست، همچنان که متصرّف نیز مدّعی مالکیت آن مال است؛ امّا شاهدان در مقام شهادت بگویند: ما شهادت می‌دهیم که این مال سابقاً از آن مدّعی بوده است؛ ولی در خصوص مالکیت فعلی اطّلاعی نداریم: در این فرض، برخی قائل به تقدیم ید بر بیّنه بوده، در حالی که گروهی نیز بیّنه را بر ید ترجیح می‌دهند.

٥. مدّعی با اقامهٔ بیّنه اثبات می‌کند، مالی که در تصرّفِ متصرّف است، از آنِ اوست: در این فرض بیّنه بر ید مقدّم خواهند بود.

٦. اگر متصرّف اقرار کند که ملک سابقاً از آن مدّعی بوده، امّا به طریق قانونی به او منتقل شده است: مشهور فقها و حقوقدانان بر این عقیده‌اند که در این فرض، متصرّف باید بیّنه اقامه کند. مادهٔ ۳۷ قانون مدنی در این باره چنین بیان داشته است: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارٌالیه نمی‌تواند برای ردِّ ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است»

کاربرد قاعدهٔ ید در قانون مدنی

قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه، ید یا به اصطلاح خودش «تصرّف» را أمارهٔ مالکیت شناخته و آن را در اعیان و منافع و حقوق جاری دانسته است. مادهٔ ۳۵ این قانون مقرّر می‌دارد: «تصرّف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر آن که خلاف آن ثابت شود» منظور از تصرّف به عنوان مالکیت، آن است که کسی مالی را در تصرّف فعلی خود داشته باشد، به طوری که هر گونه انتفاعی را که بخواهد ببرد و نسبت به آن مدعای مالکیت باشد. به موجب مادهٔ فوق چنین تصرّفی محترم و در حمایت قانون است و هر کس که مدعی مالکیتِ مال مربوط استمی‌تواند به دادگاه صالح مراجعه کرده و دعوای خود را به اثبات برساند و نمی‌تواند به وسیلهٔ قدرتِ شخصی، آن را از تصرّف متصرّف خارج سازد. همچنین مواد ٣٦ و ٣٧ قانون مدنی راجع به تصرّف می‌باشد.

مادهٔ ٣٦ قانون مدنی: «تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مُمَلّک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود»

مادهٔ ٣٧ قانون مدنی: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارٌالیه نمی‌تواند برای ردِّ ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.»

نقش تصرّف در حقِّ ارتفاق

از مادهٔ ۳۵ قانون مدنی با توجه به کلمهٔ «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 حقِّ ارتفاق به ترتیب در مواد ۹۵، ۹۷ و ١٢٤ چنین مقرّر داشته است: «هرگاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضل آب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است صاحب آن خانه یا زمین نمی‌تواند جلوگیری از آن‌کند مگر در صورتی‌که 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 شُرب و غیره.»

«اگر از قدیم سرتیر عمارتی روی دیوار مختصِّ همسایه بوده و سابقهٔ این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر برداشته شود صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صِرف اجازهٔ 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 متصرّف در حقِّ عینی باشد؛ یعنی عملاً استیلا بر آن داشته و از آن استفاده کند نیز صاحب آن حق شناخته می‌شود.

قاعدهٔ ضمان ید «علی‌الید»

«عَلَی الیَدِ ما أخَذَتْ حَتّیٰ تُؤدیَه»

(هرکس از راه نامشروع در مال دیگری تصرف کند، ضامن آن است تا آنکه آن را به صاحبش بازگرداند)

مفاد کلی قاعده: از قواعد مشهور فقهی قاعدهٔ ضمان ید است که به قاعدهٔ «علی الید» نیز موسوم است؛ به عقیدهٔ فقها، مقتضای اولیّه تصرّف و یا استیلا بر مال دیگری این است که، متصرّف در مقابل مالک، ضامن است؛ یعنی علاوه بر آن که مکلّف به بازگرداندنِ عین در زمان بقاء آن است، اگر مال مذکور تلف شود یا نقص و خسارت به آن وارد گردد، متصرّف باید از عهدهٔ خسارت وارده نیز برآید. قاعدهٔ ضمانِ ید متصرّف در فقه به صورت یک قاعدهٔ کلی است و کلیّت آن در بدوِ امر شامل تمام انواع تصرّف و وضعِ ید می‌شود، خواه عدوانی باشد و خواه غیرعدوانی یا امانی. البته مواردی تحت عنوان ید امانی، به موجب ادلهٔ خاص از تحتِ شمول این قاعده خارج گردیده‌اند.

مستندات قاعدهٔ ضمان ید

۱. **بنای عقلا:** مستند قاعده ضمان ید، قبل از هر چیز، بنای عقلا است؛ زیرا با مطالعه در زندگی اهل خِرد در می‌یابیم که آنان، شخصی که مال دیگری را تصرف می‌کند در مقابل مالک، مسؤول می‌دانند؛ یعنی علاوه بر آن که تکلیف او را در زمان موجود بودن عین، ملزم به رد آن می‌دانند، چنانچه خسارت و یا تلفی وقوع یابد، مسؤولیت مدنی را نیز متوجه وی می‌سازند و اگر صاحب مال برای مطالبهٔ خسارت به متصرّف مراجعه کند، این عمل را نکوهش نمی‌کنند. شاهد این مدعا آن است که در زمان حاضر تمام نظام‌های حقوقی، لزوم رد مال غیر در زمان وجود مال و جبران خسارت در زمان تلف آن را بر هر نوع تصرف غیر قانونی مترتب می‌دانند. شرع مقدس این شیوهٔ خردمندانه را نه فقط رد و محکوم نکرده، بلکه به موجب نصوص رسیده تأیید هم کرده است. بنابراین می‌توان گفت این قاعده از قواعد امضایی شرع است، نه تأسیسی.
۲. **روایات:** معروف‌ترین روایت مستند این قاعده، روایتی از پیامبر (ص) است که متن قاعده است، آن حضرت فرمودند: «عَلَی الیَدِ ما أخَذَتْ حَتّیٰ تُؤدیَه؛ یعنی هرکس از راه نامشروع در مال دیگری تصرف کند، ضامن آن است تا آنکه آن را به صاحبش بازگرداند.» این روایت از طریق عامه رسیده؛ ولی از زمان علامه حلّی به بعد به عنوان یک روایت مسلّم مورد استناد امامیه قرار گرفته است. این روایت، مُرسل و سندش ضعیف است؛ ولی بعضی معتقدند که چون تعداد زیادی از فقها بر اساس آن فتوا داده‌اند، ضعف سند جبران شده و به اصطلاح، این روایت دارای «شهرت فتوایی» است. به نظر این دسته از فقها، هرگاه حدیث ضعیف‌السند مورد استناد و عمل اصحاب قرار گیرد، ضعف آن نادیده گرفته می‌شود و این حدیث نیز چنین است. البته حسب تحقیقات انجام شده، جمله فوق در کتب قدمای امامیه چندان مورد استناد قرار

نگرفته و اگر گاه و بی‌گاه در بعضی از آثار دیده می‌شود، به انگیزه احتجاج علیه مخالفان بوده نه آن که بر آن اعتماد شده باشد. آنچه نگرانی را مرتفع می‌سازد این است که مفاد حدیث از تأسیسات و ابداعات شریعت اسلام نیست، زیرا همان گونه که گفته شد، مدلول قاعده ضمان ید، قبل از هر چیز مطابق بنای عقلا است و حدیث فوق در صورت صحت از باب تأیید و تشیید بنای عاقلانه مزبور صادر گردیده و فقهای عظام در موارد مشابه با این گونه احادیث بسیار سهل برخورد کرده و به آسانی اعتبار آن‌ها را پذیرفته‌اند. وانگهی درجات فصاحت، بلاغت و شیوایی جمله فوق، ضریب احتمال صدور آن را از رسول خدا (ص) بسیار قوی و متقابلاً جعلی و ساختگی بودن آن را توسط راوی به مراتب بعید می‌سازد و این امر، تردید را از خاطر فقیه زدوده، اطمینان خاطر او را فراهم می‌آورد.

بیان مفاد حدیث

آیا مدلول روایت حکم وضعی است یا حکم تکلیفی؟ در مفاد این حدیث از سوی فقها نظرهای مختلفی اظهار شده است. بعضی می‌گویند مقصود، وضع حکم تکلیفی است و شارع مقدس بدین وسیله مسؤولیت استیلا بر مال دیگری و وجوب حفظ و ردِّ آن را به مالک گوشزد می‌کند و بعضی به طور کلی حدیث را به بهانه اجمال، غیر قابل استناد دانسته‌اند. ولی نظریهٔ دقیق‌تر که مشهور فقها به آن اعتقاد دارند این است که شارع مقدس به موجب حدیث فوق، ضمانت مالی را که مورد استیلا غیر قرار گرفته ـ مادام که به مالک برگردانده نشده ـ به عهدهٔ مستولی و متصرّف قرار می‌دهد؛ بدین نحو که تا عین آن وجود دارد موظّف به تحویل عین است و چنانچه تلف شود و یا خسارت ببیند باید از عهدهٔ خسارت آن برآید، به این شکل که اگر مثلی است، مثلش را و چنانچه قیمی است قیمتش را به مالک بپردازد.

بررسی حدیث فقها در بیان ماهیت ضمان به معنای ردِّ خود عین در فرض وجود و ردِّ مثل یا قیمت آن در فرض تلف، توجیهاتی مطرح کرده‌اند که بهترین آن‌ها توجیه زیر است:

به موجب این حدیث، وقتی انسان چیزی را می‌گیرد و یا به تعبیر دیگر بر مالی استیلا می‌یابد، آن چیز به عهدهٔ او قرار می‌گیرد و چون عهده به معنای ذمّه است و عین خارجی نمی‌تواند در ذمّه قرار بگیرد، پس وجود اعتباری آن چیز مورد نظر است که در ذمّه قرار می‌گیرد و بعد از آن که در ذمّه قرار گرفت فردِ مشغول‌الذمه باید از عهدهٔ آن برآید و افراغ ذمه کند. برآمدن عهده و افراغ ذمّه در فرض وجود مال، به پرداخت عین آن است که باید به شکل سالم به صاحبش برگردد و اگر تلف بشود، یا به هر جهتی برگرداندن عین ممکن نباشد، برآمدن از عهده و برائت ذمه با پرداخت مثل یا قیمت محقق می‌شود و باید مثل یا قیمت مال به صاحبش داده شود.

در مقابل توجیه فوق بعضی از فقها اظهار عقیده کرده‌اند که این حدیث فقط حکایت از این دارد که مادام که عین باقی است کسی که آن را گرفته ضامن است و باید آن را به صاحبش برگرداند، زیرا «ما» ی موصولی که در حدیث آمده، اشاره به مال دارد و ضمیر موجود در «تؤدّیه» هم به مال برمی‌گردد. بنابراین از حدیث بیش از این استفاده نمی‌شود و به استناد آن نمی‌توان گفت که در صورت تلف مال، آخذ ضامن پرداخت قیمت آن است.

پاسخ این استدلال در ضمن مطالب فوق بیان شد، زیرا گفتیم که متعلق واژه «علی» همان چیزی است که تحت استیلا قرار گرفته نه عمل بازگرداندن که صرفاً یک حکم تکلیفی است و به عبارت دیگر، وقتی کسی مال را أخذ می‌کند، وجود اعتباری آن مال در ذمّه او قرار می‌گیرد و به اصطلاح ذمه‌اش مشغول می‌شود و باید از این اشتغال ذمّه بری گردد. پس تا وقتی که عین موجود است باید مسترد شود و اگر تلف شود، مثل یا قیمت آن باید پرداخت گردد. در عرف نیز مشاهده می‌شود که از ضمان ید مفهوم اخیر استنباط می‌گردد و به صرف تلف مال، ذمه آخذ بری نمی‌شود، بلکه باید مثل یا قیمت مال تالف را بپردازد.

جهل و عمد

آیا در شمول قاعدهٔ ضمان ید علم و جهل و یا قصد نقش دارد یا خیر؟ با اطلاق و عمومی که در روایت مربوط به ضمان دیده می‌شود به نظر می‌رسد تصرّف مال اعم از این که عالماً باشد یا از روی جهل موجب ضمان است، با این تفاوت که اگر تصرّف از روی عمد و قصد باشد از مصادیق غصب و دارای عقوبت شرعی و مجازات است، در حالی که تصرّف غیرعمدی فقط موجب ضمان حقوقی است و عقوبت و مجازات در پی ندارد. به عبارت دیگر در تحقّق این ضمان، تقصیر دخالتی ندارد، بلکه مبنای این مسؤولیت، وضع ید و استیلا بر مال دیگری است، اعم از این که عالماً عامداً صورت گرفته باشد و یا از روی جهل و غیرعمد. بنابراین، هر دو مورد (عمد و جهل) در مسؤولیت مدنی با یکدیگر مشترکند، ولی در مسؤولیت کیفری متفاوتند، بدین معنا که در فرض عمد، علاوه بر مسؤولیت مدنی، مسؤولیت کیفری نیز وجود دارد و در فرض جهل، مسؤولیت کیفری وجود ندارد.

در نتیجه، دایرهٔ ضمان ید اختصاص به غصب ندارد بلکه وسیع‌تر و اعم از آن است؛ زیرا در تعریف غصب گفته شده است: «غصب استیلا بر مال غیر است به نحو عدوان.» و منظور از «عدوان»، تجاوز به حق دیگری است. بنابراین در غصب، استیلا از روی عمد و قهر صورت می‌گیرد، در حالی که در ضمان ید، عنصر عمد و قهر ملحوظ نشده است. پس قلمرو ضمان ید شامل دو دایره است، یکی ید عدوانی و دیگری ید غیر عدوانی.

نکات مهم ضمان ید

۱. باید سلطه و استیلا کامل باشد و صِرف مزاحمت کافی نیست.
۲. در ضمان ید حتّی اگر قوّهٔ قاهره نیز موجب تلف یا نقص مال شود، متصرّف ضامن است.
۳. علم و جهل متصرّف در مسؤولیت او أثری ندارد؛ ولی در صورت مراجعهٔ مالک به متصرّف جاهل، او می‌تواند به غاصب سابق بر خود مراجعه کند.
٤. در صورتی که در مورد یک مال ضمان ید و ضمان تلف، در دو نفر جمع شود، مالک در رجوع به هر یک از آنها مختار است؛ ولی در نهایت ضمان بر عهدهٔ مُتلِف قرار خواهد گرفت؛ مثلاً اگر شخصی مالی را از کسی غصب کند و شخص دیگر آن را تلف نماید، مالکِ آن مال می‌تواند برای گرفتن بدل، (مثل یا قیمت) به غاصب یا به تلف‌کننده رجوع کند؛ ولی اگر به غاصب مراجعه کرد و مثل مال خود را، در صورت مثلی بودن و قیمت مال خود را در صورت قیمی بودن از او گرفت، غاصب می‌تواند، برای گرفتن بدلی که به مالک پرداخته به تلف‌کننده مراجعه کند و از او بگیرد.

کاربرد قاعدهٔ ضمان ید در قانون مدنی

۱. مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ ق.م: دریافت مال من غیر حق

- مادهٔ ۳۰۱ ق.م: رد مالی که بدون استحقاق گرفته شده: «کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند.»
- مادهٔ ۳۰۳ ق.م: ضمان گیرندهٔ فاقد حق «کسی که مالی را مِن غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل»

۲. **مواد ۳۰۸ تا ۳۲۷ قانون مدنی: غصب و شبه غصب:** در قانون مدنی مبحث غصب مواد ۳۰۸ تا ۳۲۷ به ضمان ید اختصاص یافته است. مادهٔ ۳۰۸ چنین مقرّر داشته است: «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.»

۳. **مادهٔ ۳٦٦ قانون مدنی: ضمان مقبوض به عقد فاسد:** «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.»

٤. **مواد ۳۰۲ و ۲٦٥ قانون مدنی: ایفای ناروا**

- مادهٔ ۲٦٥ قانون مدنی: امارهٔ عدم تبرّع: «هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند.»
- مادهٔ ۳۰۲ قانون مدنی: ایفای ناروا: «اگر کسی که اشتباهاً خود را مدیون می‌دانست آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید.»

٥. **مواد ۲٥۹ و ۲٦۱ قانون مدنی: ضمان معاملهٔ فضولی**

- مادهٔ ۲٥۹ ق.م: ضمان مُتعامِل مُتصرّف: «هرگاه معامل فضولی مالی را که موضوع معامله بوده است به تصرف متعامل داده باشد و مالک آن معامله را اجازه نکند متصرف ضامن عین و منافع است.»
- مادهٔ ۲٦۱ ق.م: ضمان مشتری متصرّف: «در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هرگاه مالک معامله را اجازه نکرد مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگر چه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد.»

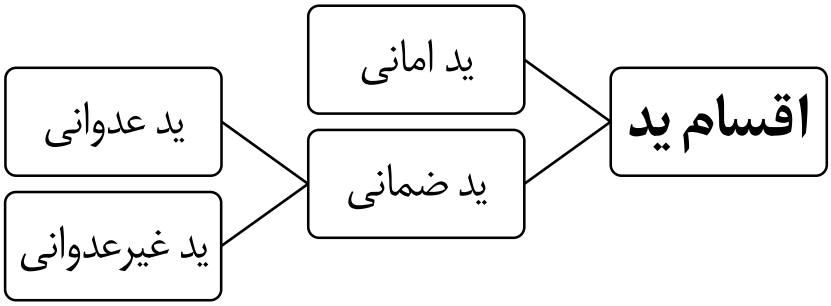
٦. **مادهٔ ٦۳۱ قانون مدنی: ضمان تعدی و تفریط:** از مصداق‌های دیگر «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز» موردی است که متصرّف امین از حدود اذن و متعارف پا فراتر می‌نهد و به تعدی و تفریط دست می‌زند. مسؤولیت چنین امینی در فقه «ضمان تعدی و تفریط» می‌نامند که از شاخه‌های غصب است و مادهٔ ٦۳۱ ق.م در متنی جامع امین متجاوز را در حکم غاصب می‌داند و در بسیاری از احکام دیگر اعمال شده است مادهٔ ٦۳۱ قانون مدنی: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی‌علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشند مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبهٔ او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسؤول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگر چه مستند به فعل او نباشد»

۷. **مادهٔ ٦٤٤ قانون مدنی: عاریهٔ مضمونه: عاریهٔ طلا و نقره،** مطابق این ماده: «در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوک و غیرمسکوک مستعیر، ضامن است هرچند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد.» به طور کلی امین مسؤول نیست مگر اینکه تقصیر کند؛ حال استثنائاً در مواردی اگر امین تقصیر هم نکند مسؤول است مطابق مادهٔ ٦٤٤ قانون مدنی در عاریهٔ طلا و نقره به عبارت دیگر در عاریهٔ طلا و نقره اگر مستعیر تقصیر هم نکند و مال از بین برود، مستعیر مسؤول است؛ به عبارت دیگر ید مستعیر در عاریهٔ طلا و نقره ضمانی است و به استناد قاعدهٔ «علی‌الید» مستعیر ضامن رد عین است و قوهٔ قاهره از مسؤولیت او نمی‌کاهد.

اقسام ید: ید ضمانی و ید امانی: برای تنظیم مطالب می‌توان این دسته‌بندی را ارائه کرد: در تقسیم اول، ید تقسیم می‌شود به ید ضمانی و ید امانی و سپس ید ضمانی تقسیم می‌شود به ید عدوانی و غیر عدوانی.

توضیح این که وقتی کسی مالی را به عقد فاسد قبض می‌کند، ضامن و ید او ید ضمانی است، ولی غاصب نیست و ید او عدوانی محسوب نمی‌شود؛ یعنی هر دو مورد به لحاظ وجود مسؤولیت مدنی با یکدیگر مشترکند و تفاوت در آن است که در فرض وجود عنصر عدوان، علاوه بر مسؤولیت مدنی، مسؤولیت کیفری نیز وجود دارد؛ زیرا فقها مواردی را که به علت فقدان عنصر عدوان از مصادیق غصب محسوب نمی‌شود نیز از نظر احکام، ملحق به غصب کرده‌اند؛ بدین معنا که چنین یدی را ید ضمانی دانسته‌اند که از نظر ضمان در حکم غصب است. قانون مدنی نیز در ماده ۳۰۸ چنین بیان کرده است: «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است»

فاعلیت و علیت در فرض تلف



در ضمان ید، علاوه بر این که عنصر عمد و تقصیر دخالتی ندارد، در موارد منجر به تلف، رابطهٔ علیت مادی بین فعل متصرّف و تلف نیز ضروری نیست و لذا چنانچه متصرّف این نکته را هم ثابت کند که تلف مال در اثر قوهٔ قاهره و آفت سماوی بوده است، از مسؤولیت حقوقی او کم نمی‌شود و فرق عمدهٔ این نوع ضمان با ضمانی که به موجب قاعدهٔ اتلاف مطرح می‌گردد همین امر است. در ضمان اتلاف لازم است که فعل مستقیما به تلف‌کننده مستند گردد، نه به علّت و موجب دیگر، ولی در ضمان ید چنین نیست؛ زیرا در ضمان ید، محور ضمان «اصل استیلا و وضع ید بر مال دیگری است، نه تلف شدن مال»، در حالی که در قاعدهٔ اتلاف، محور ضمان «از بین بردن مال دیگری است».

ضمان منافع: فقهای امامیه در مورد ضمان منافع عین مغصوبه، منافع را به دو دسته تقسیم کرده‌اند:

۱. منافع مستوفات: منظور از منافع مستوفات، منافعی است که شخص پس از استیلا بر مال دیگری از آن بهره‌مند می‌گردد. مثل آن که اتومبیل دیگری را بردارد و سوار آن شود یا کتاب دیگری را بدون اجازه او بردارد و مطالعه کند.
۲. منافع غیر مستوفات: منافع غیر مستوفات آن دسته از منافع ممکن‌الحصولند که شخص متصرف با استیلای خود بر مال، بهره‌برداری از آن را از مالک سلب کرده و خود هم بهره‌مند نشده است؛ مثل آن که شخصی درِ خانه دیگری را بدون اجازه او قفل کند و یا اتومبیل او را در پارکینگ منزل خود نگه دارد.

- به نظر فقهای امامیه در مورد منافع مستوفات، بی‌تردید شخص متصرف ضامن است، خواه تصرف عدوانی باشد (غصب) و خواه غیر عدوانی، مانند مورد مقبوض به عقد فاسد؛ ولی در منافع غیر مستوفات، گروهی از فقها به ضمان معتقد نیستند؛ اما در همین فرض هم مشهور، قائل به ضمان هستند.

مستند مشهور فقهای امامیه نسبت به ضمان منافع، اعم از مستوفات و غیر مستوفات، عمومِ قاعدهٔ «علی الید» است؛ زیرا اولاً منافع عموماً مال محسوب می‌شوند و بنابراین مستقلاً می‌توانند مشمول مفاد کلمه «ما»ی موصولی در حدیث علی الید باشند و ثانیاً به تَبعِ عین، تحت سلطه و استیلای متصرّف قرار می‌گیرند و بنابراین در عُهدهٔ متصرفند و باید به صاحبش برگردانده شوند، خواه استیفا شده باشند و خواه نشده باشند.

شیخ انصاری نظریه مشهور را مورد انتقاد قرار داده، شمول قاعده علی الید را بر منافع مخدوش می‌داند. ایشان نسبت به این که منافع از مصادیق مال است، تردید ندارند، اما در مورد شمول مفهوم و مفاد واژه «أَخَذَت» می‌گوید: «حصول منفعت در ید متصرف از طریق قبض عین، موجب صِدق «أخذ» نیست». به نظر ایشان آنچه أخذ شده عین است و منافع غیر مستوفات مأخوذ نشده است. شیخ انصاری برای ضمان منافع غیر مستوفات مستندات دیگری پیشنهاد می‌کند. به نظر می‌رسد، مراد از أخذ، همان سلطه و استیلا است و این مفهوم نسبت به منافع از طریق سلطه بر عین ممکن است و صِدق عرفی سلطه بر منافع با تحقق سلطه بر عین محقق می‌شود و لذا چنانچه ضمان منافع را مستند به قاعدهٔ «ید» بدانیم با اشکالی مواجه نخواهیم شد.

حال اگر با توجه به استدلال شیخ، شمول قاعده علی الید بر منافع و استقرار ضمان ید بر شخص متصرف قابل تردید باشد، بازهم نظریهٔ ضمان منافع بدون مستند نخواهد بود، زیرا «تفویت» منافع، مستند به عمل شخص متصرف است و بنابراین از طریق استناد به اتلاف و یا قاعدهٔ تسبیب قابل مطالبه خواهد بود. صِدق اتلاف در منافع مستوفات و تسبیب در منافع غیر مستوفات، دارای وجاهت عرفی است، چرا که «تفویت» عرفاً ازمصادیق اتلاف محسوب شود و بعید نیست که نیازی به صِدق عناوین اتلاف و تسبیب هم نباشد، و عنوان تفویت خود عنوان مستقلی برای موجبات ضمان به حساب آید.

قانون مدنی در مادهٔ ۳۲۰ از نظریه مشهور فقهای امامیه پیروی کرده و منافع را مطلقاً قابل مطالبه دانسته است. مطابق این ماده: «نسبت به منافع مالِ مغصوب هر یک از غاصبین به اندازهٔ منافعِ زمان تصرّف خود و مابعد خود ضامن است اگرچه استیفاء منفعت نکرده باشد لیکن غاصبی که از عهدهٔ منافع زمان تصرف غاصبین لاحق خود بر آمده است می‌تواند به هر یک نسبت به زمان تصرّف او رجوع کند.»

در خاتمه این بحث برای رفع هر گونه ابهام باید گفت نباید منافع «غیر مستوفات» را با «عدم النفع» اشتباه کرد که میان این دو تفاوت واضحی وجود دارد. عدم النفع از نظر فقه سنتی قابل مطالبه نیست و این امر با منافع غیر مستوفات متفاوت است. منافعِ غیر مستوفات همان‌طور که گفته شد، عبارت است از منافع ممکن‌الحصول، مانند سوار شدن بر مَرکب که منفعت مَرکب است و یا کشت کردن زمین که منفعت زمین است و در فرض عدم بهره‌برداری، مشمول عنوان تفویت منافع غیر مستوفات بوده قابل مطالبه است. ولی عدم النفع آن است که شخص مدعی گردد که اگر زمینم غصب نشده بود می‌توانستم آن را بفروشم و پول آن را چنین و چنان کنم و سودهایی برای خود محاسبه کند. روشن است که منافع زمین، کشت و زرع است، نه سود حاصل از فروش آن. این گونه منافع از نظر فقها مشمول ادلهٔ ضمان نیستند.

ضمان کار استیفاشده

هرگاه شخصی انسان آزادی را به بیگاری بکشد و به جبر و قهر از او استفاده کند، و یا نه به جبر و قهر که با درخواست او کاری توسط دیگری انجام گیرد ضامن منافع او است و باید با پرداخت دستمزد به او از عهدهٔ ضمان برآید. در این مورد تردیدی میان فقها وجود ندارد و توجیه حقوقی آن روشن است: کاری که مورد بهره‌برداری قرار گرفته دارای قیمت است و عیناً مانند موردی است که غاصب، عین مال دیگری را اخذ کرده باشد؛ زیرا کار مزبور قابل مبادله به مال است و ارزش و اعتبار مالی دارد و از نظر موازین فقهی، عمل شخص محترم است. مواد ۳۳٦ و ۳۳۷ قانون مدنی به ترتیب راجع به ضمان استیفا از کار دیگری و ضمان استیفا از عمل دیگری چنین بیان داشته است:

مادهٔ ۳۳٦ قانون مدنی: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مُستحقِّ اجرت عمل خود خواهد بود، مگر این که معلوم شود که قصد تبرّع داشته است»

مادهٔ ۳۳۷ قانون مدنی: «هرگاه کسی بر حسب إذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحقِّ اجرت‌المثل خواهد بود مگر این که معلوم شود که إذن در انتفاع مجانی بوده است»

شیوه‌های ابراء ذمه

۱. **بازگرداندن اصل مال در صورت موجود بودن آن:** شخصی که با وضعِ ید بر مالِ غیر استیلا می‌یابد و ضمان بر وی مستقر می‌گردد، مادام که عین مال وجود دارد، مُلزَم است با ردِّ آن از عهدهٔ ضمان برآید. نه غاصب می‌تواند از ردِّ عین خودداری کند و مال دیگری را به جای آن به صاحبِ مال پرداخت کند، و نه صاحبِ مال می‌تواند غاصب را به پرداخت پول یا تسلیم مال دیگری مُلزم سازد، هر چند ردِّ عین موجب ضرر غاصب شود، مانند بازگرداندن تیر آهنی که در بنا به کار رفته یا نخی که در دوخت مورد استفاده قرار گرفته است.

مسائل

مسألهٔ ۱ـ هرگاه ردِّ عین مستلزم تلف جانی و یا از بین رفتن اموالِ مورد احترام دیگران شود، غاصب می‌تواند با پرداخت قیمت و یا جنس معادل آن، عهدهٔ خویش را مُبرّیٰ سازد. مثل آن که قطعه چوب مغصوب در قایقی به کار رفته و مالک در حالی که قایق بر روی آب است مال خویش را مطالبه کند. حکم این مسأله از نظر فقهی، مبتنی بر قاعدهٔ «ترجیح اهم بر مهم است» که در فرض تزاحم و تعارض حقوق به کار می‌رود و لذا به نظر می‌رسد که می‌توان موارد دیگری را نیز بر آن افزود. به طور مثال، هرگاه تیرآهنی مغصوب در پل و یا گذرگاهی عمومی به کار رفته باشد، چنانچه مالک تیرآهن بر استرداد عین مال خویش اصرار ورزد و تخریبِ محل موجبِ اخلال در عبور و مرور مردم شود، بی‌گمان دادگاه به استرداد عین حکم نخواهد کرد و به جای آن به جبران خسارت رأی خواهد داد و نیز اگر ردِّ عین مال موجب تخریبی عظیم و تفریط و تضیع اموال هر چند متعلق به مالک خصوصی که همان غاصب است گردد، به نظر می‌رسد با توجه به ادلّه اسراف و تبذیر، حکم به ردِّ عین مشکل و بعید است و باید از طریق پرداخت بدل، خسارات مالک جبران گردد.

مسألهٔ ۲ـ هرگاه مال مغصوب با مال دیگری چنان ممزوج شود که قابل تمیز نباشد، مانند مخلوط شدن دو بنزین و یا دو روغن و یا دو گندم مشابه، در مورد وظیفهٔ غاصب، میان فقها دو نظر وجود دارد. بعضی معتقدند چاره‌ای جز شرکت مالک با غاصب نیست و بنابراین به نسبت سهام شریک خواهند شد، ولی بعضی دیگر معتقدند که این مورد مانند مورد تلف است که غاصب موظف به پرداخت قیمت می‌گردد. مشهور با نظریه اول موافقند. البته اگر انتزاع ممکن باشد، غاصب مُلزم است مال مغصوب را جدا کند و به صاحبش مسترَد دارد، هر چند که مشقّت زیاد بر وی وارد آید؛ مثل آن که گندم را غصب کرده و با جو مخلوط ساخته باشد. آنچه گفته شد در جایی است که مالک و ضامن درباره تسلیم مال دیگری به توافق نرسند و الّا اگر به جای مال غصب شده، مال دیگری تأدیه گردد بی‌تردید بلامانع است.

۲. **جبران خسارت در صورت ناقص و یا معیوب شدن مال:** هرگاه مال مورد استیلا، ناقص و یا معیوب شده باشد، غاصب باید علاوه بر ردّ عین تفاوت صحیح و مَعیب (أرش) را به صاحب مال پرداخت کند و مالک نمی‌تواند با خودداری از قبول عینِ معیوب، تمام ثمن را از غاصب بخواهد. مثلا اگر کسی اتومبیل دیگری را بدون إذن او سوار شود و در راه سپرِ اتومبیل را به دیوار بزند به طوری که بر آن آسیب وارد آید، مالک فقط می‌تواند مطالبهٔ خسارت کند، هر چند که به علت آسیب شدید مجبور شود آن را بفروشد و سپر دیگری تهیه کند و نمی‌تواند شخصِ متصرّف را ملزم سازد که سپر را برای خود بردارد و تمام قیمت آن را بدهد.

هرگاه مال مغصوب چنان تغییر کند که عرفاً نام اولیه خود را از دست بدهد، مثل آن که غاصب گوسفند مغصوب را ذبح کند ـ که پس از ذبح عرفاً نام گوسفند برای «گوشت» به کار نمی‌رود ـ به نظر فقهای امامیه، در این مورد هم غاصب ملزم به پرداخت تفاوت قیمت است. قانون

مدنی به پیروی از فقه امامیه در ماده ۳۳۰ مقرر می‌دارد: «اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون إذنِ صاحب آن بُکشد، باید تفاوت قیمت زنده و کشتهٔ آن را بدهد».

۳. **پرداخت بدل در صورت وجود عین و عدم امکان ردّ آن (بدل حیلوله):** هرگاه عین موجود باشد، ولی به عللی ردّ آن امکان‌پذیر نباشد، غاصب موظف است بدل آن را به مالک بدهد. این بدل را در اصطلاح فقه «بدل حیلوله» می‌نامند. ذیل مادهٔ ۳۱۱ قانون مدنی اشاره به همین موضوع است «... و اگر به علت دیگری ردّ عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد».

٤. **پرداخت معادل در صورت تلف عین:** هرگاه عین تلف گردد، باید معادل آن به صاحبِ مال تأدیه شود. پرداختِ معادل به دو طریق انجام می‌شود: ۱ـ دادن مثل، ۲ـ پرداخت قیمت. دادن مثل در صورتی است که مالِ تلف‌شده مثلی باشد و پرداخت قیمت در موردی است که مال مزبور قیمی باشد. هرگاه مالِ تلف‌شده مثلی باشد، مسؤول موظف است مثل آن را به مالک مسترد دارد، خواه قیمت بازار ارزان‌تر باشد و خواه گران‌تر و مالک نمی‌تواند از او قیمت را مطالبه کند. در این مسأله میان فقها اختلاف نظر وجود ندارد. ظاهراً مادهٔ ۳۱۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «... باید مثل یا قیمت آن را بدهد» در بیان ذکر کلی مطلب است و بدان معنا است که حسب مورد، چنانچه مثلی است مثل؛ و چنانچه قیمی است قیمت باید پرداخت شود، نه این که غاصب را در تأدیه مثل یا قیمت مختار بداند و این نکته از مواد دیگر قانون مدنی به خوبی آشکار می‌گردد.

ید صغیر و مجنون

هرگاه صغیر یا مجنونی در مال دیگری تصرّف غاصبانه بکند ضامن خواهد بود و در صورت بقای عین، مال مغصوب از او پس گرفته می‌شود و چنانچه مال تلف شده باشد، مثل یا قیمت مال مغصوب از دارایی او برداشته می‌شود. در توجیه مبانی فقهی این موضوع گفته شده که احکام بر دو قسم است: «تکلیفی» که اختصاص به بالغ و عاقل دارد، مانند حرمت و وجوب، و «وضعی» که شامل همه می‌شود، حتی صِغار و مجانین، مانند ضمان. فقها عقیده دارند همان‌طور که صغیر و مجنون از حقوق مالی منتفع می‌شوند و از این حیث، صغر و جنون مانع نیست، در صورت ارتکاب غصب و تصرف غیر مجاز بر مال غیر، صغیر و مجنون ضمان مالی پیدا می‌کنند و خسارت وارد شده باید از محل دارایی آن‌ها تأدیه شود.

قاعده استیمان

«لَیسَ عَلَی المُؤتمنِ ضَمانٌ» (ضمانتی بر عهدهٔ شخص امین نیست)

«لَیسَ عَلَی الأمینِ الّا الیمینَ» (بر شخص امین جز سوگند چیزی نیست)

مفاد کلی قاعده: طبق اصل، که مفاد «قاعدهٔ ضمان ید» است، هر کس در مال دیگری تصرّف کند، ضامن آن است. ولی اگر مالی به إذن مالک یا قائم‌مقام قانونی او یا به إذن شارع به دیگری تحویل یا در اختیار شخصی قرار گیرد، در این صورت مال نزد تحویل‌گیرنده امانت است و طبق «قاعدهٔ استیمان» اگر مالِ موردِ امانت نزد امین تلف شود، امین ضامن نیست؛ مگر آنکه امین «تعدّی» یا «تفریط» کرده باشد که در صورت اخیر «ید أمانی» امین تبدیل به «ید غاصبانه» می‌شود و در نتیجه اگر مالِ تلف‌شده، قیمی باشد، باید قیمت آن و اگر مثلی باشد، باید مثل آن به صاحبش بپردازد؛ بنابراین قاعدهٔ استیمان استثناء بر قاعدهٔ ضمان ید است. . این قاعده در متون فقهی چنین آمده است: «امین ضامن نیست،

مگر با تعدی و تفریط». معنای «مگر» در اینجا آن است که در فرض تعدی و تفریط، ید امین از امانی بودن خارج و ضمانی می‌شود و طبعاً تلف و نقصی که تحتِ یدِ ضمانی محقّق می‌گردد بر عهدهٔ متصرّف است.

انواع ید امانی: ید امانی انواع مختلف دارد که عبارتند از: ید مُحسن، ید مستأجر، ید مُستَعیر، ید مُستودِع، و به طور کلی ید تمام متصرفانی که از ناحیهٔ مالک و یا إذن شارع در اموال غیر، حقِّ تصرّف دارند، از مصادیق ید امانی و مشمول قاعده استیمان است.

مستندات قاعدهٔ استیمان

۱. **روایات:** روایات مستند قاعدهٔ استیمان در آثار فقها دو دسته‌اند:

- دستهٔ اول روایات کلی و دستهٔ دیگر روایات مربوط به موارد خاص. نمونه‌ای از روایات دسته اول به شرح زیر است:
  - روایت «علوی» معروف که علی (ع) فرمود: «لیس علی المؤتمن ضمان؛ یعنی بر شخص امین ضمان نیست»
  - «أبان بن عثمان» از امام باقر (ع) پرسیده: آیا اگر مالی که در دست کسی است که با آن کار می‌کند تلف شود، ضامن است؟ امام (ع) فرمود: «لیسَ عَلَیه غُرْمٌ بَعدَ أنْ یکونَ الرجُلُ أمینا؛ یعنی وقتی شخصی امین باشد، پرداخت غرامت بر عهدهٔ او نیست.»
  - حدیث نبوی «لیس علی الامین الا الیمین» (بر شخص امین جز سوگند چیزی نیست). از این حدیث استفاده می‌شود وقتی ایادی بر مال غیر مستقر می‌گردد چنانچه بر حسب موازین، امین محسوب گردند، علی رغم اصل ضمان ید، ضامن محسوب نمی‌شوند و ذو الید در قبال مالک در فرض تلف مال مورد تصرف- البته تحت شرایطی- ضامن خسارت نیست و چنانچه صاحب مال در دادگاه علیه او طرح دعوا کند فقط در صورتی می‌تواند حکم به نفع خود بگیرد که تعدی و تفریط شخص را ثابت کند. به تعبیر دیگر، بار اثبات تعدی و تفریط، به عهده مدعی یعنی صاحب مال است و اگر نتواند ادعای خود را ثابت کند، با سوگند متصرّف مبنی بر عدم تعدّی و تفریط، حکم به برائت ذمّهٔ او صادر خواهد شد.
- دسته دوم از روایات یعنی روایات وارد در موارد خاص را باید در ابواب مخصوص جستجو کرد، مانند باب ودیعه، عاریه، اجاره، و لُقَطه:

۲. **قاعدهٔ احسان:** بعضی از فقها برای قاعدهٔ استیمان به قاعدهٔ احسان تمسک کرده‌اند با این بیان که امین همواره محسن است، یعنی به انگیزه خیرخواهی برای صاحب مال آن را در دست دارد و بنابراین به موجب آیه «ما عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ؛ بر شخص محسن نباید سخت‌گیری کرد» چنین اشخاصی ضمان ندارند. هر چند بعضی از موارد ید امانی از مصادیق قاعدهٔ احسان است، ولی تمام موارد ید امانی را نمی‌توان از مصادیق قاعدهٔ مزبور به حساب آورد، چرا که در عاریه، شخص مستعیر برای انتفاع خویش مال دیگری را در دست دارد، نه به قصد خیرخواهی و خدمت به صاحب مال.

۳. **نبود سبب برای ضمان:** اینکه سببی برای ضمان نیست؛ یعنی ضمان سبب می‌خواهد و هیچ یک از اسباب ضمان در امانت نیست.

٤. **اتفاق فقها بر عدم ضمان امین:** از جمله صاحب جواهر که در عدم ضمان امین به آیات و روایات و اجماع و عقل استناد کرده است.

مرحوم شیخ طوسی در باب عقد ودیعه گفته که امین تا تعدّی و تفریط نکند، ضامن نیست.

مرحوم سید محمد کاظم یزدی معتقد است که عین مستأجره در دست مستأجر امانت است و اگر بدون تعدّی و تفریط تلف شود، مستأجر ضامن نیست.

ماهیت حقوقی ید امانی و عناصر آن: منظور از ید امانی چیست؟ آیا هر گونه تصرفِ مأذون، از مصادیق ید امانی است؟ مسلّما چنین نیست، چرا که در بسیاری از موارد ـ مانند مأخوذ بالسوم ـ متصرّف با إذن مالک در مال تصرّف کرده، در حالی که در فرض تلف، مسؤول و ضامن است.

در تعریف دقیق ید امانی می‌توان گفت: هرگاه مال توسط مالک یا قائم‌مقام قانونی و شرعی او به دیگری تحویل و اجازهٔ وضعِ ید به او داده شود، بدون آن که برای آن عوضی ملحوظ گردد، یدِ گیرنده، یدِ امانی محسوب می‌شود و او در فرض تلفِ بدون تعدی و تفریط، ضامن نخواهد بود. به عبارت دیگر، دو عنصر در ید امانی ملحوظ است: یکی وجود إذن مالک و یا قائم‌مقام قانونی وی، و دیگری منظور نشدن عوض. آنچه از قاعده ضمان ید خارج می‌گردد، همین مورد محدود، یعنی اجتماع دو عنصر است و با فقدان هر یک از این دو عنصر، ید متصرف مشمول ید امانی نخواهد بود و در قلمرو قاعده ضمان ید قرار خواهد گرفت.

موارد وجود إذن: مأذون شدن متصرف در ید امانی به دو نحو انجام می‌گیرد:

۱. مواردی که متصرف از طرف مالک یا قائم‌مقام شرعی و قانونی او مأذون در تصرف می‌شود. در این موارد، چنانچه مالک در قِبال إذن در تصرف انتظار عوض نداشته باشد، ید متصرف از مصادیق ید امانی محسوب خواهد شد؛ مانند ید مُستعِیر، ید مُستودِع، ید مُضارِب، ید مُستأجِر و ید شریک.

۲. مواردی که شرع ولایتاً از سوی مالک، اجازهٔ تصرف به دیگران می‌دهد، مثل جایی که اموالی در معرض تلف قرار می‌گیرد و مسلمانان با جوازی که شارع داده در آن تصرف می‌کنند؛ مانند مال لُقَطه؛ بدین معنا که اگر مالی توسط شخصی پیدا شود به موجب تکلیف شرعی یابنده باید آن را تحتِ تصرّف خود بگیرد تا مطابق موازین شرعی، برای پیدا کردن مالک اصلی یا رساندن مال به مصرفی که شرع مقرّر داشته اقدام کند. در اینجا اگر شخص به قصد حفاظت و تعیین تکلیف شرعی مال لقطه اقدام کند و قصد خیانت و بهره‌برداری نداشته باشد، یدش امانی است و در صورت تلف بدون تعدی و تفریط، ضمان ندارد. پس در نوع دوم، اجازه تصرف در مال غیر، حکم شرع است و هر چند اجازه و اذن مالک در این موارد وجود ندارد اذن شرعی به جای اذن مالک نشسته است؛ ولی در مورد اول، مبنای شرعی صحت تصرف و عدم ضمان متصرف، اذن و اجازه مالک یا قائم‌مقام او است.

- تمام موارد فوق از مصادیق ید امانی محسوبند؛ چون از سویی متصرف با اذن یا مجوز شرعی در مال تصرف کرده و از سوی دیگر، اذن مالک یا مجوز شرع در قبال انتظار عوض صادر نشده است. اینک همه موارد را از نظر وجود هر دو عنصر مورد بررسی قرار می‌دهیم:
  - در «عاریه» و «ودیعه»، مالک مال خود را به رایگان به مستعیر و مستودع تحویل داده و اغراض خاص خود را دنبال می‌کرده، نه گرفتن عوض را.
  - در «عقد مضاربه» صاحب مال با عامل، معاوضه‌ای نکرده، بلکه مال خویش را به وی تحویل و اجازهٔ تصرف به او داده است تا از سود حاصل بهره‌مند شود، نه آن که عوض مال خود را بگیرد.
  - در «عقد اجاره»، معاوضه میان منفعت و اجرت برقرار می‌گردد، نه میان عین و اجرت. تحویل عین صرفا به منظور آن است که موجر موظف به تحویل منفعت است و برای تحویل منفعت چاره‌ای جز تحویل عین ندارد و چنانچه به فرض محال، تحویل منفعت بدون تحویل عین میسر می‌بود مالک به هیچ وجه ملزم به تحویل عین نبود.
  - در «شرکت» نیز شریک، مال خود را در قبال عوض تحویل شریک دیگر نداده و صرفا اذن در تصرف به علت اشاعه و ناچاری تصرف بوده است.
  - در مواردی هم که اجازه تصرف از سوی شارع صادر می‌گردد، مثل لقطه و امثال آن، قضیه از همین قرار است، یعنی شرع در قبال تحویل عین، عوضی منظور نکرده و صرفا متصرف را مکلف به حفظ مال غیر کرده است.

تعدی و تفریط: بنابر نظر فقها، در نسبت بین امین و مال مورد تصرف او ممکن است ۲ حالت رخ بدهد:

۱. از امین تعدی و تفریط سر نزند که در این صورت در قبال تلف مال ضامن نیست.
۲. امین در مال تعدی و تفریط کند که قطعا ضامن است.

برای روشن شدن بحث، ابتدا تعدی و تفریط را توضیح می‌دهیم و سپس مصادیق دو حالت فوق را بیان می‌کنیم.

تفریط: تفریط که گاهی آن را «تهاون» می‌گویند این است که شخص حافظ مال، مال را درست حفظ نکند و در نگهداری آن سستی بورزد، به حدی که مال ضایع گردد؛ مانند نگهبانی که به جای بیداری و حفاظت از مال بر اثر فراموشی یا خواب باعث تلف مال می‌شود.

تعدّی: تعدی آن است که شخص امین در تصرفات خود از حدود اذن خارج شود و یا بر خلاف عرفِ معمول در مالِ موردِ امانت تصرف کند؛ مثل آن که مالک، لباسی را به قصد نگهداری به دیگری بدهد و او آن را بپوشد. طبیعی است که در این مورد، امین بر خلاف معهود عمل کرده و از حدود اذن خارج شده است.

البته منظور از تجاوز از حدود اذن، تعدی مطلق از اذن نیست، بلکه خروج از حدود اذن است. همچنان که وقتی مستأجری از حدود تصرفات مأذون خارج می‌شود و تصرفی می‌کند که از سوی مالک مجاز نبوده، رابطه اجاره قطع نمی‌شود، زیرا موجر به اصل تصرف مستأجر رضایت دارد، ولی به نوع خاصی از تصرف که ممنوع بوده رضایت ندارد و لذا مستأجر ضامن است.

خلاصه آن که فرق تعدی با تفریط این است که تفریط غالبا جنبهٔ منفی و ترک فعل دارد ـ البته ترک فعل از سوی کسی که فعل مزبور در حدود متعارف جزء وظایف او بوده ـ ولی در تعدی جنبه اثباتی و فاعلی دخیل است.

تلف و نقص در فرض تعدی و تفریط

شخصی که به نحو امانی مالی را در تصرف دارد، چنانچه از حد اذن و یا متعارف خارج گردد، ید او از حالت امانی به ضمانی تبدیل می‌شود و از آن لحظه، هر گونه تلف و نقص در مسؤولیت و ضمان وی خواهد بود و لازم نیست که تلف و نقص در اثر تعدی و تفریط وی حاصل شده باشد. به عبارت دیگر، هرگاه ید متصرف از مصادیق ید ضمانی محسوب گردد، تلف و نقص سماوی (بدون تقصیر و تعدی و تفریط) به عهده متصرف است که پشتوانه فقهی این مسؤولیت، قاعده ضمان ید است. لازم نیست که تلف و نقص، معلول تعدی و تفریط متصرف باشد، زیرا هر چند در این فرض هم ضمان مسلّم است، ولی مستند آن، قاعده اتلاف و تسبیب است، نه قاعده ضمان ید. از این رو قانون مدنی در ماده ۴۹۳ می‌گوید: «مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست، به این معنا که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلا یا بعضا تلف شود، مسؤول نخواهد بود؛ ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است، اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد».

اثر تعدی و تفریط بر عقود امانی: در عقودی نظیر وکالت، اجاره، ودیعه و مضاربه که مال در دست طرف معامله به نحو امانی قرار می‌گیرد، در فرض تعدی و تفریط، رابطه حقوقی چه وضعیتی خواهد یافت؟

رابطه حقوقی ناشی از عقود فوق با تعدی و تفریط مختل نمی‌گردد، هر چند که متعدی و مفرّط ضامن می‌شوند؛ زیرا عوامل منحل‌کنندهٔ عقد مشخص و محدودند و تعدی و تفریط از آن عوامل محسوب نشده است. اموری مانند فسخ، مرگ یکی از متعاملین در عقود جایز و عزل وکیل یا استعفای او در عقد وکالت از عوامل بر هم خوردن عقد به حساب می‌آیند. بنابراین پس از وقوع تعدی، رابطه و تعهدات ناشی از عقد به قوت خود باقی است.

بنابراین موجر نسبت به مطالبه اجرت المسمی ذی حق است و مستأجر ملزم به پرداخت همان مبلغ است، نه اجرت المثل و نیز در عقد مضاربه، عامل مستحق همان چیزی است که در عقد مقرر گردیده است، یا اگر در عقد وکالت، حق‌الوکاله مقرر شده، وکیل با تعدی و تفریط اگر چه ضامن مالی است که در دست او مورد تعدی قرار گرفته، ولی در فرض انجام مورد وکالت، استحقاق دریافت حق‌الوکاله را خواهد داشت.

وضعیت ید امانی پس از عدول از تعدی و تفریط و بازگشت به حالت اول

هرگاه مالی به نحو امانی در تصرف شخصی باشد، مانند وکیل، مستأجر، مستعیر، مستودع و عامل در مضاربه، چنانچه متصرف برای مدتی از حدود اذن خارج گردد ولی مجدد به حالت اول برگردد و در حدود اذن به تصرف خود ادامه دهد، وضعیت حقوقی ید متصرف در مقطع اخیر (پس از بازگشت به حالت اول) چگونه خواهد بود؟ ضمانی است یا امانی؟ ثمره بحث در این است که اگر ید متصرف ضمانی بماند در فرض تلف سماوی و بدون تقصیر، مسؤولیت به عهده متصرف است، اما در صورت بازگشت ید به حالت امانی، چنین مسؤولیتی بر عهده وی نخواهد بود.

این مسأله مبتنی بر مسأله‌ای است که قبلا مطرح کردیم، بدین صورت که آیا با فرض تعدی و تفریط، رابطه حقوقی موجود قبل از تعدی و تفریط به حال خود باقی است یا خیر؟ یعنی مثلا اگر رابطه، اجاره یا وکالت باشد، عقد اجاره یا وکالت با وقوع تعدی و تفریط منفسخ می‌گردد یا خیر؟

در پاسخ به سؤال فوق گفتیم مشهور فقها معتقدند که عوامل انفساخ محصور و معدودند و تعدی و تفریط از جمله آن‌ها شمرده نشده است و بنابراین با توجه به بقای رابطهٔ حقوقی قبلی، چگونه می‌توان حکم به ضمان داد؟ مگر می‌توان گفت متصرف در زمان فعلی مستأجر و یا وکیل است، ولی ضامن عین مستأجره و یا مورد وکالت است؟ و چون پاسخ منفی است، نظریهٔ عدم ضمان اقوی است.

توجیه فقهی مسأله آن است که در فرض تعدی مستأجر و یا وکیل، اذن کلی موجر و موکل نسبت به تصرف آنان سلب نگردیده، بلکه آنان در تصرف خاصی که کرده‌اند از حدود اذن تجاوز کرده و به همان مقدار غیر مأذون شده‌اند و لذا ضامن هستند. به عبارت دیگر، آنان مجاز در تصرف بوده، ولی مجاز به تعدی نبوده‌اند. خلاصه آن که اذن مالک فقط در حدود تعدی و تفریط مرتفع شده و اذن کلی کماکان باقی است و با توجه به وجود دو عنصر لازم برای صدق امانت، ید متصرف امانی خواهد بود.

بار اثبات تعدی و تفریط به عهدهٔ کیست؟ اگر در مسألهٔ تعدی و تفریط، بین مالک و متصرف امین مرافعه‌ای پیش آید و در دادگاه مطرح شود، مالک باید بر تعدی و تفریط متصرف اقامه بینه کند؛ چون متصرّف در مقام مُنکر است. حدیث نبوی «لیس علی الامین الّا الیمین» نیز همین مطلب را می‌رساند.

دسته‌بندی اقسام ید به طور کلی: با توجه به آنچه در بیان مفاد قاعدهٔ ضمان ید و قاعده استیمان و ماهیت حقوقی انواع تصرفات گفته شد می‌توان اقسام ید را چنین دسته‌بندی کرد. ید، یعنی استیلا و تصرف، نخست به دو دسته بزرگ تقسیم می‌شود: ۱) ید امانی، ۲) ید ضمانی. سپس ید ضمانی به دو قسم می‌شود: الف) ید ضمانی عدوانی. ب) ید ضمانی غیر عدوانی. پس در مجموع سه قسم ید وجود دارد:

۱. ید امانی، و این در مواردی است که دو عنصر اذن و مجانیت وجود داشته باشد.
۲. ید ضمانی عدوانی، و این در مواردی است که عنصر اذن مفقود و علاوه بر آن عنصر عدوان موجود باشد (غصب).
۳. ید ضمانی غیر عدوانی، و این در مواردی است که یکی از دو عنصر لازم برای تحقق ید امانی مفقود است و عنصر عدوان نیز وجود ندارد.

نمونه‌هایی از ید ضمانی غیر عدوانی

۱. **مقبوض به عقد فاسد:** اگر عقد فاسدی واقع شود، مثل این که عقد بیع به علت فقدان رکنی از ارکان یا شرطی از شروط صحت، صحیحا واقع نشده باشد، بیع فاسد است و مشتری نسبت به مبیع و بایع نسبت به ثمن ضامن خواهند بود؛ هر چند در آن تعدی و تفریط نکرده باشند. مبنای شرعی این حکم، قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» (هر چه صحیح آن ضمان‌آور باشد، فاسد آن هم ضمان‌آور خواهد بود) است. واضح است که به دلیل معوّض بودن ید گیرنده در عقد فاسد مشمول ید ضمانی می‌باشد. در قانون مدنی، ضمان مقبوض به عقد فاسد در حکم غصب محسوب شده، بدین معنا که کلیه احکام غصب بر آن مترتب است. ماده ۳۰۸ این قانون مقرر می‌دارد: «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.» تأسیس «ضمان درک» که در بند ۲ مادهٔ ۳۶۲ آمده نیز مرتبط با ضمان مقبوض به عقد فاسد است. ضمان درک در جایی مطرح می‌شود که بیع به علت آن که احد عوضین، مال طرف معامله نبوده و صاحب واقعی آن هم به معامله رضایت نداده، محکوم به فساد است و طرف دیگر هم آن مال را قبض کرده است. ماده ۳۹۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد «اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلا یا جزئا مستحق للغیر درآید بایع ضامن است، اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این ماده ضمان مبتنی بر قبض شده و کاملاً روشن است که مبنای ضمان، تصرّف بدون مجوّز شرعی نسبت به ثمن است، و هر چند متصرّف با اذن و رضایت مالک مال را تصرف کرده، ولی چون هنگام تصرف، ارادهٔ وی بر پرداخت عوض مستقر شده لذا رضایت مالک کافی نیست و متصرف ضامن خواهد بود.

۲. **مأخوذ بالسّوم (حین معامله):** اگر شخصی به قصد خرید ظرف یا کالای شکستنی، آن را به دست بگیرد تا ارزیابی و آزمایش کند و به اوصاف و خصوصیاتش پی ببرد، اما کالا از دستش بیفتد و بشکند یا خسارت ببیند، ضامن است. صاحب جواهر در این خصوص می‌گوید: «وَ مِثلُ ذلک کلُّ مَقْبُوضٍ لِیکونَ مَضمُوناً عَلَیهِ فَیَنْدَرِج فیهِ قبضُ المَرأةِ المالَ لِیکونَ مَهراً لَها»؛ یعنی اگر مالی در حینِ انجامِ معامله به قبض دیگری در آید بدین منظور که مال در ضمان قابض باشد، نه این که به طور مجانی به او داده شود، چنین قبضی موجب ضمان است و لذا اختصاص به قبض مبیع ندارد، بلکه شامل هر مقبوضی است که قابض آن را برای این که در ضمان او باشد دریافت داشته است. مثلا اگر مالی که قبل از عقد نکاح، زوج به زوجه می‌دهد که با وقوع نکاح جزء مهریه‌اش قرار گیرد، در دست زوجه تلف شود، زوجه ضامن خواهد بود. یا اگر مالی که زوج آن را برای این که به عنوان عوض خلع انتخاب کند دریافت داشته است، در دستش تلف شود ضامن خواهد بود. با این توضیح روشن می‌شود که ید قابض از مصادیق ید امین نیست؛ چرا که هر چند بایع اذن در تصرف به قابض داده، ولی اذن مزبور برای معامله و گرفتن عوض بوده و غرض دیگری را دنبال نمی‌کرده و از این رو، ید مشتری ید ضمانی است، نه امانی.

۳. **ید بایع نسبت به عین و ثمن در فرض تلف مبیع قبل از قبض:** بنا بر قاعدهٔ «کلُّ مَبیعٍ تَلِفَ قَبلَ قَبضه فَهُوَ مِن مالِ بائِعِه» (هر مبیعی قبل از قبض تلف شود از مال بایع تلف شده) اگر مبیع قبل از قبض مشتری از بین برود، مشتری می‌تواند به بایع مراجعه و عین ثمن پرداخت شده و در فرض تلف، عین ثمن، مثل و یا قیمت آن را مطالبه بکند، هر چند که بایع تعدی و تفریطی نسبت به مبیع و یا ثمن نکرده باشد. ناگفته نماند که در فرض تلف مبیع قبل از قبض، اگر چه بایع نسبت به مبیع ضامن و مسؤول است، ولی اگر تلف بدون تعدی و تفریط انجام شده باشد، نحوهٔ مسؤولیت بایع در قبال مشتری نسبت به جبران و شیوه ابراء ذمه او با موارد ضمان قهری و غصب و شبه آن متفاوت است؛ چرا که در اینجا، بایع مسؤول بازگرداندن ثمن است، نه مثل و قیمت مبیع که اصطلاحاً این ضمان را ضمان معاوضی می‌نامند. ولی اگر عین ثمن نزد بایع تلف شده باشد و بیع به علت تلف مبیع قبل از قبض منفسخ گردد، بایع ضامن پرداخت مثل یا قیمت ثمن است. در هر دو مورد فوق (مسؤولیت بایع نسبت به مبیع و ثمن) علی رغم آن که بایع پس از بیع در تصرف مبیع و ثمن مأذون است، ید او امانی نیست، بلکه ضمانی است؛ چرا که بایع ثمن را مجانا از مشتری تحویل نگرفته، بلکه ثمن در عوض مبیع بوده است و لذا با توجه به تعریف ید امانی، چنین یدی از مصادیق ید امانی نیست و داخل در ید ضمانی است.

٤. **ید زوج نسبت به مهریه:** به موجب ماده ۱۰۸٤ قانون مدنی : «هرگاه مهریه در ید زوج قبل از قبض زوجه تلف و یا ناقص گردد، زوج ضامن است». بی‌تردید تلف و نقص مهریه در ید زوج، چنانچه توسط او انجام شده باشد، طبق قاعدهٔ اتلاف و تسبیب موجب ضمان زوج نسبت به مثل و قیمت است؛ ولی چنانچه تلف و نقص بدون تعدی و تفریط از سوی زوج صورت گیرد، دو سؤال مهم مطرح می‌شود، نخست این که مبنای ضمان زوج چیست؟ و دوم این که زوج به پرداخت چه چیزی ضامن است؟ به نظر می‌رسد، مبنای ضمان در اینجا ضمان ید است و ید زوج از مصادیق ید ضمانی غیر عدوانی است، نه ید امانی؛ زیرا درست است که عنصر اذن و رضایت زوجه نسبت به استیلای زوج بر مهر وجود داشته، ولی چون مهریه بلاعوض و مجانی نبوده، بلکه در قبال «بُضع» قرار داشته، با توجه به قاعده «ضمان معاوضی»، مورد از مصادیق ید امانی نیست و طبعاً زوج ضامن پرداخت مثل و یا قیمت مهریه خواهد بود.

ید صنعتگران و کارگران

صنعتگران و کارگرانی که اشیایی را به قصد تبدیل و ساختن چیزهای دیگر از مالک می‌گیرند و به اصطلاح امروز مواد اولیه و خام را از مالک تحویل می‌گیرند و آن را به اجناس مصنوع تبدیل می‌کنند، دارای چه نوع یدی هستند؟ به نظر برخی از فقها اگر مال مزبور در دست آنان در أثرِ عملیات و کاری که روی آن انجام گرفته، حتی بدون تعدی و تفریط و خروج از حد اذن مالک تلف شود، در مقابل مالک، ضامن خواهند بود. مثلاً اگر خیاطی که پارچه به او داده شده تا لباس بدوزد تا حد توان تلاش کند، اما لباس به اندازه در نیاید ضامن است، زیرا مورد، مشمول قاعده اتلاف است: «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن». این حکم مطابق با فتوای مشهور فقهای امامیه است که علاوه بر استناد به قاعدهٔ اتلاف به روایت امام صادق (ع) نیز تمسک کرده‌اند. در آن روایت، امام (ع) در پاسخ سؤال راوی درباره کسی که لباسی را به رنگرز تحویل می‌دهد تا برای او رنگ کند فرموده‌اند: «هر کارگری که مزد می‌گیرد تا چیزی را اصلاح کند، چنانچه آن را ضایع کند ضامن است». ولی بسیاری از فقها، حکم مسأله را مختصِّ به موردی می‌دانند که شخص عامل به علت خروج از حد اذن و اجازه مالک، موجب ورود خسارت به مال گردد، نه آنجا که در حدود اذن عمل کرده است. در توجیه نظریه مخالف مشهور گفته شده است که چون اشخاص صنعتگر، مأذون از قِبَل مالک هستند، إذن مزبور دافع ضمان است. به نظر می‌رسد اذن مالک نمی‌تواند دافع ضمان باشد؛ زیرا مالک اذن در اصلاح داده است نه در افساد و لذا با توجه به صِدقِ عنوان اتلاف و شمول قاعده مزبور، ظاهرا پیروی از نظریه مشهور، یعنی قول به ضمان بیشتر با موازین منطبق است.

همان طور که در قاعدهٔ اتلاف خواهیم گفت، با آن که در صِدق عنوان اتلاف، عنصر عمد و قصد و یا تقصیر مطرح نیست، ولی بی‌تردید، عنصر فاعلیت و احراز انتساب و ارتباط تلف به فاعل، لازم است و لذا چنانچه پارچه و یا لباس به آفت سماوی و علل طبیعی مانند حریق و غیره در دست خیاط تلف شود، مسلما ضمانی به عهده او نیست و مورد از موضوع بحث خارج است؛ زیرا بحث فوق در موردی است که تلف، بدون تعدی و تفریط، و معلول عمل صنعتگر باشد. عدم ضمان شخص صنعتگر و کارگر در موارد تلف سماوی به این علت است که با توجه به تعریف ید امانی، این گونه موارد از مصادیق ید امانی محسوب می‌شوند، نه ید ضمانی؛ چرا که مالک عین مال خود را در قبال عوض به متصرف تحویل نداده تا ید، ضمانی محسوب گردد، بلکه آن را با رضایت خود و بنا به غرض و مصلحتی که در نظرش بوده تحویل داده است و لذا متصرف در قبال حوادث غیر مترقّبه هیچ گونه مسؤولیتی ندارد.

ید باربر

اگر باربر در حین نقل و انتقال کالا به زمین بیفتد و کالا از پشتش رها شود و خسارت ببیند یا تلف شود، در این صورت، گروهی از فقها عقیده دارند که باربر ضامن است. مستند این گروه از فقها، قاعدهٔ اتلاف است ولی به نظر می‌رسد نظر فقهای مخالف که می‌گویند باربر ضامن نیست، صحیح‌تر

است؛ زیرا اولاً حادثه و علل قهریه باعث سقوط باربر و به تَبعِ او کالای مورد نقل و انتقال شده و در واقع، مال «تلف» شده و «اتلاف» که باید مستند به فعلِ فاعل باشد مصداق ندارد و بنابراین، باربر که دخالتی در تلف مال نداشته «مُتلِف» محسوب نمی‌گردد و ضامن نیست. ثانیاً مال در ید باربر به نحوِ امانت بوده و ید او از مصادیق ید امانی است، چرا که مال بدون عوض در دست او قرار داشته و اجرت باربر در قبال باربری بوده، نه در قبال عین مال و اذن مالک نیز نسبت به تصرف در مال مجانی بوده است.

کاربرد قاعدهٔ استیمان در قانون مدنی

۱. **مادهٔ ۵۰، امانی بودن حقِّ انتفاع:** «اگر مالی که موضوع حق انتفاع است بدون تعدی یا تفریط منتفع تلف شود مشارٌالیه مسئول آن نخواهد بود.»

۲. **مادهٔ ٤٩٣، امانی بودن ید مستأجر:** «مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود مسؤول نخواهد بود؛ ولی اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگرچه نقص در نتیجهٔ تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.»

۳. **مادهٔ ٥١٦، امانی بودن ید متصدّی حمل و نقل:** «تعهدات متصدیان حمل و نقل اعم از اینکه از راه خشکی یا آب یا هوا باشد برای حفاظت و نگاهداری اشیائی که به آنها سپرده می‌شودهمان است که برای امانت‌داران مقرر است؛ بنابراین در صورت تفریط یا تعدی مسؤول تلف یا ضایع شدن اشیائی خواهند بود که برای حمل به آنها داده‌می‌شود و این مسؤولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود»

٤. **مادهٔ ٥٥٦، امانی بودن ید مضارب:** «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تفریط یا تعدی.»

٥. **مادهٔ ٥٨٤، امانی بودن ید شریک مأذون:** «شریکی که مال‌الشرکه در ید اوست در حکم امین است و ضامن تلف و نقص آن نمی‌شود؛ مگر در صورت تفریط یا تعدی»

٦. **مادهٔ ٦١٤، ضمان امین:** «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد؛ مگر در صورت تعدی یا تفریط»

۷. **مادهٔ ٦٣١، اصل عدم مسؤولیت امین:** «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرّف باشد، و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال، امین قرار داده باشد مثل‌مستودع است بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره قیّم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولّیٰ‌علیه و امثال آن‌ها ضامن نمی‌باشد؛ مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرّف با امکان رد، متصرّف مسؤول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگرچه مستند به فعل او نباشد.»

۸. **مادهٔ ٦٤٠، امانی بودن ید مستعیر:** «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد؛ مگر در صورت تفریط یا تعدی»

۹. **مادهٔ ۷۸۹، امانی بودن ید مرتهن:** «رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنا براین مرتهن مسؤول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود؛ مگر در صورت تقصیر»

۱۰. **مادهٔ ۸۱۸، امانی بودن ید مشتری بعد از أخذ به شفعه و پیش از مطالبه:** «مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد ضامن نیست و هم‌چنین است بعد از اخذ به شفعه و مطالبه در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد»

۱۱. **مادهٔ ۸۵۸، امانی بودن ید موصی:** «وصی نسبت به اموالی که بر حسب وصیت در ید او می‌باشد حکم امین را دارد و ضامن نمی‌شود؛ مگر در صورت تعدی یا تفریط»

قاعدهٔ اتلاف

«مَن أَتلَفَ مالَ الغیر فَهُوَ لَه ضامن»

(هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن است)

مفاد کلی قاعده: قاعدهٔ اتلاف به معنی تلف کردن مال دیگری بدون إذن و رضای اوست. خواه از روی قصد و عمد باشد یا بدون آن و نتیجهٔ إعمال این قاعده، ضمان و مسؤولیت کسی است که موجبِ تلفِ مالِ غیر شده است؛ بنابراین، چنانچه شخصی بدون قصد احسان و بدون إذن یا رضای غیر، مال او را تلف کند، در این صورت ضامن است که مثل یا قیمت آن را به صاحبش رد نماید.

از دیدگاه فقه شیعه، موجبات ضمان قهری ۲ چیز است:

۱. ضمان ید
۲. ضمان اتلاف، به ۲ قسمت تقسیم می‌شود:
   ۲/۱. اتلاف بالمباشره
   ۲/۲. اتلاف بالتسبیب

به قاعدهٔ ضمان ید پرداختیم، اکنون به قواعد اتلاف و تسبیب می‌پردازیم.قبل از طرح مستندات قاعدهٔ اتلاف، لازم است ۳ اصطلاح اتلاف، مال و ضمان تعریف شود

۱. **اتلاف:** تلف به معنای از بین رفتن و نابودن شدن است و اتلاف که مصدر باب إفعال از مادهٔ تلف است، یعنی نابود کردن و از بین بردن است. اتلاف بر دو قِسم است:

۱/۱. **اتلاف حقیقی:** کسی که فرش دیگری را آتش می‌زند یا دیوار کسی را تخریب می‌کند یا شیشهٔ ماشین او را بشکند، یا تلفن‌همراه او را خراب کند. در این موارد چون عین مال از بین رفته مصداق اتلاف حقیقی مال است.

۱/۲. **اتلاف حکمی:** در صورتی که خودِ مال یا کالا از بین نرود؛ ولی ارزش و مالیّت آن از بین رفته باشد، به آن اتلاف حکمی گویند. مثلاً یخ در تابستان مالیّت دارد، ولی در زمستان ارزش ندارد؛ بنابراین هرگاه کسی یک یا چند قالب یخ را در تابستان از کسی غصب کند و سالم و بدون کم و کاست همان را در زمستان تحویل صاحبِ مال دهد، اگر چه عین یخ را نابود نکرده و تلف حقیقی رُخ نداده است؛ امّا چون ارزش خود را از دست داده ، لذا اتلاف حکمی صورت گرفته است. مثال دیگر، کارت یا بُن‌های اعتباری است که تا تاریخ معیّنی اعتبار دارد و بعد از آن تاریخ مالیّت ندارد، در صورتی که کسی آنها را از صاحب آن أخذ کند و بعد از تاریخ انقضای آن تحویل دهد با آن که اصل کارت و بن موجود است، ولی اتلاف حکمی صورت گرفته است. همچنین در صورتی که شخصی درِ قفس پرندهٔ شخصی را باز کند و آن پرنده پرواز کند، اگر چه پرنده از بین نرفته، ولی در حکم از بین رفتن است.

- آیا قاعدهٔ اتلاف شامل هر دو نوع تلف است یا تنها شامل تلف حقیقی است؟ برخی از فقها اتلاف را شامل هر دو نوع تلف می‌دانند؛ امّا برخی نیز می‌گویند قاعدهٔ اتلاف تنها شامل تلف حقیقی می‌شود؛ زیرا اتلاف حکمی در واقع اتلاف نیست و صِدق عنوان اتلاف بر چنین تلفی دشوار است.

۲. **مال:** مال در اصطلاح، چیزی است که به علّت منافع واقعی یا اعتباری آن مورد رغبت عقلا باشد؛ به گونه‌ای که حاضر باشند در مقابل آن عوضی پرداخت کنند. به عبارت دیگر مال چیزی است که دارای ارزش مبادلاتی باشد؛ به گونه‌ای که مردم در برابر آن قیمتی پرداخت کنند بنابراین هر چیزی که برای عقلامطلوبیت نداشته باشد، ارزش مبادله‌ای هم ندارد؛ مانند نخ‌های مصرف‌شده در لباسی که که آن شکافته‌اند؛ یا دارای منفعت ناچیز همچون دانه‌ای گندم.

۳. **ضمان:** وقتی چیزی تلف می‌شود، وجود اعتباری‌اش در عهدهٔ مُتلِف قرار می‌گیرد و این، معنای ضمان واقعی است. عقیدهٔ فقها بر این است که هر کس بدون اجازهٔ صاحب مال، مال او را از بین ببرد، آن مال با وجود اعتباری خود در عهدهٔ مُتلِف قرار می‌گیرد، هر چند که تحتِ ید او هم نباشد و باید با پرداخت مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات از عهدّ آن برآید

مستندات قاعدهٔ اتلاف

۱. **قرآن:** مستند قاعدهٔ اتلاف در قرآن، آیات شریفه ذیل است:

- «فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیکمْ فَاعْتَدُوا عَلَیهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیکمْ ...؛ یعنی هر کس به شما تجاوز کرد پس بر او به مانند آنچه بر شما تجاوز کرده است تجاوز کنید. (سورهٔ بقره آیهٔ ۱۹۰)» از این آیه در مورد غصب نیز استفاده شده است، به این معنی که اگر شخصی مال دیگری را غصب کرد و آن مال موجود بود باید اصل مال را رد کند و اگر تلف شده باشد، مثل آن را به مالک بدهد و چنانچه مثلی نباشد و یا مثل آن نایاب شده باشد، قیمت آن را از او بخواهد؛ ولی باید توجه داشت که در این آیه نیز واژهٔ «اعتداء» شامل اتلاف عمدی می‌شود و مواردی را که اتلاف از روی اشتباه یا فراموشی و به هر حال بدون عمد و تقصیر باشد شامل نمی‌شود؛ مگر آن که بگوییم واژهٔ «اعتداء» در واقع برای بیان رابطهٔ سببیّت است.
- و نیز می‌توان به آیهٔ شریفهٔ «وَ جَزَاءُ سَیئَةٍ سَیئَةٌ مِثْلُهَا یعنی پاداش بدی (چون قتل و زخم زدن و اتلاف مال) مانند همان بدی است. (سورهٔ شوریٰ آیهٔ ٤٠)» تمسّک کرد. از این آیه چنین مستفاد می‌شود که به ازاء اتلاف مال غیر، مسؤولیت و ضمان است. ولی نکته‌ای که باید توجه داشت این است که آیه منصرِف به عمد است؛ زیرا واژهٔ «سیّئه» که به معنی بدی و گناه است، در آنچه به مربوط به «مسؤولیت مدنی» است مرتبط با عمد است. در حالی که ضمان ناشی از اتلاف اعم از عمد است و هر گونه تلف را دربر می‌گیرد.

تردید نیست که اتلاف مال دیگری بدون اذن صاحبِ 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 بگیرید»، 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.

۲. **روایات:** شیخ طوسی در مبسوط روایتی از عبد اللّه بن مسعود از رسول اکرم (ص) نقل کرده که آن حضرت (ص) فرموده است: «حُرْمَةُ مالِ المُسلِم کحُرمَةِ دَمِه»، 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 جملهٔ «مَن أَتلَفَ مالَ الغیر فَهُوَ لَه ضامن» (هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن است) را یک حدیث منقول از معصوم (ع) 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، جملهٔ فوق به صورت یک قاعده در آمده و شاید یک قاعدهٔ اصطیادی باشد.

۳. **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.

٤. **بنای عقلا:** با مراجعه به زندگی خردمندان، قطع نظر از ادیان، این نکته مسلّم 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 مسؤول پرداخت مثل یا قیمت می‌دانند.

تفاوت ضمان اتلاف و ضمان ید

۱. در اتلاف، محور مسؤولیت، از بین بردن مال دیگری است و این امر ملازمه با تصرف در مال ندارد؛ ولی در ضمان ید، مسؤولیت متوقف بر اتلاف و از بین بردن مال نیست، بلکه صِرف وَضعِ ید و تصرّف و استیلا بر مال غیر، موجب ضمان می‌گردد. مثلاً اگر کسی از راه دور تیری بیندازد و موجب مرگ اسب دیگری بشود، اتلاف صورت گرفته، بدون آن‌که اسبِ تلف‌شده، در تصرّف مُتلِف درآمده باشد؛ در حالی که در ضمان ید چنین نیست و محور مسؤولیت و ضمان، تصرّف و استقرار «ید» بر مال غیر است.

۲. در اتلاف، وجود اعتباری مالی که تلف می‌شود بر ذمّه قرار می‌گیرد و مُتلِف باید از این ذمه و عهده مُبرّیٰ شود؛ به این ترتیب که در مثلی، مثل و در قیمی، قیمت را تأدیه کند تا ذمّه‌اش بری شود؛ ولی در ضمان ید در صورت وجود عین متصرّف، مکلّف به ردِّ عین است.

۳. در اتلاف، رابطهٔ سببیّت بین فعل یا ترک فعل فاعل ضروری است؛ ولی در ضمان ید، وجود رابطهٔ سببیّت ضروری نیست و حتّی تلف اگر توسط قوّهٔ قاهره هم باشد، موجب ضمان است. در اصطلاح فقیهان به قوهٔ قاهره، آفت سماوی می‌گویند.

نسبت ضمان اتلاف و ضمان ید: 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.

۱. مصداقی که ضمان ید هست و ضمان اتلاف نیست: در فرضی که که انسان بر مالی دست گذاشته و هنوز عین آن باقی است و در اثر سهل‌انگاری، 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.

۲. مصداقی که ضمان ید نیست و ضمان اتلاف است: در فرضی 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.

۳. مصداقی که ضمان ید و ضمان اتلاف است: در فرضی 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، افراغ 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، افراغ ذمّه 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 عهدهٔ مُتلِف مستقر می‌شود، زیرا چنانچه صاحب مال به غاصب رجوع کند، او نیز حق مراجعه به مُتلِف را خواهد داشت.

نقش عمد و قصد در ضمان اتلاف

در قاعدهٔ اتلاف به هیچ وجه عنصر عمد و قصد دخالت ندارد. از این رو، شخصی که با عمل خویش موجب تلف مال دیگری شده، ضامن و مُلزم به جبران خسارت وارد شده است، اعم از اینکه عالماً عامداً چنین کرده باشد یا بدون قصد، عملش چنین نتیجه‌ای داده باشد. قانون مدنی در ماده ۳۲۸ به همین نکته اشاره کرده است.

البته 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، مسؤول 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 بیندازد، 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.

اتلاف توسط صغیر یا مجنون

آیا عقل و بلوغ در قاعدهٔ اتلاف شرط است یا خیر؟ عقل و بلوغ در قاعدهٔ اتلاف شرط نیست . پس اگر کودک یا دیوانه‌ای مال دیگری را تلف کند، به حکم اطلاق قاعدهٔ اتلاف، ضامن خواهد بود؛ مادهٔ ۱۲۱۶ قانون مدنی چنین مقرّر داشته است: «هرگاه صغیر و یا مجنونو یا غیر رشید باعث ضرر شود، ضامن است»؛ زیرا در مسؤولیت مدنی تقصیر شرط نیست.

کاربرد قاعدهٔ اتلاف در قانون مدنی

قانون مدنی در ماده ۳۲۸، ۳۲۹ و ۳۳۰ 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 مادهٔ ۳۳۰ فقط موردی را که شخص در دفاع از خویش، حیوان دیگری را بکشد یا ناقص کند، استثنا کرده است.

۱. مادهٔ ۳۲۸: «هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از این که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این که عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامنِ نقصِ قیمت آن مال است.»
۲. مادهٔ ۳۲۹: «اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهدهٔ قیمت بر آید.»
۳. مادهٔ ۳۳۰: «اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشتهٔ آن را بدهد ولیکن اگر برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند ضامن نیست.»

قاعدهٔ تسبیب

مفاد کلی قاعده: تسبیب نوعی از اتلاف است؛ به این تعبیر که در اتلاف، شخص مستقیماً و بالمباشره باعث اتلاف مالی می‌گردد، ولی در تسبیب، عمل مُسبِّب مع‌الواسطه 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 متعلّق به دیگری را بکشد مُتلِف است، اما اگر در مسیر عموم چاهی حفر کند و حیوان متعلق به دیگری در آن بیفتد و بمیرد، مُسبِّب است. در تسبیب، عمل شخص مستقیماً و مباشرتاً مال دیگری را از بین نمی‌برد، بلکه رابطهٔ بین عملِ شخص و تلفِ مال به اینگونه است که اگر آن عمل واقع نشود، تلف مال نیز اتفاق نمی‌افتد.

مستندات قاعدهٔ تسبیب

۱. **روایات:** چند مورد از اخباری که در این باره وارد شده اجمالا بررسی می‌شوند:

- خبر نخست، صحیحهٔ حلبی است که می‌گوید: از حضرت صادق (ع) 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، صحیحهٔ زراره است. زراره می‌گوید: به حضرت صادق (ع) عرض کردم حکم کسی که چاهی در غیر ملک خویش حفر کند و عابری در حین عبور در آن بیفتد، چیست؟ حضرت (ع) فرمود: «علیه ضمانٌ لانّ کلّ مَن حَفَرَ بِئراً فی غیرِ مِلکه کانَ علیهِ ضمان»؛ یعنی بر حفرکنندهٔ چاه ضمان است، زیرا هر کس چاهی در غیر ملک خود حفر کند، ضامن است.
- خبر سوم، موثق سُماعه است از حضرت صادق (ع). سماعه نقل می‌کند: از آن حضرت سؤال کردم حکم کسی که چاهی در خانه خودش حفر می‌کند و دیگری در آن می‌افتد، چیست؟ حضرت (ع) 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 (ع) نقل می‌کند که فرمود: قال رسول الله (ص) «من اخرج میزابا او کنیفا او اوتد وتدا او اوثق دابّة او حفر شیئا فی طریق المسلمین فاصاب فعطب فهو له ضامن»؛ یعنی پیغمبر (ص) 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»

۲. **اجماع:** 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». همان طور که قبلاً بیان شد در هر موردی که آیات و یا روایتی وجود داشته باشد، اجماعِ موردِ ادعا مدرکی بوده و دلیل مستقلی نخواهد بود و به همین دلیل حجیت ندارد؛ امّا نکته‌ای که در مورد اجماع مدرکی قابل توجه است، این است که انسان در چنین مواردی اطمینان پیدا خواهد کرد که فهمش از روایات و ادله همان چیزی است که فقها و بزرگان فهمیده‌اند.

تفاوت قاعدهٔ اتلاف با قاعدهٔ تسبیب

۱. موضوع قاعدهٔ اتلاف این است که عمل شخصی به طور مستقیم موجب از بین رفتن مال دیگری شود،؛ امّا اگر کسی کاری کند که به طور غیرمستقیم و با واسطه منجر به تلفِ مال غیر شود، موضوع قاعدهٔ تسبیب است.
۲. در اتلاف همیشه فعل موجب ورود خسارت می‌شود، نه ترک فعل؛ در حالی که در تسبیب هم فعل و هم ترک فعل می‌تواند موجب زیان شود.
۳. در اتلاف بالمباشره، تقصیر شرط نیست، زیرا عرف حتّیٰ اگر متلف بی‌تقصیر باشد، او را مسؤول می‌شناسد؛ در حالی که در اتلاف بالتسبیب تقصیر شرط است؛ یعنی اگر احتیاطات لازم را رعایت نکرده باشد، ضامن است.

عناصر تسبیب: دخالت عمد و قصد

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 مسبّب بی‌تردید لازم است. از این‌رو، 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 مسبّب احراز نمی‌گردد و لذا در ماده ۳۳٤ قانون مدنی آمده است: «مالک یا متصرف حیوان مسؤول 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 مسؤول خسارت وارده خواهد بود».

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 مُسبِّب در بروز خسارت دخالت داشته باشند. در چنین حالتی ضمان به عهدهٔ کیست، مباشر یا مسبب؟ البته گاه مباشر، حیوان یا عاملی طبیعی است که به علت وضوح عدم مسؤولیت مباشر، ایراد خسارت مستقیماً به سبب منتسب می‌گردد و گویی حادثه مباشری نداشته است. در چنین مواردی، مسؤولیت مباشر به کلی منتفی است و بحث اجتماع سبب و مباشر مطرح نمی‌گردد، ولی مصادیق آن از موارد تسبیب محسوب می‌شود. مثلا 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 کدام یک اقویٰ بوده است.

به نظر می‌رسد در موارد مختلف باید قائل به تفصیل شد، یعنی باید دید از نظر ثقلِ مسؤولیت کدامیک از مباشر یا مسبب در انتساب عمل بر دیگری برتری دارد؟ چنانچه مباشر بر مسبب برتری داشته باشد، تردید نیست که مباشر ضامن است و بر مسبّب ضمانی نیست؛ ولی اگر مسبّب در ایجاد حادثه بر مباشر برتری داشته باشد، ضامن خواهد بود. برای روشن شدن موضوع به دو مثال زیر توجه کنید:

۱. **مباشر أقوی از سبب است:** شخصی چاقویی می‌سازد و دیگری آن را از او می‌گیرد و با آن ثالثی را به قتل می‌رساند. در اینجا بی‌تردید سازندهٔ چاقو که مسبِّب است، ضامن نیست، بلکه ضارب که مباشر است ضامن محسوب می‌گردد. در این مثال، مباشر اقوی است.

۲. **سبب أقوی از مباشر است:** شخصی در بیمارستان بستری است و طبیب 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 إعمال می‌کند و پرستار با قبول دستور و تجویز طبیب داروی مسموم را به بیمار می‌خوراند. در این حالت، مسبِّب، یعنی پزشک، از مباشر یعنی پرستار در حادثهٔ 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.

۳. **اجتماع مباشر و سبب:** هرگاه مسبب و مباشر با هم جمع شوند باید دید کدامیک اقوی و مؤثرتر است.

- اگر مباشر، مختار و عاقل باشد و به عملِ خود و نتیجهٔ آن التفات و توجه داشته باشد، ضامن و مسبّب فاقد ضمان است.
- 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 (مسبّب) 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:

۱. مباشر، مغرور یا مکرَه نباشد: به علت نادرست بودن عمل، مباشر ضامن است؛ زیرا قاعدهٔ «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» اطلاق دارد و اعم از این است که مرتکب به نتیجهٔ عمل واقف باشد یا نباشد و عدم علم، موجب عدم ضمان نیست.

۲. مباشر مغرور و فریب‌خورده باشد: مانند پرستار جاهل بیمارستان در مثال قبل که علاوه بر قاعدهٔ تسبیب، بنا به قاعدهٔ «المغرور یرجع الی من غرّه» اگر خسارتی از پرستار بیمارستان ناشی شود، به غارّ یعنی فریب‌دهنده (طبیب) برمی‌گردد و آن را از او می‌گیرند.

۳. مباشر مکرَه باشد: در این صورت مکرَه قطعاً ضمان ندارد؛ مثلاً اگر کسی دیگری را اکراه کند که ثالثی را در چاه بیندازد، اکراه‌کننده ضامن است و بر مکرَه ضمانی نیست؛ زیرا در اینجا مسبب از مباشر اقوی است و به خاطر فقدان اراده در فاعل، عمل مستقیما 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 ارادهٔ مسبب باشد عرفاً عمل منتسب به مسبب است.

چند مسأله

مسألهٔ ۱ـ هرگاه شخصی خدمتگزار خود را وادار سازد که خانهٔ دیگری را خراب کند، آمر که کارفرما است، ضامن است و بر مباشر مسؤولیت و ضمانی 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 مُکرَه واقعی نیست، یعنی چنان نیست که اراده‌اش به طور کلی سلب شده باشد، ولی چون عمل مستقیماً منتسب به مسبّب است نه به مباشر، مسبّب ضامن است؛ زیرا همان طور که گفته شد، معیار، انتساب عمل است، نه سلب واقعی اراده فاعل.

مسألهٔ ۲ـ 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 مسبّب از مباشر (حیوان) اقوی است؛ ولی اگر با فرد کبیری که قادر به فرار است چنین کند، ضمان بر او نیست، زیرا مرگ مستند به عدم فرار است، نه به عمل مسبب.

مسألهٔ ۳ـ هرگاه کسی گوسفندی را غصب کند و برّهٔ 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؟ به نظر می‌رسد با توجه به روایاتی که قبلا بیان گردید، چنانچه احراز گردد که تلفِ مال معلولِ فقدانِ حضور چوپان بوده، ضمان به عهدهٔ مسبب است، زیرا چنانچه چوپان محبوس نمی‌گردید، می‌توانست گله را محفوظ نگه دارد.

به علاوه، با توجه به موارد مسلَّم 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 تلفِ مال یا نفس شود، و بین آن عمل و تلفِ حاصل، واسطهٔ عاقل و مختاری موجود نباشد، در این صورت مسبّب ضامن است.

مسألهٔ ٤ـ در شرایع آمده است که اگر کسی در خانه دیگری را باز کند و در این حال سارقی بیاید و مال درون خانه را بدزدد، شخصی هم خانه‌ای را به سارق نشان داده باشد، برای مسبّب یعنی بازکنندهٔ در و نشان‌دهندهٔ خانه ضمان وجود ندارد؛ زیرا بین فعل مسبب و تلفِ 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 این‌رو، به علت اینکه مباشر اقوی از سبب است، خود او ضامن خواهد بود، زیرا اتلاف به سبب، مستند 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 إثم بر وی صادق است؛ اما از دیدگاه صِرف حقوقی، ضمانتی برای مسبب در این مقام وجود ندارد.

مسألهٔ ٥ـ 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 قاعدهٔ تسبیب، ضمان محقق است و ضمان اموال و نفوس تلف‌شده بین آنان تقسیم می‌گردد و هر یک موظف به پرداخت نصفِ 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 محلِّ مجاز متوقف باشد و کشتی دیگر بدون رعایت احتیاط با او برخورد کند.

مسألهٔ ٦ـ شخصی که علیه دیگری طرح دعوی می‌کند و مدعیٰ‌علیه برای دفاع ناچار به أخذ وکیل می‌گردد و حقّ‌الوکاله می‌پردازد، به استناد قاعدهٔ تسبیب قابل مطالبه خواهد بود.

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.

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 صُوَر بسیار ساده‌ای مطرح شده،مثال فقها از این قبیل است که اگر شخصی چاهی را بدون مجوز شرعی حفر کند و دیگری سنگی در کنار چاه قراردهد و شخص ثالثی به درون چاه بیفتد، کدام یک از آن دو نفر ضامن است؟ در پاسخ به این سؤال، فقها نظرهای گوناگونی داده‌اند که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. **سبب مقدم در تأثیر ضامن است**. مشهور بر آنند که سببِ مقدّم در تأثیر ضامن است که در مثال فوق، قرار دهندهٔ 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.
۲. **همه سبب‌ها ضامن‌اند.** کسانی از فقها که دلیل سبق در تأثیر را مخدوش می‌دانند به ضمان همهٔ اسباب نظر داده‌اند. محقق حلی 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 آیة الله خویی و نیز امام خمینی قرار گرفته است.
۳. **سبب مؤخر در وجود ضامن است**. به موجب این نظریه، چنانچه اسباب متعدد هم زمان نباشند، سبب متأخر در وجود ضامن است. مثلا 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، حفرکنندهٔ چاه ضامن است.
٤. **سبب اقوی ضامن است**. به موجب این نظریه، ملاک در ضمان، اقوی بودن در تسبیب است. درست همان گونه که در اجتماع سبب و مباشر، چنانچه سبب، اقوی از مباشر باشد، ضمان به عهدهٔ 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 کنندهٔ 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 منحصرا از یک نفر صادر نشده است. نظر سومی نیز می‌توان ارائه کرد و آن این است که ضمان مختص به سبب اقوی باشد که در اینجا چاقوی برنده موجب قتل شده نه سقوط در چاه».

نظریهٔ مورد اختیار: در قالب یک قاعده کلی می‌توان گفت: اقوی 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 اقوی در استناد گردد و این امر برای دادگاه احراز شود، بی‌تردید دادگاه باید به مسؤولیت و ضمان سببِ اقوی حکم بدهد؛ درست مانند موردی که در اجتماع سبب و مباشر، سبب، اقوای از مباشر است.

ولی سخن در این است که اگر اقوی 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 متعدّد باید حکم به جمع ضمان داد؛ با این توضیح که فرض بر این است که همه متعدی 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.

کاربرد قاعدهٔ تسبیب در قانون مدنی

۱. مادهٔ ۳۳۱: «هرکس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهدهٔ نقص قیمت آن برآید.»
۲. مادهٔ ۳۳۲: «هرگاه یک نفر سببِ تلفِ مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسؤول است نه مسبب مگر این که سبب اقوی باشد، به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد.»
۳. مادهٔ ۳۳۳: «صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه مسؤول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد می‌شود مشروط بر این که خرابی در نتیجه عیبی حاصل گردد که مالک مطّلع بر آن بوده و یا از عدم مواظبت او تولید شده است.»
۴. مادهٔ ۳۳۴: «مالک یا متصرّف حیوان مسؤول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود این که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطهٔ عمل کسی منشاء ضرر گردد فاعل آن عمل مسؤول خسارات وارده خواهد بود.»
۵. مادهٔ ۳۳۵: «در صورت تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن یا دو اتومبیل و امثال آن‌ها مسؤولیت متوجه طرفی خواهد بود که تصادم در نتیجه عمد یا مسامحه او حاصل شده باشد و اگر طرفین تقصیر یا مسامحه کرده باشند هر دو مسؤول خواهند بود.»

کاربرد قاعدهٔ تسبیب در قانون مجازات اسلامی

۱. مادهٔ ۵۰۲: «هرگاه کسی خود را از جای بلندی پرت کند و بر روی شخصی بیفتد و سبب جنایت شود بر اساس تعاریف انواع جنایت حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می شود لکن اگر فعلی از او سر نزند و به علل قهری همچون طوفان و زلزله پرت شود و به دیگری بخورد و صدمه به او وارد کند، کسی ضامن نیست.»
۲. مادهٔ ۵۰۶: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند.»
۳. مادهٔ ۵۰۷: «هرگاه شخصی در معابر و اماکن عمومی یا ملک دیگری بدون اذن مالک، گودالی حفر کند یا چیز لغزنده ای در آن قرار دهد و یا هر عملی انجام دهد که سبب آسیب دیگری گردد، ضامن دیه است مگر اینکه فرد آسیب دیده با علم به آن و امکان اجتناب، عمداً با آن برخورد نماید.»
۴. مادهٔ ۵۰۸: «هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده (۵۰۷) این قانون را در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد، ضامن نیست مگر اینکه شخصی را که آگاه به آن نیست به آنجا بخواند و به استناد آن، جنایتی به وی وارد گردد.»
۵. مادهٔ ۵۲۶: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به طور مساوی ضامن می باشند مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که

در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسؤول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است.»

٦. مادهٔ ۵۳۳: «هرگاه دو یا چند نفر به نحو شرکت سببِ وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند به طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می باشند.»

۷. مادهٔ ۵۳۴: «هرگاه بر اثر ایجاد مانع یا سببی دو یا چند نفر یا وسیله نقلیه با هم برخورد کنند و به علت برخورد آسیب ببینند و یا کشته شوند، مسبب ضامن است.»

۸. ماده ۵۳۵: «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است مانند آنکه یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است مگر آنکه همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت شرکت در جرم محسوب می شود.»

۹. ماده ۵۳۶: «هرگاه در مورد ماده (۵۳۵) این قانون عمل یکی از دو نفر غیرمجاز و عمل دیگری مجاز باشد مانند آنکه شخصی وسیله یا چیزی را در کنار معبر عمومی که مجاز است، قرار دهد و دیگری کنار آن چاهی حفر کند که مجاز نیست، شخصی که عملش غیرمجاز بوده، ضامن است. اگر عمل شخصی پس از عمل نفر اول و با توجه به اینکه ایجاد آن سبب در کنار سبب اول موجب صدمه زدن به دیگران می‌شود انجام گرفته باشد، نفر دوم ضامن است.»

قاعدهٔ غرور

«اَلْمَغْرُور یرجِعُ اِلی مَن غَرّهُ»

(فریب‌خورده می‌تواند ـ در خصوص خسارات وارده ـ به فریب‌دهنده رجوع کند.)

مفاد کلی قاعده: هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر بشود، و از این رهگذر، ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهدهٔ خسارت وارد برآید. شخص اول را «غارّ» (فریب دهنده) و شخص دوم را «مغرور» (فریب خورده) و این قاعده را «قاعده غرور» می‌گویند.

با دقت در تعریف قاعدهٔ غرور درمی‌یابیم که در تعریف گفته نشده «هر کس دیگری را گول بزند»، بلکه گفته شده «اگر از شخصی عملی صادر گردد که آن عمل موجب فریب خوردن دیگری بشود». به موجب این تعریف لازم نیست که شخص اول قصد نیرنگ و خدعه داشته باشد، و حتی ممکن است خودش هم از دیگری فریب خورده باشد، بلکه همین مقدار که از او فعلی صادر شود که دیگری با توجه به آن فریب بخورد، برای صدق غرور کافی است.

مستندات قاعدهٔ غرور

به نظر بعضی از فقیهان، قاعده غرور از فروعات قواعدی دیگر مانند لاضرر یا اتلاف و تسبیب است ولی اکثر فقها آن را قاعده‌ای مستقل دانسته برایش مستندات مستقل ارائه داده‌اند.

۱. **روایات:** مشهور است که حضرت رسول (ص) فرموده: «اَلْمَغْرُور یرجِعُ اِلی مَن غَرّهُ»، یعنی فریب‌خورده می‌تواند (در خصوص خسارات واردشده) به فریب‌دهنده رجوع کند. حدیث دلالت دارد که فریب خورده به فریب دهنده رجوع می‌کند و روشن است که مقصود از رجوع، مطالبه ضرر و خسارت است. پس در دلالت حدیث ابهام و شبهه‌ای وجود ندارد و اشکال عمده، در سند حدیث است که گفته می‌شود ضعیف است. بسیاری از فقها در سند حدیث اشکال کرده و گفته‌اند که این حدیث در کتب روایی وجود ندارد، بلکه عبارت مذکور قاعده‌ای است که از «روایات» گوناگون موجود در کتب حدیث گرفته شده است. بنابراین این قاعده از قواعد اصطیادی به شمار می‌رود. در پاسخ به این شبهه بعضی گفته‌اند، نیافتن حدیث مذکور در کتب حدیث دلیل بر عدم آن نیست، زیرا در کتب فقها، به صورت روایت مرسله وارد شده است. مثلا صاحب جواهر در کتاب غصب با این عبارت به عنوان یک حدیث برخورد کرده و در مواقع مختلف به آن استناد جسته است. پس مشکل اساسی این است که این عبارت به عنوان حدیث پذیرفته شود که در این صورت اشکالی از حیث ضعف و ارسال بر آن مترتب نیست؛ زیرا همان طور که در مباحث اصول گفته‌ایم، در مورد احادیث ضعیف دو نظر بین فقها وجود دارد و مشهور معتقدند اگر حدیث ضعیف مستند فتوای فقهای زیادی قرار گرفت، ضعف سند آن جبران می‌شود و عده‌ای نظر مخالف دارند. ولی باید توجه داشت که اگر نظر فقهای گروه اول را بپذیریم، انصافا باید گفت این حدیث از جمله احادیثی است که در ابواب مختلف فقه مورد استناد فقها واقع شده است.

۲. **بنای عقلا:** در عرف متداول، عقلاً هرگاه از عمل دیگری گول بخورند و زیانی متحمل شوند به گول‌زننده مراجعه و مطالبهٔ جبران خسارت می‌کنند. بر همین اساس، جبران خسارت ناشی از خدعه و نیرنگ در همه نظام‌های حقوقی دنیا مورد توجه است، هر چند که هر نظام حقوقی با روش مخصوص به خود خسارات زیان‌دیده را جبران می‌سازد. بنابراین، بنای عقلا در این مورد از دلایل قاعده غرور است.

۳. **اجماع:** ابتدا باید گفت که در مسأله رجوع «مغرور» به «غارّ» و ضمان غار در مقابل ضرر وارد به مغرور، بین فقها اختلافی نیست، بلکه فقها فقط در تطبیق قاعده بر مصادیق آن اختلاف نظر دارند. مثلاً وقتی که غار، جاهل یا در اشتباه بوده، در خصوص این که آیا این مورد از موارد غرور محسوب است یا خیر، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. نکته لازم به ذکر این است که اجماع مستند، مستقلا ارزشی ندارد؛ یعنی اگر در کنار اجماع، روایتی ـ هر چند ضعیف ـ وجود داشته باشد که احتمال بدهیم این روایت مأخذ و منبع آن اجماع است، اجماع دلیل مستقلی نخواهد بود. به همین علّت در موضوع مورد بحث، چون حدیث نبوی وجود دارد و احتمال زیاد می‌رود که قول فقها مبتنی بر آن روایت باشد، این اجماع را نمی‌توان دلیل مستقلی به حساب آورد.

نکته دیگر این که حتی اگر اجماع فقها در مورد ضمان غارّ ثابت گردد، استناد فقها به قاعده غرور ثابت نمی‌شود، چرا که ممکن است مستند ضمان نزد آنان اصل دیگری باشد و بنابراین، اجماع فقها نمی‌تواند به عنوان یکی از منابع و مستندات فقهی قاعده غرور به حساب آید.

٤. **ادلهٔ قاعدهٔ تسبیب:** دلیل چهارم قاعدهٔ غرور همان‌هایی هستند که در مورد قاعده تسبیب گفته شد و در مورد قاعدهٔ غرور هم می‌توانند مستند باشند، ولی باید توجه داشت که بین قاعده غرور و قاعده تسبیب، به رغم تشابهات فراوان، اختلافات زیادی وجود دارد.

حاکمیت قاعده تسبیب جایی است که بین سبب و مباشر، اراده و اختیاری فاصله نیندازد و چنانچه بین مسبب و عمل، یک اراده فعال وجود داشته باشد، مورد یقینا از موارد تسبیب نخواهد بود، بلکه از جمله موارد حاکمیت قاعده غرور است. مثلا وقتی شخصی، دیگری را با عملش و بدون خدعه گول می‌زند، شخص گول خورده به هر حال با اراده و قصد و اختیار این کار را می‌کند و در اینجا قاعده تسبیب دخالت ندارد؛ زیرا در قاعده تسبیب، فعل باید مستند به سبب باشد و فاعل مختاری بین مسبب و عمل فاصله نیندازد.

مثال جایی که هر دو قاعده قابل اعمال است، آنجا است که طبیبی برای معالجه مریض به وی دستور می‌دهد از دارویی استفاده کند و آن دارو تصادفاً سمی است و باعث مرگ مریض می‌شود. در اینجا مسؤولیت طبیب ناشی از هر دو قاعده است؛ از باب تسبیب به این توضیح که پزشک باید در حرفه خود مهارت لازم را داشته باشد و در دستورات خود از حدود متعارف تجاوز نکند و در این مورد چون طبیب به جای دارو،

سم تجویز کرده و بیمار و همراه بیمار یا پرستار نیز جاهل به خاصیت سم بوده‌اند، بین سبب و حادثه، اراده آگاه و فعالی وجود نداشته، و چون سبب اقوا از مباشر است، پزشک ضامن است؛ اما از حیث قاعده غرور چنین استدلال می‌شود که بیمار با قبول تجویز طبیب، مغرور شده و چون فعل طبیب او را گول زده، قاعده غرور حاکم است و طبیب از این نظر هم مسؤولیت و ضمان دارد.

۵. **روایات خاصه:** روایات خاصه‌ای وارد شده که هر چند در آن‌ها عنوان «غرور» وجود ندارد، ولی از نظر معنا و مفهوم، مدرک و دلیل اعتبار قاعده غرور هستند. چند مورد از این روایات بدین شرحند:

- روایت رفاعه در مورد تدلیس زوجه با این مضمون که اگر ازدواجی از روی تدلیس واقع شده باشد و زوجه دارای اوصافی نباشد که قرار بوده، زوج حق دارد به مهری که داده مراجعه کند. در این روایت، هر چند رجوع به تدلیس‌کننده برای گرفتن مهر ذکر گردیده ولی به هر حال علت رجوع، تدلیس است. حتی در روایت ذکر شده «لانّه دَلَّسَها» یعنی به خاطر این که تدلیس کرده است.
- روایت مرسل جمیل از امام باقر (ع) یا امام صادق (ع) که فرموده‌اند: اگر شهودی علیه فردی شهادت بدهند و آن شهادت در حکم محکمه مؤثر واقع و موجب ایجاد خسارت و زیان بر آن فرد شود، در صورت اثبات کذب، شهود مذکور ضامن پرداخت خسارت ایجاد شده‌اند.

نظیر این گونه روایات زیاد است در مجموع، حاکی از اعتبار قاعدهٔ غرور به عنوان یکی از اسباب ضمان هستند.

ارکان قاعدهٔ غرور: در صورتی می‌توان شخصی را مسؤول و ضامن خسارت‌های وارده بر دیگری دانست که دارای ارکان زیر باشد. پس ارکان قاعدهٔ غرور عبارت‌اند از:

۱. **ضرر حاصل از غرور:** اگر فریبی در کار باشد، ولی خسارت یا ضرری به فریب‌خورده وارد نشده باشد، نمی‌توان به استناد این قاعده به ضمان شخص غارّ حکم کرد. پس ضرر حاصل از غرور باید موجود باشد تا بتوان به قاعدهٔ غرور استناد نمود.

۲. **علم و آگاهی به خدعه و فریب:** بدون شک، قاعدهٔ غرور در صورتی که مغرور به تدلیس و فریب از جانب غارّ باشد جریان ندارد. بنابراین جهل مغرور از شرایط اصلی قاعدهٔ غرور است. نکتهٔ مهم این که علم و جهل غارّ تأثیری در تحقّق قاعدهٔ غرور ندارد. و در هر صورت شخص غار ضامن است به این نکتهٔ مهم خواهیم پرداخت.

۳. **قصد خدعه و فریب:** آیا قصد در تحقّق غرور معتبر است یا خیر؟ عناوین رفتارهایی که موضوع احکام شرعی واقع می‌شوند، دو قِسم‌اند:

- قصد در تحقّق آن معتبر است: تا قصد نباشد، عناوین قصدی، مانند تعظیم و تحقیر، در این گونه رفتارها محقّق نمی‌شود. از این رو، ممکن است یک رفتار در جایی مصداق احترام باشد و همان رفتار در جای دیگر مصداق بی‌احترامی باشد.
- قصد در تحقّق آن معتبر نیست: قصد در برخی از عناوینی که موضوع احکام شرعی واقع شده‌اند، دخالت ندارد؛ مانند اتلاف و اضرار مالی که موضوع حکم به ضمان است. از این‌رو، اگر شخصی در حال خواب شیشه‌ای را بشکند، ضامن ضامن است. غرور ـ که موضوع و سبب ضمان غار است ـ از نوع دوم به شمار می‌آید؛ یعنی قصد در تحقّق آن شرط نیست.

٤. **فریب‌خوردگی:** از عناصر و ارکان تحقّق غرور، فریب‌خوردگی است. یعنی مغرور از روی جهل فریب بخورد.

مدلول قاعدهٔ غرور

تردید نیست که مورد مسلّم حاکمیت قاعده غرور جایی است که غارّ، عالم به نتیجهٔ مترتّب بر عمل خود باشد؛ یعنی بداند طرف مقابل از فعل او گول می‌خورد و متحمل خسارت می‌گردد؛ اما مورد اختلاف جایی است که غارّ جاهل یا در اشتباه است. توضیح این که گاه «غار» و گاه «مغرور» هر دو به ضرر عالم هستند که در این صورت، نه «غاری» وجود دارد نه «مغروری»؛ زیرا در غرور، جهل «مغرور» شرط است. مورد دیگر این است

که هر دو طرف به ضرر جاهل باشند و دو صورت دیگر نیز این است که یکی از «غار» یا «مغرور» جاهل باشند. پس در مجموع از حیث علم و جهل غار و مغرور، چهار حالت وجود دارد:

۱. **غارّ عالم ـ مغرور عالم:** مورد اول که هر دو عالمند، از قاعده غرور خارج است.
۲. **غارّ جاهل ـ مغرور عالم:** این مورد نیز از قاعدهٔ غرور خارج است؛ زیرا شرط است که مغرور جاهل باشد. در غیر این صورت، اگر مغرور عالماً عامداً اقدامی علیه خود بکند که متضمّن ضرر باشد، با توجه به اقدامش، مورد مشمول قاعدهٔ غرور نبوده و موجب ضمان «غارّ» نخواهد بود.
۳. **غارّ عالم ـ مغرور جاهل:** حالت سوم که مغرور جاهل و غار عالم است بدون تردید مصداق بارز قاعدهٔ غرور است.
٤. **غارّ جاهل ـ مغرور جاهل:** در این صورت که هر دو طرف جاهل هستند بین علما اختلاف نظر وجود دارد، زیرا غارّ جاهل به ضررِ طرف مقابل است و به همین علت عده‌ای از فقها او را بری‌الذمه می‌دانند. اما عدّهٔ دیگر، در این حالت هم ضمان را به عهده غارّ می‌دانند. گروهی از فقها خصوصا هنگامی که غارّ جاهل به ضرر بوده یا به اشتباه فکر می‌کند عملش موجب نفع است، او را مسؤول نمی‌دانند. استدلال آنان این است که غرور به معنای خدعه و تدلیس است و در مورد جاهل به واقعه نمی‌توان به قاعده غرور استناد کرد. مثلا طبیبی دارویی تجویز می‌کند و در این اندیشه است که به نفع بیمار و موجب بهبودی او خواهد بود، اما دارو با مزاج بیمار سازگاری پیدا نمی‌کند و موجب مرگ یا ضرر بیمار می‌شود. این گروه از فقها به عدم مسؤولیت پزشک در این مورد قائل‌اند. در مقابل، عده‌ای معتقد به ضمان شده‌اند. این دسته از فقیهان که به نظر ما گفتارشان بیشتر قابل توجیه است می‌گویند: صِدق عنوان أفعال احتیاجی به علم ندارد. مثلاً وقتی کسی دیگری را می‌زند، عنوان «ضارب» پیدا می‌کند، گرچه قصد زدن نداشته باشد یا اگر کسی بر دیگری زیان وارد سازد عنوان «ضار» بر او صدق می‌کند هر چند که چنین قصدی نداشته باشد. در صِدق غرور نیز فقط لازم است که یک نفر دیگری را بر عملی که متضمّن ضرر است، تشویق و ترغیب کند، هر چند ترغیب‌کننده به ترتب ضرر بر آن عمل جاهل باشد.

خلاصه آن که اگر مدرک قاعده غرور را حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غرّه» بدانیم، فرقی بین غارّ جاهل و عالم وجود ندارد و حکم قاعده، هر دو را شامل می‌شود. همچنین اگر مطلب از باب اتلاف و تسبیب مطرح شود، بازهم می‌گوییم: در این مورد، سبب (غارّ) اقوا از مباشر (مغرور) است و چون مباشر (مغرور) جاهل بوده و در این حالت جهل یا علم سبب، حکم قضیه را تغییر نمی‌دهد، سبب اعم از این که جاهل یا عالم باشد، اقوا از مباشر خواهد بود.

در هر حال به نظر می‌رسد که در نظایر مورد، بی‌تردید فعل یک شخص، دیگری را مغرور کرده است تا خسارتی ببیند یا مرتکب عملی شود که خسارت جانی برای وی دارد و نادانی شخص مزبور، رابطهٔ علیت را بر هم نخواهد زد. همان طور که قبلاً گفته شد به طور کلی در همه انواع تسبیب در حقوق اسلامی، تقصیر از ارکان مسؤولیت نیست، بلکه آنچه اهمیت دارد وجود رابطه عرفی میان کار مسبِّب و ورود زیان به دیگری است.

به دیگر سخن، از میان دو نظریه‌ای که در حقوق غرب در مورد مبانی مسؤولیت مطرح است، یعنی نظریه تقصیر و نظریه خطر، می‌توان گفت حقوق اسلامی به نظریه خطر معتقد است و آنچه را برای مسؤولیت کافی می‌داند انتساب و استناد فعل زیانبار به شخص زیان‌زننده است و عنصر تقصیر فقط در جایی می‌تواند نقش داشته باشد که موجب تحقق عنصر استناد و انتساب باشد و هر جا که احراز انتساب و استناد نیازی به تقصیر نداشته باشد، وجود تقصیر لزومی ندارد و مورد بحث ما از همان مصادیق است. با مراجعه به متون فقه به ویژه موضوع ضمان طبیب به نظر می‌رسد که اکثر فقها بر ضمان طبیب (غارّ) حتی در صورت جهل نظر داده‌اند، هر چند که گروهی از فقها نیز عکس این نظر را دارند

مصادیق قاعده: نمونه‌هایی از موارد صِدق قاعده را مختصراً به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱. اگر مشتری از شخص فضول چیزی را بخرد، بدون این که فضول بگوید مال متعلق به دیگری است و مشتری با توجه به اماره ید به او اعتماد کند و تصور کند مالِ خودِ فضول است، اما بعد صاحب مال بیاید و مال را از مشتری بگیرد و خسارت هم از مشتری مطالبه کند، به نظر شیخ انصاری مشتری می‌تواند به فضول مراجعه و کلیهٔ خسارات وارد را مطالبه کند.

- به نظر می‌رسد موردی که شخص با ادعای وکالت مبادرت به معامله می‌کند نیز در حکم شخص فضول است، یعنی هرگاه شخصی با ادعای آن که وکیلِ مالک یا مأذون از سوی او است، مالی را به دیگری بفروشد و سپس کشف گردد که او در ادعای وکالت یا اذن کاذب بوده و مالک معامله را تنفیذ نکند، مشتری می‌تواند غرامات وارد را از بایع مطالبه کند.
- یکی از موارد بسیار روشن قاعده غرور در نظر شیخ انصاری، جایی است که مشتری در مقابل خسارتی که تحمل کرده است نفعی هم نبرده باشد. مثلا حیوانی را خریده بوده و مدتی به او خوراک داده و قبل از بهره‌برداری، صاحبش مراجعه کرده حیوان را مسترد می‌دارد. به نظر ایشان مورد بالا از مصادیق بارز مسؤولیت فروشنده است و مشتری می‌تواند به استناد این قاعده برای جبران کلیه خسارات وارد، به او مراجعه کند؛ اما چنانچه مشتری در زمان تصرفش، هم برای مال خریداری شده مخارجی متحمل شده و هم از آن منافعی برده باشد، شیخ انصاری تردید می‌کند که آیا مشتری حق دارد برای مطالبه خسارت به فضول مراجعه کند یا خیر؛ مثل این که مشتری از فضول اسبی یا اتومبیلی می‌خرد و مدتی سوار آن می‌شود. در این مورد به نظر شیخ مشکل است که خریدار حق مراجعه به فضول را داشته باشد.

۲. مردی زنی را به دیگری تزویج می‌کند، در حالی که عیب زن را پنهان داشته یا هنگام ازدواج سکوت کرده و آن را ابراز نداشته است. در این صورت، زوج حق دارد برای مطالبه مازاد مهر ـ که به تصور سلامت زوجه پرداخت کرده ـ به زوجه یا ولی او یا واسطه ازدواج مراجعه کند. در ضمان ولی یا واسطه ازدواج در صورتی که عالم به عیب بوده باشند، تردید نیست، ولی اگر دچار جهل یا اشتباه بوده باشند، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. گروهی جهل یا شبهه را رافع مسئؤولیت و ضمان نمی‌داند، اما عِدّهٔ دیگر، علم را لازم دانسته، وجود جهل و اشتباه را موجب عدم مسؤولیت ولی و شخص واسطه می‌داند.

۳. شاهدی علیه فردی شهادت می‌دهد و محکمه علیه متهم حکمی صادر می‌کند، اما بعد، شاهد شهادتِ خود را تکذیب می‌کند. در این صورت خسارتی که به محکومٌ‌علیه وارد شده باید توسط شاهد جبران شود. اگر «محکومٌ‌به» عین، و عین موجود باشد، محکمه آن عین را می‌گیرد و به محکومٌ‌علیه بر می‌گرداند، ولی اگر عین، تلف شده باشد، صاحب مال به مُتلِف مراجعه کرده، قیمت آن را می‌گیرد، که البته مُتلِف نیز می‌تواند به استناد قاعدهٔ غرور به شاهد مراجعه و مطالبه خسارت کند.

٤. شخصی طعامی را غصب می‌کند و با آن ضیافتی ترتیب می‌دهد و میهمانان از آن طعام می‌خورند. بعد صاحب طعام می‌آید و از میهمانان مطالبهٔ قیمتِ طعام می‌کند. در این صورت، میهمانان می‌توانند به استناد قاعدهٔ غرور به شخص غاصب رجوع کرده، مطالبه خسارت کنند، زیرا غاصب، میهمانان را گول زده است.

٥. هرگاه مادری با ادعای وکالت از سوی پسرش برای او زن بگیرد، در حالی که چنین وکالتی ندارد و اقدامش مورد قبول پسر واقع نشود، همهٔ فقها گفته‌اند که عقد باطل است. گروهی از جمله شهید اول در لمعه اضافه می‌کند که مادر ضامن نصف مهر زوجه است و بعضی دیگر احتمال ضمان تمام مهر را داده‌اند. شهید ثانی در توجیه این نظریه یکی از مستندات را قاعده غرور بر شمرده است.

٦. هنگامی که مشتری به دلیل این که بایع فضولی ادعای وکالت و اذن از جانب مالک داشته، اقدام به معامله با او کرده و سپس کذب بایع فضولی معلوم شده و مالک معامله را تنفیذ نمی‌کند، مشتری می‌تواند در مورد غرامات به بایع فضولی رجوع کند.

کاربرد قاعدهٔ غرور در قوانین

۱. ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی که در اصلاحات سال ۱۳۶۱ حذف گردید مقرر می‌داشت: «اگر یکی از نامزدها، وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزند، در حالی که طرف مقابل یا ابوین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهدهٔ خسارت وارد برآید، ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود». به نظر می‌رسد مادهٔ فوق از مصادیق قاعده غرور است در عرف اسلامی این مقدار متداول است که قبل از اجرای صیغه نکاح، با مشارکت افرادی از دو طرف ازدواج، مذاکرات مقدماتی و اصطلاحاً خواستگاری صورت می‌گیرد که همراه با تشریفات و مراسمی است و برای طرفین مخارجی را در بر دارد. در اسلام نیز مرسوم بوده است که زوج قبل از نکاح می‌توانست مالی به زوجه بدهد و بعد با او ازدواج کند؛ بنابراین، اگر در خلال مذاکرات و مراسم خواستگاری طرفین متحمل مخارجی شوند و طرف مقابل در این امر مؤثر بوده باشد، خسارت قابل مطالبه است و مورد به نظر ما از موارد قاعدهٔ غرور است و وجهی برای حذف ماده ۱۰۳۶ به نظر نمی‌رسد.

۲. قانون مدنی در مواد ۳۸٤ و ۳۸۵ چنین مقرّر داشته است:

ماده ۳۸۴: «هرگاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بایع است.

ماده ۳۸۵: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر در آید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.»

آن گاه در ماده ۳۸٦ به این شرح مقرر شده است: مادهٔ ۳۸۶: «اگر در مورد دو مادهٔ قبل معامله فسخ شود بایع باید علاوه بر ثمن مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد.» به نظر می‌رسد مبنای فقهی ضمان بایع نسبت به پرداختِ خسارتِ موردِ اشاره در این ماده قاعدهٔ غرور است، با این توضیح که بایع با توصیف مقدار معین، مشتری را مغرور کرده و از این رهگذر موجب ورود خسارت به مشتری شده است.

ذکر این نکته در اینجا مناسب است که گرچه در حقوق اسلامی خسارات ناشی از فسخ، مورد بحث مستقل فقها قرار نگرفته، اما می‌توان از طریق قاعدهٔ غرور مسؤولیت آن دسته از خساراتی را که مشتری به جهت اعتماد بر بایع و اقدام به معامله متحمّل گردیده بر عهدهٔ بایع غارّ نهاد. ناگفته پیدا است که غرور در همه جا صدق نمی‌کند و مثلاً در موردی که مشتری و یا بایع به علت مغبون شدن به فسخ معامله مبادرت می‌کنند، غروری اتفاق نیفتاده است تا به استناد آن، شخص زیان دیده مدعی خسارت گردد.

۳. مادهٔ ۲٦۳ قانون مدنی: «هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی‌رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت.»

٤. مادهٔ ۳۹۱ قانون مدنی: «در صورت مستحقٌ‌للغیر بر آمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهدهٔ غرامات وارده بر مشتری نیز برآید»

قاعدهٔ اقدام

مفاد کلی قاعده: اقدام در لغت به معنای به کاری دست زدن و پا پیش گذاشتن در امری است و در اصطلاح فقهی این است که هر کس به ضرر خود، نسبت به مالی اقدام کند. در مورد اقدام وی کسی به نفع او ضمان قهری یا مسؤولیت مدنی ندارد. به عبارت دیگر اقدام آن است که مالک احترام مال خودش را اسقاط کند و بنا به مجانی بودن بگذارد که در نتیجه، ضمان ساقط می‌شود؛ مثل این که شخصی با علم و قصد و رضا مالی را به بهای بیشتر بخرد که در این صورت، کسی ضامن او نخواهد بود و از دست خودش رفته است. فقها قاعدهٔ اقدام را یکی از مُسقِطات ضمان برشمرده‌اند.

مستندات قاعدهٔ اقدام

۱. روایات:

- روایت «لا یَحِلُّ مال امرءٍ مسلمٍ الّا بطیب نفسه» از این روایت فهمیده می‌شود که سببِ ضمان، حرمت و محترم بودن مال مسلمان است، ولی مالک می‌تواند ضمان مذکور را منتفی اعلام کند؛ زیرا وقتی مالک رضایت می‌دهد که دیگری مال او را بدون عوض تصرّف کند، در نتیجه وجهی برای ضمان نمی‌ماند.
- علی بن ابراهیم از پدرش، از ابن ای عُمیر، از ابی اُسامه زید الشّحّام از امام صادق (ع) نقل می‌کند که پیامبر (ص) فرمودند: «مَنْ کانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْیؤَدِّهَا إِلَی مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَیهَا فَإِنَّهُ لاَ یحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لاَ مَالُهُ إِلاَّ بِطِیبَةِ نَفْسِهِ» (کسی که در نزد او امانتی باشد، باید آن را به صاحبش برگرداند؛ زیرا جان و مال مسلمان حلال نبوده و تصرّف در او جایز نیست؛ مگر اینکه صاحبِ مال رضایت داشته باشد) مفهوم روایت این است که جواز تصرّف و حلّیّت مالِ غیر منوط به إذن و رضایت صاحبِ مال است. پس زمانی که رضایت مالک محقّق باشد، طبعاً ضمان ساقط است. این روایت را شیعه و سنّی نقل کرده‌اند. صدوق در کتاب الخصال از حریز نقل می‌کند و راویان آن همگی دوازده امامی ثقه هستند؛ به خصوص که یکی از راویان آن از اصحاب اجماع است. افزون بر آن، اصحاب به آن عمل کرده‌اند، از این رو این روایت صحیح است و تمام شرایط حجیّت را دارد.

۲. بنای عقلا: وقتی شخصی بالغ و رشید با علم و اراده علیه امور مالی خود اقدام کند و موجب ورود ضرر بر مال خود شود، در واقع اقدام مجانی بر ضرر خود کرده و احترام مال خود را از حیث ارزش ساقط کرده است، در چنین مواردی بنای عقلا بر سقوط ضمان و معافیت فرد از مسؤولیت نسبت به چنین شخصی است.

۳. اجماع: تمام فقهای شیعه، بلکه جمیع مسلمین در مواردی که فرد اقدام به ضرر خویش کند، قائل به ضمان نیستند. این اجماع به دلیل روایات و بنا عقلا مدرکی بوده و کاشف از قول معصوم نیست؛ زیرا در واقع مدرک اجماع فقها همین ادله است؛ پس اجماع مزبور به طور مستقیم ارزشی ندارد.

شمول قاعدهٔ اقدام: هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکنندهٔ زیان، که شخص دیگری است، مسؤول خسارت نخواهد بود. فقها عدم مسؤولیت واردکنندهٔ زیان را مستند به «اقدام» دانسته‌اند؛ بدین بیان که شخص با اقدام خود موجب از بین رفتن حرمت مالش شده است. در حقیقت «اقدام» در این معنا مانعی است برای اجرای قواعد ضمان قهری از جمله قاعدهٔ احترام؛ چرا که «قاعده احترام»، قاعده‌ای است برای حمایت شرع از صاحبان اموال و تردید نیست که اگر صاحب مال خودش حرمت مال خویش را ضایع سازد، مورد حمایت شرع قرار نخواهد گرفت. مانعیت اقدام برای اجرای قواعد حمایتی از خسارت دیدگان، آن چنان بداهت عرفی

و عقلی دارد که نیازی به جستجوی مستندات نقلی برای آن احساس نمی‌شود و لذا در ادامه مطالب به ذکر چند نمونه از مواردی که در تمسک به اقدام میان فقها توافق نسبی وجود دارد بسنده می‌شود:

- هرگاه شخصی با آگاهی به غبن فاحش، اقدام به فروش یا خرید و یا اجاره چیزی کند، نه حق خیار فسخ دارد و نه می‌تواند خسارت مطالبه کند؛ زیرا خودش به زیان خویش اقدام کرده است.
- هرگاه کسی با علم و آگاهی، مال خود را در اختیار مجنونی بگذارد و او آن را تلف کند، ضمان بر عهدهٔ مجنون نخواهد بود؛ زیرا صاحبِ مال با اقدامِ خویش، مالش را در معرضِ تلف قرار داده است.
- چنانچه مشتری با علم به نقص و عیب مبیع اقدام به خرید کند، خیار عیب نخواهد داشت. به طور کلی، یکی از شرایط تحقق خیار عیب، جهل مشتری و پنهان بودن عیب در حین معامله است. همین‌طور چنانچه مشتری نسبت به اینکه مبیع در اجاره بوده جاهل باشد، حق خیار دارد، ولی اگر عالم باشد، خیار فسخ نخواهد داشت و دلیل عدم خیار، اقدام خود مشتری است.

قاعدهٔ اقدام در فقه: مواردی که فقها به این قاعده استناد کرده و حکم به عدم ضمان کرده‌اند به شرح زیر است:

۱. عالم بودن خریدار به فضولی بودن معامله: فقها می‌گویند زمانی که مشتری علم به عدم مالکیت بایع دارد و در عین حال بایع را بر ثمن خود مسلّط می‌کند. در صورت تلف شدن ثمن، مشتری حقِّ رجوع به بایع فضولی ندارد. بعضی از فقها اشکال کرده و گفته‌اند درست است که مشتری بایع فضولی را بر ثمن مسلّط کرده، ولی تسلیط مجانی نیست؛ زیرا بایع فضولی ادّعای مالکیت می‌کندو از این رو، او تضمین حقیقی کرده است؛ در این صورت چه تلف بشود یا نشود، چون اقدام بر وجه ضمان کرده، پس ضامن خسارات وارده است. شیخ انصاری جواب می‌دهد که چون هم مشتری و هم بایع، هو دو آگاهی دارند که مبیع مال بایع فضولی نیست، پس در واقع تسلیط مجانی است و با مالکیت ادعایی تضمین درست نمی‌شود؛ بنابراین چون تسلیط مجانی است و خود مشتری بر اتلاف مالش اقدام کرده است، پس بایع فضولی ضامن نیست؛ امّا استیلا (وضعِ ید) بر مال غیر موجب ضمان است، مگر اینکه دو عنصر ید امانی موجب عدم ضمان شود. در مقبوض به عقد فاسد چون گیرنده با رضایت و إذن مالک آن را تحویل می‌گیرد، عنصر إذن موجود است؛ ولی عنصر مجانیّت چطور؟ با توجه به «اقدام» مشتری به اینکه در عوض آنچه گرفته باید عوض بپردازد، عنصر مجانیّت مفقود می‌گردد و بنابراین بایع فضولی به استناد قاعدهٔ ضمان ید، ضامن است.
۲. پرداخت دین دیگری بدون إذن او: زمانی که شخص ثالثی دین و قرض فردی را بدون إذن بدهکار به طلبکار بپردازد، بدهکار ضامن نیست؛ زیرا بدون إذن و امر او ادای دین شده و در واقع، شخص ثالث به صورت مجانی بر ادای دین اقدام کرده است. پس نمی‌تواند به بدهکار رجوع کند و ضمان از بدهکار ساقط است.
۳. سپردن مال به مجنون یا صغیر: شرایط تکلیف در مودع و مستودع شرط است و باید کسی که مالی نزد او به ودیعه می‌گذاریم، اهلیت نگهداری و حفظ آن را داشته باشد. در مادهٔ ٦١٠ قانون مدنی آمده است: «در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند» بنابراین هرگاه شخصی با علم آگاهی مال خویش را نزد صغیر یا مجنون به ودیعه بگذارد و در نزد آنان تلف شود، ضمانی بر آنها نیست؛ زیرا آن شخص خودش با مسلّط کردن آنان (صغیر و مجنون) بر مالش، اقدام به اتلاف مال خویش کرده است، پس مسؤولیتی بر آنها نیست.

حکومت قاعدهٔ اقدام بر قاعدهٔ لاضرر

اگر چه قاعدهٔ لاضرر بر ادلّهٔ احکام حکومت دارد؛ ولی قاعدهٔ اقدام بر قاعدهٔ لاضرر حاکم است. توضیح این که اگر کسی مالی را به نصف قیمت بازار بفروشد، اگر چه قاعدهٔ لاضرر اقتضا دارد که زیان او جبران شود؛ ولی چون وی آگاهانه به ضرر خود اقدام کرده، قاعدهٔ اقدام مانع از اجرای قاعدهٔ لاضرر می‌شود و خیار غبن او ساقط می‌گردد.

همچنین اگر طبق ماد ۱۲۱۶ قانون مدنی: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر غیر شود ضامن است.»؛ یعنی طبق قاعدهٔ لاضرر، باید جبران ضرر شود؛ ولی طبق مادهٔ ۱۲۱۵ قانون مدنی: «هرگاه کسی مالی را به تصرّف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد؛ صغیر یا مجنون مسؤول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود.» نتیجه اینکه قاعدهٔ اقدام مانع اجرای قاعدهٔ لاضرر می‌شود و مسؤولیتی در جبران ضرر بر عهدهٔ صغیر و مجنون نخواهد بود؛ و این است معنی حکومت قاعدهٔ اقدام بر قاعدهٔ لاضرر.

مادهٔ ۲۶۳ قانون مدنی، در باب معاملات فضولی مقرّر می‌دارد: «هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی‌رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت.» در این ماده به ۳ قاعدهٔ فقهی به کار رفته است؛ به عبارتی دیگر در نگارش این ماده به ۳ قاعدهٔ فقهی توجه شده است:

۱. قاعدهٔ غرور: بر اساس قاعدهٔ غرور، به مشتری جاهل به فضولی بودن معامله حق داده به بایع رجوع کند و گذشته از ثمن کلیهٔ خسارات را از او بگیرد.
۲. قاعدهٔ لاضرر: بر اساس قاعدهٔ لاضرر، جبران ضرر مشتری ناآگاه را پذیرفته است.
۳. قاعدهٔ اقدام: بر اساس قاعدهٔ اقدام، که حکومت قاعدهٔ اقدام بر قاعدهٔ لاضرر را قبول کرده، به مشتری آگاه از فضولی بودن معامله، حقِّ مطالبهٔ خسارت ناشی از معامله را از بایع نداده است.

رابطه اقدام با قواعد اتلاف و تسبیب نیز به همین منوال است؛ زیرا گفتیم که عنصر اصلی و لازم در قواعد مزبور، «استناد» است و با توجه به اقدام زیان دیده، استناد به شخص مسبب مرتفع می‌گردد.

کاربرد قاعدهٔ اقدام در قوانین

۱. قانون مدنی در ماده ٤٣٦ مقرر می‌دارد «اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به اینکه عهدهٔ عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبرِّی کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد». سقوط خیار عیب مشتری در فرض تبرّی بایع به خاطر «اقدام» است، چرا که خیار عیب مستند به آن است که مشتری از مبیع معیوب متضرّر می‌گردد و لذا قانونگذار از او حمایت کرده است. شخصی که با فرض تبرّی بایع اقدام بر بیع می‌کند درست است که ضرر می‌بیند، ولی ضرری است که خود بر آن اقدام کرده و خطر آن را پذیرفته است و لذا حمایت نمی‌شود.
۲. بنا بر آنچه در مادهٔ ۱۲۱٦ قانون مدنی آمده: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر غیر شود ضامن است»، همان طور که می‌دانیم این مسؤولیت مبتنی بر قاعدهٔ لاضرر است. با این وجود چنانچه شخصی خود، آگاهانه مال خود را به دست صغیر یا مجنونی بدهد و آنان مال وی را تف کنند، برخلاف حکم مادهٔ فوق، چون شخص مزبور، احترام مال خود را نقض و به ضرر خود اقدام کرده، در این فرض دیگر صغیر و مجنون و غیررشید، ضامن نیستند؛ لذا در مادهٔ ۱۲۱۵ قانون مدنی چنین مقرّر شده است: «هرگاه کسی مالی را به تصرّف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون مسؤول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود.»

۳. طبق مادهٔ ٤١٦ قانون مدنی، هرگاه در معامله‌ای غبن فاحش باشد، طرف مغبون حقِّ فسخ معامله را خواهد داشت؛ ولی اگر شخصِ مغبون با علم و آگاهی از غبن، به آن معامله اقدام کرده باشد، در این صورت شخصاً اقدام به ضرر خویش نموده است؛ لذا نه حقِّ فسخ معامله را دارد و نه حقِّ دریافت خسارت؛ به همین علّت در مادهٔ ٤١٨ قانون مدنی چنین مقرّر شده است: « اگر مغبون در حین معامله عالم بقیمت عادله بوده است خیار فسخ نخواهد داشت»

٤. مطابق مادهٔ ٤٢٢ قانون مدنی، اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده، مشتری می‌تواند معامله را فسخ و یا مبیع معیوب را با أخذ أرش قبول کند؛ ولی اگر مشتری با علم به نقص و عیب مبیع اقدام به خرید آن کند، دیگر خیار عیب نخواهد داشت؛ چون در این فرض خود او به ضرر خود اقدام کرده است. در این مورد دو مادهٔ ٤٢٣ و ٤٢٤ چنین مقرّر شده است:

مادهٔ ٤٢٣: «خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب مخفی و موجود در حین عقد باشد.»

مادهٔ ٤٢٤: «عیب وقتی مخفی محسوب است که مشتری در زمان بیع عالم به آن نبوده است اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری مُلتَفت آن نشده است.»

۵. در مادهٔ ۳۱۳ قانون مدنی آمده است: «هرگاه کسی در زمین خود با مصالح متعلقه به دیگری بنائی سازد یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن زمین غرس کند؛ صاحب مصالح یا درخت می‌تواند قلع یا نزع آن را بخواهد مگر این که به اخذ قیمت تراضی نمایند» این ماده ناظر به اقدام غاصب به ضرر خود می‌باشد.

٦. مادهٔ ٥٣٦ قانون مدنی: «هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت.»

۷. مادهٔ ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی: «در کلیّه موارد مذکور در این فصل هرگاه جنایت منحصراً مستند به عمد و یا تقصیر مجنیٌ‌علیه باشد ضمان ثابت نیست. در مواردی که اصل جنایت مستند به عمد یا تقصیر مرتکب باشد لکن سرایت آن مستند به عمد یا تقصیر مجنیٌ‌علیه باشد مرتکب نسبت به مورد سرایت ضامن نیست.»

قاعدهٔ صحّت

«اَصالةُ الصِحة»

مفاد کلی قاعده: قاعده یا اصل صحت و به اصطلاح فقهی «اَصالةُ الصِحة» از قواعد بسیار مهم فقه است که کاربرد فراوان دارد و به اشکال گوناگون مورد استفاده قرار گرفته است. منظور از قاعدهٔ صحّت حمل کردن قول و عمل افراد یا أعمال حقوقی ایشان به صحّت است. منشأ شک گاهی فقدان شرط است و گاهی احتمال وجود مانع و تفاوتی نمی‌کند که شک در أثنای عمل پیش آید و یا بعد از انجام عمل. مثلاً شخصی عقد یا ایقاعی صورت داده و تردید می‌کنیم که آیا این أعمال حقوقی صحیحاً واقع شده است یا نه؟ یعنی ارکان و شرایط معاملات و مقررات عمومی حاکم بر أعمال حقوقی به درستی تحقّق یافته است یا نه؟ هنگام بروز این شک و تردید، به حکم اصل صحت باید آن عقد و ایقاع را محمول بر صحت بدانیم و بر اساس این برداشت می‌توانیم با اعتبار بخشیدن به آن عقد یا ایقاع، رابطهٔ حقوقی خود را تنظیم کنیم. در اینجا اصل صحّت در مقابل فساد است. به عقیدهٔ فقیهان، معنی قاعدهٔ صحّت این است که بر عمل صادر از غیر، ترتیب أثر داده شود و اختصاص به عمل مؤمن ندارد؛ بلکه در مورد همهٔ مسلمانان و حتّی غیرمسلمانان نیز جاری است. این اصل در امور عبادی نیز جاری است. مثلا اگر دیدیم فردی بر میتی نماز

می‌خواند و با اتمام نماز شک شود که آیا نماز صحیح بوده یا نه؟ بنا بر اصل صحت، حکم می‌کنیم که نماز به درستی خوانده شده و تکلیف کفایی از دیگران ساقط شده است.

مستندات قاعدهٔ صحّت

۱. **اجماع:** با تَتَبُّع در آثار فقها در می‌یابیم که در پذیرش این اصل اتفاق نظر وجود دارد و این خود حاکی از اجماع بر اعتبار اصل مذکور است؛ ولی با توجه به این که اجماع ارزش استقلالی ندارد و فقط اگر کاشف از قول و فعل و تقریر معصوم (ع) باشد حجت است، چنانچه برای اجماع مستند دیگری موجود باشد، چنین کاشفیتی نخواهد داشت.

۲. **بنای عقلا:** شاید عمده‌ترین دلیل در مورد اصل صحت، بنای عقلا باشد. روش عقلا در همه کشورها و جوامع و در تمام اعصار و ادیان مختلف این بوده و هست که أعمال دیگران را حمل بر صحت می‌کنند تا خلاف آن ثابت شود. چون این روش در شریعت اسلام نیز جاری بوده و مورد نفی شارع واقع نشده، نتیجه می‌گیریم که بنای عقلا از جمله دلایل اصل صحت است. نظام زندگی روزمره عقلایی بر اجرای اصل صحت مبتنی است؛ زیرا در غیر این صورت، امور مردم دچار اختلال شدید می‌شود و هرج و مرج بر جامعه حاکم می‌گردد که این تالی فاسد، بی‌تردید عقلا محکوم است. اصل مذکور در زندگی مردم دارای آثار عملی است و کلیهٔ روابط معاملاتی و عبادی مردم را شامل می‌شود. در مباحث گذشته دیدیم که امام صادق (ع) فرمود اگر قاعده ید حاکم نباشد برای مسلمانان بازاری باقی نمی‌ماند. کاربرد و اهمیت اصل صحت در زندگی روزانهٔ مسلمین به مراتب بیشتر از قاعدهٔ ید است؛ زیرا در واقع اعتبار و صحّت ید، یکی از وجوه و مظاهر اصل صحت است. بنابراین، طبق موازین عقلایی و منطقی و برای جلوگیری از اختلال در نظام حیات اجتماعی و اقتصادی روزمره مردم، اصل صحت مطابق منطق عقلایی امری است معتبر که فقدان آن باعث هرج و مرج می‌گردد.

۳. **ظهور حال مسلمان:** دلیل دیگری که می‌توان آن را به عنوان یک دلیل مستقل شمرد این است که ظهور حال مسلمان چنین اقتضا می‌کند که به علت پایبندی به مقررات اسلامی، مرتکب عمل خلاف شرع نمی‌شود و بنابراین، اعمال وی را باید حمل بر صحت کنیم.

قانون مدنی در ماده ۲۲۳ مقرر می‌دارد: «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر این که فساد آن معلوم شود». به نظر می‌رسد قانونگذار ی در تنظیم ماده فوق از نظر شیخ انصاری تبعیت کرده و اصل صحت را در تمام موارد، جاری دانسته است، زیرا قانون مزبور در ماده ۱۹۰ تحت عنوان «شرایط اساسی برای صحت معامله»، قصد طرفین و رضای آن‌ها، اهلیت طرفین، موضوع معین که مورد معامله باشد و مشروعیت جهت معامله را ذکر کرده و لذا با توجه به ماده ۲۲۳ می‌توان گفت در کلیه معاملات که شک در صحت آن باشد، اصل صحت جاری خواهد بود.

تعارض استصحاب با اصل صحت: بسیاری از موارد، هم می‌تواند مشمول اصل صحت باشد و هم اصل استصحاب؛ ولی مفاد اصل صحت با مدلول استصحاب مطابقت ندارد و نتیجه معکوس است. در این گونه موارد کدامیک از دو اصل تقدم دارد؟

استصحاب بر دو گونه است، حکمی و موضوعی. استصحاب حکمی آن است که اگر در مورد بقای حکمی که در سابق بر موردی مترتّب بوده، در حالت لاحق تردید کنیم با استصحاب، همان حکم سابق را بر آن مورد جاری می‌سازیم. استصحاب موضوعی آن است که اگر موضوعی سابقاً دارای حکمی بوده و حال نسبت به بقای آن مردّد باشیم، با اجرای اصل استصحاب، آن را باقی می‌انگاریم و همان حکم را بر آن مترتب می‌سازیم.

در مقابله با اصل صحت، گاه استصحاب حکمی قرار دارد و گاه استصحاب موضوعی.

مثال مقابلهٔ قاعدهٔ صحّت با اصل استصحاب حکمی: مثل این که در صحّت معامله انجام شده تردید باشد: مفاد استصحاب عدم انتقال عوضین و بطلان معامله است؛ در حالی که مقتضای اصل صحت آن است که معاملهٔ انجام شده، محمول بر صحت است.

مثال مقابلهٔ قاعدهٔ صحّت با اصل استصحاب موضوعی: مثل این که در صحت معامله انجام شده این تردید باشد که آیا در تاریخ وقوع معامله، بایع به حد بلوغ رسیده بوده یا خیر؟ در این مثال، مفاد استصحاب، عدم بلوغ و نتیجتاً بطلان معامله است، حال آن که به مقتضای اصل صحت، معامله محکوم به صحت است.

کاربرد اصل صحّت در قانون مدنی: قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه، اصل صحت را به صراحت پذیرفته است. در ادامه مطالب، موادی از قانون مدنی که بر اساس اصل صحت تنظیم شده است، مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. مادهٔ ۲۲۳: «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر این که فساد آن معلوم شود». به موجب این ماده، هرگاه پس از انجام معامله، یکی از طرفین، دعوای بطلان کند، دادگاه به استناد اصل صحت، معامله را محمول بر صحت دانسته، از مدعی بطلان، مطالبه دلیل می‌کند.
۲. مادهٔ ۱۲۱۳: «مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی‌تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید و لو با اجازه ولی یا قیم خود، لکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه می‌نماید نافذ است، مشروط بر آن که افاقه او مسلّم باشد». حال اگر پس از انجام معامله، یکی از طرفین دادخواستی به دادگاه تقدیم کند، مبنی بر این که طرف مقابل مبتلا به جنون ادواری است و معامله مزبور در حین جنون وی انجام گرفته، چنانچه به موجب دلایل و امارات قابل وثوق بتواند جنون ادواری فعلی (حین معامله) خوانده را در دادگاه به اثبات برساند، دادگاه مبادرت به صدور رأی به نفع وی می‌کند و در غیر این صورت نه، زیرا دادگاه به استناد اصل صحت معامله را صحیح می‌داند؛ مگر این که مدعی با اسناد و دلایل، وقوع انجام معامله را در حین جنون ثابت کند.
۳. مادهٔ ۸۳٦: «هرگاه کسی به قصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید، آن وصیت در صورت هلاکت باطل است و هرگاه اتفاقا منتهی به فوت نشد وصیت نافذ خواهد بود». در مورد این ماده، اگر ورثه در دادگاه ادعا کنند که «موصی» پس از انجام اعمالی از قبیل اعمال مذکور در ماده مزبور، به قصد خودکشی مبادرت به وصیت کرده و به همان علت نیز در گذشته و از تحویل «موصی به» امتناع ورزند، چنانچه تنها نفس اعمال مزبور را به اثبات برسانند، مثل این که ثابت کنند متوفی فلان داروی سمی و مُهلِک را استعمال کرده و حتی این موضوع برای دادگاه نیز محرَز شود، ولی قصد خودکشی برای دادگاه احراز نشود، باز هم دادگاه با استناد به اصل صحت حکم به صحت وصیت می‌کند، مگر این که ورثه بتواند قصد خودکشی موصی و وقوع وصیت پس از استعمال دارو را به اثبات برسانند.
٤. مادهٔ ٦۰۱: «هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت به غلط واقع شده است، تقسیم باطل می‌شود». این ماده بر اساس اصل صحت تنظیم شده و لذا چنانچه پس از انجام تقسیم، احد طرفین ادعا کنند که تقسیم به غلط انجام شده، مادام که ادعای خود را به اثبات نرساند، تقسیم محمول بر صحت است.
۵. ماده ۱۲۷۷: «انکار بعد از اقرار مسموع نیست، لکن اگر مُقِر ادعا کند اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده، شنیده می‌شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد، مثل این که بگوید اقرار به گرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده، لکن دعاوی مذکوره مادامی‌که اثبات نشده مضر به اقرار نیست». در این ماده اصل صحت اقرار جاری گردیده است.

٦. مادهٔ ٧٦٢: «اگر در طرف مُصالِحِه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است». چنانچه پس از انعقاد صلح ادعا شود که مُصالِح به تصور این که مُتصالِح از اقربای او است مبادرت به انعقاد صلح کرده و پس از وقوع عقد معلوم شده که متصالح از بستگان او نیست و شخص بیگانه‌ای است و این ادعا مورد تکذیب طرف مقابل قرار گیرد، بر مبنای اصل صحت، عقد محمول بر صحت است و مدعی صحّت عقد نیاز به اقامه دلیل بر عدم وقوع اشتباه ندارد و بر مدعی اشتباه است که ادعای خود را ثابت کند.

٧. مادهٔ ٥١٤: «خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود، مگر برای مدت معین یا برای انجام امر معینی». اگر پس از تنظیم قرارداد اجاره، یکی از طرفین یا ثالث اظهار کند که اجاره برای کار معین و مدت معین نبوده و برای اجاره مدت تعیین نشده است و طرف مقابل اظهار کند که اجاره مثلاً یک‌ساله بوده است، مدعی چه کسی است و اثبات ادعا به عهده کیست؟ آیا کسی که اجاره را یک‌ساله می‌داند باید آن را ثابت کند یا اثبات معین نبودن مدت به عهده قائل آن است. در این مورد نیز بر اساس اصل صحت، تکلیف روشن است و کسی که مدعی معین نبودن مدت است باید ادعای خود را ثابت کند.

در مثال فوق، توجه به این نکته لازم است که اگر مشخص باشد که مزد مثلاً ماهیانه تعیین شده، موضوع دگرگون می‌شود و کسی که ادعای یک‌ساله بودن اجاره را دارد باید آن را ثابت کند؛ چون اصل صحت فقط در محدوده رد بطلان عقد قابل استناد است و در موردی که مزد و اجرت به قرار ماهیانه تعیین شده، مطابق ماده ٥١٥ قانون مدنی، صحت عقد محرز و مدت اجاره یک‌ماهه مفروض است و کسی که مدعی یک‌ساله بودن اجاره است باید ادعای خود را اثبات کند و طرف مقابل به استناد اصل عدم، از اقامهٔ دلیل بی‌نیاز است. در اجارهٔ اشیا نیز که برابر ماده ٤٦٨ قانون مدنی، مدت اجاره باید معین باشد، در صورت اختلاف در مدت، حکم فوق جاری است.

٨. مادهٔ ٥٣٢: «در عقد مزارعه اگر شرط شود که تمام ثمره مال مزارع یا عامل تنها باشد عقد باطل است». اگر پس از انعقاد عقد ادعا شود که در عقد شرط شده که تمام ثمره مال زارع باشد تردید نیست که در این مورد نیز اثبات اشتراط چنین شرطی با مدعی آن است؛ ولی نکته قابل بحث این است که آیا بر اساس مقتضای اصل صحت، ادعای اشتراط چنین شرطی به علت مغایرت آن با اصل صحت باید توسط مدعی اثبات شود یا مبنای آن، اصل عدم است. به نظر می‌رسد در این مورد نیز بتوان از اصل صحت استفاده کرد؛ چون وجود چنین شرطی مبطل عقد و خلاف مقتضای اصل صحت است و به همین علت، اثبات آن با کسی است که به وجود شرط قائل است. ضمنا می‌توان اثبات ادعا را به اقتضای اصل عدم نیز دانست.

٩. ماده ٦٩٩: «تعلیق در ضمان، مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است، ولی التزام به تادیه ممکن است معلق باشد». اگر پس از وقوع عقد بین طرفین اختلاف شود و «مضمونٌ‌له» بر این نظر باشد که ضمانت به طور منجّز واقع شده، ولی التزام به تأدیه، معلّق بوده و ضامن مدعی شود که ضمان تعلیقی بوده و عقد بدین صورت واقع شده که اگر «مضمون عنه» دین را نپردازد او ضامن است، به استناد اصل صحت، گفته «مضمونٌ‌له» تا ثبوت خلاف از طرف ضامن پذیرفته می‌شود و ضامن که مدعی ضمان تعلیقی است باید ادعای خود را ثابت کند.

١٠. مادهٔ ١٠٦٧: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است». اگر ادعا شود که در ازدواج، اشتباه در شخص شده و مثلاً مرد مدعی شود که زنی را به عنوان این که دختر فلان است به او معرفی کرده‌اند و پس از وقوع عقد متوجه شده که زوجه دخترِ شخصِ دیگر است و زن اظهارات شوهر را تکذیب و وقوع اشتباه را مردود بداند، برابر اصل صحت، اظهارات زن مسموع و مورد قبول است، مگر شوهر خلاف آن را ثابت کند.

١١. مادهٔ ١٢٩٢: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد، انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است». به موجب این ماده، اصل در اسناد

رسمی و یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارند، صحت است و چنانچه شخص مقابل دارنده سند، مدعی بطلان و جعلی بودن سند گردد، این ادعا مادام که به اثبات نرسد مسموع نیست.

قاعدهٔ لزوم

«اَصالةُ اللزوم»

مفاد کلی قاعده: قاعده یا اصل لزوم و به اصطلاح فقهی «اَصالةُ اللزوم» از قواعد مهم فقه است. منظور از قاعدهٔ لزوم این است که در صورتی که در لزوم معامله‌ای شک کردیم. طبق این اصل یا قاعده، معاملهٔ مزبور را لام می‌دانیم؛ به عبارت دیگر اصل در کلیهٔ عقود، اعم از تملیکی و عهدی، لازم بودن آنهاست. توضیح آن که عقود و قراردادها بر دو دسته‌اند:

۱. عقود عهدی و تملیکی؛ مثل بیع، اجاره و صلح
۲. عقود اذنی؛ مثل وکالت و عاریه

اصالةاللزوم مخصوص عقود دستهٔ اول؛ عقود عهدی و تملیکی است که در آنها عقد و تعهد وجود دارد؛ ولی عقود دستهٔ دوم مشمول اصالةاللزوم نمی‌شود؛ ولی اگر شک کردیم که عقدی از عقودِ لازم است یا از عقود اذنی، مقتضای اصالة اللزوم این است که آن را از عقود لازم عهدی بدانیم.

مستندات قاعدهٔ لزوم

۱. قرآن

- آیهٔ شریفهٔ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ به عقود وفا کنید (آیهٔ ۲ سورهٔ مائده)». آیهٔ مذکور نشان‌دهندهٔ وجوب وفای به همهٔ عقود است به این معنا که باید به محتوای عقود و قراردادها پایبند بود و هیچ‌یک از طرفین حقّ بر هم زدنیک‌طرفهٔ عقد را ندارد و اگر موردی شک و تردید پیش آید که آیا عقدی لازم است و یا از عقودی است طرفین حقّ بر هم زدن آن را دارند، به مقتضای این آیه باید آن را لازم و غیرقابل فسخ بدانیم.
- آیهٔ حرمت اکل مال به باطل. برای اصل لزوم به آیهٔ «... لٰا تَأْكُلُوا أَمْوالَكمْ بَينَكمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَكونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكمْ ... اموال یکدیگر را در میان خود به باطل (و از راه حرام و نامشروع) مخورید، مگر آنکه تجارتی از روی خشنودی و رضایت میان خودتان انجام گرفته باشد (آیهٔ ۲۹ سورهٔ نساء)» نیز استناد شده است. در توجیه استناد به صدر آیه باید گفت: پس از انجام یافتن عقد و انتقال مالکیت، رجوع هر یک از طرفین و اخذ اموال بدون رضایت مالک، از مصادیق خوردن مال به باطل است و بنابراین، فسخ عقد مؤثر نخواهد بود. مفاد آیات ۱۸۸ سوره بقره و ۱۶۱ سوره نساء نیز مؤید همین مطلب است. همچنین به موجب ذیل آیه، اکل اموال حاصل از تجارت مبتنی بر تراضی معتبر شناخته شده است و بی‌تردید اقدام به فسخ از جانب احد طرفین از مصادیق تجارت همراه با تراضی نیست.
- آیه «أَحَلَّ اللهُ الْبَيعَ، خدا داد و ستد را حلال کرد». حُلیت عرفاً به معنای نفوذ بیع و امضای آن است و بنای خردمندان آن است که پس از عقد هیچ‌یک از طرفین بدون توافق دیگری مجاز به فسخ نیست و شرع نیز همین بنا را امضا کرده است.

۲. روایات

- نخستین حدیثی که به آن استناد شده است، حدیث شریف نبوی «لا یحلّ دم امرئ مسلم و لا ماله الّا بطیب نفسه» است. طبق این حدیث خون هیچ فرد مسلمان و نیز مال او مگر با رضایت خودش حلال نیست این روایت با توجه به عموم آن و اینکه متعلق عدم حلّیت در آن ذکر نشده، دلالت بر منع هرگونه تصرف در اموال دیگران می‌کند؛ خواه تصرفات مُتلِفه باشد یا غیر مُتلِفه و خواه ناقله باشد یا غیر ناقله. به عبارت دیگر، خواه تصرف فیزیکی باشد و خواه حقوقی، رضایت مالک آن باید کسب شود و بدون آن هرگونه تصرفی ممنوع است. بنابراین اگر شخصی به موجب بیع، مالک کالایی شود و تردید کنیم که عقد لازم است ـ و مالک قبلی نمی‌تواند بدون رضایت مشتری آن را تملک کند ـ یا جایز است ـ و مالک قبلی می‌تواند آن را تملک کند ـ به استناد این روایت می‌گوییم فسخ معامله و تملک مال غیر، نوعی تصرف است و چون تصرف در مال دیگران نیاز به رضایت قبلی دارد، اقدام به فسخ توسط مالک قبلی بلا اثر است. پس در تمام موارد ذکر شده، عقد لازم است و فسخ آن جایز نیست؛ مگر آنکه دلیل خاصی بر خلاف آن اقامه شود.
- حدیث دیگری که مستند قاعدهٔ لزوم قرار گرفته، حدیث «البیعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا وجب البیع» است. توجیه استدلال آن است که به موجب این احادیث، بیع پس از جدایی طرفین معامله، لازم و غیر قابل فسخ است و اگر چه این عموم به موجب خیارات ـ غیر از خیار مجلس ـ تخصیص می‌خورد؛ اما نسبت به منع جواز فسخ از راهی جز خیارات مشروع به قوت خود باقی خواهد ماند.

۳. **بنای عقلا:** روش جاری عقلا، چنین است که هرگاه عقد و پیمان می‌بندند، به آن احترام می‌گذارند و آن را بدون توافق منحل نمی‌سازند و مادام که توافق قابل اعتماد و لازم‌الرعایه نیست، نام پیمان بر آن نمی‌نهند. به سخن دیگر عقد و عهد، تعهدی است در مقابل تعهد که طرفین، خود را ملزم به مراعات آن بدانند و نباید اینگونه عقود و عهود را با عقود اذنی، نظیر وکالت، عاریه، هبه یا ودیعه مقایسه کرد؛ چرا که ماهیت این عقود به شکل اعطا در قبال اعطا، به آن نحو که طرفین متعهد به رعایت آن باشند، نیست. خلاصه آنکه بنا و عرف عقلا بر لزوم معاملات، در حقیقت ناشی از طبع و هویت اولیه آنهاست؛ نه حکمی خارج از معاملات که شرع آن را ایجاد کرده باشد. به علاوه، لزوم معاملات با اشتراط خیاری که مدت آن معین باشد، منافاتی ندارد.

دایرهٔ شمول قاعدهٔ لزوم: به موجب این قاعده هرگاه در جواز و لزوم عقدی تردید شود، حکم به لزوم عقد می‌شود؛ مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. موارد تردید به یکی از صورت‌های زیر است:

۱. تردید می‌شود که عقدی از نظر شرعی لازم است یا جایز. این تردید در مواردی است که مشروعیت آن عقد مُسلّم است و فقط در جواز و لزوم آن تردید داریم؛ مثل آنکه در لازم یا جایز بودن عقد مزارعه تردید کنیم و دلیل مشخصی بر لزوم یا جواز آن نداشته باشیم. در این موارد به موجب این قاعده باید به لزوم عقد مزارعه حکم داد؛ مگر آنکه دلیل محکمی بر خلاف آن اقامه شود.

۲. هرگاه لزوم عقدی مُسلّم باشد و پس از تحقق آن، به علتی در خیاری شدن آن تردید ایجاد شود، طبق مقتضای قاعده، به عدم تحقق خیار، یعنی لزوم عقد، حکم می‌کنیم؛ مثل آنکه در عقد نکاح ـ که بی‌شک جزء عقود لازم است ـ اگر با حدوث بعضی از عیوب مربوط به زوج یا زوجه که در نصوص ذکر نشده، در حدوث خیار و عدم آن تردید کنیم، چنانچه دلایل شرعی تعیین تکلیف نکردند، با استناد به قاعدهٔ لزوم، حکم به لزوم داده می‌شود و در نتیجه این گونه عیوب موجب خیار نمی‌شود.

۳. سومین صورت راجع به حالتی است که به دلیل احتمال مدخلیت چیزی در لزوم عقد، در جواز یا لزوم آن تردید می‌کنیم. برای مثال در مورد عقد رهن تردید می‌کنیم که قبض شرط لزوم است یا خیر؟ در این مورد به موجب این قاعده، عدم اعتبار این شرط استنباط می‌شود. در این مورد، وجود تردید به دلیل آن است که در مؤثر بودن امری در لزوم عقد شک وجود دارد. برای نمونه نمی‌دانیم برای لزوم عقد در وصیت ـ با

فرض اینکه وصیت عقد باشد ـ قبض موصیٰ‌له شرط است یا نه؟ در این موارد با اجرای قاعدهٔ لزوم، عدم اعتبار و تأثیر شرط مزبور را استنباط می‌کنیم؛ یعنی اینکه اصل، لزوم عقد است، خواه شرط مزبور (قبض) محقق شود و خواه نشود؟

٤. هرگاه در یک مقطع زمانی در عقد لازمی، خیار (جواز عقد) ثابت باشد و بعد از آن در بقای خیار و یا بازگشت عقد به اصل لزوم تردید شود، مثل آنکه به علت مغبون شدن مشتری، برای او خیار ایجاد گردد، ولی پس از گذشت یک مقطع زمانی و عدم اقدام به فسخ توسط او، تردید حاصل شود که آیا خیار باقی است یا خیر؟ این مورد نیز به نظر بعضی از فقها از موارد اجرای اصل لزوم است.

آیا معاطات مشمول عقود لازم است و طرفین باید به آن پایبند باشند؟ فقها می‌گویند که معاطات نیز مشمول ضابطهٔ مزبور است؛ زیرا معاطات نوعی معاملهٔ عقلانی است و مشمول آیهٔ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ می‌شود.

کاربرد قاعدهٔ لزوم در قانون مدنی

١. مادهٔ ٢١٩: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است؛ مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» که نشان‌دهندهٔ قاعدهٔ لزوم یا اصالةاللزوم است.

٢. مادهٔ ١٠: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»

٣. مادهٔ ٢٢٠: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.»

٤. همچنین مادهٔ ١٩٣ راجع به معاطات چنین بیان داشته است: «انشاء معامله ممکن است به وسیلهٔ عملی که مُبیّن قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد؛ مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» که معاطات را معامله و مشمول اصالةاللزوم دانسته است.

قاعدهٔ اِعراض

مفاد کلی قاعده: اِعراض در لغت به معنای روی گرداندن است و در اصطلاح فقه و حقوق به معنای روی گرداندن از چیزی است که در سلطهٔ آدمی قرار دارد و استعمال صحیح آن «روی گردان شدن از مِلک» است.

با ذکر مقدمه فوق باید گفت که مقتضای اصل اولیه و قاعدهٔ استصحاب، این است که ملکیت با اِعراض زایل نمی‌شود و حیازت همان گونه که علت حدوث ملکیت است، علت بقای آن هم هست و دوام مالکیت منوط به دوام حیازت نیست و حتی پس از رفع حیازت و رها ساختن عین و چشم پوشیدن از آن نیز، مال از ملکیت مالک خارج نمی‌شود.

مستندات قاعدهٔ اِعراض

١. روایات

- در روایت سکونی از امام صادق (ع)، آن حضرت می‌فرماید: هرگاه کشتی و آنچه در آن است غرق شود و اموال به دست مردم بیفتد، آن اموالی که دریا آنها را به ساحل افکنده، متعلق به صاحبانش خواهد بود و آن اموالی که مردم با غواصی به دست آورده‌اند و صاحبانش آنها را رها کرده‌اند، متعلق به خارج‌کنندگانش است.

- از امام صادق (ع) در مورد یک کشتی که در دریا شکسته و اموال و محموله‌های آن غرق شده پرسش شد. آن حضرت فرمود: اموالی که دریا بیرون می‌افکند، متعلق به صاحبانش است و اموالی که با غواصی خارج می‌شود، متعلق به کسی است که آنها را خارج کرده است.
- حضرت صادق (ع) فرمود: هر کس به مال یا شتری در بیابان برخورد کند که توان حرکت نداشته و صاحبش آن را به خاطر آنکه با او همراهی نمی‌کرده است، رها ساخته باشد و شخص مزبور آن را با صرف هزینه و آب و علف توان بخشد و از مرگ نجات دهد، مال او می‌شود و مالکش دیگر بر او حقی ندارد، بلکه مال مزبور مانند اشیای مباح است.
- حضرت صادق (ع) از علی (ع) نقل کرده است: چنانچه حیوانی را صاحبش رها کند و یا از تأمین علوفهٔ آن ناتوان شود، هر کس آن حیوان را تیمار کند، مال او خواهد شد.
- امیر المؤمنین (ع) در مورد مردی که حیوان خود را در بیابان رها ساخته بود، چنین قضاوت کرد که اگر آن را در جوار آب و علف رها ساخته مال خود اوست، هر وقت بخواهد می‌آید و آن را با خود می‌برد؛ ولی اگر آن را در بیابان بی‌آب و علف رها ساخته باشد، مال کسی است که آن را تیمار کند.
- عمرو بن یزید نقل کرده است که شخصی از حضرت صادق (ع) در مورد مردی سؤال کرد که زمینِ مواتِ رهاشده از جانب مالک را آباد کرده، انهار آن را جاری ساخته، درختانی در آن غرس کرده و در آن ساختمان ساخته است. حضرت در پاسخ فرمودند که علی (ع) فرموده است: «من احیا ارضا من المؤمنین فهی له»؛ یعنی هر کس از مؤمنین زمین مواتی را احیا کند مال او خواهد شد.

۲. **سیرهٔ مسلمانان:** سیرهٔ مستمر مسلمانان بر آن است که شیء اعراض‌شده را مِلک محسوب نمی‌کنند و همچنین توسط وصی نسبت به جمع‌آوری اشیایی که موصی از آنها اعراض کرده ـ نظیر چیزهای دورریختنی ـ اهتمامی نمی‌شود. بنابراین، اشیای مزبور با اعراض به طور کلی از مالکیت موصی خارج شده‌اند وگرنه، اوصیا موظف به جمع‌آوری و محاسبه آنها بودند.

۳. **قاعدهٔ تسلیط:** مفاد قاعدهٔ تسلیط آن است که مِلک در ید مالک و تحت سلطهٔ اوست و عموم و شمول سلطهٔ مالک چنین اقتضا دارد که او بتواند در هر زمانی آن را از تحت سلطهٔ خویش خارج کند، همان طور که می‌تواند با حفظ اصل ملکیت، ملکیت آن را به دیگری منتقل سازد و چنانچه نتواند یکی از اموال خود را از مالکیت خویش خارج سازد، این محدودیت با تمامیت سلطه و کمال اختیارات او منافات خواهد داشت. همچنین چون مالک بر ملک خود سلطه و توانایی مطلق دارد و لذا می‌تواند از ملک خود اِعراض کند و به عبارت دیگر، قاعدهٔ اِعراض، متکّی بر قاعدهٔ تسلیط است.

٤. **اتفاق فقها:** فقیهان اسلام در مورد قاعدهٔ اعراض اتفاق نظر دارند و در بسیاری از تألیفات فقها به این امر تصریح شده و جمله می‌توان به کتاب «شرح لمعه» و دیگر کتب فقهی مراجعه کرد.

نکات مهم قاعدهٔ اعراض

۱. به صِرف اعراض، مال از حیطهٔ سلطنت و مالکیتِ مالک خارج نمی‌شود؛ زیرا مالکیت از احکام وضعی است و همان طور که در ورود چیزی به ملکیت و به وجود آمدن پدیدهٔ مالکیت، سبب شرعی و قانونی ضروری است، در خروج چیزی از ملکیت و سلبِ رابطهٔ مالکیت نیز وجود ناقل شرعی و سببِ قانونی ضرورت دارد و اینکه صرفِ نیت و یا یأس از به دست آوردن مال از اسباب خروج مال از ملک و سلب رابطهٔ مالکیت محسوب شود، محتاج به اثبات است و دلیلی برای اثبات آن در دست نیست.

۲. مستفاد از روایات آن است که اگر صاحبِ مالی به علت یأس از به دست آوردن آن (مانند غرق شدن مال) یا دشواری این امر از مالِ خود اِعراض کند و مال در معرضِ تلف باشد و شخص دیگری آن را به قصد تملک بردارد و از آن محافظت کند، مالک آن می‌شود. بنابراین مادام که مال در معرض تلف قرار نگرفته یا شخص دیگری هنوز قصد تملک آن را نکرده و برای احیا اقدامی به عمل نیاورده است، مالک نخستین هر چند قصد اعراض کرده باشد، می‌تواند از اعراض خود رجوع کند. البته آنچه گفته شد در مورد اعراض از ملک بود و چنانچه شخص مال خود را با ارادهٔ خویش برای استفاده در اختیار دیگران قرار دهد، بی‌گمان خارج از بحث خواهد بود؛ زیرا چنین اقدامی تصرف در ملک است و با اعراض که دست برداشتن از ملک و رها ساختن آن است، تفاوت بسیار دارد.

اعراض در قانون مدنی

قانون مدنی در ماده ۱۷۸ مقرر می‌دارد: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اِعراض کرده است، مال کسی است که آن را بیرون بیاورد». با دقت در این ماده به نظر می‌رسد موضوع ماده کاملا محدود و مضیق است و فقط به اموالِ منقولِ غرق‌شده اختصاص دارد. به علاوه اگر چه این ماده اموال مزبور را متعلق به کسی دانسته که آنها را بیرون بیاورد، در اینکه اعراض از موجباتِ سلبِ مالکیت است و رابطهٔ مالکیت با مالک، حتی قبل از بیرون آوردن و تصرف دیگران قطع می‌شود، صراحت ندارد.

قاعدهٔ احسان

«مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیل»

(از نیکوکاران ضمان و مسؤولیت برداشته شده است)

مفاد کلی قاعده: منظور از قاعدهٔ احسان این است که هرگاه شخصی بدون آن که خود نفعی داشته باشد. به قصد کمک و نیکوکاری به انسان دیگری عملی انجام دهد. اگر چه در واقع به جلبِ منفعت برای انسان یا دفعِ مفسده از او منتهی نشود. مثل اینکه خانهٔ کسی آتش گرفته باشد و شخصی که ناظر این آتش‌سوزی است، برای خاموش کردن آتش، دیوار خانه را خراب کند، در این صورت خواه آتش خاموش شود و خواه خاموش نشود، در هر حال چون قصد شخصی که اقدام به خراب کردن دیوار کرده، احسان بوده؛ لذا و ضمان و مسؤولیتی بر او نیست؛ در هر صورت احسان مُسقِط ضمان است.

مستندات قاعدهٔ ضمان

۱. **قرآن:** آیات زیر مستند قاعدهٔ احسان محسوب می‌شود:

- خداوند در آیه ۹۱ از سوره توبه می‌فرماید: «مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیل»؛ یعنی از نیکوکاران ضمان و مسؤولیت برداشته شده است. واژهٔ سبیل در فرهنگ‌های عربی به معنای سب، شتم، حرج، راه و حجت آمده است و به نظر می‌رسد از میان معانی گفته شده، معانی حجت و حرج با آیه شریفه متناسب است. به عبارت دیگر، معنای آیه چنین است: محسن را به هیچ نحو نمی‌توان به سبب آنچه از عمل نیکوی او ناشی شده است، مؤاخذه کرد؛ یعنی هرگاه عملی از کسی سر بزند که موجب زیان به دیگری شود و فاعل آن عمل قصد نیکوکاری داشته باشد، مسؤولیتی بر عهدهٔ فاعل نیست و او را نمی‌توان مؤاخذه کرد. بنابراین در صورتی که عمل واردآورندهٔ زیان، با

قصد احسان همراه باشد، ضمان و مسؤولیت از او برداشته شده، زیان‌دیده نمی‌تواند علیه او اقامهٔ دعوی کند. برای نمونه هرگاه شخصی گوسفند فرد دیگری را سرگردان در بیابان مشاهده کند که به علت گرسنگی در معرض تلف است و آن را برای علف دادن ببرد و اقدامش به طور اتفاقی موجب تلف حیوان شود و یا اینکه به علتی دیگر حیوان تلف شود ـ مثل آنکه سقف فرود آید و حیوان در زیر آوار بماند و تلف شود ـ به موجب این آیه، اقدام‌کننده ضامن نیست؛ زیرا قصد خدمت و احسان به صاحب گوسفند داشته است؛ در حالی که اگر همین فرد قصد احسان نداشت، از زمرهٔ غاصبان و در نتیجه ضامن گوسفند شناخته می‌شد.

- همچنین خداوند آیهٔ ٦٠ سورهٔ الرحمن می‌فرماید: «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ»؛ مگر پاداش احسان جز احسان است؟؛ این آیه نیز دلالت دارد که در برابر احسان باید احسان کرد؛ در حالی که ضمان و مسؤولیت محسن با احسان منافات دارد.

۲. **سنت:** در تأیید قاعدهٔ احسان به روایات و احادیث متعددی استناد شده است که به برخی از آنها اشاره می‌شود.

- از علی (ع) منقول است که فرمود: «اَلْجَزَاءُ عَلَى اَلْإِحْسَانِ بِالْإِسَائَةِ كُفْرَانٌ»؛ یعنی پاداش احسان را به بدی دادن، نادیده گرفتن نعمت است. در این مورد چنین استدلال شده است که مسؤول دانستن محسن نسبت به کارهایی که به قصد و انگیزهٔ خیر انجام داده است، اسائه محسوب می‌شود و مشمول این حدیث است که به صراحت زشت و ناپسند شمرده شده است.
- در نامه علی (ع) به مالک اشتر آمده است: «وَ لاَ يَكُونَنَّ الْمُحْسِنُ وَ الْمُسِيءُ عِنْدَكَ بِمَنْزِلَة سَوَاء، فَإِنَّ فِي ذَلِكَ تَزْهِيداً لِاهْلِ الاْحْسَانِ فِي الاْحْسَانِ، وَ تَدْرِيباً لِاهْلِ الاْسَاءَةِ عَلَى الاْسَاءَةِ»؛ یعنی نیکوکار و بدکار نباید نزد تو مساوی باشند؛ زیرا در این صورت به نیکوکاران به خاطر احسان آنان سختگیری شده و بر بدکاران نسبت به بدکاری آنان آسان گرفته می‌شود. استدلال این است که اگر محسن نسبت به عمل محسنانهٔ خود مسؤول باشد، با فرد غیر محسن یکسان محسوب شده است؛ حال آنکه به موجب این حدیث، این امر نهی شده است.

۳. **بناء عقلا:** عقل مؤاخذهٔ شخصی را که عمل او با قصد نیکوکاری، منجر به زیان دیگری شده است، قبیح می‌داند. در همین باره در سورهٔ الرحمن آیه ٦٠ آمده است: «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ»: آیا جزای نیکی جز نیکی چیز دیگری است. آنچه در این آیه آمده نوعی استفهام انکاری است و گویی پاسخ آن از سوی تمام خردمندان منفی است؛ یعنی همه انسان‌ها اعتراف دارند که برای احسان، هیچ پاداشی جز احسان نیست. به علاوه، بنابر علم کلام به حکم عقل، شکرگزاری از مُنعِم واجب است؛ یعنی اگر کسی به دیگری نعمت و خیری برساند، طرفی که خیر می‌بیند، از نظر عقل موظف است که در برابر فرد خیراندیش سپاس گوید. بنابراین، خردمندان برای کسی که اقدام نیکوکارانه (محسنانه) کرده است احترام قائلند و احسان بیننده را ملزم به تشکر و سپاس از او می‌دانند؛ هر چند عمل او به زیان منجر شده باشد؛ زیرا به هر حال او در این اقدام قصد خیانت نداشته، بلکه برعکس به نیت خیرخواهی و احسان به این عمل مبادرت کرده است.

٤. **اجماع:** فقهای اجماعی بر این مضمون ندارند. آنچه در کتب فقهی مشاهده می‌شود این است که فقیهان افراد محسن را به هیچ وجه ضامن نمی‌دانند؛ یعنی در موارد خاص و پراکنده دیده شده است که فقها به عدم ضمان شخص محسن فتوا داده‌اند. برای مثال، هنگامی که مالی نزد دیگری به ودیعه بوده است و او آن را در مکانی جای داده است تا بیشتر محفوظ بماند و از دست سارقان در امان باشد، فقها گفته‌اند که جای دادن مال در آن مکان، هر چند به اذن صاحب مال نبوده، اما اگر موجب تلف شود، شخص مستودع ضامن نیست؛ زیرا او در این اقدام محسن بوده و قصد خدمت داشته و به منظور حفظ مال، اقدام به جابجایی مال کرده است.

مفاد قاعدهٔ احسان

کسی که عمل خسارت‌باری انجام می‌دهد، در صورت ورود خسارت به دیگری ضامن است. برای مثال، اگر ولی یا قیم عملی انجام دهد که موجب ورود خسارت به صغیر شود، طبق اصل اولی ضامن خواهد بود؛ ولی بنابر مفاد قاعدهٔ احسان قاعده، اگر این عمل با حُسنِ نیت و با اعتقاد به اینکه موجب خیر صغیر است، انجام شده باشد و به طور اتفاقی موجب زیان شود، ضمان‌آور نیست. برای نمونه، اگر قیّم یا ولی اقدام به انتقال کالای متعلّق به صغیر از طریق کشتی کند و به طور اتفاقی کشتی در دریا غرق شود، این عمل ضمان‌آور نیست؛ زیرا از روی احسان بوده و غرق، سرقت و امثال آن امور اتفاقی محسوب می‌شود. البته باید توجه داشت که منظور از احسان در این قاعده احسان واقعی است.

در قاعدهٔ احسان هم عمل باید واقعاً احسان باشد و هم اقدام‌کننده به قصد احسان آن را انجام داده باشد البته با توجه به عموم قاعدهٔ احسان، اینکه فعل انجام‌شده برای جلب منفعت باشد یا برای دفع زیان فرقی نمی‌کند و هر دو صورت مشمول احسان است؛ یعنی همان‌طور که جلب منفعت برای دیگری احسان است، دفع ضرر از جان یا مال دیگری هم احسان است و حتی می‌توان گفت گاهی از نظر عرف، دفع ضرر بیش از سودرسانی احسان محسوب می‌شود؛ به ویژه جایی که از جان کسی دفع ضرر شود. مفاد قاعده در این حالت این است که اگر عمل محسنانه منجر به ورود زیان شود هم ضمانی بر عهده اقدام‌کننده نیست. برای مثال، اگر شخصی در اتاقی محبوس شود و در معرض تلف قرار گیرد و دیگران برای نجاتش در را بشکنند، از نظر منطق عقلاً افراد اقدام‌کننده ضامن محسوب نمی‌شوند؛ زیرا آنان به قصد خدمت و احسان اقدام به تخریب کرده‌اند و عمل‌شان ناشی از قصد ایجاد خسارت نبوده است.

قلمرو قاعدهٔ احسان

در اینکه آیا مجرای قاعدهٔ احسان محدود به موارد دفع ضرر است یا موارد جلب منفعت، و یا هر دوی آنها را شامل می‌شود، بین فقها اختلاف عقیده وجود دارد که در زیر به بیان مواردی از آن بسنده می‌کنیم:

- نظریهٔ دفع ضرر. بعضی فقها معتقدند که قاعده احسان اختصاص به موارد دفع ضرر دارد و موارد جلب منفعت را شامل نمی‌شود؛
- نظریهٔ جلب منفعت. بر خلاف گروه نخست، برخی فقها اعتقاد دارند که قاعدهٔ احسان به موارد جلب منفعت اختصاص دارد و شامل موارد دفع مضرت نیست.
- نظریهٔ مورد اختیار. به نظر می‌رسد که احسان هم شامل دفع ضرر است و هم جلب منفعت را شامل می‌شود؛ زیرا آنچه از واژهٔ احسان متبادر می‌شود، مفهومِ اعم است و همچنین مفاد قاعدهٔ احسان یک حکم عقلی است و امور عقلی تخصیص‌پذیر نیستند و در این مورد خاص نیز دلیلی بر وجود اختصاص وجود ندارد. بنابراین، احسان به صاحب مال، گاهی به منظور دفع ضرر است و گاه برای رساندن منفعت.

مصادیق قاعدهٔ احسان

۱. موارد دفع ضرر

- هرگاه کسی ببیند لباس دیگری آتش گرفته و برای حفظ جان و دفع ضرر جانی از او راهی جز پاره کردن لباس‌های او نیست و چنین کند، ضامن قیمت لباس نخواهد بود؛ زیرا پاره کنندهٔ لباس محسن است و در این عمل قصدِ دفعِ ضرر داشته است. همچنین هرگاه دکانی آتش بگیرد و خاموش کردن آتش و جلوگیری از گسترش آن مستلزم خراب کردن قسمتی از دکان باشد، خراب‌کننده ضامن نیست؛ همچنان که اگر مردم اجناس مغازه را به منظور سالم ماندن از خطر با عجله از دکان بیرون بیاورند و در این بین، بخشی از کالاها تلف شود نیز اقدام کنندگان ضامن نخواهند بود.

- اگر شخصی در یک کشتی اموالی داشته باشد و کشتی به علت سنگینی محمولات، در حالِ غرق شدن باشد، چنانچه حفظِ جانِ صاحبِ اموال مستلزمِ اتلافِ اموال او باشد، مرتکب این اقدام ضامن نخواهد بود. البته در این مثال باید فرض کرد که اموال متعلق به شخصی است که جانش در خطر افتاده؛ اما اگر سرنشینان متعدد بوده، اموال متعلق به برخی از آنان باشد و اقدام کنندگان به منظور حفظ جان خود، اموال دیگران را به دریا بریزند، نمی‌توان گفت ضمان ساقط است؛ چرا که قصد اقدام‌کنندگان فقط دفع ضرر از صاحب کالا نبوده؛ بلکه در درجهٔ نخست، حفظ جان خودشان منظور بوده است.
- اگر خانه‌ای که اموال بسیاری در آن است در مسیر سیل قرار گیرد و افرادی با قرار دادن برخی از کالاهای داخل خانه مانع از ورود آب به خانه شوند و به این سبب بخشی از اموال تلف شود، اقدام کنندگان ضامن نخواهند بود. باید گفت که در این مورد، زیانِ وارده نباید بیش از مقداری باشد که به واسطهٔ عمل اقدام‌کننده دفع شده است و الّا عمل، احسان محسوب نمی‌شود، بلکه نقطهٔ مقابل احسان، یعنی اسائه خواهد بود. همچنین اگر زیان وارده و زیان دفع‌شده مساوی باشد نیز عمل احسان نیست، بلکه یک عمل لغو است؛ مگر اینکه قطع نظر از ارزش مالی، ملاحظات دیگری در حفظ آن مال وجود داشته باشد که از نظر عقلایی، عمل اقدام‌کننده را توجیه کند.
- اگر فرد مستودع بخواهد مسافرت کند و مالی نزد او به ودیعه باشد و امکان اعادهٔ آن مال به مالکش نباشد، چنانچه احتمال عقلایی برای به سرقت رفتن مال وجود داشته باشد، او می‌تواند مال را در محل دفن کند و اگر از این اقدام تلفی حاصل شود، اقدام‌کننده ضامن نخواهد بود؛ زیرا او در این عمل محسن بوده است. البته این حکم درصورتی قابل توجیه است که تنها راه حفظ مال دفن آن باشد.

۲. مورد جلب منفعت

- هرگاه اولیای صغار برای ازدیاد اموال آنان أعمالی انجام دهند و این أعمال بر حسب اتفاق موجب ضرر شود، ضامن نخواهند بود. برای مثال، اگر ولیّ به منظور ازدیاد آب اقدام به لایروبی قنات متعلّق به مولّیٰ‌علیه کند و این عمل به طور اتفاقی موجب انهدام قنات شود، نمی‌توان ولی را ضامن دانست؛ زیرا او محسن بوده است؛ یا اگر ولی راهِ آب را به طرف باغ مولیٰ‌علیه بگشاید تا زراعت او سیراب شود و این عمل به طور اتفاقی موجب تخریب مزارع صغار شود، ضمانی به وجود نخواهد آمد؛ زیرا ولی در این حالت محسن است.
- از دیگر مثال‌هایی که فقها در این مورد بیان کرده‌اند، این است که اگر برای انجام دادن عبادت‌های استیجاری، پولی نزد حاکم به منظور استیجار افراد مطمئن موجود باشد و حاکم شخصی را اجیر کند و آن شخص پیش از انجام دادن عبادت بمیرد، اگر مالی از او باقی مانده باشد، حاکم از مال او برداشت می‌کند و آن را به مصرف استیجار می‌رساند و اگر چیزی از او باقی نماند، ضمانی بر عهدهٔ حاکم نیست؛ زیرا او در این عمل قصد احسان داشته و محسن بوده است.
- همچنین اگر ولی، اموال صغار را به این خیال که گران‌تر خواهد شد، نگاه دارد و بنابر اتفاق قیمت بازار پایین بیاید و یا آن اموال فاسد شود، ولیّ ضامن نیست؛ زیرا او محسن است. البته باید پایین آمدن قیمت یا فساد متاع، اتفاقی صورت گرفته باشد و چنانچه نزول قیمت و فساد متاع امری غالب باشد، عمل ولی احسان نیست، بلکه چه بسا اسائه و بدرسانی محسوب شود. به هر حال در این گونه موارد اقدام باید عقلایی باشد. به همین دلیل اگر کسی علی رغم شدت گرما، میوه‌ها را به منظور گران شدن آنها نگه دارد، محسن نیست؛ اما اگر حدوث تلف و ضرر اتفاقی باشد ـ آن هم به دلیل وقوع حوادث جوی غیر قابل پیش‌بینی ـ ضمان وجود ندارد.

اقدام‌های انسان دوستانهٔ عمومی

آنچه تا حال گفته شد، مواردی بود که احسان شخص محسن راجع به همان شخصی بود که زیان دیده است؛ اما چنانچه اقدامِ شخصِ محسن، برای خدمت به شخصِ خاصی نباشد، بلکه منظورِ محسن مصلحتِ عامه باشد، به عقیدهٔ فقها این مورد هم مشمول قاعدهٔ احسان است. نمونه‌ای از بیان فقها در این مورد چنین است:

«هرگاه کسی سنگی را در ملک غیر قرار دهد و به سبب آن جنایتی ایجاد شود، ضامن است. همچنین هرگاه شخصی بدون هیچ منظوری و یا فقط به منظور منافع شخصی خویش، و یا برای اضرار به عابران سنگی در راه عمومی قرار داده باشد، ضامن است؛ ولی اگر برای مصلحت عموم، سنگی در جاده‌ای گذاشته شود، مثل آنکه برای عبور عابران سنگی در گل قرار دهند و یا بر روی نهری برای عبور تخته سنگی بنهند، ضمان ایجاد نخواهد شد؛ زیرا فاعل محسن است.

مرحوم محقق در شرایع الاسلام مسأله را به نحوی وسیع‌تر مطرح کرده است. «هرگاه کسی به منظور استفاده عموم و به مصلحت آنان چاهی در مسیر عبور عامه حفر کند (و موجب خسارتی شود) گفته شده است که ضمان ندارد؛ زیرا عمل او امری جایز بوده است و این نظریه خوب است». از کلام محقق حلّی چنین برمی‌آید که معیار، جواز شرعی عمل است و چون اقدامِ عامل دارای مجوز شرعی است، ضمان نخواهد داشت. به همین سبب بسیاری از فقیهان، مطلق اقدامات مصلحت‌اندیشانه را نپذیرفته‌اند، بلکه آن را مقیّد به عدم ردِّ حاکم و یا وجود اذن او دانسته‌اند و به سخن دیگر، هنگامی آنها را ضمان‌آور ندانسته‌اند که با مجوز حاکم انجام شده باشد، نه به طور مطلق. نظریه فوق بسیار قوی به نظر می‌رسد؛ زیرا مطابق آن، معیار سقوط ضمان آن است که عمل با مجوز شرعی و قانونی صادر شده باشد. بنابراین، می‌توان گفت در کلیهٔ این موارد، چنانچه دسترسی به حاکم ممکن است، اقدام‌کننده باید از حاکم اذن گرفته باشد و در فرض عدم وجود حاکم و یا عدم دسترسی به او، چون عدول مؤمنان و پس از آن عموم مؤمنان موظف به انجام دادن امور حسبی هستند، عمل شخص جواز شرعی خواهد داشت و موجب سقوط ضمان خواهد شد.

کاربرد قاعدهٔ احسان در قوانین

۱. مادهٔ ۵۰۹ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب وقوع جنایت یا خسارت گردد، ضامن نیست.»
۲. مادهٔ ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست.» همان طور که ملاحظه می‌شود این معافیت تنها منحصر به خسارت وارد آمده بر محسنٌ‌إلیه نشده است.
۳. دکتر کاتوزیان مفاد ذیل ماده ۳۰۶ قانون مدنی ایران را از مصادیق قاعدهٔ احسان دانسته‌اند. طبق این ماده: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازهٔ مالک یا کسی که حق اجازه دارد، اداره کند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور نبوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است، حق مطالبه مخارج را نخواهد داشت؛ ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت، موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت‌کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است»؛ امّا مطابق نظر دکتر محقق داماد، با دقت در این ماده و مباحثی که در قاعده احسان بیان شد، روشن می‌شود که فرض ذیل ماده از مصادیق قاعدهٔ احسان نیست؛ زیرا در فرض مزبور، چنانچه در موردی عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر به صاحب مال باشد و شخص با این فرض دخالتی کند و به واسطه آن متحمّل مخارجی شود، صاحبِ مال ضامن پرداخت این مخارج خواهد بود؛ ولی همان طور که گفته شد، احسان از مُسقِطات ضمان است و فقها نیز به این امر تصریح کرده‌اند و بنابر نظریه آنان، نسبت به عملی که از روی احسان انجام شده، و منجر به خسارت می‌شود، شخصِ عامل ضامن خسارات نیست، نه اینکه مخارجی که متحمل شده است، طلبکار است. به سخن دیگر، قاعده احسان مُسقِط

ضمان است نه مُوجِب آن. در پاسخ به این پرسش که توجیه فقهی ضمان صاحب مال در قبال دخالت‌کننده به چه صورت است، می‌توان گفت که ادارهٔ اموال غیر و جلوگیری از وارد آمدن خسارت به اموال او ـ در صورت عدم امکان دسترسی به صاحب مال یا نماینده‌اش ـ به عهدهٔ حاکم است و چنانچه امکان دسترسی به حاکم وجود نداشته باشد و یا آنکه تأخیر در دخالت موجب ضرر شود، به استناد «قواعد حسبه» این امر به عهدهٔ عدول مؤمنان است و در صورت حاضر نبودن آنان، عامهٔ مردم عهده‌دار این وظیفه خواهند بود و مورد ذیل ماده ۳۰۶ قانون مدنی ایران بیانگر فرض اخیر است؛ بنابراین، چون عمل اداره‌کننده با دستور شرع انجام یافته است، چنین فرض می‌شود که او به نمایندگی از صاحب مال اقدام کرده و مالک مال نسبت به مخارجی که مدیر متحمل شده است، مسؤول محسوب می‌شود.

٤. در حقوق اسلامی پزشک در اتلاف بیمار ضامن است؛ مگر آن که طبق مادهٔ ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی از بیمار یا ولی او برائت ذِمّه کسب کند؛ امّا مطابق نظر دکتر کاتوزیان قاعدهٔ اتلاف در احسان نقشی ندارد؛ زیرا هیچ کس در محسن بودن پزشک نقشی ندارد؛ ولی در این نظر ای مناقشه باز است؛ زیرا گذشته از آنکه ضمانِ پزشک و دامپزشک مبنی بر نصِّ خاص است، از آنجا که پزشک و دامپزشک در مقابل کارِ خود دستمزد می‌گیرند؛ مانند سایر صاحبان مشاغل محسوب می‌شوند و به معنی آنچه در قاعدهٔ احسان مورد نظر است، محسن به شمار نمی‌آیند.

قاعدهٔ تسلیط

«الناسُ مُسَلَّطونَ علَی اموالِهِم»

(مردم بر اموال‌شان حقِّ همه گونه تصرّف و سلطه دارند)

مفاد کلی قاعده: قاعدهٔ تسلیط که به آن سلطنت یا تسلّط نیز می‌گویند از مشهورترین قواعد فقهی است و به علّت کاربرد وسیع اقتصادی و اجتماعی‌اش، از دیرباز از اساسی‌ترین قاعده‌های فقه اسلام بوده است. مراد و منظور از این قاعده این است که مالک در مورد مال خود سلطهٔ کامل دارد و می‌تواند انواع تصرّفات را در مال خود بنماید و هیچ محدودیت و منعی برای تصرّف مالک نیست، جز در مورد ضرر غیر یا تصرّف حرام؛ و در صورت شک در جواز تصرّف با تمسّک به قاعدهٔ تسلیط، جواز تصرّف تثبیت می‌شود. این قاعده تثبیت‌کنندهٔ ارکان مالکیت است و به علّت جایگاه خاص اموال و مالکیت در زندگی روزمره بشر، اهمیت و برجستگی خاصی در بین سایر موضوعات دارد. اهمیت اموال و مالکیت در مکاتب الهی و حتی نظام‌های غیر الهی یک اصل اساسی و مسلّم برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه است؛ به طوری که به موجب حدیث نبوی «حرمة مال المسلم کحرمة دمه»، مال مسلمان مانند خونش محترم شمرده شده است. همچنین بر پایهٔ حدیث «لا یحلّ لامرئ مال اخیه الّا عن طیب نفسه»، تصرف در مال غیر جز از طریق جلب رضایت مالک ممنوع شده است.

مستندات قاعدهٔ تسلیط

۱. **قرآن:** چون در قرآن حکم مندرج در قاعده تسلّط به طور منصوص و با صراحت بیان نشده است، ناگزیر به بررسی آیات مختلف قرآن در مورد اصل مسأله مالکیت و به ویژه آیات مبین کیفیت و ماهیت مالکیت انسان می‌پردازیم. در یک نگاه اجمالی، مجموعه آیات قرآن مجید را که بیانگر مسأله مالکیت است می‌توان به ۳ گروه تقسیم کرد:

۱/۱. آیات مبیّن مالکیت مطلق و انحصاری خداوند: در این آیات غالباً کلماتی نظیر «ملک» و «ملکوت» به کار رفته است؛ از قبیل «لِلّٰهِ مُلْک السَّمٰاوٰاتِ وَ الْأَرْضِ وَ مٰا فِیهِنَّ ...؛ وَ لَمْ یکنْ لَهُ شَرِیک فِی الْمُلْک ...» با عنایت به معنی و مفهومی که علمای لغت و مفسّران قرآن کریم و فقهای عظام برای کلمات ملک و ملکوت قائل‌اند و «ملک» را فرمانروایی، سلطنت و اقتدار کامل و مطلق نسبت به اشیا می‌دانند و «ملکوت» را قلمرو بیکران سلطنت و اقتدار نامحدود خداوند به شمار می‌آورند و اینکه از ویژگی‌های حرف مالکیت «لِ» بیان حالت انحصاری مالکیت است، می‌توان به روشنی استنباط کرد که این گروه از آیات در مقام بیان مالکیت اصلی و ذاتی خداوند نسبت به تمام عالم هستی ـ که مخلوق و مملوک انحصاری اویند ـ است و مالک حقیقی و مطلق هستی را منحصرا خداوند تبارک و تعالی می‌داند و بس.

۱/۲. آیات مبیّن مالکیت انسان: در این آیات از کلماتی نظیر «مال»، «اموال» و «مالک» استفاده شده است و غالباً با اضافه شدن آنها به اسامی و ضمایر عام و خاص، مالکیت اشیا در حدود تصرف انسان به او نسبت داده شده و انسان نسبت به آن اشیا و اموال، مالک شناخته شده است. از جمله این آیات می‌توان این موارد را ذکر کرد: «أَ وَ لَمْ یرَوْا أَنّٰا خَلَقْنٰا لَهُمْ مِمّٰا عَمِلَتْ أَیدِینٰا أَنْعٰاماً فَهُمْ لَهٰا مٰالِکونَ»؛ «... فَلَکمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِکمْ، لٰا تَظْلِمُونَ وَ لٰا تُظْلَمُونَ»؛ «وَ الَّذِینَ فِی أَمْوٰالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ»؛ «وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِی أَحْسَنُ ...؛ «وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکمُ الَّتِی جَعَلَ اللّٰهُ لَکمْ قِیٰاماً ....» در یک نگرش کوتاه و گذرا به جمیع آیات این گروه ملاحظه می‌شود که گرچه خداوند متعال انسان را در مواردی مالک اموال تحت تصرف خود شناخته است، لکن با اوامر و نواهی خود که در صدر و ذیل یا قبل و بعد آیات مقرر داشته، مالکیت انسان را غیر اصلی، و محدود به حدود آن اوامر و نواهی می‌داند.

۱/۳. آیات مبیّن مالکیت استخلافی و نیابتی انسان: علاوه بر دو گروه آیات فوق، آیات دیگری در قرآن ملاحظه می‌شود که به طور منصوص و صریح انسان را خلیفه و جانشین خداوند در امر مالکیت اشیای تحت تصرف خود معرفی کرده است؛ از جمله این آیه: «آمِنُوا بِاللّٰهِ وَ رَسُولِهِ وَ أَنْفِقُوا مِمّٰا جَعَلَکمْ مُسْتَخْلَفِینَ فِیهِ ...» جانشینی و خلافت، نیابت غیر است و این نیابت و استخلاف از غیر، یا به علت غیبت، مرگ و عجز شخصی که به او نیابت داده‌شده است، و یا به لحاظ عظمت و کرامت و علوّ مقام مستخلَف. در ما نحن فیه، خداوند پس از آنکه انسان را بر جمیع مخلوقات خود برتری داد و کرامت بخشید، او را که اشرف مخلوقاتش بود به عنوان خلیفهٔ خود در زمین برگزید و امانتدار خویش قرار داد و به همین اعتبار، او را نسبت به تصرّف کردن در اشیا و اموالِ مخلوقِ خود، مأذون ساخت.

با عنایت به آنچه قبلا درباره آیات گروه نخست گفته شد و اینکه مالکیت خداوند نسبت به کل هستی و از جمله آنچه در قلمرو قدرت و اختیار انسان قرار دارد، مطلق و انحصاری است و او هر گونه اقتدار و سلطنتی نسبت به مایملک خود دارد و در این زمینه فعّال ما یشاء است و هر طور اراده کند به محض اراده اعمال شود و به علاوه، در سلطنت و تسلّط مطلقش بر اشیا شریک و همتایی نمی‌توان فرض کرد و با التفات به تحلیل کوتاه مفاد آیات گروه دوم و سوم و اینکه مالک حقیقی اشیاء، همان کسی است که مملوک خود را ایجاد کرده است و این رابطه میان انسان و اشیایی که تحتِ تصرّف اوست وجود ندارد، مالکیت انسان نسبت به اشیا و اموال تحت تصرف خود، غیر حقیقی و غیر اصیل و در نتیجه محدود و نیابتی است؛ لکن همان طور که در کلیهٔ امور اذنی، مأذون حقِّ همه گونه تصرّف و تسلط در موضوع إذن را در حدود إذن دارد، از آیات مذکور استنباط می‌شود که انسان به عنوان خلیفه و نائب خداوند تعالی، هر چند مالک حقیقی و اصلی اشیا و اموال نیست، به عنوان مالک غیر حقیقی مأذون و مستخلَف، در حدود اذن خالق و محدودهٔ احکام و مقررات شارع مقدس که همان خالق است، حقِّ همه گونه سلطه و تصرف را دارد. بدین ترتیب، قرآن که اولین و مهم‌ترین منبع دریافت ادله و احکام فقهی است، هماهنگ با سنت مؤید حکم مندرج در قاعده تسلّط است.

۲. **سنت:** سنت از نظر لغوی به معنی جهت حرکت و یا رسم و آیینی است که از پیشینیان باقی مانده است، ولی در اصطلاح فقه و اصول به معنی قول، فعل و تقریر معصوم به کار می‌رود. در مقام بحث از مبانی فقهی بیشتر با قِسم اول سنت، یعنی روایات مواجه خواهیم بود و به همین سبب، در زیر به بررسی اهمّ روایات و احادیث مورد استناد می‌پردازیم.

- حدیث تسلّط: روایت «الناسُ مُسَلَّطونَ علَی اموالِهِم» مشهورترین روایت و حدیثی است که به عنوان مبنای فقهی قاعدهٔ تسلیط مورد استفاده فقها و علمای اسلامی و استادان حقوق قرار گرفته است. این روایت به طور بسیار صریح و به وضوح مبیّن حکم مندرج در قاعدهٔ تسلیط است و مراتب تسلط و سلطهٔ کامل مالک نسبت به اموالش را بیان می‌کند. هر چند این روایت مورد استناد فقها بوده و آنچنان بدان عمل می‌شده که گویی از مسلّمات فقهی است، لکن از نوع روایات «مرسله» به شمار می‌رود، بعضاً روایتی ضعیف و غیر معتمد شمرده شده است که احیاناً از قوّت و اعتبار کافی برای استنباط احکام برخوردار نیست. امّا این ضعف، در روایت «الناسُ مُسَلَّطونَ علَی اموالِهِم» با عمل و استناد فقها به این روایت جبران شده و بنابراین، حدیث تسلیط واجد قوّت و اعتبار و اعتماد کامل شده است، به نحوی که علی‌رغم ضعف روایی از مسلّمات فقهی تلقّی شده است. مرحوم شیخ انصاری می‌گوید که روایت مزبور نشان می‌دهد که:
  اولاً، سلطنت مالک شامل انواع تصرّفات می‌شود.
  ثانیاً، اگر در مورد تصرّف ویژه‌ای شک پیش آمد، مقتضای قاعده این است که مالک حقِّ تصرّف دارد.
- روایت سُماعه: سُماعه که از یاران امام صادق (ع) بوده است، نقل می‌کند که از آن حضرت پرسیدم: آیا شخص صاحب اولاد می‌تواند مقداری از اموال خود را به خویشاوند غیر وارث خود واگذار کند؟ حضرت در پاسخ فرمودند: «فَهُوَ مَالُهُ یصْنَعُ بِهِ مَا شَاءَ إِلَی أَنْ یأْتِیهُ الْمَوْتُ»؛ یعنی مال از آن اوست، مادام که زنده است هر کاری می‌تواند با آن بکند و هر طور که بخواهد، می‌تواند تصرف کند. سلطه و اختیار مالک نسبت به مال خود به خوبی از این روایت نیز استنباط می‌شود.
- روایت ابی بصیر: سومین روایتی که مبنای قاعده تسلیط تلقی شده، روایتی است که ابی بصیر از امام صادق (ع) نقل کرده و در آن چنین آمده است: «إِنَّ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ یعْمَلَ بِمَالِهِ مَا شَاءَ مَا دَامَ حَیاً إِنْ شَاءَ وَهَبَهُ وَ إِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ بِهِ وَ إِنْ شَاءَ تَرَکهُ إِلَی أَنْ یأْتِیهُ الْمَوْتُ»؛ صاحب مال (مالک) مادام که زنده است هر کاری که بخواهد می‌تواند نسبت به مال خود انجام دهد؛ اگر خواست آن را هبه می‌کند یا اگر مایل بود آن را صدقه می‌دهد و اگر خواست آن را به حال خود رها می‌کند تا آنکه مرگ به سراغ او بیاید.
- روایت عمّار: عمار بن موسی نقل کرده است که حضرت صادق (ع) فرمودند: «صاحب المال احقّ بماله مادام فیه شیء من الرّوح یضعه حیث یشاء»؛ صاحب مال (مالک) مادام که آثار حیات در او پدیدار است نسبت به تصرّف در مال خود از هر کسی شایسته‌تر است. به عبارت دیگر مفاد این روایت مبین بعد دیگر قاعده تسلیط و جنبه منفی آن است که مانع تصرفات غیر در مال مالک می‌شود. بدین ترتیب سنت نیز هماهنگ با کتاب و به موازات آن- لکن با بیانی صریح‌تر- مبین و مؤید حکم مندرج در قاعده تسلیط است.

۳. **سیرهٔ عقلا:** منظور از دلیل عقل به عنوان مبنای قاعدهٔ تسلیط، ملازمات عقلیه نیست، بلکه مقصود این است که قاعدهٔ تسلیط و حکم مندرج در روایت «الناسُ مُسَلَّطونَ علَی اموالِهِم» یک قاعدهٔ عقلایی است؛ یعنی قبل از آنکه این قاعده در شرع ملحوظ شود و حکم آن مقرر گردد، قاعده‌ای عقلایی بوده و از دوران باستان تا کنون بنای عقلا و روش انسان‌های خردمند بر آن جاری بوده است.

مفاد قاعده: قاعدهٔ تسلیط بیانگر دو امر است، یکی اعتبار و تثبیت مالکیت و دوم آنکه ماهیت حقوقی مالکیت چیست و ویژگی‌ها و عناصر آن کدام‌اند. به موجب این قاعده در حقوق اسلامی مالکیت ۳ ویژگی به شرح زیر دارد:

۱. **مطلق بودن:** مطلق بودن این است که مالک می‌تواند هرگونه استفاده که خردمندان برای وی قائل‌اند از مال خود ببرد و به عبارت دیگر، اصل بر مشروعیت جواز بهره‌مندی از مال است، مگر اینکه قانون نوع خاصی از استفاده را استثنا کند. بدیهی است چنانچه این قاعده از شرع واصل نمی‌گشت دلیلی بر جواز بهره‌مندی به نحو عموم در شریعت وجود نمی‌داشت و انسان‌ها در تک‌تک انواع تصرفات محتاج به اخذِ اجازه از شارع بودند.

۲. **انحصاری بودن:** بدین معنا که فقط شخص مالک یا افراد مأذون و مجاز از طرف او، حقِّ استفاده و بهره‌برداری از ملک را دارند و دیگران از استفاده از حق مذکور ممنوعند. استفاده و بهره‌برداری از مال ممکن است توسط شخص مالک صورت گیرد یا اینکه او این حق را تحت عناوینی نظیر بیع، اجاره و هبه به شخص یا اشخاص دیگر واگذار کند.

۳. **دائمی بودن:** این ویژگی به این معناست که وقتی فردی مالک چیزی شد، تا زمانی که مالک آن است ـ بدون مقیَّد بودن به زمانی خاص ـ حقِّ استفاده و بهره‌برداری از آن را دارد. یکی از تفاوت‌های مالک با کلیهٔ اشخاصی که از طرف مالک حقِّ استفاده و انتفاع از ملکی را پیدا می‌کنند، همین است که استفاده و بهره‌برداری مالک مقیَّد به زمان و وقت خاصی نیست، ولی حقِّ انتفاع اشخاص دیگر، فقط در محدودهٔ زمانی مشخصی امکان‌پذیر است.

✓ با توجه به آنچه گفته شد، ویژگی‌های مالکیت در حقوق اسلام به دو جنبه بازمی‌گردد: جنبهٔ ایجابی، و جنبه سلبی. مطلق بودن و دائمی بودن، جنبهٔ ایجابی مالکیت است و انحصاری بودن، جنبهٔ سلبی آن محسوب می‌شود. هر دو جنبه مستفاد از قاعدهٔ تسلّط است و اینکه بعضی پنداشته‌اند جنبه سلبی مالکیت به قواعدی دیگر برگشت می‌کند، تصور نادرستی است.

کاربرد قاعدهٔ تسلیط در قوانین

در قانون مدنی أثرِ مالکیت از یک سو، مثبت است و از سوی دیگر منفی. مالک اثباتاً حقِّ هرگونه تصرف را در مال خود دارد، و نفیاً هیچ کس حق ندارد مال او را از تصرفش بیرون کند. مواد صریح مربوط به این موضوع در قانون مدنی به این شرح است:

- ماده ۳۰: هر مالکی نسبت به مایملک خود، حقِّ همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.
- ماده ۳۱: هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون.
- مادهٔ ۳۲: «تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیرمنقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد بالتَبَع مالِ مالک اموال مزبوره است.»

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز اصل ٤٦ و ٤٧ به گونهٔ دیگری به همین قاعده اشاره دارند.

- اصل چهل و ششم: هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچ کس نمی تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند.
- اصل چهل و هفتم: مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند.

عوامل محدودکنندهٔ مالکیت

مالکیت فردی در صورت تعارض و تزاحم با حقوق فردی دیگران یا حقوق اجتماعی محدود می‌گردد و به اصطلاح فقهی، اگر قاعده تسلیط با قاعدهٔ لاضرر تعارض و تزاحم کند قلمرو قاعدهٔ تسلیط محدود می‌گردد.

تزاحم با حقوق فردی: هرگاه شخصی بخواهد در ملک خود تصرفی کند که مزاحم همسایگان باشد، تصرف مزبور ممنوع است. بدیهی است این تصرف در فرض عدم اضرار از مصادیق سلطهٔ شخص بر مال خود است، ولی با توجه به مزاحمت حقوق دیگران، قلمرو سلطهٔ وی محدود می‌گردد.

تزاحم با حقوق اجتماعی: چنانچه طرح‌های عمومی با حق سلطنت افراد در تزاحم قرار گیرند، حقوق عمومی مقدم می‌گردد. مثلا چنانچه برای آب‌رسانی یا برق‌رسانی نیاز به تصرف در اموال و املاک افراد باشد، دولت نخست سعی می‌کند از طریق جلب رضایت مالک اقدام کند، ولی چنانچه مالک رضایت ندهد دولت ناگزیر است به نفع عموم وارد عمل شود و در حقِّ افراد به طور قهری دخالت کند.

قاعدهٔ نَفیْ عُسر و حَرَج

«مٰا جَعَلَ عَلَیکمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ»

(«خداوند» برای شما در دین سختی و مشقتی قرار نداده است)

مفاد کلی قاعده: این قاعده بیان می‌دارد که در اسلام حکمی که موجب عسر و حرج بر مردم باشد ، وجود ندارد ؛ به عبارت دیگر هر حکمی که موجب عسر و حرج باشد از نظر شرع منفی است. منظور از عسر و حرج مشقتی است که بیش از متعارف باشد؛ بنابراین ملاحظه می‌شود که مبنای قاعدهٔ نفی سر و حرج در واقع همان مبنای قاعدهٔ لاضرر است. در هر دو قاعده نفی حکم است. یکی نفی حکم ضرری و دیگری نفی حکم حرجی. هر دو قاعده بر ادله حکومت دارند.

مستندات قاعدهٔ نفی عسر و حرج

۱. قرآن

- از مهم‌ترین آیاتی که به عنوان دلیل قاعده عسر و حرج مورد استناد قرار می‌گیرد، آیهٔ ۷۸ سوره حج است. خداوند سبحان پس از آنکه در آیهٔ ۷۷ مؤمنان را ملزم می‌کند که برای گشایش راه‌های فلاح و رستگاری، به رکوع و سجود و پرستش پروردگارشان قیام کنند و فاعل خیر شوند، در آیه بعد می‌فرماید: «وَ جٰاهِدُوا فِی اللهِ حَقَّ جِهٰادِهِ هُوَ اجْتَبٰاکمْ وَ مٰا جَعَلَ عَلَیکمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ ...»؛ جهاد کنید در راه خداوند، آن طوری که شایسته جهاد در راه اوست. او شما را برگزیده و در دین برای شما حرجی قرار نداده است. معنی جهاد در این آیه، اعم از جهاد اصطلاحی است و به قرینهٔ آیهٔ قبل، انجام دادن همه واجبات و ترک تمامی محرمات را شامل می‌شود و معنی واژهٔ «دین» مندرج در آیه نیز ظهور در کل احکام و تکالیف دارد و فقط به حکم ویژهٔ جهاد دلالت ندارد. به علاوه، استعمال کلمه «جعل» به این معنی است که خداوند احکام حرجی را از مؤمنان برداشته است؛ نه آنکه رفع‌کنندهٔ موضوعات حرجی باشد. بدین ترتیب، «مٰا جَعَلَ عَلَیکمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ» ناظر به کلیه قوانین اسلام است و اختصاص به برخی احکام ویژه ندارد و منظور از آیه این است که هرگاه در اثر عمل به احکام و الزامات شرعی، مکلف در عسر و حرج واقع شود، این احکام و الزامات از عهده او برداشته می‌شود.
- یکی دیگر از آیات مستند قاعده عسر و حرج آیهٔ ششم سورهٔ مائده است که متن آن بدین شرح است: «... مٰا یرِیدُ اللهُ لِیجْعَلَ عَلَیکمْ مِنْ حَرَجٍ»؛ یعنی خداوند نخواسته است که شما را در حرج قرار دهد. با ملاحظه آیاتی که قبل از آیهٔ مذکور قرار دارند و به پاره‌ای از احکام غیر عبادی مثل حکم نکاح با اهل کتاب مربوط می‌شوند و با عنایت به تأکید ویژه‌ای که در سیاق عبارت آیه و نحوه نفی حرج

وجود دارد، به نظر می‌رسد که نفی حرج مندرج در آیه، ناظر به احکامی است که در این آیه و آیات مقدم بر آن در ابتدای سوره مائده آمده است و به علاوه، به علت عمومیت و اطلاقی که دارد همه احکام شرع را در بر می‌گیرد و شامل کلیه مقررات اسلامی می‌شود.

- در آیه ۱۸۵ سوره بقره خداوند می‌فرماید: «... یرِیدُ اللهبِکمُ الْیسْرَ وَ لٰا یرِیدُ بِکمُ الْعُسْرَ ...»؛یعنی خداوند برای شما آسانی می‌خواهد و مشقّت و عسر را برای شما نمی‌خواهد. این آیه نیز اراده شارع را در تسهیل و گشایش امور مردم بیان می‌کند.
- آیهٔ دیگر، آیه ۲۸۶ سوره بقره است. در این آیه خداوند می‌فرماید: «... رَبَّنٰا وَ لٰا تَحْمِلْ عَلَینٰا إِصْراً کمٰا حَمَلْتَهُ عَلَی الَّذِینَ مِنْ قَبْلِنٰا ...»؛ خداوندا «إصر» را آن طور که بر پیشینیان ما تحمیل فرموده‌ای؛ بر ما تحمیل مکن. واژه «إصر» به فشار، سنگینی، گناه و حبس همراه فشار معنی شده است و مراد از آن، احکام ضیق‌آور و مشقت‌بار است. مفسران گفته‌اند که پیامبر عظیم‌الشأن اسلام (ص) در شب معراج از خداوند خواسته است که امور موجب إصر و مضیقه را که در امت‌های قبل وجود داشته است از مسلمانان بردارد.

۲. **سنت:** روایت‌های متعددی نیز از معصومان (ع) نقل شده که مبنای قاعده نفی عسر و حرج قرار گرفته است و در ادامه به درج و تبیین مختصر آنها می‌پردازیم:

- روایت عبد الاعلی مولی آل سام. «قلت لأبی عبد لتُ لأبي عبدِ اللّه ِ علیه السلام: عَثَرتُ فانقَطَعَ ظُفُرِي فَجَعَلتُ عَلی إصبَعِي مَرارةً، فَکیفَ أصنَعُ بالوُضوءِ ؟ قالَ : یُعرَفُ هذا و أشباهُهُ مِن کتابِ اللّه ِ عزّ و جلّ «مَا جَعَلَ عَلَیْکُم فِي الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ» اِمسَحْ علَیهِ.». در این روایت، راوی به امام صادق (ع) می‌گوید: پایم لغزیده و ناخنم کَنده شده و روی انگشتم ضماد گذاشته ام؛ حالا چگونه وضو بگیرم؟ حضرت فرمود : (حکم)این موضوع و امثال آن از کتاب خداوند عزّ و جلّ دانسته می شود . خداوند فرموده است : «و برای شما در دین، هیچ تنگنایی قرار نداده است». روی همان (ضماد) مسح کن. از این پاسخ امام (ع) نکات زیر استنتاج می‌شود: نفی حرج یک قاعده کلی است و طبق رهنمود امام (ع) می‌توان از آن برای رفع احکامی که برای مکلفان مضیقه‌ساز و مشقت‌آورند، استفاده کرد. از اینکه امام (ع) به جای نفی حرج ذیل آیهٔ وضو ـ که تناسب بیشتری با سؤال دارد ـ به نفی حرج مذکور در آیه ۷۸ سوره حج استناد می‌کند، چنین بر می‌آید که لا حرج مذکور در آیه اخیر، علاوه بر آنکه از عمومیت و شمول بیشتری نسبت به آیه وضو برخوردار است، بیشتر مربوط به موارد حرج عرفی است تا حرج ذاتی که در آیهٔ وضو ذکر شده است.
- موثقه ابی بصیر. قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اَللَّهِ عَلَیْهِ اَلسَّلاَمُ إِنَّا نُسَافِرُ فَرُبَّمَا بُلِینَا بِالْغَدِیرِ مِنَ اَلْمَطَرِ یَکُونُ إِلَی جَانِبِ اَلْقَرْیَةِ فَیَکُونُ فِیهِ اَلْعَذِرَةُ وَ یَبُولُ فِیهِ اَلصَّبِیُّ وَ تَبُولُ فِیهِ اَلدَّابَّةُ وَ تَرُوثُ فَقَالَ «إِنْ عَرَضَ فِي قَلْبِکَ مِنْهُ شَیْءٌ فَقُلْ هَکَذَا» یَعْنِي اِمْزِجِ اَلْمَاءَ بِیَدِکَ «ثُمَّ تَوَضَّأْ فَإِنَّ اَلدِّینَ لَیْسَ بِمُضَیَّقٍ فَإِنَّ اَللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ یَقُولُ «مٰا جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِي اَلدِّینِ مِنْ حَرَجٍ» ابی بصیر از امام می‌پرسد در سفرها چه بسا به برکه‌هایی بر می‌خوریم که در کنار آبادی است و انواع نجاسات در آن یافت می‌شود. حضرت می‌فرماید آب را با دستت به هم بزن و سپس وضو بگیر؛ زیرا در این، مضیقه و تنگنا نیست و خداوند می‌فرماید: «مٰا جَعَلَ عَلَیکمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ». بدین ترتیب، حکمت عدم انفعال آب کر، در واقع خود دلیل نفی عسر و حرج و وجود توسعه و گشایش و رفع تنگنا و مضیقه از مسلمانان است.
- حدیث مشهور نبوی «بعثت بالحنیفیة السّمحة السّهلة»؛ یعنی مبعوث شدم به دین حنیف سهل و آسان. اگر احکام حرجی و عسر آفرین در دین وجود می‌داشت، صحیح نبود که حضرت (ص) دین را به مجموعه‌ای سهل و آسان توصیف کند.
- روایت زراره راجع به سمرة بن جندب که در مبحث مستندات قاعدهٔ لاضرر بیان شد.

۳. **عقل:** در اثبات قاعده نفی عسر و حرج ـ به عنوان دلیل عقلی ـ به طور کلی به دو دلیل تمسّک شده است؛ یکی بنای عقلا و دیگری قاعدهٔ لطف.

- **بنای عقلا.** گروهی معتقدند قاعده نفی عسر و حرج قاعده‌ای عقلی است و بنای عقلا مؤید آن است. ایشان استدلال می‌کنند که تکلیف بر هر آنچه موجب مشقت تحمل‌ناپذیر باشد، عقلا محال است؛ زیرا انگیزه تکلیف، اطاعت است و این هدف با تکلیف به «ما لا یتحمّل» نقض می‌شود. به علاوه بیشتر مردم از ترس عقاب و عذاب خداوند تکالیف را انجام می‌دهند و اگر خوف و عقابی نبود، مردم به احکام ملتزم نمی‌شدند و نسبت به خداوند عصیان و نافرمانی می‌کردند؛ زیرا اکثر مردم در پی تحصیل رضایت شارع مقدس نیستند. بدین ترتیب اگر به انجام دادن امور سختی مکلف شوند، از آن امتناع می‌کنند و به این سبب، در معصیت افتاده، مورد غضب و عذاب خداوند قرار می‌گیرند و عقل حکم می‌کند که تکلیف به اموری که موجب عصیان عمومی می‌شود، قبیح باشد.
- **قاعدهٔ لطف.** برخی در اثبات عقلی بودن قاعده نفی عسر و حرج به قاعده لطف نیز استناد کرده‌اند و گفته‌اند تکلیف به آنچه موجب مشقت تحمل‌ناپذیر است، در واقع مقرّب به معصیت، و خلاف لطف است؛ زیرا انگیزه تکلیف در غالب موارد اطاعت است و این امر با تکلیف به «ما لا یتحمّل» نقض می‌شود. به عبارت دیگر، از آنجا که اکثر مکلفان در پی تحصیل رضایت خداوند نیستند و تنها از ترس عِقاب مبادرت به انجام دادن تکالیف می‌کنند و اگر به امر سختی مکلّف شوند از انجام دادن آن امتناع می‌کنند و در نتیجه مرتکبِ معصیت شده، مستحق سخط و غضب شارع می‌شوند، تشریع چنین احکامی با لطف خداوند سازگار نیست؛ زیرا موجب دوری بندگان از درگاه او می‌شود.

مفاد قاعدهٔ نفی حرج

در اینکه آیا مفاد ادله نفی حرج، نفی احکام حرجی به طور حقیقت است یا مجاز، یا نفی حکم است به لسان نفی موضوع، و یا اینکه در واقع، مراد از آن نهی است، میان علما اختلاف عقیده وجود دارد. چون بیشترین بحث علما در این باره در بحث از مفاد قاعدهٔ لاضرر مطرح شده است؛ خلاصهٔ این نظریات از قرار ذیل است:

۱. **نفی حکم:** شیخ انصاری در بحث از مفاد قاعده لاضرر و اینکه منظور از لاضرر چیست، معتقد است که منظور، عدم تشریع حکم ضرری و حرجی است؛ بدین معنی که شارع، حکمی که موجب ضرر مکلفان شود، اصولا تشریع نکرده است، خواه این حکم تکلیفی باشد، خواه حکم وضعی. به عقیده ایشان، مفاد قاعده نفی عسر و حرج نیز مانند قاعده لاضرر، نفی حکم حرجی در دین است؛ به این نحو که در اسلام هیچ حکم حرجی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفان باشد، تشریع نشده است.

۲. **نفی أثر:** به موجب نظریه آخوند خراسانی، با دلیل نفی حرج، ادعای نفی حقیقی موضوع حرجی شده است و در نتیجه، حکم مترتّب بر آن نیز نفی می‌شود. به همین دلیل از این نظریه به نظریهٔ «نفی حکم به لسان نفی موضوع» تعبیر می‌شود. نظیر آن در روایاتی از قبیل «لا شک لکثیر الشّک» و «لا بیع الّا فی ملک» و یا «لا رهن الّا مقبوضا» به جای آنکه حکمی را که بر موضوعاتی مانند شک، بیع و رهن حمل می‌شود به صورت مستقیم نفی کنند، موضوع آن به طریق ادعایی نفی شده و به طور غیر مستقیم، از آن، نفی حکم که اثر و نتیجه آن است، اراده شده است. بر این نظریه نیز اشکالاتی وارد شده است؛ از جمله اینکه در آیه «مٰا جَعَلَ عَلَیکمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ» که از ادله قاعده نفی عسر و حرج است، نفی بر دین وارد شده است که همان احکام و تکالیف شرعی است و معنی آن در واقع «لم یجعل فی الاحکام حکما حرجیا» می‌شود. بدین ترتیب از همان آغاز، نفی بر احکام وارد شده است، نه بر موضوع احکام تا اینکه مجالی برای توهّم نفی حکم به لسان نفی موضوع به وجود آید.

۳. **نهی سلطانی:** به عقیدهٔ برخی دیگر از فقها، مفاد دلیل لاضرر و نفی حرج، نهی سلطانی یا حکومتی است. طبق این نظریه احکامی از قبیل لاضرر و نفی حرج از مقام و منصب سلطنت و حکومت پیامبر عظیم‌الشأن اسلام نشأت گرفته و به منظور ادارهٔ جامعه و حکومت صادر شده است و به عبارت دیگر، مفاد آن نهی سلطانی و حکومتی است، نه نهی شرعی.

قلمرو قاعدهٔ نفی عسر و حرج: باید بررسی کرد منظور از حرجی که به موجب ادله قاعده نفی عسر و حرج نفی شده است، حرج شخصی است یا نوعی؟

۱. **حرج شخصی:** با دقت در روایات مستند قاعدهٔ حرج، حرجِ مورد سؤالی که به استناد «مٰا جَعَلَ عَلَیکمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ» نفی شده است، از حرج‌های شخصی است. از روایات حرج شخصی می‌توان به مواردی از قبیل رفعِ حکم وضو و تجویز تیمم بر جبیره و نیز نفی حکم جهاد از پیران و بیماران اشاره کرد

۲. **حرج نوعی** در میان روایات مستند قاعدهٔ حرج، مواردی نیز وجود دارد که به موجب آن احکام حرجی ناظر به نوع مردم یعنی حرج نوعی مورد نفی قرار گرفته و عسر و حرج و مشقت مردم به عنوان حکمتِ تشریعِ حکم مطرح است. و مواردی از قبیل قصر نماز مسافر و نفی روزهٔ او و برخی خیارات مربوط به معاملات و اصالت صحت و نیز تشریع تقیه از این نوع است که در غالب روایات، حرج نوعی به اصطلاح از مقوله «حکمتِ حکم» محسوب می‌شود.

کاربرد قاعدهٔ عسر و حرج در قوانین

۱. **طلاق به دلیل عسر و حرج:** مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی: « در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسّر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.

تبصره - عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقّت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل درصورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می گردد:

۱. ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه.
۲. اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است.
۳. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک، مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد.
٤. محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.
٥. ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.
٦. ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید.»

۲. **عسر و حرج در روابط استیجاری** مورد دیگری که مفاد قاعده نفی عسر و حرج در قانون اعمال شده است مربوط به روابط استیجاری میان موجر و مستأجر است که در مورد آن قانونگذار در ماده ۹ قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳٦۲/۲/۱۳، مقرر داشته است: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، می‌تواند

مهلتی برای مستأجر قرار بدهد». قانونگذار در این مورد، مسأله عسر و حرج مستأجر را به تصمیمات اجرا نشده قبلی دادگاه‌ها، که پیش از تصویب این ماده اتخاذ شده، نیز تسری داده است و در تبصره مادهٔ مذکور، شورای عالی قضایی را مکلّف کرده است که در اولین فرصت، دادگاههای ویژه‌ای تشکیل داده، کلیه احکام تخلیه را که از طرف دادگاهها یا اداره ثبت صادر شده و هنوز اجرا نشده است را مورد تجدید نظر قرار دهد و چنانچه تخلیهٔ منزل مستلزم عسر و حرج برای مستأجر باشد، آن حکم را متوقف سازد. به دنبال این حکم در سال ۱۳٦٤، قانونگذار اجرای مفاد قاعده عسر و حرج را به اماکن استیجاری آموزشی نیز تعمیم داد و به موجب ماده واحدهٔ قانون الحاق یک تبصره به عنوان تبصره یک به ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر در ۱۳٦٤/٦/۲۸ مقرر داشت: «... در مواردی که دادگاه صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی را به علت کمبود جای مناسب موجب عسر و حرج تشخیص دهد، دادگاه مکلف است تا رفع عسر و حرج، به مدت پنج سال از صدور حکم خودداری کند و این قانون از تاریخ تصویب لازم الاجرا است».

قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض

«کُلُّ مَبیعٍ تُلِفَ قَبلَ قَبضِهِ فَهُوَ مِنْ مالِ بایِعِه»

(هر مبیعی که قبل از قبض تلف شود، از مال بایع آن تلف گردیده است)

اگر چه به مجرّد وقوع بیع، مشتری مالکِ مبیع و بایع مالکِ 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 ملکِ مشتری؛ هر چند که مشتری از زمان تحقّق عقد بیع، مالک مبیع شناخته می‌شود. به عبارت دیگر، با توجه به این که تلف هر مالی در ملکِ مالکش صورت می‌گیرد و با عنایت به این که با انجام معامله، مبیع، ملکِ خریدار می‌شود، هر چند که تلف قبل از تسلیم باشد. از نظر بسیاری از فقیهان این قاعده خلاف ضابطه است؛ زیرا به موجب ضوابط فقه اسلامی، بیع، عقد تملیکی است؛ یعنی به مجرّد وقوع عقد، مالکیت مبیع و ثمن از فروشنده و خریدار به خریدار و فروشنده منتقل می‌شود و طبق قاعده، ضمان تلف مال بر عهدهٔ مالک آن است؛ در حالی که این قاعده، ضمان تلف مبیعقبل از تسلیم را بر عهدهٔ فروشنده قرار داده؛ یعنی بر عهدهٔ غیر مالک گذاشته است. البته جریان قاعده در خصوص موردی است که مبیع عین خارجی معین باشد و صورتی که مبیع کلی‌فی‌الذمه 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.

ضمان معاوضی

به مقتضای حکمِ مستفاد از قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض، فقیهان گفته‌اند که در عقد بیع بایع در مقابل مشتری نسبت به مبیع ضمان معاوضی بر عهده دارد؛ یعنی ملتزم است که در فرض تلف، ثمن را چنانچه دریافت کرده برگرداند. و در توضیح آن آورده‌اند که یکی از احکام قبض انتقال ضمان معاوضی به مشتری است. بدین معنی که قبض موجب می‌گردد که در فرض تلف مبیع مسؤولیتی متوجه بایع نیست و تلف از مال مشتری خواهد بود.

مستندات قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض

۱. **روایات**

- حدیث نبوی «کُلُّ مَبیعٍ تُلِفَ قَبلَ قَبضِهِ فَهُوَ مِنْ مالِ بایِعِه»، 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.
- روایت عقبة بن خالد که از امام صادق (ع) 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 (ع) در پاسخ فرمود: «... مِنْ صاحَبِ المَتاع الّذی هُوَ فی بیتِه حَتّیٰ یَقبِضَ المَتاعَ و یُخرِجَهُ مِن بیتِه، فَاذا أَخْرَجَهُ مِن بَیتِهِ فَالمبتاعَ ضامِنٌ لَحِقّهِ حتّی یَردَّ مالُه اِلَیه»، 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 روایان 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.

۲. **اجماع:** شیخ انصاری و علامه حلّی 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.

۳. **سیرهٔ مسلمانان:** 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 (ع) متصل می‌گردد، لذا حجیت شرعی دارد.

تحلیل و بررسی مدلول قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض

۱ـ تلف موجب فسخ است، نه ضمان به مثل و قیمت: 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، تلف موجب انفساخ عقد از حین تلف می‌باشد؛ زیرا نص این است: «... من مال بائعه» یعنی مال تلف‌شده «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 تلف‌شده 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.

۲ـ 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 مثلا 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 مالِ 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 عهدهٔ بایع نخواهد بود، زیرا ید او از مصادیق ید امانی است، ولی در فرض تقصیر و یا إهمال، بایع به موجب قواعد ضمان قهری ضامن خواهد بود.

۳ـ 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 متیقّن از اجماع و سیره هم خصوص مبیع است، ولی توجیهات حقوقی و عقلایی که در مورد مسأله توسط بعضی فقیهان صورت گرفته است، می‌تواند عام و شامل بوده، ثمن را نیز شامل شود.

٤ـ تلف جزء مبیع: آنچه در مورد قاعده مسلّم است، تلفِ 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 اصولا موجب انفساخ نمی‌گردد و یا این که عقد به نسبت جزء تلف‌شده منفسخ و نسبت به مابقی صحیح است؟ فقهای 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 قدما 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 مفقودشده 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، تلف جزء مانند تلف کل است.

۵ـ اختصاص قاعده به بیع: آیا قاعده صرفا 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 خُلع 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 رویهٔ 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 مسؤول خواهد بود.

٦ـ 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؟ به نظر می‌رسد که نصوص و روایات و اصل و نیز اجماعِ حاصل فقط شامل تلف سماوی می‌گردند و اتلافات عمدی توسط بایع را شامل نمی‌شوند. با مراجعه به عرف و عادت عقلا و سیرهٔ 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 مُتلِفِ دیگر، مسؤول 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 مسلّم 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 ۳۸۷ 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 مدنی در مبحث تعهدات در ماده ۲۷۸ 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.

۷ـ اتلاف به وسیلهٔ مشتری: مشهور فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که اتلاف به وسیله مشتری در حکم قبض است و توجیه آن کاملا 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 مسلّماً قاعده از این فرض انصراف دارد و در چنین فرضی، مشتری باید ثمن را به بایع تأدیه کند.

۸ـ اتلاف به وسیلهٔ 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 مخیَّر 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 إعمال کند بایع می‌تواند برای دریافت خسارت به متلف مراجعه کند. با توجه به وحدت ملاک

با مسأله قبل، قول به مخیَّر بودن مشتری بین فسخ، به دلیل تعذّر 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 مسؤول است.

۹ـ تحلیل حقوقی قبض: قبض و تسلیم در فقه دو مفهوم متفاوت دارند و در قانون مدنی نیز به تفاوت آن دو اشاره شده است. مادهٔ ۳۶۷ قانون مدنی چنین مقرّر داشته است: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است ازاستیلاء مشتری بر مبیع. » منظور از قبض، آن است که مبیع تحت اختیار و استیلای 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. مثلا 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.

کیفیات مختلف قبض

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 نحوهٔ 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 منزلهٔ 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.

مسألهٔ ۱ـ 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.

مسألهٔ ۲ـ هرگاه شخصی کالایی را خریداری و سفارش کند که آن را برای او ارسال دارند، ارسال محموله به منزلهٔ قبض خریدار است، هر چند مبیع هنوز به تجارت‌خانه یا انبار او واصل نشده باشد. مسأله فوق در صورتی است که معامله به طور مطلق انجام گیرد، ولی چنانچه متعاملین برای قبض نحوهٔ 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 CIF[۳] یا FOB[۴] 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 عرشهٔ کشتی، قبض انجام گرفته است.

مسألهٔ ۳ـ 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

---

[۳] CIF مخفف کلمه Cost Insurance Freight می‌باشد و به معنای هزینه‌های حمل نقل و بیمه بار است.

[۴] FOB مخفف کلمهٔ Freight On Board می‌باشد و به معنای تحویل کالا در مبدأ است.

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.

کاربرد قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض در قانون مدنی

قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض در ۳ ماده از قانون مدنی به شرح زیر بیان شده است:

۱. مادهٔ ۳۸۷: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.»
۲. مادهٔ ۳۸۸: «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.»
۳. مادهٔ ۳۸۹: «اگر در مورد دو مادهٔ فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند»

قاعدهٔ التلفُ فی زِمَنِ الخیار مِمَّن لا خیارَ له

(اگر مالی که فروخته شده در زمان خیارِ یکی از طرفین عقد تلف شود، تلف از مال کسی خواهد بود که خیار ندارد)

مفاد کلی قاعده: هر چند مشهور فقها، اعم از متقدمان و متأخران، معتقدند که انتقال مالکیت به نفسِ عقد و به صِرف ایجاب و قبول واقع می‌شود و حتی قبض و اقباض مبیع و ثمن تأثیری در آن ندارد و وجود حق خیار فسخ هم مانع آن نیست، در احکام مربوط به خیارات حکمی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است که به ظاهر با عقیدهٔ مزبور متعارض است و به موجب آن، هرگاه در عقد بیع، مبیع پس از قبض و قبل از انقضای خیاری که مخصوص به یکی از متعاملین است، بدون تعدی و تفریط تلف شود، به تعبیر فقها در أثر آفت سماوی و به گفتهٔ حقوقدانان در أثر فورس ماژور باشد، ضمان بر عهدهٔ کسی است که خیار ندارد. این حکم مفاد قاعده‌ای است که در فقه چنین تعبیر می‌شود: «التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له» (تلف در زمان خیار از مال کسی است که خیار ندارد) و در حقوق مدنی گفته می‌شود: تلف و نقص مبیع در زمان خیار مختص به مشتری به عهده بایع است.

در ابتدا ممکن است این سؤال به نظر برسد که اگر به موجب قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض، مسؤولیت و ضمان بایع در تلف مبیع پیش از قبض، ناشی از ضمان معاوضی است و با انجام دادن تسلیم، ضمان معاوضی منتقل می‌شود، بنابراین ضمان بایع نسبت به تلف آن پس از قبض بر چه پایه و اساس منطقی استوار است؟ آیا اعتقاد به چنین حکمی ناشی از تفکر توقف انتقال ملکیت بر انقضای مدت خیار است، یا اینکه ضمان بایع ادامه ضمان او تا پس از قبض و قبل از انقضای موعد خیار محسوب می‌شود؟

ناگفته پیداست از نظر کسانی (مثل شیخ طوسی) که انتقال ملکیت را منوط به انقضای خیار می‌دانند، حکم فوق موافق قاعده است؛ زیرا به عقیده آنان قبل از انقضای خیار ملکیت هنوز به خریدار منتقل نشده است و خریدار علی رغم وقوع عقد نیز حق تصرف در مبیع را ندارد؛ و طبعا تلف هم از مال بایع خواهد بود، ولی همان طور که گفتیم نظریه مزبور، یعنی توقف انتقال مالکیت بر انقضای خیار در فقه متروک مانده و نظریه مشهور

خلاف آن است؛ در حالی که قاعده مورد بحث به نظر مشهور از جملهٔ قواعد مسلم فقهی محسوب است. و در قبول حکم آن نباید تردید به خود راه داد. لذا ضروری است که نخست به مبانی فقهی قاعده بپردازیم و سپس تحلیل و توجیه منطقی و حقوقی آن را بیان کنیم و ببینیم مشهور فقها که انتقال مالکیت را در بیع خیاری، همراه با عقد می‌دانند نه با انقضای خیار، به چه دلیل تلف در زمان خیار مشتری را از مال بایع محسوب نموده‌اند؟

مستندات قاعدهٔ التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له

مستندات این قاعده علاوه بر اجماع و شهرت، روایاتی است که در زیر بیان می‌شود؛ با این توضیح که آنچه به عنوان اجماع، مستند این قاعده قرار گرفته به مفهوم اجماع مصطلحی که کاشف از نظریه و رأی معصوم (ع) باشد نیست، بلکه مراد آن است که فقها به رغم اختلاف در مبانی، در این باره اتفاق عقیده دارند. روایات قاعدهٔ فوق از قرار ذیل است:

۱. از جمله روایاتی که در مورد این قاعده به آن استناد می‌شود، «صحیحهٔ ابن سنان» است که می‌گوید: «قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الدَّابَّةَ أَوِ الْعَبْدَ وَ يَشْتَرِطُ إِلَى يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ فَيَمُوتُ الْعَبْدُ وَ الدَّابَّةُ أَوْ يَحْدُثُ فِيهِ حَدَثٌ عَلَى مَنْ ضَمَانُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ عَلَى الْبَائِعِ حَتَّى يَنْقَضِيَ الشَّرْطُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَ يَصِيرَ الْمَبِيعُ لِلْمُشْتَرِي». از امام صادق (ع) دربارهٔ مردی پرسیدم که چارپا (حیوان) و یا برده‌ای را می‌خرد و برای خود خیار شرط برای یک یا دو روز در ضمن عقد می‌آورد؛ ولی در این مدت حیوان یا برده می‌میرد و یا نقصی پیدا می‌کند. این ضرر را چه کسی تحمّل می‌کند؟ امام (ع) فرمود: تا پایان مدّت شرط بر عهدهٔ بایع است و پس از گذشت سه روز که مشتری مالک می‌شود، از مال مشتری خواهد بود. شیخ طوسی در تهذیب پس از نقل حدیث، جملهٔ دیگری نیز به آخر آن افزوده است و آن اینکه «شرط البائع او لم یشترط». خواه بایع شرط کند و یا شرط نکند.

۲. روایت معتبر عبد الرحمن بن ابی عبد الله از امام جعفر صادق (ع): «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى أَمَةً بِشَرْطٍ مِنْ رَجُلٍ يَوْماً أَوْ يَوْمَيْنِ (که یکی دو روز خیار داشته باشد) فَمَاتَتْ عِنْدَهُ وَ قَدْ قَطَعَ الثَّمَنَ (بایع پول را گرفته است.) عَلَى مَنْ يَكُونُ الضَّمَانُ فَقَالَ لَيْسَ عَلَى الَّذِي اشْتَرَى ضَمَانٌ حَتَّى يَمْضِيَ شَرْطُهُ (تا خیار شرط تمام شود و البته خیار حیوان هم داشته است)

۳. روایت مرسل ابن رباط از امام صادق (ع) که فرمود: «إِنْ حَدَثَ بِالْحَيَوَانِ قَبْلَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَهُوَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ» در صورتی که حیوان قبل از سه روز بمیرد یا معیوب شود، از مال بایع است.

مفاد قاعدهٔ التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له: توضیح مفاد قاعده مستلزم پاسخگویی به چند پرسش مهم است.

- مفاد حکم تلف در زمان خیار مختص، مطابق قاعده است یا مخالف آن؟

✓ اکثر فقها بر این نکته تصریح کرده‌اند که حکمِ یاد شده خلاف موازین و قواعد اولیه است و استثنایی بر اصل تملّک مشتری به نفس عقد محسوب می‌شود؛ زیرا طبق اصول و قواعد اولیه، مالی که فروخته شده و توسط خریدار قبض گردیده، در صورت تلف شدن، باید از مال مالک آن (مشتری) محسوب شود. بنابراین، توجیه حکم ضمان بر مبنای اصول کلی معاملات دشوار است و چون چنین اعتقادی در فقه تعبدی است و از باب تمسّک به روایات رسوخ و نفوذ پیدا کرده است، موارد شمول آن را باید محدود کرد.

البته همان طور که گفته شد، مطابق نظریه کسانی که تملک را منوط به انقضای خیار می‌دانند، حکم مذکور مطابق قاعده است؛ ولی این نظریه موجّه نیست؛ زیرا به عقیده مشهور، اگر چه خیاری بودن عقد، موجب نفی مالکیت مطلق است، با توجه به موازین کلی و تملیکی بودن عقد بیع،

موجب تزلزل مالکیت نیست. به علاوه فسخ عقد نیز در آینده مؤثر است و رافع آثار مالکیت در زمان تلف نیست. پس همان گونه که منافع مبیع از آن خریدار است، تلف نیز باید از دارایی او محسوب شود.

- حکم ناشی از قاعدهٔ یاد شده در همه خیارات جاری است یا اختصاص به خیارات زمانی ـ مانند خیار مجلس، حیوان و شرط ـ دارد و یا اینکه فقط در خیار حیوان جاری است؟

✓ مشهور فقها از لفظ «شرط» مقید در ذیل روایت، مطلق خیار را استنباط کرده و با ملحق کردن خیار شرط به خیار حیوان گفته‌اند که ضمان تلف مبیع در زمان خیار حیوان یا خیار شرط- چه مبیع حیوان باشد و چه نباشد- چنانچه خیار مختص به مشتری بوده و مبیع قبض شده باشد، بر عهده بایع خواهد بود.

شیخ انصاری با الحاق خیار مجلس به دو نوع خیار مذکور در فوق، نظریه مشهور را تکمیل کرده است. به عقیده ایشان لفظ شرط در ذیل روایت، یعنی «حتّی ینقضی الشّرط ثلاثة ایام و یصیر المبیع للمشتری»، شامل خیار مجلس نیز می‌شود؛ زیرا بنا بر عبارتی که ذکر شد، ملاک در خروج مبیع از ضمان بایع علاوه بر انقضای خیار مشتری ـ که در اخبار به آن شرط گفته شده ـ اختصاص یافتن مبیع به مشتری به طور لزوم (نه تزلزل) است، به طوری که قادر نباشد آن را از نفس خود سلب کند. بنابراین هرگاه به نفع شخصی شرط مقرر شود و معوضی که به او رسیده به نحو لزوم نباشد، تا هنگامی که شرط (خیار) منقضی نشده و مبیع به نحو لزوم در مالکیت او داخل نشده، این شخص ضامن تلف مال نخواهد بود. استدلال دیگر در کلام شیخ این است که طبق ظاهر روایت و به ویژه مفهوم واژهٔ «حتی»، ضمانی که قبل از قبض مبیع ثابت بوده تا زمانی که مبیع به نحو لزوم از آن مشتری شود استمرار دارد و این معنی مختص خیار مجلس، شرط و حیوان است؛ اما خیارات دیگر مانند غبن، عیب، رؤیت، تخلف از شرط، تفلیس مشتری و تبعض صفقه، اگر چه موجب تزلزل مالکیت (عقد) می‌شوند، تزلزل ناشی از آنها بعد از لزوم عقد و تملک کامل مبیع توسط مشتری پدید می‌آید نه از ابتدای عقد. بنابراین، روایت شامل بیع متزلزلی که مسبوق به لزوم بوده، نمی‌شود و روایت یاد شده اختصاص به خیارات سه‌گانه گفته شده دارد.

علاوه بر استدلال شیخ انصاری در شمول حکم نسبت به خیار مجلس، می‌توان گفت که ملاک در شمول روایت به اقسام خیارات- همان طوری که از ظاهر روایت نیز برمی‌آید- خیاراتی است که هر یک به نوعی در ظرف زمان قرار می‌گیرند و مقید به قید زمان هستند و پر واضح است که این دسته از خیارات به دلایل زیر منحصر به خیارات سه‌گانه فوق است:

۱. در خیار مجلس مادام که متبایعین با اراده آزاد از هم جدا نشده‌اند، می‌توانند معامله را فسخ کنند؛
۲. مطابق خیار حیوان، مشتری در ظرف سه روز پس از عقد، حق دارد بیع حیوان را فسخ کند؛
۳. در خیار شرط که مدت آن بسته به تراضی طرفین است و سایر خیارات، به محض حدوث و پیدایش موجب خیار ـ برای مثال غبن، عیب یا تدلیس ـ طرفی که حق خیار دارد باید به فوریت از حق خود استفاده کند و الا خیار ساقط خواهد شد. بنابراین در مورد چنین خیاراتی نمی‌توان تلف شدن مبیع را در زمان خیار تصور کرد.

- آیا خیار مذکور در روایات فقط به مشتری اختصاص دارد و حکم آن وقتی جاری است که فقط او اختیار فسخ عقد را داشته باشد یا اینکه شمول حکم اعم بوده و موردی که خیار مختص به بایع باشد را نیز در برمی‌گیرد ـ با این قید که این حکم در مورد خیار مشترک جاری نمی‌شود؟

با توجه به مطالب مذکور در پیش، مبنی بر اینکه با انجام دادن عقد بیع، انتقال قطعی صورت می‌گیرد و مبیع در ملکیت مشتری درمی‌آید و خیاری بودن معامله موجب نفی مالکیت مشتری نمی‌شود، و علاوه بر آن اینکه طبق اصول و قواعد اولیه هرگاه مبیع به قبض مشتری و ثمن به قبض

بایع درآمده باشد، تلف مبیع به حساب مشتری و تلف ثمن به حساب بایع گذاشته می‌شود، مفاد این قاعده خروج از اصول و قواعد اولیه خواهد بود. پس با توجه به آنکه مستند این قاعده فقط همان روایاتی است که گفته شد، باید با تفسیر مضیق قاعده، به موارد متیقن بسنده کرد که به موجب آن، محل اجرای قاعده مذکور در روایات فقط به مشتری اختصاص دارد و حکم آن وقتی جاری است که فقط او اختیار فسخ عقد را داشته باشد خواهد بود.

کاربرد و عناصر قاعدهٔ التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له در قانون مدنی

قانونگذار ایران نسبت به اختصاص قاعده به خیارات سه‌گانه در ماده ٤٥٣ ق. م نظریهٔ نهایی شیخ انصاری را قبول کرده و در ماده ٤٥٣ مقرر داشته است که: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگرخیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهدهٔ بایع است.» خلاصه آنکه شرایط لازم برای اجرای قاعده، بنابر نظریه اقوا که مورد پیروی قانون مدنی ایران قرار گرفته است به شرح زیر است:

١. معامله باید بیع باشد و این حکم شامل دیگر عقود نیست؛
٢. حکم این ماده اختصاص به مبیع دارد و در مورد تلف ثمنی که عین معین است، حکمی ندارد.؛
٣. مبیع باید عین معین باشد و اگر مبیع کلی بوده و مصداق آن انتخاب و به طرف داده شده باشد، چنین حکمی وجود ندارد؛
٤. مبیع باید تلف شده باشد؛ پس اگر مبیع اتلاف شود، قاعده جاری نیست؛
٥. مبیع قبض شده باشد؛ در غیر این صورت موضوع تابع قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض است و از شمول این قاعده خارج خواهد بود؛
٦. مبیع باید در زمان وجود خیار تلف شده باشد؛
٧. خیار باید خیار حیوان یا شرط یا مجلس باشد؛
٨. خیارات مذکور باید مختص مشتری باشد؛ یعنی در خیار مجلس و در خیار شرط نیز وقتی این قاعده حکم‌فرماست که فقط برای مشتری خیار وجود داشته باشد. پس اگر خیار مشترک باشد یا علاوه بر مشتری شخص ثالثی نیز خیار داشته باشد و یا آنکه خیار مختص به بایع باشد، در صورت تلف مبیع، قاعده جاری نیست؛ چرا که در این گونه موارد مسؤولیت مشتری منطبق با اصول بوده، نیازی به اجرای قاعده نیست؛
٩. تلف شدن مبیع نباید مستند به تفریط مشتری باشد.

روایات و همچنین ماده ٤٥٣ قانون مدنی ایران دلالت دارد که با تحقق شرایط بالا تلف از مال بایع محسوب می‌شود؛ ولی آیا بایع موظف به پرداخت مثل یا قیمت است یا اینکه منظور از عبارت «تلف از مال بایع محسوب می‌شود» این است که عقد منفسخ می‌شود و مبیع به ملکیت او درمی‌آید و در ملکیتش تلف خواهد شد؟

پاسخ آن است که چنانچه مبیع در زمان خیار مختص تلف شود، بیع منفسخ شده، بایع باید ثمن را مسترد دارد؛ زیرا در حقیقت مفاد این قاعده آن است که ضمان معاوضی که قبل از تسلیم مبیع به عهدهٔ بایع بوده، پس از تسلیم آن به مشتری، در مدت خیار مختص به مشتری نیز باقی خواهد ماند و پس از انقضای مدت مزبور، این ضمان به مشتری منتقل می‌شود. اثر بقای ضمان معاوضی بر عهدهٔ بایع، انفساخ عقد در فرض تلف است؛ بدین نحو که لحظه‌ای قبل از تلف، مبیع به ملکیت بایع درمی‌آید و در ملک او تلف شده و عقد منفسخ می‌شود؛ در نتیجه بایع باید ثمن را به مشتری برگرداند و هرگاه مشتری آن را نپرداخته باشد از پرداخت آن بری خواهد بود.

علاوه بر این، وحدت تعبیری که در روایات مربوط به تلف مبیع قبل از قبض با روایات راجع به تلف مبیع در زمان خیار مختص وجود دارد، نشان می‌دهد که هر دو شکل تلف حقیقی و حکمی، موجب انفساخ عقد می‌شود و فقها به طور صریح بدین مطلب استناد کرده و حقوقدانان نیز از همین نظریه پیروی کرده‌اند. بنا بر آنچه گفتیم با اجتماع عناصر بالا هرگاه مبیع در زمان خیار مختص به مشتری تلف شود، معامله به حکم قانون منفسخ می‌شود.

قاعدهٔ انحلال یک عقد به عقود متعدّد

مفاد کلی قاعده: قاعدهٔ انحلال یک عقد به عقود متعدّد در جایی است که جزئی از عقد به علّتی باطل و جزء دیگری از آن صحیح باشد. در این صورت عقد به دو جزء صحیح و باطل تقسیم می‌شود. مصادیق آن از جمله موارد ذیل است:

۱. شخصی دو قطعه زمینِ مجاور یکدیگر را به دیگری می‌فروشد و بعد معلوم می‌شود که یکی از آن دو قطعه زمین متعلّق به فروشنده نبوده و صاحبِ آن نیز معامله را اجازه نمی‌کند، در این صورت معامله به دو جزء صحیح و باطل تقسیم می‌شود.
۲. مالی بین دو نفر مشاع است، توسط یکی از دو شریک به شخص ثالثی فروخته می‌شود. اگر شریکِ مالِ مشاع نسبت به سهم خود، آن معامله را تنفیذ نکند. در این صورت عقد بیع به دو عقد، یکی باطل و دیگری صحیح تقسیم می‌شود.
ولی اگر شخصی مالِ دیگری را که تنها یک مالک دارد بفروشد، و مالک آن معامله را تنفیذ نکند، معامله باطل می‌شود و موردی برای انحلال عقد به عقود متعدّد نیست؛ مگر آن که مالک، عقد فضولی را نسبت به بعض یا جزئی از مورد عقد تنفیذ و نسبت به بقیه رد کند.
۳. اگر معلوم شود بعضی از مبیع مالیت نداشته و یا به جهتی از جهات قانونی معامله نسبت به آن مال باطل بوده، نیز از مصادیق انحلال عقد به چند عقد است.

مستندات قاعدهٔ انحلال یک عقد به عقود متعدّد

۱. **اجماع:** بعضی از فقها در مورد اثبات این قاعده به اجماع استناد کرده‌اند.
۲. **استقراء:** استقراء در آراء فقها نشان می‌دهد که فقیهان در موارد بسیاری از عقود و ایقاعات، به انحلال آنها به عقود و ایقاعات متعدّد حکم داده‌اند، خواه آن معامله بیع بوده یا اجاره یا دیگر معاملات.
۳. **حکم عقل:** عقل حکم می‌کند که عقود و ایقاعات در هر موردی که مانعی وجود نداشته باشد، أثر خود را بر جای بگذارند و در جایی که مانعی وجود داشته باشد، بی‌أثر باشند.
٤. **عرف:** تلّقی عرف این است که اجزاء معاوضه در برابر هم قرار گیرند و چون شرع نیز در معاملات روشِ عرف را امضا کرده است، لذا تأیید شارع نیز با تلّقی عرف همراه است.
۵. **بنای عقلا:** بنای عقلا بر این است که اگر بخشی از عقدی که منعقد شده به علّت وجود مانعی نتواند، مؤثر باشد تنها همان بخش عقد را که در مقابل آن قرار می‌گیرد، بدون أثر می‌دانند و این بطلان را به اجزاء دیگر سرایت نمی‌دهند.

آثار انحلال یک عقد به عقود متعدّد

۱. در نتیجهٔ انحلال یک عقد به دو یا چند چند عقد، ثمن و عِوض به نسبت معامله باطل و معامله صحیح می‌شود. سهمی به ملکیت منتقلٌ‌إلیه باقی می‌ماند و سهمی به مالک برمی‌گردد. (مواد ٤٤٢ و ٤٤٣ قانون مدنی)
۲. ایجاد خیار تَبَعُّض صفقِه ـ یعنی شخصی که معامله کرده، ولی بخشی از آن مستحقٌ‌للغیر بوده و مالکِ آن نیز آن را تنفیذ نمی‌کند، حق دارد اصل قرارداد را فسخ کند. مطابق مادهٔ ٤٤١ قانون مدنی: «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق‌خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.»
۳. پس از انحلال عقد، بخشی از عقد که کامل است، تمام آثار عقد کامل را خواهد داشت؛ مثلاً در یک معامله یک قطعه فرش مال غیر با یگ رأس گاو به فروش می‌رسد، که مالک فرش، معامله را رد می‌کند، در این صورت معامله نسبت به فرش باطل و نسبت به گاو صحیح است و تمام آثار عقد کامل را خواهد داشت؛ بنابراین خیار حیوان باقی می‌ماند.

کاربرد قاعدهٔ انحلال یک عقد به عقود متعدّد در قانون مدنی

۱. مادهٔ ٤٣٤: «اگر ظاهر شود که مبیع معیوب اصلاً مالیت و قیمت نداشته بیع باطل است و اگر بعض مبیع قیمت نداشته باشد بیع نسبت بآن بعض‌باطل است و مشتری نسبت به باقی از جهت تبعض صفقه اختیار فسخ دارد.»
۲. مادهٔ ٢٥٦: «هرگاه کسی مال خود و مال غیر را بیک عقدی منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند معامله نسبت بخود او نافذ و نسبت بغیر فضولی است.»
۳. مادهٔ ٣٥٣: «هرگاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.»

بخش دوم: قواعد فقهی جزایی

کلیات

شعارهای اصولی: بعضی از این شعارهای اصولی که مقدس و لایتغیّر بوده است و حتی در مواد متعدد اعلامیه حقوق بشر انعکاس یافته، عبارتند از:

۱. **اصل برائت:** این اصل از اصولی بسیار مترقّی و عالی در نظام حقوقی اسلام است. هر چند مضمون و محتوای این اصل بعد از وقوع انقلابات سیاسی ـ اجتماعی دویست‌ساله اخیر در انگلستان، آمریکا، فرانسه و دیگر کشورهای اروپایی در قوانین اساسی ناشی از این انقلابات و همچنین اعلامیه حقوق بشر انعکاس یافته و امروزه تقریباً تمامی قوانین اساسی کشورها این اصل را به رسمیت شناخته‌اند لیکن شناخت، احترام و اجرای این اصل به عنوان یکی از محورهای اصلی دادرسی و قضا در اسلام، ۱٤ قرن پیش از این، آن هم در سرزمینی که از حیث درجه مدنیّت مادی قابل مقایسه با تمدن‌های باستانی نبود، بی‌شک از ویژگی‌های شگفت‌انگیز تعالیم اسلامی است. کاربرد اصل مذکور در عصری که حقوق فطری و طبیعی و الهی بشر در دیدگاه سلاطین زورمدار و خودکامه کوچکترین جایگاهی نداشت و برای عزت و کرامت انسان‌ها شأن و مقامی ملحوظ نمی‌شد از مزایای اسلام انقلابی است.

در سازمان‌های اجتماعی تمدن‌های باستانی، تقسیم کار و تجزیه جامعه به طبقات و نظام مبتنی بر کاست (Cast) و تمایزات طبقاتی، به صورت سنت‌های جاافتاده‌ای در آمده بود. هر گونه عصیان علیه این نظام‌ها گناهی نابخشودنی شمرده می‌شد و به شدت کیفر می‌دید. لازمه این سازمان‌های اجتماعی اولویت و امتیازات بی‌حد و حصر گروهی اندک در مقابل محرومیت همه جانبه اکثریت جامعه، از کمترین حقوق انسانی بود. طبیعی است در چنین فضایی انسان‌های محروم و تحت ستم به بهانه‌های گوناگون مورد سؤال، مؤاخذه و اتهام قرار می‌گرفتند و اکثر قریب به اتفاق آنان به گناه ناکرده مجازات می‌شدند.

اسلام برای نخستین بار، اصل برائت را از طریق قاعدهٔ «درأ» و «قبح عقاب بلابیان» جاری ساخت. به موجب این اصل، انسان‌ها از مصونیت و تأمین اجتماعی کافی برخوردار شدند و برای نخستین بار، حقوق افراد جامعه در حصاری مستحکم تحت محافظت قرار گرفت و از جانب حکومت و قوای عمومی تضمین شد. دیوار برائت از دیدگاه حقوق اسلامی به حدی رفیع است که رخنه در آن به راحتی ممکن نیست. این اصل نه تنها در مدافعات معمولی بلکه آنجا که عرصه حقوق اللّه است نیز کاربرد بسیار مؤثر و عملی دارد؛ به حدی که حتی با تحقق شبهه و تردید، اجرای احکام الهی یعنی حدود نیز تعطیل می‌شود (الحدود تدرء بالشبهات). این اصل در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صورت اصل سی و هفتم به رسمیت شناخته شده است.

۲. **ممنوعیت شکنجه:** در حقوق اسلامی و قانون اساسی ایران (اصل ۳۸) هر گونه شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع ممنوع است؛ حتی اجبار شخص به شهادت و اقرار به سوگند نیز مجاز نیست. اصل ممنوعیت شکنجه دارای ریشه عمیق فقهی است؛ زیرا مطابق موازین حقوق اسلامی تنها اراده و قصد آزاد شخص بالغ، رشید و مختار منشأ اثر حقوقی است و بر شخص مجبور و مکره و حتی در مواردی بر مضطر آثار حقوقی مترتب نیست. بنابراین، اعترافات و اقاریری که تحت شکنجه گرفته می‌شود در واقع تأیید تلقینات اجبارکننده است که بدون قصد انشاء از شخص مجبور صادر می‌شود و به همین علت فاقد شرایط صحت و اصالت است. چنین اقاریر و اعترافاتی در محاکم، فاقد ارزش است و نمی‌تواند علیه اشخاص مورد استناد واقع شود. به علاوه، مرتکب این گونه أعمال به موجب قانون قابل تعقیب است.

۳. **حقوق متهم:** در نظام اسلامی، متهم و محکوم حقوقی مشخص دارند که تجاوز از آن به هیچ روی مجاز نیست. اصل ۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت و زندانی یا تبعید شده به هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است.» اهمیت این اصل در حقوق اسلامی به حدی است که بنابر نصوص وارده، چنانچه کسی به این حقوق تجاوز کند مستحق تعزیر و عقوبت خواهد بود.

از دیدگاه اسلام، متهم حق تعیین وکیل دارد. این حق در اصل ۳۵ قانون اساسی تبلور یافته و قانونگذار تا آنجا پیش رفته است که اگر متهم نتواند، دولت موظف است برایش وکیل استخدام کند. کفالت امور شخص زندانی و حتی خانواده‌اش بر عهده حکومت اسلامی است. در نظام حقوقی اسلام، دولت اسلامی متکفل امور کلیه کسانی است که گرفتار عسر و حرج هستند و از تأمین معاش و اداره امور جاری خود عاجزند. به همین جهت، شخص زندانی از هر حیث در کفالت و تعهد حکومت است و کلیه مایحتاجش در حدود متعارف باید مرتفع شود. به علاوه، چون خانواده و عائلهٔ محکوم با زندانی شدن سرپرست شان، کسب در آمد خود را از دست می‌دهند، دولت پرداخت هزینه و اداره امور آنها را نیز عهده‌دار می‌شود. این همان چیزی است که حقوق اروپایی قرنها با آن بیگانه بود و در دهه‌های اخیر با نضج و گسترش جنبش‌های حمایت از زندانیان تدریجا در نظام قضایی مغرب زمین تکوین یافته است.

٤. **اصل مساوات در مقابل قانون:** حقوق اسلام به اصل تساوی در مقابل قانون بیشترین اهمیت را قائل است و از این دیدگاه بین سیاه حبشی و سید قریشی کمترین تفاوتی نیست؛ بلکه وجه شاخص و تمایز بین افراد و اولویت آنان نسبت به یکدیگر تنها تقوی و عمل صالح است. سخت‌گیری شرع مقدس در این مورد به حدی است که جزئیات رفتار قضات در خصوص نحوه برخورد با طرفین مرافعه را به دقت روشن کرده است. قاضی در صحبت کردن، نشستن، نگریستن و امور دیگری که در جریان دادرسی پیش می‌آید مکلف است اصل تساوی را رعایت کند و هرگز مجاز نیست یکی از طرفین را بر دیگری بی‌جهت ترجیح دهد.

٥. **رعایت نزاکت قضایی:** افزون بر آنکه رعایت ادب و نزاکت در برخورد با متهمین حق مسلّم آنان محسوب می‌شود، بلکه از اصول قضایی اسلام به شمار می‌رود، قاضی نمی‌تواند با متهم، با هر درجه از جرم انتسابی، بی‌ادبانه برخورد کرده، با او به تلخ گویی بپردازد.

٦. **اصل منع تجسس (وَ لا تَجَسَّسُوا):** حریم زندگی شخصی مردم محترم است و جستجو و تحقیق در زندگی آنان امری زشت و ناپسند است. برای کشف و تعقیب در مورد یک جرم انتسابی به متهم، هیچ‌گاه نمی‌توان بدون دلیل به تفتیش زندگی شخصی او پرداخت و از جزئیات پنهان او اطلاع حاصل کرد.

قواعد فقهی جزایی

قاعدهٔ قُبحِ عِقاب بلابیان

(اصل قانونی بودن مجازات‌ها)

مفاد کلی قاعده: مادام که عملی توسط شرع نهی نشده و آن نهی به مکلف ابلاغ نشده، چنانچه شخصی مرتکب گردد مجازات او عقلاً قبیح و زشت است و مادام که عملی توسط شرع واجب نشده و امر شارع به مکلف ابلاغ نشده، چنانچه شخصی ترک کند، مجازات او بر ترک فعل مزبور عقلاً قبیح و زشت است.

باید دانست که قلمرو این قاعده وسیع‌تر از «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» در حقوق عرفی معاصر است؛ چرا که اصل قانونی بودن جرم و مجازات، راجع به وضع قانون و به تبعِ آن به مراحل ابلاغ و انتشار قانون است؛ ولی فقها در مواردی که مکلف نه به علت تقصیر، بلکه به جهتی دیگر، نسبت به تکلیف صادره جاهل بوده است نیز به این قاعده تمسّک کرده‌اند.

مقایسه قاعدهٔ قبح با اصل عدم رافعیت

ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا اصل جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، خلاف قاعدهٔ عقلی قبح عقاب بلابیان است؟ به نظر می‌رسد اصل جهل به قانون رافع مسئولیت نیست؛ یک فرض قانونی و قضایی است؛ نه یک اصل ماهوی. توضیح اینکه فرض قانونگذار بر این است که پس از وضع قانون و طی مراحل ابلاغ و انتشار آن، اصل بر آن است که همه از قانون اطّلاع و آگاهی خواهند داشت. بنابراین هرگاه کسی پس از قابل اجرا شدن قانون، مرتکب عمل ممنوعی شود صرف ادّعای جهل موجب رفعِ مسؤولیت او نیست؛ ولی در فرض اثبات، عقلاً مسئول شناخته نمی‌شود.

مستندات قاعدهٔ قُبحِ عِقاب بلابیان

۱. **قرآن:** شیخ طوسی در تفسیر تبیان ذیل آیه شریفهٔ «وَ ما کنّا مُعَذِّبِینَ حَتّی نَبْعَثَ رَسُولًا؛ و ما تا رسول نفرستیم (و بر خلق اتمام حجّت نکنیم) هرگز کسی را عذاب نخواهیم کرد» (اسراء، ۱۵) می‌گوید: «این آیه بیانگر آن است که خداوند هیچ کس را بر معاصی و گناهانش عقاب نخواهد کرد؛ مگر آنکه با حجّت‌ها، دلایل و ارسال رُسُل وی را آگاه ساخته باشد.» سپس در مقام استدلال می‌گوید: «به خاطر آنکه زشت است عقلاً که خداوند کسی را عِقاب کند قبل از آنکه او را به مصالح و مفاسدش آگاه ساخته باشد.» نظر شیخ بر آن است که مفاد آیهٔ شریفه بیانگر یک حکم عقلی یعنی «قبح عِقاب بلابیان» است.

۲. **روایات**: از جمله آنکه محمد بن مسلم گوید: از امام باقر (ع) پرسیدم: مردی را به اسلام خوانده‌ایم و او پذیرفته است. پس از آن، مرتکب شرب خمر، زنا و رباخواری شده است. به خاطر آنکه احکام اسلامی برای او بیان نشده است، آیا حد بر او جاری می‌شود؟ امام (ع) در پاسخ فرمود: خیر، مگر آنکه اثبات شود که می‌دانسته این اعمال حرام‌اند.

همچنین در حدیث دیگر آمده است که امام صادق (ع) فرمود: در زمان أبو بکر مردی را که مرتکب شرب خمر شده بود آوردند. شخص مزبور نزد أبو بکر اقرار کرد. أبو بکر پرسید: «چرا با وجود آنکه این عمل حرام است مرتکب شدی؟» پاسخ داد: «من بر حرمت آن آگاه نبودم و اگر می‌دانستم، چنین کاری نمی‌کردم.» خلیفه حیران شد، با عمر مشورت کرد، عمر گفت: «مسأله مشکلی است.» قضیّه را نزد علی (ع) بردند. آن حضرت فرمود: «شخصی همراه او کنید و به مجالس مهاجران و انصار بگردانید، چنانچه کسی گواهی داد که برای شخص مرتکب، آیه مربوط به حرمت خمر تلاوت شده، مجازاتش کنید. در غیر این صورت، رهایش سازید.» به همین رأی عمل شد و چون کسی گواهی نداد رهایش ساختند.

۳. **دلیل عقل:** همان طور که گفته شد فقها این قاعده را عقلی می‌دانند؛ بدین معنا که معتقدند عقاب و مؤاخذه نسبت به فعل یا ترک فعلی که از سوی مقام تشریع برای شخص مرتکب، بیانی واصل نشده، قبیح است. باید دانست که این مسأله مبتنی بر نظریه ذاتی بودن حُسن و قُبح افعال است. چنانچه بخواهیم حکم عقل را فرا راه اثبات حکم شرعی قرار دهیم، بایستی یک گزاره عقلی، از مستقلات عقلیه به حساب آید؛ یعنی عُقلا از آن جهت که عاقل و خردمندند، با قطع نظر از هرگونه فرهنگ و عادات و رسوم و تعلیمات ادیان، بر آن حکم نمایند. چنانچه عُقلا بر ارتکاب عملی آفرین گویند، آن عمل خوب و اگر بر ارتکاب آن نه آفرین (نفرین) گویند، آن عمل زشت و بد است. پس از به دست آوردن حکم عقل با پیوست کبرای قاعده ملازمه «کلّما حکم به العقل حکم به الشرع»، حکم شرعی را استنباط می‌کنیم.

٤. **دلایل نقلی:** همان گونه که قبلا اشاره شد این قاعده از قواعد عقلی است؛ اما اصولیین در تأیید حکم عقل، به دلایل نقلی نیز تمسّک نموده که مفاد آنها را اصل برائت شرعیه اصطلاح کرده‌اند. به موجب این اصل، انجام یا ترک هر فعلی مادام که حکمی در مورد آن وارد نشده باشد مباح است؛ یعنی بر ترک یا انجام آن مؤاخذه و مجازاتی مترتّب نیست. مقتضای این اصل آن است که هیچ کس را نمی‌توان به جرمی که ممنوعیت آن به افراد واصل نشده مجازات نمود.

٥. **آراء فقها:** فقهای عظام امامیه در تعبیرات مختلف به این قاعده اشاره کرده‌اند:

- شیخ مفید گفته است: «انَّ کل شیء لا نصَّ فی حظره فانّه علی الاطلاقِ؛ هر چیز که نصّی در ممنوع بودن آن نباشد، آزاد و مجاز است.»
- شیخ صدوق گفته است: «اعتقادنا انَّ الاشیاء کلّها مطلقه حتی یرد فی شیء منها نهی؛ همه چیز آزاد و مجاز است تا در آن نهی وارد شود»
- شیخ طوسی گفته است: «ان الاصل، الاباحه، و الحظر یحتاج الی دلیل؛ اصل اباحه و جواز است و منع نیازمند دلیل است»
- سید مرتضی گفته است: «التکلیف بلا امارة ممیّزة متقدّمه، قبیح؛ تکلیف کردن بدون اماره مشخص و قبلی، که موجب تمیز شود، امری قبیح است.»
- به عقیدهٔ میرزای قمی: «لا تکلیف الّا بعد البیان؛ هیچ تکلیف و وظیفه‌ای جز با بیان وجود ندارد»

مجاری قاعدهٔ قبح عقاب بلابیان

قاعدهٔ قبح عقاب بلابیان پشتوانه اصول مختلفی قرار گرفته است که در اینجا به طور اجمال گزارش می‌شود:

۱ـ اباحه و حَظْر

فقها بحث دیگری تحت عنوان «اصالة الحَظْر» یا «اصالة الاباحه» دارند. حَظْر به معنای منع، متضاد اباحه است. به همین جهت، اصالة الاباحه در مقابل اصالة الحَظْر است. اصالة الحَظْر بدین معناست که تا دلیل شرعی بر جواز ارتکاب یک فعل وجود نداشته باشد، باید از آن اجتناب کرد؛ اما اصالة الاباحه خلاف آن است. اصالة الاباحه مورد پیروی فقیهان اصولی است و فقیهان اخباری بیشتر حامی اصالة الحَظْر می‌باشند؛ یعنی اصولیون معتقدند که هر چیزی جایز و مباح است؛ مگر آن که شارع منع کرده باشد و اخباریون می‌گویند، تنها چیزهایی مباح است که شارع مباح کرده باشد. مستند شرعی فقهای اصولی، آیات و احادیث منقول از ائمه است. برخی از این آیات عبارتند از:

۱. هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مٰا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً؛ او خدایی است که همه موجودات زمین را برای شما خلق کرد (بقره، ١٦٨).
۲. يٰا أَيُّهَا النّٰاسُ كُلُوا مِمّٰا فِي الْأَرْضِ حَلٰالًا طَيِّباً؛ ای مردم از آنچه در زمین است، حلال و پاکیزه را تناول کنید (بقره، ١٦٨).
۳. قُلْ لٰا أَجِدُ فِي مٰا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلىٰ طٰاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلّٰا أَنْ يَكونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ؛ بگو ای پیامبر در احکامی که به من وحی شده است من چیزی را که برای خورندگان طعام حرام باشد نمی‌یابم؛ جز آنکه میته (حیوان مرده) باشد یا خون ریخته یا گوشت خوک (انعام، ١٤٥).
۴. وَ مَا كانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللّٰهُ وَ رَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَ مَنْ يَعْصِ اللّٰهَ وَ رَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلٰالًا مُبِينًا؛ و هیچ مرد و زن مؤمنی را نرسد هنگامی که خدا و پیامبرش کاری را حکم کنند برای آنان در کار خودشان اختیار باشد؛ و هرکس خدا و پیامبرش

را نافرمانی کند یقیناً به صورتی آشکار گمراه شده است. (احزاب. ۳۶) به موجب این آیه، وقتی خدا و پیامبرش دستوری دادند، هیچ مرد و زن مؤمنی حق ندارند، از آن تخطی کنند، ولی قبل از صدور دستور خدا و پیامبر، چنین وظیفه و تکلیفی بر عهدهٔ کسی نیست.

۵. از امام صادق (ع) نیز نقل شده است که کُلُّ شَيْءٍ مُطْلَقٌ حَتَّى يَرِدَ فِيهِ نَهْيٌ ؛ همهٔ چیزها مباح‌اند مگر آنکه مورد نهی واقع شده باشند.

خلاصه آنکه مفاد اصل اباحه آن است که هرگاه نسبت به حرمت و حلّیت چیزی تردید وجود داشته باشد، چنانچه با جستجو و بررسی دلیلی بر حرمت آن یافت نشد حکم به حلیت آن داده می‌شود. اصل اباحه در شبهات موضوعیه مورد استناد قرار می‌گیرد.

۲ـ اصل برائت

در شبهات حکمیه، چنانچه مکلف بدوا شک داشته باشد که عملی بر وی واجب است یا خیر، اصل بر برائت است؛ یعنی ذمّه وی از تعلق چنین تکلیفی بری است. همچنین اگر تردید در حرمت داشته باشد، اصل بر برائت است. به شبهات دسته اوّل، شبهات حکمیه وجوبیه و به شبهات دسته دوم، شبهات حکمیه تحریمیه می‌گویند. در هر یک از این اقسام، منشأ تردید می‌تواند فقدان نص، ابهام و اجمال نص و یا تعارض نصوص باشد. اصل برائت از اصول نسبتا اتفاقی فقهای اسلامی است. اصل برائت و نیز اصل اباحه، هر دو، از اصول مستنتج از قاعدهٔ قبح عقاب بلابیان است. دلیل اصلی در توجیه آن دو، همین قاعده ارائه شده؛ هر چند که به دلایل نقلی نیز تمسک شده است.

۳ـ جهل به حکم

ممکن است در مورد امری، حکم شرعی وضع شده باشد؛ ولی اشخاص نسبت به آن جاهل باشند. به موجب قاعدهٔ قبح عقاب بلابیان حکم مزبور قطعی نمی‌شود. توضیح اینکه وضع احکام نمی‌تواند منوط به علم مکلفین باشد؛ چرا که اگر وضع حکم متوقف بر علم مکلفین باشد، مادام که آنان عالم به احکام نباشند حکمی وضع نخواهد شد؛ در حالی که علم و آگاهی به احکام پس از وضع حاصل می‌شود و مترتّب بر آن است.

اصولیین گفته‌اند که اصل وضع احکام متوقف بر علم و آگاهی مکلفین نیست؛ اما تکلیف مراحلی دارد که از جمله آنها قطعیت تکلیف است و هیچ گونه مانع عقلی وجود ندارد که این مرحله منوط به علم و آگاهی مکلفین باشد. به دیگر سخن، تنها تخلف و سرپیچی از آن دسته از تکالیف قابل مؤاخذه و مجازات است که منجّز و قطعی باشد و قطعیت و تنجّز تکلیف منوط به اطلاع و آگاهی فرد است.

اما این نکته را نباید از نظر دور داشت که اصل فوق نتیجهٔ حاکمیت و اجرای قاعدهٔ قبح عقاب بلابیان است؛ یعنی به خاطر آن که عقلاً مجازات شخص جاهل ظلم و قبیح است، توجیه فوق صورت گرفته است. از این رو، صرفاً محدود به جهل ناشی از قصور است و به هیچ وجه جهل ناشی از تقصیر را شامل نخواهد شد؛ چرا که پس از وضع حکم و تشریع آن، جهل افراد متمکن از تحصیل علم و آگاهی، مانع از قطعیت آن نمی‌شود؛ بلکه احکام بر آنان منجّز و قطعی خواهد بود و در فرض تخلف، مجازات آنان فاقد قبح و منع عقلی است. در قرآن مجید آمده است: إِنَّ الَّذِينَ تَوَفّٰاهُمُ الْمَلٰائِكَةُ ظٰالِمِي أَنْفُسِهِمْ قٰالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قٰالُوا كُنّٰا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قٰالُوا أَ لَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللهِ وٰاسِعَةً فَتُهٰاجِرُوا فِيهٰا فَأُولٰئِک مَأْوٰاهُمْ جَهَنَّمُ وَ سٰاءَتْ مَصِيراً، إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجٰالِ وَ النِّسٰاءِ وَ الْوِلْدٰانِ لٰا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَ لٰا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا فَأُولٰئِک عَسَى اللهُ أَنْ يَعْفُوَ عَنْهُمْ وَ كٰانَ اللهُ عَفُوًّا غَفُوراً (نساء، ۹۷- ۹۸). کسانی که فرشتگان جان‌شان را می‌ستانند؛ در حالی که بر خویشتن ستم کرده بودند از آنها می‌پرسند: «در چه کاری بودید؟» گویند: «ما در روی زمین مردمی بودیم زبون گشته.» فرشتگان گویند: «آیا زمین خدا پهناور نبود که در آن مهاجرت کنید؟» مکان اینان جهنم است و سر انجام شان بد؛ مگر مردان، زنان و کودکان ناتوانی که هیچ چاره‌ای نیابند و به هیچ جا راه نبرند.

از آیات فوق چنین استفاده می‌شود که هرگاه افرادی توانایی تفکر، امعان نظر و تکاپو برای دستیابی به حقیقت و دوری از جهل را داشته باشند؛ اما در این امر تقصیر کرده، از این رهگذر به فساد و تباهی مبتلا شده و تکالیف الهی را ترک کنند، مستحق عذاب خواهند شد. در این صورت، عذاب آنان با موازین عقلی و شرعی منطبق است. اما مستضعفان فکری که راه به جایی نبرده، امکان تلاش و نجات از تباهی برای آنان وجود نداشته باشد، به خاطر قصورشان مورد عفو خداوند قرار خواهند گرفت.

با توجه به مراتب فوق، روشن شد که اصل مورد بحث با قاعدهٔ «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» هیچ گونه تنافی و ناسازگاری ندارد؛ چرا که در حقوق موضوعه، نشر احکام و قوانین، امارهٔ آگاهی و علم به قانون محسوب شده است. تفصیل فوق، در تعلیمات اسلامی سابقه دارد و کاملا مورد توجه قرار گرفته است. در میان آیات و احادیث منقول از پیشوایان دینی نیز همین تفصیل دیده می‌شود. به نمونه‌هایی از آنها توجه فرمایید:

۱ـ (عن يزيد الكناسي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة تزوجت في عدتها فقال: إن كانت تزوجت في عدة طلاق لزوجها عليها الرجعة فان عليها الرجم، وإن كانت تزوجت في عدة ليس لزوجها عليها الرجعة فان عليها حد الزاني غير المحصن، وإن كانت تزوجت في عدة بعد موت زوجها من قبل انقضاء الأربعة أشهر والعشرة أيام فلا رجم عليها، وعليها ضرب مائة جلدة، قلت: أرأيت إن كان ذلک منها بجهالة؟ قال: فقال: ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين إلا وهي تعلم أن عليها عدة في طلاق أو موت، ولقد كن نساء الجاهلية يعرفن ذلک قلت: فان كانت تعلم أن عليها عدة ولا تدري كم هي؟ فقال إذا علمت أن عليها العدة لزمتها الحجة، فتسأل حتى تعلم) یزید کنسانی نزد امام صادق (ع) چنین مسأله‌ای را طرح نمود: حکم زنی که در عدّهٔ طلاق ازدواج کرده چیست؟ امام (ع) فرمود: چنانچه در دوران عده طلاق رجعی ازدواج کرده باشد محکوم به مجازات رجم است. پرسید: اگر جاهل باشد چطور؟ امام (ع) فرمود: هیچ زنی در زمان ما نیست که نداند در طلاق و مرگ شوهر باید عده نگه دارد؛ حتی زنان دوران جاهلیت نیز بر این امر آگاهی داشتند. پرسید: چنانچه می‌دانست که عدّه بر اوست؛ ولی نمی‌دانست چقدر است چطور؟ فرمود: اگر می‌دانست که عده بر اوست، حجّت بر وی تمام است، بایستی می‌پرسید و می‌دانست.

۲- (قال: سألته عن امرأة تزوجت رجلا ولها زوج، قال: فقال: إن كان زوجها الأول مقيما معها في المصر التي هي فيه تصل إليه ويصل إليها فان عليها ما على الزاني المحصن (الزانية المحصنة) الرجم، وإن كان زوجها الأول غائبا عنها أو كان مقيما معها في المصر لا يصل إليها ولا تصل إليه فان عليها ما على الزانية غير المحصنة ولا لعان بينهما، قلت: من يرجمها ويضربها الحد وزوجها لا يقدمها إلى الامام ولا يريد ذلک منها؟ فقال: إن الحد لا يزال لله في بدنها حتى يقوم به من قام أو تلقى الله وهو عليها، قلت: فان كانت جاهلة بما صنعت، قال: فقال: أليس هي في دار الهجرة؟ قلت: بلى، قال: ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين إلا وهي تعلم أن المرأة المسلمة لا يحل لها أن تتزوج زوجين، قال: ولو أن المرأة إذا فجرت قالت: لم أدر أو جهلت أن الذي فعلت حرام ولم يقم عليها الحد إذا لتعطلت الحدود.) شخصی از امام صادق (ع) در مورد زنی که شوهر داشت ولی با مردی ازدواج کرده سؤال کرد. امام فرمود: بایستی بر او حد جاری شود. پرسید: اگر جاهل باشد چطور؟ امام (ع) فرمود: آیا در منطقه مسلمان‌نشین زندگی نمی‌کند؟ پاسخ داد: آری، در همین منطقه مسلمان‌نشین زندگی می‌کند. امام (ع) فرمود: از میان زنان مسلمان هیچ زنی نیست که نداند زن نمی‌تواند دو شوهر داشته باشد. سپس امام (ع) اضافه کرد: اگر قرار باشد هر زنی که مرتکب فجور می‌شود بگوید من نمی‌دانستم کاری که کرده‌ام حرام بوده و حد بر او جاری نشود، در این صورت اجرای حدود الهی تعطیل خواهد شد.

از آیات و روایات فوق کاملا پیداست که هر چند مقتضای استصحاب، عدم علم است؛ اما ظاهر اوضاع و احوال می‌تواند امارهٔ قضایی حاکم بر استصحاب محسوب شود، اصل بر علم گذاشته شود و بار اثبات جهل بر دوش مدّعی آن قرار گیرد. از نظر فقه اسلامی، تشریع احکام و شیوع آن میان مسلمانان، اماره قضایی بر آگاهی و علم افراد به حساب می‌آید.

کاربرد قاعدهٔ قُبحِ عِقاب بلابیان یا اصل قانونی بودن جرائم و مجازات در قوانین

از اصل قانونی بودن جرائم و مجازات نتایجی از جمله نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. اگرچه بر طبق اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصل چهارم قانون اساسی، قوانین ایران باید بر اساس قوانین اسلام باشد؛ ولی به این معنا نیست که منابع فقهی و فتاوی معتبر، قانون به حساب آیند، بلکه قانون باید به تصویب مجلس و شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان برسد تا پس از انتشار، قانون به حساب آید و منظور از اینکه در اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصل ۳۶ و ۱۶۶ از قانون نام می‌برد، مصوبات مجلس شورای اسلامی است.

۲. قانون عطف بما سبق نمی‌شود؛ چون مستلزم عقاب بلابیان است، که امری قبیح است به موجب اصل ۱۶۹ قانون اساسی: «هیچ فعلی یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.»

۳. اصل برائت نیز از جهتی از آثار اصل قانونی بودن جرم و مجازات است، لذا اصل ۳۷ قانون اساسی چنین مقرّر داشته است: «اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.»

قاعدهٔ وِزر

(اصل شخصی بودن مجازات‌ها)

مفاد کلی قاعده: مفهوم این قاعده این است که هیچ کس بارِ گناه و جرم دیگری را بر دوش نمی‌گیرد. فقیهان این قاعده را در ابواب ذی‌ربط اعم از مسؤولیت کیفری یا ضمان قهری به کار برده‌اند، ولی این قاعده (وِزر) تحت عنوان یک قاعدهٔ خاص فقهی، به طور جداگانه و مستقل، مورد مطالعه و بررسی قرار نگرفته است. البته فقها در کتب فقهی و لابلای مباحث، حسب مورد به این قاعده توسل جسته‌اند. هر جا هم که به قاعدهٔ مزبور استناد شده، دقیقا به متن آیهٔ «وَ لا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرىٰ»* (انعام، ۱۶۴) تمسک شده است؛ و شاید آقای دکتر محقق داماد برای اولین بار آن را به صورت قاعده‌ای مستقل مطرح کرده باشند.

این قاعده یکی از عناصر جوهری مجازات در اسلام است که بعد از انقلاب کبیر فرانسه، این قاعده در حقوق کیفری کشورهای اروپایی نیز رسوخ کرده است. در حقوق امروز تحت عنوان «اصل شخصی بودن مجازات‌ها» از اهمیت خاصی برخوردار است؛ به طوری که دانشمندان اسلامی و غربی و حقوق‌دانان کشورمان در تألیفات خود، در باب تاریخچه تحول مقررات کیفری و مسئولیت جنایی، از آن یاد کرده‌اند.

اصل شخصی بودن مجازات‌ها در تاریخ

۱. **در دوران باستان:** مطالعات تاریخی نشان می‌دهد که در قدیم الایام مسئولیت جمعی حکمفرما بود. حدود دو هزار سال پیش از میلاد مسیح، پادشاه بابل، مجمع القوانین حمورابی را اعلام کرده، بر روی قطعه سنگی در مرکز شهر بابل حک نمود و در معرض دید مردم قرار داد. بنا به گفتهٔ مورخین؛ این مجموعه، از قوانین قدیمی‌تر یعنی قوانین سومری و مجموعهٔ قوانین اشنونا (Eshnunna) که شاید دو قرن قبل از حمورابی بوده، اقتباس شده است. در این مجموعه، احکامی به چشم می‌خورد که به موجب آن در برخی موارد، فرزندان مجرم به جای وی مجازات می‌شدند؛ برای نمونه، اگر معماری در ساختن خانه، استحکام لازم را رعایت نمی‌کرد و خانه فرو می‌ریخت و صاحب خانه در اثر آن کشته می‌شد، معمار به کیفر اعدام محکوم می‌شد. چنانچه فرزند صاحب خانه کشته می‌شد، فرزند معمار محکوم به مرگ می‌شد. نمونهٔ دیگر در امور پزشکی بود؛ اگر جراح به معالجه مریض موفق نمی‌شد و در اثر عمل او، فرزند شخص بزرگی به هلاکت می‌رسید، فرزند جراح به کیفر قتل محکوم می‌شد. بدین ترتیب، در قدیم الایام فرزندان بی‌گناه مجرم در معرض کیفر قرار می‌گرفتند.

مورخین معتقدند که با توجه به مشابهت قوانین ایران باستان با قوانین حمورابی، در ایران باستان نیز مسئولیت از اعمال دیگران وجود داشته، اعضای خانواده مجرم نیز دارای مسئولیت کیفری بوده‌اند. اگر کسی در نظر پادشاه مجرم شناخته می‌شد فرزندان او هم مسئولیت پیدا می‌کردند. متأسفانه در سراسر گیتی در قدیم الایام و دوران باستان از اصل شخصی بودن مجازات اثری وجود نداشت. علاوه بر آن، مردگان و حیوانات هم در برخی موارد، مسئول شناخته شده، به کیفر می‌رسیدند.

۲. **اصل شخصی بودن مجازات‌ها در حقوق امروز:** این قاعده یکی از پایه‌های اصولی و اساسی در حقوق جزای مدرن است. بر اساس این قاعده فقط مجرم، شرکا و معاونین او مسئولیت کیفری دارند و عواقب سوء رفتار آنان متوجه خودشان است و اعضای خانواده و بستگانشان هیچ گونه مسئولیت کیفری ندارند و نمی‌توان آنان را بازخواست نمود. در واقع، این قاعده عکس العملی بود که نسبت به سنت سیّئه قدیم و حکومت استبداد کبیر فرانسه ابراز شد. در آن ایام، مجازات کسی که به پادشاه توهین می‌کرد اعدام بود و اعضای خانوادهٔ او هم در معرض مجازات تبعید و ضبط دارایی قرار می‌گرفتند.

۳. **اصل شخصی بودن مجازات‌ها در اسلام:** یکی از خصایص نظام کیفری اسلام حاکمیت اصل شخصی بودن مجازات‌هاست. با توجه به اهمیتی که نظام اسلامی برای آزادی فردی و امنیت قضایی قائل است، قبول مسئولیت شخصی اجتناب‌ناپذیر است. این اصل یکی از عناصر جوهری کیفر در اسلام قلمداد می‌شود و دارای ریشه‌های قرآنی است که در مبحث منابع فقهی به ذکر آن خواهیم پرداخت. شایان توجه است که نظام قضایی اسلام حدود ۱۲ قرن پیش از نظام قضایی غرب، با نزول آیاتی چند از قرآن مجید از جمله آیه شریفهٔ «وَ لٰا تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْریٰ» (انعام، ١٦٤)، این اصل مترقّی را پذیرفته، به آن عمل نموده است.

مستندات قاعدهٔ وزر

۱. **قرآن:** خداوند رحمان در آیهٔ ١٦٤ سورهٔ انعام چنین گفته است: (وَ لٰا تَکسِبُ کلُّ نَفْسٍ إِلّٰا عَلَیْهٰا وَ لٰا تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْریٰ؛ هر کس کاری کند مسؤولیت آن تنها بر دوش خود اوست و کسی بارِ گناه دیگری را بر دوش نمی‌گیرد) متن قاعدهٔ وزر؛ یعنی «وَ لٰا تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْریٰ» در چهار آیهٔ دیگر؛ یعنی آیات ۱۵ سورهٔ اسراء، ۱۸ سورهٔ فاطر، ۳۵ سورهٔ نجم و ۷ سورهٔ زُمر نیز تکرار شده است، که این آیات بیانگر مفهوم و مستند این قاعده هستند. مضمون قاعدهٔ وزر به صورت‌های دیگر نیز در قرآن آمده است که آنها را دسته‌بندی می‌کنیم:

- **آیات «کسب»**

– کلُّ نَفْسٍ بِمٰا کسَبَتْ رَهِینَةٌ (مدثر، ۳۸)؛ هر کسی در گرو دست آورده های خویش است،

– کلُّ امْرِئٍ بِمٰا کسَبَ رَهِینٌ (طور، ۲۱)؛ هر انسانی در گرو اَعمال خویش است.

– وَ الَّذِینَ یُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِینَ وَ الْمُؤْمِنٰاتِ بِغَیْرِ مَا اکتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتٰاناً وَ إِثْماً مُبِیناً (احزاب، ۵۸)؛ و کسانی که مردان و زنان مؤمن را بدون آنکه مرتکب عملی (ناروا) شده باشند آزار می‌رسانند زیر بارِ بُهتان و گناهی آشکار رفته‌اند. مرحوم طبرسی در تفسیر آیهٔ فوق می‌گوید: «بِغَیْرِ مَا اکتَسَبُوا؛ یعنی بغیر جنایة و استحقاق للاذی.» توضیح اینکه این آیه پس از آیات مربوط به ایذاء خدا و رسول آمده است. مجازات و عذاب برای آزاردهندگان خدا و رسول، لعنت ابدی است چون اذیت خدا و رسول همواره به غیر حق است؛ ولی اذیت مردم گاهی به حق است؛ مثل مورد اجرای حدود و قصاص و سایر مجازات‌های نامشروع. از این رو در اینجا گفته است «بِغَیْرِ مَا اکتَسَبُوا»؛ یعنی بدون انجام جنایتی یا استحقاق آزاری.

- **آیات «سؤال»**

– قُلْ لٰا تُسْئَلُونَ عَمّٰا أَجْرَمْنٰا وَ لٰا نُسْئَلُ عَمّٰا تَعْمَلُونَ (سبا، ۲۵)؛ بگو از شما نسبت به گناهان ما سؤال نمی‌شود و از ما نسبت به اعمال شما سؤال نخواهد شد.

- وَ لَتُسْئَلُنَّ عَمّا کنْتُمْ تَعْمَلُونَ (نحل، ۹۳)؛ به طور قطع در مورد کارهایی که می‌کنید از شما سؤال خواهد شد.
- لَهٰا مٰا کسَبَتْ وَ لَکمْ مٰا کسَبْتُمْ وَ لٰا تُسْئَلُونَ عَمّا کٰانُوا یَعْمَلُونَ (بقره، ۱۳٤)؛ برای آنهاست آنچه کردند و برای شماست آنچه کردید و دربارهٔ آنچه می‌کرده‌اند از شما پرسیده نمی‌شود (هیچ کس مسئول أعمال دیگری نیست و کسی را به گناه دیگری نمی‌گیرند).

۲. سنت

- حضرت علی (ع) پس از ضربت خوردن به دست ابن ملجم، خطاب به امام حسن و امام حسین (علیهما السلام) فرمود: «بدانید که نباید کس دیگری جز قاتل من کشته شود ...». این فرموده حاوی اصل شخصی بودن کیفر در اسلام است. بر اساس این اصل، جز مجرم، دیگران مسئولیت کیفری ندارند و نباید مورد مؤاخذه قرار گیرند.
- ابو داوود از ابو رمثه طی روایتی نقل کرده که پیامبر (ص) به او فرمودند: «لا یؤخذ الرجل بجریرة أبیه و بجریرة اخیه؛ هیچ کس به جرم پدر یا به جرم برادرش مورد مؤاخذه و مسئولیت قرار نمی‌گیرد.»

۳. اجماع: اگرچه ظاهر آیات قرآن مربوط به مؤاخذهٔ آخریت است، ولی فقیهان به آیات مزبور در ابواب مختلف فقه استناد کرده و بر آن اجماع دارند.

٤. عقل: قاعدهٔ وزر یک اصل عقلایی است؛ چرا که گذاشتن بار کسی بر دوش دیگری زشت و قبیح است و حکم عقل به قبح آن مسلّم است. در واقع، تمام دلایل دیگر به همین دلیل بر می‌گردد.

استثناهای قاعدهٔ وزر

یکی از پایه‌های اساسی مسئولیت کیفری در حقوق اسلامی، اصل شخصی بودن کیفر است؛ بدین معنا که هر کس فقط دربارهٔ نتایج و عواقب أعمال و رفتار خود مسئولیت دارد و نمی‌توان او را به خاطر أعمال و کردار دیگران مؤاخذه کرد و دانستیم که این اصل از مسلّمات اسلامی است. مؤلفین حقوقی کشورمان نیز به مواردی از قبیل مسئولیت کار فرما در قانون کار و مدیر عامل یک شرکت حقوقی در قوانین موضوعهٔ ایران اشاره کرده، قائل به وجود استثناهایی در این اصل عمومی شده‌اند.

با این همه، اگر نیک بنگریم نمی‌توان هیچ یک از موارد فوق را استثنای واقعی بر قاعدهٔ موصوف تلقی کرد؛ زیرا به هر حال، کارفرما و مدیر عامل و مانند او در انجام وظیفهٔ نظارتی و مراقبتی خود مرتکب تقصیر یا قصور شده، باید جوابگو باشد؛ کما اینکه طبق ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب ۱۳۳۹، اگر محرز شود که کار فرما تمام احتیاط‌هایی را که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به عمل آورده یا با وجود احتیاط‌های مزبور، بازهم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود، مسؤول جبران خسارت نخواهد بود. همچنین در ماده ۱۱ قانون مزبور، ادارات و مؤسسات دولتی در صورتی مسئول جبران خسارت ناشی از أعمال کارمندان خود هستند که ورود خسارت، ناشی از نقص وسایل و امکانات مؤسسه باشد و دولت در مورد خسارت ناشی از اِعمال حاکمیت، معاف از مسئولیت شناخته شده است.

۱. وجوب دیه بر عاقله: مصداق بارز در این قضیه آن است که کسی گناه می‌کند و دیگری بار گناه او را به دوش می‌کشد. ممکن است بگویید که در قضیهٔ عاقله چون عمل ارتکابی خطاست، گناهی اتفاق نیفتاده که آن را به گردن دیگری بگذارند.

به نظر ما نباید بحث را این گونه مطرح کرد؛ زیرا فرض ما این است که دیات، همه، ضمان مدنی است. ما وازره را به معنای اعم می‌گیریم؛ یعنی بارِ گناه و جرم یا بارِ هر عمل دیگر، به طور کلی اگر یک عملی باری دارد، یا کیفر است و یا ضمان؛ و به موجب قاعدهٔ وزر هیچ کس نباید بار دیگری را به دوش بکشد. اگر چنین معنا کردیم، آن وقت مسأله دیه بر عاقله ظاهراً باید یک استثنا تلقی شود. مبنای ما در قضیهٔ دیات این است که دیه خسارت و ضمان مدنی است نه مجازات؛ زیرا اگر مجازات باشد قبح بسیار روشنی دارد و عقل با آن مقابله می‌کند.

سخن در این است که اگر قبول کردیم که دیه یک ضمان مدنی است، آیا در این صورت با قاعدهٔ وزر مغایرت دارد یا نه؟ مسلّماً خیر؛ زیرا مطابق قاعدهٔ وزر، اصل شخصی بودن استنباط می‌شود و اصل شخصی بودن ضمان مدنی قابل استنباط نیست.

۲. **مسئولیت دولت (بیت‌المال):** موارد پرداخت دیه توسط بیت‌المال از قرار ذیل است:

- در فقه اسلامی، جبران خسارت ناشی از خطای قاضی در صدور حکم بر عهدهٔ دولت قرار گرفته است (خطاء الحاکم فی بیت المال). در واقع، در این مورد قاضی در ورود خسارت فاقد تقصیر است و چون مسئولیت امرِ قضا بر عهدهٔ دولت اسلامی است و قاضی برای حفظ مصالح مسلمین به این شغل خطیر گمارده شده و به نام مسلمانان انجام وظیفه می‌کند، بنابراین ضمان خطای او در قضاوت بر عهدهٔ دولت اسلامی خواهد بود و این موضوع نوعی از مسئولیت دولت است. حضرت علی (ع) فرمودند: «اگر قضات در خون و (قطع عضو) خطا کنند، باید از طریق بیت المال مسلمین (دولت) جبران شود.» اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی شود، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت، خسارت به وسیلهٔ دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعادهٔ حیثیت می‌شود.»
- مطابق قاعدهٔ «دم المسلم لا یذهب هدرا» در جامعه اسلامی، خون مسلمان نباید هدر شود؛ در مواردی که قاتل مسلمان دارای عاقله نباشد و یا عاقله وی توانایی پرداخت دیه را نداشته باشد،همچنین در مواردی که امکان گرفتن دیه از قاتل وجود نداشته باشد، مسئولیت پرداخت بر عهدهٔ بیت‌المال مسلمین قرار می‌گیرد. در این گونه موارد در واقع دولت به قائم‌مقامی از عاقله یا قاتل پرداخت دیه و جبران خسارت را عهده‌دار می‌شود.

همچنین مطابق مادهٔ ٤٧٠ قانون مجازات اسلامی: «در صورتی که مرتکب، دارای عاقله نباشد، یا عاقلهٔ او به دلیل عدم تمکّن مالی نتواند دیه را در مهلت مقرر بپردازد، دیه توسطِ مرتکب و در صورت عدمِ تمکّن از بیت‌المال پرداخت می‌شود. در این مورد فرقی میان دیه نفس و غیر آن نیست.»

مطابق مادهٔ ٤٣٥ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه در جنایت عمدی، به علت مرگ یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد با درخواستِ صاحبِ حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد در خصوص قتل عمد، ولی دم می تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آنها یا عدم تمکن آنها، دیه از بیت‌المال پرداخت می شود و در غیرقتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود.»

قاعدهٔ درأ

«تُدرَأُ الحدودَ بِالشُبَهاتِ»

(حدود را با شبهات دفع کنید)

مفاد کلی قاعده: 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 حقوق‌دانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعدهٔ «تفسیر به نفع متهم» در حقوق جزایی عرفی، از جهاتی همتایی دارد.

مستندات قاعدهٔ درأ

۱. **روایات:** عبارت «ادرءوا الحدود بالشبهات» به صورت‌های گوناگون در منابع حدیثی امامیه نقل شده است. در اینجا به برخی از این منابع اشاره می‌شود:

- شیخ صدوق (ره) چنین نقل می‌کند: «قال رسول اللّه (ص): ادرئوا الحدودَ بالشبهاتِ»
- همچنین ایشان در کتاب المقنع می‌نویسد: «عن امیر المؤمنین (ع) انه قال: ادرئوا الحدود بالشبهات»
- مرحوم محدّث نوری در مستدرک الوسائل چنین نقل می‌کند: «عن ابی عبد اللّه (ع) عن أبیه، عن آبائه، عن امیر المؤمنین (ع) عن رسول اللّه (ص) انه قال: ادرءوا الحدود بالشبهات ...».
- قال رسول الله (ص): «ادْرَؤوا الحُدودَ عنِ المسلِمينَ ما اسْتَطَعْتُم ، فإنْ وَجَدتُم للمسلِمِ مَخْرَجا فَخَلّوا سبيلَهُ ؛ فإنَّ الإمامَ لَأنْ يُخْطِئَ في العَفوِ خَيرٌ مِن أنْ يُخْطئَ في العُقوبَةِ؛ تا جایی که می توانید حدود و مجازات‌ها را از مسلمانان دفع کنید. اگر برای مسلمان (گناهکار) محمل و مفرّی یافتید او را آزاد کنید؛ زیرا اگر امام در بخشودن خطا کند بهتر است که در کیفر دادن گرفتار خطا شود.» همان گونه که ملاحظه می‌شود اخباری که در کتاب‌های روایی امامیه متضمن این قاعده‌اند همگی مرسل‌اند. در این صورت، از نظر موازین فنّ حدیث، مشمول ادلّهٔ حجیّت خبر واحد نشده، علی‌القاعده 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 مُسنَد هستند و یا مُرسَل. احادیث مُسنَد آنهایی هستند که نام کلیهٔ ناقلان حدیث که در سند حدیث واقع شده‌اند ذکر شده باشد و احادیث مُرسَل 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 ٤ قِسم کلی قابل تقسیم است:

۱. کلیهٔ ناقلان حدیث که در زنجیره سند قرار گرفته‌اند، ذکر می‌شوند و همه آنان امامی مذهب و عادل‌اند. چنین خبری را «خبر صحیح» می‌نامند.
۲. قِسم 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 مسلّم باشد. به این نوع خبر، «خبر موثّق» می‌گویند. از نظر اصولی، قسم اول بدون تردید حجت است و بیشتر علما، قسم دوم را هم حجت می‌دانند.
۳. قِسم سوم خبرهایی هستند که رجال سند، تماما امامی مذهب و ممدوح باشند؛ اما بر عدالت هر یک تنصیص نشده باشد. به این قسم، «خبر حَسَن» گفته می‌شود.
٤. قِسم 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، قِسم اخیر حجت نیست و نمی‌تواند مرجع استنباط احکام واقع شود. احادیث مُرسل نیز از قبیل قسم اخیرند؛ یعنی به جهت عدم ذکر نام راوی، از زمرهٔ احادیث ضعیف و علی‌القاعده فاقد ارزش‌اند. از آنجا که تعداد زیادی از روایات منابع حدیثی امامیه مرسل هستند فقها در صدد یافتن راه‌حلی برای حجت دانستن آنها بر آمده و ۳ راه‌حل ارائه نموده‌اند:

۱. در صورتی که اصحاب و اعاظم فقهای امامیه، به خصوص آنانی که به عصر معصوم (ع) 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 (ع) 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 ادلهٔ 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 (ع) حاصل می‌شود.

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

۳. 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 (ع) نمی‌توانسته صادر شده باشد.

- در مورد روایاتی که مستند قاعدهٔ درأ هستند، می‌توان به برخی از این راه حل‌ها استناد کرد:

۱. هر چند مرحوم صدوق روایت را به طور مرسل نقل می‌کند ولی مَراسیل ایشان به منزلهٔ مَسانید (روایات دارای سند) است؛ زیرا وقتی ایشان با آن مقام علمی و تقویٰ و دیانت به طور قاطع و صریح روایت را به پیامبر اکرم (ص) و امیرالمؤمنین (ع) نسبت می‌دهد، معلوم می‌شود که از نظر ایشان، اشخاص ما بین او و معصوم از اشخاص موثّق بوده‌اند که برای رعایت اختصار، اسامی آنان را حذف و روایت را به صورت اصل مسلّم نقل کرده است. آن طور که خود شیخ صدوق در مقدمهٔ کتاب المقنع و الهدایه می‌نویسد: «من اسناد حدیث را حذف کردم، تا حمل کتاب آسان شود و حفظ این احادیث سخت نباشد و موجب ملال خوانندگان نگردد و آنچه که در این کتاب آورده‌ام، در کتب حدیث وجود داشته و مبنی بر مشایخ علما و فقها ثقه است»؛ یعنی به جای اینکه بگوید: «رُوِیَ عن رسولِ اللّه» یا «رُوِیَ عن امیرالمؤمنین»، می‌گوید: «قال رسول الله» یا «عن امیر المؤمنین». این است که مراسیل ایشان در حکم مسانید بوده و مشمول ادلهٔ حجیّت خبر واحد می‌شوند.

۲. افزون بر این، بسیاری از فقهای امامیه، از قدیم و جدید، به ویژه فقهای قریب به زمان ائمه (ع)، 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 گویندهٔ آن از مقام بلند معنوی و عصمت الهی برخوردار بوده است. از آنچه گذشت، روشن شد که روایات متضمن قاعدهٔ درأ، هر چند مرسل‌اند ولی با توجه به مطالب فوق‌الذکر، واجد ارزش بوده و قابل استنادند. همچنین صاحب ریاض حدیث درأ را حدیث متواتر دانسته، نه مرسل، علاوه بر این ابن ادریس حدیث مزبور را حدیثی دانسته که همهٔ محدثان بر صحّت آن باور دارند.

۲. **تسالم اصحاب بر حجیّت 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 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.

۳. **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 «قاعدهٔ درأ» است که در اینجا به پاره‌ای از این روایات اشاره می‌شود:

- **صحیحهٔ حلبی:** «عن ابی عبد اللّه (ع) قال: لو انّ رجلا دخل فی الاسلام و أقرّبه، ثم شرب الخمر و زنی و اکل الربا و لم یتبیّن له شیء من الحلال و الحرام، لم اقم علیه الحدّ اذا کان جاهلا، الّا ان تقوم علیه البیّنة انّه قرء السّورة التی فیها الزنا و الخمر و أکل الربا، و اذا جهل ذلک، أعلمته و اخبرته فان رکبه بعد ذلک جلدته و أقمت علیه الحد) 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 بیّنه‌ای اقامه شود که نامبرده سوره‌ای را که احکام زنا، شرب خمر و آکلِ ربا در آن آمده، خوانده باشد. در این صورت، مستحقِّ 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.
- **صحیحهٔ محمد بن مسلم:** (قال: قلت لأبي جعفر (ع) رجل دعوناه الی جملة الاسلام فأقر به، ثم شرب الخمر و زنی و أکل الربا و لم یتبیّن له شیء من الحلال و الحرام أقیم علیه الحدّ اذا جهله؟ قال (ع) لا الّا أن تقوم علیه بیّنة انّه قد کان 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 بیّنه‌ای اقامه شود که نامبرده به حرمت این اعمال اقرار داشته است.
- **صحیحهٔ ابی عبیدة حذّاء:** (قال: قال ابو جعفر (ع) لو وجدت رجلا کان من العجم أقرّ بجملة الاسلام و لم یأته شیء من التفسیر زنی أو سرق أو شرب خمرا، لم أقم علیه الحدّ اذا جهله، الّا ان تقوم علیه بیّنة انّه قد اقرّ بذلک 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 بیّنه‌ای قائم شود که نامبرده به این احکام اقرار داشته و از آنها مطّلع بوده است.
- **صحیحهٔ عبدالصمد بن بشیر:** (عن ابی عبد اللّه (ع) ... أیّ رجل رکب امرا بجهالة فلا شیء علیه ...) هر کس در اثر جهل و نادانی مرتکب امری شود چیزی بر عهده او نیست. این روایت مفید عموم است و کلیه شبهات حکمیه و موضوعیه و نیز مواردی را که مرتکب، جاهل قاصر یا مقصر باشد شامل می‌شود.

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

۱. **واژهٔ شبهه:** شبهه در لغت به معنای شک، بدگمان، اشتباه و التباس درست به نادرست و حق به ناحق و همچنین واقع به موهوم است. 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 اباحهٔ آنچه که در واقع محرّم است. عده‌ای نیز آن را به ظن و گمان تفسیر نموده‌اند. بنابراین، زمانی شبهه صادق است که یا شخص معتقد به حلیت عمل باشد و یا اینکه جهل او ناشی از حجت شرعی باشد؛ مثلاً، زنی به مردی می‌گوید که من شوهر ندارم و در واقع

شوهردار است و یا اینکه بیّنه 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.

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

۲ـ 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؛ مثلا، 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 ارتکابی متّهم، 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؛ مثلا، نمی‌داند که نوشیدن فقاع (آبجو) حرام است یا خیر و در اثر جهل به حرمت، آن را می‌نوشد و یا اینکه نمی‌داند که ازدواج با زن مطلّقه، در ایام عدّه، حرام است و با او ازدواج می‌کند و یا اینکه نمی‌داند که ازدواج با خواهر زن سابق که در ایام عدّه است، ممنوع می‌باشد و با او ازدواج می‌کند. در تمام این موارد، مرتکب عمل، جهل به حکم حرمت و ممنوعیت عمل دارد.

۲ـ شبهات موضوعیه: مقصود از شبهه موضوعیه آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می‌داند، ولی جهل به موضوع حکم دارد؛ مثلا، می‌داند که شُربِ 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 حلّیت 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.

دایرهٔ شمول قاعده در شبهات: آیا قاعدهٔ درأ مختصّ شبهات موضوعیه است یا شامل شبهات حکمیه نیز می‌شود؟

تردیدی نیست که قاعدهٔ 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 اساسا مخالفی در این مسأله وجود ندارد. بنابراین، شمول قاعده نسبت به این گونه شبهات، قدر متیقن حجیت این قاعده ما بین فقهاست.

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 مقصّر 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 عُذر 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 حدّ است. همچنین از مصادیق جهل قصوری موردی است که شخص کوتاهی نکرده، تحقیق و تفحص می‌کند؛ اما در عین حال از مفاد قانون اطلاع حاصل نمی‌کند. در چنین حالی جهل او عذر محسوب می‌شود.

به نظر می‌رسد قاعدهٔ 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 کلیهٔ مصادیق شبهه می‌شود. علاوه بر این، هیچ قیدی همراه قاعده و مستندات آن وجود ندارد که حاکی از تخصیص شبهات به شبههٔ خاصّی باشد. همچنین از اطلاق قاعده بر می‌آید که تفاوتی بین جهل قصوری و جهل تقصیری وجود ندارد. مضافا بر اینکه روایاتی که جاهل به حکم را معذور اعلام می‌دارند مطلق و عام بوده و شامل کلیه شبهات می‌شوند؛ مثل روایت صحیحه حلبی، محمد بن مسلم و صحیحه ابی خداء، به خصوص صحیحه عبدالصمد 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 نقصی 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 مجموعا استناد می‌شود که جاهل مقصر از مجازات معاف نیست و جهل او عذر محسوب نمی‌شود. در واقع، این ادله مفاد عام قاعدهٔ مورد بحث را تخصیص می‌زند.

۲. **واژهٔ «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 مقدّر کرده است؛ مانند حد زنا، شُربِ خَمر، سرقت و نظایر آن. اینک این پرسش مطرح می‌شود که آیا «الحدود» در قاعدهٔ مورد بحث به همین معناست یا معنای آن عام بوده و اختصاص به مجازات معیّن 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 (ص) و ائمه معصومین (ع) هم به همین معنا بود یا اینکه در آن زمان‌ها 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. 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 حد خمر آن است که مرتکب را از ارتکاب جدید بازمی‌دارد و دیگران را نیز از ارتکاب منع می‌کند. 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 عقوبةٌ مقدّرةٌ سُمّی حَدّا.» اینک سخن در این است که آیا معنای الحدود که در ضمن قاعدهٔ مورد بحث آمده، همین معنایی است که مورد تسالم فقهاست؟ به عبارت دیگر، آیا لفظ حدّ از معنای لغوی به یک معنای خاصّ محدود منتقل شده، به اصطلاح، در این معنا حقیقت شرعیه 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؟ با ملاحظه مجموعه روایات و دیگر اخبار، به نظر می‌رسد حد به معنای مطلق مجازات است و در أثرِ کثرتِ استعمال در آن زمان، در این معنا حقیقت شده بود. امّا 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 معیّنه حقیقت است و در دیگر معانی، مجازی است و ارادهٔ آن از این لفظ نیاز به قرینه دارد. بر این اساس، لفظ الحدود در قاعدهٔ 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 مورد توافق پذیرفته‌اند که حدّ 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 متشرّعه 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.

۳. **واژهٔ تدرء (درأ):** کلمه تدرأ از ریشهٔ «درأ»، در لغت به معنای دور کردن، رد کردن و دفع کردن آمده است. در قرآن مجید آمده است: «وَ يَدْرَؤُنَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةَ؛ بد را با خوب دفع می‌کنند» (رعد، ۲۲). همچنین در جای دیگر چنین آمده است: «قُلْ فَادْرَؤُا عَنْ أَنْفُسِكُمُ الْمَوْتَ؛ بگو مرگ را از خویش دور کنید» (آل عمران، ۱۶۸). نیز به معنای دفع عذاب و سقوط مجازات در قرآن آمده است: «وَ يَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ؛ چهار بار گواهی دادن و سوگند به خدا خوردن آن زن که آن مرد قطعا از دروغگویان است، عذاب را از وی بازمی‌دارد» (نور، ۸). صاحب مجمع البحرین ذیل آیات فوق، ضمن اشاره به حدیث «ادرءوا الحدود بالشبهات» می‌گوید: «ادرءوا یعنی ادفعوا بها». بدین ترتیب، لغت «تدرء» یعنی به واسطه شبهات، مجازات از اشخاص دفع و دور می‌شود.

دایرهٔ شمول قاعدهٔ «درأ»: می‌دانیم که مجازات‌های اسلامی به انواع مجازات‌های معین شرعی، تعزیرات (مجازاتی که تعیین میزان آن به دست حاکم است)، قصاص و دیات تقسیم شده‌اند. اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا قاعدهٔ مورد بحث در حقوق جزای اسلامی مختص حدود الله است یا شامل دیگر مجازات‌های اسلامی نیز می‌شود؟

۱. **حدود به معنای اخص:** آنچه امروزه در تعریف این قِسم مجازات‌ها در فقه، مصطلح و متعارف است، این است که حدّ یعنی مجازات مقرر و مخصوص که نوع و مقدار آن از سوی قانونگذار اسلامی دقیقاً معیّن شده است. در مورد شمول قاعدهٔ مورد بحث نسبت به حدود به معنای اخص، بین فقهای شیعه بلکه بین اکثر مذاهب اسلامی اختلاف‌نظر وجود دارد؛ ولی این مقدار، قدر متیقّن ما بین همهٔ فِرق اسلامی است. بنابراین، هر جرمی که مطابق نظر فقها مستوجب حد به معنای اخص باشد، مشمول قاعده خواهد شد. پرسشی 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 حدّ در مورد متهم به دلیل حصول شبهه متوقف شد، هیچ مجازات دیگری بر او تحمیل نمی‌شود؟ در این موارد، آیا مرتکب جرم اساسا 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 حدّ به تعزیر تبدیل می‌شود؛ مثلا، 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 صرفا در یک بستر دیده شده‌اند شبهه حاصل شود، به دلیل وجود شبهه حدّ ساقط می‌شود؛ اما ممکن است عنوان جرم عوض شده، به جای مجازات حدّ زنا، تحت عناوینی چون مضاجعه و روابط نامشروع تعزیر شوند. در مورد سارق نیز چنانچه به علت حصول شبهه در شرایط مستوجب قطع ـ در صورتی که اصل سرقت با اقرار یا شهود اثبات شده باشد ـ 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 اغماضی که در حدود الهی مورد نظر است؛ اما حق الناس مشمول چنین اغماضی 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 ارتکابی به عنوان جرم دیگری قابل مجازات باشد، مرتکب به مجازات همان جرم محکوم شده وگرنه مرتکب آزاد می‌شود.

۲. **تعزیرات:** در خصوص این مسأله که آیا قاعدهٔ 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 معیّن (حدود) اختصاص دهد. همچنین در کلمات فقها بسیار اتّفاق افتاده که لفظ حدّ، بر مجازات‌های تعزیری اطلاق شده است؛ حتی برخی این مطلب را صریحا اظهار داشته‌اند. از جمله، مرحوم محمد تقی مجلسی در کتاب روضة المتّقین گفته است: «حدود شامل حدّ، تعزیر و قصاص نیز می‌شود.» افزون بر اینها، می‌توان با تنقیح مناط و لحاظ وحدت ملاک- که بر پایه‌های عقلانی و فلسفهٔ اجرای مجازات در شرع اسلام بنا شده است- بر این عقیده بود که هیچ منعی در شمول قاعده نسبت به تعزیرات وجود ندارد.

- امام خمینی (ره) در خصوص مجازات کسی که محرمات الهی را حلال بشمارد می‌گوید: «من استحلّ شیئا من المحرّمات المجمع علی تحریمها بین المسلمین، کالمیتة و الدّم و لحم الخنزیر و الرّبا، فان ولد علی الفطرة، یقتل ان رجع انکاره الی تکذیب النبی (ص) او انکار الشرع. و الّا 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 (ص) 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 حقِّ او صحیح باشد، تعزیر نخواهد شد.

۳. **قصاص:** به نظر برخی از فقها، چون قصاص از جملهٔ حقوق الناس بوده و مبنای حقوق الناس نیز مداقّه 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 اکراه و نظایر آن جاری شده، مانع جریان قاعدهٔ 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 النّاس است ساقط بداند. بنابراین، جریان اصول مزبور مانع جریان قاعدهٔ مورد بحث در باب قصاص می‌شود. در مقابل، بعضی گفته‌اند که قصاص هم در واقع از زمرهٔ حدود اللّه است؛ زیرا حدود الهی منحصر در تازیانه نیست، بلکه هر کیفری که از جانب خداوند متعال معین شده باشد جزو حدود اللّه است. قصاص نیز از این قبیل است. در نتیجه اینکه 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 قاعدهٔ درأ 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 حقِّ مزبور نهایت دقت را به خرج دهد و در موارد وجود هر گونه تردید، از اجرای آن جلوگیری نماید. مفاد قاعدهٔ درأ چیزی جز این نیست که در موضوع جانِ آدمی و نقصِ عضو، قاعدهٔ 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.

- برای مثال اگر بیّنه‌ای در خصوص قاتل بودن فردی اقامه شود و بینهٔ دیگر، 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 دیهٔ مقتول به طور مساوی می‌نمایند. علامه حلی در این زمینه می‌نویسد: (لو شهد اثنان علی رجل بالقتل و شهد آخران علی غیره به، سقط القصاص و وجبت الدّیه علیهما نصفین، لما عرض من الشّبهة بتصادم البیّنتین) 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 بیّنه شبهه عارض شده است.

٤. **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 قاعدهٔ 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 تلقّی 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 قاعدهٔ مزبور دانست. به علاوه، در فقه موردی مشاهده نشده است که فقیهی در صورت شک و شبهه صرفا با استناد به قاعدهٔ فوق، حکم به سقوط دیه دهد. دلیلش این است که دیه را قانونگذار اسلامی برای احترام خون مسلمان وضع نموده است که در زمرهٔ حقوق مالی اشخاص محسوب می‌شود. در باب حقوق مالی، اصل بر مداقّه 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 بالتّبع، وجوب پرداخت دیه ساقط می‌شود که این مطلب به ندرت مورد توجه واقع شده است.

کاربرد قاعدهٔ درأ در قانون مجازات اسلامی

در مبحث ششم ازفصل یازدهم قانون مجازات اسلامی تحت عنوان سقوط مجازات به اِعمال قاعدهٔ درأ پرداخته شده است.

مادهٔ ۱۲۰: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسؤولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.»

مادهٔ ۱۲۱: «در جرائم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی شود.»

قاعدهٔ حرمت اِعانه بر إثم

(معاونت در جرم)

مفاد کلی قاعده: گنهکار گاهی به تنهایی عمل گناه را انجام می‌دهد که عنوان فاعل دارد و گاهی نیز با همکاری دیگری یا دیگران مرتکب می‌شود که این همکاری ممکن است دو صورت داشته باشد؛ صورت اول، دخالت همگی همکاران در عنصر مادی گناه که به تمامی آنان، شرکا گفته می‌شود. صورت دوم، به گونه‌ایی است که فرد یا افرادی به تنهایی عنصر مادی گناه را مرتکب می‌شوند؛ ولی فرد یا افراد دیگری وی را در انجام عنصر مادی یاری و کمک می‌کنند که به عمل این فرد یا افراد در فقه اسلامی «اِعانه بر اثم» گفته شده، به آنان عنوان «معین» نیز داده‌اند. در حقوق جزای عرفی به عمل فوق، «معاونت در جرم» گفته شده، به افراد فوق عنوان «معاون» داده‌اند.

این موضوع در کتب فقهای متقدم تحت این قاعده نیامده؛ بلکه به صورت موردی از آن سخن به میان آمده است؛ مثلا در جایی که می‌خواهند عمل فروش انگور به کسی که می‌خواهد شراب درست کند را مطرح نمایند یا فروش چوب به کسی که می‌خواهد بت بتراشد، و یا خدمت کردن در دستگاه طواغیت و ظالمان را مطرح کنند، به این مطلب نیز اندکی اشاره می‌کنند. به عنوان مثال، شیخ انصاری (علیه الرحمه) در مکاسب محرمه در مبحث «معونة الظالمین» تا حدودی در این زمینه بحث کرده است.

مستندات قاعدهٔ حرمت اِعانه بر إثم: فقها حرمت اعانت بر «اثم» را مستند به دلایل زیر می‌دانند:

۱. **قرآن:** آیه شریفهٔ «تَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوىٰ وَ لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ؛ و یکدیگر را بر انجام کارهای خیر و پرهیزکاری یاری نمایید، و یکدیگر را بر گناه و تجاوز یاری ندهید» (سورهٔ مائده آیهٔ ۲) گروهی از فقها از این آیه شریفه حرمت اعانه بر اثم را استنباط نموده‌اند؛ با این استدلال که در این آیه تعاون بر اثم نهی شده است و نهی دلالت بر حرمت دارد.

۲. **روایات:**

- **یک ـ** از پیامبر (ص) منقول است که: (مَن أعانَ علی قَتلِ مؤمنٍ بشَطرِ کلِمَهٍ لَقِيَ اللّه ۔ یَومَ القِیامَةِ مَکتوبٌ بینَ عَینَیهِ: آیِسٌ مِن رَحمَةِ اللّه ۔ کسی که همکاری و کمک کند برای قتل مسلمانی و لو دخالتش در حد یک کلمه باشد، روز قیامت در حالی محشور می‌شود که بین دو چشمش نوشته شده است: «ناامید از رحمت خدا»)
- **نقد ـ** روایت فوق، معاونت در قتل را تقبیح کرده است؛ نه مطلق معاونت در گناه را. چه بسا به دلیل اهمیت قتل عمد، شارع معاونت در آن را حرام بداند؛ امّا به هیچ وجه دلالتی بر حرمت معاونت در سایر گناهان نخواهد داشت.
- **دو ـ** روایات زیادی در خصوص کمک و یاری به ظالمین وارد شده است. از جمله روایتی که از کتاب وزّام بن ابی فراس به شرح زیر نقل شده است: (مَنْ مَشَى مَعَ ظَالِمٍ لِيُعِينَهُ وَ هُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ ظَالِمٌ فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الْإِسْلاَمِ...؛ هر کس قدمی برای کسی که می‌داند ظالم است بر دارد، قطعاً از اسلام خارج شده است.) هنگامی که روز قیامت فرا می‌رسد منادی ندا می‌دهد: ظالمین کجایند؟ کمک‌کنندگان به ظالمین کجایند؟ آنهایی که شبیه ظالمین هستند کجایند؟ حتی کسانی که قلمی برای ظالمین تراشیده و دواتی برای آنها مهیا کرده‌اند جزء آنها هستند. آنها در تابوتی از آهن گذاشته شده، سپس در جهنّم انداخته می‌شوند.
- در مبحث «معونة الظالمین» روایت دیگری به شرح زیر از پیامبر نقل شده است: (مَن عَلَّقَ سَوطا بینَ یَدَي سُلطانٍ جائرٍ جَعَلَ اللّه ۔ ذلک السَّوطَ یَومَ القِیامَةِ ثُعبانا مِنَ النارِ طُولُهُ سَبعُونَ ذِراعا، یُسَلَّطُ علَیهِ في نارِ جَهَنَّمَ و بِئسَ المَصِیرُ؛ هر کس در حضور سلطان ستمگری تازیانه ای آویزد ، خداوند روز قیامت آن تازیانه را اژدهایی آتشین می گرداند که در ازای آن هفتاد گز است و آن را در آتش دوزخ بر وی مسلّط می کند و چه بد سرنوشتی است)

- **نقد ـ** این روایات در مورد اعانت بر ظلم است؛ نمی‌توانیم این روایت را در عموم «اعانت بر اثم» هم جاری بدانیم؛ چون اثم مطلق جرم و گناه است؛ اما عدوان فقط ظلم است (عطف خاص بر عام). مگر اینکه بپذیریم که اثم و عدوان به یک معنایند؛ چنان که مرحوم طبرسی در مجمع‌البیان هر دو واژهٔ عدوان و اثم را به معنای سرکشی از فرمان خدا دانسته است؛ با این تفاوت که اثم سرکشی منفی و عدوان سرکشی مثبت است. در این صورت، با توجه به این معنا، روایات وارده در خصوص «معونة الظالمین» در مورد «اعانه بر اثم» قابل استفاده‌اند و همین طور که گفته شد به قرینه کنار هم بودن اثم و عدوان در آیه شریفه با ضمیمه نمودن روایات فوق، می‌توانیم آنها را در مورد مطلق اثم جاری بدانیم.
- **سه ـ** از جملهٔ احادیثی که در مورد نهی اجاره دادن محل کسب به فروشندگان و سازندگان خمر وارد شده، خبر جابر است که می‌گوید: «در مورد مردی که خانه‌اش را برای خریدوفروش خمر اجاره دهد از امام صادق (ع) سؤال کردم، فرمود: «اجرت آن حرام است.»
- **نقد ـ** حرمت اجرت و گرفتن پول دلالت بر آن دارد که اجازه باطل است و بطلان اجاره مستلزم حرمت اجاره نیست. [۲] پس به همین دلیل نمی‌تواند مستند حرمت اعانه بر اثم باشد.البته روایاتی با مضامین دیگری وارد شده که می‌توان بر حرمت استدلال نمود. از جمله روایتی است که از امام صادق (ع) نقل شده است: (لعن رسول اللّه (ص): (فِي اَلْخَمْرِ عَشَرَةً غَارِسَهَا وَ حَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ حَامِلَهَا وَ اَلْمَحْمُولَ إِلَيْهِ وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ آكِلَ ثَمَنِهَا؛ رسول خدا در مورد خمر، ۱۰ نفر را لعنت کرده است: ۱ـ کارنده، ۲ـ باغبان، ۳ـ خمر ساز، ٤ـ خورندهٔ خمر، ٥ـ نوشاننده، ٦ـ حامل خمر، ۷ـ کسی که خمر برای او حمل می‌شود، ۸ـ فروشنده، ۹ـ خریدار و ۱۰ـ خورندهٔ ثمن خمر) از این ده نفر یاد شده، تنها شارب خمر گناهکار است و بقیه معاون هستند. بنابراین، انصاف این است که از مجموع کل روایات می‌توان حرمت اعانه بر اثم را استنباط نمود.

۳. **عقل** در بیان دلیل عقل چنین گفته‌اند: «همچنان که انجام منکر عقلا قبیح است و همچنان که امر به آن و تشویق به سوی آن عقلا قبیح است، انجام مقدمات برای منکر هم قبیح است. به خاطر همین، قوانین عرفی عهده‌دار وضع مجازات برای مُعینِ جرم هستند. پس اگر کسی سارقی را در سرقت کمک کند یا با او در مقدمات آن همکاری کند، در نظر عقلا و قوانین کیفری مجرم است؛ که نظیر آن در شرع وارد شده است؛ مثلا جایی که شخصی، دیگری را بگیرد و نفر سوم او را بکشد و یک نفر ناظر باشد. قاتل قصاص می‌شود، مُمسِک (گیرنده) به حبس ابد محکوم شده و ناظر کور می‌شود. این حرف با آن چه که در علم اصول گفته شده که مقدمات حرام، حرام نیست تنافی ندارد؛ زیرا آنچه که در اصول گفته شده، انکار ملازمه بین حرمت اشیا و حرمت مقدمات آن است و آنچه که در اینجا اثبات کرده‌ایم ادراک عقل به قبح تعاون بر معصیت و گناه است؛ نه به خاطر اینکه مقدمه حرام است؛ بلکه به خاطر اینکه عقل مستقلاً به قبح اعانه بر حرامی که از دیگری صادر می‌شود حکم می‌دهد. پس نزد عقل، معینِ جرم مانند شریک جرم است؛ اگر چه در میزان قبح با هم متفاوت‌اند.»

٤. **اجماع:** فقها بر حرمت اعانت بر اِثم اجماع دارند؛ ولی با وجود آیه و سایر دلایل (روایات، عقل) اجماع فاقد اعتبار است. این اجماع مدرکی است و اجماع مدرکی دلیلی مستقل نیست.

مفاد قاعده

۱. **مفهوم اعانت:** فقها از اعانت تعاریفی گوناگون ارائه داده‌اند:

- نائینی این گونه تعریف می‌کند: معاونت عبارت است از هر گونه فعلی که دیگری را یاری نموده، او را در تحقق هدف مورد نظرش قادر سازد؛ مثل دادن عصا به شخصی ظالم که می‌خواهد مظلومی را بزند.
- شیخ انصاری می‌گوید: «ان الاعانه هو فعل بعض مقدمات فعل الغیر بقصد حصوله منه لا مطلقا»؛ معاونت عبارت است از انجام دادن برخی از مقدمات فعل حرام، به قصد ایجاد آن حرام، نه مطلق انجام دادن آن مقدمات.

- میرزا حسن موسوی بجنوردی این گونه تعریف می‌کند: «و اما الاعانة فهی لغة بمعنی المساعده، و اعانه علی ذلک ای: ساعده علیه و المعین و معاون الانسان هو المساعد له فی فعله و اشغاله ... فالمراد من الاعانة علی الاثم مساعده الاثم الذي یصدر منه و ذلک بایجاد جمیع مقدمات الحرام الذي یرتکبه او بعضها.
- هر چند از اطلاق فقها استنباط می‌شود که اعانه اعم است از مساعدت فکری و معنوی یا مساعدت عملی و مادی؛ اما بعید نیست که از نظر فقها انجام اموری چون تحریک، ترغیب و ... که در واقع نوعی همکاری فکری و معنوی است، اعانه محسوب شود.

۲. **مفهوم اثم:** اثم به معنای مخالفت با امر خداوند است؛ خواه فعل باشد، خواه ترک فعل. در قرآن مجید واژه اثم و هم خانواده‌های آن (آثم، اثام، اثیم، تأثیم) مجموعا ٤٨ بار به کار رفته است که معنای اصلی آن، عمل غیر مجاز است. اثام از همین ریشه در قرآن به معنای کیفر آمده که ظاهراً استعمال مجازی است. طریحی می‌گوید: «معنای اثم، گناه عملی در مقابل گناه قلبی، مانند حسد است.» طبرسی در تفسیر آیه شریفه «وَ لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ» عدوان را ناظر به فعل و اثم را ناظر به ترک فعل دانسته است. باید در نظر داشت که صرف نظر از اینکه «اثم» شامل فعل و ترک فعل، هر دو، می‌شود، در ما نحن فیه (اعانت بر اثم) الزاماً ناظر به فعل مثبت است؛ چرا که اعانه و معاونت بر فعل منفی مصداق خارجی ندارد. در قرآن مجید واژه‌هایی نظیر محرّم، معصیة، عصیان، خطیئه، جریمه، ذنب، وِزر و بغی به همین معنا یا با اندکی تفاوت به کار رفته است.

شرایط و عناصر لازم برای صدق قاعده

۱. **حرام بودن عمل ارتکابی مُعان (یاری شونده):** فرض معاونت بر «اثم» هنگامی تحقق می‌یابد که عمل ارتکابی توسط مُعان از گناهان محسوب شود. گناه بودن یک عمل در شرع با آنچه در حقوق عرفی به عنوان جرم شناخته می‌شود مساوی نیست. جرم در اصطلاح حقوق عرفی، فعل یا ترک فعلی است که قانون برای آن مجازات معیّن کرده باشد. بدیهی است که منظور از مجازات، کیفرهای دنیوی است. در حالی که گناهان شرعی جز در موارد معدودی، از سوی شارع آثار کیفر دنیوی بر آنها اعلام نشده، شخص در صورت ارتکاب، نزد خداوند مستحق کیفر اخروی است. ناگفته نماند که دسته اخیر از گناهان، در فرض آثار اجتماعی، حاکم می‌تواند لدی‌الاقتضاء بر ارتکاب آنها مجازات‌های دنیوی تعیین کند. در این صورت، این گناهان نیز جرم محسوب شده و مرتکب مجازات خواهد شد.

۲. **عمل مثبت شخص مُعین:** برای تحقق اعانت بر اثم لازم است که عمل مثبتی از شخص معین سرزده باشد و این معنا در مفهوم اعانت گنجیده است. فعل منفی (ترک فعل) از قبیل سکوت و عدم اقدام به جلوگیری از ارتکاب حرام نمی‌تواند از مصادیق اعانت محسوب شود؛ مثلاً شخصی که از وقوع سرقت خانه همسایه آگاه می‌شود و سکوت اختیار می‌کند و اقدام به جلوگیری نمی‌کند، عمل وی اعانت بر اثم محسوب نمی‌شود. این مطالب در متون حقوق عرفی در بحث معاونت در جرم نیز منعکس است که «یک شخص به صرف اینکه در خلال ارتکاب جرم حاضر بوده و از وقوع آن جلوگیری ننموده مجرم تلقی نمی‌شود.» در این خصوص رأی شماره ۲۵۰٤ مورخ ٦/ ۱۱/ ۱۳۱۷ شعبه پنجم دیوان عالی کشور چنین صادر شده است: «سکوت و عدم اقدام در جلوگیری از ارتکاب بزه را نمی‌شود معاونت تلقی کرد. بنابراین اگر کسی در حضور دیگری مرتکب قتلی شود و شخص حاضر با امکان جلوگیری، سکوت اختیار کند شخص حاضر مستوجب هیچ گونه مجازات نیست.» سرزدن فعل مثبت برای تحقق معاونت در جرم از ماده ۱۲٦ قانون مجازات اسلامی نیز کاملا استفاده می‌شود. ماده مزبور به شرح زیر است: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب می شوند:

الف ـ هرکس، دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع، یا تحریک به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت، موجب وقوع جرم گردد.

ب ـ هرکس وسایل ارتکاب جرم را بسازد یا تهیه کند یا طریق ارتکاب جرم را به مرتکب ارائه دهد.

پ ـ هرکس وقوع جرم را تسهیل کند.»

مستفاد از کلمات فقها در خصوص اعانت بر اثم نیز همین امر است؛ یعنی سکوت و عدم اقدام به جلوگیری را از مصادیق آن محسوب نمی‌کنند؛ ولی ذکر دو نکته در اینجا ضروری است:

نکته اول اینکه حقوق عرفی با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، چون ترک فعل از مصادیق معاونت محسوب نمی‌شود، مرتکب آن را مستحق کیفر نمی‌داند. از نظر شرعی نیز همان طور که گفته شد ترک فعل از مصادیق «اعانت بر اثم» نیست؛ اما با توجه به وجوب امر به معروف و نهی از منکر، چه بسا شخص ساکت مرتکب معصیت شود. به عبارت دیگر، هرگاه شخصی از وقوع عمل حرامی آگاه می‌شود و شرایط شرعی، از قبیل عدم خوف، احتمال تأثیر و غیره، برای اقدام وی به جلوگیری فراهم است، موظف است اقدام کند و در صورت ترک، معصیت کرده است؛ اما نه از باب معاونت بر اثم؛ بلکه از باب ترک نهی از منکر.

نکته دوم اینکه در اعانت بر اثم، صدق استناد لازم است و اینکه گفته شد که ترک فعل از مصادیق اعانت محسوب نمی‌شود، به خاطر فقدان استناد است. از این رو باید اعتراف کرد که در برخی موارد، ترک فعل به علت وجود عنصر استناد، از مصادیق اعانت است. بهترین نمونه این امر، موارد وجود تکلیف و وظیفه برای اشخاص خاصّ است؛ مثلا نگهبان یا سرایدار منزلی با علم به وقوع سرقت، درب منزل را قفل نمی‌کند، یا وقتی آگاه می‌شود که سارقی در حال دستبرد به منزل مورد حفظ و نگهبانی وی است، علی رغم اینکه امکان جلوگیری برای وی وجود دارد از روی سهل‌انگاری اقدام نمی‌کند، چنین فرضی به یقین از مصادیق اعانت است.

۳. **وجود عنصر معنوی:** فقها برای صدق «اعانت» یا «معاونت» نظریات متفاوتی ارائه داده‌اند که می‌توان به شرح زیر دسته‌بندی کرد:

۱. صِرف علم و اطلاع معاون از قصد مباشر کفایت می‌کند.
۲. علاوه بر علم و اطلاع معاون، قصد مجرمانه (سوء نیت) معین نیز لازم است.
۳. صِدق عرفی معاونت کفایت می‌کند.
۴. تفصیل میان مقدمات نزدیک و مقدمات دور.

۳/۱. کافی بودن صرف علم و اطلاع معاون از قصد مباشر: مشهور فقها، از جمله شیخ طوسی، علامه حلّی، محقق ثانی، اردبیلی، صاحب حدائق، صاحب ریاض و امام خمینی (ره) برای تحقق معاونت، صِرف علم و اطلاع بر قصد شخص مباشر را کافی می‌دانند؛ اعم از اینکه معاون، از انجام مقدمات حرام، قصد اعانت داشته باشد یا خیر. این دسته از فقها برای توجیه نظریه خود به عموم آیه شریفه «وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ» تمسک می‌جویند:

۳/۲. ضروری بودن قصد مجرمانه (سوء نیت)، علاوه بر علم و اطلاع معاون: عده‌ای از فقهای عظام، همچون محقق ثانی در حاشیه شرح ارشاد، شیخ انصاری در مکاسب محرمه و ابن ادریس حلّی در سرائر معتقدند که صِرف علم و اطلاع معاون برای مقصود کافی نیست؛ بلکه معاون باید قصد مجرمانه نیز داشته باشد. بنابراین به استناد نظریه این گروه از فقها، اگر کسی انگور را به می‌فروش یا چوب را به مجسمه‌ساز بفروشد، مرتکب فعل حرام نشده است؛ گرچه علم و اطلاع داشته و حتی احتمال به کارگیری آن را در فعل حرامی داده است، مادام که فروشنده برای این مقصود نفروخته باشد عنوان حرام بر معاملهٔ وی صادق نیست.

۳/۳. کافی بودن صدق عرفی معاونت: محقق اردبیلی در خصوص جایگاه قصد، در تحقق مفهوم معاونت می‌فرماید: «ظاهر آن است که مراد از اعانه بر گناه وقتی است که توأم با قصد بوده، یا به نحوی باشد که عرفاً معاونت بر آن صِدق نماید؛ مثل اینکه شخص ظالمی برای ایراد ضرب مظلومی، از فردی تقاضای عصا کند و او بدهد و یا برای نوشتن مطلب ظالمانه‌ای قلمی طلب کند و او اجابت نماید.» بنابراین، از دیدگاه محقق اردبیلی، شرط تحقق معاونت، قصد مجرمانه است و در صورتی که معاون فاقد قصد باشد، لااقل باید

عمل ارتکابی او به نحوی باشد که «عرفاً» بتوان گفت که معاونت صورت گرفته است. به عبارت دیگر، معاونت عرفی برای تحقق کافی است؛ گرچه قصد معاونت هم نباشد. از این رو، در مثال فوق کسی که عصا را در اختیار ظالم قرار می‌دهد معاون است؛ گرچه قصد ترتّب ضرب بر عمل خود را نداشته یا امیدوار باشد و یا حتی آرزو نماید ظالم پشیمان شده، از آن استفاده نکند.

۳/٤. قول به تفصیل بین مقدمات نزدیک و دور: عده‌ای از فقها بین اموری که از مقدمات بعیده بوده و معاون پیش از آنکه ارادهٔ ارتکاب جرم در ذهن مرتکب اصلی تشکیل شود آنها را مرتکب می‌شود، با اموری که از مقدمات قریبه محسوب شده و پس از تحقق عزم و ارادهٔ مجرمانه واقع می‌شود، قائل به تفصیل شده‌اند. ایشان می‌فرمایند که هرگاه پس از آنکه قصد و اراده مجرمانهٔ مرتکب اصلی بر انجام جرمی تعلق گیرد، چنانچه عملی از سوی معاون صورت گیرد که علت تامه و یا جزء اخیر علّت تامه محسوب شود، به نحوی که پس از حصول مقدمات، عادتاً به غیر از تحقق جرم اصلی، انتظار دیگری نرود، معاونت محقق است؛ هر چند که معاون قصد نتیجه نداشته باشد. برای مثال، هرگاه شخصی به طور قاطع قصد داشته باشد دیگری را مورد ایراد ضرب قرار دهد و لکن ایراد ضرب متوقف بر تحصیل عصا باشد، به طوری که بین او و ایراد ضرب جز فقدان سلاح حائل و مانع دیگری نباشد، و در این حال، شخص ثالثی با علم به قصد و ارادهٔ مرتکب، عصایی در اختیار او قرار دهد، اقدام این شخص در واگذاری سلاح، معاونت محسوب می‌شود؛ هر چند خواستار ایراد ضرب نبوده یا حتی امیدوار باشد و آرزو نماید ضارب از آن استفاده نکند. ولی در مورد دسته اول (مقدمات بعیده) معاونت صدق نمی‌کند؛ مگر آنکه معاون قصد نتیجه داشته باشد.

- ✓ به نظر می‌رسد، در خصوص اعتبار قصد مجرمانه در صدق معاونت، نظریه تفکیک میان دو دسته از اعمال معاونتی اقوی است و می‌توان آن را به صورت یک ضابطه کلی بیان کرد؛ به این معنا که هر فعلی که در تحقق حرام مؤثر بوده و به قصد حصول نتیجهٔ حرام از طرف مباشر انجام شود، اعانه بر اثم محسوب است؛ وگرنه معاونت نخواهد بود؛ مگر آنکه جزء اخیر، از مقدمات باشد، که برای صدق عنوان معاونت نیازی به قصد ندارند. بنابراین، مطابق این ضابطه، اموری چون فروش انگور که نه همچون غرس تاک از امور بعیده است و نه همچون فروش خمر از مقدمات اخیره، در صورتی که به قصد تهیهٔ شراب انجام شود، معاونت بوده؛ وگرنه معاونت محسوب نخواهد شد. شاید بتوان این نظریه را با قول محقق اردبیلی که پیش‌تر گفته شد منطبق دانست؛ چرا که در مورد مقدمات قریبه، بی‌شک صدق عرفی محقق است و در مقدمات بعیده، معاونت صدق عرفی ندارد.

قاعدهٔ اکراه

مفاد کلی قاعده: در متون فقه اسلامی، نقش اکراه در رفع مسؤولیت کیفری به عنوان قاعده‌ای مسلّم محسوب است و تحت عنوان «رُفِعَ ما استکرهوا علیه» بیان شده است. البته اکراه در مباحث مدنی دارای احکام و آثار بسیاری است که ما اینک در مقام بیان آن نیستیم.

واژهٔ اکراه

اکراه در لغت: اکراه از مادهٔ کره (به فتح و ضم اوّل 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: 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 التی تناول الانسان من خارج ممّا یحمل علیه بالاکراه و بالضّم ما یناله 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.

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 اَکرَه فلاناً علی امرٍ ای حمله علیه قهراً)؛ فلانی را بر امری اکراه کردند؛ یعنی او را به نحو قهر و اجبار بر آن کار وادار نمودند.»

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.

مقایسه اضطرار، اکراه و اجبار

- **شباهت‌های اکراه با اضطرار:**

۱. 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 تلفِ نفس آنان می‌شود.
۲. راه رهایی از خطر موجود یا تهدید به عمل آمده در هر دو مورد، اقدام به انجام عملی است که در شرایط عادی نامشروع و نارواست.
۳. اینکه اکراه و اضطرار، هر دو، شخص را به موضع ناچاری و اضطرار می‌اندازند؛ به گونه‌ای که راهی جز تَن دادن به خطر یا تهدید و یا اقدام به ارتکاب فعل مجرمانه برای وی باقی نمی‌گذارند.
۴. اکراه و اضطرار، هر دو، از عناوین ثانویه بوده، سبب تغییر حکم شرعی عمل ارتکابی شده و در نتیجه، مانع توجه مسئولیت کیفری می‌شوند.
۵. هر دو موجب فقدان رضا و طیب خاطر هستند.

- **تفاوت‌های اکراه با اضطرار:**

۱. در موقعیت مُضطَرّ و مُکرَه و منشأ خطری که آن دو را تهدید می‌کند.
۲. اضطرار موجب فساد اختیار و ارادهٔ مُضطَر نمی‌شود؛ اما اراده و اختیار مُکرَه محدود است. آنچه موجب بروز حالت اکراه در مُکرَه می‌شود با آنچه سبب وقوع مُضطَرّ در اضطرار می‌شود متفاوت است؛ در اضطرار، مُضطَرّ خود را در شرایط و موقعیّتی 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 رفعِ گرسنگی یا رفعِ تشنگی 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 موقعیّت خویش، دیگری را وسیلهٔ ارتکاب عمل حرام قرار داده، او را وادار به ارتکاب عمل مزبور می‌نماید. مُکرَه برای رهایی خود از خطری که از سوی

اکراه‌کننده متوجه او شده و به منظور ممانعت از عملی‌شدن تهدیدات وی ناچار به ارتکاب عملی می‌شود که در شرایط عادی انجام نمی‌داد. به تعبیر شیخ محمّد خضری بک «لو خلّی و نفسه لما باشره.» به طور خلاصه اکراه، فعل اکراه‌کننده است و اضطرار صفت مُضطَرّ.

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

مستندات قاعدهٔ اکراه

۱. **قرآن:** (مَنْ كفَرَ بِاللهِ مِنْ بَعْدِ إِيمانِهِ إِلّا مَنْ أُكرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمانِ وَ لٰكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكفْرِ صَدْراً فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللهِ وَ لَهُمْ عَذابٌ عَظِيمٌ)(سورهٔ نحل، آیهٔ ۱۰۶)؛ هر که پس از ایمان آوردنش به خدا کافر شود، مگر آنکه به ناخواه وادار شود (که سخنی خلاف ایمانش بگوید) در حالی که دلش به ایمان آرام است، و لیکن هر کس که سینه را به کفر گشاده کرد؛ پس خشم خدا بر آنهاست و آنان را عذابی است بزرگ. آن گونه که مفسرین گفته‌اند، آیه مورد بحث در شأن عمّار بن یاسر است و قصهٔ آن چنین است: مشرکین در راستای اذیّت و آزاری که علیه یاران پیامبر (ص)، به ویژه ضعفای آنان به کار می‌گرفتند در صدد اذیت عمار بن یاسر بر آمده، از وی می‌خواهند که کلمه کفر بر زبان آورده و به تعظیم بت‌های آنان بپردازد. او نیز در اثر شدّت 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، عدّه‌ای شایع می‌کنند که عمّار کافر شده است. چون پیامبر (ص) از این شایعه آگاه می‌شود به مقابله با آن بر می‌خیزد و می‌فرماید: «انّ عمّارا مُلیَ أیماناً مِن فَرقِه الی قَدمِه و اختَلطَ الایمانَ بِلحمِه و دَمِه؛ عمار سراپا مملو از ایمان است و ایمان با گوشت و خون او عجین شده است.» خود عمّار نیز در عین ندامت و خوف از عواقب قضیه، با گریه و زاری نزد پیامبر می‌رود. حضرت از وی می‌پرسد: «کیف تجد قلبک؟» در جواب می‌گوید: «مطمئناً بالایمان.» آنگاه پیامبر می‌فرماید: «ان عادوا فعُد» و بدین سان بر عمل وی صحّه می‌گذارد و به تعبیر حقوقی، از وی رفعِ مسئولیت می‌نماید. عموم این آیه مورد استناد فقها و اصولیین در جهت رفع مسئولیت از مُکرَه در امور جزایی واقع شده است. به نظر می‌رسد این استناد از باب اولویت باشد؛ چه، در جایی که جریان عبارات کفرآمیز بر زبان و تعظیم مظاهر شرک و بت‌پرستی در نتیجه اکراه جایز تلقی شود و شارع مقدس حکم به جواز آن بدهد، به قیاس اولویت، قابلیت فسخ تصرفات حقوقی مکره و دفع مسئولیت از وی در صورت نقص نصوص جزایی، باید مشروع و موجه تلقی شود.

۲. **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 همراه با یکی از اوصاف نه‌گانهٔ مذکور در روایت ـ از جمله اکراه ـ 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 العطّار گفته است: سعد بن عبد اللّه از یعقوب بن زید از حماد بن عیسی از جریر بن عبد اللّه از ابی عبد اللّه (ع) نقل کرده است که قال رسول اللّه (ص): (رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةٌ اَلْخَطَأُ وَ اَلنِّسْيَانُ وَ مَا أُكرِهُوا عَلَيْهِ وَ مَا لاَ يَعْلَمُونَ وَ مَا لاَ يُطِيقُونَ وَ مَا اُضْطُرُّوا إِلَيْهِ وَ اَلْحَسَدُ وَ اَلطِّيَرَةُ وَ اَلتَّفَكرُ فِي اَلْوَسْوَسَةِ فِي اَلْخَلْقِ مَا لَمْ يَنْطِقْ بِشَفَةٍ. (مسئولیت) نُه چیز، از امّت من برداشته شده است: خطا، فراموشی، آنچه بِدان مجبور شوند، آنچه نمی دانند، آنچه از توانشان بیرون است، آنچه بِدان ناچار شوند، حسادت، فال بد زدن، و تفکر وسوسه آمیز در آفرینش، تا زمانی که به زبان آورده نشود.) اصولیون امامیه مراد از رفع را رفعِ مؤاخذه و عقاب دانسته‌اند؛ نه رفعِ امور نه‌گانهٔ مذکور در روایت. به اعتقاد آنان، رفع آثار در ظاهر مورد نظر است؛ نه رفع اوصاف مذکور در واقع. اعتقاد شیخ انصاری این است که در تبیین معنای این روایت سه راه در پیش است؛ تصرّف در معنای لفظ رفع یا تصرّف در معنای امور نه‌گانهٔ مذکور و یا در تقدیر گرفتن مضاف که همان مؤاخذه یا عقاب است. شیخ انصاری همچنین بر این عقیده است که راه اوّل و دوّم، 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. 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 نتیجهٔ بحران روانی حاصل از آن انجام داده، مؤاخذه و مکافاتی به دنبال نخواهد داشت و مستحق عقاب و کیفر نخواهد بود.

۳. **اجماع:** شیخ انصاری در مورد رفعِ مسؤولیت به دلیل اکراه ادعای اجماع می‌کند. البته چنین اجماعی به دلیل مدرکی بودن نمی‌تواند دلیل مستقلی باشد.

٤. **عقل:** از آنجا که اختیار و آزادی اراده از مبانی مسئولیت جزایی به شمار رفته‌اند لذا در صورت فقدان آنها یا ایجاد هرگونه محدودیت در آنها، دیگر نمی‌توان قائل به تحقق مسئولیت شد؛ چه، در این صورت یکی از مبانی و عناصر تحقق آن مفقود یا معیوب است. با فقدان یا معیوب و محدود بودن اختیار، به ویژه با عدم رضای مرتکب، عقلاً نمی‌توان حکم به مسئولیت و تحقق آن نمود. بنابراین، صرف‌نظر از ضوابط شرعی و مستندات منقول که در فقه اسلامی در مقام توجیه رفع مسئولیت از مُکرَه 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 ناحیهٔ اکراه‌کننده او را تهدید می‌کند اقدام به انجام عملی نماید که در شرایط عادّی نقض مقررات شرعی یا قانونی محسوب می‌شود، حکم به عدم تحقق مسئولیت و منع مؤاخذه و کیفر نمود. اینکه اکراه در حقوق عرفی هم ـ که فارغ از ضوابط شرعی بوده و الهام گرفته از عقل بشری است ـ راه یافته، خود مؤید این مطلب است.

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، اکراه را به دو قسم قابل تقسیم دانسته‌اند:

۱. **اکراه تام یا اکراه مُلجیٰ:** این قِسم 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. در اینجا شدّت و حدّت خطری که مُکرَه را تهدید می‌کند و رُعب و هراس حاصل از آن به اندازه‌ای است که در شخص حالتی نظیر حالت اضطرار ایجاد می‌کند. اصطلاح الجاء و مُلجیٰ هم که فقها برای تعبیر از این گونه اکراهی به کار برده‌اند و برای تحقق آن، الجاءِ مُکرَه را لازم دانسته‌اند خود دربردارندهٔ همین معناست؛ چه، الجاء مفهومی نظیر اضطرار و ناچاری در بر دارد. در ادبیات حقوق جزای عرفی، این قسم اکراه در اغلب موارد، ملحق به اجبار می‌شود.

۲. **اکراه ناقص یا اکراه غیر مُلجیٰ:** اکراه ناقص یا اکراه غیر مُلجیٰ 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 مُکرَه مطرح است. بنابراین، در اکراه ناقص موضوع تهدید، نه تلف نفس یا قطع عضو، بلکه ایراد ضرب خفیف یا حبس کوتاه مدت است؛ به گونه‌ای که عادتاً منجر به فوت نشود. اکراه ناقص هیچ گونه الجاء و اضطراری در بر ندارد و اصولاً شخص در موقع اضطرار و ناچاری قرار نمی‌گیرد. به همین جهت، به اکراه غیر ملجی تعبیر شده است.

تفاوت اکراه تام و ناقص

۱. نخست از جهت شدّت و ضعف، خطر، صدمه و زیان حاصل از عملی شدن تهدید. در اکراه ملجی چنانکه گفته شد، موضوع تهدید، نَفْسِ مُکرَه یا عضوی از اعضای اوست و در صورت عملی شدن تهدید، شخصِ تهدیدشده جان یا یکی از اعضای بدن خود را از دست می‌دهد؛ اما در اکراه غیر مُلجیٰ با عملی شدن تهدیدات اکراه‌کننده، مُکرَه تنها متحمّل ضرباتی خفیف و غیرکشنده و یا حبس کوتاه مدت می‌شود.

۲. دوم از جهت زوال یا بقای رضا و اختیار. در هر دو قسم اکراه، رضای مُکرَه زایل می‌شود و راضی به ارتکاب عمل تحمیل‌شده نیست. اصولاً عدم رضایت مُکرَه برای تحقق اکراه از چنان اهمیّتی برخوردار است که آن را جزو عناصر تعریف اکراه قلمداد کرده‌اند. اما از حیث محدودیت اراده، مُکرَه مُلجیٰ از آزادی برخوردار نیست و در اِعمال اراده محدود است؛ ولی مُکرَه غیر مُلجیٰ چنین محدودیتی ندارد.

۳. تفاوت سوم این دو در حوزه‌ای تأثیر آنهاست. اکراه ناقص تأثیری در مسئولیت جزایی شخص ندارد و تنها در تصرفات قولی و اَعمال حقوقی وی مؤثر واقع می‌شود. آن دسته از اقداماتی که صحّت آنها منوط به رضای اقدام‌کننده است اکراه ناقص در آنها تأثیر حقوقی می‌گذارد. از آن جمله، بیع، اجاره، اقرار، طلاق و نکاح است. امّا اکراه تام به واسطهٔ محدودیتی که در اختیار و آزادی ارادهٔ مکره ایجاد می‌کند در تمامی اقدامات و تصرّفات حقوقی در قبال وقایع مادّی مُنتَسَبه رفع مسئولیت می‌شود. بدین‌سان آنچه در امور کیفری مطرح است و موجب رفع مسئولیت در قبال ارتکاب جرم می‌شود اکراه تام یا مُلجیٰ است.

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

۱. **تهدیدِ اکراه‌کننده:** اصولاً بروز حالت اکراه در شخصِ اکراه‌شده 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 ـ وعید و تهدید در اکراه باید قابل اعتنا باشد (یعنی اکراه واقعی باشد)؛ به تعبیر حقوق‌دانان اسلامی، مُلجیٰ باشد؛ به نحوی که بتواند مُکرَه 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 تلفِ نفس یا نقصِ 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 مُلجیٰ و در حقِّ دیگری غیر مُلجیٰ 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 ـ روانی مُکرَه، جنسیت، سن، شغل، موقعیّت اجتماعی، خانوادگی، وضعیّت سلامت، میزان انفعال و تأثیرپذیری وی و همچنین شرایط و اوضاع و احوال وقوع اکراه، موقعیّت اکراه‌کننده و ارزش آنچه مورد تهدید اکراه‌کننده واقع شده به عنوان مسائل موضوعی اکراه، مورد لحاظ واقع می‌شوند. چنانکه پیداست امور و اوصاف مذکور نسبی بوده و از شخصی به شخص دیگر متفاوت‌اند. ب ـ تهدید باید در حال انجام یا قریب‌الوقوع باشد؛ به نحوی که در صورت امتناع و مقاومت مُکرَه، عملی شدن آن هر لحظه متوقّع باشد. در غیر این صورت، مُکرَه فرصت کافی برای رفع تهدید از خود دارد؛ از این رو اقدام وی به انجام عمل مورد در خواست مُکرِه، اکراه به معنای حقیقی تلقی نمی‌شود. این امر نیز مسأله‌ای موضوعی است و در هر مورد، اوضاع و احوال اکراه و موقعیت مُکرَه و مُکرِه و غلبهٔ ظنّ مبنی بر فعلیّت یافتن تهدید در صورت امتناع، باید مورد توجه واقع شود.

۲. **ترس ناشی از تهدید و تأثُّر روانی مُکرَه:** عنصر اصلی و رکن اساسی اکراه، تأثُّر روانی اکراه‌شده و بیم و هراسی است که در نتیجهٔ تهدیدات اکراه‌کننده در وی ایجاد می‌شود. اهمیّت این امر به حدّی است که می‌توان آن را مبنای رفع مسئولیت و عدم مؤاخذه و کیفر مُکرَه به شمار آورد. از سویی، این اعتقاد باید در مُکرَه ایجاد شود که در صورت امتناع و مقاومت، تهدیدات مَکرِه علیه وی عملی خواهد شد؛ اعم از اینکه این اعتقاد متیقّن باشد یا مبتنی بر غلبهٔ ظنّ. از سوی دیگر، اعتقاد مزبور باید چنان بیم و هراسی در وی ایجاد کند و آن چنان موجب پریشانی و اضطراب روانی وی شود که مُکرَه از سر ناچاری و در عین اضطرار، الجاء، عدم رضا و طیبِ 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 سببیّت دایر باشد

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

۱. تهدید اکراه‌شده (مُکرَه) از سوی اکراه‌کننده (مُکرِه)؛ البته با شرایط و اوصافی که بر شمردیم. از جمله مُلجیٰ بودن آن.
۲. فعلیت داشتن یا قریب‌الوقوع بودن تهدید؛ تهدیدات عملی‌شده و نیز تهدیداتی که فاصلهٔ زمانی میان اظهار و فعلیت یافتن آنها به حدّی است که مُکرَه به نحوی قادر به دفع آنهاست، هیچ کدام نمی‌توانند مجوّز ارتکاب فعل حرام باشند.
۳. قدرت و توانایی مُکرَه بر عملی ساختن تهدیدات خود؛ عدم توانایی اکراه‌کننده در انجام قتل، شکنجه و آزار یا ایراد ضرب منتهی به فوت، مانع تحقّق اکراه می‌شود. موقعیّت جسمانی روانی مُکرِه مورد نظر نیست. صرف توانایی او در فعلیّت بخشیدن به تهدیدات خود کافی است.
٤. غلبهٔ ظنّ مُکرَه در خصوص اینکه در صورت امتناع، تهدیدات اکراه‌کننده علیه وی عملی خواهد شد؛ اعتقاد وی به عدم جدیّت اکراه‌کننده یا عدم توانایی وی، مانع تحقّق اکراه خواهد بود. همچنین اگر دفعِ تهدید مُکرِه از طریقی غیر از انجام عمل مورد درخواست وی مقدور باشد، دیگر اکراه به معنای آن تحقّق نیافته است
٥. عدم توانایی اکراه‌شده (مُکرَه) در دفع تهدیدات اکراه‌کننده (مُکرِه)؛ ؛ بدیهی است چنانچه مکره از قدرت و توانایی لازم جهت دفع تهدیدات اکراه‌کننده برخوردار باشد و شرایط و اوضاع و احوال نیز به او اجازهٔ به کارگیری این قدرت و توانایی را بدهد و یا دفع تهدید به طریقی غیر از ارتکاب فعل محرّم مورد نظر اکراه‌کننده برای وی مقدور باشد دیگر اکراهی متحقق نخواهد شد. به بیان روشن‌تر، مُکرَه باید ناچار از ارتکاب فعل حرام بوده، به تعبیر فقها و اصولیین فاقد «مندوحه[۵]» باشد.
٦. عدم مشروعیت تهدید؛ آنچه مکره به آن تهدید شده باید در حقّ 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؛ مثلا، کسی که محکوم به قصاص نفس یا عضو یا رَجْم و جلد و یا حبس دائم شده نمی‌تواند به بهانهٔ اینکه به مجازات‌های مذکور تهدید شده اقدام به ارتکاب فعل حرامی نماید؛ چرا که او مستحق تحمّل این مجازات‌ها بوده و بدون تهدید هم در معرض تحمّل آنها قرار می‌گرفته است.

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

۱. تهدید شخص مُکرَه: 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. باور فقهای امامیه بر این است که برای صحت استناد به تهدیدات به عمل آمده علیه اموال در اکراه، نصّی در دست نیست؛ امّا در جواهر الکلام آمده است: «و لا ریب فی تحققه بالتخویف بأخذ المال المعتد به؛ بی‌تردید، با تهدید نسبت به گرفتن مال قابل توجه، اکراه محقق می‌شود.»

[۵] جایگزین

۲. **تهدید شخص ثالث:** هر چند غالباً تهدید اکراه‌کننده متوجه خود مُکرَه 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. 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 مُکرَه 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 تحمّل باشد. النهایه، می‌توان دایرهٔ اشخاص ثالث را اندکی تضییق نمود و به خویشاوندان نزدیک محدود ساخت. محدودیتی که بیشتر فقها قائل به آن هستند.

قلمرو اکراه و دایرهٔ تأثیر آن

۱. اکراه در حدود

۱/۱. اکراه بر ارتداد: یکی از جرائمی که در شرع برای آن مجازات تعیین شده ، ارتداد است و آن عبارت است از این که مسلمانی از دین اسلام برگردد و حکم مرتد با وجود شرایط، از حبس تا اعدام تعیین شده است. آیا قاعدهٔ اکراه را می‌توان در مورد ارتداد نیز جاری دانست یا خیر؟ بله، زیرا آیه‌ای که دربارهٔ عمّار یاسر نازل شد، دقیقاً در مورد ارتداد بوده، به دلیل آن که عمّار یاسری که مسلمان است کلمات کفرآمیز به زبان جاری می‌کند و در عین حال، به دلیل ایمان قلبی و اجبار و اکراه کفّار، خداوند او را تبرئه می‌کند.

۱/۲. اکراه بر زنا: شخصی که با اکراه مرتکب زنا شود حد بر او جاری نمی‌شود. محقّق حلّی می‌فرماید: «و یَسقُطُ الحَدَّ مَعَ الاکراه» همچنین صاحب جواهر می‌گوید: «هرگاه زنی به دلیل اکراه تن به زنا دهد، اجماع محصّل و منقول و روایات مستفیض اقامه شده است که بر آن زن حد زنا جاری نمی‌شود» آیا اکراه مرد بر زنا ممکن است یا خیر؟ محقق حلّی می‌گوید: «امکان آن مورد تردید است» امام خمینی می‌فرماید: «تردیدی نیست که اکراه در جانب مرد تحقق یافتنی است؛ همان گونه که از طرف زن محقق می‌شود»

۱/۳. اکراه بر شُرب خمر: شرب خمر از روی اکراه و اجبار مجازات شرب خمر را به دنبال ندارد، محقق حلّی می‌فرماید: «الأولُ فی موجبِ، و هو تناول المسکر أو الفقّاع اختیاراً؛ موجب حد در شرب خمر، نوشیدن مسکر یا فقّاع در حال اختیار است» قید اختیار برای اخراج مکرَه است؛ زیرا او حد ندارد؛ صاحب جواهر می‌گوید: «اجماع محصّل و منقول داریم که کسی که به اکراه مشروبات الکلی نوشیده حد ندارد.» فقهای مذاهب اربعه نیز غیر مکرَه بودن را از شرایط اجرای حد شرب خمر می‌دانند.

۱/٤. اکراه در سرقت: اگر کسی را وادار کنند که دست به سرقت بزند، حد سرقت بر او جاری نمی‌شود. صاحب جواهر می‌گوید: «در مورد سرقت، بر اکراه‌شوند نیز حد سرقت جاری نمی‌شود؛ زیرا عنوان سارق بر او صادق نیست، البته به دلیل اکراه تعزیر می‌شود»

۲. **اکراه در تعزیرات:** اگر کسی را وادار کنند که مرتکبِ عمل حرامی که مجازات آن تعزیر است شود، تعزیر نمی‌شود؛ ولی اکراه‌کنند مستحق تعزیر است. اگر کسی در یکی از روزهای ماه رمضان با همسرش نزدیکی کند. مطابق مادهٔ ٦٣٧ قانون تعزیرات مصوّب ۱۳۷۵: «هرگاه زن و مردی که بین آنها عُلقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل مُنافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا ۹۹ ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود.»

۳. اکراه در قصاص و دیات

۳/۱. اکراه بر قتل نفس: هرگاه کسی را به کشتن شخص بی‌گناهی اکراه کنند، در صورتی که به کمتر از قتل تهدید شده باشد، مباشر قتل قصاص و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌شود؛ امّا اگر تهدید به قتل شده باشد آیا مباشر قصاص می‌شود یا خیر؟ اکثر فقها می‌گویند: اکراه‌شوند حقِّ کشتن انسان بی‌گناه را ندارد و در صورت اقدام، قصاص شده و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌شود؛ زیرا قاعدهٔ اکراه، قاعدهٔ امتنانی است و عدم مسؤولیت مکره خلاف امتنان است؛ همان گونه که در روایات آمده است: «إنّما جُعِلَتِ التَّقيَّةُ لِيُحقَنَ بِها الدَّما، فإذا بَلَغَ التَّقيَّةُ الدّمَ فلا تَقيَّةَ؛ تقیه برای حفظ خون‌ها تشریع گشته، پس اگر به حد ریختن خون برسد، دیگر تقیه نیست» و در صحیحهٔ زُراره نیز آمده است: «هرگاه کسی دیگری را به قتل شخصی امر کند، قاتل کشته می‌شودو امرکننده به زندان ابد محکوم می‌گردد» مادهٔ ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چنین مقرّر شده است: « اکراه در قتل مجوز قتل نیست و مرتکب، قصاص می‌شود و اکراه‌کننده، به حبس ابد محکوم می‌گردد. »

امّا برخی از فقهای امامیه، همانند مرحوم خویی معتقدند که فرقی بین اکراه به قتل و سایر جرائم نیست، انها قبول دارند که دلیل اکراه شامل قتل نمی‌شود؛ زیرا رفعِ اکراه در مقام امتنان است و در اینجا نسبت به مقتول امتنانی در میان نیست؛ امّا عقیده دارند که در صورت تهدید به قتل اکراه مجوّز قتل است؛ زیرا شخص مکرَه در برابر دو محذور قرار گرفته «دَوَران امر بین مَحذورین» یا باید مرتکب حرام شود و شخص موردنظر را بکُشد و یا ترک واجب کند و خود را به کشتن دهد و چون در ارتکاب حرام یا ترک واجب، هیچ یک بر دیگری ترجیحی ندارد، بلکه هر دو متزاحم مساوی هستند و در صورت تساوی متزاحمین راهی غیز از التزام به تخییر وجود ندارد. پس در صورتی که شخص موردنظر را بکُشد، باید دیهٔ مقتول را بپیردازد و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌شود؛ امّا مرحوم خوانساری این نظریه را از جهاتی مورد نردید قرار می‌دهد که اولاً این نظر مخالف اجماع است و ثانیاً با حدیث مذکور«إنّما جُعِلَتِ التَّقيَّةُ لِيُحقَنَ بِها الدَّما ناسازگار است، ثالثاً با صحیحهٔ زراره (مأمور به قصاص و آمر به حبس ابد محکوم می‌گردد) منافات دارد.

۳/۲. اکراه بر مادون نفس: اگر کسی دیگری را اکراه کند که عضوی از اعضای شخصی را قطع کند یا جراحتی را بر او وارد نماید، چه کسی باید قصاص شود، و یا چه کسی باید دیه بپردازد؟ حق این است که در هر دو مورد اکراه‌کننده مسؤول بوده و قصاص می‌شود و به مؤظف به پرداختن دیه است. مطابق مادهٔ ۳۷۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «ماده ۳۷۷- اکراه در جنایت بر عضو موجب قصاص اکراه‌کننده است»

نتیجه: صرف‌نظر از مباحث تئوریک و اختلاف نظرها و مناقشه‌های به عمل آمده بر سر ماهیت و عنوان فقهی اَعمال ارتکابی تحت تأثیر اکراه، در مجموع می‌توان نتیجه گرفت که جز در اتهام به ارتکاب قتل عمد، عذر اکراه در اتهام به ارتکاب سایر جرائم پذیرفتنی است و رافعِ مسئولیت است و به استناد آن می‌توان در صددِ آزادی متهم بر آمد. مطابق مادهٔ ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲: «مسؤولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقّق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد به جز در مورد اکراه بر قتل که حکم آن در کتاب سوم «قصاص» آمده است.»

کاربرد قاعدهٔ اکراه در قانون مجازات اسلامی

در مادهٔ ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ آمده است: «هرگاه کسی بر اثر اکراه غیرقابل تحمل، مرتکبِ رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود مجازات نمی‌گردد. در جرائم موجب تعزیر، اکراه‌کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. در جرائم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود.» با توجه به متن ماده به شرح فوق، در جهت تبیین موضوع، مطالبی به شرح زیر قابل ذکر به نظر می‌رسد:

الف ـ تهیه‌کنندگان قانون، اکراه را در کنار اجبار و در جرائم موضوع مجازات‌های تعزیری یا بازدارنده موجب رفع مسئولیت کیفری دانسته‌اند. البته این اقدام قانون‌گذار، به این معنا نیست که در سایر جرائم، از قبیل جرائم حدی، اکراه در سقوط کیفر مؤثر نباشد.

ب ـ عادتاً قابل تحمل نبودن اکراه، تنها شرطی است که قانون‌گذار در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی برای اکراه بیان داشته است. برای احراز این شرط، موقعیت مکانی و زمانی وقوع جرم، سن متهم، جنسیت او و نحوهٔ ارتکاب جرم باید از سوی قاضی مورد ارزیابی و سنجش قرار گیرد.

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

هـ ـ 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.

تأثیر اکراه در جرائم مختلف: در این قسمت تأثیر اکراه را در جرائم مختلف به طور خلاصه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱. **زنا**: یکی از شرایط تحقق مجازات حد زنا این است که زانی یا زانیه مختار باشند. بنابراین اگر زانی یا زانیه مُکرَه باشند حد زنا محقق نمی‌شود. مطابق مادهٔ ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «در جرائم موجب حد هرگاه متهم ادعای ... وجود یکی از موانع مسؤولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صِدق گفتار وی داده شود ... ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می شود.» بدیهی است که یکی از موانع مسؤولیت کیفری، طبق مادهٔ ۱۵۱ همین قانون، اکراه مرتکب جرم است.
۲. **شرب خمر**: دارا بودن اختیار از جملهٔ شرایط تحقق حَد مُسکر است. بنابراین اگر شارب خمر مُکرَه باشد، به حد تازیانه محکوم نمی‌شود. مادهٔ ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ به طور کلی مختار بودن مرتکب جرم را به عنوان یکی از شرایط مسؤولیت کیفری برشمرده است. مطابق این ماده: «مسؤولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد به جز در مورد اکراه بر قتل که حکم آن در کتاب سوم «قصاص» آمده است»
۳. **سرقت**: وادار شدن مرتکب به سرقت با تهدید و اجبار موجب رفع مسئولیت کیفری است. بنابراین اگر سارق با تهدید و اختیار مرتکب سرقت شده باشد، سرقتی که مستوجب حد باشد تحقق نیافته و مرتکب به مجازات قطع ید محکوم نمی‌شود. با توجه به بند (۳) ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی سسابق مصوب ۱۳۷۰، یکی از شرایط مهم تحقق سرقت مستوجب حد این است که سارق با تهدید و اجبار وادار به سرقت نشده باشد. در حال حاضر، در مادهٔ ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ ـ که به شرایط سرقتِ مستوجب حد اختصاص یافته است ـ این شرط وجود ندارد. البته این امر نه بدان معناست که اگر سارق با تهدید و اجبار مرتکب سرقت شده باشد، سرقت وی مستوجب حد خواهد بود؛ بلکه عدم ذکر این شرط به این دلیل است که طراحان این قانون، به درستی مباح مربوط به کلیات را درهمان کتاب اول بیان کرده و از ذکر مجدّد آن در ذیل هر جرم خودداری کرده‌اند. در نتیجه اکنون نیز به استناد مواد ۱۴۰، ۱۵۱ و ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی، سرقت همراه

با تهدید و اکراه نه تنها مستوجب حد، بلکه اساساً مستحق هیچ گونه مجازاتی نیست؛ چرا که وجود اکراه به طور کلی، موجب زوال مسؤولیت کیفری شخص مرتکب می‌گردد.

٤. **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 ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی در این زمینه مقرر می‌دارد: «اکراه در قتل یا دستور به قتل دیگری مجوز قتل نیست. بنابراین اگر کسی را وادار به قتل دیگری کنند یا دستور به قتل رساندن دیگری را بدهند مرتکب قصاص می‌شود و اکراه‌کننده و آمر، به حبس ابد محکوم می‌شوند.» با توجه به تبصره (۱) ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی، اگر اکراه‌شونده طفل غیر ممیز یا مجنون باشد فقط اکراه‌کننده محکوم به قصاص است. همچنین با توجه به تبصرهٔ (۲) ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی، اگر اکراه‌شونده طفل ممیّز باشد نباید قصاص شود؛ بلکه باید عاقله او دیه را بپردازد و اکراه‌کننده نیز به حبس ابد محکوم است. نکتهٔ دیگری که در همین زمینه قابل ذکر می‌باشد، بحث اکراه در جنایات علیه مادون نفس است. این نکته از نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲محسوب می‌شود. مادهٔ ۳۷۷ این قانون، اکراه در جنایت بر عضو را موجب قصاص اکراه‌کننده دانسته و ماده ۳۷۸ نیز مقرّر داشته است که: «ادعای اکراه بر جنایت بر عضو باید در دادگاه ثابت شود و در صورت عدم اثبات، با سوگند صاحب حق قصاص، مباشر قصاص می‌شود.»

قاعدهٔ اضطرار

«الضَروراتُ تُبیحُ المَحظورات»

(حالت اضطرار و ضرورت اَعمال منع‌شده را مباح می‌کند)

از عمده مسائلی که در باب مسئولیت کیفری همواره مورد توجه و تأیید ملل مختلف در همه زمان‌ها بوده این است که هر کس به حکم ضرورت عمداً مرتکب عمل مجرمانه‌ای شود قابل مجازات و سرزنش نیست. این حالت معمولاً بر أثرِ خطری شدید ایجاد می‌شود که برای جان یا حق فرد پیش می‌آید و تنها از طریق ارتکاب جرم قابل احتراز است. در حقوق اسلام قاعدهٔ «الضرورات تبیح المحظورات» و یا «رُفِعَ ما اضطروا» 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 صدد بحث راجع به آن نیستیم.

واژه‌های اضطرار و ضرورت: اضطرار مصدر باب افتعال و از مادهٔ ضرّ به فتح یا ضمّ اول است. ضرّ با فتح اول متضاد نفع است و معنای آن زیان‌دیدگی است و با ضمّ 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.

شناخت اصطلاحی مفاهیم: اضطرار صفتی است که در اَثرِ قرار گرفتن شخص در آن شرایط و موقعیت، بر وی عارض می‌شود. روی آوردن مضطرّ به فعلی که در شرایط عادی و غیر اضطراری حرام و ممنوع است، از عارض‌شدن صفت یا حالت اضطرار بر وی ناشی می‌شود و عارض‌شدن 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 حرام سوق می‌دهد عامل بروز این حالت و صفت می‌باشد؛ نه خود اضطرار.

مقایسهٔ اضطرار با اجبار

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

اما تفاوت عمده میان اضطرار و اجبار از حیث وجود و عدم قصد و اراده است؛ با این توضیح که در اجبار، قصد و اراده نسبت به شخص مجبور منتفی است؛ در حالی که در اضطرار، شخص مضطرّ با قصد و اراده دست به ارتکاب فعل محرّم می‌زند. بدین ترتیب، فرق اصلی میان مجبور و مضطر در این است که شخص مجبور فاقد قصد و اراده و اختیار است؛ اما شخص مضطرّ عملی که انجام می‌دهد مسبوق به قصد و اراده است. بطلان معاملات مجبور و عدم بطلان معاملات مضطرّ 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 حادثهٔ مخاطره‌انگیزی در شرف وقوع است در صدد انجام وظایف خود بر نمی‌آید منشأ اجبار وی درونی است. اما اضطرار مورد نظر در امور کیفری، به ویژه مصادیقی از اضطرار که مورد توجه فقها و حقوق‌دانان کیفری واقع شده و رافع حکم تکلیفی و مسئولیت ناشی از آن است، دارای منشأ درونی است و ناظر به عوارض و حالاتی است که به طور طبیعی بر انسان غلبه کرده، تحمل آن غیر ممکن شده و منتهی به هلاکت نفس می‌شود، از قبیل عوارض گرسنگی، تشنگی، معالجه، مداوا. به طور کلی نجات نفس از هلاکت ناشی از عوارض طبیعی بیشتر مورد لحاظ صاحب نظران واقع شده است.

مقایسهٔ اضطرار با اکراه

- **شباهت‌های اضطرار با اکراه:**

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

- **تفاوت‌های اضطرار با اکراه:**

۱. 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.
۲. دوم، آنچه موجب بروز اکراه در مکره می‌شود با آنچه سبب وقوع اضطرار در مضطرّ 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 موقعیّت 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 محرّمی 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 تلقّی می‌شود. در اینجا شخصی با توسّل به قدرت و توانایی خود و یا با استفاده از موقعیت خود دیگری را وسیلهٔ ارتکاب عملی ناروا قرار داده، او را به سوی انجام عمل مزبور سوق می‌دهد.

۳. مُکرَه 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 مرتکب آن نمی‌شد. از طرف دیگر، اضطرار سبب فساد اختیار و ارادهٔ مضطرّ نمی‌شود؛ اما اختیار و اراده مکره محدود است. سر انجام اینکه به اعتقاد بسیاری از فقها، اضطرار و اکراه هر چند در رفع حکم تکلیفی مشترک‌اند؛ از حیث تأثیر در حکم وضعی متفاوت‌اند. اکراه موجب زوال حکم وضعی نیز می‌شود؛ اما در اضطرار چنین نیست و مضطر در قبال آثار وضعی فعل خود مسئول است.

مستندات قاعدهٔ اضطرار

۱. **کتاب:** آیاتی از قرآن، از جمله آیات ۱۷۳ از سورهٔ بقره، ۱۱۵ از نحل، ۱۱۹ و ۱۴۵ از انعام و ۳ از مائده، ناظر به احکام اضطرار هستند.

- در آیهٔ ۱۷۳ از سورهٔ بقره آمده است: «إِنَّمٰا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَ لَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَ مٰا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بٰاغٍ وَ لٰا عٰادٍ فَلٰا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللهَ 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 مفسّرین شیعه، علامه طباطبایی در تفسیر این آیه نوشته است که غیر باغ و لا عاد از حیث نحوی حال هستند؛ یعنی در حالی که ظالم و متجاوز نباشد. یعنی کسی که ناچار از خوردن بعضی از این محرّمات شود و این ناچاری و اضطرار در حالی باشد که ظالم و متجاوز از حد نباشد، مانعی ندارد که از آنها بخورد؛ ولی اگر در حال ستم و تعدّی، ناچار از خوردن شود، به این معنا که ستم و تعدّی و تجاوز سبب اضطرار او شده باشد، خوردن محرّمات برای وی جایز نخواهد بود. ضمنا جملهٔ «إِنَّ اللهَ 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.
- در بخش آخر آیهٔ ۳ از سورهٔ مائده آمده است: «فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجٰانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ؛ کسی که به واسطهٔ گرسنگی ناگزیر از خوردن شود درحالی‌که متمایل به ارتکاب گناه نباشد، همانا خداوند آمرزندهٔ مهربان است.» اهل لغت و تفسیر مخمصه را گرسنگی معنا کرده و تجانف را از مادهٔ جنف به معنای عدول از حق و عدل دانسته‌اند.
- آیهٔ ۱۱۹ از سورهٔ انعام: «وَ مٰا لَكُمْ أَلّٰا تَأْكُلُوا مِمّٰا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ وَ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مٰا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلّٰا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ؛ شما را چه شده است که از آنچه نام خداوند بر آن بُرده شده نمی‌خورید؟ در حالی که آنچه بر شما حرام شده به تفصیل برایتان بیان شده است؛ مگر اینکه ناگزیر از خوردن آن شوید.» دلالت ذیل آیه بر حلال بودن برخی حرام‌ها، از سرِ اضطرار، روشن است. در این آیه مورد خاصّی اشاره نشده، بلکه می‌گوید همهٔ حرام‌ها برای شما به تفصیل بیان شد و همهٔ آنهایی که در حال عادی انجامش پلید است، با یک قاعدهٔ عام و فراگیر (اضطرار) روا دانسته شده است.

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

- ما مِن شَیءٍ حَرَّمَهُ اللهُ إلاّ وَ قَد حَلَّله لِمَن اضطُرَ الیه ؛ هیچ چیز را خداوند حرام نکرده مگر آنکه برای کسی که مضطر است حلال می‌شود.
- عن السکونی عن ابی عبد اللّه (ع) قال: لا یُقطَعُ السّارِقُ في عامِ سَنَةٍ ـ یَعنِي في عامِ مَجاعَةٍ؛ دست سارق در سال قحطی قطع نمی‌شود.
- قال الصّادق (ع) مَنِ اضطُرَّ إلی المیتَةِ وَ الدَّمِ و لَحمِ الخِنزیرِ فلَم یَأکُلْ شیئا مِن ذلک حتّی یَموتَ فهُو کافِرٌ؛ امام صادق (ع) فرموده است: هر کس به گوشت مردار و خون و گوشت خوک مضطر شود و از آنها تناول نکند تا بمیرد، (به حکم خدا) کفر ورزیده است. گویا در این روایت، امام رفعِ اضطرار را واجب شرعی تلقی کرده و امتناع از آن را مخالفت با شارع و کفر به حساب آورده است.
- 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 اللّه (ع) قال: قال رسول اللّه (ص) (رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةٌ اَلْخَطَأُ وَ اَلنِّسْیَانُ وَ مَا أُکرِهُوا عَلَیْهِ وَ مَا لاَ یَعْلَمُونَ وَ مَا لاَ یُطِیقُونَ وَ مَا اُضْطُرُّوا إِلَیْهِ وَ اَلْحَسَدُ وَ اَلطِّیَرَةُ وَ اَلتَّفَکرُ فِي اَلْوَسْوَسَةِ فِي اَلْخَلْقِ مَا لَمْ یَنْطِقْ بِشَفَةٍ. امام صادق (ع) فرمود که رسول خدا (ص) فرموده است: (مسئولیت) نُه چیز، از امّت من برداشته شده است: خطا، فراموشی، آنچه بِدان مجبور شوند، آنچه نمی دانند، آنچه از توانشان بیرون است، آنچه بِدان ناچار شوند، حسادت، فال بد زدن، و تفکر وسوسه آمیز در آفرینش، تا زمانی که به زبان آورده نشود.) فقها و اصولیین شیعه پیرامون این حدیث به تفصیل بحث کرده‌اند. مجموعهٔ این مباحث در نکات زیر خلاصه می‌شود:

۱. منظور شارع از کلمهٔ رفع چه بوده است؟ آنچه مسلّم است، در عرف هنگامی کلمهٔ 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. کلمهٔ دفع نیز هنگامی استعمال می‌شود که بر طرف نمودن امری که هنوز به وجود نیامده ولی استعداد حدوث دارد مورد نظر باشد.

۲. حدیث رفع بر ادلّهٔ احکام اولیّه‌ای افعالی که از روی خطا، نسیان، اکراه، اضطرار و سایر عناوین مذکور در آن واقع می‌شود حاکم است و بر آنها مقدّم است.

۳. شارع مقدس عناوین نه‌گانهٔ مذکور در حدیث را نه از حیث تکوینی بلکه از لحاظ تشریعی رفع نموده است و اصولا قلمرو رفع در احکام تشریعی 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 دایرهٔ تکوین خارج نمی‌شوند. بلکه آثار مترتبه بر آنها تشریعا برداشته می‌شود؛ یعنی آنچه را که شارع در مقام تشریع وضع نموده است مرتفع می‌شود.

۳. اجماع: در خصوص اضطرار، فقها بر حسب مورد حکم داده‌اند. از این رو در خصوص مورد می‌توان ادّعای اجماع نمود؛ مثلاً، در خصوص شُرب مُسکر گفته‌اند که اگر شخصی برای حفظ سلامت، مضطرّ به شُربِ مُسکر شود نوشیدن آن جایز است. فقها به اتفاق، چنین فتوی داده‌اند؛ اما در مورد خود عنوان کلی حکم اضطرار که یک امر عقلی نیز است نمی‌توان قائل به تحقق اجماع شد و متحقق هم نشده است. در صورت تحقق هم چون مبتنی بر عقل است حجّیت ندارد؛ اما در موارد خاصه می‌توان بر امر عقل ادعای اجماع نمود.

٤. عقل: اضطرار قاعدهٔ 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، قاعدهٔ «ضرورت قانون نمی‌شناسد» همواره مورد استناد بوده است. حقوق‌دانان مسلمان و غیر مسلمان نیز ضمن استناد به ادلّهٔ نقلی و شرعی، عقلانی بودن اصل قاعدهٔ اضطرار را مورد تأیید و اذعان قرار داده‌اند. توجیهاتی که حقوق‌دانان مسلمان و غیر مسلمان از رفع مسئولیت در حالت اضطرار به عمل آورده‌اند نشان از عقلانی بودن مسأله است. این حقوق‌دانان رفع مسئولیت در اثر اضطرار با تکیه بر جهاتی همچون اجبار معنوی، نفع اجتماعی، عدم سوء نیّت، لزوم همبستگی و تعاون اجتماعی و بالاخره تعارض منافع

توجیه کرده‌اند. اینها خود توجیه و تحلیل عقلی هستند و اصولا قاعدهٔ الضرورات تبیح المحظورات مفاد یک حکم عقلی است؛ گرچه این عبارت در منابع فقهی موجود نیست.

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.

۱ـ شرایط واقعهٔ اضطراری

۱. **خطر باید مسلّم‌الوقوع باشد:** یعنی باید به درجهٔ 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 شدّت عطش تلف می‌شود مرتکب شرب خمر شود. در فقه بروز خوف و بیم هلاکت نفس به واسطهٔ علم یا ظنّ و احتمال عقلایی به بروز خطر شدید مطرح است.

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

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

٤. **مضطر به موجب شرع و قانون مکلف به تحمّل ضرر نباشد:** کسانی هستند که بر حسب وظیفهٔ شرعی یا قانونی در وضعیتی قرار گرفته‌اند که مستلزم فداکاری و تحمل خطر است؛ مثلا، کسی که بنا به وظیفهٔ شرعی به جهاد رفته و یا فردی که بنا به وظیفهٔ قانونی و ملّی به جنگ با دشمن رفته است، وظیفه‌اش به طور طبیعی با خطر و تحمّل آن ملازمه دارد؛ یا پلیسی که وظیفهٔ 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.

۲ـ شرایط اقدام مضطر

۱. 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 به ویژه قوای دولتی یا فرار از صحنه و یا خریداری شیئی که بتواند با آن از خود رفع ضرورت کند، دیگر ارتکاب فعل محرَّم 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.

۲. اقدام مضطر باید به قدرِ 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 تُبیحُ المحظورات»؛ اما در کنار آن، قاعدهٔ «الضرورات تتقدر بقدرها» هم وجود دارد که یک قاعدهٔ 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 حرام هم رعایت مقدار مورد لزوم مد نظر است. چنانکه «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 «اباحهٔ 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. 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.»

کاربرد قاعدهٔ اضطرار در قانون مجازات اسلامی

در حقوق جزای عرفی، اضطرار در کنار عناوینی همچون دفاع مشروع و امر آمر قانونی و رضایت مجنی علیه در شمار عوامل موجههٔ 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 اَعمالی را که در شرایط عادی جرم است مباح و بلامجازات می‌شناسد.

مادهٔ ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مستند قانونی اضطرار یا ضرورت محسوب می‌شود. این ماده مقرّر می‌دارد: «هر کس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب‌الوقوع از قبیل آتش‌سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود قابل مجازات نیست؛ مشروط بر این که خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتکابی با خطر موجود متناسب و برای دفع آن ضرورت داشته باشد.

تبصره - کسانی که حسب وظیفه یا قانون مکلف به مقابله با خطر می‌باشند نمی‌توانند با تمسک به این ماده از ایفای وظایف قانونی خود امتناع نمایند.» بنابراین تحقّق اضطرار، از منظر حقوق جزا و مستفاد از مادهٔ فوق مشروط به چند شرط ذیل است:

۱. خطر باید شدید باشد.
۲. خطر باید فعلی یا قریب‌الوقوع باشد.
۳. مرتکب نباید خطر را عمداً ایجاد کرده باشد.
٤. رفتار ارتکابی با خطر موجود متناسب باشد.
٥. رفتار ارتکابی برای دفعِ خطر ضرورت داشته باشد.

افزون بر این شرایط، شرط دیگری که در تبصرهٔ مادهٔ ۱۵۲ ق.م.ا بیان شده، عدم تکلیف مرتکب در مقابله با خطر است. به این معنا که مرتکب نباید حسب وظیفه یا قانون مکلّف به مقابله با خطر باشد؛ زیرا با وجود چنین تکلیفی، دیگر نمی‌تواند با تمسّک به این ماده از ایفاء وطایف قانونی خود امتناع نماید.

بدیهی است که با وجود واژهٔ «از قبیل» در متن ماده، ذکر خطراتی همچون «سیل»، «طوفان» و «زلزله» صرفاً از بابِ تمثیل وده و جنبهٔ حصری ندارد؛ لذا هر گونه خطرِ دیگری مثل وقوع جنگ یا گرسنگی و تشنگی شدید یز می‌تواند مشمول این ماده قرار گیرد.

به طور کلی، احراز شرایط مذکور در این ماده، مثل شدّت خطر، فعلیت داشتن یا قریب‌الوقوع بودن خطر و متناسب بودن رفتار ارتکابی با خطر موجود، امری موضوعی است و تشخیص آن بر عهدهٔ قاضی می‌باشد. همچنین احراز این امر که آیا رفتار ارتکابی تنها راهِ دفعِ خطر در حالت

اضطراری بوده است یا خیر نیز با قاضی است که با توجه به موقعیت خاص زمانی و مکانی وقوع خطر و شاخص قرار دادن یک انسان متوسط و در نظر گرفتن وضعیت جسمی و روحی مرتکب، آن را تعیین می‌نماید.

نکتهٔ دیگر آن است که رفتار ارتکابی باید برای حفظ جانیا مال خود مضطر یا دیگری باشد. در این ماده مال اعم از منقول و غیرمنقول است.

قاعدهٔ لوث و قسّامه

مقدمه: روش اثبات جرم در فقه اسلامی به دو طریق است: ۱ـ روش عام ۲ـ روش خاص.

- روش عام، روشی است که اصولاً برای اثبات همه جرائم ـ با کم و بیش اختلاف ـ قابل اِعمال است.
- روش خاص، همان طور که از نامش پیداست، روشی است که برای اثبات جرم در موارد خاصی به کار می‌رود؛ مثل قسامه در قتل.

در فقه شیعه تنها موردی که قسامه اجرا می‌شود، جایی است که «لوث» وجود دارد؛ لذا به صورت یک قاعدهٔ کلی گفته شده است: «لا قسامة الّا فی لوث؛ هیچ‌گاه قسّامه اجرا نمی‌شود مگر جایی که لوث وجود دارد.»

معنا و مفهوم قَسّامه

واژهٔ قسّامه: قسّامه در لغت، مصدر است و به معنای قسم یاد کردن است. به نظر شهید ثانی، قَسّامه (با فتح قاف) در لغت، اسم است برای اولیای دم که بر ادعای خود سوگند یاد می‌کنند. در اصطلاح بعضی از فقیهان، اسم سوگندهایی است که بر اولیای‌دم تقسیم می‌شود.

تعریف قَسّامه: مطابق نظر مشهور فقهای شیعه قسامه عبارت است از ادای ۵۰ سوگند متعدد در دعوی قتل که توسط ۵۰ مرد اقامه می‌شود سوگند از سوی اولیای‌دم برای اثبات قتل علیه جانی اقامه می‌شود. هر یک از آنان (۵۰ نفر) می‌گوید: «به خدایی که غیر از او خدایی نیست، جانی ضربه زد و فلانی مرد، یا به درستی که فلانی، فلانی را کشت.» چنانچه بعضی از اولیای دم از ادای سوگند خودداری کنند، افراد باقی مانده از اولیای دم، تعداد قسم باقی مانده را خواهند خورد؛ اما اگر همهٔ اولیای دم نکول کردند یا اینکه قتل لوث نبود (نه قرینه ظاهری در خصوص قاتل وجود دارد و نه عداوت ظاهری)، قَسَم به متهم ارجاع می‌شود. در این صورت، بستگان وی ۵۰ سوگند مبنی بر برائت متهم می‌خورند؛ ولی چنانچه متهم، بستگان «عاقله» نداشته باشد، متهم ۵۰ سوگند خورده و از مسئولیت بری خواهد شد. نظریهٔ فوق در سیستم حقوق کیفری ایران پذیرفته شده و به استناد مواد ۳۱۷، ۳۱۹ و ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قسّامه در غیر از موارد لوث جاری نمی‌گردد.

سوال: آیا شاکی قتل یا متهم به قتل، خود نیز باید سوگند بخورد؟ در پاسخ باید گفت که نظر فقها در این مسأله مختلف است. از شرح لمعه استفاده می‌شود که لازم است مدعی نیز سوگند یاد کند و نمی‌توان به سوگند دیگران، بدون سوگند مدعی اکتفا کرد. روایات وارده در این مسأله لسان واحد ندارند؛ مستفاد از برخی روایات آن است که بستگان و خویشاوندان لازم است ادای سوگند کنند؛ مانند روایت ابی بصیر از امام صادق (ع) که در آن آمده است: «فعلی المدعی ان یجیء بخمسین رجلا یحلفون ان فلانا قتل فلانا ...؛ بر مدعی لازم است ۵۰ نفر را بیاورد که سوگند یاد کنند که فلانی، فلانی را به قتل رسانده است.» ظاهر این است که سوگند متوجه کسانی است که مدعی، آنان را می‌آورد؛ نه خود وی. از برخی روایات دیگر استفاده می‌شود که مدعیان سوگند یاد می‌کنند؛ مانند روایت «مسعود بن زیاد» که امام صادق (ع) فرمود: پدر من می‌فرمودند: «اگر مدعیان دم، اقامه بینه بر قتل مقتول نکنند و سوگند نیز ادا ننمودند، متهمین ۵۰ بار سوگند یاد می‌کنند که ما او را به قتل نرسانده‌ایم و قاتل او را

نمی‌شناسیم.» مقتضای جمع بین روایات این است که هر دو وجه جایز باشد؛ یعنی مدعی، هم می‌تواند با بستگانش ادای سوگند نماید و هم می‌تواند سوگند نخورد و فقط به سوگند قوم و بستگان خود اکتفا نماید؛ هر چند ادای سوگند از طرف مدعی همراه با بستگانش ارجح و اقوی به نظر می‌رسد.

سوال: آیا زن می‌تواند جزء سوگندخورندگان باشد؟ در این خصوص دو نظریه وجود دارد که رأی غالب این است که چنانچه زن، شاکی یا مشتکی‌عنها باشد ادای سوگند از طرف او بلا اشکال است.

مطابق مادهٔ ۳۳۷ قانون مجازات اسلام مصوب ۱۳۹۲: «سوگند شاکی، خواه مرد باشد خواه زن، جزء نصاب محسوب می‌شود» البته مطابق مادهٔ ۳۳۶ ق.م.ا او باید، ۴۹ خویشاوند مرد را هم برای ادای سوگند حاضر نماید. در مقابل چنانچه زن متهم بوده و هیچ خویشاوندی نداشته باشد که حاضر به سوگند خوردن باشند، وی می‌تواند برای تبرئهٔ خود، به موجب مادهٔ ۳۳۸ ق.م.ا پنجاه بار سوگند بخورد و تبرئه شود. انتهای این ماده مقرّر می‌دارد که: «... با نداشتن اداءکنندهٔ سوگند، خود متهم، خواه مرد باشد خواه زن، همه سوگندها را تکرار می‌نماید و تبرئه می‌شود» لیکن چنانچه خویشاوند مردی داشته باشد که حاضر به سوگند خوردن باشد، دیگر خود زن نمی‌تواند یکی از سوگندخورندگان باشد؛ بلکه خویشاوندان مرد، به موجب مادهٔ ۳۸ ق.م.ا باید سوگند خود را تکرار کنند تا حدِّ نصاب پنجاه قَسَم حاصل شود.

مستندات قاعدهٔ قسّامه

۱. روایات:

- در احادیث متعدد، مسأله قسامه بیان شده است، از جمله: مردی از انصار روایت کرده است که پیامبر به قسامه امر کرد؛ همان طور که در زمان جاهلیت بوده است.
- برید بن معاویه از امام صادق (ع) نقل کرده است: «سَأَلْتُهُ عَنِ الْقَسَامَةِ فَقَالَ الْحُقُوقُ كُلُّهَا الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِلَّا فِي الدَّمِ خَاصَّةً فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص بَيْنَمَا هُوَ بِخَيْبَرَ إِذْ فَقَدَتِ الْأَنْصَارُ رَجُلًا مِنْهُمْ فَوَجَدُوهُ قَتِيلًا فَقَالَتِ الْأَنْصَارُ إِنَّ فُلَانَ الْيَهُودِيَّ قَتَلَ صَاحِبَنَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص لِلطَّالِبِينَ أَقِيمُوا رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ مِنْ غَيْرِكُمْ أَقِيدُوهُ بِرُمَّتِهِ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا شَاهِدَيْنِ فَأَقِيمُوا قَسَامَةً خَمْسِينَ رَجُلًا أَقِيدُوهُ بِرُمَّتِهِ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا عِنْدَنَا شَاهِدَانِ مِنْ غَيْرِنَا وَ إِنَّا لَنَكْرَهُ أَنْ نُقْسِمَ عَلَى مَا لَمْ نَرَهُ فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ص مِنْ عِنْدِهِ وَ قَالَ إِنَّمَا حُقِنَ دِمَاءُ الْمُسْلِمِينَ بِالْقَسَامَةِ لِكَيْ إِذْ رَأَى الْفَاجِرُ الْفَاسِقُ فُرْصَةً مِنْ عَدُوِّهِ حَجَزَهُ مَخَافَةُ الْقَسَامَةِ أَنْ يُقْتَلَ بِهِ فَكَفَّ عَنْ قَتْلِهِ وَ إِلَّا حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ قَسَامَةً خَمْسِينَ رَجُلًا مَا قَتَلْنَا وَ لَا عَلِمْنَا قَاتِلًا وَ إِلَّا أُغْرِمُوا الدِّيَةَ إِذَا وَجَدُوا قَتِيلًا بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ إِذَا لَمْ يُقْسِمِ الْمُدَّعُونَ؛ از امام صادق (ع) در مورد قسّامه سوال کردم، حضرت فرمود: در همهٔ حقوق وظیفهٔ مدّعی است که اقامهٔ بیّنه (دو شاهد عادل) کند و مدعی‌علیه (منکر) باید سوگند یاد کند، تنها در خون قاعده غیر از این است. همانا گروهی از انصار به سمت خیبر (محله‌ای یهودی‌نشین) روان شدند و مدّتی بعد یک نفر از یاران خود را گم کردند (عبدالله بن سهل) و سپس جنازه‌اش را پیدا کردند. به پیامبر عرض کردند: فلان یهودی او را کُشته است. حضرت فرمود: دو مرد عادل را از غیر خودتان بیابید که شهادت دهند قاتل آن مرد یهودی است؛ اگر نیافتید پنجاه مرد از شما سوگند یاد کنند. گفتند: دو شاهد عادل نداریم و ما هم در مورد چیزی که ندیدیم قَسَم یاد نمی‌کنیم. پیامبر هم دیهٔ او را از بیت‌المال پرداخت و فرمود: با قسّامه خون مسلمانان محفوظ می‌ماند؛ چون وقتی انسان فاسقی فرصتی (برای کشتن شخصی) پیدا کرد؛ امّا از ترس قسّامه دست به کشتن دشمن خود نمی‌زند. اگر مدّعی پنجاه نفر جهت قسم خوردن معرفی نکند، مُنکِر پنجاه مرد را حاضر می‌کند و قسم می‌خورند که ما نکشتیم و قاتل را هم نمی‌شناسیم و گرنه دیه پرداخت می‌شود»

- حدیث حلبی (حسن یا صحیح) «عَنْ أَبِي عَبْدِ اَللَّهِ عَلَيْهِ اَلسَّلاَمُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ اَلْقَسَامَةِ كَيْفَ كَانَتْ فَقَالَ هِيَ حَقٌّ وَ هِيَ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَنَا وَ لَوْ لاَ ذَلِک لَقَتَلَ اَلنَّاسُ بَعْضُهُمْ بَعْضاً ثُمَّ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ وَ إِنَّمَا اَلْقَسَامَةُ نَجَاةٌ لِلنَّاسِ؛ از ابی عبد اللّه (ع) نقل شده است که از حضرت سؤال شد: «قسامه چیست؟» امام گفت: «آن درست است و از اسرار ماست. اگر قسامه نباشد، چیزی باقی نمی‌ماند. به درستی که قسامه برای نجات انسان است.»
- عبدالله بن سنان می‌گوید: از امام صادق (ع) شنیدم که می‌فرمود « يَقُولُ: إِنَّمَا وُضِعَتِ اَلْقَسَامَةُ لِعِلَّةِ اَلْحَوْطِ يُحْتَاطُ عَلَى اَلنَّاسِ لِكَيْ إِذَا رَأَى اَلْفَاجِرُ عَدُوَّهُ فَرَّ مِنْهُ مَخَافَةَ اَلْقِصَاصِ؛ قسامه برای احتیاط در خون مردم وضع شده است؛ به طوری که هرگاه فردی فاسق خواست فردی را بکشد، یا کسی به عنوان اینکه در مخفی گاهی است و کسی او را نمی‌بیند بخواهد کسی را بکشد، با وجود قسامه منصرف شود.»

۲. **اجماع:** اجماع بر حجیت قاعدهٔ قسّامه اقامه شده است؛ گرچه چنین اجماعی به دلیل روایات متعدّد مدرکی بوده که نمی‌تواند دلیل مستقلی باشد.

۳. **توجیهات عقلانی:** حکمت تشریع قسامه این است که «خون مسلم باید صیانت شود و نباید هدر رود.» چنان که گفته شد، خون مسلم هدر نمی‌رود؛ حتی اگر هم قاتلی برای قصاص پیدا نشود؛ چنانکه حضرت علی (ع) در خصوص شخصی که در ازدحام نماز جمعه یا طواف فوت کرد، به عُمر فرمودند: «خون مسلم هدر نمی‌رود؛ اگر قاتل شناخته شود، حق قصاص مطرح می‌شود. در غیر این صورت، پرداخت دیه بر عهدهٔ بیت‌المال است.»

موارد اَعمال قسامه

۱. **وجود دعوای قتل:** به دلیل نص صریح روایات، قَسّامه فقط در خصوص قتل (عمد، شبه عمد و خطای محض) قابل اِعمال است. در سایر جرائم علیه تمامیت جسمانی، از قبیل ضرب و جرح، قطع عضو و زوال منفعت، قسامه قابل اعمال نیست.

۲. **وجود لوث:** از نظر فقهای شیعه نیز قسامه وقتی قابل اعمال است که قتل لوث باشد؛ یعنی بینه‌ای برای اثبات قتل و نیز اقرار قاتل وجود نداشته باشد. اگر قاتل با بیّنه یا اقرار به اثبات برسد، حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم خواهد شد.

لوث چیست؟

لوث در لغت معانی مختلفی دارد؛ یکی از آنها که مناسب با بحث ماست، قوت و شدت است. طباطبائی در کتاب ریاض می‌فرماید:

«این اماره را لوث نامیده‌اند، به خاطر اینکه لوث افاده ظن قوی می‌کند و لوث در لغت هم به معنای ظن قوی است و مراد از ظن قوی، ظنّی است قریب به علم که برای حاکم نسبت به وقوع قتل از طرف متهم حاصل می‌شود و وقتی چنین ظنی برای حاکم حاصل شد، حاکم لازم است وارد رسیدگی شود و با سوگند ۵۰ نفر از اولیای دم حکم مقتضی را، در صورت حصول علم و اطمینان از راه سوگند آنان صادر نماید.»

بر خلاف فقهای اهل سنت که برای لوث موارد حصری ذکر کرده‌اند، از نظر فقهای شیعه هر جا که ظن غالب بر وجود قتل باشد، از موارد لوث است. آنان نمونه‌هایی که برای لوث می‌آورند، از موارد تمثیلی است؛ یعنی چنانچه قاضی هر موردی را با ظن غالب، قتل بداند می‌تواند لوث دانسته، به قسّامه متوسّل شود؛ چنانکه در شرح لمعه آمده است: «لوث اماره‌ای است که ظن بر ادعای مدعی را ایجاب نماید»؛ مثل شخص مسلّح آغشته به خونی که نزد مقتول یافت شود، یا مقتول در خانهٔ کسی یا قریه قومی یافت شود که معمولاً مقتول در آنجا طی طریق نمی‌کند و یا بین دو قریه‌ای یافت شود که در آنجا غیر از اهل قریه‌ها کسی دیگر معمولاً رفت و آمد نمی‌کند و فاصله یافتن مقتول با دو قریه کاملا یکسان باشد

که در این صورت علیه دو قریه قتل لوث است و اگر محل یافتن مقتول به یکی از این دو قریه نزدیک‌تر باشد، نسبت به این قبیله قتل لوث است؛ اما اگر مقتول در محله‌ای یافت شود که غیر از اهالی آن محله، کسانی دیگر نیز ایاب و ذهاب می‌کنند، در این صورت، وقتی قتل لوث است که عداوتی بین مقتول و آن قریه باشد. همین طور شهادت یک مرد عادل، شهادت کافری که مؤمن به مذهب خود باشد. شهادت زنان و فاسقین از موارد لوث است. شهادت کودکان موجب لوث نیست؛ مگر اینکه به تواتر برسد. مشهور علما، شهادت کفار را از موجبات لوث می‌دانند.

امام خمینی در بیان موارد لوث می‌گوید: «منظور از آن اماره، ظنی است که نزد حاکم بر صدق مدعی اقامه می‌شود؛ مانند یک شاهد یا دو شاهد، در صورتی که شرایط، قابل جمع نباشد. همچنین است اگر شخصی را در حالی که آغشته به خون بوده و سلاحش نیز آغشته به خون است بیابند، یا شخصی را در خانه کسی یا در محله‌ای جدای شهر بیابند که غیر از اهالی آنجا کسی در آنجا رفت و آمد نمی‌کند، یا در صف جنگ در مقابل گروهی که به سمت آنها تیراندازی کرده‌اند، یافت شود. خلاصه، هر اماره ظنی نزد حاکم موجب لوث است؛ بدون اینکه بین آنچه که مفید ظن است فرقی باشد. بنابراین، از شهادت طفل ممیز قابل اعتماد، کافر و فاسق مورد وثوق و نیز زنان و مانند اینها گمان حاصل می‌شود.»

ماده ۳۱٤ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز به تبعیت از مشهور فقهای شیعه مقرر می‌دارد: «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظنِّ قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود.» خلاصه اینکه لوث برای قتل، اماره غیر قطعی است و حالات لوث بین فقهای عظام اختلافی است.

کیفیت قسّامه: اینکه چه کسی باید قسامه را شروع کند؛ مدعی یا مدعی علیه؟ فقهای اعلام در این مسأله مهم اختلاف دارند.

از نظر شیعه، چنانچه قتل لوث تشخیص داده شود، از متهم خواسته می‌شود که برای برائت خویش دلیل بیاورد. اگر او نتوانست برای برائت خویش دلیل بیاورد، از اولیای‌دم خواسته می‌شود که قسامه را اجرا کنند. اگر قسامه را اجرا نمودند، ادعای آنان ثابت تشخیص داده می‌شود؛ اما اگر اولیای‌دم از ادای قسّامه امتناع ورزند، از متهم خواسته می‌شود که برای برائت خویش قسّامه را اجرا کند. چنانچه قسّامه را اجرا کرد، تبرئه می‌شود. در غیر این صورت، به پرداخت دیه محکوم می‌شود.

کسی که مکلف به ارائه قسّامه است: برخی از فقها اعتقاد دارند که اقامه قسامه برای تمامی ورثه واجب است. گروهی دیگر اعتقاد دارند که تنها بعضی از ورثه چنین تکلیفی دارند.

در این خصوص، نظریهٔ واحدی وجود ندارد. گروهی از فقها اعتقاد دارند که قَسَم توسط بستگان اقامه می‌شود؛ بدون اینکه معلوم کنند منظور از بستگان چه کسانی هستند. گروهی نیز اعتقاد دارند که قسم توسط وارثین اقامه می‌شود؛ بدون اینکه ذکری از طبقات ارث بشود. امام خمینی در این خصوص می‌گوید: «آیا در قسّامه معتبر است که قسم‌خورندگان از وِرّاث فعلی باشند یا در طبقات ارث باشند؛ گرچه فعلاً وارث نباشند، یا کفایت می‌کند که قسم‌خورندگان عرفاً از قبیله مدعی و عشیره او باشند؛ اگر چه از نزدیکان نباشند؟ ظاهر آن است که وراثت فعلی شرط نیست. البته ظاهر آن است که وراثت در مدعی معتبر است؛ اما در مورد بقیه قسم‌خورندگان اکتفا به اینکه از قبیله و یا عشیره مقتول باشند بعید نیست. لیکن اظهر آن است که از نزدیکان مقتول باشند و ظاهر آن است که مرد بودن در قسّامه شرط است. اما در مدعی معتبر نیست؛ یعنی مدعی می‌تواند زن باشد و چنانچه تعداد قسم‌خورندگان کافی نباشد و مدعی زن باشد، قسم بین مردها تکرار می‌شود و اما اگر هیچ مردی وجود نداشته باشد، مدعی تمام قسم‌ها را اقامه می‌کند، اگر چه زن باشد.»

کاربرد قاعدهٔ قسّامه در قانون مجازات اسلامی

مواد ۳۱۲ تا ۳٤٦ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ به قاعدهٔ قسّامه پرداخته شده است.

مطابق مادهٔ ۳۱۳ ق.م.ا: «قسّامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند مُنکِر و وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت عمدی یا غیرعمدی یا خصوصیات آن و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند.» همچنین مطابق مادهٔ ۳۱۴: «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود.»

مادهٔ ۳۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چنین مقرّر داشته است: «اقامهٔ قسامه یا مطالبهٔ آن از متهم، باید حسب مورد، توسط صاحب حق قصاص یا دیه، یا ولی یا وکیل آنها باشد. همچنین است اقامه قسامه برای برائت متهم که حسب مورد به وسیله متهم، ولی یا وکیل آنها صورت می گیرد. ...» همچنین مطابق مادهٔ ۳۲۱ ق.م.ا: «اگر مجنیٌ‌علیه یا ولی‌دم فوت کند هر یک از وارثان متوفی، بدون نیاز به توافق دیگر ورثه متوفی یا دیگر اولیای‌دم، حقِّ مطالبه یا اقامه قسامه را دارند.» همچنین به موجب مادهٔ ۳۳٦ ق.م.ا «نصاب قسامه برای اثبات قتل عمدی، سوگند پنجاه مرد از خویشاوندان و بستگان مدعی است» و به استناد مادهٔ ۳۳۷ ق.م.ا: «سوگند شاکی، خواه مرد باشد خواه زن، جزء نصاب محسوب می‌شود.»

قاعدهٔ حرمت دم مسلمان

«دَمُ المُسلِمِ لا یَذهبُ هَدراً»

(خون‌بهای مسلمان نباید هدر رود)

مفاد کلی قاعده: معنی و مفهوم قاعده این است که اگرچه قاتل پیدا نشود، دیه ساقط نمی‌گردد، در این صورت دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.

مستندات قاعدهٔ حرمت دم مسلمان: مستند این قاعده روایات به شرح ذیل می‌باشد:

۱. روایت صحیحهٔ محمد بن مسلم و عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): « فِي رَجُلٍ كانَ جَالِساً مَعَ قَوْمٍ فَمَاتَ وَ هُوَ مَعَهُمْ أَوْ رَجُلٍ وُجِدَ فِي قَبِيلَةٍ وَ عَلَى بَابِ دَارِ قَوْمٍ فَادُّعِيَ عَلَيْهِمْ فَقَالَ «لَيْسَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ وَ لاَ يُطَلُّ دَمُهُ»، اگر کسی در میان جماعتی نشسته باشد و ناگهان بمیرد و یا مقتولی را در میان یک قبیله بیابند و یا بر در خانه‌ای و یا در محله‌ای و فامیل مقتول بر علیه آنان شکایت کنند، چه صورت دارد؟ ابو عبد اللّه گفت: فامیل مقتول، بدون شاهد و دلیل حقّی بر گردن آنان ندارند و اگر قتل او مسلّم شود، خون او نباید پامال شود.» این روایت دلالت دارد که حتّی در صورتی که قاتل شناخته نشود، خون مسلمان هدر نمی‌رود و اگر راهی برای تشخیص قاتل نباشد، دیه باقی می‌ماند و تکلیف آن را دولت تعیین می‌کند.

۲. روایت صحیحهٔ عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) است که آن حضرت فرمود: « قَضَى أَمِيرُ اَلْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ اَلسَّلاَمُ فِي رَجُلٍ وُجِدَ مَقْتُولاً لاَ يُدْرَى مَنْ قَتَلَهُ قَالَ «إِنْ كانَ عُرِفَ وَ كانَ لَهُ أَوْلِيَاءُ يَطْلُبُونَ دِيَتَهُ أُعْطُوا دِيَتَهُ مِنْ بَيْتِ مَالِ اَلْمُسْلِمِينَ وَ لاَ يُبْطَلُ دَمُ اِمْرِئٍ؛ جدم امیر المؤمنین علی علیه السّلام در قضاوت خود فرمود: اگر مقتولی پیدا شود که قاتل او ناشناخته بماند ولی مقتول را بشناسند و خویشان او خواهان خون‌بها باشند خون‌بهای او را از بیت‌المال مسلمین پرداخت می‌کنند و خون او را پامال نمی‌کنند.»

۳. روایت صحیحهٔ بُرید بن معاویه، در این روایت نیز تصریح شده که خون مسلمان هدر نمی‌رود و چنانچه امکان گرفتن دیه از قاتل وجود نداشته باشد، دیه از بیت‌المال پرداخت خواهد شد.

آنچه گفته شد، بین فقها مورد اتفاق است و بر آن تصریح شده است.

کاربرد قاعدهٔ حرمت دم مسلمان در قوانین موضوعه

مواد ٤٣٥، ٤٧٤، ٤٧٥ و ٤٨٧ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ بر اساس همین قاعده تنظیم شده‌اند:

۱. مادهٔ ٤٣٥ ق.م.ا: «هرگاه در جنایت عمدی، به علت مرگ یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد در خصوص قتل عمد، ولی‌دم می تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آنها یا عدم تمکن آنها، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیرقتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود.»
۲. ماده ۴۷۴ ق.م.ا: «در جنایت شبه عمدی در صورتی که به دلیل مرگ یا فرار به مرتکب دسترسی نباشد، دیه از مال او گرفته می‌شود و در صورتی که مال او کفایت نکند از بیت‌المال پرداخت می‌شود.»
۳. مادهٔ ٤٧٥ ق.م.ا: «در جنایت خطای محض در مواردی که پرداخت دیه بر عُهدهٔ مرتکب است اگر به علت مرگ یا فرار، دسترسی به او ممکن نباشد دیه جنایت از اموال او پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.»
٤. مادهٔ ٤٨٧ ق.م.ا: «اگر شخصی به قتل برسد و قاتل شناخته نشود یا بر اثر ازدحام کشته شود دیه از بیت‌المال پرداخت می‌گردد.»

این قاعده در قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوّب ۱۳۹۵/۲/۲ مورد توجه بوده و در مادهٔ ۲۱ قانون مزبور تصریح شده که: «به منظور حمایت از زیان‌دیدگان حوادث ناشی از وسایل نقلیه، خسارت‌های بدنی وارد به اشخاص ثالث که به علت فقدان یا انقضای بیمه‌نامه، بطلان قرارداد بیمه، شناخته‌نشدن وسیله نقلیه مسبب حادثه، کسری پوشش بیمه‌نامه ناشی از افزایش مبلغ ریالی دیه یا تعلیق یا لغو پروانه فعالیت شرکت بیمه یا صدور حکم توقف یا ورشکستگی بیمه‌گر موضوع ماده (۲۲) این قانون، قابل پرداخت نباشد، یا به‌طور کلی خسارت‌های بدنی که خارج از تعهدات قانونی بیمه‌گر مطابق مقررات این قانون است به‌استثنای موارد مصرح در ماده (۱۷)، توسط صندوق مستقلی به نام «**صندوق تأمین خسارت‌های بدنی**» جبران می‌شود »

مواد مذکور قانون مجازات و مادهٔ فوق به خوبی نشان می‌دهد که:

۱. اوّلاً آنچه مهم و مورد نظرِ قانونگذار است «نفی ضرر» است، به این معنی که هیچ ضرری نباید بدون جبران باقی بماند و نه تنها تقصیر، معیار نیست؛ بلکه حتّی وجود یا عدمِ عامل زیان نیز مطرح نیست.
۲. ثانیاً، بر مبنای قاعدهٔ «دم المسلم لا یذهب هدراً» مسؤولیت دولت در جبران زیان‌هایی که عامل آنها معلوم نیست، گسترش می‌یابد و این گرایش با آخرین تحولات جهانی در مورد مسؤولیت مدنی منطبق بلکه از آن پیشرفته‌تر است.

قاعدهٔ جَبّ

«الاسلامُ یَجُبُّ ما قَبْلَه»

(اسلام حق الله زمان کفر را برمی‌دارد)

مفاد کلی قاعده: جَبّ در لغت به معنای قطع نمودن و تَرک کردن است منظور از این قاعده این است که اگر شخصی گناهانی را قبل از اینکه مسلمان شود مرتکب شده باشد، بعد از اسلام آوردن او، آن گناهان پاک می‌شود؛ به عبارت دیگر برای تشویق کفّار به اسلام آوردن، اگر کافر پیش از مسلمان شدن کاری انجام داده یا سخنی گفته یا اعتقادی داشته است که در اسلام آثار زیان‌بار یا عقوبت دارد، با اسلام آوردن، این آثار نادیده گرفته می‌شود بی آن‌که نیاز به جبران کردن داشته باشد و مورد رحمت و رأفت قرار می‌گیرد. این قاعده به طور اختصار «قاعدهٔ جَبّ» نیز خوانده می‌شود.

«قاعدهٔ جَبّ» از قواعد فقهی است که در بخشی از احکام شرعی و مسائل برون مرزی اسلام نسبت به غیر مسلمانان مطرح می‌شود و منطبق با آن نسبت به برخی از تخلفات و جرائم شرعی و حقوقی دوران کفر ـ از افراد غیر مسلمان که تشرّف به دین مبین اسلام پیدا می‌کنند ـ از روی تفضّل و رحمت الهی و به جهت تشویق و ترغیب کفار به اسلام، کیفر و مجازات برداشته شده و مورد مواخذه واقع نمی‌گردند و نیز قضاء عباداتی از قبیل نماز، روزه و زکات که در حال کفر انجام نداده‌اند برابر با قاعده جبّ ساقط می‌گردد و گفته می‌شود: اسلام گذشتهٔ آنها را به منزلهٔ عدم محسوب می‌کند.

مستندات قاعدهٔ جَبّ

۱. قرآن:

- مهم‌ترین دلیل قرآنی این قاعده، آیه ۳۸ سوره انفال است: «قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ؛ (ای رسول ما) کافران را بگو که اگر (از کفر خود) دست کشیده و به راه ایمان بازآیند هر چه از پیش کرده‌اند بخشیده شود» این آیه دلالت دارد که اگر کافران، کفر را رها کرده و به اسلام بگروند، خداوند معاصی و خطاهای قبل از اسلام آوردن ایشان را می‌بخشد.
- آیهٔ ۲۲ سورهٔ نساء: «وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ؛ و با زنانی که پدرانتان با آنان ازدواج کرده‌اند ازدواج نکنید، مگر آنچه (پیش از اعلام این حکم) انجام گرفته باشد» این آیه حرمت ازدواج با زن پدر را تشریع می‌کند و در عین حال می‌گوید: که اگر ازدواج با زن پدر در زمان کفر باشد، مورد ایراد شارع نیست.
- آیهٔ ۹۵ سورهٔ مائده: «... عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ ۚ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ...؛ خدا از گذشته درگذشت، ولی هر که دیگر بار (به مخالفت) باز گردد خدا از او انتقام می‌گیرد»

۲. روایات: روایات مستند قاعدهٔ جَب از قرار ذیل است:

- دلیل اصلی قاعده جبّ، حدیث نبوی معروف و مشهور «الاسلامُ یَجُبُّ ما قَبْلَه» است که در منابع حدیثی شیعه و اهل سنّت روایت شده و نام قاعده جبّ نیز برگرفته از این حدیث است. علمای شیعه این حدیث را از نظر سند، مُرسل و ضعیف دانسته‌اند ولی بسیاری از آنان، شهرت روایت را جبران کنندهٔ ضعف سند حدیث تلقی کرده‌اند. حتی برخی، با توجه به کثرت نقل این حدیث با الفاظ متعدد، قائل به تواتر اجمالی آن‌اند. این حدیث در جریان اسلام آوردن مغیرة بن شعبه از پیغمبر اکرم (ص) نقل شده است و شرح ما وقع چنین است: مغیرة

بن شعبه، با گروهی از بنی مالک بعد از وفد[۶] با مقوقس پادشاه مصر در راه بازگشت به مکه غافلگیرانه یاران خود را می‌کُشد و با تصرف اموال آنان به مدینه می‌آید و اظهار اسلام می‌کند. پیغمبراکرم (ص) اسلام وی را می‌پذیرد اما اموال را قبول نمی‌فرمایند و مغیره را با این بیان سرزنش می‌فرمایند «لا خیر فی غَدر». رفتار پیامبر اکرم (ص) مغیره را از جهت قصاص به وحشت می‌اندازد و سعی در پنهان‌شدن خود می‌کند که پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: «الاسلام یجب ما قبله»

- روایت دیگری است که مردی نزد عمر آمد و گفت همسرم را در دوران جاهلیت یک طلاق و در اسلام نیز دو طلاق داده‌ام، حکم آن چیست؟ عمر پاسخ را به مولا امیرالمؤمنین (ع) واگذار می‌کند و حضرت می‌فرماید: «هدم الاسلام ما کان قبله هی عندک علی واحده» اسلام طلاق در جاهلیت را نابود می‌کند و کأن لم یکن محسوب می‌شود.
- روایت دیگری که مربوط به جریان اسلام آوردن عبدالله بن أبی امیه برادر ام سلمه است تأکیدی بر مُستند این قاعده می‌باشد. بدین شرح که برادر ام سلمه از کسانی بود که پیغمبر اکرم (ص) را به شدت تکذیب می‌کرد و از حضرت می‌خواست که در صورت صحت ادعا از زمین برایشان چشمهٔ آب ایجاد کند. بعد از فتح مکه در حضور پیامبر اکرم (ص) اظهار اسلام کرد. پیغمبر اکرم (ص) از وی روی برگردانید و اسلام او را نپذیرفت، عبداللّه به خواهرش ام سلمه روی آورد که پیامبر اسلام همه را پذیرفت جز من. بعد از ورود پیغمبر اکرم (ص) به منزل و پرسش ام سلمه از علت عدم پذیرش اسلام برادرش، پیامبر اکرم (ص) تکذیب‌های وی را در جاهلیت ذکر می‌فرمایند. ام سلمه می‌گوید: «بأبی انت و امی یا رسول اللّه تَقُل ان الاسلام یجب ما قبله»؟ آیا شما نفرمودید الاسلام یجب ما قبله»؟ پیغمبر اکرم (ص) ضمن تأیید مطلب، اسلام عبد اللّه بن أبی امیه را می‌پذیرند.

در مجموع اشتهار این حدیث شریف در بین مسلمانان به حدی است که در صحت نقل آن از پیغمبر اکرم (ص) هیچ تردیدی باقی نمی‌گذارد و وثوق به صدور آن ـ که موضوع حجیت در خبر واحد است نزد عقلا ـ حاصل می‌شود.

۳. **سیرهٔ پیامبر:** دلیل دیگر قاعده جبّ، سیره پیامبر اکرم در مورد تازه مسلمانان است که آنان را ملزم نمی‌کرد قضای عبادت‌های فوت‌شده را به جا آورند یا زکاتِ دوران کفر را پرداخت کنند و بر هیچ کس به اَعمال ارتکابی قبل از اسلام او ایراد نگرفت و به خاطر آنها حدّی جاری نکرد.

٤. **بنای عقلا:** به نوشته آیت‌الله مکارم شیرازی بنای عقلا بر عطف بماسبق نشدن قوانین برای پرهیز از هرج و مرج و اختلال نظام، نیز از ادله قاعده جبّ است. هر چند، قاعده جبّ با قاعده عقلاییِ عطف بماسبق نشدنِ قوانین تفاوت‌هایی دارد.

دایرهٔ شمول قاعدهٔ جب

در اینجا سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که محدودهٔ این قاعده تا کجاست؟ آیا شامل ارتکاب جرائم و مسؤولیت‌های مدنی هم می‌شود، یا فقط شامل گناهانی مثل نماز نخواندن و روزه نگرفتن و نظایر اینها است؟

قلمرو قاعده جبّ، همه تکالیف عبادی است که حق اللّه به شمار می‌روند، مانند نماز، روزه و حج، اما اگر عملی دارای دو جنبه حق اللّه و حق الناس باشد، تنها حق الهی آن مشمول قاعده خواهد بود. مثلاً، سارق، ضامنِ مالی است که در زمان کفر سرقت کرده است ولی با مسلمان شدنش دیگر حد سرقت بر او جاری نمی‌شود. البته هرگاه حق الناس از حق اللّه سرچشمه گرفته و ناشی از حکم تأسیسی شارع باشد، مانند زکات و خمس که در مصرف آن حق الناس مطرح می‌شود، مشمول قاعده جبّ خواهد بود.

[۶] کسی یا گروهی که برای رسانیدن پیام نزد شاه بروند.

به این ترتیب، بر اساس نظر مشهور فقهی احکامی که فقط مربوط به حق الناس‌اند (مانند ضمانِ غصب، اتلاف، دیون حاصل از عقود و ایقاعات و جنایات) از شمول قاعده جبّ بیرون‌اند. در بارهٔ عقود و ایقاعاتی همچون بیع و نکاح و طلاق که در زمان کفر صورت گرفته و فاقد برخی از شرایط صحت بوده است (مانند فروش مال با قیمت مجهول یا طلاق بدون حضور دو شاهد عادل)، به استناد قاعده جبّ، حکم به صحت آن می‌شود؛ اما در برخی موارد، مانند ازدواج با محارم بنا به مذهب پیشین، نکاح باطل و از شمول قاعده جبّ بیرون است. همچنین اگر فرد در زمان کفر، فاقد طهارت باشد، غسل، وضو یا تیمم از عهده او ساقط نمی‌شود و لازم است شرطِ صحت را احراز کند، همچنین شماری از احکام وضعیِ دیگر (مانند ثابت شدن نَسَب با خویشاوندیِ سببی و رضاعی یا زنازاده بودن) نیز از شمول قاعده جبّ بیرون است، زیرا ثبوت این عناوین و نسبت‌ها تکوینی است و با اسلام آوردن تغییر نمی‌یابد.

شروط اجرای قاعدهٔ جَبّ: در منابع فقهی برای اجرای قاعده جبّ شروطی ذکر شده است:

۱. به نظر برخی از فقها باتوجه به امتنانی بودن قاعده جبّ، در مواردی که اجرای آن و برداشتن حکم شرعی، موجب تضییع حقوق دیگران شود، مانند بخشودگی دیون و تعهدات ناشی از عقود در دوران کفر، نباید آن را جاری کرد از این رو، فقها قاتلی را که پس از قتل اسلام آورده باشد، مشمول حکم قصاص می‌دانند اگر تازه مسلمان در دوران کفر خود به کافری دیگر زیان مالی یا جانی وارد کرده باشد، او مشمول قاعده جبّ دانسته شده است.

۲. شرط دیگر اجرای قاعده جبّ آن است که مسلمان شدن کافر نباید به انگیزه فرار از مجازات باشد، مثلاً اگر مجرم غیرمسلمان پس از دستگیری، مسلمان شود، اسلام آوردن در ساقط شدن کیفر او مؤثر نخواهد بود. این شرط از آیه ۸۴ سوره غافر و از حدیثی از امام هادی علیه‌السلام استنباط شده است. شرط مهم اجرای قاعده جبّ آن است که حکم موردنظر از احکام مختص اسلام باشد، یعنی در آیین پیشینِ فرد تازه مسلمان، پذیرفته نشده باشد و از احکام عام عقلایی نیز محسوب نشود، زیرا به نظر فقها، این قاعده فقط احکامی را در بر می‌گیرد که در اسلام تشریع شده باشند. نکتهٔ مهم این که قاعده جبّ مرتد را در بر نمی‌گیرد و تنها مختص کافر اصلی است، یعنی کافری که سابقه مسلمان بودن ندارد.

قاعدهٔ تحذیر

«قَدْ أَعْذَرَ مَنْ حَذَّرَ»

(کسی که هشدار داده است، معذور است)

مفاد کلی قاعده: در خلال مباحث مربوط به مسئولیت افراد نسبت به اَعمال و افعال‌شان، فقها به بیان قاعده‌ای تحت عنوان «قد اعذر من حذّر» پرداخته‌اند. به طور خلاصه باید گفت که طبق این قاعده اگر کسی قبل از انجام دادن کاری هشدار دهد، ولی شنونده به هشدار او توجه نکند و به علت آن کار جنایتی به وجود آید، هشداردهنده مسئولیتی نخواهد داشت.

مستندات قاعدهٔ تحذیر

۱. **شهرت:** هر چند در مورد این قاعده از جانب فقیهان ادعای اجماع نشده، ولی بزرگانی چون صاحب جواهر مدعی هستند که نظریه مخالفی در مسأله ندیده‌اند. باید توجه داشت که چنانچه در این باره اجماع هم نقل شده بود از حجیت چندانی برخوردار نبود؛ زیرا با توجه به وجود دلایلی که نقل خواهیم کرد، به ویژه نص موجود در مورد مسأله، اجماع مربوط به این قاعده از نوع اجماع مستند است و ارزش و اعتبار فقهی ندارد؛ اما روش و عمل اصحاب در این امر موجب تقویت نص وارد می‌شود و ضعف و اِشکال در سند حدیث و یا دلالت آن با این «شهرت عملی» جبران خواهد شد

۲. **قاعدهٔ تسبیب:** وقتی مباشر خسارت، اخطار می‌دهد و شنونده، به آن توجه نمی‌کند در واقع رابطهٔ سببیتِ خسارت از مباشر قطع می‌شود و به خودِ زیان‌دیده مربوط می‌شود و در این فرض می‌توان او را سببِ خسارت شمرد؛ به عبارت دیگر مباشر (خسارت‌زننده) مقصّر نیست و سبب (خسارت‌دیده) مقصّر است. بنابراین، سببِ اقوا از مباشر است و مسئولیت متوجه او خواهد بود.

۳. **بنای عقلا:** در عرف عقلا سنت متداول این است که هرگاه می‌خواهند عملی انجام دهند که احتمال خطر و ایراد ضرر و زیان بر دیگران از ناحیهٔ آن وجود دارد به طریق مقتضی به کسانی که در معرض این خطر هستند هشدار می‌دهند و اگر شنونده به آن توجه نکند و خسارتی متوجه او شود، او را مسؤول نمی‌دانند.

٤. **روایت:** «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ اَلْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي اَلصَّبَّاحِ اَلْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اَللَّهِ عَلَيْهِ اَلسَّلاَمُ قَالَ: كَانَ صِبْيَانٌ فِي زَمَانِ عَلِيٍّ عَلَيْهِ اَلسَّلاَمُ يَلْعَبُونَ بِأَخْطَارٍ لَهُمْ فَرَمَى أَحَدُهُمْ بِخَطَرِهِ فَدَقَّ رَبَاعِيَةَ صَاحِبِهِ فَرُفِعَ ذَلِک إِلَى أَمِيرِ اَلْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ اَلسَّلاَمُ فَأَقَامَ اَلرَّامِي اَلْبَيِّنَةَ بِأَنَّهُ قَالَ حَذَارِ فَدَرَأَ عَنْهُ اَلْقِصَاصَ ثُمَّ قَالَ قَدْ أَعْذَرَ مَنْ حَذَّرَ»؛ یعنی محمد بن فضیل از کنانی و او از امام صادق (ع) نقل کرده است که آن حضرت فرمود در زمان امام علی (ع) کودکانی با فلاخنهایشان بازی می‌کردند. یکی از آنان فلاخن پرتاب کرد و به دندان دوستش اصابت کرد و آن را شکست. مرافعه را برای قضاوت به نزد آن حضرت آوردند و جریان امر را مطرح ساختند. خسارت‌زننده (رامی) در مقام دفاع از خویش در اثبات اینکه قبل از اقدام «حذار» گفته است به اقامهٔ بینه مبادرت کرد. آن حضرت فرمود بر او قصاص نیست و اضافه کرد «کسی که هشدار داده است معذور است» روایت فوق توسط محمدون ثلاثه (محمد بن یعقوب کلینی، محمد بن حسن طوسی، و محمد بن علی بن بابویه معروف به شیخ صدوق، صاحبان کتب اربعهٔ شیعه امامیه) نقل شده است. کلینی در کافی، شیخ طوسی در تهذیب و شیخ صدوق در من لا یحضره الفقیه این روایت را آورده‌اند و با توجه به وجود محمد بن فضیل در سلسله سند که حدیث را از کنانی نقل کرده، آن را صحیح و یا حسن (نزدیک به صحیح) می‌دانند. بنابراین حدیث مزبور از نظر سند معتبر و قابل اعتماد است.

فقها از این روایت برداشت کرده‌اند:

۱. امام (ع) با بیان جملهٔ «قد أعذر من حذّر»، عذر هشداردهنده را به گونه‌ای پذیرفته که هیچ‌گونه مسئولیتی بر عمل او مترتّب نباشد؛ نه خود او ضامن پرداخت دیه شود و نه عاقله او به دلیل عمل خطأی ملزم به پرداخت خسارت باشد.

۲. مراد از درأ قصاص، رفع مسئولیت مدنی است؛ به قرینه آنکه مورد بی‌تردید از مصادیق خطاست و خطا، علّت طرح قصاص نیست، بلکه مورد نزاع فقط ضمان مدنی بوده است.

۳. قاعدهٔ تحذیر بر اساس اصل عقلایی سبب و مباشر است که در این مورد، شخصِ هشدارداده‌شده به علت توجه نکردن به اعلام خطر و اقدامش در ورود به قلمرو خطر، نسبت به مباشر تلف، اقوا محسوب می‌شود.

شرایط لازم برای رفع مسئولیت: شهید ثانی در مسالک الافهام در این باره چنین فرموده است: «ضمان وقتی بر عهدهٔ رامی قرار نمی‌گیرد که هشدار بدهد، به گونه‌ای که مرمی آن را بشنود و قدرت بر فرار از حادثه نیز داشته باشد. پس اگر مرمی صدای رامی را نشنید و یا امکان فرار و

دور شدن از صحنه خطر را نداشت، دیه بر عاقلهٔ رامی است». همان گونه که از بیان شهید ثانی برمی‌آید، عناصر لازم برای رفعِ مسئولیت به قرار زیر است:

۱. **هشدار مؤثر**. را می‌باید به نحو مؤثر و با هر وسیلهٔ ممکن هشدار و اعلام خطر را به گوش کسانی که در معرض خطر هستند برساند و آشکار است که این اعلام با توجه به مکان و موضوع خطر آفرین متفاوت خواهد بود. هشدار باید به گونه‌ای باشد که در صورت لزوم، حذار دهنده بتواند ثابت کند که در حد متعارف هشدار لازم را داده است و برای محکمه نیز با توجه به عرف متعارف دربارهٔ موضوع خاصی که مرافعه نسبت به آن جاری است، پذیرفتنی باشد که اعلام خطر انجام گرفته است.
۲. **وصول هشدار به خسارت‌دیده**. خسارت‌دیده باید هشدار را بشنود. بنابراین در مواردی که مرمی کر و ناشنواست یا صداهای دیگر چنان در محیط پیچیده که بر صدای هشداردهنده غالب بوده، مانع رسیدن هشدار وی به مخاطبان می‌شود و نیز در موارد دیگری از این قبیل که مانع رسیدن هشدار به مخاطب می‌شود، ضمان رامی زایل نمی‌شود و مسئولیت به عهده او باقی خواهد ماند.
۳. **امکان فرار برای خسارت‌دیده**. باید امکان دور شدن از صحنهٔ خطر برای مخاطب وجود داشته باشد. این شرط، خود مستلزم وجود نکات زیر است:
   ۳/۱. مخاطب زمان کافی برای گریز از صحنهٔ خطر داشته باشد؛
   ۳/۲. مخاطب توانایی و قدرت جسمی لازم را برای دور شدن از صحنه خطر داشته باشد؛
   ۳/۳. شرایط محیط و اوضاع و احوال صحنهٔ خطر، اجازه دور شدن را از محل خطر به مخاطب بدهد.

در صورت فقدان هر یک از شرایط فوق، ضمان جانی همچنان باقی است؛ یعنی چنانچه فاصلهٔ زمانی هشدار و عمل هشداردهنده برای مثال ۱۰ ثانیه باشد، اما زمان لازم برای دور شدن از صحنهٔ خطر ۲۰ ثانیه باشد و بدین لحاظ از ناحیهٔ جانی صدمه‌ای به مجنیٌ‌علیه وارد آید، هشداردهنده ضامن است؛ یا در صورتی که فردِ مخاطب توان جسمی لازم را برای فرار، حتی پس از شنیدن اعلام خطر نداشته باشد، جانی ضامن خواهد بود. همچنین اگر موانع موجود بر سر راه مخاطب مانع فرار او باشند، حتی اگر هشداردهنده هشدار داده و به سمعِ مخاطب هم رسیده باشد، چون امکان فرار برای مخاطب نیست، جانی ضامن محسوب می‌شود.

چنانچه هشداردهنده قصد پرتاب تیر کند و حذار بگوید و مخاطب او قصد فرار کند، لکن در یک طرف سگ درنده‌ای با پارس کردن مانع فرار او باشد و در طرف دیگر نهر بزرگ و پرآبی که آب آن با شتاب زیاد در جریان است وجود داشته باشد و هیچ راه فرار دیگری برای مخاطب نباشد و به قول معروف او راه پس و پیش نداشته باشد، چنانچه حذار دهنده به گمان اینکه حذار گفته و وظیفه‌اش را انجام داده است، تیری را به قصد شکار رها کند و به طور اتفاق به مخاطب اصابت کند، ضامن است.

چنانچه هشدار حذار دهنده به نحو جامع و کامل به سمع مرمی نرسیده باشد، مطابق عقیده فقها این اصابت به نحو خطای محض است و مسئولیت پرداخت دیه بر عاقلهٔ رامی است.

کاربرد قاعدهٔ تحذیر در قانون مجازات اسلامی

در مادهٔ ۵۰۹ قانون مجازات اسلامی در فصل موجبات ضمان این قاعده به این شرح پیش‌بینی شده است: «هرگاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب وقوع جنایت یا خسارت گردد، ضامن نیست».

می‌توان گفت که نصب علائم رانندگی در خیابان‌ها، خط‌کشی‌های عابر پیاده و نظایر آن نوعی هشدار قبلی است و اگر کسی به آنها توجه نکند، مثلاً عابرپیاده از خط‌کشی عبور نکند و با اتومبیلی که رانندهٔ آن تخلفی نکرده برخورد کند، راننده ضامن خسارت نخواهد بود. در این فروض هشدارهای راهنمایی و رانندگی و یا شهرداری می‌تواند به منزلهٔ هشدار رانندگان وسایل نقلیه محسوب شود.

قاعدهٔ اعتداء

مفاد کلی قاعده: قاعدهٔ إعتِداء یا «قاعدهٔ عُدوان» از قواعد فقهی می‌باشد که مفاد آن، مشروعیت مقابله به مثل در تعدّی‌ها و تجاوزهای مردم به یکدیگر در چارچوب موازین شرع مقدس است. قاعدهٔ اعتدا برگرفته از آیهٔ شریفهٔ «فَمَنِ اِعْتَدیٰ عَلَیْکمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدیٰ عَلَیْکمْ؛ هرکس بر شما تعدی کرد، آن گونه که به شما تعدی کرده است، به او تعدی کنید» است. فقها هرچند به عموم این آیه در باب‌های مختلف، همچون حج، جهاد، غصب و قصاص استناد کرده‌اند؛ لیکن جز اندکی، از آن به قاعده تعبیر نکرده‌اند.

دایرهٔ شمول قاعدهٔ اعتداء: موارد مشمول قاعدهٔ اعتدا در فقه فراوان است که در ذیل به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌شود:

۱. **حج:** کسی که در حرم مرتکب جرم و جنایتی شده است، در حرم حدّ بر او جاری می‌شود؛ اما اگر ارتکاب در بیرون حرم بوده و به حرم پناهنده شده باشد، حدّ بر او جاری نمی‌شود تا آنکه از حرم بیرون رود. بر اجرای حدّ در حرم در فرض نخست به آیهٔ اعتدا استناد شده است.

۲. **جهاد:** جنگیدن در ماه‌های حرام جایز نیست، مگر آنکه دشمن آغازگر جنگ باشد و یا از کسانی باشد که برای ماه‌های حرام حرمتی قائل نیستند. بر جواز جنگیدن در دو مورد استثنا شده، به آیهٔ اعتدا نیز استدلال شده است.

۳. **غصب:** غصب منافع، همانند غصب اعیان موجب ضمان است، مانند کسی که به زور در خانهٔ کسی سکونت گزیده است که باید اجرت آن را به مالکش بپردازد. بر ضمان منافع و وجوب پرداخت قیمت یا اجرت آن، به آیهٔ اعتدا استناد شده است؛ زیرا همانندی چیزی با چیزی یا در شکل و خصوصیات آن است و یا در قیمت و ارزش و چون منافع از حیث شکل و صورت، مثل ندارد، مثل آن، حیث قیمتی و ارزشی آن خواهد بود. چنانچه عین مال غصبی تلف شود، غاصب باید مثل آن را به مالکش بپردازد. بر این حکم به آیهٔ اعتدا استدلال شده است.

٤. **قصاص:** کسی که دستش سالم است، اگر دست شَل کسی را قطع کند، قصاص نمی‌شود. بر این حکم به آیهٔ اعتدا استدلال کرده‌اند؛ زیرا مماثلت و همسانی میان دست سالم و شل منتفی است. به قول مشهور، در قتل عمد قصاص ثابت است نه دیه و دیه تنها در صورت رضایت دو طرف (اولیای مقتول و قاتل) ثابت می‌شود. بنابر این، اگر اولیای مقتول راضی به گرفتن دیه باشند ولی قاتل راضی نشود، قصاص ثابت است. بر این قول، به آیهٔ اعتدا استدلال شده است؛ زیرا قاتل طرف را کشته است و کیفر او در اصل کشته شدن است نه پرداخت دیه.

اگر در حین مطالعه با موارد سهو قلم و یا خطاهای انسانی دیگر که ما از آن غافل مانده‌ایم، مواجه شدید؛ از طریق ایمیل mollakarimi.omid@gmail.com با ما در میان بگذارید تا اصلاح نماییم. در نگارش بعضی از قسمت‌های این جزوه از کتاب «قواعد فقه دکتر سیّد مصطفی محقّق داماد» و کتاب «قواعد فقه دکتر حمید بهرامی احمدی» و کتاب «قواعد فقه دکتر عیسی ولایی» کمک گرفته‌ایم.

آخرین به‌روزرسانی جزوه: ۱۴۰۲ **اینستاگرام شخصی: omid_mollakarimi**

امید ملاکریمی هستم؛ یه حواس‌پرتِ متولدِ دههٔ ۶۰ توو تهران! ارزشِ اصلیِ من در زندگی، کمک به دیگران و تأثیرگذاری بر زندگی آنهاست. به یادگیری و اشتراک‌گذاشتن آموخته‌هایم با دیگران علاقه‌ی زیادی دارم. البته همه تلاشم را می‌کنم تا روش‌هایی را که به افزایشِ کیفیتِ یادگیری کمک می‌کنند یاد بگیرم و بعد از افزودن تجربیات خودم، آنها را به دیگران هم انتقال بدهم. در حوزهٔ آموزش و نویسندگی در رشتهٔ حقوق با روش «ساده‌نویسی» و «به کار بردن مثال‌های روان» متفاوتم! من به این جمله ایمان دارم: «اگر موفقیتِ بیشتری می‌خواهی باید به دیگران کمک کنی تا به موفقیت بیشتری دست یابند.»

داستانِ من: بعد از اینکه لیسانسم رو گرفتم مثل خیلی از دانش‌آموخته‌های حقوق وارد دورهٔ کارشناسی‌ارشد شدم؛ البته باید بگم که یه کارِ ثابت هم داشتم که ماهانه یه حقوقِ ثابت از اوون می‌گرفتم. رفته رفته به این نتیجه رسیدم که اگه بخوام اینجوری ادامه بِدم دستِ آخر بعد از دریافت مدرک کارشناسی‌ارشد و یا حتّی دکتری در بهترین حالت می‌خوام یه کارمندِ سطحِ بالا توو یه اداره بشم که نهایتاً یه حقوق خوب دریافت کنم. شاید برای خیلی‌ها رسیدن به یه حقوقِ کارمندیِ خوب نقطهٔ اوجِ آرزوهاشون محسوب بشه اما من رسیدن به یه حقوقِ ثابتِ خوب رو مطلوب نمی‌دیدم. همیشه دوست داشتم مثل قهرمانای این فیلما به آدمایی که توو موقعیت‌های بد قرار گرفتن کمک کنم و با کلّی غرور و کمالِ رضایت از مفید بودنِ خودم یه نفس عمیق بکشم و بگم «تونستم!». از این فیلما که بگذریم ذاتِ زندگیِ آدمیزاد اینه که باید بجنگه و از «یه جا نشستن» یا همون «صبح به صبح کارت زدن توو یه محیط اداری» فراری باشد. خلاصه اواخر اسفند ماه بود که تصمیم گرفتم عطای حقوقِ ثابت را به لقایش ببخشم و از اوّل فروردین شروع کنم به خوندن! البته این اشتیاقِ سوزان باید اوّلِ اوّل توو خودِ آدم ایجاد بشه و حتی اگه دوستان و اطرافیان با تمسخر بهت بگن: «تو که کارِ ثابت داری، می‌خوای بشینی و بخونی که چی!»؛ یا بگن: «صد و ده هزار تا شرکت می‌کنن و نهایتاً سه هزار تا وَر می‌دارن و تو بدونِ سهمیه عُمراً شانسی نداری!» اطمینان نداشتم که به موفقیت برسم اما با خودم عهد کردم که اوّل فروردین «بسم‌الله» بگم و با همهٔ توانم پیش برم؛ البته قبلشم از خانواده‌ام خواستم که توو این مسیر کمکم کنن و این هشت ماه یه کم توقع و انتظارشون رو از من کم کنن. من ریسکِ شیرینِ بلندپروازانه‌ای رو آغاز کرده بودم؛ خلاصش کنم برات: «با وجودِ تمامِ ترسی که از شکست داشتم، از تصمیم‌ام راضی بودم!». جملهٔ یه بنده‌ی خدا اوومد توو ذهنم که می‌گفت اگر آرزوت اینه که یه ماشین بخری، اوّل برو یه جاسوئیچی برای ماشینی که توو رویاته تهیّه کن و یقین داشته باش که به ماشینه می‌رسی! منم بدون معطّلی، رفتم یک سنجاق‌سینهٔ کوچولو که رووش آرم کانون رو داره و وکیل‌های کانون همیشه روی کُت یا مانتوشون می‌زنن تهیه کردم. تا شروع کردم کمک‌های خدا رو دیدم که یکی یکی بَرام می‌اُومد. مثلاً با مسؤول یه کتابخونه صحبت کردم و با وجود اینکه ساعتِ کارِ اوونجا تا ۶ بعد از ظهر بود بهم گفت: می‌تونی با نگهبانِ مجموعه هماهنگ کنی و تا ۱۱ شب هم از کتابخونه استفاده کنی! خلاصه اینکه ایمان داشتم اگر امروز زحمت بکشم فردا از نتیجه و میوهٔ شیرینِ اوون زحمات بهره‌مند می‌شم؛ به فرموده قرآن: «فان مَع العُسر، یُسرا». خوشحالم از اینکه که امروز که این متن رو نوشتم در وضعیتی هستم که در تمامیِ آزمون‌های حقوقی (وکالت، قضاوت، ارشد، دکتری) قبول شدم و به عضویت «هیأت علمی» رسیدم و می‌خوام متنم رو با یه جمله تموم کنم: «توووی سکوت تلاش کن و اجازه بده صدای موفقیتت همه جا بپیچه!»

چشم‌انتظارِ خواندنِ داستانِ موفقیت‌تان هستم!

به **امید** موفقیتِ تو؛ **امید** ملاکریمی

پایان گفتار ما: حمد و سپاس مخصوص پروردگار جهانیان است