

مسئولیت مدنی سبب مجمل

چکیده: این مقاله به طرح و بررسی حکم مسأله‌ای از مسئولیت مدنی می‌پردازد که در آن، اشخاصی به‌طور مستقل اما همزمان، اعمالی مشابه انجام می‌دهند و در نتیجه اقدام یکی از آنها که به‌طور مشخص قابل تعیین نیست، ضرری به ثالث وارد می‌آید. برای تعیین مسؤل جبران خسارت‌ها روش‌های مختلفی، مانند: اجرای اصل عملی تخییر در موارد علم اجمالی، تأسیس حکمی فقهی به‌عنوان اصل در این‌گونه موارد، تعیین مسؤل به وسیله قرعه، استناد به اماره قضایی، جبران خسارت‌ها از بودجه عمومی، اجرا و جمع میان دو حکم متعارض، استناد به نظریه خطر، استناد به اماره مسؤلیت و سرانجام، اعمال ولایت حاکم شرع پیشنهاد شده است. در این مقاله، هر یک از راه‌های مذکور مطرح گردیده و مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مقدمه

مسئولیت مدنی و ضمان قهری از مباحثی است که قلمرو بسیار وسیعی دارد و مسائل مختلفی در آن مطرح می‌شود. زیرمجموعه گسترده این مبحث، زمینه مناسبی برای تحقیقات حقوقی محسوب می‌گردد؛ بویژه آنکه پاره‌ای از مسائل مندرج در این عنوان، که دارای مصادیق خارجی و مبتلابه نیز می‌باشند، تاکنون در منابع حقوقی، و حتی فقهی، اصلاً مطرح نشده یا در سطح بسیار محدود بررسی گردیده‌اند. یکی از سرفصل‌های ضمان قهری، قاعده اتلاف (اعم از بالمباشرة و بالتسبیب) یا

ضمان ناشی از اتلاف می‌باشد. بررسی حکم ناشی از اتلاف، منوط به تفکیک صورت‌های مختلفی است که قابل فرض می‌باشد و فقها، و نیز حقوقدانان، با اتخاذ همین روش، به تفصیل، به بررسی مسائل گوناگون مربوط به قاعده اتلاف پرداخته‌اند. یکی از صورت‌های مذکور، وضعیت است که مباشر و سبب در ایجاد ضرر مشارکت داشته باشند. با این حال، این همکاری دوسویه تنها یکی از فرض‌های قابل تحقق است. ممکن است که چند مباشر یا چند سبب در عرض یکدیگر و با همکاری با هم، یا چند سبب در طول یکدیگر، موجبات ورود خسارت را فراهم سازند.

یکی از صورت‌های محتمل نیز آن است که چند نفر به طور گروهی، به ارتکاب عملی اقدام کنند، اما به گونه‌ای که هر یک عمل مشابه و مستقلی را - همزمان با دیگران - انجام دهد و در نتیجه اقدام یکی از آنها که به طور شخصی قابل تعیین نباشد به ثالثی ضرری وارد شود. در این تحقیق، بنابر آن است که حکم مسأله و چگونگی مسؤلیت اشخاص داخل گروه بررسی شود و در این زمینه احتمال‌های مختلفی، مانند عدم ضمان تمام آنها، مسؤلیت مشترک و مساوی آنها و مسؤلیت تنها یکی از آنها قابل تصور است.

در اینجا جهت اطلاع مخاطبان از گستردگی فحص و جستجو در این باره و تازگی طرح مطلب، باید گفت که در فرآیند پژوهش کتابخانه‌ای، با وجود بررسی تعدادی از منابع، در بخشهایی که احتمال طرح مسأله در آنها وجود دارد و - به اصطلاح - مظان بحث محسوب می‌شوند، سابقه‌ای از آن یافت نگردید که می‌توان به این کتابها اشاره کرد: جواهرالکلام، اثر شیخ محمدحسن نجفی، جلد چهارم و دوم؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، اثر شهید ثانی، جلد دهم؛ العناوین، اثر میرعبدالفتاح حسینی مراغی؛ رساله فی الغصب، اثر میرزا حبیب‌الله رشتی؛ القواعد الفقهية، اثر میرزا حسن بجنوردی، جلد دوم؛ قواعد فقه، اثر دکتر ابوالحسن محمدی؛ قواعد فقه، بخش مدنی، اثر دکتر مصطفی داماد، جلد اول. (۱)

می‌توان به جرأت اظهار داشت که این مسأله یکی از دشوارترین و پیچیده‌ترین مسائل فقهی و حقوقی است، به گونه‌ای که نظام حقوقی ایران و متون فقهی مطالعه شده، پاسخ روشن و کافی برای آن ندارند و لذا مأخذ و کتاب مستندی برای بررسی نظریات مربوط

طرح و بررسی گردد و البته باب تحقیق پیرامون آن، همچنان باز خواهد بود. امید است که این مختصر بتواند راهگشای پژوهش‌های بعدی پیرامون این موضوع گردد.

۲. اشاره‌ای به مبانی و ارکان مسئولیت مدنی

فقا و حقوق‌دانان، برای تحقق مسئولیت مدنی، مبانی مختلفی را پیشنهاد کرده‌اند. این وضع، هم در نظام حقوقی اسلام و هم در نظام‌های حقوقی موضوعه معاصر وجود دارد. در نظام حقوقی اسلام، قواعد و ضمان‌های مختلفی، به‌عنوان منابع ضمان قهری، مطرح شده‌اند، مانند: قاعده لاضرر (۲)، ضمان ید، قاعده غرور و قاعده اتلاف.

در حقوق موضوعه هم نظریه‌های متعددی پیشنهاد شده است، همچون نظریه تقصیر، نظریه ایجاد خطر، نظریه تضمین حق و نظریه‌های مختلط. با این حال، می‌توان گفت که مسئولیت مدنی اصولاً ناشی از تقصیر، بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است و گاه به‌طور خاص، با هدف جبران ضرر نامشروع وارد شده یا خطر حادث شده برای دیگران، ایجاد می‌گردد.

مسئولیت مدنی بر هر بنیانی که مبتنی باشد، برای تحقق آن، معمولاً وجود سه رکن ضروری است: (۳)

۱. وجود ضرر؛ (۴) ۲. ارتکاب فعل زیان‌بار؛ ۳. رابطه سببیت میان فعل شخص و ضرری که وارد شده است. (۵)

بدین ترتیب، جهت شناسایی مسئولیت هر شخص، باید هر سه رکن یکجا جمع شوند و در صورت فقدان هر یک از این ارکان نمی‌توان شخص مورد نظر را مسئول دانست.

۳. رابطه سببیت؛ بررسی در مسأله مورد مطالعه

چنانکه می‌دانیم، صرفاً انجام عملی توسط مدعی علیه - اعم از آنکه همراه با تقصیر بوده باشد یا خیر - و نیز ورود خسارت به زیان‌دیده، نمی‌تواند مرتکب عملاً را مسئول

شود که خسارت از عمل آن شخص ناشی شده و - در اصطلاح فقها - مستند به فعل مرتکب است. چه بسا پس از عمل خوانده، وقایع دیگری رخ داده باشد که عرف، ورود ضرر را به تمام یا برخی از آنها منتسب می‌گرداند. (۶)

تعیین این رابطه که از آن با نام رابطه سببیت یاد می‌گردد اهمیت بسیاری دارد. باید از میان تمام رویدادها که هر کدام به نحوی در ورود خسارت نقش داشته است عامل اصلی را یافت. البته در صورتی که تقصیر مرتکب، جزء شرایط تحقق مسؤلیت مدنی باشد باید صرفاً به وقایع و نتایجی توجه گردد که بر اثر قصد نامشروع، بی احتیاطی یا بی‌مبالاتی او به وقوع پیوسته باشد، چرا که با فرض مذکور، هر رویداد دیگری نیز که واقع شده باشد، آنچه اهمیت دارد اثبات نشأت گرفتن خسارتها از یک تقصیر عمده است.

در این میان، گاه باید رابطه سببیت میان ورود ضرر با فعل شخص تحت سرپرستی و مسؤلیت مدعی علیه اثبات گردد، مانند کارگر، صغیر و مجنون و گاه نیز رابطه مذکور میان وقوع خسارت با اشیاء تحت مسؤلیت او، مانند اتومبیل و حیوان، باید احراز شود. (۷)

در این تحقیق، این مسأله که باید رابطه سببیت با شخص خوانده یا با شخص یا شیء تحت مسؤلیت او قابل اثبات باشد مفروضه است و مورد بحث نمی‌باشد؛ بلکه آنچه مهم است آن است که افعال متعدد از اشخاص مختلف، به طور همزمان، محقق گردیده باشد به طوری که استناد ورود ضرر به هر یک از آنها محتمل باشد. برای مثال، ممکن است چند کودک که تحت ولایت یا قیمومت یا سرپرستی اشخاص متفاوتی قرار دارند، به طور همزمان، خارج از نظارت و مراقبت آنها قرار داشته، یکی از آنها خسارتی به اموال شخص ثالثی وارد گرداند به گونه‌ای که احتمال برود هر یک از آنها سبب ورود آن خسارت باشند. باید توجه داشت که در این مسأله، فرض بر آن است که سببی غیر از کودکان مورد نظر - مثلاً - متصور نیست یا در مظان انتساب مسؤلیت به آن قرار ندارد.

در مثال دیگری، ممکن است که تصادم اتومبیل، مقارن با رمیدن حیوان تحت مسؤلیت دیگری به وقوع پیوسته، ضرری که از برخورد اتومبیل یا حیوان به اموال ثالث وارد شده، قابلیت انتساب به هر یک از دو رویداد را داشته باشد، با این پیش فرض که

۴. جایگاه مسأله اجتماع چند مباشر یا چند سبب در موضوع این تحقیق

هنگام بحث درباره قاعده اتلاف به تسبیب و احراز رابطه سببیت، به مواردی بر می خوریم که چند سبب یا چند مباشر در ایجاد خسارت مؤثر بوده و دخالت داشته است. این بحث در کتاب های فقهی، ذیل فروع مختلفی مطرح می گردد. (۸)

در منابع حقوق مدنی ایران نیز بررسی های فراوانی در این زمینه انجام شده است (۹)، ولی همچنان که در شماره پیش ذکر شد، موضوع مورد نظر در این تحقیق از مصادیق اجتماع چند مباشر یا چند سبب یا اجتماع سبب و مباشر نیست. در این مسأله، فرض بر آن است که دخالت چند عامل در عرض یا طول یکدیگر - به عنوان مباشر یا سبب - مطرح نمی باشد. هر چند که وقوع چند حادثه مستقل زمینه بحث را فراهم می سازد و در واقع با وقوع رویدادهای متعدد، یکی از شرایط این مسأله محقق می گردد؛ اما هدف آن نیست که مسئولیت تمام یا تعدادی از آنها را اثبات کنیم، بلکه فرض حقوقی مورد نظر در این مسأله، وجود تنها یک مسؤل واقعی - هر چند نامعین و ناشناخته - است. این فرض حقوقی، تاکنون، در منابع مکتوب به بحث گذارده نشده است و هدف این نوشتار، طرح کردن مسأله و یافتن پاسخی برای آن می باشد.

۵. طرح مسأله؛ ذکر چند مثال

در خلال بحث های گذشته، ویژگیهای مسأله روشن شد. در اینجا برای تبیین بیشتر، مثال هایی را که به طور پراکنده مطرح شده است نقل می کنیم:

۱. گروهی با هم به شکار می پردازند. در این اثنا، گلوله ای از تفنگ یکی از آنها به اسب کشاورزی اصابت می کند و می میرد و می دانیم که با وجود شلیک گلوله های متعدد توسط شکارچیان، تنها گلوله یکی از آنها به اسب اصابت کرده است. (۱۰)

۲. چند نفر به طرف ماشینی سنگ پرتاب می کنند. در نتیجه اصابت یکی از سنگ ها، شیشه ماشین می شکند یا خسارتی به بدنه آن وارد می شود، در حالی که معلوم نیست سنگ کدام یک از این افراد به شیشه یا بدنه ماشین برخورد کرده است. (۱۱)

باید توجه داشت که این مثال صرفاً از نظر تکلیف کارگران در برابر کارفرمایی که خسارت زیان‌دیده را باید جبران کند از مصادیق موضوع این تحقیق تلقی می‌شود، ولی از نظر رابطه زیان‌دیده با کارفرما، به دلیل آنکه مسؤلیت عمل گروهی که خسارت، ناشی از عمل یکی از آنها بوده بر عهده کارفرماست، مشخص نبودن افزونده آتش یا شخص مقصر، تأثیری در مسؤلیت کارفرما ندارد. (۱۲)

۴. دو نفر تیرانداز، هر یک به‌طور مستقل، تیری را از روی خطا به سوی فردی شلیک می‌کنند که موجب قتل وی می‌گردد و معلوم است که قتل، تنها به وسیله یکی از تیرها صورت گرفته است. (۱۳)

۵. گروهی با توپ بازی می‌کنند که در این هنگام، به دنبال ضربه یکی از بازیکنان و اصابت توپ، شیشه‌ای می‌شکند. (۱۴)

۶. دو نفر از دو طایفه، با یکدیگر نزاع می‌کنند. سپس یک نفر از آنها به میان طایفه خود رفته و بیست نفر مسلح با خود به همراه می‌آورد و چادرهای طرف منازعه قبلی را که سه نفر در آنها بوده‌اند هدف گلوله قرار می‌دهند که در این میان یک نفر مُصلح که قصد برقراری آشتی میان آنها را داشته است کشته می‌شود. (۱۵)

باید توجه داشت که گاه پاره‌ای مثالهای مشتبه وجود دارد که در ظاهر، به مسأله مورد بحث شبیه می‌باشد، ولی در واقع، در پاره‌ای عناصر تفاوت دارد. در این باره می‌توان به این مثال که در «مجمع الضمانات» مطرح گردیده اشاره کرد: دو نفر در خانه‌ای بوده و در حالیکه حضور نداشتن و دخالت نکردن فرد سوم، مفروض می‌باشد، با پیکر بی‌جان یکی از آن دو روبرو می‌شوند.

برخی از فقهای اهل سنت معتقدند که شخص دیگر، ضامن دینه مقتول است، ولی برخی دیگر از آنان، به جهت این احتمال که ممکن است او خودش را کشته باشد، شخص زنده را ضامن ندانسته‌اند. (۱۶)

همچنین هرگاه مردی که از محله‌ای عبور می‌کرده مورد اصابت تیر یا سنگی قرار گیرد و بر اثر آن بمیرد، بی‌آنکه دانسته شود که آن شیء از کجا پرتاب شده است، به عقیده برخی از فقهای اهل سنت، قسامه و دیه بر عهده اهل آن محله قرار دارد. (۱۷)

آنها قابل طرح باشد.

با این حال، نویسنده کتاب مذکور، در باب اتلاف مال غیر، مثالی را طرح می‌کند و می‌گوید: (اگر) روز جمعه که مردم جمع شدند عده‌ای برخی دیگر را با فشار به سمتی حرکت دادند؛ اشخاص اخیر بر شیشه مغازه سفالگری و دیگ‌های او افتادند و آنها را شکستند، به اعتقاد فقهای اهل سنت، در صورتی که شکستن بر اثر نیروی فشار و کنار زدن، حادث شده باشد کسی که نیرو را وارد کرده ضامن است. (۱۸)

چنان که ملاحظه می‌شود، این مثال نیز از قلمرو بحث ما خارج است، زیرا در این مثال کسانی که در شکستن اشیا مباشرت داشته‌اند معلوم می‌باشند و اسباب نیز مشخص‌اند و مسأله صرفاً مربوط به تعیین ضامن از میان مباشر و سبب است؛ در حالی که در بحث ما، اساساً مباشر خاصی شناسایی نگردیده بلکه تنها این اندازه مشخص است که یکی از آن جمع، به این کار اقدام ورزیده است.

۶. جایگاه این مسأله از نظر علم اصول فقه؛ علم اجمالی در شبهات محصوره

همان‌گونه که از بحث‌های پیش و مثال‌های ذکر شده به دست می‌آید، آنچه در مسأله مورد نظر، قطعی و مسلم تلقی گردیده ورود خسارت به شخصی و انتساب و استناد آن به عمل یکی از چند شخص معین و معلوم است که انجام اعمال خاص توسط این اشخاص نیز مورد تردید نمی‌باشد. دلیل قانونی جبران خسارت، به نظر برخی، ممکن است قاعده اتلاف باشد که براساس آن، هرگاه کسی مال دیگری را تلف کند ضامن است؛ یا قاعده لاضرر باشد که به موجب آن، هر نوع ضرر نامشروعی بایستی جبران شود (البته بنابر یک استنباط از این قاعده)؛ در حالیکه از سوی دیگر، با توجه به نامشخص بودن تلف کننده یا عامل ورود ضرر، این‌گونه به نظر می‌رسد که قواعد مذکور اساساً شامل چنین موردی نمی‌گردد. (۱۹) بلکه علم اجمالی به لزوم جبران خسارتی قطعی که بر مبنای نامشروعی ایجاد شده است، ما را به سوی یافتن مسؤول و ضامن و شیوه جبران خسارت سوق می‌دهد.

برای تبیین صورت اخیر، لازم است که به علم اجمالی و مراحل دخالت آن در احکام

به‌طور کلی در دو مرحله، از علم اجمالی سخن به میان می‌آید. مرحله اول، علم اجمالی به ثبوت تکلیف (مانند وجوب و لزوم جبران خسارت) است و مرحله دوم، امکان سقوط تکلیف و تحصیل براءت ذمه با عمل کردن بر طبق علم اجمالی است.

در همان مرحله اول، یعنی ثبوت تکلیف، دو مفهوم و کاربرد برای علم اجمالی وجود دارد: گاه مقصود از علم اجمالی، قطع وجدانی به ثبوت تکلیف است در حالی که احتمال وجود حکمی مخالف با آن تکلیف را قبول نداریم و معتقدیم که شارع و قانونگذار اجرای همان وظیفه معلوم را خواسته است؛ و گاه مقصود از علم اجمالی، در دست داشتن دلیل معتبر شرعی و قانونی اما همراه با اجمال در مفهوم یا مصداق موضوع است، مانند آنکه دلیل معتبر برای اثبات مفاد قاعده اتلاف در دست داریم ولی شخص تلف‌کننده، به‌طور معین، شناخته شده نمی‌باشد و صرفاً می‌دانیم که آن شخص یکی از چند نفر مورد نظر است. به عبارت دیگر، اجمال در مصداق دلیل قانونی وجود دارد، هر چند که خود دلیل، ثابت و معتبر است. این بحث از جمله مسائل مربوط به یکی از اصول عملی در علم اصول فقه، یعنی اصل اشتغال، است. (۲۰)

به نظر می‌رسد که مسأله مورد بررسی از موارد مفهوم دوم علم اجمالی است و لذا باید به مرحله بعدی تحقیق، یعنی نحوه تعیین مسؤل، وارد شویم. با این حال، اگر این نظر نیز پذیرفته نشود مسأله از موارد مفهوم اول علم اجمالی است که قطع وجدانی نسبت به لزوم جبران خسارت وجود دارد و همین علم و قطع وجدانی علت تامه برای رعایت مقتضای آن است. (۲۱) و (۲۲)

به همین دلیل، در مسأله مورد نظر نمی‌توان تمام اطراف اجمالی، یعنی تمام افرادی را که احتمال انتساب ورود ضرر به آنها وجود دارد، برئ‌الذمه دانست، زیرا این امر به معنای مخالفت قطعی با آن علم وجدانی است و از سوی دیگر، مسؤل دانستن تمام آنان نیز با فرض مسؤل بودن تنها یکی از آنها متناسب نیست.

با این حال، با توجه به پذیرش اعتبار علم وجدانی اجمالی نسبت به تکلیف و یا علم تفصیلی نسبت آن و علم اجمالی نسبت به مصداق مسأله، در صورتی که نتوان به مقتضای علم و قطع خویش، به‌گونه‌ای تفصیلی و با تعیین واضح مصادیق، عمل کرد رعایت اجمالی آن

۷. روش شهید اول در طرح بحث

شهید اول به شیوه دیگری به مسأله می‌پردازد، بی آنکه اصل مسأله مورد بحث ما را مطرح کند. به نظر ایشان، اگر در تحقق سبب و علت حکم مورد نظر، تردید وجود داشته باشد اصل، مبنای حکم قرار می‌گیرد که برای تعیین آن اصل، دو صورت را می‌توان به طور جداگانه تصور کرد: ۱. اصل بر حرمت است و در تحقق سبب حلیت و جواز تردید شود، مانند آنکه شکاری پس از تیر خوردن بیفتد و تردید شود که آیا به وسیله تیر کشته شده است یا خیر. در این حال، اگر گمان قوی بر تأثیر سبب وجود داشته و موجب اطمینان به تحقق سبب حلیت و جواز گردد - یعنی شکار به علت دیگری غیر از تیراندازی کشته نشده باشد - مورد از شمول جریان اصل حرمت، خارج می‌گردد.

۲. اصل بر حلیت است و در تحقق سببی که موجب تحریم است، شک وجود داشته باشد؛ در این صورت، اگر نسبت به تحقق سبب حریم، گمان قوی وجود داشته باشد، بنابر حرمت گذارده می‌شود. هر چند اگر این گمان به دور از حقیقت باشد، مانند توهم حرام بودن آنچه در دست دیگری است، اثری بر این گمان مترتب نمی‌شود و تنها تقوا و پرهیزگاری اقتضا دارد که از آنچه در نزد کسی است که از محرّمات دوری نمی‌گزیند، اجتناب کند.

اما اگر احتمال حرمت و حلیت برابر باشد، مانند احتمال وجود گوشت مردار میان گوشت‌های تزکیه شده نامحدود و متعدد، یا وجود خواهر ناشناخته شخصی در میان زنان غیر محصور (در باب نکاح)، قول نزدیکتر به صحت این است که بنابر حلیت و جواز گذارده شود، هر چند که ترک امور شبهه ناک احوط است؛ و اگر اشتباه و تردید در حکم، مصادیق منحصر و خاصی وجود داشته باشد حکم به حرمت سزاوارتر است، زیرا که امر واجب (اجتناب از حرام) جز به اجتناب از همه موارد شبهه، محقق نمی‌گردد. (۲۴)

به نظر می‌رسد که ضمان هر یک از سبب‌های محتمل، از مصادیق صورت نخست می‌باشد؛ زیرا اصل درباره آنها، حرمت اخذ خسارت از آنهاست مگر آنکه دلیل بر جواز و حلیت اخذ غرامت اثبات شود و در مسأله مذکور، نسبت به هر یک از آنها بتنهایی، تردید وجود دارد و صرفاً - بنابر اعتقاد شهید اول - در حالتی می‌توان از آنها غرامت

اما آنچه که در مسأله مورد بحث وجود دارد و در تقسیم‌بندی شهید اول ذکر نگردیده این است که خود حکم جواز اخذ غرامت از یکی از آنها، ثابت و قطعی است و آنچه که مورد تردید می‌باشد تعیین عاملی است که سبب را محقق ساخته است.

۸. تعیین اصل حاکم در مسأله

براساس بحث‌ها پیشین معلوم گردید که تعیین ضامن در مسأله مورد نظر در بوتۀ تردید و اجمال قرار دارد و با آنکه ممکن است حکم کلی (یعنی لزوم جبران خسارت) را قطعی وجدانی یا حکم ظنی معتبر (بنابر دلایل قاعده اتلاف) بدانیم ولی حکم مسأله از جهت تعیین مصداق تلف‌کننده و مسؤول، دچار ابهام است. به همین جهت و برای اجرای حکم کلی، باید از اصول عملیه کمک گرفت که در موارد تردید و شک اعمال می‌گردد.

برحسب استقرای مجاری اصول و نیز به موجب انحصار عقلی مجرای آنها، چهار اصل عملی وجود دارد که فراگیر و شامل موضوعات مختلف است. (۲۵) بدین ترتیب که اگر موضوع از مواردی است که وضعیت پیشین آن معلوم و معتبر (۲۶) است، قاعده استصحاب درباره آن جاری می‌شود؛ اعم از آنکه شک در مورد تکلیف باشد یا در مورد مکلف‌به، و اعم از آنکه احتیاط ممکن باشد یا خیر. اما اگر موضوع، سابقه معلوم و معتبری ندارد، در صورتی که شک نسبت به اصل تکلیف وجود داشته باشد، اصل براءت اعمال می‌گردد و در صورتی که تردید درباره مکلف‌به باشد، در حالی که اصل تکلیف معلوم است، دو حالت ممکن است وجود داشته باشد:

الف. احتیاط کردن نسبت به اطراف علم اجمالی ممکن باشد که در این باره اصل اشتغال (احتیاط) اجرا می‌شود؛ زیرا شرایط تنجّز حکم، به دلیل علم اجمالی، وجود دارد و لذا مخالفت قطعی عملی با آن حرام و ممنوع است. (۲۷)

ب. احتیاط ممکن نباشد، مانند تردید میان دو امری که رعایت هر دو ممکن نیست (که از آن با عنوان دوران بین محذورین نام برده می‌شود)؛ در این حالت، اصل تخییر

مفروض آن است که تأثیری در ضمان کنونی آنها ندارد. همچنین با توجه به قطع داشتن به ورود ضرر و علم اجمالی دربارهٔ عامل ورود آن و وجود رابطهٔ میان عمل یکی از مظنونان با ورود ضرر، نسبت به لزوم جبران خسارت - به طور کلی - تردیدی وجود ندارد و از سوی دیگر، از تمامی مظنونان نمی‌توان خسارت دریافت کرد. این حکم، حداقل در مرحلهٔ بدوی تصمیم‌گیری، واضح است، زیرا فرض آن است که تنها یکی از آنان مسؤول و واردکنندهٔ زیان است و دریافت خسارت از سایر اشخاص ممکن است مصداقی از استیفای ناروا و اکل مال به باطل تلقی گردد. بنابراین مسأله از مصادیق دوران امر بین محذورین، که در ادامه توضیح داده می‌شود، محسوب می‌گردد و اطراف علم اجمالی نیز شبهه‌های محدود و قابل احصاست.

نکتهٔ دیگری که لازم به ذکر می‌باشد، این است که بحث دربارهٔ مسئولیت تضامنی مظنونان نیست تا اشکال وجود یک دین بر عهدهٔ چند نفر مطرح گردد، بلکه صرفاً یک دین و یک مسؤول واقعی وجود دارد اما مسؤولی که نامشخص است.

همچنین براساس نظریات موجود در اصول و مبانی فقه، تقسیم‌بندی مذکور از نظر توجه به احکام تکلیفی (احکام پنجگانهٔ وجوب، استحباب، اباحه، کراهت و حرمت) یا احکام وضعی (مانند لزوم معاملات، ضمان، شرط بودن چیزی و...) تفاوتی پیدا نمی‌کند. (۲۹) بر این مبنا، تقسیم مذکور دربارهٔ ضمان‌های مالی نیز قابل بررسی و مطالعه است.

۹. شرایط تحقق وضعیت دوران امر بین محذورین و اقسام این دوران

به منظور آنکه مسأله از مصادق تردید میان دو یا چند حکم غیرقابل جمع تلقی گردد به دو نکته باید توجه داشت:

۱. وضعیت مذکور تنها میان احکام الزامی قابل بررسی است، مانند وجوب و حرمت؛ و در صورتی که احتمال حکمی غیرالزامی در کنار حکمی الزامی وجود داشته باشد، نسبت به حکم الزامی، اصل برائت جاری می‌شود. در مسألهٔ مورد نظر نیز لزوم جبران خسارت توسط مسؤول واقعی و ممنوع بودن دریافت خسارت از دیگران مطرح است.

۲. ضروری است که یکی از اطراف مورد نظر در علم اجمالی، به طور مشخص و

مورد اجرا کرد و در نتیجه، علم اجمالی نسبت به چند احتمال از بین می‌رود و با اجرای استصحاب، علم اجمالی تبدیل به ظن معتبر و شبهه بدوی می‌گردد و مسأله از قلمرو اصول دیگر خارج می‌شود. (۳۰) وجود این شرط نیز در مسأله مورد بررسی آشکار است. اما از نظر صورت‌هایی که در آنها در دوران بین محذورین ایجاد می‌گردد، دانشمندان سه صورت را تصور کرده‌اند. در دو صورت، تنها یک شیء یا شخص وجود دارد که احتمال انتساب احکام غیرقابل جمع درباره آن مطرح است، با این تفاوت که در صورت اول، موضوع از اموری است که نیاز به قصد تقرب ندارد (امور توصلی) و صورت دوم مربوط به امور تبعدی است.

هیچ‌یک از این دو صورت به مسأله مورد نظر ما مربوط نیست، بلکه صورت سوم مورد بحث قرار دارد؛ یعنی در جایی که چند موضوع وجود دارد، اعم از آنکه تبعدی باشند یا توصلی. (۳۱) در مسأله مورد بحث نیز چند نفر در مظان انتساب مسؤلیت به آنها قرار دارند که حکم یک نفر با حکم سایرین تفاوت داشته و مسؤل شناختن همگی آنها ممکن نیست.

بایستی در اینجا اضافه کرد که تعدد واقعه و موضوع و در نتیجه، تعدد حکم در صورت سوم، گاه تعدد طولی است و گاه تعدد عرضی. تعدد طولی آن است که هر یک از احکام در ادامه و در طول حکم دیگر قرار گیرد، مانند آنکه دو نفر شکارچی، به‌طور مستقل، موجب ورود دو خسارت متفاوت از یکدیگر شده باشند، به‌گونه‌ای که عامل هر یک از خسارت‌ها مشخص نباشد ولی به‌طور اجمالی معلوم باشد که آن دو نفر خسارت‌ها را ایجاد کرده‌اند. در این مثال، اگر یکی از آنها مسؤل جبران خسارت نخست باشد، دیگر نسبت به خسارت نخست مسؤل نخواهد بود و اگر نسبت به خسارت اول مسؤل نباشد، نسبت به خسارت دوم قطعاً مسؤل است و همچنین است در مورد شکارچی دیگر.

تعدد عرضی، برخلاف تعدد طولی، آن است که مسؤلیت نسبت به موضوعات، در عرض یکدیگر قرار می‌گیرند. (۳۲) برای مثال، یک متعهد قراردادی، با شرط ضمن عقد

که در قرارداد، نشده است، تعهد می‌کند که کالا را اتمه کند و از انجام کار،

ایجاد می‌شود بی‌آنکه هیچ‌یک دلیلی برای اثبات مدعای خود داشته باشند. در این مثال، هر یک از دو امر می‌تواند موضوع اجبار به انجام یا منع از انجام قرار گیرد، ولی کدام یک مشمول اجبار به انجام می‌گردد و کدام یک ممنوع از انجام؟ به نظر می‌رسد که مسأله مورد بحث از نوع تعدد عرضی است، زیرا در همان زمان ضمان مسؤول واقعی، دیگران ثبوتاً برئ‌الذمه می‌باشند.

۱۰. بررسی حکم مسأله براساس وضعیت دوران امر بین محذورین با تعدد عرضی

در وضعیت مذکور، برخی معتقدند که حکم الزام به جبران یا منع از دریافت، درباره هر یک از اطراف علم اجمالی قابل اجراست؛ یعنی قاضی در تعیین هر یک از آنان به عنوان مسؤول، تخییر دارد. استدلال اینان بر این پایه است که هر یک از آنان، مرتکب عمل مستقلی گردیده است که حکم الزام یا منع در مورد او قابل اعمال است و از سوی دیگر، در این وضعیت، موافقت قطعی با علم اجمالی و ترک مخالفت قطعی با آن - هر دو مقارن با یکدیگر - ممکن نیست. همچنین ضمیمه کردن چند عمل به یکدیگر از جهت حکم ضمان، دارای دلیل معتبری نیست و بناچار باید هر یک از آنها را به‌طور مستقل در نظر گرفت و این شرایط، اقتضای چیزی جز تخییر را ندارد. (۳۳)

ممکن است گفته شود که نتیجه استدلال فوق آن است که بتوان نسبت به تمام افراد حکم به عدم ضمان صادر کرد یا تمام آنها را ملزم به جبران ساخت یا برخی را ملزم به جبران و برخی دیگر را برئ‌الذمه تلقی کرد.

اما این نظر از این جهت مردود اعلام گردیده است که در وضعیت مذکور، یک علم اجمالی به امر جامع میان دو حکم (یعنی الزام) مطرح است؛ یعنی الزام به ایفای خسارت توسط یکی از اطراف علم اجمالی و الزام به عدم دریافت از سایرین وجود دارد که هر چند به دلیل محال بودن موافقت قطعی با علم اجمالی و نیز محال بودن ترک مخالفت قطعی با آن درباره هر یک از افراد بتنهایی، رعایت علم اجمالی به طور قطعی ممکن نیست؛ ولی باید توجه داشت که علم اجمالی داشتن به امر جامع، خود متضمن دو علم اجمالی دیگر است: (۳۴) اول، علم اجمالی به الزام به دادن پرداخت توسط یک از آژماه

دارد که حکم به لزوم پرداخت، درباره تمام آنها صادر گردد تا موافقت قطعی حاصل شود و از سوی دیگر علم اجمالی دوم مقتضی آن است که تمام افراد، برئ الذمه محسوب گردند، تا مطمئن شویم که مخالفت قطعی با آن نکرده ایم. بنابراین، چون جمع میان این دو غیر ممکن است، لازم نیست که دو علم اجمالی مذکور به طور قطعی رعایت گردد؛ به تعبیر دیگر، این دو علم، منجز نمی باشند و رعایت قطعی آنها لازم نیست. ولی در صورتی که تمام افراد، مسؤول شناخته شوند یا برئ الذمه گردند مخالفت قطعی با مجموع دو علم اجمالی صورت خواهد گرفت و ترک این مخالفت قطعی از امور ممکن است. بنابراین لازم است که یکی از اطراف علم اجمالی ملزم به پرداخت گردد و طرف های دیگر برئ الذمه محسوب گردند تا موافقت احتمالی به دست آید و از مخالفت قطعی نیز جلوگیری شود. (۳۵)

تاکنون نظر کسانی مطرح گردید که علم اجمالی را، چه در امور مالی و چه در غیر آن، به طور یکسان منجز می دانند، و لذا احکام فوق باید رعایت شود؛ ولی اگر، چنانکه از مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در کتاب حاشیه مکاسب نقل گردیده است، آثار علم اجمالی در امور مالی را با آثار آن در امور غیر مالی متفاوت دانسته، علم اجمالی در امور مالی را منجز ندانیم و در نتیجه، رعایت موافقت قطعی با آن و نیز ترک مخالفت قطعی با آن الزامی نباشد در این صورت، علم اجمالی از این جهات فاقد تأثیر خواهد بود و برای تعیین حکم، باید از دیگر دلایل و اصول استفاده کرد.

در توجیه این نظر گفته شده است که علم اجمالی تمام اطراف را ملزم نمی سازد؛ زیرا مخالفت قطعی عملی به وجود می آید که بنابر اعتقاد تمام فقها و اصولیون حرام و ممنوع است و قابل استناد نیست. همچنین اینگونه نیست که علم اجمالی شیوه تجزیه خسارت را تنجیز و تأیید کند، یعنی هر قسمت از خسارت بر عهده یکی از اطراف علم اجمالی قرار گیرد؛ (۳۶) زیرا با پرداخت خسارت توسط افراد غیر مسؤول، باز هم مخالفت قطعی عملی محقق می گردد که ممنوع است و از طرفی موافقت قطعی نیز محقق نگردیده است، زیرا تنها یک نفر باید تمام خسارت را بپردازد در حالی هر نفر فقط بخشی از آن را می پردازد.

موافقت قطعی یا ترک مخالفت قطعی را ایجاد کند. در تکمیل این نظر باید اظهار داشت که، به اعتقاد برخی از اصولیون مانند آخوند خراسانی، علم اجمالی در صورتی منجز بوده و رعایت مقتضای آن الزامی است که دو امر تحقق یابد:

۱. حکم به گونه‌ای - ولو با علم اجمالی - بیان شده باشد؛ ۲. امثال و رعایت امر معلوم - ولو به صورت احتیاط - ممکن باشد. در وضعیت دوران امر بین محذورین، هر چند حکم به صورت اجمالی بیان شده است، اما امکان رعایت آن وجود ندارد. (۳۷) بدین ترتیب باید پذیرفت که علم اجمالی در این صورت تکلیفی ایجاد نمی‌کند یا به عبارت بهتر، اگر تکلیفی هم ایجاد می‌کند قابل رعایت نیست. لذا نمی‌توان در انجام وظیفه و رعایت مقتضای حکم معلوم، به آن استناد کرد و برای یافتن پاسخ، به راههای دیگر نیازمندیم.

۱۱. حکم مسأله از دیدگاه تکلیف قاضی نسبت به فیصله دادن دعوی

هنگامی که دعوی به قاضی ارجاع می‌گردد وی براساس فقه و قانون اساسی (۳۸) و فقه موظف است که به دعوا رسیدگی و فصل خصومت کند. اگر مسأله مورد بررسی به محکمه ارجاع شود، قاضی چگونه باید حکم صادر کند؟ آیا می‌توان شیوه‌ای را برای رفع تنازع بین طرفین مطرح کرد و قاضی را مکلف به رعایت آن دانست، هر چند که نتوان برای اثبات مسئولیت هر یک از اشخاصی که علیه آنها اقامه دعوا گردیده است، دلیل مستقلی ارائه کرد؟ این مسأله، با دیدی دیگر، توسط شهید اول مطرح گردیده و پاسخ‌هایی به آن داده شده است که مطالعه آن مناسب به نظر می‌رسد. ایشان در کتاب القواعد و الفوائد، قاعدهٔ چهل و دوم، به بحث دربارهٔ مقابلهٔ ضررها و تحمل ضرر و مفسدهٔ سبکتر برای دفع ضرر و مفسدهٔ سنگین‌تر پرداخته و ذیل فصلی، مسألهٔ مکره ساختن یک شخص برای وارد آوردن دو ضرر به دو فرد دیگر و اختیار مکره برای انتخاب میان یکی از آن دو را مطرح ساخته و احکام آنها را بیان داشته است. به اعتقاد ایشان، عناصری همچون تساوی یا عدم تساوی دو ضرر، کفر یا اسلام آن دو طرف، خویشاوندی و عدم آن، در تعیین حکم مؤثر است و می‌فرماید:

گرفتن درهمی از زید یا عمرو مجبور می‌شود... و از همین قبیل است مخیر بودن امام در کشتن یکی از دو دشمن که از دو سمت آمده‌اند در صورتی که از جمیع جهات با یکدیگر مساوی باشند؛ و ممکن است توقف (در رأی و حکم) مطرح باشد، مانند حادثه‌ای که برای اطفال مسلمانان (در مرثی و منظر شخصی که قادر به دور کردن تنها یکی از اطفال است) پیش می‌آید که اگر شخص ناظر آن حادثه را بر یکی از ایشان متوجه گرداند او را می‌کشد و اگر به سوی دیگری متوجه کند دومی را می‌کشد. (۳۹)

بدین ترتیب شهید اول، گاه از صدور حکم فقهی امتناع می‌ورزد و تنها می‌توان گفت که در مقام عمل، بناچار، شخص به یکی از آن دو طرف مبادرت می‌ورزد که از این وضعیت، با عنوان تخیر عقلی - در برابر تخیر شرعی - تعبیر می‌گردد. ایشان در توجیه مقدم داشتن یک طرف بر طرف‌های دیگر می‌گوید:

«هنگامی که مصلحت و مفسده در مقابل هم قرار بگیرند، چنانچه مفسده غلبه داشته باشد دفع می‌گردد؛ مانند حدود شرعی که اعمال آنها از نظر ایجاد رنج و درد (برای محکوم علیه) مفسده دارد ولی در ترک حدود، مفسده بیشتری وجود دارد که با اجرای آنها این مفسده بزرگتر دفع می‌شود. زیرا در استیفای حدود، امری که شایسته‌تر است، مراعات می‌گردد و در گفتار خداوند متعال: «از تو درباره شراب و قمار می‌پرسند. (ای پیامبر) بگو که در آن دو گناه بزرگ است در حالی که نفع‌هایی (نیز) برای مردم دارند و گناه آن دو بزرگتر از سود آنهاست.» (۴۰) به همین معنی اشاره شده است. (۴۱)

در مسأله مورد بحث، قاضی براساس اصل ۱۶۷ ق.ا. مکلف به رسیدگی و صدور حکم درباره دعوی مطروحه است ولی، چنانکه گفته شد، در قوانین موضوعه حکمی در این باره یافت نمی‌شود. در احکام فقهی نیز به حکم روشن و صریحی در این زمینه برخورد نکرده‌ایم و واضح است که نمی‌توان از قاضی تکلیفی را خارج از توان وی درخواست کرد. بر همین اساس، ذیل اصل ۱۶۷ به قاضی اجازه، بلکه دستور داده است که حکم قضیه را از میان فتاوی معتبر یا منابع معتبر اسلامی بیابد و با اصدار آن، به منازعه خاتمه دهد. بنابراین باید این حکم که چندان هم راحت به دست نمی‌آید از پیش، مطرح و بررسی شده باشد تا دست قاضی برای تطبیق واقعه بر مسأله و تعیین حکم آن

شاهد اول دو نظر را مطرح کرده است: ۱. تخییر شرعی؛ ۲. توقف در حکم شرعی و تخییر عقلی در عمل. در واقع، رأی دوم به همان جهت است که به هر حال، باید برای دعوای مطروح حکمی صادر کرد و آن را فیصله داد. به نظر می‌رسد که نتیجه هر دو نظر، اختیار قاضی در انتخاب یکی از طرف‌هاست ولی در مسأله مورد بحث، تعیین یک نفر به عنوان مسؤول جبران خسارت - با فرض فقدان هرگونه قرینه‌ای - چگونه ممکن است؟ اکنون که بحث به اینجا رسید، خوب است نظریه‌ای را درباره ترجیح یکی از احکام مشتبّه مطرح کنیم که ممکن است در مسأله مورد نظر در این تحقیق، به عنوان مؤید، مورد استناد قرار گیرد. در زمینه تعارض مصلحت و مفسده احکام و ترجیح یکی از آنها، نظریه‌ای نیز از جانب شیخ انصاری مطرح شده است که براساس آن، در شبهه تحریمیه، اگر شارع به استناد دلیلی خاص، ارتکاب یکی از اطراف علم اجمالی را مجاز بداند و طرف دیگر را بدل از حکم واقعی ممنوع تلقی کند و - فقط - اجتناب از آن را کافی بداند، در این صورت نیازی به اجتناب از هر دو طرف علم اجمالی وجود ندارد. (۴۲)

نتیجه این نظر آن است که شارع و قانونگذار می‌تواند در مرحله اجرای احکام دخالت کند و موافقت احتمالی با علم اجمالی را از طریق یکی از اطراف علم اجمالی بپذیرد و مصلحت انجام یکی از معلوم‌های اجمالی را جهت رعایت آن کافی بداند. بدین ترتیب، اذن شارع در انجام یک حرام واقعی (البته اگر آنچه انجام می‌شود حرام واقعی باشد)، در حالیکه امر حلال واقعی را بدل و جانشین آن می‌سازد، قبیح نخواهد بود و مصلحت این ترخیص و اجازه، جبران‌کننده مفسده انجام حرام واقعی می‌باشد.

در مسأله مورد نظر نیز مصلحت اخذ خسارت از یکی از طرف‌های مورد نظر (که احتمالاً مقصر واقعی نیست) - با تشبیه شبهه تحریمیه به دوران محذورین - مفسده ناشی از رها ساختن مقصر واقعی را جبران می‌سازد. این نظریه مبتنی بر آن است که علم اجمالی را مقتضی وجوب موافقت قطعی بدانیم نه علت تامه آن؛ زیرا اگر علم اجمالی علت تامه برای وجوب موافقت قطعی با آن باشد، ترخیص در ترک یکی از اطراف آن، بی‌معنی خواهد بود.

با این حال، باید دانست که نظریه اخیر، توسط آخوند خراسانی، مردود اعلام گردیده

مخالفت قطعی یکسان است.

به زبان دیگر، علم اجمالی یا هر دو تکلیف را ایجاد می‌کند یا هیچ کدام را به وجود نمی‌آورد؛ لذا هیچ توجیهی برای تفکیک میان وجوب موافقت قطعی و حرمت مخالفت قطعی وجود ندارد. (۴۳)

پذیرش هر یک از این نظریات، به روشنی در وضعیت دوران امر بین محذورین نیز مؤثر و قابل بررسی است.

بدین ترتیب، به نظر می‌رسد که از این راه نیز به حکم روشن و قاطعی دست نمی‌یابیم و باید راههای عمومی را در چنین مواردی بررسی کنیم.

۱۲. بررسی حکم مسأله از راه قرعه

یکی از راههای مورد نظر، تعیین شخص مسؤول توسط قرعه است. بر این اساس، قاضی، بناچار و برای جبران خسارت زیان‌دیده که به‌طور قطع و بر مبنای علم اجمالی لازم است انجام گیرد و نیز برای رهایی از ایرادهای وارد بر نظریه‌ای که صرفاً به علم اجمالی مستند باشد، باید یک نفر را به حکم قرعه ملزم به جبران نماید؛ بویژه آنکه طبق گفته مشهور؛ قرعه، راه حل هر امر مشکلی است.

به نظر برخی از فقها و حقوق‌دانان، قرعه در موارد مشکل، یعنی جایی که دلیل شرعی و قانونی معتبر برای خروج از شبهه و اجمال وجود ندارد، از راههای معتبر است (۴۴) و خروج موارد متعددی از موضوعات از قلمرو آن، موجب تضعیف اعتبار آن نیست؛ زیرا خارج بودن موارد مذکور، نه به دلیل تخصیص اکثر موارد، که قبیح و غیرعقلایی است، بلکه به دلیل خروج تخصیص آنهاست؛ به این معنی که موارد مذکور از ابتدا جزء قلمرو قاعده قرعه نبوده‌اند تا سپس با ورود دلایل خاص، از شمول آن بیرون آمده باشند. (۴۵)

مؤلف کتاب هدایة المسترشدين نیز نظریه‌ای منسوب به برخی از فقهای امامیه را نقل می‌کند که به موجب آن، برای تعیین مصداق امر مجاز یا ممنوع، از روش قرعه استفاده می‌شود. به اعتقاد این گروه، قبل از تعیین مصداق احکام به روش قرعه، شخص

انجام قرعه، شرعاً شبهه رفع می‌گردد و ارتکاب مصداق مجاز، مانعی نخواهد داشت. (۴۶)

با این حال، این استدلال مورد پذیرش دیگران قرار نگرفته است و دلایل قاعده قرعه ضعیف و سست ارزیابی شده است. (۴۷)

در تأیید این نظر باید به مسأله اجتماع چند سبب اشاره کرد. در این مسأله نیز با آنکه میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و آرای متعددی صادر شده است، مانند ضمان سبب مقدم در وجود خارجی، ضمان سبب مقدم در تأثیر، ضمان سبب متأخر در تأثیر و اشتراک در ضمان؛ (۴۸) ولی با این حال هیچ‌یک از فقها نظریه قرعه را پذیرفته است. یکی از فقهای محقق می‌گوید: «... روشن گردید که حکم در اجتماع دو سبب، منحصر در ترجیح دادن یکی از آنها بر دیگری است نه اشتراک هر دو سبب در ضمان. در صورتی که ضمان یکی از دو سبب، ترجیح داده نشود، حکم به قرعه یا تخییر در انتخاب یکی از آنها داده می‌شود ولی هیچ فقیهی را که یکی از این دو راه اخیر را پذیرفته باشد، نمی‌یابیم.» (۴۹)

۱۳. پرداخت خسارت از بودجه عمومی

یکی دیگر از راههای قابل پیش‌بینی، پرداخت خسارت از بیت‌المال و بودجه عمومی است. برای توجیه این رأی، ممکن است گفته شود که با تنقیح مناظ از مسائل دیگر، مانند هنگامی که شخص بر اثر ازدحام جمعیت کشته می‌شود و دیه او از بیت‌المال پرداخت می‌گردد، می‌توان نظر داد که خسارت مورد بررسی نیز که ناشی از یکی از چند سبب احتمالی است از این راه جبران شود یا آنکه به‌طور کلی، قاعده‌ای عام برای این‌گونه موارد استخراج گردد.

این نظر نیز مورد انتقاد قرار گرفته است با این استدلال که از چند مثال پراکنده درباره جبران خسارت‌ها از بیت‌المال که در منابع روایی وارد گردیده است، نمی‌توان قاعده‌ای کلی استنباط کرد. به عبارت دیگر، نمونه‌های مذکور از باب «قضیه فی واقعه» و «احکام خاص در موضوعات خاص» تلقی می‌گردد و تعمیم حکم مندرج در آنها به سایر مسائل

انسان‌هاست یا به اشتباه قاضی در تعیین حکم مربوط می‌شود، از اهمیت ویژه برخوردار بوده یا ناشی از تصدی امر قضاوت توسط حکومت است و قابل تسری نیست.

۱۴. عمل کردن به دو حکم متنافی

یکی از بحث‌های مطرح در مسأله مورد بررسی این است که در صورت فقدان دلیل اجتهادی برای تعیین حکم قضیه، هر یک از سبب‌های محتمل - یعنی هر یک از افرادی که احتمال انتساب ورود ضرر و ضمان به وی وجود دارد - ممکن است مشمول دو حکم متنافی قرار داشته باشند. از یک سو، حکم حرمت و ممنوعیت اخذ خسارت از هر یک از مظنونان - بتهایی - درباره آنها جاری است و از سوی دیگر، حکم لزوم جبران و پرداخت خسارت زیان‌دیده مطرح می‌باشد. سؤال این است که آیا می‌توان به گونه‌ای بین این دو حکم ناشی از آنها جمع کرد و هر دو را به مقداری که ممکن است، اجرا کرد؟ پیش از پاسخ به این سؤال، بهتر است دیدگاه شهید اول درباره عمل به دو حکم متنافی را مطالعه کنیم. ایشان درباره این موضوع، ضمن قاعده یکصد و دوازدهم، دلایل خویش را این‌گونه اظهار می‌دارد:

«عمل نمودن به دو حکمی که نسبت به یکدیگر تنافی دارند، در مسائل بسیاری واقع می‌گردد. دلیل صحت اعمال هر دو حکم عبارت است از اینکه:

۱. اعمال دو امر متنافی، غالباً از باب احتیاط است.

۲. روایتی که در قضیه عبد بن زمعه از پیامبر اسلام (ص) نقل شده است که ایشان فرمود: «پسر از آن توست، ای عبد بن زمعه! زیرا فرزند به فراش تعلق دارد؛ و ای سوده! خود را از او پیوشان.» (۵۰)

گفته شده است که چون حضرت (ص)، در آن پسر شباهتی به عتبه بی ابی وقاص مشاهده کرد، این بیان را اظهار داشت؛ لذا جهت فراش، فرزند را به عبد بن زمعه، برادر ام المؤمنین «سوده» (۵۱) ملحق کرد و (با وجود آنکه در این صورت سوده، عمه فرزند تلقی می‌گردد) پیامبر (ص) به او دستور داد که خودش را از آن پسر پیوشاند.

۳. روایت نقل شده از ائمه (ع) درباره کسی که با کنیزش نزدیکی کرده و بیگانه‌ای نیز

متعلق به صاحب کنیز نیست، وجود نداشته باشد. در این حال، گفته شده است که «کنیز را می‌تواند بفروشد در حالی که کودک را نمی‌تواند به فروش برساند ولی او را به مانند فرزندانیش نیز ارث نمی‌دهد.» (۵۲) و (۵۳)

ایشان در ادامه، این مثال را ذکر می‌کند که اگر کسی دربارهٔ کودکی اعتراف کند که کودک، فرزند او از زوجهٔ خودش می‌باشد، ولی نزدیکی با زوجه‌اش را انکار نماید، فرزند به مرد ملحق می‌گردد و با این حال، محصن بودن مرد اثبات نمی‌شود زیرا باردار شدن زوجه از نطفهٔ زوج، بدون اینکه نزدیکی انجام شده باشد، قابل تصور است. (۵۴)

از مطالعهٔ دلایل ابراز شده برای امکان اعمال دو حکم که یکدیگر را نفی می‌کنند چنین استنباط می‌شود که:

اولاً، هر چند در موارد مذکور، احتیاط ممکن باشد، در مسألهٔ مورد بررسی در مقاله حاضر، این احتیاط ممکن نیست؛ زیرا از یک سو، حکم لزوم جبران خسارت شخص زیان‌دیده اقتضا می‌کند که به گونه‌ای، مانند پرداخت خسارت توسط مسببان احتمالی، این ضرر تدارک گردد و از سوی دیگر، تحمیل غرامت به مسببان احتمالی، نوعی ظلم در حق آنان - به دلیل فقدان دلیل قابل استناد و محکم - و مخالف با اصل براءت و عدم ضمان می‌باشد و لذا از هر دو طرف، خلاف احتیاط است.

ثانیاً، در دلیل دوم مذکور توسط شهید اول، دو نفر مطرح می‌باشند که حکم هر یک متفاوت است (پدر کودک و عمهٔ وی). هر چند حکم هر یک - بتنهایی - زمینهٔ حکم دیگر را برطرف می‌کند، به دلیل جمع کردن میان دو وجه مسأله و رعایت احتیاط، تنها بخشی از آثار هر حکم دربارهٔ هر یک از آن دو اعمال می‌گردد که به طرف دیگر مربوط نباشد. این در حالی است که در مسألهٔ ضمان سبب اجمالی، نسبت به هر یک از مسببان احتمالی دو حکم احتمالی، وجود دارد و به علاوه، حکم احتمالی هر یک از مسببان احتمالی با حکم دیگری تفاوتی ندارد و موضوع حکم دقیقاً یکی، یعنی ضمان خسارت‌ها وارده، می‌باشد.

ثالثاً، هر چند در دلیل سوم، شهید اول تنها یک طرف را موضوع حکم دانسته است که دو نوع حکم متفاوت (و در واقع، حکم ظاهری و آثار مترتب بر آن) دربارهٔ او فرض

می شود که در مسأله مورد نظر ما، اساساً دو حکم متفاوت مطرح نیست؛ بلکه درباره هر شخص مظنون، دو حکم متناقض - یعنی ضمان و عدم ضمان - مطرح است و این گونه نیست که بتوان هر دو حکم را درباره یک شخص اجرا و اعمال کرد. بدین ترتیب، به نظر می رسد که مسأله مورد بررسی از دایره و قلمرو این بحث خارج است و نمی توان آن را از این دیدگاه مطرح و مورد کنکاش قرار داد.

۱۵. دیدگاه حقوق موضوعه؛ مسؤولیت مشترک یا تضامنی

در حقوق موضوعه نیز با آنکه رابطه علیت میان عمل هیچ یک از خواندگان با تلف احرار نمی شود ولی در پاره ای از قوانین خارجی مانند م. ۸۳۰ ق.م. آلمان و م. ۷۱۹ ق.م. ژاپن و م. ۱۳۷ ق.م. لهستان، برای آنان، مسؤولیت جمعی و تضامنی مقرر شده است. (۵۵) در نظام حقوقی فرانسه، وضع متفاوت است. (۵۶) در حالی که قانون فرانسه در این باره حکمی ندارد. رویه قضایی این کشور شرکت داشتن در گروهی را که خطا توسط یکی از افراد آن گروه رخ داده در حکم ارتکاب تقصیر مشترک دانسته و همانند جایی که چند نفر، به طور مشترک، تقصیری را مرتکب می شوند، در این مسأله نیز تمام اعضای گروه را مسؤول می شمرد، زیرا عمل آنها محیط خطرناکی را فراهم آورده است. این نظر یادآور نظریه ریسک (ایجاد خطر) درباره مبنای مسؤولیت مدنی است که البته به طور مطلق پذیرفته نشده است. بعلاوه، پذیرش این پاسخ از آنجایی مشکل است که - دست کم - در پاره ای از مثال ها، خود عمل ارتكابی توسط اشخاص، مباح بوده است و به همین دلیل نمی توان آنها را مقصر قلمداد کرد.

در برابر رویه قضایی، حقوق دانان فرانسه در صدد برآمده اند تا با گسترش مفهوم شخصیت حقوقی، گروهی را که از دیدگاه جامعه شناسی به عنوان یک جامعه شناخته شده نیست، در جهان حقوق به رسمیت بشناسند. لذا بر این اساس، حکم صادر کرده و اعضای تشکیل دهنده این شخصیت حقوقی فرضی را مسؤول جبران خسارت های وارد به ثالث تلقی کرده اند. (۵۷) ولی باید از این نویسندگان سؤال کرد که اگر شناسایی عامل واقع و ورود خسارت، تا این حد، دچار ابهام و تردید نمی گردید باز هم شخصیت

نداشته و هیچ رسمیتی نیز از سوی منابع حقوقی ندارد، مسؤول جبران خسارت می‌دانستند یا عامل واقعی را؟
چنین به نظر می‌رسد که هر چند نتایج این نظریات برای جبران خسارت و جلوگیری از هرج و مرج حقوقی مؤثر است، مبنای آنها را به دشواری می‌توان در نظریات کلاسیک یافت.

۱۶. اماره مسؤولیت

برخی دیگر از حقوق دانان، مسؤولیت افراد مذکور را مبتنی بر «اماره مسؤولیت» دانسته‌اند؛ اماره‌ای علیه هر یک از خواندگان به سبب ارتکاب فعل زیانبار، که تنها در صورت اثبات خلاف آن، برئ‌الذمه خواهند شد و به‌منظور توجیه آن نیز توزیع منصفانه بار اثبات دعوی را مطرح ساخته‌اند. (۵۸) به نظر می‌رسد که این اماره نه جنبه قانونی دارد و نه جنبه قضایی، زیرا چنین اماره‌ای در هیچ متن قانونی یافت نمی‌شود و هنگام رسیدگی قضایی نیز، این علم و قطع وجود دارد که خسارت از ناحیه تمام خواندگان وارد نشده است. صحیح است که خواهان می‌تواند اثبات کند که ضرر از ناحیه شکارچیان - مثلاً - به او وارد شده است و همین دلیل - اگر هر یک از افراد بتنهایی اقدام کرده باشد - کافی به نظر می‌رسد و این امر یک نوع علم اجمالی برای قاضی ایجاد می‌کند ولی با تمام این اوصاف، دلیل معتبری برای توزیع خسارت محسوب نمی‌گردد. از سوی دیگر، در این نظریه با نوعی دور منطقی مواجه می‌باشیم، زیرا از یک طرف، اماره مسؤولیت را قبول می‌کنیم تا بار اثبات دعوی به‌طور منصفانه میان خواندگان تقسیم گردد و از طرف دیگر، توزیع منصفانه را امری وجدانی و ضروری تلقی می‌کنیم تا بتوان اعتبار اماره مسؤولیت را ثابت کرد.

۱۷. جمع‌بندی آرا

از بررسی آرا می‌توان نتیجه گرفت که هدف اصلی، جبران عادلانه ضرری است که ورود آن احراز شده است و مرتکب آن به‌طور اجمالی معلوم است که در جمع آن گروه

حکم ضمان به افراد گروه، مؤثر و کافی نیست و ذهن را قانع نمی‌سازد. به نظر برخی از حقوق‌دانان، در مجموع، هنگامی می‌توان مسؤلیت جمعی برای آن گروه تصور کرد که شرایط زیر وجود داشته باشد:

۱. علم اجمالی نسبت به اینکه سبب واقعی در میان آن جمع است، وجود داشته باشد. بنابراین صرف امکان و احتمال، موجب اسناد ضرر به گروه و مسؤل شناختن آن نیست.

۲. گروهی که سبب در میان آن است، تعداد محدود و مشخصی داشته باشد، به گونه‌ای که بتوان تمام اعضای آن را شناخت؛ زیرا در این صورت است که ظن به اضرار معنا پیدا می‌کند.

۳. اقدام زیانبار افراد گروه، مانند تیراندازی در شکار، به‌طور همزمان صورت پذیرد، زیرا تنها در این وضعیت می‌توان - برای مثال - همه سلاح‌ها را در حکم سلاح جمعی محسوب کرد.

دیوان کشور فرانسه بر مبنای بند یک از ماده ۱۳۸۴ ق.م.، تیراندازی گروهی و همزمان را در حکم یک خط آتش مشترک و زیانبار شمرده است تمام تیراندازان را مسؤل می‌داند، زیرا در خط آتش مشترک، تمام آنها دخالت داشته‌اند. به عبارت دیگر، اتلاف به وسیله خط آتش مشترک و واحدی صورت پذیرفته که همه در ایجاد آن دخالت داشته‌اند. (۵۹)

با این حال، به نظر نگارنده، شرایط نخست و دوم همان ویژگیهای مسأله در منطق فقهی است که در ابتدا ذکر گردید. بدین معنی که شرط اول، بیانی دیگر از وجود علم اجمالی و شرط دوم، بیانگر ویژگی شبهه محصوره است. شرط سوم نیز در مقام توضیح ویژگی این نوع مسائل، یعنی اقدام همزمان چند نفر و ناشناخته ماندن عامل واقعی در میان جمعی محدود و مشخص است. اما اگر مقصود آن است که اقدام همزمان افراد، یک عمل واحد جمعی تلقی گردد، این امر، فرضیه‌ای بیش نیست که فاقد دلیل اثباتی است و صرفاً به منظور توجیه ذهنی مسؤلیت مشترک ابراز گردیده است، در حالی که هدف اصلی، یافتن مبنای واقعی، در فقه و حقوق برای تعیین حکم مربوط می‌باشد.

۱۸. راه حل نهایی فقهی؛ اعمال ولایت حاکم شرع

در فقه نیز، در صورتی که قاضی نتواند خواندگان را به مصالحه دعوت کند یکی از راه حل های نهایی استناد به ولایت قاضی شرع است که براین اساس، وی می تواند حکم به توزیع جبران خسارت های وارد شده کند. در این صورت، او می تواند برای جلوگیری از هرج و مرج و به منظور فصل خصومت، با فرض مسئولیت مشترک برای خواندگان، هر یک را مسؤول جبران نسبتی مساوی از خسارت تلقی کند. (۶۰)

صاحب کتاب عناوین موارد متعددی را به عنوان مثال ذکر می کند که فقها معتقدند در این گونه موارد، حاکم از باب ولایت خویش دخالت و تصرف می کند، مانند ولایت او در مال امام (ع) و ترکه کسی که وارث ندارد، ولایت در اجرای حدود و در قضاوت کردن میان مردم، در اخذ مقاصه از مال شخص غایب، در اجبار کردن شخص ممتنع به پرداخت نفقه و در طلاق دادن زوجه مفقودالاثرا. به تعبیر ایشان، فقها در این گونه موارد، به عمومیت ادله ای که دال بر ولایت حاکم شرع است، استناد می کنند (۶۱) و در این صورت، اخذ غرامت از مظنونان احتمالی در مسأله مورد بررسی، می تواند یکی از اقدامات حاکم شرع جهت اجرای حکم لزوم جبران خسارت باشد.

شهید اول، معیار و ضابطه ولایت حاکم را هر قضیه ای می داند که در آن نسبت به اثبات یا نفی یا کیفیت چیزی نزاع و اختلاف وجود داشته باشد. همچنین در هر موردی که علما اختلاف داشته باشند، مانند ثبوت حق شفعه، یا نیاز به تعیین قیمت باشد، مانند ارش و نفقه، یا در موردی که باید مهلتی تعیین گردد، مانند ایلاء وظهار، این امور به حاکم مربوط است. بعلاوه، قصاص نفس و عضو، اجرای حدود و تعزیرات، نگهداری اموال غایب، مانند ودیعه ها و اموال پیدا شده، از اختیارات حاکم است. (۶۲)

ملا احمد نراقی نیز دو وظیفه کلی برای حاکم برمی شمرد: ۱. هر وظیفه ای که پیامبر (ص) یا امام (ع) داشته، حاکم نیز دارد مگر آنچه به دلیل خاص استثنا شود؛ ۲. هر کاری که به امور دنیوی یا اخروی مردم مربوط باشد و بناچار باید انجام شود و عقلاً یا عادتاً نمی توان از انجام آنها گریخت. البته در صورتی که زندگی یا معاد یکی یا گروهی از مردم به آن وابسته باشد و نظم امور دینی یا دنیوی شرعاً بدان جهت به آن منوط باشد که

مسلمانان، یا هر دلیل دیگری یا اذن شارع برای ورود در آن رسیده باشد و برای یک شخص یا گروهی معین یا نامعین، تکلیفی قرار داده نشده باشد؛ بلکه تنها لزوم انجام آن و اذن شارع نسبت به آن، دانسته شده باشد بی آنکه امر مورد تکلیف یا اذن، شناخته شده باشد. اینها از وظایف فقیه است. (۶۳)

بدین ترتیب می‌توان، و بلکه باید، تعیین تکلیف نهایی در مسأله ضمان سبب مجمل را نیز به قاضی و حاکم شرع واگذار کرد.

یادداشت‌ها

۱. در این کتاب‌ها، غالباً مبحث اتلاف و تسبیب و قاعده مربوط به آنها و نیز غضب ملاحظه گردید، ولی اثری از مسأله در آنها یافت نشد. برخی از منابع، مانند جواهرالکلام، العناوین و رساله فی الغضب، به تفصیل و با دقت، به بررسی صورت‌های مختلف موارد اجرای قاعده اتلاف پرداخته‌اند ولی مسأله مورد نظر را مطرح نساخته‌اند.

۲. فقها درباره اینکه قاعده لاضرر، موجب ضمان عامل ورود ضرر می‌گردد یا خیر، اختلاف نظر دارند. با این حال، برخی از ایشان به این ضمان تصریح کرده‌اند: سید میر عبدالفتاح حسینی مراغی، العناوین، ج ۱، ص ۳۱۶-۳۲۲، مؤسسه نشر اسلامی.

۳. در فقه: محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۴۲، ص ۴۳ و ص ۹۵-۹۷؛ شهید ثانی، الروضة البهیة (شرح لمعه)، ج ۱۰، ص ۱۰۵-۱۰۸؛ ابوالحسن محمدی، قواعد فقه، ص ۲۲، ۲۳ و ۲۷؛ مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ج ۱، ص ۱۱۵، ۱۲۲، ۱۲۳ و ۱۲۹؛ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۲۴ به بعد - همچنین در حقوق موضوعه: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ج ۱، ش ۸۷، ص ۲۱۷.

۴. با این حال، باید توجه داشت که در برخی از قواعد مذکور، مانند قاعده غرور، وجود ضرر به معنای مصطلح، مورد نظر نیست و به نظر نگارنده، تحمل نوعی غرامت، برای استناد به آن کافی است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: محسن صفری، فریبکاری و آثار آن (قاعده غرور) در حقوق مدنی ایران و فقیه امامیه، ص ۱۶۶، ۱۶۹ و ۱۷۰.

۵. مقصود از سببیت در اینجا، مفهومی در برابر مباشرت در قاعده اتلاف نسبت، بلکه مقصود، ناشی شدن ضرر از فعل شخص است.

۶. میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۳۶.

۷. ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، ج ۱، ش ۱۹۷، ص ۳۶۶ و ۳۶۷.

اتلاف، تسبیب، دیات و غضب مراجعه کرد.

۹. برای نمونه: ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، ج ۱، ش ۲۰۳ به بعد.

۱۰. ناصر کاتوزیان، همان، ش ۲۰۰.

۱۱. لطف‌الله صافی گلپایگانی، جامع الاحکام، ج ۱، ص ۳۷۰.

۱۲. ناصر کاتوزیان، همان، ش ۲۰۱.

۱۳. صافی گلپایگانی، همان، ج ۲، ص ۳۴۱؛ مثال مذکور، در یک استفتا، مطرح شده است.

۱۴. ناصر کاتوزیان، همان، ش ۲۰۰.

۱۵. سیدمحمدرضا گلپایگانی، مجمع‌المسائل، ج ۳، ش ۲۱۸، ص ۲۸۶ و ۲۸۷ (در یک استفتا).

۱۶. ابومحمدبن غانم بن محمد بغدادی، مجمع الضمانات، بیروت، عالم‌الکتب، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ

ق. (۱۹۸۷ م.)، ص ۱۶۹.

۱۷. همان، ص ۱۷۳.

۱۸. همان، ص ۱۴۹.

۱۹. در توجیه این نظر چنین اظهار شده است که در صورت اعمال قاعده اتلاف، نمی‌توان از هیچ‌یک از مظنونان، جبران خسارت را مطالبه کرد (چرا که هیچ‌یک بتنهایی مصداق قطعی و مسلم تلف‌کننده محسوب نمی‌شوند) و در صورت اعمال قاعده لاضرر، به منظور جبران خسارت زیان‌دیده لازم می‌آید که برخی از اشخاص غیرمسئول نیز خسارت بپردازند.

۲۰. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع شود به: امام خمینی، تهذیب الاصول، ج ۲، ص

۱۲۳-۱۲۴؛ سیدابوالقاسم خویی، مصباح‌الاصول، ج ۲، ص ۶۷ به بعد.

۲۱. بحث درباره ضرورت رعایت مقتضای علم وجدانی نسبت به تکلیف، از مباحث عقلی است که

ذیل عنوان «قطع» و «علم اجمالی» در کتب اصولی مطرح می‌گردد و منشأ ضرورت مذکور آن

است که در صورت عدم ضرورت، اجتماع دو امر تقیض به دست می‌آید که از نظر عقل، امری

محال است و به همین علت، مخالفت قطعی با آن علم اجمالی (به مفهوم اول)، ممنوع و رعایت

قطعی (و نه صرفاً احتمالی) آن الزامی است. برای مطالعه بیشتر، می‌توان به منابع پیشین رجوع

کرد، چرا که این تحقیق بیش از این مقدار، گنجایش بحث‌های مبنایی را ندارد. همچنین علاوه بر

کتب مذکور، رجوع شود به: شیخ محمدتقی بن عبدالرحیم ایران کیفی، هدایة المسترشدين فی

شرح معالم‌الدین، چاپ سنگی (فاقد شماره صفحه)، بخش شک در مکلف به.

۲۲. در علم اصول فقه، درباره این که آیا علم اجمالی علت تامه برای رعایت معلوم بالاجمال است یا

صرفاً مقتضی آن است، مباحثاتی صورت گرفته است. در این مقاله، در بخش اخیر از شماره ۱۱،

درباره تکلیف یا مصادیق واقعی و چه پس از آن، و نیز چه درباره اطراف علم اجمالی و چه نسبت به شبهه‌های بدوی، اعم از حکمی و موضوعی، همان حکم مذکور در متن جاری است. واضح است که در این نوشتار مختصر، نمی‌توان این مسأله را به تفصیل بررسی کرد و خوانندگان محترم، در صورت ضرورت مطالعه بیشتر، می‌توانند به منابع ذکر شده در این تحقیق و مانند آنها مراجعه کنند.

۲۴. شهید اول، القواعد و الفوائد (عنوان ترجمه شده: قواعد فقه)، مترجم: دکتر صانعی، ج ۱، قاعده ۵۵، ص ۱۹۹-۲۰۱.

۲۵. شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول (رسائل)، ص ۲، چاپ سنگی؛ سیدابوالقاسم خویی، همان، ص ۲۴۸.

۲۶. سیدابوالقاسم خویی، همان، ص ۲۴۹؛ شرط معتبر بودن وضعیت سابق به این دلیل است که گاه تردید در بقای حکم قبلی یا موضوع قبلی، به جهت تردید در بقای مقتضی آن موضوع یا حکم است که در این صورت، برخی معتقدند که استصحاب اجرا نمی‌شود. صورت‌های دیگری نیز وجود دارد که در مبحث استصحاب، در کتاب‌های اصول فقه، مطرح می‌شود.

۲۷. آخوند خراسانی، کفایة الاصول (همراه با شرح آن: منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة، سیدمحمدجعفر جزائری مروج)، ج ۶، ص ۸-۱۳ و ۲۷-۲۹.

۲۸. شیخ انصاری، همان؛ سیدابوالقاسم خویی، مصباح الاصول، ج ۲، ص ۲۴۸-۲۴۹.

۲۹. سیدابوالقاسم خویی، همان، ص ۲۴۹.

۳۰. همان، ص ۳۲۷ و ۳۲۸.

۳۱. همان، ص ۳۲۸.

۳۲. همان، ص ۳۳۹-۳۴۰، توضیح آنکه مثال‌ها از نگارنده است.

۳۳. محمدتقی بن عبدالرحیم ایوان کیفی، هدایة المسترشدين، مبحث شک در مکلف به، چاپ سنگی (فاقد شماره صفحه است)؛ سیدابوالقاسم خویی، همان، ص ۳۴۰. صاحب کتاب قواعد الفصول نیز هنگامی که صورت‌های مختلف شک در مکلف به را بررسی می‌کند در صورت سوم می‌گوید: «الثالث فی محتملها ای الوجوب و الحرمة بدون امر ثالث، بأن دار الامر بین وجوب احد الفعلین و حرمة الاخر لابین وجوب فعل و حرمته، لانه الموضع الثالث من مواضع الشک فی التکلیف و قدم تقدم؛ و الحكم هنا وجوب الاتیان بأحدهما و ترک الآخر، مخیراً فی ذلك، لان الموافقة الاحتمالية فی كلا التکلیفین اولی من الموافقة القطعية فی احدهما و المخالفة القطعية فی الآخر، ضرورة قبح ارتکاب الضرر المقطوع احتیاطاً لدفع الضرر المحتمل کما لا یخفی: محمودبن جعفر

حکم و تکلیف، ولو به صورت اجمالی، یکی از شرایط ضروری است؛ با این حال، درباره آنچه باید معلوم باشد میان علما اختلاف نظر وجود دارد. برخی مانند شیخ انصاری معتقدند که باید نوع حکم، یعنی وجوب یا حرمت، مشخص باشد و دیگران، مانند آخوند خراسانی و آیت‌الله خوئی معتقدند که معلوم بودن جنس حکم، یعنی صرف الزام (اعم از الزام در انجام فعل یا الزام در ترک فعل)، کافی است تا مسأله از مصادیق شک در مکلف به و مجرای اصل احتیاط تلقی گردد. به نظر می‌رسد که عقیده اخیر، یک تحلیل ذهنی صرف است که در عالم واقع، مصداق ندارد در حالی که احکام شرعی و تبادر ذهنی در میان عرف عموم، به نوع احکام توجه دارد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: سیدمحمد جعفر جزایری مروج، *منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة*، ج ۶، ص ۵ و ۶.

۳۵. مستفاد از بحث‌های: سیدابوالقاسم خوئی، همان، ص ۳۴۰-۳۴۱.

۳۶. لطف‌الله صافی، *جامع الاحکام*، ص ۳۷۰.

۳۷. آخوند خراسانی، *حاشیة الرسائل*، ص ۱۳۹ (به نقل از: سیدمحمدجعفر جزایری مروج، *منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة*، ج ۶، ص ۶).

۳۸. اصل یکصد و شصت و هفتم ق.ا.ج.ا.ا.: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

۳۹. شهید اول، *القواعد و الفوائد* (با عنوان ترجمه شده: قواعد فقه)، مترجم: دکتر صانعی، قاعده ۴۲، ص ۱۳۹-۱۴۰.

۴۰. سوره بقره، آیه ۲۱۹.

۴۱. شهید اول، همان، ص ۱۴۰.

۴۲. شیخ انصاری، *فراید الاصول*، چاپ سنگی؛ سیدمحمدجعفر جزایری مروج، *منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة*، ج ۶، ص ۲۷.

۴۳. بحث مذکور در همین جا خاتمه‌نیافته و مباحث دیگری را به دنبال دارد که برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: سیدمحمدجعفر جزایری مروج، *منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة*، ج ۶، ص ۲۷ به بعد.

۴۴. تعبیر مذکور توسط صاحب عناوین ارائه شده است. به نظر ایشان، لازمه معتبر نبودن قرعه در موارد مشکل به مفهوم فوق‌الذکر، رها ساختن و تعطیل کردن حکم و تکلیف است که این امر مستلزم هر چه باشد، شایعاً حکم جنبه وضعی است. این نظر در بسیاری از موارد آشکارا، عرضه

۴۵. میرعبدالفتاح مراغی، عناوین، ص ۳۵۲-۳۶۰؛ ابوالحسن محمدی، قواعد فقه، ص ۱۰۰-۱۰۸.
۴۶. شیخ محمدتقی بن عبدالرحیم ایوان کیفی، هداية المسترشدين فی شرح معالم الدين، چاپ سنگی (فاقد شماره صفحات)، بخش مربوط به شک در مکلف به برخی از فقها معتقدند در صورتی که از روش قرعه استفاده شود باید سوگند را نیز به آن ضمیمه کرد تا قاضی بتواند حکم صادر کند. محقق حلی، هنگام بحث درباره ادعای چند نفر نسبت به یک ملک - با ادعای سهمهای مختلف در آن - صریحاً اعلام می‌دارد که در صورت فقدان دلایل اثبات ادعای هر یک، در هر مقدار سهمی که مورد اختلاف است قرعه انداخته می‌شود و سپس کسی که قرعه به نام او اصابت می‌کند باید سوگند بخورد و اگر همه مدعیان از سوگند خوردن امتناع ورزند سهم مورد اختلاف، به طور مساوی، میان آنها تقسیم می‌گردد (شرايع الاسلام، کتاب القضاء، ص ۳۳۲ و ۳۳۳، چاپ سنگی به خط عبدالرحیم). همچنین شهید ثانی در مورد مذکور، در صورتی که هر دو مدعی، بی‌توانه اقامه کنند، با قبول قرعه انداختن، سوگند خوردن را نیز لازم می‌شمرد و اگر پس از امتناع کسی که قرعه به نام او اصابت کرده است، طرف دیگر نیز از ادای سوگند خودداری ورزد، مال مورد ادعا بین آنها به طور برابر تقسیم می‌شود. با این حال، ایشان در تمام موارد مذکور در کتاب شرايع الاسلام، قرعه را مطرح نساخته، بلکه ابتدا سوگند و در صورت امتناع، تقسیم به تصیف را بیان کرده است (شرح لمعه، ج ۱، کتاب القضاء، ص ۲۸۸ و ۲۸۹، چاپ سنگی به خط عبدالرحیم).
۴۷. لطف‌الله صافی، همان؛ ایشان در ادامه، از نظر بر هم زدن نظم عمومی جامعه، در مثال مربوط به سنگ‌پرانی به سوی ماشین دیگری، اشخاص پرتاب‌کننده را مستحق تعزیر می‌داند.
۴۸. میرزا حبیب‌الله رشتی، رساله فی الغصب، چاپ سنگی، ص ۳۵ به بعد.
۴۹. همان، ص ۴۲.
۵۰. عن عائشة، قالت: كان عتبة بن ابي وقاص عهد الى اخيه سعد بن ابي وقاص: ان ابن وليدة زمعة مني فاقبضه. قالت: فلما كان عام الفتح، اخذه سعد بن ابي وقاص وقال: ان اخي قد عهد الى فيه. فقام عبد بن زمعة، فقال: اخي و ابن وليدة ابي ولد علي فراشه. فنساوقا الى النبي (ص). فقال سعد: يال رسول الله! ابن اخي كان قد عهد الى فيه. فقال عبد بن زمعة: اخي و ابن وليدة ابي ولد علي فراشه. فقال رسول الله (ص): هو لك، يا عبد بن زمعة! ثم قال النبي (ص): الولد للفراش وللعاهر الحجر. ثم قال لسودة، بنت زمعة، زوج النبي (ص): احتجبي منه... (صحيح بخاری، ج ۸/۴)؛ همچنین: سنن ابن ماجه، ج ۱/۶۴۶ (با اندکی اختلاف).
۵۱. سودة ام المؤمنين، دختر زمعة بن قيس و خواهر عبد بن زمعه است. (به نقل از: حاشیه محمدالحسینی بر: القواعد و الفوائد، ص ۱۴۰).

ص ۳۶۴-۳۶۶.

۵۴. همان، ص ۳۶۶ و ۳۶۷.

۵۵. ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، ج ۱، ش ۲۰۰، ص ۳۶۹.

۵۶. ناصر کاتوزیان، تقریرات درس مسئولیت مدنی تطبیقی، نیمسال اول تحصیلی ۷۷-۷۸، دوره دکترا، حقوق خصوصی.

۵۷. همان.

۵۸. همان.

۵۹. به نقل از: ناصر کاتوزیان، تقریرات درس مسئولیت مدنی تطبیقی، نیمسال اول تحصیلی ۷۷-۷۸.

۶۰. برای مطالعه درباره ولایت حاکم شرع مراجعه شود به: میرعبدالفتاح حسین مراغی، العناوین، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۲، عنوان ۷۴، ص ۵۶۲ به بعد.

۶۱. عناوین، ج ۲، ص ۵۶۳.

۶۲. شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۴۰۵، قاعدة ۱۴۷ (به نقل از: عناوین، ج ۲، ص ۵۷۰ و ۵۷۱).

۶۳. ملا احمد نراقی، عواید الایام، عائدة ۵۴، ص ۱۸۷ و ۱۸۸.