

بسمه تعالی

# ۱۴ قاعده فقه

## منبع طرح سوال درس قواعد فقه در آزمون قضاوت

این جزوه چکیده ای از مقالات وبسایت [ویکی فقه](#) است

### فهرست مطالب

مقدمه. اطلاعات آزمون قضاوت ۱۴۰۰	۵
۱- آگهی ثبت نام آزمون قضاوت ۱۴۰۰	۵
۲- زمان برگزاری آزمون قضاوت ۱۴۰۰	۵
۳- مواد و ضرایب امتحانی آزمون تستی داوطلبان دانشگاهی و حوزوی (مشترک)	۵
۴- مواد امتحانی آزمون تشریحی مختص داوطلبان دانشگاهی	۶
۵- منابع آزمون تشریحی مختص داوطلبان حوزوی	۶
۶- تهیه منابع آزمون قضاوت ۱۴۰۰	۷
<b>۱. قاعده ید</b>	<b>۸</b>
۱- تعریف قاعده ید	۸
۲- مصادیق ید	۸
<b>۲. قاعده لاضرر و لا ضرار</b>	<b>۹</b>
۱- تعریف قاعده لاضرر	۹
۲- ادله قاعده لاضرر	۹
۳- معانی سه کلمه لا و ضرار و ضرر	۱۰
<b>۳. قاعده غرور</b>	<b>۱۱</b>
۱- تعریف قاعده غرور	۱۱

- ۲ - قدر متیقن قاعده غرور ..... ۱۲
- ۳ - قلمرو قاعده غرور ..... ۱۲
- ۴ - قائلین به قاعده غرور ..... ۱۲
- ۵ - مستندات قاعده غرور ..... ۱۲
۴. قاعده اتلاف ..... ۱۳
- ۱ - مستندات قاعده اتلاف ..... ۱۳
- ۲ - تفاوت ضمان اتلاف و ضمان ید ..... ۱۵
- ۳ - نتیجه قاعده اتلاف ..... ۱۶
۵. قاعده احسان ..... ۱۷
- ۱ - مبانی فقهی احسان ..... ۱۷
- ۲ - مفاد قاعده احسان ..... ۱۸
۶. قاعده علی الید (ضمان الید) ..... ۱۹
- ۱ - تفاوت قاعده ضمان الید و قاعده ید ..... ۱۹
- ۲ - موضوع قاعده علی الید ..... ۱۹
- ۳ - مدرک قاعده علی الید ..... ۲۰
۷. قاعده اکراه ..... ۲۱
- ۱ - اکراه در اصطلاح فقها ..... ۲۱
- ۲ - مقایسه اضطرار، اکراه و اجبار ..... ۲۱
۸. قاعده اضطرار ..... ۲۳
- ۱ - جایگاه اضطرار ..... ۲۳
- ۲ - واژه‌های اضطرار و ضرورت ..... ۲۳
- ۳ - اضطرار از منظر فقهای شیعه ..... ۲۳
- ۴ - تشابه اضطرار با اجبار ..... ۲۴
- ۵ - تفاوت اضطرار با اجبار ..... ۲۴
- ۶ - مقایسه ی اضطرار با اکراه ..... ۲۴
- ۷ - مشابهت اضطرار با اکراه ..... ۲۴
- ۸ - تفاوت مضطر و مکره ..... ۲۵
- ۹ - شرایط مضطر و مکره ..... ۲۵

- ۱۰ - کیفیت عمل مکره و مضطر ..... ۲۵
- ۱۱ - حکم وضعی و تکلیفی ..... ۲۵
۹. قاعده درء ..... ۲۶
- ۱ - بررسی قاعده درء ..... ۲۶
- ۲ - شمول قاعده درء بر حدود، تعزیرات و قصاص ..... ۲۷
- ۳ - دیدگاه عدم شمول قاعده درء بر تعزیرات و قصاص ..... ۲۸
- ۴ - گستره شمول شبهات در روایت درء ..... ۲۹
- ۵ - شبهه در اصطلاح ..... ۲۹
۱۰. قاعده لوث و قسامه ..... ۳۰
- ۱ - روش اثبات جرم در فقه اسلامی ..... ۳۰
- ۲ - قسامه در لغت ..... ۳۰
- ۳ - قسامه در اصطلاح ..... ۳۰
- ۴ - موضوع قسامه ..... ۳۱
- ۵ - دیدگاه‌ها درباره قسامه ..... ۳۱
- ۶ - سوگند مدعی و مدعی علیه ..... ۳۱
- ۷ - سوگند زن در قسامه ..... ۳۲
- ۸ - قسامه در قانون ..... ۳۳
۱۱. قاعده اقدام ..... ۳۷
- ۱ - اقدام به زیان ..... ۳۷
- ۲ - اقدام به ضمان ..... ۳۸
۱۲. قاعده نفی عسر و حرج ..... ۴۰
- ۱ - تعریف قاعده نفی عسر و حرج ..... ۴۰
- ۲ - حرج در لغت ..... ۴۱
- ۳ - حرج در قرآن ..... ۴۱
- ۴ - حرج در روایات ..... ۴۱
- ۵ - عسر در لغت ..... ۴۱
- ۶ - عسر در قرآن ..... ۴۲
- ۷ - تکلیف ..... ۴۲

- ۸ - فرق عسر با حرج ..... ۴۲
- ۹ - دیدگاه‌ها درباره حد مشقت ساقط تکلیف ..... ۴۲
- ۱۰ - درجات عسر و حرج ..... ۴۲
- ۱۱ - دلایل قاعده عسر و حرج ..... ۴۳
- ۱۲ - نظرات در شخصی یا نوعی بودن حرج ..... ۴۴
- ۱۳ - رابطه عسر و حرج ..... ۴۴
- ۱۴ - تفاوت میان تکالیف حرجی و ما لایطاق ..... ۴۵
- ۱۳. قاعده تسلیط ..... ۴۵**
- ۱ - تسلیط در لغت ..... ۴۵
- ۲ - تسلیط در اصطلاح فقه ..... ۴۵
- ۳ - نام‌های دیگر قاعده تسلیط ..... ۴۵
- ۴ - نامگذاری قاعده تسلیط توسط فقهای اخیر ..... ۴۵
- ۵ - قاعده تسلیط نزد مکاتب حقوقی جدید ..... ۴۶
- ۶ - مدرک قاعده تسلیط ..... ۴۶
- ۷ - موارد استناد فقها به قاعده تسلیط ..... ۴۷
- ۸ - توسعه قاعده تسلیط ..... ۴۷
- ۹ - تخصیص قاعده تسلیط ..... ۴۷
- ۱۰ - رفع تعارض قاعده تسلیط با قاعده لاضرر ..... ۴۷
- ۱۱ - صورت‌های متصور بین قاعده تسلیط و لاضرر ..... ۴۸
- ۱۴. قاعده تلف مبیع قبل از قبض ..... ۴۸**
- ۱ - مقدمه ..... ۴۸
- ۲ - مستندات قاعده تلف مبیع قبل از قبض ..... ۴۹
- ۳ - خروج از قواعد اولیه ..... ۵۰
- ۴ - نتیجه تلف ..... ۵۲
- ۵ - نمائات ..... ۵۳
- ۶ - تلف ثمن ..... ۵۳
- ۷ - تلف جزء مبیع ..... ۵۴
- ۸ - اختصاص قاعده به بیع ..... ۵۴

## مقدمه. اطلاعات آزمون قضاوت ۱۴۰۰

### ۱- آگهی ثبت نام آزمون قضاوت ۱۴۰۰

برای دانلود متن کامل آگهی آزمون قضاوت ۱۴۰۰ (جذب عمومی) [اینجا کلیک کنید](#)

### ۲- زمان برگزاری آزمون قضاوت ۱۴۰۰

- ۱- آزمون در روز جمعه مورخ ۱۳/۱۲/۱۴۰۰ و به صورت تستی برای تمامی داوطلبان اعم از دانشگاهی و حوزوی برگزار می‌شود.
- ۲- کارت ورود به جلسه آزمون از روز چهارشنبه مورخ ۱۱/۱۲/۱۴۰۰ از طریق پایگاه اطلاع‌رسانی سازمان سنجش آموزش کشور در دسترس داوطلبان قرار خواهد گرفت.
- ۳- داوطلبان پذیرفته شده در آزمون تستی، روز جمعه مورخ ۰۶/۰۳/۱۴۰۱ در آزمون تشریحی شرکت خواهند نمود.

### ۳- مواد و ضرایب امتحانی آزمون تستی داوطلبان دانشگاهی و حوزوی (مشترک)

ردیف	مواد امتحانی
۱	<a href="#">استعداد شغلی</a> (ضریب ۲)
۲	<a href="#">حقوق مدنی</a> (مباحث: شروط ضمن عقد، سقوط تعهدات، الزامات خارج از قرارداد، بیع، اجاره، رهن، ارث) (ضریب ۱)
۳	<a href="#">آیین دادرسی مدنی</a> (ضریب ۱)
۴	<a href="#">آیین دادرسی کیفری</a> (ضریب ۱)
۵	<a href="#">حقوق جزای عمومی</a> (ضریب ۲)
۶	<a href="#">لمعه</a> (مباحث: قضاء، شهادت، متاجر، دین، رهن، ضمان، صلح، اجاره، وکالت، شفعه، وصایا، نکاح، حدود، قصاص و دیات) (ضریب ۱)
۷	<a href="#">اصول فقه</a> (مباحث: الفاظ، مفهوم و منطوق، عام و خاص، مطلق و مقید و اصول عملیه) (ضریب ۲)

۸	قواعد فقه (مباحث: ید، لاضرر، غرور، اتلاف، احسان، علی الید، اکراه، اضطرار، درأ، لوث و قسامه، اقدام، نفی عسر و حرج، تسلیط، تلف قبل از قبض) (ضریب ۱)
---	---

### ۴- مواد امتحانی آزمون تشریحی مختص داوطلبان دانشگاهی

ردیف	مواد امتحانی	منابع
۱	حقوق مدنی (مباحث: بیع، اجاره (عقود معین ۱)) (الزامات خارج از قرارداد (جلد ۱ و ۲))	کتاب دکتر ناصر کاتوزیان
۲	حقوق تجارت (مباحث: شرکت‌ها (جلد ۱) و اسناد تجاری)	کتاب دکتر ربیعا اسکینی
۳	آیین دادرسی مدنی (جلد ۱ و ۲)	کتاب دکتر عبدالله شمس
۴	آیین دادرسی کیفری	کتاب دکتر محمد مصدق یا دکتر جواد طهماسبی
۵	اجرای احکام کیفری	کتاب احمد رضا عابدی
۶	حقوق جزای عمومی (جلد ۱ و ۲)	کتاب دکتر محمد علی اردبیلی
۷	حقوق جزای اختصاصی (مباحث: جرایم علیه اشخاص و اموال) (جلد ۱ و ۲)	کتاب دکتر حسین میرمحمد صادقی

### ۵- منابع آزمون تشریحی مختص داوطلبان حوزوی

۱/۵. اهل تشیع:

ردیف	مواد امتحانی	منابع
۱	فقه	مکاسب محرمة (از ابتدا تا انتها) و بیع (از ابتدای کتاب تا الکلام فی شروط المتعاقدين)

۲	<a href="#">اصول فقه</a>	رسائل (از ابتدا تا انتهای کتاب)
---	--------------------------	---------------------------------

۲/۵. اهل تسنن:

منابع	مواد امتحانی	ردیف
منهاج الطالبین امام نووی (فقه المعاملات)	<a href="#">فقه</a>	۱
منهاج بیضاوی (نیمه اول)	<a href="#">اصول فقه</a>	۲

## ۶- تهیه منابع آزمون قضاوت ۱۴۰۰

داوطلبان آزمون قضاوت ۱۴۰۰ می توانند منابع مورد نیاز خودشان را از [کتابفروشی تخصصی دادبازار](#) تهیه کنند. این کتابفروشی اینترنتی دارای مجوز رسمی از اتحادیه ناشران و کتابفروشان تهران و اینماد دو ستاره است. برای سفارش کتاب علاوه بر مراجعه به [فروشگاه اینترنتی](#)، می توانید به صورت ۲۴ ساعته به شماره ۰۹۱۲۹۶۱۱۲۷۱ [در واتس آپ پیام بدهید](#) یا به صورت حضوری به فروشگاه و نمایشگاه کتاب تخصصی حقوق دادبازار به نشانی خیابان انقلاب اسلامی، خیابان فخر رازی، پاساژ منشور دانش، واحد ۱۹ مراجعه کنید.



## ۱. قاعده ید

### ۱- تعریف قاعده ید

منظور از قاعده ید این است که به سبب وضع ید یعنی دست نهادن و مسلط بودن و در اختیار داشتن چیزی ادعای شخص مسلط و مستولی اثبات می‌شود، چه ادعای مالکیت باشد یا ادعای متولی بودن برای وقف و غیره.

البته این در صورتی است که دلیل قاطع برخلاف این ادعا موجود نباشد و الا به مقتضای دلیل عمل می‌شود مثل اینکه می‌دانیم کسی که الان بر این خانه مسلط هست آنجا را غصب کرده است و گذر ایام هر چند طولانی موجب حکم کردن به مالکیت غاصب نمی‌شود بلکه مورد قاعده در جایی هست که مثلاً کسی پیش قاضی نسبت به خانه‌ای که در دست کس دیگری هست ادعای مالکیت می‌کند بدون اینکه دلیل و سندی داشته باشد و آن شخص هم که خانه در اختیار اوست ضمن رد ادعای او، خود ادعای مالکیت می‌کند در حالی که او هم سند دیگری ندارد در اینجا قاضی با توجه به ذوالید بودن این شخص، حکم به مالکیت او کرده ادعای شخص اول را رد می‌کند.

این قاعده علاوه بر اینکه مورد پذیرش عملی عقلاء از هر آیین و کیش هست و سیره و روش پایدار مسلمین در تمامی عصرها بوده مورد اتفاق نظر و اجماع علماء فریقین (شیعه و اهل سنت) می‌باشد چنانچه مورد امضای شارع هم قرار گرفته است.

### ۲ - مصادیق ید

ید که نشانه استیلا و تسلط انسان بر اشیا است، مصادیق مختلف دارد. گاهی وجود شیء در دست انسان نشانه ید است، مانند پولی که در دست شخصی است و همین مطلب دلالت بر تعلق پول به او دارد و گاه با آن که اشیا در دست افراد قرار ندارند، به نوعی در رابطه با پیکره و جسم انسانند و همین امر نشان می‌دهد که شیء، متعلق به فرد خاصی است. برای مثال، لباسی که در تن افراد است، نشان از تعلقشان به آن‌ها دارد. گاه هیچ رابطه مستقیم و فیزیکی بین جسم مالک و شیء مورد تملک نیست، ولی بنا به اعتبار و تاسیسات اجتماعی و قراردادی، شیء، متعلق به فرد است، مانند وجود سند مالکیت خانه در دست فردی خاص و به نام او که نشان می‌دهد آن خانه به او تعلق دارد. درست است که در حقوق معاصر، سند مالکیت از ادله اثبات دعوا است، ولی مبنای فقهی آن می‌تواند وجود استیلا باشد که از طریق وجود سند در دست شخصی به نام دارنده به اثبات می‌رسد.



## ۲. قاعده لاضرر و لاضرار

قاعده لاضرر به معنی نفی مشروعیت هر گونه ضرر و اضرار در اسلام است. از این قاعده به قاعده ضرر، قاعده ضرر و اضرار، قاعده لاضرر و لاضرار و قاعده نفی ضرر نیز تعبیر می‌شود.

### ۱ - تعریف قاعده لاضرر

قاعده لاضرر از قواعد مشهور فقهی است که در بیش تر ابواب فقه کاربرد دارد و مضمون آن این است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و هرگونه ضرر و اضرار در اسلام نفی شده است.

### ۲ - ادله قاعده لاضرر

برای اثبات این قاعده به ادله قرآنی، روایی و عقلی، استدلال شده که به بعضی از آن‌ها اشاره می‌گردد:

#### ۱.۲ - آیه نفی ضرر

آیه: " لا تضار والدة بولدها و لامولود له بولده ". این آیه، مادران و پدران را از ضرر رساندن به فرزندانشان نهی کرده است؛ بنا بر تفسیر دیگر آیه، هر یک از والدین را از ضرر زدن به دیگری، به واسطه فرزندشان، نهی نموده است. بنابراین، از آیه فهمیده می‌شود که ضرر زدن هر کسی به دیگری، ممنوع و ناروا است.

#### ۲.۲ - روایت زراره

معروف ترین حدیثی که به آن استدلال شده، داستان " سمرة بن جندب " است که در ذیل آن عبارت " لاضرر و لا ضرار " آمده است. " کلینی " در کتاب اصول کافی از " ابن مسکان " و او از " زراره " نقل می‌کند که، امام باقر (ع) فرموده است:

" در زمان رسول خدا (ص)، شخصی به نام سمرة بن جندب در جوار خانه فردی از انصار، درخت خرمایی داشت که آمد و رفت وی از درون زمین آن مرد انصاری بود. سمرة بن جندب برای رسیدگی به آن درخت و کارهایش به دفعات و سرزده به زمین مرد انصاری می‌رفت و به این ترتیب ایجاد مزاحمت می‌کرد تا این که صاحب خانه به سمرة گفت: توبی خبر و بدون اذن به خانه ام می‌آیی و ایجاد مزاحمت می‌کنی، پس از این، هنگام آمد و شد اجازه بگیر. سمرة گفت: چنین نمی‌کنم. مرد انصاری به حضرت رسول (ص) شکایت برد. حضرت به سمرة فرمود: از این

پس، اذن بگیر. سمره نپذیرفت، حضرت فرمود: از این درخت صرف نظر کن و من در برابر آن، درختی با همان اوصاف در جای دیگر به تو می‌دهم. سمره نپذیرفت، حضرت فرمود: ده درخت در مقابل آن می‌دهم، باز هم قبول نکرد. فرمود: درختی در بهشت به تو می‌دهم. سمره باز هم نپذیرفت، تا این که حضرت فرمود:

"انک رجل مضار و لاضرر و لا ضرار علی مؤمن" یعنی تو مرد سخت گیر و آسیب رسانی هستی و مؤمن نباید به کسی ضرر بزندی، بعد از آن دستور داد آن درخت را از ریشه کنند و جلوی سمره انداختند.

### ۳.۲ - دیگر روایات در این باب

روایات دیگری به همین مضمون با اندکی اختلاف در اصول کافی نقل شده است. به این گونه که: حضرت به آن مرد انصاری فرمود: " اذهب فاقلعها و ارم بها وجهه فانه لاضرر و لا ضرار" یعنی برو آن را بکن و نزد او بیانداز، زیرا ضرر و ضرار نیست.

روایات قاعده لاضرر در حد تواتر است. در روایات امامیه، قاعده لاضرر به سه عبارت، بیان شده است:

۱ - لاضرر و لا ضرار؛

۲ - لاضرر و لا ضرار علی مؤمن؛

۳ - لاضرر و لا ضرار فی الاسلام.

### ۳ - معانی سه کلمه لا و ضرار و ضرر

درباره معنای سه کلمه "لا" و "ضرار" و "ضرر" سخن بسیار گفته شده و معانی متفاوتی احتمال داده شده است. منشأ آن اختلاف ها، این است که ظاهر عبارت "لاضرر و لا ضرار" دلالت بر نفی هر گونه ضرر در اسلام دارد، و این در حالی است که در عالم خارج بالوجدان ضرر وجود دارد. به همین دلیل در معنا کردن این جمله میان فقها اختلاف است، در ذیل به چهار نظر مشهور اشاره می‌شود:

### ۱.۳ - دیدگاه شیخ انصاری

"شیخ انصاری" منظور از نفی ضرر را نفی احکام ضرری می‌داند؛ یعنی "لا" در معنای نفی به کار رفته و کلمه "حکم" را باید در تقدیر گرفت؛ بنا بر این، مراد این است که "لا حکم ضرری فی الاسلام" یعنی در اسلام احکامی که موجب ضرر بر بندگان باشد وجود ندارد.

### ۲.۳ - دیدگاه آخوند خراسانی

"آخوند خراسانی" منظور از قاعده لاضرر را نفی حکم به لسان نفی موضوع دانسته که مانند آن در اخبار، فراوان است، مثل "لا شک لکثیر الشک" یعنی کسی که بسیار شک کند، شک او شک نیست؛ به بیان دیگر، موضوعاتی که دارای حکم هستند، اگر با عنوان اولیه شان، سبب ضرر بشوند، حکم آن برداشته می‌شود؛ پس موضوعاتی مانند بیع و وضو که احکامی مانند وجوب و لزوم دارند، اگر موجب زیان گردند، احکام آن‌ها برداشته می‌شود؛ یعنی اگر وضو موجب ضرر گردد، حکم وجوب آن برداشته می‌شود.

### ۳.۳ - دیدگاه مرحوم نراقی

"مرحوم نراقی" می‌گوید: منظور، نفی ضرر غیر متدارک است، یعنی هر کس به دیگری ضرر بزند، موظف است آن را تدارک و تلافی کند و ضرری که جبران نداشته باشد در اسلام وجود ندارد.

### ۴.۳ - دیدگاه شریعت اصفهانی

نظر "شریعت اصفهانی" این است که "لا" در روایت، ناهیه است و در معنای مجازی استعمال شده، یعنی نباید کسی به دیگری ضرر بزند. "امام خمینی" این عقیده را قبول دارد و این نهی را نهی حکومتی می‌داند.

## ۳. قاعده غرور

### ۱ - تعریف قاعده غرور

در اصطلاح فقهی، مراد از قاعده غرور این است که هر گاه غرامتی که در اثر غفلت و جهل شخص به واقع، به سبب شخص دیگری برسد، همان شخص گول زنده ضامن است و معامله، در برخی موارد باطل است.

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 عهده خسارت وارد برآید. شخص اول را «غار» (فریب دهنده) و شخص دوم را «مغرور» (فریب خورده) و این قاعده را «قاعده غرور» می‌گویند.

## ۲ - قدر متیقن قاعده غرور

قدر متیقن از این قاعده، صورتی است که شخص گول زننده (غار)، علم به تحقق غرر داشته باشد و شخص مغرور، جاهل به واقع باشد. از روایات به دست می‌آید که تدلیس به مجرد علم غار محقق می‌شود ولو شخص، با سکوتش موجب غرر شده باشد.

## ۳ - قلمرو قاعده غرور

این قاعده، یکی از قواعدی است که منحصر به باب خاصی نیست و در ابواب معاملات، مثل باب تجارات، نکاح، هبه، عاریه و... جریان دارد و اصحاب در اکثر ابواب به این قاعده استناد کرده‌اند.

## ۴ - قائلین به قاعده غرور

شیخ طوسی (شیخ الطائفه قرن پنجم هجری) نخستین کسی است که در کتاب المبسوط فی الفقه الامامیه در ابواب مختلف از جمله غصب، عاریه و نکاح به این قاعده عمل کرده است. هر چند تعبیر صریح قاعده در عبارت ایشان دیده نشده، ولی در استدلال برای ضمان گفته است، «لأنه غرّه»، یعنی به این دلیل که او دیگری را مغرور کرده است.

پس از ایشان ابن ادریس حلی در کتاب السرائر، محقق حلی در شرایع الاسلام، علامه حلی در قواعد الاحکام و تذکره الفقهاء، فخر المحققین در ایضاح الفوائد، شهید اول در لمعه، محقق کرکی در جامع المقاصد و دیگران در ابواب مختلف فقه به «قاعده غرور» یا به مضمون آن استناد کرده‌اند.

## ۵ - مستندات قاعده غرور

۱ - نبوی مشهور: «المغرور یرجع الی من غرّه»

«مغرور، به شخصی که او را گول زده مراجعه می‌کند (خسارت را از او می‌گیرد)»

این روایت در هیچ یک از کتب روایی یافت نشده است و هر چند در جواهر و حاشیه ارشاد محقق ثانی، به رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) نسبت داده شده است، ولی این نسبت، ثابت نمی‌باشد و از این رو شهرت نمی‌تواند ضعف سندی آن را جبران کند؛ چون شهرت در جایی می‌تواند ضعف سند را جبران کند که حدیث، ولو به صورت مرسل ثابت باشد.

۲- روایات موجود در باب نکاح و تدلیس در کتاب کافی آمده است و دلالت بر رجوع مغرور به کسی دارد که او را گول زده است.

۳- بنای عقلاء: در تمام زمانها، رویه عقلا، بر این استوار بوده است که در مواردی که شخصی در اثر خدعه و نیرنگ دیگری به شخصی خسارتی وارد می‌کرده است، به غار رجوع می‌کردند نه به مغرور. و به نظر می‌رسد که روایات موجود در باب، به منزله امضاء همین بنای عقلاء است.

۴- اجماع منقول و اجماع محصل: در طول تاریخ فقه شیعه، همه فقها به این قاعده تمسک می‌کرده‌اند. البته با توجه به روایات موجود در باب، نمی‌توان به اجماع به عنوان یک دلیل مستقل نگاه کرد.

## ۴. قاعده اتلاف

از دیدگاه فقه شیعه، موجبات ضمان قهری سه چیز است: ضمان ید، اتلاف و تسبیب. قاعده اتلاف یکی از قواعد مسلم و مورد اتفاق بین جمیع فرق مسلمین است. در این نوشتار تلاش خواهد شد اتلاف و احکام مربوط به آن به طور مختصر توضیح داده شود.

### ۱- مستندات قاعده اتلاف

#### ۱.۱- کتاب

مستند این قاعده در کتاب، این آیه شریفه است که بعضی از قداما، از جمله شیخ طوسی در مبسوط به آن اشاره کرده‌اند: «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم...»: هر کس به شما تجاوز کرد پس بر او به مانند آنچه بر شما تجاوز کرده است تجاوز کنید.

### ۱.۱.۱ - استفاده آیه فوق

تردید نیست که اتلاف مال دیگری بدون اذن صاحب آن، از مصادیق تجاوز و تعدی بر دیگری محسوب می‌شود. مستفاد از آیه شریفه فوق دو چیز است: اولاً اعلام جواز یا به تعبیر دیگر، جعل حق مؤاخذة و مطالبه برای طرفی که مورد تعدی و تجاوز گرفته است و ثانیاً این که مورد مطالبه می‌تواند مقابله به مثل باشد، که در این حکم قرآنی، «مثل بگیری»، کنایه از آن است که اگر مثلی باشد، مثل و اگر قیمی باشد قیمت گرفته شود.

### ۲.۱ - روایات

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

روایات دیگری نیز در کتب فقهی، مستند این قاعده قرار گرفته است. علاوه بر این، فقها جمله «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» (هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن است) را یک حدیث منقول از معصوم علیه السلام تلقی کرده‌اند. هر چند این عبارت در کتب حدیثی دیده نمی‌شود، ولی از چنان شهرتی برخوردار است و آن چنان مورد استفاده فقها قرار گرفته که در حدیث بودن آن تردیدی باقی نمی‌ماند.

### ۳.۱ - 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.

#### ۴.۱ - بنای عقلا

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

#### ۲ - تفاوت ضمان اتلاف و ضمان ید

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

#### ۱.۲ - مصداق صورت اول

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

### ۲.۲ - مصداق صورت دوم

صورت دوم که ضمان ناشی از اتلاف وجود دارد و ضمان ید مطرح نیست، جایی است که مثلا شخصی سنگی می اندازد و شیشه خانه دیگری را می شکند. در این مورد، مرتکب ضامن است، ولی این ضمان ناشی از «اتلاف» است نه «بد»؛ زیرا شیشه اصولا تحت ید مرتکب قرار نگرفته است.

### ۳.۲ - مصداق صورت سوم

صورت سوم در جایی مصداق پیدا می کند که شخصی پس از استیلا بر چیزی، آن را به دست خود تلف می کند. چنین شخصی به دو لحاظ ضامن است: یکی از لحاظ قاعده ضمان ید و دوم از لحاظ قاعده اتلاف. پس اگر شخصی با عمل خود عینی را ناقص کند، به نسبت ارزش عین، ضامن خواهد بود؛ ولی بدیهی است که بیش از یک ضمان بر عهده وی مستقر نخواهد گردید؛ چرا که با استیلا و وضع ید بر مال غیر، وجود اعتباری مال در ذمه او قرار گرفته، ولی مادام که عین باقی بوده، افراف ذمه جز با تحویل عین که نزدیکترین شیء به چیزی است که در ذمه قرار دارد، ممکن نیست، ولی با تحقق اتلاف یا تلف، با توجه به وجود اعتباری مال در ذمه تصرف، افراف ذمه از طریق پرداخت مثل یا قیمت صورت خواهد گرفت.

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

### ۳ - نتیجه قاعده اتلاف

بالجمله حاصل مضمون و معنای این قاعده متفق علیه چنین است: هرگاه شخصی مال دیگری را بدون اذن و رضای او نابود و تلف سازد این مال به وجود اعتباری خود در عهده و ضمان وی قرار می گیرد و باید از عهده آن بیرون آید بدین صورت که در مثلیات پرداخت مثل و در قیمیات پرداخت قیمت بر او واجب است.



## ۵. قاعده احسان

قاعده احسان این است که هرگاه کسی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگران، موجب ورود خسارت به آنان شود، اقدامش مسئولیت آور نیست.

### ۱ - مبانی فقهی احسان

#### ۱.۱ - کتاب

خداوند در آیه ۹۱ از سوره توبه می‌فرماید: «لَيْسَ عَلَى الصُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ»، یعنی بر ناتوانان و بر بیماران و بر آنان که توان مالی در انفاق ندارند حرجی نیست؛ آنگاه که برای خدا و رسول او نیکو بیندیشند. بر افراد نیکوکار هیچ سبیلی نیست و خداوند آمرزنده مهربان است.

آیه فوق در جریان جنگ تبوک نازل شده است. هنگامی که رسول خدا مسلمانان را برای جنگ تبوک دعوت کردند، افرادی که توان جسمی یا مالی داشتند، به هر صورت به جبهه کمک کردند؛ ولی برخی از مسلمانان نه توان جسمی داشتند تا در جبهه شرکت کنند و نه توان مالی. برخی از آنان حتی از داشتن پا نیز محروم بودند. سه نفر از این مسلمانان بی چیز و ناتوان به نامهای معقل و سوبه و نعمان در حالی که می‌گریستند به حضور رسول الله رسیدند و مشکل خود را مطرح کردند؛ آیه فوق به همین مناسبت نازل شد.

طبق ظاهر این آیه، برای افرادی که به علت ناتوانی جسمی نمی‌توانند در جبهه شرکت کنند و یا به خاطر ناتوانی مالی قادر به کمک مالی نیستند، هیچ گونه عقاب اخروی وجود ندارد و اینان در قیامت مؤاخذه نمی‌شوند.

#### ۲.۱ - سنت

در تایید قاعده احسان به روایات و احادیث متعددی استناد شده است که به برخی از آنها اشاره می‌شود.

الف) از حضرت علی علیه السلام منقول است که فرمود: «الْجَزَاءُ عَلَى الْإِحْسَانِ بِالْإِسَاءَةِ كُفْرَانٌ»، یعنی پاداش احسان را به بدی دادن، نادیده گرفتن نعمت است. در این مورد

چنین استدلال شده است که مسئول دانستن محسن نسبت به کارهایی که به قصد و انگیزه خیر انجام داده است، اسائه محسوب می‌شود و مشمول این حدیث است که به صراحت زشت و ناپسند شمرده شده است.

ب) در نامه حضرت علی علیه‌السلام به مالک اشتر آمده است: « لا يَكُونَنَّ الْمُحْسِنُ وَ الْمُسِيءُ عِنْدَكَ بِمَنْزِلَةِ سِوَاءٍ ، فَإِنَّ ذَلِكَ تَزْهِيدٌ لِأَهْلِ الْإِحْسَانِ فِي الْإِحْسَانِ ، وَ تَدْرِيْبٌ لِأَهْلِ الْإِسَاءَةِ عَلَى الْإِسَاءَةِ »؛ 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.

### ۳.۱ - عقل

عقل مؤاخذه شخصی را که عمل او با قصد نیکوکاری، منجر به زیان دیگری شده است، قبیح می‌داند. در همین باره در سوره الرحمن آیه ۶۰ 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.

### ۴.۱ - اجماع

فقه‌های متقدم و متاخر اجماعی بر این مضمون ندارند و تتبع ما نیز به چنین نتیجه‌ای منتهی نشد. آنچه در کتب فقهی مشاهده می‌شود این است که فقیهان افراد محسن را به هیچ وجه ضامن نمی‌دانند.

اگر چه اجماع فقها در این موارد بر عدم ضمان است؛ اما نمی‌توان گفت که فقیهان بر مضمون قاعده اجماع دارند. بنابراین، مدرک عمده قاعده، همان آیه شریف و حکم عقل و بنای عقلاست و اجماع را نمی‌توان جزء دلایل مثبت این قاعده محسوب کرد؛ زیرا ممکن است عمل فقها نیز به استناد این آیه باشد.

## ۲ - مفاد قاعده احسان

کسی که عمل خسارت باری 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 این قاعده، اگر این عمل با حسن نیت و با اعتقاد به اینکه موجب خیر صغیر است، انجام شده باشد و به طور اتفاقی موجب زیان شود، ضامن آور نیست.

البته باید توجه داشت که منظور از احسان در این قاعده احسان واقعی است. به عبارت دیگر در پاسخ به این پرسشها که آیا در این قاعده موضوع حکم، قصد احسان و اعتقاد فاعل است، اگر چه در واقع احسان نباشد؛ یا احسان واقعی است، اگر چه اقدام کننده معتقد به احسان نباشد و یا هر دوی آنها مورد نظر است - یعنی هم عمل باید به واقع احسان باشد و هم اقدام کننده به قصد احسان آن را انجام داده باشد - باید گفت که فقط قسمت سوم بیانگر مفاد قاعده است. البته با توجه به عموم احسان، اینکه فعل انجام شده برای جلب منفعت باشد یا برای دفع زیان فرقی نمی کند و هر دو صورت مشمول احسان است.

## ۶. قاعده علی الید (ضمان الید)

مفاد این قاعده این است که، هر کسی که بر مال دیگری تسلط پیدا کند، به هر نحوی؛ ظلماً، جهلاً، امانتاً، احساناً، ضامن آن مال می شود و تا زمانی که آن را به صاحبش باز نگرداند، این ضمان از عهده اش ساقط نمی شود.

### ۱ - تفاوت قاعده ضمان الید و قاعده ید

مفاد قاعده ضمان الید، اثبات ضمان بر کسی است که بر مال دیگری استیلا یافته است در حالی که قاعده ید، درصدد اثبات اماره بر مالک بودن «ید» است.

### ۲ - موضوع قاعده علی الید

این قاعده، شامل موارد ذیل می شود:

(۱) ید عدوانی و امانی که ید امانی، مادامی که امانی است، تخصیصاً خارج می شود؛

(۲) ضمان منافع مستوفاة - منافی که از آنها استفاده شده - و غیر مستوفاة.

### ۳ - مدرک قاعده علی الید

#### ۳.۱ - سیره عقلاء

میان عقلاء مرسوم است که هر کس بر مال دیگری استیلا یافت، او را ضامن می‌دانند و این سیره، به علت عدم ردع شارع، حجیت دارد و امضاء شده است.

#### ۳.۲ - نبوی مشهور

«علی الید، ما اخذت حتی تودیه»

#### ۳.۳ - تسالم فقها

ایشان بر این مطلب اتفاق نظر دارند که ید غاصب، ضامن است و تا زمانی که مال ماخوذه را باز گرداند؛ این تسالم نمی‌تواند مدرک قاعده باشد چون:

اولاً: تسالمی حجت است که شامل متقدمین هم بشود در حالی که این تسالم مربوط به متأخرین است.

ثانیاً: تسالم در صورتی حجت است که مدرک انحصاری باشد، در حالی که در این مقام، سیره عقلاء هم وجود دارد و ممکن است این تسالم مستند به سیره عقلاء باشد.

ثالثاً: تسالم مذکور اخص از مدعی و مختص به «ید غاصب» است.

#### ۳.۴ - ادله دال بر احترام مال مسلمان

مثل صحیحه حلبی و صحیحه محمد بن مسلم و صحیحه ابن بصیر از امام صادق (علیه السلام): چون احترام مال مسلمان، مقتضی ضمان ید مستولی بر آن است.

#### ۳.۵ - صحیحه ابن اسامة زید شحام از امام صادق (علیه السلام)

ایراد این روایت این است که مربوط به حکم تکلیفی عدم جواز تصرف در مال غیر بدون رضایت اوست و بحث ما در قاعده، در مورد حکم وضعی ضمان است.

در نتیجه، سیره عقلاء و ادله دال بر احترام مال مسلمان - بنابر عدم اختصاص قاعده به حکم قبل از تلف - مستند قاعده ضمان الید می‌باشد.

## ۷. قاعده اکراه

در متون فقه اسلامی، نقش اکراه در رفع مسئولیت کیفری به عنوان قاعده‌ای مسلم محسوب است و تحت عنوان «رفع ما استکرها علیه» بیان شده است. البته اکراه در مباحث مدنی دارای احکام و آثار بسیاری است که ما اینک در مقام بیان آن نیستیم.

### ۱ - اکراه در اصطلاح فقها

اکراه از آن دسته کلماتی است که معنای لغوی آن با مفهوم اصطلاحی اش چندان تفاوتی ندارد. صرف نظر از قیود، شرایط و اوصافی که فقها برای اکراه و تحقق آن بر شمرده‌اند، معنای اصطلاحی این کلمه نزد فقها همان معنا و مفهوم مورد نظر اهل لغت است؛ یعنی، اکراه عبارت است از واداشتن دیگری به کاری که بدان مایل نیست؛ در صورتی که همراه با تهدید باشد.

### ۲ - مقایسه اضطرار، اکراه و اجبار

میان اجبار از یکسو و اکراه و اضطرار از سوی دیگر تفاوت روشنی وجود دارد. در اجبار اراده به کلی از شخص مجبور سلب می‌شود؛ در حالی که در اکراه و اضطرار عنصر اراده وجود دارد. میان مکره و مضطر شباهتها و تفاوت‌هایی وجود دارد.

#### ۱.۲ - تشابه اضطرار، اکراه و اجبار

تشابه میان آن دو را در چند چیز باید جستجو کرد:

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

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

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

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

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

## ۲.۲ - تفاوت اضطرار، اکراه و اجبار

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

### ۱.۲.۲ - تفاوت اول

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

### ۲.۲.۲ - تفاوت دوم

دوّم، اضطرار موجب فساد اختیار و اراده‌ی مضطرّ نمی‌شود؛ اما اراده و اختیار مکره محدود است. آنچه موجب بروز حالت اکراه در مکره می‌شود با آنچه سبب وقوع مضطرّ در اضطرار می‌شود متفاوت است؛ در اضطرار، مضطرّ خود را در شرایط و موقعیتی می‌بیند که خروج از آن مستلزم ارتکاب فعلی حرام است. شرایط و موقعیت تهدیدآمیز اغلب به طور طبیعی ایجاد شده و انسان در بروز آن دخالت ندارد؛

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

## ۲.۲.۳ - تفاوت سوم

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

## ۸. قاعده اضطرار

در این مقاله به بررسی قاعده ی اضطرار که مستفاد از جمله این روایت الضرورات تبيح المحظورات می‌پردازیم.

## ۱ - جایگاه اضطرار

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

## ۲ - واژه‌های اضطرار و ضرورت

اضطرار مصدر باب افتعال و از مادهٔ ضر به فتح یا ضم اول است. ضر با فتح اول متضاد نفع است و معنای آن زیان‌دیدگی است؛ لغت‌شناسانی که به واژه‌شناسی قرآن روی آورده و به اصطلاح به مفردات قرآن و بیان معانی آنها پرداخته‌اند ضر را «ما یصیب الانسان فی نفسه» معنا کرده‌اند.

## ۳ - اضطرار از منظر فقهای شیعه

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

## ۴ - تشابه اضطرار با اجبار

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

## ۵ - تفاوت اضطرار با اجبار

اما تفاوت عمده میان اضطرار و اجبار از حیث وجود و عدم قصد و اراده است؛ با این توضیح که در اجبار، قصد و اراده نسبت به شخص مجبور منتفی است؛ در حالی که در اضطرار، شخص مضطر با قصد و اراده دست به ارتکاب فعل محرم می‌زند.

## ۶ - مقایسه‌ی اضطرار با اکراه

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

## ۷ - مشابهت 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 تضرر یا تلف نفس آنان می‌شود.
۲. دست کم در امور کیفری فرض بر این است که راه‌هایی از شرایط و موقعیت مخاطره‌آمیز منحصر به انجام عملی است که در شرایط عادی محرم و محظور است.
۳. اکراه و اضطرار آن چنان شخص را به موضع ناچاری و درماندگی می‌کشاند که جز تن در دادن به خطر یا ارتکاب فعل حرام راه چاره‌ای برای وی باقی نمی‌ماند.
۴. اکراه و اضطرار از عناوین ثانویه بوده، موجب تغییر عنوان شرعی فعل ارتكابی می‌شوند و در نهایت، مانع توجه مسئولیت جزایی به عامل شده، موجب رهایی وی از تحمل مجازات می‌شوند.



۵. هر دو موجب فقدان رضا و طیب نفس هستند.

## ۸ - تفاوت مضطر و مکره

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

۲. آنچه موجب بروز اکراه در مکره می‌شود با آنچه سبب وقوع اضطرار در مضطر می‌شود متفاوت است؛

## ۹ - شرایط مضطر و مکره

در اضطرار، شخص خود را در شرایط، موقعیت و اوضاع و احوالی می‌بیند که خروج از آن مستلزم ارتکاب فعل حرام است. شرایط و موقعیت تهدیدآمیز به طور طبیعی ایجاد شده و فرد انسانی در بروز آن دخالتی ندارد؛ اما منشا خطر و تهدید در اکراه همواره یک فرد انسانی است که عامل خارجی تلقی می‌شود.

## ۱۰ - کیفیت عمل مکره و مضطر

مکره برای رهایی از تهدیداتی که از سوی اکراه کننده متوجه او شده و به منظور ممانعت از عملی شدن تهدیدات، ناچار مرتکب عمل مورد نظر می‌شود؛ عملی که در شرایط عادی مبادرت به انجام آن نمی‌کرد. از طرف دیگر، اضطرار سبب فساد اختیار و اراده می‌شود؛ اما اختیار و اراده مکره محدود است.

## ۱۱ - حکم وضعی و تکلیفی

سر انجام اینکه به اعتقاد بسیاری از فقها، اضطرار و اکراه هر چند در رفع حکم تکلیفی مشترک‌اند؛ از حیث تاثیر 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.

## ۹. قاعده درء

### ۱- بررسی قاعده درء

قاعده درء را از (انّ الحدود تدرء بالشبهات) می‌توان برگرفت. نخست، چنان گذشتگان، مدرک این قاعده را یاد می‌کنیم؛ مهم‌ترین دلیل بر آن، روایات زیر است:

۱. محمد بن علی بن الحسین قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «إِذْرَءُوا أَلْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ وَ لَا شَفَاعَةَ وَ لَا كَفَالَهَ وَ لَا يَمِينٍ فِي حَدٍّ».

حدود را با شبهات دفع کنید و شفاعت و کفالت و قسم، در حد وجود ندارد.

شیخ صدوق محمد بن علی بن بابویه این روایت را در کتاب من لایحضره الفقیه آورده و علامه محدث عاملی نیز در وسائل الشیعه از آن کتاب نقل می‌کند.

۲. در المقنع شیخ صدوق از امیرمؤمنان (علیه السلام): (ادرؤوا الحدود بالشبهات)؛ حدود را با شبهات دفع کنید.

۳. نیز (ادرؤوا الحدود بالشبهات).

۴. دیگر: (وان أحدث امرئة مع رجل قد فجر بها فقالت المرئة استكرهني فإنه يدرأ عنها الحد، لأنها وقعت شبهة وقال اميرالمؤمنين (عليه السلام): ادرؤوا الحدود بالشبهات)؛ اگر زنی با مردی زنا کرد و زن مدعی شد که او را مجبور کرده است، حد از زن رفع می‌شود، زیرا زنا شبهه حساب می‌شود و امیرمؤمنان فرمود: حدود را با شبهات دفع کنید.

۵. عن أبي عبدالله (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه أمير المؤمنين (عليه السلام) عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) انه قال: (ادرؤا الحدود بالشبهات و أقبلوا الكرام عثراتهم الا في حد من حدود الله)؛ حدود را با شبهات دفع کنید و لغزش‌های بزرگان را باز دارید، مگر در حدود خداوند.

۶. عن أمير المؤمنين (عليه السلام): (واقبل العذر وادرء الحدود بالشبهات)؛ عذر را بپذیر، و حدود را با شبهات دفع کن.

## ۲ - شمول قاعده درء بر حدود، تعزیرات و قصاص

علامه محمدتقی مجلسی (۱۰۷۰ ه. ق) در کتاب روضة المتقین می نویسد: (کلمه الحدود عام است و شامل حد و تعزیر و قصاص می شود و مراد از شبهات هر چیزی است که مشتبه شود، حتی اگر اشتباه آن به دلیل تعارض ادله یا به خاطر نبود دلیل باشد).

در شمول و دلالت کلمه الحدود بر حدهای تعیین شده شبهه ای نیست.

نکته مهمی که از این قاعده استفاده می شود، ویژه باب حدود نبودن قاعده درء است، زیرا کلمه (الحدود) جمع محلّی به (ال) بوده و بر استغراق دلالت می کند؛ پس بر تعزیرات نیز اطلاق می شود.

همانند این استدلال، در عبارات شهید ثانی دیده می شود: (ومن قتله الحد او التعزیر فهدر (بالسکون) آی لا عوض لنفسه سواء كان لله أم للآدمی، لانه فعل سائغ فالیتعقبه الضمان ولحسنه الحلبي عن الصادق (عليه السلام) أيما رجل قتله الحد، أو القصاص فلا دية له، وأی من صیغ العموم وكذا الحدّ عند بعض الاصولین).

در حدیثی که شهید آن را دلیل آورده، مفرد محلّی به (ال) وجود دارد، اما در حدیث (ادرؤوا الحدود بالشبهات) جمع محلّی به (ال) بوده و دلالت آن بر عموم اجماعی است؛ برخلاف دلالت مفرد محلّی به (ال) بر جمع که اختلافی می نماید. بنابراین، همان گونه که شارح من لایحضره الفقیه فرموده، کلمه الحدود تعزیرات را نیز دربر می گیرد.

در کتاب های فقهی، نمونه ای را می توان یافت که فقیهان درباره قصاص نیز به قاعده درء تمسک کرده اند، اما در جواب این ادعا می توان گفت: کلمه الحدود، قصاص و حق الناس را نیز دربر می گیرد، همان گونه که علامه مجلسی یاد کرده، علامه حلّی در ارشاد الأذهان نیز به این حدیث استناد فرموده است: (لو اتحد مستحق القصاص فالأولی إذن الحاکم وليس واجباً علی رأی وإن تعدد وجب الاتفاق أو الاذن ولايجوز لأحدهم المبادرة علی رأی)

علامه اردبیلی می نویسد: (مصنف و محقق حلّی فرموده اند جایز نیست که کسی اقدام کند و در قصاص استقلال داشته باشد؛ چه این که قصاص نیز همانند دیگر حدود با شبهه ساقط می شود).

بنابراین شاهد، محقق حلی (۶۷۳ ه. ق)، علامه حلی (۷۲۶ ه. ق) و علامه اردبیلی (۹۹۳ ه. ق) قاعده بالا را در قصاص نیز جاری می‌دانند و آن را ویژه حدود نشمرده اند بلکه از سخن علامه اردبیلی برمی آید که کلمه (الحدود) قصاص را نیز دربر می‌گیرد، زیرا تعبیر به (سائر الحدود) فرموده است.

### ۳ - دیدگاه عدم شمول قاعده درء بر تعزیرات و قصاص

در برابر نظریه یاد شده، برخی از بزرگان گفته‌اند که قاعده درء، حدود باب قصاص و تعزیرات را دربر نمی‌گیرد. از فقیهان شیعه نیز مؤلف جواهر الکلام پیرامون این مطلب به تفصیل سخن گفته و اثبات کرده که کلمه الحد قصاص را دربر نمی‌گیرد. از این رو، در کتاب قصاص آورده است: (قصاص كالحد فی الشبهة). که این عبارت، تنقیح مناط و استیناس علت را می‌نماید. البته عبارت علامه سید محمد عاملی و علامه اردبیلی، دلالت بر شمول می‌کند: (لأن القتل حد یسقط بالشبهة).

عبارت شیخ طوسی در مبسوط نیز تغایر را می‌رساند: (وللمساهلة فی القصاص والحدود لاسقاطها بالشبهة). عطف حدود بر قصاص، بر تغایر مفهومی و مصداقی آن دو دلالت دارد اما از آن سوی، علت را در هر دو سریان داده؛ هرچند ضمیر مفرد (لاسقاطها) شبهه می‌انگیزد.

با توجه به آنچه یاد شد، دلیل قانع کننده‌ای بر تداخل قصاص در (الحدود) وجود ندارد و پذیرش آن دشوار می‌نماید. دومین دلیل بر این ادعا که کلمه (الحدود) قصاص و تعزیرات را دربر نمی‌گیرد، سیره امام و معصومان است؛ زیرا پیامبر و ائمه حقوق الله را متفاوت با حقوق الناس شمرده‌اند و تسامحاتی را که در حق الله پذیرفته‌اند، در حق الناس نگفته‌اند.

در وسائل الشیعه، به روایات بسیاری برمی‌خوریم که پیامبر و ائمه، سخت گیرانه و کنجکاوانه درباره حق الناس سخن می‌گفتند؛ برخلاف تسامحاتی که درباره حق الله روا می‌داشتند، چنان که در برخورد ایشان با اقرار و اعتراف کسان به رعایت نکردن حق الله و با شهود برخاسته علیه آن کسان می‌بینیم. بنابراین، قاعده درء در باب حدود، در باب قصاص پذیرفته نیست.

## ۴ - گستره شمول شبهات در روایت درء

درباره دلالت حدیث (ادرؤوا الحدود بالشبهات) نکته دیگری گفتنی است: کلمه (الشبهات) نیز جمع محلی به (ال) بوده و برای همین، شبهات موضوعی و حکمی را دربر می‌گیرد و فقیهان نیز در مورد شبهات حکمی و موضوعی به آن استناد کرده‌اند.

شبهه حکمی، مانند موردی است که فاعل حکم را نداند.

و شبهه موضوعی، مانند تعارض دو بینه است. روایات خاصی که حد را با شبهه دفع می‌کند، تنها درباره شبهات موضوعی نیست بلکه برخی درباره شبهات موضوعی، شماری درباره شبهات حکمی و بعضی از آنها نیز دربرگیرنده هر دو مورد است.

روایاتی که در این دو باره وارد شده، مضمون حدیث بالا را تأیید می‌کند و بنابراین، نتیجه گرفته می‌شود که لفظ (الحدود) در حدیث درء، جمع عام است، زیرا محلی به ال بوده و بر عموم وضعی دلالت می‌کند. بنابراین، شبهات حکمی و موضوعی را دربر می‌گیرد.

## ۵ - شبهه در اصطلاح

سید شریف جرجانی فرموده: (الشبهة ما لم يتيقن كونه حراماً او حلالاً)؛ بدان شبهه می‌گویند که انسان حلیت یا حرمت آن را یقین ندارد.

در المعجم الوسیط آورده‌اند: (ما التبس أمره فلا یدری أحلال أم حرام).

و از فقها سید علی طباطبائی (۱۲۳۱ ه. ق) و آیه‌الله خوانساری (۱۴۰۵ ه. ق) فرموده‌اند: (الشبهة ما أوجبت ظنّ الإباحة).

و شهید ثانی (۹۱۱ ۹۶۵ ه. ق) فرموده: (وضابطها توهم الفاعل أو المفعول أنّ ذلك الفعل سائغ له)؛

ملاک شبهه آن است که فاعل یا مفعول گمان کند که این کار برای او جایز است.

حنفیه نیز گفته‌اند: (مایشه الثابت ولیس بثابت)؛ چیزی که مشابهت می‌رساند به امر ثابت اما ثابت نیست.

## ۱۰. قاعده لوث و قسامه

### ۱ - روش اثبات جرم در فقه اسلامی

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

روش عام، روشی است که برای اثبات همه جرایم قابل اعمال است؛ و روش خاص، 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 قاعده کلی گفته شده است: «لا قسامه الا فی لوث؛ هیچ‌گاه قسامه اجرا نمی‌شود مگر جایی که لوث وجود دارد.»

### ۲ - قسامه در لغت

قسامه، بنابر آنچه در قاموس آمده است، آتش بس میان مسلمانان و دشمنان آنان است و جمع آن «قسامات» است.

از دیگر معانی آن، گروهی است که بر چیزی قسم یاد کنند و یا شهادت دهند و حقی را بگیرند.

در صحاح اللغه آمده است: «قسامه، قسمهایی است که به گروهی تقسیم می‌شود که هر یک جداگانه قسم یاد کنند». با تامل در کلمات لغویان، معلوم می‌شود قسامه گرفته شده از «قسم یقسم» و «اقسم یقسم» به معنای قسم (بیمین) می‌آید که جمع آن ایمان است.

زحیلی گفته است: قسامه در لغت، مصدر و به معنای قسم یاد کردن است.

### ۳ - قسامه در اصطلاح

صاحب جواهر فرموده است: قسامه، اسم مصدر است به معنای اولیایی که قسم یاد می‌کنند بر ادعای خون، به نظر شهید ثانی، قسامه (با فتح قاف) در لغت، اسم است برای اولیای دم که بر ادعای خود سوگند یاد می‌کنند.

در اصطلاح بعضی از فقیهان، قسامه اسم سوگندهایی است که بر اولیای دم تقسیم می‌شود.

#### ۴ - موضوع قسامه

ظاهر از روایات قسامه این است که قسامه در باره مقتولی است که در محله قبیله‌ای و یا در چاه عشیره‌ای پیدا شود و گمان رود که آنان او را کشته‌اند؛ به دلیل سابقه دشمنی یا جنگ بین قبیله قاتل و مقتول؛ بنابراین قسامه در قتل همراه با تهمت و لوث ثابت می‌گردد.

#### ۵ - دیدگاه‌ها در باره قسامه

رای مشهور فقهای شیعه با نظر اکثر فقهای اهل سنت با کمی اختلاف موافق است. چنانکه از قول فقهای اهل سنت (غیر از حنفی‌ها) گفته شد، چنانچه قتل لوث نبود، قسامه به متهم ارجاع می‌شود که این نظریه با نظریه ی فقهای شیعه موافق نیست.

فقهای شیعه به اتفاق، نظر دارند که قسامه برای قتل همراه با لوث است و در غیر از مورد لوث جایی ندارد. فقهای شیعه عقیده دارند که قسامه هم رفع اتهام و هم اثبات جنایت می‌کند؛

#### ۶ - سوگند مدعی و مدعی علیه

آیا در قسامه شرط است که شاکی قتل یا متهم به قتل، خود نیز باید سوگند بخورد؟

#### ۱.۶ - متون فقهی

در پاسخ باید گفت که نظر فقها در این مساله مختلف است.

شیخ صدوق رحمه‌الله‌علیه در مقنع می‌گوید: در تمام دعاوی، بینه بر مدعی و قسم بر مدعی علیه است و اگر مدعی علیه از قسم نکول کند، حق به نفع مدعی ثابت می‌شود و اگر مدعی علیه قسم را به مدعی برگرداند، هرگاه برای مدعی بینه نباشد و قسم هم یاد نکند، حقی برای او نخواهد بود.

از شرح لمعه استفاده می‌شود که لازم است مدعی نیز سوگند یاد کند و نمی‌توان به سوگند دیگران، بدون سوگند مدعی اکتفا کرد.

علامه در قواعد و فخر در ایضاح، اکتفا به سوگند دیگران را از سوگند مدعی، مورد اشکال قرار داده است. فخر می‌گوید: «منشا اشکال آن است که از یک طرف اکتفا به سوگند دیگران برای اثبات حق مدعی، خلاف اصل است

و از طرف دیگر، شارع مقدس در خصوص قسامه از ادای سوگند توسط دیگران منع فرموده و آن را اجازه هم داده است.» به هر حال، ایشان هیچ کدام از دو وجه را ترجیح نداده است.

## ۲.۶ - متون روایی

روایات وارده در این مساله 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 علیه السلام که در آن آمده است: «فعلی المدعی ان یجی ۵۰ بخصمین 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 می آورد؛ نه خود وی.

از برخی روایات دیگر استفاده می شود که مدعیان سوگند یاد می کنند؛ مانند روایت «مسعده بن زیاد» که امام صادق علیه السلام فرمود: پدر من می فرمودند: «اگر مدعیان دم، اقامه بینة بر قتل مقتول نکنند و سوگند نیز ادا نمودند، متهمین ۵۰ بار سوگند یاد می کنند که ما او را به قتل نرسانده ایم و قاتل او را نمی شناسیم.»

مقتضای جمع بین روایات این است که هر دو وجه جایز باشد؛ یعنی مدعی، هم می تواند با بستگانش ادای سوگند نماید و هم می تواند 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 می رسد.

## ۷ - سوگند زن در قسامه

آیا زن می تواند جزء سوگندخوردگان باشد؟

ابن ادریس در سرائر می گوید: اظهر این است که قسامه، پنجاه مردند که پنجاه قسم یاد می کنند و فرقی بین قتل عمد و خطا و شبه عمد نیست.

آیت الله خویی صاحب کتاب تکمله المنهاج می فرماید: در این خصوص دو نظریه وجود دارد که رای غالب این است که چنانچه زن، شاکی یا مشتکی عنها باشد ادای سوگند از طرف او بلا اشکال است.



از نظر امام خمینی، چنانچه شاکی زن باشد و هیچ بستگان مرد نداشته باشد و یا هیچ مردی حاضر به سوگند نباشد، ادای سوگند از طرف زن اشکالی ندارد؛ ولی چنانچه حتی یک مرد وجود داشته باشد، زن حق ادای سوگند ندارد؛ هر چند که از شکات باشد.

## ۸ - قسامه در قانون

مواد متعددی از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به سوگند به طور عام و قسامه به طور خاص اختصاص یافته است:

ماده ۱۶۰- ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است تبصره- احکام و شرایط قسامه که برای اثبات یا نفی قصاص و دیه معتبر است، مطابق مقررات مذکور در کتاب قصاص و دیات این قانون می‌باشد.

ماده ۲۱۳- در تعارض سایر ادله با یکدیگر، اقرار بر شهادت شرعی، قسامه و سوگند مقدم است. همچنین شهادت شرعی بر قسامه و سوگند تقدم دارد.

ماده ۳۱۲- جنایات علاوه بر طرق مقرر در کتاب اول «کلیات» این قانون از طریق قسامه نیز ثابت می‌شود.

ماده ۳۱۳- قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت عمدی یا غیرعمدی یا خصوصیات آن و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند.

ماده ۳۱۴- لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود.

ماده ۳۱۵- فقدان قرائن و امارات موجب ظن و صرف حضور فرد در محل وقوع جنایت، از مصادیق لوث محسوب نمی‌شود و او با ادای یک سوگند، تبرئه می‌گردد.

ماده ۳۱۷- در صورت حصول لوث، نخست از متهم، مطالبه دلیل بر نفی اتهام می‌شود. اگر دلیلی ارائه شود، نوبت به قسامه شاکی نمیرسد و متهم تبرئه می‌گردد.

در غیراین صورت با ثبوت لوث، شاکی می‌تواند اقامه قسامه کند یا از متهم درخواست قسامه نماید.

ماده ۳۱۸- اگر شاکی اقامه قسامه نکند و از مطالبه قسامه از متهم نیز خودداری ورزد، متهم در جنایات عمدی، با تأمین مناسب و در جنایات غیرعمدی، بدون تأمین آزاد می‌شود لکن حق اقامه قسامه یا مطالبه آن برای شاکی باقی میماند.

تبصره- در مواردی که تأمین گرفته می‌شود، حداکثر سه ماه به شاکی فرصت داده می‌شود تا اقامه قسامه نماید یا از متهم مطالبه قسامه کند و پس از پایان مهلت از تأمین اخذ شده رفع اثر می‌شود.

ماده ۳۱۹- اگر شاکی از متهم درخواست قسامه کند و وی حاضر به قسامه نشود به پرداخت دیه محکوم می‌شود و اگر اقامه قسامه کند، تبرئه می‌گردد و شاکی حق ندارد برای بار دیگر، با قسامه یا بینه، دعوی را علیه او تجدید کند. در این مورد متهم نمی‌تواند قسامه را به شاکی رد نماید.

ماده ۳۲۰- اقامه قسامه یا مطالبه 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 به وسیله متهم، ولی یا وکیل آنها صورت می‌گیرد. اتیان سوگند به وسیله افراد قابل توکیل نیست.

ماده ۳۲۱- اگر مجنی علیه یا ولی دم فوت کند هر یک از وارثان متوفی، بدون نیاز به توافق دیگر ورثه متوفی یا دیگر اولیای دم، حق مطالبه یا اقامه قسامه را دارند.

ماده ۳۲۲- اگر برخی از ورثه، اصل اتهام یا برخی خصوصیات آن را از متهم نفی کنند، حق دیگران با وجود لوث، برای اقامه قسامه محفوظ است.

ماده ۳۲۳- اگر چند نفر، متهم به شرکت در یک جنایت باشند و لوث علیه همه آنان باشد، اقامه یک قسامه برای اثبات شرکت آنان در ارتکاب جنایت، کافی است و لزومی به اقامه قسامه برای هر یک نیست.

ماده ۳۲۴- اگر شاکی ادعاء کند که تنها یک شخص معین از دو یا چند نفر، مجرم است و قسامه بر شرکت در جنایت اقامه شود، شاکی نمی‌تواند غیر از آن یک نفر را قصاص کند و چنانچه دیه قصاص شونده بیش از سهم دیه جنایت او باشد شریک یا شرکای دیگر باید مازاد دیه مذکور را به قصاص شونده بپردازند. رجوع شاکی از اقرار به انفراد مرتکب، پس از اقامه قسامه مسموع نیست.

ماده ۳۲۵- اگر برخی از صاحبان حق قصاص یا دیه از متهم درخواست قسامه کنند، قسامه متهم فقط حق مطالبه کنندگان را ساقط می‌کند و حق دیگران برای اثبات ادعایشان محفوظ است و اگر بتوانند موجب قصاص را اثبات کنند، باید پیش از استیفای قصاص، سهم دیه گروه اول را حسب مورد به خود آنها یا به مرتکب بپردازند.

ماده ۳۲۶- اگر شاکی علیرغم حصول لوث علیه متهم اقامه قسامه نکند و از او مطالبه قسامه کند و متهم درباره اصل جنایت یا خصوصیات آن، ادعای عدم علم کند، شاکی می‌تواند از وی مطالبه اتیان سوگند بر عدم علم نماید. اگر متهم بر عدم علم به اصل جنایت سوگند یاد کند، دعوی متوقف و وی بدون تأمین آزاد می‌شود و اگر سوگند متهم فقط بر عدم علم به خصوصیات جنایت باشد، دعوی فقط در مورد آن خصوصیات متوقف می‌گردد لکن اگر

متهم از سوگند خوردن خودداری ورزد و شاکی بر علم داشتن او سوگند یاد کند، ادعای متهم به عدم علم رد می‌شود و شاکی حق دارد از متهم اقامه قسامه را درخواست نماید. در این صورت اگر متهم اقامه قسامه نکند به پرداخت دیه محکوم می‌شود.

ماده ۳۲۷- در صورتی که شاکی متعدد باشد، اقامه یک قسامه برای همه آنان کافی است لکن در صورت تعدد متهمان، برای برائت هریک، اقامه قسامه مستقل لازم است.

ماده ۳۲۸- در صورت تعدد متهمان، هریک از آنها می‌تواند به نفع متهم دیگر، در قسامه شرکت کند.

ماده ۳۲۹- قسامه فقط نسبت به مقداری که لوث حاصل شده است، موجب اثبات می‌شود و اثبات خصوصیات جنایت از قبیل عمد، شبه عمد، خطا، مقدار جنایت و شرکت در ارتکاب جنایت یا افراد در آن نیازمند حصول لوث در این خصوصیات است.

ماده ۳۳۰- اگر نسبت به خصوصیات جنایت لوث حاصل نشود یا سوگندخوردگان، بر آن خصوصیات سوگند یاد نکنند و فقط بر انتساب جنایت به مرتکب سوگند بخورند، اصل ارتکاب جنایت اثبات می‌شود و دیه تعلق می‌گیرد.

ماده ۳۳۱- چنانچه اصل ارتکاب جنایت، با دلیلی به جز قسامه اثبات شود، خصوصیات آن در صورت حصول لوث در هر یک از آنها به وسیله قسامه قابل اثبات است مانند آنکه یکی از دو شاهد عادل، به اصل قتل و دیگری به قتل عمدی شهادت دهد که در این صورت اصل قتل با بینه اثبات می‌شود و در صورت لوث، عمدی بودن قتل با اقامه قسامه ثابت می‌گردد.

ماده ۳۳۲- اگر لوث علیه دو یا چند نفر به شکل مردد حاصل شود، پس از تعیین مرتکب به وسیله مجنی علیه یا ولی دم و اقامه قسامه علیه او، وقوع جنایت اثبات می‌شود.

ماده ۳۳۳- اگر لوث علیه دو یا چند نفر به شکل مردد ثابت باشد و قسامه به همینگونه علیه آنان اقامه شود، جنایت بر عهده یکی از چند نفر، به صورت مردد اثبات می‌شود و قاضی از آنان می‌خواهد که بر برائت خود سوگند بخورند. اگر همگی از سوگند خوردن خودداری ورزند یا برخی از آنان سوگند یاد کنند و برخی نکنند، دیه بر ممتنعان ثابت می‌شود. اگر ممتنعان متعدد باشند، پرداخت دیه به نسبت مساوی میان آنان تقسیم می‌شود. اگر همه آنان بر برائت خود سوگند یاد کنند، درخصوص قتل، دیه از بیتالمال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه به نسبت مساوی میان آنان تقسیم می‌گردد.

ماده ۳۳۴- اگر لوث علیه دو یا چند نفر به شکل مردد ثابت باشد، چنانچه شاکی از آنان درخواست اقامه قسامه کند هر یک از آنان باید اقامه قسامه کند. در صورت خودداری همه یا برخی از آنان از اقامه قسامه، پرداخت دیه بر

ممنوع ثابت می‌شود و در صورت تعدد ممتنعان، پرداخت دیه به نسبت مساوی میان آنان تقسیم می‌شود. اگر همگی اقامه قسامه کنند، در قتل، دیه از بیت المال پرداخت می‌گردد.

ماده ۳۳۵- چنانچه لوث تنها علیه برخی از افراد حاصل شود و شاکی علیه افراد بیشتری ادعای مشارکت در ارتکاب جنایت را نماید، با قسامه، جنایت به مقدار ادعای مدعی، در موردی که لوث حاصل شده است اثبات می‌شود مانند آنکه ولی دم مدعی مشارکت سه مرد در قتل عمدی مردی باشد و لوث فقط علیه مشارکت دو نفر از آنان باشد، پس از اقامه قسامه علیه آن دو نفر، حق قصاص علیه آن دو به مقدار سهم شان ثابت است. اگر ولی دم بخواهد هر دو نفر را قصاص کند، باید به سبب اقرار خود به اشتراک سه مرد، دو سوم دیه را به هر یک از قصاص شوندها بپردازد.

تبصره- رجوع شاکی از اقرار به شرکت افراد بیشتر پذیرفته نیست مگر اینکه از ابتداء، شرکت افراد بیشتر را به نحو تردید ذکر کرده باشد و کسانی که در قسامه اتیان سوگند کرده اند نیز شرکت افراد دیگر را در ارتکاب جنایت نفی کرده و بر ارتکاب قتل توسط افراد کمتر سوگند یاد کرده باشند.

ماده ۳۳۶- نصاب قسامه در اثبات قتل عمدی، سوگند پنجاه مرد از خویشاوندان و بستگان مدعی است. با تکرار سوگند قتل ثابت نمی‌شود.

ماده ۳۳۷- سوگند شاکی، خواه مرد باشد خواه زن، جزء نصاب محسوب می‌شود.

ماده ۳۳۸- در صورتی که شاکی از متهم درخواست اقامه قسامه کند، متهم باید برای برائت خود، اقامه قسامه نماید که در این صورت، باید حسب مورد به مقدار نصاب مقرر، اداءکننده سوگند داشته باشد. اگر تعداد آنان کمتر از نصاب باشد، سوگندها تا تحقق نصاب، توسط آنان یا خود او تکرار می‌شود و با نداشتن اداءکننده سوگند، خود متهم، خواه مرد باشد خواه زن، همه سوگندها را تکرار مینماید و تبرئه می‌شود.

ماده ۳۳۹- در قسامه، همه شرایط مقرر در کتاب اول «کلیات» این قانون که برای اتیان سوگند ذکر شده است رعایت می‌شود.

ماده ۳۴۰- لازم نیست اداءکننده سوگند، شاهد ارتکاب جنایت بوده باشد و علم وی به آنچه بر آن سوگند یاد می‌کند، کافی است. همچنین لازم نیست قاضی، منشأ علم اداءکننده سوگند را بداند و ادعای علم از سوی اداکننده سوگند، تا دلیل معتبری برخلاف آن نباشد، معتبر است. در هر صورت تحقیق و بررسی مقام قضائی از اداءکننده سوگند بلامانع است.

ماده ۳۴۱- اگر احتمال آن باشد که اداءکننده سوگند، بدون علم و بر اساس ظن و گمان یا با تبانی سوگند میخورد، مقام قضائی موظف به بررسی موضوع است. اگر پس از بررسی، امور یادشده احراز نشود، سوگند وی معتبر است.

ماده ۳۴۲- لازم است اداءکنندگان سوگند از کسانی باشند که احتمال اطلاع آنان بر وقوع جنایت، موجه باشد.

ماده ۳۴۳- قاضی می تواند پیش از اجرای قسامه، مجازات قانونی و مکافات اخروی سوگند دروغ و عدم جواز توریه در آن را برای اداکنندگان سوگند بیان کند.

ماده ۳۴۴- اگر پس از اقامه قسامه و پیش از صدور حکم، دلیل معتبری بر خلاف قسامه یافت شود و یا فقدان شرایط قسامه اثبات گردد، قسامه باطل می شود و چنانچه بعد از صدور حکم باشد موضوع از موارد اعاده دادرسی است.

ماده ۳۴۵- پس از اقامه قسامه توسط متهم، شاکی نمی تواند با بینه یا قسامه، دعوی را علیه متهم تجدید کند.

ماده ۳۴۶- اگر پس از صدور حکم، بطلان همه یا برخی از سوگندها ثابت شود مانند آنکه برخی از اداءکنندگان سوگند، از سوگندشان عدول کنند یا دروغ بودن سوگند یا سوگند بدون علم، برای دادگاه صادرکننده حکم ثابت شود، مورد از جهات اعاده دادرسی است.

## ۱.۱. قاعده اقدام

### ۱- اقدام به زیان

#### ۱/۱- نظریه اقدام

البته با توجه به موازینی که در تعریف قاعده فقهی و تمایز آن با نظریه فقهی گفته ایم، می توان به جای قاعده اقدام «نظریه اقدام» را مطرح کرد و هر دو معنا را در آن جای داد.

#### ۲/۱- تعریف

هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکننده زیان، که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود. فقها عدم مسئولیت واردکننده زیان را مستند به «اقدام» دانسته اند؛ 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 قاعده احترام که قبلاً گفته شد؛ 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.

### ۳/۱ - مستند ضمان

چنانچه مستند ضمان برای زیان زننده، قاعده لاضرر باشد نیز قضیه از همین قرار است، چون جای تردید نیست که قاعده لاضرر برای حمایت از متضرری است که خود مقدمات زیان را برای خویش فراهم نساخته باشد.

### ۴/۱ - رابطه اقدام با قاعده لاضرر

در مواردی مفاد قاعده لاضرر، مؤید ضمان و پرداخت خسارت به متضرر نیست، بلکه زیان او از طرق دیگر، از جمله اعطای حق فسخ تدارک می‌گردد. در این گونه موارد نیز چنانچه اقدامی از سوی متضرر صورت گرفته که منتهی به ورود زیان به او شده باشد، قاعده لاضرر از او حمایت نمی‌کند و چنین تدارکی پیش بینی نمی‌گردد. 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.

## ۲- اقدام به ضمان

### ۱/۲ - اقدام به قبض

به دیگر سخن، گیرنده مال به طور مجانی و بلا عوض اقدام به قبض مال نکرده، بلکه اقدام او به قبض به طور معوض بوده است. بنابراین در عقود و معاملات صحیح، بی گمان التزام و تعهد به پرداخت عوض المسمی برای طرفین به موجب عقد الزام آور است، ولی اگر عقد فاسد باشد و طرفین یا یکی از آن دو، مال را از طرف دیگر تحویل گرفته باشد، به دلیل آن که قرارداد، مورد حمایت شرع و قانون نیست، عوض المسمی به عهده آنان نخواهد بود و اگر مال تحویل گرفته شده در ید آنان تلف شود، ضمان به مثل و قیمت مطرح می‌گردد.

### ۲/۲ - مستند ضمان

حال سخن این است که این ضمان مستند به چیست؟

مستند فقهی ضمان، اقدام بر ضمان است، بدین معنا که شخص گیرنده در هنگام تحویل مال قصد نداشته آن را مجاناً تحویل بگیرد، بلکه در قبال پرداخت عوض اراده تسلیم کرده و اراده‌اش بر این بوده که مال در ضمان او باشد. این اراده را «اقدام بر ضمان» می‌گوییم.

### ۳/۲ - اقدام بر ضمان

«اقدام بر ضمان» از جمله مدارک و حتی تنها مدرک قاعده «ما یضمن» شمرده شده است؛ ولی در این باره باید پاسخ چند سؤال روشن شود:

۱. آیا طرفین هنگام قرارداد چنین اراده‌ای کرده‌اند که در صورت فساد عقد ضامن باشند؟

۲. بر فرض چنین اراده‌ای، چه دلیلی بر اعتبار آن وجود دارد؟

### ۴/۲ - اهم دیدگاه‌ها

بر اساس پاسخ‌های مثبت و منفی که به دو سؤال فوق داده شده، در فقه اسلامی دیدگاه‌های مختلفی پدید آمده و نظرهای گوناگونی ارائه گردیده که در زیر به اهم آن‌ها اشاره می‌شود:

### ۲. ۴. ۱ - عدم مستند بودن اقدام برای ضمان

اقدام نمی‌تواند مستند ضمان باشد. شیخ انصاری، آخوند خراسانی، حاج آقا رضا همدانی و امام خمینی بر این نظرند. مهم‌ترین نقطه نظر صاحبان این نظریه آن است که اولاً متبایعین در عقد فاسد، قصد ضمان بر قیمت واقعی را ندارند، چرا که طرفین با اعتقاد به صحت عقد اقدام کرده‌اند و قصد ضمان بر عوض المسمی را داشته‌اند، نه عوض المثل؛ و ثانیاً بر فرض وجود این قصد و اراده، این که صرف قصد ضمان، موجب ضمان گردد فاقد دلیل معتبر شرعی است. التزام به ضمان وقتی تعهدآور است که در قالب عقد و یا ایقاعات شرعی باشد.

پس صرف قصد و اراده، نه موجب ضمان است و نه مسقط ضمان.

### ۲. ۴. ۲ - اقدام دلیل مستقل بر ضمان

اقدام دلیل مستقل بر ضمان است. شهید ثانی، صاحب جواهر، علامه نایینی و سید الاعلی سبزواری بر این نظرند و مهم‌ترین دلیل آنان این است که قصد طرفین معامله اصالتاً به حفظ مقدار مالیت مالشان تعلق گرفته که همان

مثل و یا قیمت است و اگر در معامله از مقدار معینی از ثمن و مثنم یاد می‌کنند، از باب طریقت و راه وصول به همان مقدار است و در نتیجه نباید پنداشت که اقدام بر مسمی واقع شده است تا وجهی برای ضمان مثل و یا قیمت نماید، بلکه اقدام بر تدارک عوض واقعی شده است و مسمی طریق وصول به آن است. حاصل این که در ضمانات، اصل همان مثل یا قیمت است، مگر این که به طریق خاصی ثابت شود که مسمی موضوعیت دارد، حتی در صورت فساد عقد. با این توجیه روشن می‌شود که عموماً قصد طرفین به ضمان واقعی تعلق گرفته است و آنان عوض و معوض را طریق ایصال به واقعیت می‌دانسته‌اند.

## ۲. ۴. ۳ - علت تامه نبودن اقدام بر ضمان

اقدام بر ضمان، خود دلیل بر ضمان نیست، ولی موجب رفع مانع است؛ بدین معنا که اقدام به تنهایی علت تامه ضمان نیست، تا ضمان دائر مدار آن باشد، بلکه متمم سبب است؛ به این نحو که استیلا (وضع ید) بر مال غیر موجب ضمان است، مگر این که دو عنصر ید امانی موجب عدم ضمان شود. در اینجا سؤال این است که در مقبوض به عقد فاسد چون گیرنده با رضایت و اذن مالک آن را تحویل می‌گیرد، عنصر اذن موجود است، ولی عنصر مجانیت چطور؟ در پاسخ باید گفت: با توجه به «اقدام» مشتری به این که در عوض آنچه گرفته عوض بپردازد، عنصر مجانیت مفقود می‌گردد و بنابراین ضمان ید نقش خود را ایفا می‌کند.

ما بر اساس مبنایی که در قاعده ید و استیمان داریم، بر این نظر هستیم.

## ۱۲. قاعده نفی عسر و حرج

### ۱ - تعریف قاعده نفی عسر و حرج

قاعده نفی عسر و حرج، از قواعد فقهی بوده و به این معنا است که هرگاه تکلیفی دارای مشقت و دشواری شدیدی باشد که تحمل آن عادتاً برای مکلف سخت است، آن تکلیف ساقط می‌گردد.



## ۲ - حرج در لغت

حرج در لغت به معنی ضیق، تنگی، تنگنا، گناه و حرام است. گفته‌اند حرج در اصل به معنی اجتماع و انبوهی شیء است، به گونه‌ای که موجب حصول تصور ضیق و تنگی میان آن اشیا شود و نیز گفته شده است: «الحرج المكان الضيق، الكثير الشجر، الاثم». برخی نیز حرج را به معنی تنگترین تنگنا و «اضيق الضيق» دانسته‌اند.

## ۳ - حرج در قرآن

در قرآن نیز واژه حرج به معنای ضیق، تنگی، سختی و گناه به کار رفته است؛ چنان که خداوند می‌فرماید: «... ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج و لکن یرید لیطهرکم...»؛ خداوند نمی‌خواهد شما را در تنگنا و سختی قرار دهد؛ لکن می‌خواهد شما را مطهر کند. در جای دیگری از قرآن نیز آمده است: «فمن یرد الله ان یردیه یشرح صدره للاسلام و من یرد ان یضله یجعل صدره ضیقا حرجا...» و یا: «... ما جعل علیکم فی الدین من حرج...» که حرج در هر دو آیه، به معنی تنگنا و سختی است. برخی مفسران واژه حرج را به تنگی و ضیق معنی کرده و در بعضی موارد، کنایه از سختی و دشواری دانسته و گفته‌اند: «ای من ضیق بان یکلفکم ما لا طاقة لکم به و ما تعجزون عنه». عده‌ای از جمله ابن جریر، حاکم و ابن مردویه به استناد روایتی از عایشه گفته‌اند که رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم هنگام پاسخگویی به مسائل، تصریح فرموده‌اند که منظور از حرج، «ضیق» است. در پاره‌ای آیات نیز حرج به معنی گناه به کار رفته است؛ چنان که خداوند فرموده است: «لیس علی الضعفاء و لا علی المرضى و لا علی الذین لا یجدون ما ینفقون حرج...»؛ یعنی بر ضعیفان و بیماران و کسانی که اموال قابل انفاق ندارند، گناهی نیست یا: «لیس علی الاعمی حرج و لا علی الاعرج حرج...»؛ و یا «ما کان علی النبی من حرج فیما فرض الله له...»

## ۴ - حرج در روایات

در روایات نیز واژه حرج به معنی ضیق و تنگی استعمال شده است؛ چنان که در روایت ابی بصیر آمده است: «ان الدین لیس بمضیق فان الله یقول ما جعل علیکم فی الدین من حرج...».

## ۵ - عسر در لغت

و «عسر» نیز در لغت به معنای سختی و دشواری، مقابل «یسر» به معنای آسانی و راحتی، است.

واژه «عسر» نیز متضاد «یسر» است و در معنی صعب، تنگ، دشوار، بدخویی، مشکل، سخت و سخت شدن روزگار به کار می‌رود.

## ۶ - عسر در قرآن

این واژه در قرآن کریم، به همین معنی است؛ چنان که خداوند فرموده است: «فان مع العسر يسرا» یا «سیجعل الله بعد عسر يسرا». بدین ترتیب، معنای عسر عبارت از صعوبت، مشقت و شدت است که در فارسی از آن به دشواری و سختی تعبیر می‌شود.

## ۷ - تکلیف

منظور از تکلیف موجب عسر و حرج بیشتر تکلیفی است که مکلف عقلاً قدرت انجام دادن آن را دارد؛ ولی این امر عادتاً برای مکلف قابل تحمل نیست.

## ۸ - فرق عسر با حرج

به نظر مرحوم نراقی حرج، شدیدتر از عسر است و نسبت میان آن دو، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر حرجی عسر است ولی هر عسری حرج نیست.

## ۹ - دیدگاه‌ها درباره حد مشقت ساقط تکلیف

درباره حد و اندازه مشقتی که باعث سقوط تکلیف می‌گردد، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد؛ برخی اعتقاد دارند عسر و حرج باید «شدید» باشد، برخی برای آن قید «فاحش» و برخی دیگر قید «عادتاً غیر قابل تحمل» را ذکر کرده‌اند. از سخنان مرحوم «صاحب جواهر» بر می‌آید که ملاک، عسر و حرجی است که شدید و عادتاً غیر قابل تحمل باشد.

## ۱۰ - درجات عسر و حرج

عسر و حرج درجات متفاوتی دارد:

گاهی کار آن چنان دشوار می‌شود که انجام آن نامقدور می‌گردد؛ این گونه موارد، در زیر عنوان «تکلیف مالایطاق» و غیر مقدور قرار گرفته و از تحت قاعده لا حرج بیرون می‌آید.

گاهی کاری غیر مقدور نیست، ولی انجام آن، موجب اختلال نظام جامعه می‌گردد، مانند این که فردی برای قصاص از دیگری بدون مراجعه به مراجع صالح قضایی شخصاً اقدام کند، که این نیز از تحت قاعده «لا حرج» خارج است.

گاهی کاری مقدور است و موجب به هم ریختن نظام هم نیست، ولی موجب ضرر و زیان می‌شود؛ این گونه کارها مشمول قاعده لا ضرر می‌باشد.

گاهی کاری مقدور، ولی دشوار و دارای مشقت زیاد است، به گونه‌ای که از نظر عرف قابل تحمل نیست؛ این مورد تحت قاعده «لا حرج» قرار می‌گیرد.

## ۱۱ - دلایل قاعده عسر و حرج

به تعدادی از آیات و روایات، برای اثبات این قاعده استدلال شده است:

۱. «جَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...؛ در راه خدا کوشش فراوان و شایسته به کار ببندید، خداوند شما را برگزید و در احکام دین، حکم حرجی بر شما مقرر ننمود».
۲. (مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ)؛ خداوند اراده قرار دادن حرج را بر شما ننموده است».
۳. (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)؛ خداوند بر شما آسانی را اراده کرده است نه سختی را».
۴. روایت ابوبصیر از امام صادق علیه السلام که حضرت در جواب پرسشی درباره چگونگی استفاده از برکه‌ای که آب زیادی در آن جمع شده است و پلیدی‌هایی در آن ریخته شده است، فرمود: «... اخرج الماء بیدک ثم توضأ، فان الدين ليس بمضيق، فان الله يقول: ما جعل عليكم في الدين من حرج؛ سطح آب را با دست باز کن، آب را بیرون بیاورد و وضو بگیر، زیرا اسلام سخت نمی‌گیرد و خداوند می‌فرماید: در دین حرجی بر شما قرار داده نشده است».

## ۱۲ - نظرات در شخصی یا نوعی بودن حرج

در این که عسر و حرج، شخصی است یا نوعی، اختلاف وجود دارد؛ بیشتر صاحب نظران برآن اند که ملاک، عسر و حرج شخصی (عسر و حرجی که شخص خاص نتواند آن را تحمل کند) است، نه عسر و حرج نوعی (عسر و حرجی که نوع مردم نتوانند آن را تحمل کنند).

## ۱۳ - رابطه عسر و حرج

### ۱.۱۳ - عموم و خصوص مطلق

بعضی رابطه میان عسر و حرج را عموم و خصوص مطلق دانسته و گفته‌اند: «عسر اعم و مطلق از حرج و ضیق است؛ زیرا هر ضیعی عسر است، ولی عکس آنکه هر عسری ضیق باشد، صادق نیست»؛ چنان که اگر کسی برده خود را الزام کند که دارویی تلخ بخورد، گفته می‌شود او را در عسر قرار داده است؛ ولی اینکه گفته شود در ضیق واقع شده و مولایش بر او سخت گرفته، صحیح نیست. به عقیده این افراد تکالیف از نظر میزان عسر و حرج، درجاتی به شرح زیر دارند:

۱. تکالیف مادون عسر که سهل و آسان است.

۲. تکالیف عسرآوری که موجب ضیق و تنگنا نمی‌شود (عسر).

۳. تکالیف ضیق آور که مکلف طاقت انجام دادن آنها را دارد (حرج).

۴. تکالیف ما لا یطاق که انجام دادن آن خارج از طاقت مکلف است.

### ۲.۱۳ - تساوی

اما به نظر می‌رسد رابطه مصادیق عسر و حرج، تساوی است نه عموم و خصوص مطلق؛ زیرا هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیق اندازد، دشوار و سخت هم هست و بر عکس، هر کاری که انجام دادنش برای آدمی سخت و شاق باشد، موجب تنگی و اعمال فشار بر او نیز می‌شود. به علاوه، ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج، عرف است که مطابق آن، هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می‌شود. وانگهی در روایات مستند قاعده نیز موارد استناد معصوم علیه‌السلام به آیه حرج، بیشتر مواردی است که چیزی افزون بر سختی و

صعوبت وجود نداشته است؛ به ویژه آنکه برخی علما وجود عسر و حرج را در همه تکالیف محرز دانسته و برای تایید نظریه خود به ریشه لغوی تکلیف (کلفت) استناد کرده‌اند.

## ۱۴ - تفاوت میان تکالیف حرجی و ما لایطاق

اینکه رابطه میان عسر و حرج بیشتر تساوی است تا عموم و خصوص مطلق، بدین معنی نیست که در میان تکالیف از حیث سهولت و دشواری تفاوتی وجود ندارد و یا اینکه حکم موجب عسر و حرج با تکلیف به ما لایطاق یکسان است؛ زیرا منظور از تکلیف موجب عسر و حرج بیشتر تکلیفی است که مکلف عقلا قدرت انجام دادن آن را دارد؛ ولی این امر عادتاً برای مکلف قابل تحمل نیست؛ در حالی که تکلیف ما لایطاق، حکمی است که نه عقلاً مقدور است، و نه عادتاً مکلف توان انجام دادن آن را دارد. به عبارت دیگر، از تفاوت‌های آشکار میان تکالیف حرجی و ما لایطاق این است که تشریح تکلیف ما لایطاق از طرف شارع امری محال و غیر معقول است؛ اما تکلیف به امر حرجی از سوی شارع این گونه نیست.

## ۱۳. قاعده تسلیط

### ۱ - تسلیط در لغت

تسلیط در لغت به معنای چیره گردانیدن کسی بر دیگری و مسلط کردن همراه با قهر و غلبه است.

### ۲ - تسلیط در اصطلاح فقه

در اصطلاح فقهی عبارت است از تسلط و اختیار مالک برای هرگونه تصرف در اموال خویش.

### ۳ - نام‌های دیگر قاعده تسلیط

برخی آن را «قاعده سلطنت» یا «قاعده تسلط» نیز نامیده‌اند.

### ۴ - نامگذاری قاعده تسلیط توسط فقهای اخیر

در دوره اخیر، فقهای شیعه قاعده تسلیط را با توجه به حدیث نبوی «انّ الناس مسلطون علی اموالهم» نام‌گذاری و مطرح کرده‌اند، هرچند که در آثار فقهای متقدم شیعه نیز به این حدیث و مفاد قاعده تسلیط استناد شده است.

## ۵ - قاعده تسلیط نزد مکاتب حقوقی جدید

قاعده تسلیط، تثبیت کننده ارکان مالکیت است و نظر به اهمیت مسئله اموال و مالکیت، تمامی مکاتب حقوقی جدید این قاعده را پذیرفته‌اند.

در مواد ۳۰ و ۳۱ [قانون مدنی ایران](#) نیز به آن اشاره شده است:

ماده ۳۰ - هر مالکی نسبت بمایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

ماده ۳۱ - هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر بحکم قانون.

## ۶ - مدرک قاعده تسلیط

برخی فقیهان، مدرک این قاعده را ادله چهارگانه (کتاب و سنت و عقل و اجماع) می‌دانند.

### ۱.۶ - آیات قرآن

از آیات قرآن به آیه ۲ و ۲۹ سوره نساء و آیه ۱۸۸ سوره بقره استناد می‌کنند.

### ۲.۶ - حدیث نبوی

از میان احادیث، فقها عمدتاً به حدیث نبوی مذکور در قبل استناد می‌کنند، این حدیث اگرچه از لحاظ سند، ضعیف محسوب می‌شود و در کتب اربعه نیامده است، اما عمل فقهای شیعه و اهل سنت به مفاد آن، ضعف سند را جبران می‌کند. بعلاوه، روایات معتبر دیگری نیز وجود دارد که همین مضمون را بیان می‌کند.

### ۳.۶ - بنای عقلا

بنای عقلا نیز این قاعده را تأیید می‌کند و حتی می‌توان آن را از قواعد فطری دانست.

### ۴.۶ - اجماع

در باره کیفیت تقریر اجماع گفته‌اند، از آن‌جا که در مباحث گوناگون فقهی به این قاعده به عنوان یک اصل مسلم استناد شده، می‌توان آن را مورد اتفاق همه فقیهان دانست.

## ۷ - موارد استناد فقها به قاعده تسلیط

نمونه‌هایی از موارد استناد فقها به مفاد قاعده تسلیط بدین قرار است، جواز تصرف انسان در ملک خود، هر چند همسایه و دیگران متضرر شوند، مانند کندن چاه در مجاورت چاه همسایه جواز جاری کردن آب و روشن کردن آتش به صورت متعارف در ملک خود صحت و لزوم بیع معاطاتی و جایز نبودن قیمت گذاری اموال احتکار شده.

## ۸ - توسعه قاعده تسلیط

### ۱.۸ - تسلط بر حقوق

برخی از فقیهان معتقدند که قاعده تسلیط، علاوه بر اموال، حقوق را نیز در برمی گیرد، زیرا هرچند روایت نبوی مشهور فقط تسلط بر اموال را بیان کرده است، اما به طریق اولی شامل حقوق نیز می‌شود و بنای عقلا هم دلالت بر تسلط مردم بر حقوق خویش دارد.

### ۲.۸ - تسلط بر انفس

همچنین با ادله یاد شده، تسلط و اختیار مردم نسبت به دیگر امورشان (تسلط بر انفس) نیز ثابت می‌گردد.

## ۹ - تخصیص قاعده تسلیط

بنا به تصریح فقها، قاعده تسلیط شامل تصرفاتی که مستلزم انجام دادن محرّمات یا ایجاد فساد باشد - مانند اسراف و تبذیر، گرفتن ربا و رشوه، خریدوفروش شراب و کتب ضلال نمی‌گردد و از سوی دیگر، ادله وجوب خمس و زکات نیز شمول این قاعده را نسبت به همه موارد تخصیص می‌زند.

## ۱۰ - رفع تعارض قاعده تسلیط با قاعده لاضرر

### ۱.۱۰ - تقدم قاعده تسلیط در صورت ضرر به دیگری

از جمله مباحث مهم درباره قاعده تسلیط، چگونگی رفع تعارض آن با قاعده لاضرر در مواردی است که کاربرد مالکیت مالک و تصرف وی در ملک خود موجب ضرر رساندن به دیگری شود. بسیاری از فقها در این فرض قاعده تسلیط را ترجیح داده و اینگونه تصرفات را جایز شمرده‌اند.

### ۲.۱۰ - عدم تقدم قاعده تسليط در صورت ضرر به ديگري

برخی ديگر، با استناد به قاعده لاضرر، تصرفات مالک را در اين صورت جايز نمی دانند.

### ۳.۱۰ - تقدم قاعده لاضرر در ضرر فاحش

گروهی نیز بر آن اند که تنها در صورتی که زیان فاحش و بزرگ در میان باشد، قاعده لاضرر مقدم می گردد و قاعده تسليط جاری نمی شود.

## ۱۱ - صورتهای متصور بين قاعده تسليط و لاضرر

به نوشته موسوی بجنوردی در اين مسئله فرض های گوناگونی وجود دارد:

### ۱.۱۱ - عدم نفع و ضرر برای مالک

گاه تصرف مالک به گونه ای است که نه انجام یافتن آن نفعی برای مالک در بر دارد و نه با ترک کردن آن ضرری به او وارد می شود و مالک تنها به قصد ضرر زدن به ديگري در ملک خود تصرف می کند یا حتی قصد زیان رساندن به ديگري را ندارد. در اين صورت از آن جا که در هر حال کار او موجب زیان رسیدن به ديگري می شود، قاعده لاضرر بر تسليط مقدم داشته می شود.

### ۲.۱۱ - نفع مالک در صورت تصرف

اما در صورتی که مالک از تصرف در ملک خود سود ببرد هر چند ترک کردن آن موجب زیان او نشود، یا ترک کردن تصرف موجب زیان او گردد، قاعده لاضرر را نمی توان مقدم داشت، زیرا کاربرد قاعده لاضرر در مورد غیرمالک با کاربرد اين قاعده با قاعده لاضرر در مورد مالک، ناسازگار است و پس از تساقط، قاعده تسليط جاری می شود.

## ۱۴. قاعده تلف مبيع قبل از قبض

### ۱ - مقدمه

با توجه به اين که تلف هر مالی در ملک مالکش صورت می گیرد و با عنایت به اين که با انجام معامله، مبيع، ملک خریدار می شود، هر چند که تلف قبل از تسليم باشد، قاعده مورد بحث، خروجی است از مقتضای اصول و قواعد اولیه حاکم بر معاملات که در سطور آینده در اين باره بحث خواهیم کرد. البته جریان قاعده در خصوص موردی



است که مبیع عین خارجی معین باشد و صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد از محل بحث خارج است؛ زیرا در این صورت، بدون تحویل و قبض مبیع توسط مشتری، مالکیت نسبت به مبیع برای مشتری حاصل نخواهد شد. در جریان قاعده فرقی نیست که برای تسلیم مبیع، موعدی معین گردیده یا آن که بایع در تحویل مبیع تاخیر کرده باشد.

## ۲ - مستندات قاعده تلف مبیع قبل از قبض

### ۱.۲ - روایات

۱. حدیث نبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، یعنی هر مبیعی که قبل از قبض تلف شود از مال بایع آن تلف گردیده است. این حدیث را صاحب کتاب مستدرک الوسائل از کتاب غوالی اللئالی نقل کرده است.
۲. روایت عقبه بن خالد که از امام صادق علیه السلام می‌پرسد اگر مردی کالایی از دیگری به بیع لازم بخرد، ولی مشتری کالا را نزد فروشنده باقی بگذارد و بگوید ان شاء الله فردا خواهیم آمد و در این فاصله آن کالا به سرقت برود، از مال چه کسی خواهد بود؟ امام علیه السلام در پاسخ فرمود: «... من صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته، فاذا اخرج من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله الیه»، یعنی از مال صاحب آن کالا که در منزلش بر جای مانده است خواهد بود تا این که آن را به مشتری تحویل بدهد و از خانه بیرونش کند و وقتی آن را بیرون کرد، دیگر مشتری ضامن حق او خواهد بود تا این که مال او را به او برگرداند.

### ۲.۱.۱ - دلالت روایات

دلالت روایات فوق بر مفاد قاعده صریح است و جای سخن نیست و از نظر سند، هر چند که به علت ارسال و مجهول بودن بعضی روایات (عقبه بن خالد نزد علمای رجال شناخته شده نیست) 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.

### ۲.۲ - اجماع

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

### ۳.۲ - سیره

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

### ۳ - خروج از قواعد اولیه

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

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

### ۱.۳ - تحلیل اول

عرف و عادت عقلا در عقود معاوضی این است که طرفین قصد ندارند مال را مجاناً به دیگری تملیک کنند، بلکه همواره هر یک کالای خود را عوض کالای دیگری قرار می‌دهد و به عبارت دیگر، بنای عقلا و عرف و عادت آنان در انشای عقود معاوضی و مبادلات در عالم تشریح و اعتبار، مبنی بر داد و ستد خارجی است؛ به نحوی که چنانچه اخذ و اعطا (دادوستد) امکان نداشته باشد، اعتبار مبادله لغو و عملی غیر عقلایی تلقی می‌گردد. بنابراین، امکان انجام دادوستد در حقیقت عقد، حدوثاً و بقاءً ماخوذ است، یعنی حدوثش در حدوث عقد و بقایش در بقای عقد ملحوظ گردیده است. بنابراین، مادام که عوضین موجودند و برای هر یک از طرفین چنین امکانی وجود دارد که در ازای دریافت کالایی، طرف مقابل کالای خویش را تحویل دهد، عقد باقی است و چنانچه با تلف و فنای یکی

از دو کالا، امکان تحویل آن به عنوان بدل از دست رفت، قهرا عقد منفسخ می‌شود و کالای باقی به ملکیت صاحبش بر می‌گردد و مالی که تلف شده از جیب صاحب قبل از انجام معامله بیرون رفته است.

### ۲.۳ - تحلیل دوم

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

به موجب این تحلیل، قبض به نحو شرط متاخر در کمال ملکیت دخالت دارد و بقای ملکیت متزلزل که با عقد وجود یافته، منوط به آن است که با تلف قبل از قبض منفسخ نگردد. نظیر این سخن را بعضی به شیخ طوسی نسبت داده‌اند که ایشان معتقدند در عقود خیاری، ملکیت متزلزل حاصل می‌گردد و استقرار آن منوط به انقضای اختیار است.

به موجب بیانات فوق، مفاد قاعده مورد بحث، خروج و استثنایی بر قواعد اولیه حقوقی حاکم بر معاملات نیست.

### ۳.۳ - مقتضای دو تحلیل

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

این نظریه اندکی دشوار است، ولی با توجه به این که مالکیت از امور اعتباری است و بستگی به نحوه اعتبار شارع و عقلا دارد، دشواری تصور آن سهل و آسان می‌گردد.

### ۳.۴ - نکته مهم

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

### ۴ - نتیجه تلف

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

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

## ۵ - 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 ملک مشتری بوده و بنابراین منافع در ملک مشتری به وجود آمده‌اند و تلف، اصل معامله، یعنی ملکیت مبیع را منفسخ کرده، اما اثری بر منافع ندارد.

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

## ۶ - تلف ثمن

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

## ۷ - تلف جزء مبيع

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

فقه‌های معاصر عقیده دارند که ببيع 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 صفت معامله را به کلی فسخ کند یا به همان مقدار بپذیرد. بعضی از قداما معتقد بودند که مشتری مختار است میان فسخ اصل معامله و گرفتن ارزش.

## ۸ - اختصاص قاعده به ببيع

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

پاسخ این سؤال بستگی دارد به این که مستند قاعده را چه بدانیم؟ چنانچه مفاد قاعده را خلاف موازین و اصول کلی دانسته و برای اثبات قاعده تلف قبل از قبض تنها به دو حدیث مورد اشاره استناد شود، بی شک احادیث وارد اختصاص به ببيع 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، ببيع است و شمول آن نسبت به سایر عقود خالی از اشکال نیست. ولی اگر مستند قاعده، سیره اسلامی باشد به نظر می‌رسد که رویه جاری در میان مسلمین عمومیت دارد و در کلیه معاوضات و مبادلات، چنانچه کالا قبل از تسلیم به طرف مقابل تلف گردد، شخصی که مال درید او تلف شده در مقابل طرف دیگر مسئول خواهد بود.