

طرح بحث

غایت اصلی تمتع از حقوق، استیفای آن حقوق است. بنابراین، شناختن اهلیت تمتع از حقوق برای افراد، با شناختن اختیار استیفای آن حقوق ملازمه دارد. با این حال، علی‌رغم اینکه این اختیار برای هر کس شناخته شده است که حق خود را به هر گونه‌ای که ممکن است استیفا کند، (طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۵۰-۵۲)، در متون عبادی و فقهی مسلمانان از رجوع به حکام جور برای اجرای حقوقشان نهی شده‌اند. در این نوشتار، ابتدا منبع و مبنای قاعده مورد بحث (مبحث نخست) و سپس شرایط و آثار آن (مبحث دوم) بررسی خواهد شد.

مبحث نخست: منبع و مبنا

نخست: منبع

در قرآن کریم، آیه ۵۹ سوره نساء، مؤمنان را به اطاعت از خدا و رسول و اولی‌الامر فراخوانده و سپس در آیه بعدی، از ترافع به طاغوت نهی می‌کند و گمراهی از راه درست را به عنوان نتیجه این اقدام یادآور می‌شود (ر.ک: مکارم‌شیرازی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۹۹-۳۰۳). در تفسیر «طاغوت»، تشتت در آرا قابل ملاحظه است. با آنکه در برخی روایات به حاکمی که برخلاف خدا حکم کند، «طاغوت» گفته شده، در برخی دیگر، به هر که غیر از رسول و اولوالامر که بر مسند حکومت بنشیند، طاغوت گفته شده است (طبری، بی‌تا، ص ۵۶۷). در همین زمینه نیز روایاتی از معصومان علیهم‌السلام در تحکیم و تفسیر آیه مزبور و ممنوعیت مراجعه به حکام جور دیده می‌شود (اردبیلی، ۱۳۶۴، ج ۱۲، ص ۱۱۸؛ طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۳۷؛ طبری، بی‌تا، ص ۵۶۷، عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۷، ص ۱۳)؛ چنان‌که در یکی از این روایات آمده است: «از حکومت پرهیزید؛ زیرا حکومت از آن امام عادل و عالم به قضاست» (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۳۳۱-۳۳۶).

دوم: مبنا

قضاوت از شئون حاکم است و در فقه شیعه، حکومت از آن امام معصوم علیه‌السلام است. «نصب القاضی علی العموم منوطة بالإمام، قال الصادق علیه‌السلام: اتقوا الحكومة؛ فإن الحكومة إنما هی للإمام العالم بالقضاء العادل فی المسلمین» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص ۳۳۱-۳۳۶). بنابراین، نصب قاضی منحصرأ باید از طریق امام انجام گیرد. حال اگر فردی غیر از امام بر مسند حکومت بنشیند و اقدام به نصب قاضی کند، چون خود مشروع نیست، نمی‌تواند به قاضی منصوب خود مشروعیت بخشد. به همین دلیل، این قاضی منصوب، اختیار دخالت و تصرف در امور دیگران را نخواهد یافت. در نتیجه، از آن‌رو که چنین دادرسی

قاعده «منع رجوع به حکام جور» و بررسی آن

mirshekariabbas1@yahoo.com

عباس میرشکاری / استادیار گروه حقوق دانشگاه علم و فرهنگ

دریافت: ۱۳۹۱/۱۱/۷ - پذیرش: ۱۳۹۲/۸/۱۹

چکیده

قضاوت از شئون حاکم است و در فقه شیعه، حکومت از آن امام معصوم علیه‌السلام بنا بر این، نصب قاضی منحصرأ باید از طریق او صورت گیرد. حال اگر فردی غیر از امام معصوم علیه‌السلام بر مسند حکومت بنشیند و اقدام به نصب قاضی کند، چون خود مشروع نیست، نمی‌تواند به قاضی منصوب خود مشروعیت ببخشد. در نتیجه، قاضی منصوب از نزد او هم اختیار دخالت و تصرف در امور دیگران را ندارد. پس، از آن‌رو که این قاضی توان و حق تصرف در امور را ندارد، ترافع به او نیز مشروع نخواهد بود. در همین زمینه است که از رجوع به حکام جور نهی شده است. از آثار این ممنوعیت، عدم جواز دریافت محکوم‌به است، حتی اگر حکم صادر شده مطابق واقع باشد. همچنین جواز تقاض و پذیرش داوری از دیگر آثار این ممنوعیت است. در این مقاله، قاعده مزبور و آثار آن بررسی می‌شود.

کلیدواژه‌ها: حکومت، قاضی، حق، تقاض، ثبوت، اثبات، داوری.

توان و حق تصرف در امور را ندارد، ترافع به او نیز مشروع نخواهد بود. از دیگر سو، از جنبه اعتقادی نیز پذیرفتن قضاوت شخصی غیر معصوم به معنای پذیرش حکومت منصوب کننده قاضی است؛ امری که نتیجه‌ای جز شرکت در گناه حاکمان نخواهد داشت (طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۵۰؛ نجفی، ۱۳۹۷، ج ۲۱، ص ۴۰۳-۴۰۵؛ اسدی، بی تا، ج ۲، ص ۴۹۰؛ کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۴۹۰).

مبحث دوم: شرایط و آثار

نخست: شرایط

با وجود آنکه در ظاهر، رجوع به حاکم نامشروع به طور مطلق مشمول نهی قرار گرفته، اما در استقرایی که به عمل آمد، ملاحظه شد که قاعده به اعتبار مطلق دوام نیافته و استثنائاتی پیدا کرده است (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۲۲۲)؛ به این صورت که در برخی از روایات، در صورتی از رجوع به حکام جور نهی شده است که قاضی بر خلاف حکم خداوند فتوا بدهد. بدین سان، اگر حاکم مشروع نباشد اما حکمی مطابق حق بدهد رجوع به حاکم منعی نخواهد داشت (نجفی، ۱۳۹۷ق، ج ۲۱، ص ۴۰۳).

برخی دیگر نیز از مرافعه‌ای نهی کرده‌اند که به منظور فصل دعوا و گرفتن حکم باشد. اما اگر منظور از «اقامه دعوا» تنها صلح با طرف مقابل باشد مانعی در رجوع به شخص فاقد شرایط قضاوت از نظر فقه اسلامی وجود ندارد؛ زیرا این رجوع بیش از آنکه به اقامه دعوا شباهت داشته باشد به انعقاد قرارداد صلح می ماند که حاکم تنها در آن نقش ناظر ایفا می کند و چنان که معلوم است علی‌الاصول، برای ناظر، نیازی به شرایط خاص قضاوت نیست (همان).

همچنین اگر به دست آوردن حق متوقف بر رجوع به حکام جور باشد مشارکت در گناه تنها متوجه ممتنع از ادای حق بوده و مدعی، مرتکب تقصیری نشده است؛ چراکه وی چاره‌ای جز در رجوع به چنین حکامی ندارد. روایات مورد استناد هم از رجوعی نهی می کند که شخص در آن اختیار داشته باشد، نه آنکه چاره‌ای جز رجوع به حاکم نداشته باشد (نجفی، همان؛ کلباسی، بی تا، ص ۲۵۱)، به‌ویژه آنکه هدف وی نیز تثبیت موقعیت حکام نیست (طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۵۰). در پذیرش رجوع به حکام جور در قضیه مزبور، به اصل «لاضرر» و برداشتن حکم حرمت رجوع نیز استناد شده است (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵ق، ص ۷۸؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۰۴؛ انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۴۶۰). جالب آنکه برخی هنگام ضرورت، از جمله در توقف اخذ حق بر مرافعه به حکام، با توجه به قواعد «لاضرر» و «لاخرج»، نه تنها منعی در رجوع نمی بینند، بلکه حتی احتمال وجوب رجوع را نیز داده‌اند (اصفهانی، بی تا، ص ۷). با این حال، برخی مقتضای اطلاق روایات را عدم جواز می دانند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵ق، ص ۷۸-۸۲).

دوم - آثار

الف. عدم جواز اخذ حق

براساس دیدگاه مشهور، هر کس به قضاوت جور رجوع کند، به صرف مراجعه و بدون نیاز به اخذ محکوم‌به (اردبیلی نجفی، بی تا، ص ۶۸۷)، جدا از آنکه از نظر عبادی، عاصی و فاسق دانسته شده، از نظر فقهی نیز مستحق اخذ محکوم‌به نیست؛ هرچند قاضی به حقی حکم داده باشد که در عالم ثبوت نیز وجود داشته باشد (اردبیلی نجفی، بی تا، ص ۶۸۷)؛ زیرا با حکم طاغوت، که حق حکومت ندارد، حقی را گرفته است (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۷، ص ۱۳؛ همو، بی تا، ج ۳، ص ۶۶؛ اسدی، ج ۲، ۱۳۸۹، ص ۴۸۱).

این نکته می تواند مؤید اهمیت فرایند اثبات در وجود ثبوتی نهادهای حقوقی باشد. به بیان دیگر، اثبات یک پدیده باید از روشی پذیرفته شده انجام گیرد. عدم رعایت این روش در نهایت، سبب خواهد شد وجود ثبوتی حق نیز زیر سؤال برود (میرشکاری، ۱۳۹۲، ص ۲۴).

با آنکه فقها عموماً بر این باورند که نهی تکلیفی از ترافع به طاغوت، با ملازمه عرفی، بر عدم نفوذ حکم و در نتیجه، عدم جواز اخذ حق دلالت می کند (محقق اردبیلی، ۱۳۶۴، ج ۱۲، ص ۸)، با این حال، برخی در حرمت اخذ حق عینی تردید دارند؛ زیرا این مصداق حق دینی است که چون با جبر حاکم نامشروع مشخص می شود، اعتبار نخواهد داشت. اما از آن رو که مصداق حق عینی بدون حکم حاکم قابل تعیین است، بنابراین، حکم حاکم نمی تواند تأثیری در منع فرد از اخذ حق خود داشته باشد (طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۵۰).

از این باور در این نکته، می توان استفاده کرد که حکم قاضی در حقوق دینی، عموماً جنبه تأسیسی دارد، در حالی که در حقوق عینی، حکم جنبی اعلامی دارد. به همین دلیل، در این دسته از حقوق، به علت نامشروع شناختن حاکم، وی نمی تواند حقی را تأسیس کند؛ اما اعلام حق از جانب وی اشکالی ندارد.

ب. جواز تقاص

علی‌الاصول، اموال هر کس هرچند بدهکار باشد در پرتو حمایت اصل «تسلیط» است. طلبکار نمی تواند اقدام به دریافت خودسرانه حق خود کند، مگر آنکه فرایند اخذ حق را به شیوه قانونی طی کرده باشد. با این حال، در فقه، به طلبکاری که نتواند حقی را دریافت کند، با تحقق شرایطی (نراقی، ۱۴۱۹ق، ج ۷۱، ص ۴۶۲)، اجازه داده شده است بدون محدودیت در نوع مال «من علیه الحق» احقاق حق کند. بدین سان، قاعده «تقاص» با اصل «تسلیط مالک بر ملک خود» و منع اخراج مال از تصرف مالک ناسازگار است (بحرانی، بی تا، ج ۲۳، ص ۲۸۱؛ ماده ۳۱ ق.م).

در بیان تحقق شرایط تقاص به اجمال، می‌توان گفت: زمانی که وصول حقی، به طور متعارف متعذر باشد هر شخصی که از وجود این حق آگاه باشد بدون محدودیت در نوع مال من علیه‌الحق می‌تواند احقاق حق کند (نراقی، ۱۴۱۹ق، ج ۷۱، ص ۶۲؛ عاملی، بی‌تا، ص ۲۷۹؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲۰، ص ۳۹۷). در خصوص ماهیت تقاص، باید گفت: به دلیل آنکه تقاص سبب مالکیت تقاص گیرنده می‌شود (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۴)، بنابراین، از اسباب تملک حق به شمار می‌آید. از این رو، ناگزیر باید در قالب یکی از دو دسته اعمال و وقایع حقوقی قرار بگیرد. در این تردید، از عبارت برخی از فقها که می‌گویند «اگر مال مورد تقاص از جنس حق طلبکار باشد میان این دو معاوضه قهری صورت می‌گیرد»، می‌توان چنین برداشت کرد که تقاص یک واقعه حقوقی است. ولی بنابر دیدگاه مشهور، در تقاص، اراده و قصد لازم است. بنابراین، جزو اعمال حقوقی است و نه وقایع حقوقی؛ و با توجه به اینکه اراده صرف تقاص کننده برای تحقق آن کافی است ایقاع محسوب می‌شود. اما این اراده باید به گونه‌ای صورت خارجی بیابد و عموماً نظر بر این است که برای اعمال آن، نیازی به لفظی مخصوص نمی‌باشد (روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۵، ص ۲۲۳). با این حال، توجه به این نکته لازم است که صرف نیت تملک مال مدیون کافی نیست و مقاصه بدون اخذ و تسلط بر مال مورد تقاص تحقق نمی‌یابد (یزدی، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۷۲۸). از این رو، تقاص یک ایقاع عینی محسوب می‌شود.

به هر روی، غیرممکن بودن وصول حق ممکن است به دلایل گوناگون باشد؛ از جمله آنکه طرف حق تقاص ممکن است اصل حق را انکار کند (شهید ثانی، بی‌تا، ص ۵۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۸۸؛ اصفهانی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۹۷)، یا آنکه علی‌رغم تأیید، از پرداخت و ادای آن مامله نماید (یزدی، ۱۴۲۰ق، ص ۷۲۸؛ ابن ابی‌جمهور، ۱۴۱۰، ص ۶۷)، یا ادعای سقوط حق کند؛ (مثلاً، با ادعای تحقق حواله (محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ص ۳۸۲)، یا آنکه غایب باشد که در این صورت، هر چند انکارش محرز هم نباشد تقاص از اموال او جایز است (یزدی، ۱۴۲۰ق، ص ۷۱۵-۷۲۱). برخی دیگر معتقدند: اجود بر عدم امکان مقاصه است، مگر آنکه طول غیبت سبب ضرر شود که در آن صورت هم در صورت امکان، رجوع به حاکم افواست (عاملی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۴۲-۲۴۴). یا ممکن است صاحب حق توان اثبات حق خود را نداشته باشد (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۹۳).

در نتیجه شرایط مزبور، می‌توان نسبت به حق عینی یا دینی من علیه‌الحق اعمال تقاص نمود (یزدی، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۷۱۵). اگر حق، عینی باشد و گرفتن مال مورد حق بدون مشقت ممکن باشد مالک می‌تواند مال خود را بگیرد. در این صورت، تقاص از مال دیگری از مدیون جایز نخواهد بود. اما اگر امکان دستیابی به خود مال ممکن نباشد تقاص از مال دیگری از مدیون ممکن خواهد بود (همان، ص ۷۱۵-۷۲۱؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۶-۴۳۷). برای مثال، اگر «الف» مال «ب» را غصب

کرده باشد و سپس مال «الف» در دست «ب» به‌عنوان امانت قرار گیرد، «ب» می‌تواند از مال مورد امانت به همان مقدار مال خود به‌عنوان تقاص بردارد (بهبخت، بی‌تا، ص ۳۷۰). اما اگر حق دینی باشد محدودیتی در نوع مال مورد تقاص وجود ندارد. برای مثال، اگر فرزندی نسبت به پرداخت نفقه مادر خود اقدام نکند مادر می‌تواند از مال فرزند خود، به‌عنوان تقاص حق نفقه خویش استفاده کند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۶۹).

یکی از مواردی که تقاص مجاز دانسته شده زمانی است که حاکم، نامشروع تلقی شود و من علیه‌الحق خود اقدام به پرداخت دین نماید. در این صورت، به‌عنوان راهی جایگزین برای استیفای حق، راه تقاص برای وصول حق پیش‌بینی شده است (اردبیلی، ۱۳۶۴، ج ۵، ص ۳۳۴)؛ به این صورت که طلبکار، خود مجاز خواهد بود که از مال مدیون اقدام به وصول طلب خویش نماید (ایزنلو، ۱۳۸۹، ص ۲۷).^(۱)

ج. مراجعه به داوری

یکی دیگر از آثار ممنوعیت رجوع به حاکم نامشروع، اجباری شدن حکمیت است. در فقه اصولاً داوری جایز دانسته شده و تمام اختلافات بر سر حدود آن است (درباره جواز داوری، ر.ک: مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۳۳، ص ۳۷۹؛ طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۴۵؛ سبزواری، ۱۴۳۳، ج ۲، ص ۶۶۴. درباره جواز داوری، عمدتاً به آیه ۳۵ سوره نساء استناد شده است. ر.ک: عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۳۶۴. با این حال، درباره حدود داوری اختلاف است. ر.ک: نجفی، ۱۳۹۷، ج ۴۰، ص ۲۴). اما دایره این جواز تا اندازه اباحه رجوع به داوری است. با این حال، نهی از رجوع به حکام نامشروع، سبب شده است داوری در این موقعیت، نه تنها جایز، بلکه الزامی تلقی شود؛^(۲) چنان‌که در روایتی معصوم علیه السلام پس از برحذر داشتن شیعیان از رجوع به حکام جور، به‌عنوان بدل و جایگزین، توصیه می‌کنند که شیعیان در اطراف خود بنگرند و کسی را که به روایت حدیث اهل بیت علیهم السلام می‌پردازد و با حلال و حرام آنان آشناست و احکام ایشان را می‌شناسد انتخاب کنند و به او به‌عنوان «حاکم» رضایت دهند و سپس بیان می‌دارند که «من این فرد را بر شما حاکم قرار می‌دهم».^(۳)

از لحن روایت و اینکه حضرت شرایط سختی را برای قضاوت قرار نداده‌اند (قطب راوندی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۷) و معرفت اجمالی به احکام را کافی می‌دانند (طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۴۵)، برمی‌آید که لزوماً نیازی نیست که فرد انتخاب شده توسط طرفین، شرایط افتا را داشته باشد؛ همان‌گونه که در داور نیز شرایط قاضی لازم دیده نشده است (شهید اول، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۷۹)، به‌ویژه آنکه این بحث در جایی مطرح شده است که قاضی جامع‌الشرائط وجود نداشته باشد (طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۴۵).

نتیجه گیری

- همان گونه که ذکر شد، شخصی که از حق تمتع برخوردار است، باید اختیار استیفای آن را نیز داشته باشد. از این ملازمه منطقی، در مواردی عدول شده است؛ از جمله، در فقه، با استناد به قاعده «منع رجوع به حکام جور»، اشخاصی که از حق تمتع برخوردارند نمی توانند برای استیفای حقوقشان به حکام جور رجوع کنند.
- قضاوت از شئون حاکم است و در فقه شیعه، حکومت از آن امام معصوم علیه السلام بنا بر این، نصب قاضی منحصرأ باید از طریق امام علیه السلام انجام گیرد. حال اگر کسی غیر از امام بر مسند حکومت بنشیند و اقدام به نصب قاضی کند، چون خود مشروع نیست، نمی تواند به قاضی منصوب خود مشروعیت ببخشد. به همین دلیل، این قاضی منصوب، اختیار دخالت و تصرف در امور دیگران را نخواهد یافت. در نتیجه، چون چنین دادرسی توان و حق تصرف در امور را ندارد، ترافع به او نیز مشروع نخواهد بود.
- اگر تحصیل حق متوقف بر رجوع به حکام جور باشد مشارکت در گناه تنها متوجه ممتنع از ادای حق بوده و مدعی، مرتکب تقصیری نشده است؛ چراکه وی چاره‌ای جز رجوع به چنین حکامی ندارد. روایات مورد استناد هم رجوعی را نهی می کنند که شخص در آن اختیار داشته باشد، نه آنکه چاره‌ای جز رجوع به حاکم نداشته باشد. در پذیرش رجوع به حکام جور در قضیه مزبور، به اصل «لا ضرر» و برداشتن حکم حرمت رجوع نیز استناد شده است.
- بر اساس دیدگاهی مشهور، هر کس به قضاوت جور رجوع کند، به صرف مراجعه و بدون نیاز به اخذ محکوم به، جدا از آنکه از نظر عبادی عاصی و فاسق دانسته شده، از نظر فقهی نیز مستحق اخذ محکوم به نیز نیست؛ هر چند قاضی به حقی حکم داده باشد که در عالم ثبوت نیز وجود دارد.
- یکی از مواردی که تقاص مجاز دانسته شده، زمانی است که حاکم، نامشروع تلقی شده و من علیه‌الحق خود اقدام به پرداخت دین ننماید. در این صورت، به عنوان راهی جایگزین برای استیفای حق، راه تقاص برای وصول حق پیش‌بینی شده است، به این صورت که طلبکار، خود مجاز خواهد بود که از مال مدیون اقدام به وصول طلب خویش نماید.
- یکی دیگر از آثار ممنوعیت رجوع به حاکم نامشروع، اجباری شدن حکمیت است. نهی از رجوع به حکام نامشروع، سبب شده است داور در این موقعیت، نه تنها جایز، بلکه الزامی تلقی شود.

پی‌نوشت‌ها

- البته روشن است که وجود تقاص به عنوان دادگستری خصوصی تلقی شده و با ویژگی‌های یک نظام حقوقی پیشرفته سازگار نیست. اما حتی امروزه نیز نمی توان وجود دادگستری خصوصی را در حقوق ایران نادیده گرفت؛ چراکه هنوز هم رگه‌هایی از توجه به این نهاد حقوقی در قانون مجازات اسلامی و آراء دیوان عالی کشور یافت می شود؛ چنان که دیوان عالی کشور برداشتن مال غیر را به قصد استیفای حق خود و تلافی، سرقت ندانسته و حکم به برائت داده است: دادنامه تفیذی ۴۸۶ - ۷۰/۱۱/۲۶ و نیز حکم شماره ۲۰۲/۵۷۰۷۰/۳۷/۱۰ شعبه ۸ دیوان عالی کشور، با این حال، باید گفت: هر چند بند ۱۴ ماده ۱۹۸ ق.م.ا. در بیان شرایط سرقت، مستوجب حله مقرر داشته است که «سارق مال را به عنوان دزدی برداشته باشد»؛ اما به نظر می رسد عمل چنین شخصی مشمول ماده ۲۶۵ قانون مجازات اسلامی باشد، نه آنکه اصل «برائت» شامل حال وی شود.
- با این حال، در نظام حقوقی ما، مواردی وجود دارد که دادگستری خصوصی را مشروع می نماید: ماده ۱۳۱ قانون مدنی از نمونه‌های همین مشروعیت بخشی است. به این نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه توجه کنید: «الف. حق استفاده از حق و اختیاری که در ماده ۱۳۱ ق.م. به همسایه داده شده است، محتاج به اقامه دعوی و کسب اجازه از دادگاه و یا دیگر مراجع قضایی نیست. ب. در صورت استفاده همسایه از حق، موضوع ماده ۱۳۱ صاحب درخت نمی تواند از او مطالبه خسارت کند و شکایت صاحب درخت در این خصوص، مسموع نیست. ج. چون عمل همسایه در حدود ماده ۱۳۱ است، مجازات کیفری نمی تواند داشته باشد». اداره حقوقی در نظریه شماره ۷/۵۶۰۱ به تاریخ ۷۸/۸/۳۰ بر عقیده خویش باقی است (بهنامی، ۱۳۸۵، ص ۴۷).
- حق حبس در معاملات نیز از بقایای تقاص تلقی می شود. فقها در توجیه حق حبس به تقاص اشاره کرده اند (ر.ک: مروارید، ج ۵، ص ۴۶۹). در برخی موارد، نظیر دفاع مشروع، کشتن مه‌بورالدم یا نمونه مذکور در ماده ۳۳۰ قانون «مجازات اسلامی» می توان برخی امور را به منصفه ظهور رسانید پیش از آنکه اثبات شوند. همچنین نظر برخی از فقها که در اعمال حق قصاص نیازی به اذن حاکم نمی بینند (حلی، ۱۴۰۹، ج ۲ و ۳، ص ۱۰۰۲) در برخی از نظریات رسمی نفوذ کرده است (نظریه شماره ۷/۳۳۳۴ به تاریخ ۱۳۷۸/۶/۱ اداره حقوقی).
- توجه به این نکته لازم است که محل بحث تنها جایی نیست که داوری اجباری شمرده شده است، بلکه در فقه، در فرع شفاق بین زوجین این بحث مطرح شده که آیا ارجاع اختلاف به داور از سوی مخاطب آیه، اجباری است یا خیر؟ (طباطبائی، سال ۱۰، ج ۱، ص ۴۷۹) با توجه به مخاطب آیه، نظر داده شده است که اگر مخاطب، حاکم باشد با توجه به اینکه ظاهر از حال شفاق، افتادن زوجین در حرام است، و نظر به اینکه خلاصی دادن افراد از ارتکاب گناه، جزو امور حسبه محسوب می شود، ارجاع به داور لازم است. اما اگر مخاطب خود زوجین باشند، الزامی به سرسپردن به داوری ندارند. با این حال، قابل توجه است که آیه از خوف وقوع در حرام سخن می گوید، نه خود وقوع در حرام؛ و رهنانیدن افراد از وقوع در حرام واجب است، نه خلاصی دادن خود از خوف وقوع در حرام. برخی دیگر از باب امر به معروف، داوری را اجباری می دانند (ر.ک: نجفی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۲۱۳)؛ در حالی که به نظر می رسد نهی از منکر مجال اجرا دارد، نه امر به معروف.
- اسدی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، منتهی المطلب، ج ۲، بی تا، بی تا، ص ۹۹۴؛ آشتیانی، کتاب القضاء، ص ۴۷۷: «ومنها ما عن أبي عبدالله علیه السلام فی روایة ابي خديجه: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى حكام الجور، ولكن انظروا إلى رجل يعلم شيئاً من قضايانا، فاجعلوه بينكم قاضياً؛ فأنتي قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه». ومنها ما عن أبي خديجه أيضاً، قال: بعثني أبو عبدالله علیه السلام إلى اصحابنا، فقال: «قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تراءى في شيء» من الاخذ والعطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق. اجعلوا بينكم رجلاً ممن قد عرف حالنا وحرامنا؛ فأنتي قد جعلته قاضياً وإياكم أن يتحاكم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر». ومنها ما عن داود بن الحصين في رجلين اتفقا على عدلين جعلهما بينهما في حكم وقع بينهما فيه اختلاف، فرضيا بالعدلين، واختلف العدلان بينهما عن قول أئمتنا يمشي الحكم، فقال: ينظر إلى أفقهما واعلمهما باحدیننا واورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت إلى الآخر» (مروارید، سال ۹، ج ۱۱، ص ۱۴۵).

ابن ابی جمهور (۱۰۴۱ق)، *الاقطاب الفقیهیه*، بی نا، خیام.

اردبیلی نجفی، احمدین محمد (بی تا)، *زبدة البیان*، قم، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

اردبیلی، محقق (۱۳۶۴)، *مجمع الفائدة*، قم، موسسه نشر اسلامی.

اسدی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱۳۸۹)، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، تهران، علمیه.

— (بی تا)، *متهی المطلب*، بی جا، بی نا.

اصفهانی، بهاء‌الدین محمد بن تاج‌الدین حسن بن محمد (بی تا)، *کشف اللثام عن قواعد الاحکام*، قم، موسسه نشر اسلامی.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق)، *فرايد الاصول*، قم، مجمع فکر اسلامی.

ایزنلو، محسن و میرشکاری، عباس (۱۳۸۹)، *تفصیل و مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، سال ۲، ش ۳،

زمنستان ۱۳۸۹.

بحرانی، یوسف (بی تا)، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، موسسه نشر اسلامی.

بهجت، شیخ محمدتقی (بی تا)، *توضیح المسائل*، ج دوم، قم، شفق.

حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق)، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، ج دوم، قم، آل‌بیت.

حلی، محقق (۱۴۰۹ق)، *شرائع الإسلام*، تهران، استقلال.

خمینی، روح الله (بی تا)، *تحریر الوسيلة*، تهران، دارالکتب العلمیه.

راوندی، قطب (۱۴۰۵ق)، *فقه القرآن*، قم، مکتبه آیه الله العظمی النجفی المرعشی.

روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۴ق)، *فقه الصادق*، ج سوم، تهران، دار الکتب.

سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن (محقق) (۱۴۲۳ق)، *کفایة الاحکام*، قم، موسسه نشر اسلامی.

شهید اول، شمس‌الدین محمد بن مکی (۱۴۱۴ق)، *الدروس*، قم، موسسه نشر اسلامی.

— (۱۴۱۱ق)، *لمعة دمشقیه*، بی جا، چاپ قدس.

طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۵ق)، *القضاء فی الفقه الاسلام*، قم، مجمع فکر اسلامی.

طباطبائی، سیدعلی (۱۴۱۴ق)، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، موسسه نشر اسلامی.

طبری، محمد بن جریر (بی تا)، *المسترشد*، بی نا، بی جا.

عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهیدثانی) (بی تا)، *شرح للمعه*، نجف، جامعه نجف.

— (۱۴۱۴ق)، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم، موسسه معارف اسلامی.

— (بی تا)، *رسائل*، قم، بصیرتی.

عاملی، محمد بن حسن حر (۱۴۰۹ق)، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، آل‌بیت.

قمی، میرزا (۱۳۷۱)، *جامع الشتات*، تهران، کیهان.

کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۰۸ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد حسن بن یوسف علامه حلی*، قم، آل‌البيت.

کلباسی، ابراهیم (بی تا)، *منهاج الهدایه*، بی نا، بی جا.

مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، *بحار الانوار*، بیروت، داراحیاء التراث العربی.

مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق)، *الینایع الفقیهیه*، بیروت، دارالتراث.

مکارم شیرازی، ناصر (بی تا)، *الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل*، بی نا، بی جا.

میرشکاری، عباس (۱۳۹۲)، *ثبوت و اثبات*، رشت، جنگل.

نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۱۸ق)، *منیة الطالب*، ج ۲، قم، موسسه نشر اسلامی.

نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۳۹۷)، *صاحب الجواهر*، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، چ ششم، تهران، کتابخانه

اسلامی.

نراقی، محقق (۱۴۱۹ق)، *مستند الشیعه*، قم، ستاره.

یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۰ق)، *العروه الوثقی*، قم، موسسه النشر اسلامی.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی