

بررسی نسبت قاعده تقاص با قاعده منع اخلال در نظام

وحید نکونام*

۱. استادیار دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران

تاریخ دریافت: ۹۹/۴/۲۹ تاریخ پذیرش: ۹۹/۱۲/۱۱

نوع مقاله: علمی- پژوهشی

چکیده

یکی از قواعد اساسی و زیربنایی فقه، قاعده منع اخلال در نظام و به بیان دیگر وجوب حفظ نظام است. در لابه‌لای متون فقهی به مصادیق بسیاری برمی‌خوریم که فقها به دلیل اخلال در نظام وجود چیزی را نفی می‌کنند یا به عکس به منظور حفظ نظام امری را لازم تلقی می‌کند. از سوی دیگر، براساس مبانی فقهی، یکی از طرق وصول حقوق مالی تقاص است. نهاد تقاص پس از انقلاب از سوی قانون‌گذار مورد توجه قرار نگرفت، این در حالی است که رویه قضایی به پیروی از فقه در بسیاری از موارد تقاص را به‌عنوان عاملی موجهه تلقی کرده است. دلیل بی‌توجهی قانون‌گذار، نگرانی برخی حقوقدانان ناشی از ایجاد هرج و مرج به واسطه این تأسیس است، لیکن با مروری بر شرایط تقاص خواهیم دید که قلمرو این نهاد وسیع و بی‌ضابطه نبوده و منوط به تحقق شرایطی است که با توجه به مقتضیات جامعه و نظم عمومی ایجاد می‌شود، به همین سبب منع ارتکاب جرم در تقاص شرط است و از این رو تقاص اضرائی پذیرفته نیست. در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی، ضمن تأکید بر اهمیت حفظ نظام و منع اخلال در آن بیان می‌شود که با توجه به شروطی که شارع در تقاص آورده است، تعارض چندانی بین این دو به وجود نخواهد آمد.

واژگان کلیدی: اضرائی تقاص، منع اخلال نظام، مالکیت، نظم عمومی.

* Email: Vahid.nekoonam@ut.ac.ir

مقدمه

انسان در طول تاریخ هنگام مواجهه با تجاوز اقداماتی را برای صیانت از خود و پاسخ به متجاوز انجام می‌داده است و چنین واکنشی امری طبیعی و مطابق با سرشت و فطرت انسان است. به همین دلیل نهاد اعتدال سابقه‌ای طولانی دارد و در حقوق جزای اسلام توجه ویژه‌ای به آن شده است.

احقاق حق هدف عالی نظام قضایی اسلام است و در این عرصه مطمئن‌ترین شیوه مراجعه به قاضی و بهره‌گیری از قدرت حاکمیت است، لیکن در برخی شرایط روش‌های دیگری نیز به‌منظور وصول حق پیش‌بینی شده که یکی از این روش‌ها تقاص یا مقاصه است.

موضوع تقاص از منظر حقوقی در ذیل عوامل موجهه جرم قابل بحث است؛ توضیح آنکه در برخی اوضاع و احوال و شرایط خاص که قانون‌گذار آن را دقیقاً مشخص می‌کند، ارتکاب افعالی که اصولاً جرم تلقی می‌شود، در این شرایط جرم نبوده و طبعاً دارای ضمانت اجرای کیفری نخواهد بود؛ به‌طوری‌که انجام آن برای قانون‌گذار یا شارع مطلوب است یا حداقل از نظر او جایز محسوب می‌شود. مواردی چون حکم قانون، امر آمر قانونی، دفاع مشروع، حالت ضرورت و رضایت در این حوزه قابل بحث است. حکم شارع نیز به‌عنوان منشأ قانون‌گذاری در نظام اسلامی چنین اثری دارد، از این رو تقاص نیز به‌عنوان نهادی که با تحقق شرایطی اباحه رفتار را در پی دارد، به‌عنوان مصداقی از اسباب اباحه یا موجهه تلقی می‌شود. با آنکه این تأسیس از منظر مشهور فقها امری مشروع تلقی می‌شود، لیکن در حقوق ایران به بحث تقاص توجه چندانی نشده است و جز در برخی قوانین متفرقه مثل قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ و قانون محاکم تجاری مصوب ۱۲۹۴ از این موضوع اثری یافت نمی‌شود و مهم‌تر آنکه پس از انقلاب نیز با آنکه قوانین به سمت اسلامی شدن حرکت کرد و به‌رغم تأکیدات بسیار فقها بر موضوع تقاص، این امر از سوی قانون‌گذار مورد غفلت قرار گرفت، با وجود این رویه قضایی ایران با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و به‌دلیل اهمیت تقاص و تأکید فراوان آن در منابع فقهی به این نهاد به‌عنوان قاعده مسلم توجه کرده و حتی از جهات عدیده‌ای نقص قانونی بحث تقاص را جبران کرده، به‌نحوی که آرای مختلف و متعددی از اداره حقوقی قوه قضائیه و دیوان عالی کشور در این خصوص صادر شده است.^۱

قاعده منع اختلال نظام نیز که در مفهوم ایجابی آن وجوب حفظ نظام نامیده می‌شود، از قواعد اصطیادی است که فقها در ابواب مختلف فقه از آن بهره‌جسته‌اند و در حقوق تحت عنوان نظم عمومی از آن یاد می‌شود.

اهمیت پرداختن به این موضوع به این دلیل است که تقاص در برخی صور، اعمال دادگستری خصوصی را به ذهن متبادر می‌سازد که سبب هرج و مرج می‌شود و نظم اجتماعی را مختل می‌سازد. در این مقاله با بررسی برخی شروط تقاص این امر مطالعه می‌شود. نکته‌ای که اهمیت پرداختن به این موضوع را دوچندان می‌سازد، عدم سابقه پژوهش در این عرصه است، زیرا هرچند در خصوص قاعده وجوب حفظ نظام مطالبی به رشته تحریر درآمده، لیکن تاکنون از این منظر به این قاعده نگریسته نشده است. هدف از نگارش مقاله بررسی اجمالی قاعده منع اخلال نظام و رفع تعارضات ظاهری آن با تقاص است.

۱. مفهوم و ادله تقاص

کلمه تقاص از ماده (ق، ص، ص) به معنای مقابله به مثل کردن، به حساب یکدیگر رسیدن و پیگیری کردن آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷: ۷۶). در قرآن نیز در چنین معنایی به کار رفته است، مثلاً (قالت لآخنته قُصِيه) یعنی مادر موسی به خواهرش گفت دنبال موسی برو (قصص: ۱۱). اقتصاص نیز از همین ماده است و «اقتص منه» یعنی از او گرفت (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵: ۱۰).

پس کلمه تقاص در معانی پیگیری کردن، گرفتن و رعایت مساوات آمده است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۱۰۵۳؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ۳۳۸؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۴۱۹). در فرهنگ‌های فارسی نیز تقاص در معنای قصاص گرفتن از هم، تاوان گرفتن و معامله به مثل آمده است (معین، ۱۳۸۲، ج ۱: ۱۱۱۷؛ عمید، ۱۳۹۰، ج ۱: ۵۱۷).

مرحوم دهخدا نیز در تعریف تقاص بیان داشته است: «به وسیله‌ای از وسایل طلب خود را از مدیون منکر وصول کردن؛ دائمی که مدیون وی از پرداخت دین خود امتناع می‌کند، حق دارد به هر وسیله‌ای که در دسترس او موجود است، طلب خویش را وصول کند» (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۴: ۶۰۱۵).

اما در خصوص تقاص تعاریف مختلفی بیان شده است. برخی بیان داشته‌اند: «تقاص در اصطلاح به این معناست که شخصی حَقش را از دیگری بدون اطلاع یا رضای او بگیرد. اخذ حق بدون رضا به گرفتن همراه با جهل مدیون ملحق است و به هر صورت ظاهر آن است که تقاص مشروط به آن است که شخص از ادای حق ممتنع باشد» (مشکینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۱۵۵). همچنین گفته شده تصاحب مال مدیون منکر دین یا ممتنع از پرداخت از طرف بستانکار بدون مراجعه به دادگاه، اگر خوف فتنه نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۱۳۷۹). اشکالاتی به این تعاریف وارد است؛ اولاً یکی از شروط تقاص انکار حق توسط مدیون

است، از این رو صرف عدم پرداخت مجوز تقاص نخواهد بود؛ ثانیاً اینکه گفته شده است تصاحب مال دیگری، لزوماً صحیح نیست، زیرا چه بسا مقاص طلب خویش را از مقاص عنه بگیرد. در نتیجه باید گفت تقاص راهکاری است برای وصول به حقی که توسط بدهکار یا غاصب انکار می‌شود و مستندات قانونی نیز برای طرح دعوا وجود ندارد.

تقاص از نهادهایی است که ادله فراوانی از قرآن و روایات بر مشروعیت آن دلالت دارد. برای مثال آیه ۱۹۴ سوره بقره بیان می‌دارد که هر کس بر شما ستمی روا داشت، پس شما نیز همانند آن بر او ستم روا دارید. بسیاری از مفسران معتقدند این آیه حکم کلی را بیان می‌کند که شامل تقاص نیز می‌شود (کاشانی، ۱۳۳۶، ج ۱: ۴۱۷؛ قرشی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۳۵۶؛ قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۳۵۵؛ طیب، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۳، مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۳۳). روایات متعددی نیز دلالت بر جواز تقاص دارد (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۱۰۰: ۱۴۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷: ۲۱۵؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۱۸: ۸۵۲؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳: ۵۲؛ بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۲۲: ۷۹۰). همچنین با وجود مدرکی بودن اجماع برخی فقها بدون ذکر مصادیق، اصل تقاص را امری اجماعی دانسته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۲۶؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۳: ۲۷۷). برخی نیز در بعضی مصادیق تقاص را اجماعی می‌دانند. برای مثال در موردی که اصل حق در خصوص عین معین است و مدعی علیه نیز اقرار دارد یا اگر اقرار ندارد اوضاع به گونه‌ای است که حکایت از ثبوت حق می‌کند، تقاص جایز است یا در جایی که اصل حق دینی است که مدعی به آن علم دارد، لیکن مدعی علیه اقرار به آن ندارد و عالمانه آن را منکر است و بینه‌ای نیز وجود ندارد یا بینه هست لیکن به قاضی دسترسی نیست تقاص جایز است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۳۹۱؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۴۶).

از منظر عقل نیز تعدی به اموال دیگران جایز نیست، لیکن این قاعده مطلق نیست و در واقع عقل ضمن تقیح تجاوز به دیگران به حق پاسخ‌دهی و مقابله به مثل تأکید می‌کند. به بیان دیگر، وقتی بدهکار به عمد و عالمانه از پرداخت حق امتناع می‌ورزد، در واقع ستم کرده و پاسخ به این ستم امری مطابق عقل سلیم است. علاوه بر آن، دو قاعده لاضرر و تسلیط که از قواعد عقلی است، دلالت بر جواز تقاص دارد. توضیح آنکه پذیرش این امر که حتی اگر طلبکار راهی جز تقاص برای رسیدن به حقتش ندارد باز هم تقاص جایز نیست، در واقع تحمیل ضرر بر وی است که امری است غیرمنطقی و قاعده تسلیط نیز نمی‌تواند مانع اقدام طلبکار شود، زیرا سلطه مدیون بر مال شرعی نیست. بسیاری از فقها به عقلی بودن موضوع تقاص و نیز قاعده لاضرر و تسلیط در این خصوص اشاره داشته‌اند (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۲: ۱۰۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۳۸۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۴۹).

۲. قاعده حفظ نظام و دلالت‌های آن

واژه نظام نیز از ریشه «نظم» به معنای نظم دادن، آراستن، به رشته کشیدن مروارید، رویه و روش و عادت آمده است (معین، ۱۳۸۲، ج ۴: ۴۷۴۸؛ دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۸۱۵). همچنین گفته شده نظام، اسم به معنای دستگاه سیاسی، حکومت، اصول و قواعدی که چیزی براساس آن نهاده شده است می باشد (عمید، ۱۳۹۰، ج ۲: ۱۸۱۵). در زبان عربی نیز در معنای تألیف، تجمیع و قرین کردن چیزی به چیز دیگر و نخی که با آن لؤلؤ یا هر چیز دیگری به نظم کشیده می‌شود، به کار رفته است (ابن منظور، ۱۴۱۷ق، ج ۱۲: ۵۷۸).

امام علی(ع) در مقام مشورت دادن به عمر، در خصوص عزیمت به جنگ فرمودند: «و مکان القیم بالأمر النّظام من الحرز یجمعهُ و یضمُّهُ»، یعنی جایگاه زمامدار حکومت به مانند جایگاه ریسمان حرز است که دانه‌های آن را جمع کرده و به هم ضمیمه می‌کند (نهج البلاغه، خطبه ۱۴۶: ۱۶۵). در اصطلاح نظام به معنای عناصر دارای کنش و واکنشی و مجموعه هدف‌ها با روابط میان هدف‌ها و میان خواص آن‌هاست (عالم، ۱۳۸۳: ۱۴۹).

نظام از منظر فقها معانی مختلفی دارد که در بحث بعدی به آن می‌پردازیم، لیکن با توجه به تعریف نظام، مفهوم «حفظ نظام» صیانت از آنچه قوام جامعه به آن است، می‌باشد. این قاعده در سه محور قابل بحث است:

۲-۱. حفظ نظام سیاسی و حاکمیت

وجود حاکمیت و نظام سیاسی امری بدیهی است و حفظ جامعه متوقف بر تشکیل حکومت است، به همین دلیل حضرت علی(ع) می‌فرمایند: مردم را حاکمی باید، نیکوکار یا بدکار تا در حکومت او فرد با ایمان کار خویش کند و کافر بهره خود برد، تا آنگاه که وعده حق سر رسد و مدت هر دو در رسد (نهج البلاغه، خطبه ۴۰: ۴۸).

از مصادیق بارز حفظ نظام، حکم به مقابله و جهاد و دفاع از سرزمین اسلامی است و حتی خداوند در مواقعی تأکید می‌فرماید که دعوت به صلح نکنید، درحالی‌که شما بر آنان برترید و خداوند شما را یاری می‌کند (بقره: ۱۹۰).

فقهای همه مذاهب اسلامی به اتفاق آرا دفاع از سرزمین اسلامی را وظیفه هر مسلمانی می‌دانند و با عناوین مختلفی چون دفاع از بلاد اسلام، دارالایمان، بیضه اسلام، حوزه اسلام و کلمه اسلام از آن یاد کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲: ۸؛ میرزای قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱: ۳۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۴: ۵۴).

حتی امام خمینی(ره) مفهوم موسعی از دفاع ارائه داده‌اند. به نظر ایشان اگر این ترس پیش آید که کفار از نظر سیاسی و اقتصادی بر سرزمین مسلمانان استیلا یابند و این استیلا منجر

به آن شود که مسلمانان به اسارت سیاسی و اقتصادی کفار درآیند، دفاع واجب است (خمینی، بی تا، ج ۱: ۴۸۵).

شایان ذکر است که حفظ نظام سیاسی و حکومت تا جایی لازم و ضروری است که بتوان به وسیله آن به احکام اسلام عمل کرد و در صورتی که حفظ حکومت به زیر پا گذاردن ارزش‌ها و احکام اسلام منجر شود، باید از حکومت دست برداشت.

۲-۲. حفظ و صیانت از اسلام و مبانی آن

معنای دیگر حفظ اسلام، حفاظت از دین است که از آن به «نظام المله» نیز یاد شده است. حضرت زهرا (س) در خطبه فدکیه فرموده‌اند: همانا خداوند اطاعت از ما را برای حفظ نظام ملت، واجب گردانیده است (طبری، بی تا: ۳۲؛ طبرسی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱: ۹۹).

وجوب حفظ اسلام از خطر تعرضات، از موضوعات اجماعی بین فقهای شیعه بلکه جمیع مسلمانان است و دفاع از اسلام بدون هیچ قید و شرطی واجب است (حلی، ۱۴۰۳ ق: ۲۴۶؛ طوسی، ۱۴۰۰ ق: ۲۹۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۱: ۴۸).

همان‌طور که اشاره شد حفظ اسلام با حفظ حکومت ملازمه ندارد و رابطه آن‌ها عموم و خصوص من وجه است، چنانکه امام حسن مجتبی (ع) برای حفظ اصل اسلام حکومت را رها کردند.

۲-۳. حفظ نظم اجتماعی

در این بیان، قاعده منع اختلال در نظام به معنای تحریم و نهی هر فعل یا ترک فعلی است که سبب هرج و مرج و برهم خوردن نظم و نظام اجتماع می‌شود.

شریعت اسلام هیچ‌گونه مشروعیتی برای افعال و اموری که موجب اختلال و نابسامانی در زندگی عامه مردم می‌شود، قائل نیست و فقها در مصادیق فراوانی از فقه به این امر استناد کرده‌اند.

برای مثال گفته شده حفظ نظام و مصون ماندن اجتماع از هرج و مرج، متوقف بر تشریح مبادله اموال بین مردم است، در غیر این صورت مردم برای رفع نیازهای خود به مانند سایر حیوانات به قهر و غلبه با یکدیگر روی می‌آورند. بنابراین برای حفظ نظام چاره‌ای جز تشریح معاملات نیست (خویی، بی تا، ج ۲: ۳).

در خصوص علت تشریح حکم قضا در اسلام نیز به این اصل استناد شده است (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱: ۱۵؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ ق، ج ۱: ۴۴). همچنین فقها در بحث اتقان احکام بیان داشته‌اند: حکم حاکم جامع‌الشرایط حتی از سوی مجتهد دیگر نباید نقض گردد، مگر آنکه خطا یا خلاف شرع بودن آن آشکار شود و اگر خطای او به اثبات نرسد و یا در مورد مخالفت یا مطابقت آن با شرع تردید وجود داشته باشد نباید نقض شود، زیرا موجب اختلال نظام می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ ق، ج ۱: ۱۰۲).

و جوب حفظ نظام یا حرمت اختلال نظام به معنای رایج فقهی آن، حکم مستقل عقلی است و حکم شرع در این زمینه، تأکیدی بر حکم عقل است. در مقایسه میان وجوب حفظ نظام، به معنای اساس اسلام با وجوب حفظ نظام به معنای نظم اجتماعی با وجوب حفظ نظام به معنای نظام سیاسی، اولی بر دومی و دومی بر سومی مقدم است (رحمانی و الفت پور، ۱۳۹۷: ۴۰)، چراکه حکومتی را که در آن قانون الهی حاکم نباشد یا قوانینی برخلاف اراده الهی در آن اجرا شود، نمی‌توان اسلامی تلقی کرد و لذا لازمه ابتدای حکومت بر شریعت اسلام اجرای قوانین شریعت در سطح جامعه است (ارسطا و بهادری جهرمی، ۱۳۹۳: ۳۷).

نظم عمومی نیز از اصطلاحاتی است که در علم حقوق به‌وفور به‌کار رفته است. در تعریف آن گفته شده است: مجموعه تأسیسات حقوقی و قوانین وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط آحاد ناس که اراده افراد جامعه در خلاف جهت آن بلااثر باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۵: ۳۶۵۳)؛ همچنین برخی نظم عمومی را مجموعه‌ای از قواعد آمره یا ناهیه می‌دانند که افراد نمی‌توانند برخلاف آن عمل کنند (عروجانی، ۱۴۰۶: ۳۴۱).

اصطلاح نظم عمومی خاستگاه غربی دارد و اولین بار در کد معروف ناپلئون در سال ۱۸۰۷ و در ماده ۶ به‌کار برده شده و قانون مدنی ایران نیز با الهام از این قانون و در ماده ۹۷۵ آورده است: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به‌واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به‌علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد».

در اسناد بین‌المللی نیز مثل اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸م) و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶م) بحث نظم عمومی مورد توجه بوده و ضمن تأکید بر حقوق و آزادی‌های افراد یکی از موارد محدودیت در این عرصه اخلال در نظم عمومی معرفی شده است.

اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تأکید می‌کند که هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر، یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

در مقام مقایسه دو مفهوم نظم عمومی و اختلال نظام می‌توان گفت هرچند این دو از نظر خاستگاه و مبانی نظری وضع آن، واگرایی‌هایی از یکدیگر دارند و اولی در غرب و بستر لایسسته شکل گرفته است و دومی مبنایی فقهی و اسلامی دارد، لیکن در عمل بین آن‌ها اشتراکاتی وجود دارد. توضیح آنکه دلالت سوم مفهوم اختلال نظام یعنی حفظ نظم اجتماعی همان معنای نظم عمومی را دارد و اتفاقاً همین معنا در بحث تعارض تقاص و منع اختلال در نظام مختار است و سایر معانی ارتباطی با این بحث پیدا نمی‌کند.

۳. تبیین محل نزاع

قاعده اعتدا از نظر مخاطب تفاوت‌هایی دارد، به این معنا که گاهی مخاطب قاعده دولت و حاکمیت است که در مراحل مختلف عدالت کیفری چون جرم‌انگاری، مجازات‌گزینی و حتی در عرصه بین‌المللی مثل جنگ و صلح این قاعده را به کار می‌گیرند، اما گاهی مخاطب افرادند که از این خطاب اصولاً اجرای عدالت خصوصی به ذهن متبادر می‌شود.

عقل انسان همان‌گونه که حکم به تقبیح تجاوز به دیگران و ظلم و ستم به آنان می‌کند، به حق مقابله به مثل و پاسخ‌دهی به تجاوز نیز حکم کرده و آن را سبب کاهش خوی تجاوزگری بشر می‌داند و حتی می‌توان گفت عقل بشری این امر را حق نوع انسان می‌داند که در مقابل تجاوز سکوت نکند. از سوی دیگر توسعه روابط اجتماعی مقتضی ایجاد نظامی است که در پرتو آن امنیت برقرار شود و حقوق و آزادی‌های افراد نیز از تعرض مصون بماند. عقل نیز به دلیل آنکه انسان مدنی بالطبع است، تأکید دارد که اقتضای زندگی اجتماعی انسجام، سازمان‌یافتگی و نظام‌مندی است و انسان‌ها به‌رغم وجود اختلافاتی در احساسات و ادراکات و توانمندی‌ها به حکم عقل نباید به این نظم اجتماعی خلل وارد سازند.

اما چگونه می‌توان بین این دو جمع کرد، زیرا اعمال برخی قواعد و مقررات از سوی افراد و اجازه اعمال دادگستری خصوصی سبب خدشه بر صلاحیت انحصاری حاکمیت و دولت در معنای عام و در نتیجه هرج و مرج در جامعه می‌شود.

در جمع بین نهاد تقاص و منع اختلال نظام دو نکته مهم تلقی می‌شود: اول آنکه نمی‌توان دایره اختلال نظام را آنقدر گسترش داد که انجام هر عمل مشروعی را محدود سازد. در واقع این قاعده تا زمانی بر سایر ادله حکومت می‌کند که اولاً احراز شود واقعاً اختلالی در امر حکومت یا اجرای احکام اسلام یا زندگی عامه مردم ایجاد شده است؛ ثانیاً با مصالح عالیه شریعت همچون عدالت در تعارض نباشد. دوم با بررسی نهاد تقاص که به نوعی شائبه تعارض با نظام به معنای اعم را ایجاد می‌کند، خواهیم دید که شارع با پیش‌بینی شروطی این امر را مورد توجه قرار داده است.

۴. شروط تقاص

برای آنکه تقاص به‌عنوان یک عمل حقوقی صحیح باشد، شرایطی لازم است که اجتماع تمامی آن‌ها ضروری و اجتناب‌ناپذیر است.

این شرایط در سه سرفصل شرایط تقاص‌کننده یا مقاص، شرایط تقاص‌شونده یا مقاص‌عنه، شرایط مال موضوع تقاص یا مقاص‌علیه قابل بحث است.

مقاص و مقاص عنه باید دارای اهلیت باشند و در تقاص کننده نیز قصد تقاص، داشتن سمت و علم به وجود حق شرط است. در تقاص شونده نیز انکار یا تأخیر عالمانه و نیز توانایی در ادای دین شرط است. موضوع تقاص هم باید مالیت داشته و متعلق به مقاص عنه باشد. در این مجال درصدد بررسی تمامی شروط تقاص نیستیم، بلکه تنها مواردی مورد مذاقه قرار می‌گیرد که به نوعی با بحث منع اخلال در نظام مرتبط است.

۴-۱. توانایی نداشتن در طرح دعوا

این شرط از شروط بحث‌انگیز در تقاص است، البته قبل از ورود به آن لازم است دو موضوع مورد توجه قرار گیرد.

اول: این بحث لزوماً با موضوع دخالت اذن حاکم یا فقیه در اجرای تقاص ملازمه ندارد، یعنی حتی می‌توان معتقد بود تقاص با وجود توانایی داشتن در طرح دعوا جایز است، لیکن اذن می‌خواهد. دلیل این امر نیز روشن است، زیرا طرح دعوا، ورود در ماهیت است، درحالی‌که در اذن لزومی به ورود ماهوی حاکم در موضوع نیست.

دوم: برخی حقوقدانان معتقدند تقاص با وجود حاکمیت حکومت اسلامی و امکان اقامه دعوا در دادگاه‌ها چندان وجاهتی ندارد (حبیب‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۶۶). البته این بحث فرع بر یک بحث فقهی است که آیا اساساً فلسفه پیش‌بینی تقاص حکومت حاکمان جور در زمان معصومان(ع) بوده است؟

در خصوص جواز یا عدم جواز مراجعه به حکام جور چند دیدگاه وجود دارد: برخی فقها معتقدند مراجعه به قاضی جور مشارکت در اثم و عدوان هستند و از این رو نمی‌توان به چنین قضاتی مراجعه کرد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱: ۴۰۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷: ۱۴). استدلال این دسته از فقها آیه ۶۰ سوره نساء و برخی روایات است. از جمله روایتی است با این مضمون که عمر بن حنظله از امام صادق(ع) پرسید: دو نفر از یارانمان در میانشان نزاعی در دین یا ارث است و آن دو نفر نزد حاکم یا قاضی برای دادرسی می‌روند، آیا این کار جایز است؟ حضرت فرمودند: هر کس به سوی طاغوت رود تا او برایش حکم دهد، حق باشد یا باطل جز این نیست که مرافعه را به سوی طاغوت برده و آنچه طاغوت برای او حکم کند حرام است زیرا خداوند دستور داده که به طاغوت کفر ورزید (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷: ۱۳). روایات دیگری نیز با چنین مضمونی وارد شده است (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۳۰: ۸۶).

این دیدگاه به طور مطلق پذیرفته نیست و بسیاری از فقها با شروطی مراجعه به قاضی جور را پذیرفته‌اند. از جمله گفته شده این تحریم تنها در جایی است که حاکم شرع وجود ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹: ۱۳۳) یا براساس قول دیگر اگر تحصیل حق متوقف بر مراجعه باشد با

توجه به قاعده لاضرر منعی ندارد (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۱۰؛ خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۰۵). از سوی دیگر حتی اگر دیدگاه اول را بپذیریم، این امر با این موضوع ملازمه ندارد که فلسفه ایجاد تقاص نبود حکومت عدل بوده است، زیرا ادله تقاص که شامل ادله عام قاعده مقابله به مثل و ادله خاص است، اقتضای چنین دیدگاهی را ندارد و حتی با بررسی روایات خواهیم دید با اینکه برخی روایات از معصومینی نقل شده که ميسوط‌اليد نبودند، لیکن دو روایت نیز از پیامبر اکرم (ص) وارد شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷: ۲۷۵). همچنین فقها با وجود اختلافاتی که بعضاً در خصوص شروط تقاص دارند، هیچ‌گاه اصل آن را زیر سؤال نبرده‌اند.

اما در خصوص شرط مورد بحث آنچه مسلم است اینکه اگر مدیون امکان طرح دعوا در محاکم را نداشته باشد، تقاص جایز است و در این خصوص ادعای اجماع نیز شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۳۹۰).

اما سؤال این است که اگر امکان ترفع نزد حاکم و استیفای حق وجود داشته باشد، آیا تقاص جایز است یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش چند دیدگاه مطرح شده است: برخی فقها معتقدند تسلط بر مال غیر خلاف اصل است، از این رو در صورت عدم وجود بینه و تعذر دسترسی به حاکم امکان دارد (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴: ۲۵۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶: ۶۹؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ۷۴). همچنین گفته شده است تقاص امری استثنایی و خلاف قاعده است، باید به قدر متیقن (عدم امکان ترفع) اکتفا شود و با تجویز تقاص برای دائنی که می‌تواند با اقامه دعوا حق خویش را بازستاند، تقاص را توسعه و قضا را محدود می‌نماییم که این امر خلاف نظم عمومی و مغایر مصالح اجتماعی و چراغ سبز به هرج و مرج است، لذا تقاص به صورتی منحصر است که تقاص‌کننده نه بینه و نه امکان اقامه دعوا دارد (تقی‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۳).

با وجود این دیدگاه بیشتر فقهای متقدم و متأخر بیان داشته‌اند با توجه به عموم قاعده اعتدا و اصل برائت رفع امر نزد حاکم، لزومی به این شرط نیست (خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷: ۱۴۹؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰: ۱۳۳؛ یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۲۱۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶: ۳۵۵) و حتی ادعای اجماع در این خصوص شده است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ۲۱۰).

مطابق دیدگاه سوم و با توجه به عمومات قاعده اعتدا و نیز اصل عدم وجوب رفع الی الحاکم که از سوی صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۳۹۰) نیز مطرح شده و نظر مشهور فقها، می‌توان تقاص را مشروط به نبودن هیچ‌گونه مشقت و مؤنه جهت طرح دعوا

نزد حاکم دانست (فخرالمحققین، ۱۳۷۸ق، ج ۴: ۳۴۶؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵: ۱۵۳). فقیه دیگری در این زمینه بیان کرده است: در فرض مشقت و احتمال جرح شهود، اصل برائت مراجعه به حاکم است (فاضل لنکرانی ۱۴۲۰ق: ۳۹۶). روایتی از سلمان حفص مروزی، از علمایی که در مناظرات امام رضا(ع) حاضر بوده، از امام رضا (ع) یا امام هادی(ع) با این مضمون نقل شده است: «إِنْ كَانَ لَهُ عَلَى الْمَيِّتِ مَالٌ وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُ عَلَيْهِ فَلْيَأْخُذْ مَالَهُ» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۳۰۵). در این روایت تقاص منوط به نبود بینه برای اقامه دعوا شده است.

توضیح آنکه همان‌گونه که بسیاری از فقهای متقدم و متأخر بیان کرده‌اند، اصل اولیه با توجه به عموم قاعده مقابله به مثل و اصل برائت رفع امر نزد حاکم، عدم شرطیت طرح دعواست، حال اگر اثبات امر نزد قاضی آسان بوده و مستلزم هیچ‌گونه مشقتی نباشد، امکان تقاص منتفی است. پذیرش این دیدگاه با قاعده منع اختلال نظام نیز سنخیت بیشتری دارد.

۴-۲. عدم انجام جرم یا ورود ضرر

برخی فقها معتقدند مقاص اجازه دارد برای رسیدن به حق خود اقدامات مجرمانه‌ای مثل هتک حرز و تخریب انجام دهد. برای مثال گفته شده است: اگر فرد ذی‌حق جز با شکستن در و کندن دیوار به مالش نرسد، می‌تواند اقدام کند و در آنچه تلف می‌کند ضمانتی نیست و چنین کسی به مانند فردی است که در مقام دفاع مشروع اقدام نموده است (نووی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۰: ۸۷).

برخی نیز با استناد به ادله اضرار و آیه ۱۹۴ سوره بقره (اعتدا) نقب زدن را جهت بردن مال، جایز می‌دانند و اصل را عدم ضمان در چنین مواردی دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۲۰۹؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷: ۴۶۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۴۸۴).

در پاسخ به این دیدگاه دو موضوع قابل طرح است:

اول: مطابق ادله عام قاعده مقابله به مثل و تقاص اصولاً رعایت مماثلت در پاسخ‌دهی به اقدام متجاوز شرط است. مفسران از آیه ۴۰ سوره شوری استفاده کرده‌اند که مقدار مجازات نباید از میزان فعل ارتكابی شدیدتر باشد (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۵: ۸۴؛ فضل‌الله، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰: ۱۹۴). آیات ۱۹۴ سوره بقره و ۱۲۶ سوره نحل نیز این تناسب را مدنظر قرار داده و بسیاری از مفسران به این مماثلت تصریح کرده‌اند (امین، ۱۳۶۱، ج ۷: ۲۶۲؛ طیب، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۶۰).

به همین سبب در تبیین قاعده مقابله به مثل باید گفت که اقل مقابله به مثل از جنبه مثبت، اشد آن از جنبه منفی است؛ بدین معنا که در مقابله به مثل منفی، حداکثر انسان می‌تواند به

مانند عمل قبیح دیگری اقدام کند، درحالی که در مقابله به مثل مثبت حداقل باید به همان اندازه پاسخ داد و بیش از آن نیز توصیه شده است. در تقاص به عنوان مصداق بارز قاعده مقابله به مثل نیز همین گونه است، زیرا تقاص خلاف اصل و نهادی استثنایی است و مقاص نمی تواند از هر ابزاری برای رسیدن به حق خود استفاده کند و قاعده (اذن در شی، اذن در لوازم آن است) در اینجا کاربردی ندارد زیرا این لوازم مجرمانه است.

اگر به روایاتی نیز که در بحث تقاص به آن استناد شد توجه شود، دلالتی بر ارتکاب جرم و افعال اضرائی ندارد و اصولاً از عباراتی مثل «يَقَعُ لَهُم عِنْدِي الْمَالُ» یا «وَقَعَ لَهُ قَبْلِي دَرَاهِمٌ» استفاده شده است که بر افعال مسالمت آمیز تأکید دارد (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳: ۵۲). فقهای بسیاری نیز با توجه به این بحث تقاص اضرائی را جایز ندانسته اند (سبزواری، ۱۴۱۴ق، ج ۲۷: ۱۴۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۲: ۴۹۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲: ۹۷).

دوم: در بحث قاعده منع اختلال نظام این نکته حائز اهمیت است که نمی توان این قاعده را آنقدر گسترش داد که انجام هر عمل مشروعی را محدود سازد و با این قاعده اصل تقاص را زیر سؤال برد. لیکن در مواردی که اجرای تقاص سبب اختلال نظام به معنای اعم می شود، باید اجرای تقاص را محدود کرد. یکی از این موارد، تقاص اضرائی یا تقاص با ارتکاب جرم است که سبب اختلال در نظم عمومی و هرج و مرج می شود، از این رو چنین تقاصی مجاز نیست.

۴-۳. عدم مراغه و قسم پیشین

فقها در این خصوص بیان داشته اند که اگر منکر پس از درخواست مدعی، نزد قاضی قسم یاد کند، دعوا ساقط است و اگر مدعی، به مالی از مدعی علیه دست یابد تقاص جایز نیست (خویی، ۱۴۰۳ق، ج ۴۱: ۱۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۷۸ق، ج ۴: ۳۳۰؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۲۸۱؛ عاملی، ۱۴۱۰ق: ۹۰)؛ البته اگر منکر تصریح به دروغ بودن سوگند خود کند، تقاص جایز است (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ۲۰۲؛ مامقانی، بی تا: ۷۲).

این نحوه بیان، نباید این ذهنیت را ایجاد کند که تنها قسم نزد قاضی مسقط حق تقاص است و اثبات موضوع با سایر ادله تأثیری در این امر ندارد، بلکه این نحو بیان به سبب دفع ابهام از سؤال دیگری است که در این خصوص وجود دارد و آن اینکه آیا صرف قسم پیشین مقاص عنه موجب حرمت تقاص می شود؟

در پاسخ به این پرسش برخی فقها معتقدند اگر مقاص عنه سوگند یاد کند تقاص جایز نیست (محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۲۸۱).

پیامبر اکرم (ص) نیز در روایتی تأکید می‌فرمایند که اگر کسی به خداوند قسم یاد کرد، او را تصدیق نمایید (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۱۸۷). روایتی نیز از امام صادق (ع) در این خصوص نقل شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۹۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷: ۲۷۴).

به نظر ما این دیدگاه صحیح نیست و مقصود از این قسم، سوگندی است که در نزد حاکم صورت گرفته باشد، زیرا در روایت ابی العباس امام (ع) با فرض قسم خوردن مقاص عنه، حکم به جواز تقاص کردند. همچنین برخی فقها بر این امر تأکید دارند که پس از سوگند خوردن مدیون در محکمه تقاص جایز نیست و اگر طلبکار تقاص کند، مالک نمی‌شود (خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۹).

در این جا این سؤال مطرح می‌شود که آیا قسم نزد محکمه موضوعیت دارد یا به‌طور کلی طرح شکایت سبب منع تقاص می‌شود؟ در پاسخ باید گفت مستند به دیدگاه‌های فقهی و روایات پیش گفته قسم منکر نزد حاکم تقاص را منتفی می‌سازد و از این رو به طریق اولی اگر طلبکار جهت احقاق حق به محکم مراجعه کرد و به بی‌حقی وی حکم شد، حق تقاص ساقط می‌شود، هر چند طلبکار یقین به حق خود داشته باشد. لذا ورود قاضی به ماهیت دعوی طرفین و صدور حکم، مسقط حق تقاص است، خواه حکم با سوگند یا بینه یا علم قاضی ثابت شود. این رویکرد در جهت جلوگیری از تزلزل آرای محاکم که به اختلال در نظام منتهی می‌شود، وضع شده است.

۴-۴. انکار یا تأخیر عالمانه در ادای دین

یکی از شروط تقاص آن است که مقاص عنه منکر حق یا مماطل باشد، بدین معنا که یا به‌طور کلی می‌گوید بدهی وجود ندارد و تجاهل می‌کند یا آنکه اقرار به اصل بدهی دارد، لیکن اراده جدی در پرداخت طلب ندارد. روایتی از امام صادق (ع) در این خصوص نقل شده است. ابوبکر حضرمی روایت کرده است که به امام گفتم: «فردی مبالغی را از من بر ذمه دارد و انکار می‌کند و بر آن قسم می‌خورد. آیا جایز است اگر از او مبالغی به دست من رسید به قدر حقم از آن بردارم؟ امام پاسخ داد: آری ولکن برای این عمل کلامی است. گفتم چیست؟ فرمودند: می‌گویی خدایا من آن را به ظلم و خیانت نگرفتم، بلکه به‌جای مالی که از من گرفت می‌گیرم و چیزی نمی‌افزایم» (فیض کاشانی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۸: ۸۵۲؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳: ۵۲).

روایت مذکور از منظر سند مشکلی ندارد و در سلسله روایات آن حسن بن محبوب و سیف بن عمیره توثیق شده‌اند (علامه حلی، ۱۳۴۲: ۱۱۶؛ نجاشی، ۱۳۶۵: ۱۸۹)، البته خود ابوبکر حضرمی نیز مورد وثوق می‌باشد (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۶: ۵۳۱).

براساس این روایت در صورت انکار دین توسط مدیون، دائن حق دارد در صورتی که مالی از وی به دست آورد، آن را به جای مال خود بردارد، به شرطی که نیتش احقاق حق باشد و نه خیانت و سوگندی که ذیل روایت آمده است، سوگند نزد قاضی و در محکمه نیست، بلکه سوگندی است که فرد تقاص کننده آن را ادا می کند.

فقها در خصوص موردی که بدهکار اقرار به حق دارد و در صورت مطالبه طلبکار از پرداخت امتناع نمی کند، معتقد به عدم مشروعیت تقاص هستند (محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۲۸۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷: ۱۴۷؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷: ۴۴۷) و حتی شیخ طوسی ادعا کرده هیچ مخالفی در این خصوص وجود ندارد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶: ۳۵۵).

همچنین در موردی که طلبکار عالمانه دین را انکار می کند، اصولاً فقها معتقد به جواز تقاص هستند (خویی، ۱۴۰۳ق، ج ۴۱: ۵۴؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳: ۲۸۴؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۶۷). از این رو در این دو فرض عنصر اساسی، جحد مدیون است و همان طور که برخی فقها تصریح کرده اند، مقاص باید یقین به جحد مدیون داشته باشد و صرف ظن و احتمال کافی نیست (بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ۳۶۵).

برخی فقها در این خصوص قائل به تفصیل شده اند، بدین معنا که اگر بدهکار اقرار به حق دارد و طلبکار نیز می تواند برای استیفای حقوقش به حاکم رجوع کند یا اگر بدهکار منکر حق است بینه ای برای شهادت حاضر باشد، تقاص جایز نیست و اگر صاحب حق امکان ترافع نداشته یا ادله ای وجود ندارد، تقاص از ماطل جایز است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۳۸۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲: ۹۸).

اشکال دیدگاه اخیر این است که شروط انکار یا تأخیر عالمانه در ادای دین با رجوع به حاکم که دو موضوع متفاوت اند، در کنار هم بیان داشته شده است. از این رو همان گونه که توضیح خواهیم داد این شروط ملازمه ای با یکدیگر ندارند، کمابینه در مقاله شرط ماطله پذیرفته شده است، لیکن شرط مراجعه به حاکم رد شد.

در پایان شایان ذکر است که آیا با تحقق شرایط پیش گفته تقاص جایز است یا آنکه باز هم نیاز به اذن حاکم دارد؟ برخی فقهای معاصر در پاسخ به استفتایی در بحث تقاص بیان داشته اند.

آیت الله فاضل لنکرانی: تقاص با اجازه حاکم شرع جایز است و بدون اثبات حق و به صرف ادعا جایز نیست (گنجینه آراء فقهی قضایی، سؤال ۴۶۱۲).

آیت الله سید محمد رضا گلپایگانی: می تواند به تعداد جنس خود، عیناً یا قیمتاً از جنس موجود با اذن حاکم شرع جامع شرایط به عنوان تقاص برداشت کند.

آیت‌الله بهجت: با اجازه حاکم شرع مباح است.
 آیت‌الله صافی: مقدار مالی که از مسروق منه سرقت شده می‌تواند با اجازه مجتهد جامع‌الشرایط از مال سارق بردارد (گنجینه آراء فقهی قضایی، سؤال ۹۱۷۰).
 پذیرش این دیدگاه از چند نظر ایراد دارد:

اول: اگر به ادله تقاص توجه کنیم، ملاحظه می‌شود که ادله اطلاق داشته و در روایات نیز چنین قیدی وجود ندارد. البته برخی این احتمال را مطرح ساخته‌اند که وقتی امام حکم به جواز تقاص می‌دهد به معنای اذن است، زیرا یکی از شئون امام، حاکم شرع بودن است، از این رو می‌توان گفت در روایات چنین شرطی وجود دارد (علیدوست، قابل‌بازایی در سایت <http://a-alidoost.ir>)

این دیدگاه صحیح نیست، زیرا در این صورت باید تمامی روایات تقاص را حمل بر قضیه‌ای شخصی کنیم، درحالی‌که روایات گویای واقعه‌ای کلی است.

دوم: در این خصوص دو حالت متصور است: یا آنکه باید بگوییم حاکم به مدیون بودن شخص علم دارد که در این صورت می‌تواند وی را ملزم به پرداخت کند یا آنکه چنین علمی وجود ندارد که در این حالت نیز نمی‌تواند تقاص را تجویز کند.

سوم: بسیاری از فقها تقاص را متوقف بر اذن حاکم نکرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷: ۴۵۳؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ۶۸) و حتی برخی این دیدگاه را به اکثریت فقها نسبت داده‌اند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳: ۲۸۳؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰: ۱۳۳).

چهارم: اگر دیدگاه‌های امام خمینی (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۳۹) و رهبر معظم انقلاب (گنجینه آراء فقهی قضایی، سؤال ۹۱۷۰) را در این خصوص بررسی کنیم، قائل به چنین شرطی در تقاص نیستند.

لذا در مجموع به نظر می‌رسد با تحقق بقیه شروط بدون اذن حاکم نیز تقاص منعی ندارد.

نتیجه‌گیری

احقاق حق هدف عالی نظام قضایی اسلام است و در این عرصه مطمئن‌ترین شیوه مراجعه به قاضی و بهره‌گیری از قدرت حاکمیت است، لیکن در برخی شرایط روش‌های دیگری نیز به‌منظور وصول حق پیش‌بینی شده که یکی از این روش‌ها تقاص یا مقاصه است. تقاص از منظر فقهی از عوامل موجهه جرم تلقی می‌شود و تأسیسی است که از شمول اصل اولیه حرمت تصرف در مال غیر خارج است. مشهور فقها تقاص را نهادی خلاف اصل و استثنایی می‌دانند و لذا باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد. از سوی دیگر با آنکه با بررسی‌های صورت‌گرفته اذن

حاکم را در تقاص شرط ندانستیم، لیکن تقاص در موارد زیر مجاز نیست:

الف) با آنکه بسیاری از فقهای متقدم و متأخر قائل به جواز تقاص حتی با فرض امکان ترافع نزد قاضی و استیفای حق هستند، لیکن به نظر می‌رسد اگر اثبات امر نزد قاضی آسان بوده و مستلزم هیچ‌گونه مشقتی نباشد، امکان تقاص منتفی است.

ب) یکی از شروط تقاص آن است که مقاص عنه منکر حق یا مماطل باشد، بدین معنا که یا به‌طور کلی می‌گوید بدهی وجود ندارد و تجاهل می‌کند یا آنکه اقرار به اصل بدهی دارد، لیکن اراده جدی در پرداخت طلب ندارد، در غیر این صورت امکان تقاص منتفی است.

ج) در مواردی که مقاص برای مرافعه نزد دادگاه مراجعه می‌کند، در جهت جلوگیری از تزلزل آرای محاکم که به اخلال در نظام منتهی می‌شود، تقاص ممنوع است.

د) قاعده منع اختلال نظام مستلزم منع تقاص اضرائی است، از این رو به تبعیت از عمومات قاعده مقابله به مثل باید گفت در تقاص باید به حداقل لوازم و آثار اکتفا کرد و نمی‌توان از هر ابزاری برای رسیدن به حق خود استفاده کرد و قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است»، در این جا کاربردی ندارد.

یادداشت‌ها

۱. ر.ک: رأی وحدت رویه ۲۲۸-۱۳/۱/۱۳۱۶؛ نظریه مشورتی ۷/۱۲۷۴-۲/۲۱-۱۳۸۳؛ رأی شماره ۲۳۱-۱۳۷۱/۵/۳ شعبه دوم دیوان عالی کشور.
۲. قُلْتُ لَهُ: رَجُلٌ لِي عَلَيْهِ دِرَاهِمٌ، فَجَحَدَنِي وَحَلَفَ عَلَيْهَا، أَيَجُوزُ لِي أَنْ وَقَعَ لَهَا قَبْلِي دِرَاهِمٌ أَنْ أَخَذْتُ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّي؟ قَالَ: نَعَمْ وَلَكِنْ لِهَذَا الْكَلَامِ. قُلْتُ: وَ مَا هُوَ؟ قَالَ: اتَّقَوْلَ: اللَّهُمَّ إِنِّي لَا أَخْذُهُ، لَمْ أَخْذُهُ، لَنْ أَخْذُهُ ظُلْمًا وَ لَا خِيَانَةً وَ إِنَّمَا أَخَذْتَهُ مَكَانَ مَالِي الَّذِي أَخَذْتُ مِنْهُ مِنْ أَيْ «شَيْئًا عَلَيْهِ».

منابع

الف: فارسی

۱. ابن عابدین، محمد (۱۴۱۵ق)، تکمله حاشیه رد المحتار، بیروت: دارالفکر، چ اول.
۲. ابن منظور، محمد (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دارالفکر، چ سوم.
۳. اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفایده و البرهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۴. اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ق)، فقه القضا، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید، چ دوم.
۵. ارسطا، محمدجواد؛ بهادری جهرمی، علی (۱۳۹۳)، «حکومت اسلامی- معیار تشخیص و شاخصه‌های عملی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ش ۷، ص ۲۷-۴۶.
۶. آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۴۲۵ق)، کتاب القضا، قم: زهیر، چ اول.
۷. خمینی، روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه دارالعلم، چ اول.
۸. امین، سیده نصرت (۱۳۶۱)، مخزن العرفان فی تفسیر القرآن، تهران: انتشارات نهضت زنان اسلامی، چ اول.
۹. بحر العلوم، محمد (۱۴۰۳ق)، بلغه الفقیه، تهران: منشورات مکتبه الصادق، چ چهارم.
۱۰. بروجردی، آقا حسین (۱۳۸۶)، جامع احادیث شیعه، تهران: فرهنگ سبز، چ اول.
۱۱. بهبهانی، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، حاشیه مجمع الفائده و البرهان، قم: مؤسسه علامه البهبهانی، چ اول.
۱۲. تقی زاده داغیان، مجتبی (۱۳۸۷) «تقااص»، مجله الهیات و حقوق، ش ۲۷، ص ۱۸۷-۲۱۶.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چ چهارم.
۱۴. جوهری، اسماعیل (۱۴۱۰ق)، الصحاح، بیروت: دارالعلم للملایین، چ اول.
۱۵. حائری طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البیت (ع)، چ اول.

۱۶. حبیب زاده، محمدجعفر (۱۳۸۹)، تحلیل جرائم کلاهبرداری و خیانت در امانت، تهران: دادگستر، چ اول.
۱۷. حر عاملی، محمد (۱۴۰۹ق)، وسایل الشیعه، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، چ اول.
۱۸. حلی، مقداد (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چ اول.
۱۹. خامنه‌ای، سید علی (۱۴۱۵ق)، اجوبه الاستفتائات، بیروت: دارالاسلامیه، چ اول.
۲۰. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ دوم.
۲۱. خویی، ابو القاسم (۱۴۰۳ق)، مبانی تکمله المنهاج، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ اول.
۲۲. _____ (بی‌تا)، مصباح الفقاهه، بی‌نا.
۲۳. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳)، لغت‌نامه دهخدا، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ اول.
۲۴. راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲ق)، مفردات الفاظ قرآن، بیروت: دارالعلم، چ اول.
۲۵. رحمانی، قدرت‌الله؛ الفت‌پور، محمدعلی (۱۳۹۷)، «بررسی سنجه‌های اولویت‌بندی احکام شریعت در نظام مقاصد حکومت اسلامی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ش ۱۹، ص ۲۵-۴۸.
۲۶. رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق)، کتاب القضا، قم: دارالقرآن الکریم، چ اول.
۲۷. زحیلی، وهبه (۱۴۱۸ق)، التفسیر المنیر فی العقیده و الشریعه و المنهج، بیروت: دارالفکر المعاصر، چ دوم.
۲۸. سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق)، نظام القضا، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چ اول.
۲۹. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام، قم: مؤسسه المنار، چ چهارم.
۳۰. شیرازی، سید عبدالله (۱۴۰۴ق)، کتاب القضا، مشهد: مؤسسه امام امیرالمومنین (ع)، چ اول.
۳۱. صدوق، محمد (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ دوم.
۳۲. صیمری، مفلح (۱۴۲۰ق)، غایه المرام، بیروت: دارالهادی، چ اول.
۳۳. طباطبایی حکیم، سید محسن (بی‌تا)، نهج‌الفقاهه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چ اول.

۳۴. طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۳ق)، *الانوار البهیه فی القواعد الفقهیه*، قم: محلاتی، چ اول.
۳۵. _____ (۱۴۱۳ق)، *عمده المطالب*، قم: کتابفروشی محلاتی، چ اول.
۳۶. _____ (۱۴۲۶ق)، *مبانی منهاج الصالحین*، قم: منشورات قلم الشرق، چ اول.
۳۷. طبرسی، احمد (۱۴۰۳ق)، *الاحتجاج*، مشهد: نشر مرتضی، چ اول.
۳۸. طبری، محمد (بی تا)، *دلائل الامامه*، قم: دار الذخائر للمطبوعات.
۳۹. طوسی، محمد (۱۳۹۰ق)، *الاستبصار*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ اول.
۴۰. _____ (۱۴۰۷ق)، *الخلاف*، قم: انتشارات اسلامی، چ اول.
۴۱. _____ (۱۴۰۰ق)، *النهایه*، بیروت: دارالکتب العربی، چ دوم.
۴۲. _____ (۱۳۸۷ق)، *المبسوط*، تهران: مکتبه المرتضویه، چ سوم.
۴۳. طیب، سید عبدالحسین (۱۳۷۸)، *اطیب البیان فی تفسیر القرآن*، تهران: انتشارات اسلام، چ دوم.
۴۴. عالم، عبدالرحمن (۱۳۸۳)، *بنیادهای علم سیاست*، تهران: نشر نی، چ دوازدهم.
۴۵. عاملی (شهید اول)، محمد (۱۴۱۰ق)، *اللمعه الدشقیه*، بیروت: دارالتراث، چ اول.
۴۶. _____ (۱۴۱۴ق)، *غایه المراد*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول.
۴۷. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیه*، قم: نشر داوری، چ اول.
۴۸. _____ (۱۴۱۳ق)، *مسالك الافهام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چ اول.
۴۹. عروجانی، مصطفی (۱۴۰۶ق)، *النظریه العامه للقانون*، مصر: دار المنار، چ اول.
۵۰. علامه حلی، حسن (۱۴۱۰ق)، *ارشاد الاذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۵۱. _____ (۱۳۴۲)، *الرجال*، تهران: دانشگاه تهران، چ اول.
۵۲. _____ (۱۴۱۳ق)، *قواعد الاحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۵۳. _____ (۱۴۱۲ق)، *منتهی المطلوب*، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، چ اول.

۵۴. علیدوست، ابوالقاسم، درس خارج فقه، به نقل از سایت:
<http://a-alidoost.ir/persian/lessons>.
۵۵. عمید، حسن (۱۳۹۰)، فرهنگ عمید، تهران: اشجع، چ دوم.
۵۶. فاضل آبی، حسن (۱۴۱۷ق)، کشف الرموز، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ سوم.
۵۷. فاضل اصفهانی، محمد (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۵۸. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۰ق)، تفصیل الشریعه - القضا و الشهادات، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چ اول.
۵۹. فخر المحققین، محمد (۱۳۷۸)، ایضاح الفوائد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ اول.
۶۰. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق)، کتاب العین، قم: هجرت، چ دوم.
۶۱. فرح زادی، علی اکبر (۱۳۹۳)، «توکیل در تقاص»، مجله مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، ش ۳۶، ص ۱۹-۳۰.
۶۲. فضل الله، سید محمدحسین (۱۴۱۹ق)، تفسیر من وحی القرآن، بیروت: دار الملائک للطباعه و النشر، چ دوم.
۶۳. فقعی، علی (۱۴۱۸ق)، الدر المنضود، قم: مکتبه امام العصر، چ اول.
۶۴. فیض کاشانی، محمد (۱۴۰۶ق)، الوافی، اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین (ع)، چ اول.
۶۵. قرطبی، محمد (۱۳۶۴)، الجامع لاحکام القرآن، تهران: ناصرخسرو، چ اول.
۶۶. قرشی، سید علی اکبر (۱۳۷۷)، تفسیر احسن الحدیث، تهران: بنیاد بعثت، چ سوم.
۶۷. کاشانی، فتح الله (۱۳۳۶)، تفسیر منهج الصادقین، تهران: کتابفروشی محمدحسن علمی، چ اول.
۶۸. کاشف الغطاء، محمد (۱۳۵۹ق)، تحریر المجله، نجف: مکتبه المرتضویه، چ اول.
۶۹. ----- (۱۳۶۶ق)، وجیزه الاحکام، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، چ دوم.
۷۰. کلینی، محمد (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه، چ چهارم.
۷۱. گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۳ق)، کتاب القضا، قم: دار القرآن الکریم، چ اول.

۷۲. مامقانی، عبدالله (بی تا)، *مناهج المتقین*، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۷۳. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، *بحار الانوار*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ اول.
۷۴. مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶ق) *روضه المتقین*، قم: مؤسسه کوشانبور، چ دوم.
۷۵. محقق حلّی، نجم‌الدین (۱۴۰۸ق)، *شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ دوم.
۷۶. _____ (۱۴۱۸ق)، *مختصر النافع*، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه، چ ششم.
۷۷. مشکینی، علی (۱۳۷۹)، *مصطلحات الفقہی*، قم: نشر الهادی، چ دوم.
۷۸. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۵)، *گنجینه آراء فقہی قضایی*، قم: دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقہی.
۷۹. معین، محمد (۱۳۸۲)، *فرهنگ فارسی*، تهران: زرین، چ اول.
۸۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴)، *تفسیر نمونه*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ اول.
۸۱. میرازی قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۸ق)، *قوانین الاصول*، تهران: مکتبه العلمیة الاسلامیه، چ دوم.
۸۲. _____ (۱۴۱۳ق)، *جامع الشتات*، تهران: کیهان، چ اول.
۸۳. مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۲ق)، *مبانی تحریر الوسیله - قضا و شهادت*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ اول.
۸۴. نجاشی، احمد (۱۳۶۵)، *رجال*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ششم.
۸۵. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ هفتم.
۸۶. نراقی، احمد (۱۴۱۵ق)، *مستند الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، چ اول.
۸۷. نووی، محی‌الدین (۱۴۲۲ق)، *روضه الطالبین*، لبنان: دارالفکر، چ اول.
۸۸. وحید بهبهانی، آقامحمد (۱۴۲۱ق)، *مقامع الفضل*، قم: مؤسسه علامه بهبهانی، چ اول.
۸۹. یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴ق)، *تکمله العروه الوثقی*، قم: کتابفروشی داوری، چ اول.