

موضوع شناسی اکراه در باب معاملات

«بحثی تطبیقی بین فقه (شیعه و سنی) و حقوق»

سید مصطفی حسینی

چکیده: یکی از مباحث فقهی و حقوقی تأثیر یا عدم تأثیر اکراه بر حصول نتیجه معامله‌ای است که این گونه محقق می‌شود. برخی اکراه را موجب بطلان و عدم تأثیر معامله از اساس دانسته‌اند. عده‌ای دیگر حصول نتیجه چنین معامله‌ای را متوقف بر برطرف شدن کراهت معامله‌کننده بعد از انجام عقد قرار داده‌اند و دسته‌ای دیگر معامله اکراهی را صحیح، اما غیر لازم شمرده‌اند.^۱

پاسخ به این سؤال که اکراه به عنوان موضوع این احکام در باب معاملات تحت تأثیر چه عوامل و شرایطی محقق می‌شود، موضوع این مقاله است و سعی شده تا با بحثی تطبیقی بین فقه شیعه و عامه و حقوق ایران و فرانسه و مصر این عوامل تحلیل شوند.

۱. مصادر الحق، عبدالرزاق سنهوری، ج ۲ / ۱۸۵، بیروت، دارالتراث العربی،

مقدمه

۱. ضرورت این بحث

در تمام اعصار در مسائل علمی، شاهد آرا و نظرات متفاوت بسیاری بوده ایم و همواره بررسی تطبیقی و مقایسه ای این نظریات با یکدیگر ضرورت خود را حفظ کرده است؛ چرا که از این رهگذر به راحتی می توان باب تعامل علمی بین مکاتب و فرق مختلف علمی و دینی را گشود و بدین گونه نقاط ضعف و قوتشان را آشکار ساخت و زمینه را برای آگاهی از آرا و برگزیدن نیکوترینشان فراهم آورد.

این ضرورت در مباحث فقهی که عهده دار جهت دهی صحیح تمامی حرکات و تصمیمات فردی و اجتماعی است، بیشتر خودنمایی می کند، به خصوص که با این تعامل می توان در جهت تکامل فقه شیعه و اصلاح نارسایی های آن گام برداشت. نگارنده این مقاله نیز امیدوار است توانسته باشد به توفیق خداوند منان گامی هرچند بسیار کوچک در جهت پاسخ به این ضرورت برداشته باشد.

۲. شیوه بحث

این نوشتار علاوه بر مقدمه دارای چهار فصل است که در ضمن هر کدام، به بررسی شروط تحقق اکراه که مربوط است به چهار عنصر موجود در معامله اکراهی (مکره، مکره به، مکره علیه)، پرداخته می شود. البته برخی از این شروط مشتمل بر چند سؤال زیر مجموعه است که سعی شده دیدگاه های مختلف فقهی و حقوقی را در پاسخ به آنها ذکر و تحلیل کوتاهی نیز ارائه کنیم.

گفتنی است که در این مقاله فقط از پنج منبع فقهی و حقوقی استفاده شده است: از منابع فقه شیعه کتاب مکاسب شیخ انصاری (ره) و کتاب البیع مرحوم امام (ره) و از منابع فقه عامه کتاب الفقه الاسلامی و ادلته که تطبیق آرای مذاهب عامه و تألیف دکتر وهبه زحیلی است، و از کتب حقوقی نیز از شرح قانون

مدنی ایران نوشته دکتر کاتوزیان و کتاب الوسیط دکتر عبدالرزاق سنهوری در شرح قانون مدنی فرانسه و مصر. بنابراین نگاه این مقاله به بحث، تاریخی نیست و اگر در عنوان خاصی از مباحث در این کتب بحثی ارائه نشده باشد، در صورت لزوم (مثلاً برای دستیابی به نظر عامه) به منابع دیگری رجوع شده است که در پاورقی همان بحث به آن اشاره خواهد شد. البته گاهی نیز در نظریه حقوق ایران از خود قانون مدنی ایران و نه شرح نامبرده، استفاده کرده ایم.

۳. تعاریف اکراه

برای دستیابی به تعریف لغوی اکراه با مراجعه به دو منبع مصباح المنیر و لسان العرب، دو تعریف متفاوت به دست می آید که رابطه این دو تعریف عام و خاص مطلق است؛ یعنی یکی از این دو تعریف شامل تمام مصادیق تعریف دیگر می شود و علاوه بر آن، مصادیق دیگری را هم در بر می گیرد که آن دیگری شامل آنها نیست.

تعریف مصباح المنیر^۲: «اکراهته علی الامر اکراهاً؛ وادار کردن شخصی بر عملی با قهر و غلبه».

تعریف لسان العرب^۳: «اکراهته؛ وادار کردن شخصی بر عملی که برای او ناخوشایند است».

ملاحظه می شود که هر جا وادار کردن بر عمل ناخوشایند هست، قهر و غلبه نیز وجود دارد، اما گاهی اوقات وادار کردن با قهر و غلبه بر امری است که برای شخص ناخوشایند نیست، بلکه به آن مشتاق هم است، ولی به سبب ترجیحات عقلی، فعلاً قصد انجام آن را ندارد. پس معلوم شد که تعریف لسان العرب، اخص از تعریف مصباح المنیر است.

تعاریف اصطلاحی هم که در کتب فقهی و حقوقی ارائه شده، اگرچه در

۲. مصباح المنیر، ج ۲ / ۵۳۲، قم، انتشارات دارالهجره، ۱۴۱۴.

۳. لسان العرب، ج ۱۳ / ۵۳۵، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵.

برخی از آنها شروط اکراه نیز در تعریف آمده، ولی غالب آنها از همین تعاریف لغوی گرفته شده‌اند. به طور مثال، تعریف مرحوم شیخ انصاری (ره) در مکاسب^۴ و نیز تعریف دکتر زحیلی که از فقهای عامه نقل می‌کند^۵، همان تعریفی است که در لسان العرب آمده و تعریفی که مرحوم امام (ره) ارائه می‌دهد^۶، تعریف مصباح المنیر است. اما دکتر کاتوزیان در تعریف اکراه چنین می‌آورد:

در قانون مدنی ایران تعریفی برای اکراه ارائه نشده، اما با توجه

به مواد ۲۰۲ تا ۲۰۸ قانون مدنی می‌توان چنین تعریفی ارائه

داد: فشار غیر عادی و نامشروعی است که به منظور وادار

ساختن شخص بر انشای عمل حقوقی معین بر او وارد می‌شود.^۷

همان طور که ملاحظه می‌شود، ایشان برخی شروط تحقق اکراه را نیز در

تعریف وارد کرده؛ در حالی که معمولاً در تعریف، به شروط اشاره‌ای

نمی‌شود. تعریفی هم که در کتاب الوسیط دکتر سنهوری ارائه شده، خالی از

اشکال نیست؛ زیرا ایشان این گونه آورده است: «اکراه فشاری است که ازاده

شخص تحت تأثیر آن قرار می‌گیرد و شخص به انجام معامله وادار می‌شود.^۸

ظاهر این تعریف اضطرار را هم در بر می‌گیرد؛ در حالی که اضطرار همان گونه

که خواهد آمد، با اکراه متفاوت است و تأثیری بر صحت معامله ندارد.

۴. فرق اکراه و اضطرار

همان طور که با مراجعه به منابع فقهی و حقوقی این مقاله روشن می‌شود،

۴. ر. ک: مکاسب، ج ۳ / ۳۱۱، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۴ ق.

۵. ر. ک: فقه الاسلامی و أدلته، ج ۴ / ۲۱۳، دمشق، انتشارات دارالفکر، ۱۴۰۹.

۶. کتاب البیع، ج ۲ / ۸۳، مؤسسه نشر آثار امام خمینی، بهار ۱۳۷۹.

۷. حقوقی مدنی (ایران)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ / ۴۹۵، شرکت سهامی

انتشار، ۱۳۷۶.

۸. الوسیط، ج ۱ / ۳۳۴، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

معامله‌ای که از روی اضطرار انجام می‌گیرد، صحیح است؛ اما فرق آن با اکراه چیست؟ از نظر لغوی ضرورت، معنی اعمی دارد که هم می‌تواند با دخالت شخص خارجی ایجاد شود و هم ممکن است شرایط خاص محیطی و اجتماعی در به وجود آمدن آن نقش داشته باشد که به قسم دوم اضطرار گفته می‌شود و همان گونه که در اکثر تعاریف مذکور آمده بود، در تحقق اکراه فشار شخص خارجی معتبر است و همین مطلب فرق عمده این دو است و اختلافی در آن نیست. اگرچه فرق‌های ماهوی دقیق‌تری نیز در برخی کتب فقهی بین این دو ذکر شده است، لکن بی‌خداشترین ملاک مورد اتفاق، همین است.

فصل اول: شرط مکره

قدرت بر اجرای تهدید

تنها شرطی که برای مکره لازم دانسته شده است تا اکراه تحقق یابد، آن است که او بر اجرای تهدیدش، قدرت داشته باشد. همان طور که ملاحظه می‌شود، لزوم این شرط از خود تعاریفی که برای اکراه ارائه شده است، به دست می‌آید؛ زیرا اساساً بدون این شرط فشاری در نظر عرف تحقق نمی‌پذیرد تا به سبب آن مکروه و اदार به انجام معامله شود. البته برخی به لزوم این شرط تصریح نیز کرده‌اند. به عنوان نمونه، وهبه زحیلی در کتابش در بیان شروط تحقق اکراه، اولین شرط را این گونه بیان می‌کند:

مکروه باید بر اجرای تهدیدش قدرت داشته باشد، چه از

سلاطین و حکام باشد و چه از غیر ایشان. پس اگر به هر دلیل

مثل ناتوانی او یا ناتوانی مکروه برای فرار کردن و...، قدرت

آن را نداشته باشد، اکراه محقق نمی‌شود.^۹

اما آنچه ذیل این عنوان درخور دقت است، بررسی این پرسش است که

قدرت داشتن مکره بر اجرای تهدیدش در نظر و اعتقاد شخص مکره ملاک است یا در نظر عقلا و عرف؟ به این معنا که اگر در جایی شخص مکره، مکره را قادر بر عملی کردن تهدیدش می دانست، ولی عرفاً و در نظر نوع عقلا مکره قادر شناخته نمی شد، آیا اکراه محقق می شود یا خیر؟ از آنجا که قدرت مکره بر اجرای تهدیدش منشأ ایجاد ترس در مکره و در نتیجه انجام معامله اکراهی می شود، پاسخ این پرسش بستگی به این دارد که در بحث مضر بودن تهدید، ضرر شخصی ملاک قرار داده شود یا ضرر نوعی. هر کس در آن بحث ضرر نوعی را ملاک قرار دهد، در اینجا نیز نظر عرف را معیار می داند و هر کس ضرر شخصی را ملاک بداند، در اینجا نیز نظر شخص مکره را معیار قرار می دهد. این بحث به طور مفصل در شروط مکره به می آید که به آن نیز خواهیم پرداخت.

فصل دوم: شروط مکره

۱. عدم رضایت بر انجام فعل

از اینکه بحث اکراه در مباحث فقهی و حقوقی ذیل عنوان «عیوب رضا و اراده» مطرح شده است، به دست می آید که با وجود اکراه، رضایت و اختیار تام شخص در انجام عمل خدشه دار می شود، اما آن طور که در برخی تعاریف آمده بود، کراهت و ناخوشایندی مکره از معامله و به تعبیر برخی مانند مرحوم شیخ انصاری (ره)، «عدم طیب نفس» او در تحقق اکراه لازم است.

اما این شرط با همین معنایی که از ظاهر تعاریفی مثل تعریف مرحوم شیخ انصاری (ره) و تعریف دکتر زحیلی - که همان تعریف لسان العرب بود به دست می آید - اتفافی نیست. برای روشن شدن این ادعا مضمون عبارات مرحوم امام را از کتاب بیع او به اختصار بیان می کنیم. نظر ایشان این گونه است:

اکراه در مقام، به معنی وادار ساختن بر چیزی به صورت قهر و غلبه است؛ چه آنچه بر آن مقهور شده، در نزد شخص مقهور، مکروه و ناخوشایند باشد و چه نباشد؛ چون که

اراده، هم به مکروهات می‌تواند تعلق گیرد و هم به آنچه نفس به آن مشتاق است. پس گاهی چیزی به حسب طبع، مورد اشتیاق انسان است، ولی به دلیل ترجیحات عقلی، اراده به آن تعلق نمی‌گیرد، بلکه اراده به ترک آن متعلق می‌شود؛ مثل شرب آب برای تشنه که در این صورت اگر قاهری او را بر نوشیدن الزام کند، این شرب اکراهی می‌شود. در معاملات نیز دقیقاً همین حالت متصور است و نیز گاهی نفس بر اساس نیازهایش به انجام معامله‌ای مشتاق است و در صدد انجام آن نیز برمی‌آید، اما شخصی او را به همان معامله امر و او هم به دلیل کراهت از اطاعت کردن از آن شخص، ترک معامله را اراده می‌کند؛ ولی در همین موقع امر یا تهدید او را مجبور به انجام معامله می‌سازد. در اینجا نیز این معامله اکراهی به حساب می‌آید؛ اگرچه به خود معامله مشتاق بوده است.^{۱۰}

البته ایشان تصریح هم می‌کند که معنی اکراه کردن مکروه، وادار کردن او بر آنچه به آن کراهت دارد، نیست.^{۱۱}

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ایشان تصریح دارند که ناخوشایندی از خود معامله شرط نیست، بلکه اگر از تعبیری که در ابتدا به عنوان شرط مطرح شد این معنی اراده شود که شخص فعلاً اراده انجام معامله را ندارد و فقط به سبب امر مکروه، حاضر به انجام آن می‌شود، در این معنا بین صاحب نظران اتفاقی است.

در عبارات دکتر کاتوزیان، به این بحث جداگانه پرداخته نشده است، اما برخی عبارات ایشان، مورد سومی را که مرحوم امام (ره) داخل در معاملات اکراهی کرد، خارج می‌کند، ولی کلام او نسبت به مورد دوم - یعنی آنجا که

۱۰. کتاب البیع، ج ۲ / ۸۳.

۱۱. همان.

اشتیاق طبعی به معامله هست، ولی به دلیل ترجیحات عقلی معامله اراده نمی‌شود. اطلاق دارد. عبارت مورد استناد این است: «مکره و اذار به انشای عمل حقوقی شده است؛ کاری که هرگاه از فشار خارجی آزاد می‌بود، به آن رضایت نمی‌داد»^{۱۲}. رضایت ندادن به انجام عمل اعم از این است که خود عمل مکروه است یا به سبب ترجیحاتی فعلاً راضی به انجام آن نیست.

دکتر سنهوری نیز هیچ اشاره‌ای ندارد به اینکه خود معامله مورد اکراه باید مکروه باشد و از آنجا که ایشان مسئله جوهری بحث اکراه را این می‌داند که ترس حاصل از تهدید، مکره را به معامله و اذار و اراده او را فاسد کرده است^{۱۳} و در مصادیق دوم و سوم که در کلام مرحوم امام (ره) داخل معاملات اکراهی شمرده شده بود همین ملاک وجود دارد، بعید نیست که نظر ایشان را نیز در این موارد همین دانست.

۲. وجود علم یا ظن به وقوع در ضرر در صورت ترك

این شرط نیز مورد اتفاق صاحب نظران نیست؛ چه اینکه برخی صرف احتمال عقلایی را کافی می‌دانند. از فقهای شیعه، مرحوم شیخ انصاری (ره) با توجه به ظاهر کلامش، ظن به وقوع تهدید را لازم می‌داند^{۱۴}، اما مرحوم امام در نقد همین کلام مرحوم شیخ (ره) که تهدید باید مظنون الوقوع باشد، می‌فرماید گمان داشتن به آن لازم نیست، بلکه ترس حاصل از احتمال عقلایی کافی است و بلکه مطلق احتمال اگرچه ضعیف باشد نیز کافی است، البته در صورتی که مورد احتمال قوی باشد؛ مثل تهدید به قتل^{۱۵}.

در فقه عامه نیز دکتر زحیلی در کتاب خود در مورد این شرط نظر عامه را

۱۲. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱ / ۴۹۵.

۱۳. الوسیط، ج ۱ / ۳۴۹.

۱۴. مکاسب، کتاب البیع، ج ۳ / ۳۱۱.

۱۵. کتاب البیع، ج ۲ / ۸۴.

این گونه مطرح می کند:

۱۱۳



موضوع شناسی اکراه در باب معاملات

برای تحقق اکراه باید بر گمان مکره غلبه یابد که مکره تهدید خود را در صورت ترک خواسته او، در زمان حال عملی خواهد کرد. در غیر این صورت، اکراه محقق نمی شود.

اما در بین علمای حقوق دکتر کاتوزیان، شارح حقوق مدنی ایران، و دکتر سنهوری، شارح قانون مدنی مصر و فرانسه، اگرچه تصریحی به این شرط نکرده اند، ولی از آنجا که این دو ضرر شخصی را در تهدید ملاک می دانند، همان طور که خواهد آمد - پس باید هر چیزی را که برای مکره ترس ایجاد می کند (هرچند علم یا گمان به ضرر هم نباشد، بلکه صرفاً احتمال عقلایی باشد) نیز کافی بدانند؛ زیرا وقتی ملاک شخص مکره شد، اگر مجرد احتمال عقلایی هم برای او ترس ایجاد کند، موجب تحقق اکراه می شود.

آنچه در جمع بندی می توان گفت، این است که اگر مراد کسانی که ظن را شرط می دانند، این باشد که بدون ظن خوف حاصل نمی شود و لذا اکراهی هم نخواهد بود، این خلاف واقعیت و وجدان است و اگر مرادشان این باشد که بدون ظن اگرچه خوف حاصل می شود، لکن برای صدق اکراه یا جریان حکم آن کافی نیست، این نیز نادرست است؛ زیرا با وجود صرف احتمال عقلایی که به حد ظن هم نمی رسد، اکراه عرفاً صادق است و از این رو، حکم اکراه هم باید اجرا شود. ولی اگر مرادشان حصر موارد صدق اکراه نباشد، بلکه صرفاً از باب مصداق بارز یا بدون التفات به سایر مصادیق «ظن» را ذکر کرده اند، برگشت این سخن به قول صحیح است که در نتیجه اساساً اختلافی در این جهت وجود نخواهد داشت.

۳. عاجز بودن از تفصی

شرط دیگری که برای مکره ذکر شده، آن است که توانایی خلاصی و رهایی از تهدید مکره را بدون اجرای فرمان او، نداشته باشد. این تفصی و

خلاصی، به دو صورت تصویر شده است:

الف) تفصی به توریه؛ یعنی اینکه مکروه خلاف آنچه را که قصد کرده، اظهار می‌کند؛ مثلاً خبر دادن از بیعی را که روز گذشته انجام داده بوده، قصد کرده، ولی در ظاهر صیغه «بعث» را که مکروه گمان می‌کند برای انشای معامله است، به کار می‌برد که در این صورت اساساً معامله‌ای واقع نشده است و آنچه انجام شده، صورت معامله را دارد.

ب) تفصی به غیر توریه؛ مثل فرار کردن یا کمک گرفتن از دیگران. در تفصی به غیر توریه، اختلاف وجود دارد که آیا با امکان این گونه از تفصی‌ها، اگر شخص به انجام معامله تن در دهد، اکراه محقق می‌شود یا خیر؟ برخی از علمای شیعه مثل مرحوم شیخ انصاری نظرشان این است که در باب معاملات می‌شود جایی را تصویر کرد که با امکان تفصی به غیر توریه باز معامله اکراهی باشد، با این بیان که ایشان مناط تحقق اکراه در باب معاملات را عدم طیب نفس می‌گیرند^{۱۶}، آن گاه وی این چنین می‌فرماید:

این معنی گاهی با امکان تفصی نیز محقق می‌گردد؛ مثلاً کسی در مکانی به عبادت یا مطالعه مشغول شده است و کسی او را به انجام چیزی که در نزد او است، مجبور می‌کند و او هم نمی‌تواند ضرر او را در این حال دفع کند و از طرفی هم خارج شدن از آن مکان برایش ناخوشایند و مکروه است، اما اگر خارج شود می‌تواند به کمک خادمان خود، ضرر مکروه را دفع کند. ظاهر این است که در این هنگام اکراه به معنی خوشایند طبع، در صورت فروش آن کالا، صدق می‌کند؛ اما اگر در همین مثال بر حرامی وادار شود، اکراه هست^{۱۷}.

اما مرحوم امام (ره) که در صورت امکان تفصی به غیر توریه در هیچ حالتی

۱۶. مکاسب، کتاب البیع، ج ۳ / ۳۱۷.

۱۷. همان.

جزء مواردی که تفصیلاً ضرری یا حرجی باشد، اکراه را صادق نمی‌دانند، در نقد همین کلام مرحوم شیخ (ره) این گونه می‌فرمایند:

اکراه به معنی وادار ساختن شخص بر آنچه ناپسند می‌شمارد (به آن طیب نفس ندارد) نیست، بلکه به معنای الزام کردن بر چیزی به صورت قهر و اجبار است و این معنا در مثال مذکور صادق نیست و با این معنا، هیچ فرقی بین اکراه در معاملات و اکراه در تکلیفات نیست.

بله، اگر در مثال مذکور خروج ضرری یا حرجی باشد، اکراه صادق نیست.^{۱۸} در فقه عامه نیز آن چنان که دکتر زحیلی می‌گوید، قدرت مکره بر فرار یا کمک گرفتن موجب عدم قدرت مکره بر اجرای تهدیدش دانسته شده بود^{۱۹} و این یعنی لازمه شرط قدرت در مکره، عدم توانایی مکره برای تفصیلاً به این موارد است. با توجه به این سخن، می‌توان نتیجه گرفت که آنها هم این شرط را برای تحقق اکراه لازم می‌دانند.

در قانون مدنی ایران نیز در بند دوم ماده ۲۰۵ چنین آمده است:

... یا هرگاه خود شخص مزبور (مکره) قادر باشد بر اینکه بدون مشقت اکراه را از خود دفع کند و معامله را واقع نسازد، آن شخص مکره محسوب نمی‌شود.

همان طور که ملاحظه می‌شود، آنچه از ظهور این بند قانونی به دست می‌آید، این است که قدرت مکره بر دفع تهدید و اکراه به هر صورتی که باشد و مشقت هم نداشته باشد (چه به صورت فرار و چه به صورت طلب کمک و چه به صورت‌های دیگر)، موجب محقق نشدن اکراه می‌شود.

دکتر سنهوری، شارح قانون مدنی فرانسه و مصر، نیز با بیان این مطلب که قریب الوقوع بودن خطر و تهدید شرط است، تصریح می‌کند که اگر خطر

۱۸. کتاب البیع، ج ۲ / ۹۰.

۱۹. فقه الاسلامی و ادلته، ج ۴ / ۲۱۵.

قریب الوقوع نباشد، به گونه‌ای که مکره توانایی اتخاذ چاره‌ای برای خلاصی از آن را داشته باشد، این تهدید عادتاً در نفس او ترسی که رضایتش را فاسد کند، ایجاد نمی‌کند.^{۲۰} از این عبارت به خوبی به دست می‌آید که عجز از تفصی همانند فرار یا کمک گرفتن شرط است، و الاً عادتاً تهدید برای او ترس ایجاد نخواهد کرد. پس غیر از مرحوم شیخ انصاری (ره)، باقی نظریات این شرط را لازم می‌دانستند.

تا اینجا بحث از تفصی به غیر توریه بود، اما در مورد تفصی به توریه بیش از همه جا در فقه شیعه به آن پرداخته شده است. از بین منابعی هم که ما برای مقاله استفاده کرده‌ایم، فقط در مکاسب شیخ انصاری (ره) و کتاب البیع امام (ره) در این زمینه بحث شده، نه در کتاب فقه الاسلامی و ادلته و نه در هیچ کدام از دو شرحی که بر قانون‌های مدنی ایران و فرانسه نوشته شده. مرحوم شیخ انصاری (ره) تفصی به توریه را موجب عدم تحقق اکراه نمی‌داند، برخلاف تفصی به غیر توریه؛ یعنی ایشان مدعی می‌شوند که با امکان تفصی به توریه، اکراه صدق می‌کند؛ چرا که علمای شیعه در زمره شروط اکراه، این شرط را آورده‌اند که: مکره باید بداند یا گمان داشته باشد که اگر از آنچه بر آن اکراه شده سرباز زند، ضرری که به آن تهدید شده، واقع خواهد شد و معلوم است که مراد از سرباز زدن مکره، آن امتناعی است که مکره بفهمد، و الاً مکره در ضرر نمی‌افتد. با این توضیح می‌فهمیم که آنچه علما فرموده‌اند، در جایی که توریه ممکن باشد، جاری است، اما در موارد امکان تفصی به غیر توریه جاری نیست. پس اکراه در مورد اول صدق می‌کند، برخلاف مورد دوم.^{۲۱}

اما مرحوم امام در این کلام نیز به ایشان اشکال می‌کند و می‌فرماید:

در مورد توریه نیز تحقق این است که اگر توریه برای شخص

آسان باشد، بدون اینکه خوف وقوع در ضرر را داشته باشد،

۲۰. الوسیط، ج ۱ / ۳۳۹.

۲۱. مکاسب، کتاب البیع، ج ۳ / ۳۱۶.

در این گونه موارد قطعاً اکراه صادق نیست، البته اگر در حین معامله التفات به توره داشته باشد و توره نکند. اما اگر از این می‌ترسد که اگر توره کند، مکروه می‌فهمد، در این صورت اکراه صدق می‌کند.^{۲۲}

پس در نظر ایشان بین تفصی با توره و غیر توره هیچ فرقی نیست؛ یعنی عجز از هر دو برای تحقق اکراه معتبر است. البته در بین علمای عامه نیز برخی در این مورد بحث کرده‌اند و گروهی از آنها نیز عجز از تفصی به توره را برای تحقق اکراه شرط دانسته‌اند، ولی گروهی دیگر مثل مرحوم شیخ (ره) آن را شرط ندانسته‌اند.^{۲۳}

فصل سوم: شروط مکروه به (تهدید به ضرر)

۱. لزوم اظهار تهدید از سوی مکروه

در بررسی شروط تحقق اکراه، یکی از سؤالات قابل طرح این است که آیا نیازی به تهدید صریح برای تحقق اکراه است یا تهدید ضمنی کافی است؟ به این معنا که اگرچه تهدید صریحی از جانب مکروه نشده است، ولی قرائنی وجود دارد که در صورت ترک خواسته‌اش، ضرر معتابیهی از سوی او مکروه را تهدید می‌کند. در فقه شیعه از ظاهر عبارات مرحوم شیخ (ره) استفاده می‌شود که ایشان تهدید ضمنی را کافی نمی‌دانند. او در بیان شروط تحقق اکراه می‌فرماید:

در تحقق اکراه شرط است که وادار ساختن دیگری بر انجام کار همراه با وعید و تهدیدی از جانب مکروه باشد که گمان به تحقق آن در صورت ترک فعل می‌رود.^{۲۴}

۲۲. کتاب البیع، ج ۲ / ۸۵.

۲۳. الاکراه و اثره فی التصرفات الشرعیه، دکتر محمد مسعود معینی / ۸۸۸۷، مکتبه

بسام، موصل - عراق.

۲۴. مکاسب، ج ۳ / ۳۱۱.

همان طور که ملاحظه می شود، اقتران و همراهی با وعید که ایشان می فرمایند، ظهور در تهدید صریح دارد؛ چه اینکه مرحوم امام (ره) نیز که قائل به کفایت تهدید ضمنی است، همین برداشت را از سخن ایشان دارد، آنجا که در نقد همین قسمت از کلام شیخ (ره) می فرماید:

شرط اقتران با وعید مخدوش است؛ زیرا اقتران لازم نیست، بلکه همین که امر به معامله از سوی کسی باشد که ترس از او وجود دارد و در صورت ترک فعل از شرش ایمنی وجود ندارد، کافی است.^{۲۵}

این تعبیر نشان می دهند که وی در صورت ضمنی بودن تهدید، اکراه را عرفاً صادق می داند.

در کتاب فقه الاسلامی و ادلته نیز به این بحث پرداخته نشده است. از این رو، به درستی نمی توان نظر مؤلف آن را به دست آورد، جز اینکه ظاهر برخی عبارات او در بیان شروط اکراه، این است که تهدید صریح در اکراه صورت می گیرد؛ مثل آنجا که می گوید:

مکره باید قدرت بر اجرا کردن آنچه را که به آن تهدید کرده است، داشته باشد^{۲۶}.

ظاهر ماده ۲۰۸ قانون مدنی ایران نیز نشان می دهد که تهدید ضمنی کافی نیست. در این ماده این گونه آمده است: «مجرد خوف از کسی، بدون آنکه از طرف آن کس تهدیدی شده باشد، اکراه محسوب نمی شود». این در حالی است که دکتر کاتوزیان در شرح قانون مدنی خود چنین چیزی را نپذیرفته و تصریح کرده که اگر خوف از شخصی مثلاً به خاطر تدابیر مکارانه او باشد (بدون آنکه تهدید صریحی در بین باشد)، تهدید ضمنی محقق شده و این موجب تحقق اکراه است؛ مثل ستمگری که با انجام اعمالی به طور غیر مستقیم

۲۵. کتاب البیع، ج ۲ / ۸۴.

۲۶. فقه الاسلامی و ادلته، ج ۴ / ۲۱۴.



تنها شرطی که برای مکروه لازم دانسته شده است تا اکراه تحقق یابد، آن است که او بر اجرای تهدیدش، قدرت داشته باشد. همان طور که ملاحظه می‌شود، لزوم این شرط از خود تعاریفی که برای اکراه ارائه شده است، به دست می‌آید؛ زیرا اساساً بدون این شرط فشاری در نظر عرف تحقق نمی‌پذیرد تا به سبب آن مکروه وادار به انجام معامله شود.

می‌خواهد به ناتوانی بفهماند که اگر از انجام فرمانش سرپیچی کند، گرفتار ضرری از جانب او خواهد شد و این اعمال هراس در دل او می‌افکند و او را وادار به انجام آن کار می‌کند.^{۲۷}

دکتر سنه‌پوری نیز از کسانی است که تهدید ضمنی را کافی می‌داند. ایشان در بررسی تأثیر شوکت و نفوذ ادبی برای تحقق اکراه این گونه می‌گویند:

مجرد هیبت و شوکت و نیز نفوذ ادبی و احترامی که یک شخص برای دیگری قائل است، عادتاً برای اینکه وسیله تحقق اکراه قرار گیرد، کافی نیست. اما اگر صاحب شوکت و نفوذ ادبی قصد داشته باشد که به وسیله اینها به غرض غیر مشروعی دست یابد، در این حالت مانعی از تحقق عقد اکراهی وجود ندارد؛ مثل شوهر که صاحب شوکت بر همسرش است، یا جایگاه رئیس نسبت به مرئوس که در تمام این جایگاه‌ها اراده شخص در حد زیادی می‌تواند متأثر شود؛ به گونه‌ای که دیگر صحیح نیست گفته شود عقدی که او به درخواست صاحب شوکت یا نفوذ انجام می‌دهد، از روی اختیار بوده است.^{۲۸}

۲۷. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱ / ۵۰۶.

۲۸. الوسیط، ج ۱ / ۳۴۵.

این مطلب فی حد نفسه خالی از اشکال نیست؛ چه اینکه هرگاه صاحب نفوذ ادبی یا صاحب شوکت، درخواست انجام معامله‌ای را که به ضرر زبردست است، از او می‌کند، در صورتی اکراه محقق می‌شود که آن شخص از روی حیا و خجالت و امثال اینها، اقدام به معامله نکرده باشد، بلکه به علت خوفی که از احتمال عقلایی واقع شدن در ضرری که از آن شخص توقع می‌رود، آن معامله را انجام داده باشد؛ زیرا فقط در همین صورت است که عرفاً اکراه صدق می‌کند، نه در صورت قبل. اما این عبارات به خوبی ظهور در این دارند که برای تحقق اکراه نیازی نیست که حتماً تهدید صریح انجام شده باشد، بلکه خوفی که تحت فشار ضمنی نیز تحقق می‌یابد، موجب اکراهی شدن معامله می‌شود.

۲. مضر بودن به حال مکره یا متعلق او

در ذیل این عنوان کلی باید چند موضوع بررسی شود.

۲-۱ در تحقق اکراه ضرر شخصی ملاک است یا ضرر نوعی؟

مراد از ضرر شخصی آن است که اگر برای شخص مکره از تهدیدی ترس حاصل شد که این تهدید برای نوع افراد ترس حاصل نمی‌کند و عرف این تهدید را قابل اعتنا و توجه قلمداد نمی‌کند، آیا معامله‌ای که این شخص به سبب همین ترس تن به انجام آن می‌دهد، معامله‌ای اکراهی محسوب می‌شود یا خیر؟ ظاهر عبارات صاحب نظران در پاسخ به این سؤال نشان می‌دهد که در اینجا دو نظر وجود دارد: گروهی ضرر نوعی را ملاک می‌دانند و دسته‌ای دیگر ضرر شخصی را. ما برای روشن شدن این سخن، عبارات هریک را نقل و تحلیل می‌کنیم.

مرحوم شیخ انصاری (ره) در مورد لزوم مضر بودن تهدید چنین می‌فرماید: «تهدید مکره باید از حیث جانی یا آبرویی یا مالی، مضر به حال فاعل (مکره) یا متعلق او باشد»^{۲۹}. این عبارت ایشان همان گونه که مرحوم امام (ه) برداشت

کرده و سخن او خواهد آمد، ظهور در این دارد که ایشان ضرر نوعی را برای تحقق اکراه معیار قرار می‌دهد؛ زیرا وی در صدد بیان شروط تهدید برای تحقق اکراه است و در این مقام وقتی بحث از مضر بودن تهدید می‌شود و هیچ قرینه‌ای بر شخصی بودن آن ارائه نمی‌شود، مراد این است که در فهم مضر بودن یا نبودن، نظر عرف و عقلا، ملاک و مرجع است؛ یعنی آنچه عرف به حسب اختلاف حال افراد مضر می‌داند، موجب تحقق اکراه می‌شود.

مرحوم امام نیز در نقد همین کلام مرحوم شیخ (ره) چنین می‌فرماید:

لازم نیست تهدید مضر به حال فاعل باشد. اگر از این ضرر،

ضرری که به حد حرج برسد، اراده شده باشد، بلکه مطلق آنچه

در نزد عرف قابل اعتنا و توجه می‌باشد، کافی است و... ۳۰

همان طور که ملاحظه می‌شود، از این کلام استظهار می‌شود که ایشان

کلام شیخ (ره) را ناظر به ضرر نوعی می‌داند و آن گاه می‌فرماید: لازم نیست

ضرر حرجی باشد، بلکه همین مقدار که عرف با توجه به حال مکروه مثل زن یا

مرد بودن او یا بیمار و سالم بودن او یا... بگوید این ضرر قابل اعتناست و باید

دفع شود، کافی است و این سخن بدین معناست که ایشان نیز قائل به معیار

بودن ضرر نوعی برای تحقق اکراه است. بنابراین اگر کسی از تهدیدی که در

نظر عرف به حسب حال او قابل اعتنا نبوده، برایش ترس حاصل شده و تن به

انجام معامله داده است، معامله او اکراهی محسوب نمی‌شود.

دکتر زحیلی نیز نظر عامه را در مورد این سؤال این گونه مطرح می‌کند:

چیزی که مکروه به آن تهدید شده است، باید تحملش برای او

مشقت داشته باشد و این نکته با اختلاف اشخاص مختلف

می‌شود. بنابراین واجب است از تأثیر آن خطر در هر شخصی

جداگانه بحث شود. ۳۱

۳۰. کتاب البیع، ج ۲ / ۸۴.

۳۱. فقه الاسلامی و ادلته، ج ۴ / ۲۱۴.

آنچه از ظهور این عبارت به دست می‌آید، معیار قرار گرفتن ضرر شخصی است؛ زیرا اگر ضرر نوعی مراد بود، می‌بایست این گونه می‌گفت: مکره به باید برای نوع افرادی که خصوصیات مکره را دارند (مثل پسر بودن یا بیمار بودن یا زن بودن و...)، مشقت داشته باشد.

دکتر کاتوزیان در ذیل ماده ۲۰۲ قانون مدنی ایران مطالبی دارد که در ضمن آنها به ملاک بودن ضرر شخصی تصریح دارد. متن ماده ۲۰۲ چنین است:

اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص باشعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند، به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد در مورد اعمال اکراه‌آمیز، سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود.^{۳۲}

ایشان با ارائه تفسیری از این ماده به عنوان نزدیک‌ترین تفسیرها به مفاد آن، در این تفسیر، بند اول این ماده را از آن جهت که انسانی متعارف نمونه قرار می‌گیرد، ناظر به معیار نوعی و بند دوم آن را به اعتبار اینکه در شرایط و سن و جنس طرف قرارداد، وضع روانی همان نمونه بررسی می‌شود، ناظر به ملاک شخصی می‌داند، ولی این تفسیر را از نظر منطقی موجب تعارض بین این دو معیار در پاره‌ای از موارد برمی‌شمارد. بدین جهت، در مقام رفع این تعارض چنین می‌گوید:

اثر اکراه در عقد به دلیل نفوذی است که در ازاده طرف مقابل قرارداد می‌کند. پس می‌بایست درجه تأثیر اکراه را در آن بررسی کرد و در مقام رفع تعارض بین دو بند ماده ۲۰۲ معیار شخصی را حاکم ساخت.^{۳۳}

ایشان در آخر می‌افزاید:

۳۲. قانون مدنی ایران، ماده ۲۰۲.

۳۳. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱ / ۵۳۱.

چون حقوق، وسیله تحلیل روانی مکره را ندارد، به ناچار در مقام اثبات بایستی به قرائن و امارات متوسل شود و در اینجاست که به نمونه های عرفی و عادت روی می آورد و به ظاهر حکم می کند که در نتیجه تهدیدهای نامعقول و امور کم ضرر، به حکم عادت از شمار اعمال اکراه آمیز خارج می ماند و به نظر می رسد که بند اول ماده ۲۰۲ ناظر به همین مقام اثبات باشد.^{۳۴}

از این عبارات به خوبی به دست می آید که آنچه در عقد تأثیر دارد، همان خوف باطنی شخص مکره است؛ ولو اینکه تحت تأثیر تهدیدی ایجاد شده باشد که در نظر عرف قابل اعتنا نباشد، ولی در مقام اثبات در دادگاه اگر معیار نوعی وجود داشته باشد، برای اثبات اکراهی بودن معامله کافی است، و الاً برای اثبات آن باید دلیل اقامه شود. از همین بیان می توان این احتمال را قریب دانست که عبارات مرحوم شیخ (ره) و مرحوم امام (ره) نیز ناظر به مقام اثبات است و در مواردی که ضرر شخصی وجود دارد، چون خوف منشأ انجام معامله شده، اکراه را در واقع محقق می دانند؛ اگرچه برای اثبات آن به دلیل نیاز است.

دکتر سنهوری در کتاب خود این بحث را این گونه مطرح می کند:

لازم است خطر، بزرگ باشد و در بزرگی آن، باید حال شخص مکره مدنظر قرار گیرد. پس اگر وسائل اکراه (مثل ضرب، قتل) در نظر عرف جدی نباشند، لکن با وجود این ترسی در نفس مکره ایجاد کنند و برای او چنین گمانی به وجود آورند که در صورت ترک معامله خطر بزرگی او را تهدید می کند، همین برای فاسد کردن رضایت مکره کافی است؛ مثل تهدید روستایی ساده به ضرر زدن به او با سحر.^{۳۵}

۳۴. همان/ ۵۳۲.

۳۵. الوسیط، ج ۱ / ۳۳۹.

از ظاهر این عبارات نیز استفاده می‌شود که چون در تحقق اکراه ملاک اساسی از بین رفتن رضایت شخص مکروه است، این ملاک حتی اگر تحت تأثیر تهدیدی باشد که ولو عرفاً قابل اعتنا نیست، به وجود آید، معامله اکراهی شمرده می‌شود؛ اگرچه مثالی که زده شده است، باز به گونه‌ای با رعایت همان معیار نوعی است، با این بیان که عرف به حسب حال اشخاص ساده روستایی همین تهدید را کافی می‌داند؛ اما اشکال در مثال، موجب نمی‌شود تا از ظهور قوی کلام ایشان دست برداریم.

۲-۲. کفایت منع از نفع قابل اعتنا برای تحقق اکراه

آنچه در اکثر منابع فقهی و حقوقی این مقاله بدان صراحتاً پرداخته شده است، لزوم وجود ضرر و خطر به حسب حال مکروه است، اما به این مطلب که اگر شخصی به ممنوع شدن از نفع قابل توجهی در نظر عرف، تهدید شود، آیا باز هم اکراه محقق می‌شود، به صراحت پرداخته نشده است، جز در عبارات مرحوم امام (ره)؛ ولی همان طور که در تحلیل نظرات خواهیم گفت، با توجه به ظاهر عبارات و ملاک‌هایی که در این منابع آمده است، پاسخ همه آنها به این سؤال مثبت ارزیابی می‌شود. *مجموع انسانی و مطالعات فقهی*

مضمون عبارات مرحوم امام (ره) در این باره چنین است:

برای تحقق اکراه لازم نیست ضرر به حد حرج برسد، بلکه

مطلق ضرری که در نظر عرف در خور اعتنا باشد نیز کافی

است، بلکه حتی لازم نیست ضرر باشد، بلکه منع مکروه از

نفع قابل اعتنا نیز موجب اکراه می‌شود. ۳۶

در بررسی عبارات سایر صاحب نظران می‌توان چنین گفت: در عبارات

مرحوم شیخ^{۳۷} اگرچه فقط عنوان «مضر بودن تهدید» برای تحقق اکراه شرط

۳۶. کتاب البیع، ج ۲ / ۸۴.

۳۷. مکاسب، ج ۳ / ۳۱۱.

دانسته شده است، ولی اگر بپذیریم که منع از نفع قابل اعتنا هم در نظر عرف ضرر محسوب می‌شود، کلام ایشان نیز اعم از این مورد است؛ چه اینکه به نظر می‌رسد در نظر عرف این گونه موارد نیز ضرر تلقی می‌شود، هر چند همان طور که ملاحظه شد در کلام مرحوم امام (ره) بین این دو تفکیک داده شده بود. در فقه عامه بنا بر آنچه از دکتر زحیلی نقل شد، برای مکره به (یعنی آنچه تهدید به آن صورت گرفته است)، این شرط لازم دانسته شده که تحملش برای شخص مکره مشقت داشته باشد. همان طور که ملاحظه می‌شود، این تعبیر می‌تواند شامل مورد بحث ما که جلوگیری از نفع در خور اعتناست نیز باشد؛ چرا که وقتی ملاک، مشقت داشتن مکره به برای شخص مکره باشد، متصور است که جلوگیری از نفع قابل توجه (آن هم در نظر خود مکره، نه در نزد عرف) برای مکره مشقت آفرین شود و این بدان معناست که حتی در این مورد نیز ملاک، شخصی است و نه نوعی.

در منابع حقوقی مقاله نیز آنچه از شرح دکتر کاتوزیان و شرح دکتر سنهوری در مبحث پیش نقل کردیم، دلالت بر همین نظر دارد؛ چه ایشان ملاک تحقق اکراه را خوف شخص مکره می‌دانستند و از این نکته که اگر شخصی به ممنوع شدن از نفعی که در نظر خود او قابل اعتناست، تهدید شود، ممکن است برای او ترس ایجاد شود، نتیجه گرفته می‌شود که معامله‌ای هم که تحت فشار همین ترس انجام می‌گیرد، اکراهی است؛ اگرچه در نظر عرف آن منفعت قابل اعتنا نباشد.

۲-۳. لزوم فعلیت داشتن ضرر

این شرط نیز فقط در برخی منابع مذکور به صراحت بررسی شده است، ولی اثبات یا نفی آن را می‌توان از ظاهر عبارات سایر منابع در ذیل عناوین دیگر به دست آورد؛ زیرا همان طور که در نقل کلام کسانی که قائل به لزوم فعلیت ضرر هستند خواهد آمد، توهم لزوم این شرط، به سبب مسدود کردن راه تفصی از ضرر برای مکره بوده است که بدین وسیله اکراه محقق می‌شود.

با توجه به این مطلب در تحلیل نظرات می‌گوییم: مرحوم شیخ انصاری (ره) همان طور که گذشت، در بحث تفصی به غیر توریه فرمود: چون معیار تحقق اکراه، عدم طیب نفس است، ولو اینکه تفصی هم ممکن باشد، اکراه قابل تحقق است؛ یعنی ایشان موضوعیتی برای امکان یا عدم امکان تفصی قائل نشد. پس با همین رویکرد، در این بحث نیز باید نظر وی همین باشد که اگر مکره طیب نفس نداشته باشد، ولو اینکه ضرر فعلیت نداشته باشد، اکراه تحقق می‌یابد، بلکه اساساً فعلیت نداشتن ضرر نمی‌تواند موجب طیب نفس مکره در انجام معامله شود و این دو هیچ ملازمه‌ای با هم ندارند؛ چه اینکه فعلیت نداشتن ضرر با امکان تفصی از ضرر هیچ ملازمه‌ای ندارد. به عبارت دیگر، در بسیاری از مواردی که ضرر فعلی نیست، ممکن است تفصی هم ممکن نباشد. از این رو، در نگاه صاحب نظرانی چون امام (ره) که عدم تفصی را شرط می‌دانند نیز اگرچه ضرر فعلی نباشد، باز اکراه محقق است؛ چه اینکه ایشان در جایی دیگر ضمن تحلیل مثالی به همین مطلب تصریح دارد.^{۳۸} کسانی که فعلیت ضرر را شرط کردند، فقط برخی از فقهای عامه‌اند، البته بنا بر آنچه دکتر زحیلی نقل می‌کند. عبارت ایشان چنین است:

لازم است تهدید عاجل و فعلی باشد. اگر تحقق آن در آینده باشد، اکراه محقق نمی‌شود؛ زیرا به سبب همین تأخیر در تحقق ضرر، مکره امکان‌رهایی از آن را پیدا می‌کند. این شرط در نزد حنفیه و شافعیه و برخی از حنابله است، ولی مالکیه می‌گویند آنچه باید فعلی باشد، خوف است نه ضرر.^{۳۹}

آن چنان که روشن است، این شرط فقط به این سبب ذکر شده است که امکان تفصی به وجود نیاید. پس صحت آنچه در تحلیل نظرات گفتیم، معلوم می‌شود.

۳۸. کتاب البیع، ج ۲ / ۱۰۰-۱۰۱.

۳۹. الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴ / ۲۱۴.

دکتر کاتوزیان و دکتر سنه‌وری نیز که در کتابشان به این شرط تصریح کرده‌اند، آن را نپذیرفته‌اند. برای روشن شدن صحّت این ادعا عبارات ایشان را نقل می‌کنیم. دکتر کاتوزیان در این باره چنین آورده:

در موردی که تهدید درباره ضرری باشد که در آینده به مکره می‌رسد، ممکن است این تردید به وجود آید که چون کار موضوع تهدید فعلیت ندارد و بایستی در آینده صورت پذیرد، در وضع کنونی او ایمن است و اگر معامله‌ای انجام دهد، نافذ است. این تردید جایی که انجام دادن معامله (موضوع تهدید) باید در حال صورت پذیرد، به کلی بیجا و ناروا است. برای مثال، اگر کسی به دیگری پیغام دهد: اگر امروز قرارداد استخدام او را نپذیرد، فردا او را خواهد کشت. بی‌گمان تهدید فعلیت دارد، ولی در موردی که فرصت انجام موضوع تعهد باقی است، احتمال دارد به دلیل مصون بودن کنونی مکره، این سؤال مطرح شود که آیا معامله را بایستی ناشی از اکراه دانست؟ به نظر می‌رسد که در تمام مواردی که فعل زیان‌بار در آینده صورت می‌پذیرد، اکراه تحقق می‌یابد و از این بالاتر بایستی یادآور شد که معنی تهدید، ترساندن شخص به ضرر آینده است و به اجبار فعل زیان‌بار در آینده رخ می‌دهد. آنچه بایستی فعلیت داشته باشد، ترس ناشی از اکراه است، نه وقوع ضرر و مسئله آن گونه که شایسته است، طرح نشده است.^{۴۰}

ظاهر این عبارات به خوبی نشان می‌دهند که او نیز فعلیت ضرر را شرط نمی‌داند، ولی دو مطلب در عبارات ایشان خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد:

۴۰. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱ / ۵۳۶.

مطلب نخست تفصیل ایشان است بین جایی که انجام موضوع اکراه در زمان حال باید صورت پذیرد و آنجا که فرصت انجام موضوع باقی است؛ زیرا صرف اجبار بر انجام معامله در حال، موجب فعلیت تهدید نمی شود و در هر صورت خود تهدید قرار است در آینده تحقق یابد و از این رو، این اشکال که تا قبل از فرا رسیدن آن زمان مکره ایمن است، در این فرض نیز قابل طرح است. مطلب دوم اینکه وی معنای تهدید را ترساندن به ضرر آینده می گیرد و ظاهراً مراد او از آینده، مفهومی در مقابل فعلیت است که در این بحث مطرح است و این صحیح به نظر نمی رسد؛ زیرا در صورت فعلیت تهدید نیز عملی کردن آن بعد از زمان تهدید کردن است و فعلیت عرفی مد نظر است. بنابراین تهدید، هم ترساندن از ضرر فعلی است، هم ترساندن از ضرر آینده. عبارات دکتر سنهوری نیز چنین است:

لازم است تحقق خطر نزدیک باشد. پس اگر تهدید به خطری باشد که تا زمان وقوعش فاصله زیادی است، به گونه ای که در آن فاصله متعاقد می تواند برای خود پناهی از خطر به دست آورد، این تهدید عادتاً شأنیت ندارد تا در نفس متعاقد ترس ایجاد کند و رضای او را فاسد سازد. اما با توجه به اینکه امر منوط به حالت نفسی و شخصی خود متعاقد است و چه بسا خطری که وقوعش دور است، در نفس او ترس ایجاد کند، همین برای فاسد کردن رضای او کافی است. پس آنچه معیار است، فعلیت ترس در نفس متعاقد است، نه فعلیت یا نزدیکی خطر.^{۴۱}

ظهور عبارت ایشان در نفی این شرط آن چنان است که ما را از توضیح بیشتر بی نیاز می سازد.

۲-۴. محدوده متعلقات مکروه

اگر برای وادار ساختن شخصی به انجام معامله، او را تهدید کند به ضرر رساندن به برخی از افراد که به نحوی با او مرتبط هستند، بنابر نظر اکثر علما و صاحب نظران فقه و حقوق، اکراه محقق می شود، اما سخن این است که محدوده این افراد کدام است و تحت چه عنوانی می توان همه آنها را معرفی کرد؟ آیا فقط خویشاوندان شخص این گونه اند یا تهدید غیر خویشاوندان از دوستان و... نیز می تواند محقق اکراه باشد؟

در کلام مرحوم شیخ (ره) هیچ اشاره ای به محدوده این افراد نشده و صرفاً به تعبیر متعل ۱۲۹ ق مکروه در معرفی آنها اکتفا شده است. ۴۲ مرحوم امام (ره) نیز با استفاده از همین تعبیر و بیان، به ذکر مثال پدر و فرزند برای آن اکتفا کرده است. ۴۳ آنچه از مبانی این دو صاحب نظر استفاده می شود، این است که این دو در تشخیص این محدوده، نظر عرف را ملاک قرار داده اند، با این تفاوت که مرحوم شیخ چون ضرر نوعی را معیار قرار داد و از طرف دیگر عدم طیب نفس را اساس و مناط اکراه معاملی برشمرد ۴۴، در این بحث نیز باید این ملاک را برای تشخیص ارائه دهد که هر کسی که عرف مورد تهدید واقع شدن او را نوعاً موجب از بین رفتن طیب نفس معامله کننده بداند، متعل ۱۲۹ ق مکروه محسوب می شود و مرحوم امام (ره) نیز ضرر نوعی را ملاک می داند و اکراه را به وادار ساختن شخصی بر معامله به نحو قهر و اجبار تعریف می کند ۴۵؛ از این رو، در اینجا باید نظر ایشان این گونه باشد: هر کسی که عرف مورد تهدید شدن او را موجب صدق مفهوم اکراه یعنی وادار ساختن بر کاری به نحو قهری بداند، متعلق مکروه شمرده می شود. با توجه به آنچه گفته شد، معلوم می شود که

۴۲. مکاسب، ج ۳ / ۳۱۱.

۴۳. کتاب البیع، ج ۲ / ۱۱۱.

۴۴. مکاسب، ج ۳ / ۳۱۷.

۴۵. کتاب البیع، ج ۲ / ۸۳.

اساساً شناخت محدوده متعلقات تقدیمی بر تشخیص موارد اکراه ندارد. توضیح بیشتر این مطلب را پس از نقل سایر اقوال می‌آوریم.

دکتر زحیلی نیز در کتاب فقه الاسلامی بعد از بیان تقسیمی برای اکراه به دو نوع ملجیء (مضطر کننده که در آن تهدید به ضرر نفسانی یا تلف عضو یا تلف همه اموال صورت می‌گیرد) و غیر ملجیء (که در آن تهدید به مثل زدن غیر کشنده و غیر نقص کننده عضو یا تلف بعضی از اموال یا پایین بردن درجه و... تعلق می‌گیرد)، نوع سومی را برای اکراه به عنوان اکراه ادبی مطرح می‌کند و ذیل این عنوان چنین می‌آورد:

این اکراه، رضا را کاملاً از بین می‌برد، ولی اختیار را نابود نمی‌سازد؛ مانند تهدید به زندانی کردن یکی از پدر و مادر یا فرزندان یا برادر و خواهر و امثال ایشان و حکم آن این است که اکراه شرعی است، اما با استحسان، نه با دلیل قیاس، آن چنان که کمال بن همام حنفی آن را تقریر کرده است، و این رأی مالکیه نیز هست و نتیجه این اکراه عدم نفوذ تصرفات مکره است. اما شافعیه اکراه را یک نوع می‌دانند و آن اکراه ملجیء است و اکراه غیر ملجیء را هم اکراه نمی‌شمارند.^{۴۶}

چنان که ملاحظه می‌شود، ایشان در تقریر نظر این دسته که قسم سوم را قبول دارند، برای بیان محدوده متعلقات به آوردن چند مثال اکتفا می‌کند، اما باز هم با توجه به آنچه قبلاً از عبارات ایشان در بحث ضرر نوعی در نقل نظر علمای عامه، استظهار کردیم و گفتیم که ظاهر کلمات وی معیار قرار گرفتن ضرر شخصی است، در این بحث نیز باید ملاک وی این گونه تقریر شود: متعلقات معامله کننده، هر شخصی است که مورد تهدید واقع شدن آن شخص باعث می‌شود تا تحمل تهدید برای معامله کننده مشقت داشته باشد و در رضای

او برای انجام معامله تأثیر بگذارد. با این رویکرد به بحث، مثال هایی که در کلام ایشان زده شده، به عنوان نمونه های غالبی است و چه بسا برای شخص خاصی، تهدید شدن دوستش نیز مثل تهدید شدن برادرش باشد و یا حتی تهدید شدن برادرش برای او مشقت نداشته باشد و رضای او را متأثر نسازد.

حال بینیم رویکرد حقوق دانان به این بحث چگونه است. در قانون مدنی ایران در ماده ۲۰۴ چنین آمده:

تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای مؤثر بودن اکراه، بسته به نظر عرف است.

دکتر کاتوزیان در شرح این ماده مطالبی دارد که ما آن را به اختصار و گاهی نیز نقل به معنا بیان می کنیم:

اجرای این ماده با دو اشکال مهم روبه روست که باید بر اساس روح قانون حل شود:

الف) در این ماده تهدید شدن به اموال نزدیکان، پیش بینی نشده است که اگر نزدیکان در حکم خود شخص قرار داده شوند و تهدید آنها رضای او را معلول سازد، چه فرقی بین تهدید به جان و آبرو با تهدید به اموال ایشان است؛ چه اینکه در ماده ۲۰۲ تهدید به اموال خود شخص هم مدنظر بوده است.

ب) اگر تهدید در مورد کسانی باشد که از خویشان متعاقد نیستند و نسبتی با او ندارند، ولی به دلیل دوستی و عشق و همدلی چنان نزدیک اند که جان و مالشان در حکم جان و دارایی اوست، در اینجا چه باید کرد؟ آیا تهدید آنها نیز از عیوب رضای اوست یا سکوت این ماده، دال بر بی اثر بودن اکراه است؟ و در مرحله دوم اگر تهدید خویشان و دوستان در

در بررسی شروط تحقق اکراه، یکی از سؤالات قابل طرح این است که آیا نیازی به تهدید صریح برای تحقق اکراه است یا تهدید ضمنی کافی است؟ به این معنا که اگرچه تهدید صریحی از جانب مکره نشده است، ولی قرائنی وجود دارد که در صورت ترک خواسته‌اش، ضرر معتنا بهی از سوی او مکره را تهدید می‌کند.

نفوذ معامله یکسان عمل کند، دیگر ماده ۲۰۴ چه فایده‌ای دارد؟^{۴۷}

آن گاه در ادامه چنین می‌فرماید که انسان موجودی اجتماعی است و بر مبنای فطرت و نیاز عاطفی و تربیت ویژه‌اش، به جمعی از نزدیکان وابسته می‌شود و ایشان را جدا از خود نمی‌بیند و گاه بیش از آبرو و جان خود برای آنها اهمیت قائل است. این دوستی و یکدلی قاعده بر نمی‌دارد و چه بسا انسان به دوست یا استاد یا... بیش از خویشان خود وابسته باشد. این ماده بر مبنای غلبه تنظیم شده و منعی نیست که تهدید یکی از دوستان و سیله اکراه باشد؛ منتها چون تهدید شدن خویشان نزدیک، به طور معمول مؤثر در اراده شخص است، قانون‌گذار این غلبه را بنای اماره‌ای برای اثبات اکراه در دادگاه ساخته که نیازی به دلیل نداشته باشد؛ اما باید توجه داشت تهدید دوستان یا خویشان دور، اگرچه به چنین اماره‌ای تکیه ندارد، ولی می‌توان اکراه را در این موارد خلاف اماره اثبات کرد. به بیان دیگر، در مورد تهدید خویشان نزدیک، ادعای مکره موافق با اصل است و بدون دلیل پذیرفته می‌شود، برخلاف بقیه که مخالف

۴۷. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱ / ۵۳۳.

اصل و محتاج دلیل است. بدین ترتیب، افتادن کلمه مال از عبارت ماده ۲۰۴ نیز هیچ اشکال مهمی در اجرای حکم ماده در مورد تهدید به اموال نزدیکان شخص ایجاد نمی‌کند، جز اینکه اماره مندرج در این ماده شامل آن نمی‌شود؛ یعنی تهدید به اموال نزدیکان شخص، خواه خویشان نزدیک یا دیگران، در صورتی اراده را معلول می‌کند که اثر تهدید به دلایل خارجی اثبات شود.^{۴۸} عبارات ایشان کاملاً بر طبق مبنای معیار بودن ضرر شخصی است که از ایشان نقل کردیم، علاوه بر اینکه بحث ایشان به خاطر تفکیک بین موارد غالب و غیر غالب در مقام اثبات در دادگاه، کامل تر از عبارات سایرین است و وضوح بیان ایشان نیز ما را از تحلیل بی‌نیاز می‌کند.

دکتر سنهوری نیز که بر اساس معیار بودن ضرر شخصی در این بحث نظر داده، ابتدا چنین می‌آورد: «گاهی تهدید شخصی که در نزد مکره عزیز است، موجب اکراه می‌گردد»^{۴۹} و سپس با اشاره به اینکه در پیش نویس قانون جدید شرط شده بوده است که غیر مکره باید یکی از نزدیکان او باشد (هرچند وی اضافه می‌کند که از این شرط در قانون تصویب شده نهایی عدول شده بوده)، به این شرط چنین اشکال می‌کند:

ز نزدیکان شخص، هر کسی است که در نزد او به منزله خودش است و صحیح نیست که گفته شود تمام فامیل‌های شخص این گونه‌اند و به منزله خود شخص محسوب می‌شوند و خطری که تهدیدشان می‌کند، مفسد رضای مکره است و بهتر این است که تشخیص این امر را به موارد و ظروف خاص هر مورد بسپاریم و فقط فرقه خاصی را به عنوان متعلقات و عزیزان شخص معین نکنیم و قاضی در هر حالتی به قرائن و شواهد و ظروف خاص آن مورد نگاه کند و ببیند آیا علاقه

۴۸. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱ / ۵۳۴.

۴۹. الوسیط، ج ۱ / ۳۴۰.



متعاقداً به آن کسی که تهدید به خطر شده، علاقه‌ای است که تهدید آن شخص موجب از بین رفتن اراده متعاقد شود و عقد را باطل کند.^{۵۰}

این سخن نیز تقریباً همان سخن دکتر کاتوزیان است و بی‌نیاز از توضیح است. اما آنچه وعده داده بودیم، این است که با ملاحظه آنچه گفته شد، روشن می‌شود که اساساً شناخت محدوده متعلقات، متوقف بر تشخیص موارد تحقق اکراه است؛ یعنی برای به دست آوردن این محدوده، باید دید با توجه به مبنای اساسی و مناطی که برای تحقق اکراه پذیرفته‌ایم، اکراه در چه مواردی از تهدیدهایی که در مورد غیر خود شخص انجام می‌گیرد، محقق می‌گردد و این بدان معناست که اساساً این عنوان نیازمند بحث جداگانه‌ای نیست و کار فقها که از این عنوان بحثی پیش نکشیده‌اند، کار بجا و سنجیده‌ای است؛ هرچند ما به تبعیت از صاحب نظران حقوق آن را مطرح کردیم.

فصل چهارم: شرط مکروه علیه (معامله)

۱. مطلوب غیر مشروع مکروه باشد

یعنی مکروه از اکراه خود رسیدن به هدفی غیر شرعی را قصد کرده و در حقیقت می‌توان گفت که او شرعاً اجازه چنین درخواستی از مکروه ندارد. این شرط نیز در همه منابع این مقاله بررسی جداگانه نشده است. مرحوم شیخ انصاری (ره) هنگام رد اشکالی که به صحت بیع مکروه در صورت حاصل شدن رضایت او بعد از انجام عقد شده است، این چنین می‌فرماید:

ضعیف‌ترین اشکال این است که رضایت نفسانی عاقد را در تأثیر عقد لازم بدانیم؛ زیرا این سخن منجر به این می‌شود که بیع شخصی که به حق اکراه شده است، صحیح نباشد.^{۵۱}

۵۰. همان/ ۳۴۱.

۵۱. مکاسب، ج ۳/ ۳۲۹.

ایشان همین مقدار به این مطلب متعرض شده، ولی همین اندازه نشان می‌دهد که در اکراه به حق، معامله را صحیح و تام می‌داند.

مرحوم امام (ره) نیز فقط در ضمن تحلیل یک مسئله فرعی، اشاره‌ای گذرا به این نوع اکراه می‌کند^{۵۲} که اشعار^{۵۳} یا ظهور در صحت معامله این گونه‌ای دارد.

اما دکتر زحیلی در کتاب خود این شرط را به عنوان شرط پنجم تحقق اکراه در نظر فقهای عامه برمی‌شمرد و می‌گوید:

اکراه باید به ناحق باشد، یعنی شرعی نباشد و این اکراه چیزی است که از آن رسیدن به غرضی نامشروع قصد شده باشد. پس اگر اکراه به حق بود، یعنی تحقق یک هدف شرعی از آن قصد شده بود، هیچ تأثیری بر تصرف شخص نخواهد داشت و تصرف صحیح است؛ مانند فروش مال مدیون به اجبار برای اینکه دینش را وفا کند یا طلب تملک زمین‌ها در مقابل پرداخت عوض به صاحبان آنها، به خاطر مصالح عمومی مانند توسعه بنای مساجد یا راه‌ها و...^{۵۴}

در قانون مدنی ایران نیز از ماده ۲۰۷ می‌توان همین شرط را استنباط کرد. متن آن ماده چنین است: «ملزم شدن شخص به انشای معامله، به حکم مقامات صالحه قانونی اکراه محسوب نمی‌شود». دکتر کاتوزیان در شرح این ماده چنین می‌گوید:

ماده ۲۰۷ یکی از مصداق‌های بارز اکراه به حق می‌باشد و استخراج مبنای آن و تمهید قاعده، ایجاب می‌کند که نخست

۵۲. کتاب البیع، ج ۲ / ۹۸.

۵۳. یعنی میزان دلالت بر معنی مورد نظر به حد ظهور عرفی (که نوعاً گمان می‌آورد که آن معنی از عبارت اراده شده است) نمی‌رسد.

۵۴. فقه الاسلامی و ادلته، ج ۴ / ۲۱۵.

مفاد حکم و رجوع به مقامات عمومی و صدور حکم مورد تحلیل قرار گیرد. امکان دادخواهی یکی از بارزترین حقوق مسلم اشخاص در جامعه است. همه کوشش‌ها در این راه صرف می‌شود که مردم را از دادرسی درباره خود و انتقام جویی باز دارند و به همگان تلقین کنند که به هنگام اختلاف باید از قوای عمومی یاری جست. از سوی دیگر، ظاهر این است که مقام صالح قانونی بایستی طرفی به حق حکم می‌کند و بر مبنای این ظهور چنین فرض می‌شود که دادگاه همیشه به امری حکم می‌کند که حق نیز اقتضای آن را دارد. پس در اجبار مقام صالح قانونی وسیله و هدف هر دو مشروع است و جمع بین این دو عامل است که اکراه را به حق می‌سازد و معامله را از تأثیر نمی‌اندازد. بدین ترتیب، از ملاک ماده ۲۰۷ چنین برمی‌آید که اکراه در صورتی تابع قاعده ماده ۱۹۹ قانون مدنی (که معامله اکراهی را غیر نافذ می‌داند) نیست که دارای دو شرط اساسی باشد: ۱. وسیله اکراه امری مباح باشد؛ ۲. هدف از آن رسیدن به حق باشد. ۵۵

مانند اینکه طلبکار برای گرفتن طلب خود که وقت وصولش رسیده و بدهکار هم توانایی پرداخت آن را دارد، بدهکار را تهدید به شکایت از او و زندانی کردنش کند.

در کلام دکتر سنهوری نیز این بحث این گونه طرح شده است:

هنگامی که وسایل اکراه (آنچه تهدید با آن صورت می‌گیرد مثل زدن و...) فی نفسه مشروع باشند و از آنها رسیدن به هدفی مشروع اراده شده باشد - این گونه که شخصی بر اراده شخص



دیگری از طریق مطالبه حقی که برگردن او دارد، فشار آورد و

قصدش از این فشار، رسیدن به آن حق باشد - عقد به خاطر

اکراه باطل نمی‌شود. ۵۶

نکته شایان توجه در اینجا آن است که لزوم این شرط برای تحقق اکراهی

است که معامله را از صحت و تام بودن خارج می‌کند، نه برای صدق اصل

مفهوم اکراه.

۲. اکراه مستقیماً بر نفس معامله واقع شود

مرحوم شیخ انصاری (ره) در این مورد چنین می‌فرماید:

کسی که بر پرداخت مالی اکراه شود و دادن آن مال متوقف بر

فروش بعضی از اموال او باشد، معامله‌ای که در این اموال

انجام می‌دهد، اگرچه برای دفع ضرری است که در صورت

نپرداختن آن مال بدان تهدید شده است، ولی نسبت به آن مکروه

محسوب نمی‌شود. ۵۷

یعنی ایشان این گونه معاملات را داخل معاملات مضطرّ و تام می‌داند که

ما فرق اکراه با اضطرار را قبلاً در مقدمه توضیح داده‌ایم. اما مرحوم امام (ره)

در این مورد بحثی در کتاب بیع خود ندارد.

دکتر زحیلی نیز هیچ اشاره‌ای به این مورد نکرده، ولی با رجوع به کتب

عامه معلوم می‌شود که وجود این شرط برای تحقق اکراه مؤثر در معامله، در نزد

همه مذاهب جز مشهور مالکیه و بعضی از شافعیه، لازم دانسته شده است. ۵۸

دکتر کاتوزیان نیز در ضمن تحلیل مثالی، اشاره دارد که برای تحقق اکراه

این شرط لازم است. عبارت او چنین است:

۵۶. الوسیط، ج ۱ / ۳۴۱-۳۴۲.

۵۷. مکاسب، ج ۳ / ۳۱۲.

۵۸. الاکراه و اثره فی التصرفات الشرعیّه، دکتر محمد سعود معینی / ۱۳۸-۱۳۹.

همچنین است (یعنی معامله، ناشی از اضطرار است و نافذ است)، هرگاه به دادن پولی تهدید شود و برای تهیه آن پول ناچار به فروش خانه اش شود؛ زیرا در هر دو فرض محرک بی واسطه او، امری درونی است و هدف از تهدید نیز اجبار به فروش نبوده است.^{۵۹}

دکتر سنه‌پوری نیز در الوسیط هیچ تعرضی به این مسئله نکرده است.

۳. معین بودن معامله

مرحوم شیخ انصاری (ره) برای تحقق اکراه این شرط را لازم نمی‌داند، ایشان می‌فرماید:

اگر کسی بر یکی از دو عقد یا دو ایقاع به طور نامعین اکراه شود و او یکی از آنها را انجام دهد، اگرچه آن را به اختیار انتخاب کرده است، ولی اقوی این است که اکراه هم از نظر لغوی و هم از نظر عرفی محقق می‌شود و اگر این مورد اکراه نباشد، اصلاً اکراهی محقق نخواهد شد؛ زیرا در همه موارد اکراه، معامله‌ای که در خارج می‌خواهد محقق شود، از جهت خصوصیات مکانی و... با اختیار انتخاب می‌شود.^{۶۰}

و بعد اضافه می‌کند که:

بله، اگر در اکراه بر فرد نامعین، آن معامله‌ای که انتخاب می‌شود، به طور خاص خصوصیتی داشته باشد، اثر شرعی این خصوصیت که خاص همین فرد انتخاب شده است، از نظر شرع برداشته نمی‌شود؛ زیرا در انجام این فرد به خصوص با این ویژگی که دارد، اکراهی نداشته و می‌توانسته آن دیگری

۵۹. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱ / ۴۹۹.

۶۰. مکاسب، ج ۳ / ۳۱۹.



را انجام دهد؛ مثلاً اگر بر انجام معامله‌ای چه صحیح و چه

فاسد، اکراه شود و معامله صحیح را اختیار کند، معامله

اکراهی محسوب نمی‌شود و تام است.^{۶۱}

ظاهر عبارت مرحوم امام (ره) در بیان حکم یک مسئله فرعی نیز نفی این

شرط است. عبارت ایشان چنین است:

اگر بر فروختن خانه یا باغ میوه‌اش اکراه شود، هرکدام آنها را

که اول انجام دهد، اکراهی محسوب می‌گردد؛ اگر چه قیمتش

بیشتر باشد یا حتی باقی بودنش در نزد مالک مهمتر از فروختن

آن باشد.^{۶۲}

از اینجا به خوبی استفاده می‌شود که در این فرض اگر چه در انتخاب فرد خاص،

انگیزه‌ای غیر از دفع ضرر تهدید هم وجود دارد، ولی باز اکراه محقق می‌شود.

دکتر زحیلی هیچ اشاره‌ای به این شرط نکرده، اما بنا بر نقل برخی از

محققان عامه، این شرط نزد اکثر فقهای عامه لازم دانسته نشده است. بله، از

بین آنها شافعیه تعیین را برای تحقق اکراه شرط کرده‌اند.^{۶۳}

دکتر کاتوزیان نیز در نفی این شرط چنین می‌گوید:

امکان دفع اکراه یا تحمل ضرر دیگر مانع از نفوذ اکراه در اکراه

نیست؛ چنان که اگر کسی بر یکی از دو امر اجبار شود و یکی

را برگزیند، اکراه محقق است.^{۶۴}

اما دکتر سنهوری نیز به این شرط اشاره‌ای نکرده، ولی با توجه به اینکه در

اینجا اکراه مستقیماً بر خود معامله است، اگر چه نامعین است، از آنجا که ترس

موجود در نفس معامله‌کننده منشأ انجام آن معامله می‌شود، ملاک تحقق اکراه

وجود دارد و معامله نافذ نیست.

۶۱. همان/ ۳۱۹-۳۲۰.

۶۲. کتاب البیع، ج ۲ / ۹۸.

۶۳. ر. ک: الاکراه و اثره فی التصرفات الشرعیه، دکتر محمد مسعود معینی / ۱۵۰.

۶۴. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱ / ۵۲۴.