

مسئولیت مدنی سبب مجمل

چکیده :

این مقاله به طرح و بررسی حکم مساله ای از مسئولیت مدنی میپردازد که در آن ، اشخاصی به طور مستقل اما همزمان ، اعمالی مشابه انجام می دهند و در نتیجه اقدام یکی از آنها که به طور مشخص قابل تعیین نیست ، ضرری به ثالث وارد می آید . برای تعیین مسئولیت جبران خسارت ها روش های مختلفی ، مانند ، اجرای اصل عملی تخییر در موارد علم اجمالی ، تاسیس حکمی فقهی به عنوان اصل در این گونه موارد ، تعیین مسئول به وسیله قرعه ، استناد به اماره قضایی ، جبران خسارت ها از بودجه عمومی ، اجرا و جمع میان دو حکم متعارض ، استناد به نظریه خطر ، استناد به اماره مسئولیت ، 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 می شود. زیر مجموعه گسترده این میحت ، زمینه مناسبی برای تحقیقات حقوقی محسوب می گردد ، بویژه آن که پاره ای از مسائل مندرج در این عنوان ، که دارای مصادیق خارجی و مبتلا به نیز می باشند ، تاکنون در منابع حقوقی ، و حتی فقهی ، اصلاً مطرح نشده یا در سطح بسیار محدود بررسی گردیده اند.

یکی از سر فصلهای ضمان قهری ، قاعده اتلاف (اعم از بالمباشره و بالتسبیب) یا ضمان ناشی از اتلاف می باشد . بررسی حکم ناشی از اتلاف ، منوط به تفکیک صورت های مختلفی است که قابل فرض می باشد . و فقها و نیز حقوق دانان ، با اتخاذ همین روش ، به تفصیل ، به بررسی مسائل گوناگون مربوط به قاعده اتلاف پرداخته اند. یکی از صورت های مذکور ، وضعیتی است که مباشر و سبب در ایجاد ضرر مشارکت داشته باشند. با این حال ، این همکاری دو سویه تنها یکی از فرض های 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 صورت های محتمل نیز آن است که چند نفر به طور گروهی ، به ارتکاب عملی اقدام کنند ، اما به گونه ای که هر یک عمل مشابه و مستقلاً 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 مساله و چگونگی مسئولیت اشخاص داخل گروه بررسی شود. و در این زمینه احتمال های مختلفی ، مانند عدم ضمان تمام آنها ، مسئولیت مشترک و مساوی آنها و مسئولیت تنها یکی از آنها قابل تصور است .

در این جا جهت اطلاع مخاطبان از گستردگی فحص و جستجو در این باره و تازگی طرح مطلب ، باید گفت که در فرآیند پژوهش کتابخانه ای ، با وجود بررسی تعدادی از منابع ، در بخشهایی که احتمال طرح مساله در آنها وجود دارد و - به اصطلاح - مظان بحث محسوب می شوند ، سابقه ای از آن یافت نگردید که می توان به این کتابها اشاره کرد : جواهر الکلام ، اثر شیخ محمد حسن نجفی ، جلد چهل و دوم ؛ الروضه البهیة فی شرح المعه الدوشقیه ، اثر شهید ثانی ، جلد دهم ؛ العناوین ، اثر میر عبدالفتاح حسینی مراغی ، رساله فی الغصب ، اثر میرزا حبیب الله رشتی ؛ القواعد الفقیهه ، اثر میرزا حسن بنجوردی ، جلد دوم ؛ قواعد فقه ، اثر دکتر ابوالحسن محمدی ، قواعد فقه ، بخش مدنی ، اثر دکتر مصطفی داماد ، جلد اول . (۱)

می توان به جرات اظهار داشت که این مساله یکی از دشوارترین و پیچیده ترین مسائل فقهی و حقوقی است ، به گونه ای که نظام حقوقی ایران و متون فقهی مطالعه شده ، پاسخ روشن و کافی برای آن ندارند ، و لذا ماخذ و کتاب مستندی برای بررسی نظریات مربوط به آن مشاهده نگردید . به همین جهت در این تحقیق ، تلاش گردید تا جنبه هایی از مساله ، طرح و بررسی گردد و البته باب تحقیق پیرامون آن ، همچنان باز خواهد بود. امید است که این مختصر بتواند راهگشای پژوهش های بعدی پیرامون این موضوع گردد.

۲ - اشاره ای به مبانی و ارکان مسئولیت مدنی .

فقها و حقوق دانان ، برای تحقق مسئولیت مدنی ، مبانی مختلفی را پیشنهاد کرده اند. این وضع ، هم در نظام حقوقی اسلام و هم در نظام های حقوقی موضوعه معاصر وجود دارد. در نظام حقوقی اسلام ، قواعد و ضمان های مختلفی ، به عنوان منابع ضمان قهری ، مطرح شده اند . مانند قاعده لاضرر (۲) ضمان ید ، قاعده غرور و قاعده اتلاف .

در حقوق موضوعه هم نظریه های متعددی پیشنهاد شده است ، همچون نظریه تقصیر ، نظریه ایجاد خطر ، نظریه تضمین حق و نظریه های مختلط . با این حال ، می توان گفت که مسئولیت مدنی اصولاً ناشی از تقصیر ، بی احتیاطی و بی مبالاتی است و گاه به طور خاص ، با هدف جبران ضرر نا مشروع وارد شده یا خطر حادث شده برای دیگران ، ایجاد می گردد.

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 زیان بار 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 نمی توان شخص مورد نظر را مسئول دانست.

۳ - رابطه سببیت؛ بررسی در مساله مورد مطالعه

چنانکه می دانیم، صرفاً انجام عملی توسط مدعی علیه - اعم از آن که همراه با تقصیر بوده باشد یا خیر. و نیز ورود خسارت به زیان دیده، نمی تواند مرتکب عمل را مسئول جبران خسارت بگرداند؛ زیرا ضروری است که برای اثبات مسئولیت مدعی علیه احراز 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 می گرداند. (۶)

تعیین این رابطه که از آن با نام رابطه سببیت یاد می گردد 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 مسئولیت مدنی باشد باید صرفاً به وقایع و نتایجی توجه گردد که بر اثر قصد نامشروع، بی احتیاطی یا بی مبالاتی او به وقوع پیوسته باشد، چرا که با فرض مذکور، هر رویداد دیگری نیز که واقع شده باشد، آن چه 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 مسئولیت مدعی علیه اثبات گردد، مانند کارگر، صغیر و مجنون و گاه نیز رابطه مذکور میان وقوع خسارت با اشیاء تحت مسئولیت او، مانند اتومبیل و حیوان، باید احراز شود. (۷)

در این تحقیق، این مساله که باید رابطه سببیت با شخص خوانده یا با شخص یا شیء تحت مسئولیت او قابل اثبات باشد مفروضه است و مورد بحث نمی باشد. بلکه آن چه 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 گونه ای که احتمال برود هر یک از آنها سبب ورود آن خسارت باشند. باید توجه داشت که در این مساله، فرض بر آن است که سببی غیر از کودکان مورد نظر - مثلاً - متصور نیست یا در مظان انتساب مسئولیت به آن قرار ندارد.

در مثال دیگری، ممکن است که تصادم اتومبیل، مقارن با رمیدن حیوان تحت مسئولیت 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 نتوان ورود خسارت را نتیجه هر دو واقعه تلقی کرد.

۴ - جایگاه مساله 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 موثر 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 مساله، 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 مساله محقق می گردد؛ اما هدف آن نیست که مسئولیت تمام یا تعدادی از آنها را اثبات کنیم، بلکه فرض حقوقی مورد نظر در این مساله، وجود تنها یک مسئول 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 مساله و یافتن پاسخی برای آن می باشد.

۵ - طرح مساله؛ ذکر چند مثال

در خلال بحث های گذشته، ویژگیهای مساله روشن شد. در این جا 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 شکار چیان ، 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 افراد به شیشه یا بدنه ماشین برخورد کرده است . (۱۱)
- ۳ - یکی از کارگران کارخانه ای هنگام کار یا به منظور استفاده در حین کار ، آتشی می افروزد و بر اثر سرایت آتش ، همسایه کارخانه متحمل ضرری می شود.
- باید توجه داشت که این مثال صرفاً از نظر تکلیف کارگران در برابر کار فرمایی که خسارت زیان دیده را باید جبران کند از مصادیق موضوع این تحقیق تلقی می شود ، ولی از نظر رابطه زیان دیده با کارفرما ، به دلیل آن که مسئولیت عمل گروهی که خسارت ، ناشی از عمل یکی از آنها بوده بر عهده کارفرماست ، مشخص نبودن افروزنده آتش یا شخص مقصر ، تاثیری در مسئولیت کارفرما ندارد. (۱۲)
- ۴ - دو نفر تیر انداز ، هر یک به طور مستقل ، تیری را از روی خطا به سوی فردی شلیک می کنند که موجب قتل وی می گردد و معلوم است که قتل ، تنها به وسیله یکی از تیرها صورت گرفته است . (۱۳)
- ۵ - گروهی با توپ بازی می کنند که در این هنگام ، به دنبال ضربه یکی از بازیکنان و اصابت توپ ، شیشه ای می شکند. (۱۴)
- ۶ - دو نفر از دو طایفه ، با یکدیگر نزاع می کنند . سپس یک نفر از آنها به میان طایفه خود رفته و بیست نفر مسلح با خود به همراه می آورد و چادرهای طرف منازعه قبلی را که سه نفر در آنها بوده اند هدف گلوله قرار می دهند که در این میان یک نفر مصلح که قصد برقراری آشتی میان آنها را داشته است کشته می شود. (۱۵)
- باید توجه داشت که گاه پاره ای مثالهای مشتبه وجود دارد که در ظاهر ، به مساله مورد بحث شبیه می باشد ، ولی در واقع ، در پاره ای عناصر تفاوت دارد. در این باره می توان به این مثال که در (مجمع الضمانات) مطرح گردیده اشاره کرد : دو نفر در خانه ای بوده و در حالی که حضور نداشتن و دخالت نکردن فرد سوم ، مفروض می باشد ، با پیکر بی جان یکی از آن دو نفر روبرو می شوند.
- برخی از فقها اهل سنت معتقدند که شخص دیگر ، ضامن دیه مقتول است ، ولی برخی دیگر از آنان ، به جهت این احتمال که ممکن است او خودش را کشته باشد ، شخص زنده را ضامن ندانسته اند. (۱۶)
- همچنین هر گاه مردی که از محله ای عبور می کرده مورد اصابت تیر یا سنگی قرار گیرد و بر اثر آن بمیرد ، بی آنکه 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)
- در این مثال نیز هیچ جمع مشخصی وجود ندارد تا احتمال انتساب ضامن به یکی از آنها قابل طرح باشد.
- با این حال ، نویسنده کتاب مذکور ، در باب اتلاف مال غیر ، مثالی را طرح می کند و می گوید : (اگر) روز جمعه که مردم جمع شدند عده ای برخی دیگر را با فشار به سمتی حرکت دادند. اشخاص اخیر بر شیشه مغازه سفالگری و دیگ های 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 می شود ، این مثال نیز از قلمرو بحث ما خارج است ، زیرا در این مثال کسانی که در شکستن اشیاء مباشرت داشته اند معلوم می باشند و اسباب نیز مشخص اند و مساله 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 مساله از نظر علم اصول فقه ؛

علم اجمالی در شبهات محصوره همان گونه که از بحث های پیش و مثال های ذکر شده به دست می آید ، آن چه در مساله 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 نمی باشد. دلیل قانونی جبران خسارت ، به نظر برخی ، ممکن است قاعده اتلاف باشد که براساس آن ، هر گاه 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 حالی که از سوی دیگر ، با توجه به نا مشخص بودن تلف کننده یا عامل ورود ضرر ، این گونه به نظر می رسد که قواعد مذکور اساساً شامل چنین موردی نمی گردد. (۱۹) بلکه علم اجمالی به لزوم جبران خسارتی قطعی که بر مبنای نامشروعی ایجاد شده است ، ما را به سوی یافتن مسئول و ضامن و شیوه جبران خسارت سوق می دهد.

برای تبیین صورت اخیر ، لازم است که به علم اجمالی و مراحل دخالت آن در احکام و تکالیف اشاره شود. به طور کلی در دو مرحله ، از علم اجمالی سخن به میان می آید . مرحله اول ، علم اجمالی به ثبوت تکلیف (مانند وجوب و لزوم جبران خسارت) است و مرحله دوم ، امکان سقوط تکلیف و تحصیل برائت 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 قانون گذار 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 آن که دلیل معتبر برای اثبات مفاد قاعده اتلاف در دست داریم ولی شخص تلف کننده ، به طور معین ، شناخته شده نمی باشد ، و صرفاً می دانیم 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 مساله مورد بررسی از موارد مفهوم دوم علم اجمالی است و لذا باید به مرحله بعدی تحقیق ، یعنی نحوه تعیین مسئول ، وارد شویم . با این حال ، اگر این نظر نیز پذیرفته نشود مساله 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) (۲۲)

به همین دلیل ، در مساله مورد نظر نمی توان تمام اطراف اجمالی ، یعنی تمام افرادی را که احتمال انتساب ورود ضرر به آنها وجود دارد ، بری الذمه دانست ، زیرا این امر به معنای مخالفت قطعی با آن علم وجدانی است و از سوی دیگر ، مسئول دانستن تمام آنان نیز با فرض مسئول 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 مساله ، در صورتی که نتوان به مقتضای علم و قطع خویش ، به گونه ای تفصیلی و با تعیین واضح مصادیق ، عمل کرد رعایت اجمالی آن نیز کافی است هر چند که نوعی تکرار در مصادیق مکلف به لازم آید. (۲۳)

۷ - روش شهید اول در طرح بحث

شهید اول به شیوه دیگری به مساله می پردازد ، بی آنکه اصل مساله 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 می گیرد که برای تعیین آن اصل ، دو صورت را می توان به طور جداگانه تصور کرد : - 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 تاثیر سبب وجود داشته و موجب اطمینان به تحقق سبب حلیت و جواز گردد - یعنی شکار به علت دیگری غیر از تیر اندازی کشته نشده باشد ، مورد از شمول جریان اصل حرمت ، خارج می گردد.

۲ - اصل بر حلیت است و در تحقق سببی که موجب تحریم است ، شك وجود داشته باشد ؛ در این صورت ، اگر نسبت به تحقق سبب حریم ، گمان قوی وجود داشته باشد ، بنابر حرمت گذارده می شود. هر چند اگر این گمان به دور از حقیقت باشد ، مانند توهم حرام بودن آن چه در دست دیگری است ، اثری بر این گمان مترتب نمی شود و تنها تقوا و پرهیزگاری اقتضا دارد که از آن چه در نزد کسی است که از محرمان دوری نمی گزیند ، اجتناب کند.

اما اگر احتمال حرمت و حلیت برابر باشد ، مانند احتمال وجود گوشت مردار میان گوشت های ترکیه 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 ترك 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 نمی گردد (۲۴)

به نظر می رسد که ضمان هر يك از سبب های محتمل ، از مصادیق صورت نخست می باشد؛ زیرا اصل درباره آنها ، حرمت اخذ خسارت از آنهاست مگر آنکه دلیل بر جواز و حلیت اخذ غرامت اثبات شود و در مساله مذکور ، نسبت به هر يك از آنها بنتهایی ، تردید وجود دارد و صرفاً - بنابر اعتقاد شهید اول - در حالتی می توان از آنها غرامت گرفت که ظن و گمان بر تحقق سبب مشخصی وجود داشته باشد .

اما آنچه که در مساله مورد بحث وجود دارد و در تقسیم بندی شهید اول ذکر نگردیده این است که خود حکم جواز اخذ غرامت از یکی از آنها ، ثابت و قطعی است و آن چه که مورد تردید می باشد تعیین عاملی است که سبب را محقق ساخته است .

۸ - تعیین اصل حاکم در مساله

بر اساس بحث‌ها پیشین معلوم گردید که تعیین ضامن در مساله مورد نظر در بوته تردید و اجمال قرار دارد و با آن که ممکن است حکم کلی (یعنی لزوم جبران خسارت) را قطعی وجدانی یا حکم ظنی معتبر (بنابر دلایل قاعده اتلاف) بدانیم ولی حکم مساله از جهت تعیین مصداق تلف کننده و مسئول، 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.

بر حسب 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 آن که شک در مورد تکلیف باشد یا در مورد مکلف به، و اعم از آن که احتیاط ممکن است باشد یا خیر. اما اگر موضوع، سابقه معلوم و معتبری ندارد، در صورتی که تردید درباره مکلف به 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 تنجز 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 اعمال می‌گردد (۲۸)

در مساله مورد بررسی، سابقه ای از مظنونان به مسئولیت، وجود ندارد یا اگر باشد مفروض آن است که تأثیری در ضمان کنونی آنها ندارد. همچنین با توجه به قطع داشتن به ورود ضرر و علم اجمالی درباره عامل ورود آن و وجود رابطه 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 مرحله بدوی تصمیم‌گیری، واضح است، زیرا فرض آن است که تنها یکی از آنان مسئول و وارد کننده زیان است و دریافت خسارت از سایر اشخاص ممکن است مصداقی از استیفای ناروا و اکل مال به باطل تلقی گردد. بنابراین مساله از مصادیق دوران امر بین محذورین، که در ادامه توضیح داده می‌شود، محسوب می‌گردد و اطراف علم اجمالی نیز شبهه‌های محدود و قابل احصاست.

نکته دیگری که لازم به ذکر می‌باشد، این است که بحث درباره مسئولیت تضامنی مظنونان نیست تا اشکال وجود یک دین بر عهده چند نفر مطرح گردد، بلکه صرفاً یک دین و یک مسئول واقعی وجود دارد اما مسئولی که نامشخص است. همچنین بر اساس نظریات موجود در اصول و مبانی فقه، تقسیم بندی مذکور از نظر توجه به احکام تکلیفی (احکام پنجگانه 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 درباره ضمان‌های مالی نیز قابل بررسی و مطالعه است.

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

به منظور آن که مساله از مصادیق تردید میان دو یا چند حکم غیر قابل 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 غیر الزامی در کنار حکمی الزامی وجود داشته باشد، نسبت به حکم الزامی، اصل برائت جاری می‌شود. در مساله مورد نظر نیز لزوم جبران خسارت توسط مسئول 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 معین، مجرای قاعده استصحاب نباشد؛ در غیراین صورت، بایستی استصحاب را در آن 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 مساله از قلمرو اصول دیگر خارج می‌شود (۳۰) وجود این شرط نیز در مساله 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 غیر قابل جمع درباره آن مطرح است، با این تفاوت که در صورت اول، موضوع از اموری است که نیاز به قصد تقرب ندارد (امور توصیلی) و صورت دوم مربوط به امور تعبدی است.

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

بایستی در این جا 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 آن که دو

نفر شکارچی ، به طور مستقل ، موجب ورود دو خسارت متفاوت از یکدیگر شده باشند. به گونه ای که عامل هر يك از خسارت ها مشخص نباشد ولي به طور اجمالي معلوم باشد که آن دو نفر خسارت ها را ایجاد کرده اند. در این مثال ، اگر یکی از آنها مسئول جبران خسارت نخست باشد ، دیگر نسبت به خسارت نخست مسئول نخواهد بود و اگر نسبت به خسارت اول مسئول نباشد ، نسبت به خسارت دوم قطعاً مسئول است و همچنین است در مورد شکارچی دیگر .

تعدد عرضی ، برخلاف تعدد طولی ، آن است که مسئولیت نسبت به موضوعات ، در عرض یکدیگر قرار می گیرند. (۳۲) برای مثال ، يك متعهد قراردادي ، با شرط ضمن عقد که در قرارداد درج نشده است ، تعهد می کند که کالایی را تهیه کند و از انجام کاری خودداری ورزد. لیکن پس از انعقاد قرارداد ، درباره تعیین امر لازم و امر ممنوع اختلاف ایجاد می شود بی آنکه هیچ يك دلیلی برای اثبات مدعای خود داشته باشند. در این مثال ، هر يك از دو امر می تواند موضوع اجبار به انجام یا منع از انجام قرار گیرد ، ولي کدام يك مشمول اجبار به انجام می گردد و کدام يك ممنوع از انجام ؟

به نظر می رسد که مساله مورد بحث از نوع تعدد عرضی است ، زیرا در همان زمان ضمان مسئول واقعی ، دیگران ثبوتاً بري الذمه می باشند.

۱۰ - بررسی حکم مساله 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 يك از اطراف علم اجمالي قابل اجراست . یعنی قاضی در تعیین هر يك از آنان به عنوان مسئول . تخییر دارد. استدلال اینان بر این پایه است که هر يك از آنان ، مرتکب عمل مستقلي گردیده است که حکم الزام یامنع در مورد او قابل اعمال است و از سوی دیگر ، در این وضعیت ، موافقت قطعی با علم اجمالي و ترك مخالفت قطعی با آن - هر دو مقارن یکدیگر - ممکن نیست . همچنین ضمیمه کردن چند عمل به یکدیگر از جهت حکم ضمان ، دارای دلیل معتبری نیست و بناچار باید هر يك از آنها را به طور 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 بري الذمه تلقی کرد.

اما این نظر از این جهت مردود اعلام گردیده است که در وضعیت مذکور ، يك علم اجمالي به امر جامع میان دو حکم (یعنی الزام) مطرح است ؛ یعنی الزام به ایفای خسارت توسط یکی از اطراف علم اجمالي و الزام به عدم دریافت از سایرین وجود دارد که هر چند به دلیل محال بودن موافقت قطعی با علم اجمالي و نیز محال بودن ترك مخالفت قطعی با آن درباره هر يك از افراد بنتهایی ، رعایت علم اجمالي به طور قطعی ممکن نیست ؛ ولي باید توجه داشت که علم اجمالي داشتن به امر جامع ، خود متضمن دو علم اجمالي دیگر است : (۳۴) اول . علم اجمالي به الزامی بودن پرداخت توسط یکی از آنها و دوم . علم اجمالي به برائت ذمه دیگران . علم اجمالي به لزوم پرداخت خسارت اقتضا دارد که حکم به لزوم پرداخت ، درباره تمام آنها صادر گردد تا موافقت قطعی حاصل شود و از سوی دیگر علم اجمالي دوم مقتضی آن است که تمام افراد ، بري 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 اجمالي مذکور به طور قطعی رعایت گردد ، به تعبیر دیگر ، این دو علم ، منجز نمی باشند و رعایت قطعی آنها لازم نیست . ولي در صورتی که تمام افراد ، مسئول شناخته شوند یا بري الذمه گردند مخالفت قطعی با مجموع دو علم اجمالي صورت خواهد گرفت و ترك این مخالفت قطعی از امور ممکن است . بنابراین لازم است که یکی از اطراف علم اجمالي ملزم به پرداخت گردد. و طرف های دیگر بري الذمه محسوب گردند تا موافقت احتمالی به دست آید و از مخالفت قطعی نیز جلوگیری شود. (۳۵)

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

در توجیه این نظر گفته شده است که علم اجمالي 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 این گونه نیست که علم اجمالي شیوه تجزیه خسارت را تنجیز و تأیید کند ، یعنی هر قسمت از خسارت بر عهده یکی از اطراف علم اجمالي قرار گیرد (۳۶) زیرا با پرداخت خسارت توسط افراد غیر مسئول ، باز هم مخالفت قطعی عملی محقق می گردد که ممنوع است و از طرفی موافقت قطعی نیز محقق نگردیده است ، زیرا تنها يك نفر باید تمام خسارت را بپردازد در حالی که هر نفر فقط بخشی از آن را می پردازد.

بدین ترتیب ، علم اجمالی در امور مالی نمی تواند ، همانند امور عبادی یا تعبدی ، لزوم موافقت قطعی یا ترك 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 گونه ای - 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 نمی کند یا به عبارت بهتر ، اگر تکلیفی هم ایجاد می کند قابل رعایت نیست . لذا نمی توان در انجام وظیفه و رعایت مقتضای حکم معلوم ، به آن استناد کرد و برای یافتن پاسخ ، به راههای دیگر نیازمندیم .

۱۱ - حکم مساله از دیدگاه تکلیف قاضی نسبت به فیصله دادن دعوی

هنگامی که دعوی به قاضی ارجاع می گردد وی براساس فقه و قانون اساسی (۳۸) فقه موظف است که به دعوا رسیدگی و فصل خصومت کند. اگر مساله مورد بررسی به محکمه ارجاع شود ، قاضی چگونه باید حکم صادر کند ؟ آیا می توان شیوه ای 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 مستقلاً ارائه کرد؟ این مساله ، با دیدی دیگر ، توسط شهید اول مطرح گردیده است ، و پاسخ هایی به آن داده شده است که مطالعه آن مناسب به نظر می رسد . ایشان در کتاب القواعد و الفوائد ، قاعده چهل و دوم ، به بحث درباره مقابله ضررها و تحمل ضرر و مفسده سبکتر برای دفع ضرر و مفسده سنگین تر پرداخته و ذیل فصلی ، مساله 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 موثر است و می فرماید :

(گاهی به اعتبار مساوی بودن دو ضرر ، تخیر تحقق می یابد ، مانند کسی که برای گرفتن درهمی از زید یا عمرو مجبور می شود ... و از همین قبیل است مخیر بودن امام در کشتن یکی از دو دشمن که از دو سمت آمده اند در صورتی که از جمیع جهات با یکدیگر مساوی باشند ؛ و ممکن است توقف (در رای و حکم) مطرح باشد ، مانند حادثه ای که برای اطفال مسلمانان (در مرئی و منظر شخصی که قادر به دور کردن تنها یکی از اطفال است) پیش می آید که اگر شخص ناظر آن حادثه را بر یکی از ایشان متوجه گرداند او را می کشد و اگر به سوی دیگری متوجه کند دومی را دومی را می کشد) (۳۹)

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

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

در مساله مورد بحث ، قاضی براساس اصل ۱۶۷ ق . ۱ مکلف به رسیدگی و صدور حکم درباره دعوی مطروحه است ولی ، چنانچه گفته شد ، در قوانین موضوعه حکمی در این باره یافت نمی شود . در احکام فقهی نیز به حکم روشن و صریحی در این زمینه برخورد نکرده ایم و واضح است که نمی توان 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 نمی آید از پیش ، مطرح و بررسی شده باشد تا دست قاضی برای تطبیق واقعه بر مساله و تعیین حکم آن باز باشد . شهید اول دو نظر را مطرح کرده است : ۱- تخیر شرعی ۲ - توقف در حکم شرعی و تخیر عقلی در عمل . در واقع ، رای دوم به همان جهت است که به هر حال ، باید برای دعوی مطروح حکمی صادر کرد و آن را فیصله داد. به نظر می رسد که نتیجه هر دو نظر ، اختیار قاضی در انتخاب یکی از طرف هاست ولی در مساله مورد بحث ، تعیین یک نفر به عنوان مسئول جبران خسارت - با فرض فقدان هر گونه قرینه ای - چگونه ممکن است ؟

اکنون که بحث به این جا رسید ، خوب است نظریه ای را درباره ترجیح یکی از احکام مشتبه مطرح کنیم که ممکن است در مساله مورد نظر در این تحقیق ، به عنوان موید ، مورد استناد قرار گیرد. در زمینه تعارض مصلحت و مفسده احکام و ترجیح یکی از آنها ، نظریه ای نیز از جانب شیخ انصاری مطرح شده است که براساس آن ، در شبهه تحریمی ، اگر

شارع به استناد دلیلی خاص ، ارتکاب یکی از اطراف علم اجمالی را مجاز بدانند و طرف دیگر را بدل از حکم واقعی ممنوع تلقی کند و - فقط - اجتناب از آن را کافی بدانند ، در این صورت نیازی به اجتناب از هر دو طرف علم اجمالی وجود ندارد. (۴۲)

نتیجه این نظر آن است که شارع و قانون گذار می تواند 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 معلوم های اجمالی را جهت رعایت آن کافی بدانند. بدین ترتیب ، اذن شارع در انجام یک حرام واقعی (البته اگر آن چه انجام می شود حرام واقعی باشد) ، در حالی که امر حلال واقعی را بدل و جانشین آن می سازد ، قبیح نخواهد بود و مصلحت این ترخیص و اجازه ، جبران کننده مفسده انجام حرام واقعی می باشد .

در مساله مورد نظر نیز مصلحت اخذ خسارت از یکی از طرف های مورد نظر (که احتمالاً مقصر واقعی نیست) - با تشبیه شبهه تحریمیه به دوران محذورین - مفسده ناشی از رها ساختن مقصر واقعی را جبران می سازد . 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 ، بی معنی خواهد بود.

با این حال ، باید دانست که نظریه اخیر ، توسط آخوند خراسانی ، مردود اعلام گردیده و گفته شده است که اثر علم اجمالی نسبت به وجوب موافقت قطعی و نیز حرمت مخالفت یکسان است .

به زبان دیگر ، علم اجمالی یا هر دو تکلیف را ایجاد می کند یا هیچ کدام را به وجود نمی آورد ، 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 موثر و قابل بررسی است . بدین ترتیب ، به نظر می رسد که از این راه نیز به حکم روشن و قاطعی دست نمی یابیم و باید راههای عمومی را در چنین مواردی بررسی کنیم.

۱۲ - بررسی حکم مساله از راه قرعه

یکی از راههای مورد نظر ، تعیین شخص مسئول توسط قرعه است . بر این اساس ، قاضی بناچار و برای جبران خسارت زیان دیده که به طور قطع و بر مبنای علم اجمالی لازم است انجام گیرد و نیز برای رهایی از ایرادهای وارد بر نظریه ای که صرفاً به علم اجمالی مستند باشد ، باید یک نفر را به حکم قرعه ملزم به جبران نماید . بریزه آن که طبق گفته مشهور ، قرعه راه حل هر امر مشکلی است .

به نظر برخی از فقها و حقوق دانان ، 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 غیر عقلایی است ، بلکه به دلیل خروج تخصیص آنهاست ؛ به این معنی که موارد مذکور از ابتدا جزء قلمرو قاعده قرعه نبوده اند تا سپس با ورود دلایل خاص ، از شمول آن بیرون آمده باشند. (۴۵)

مؤلف کتاب هدایه المسترشدين نیز نظریه ای منسوب به برخی از فقهای امامیه را نقل می کند که به موجب آن ، برای تعیین مصداق امر مجاز یا ممنوع ، از روش قرعه استفاده می شود. به اعتقاد این گروه ، قبل از تعیین مصداق احکام به روش قرعه ، شخص مکلف (در این جا قاضی) حق ارتکاب هیچ یک از اطراف علم اجمالی را ندارد ، اما با انجام قرعه ، شرعاً شبهه رفع می گردد و ارتکاب مصداق مجاز ، مانعی نخواهد داشت (۴۶)

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

در تایید این نظر باید به مساله اجتماع چند سبب اشاره کرد. در این مساله 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 تاثیر ، ضمان سبب متاخر در تاثیر و اشتراك در ضمان ؛ (۴۸) ولی با این حال هیچ یک از فقها نظریه قرعه را نپذیرفته است . یکی از فقهای محقق می گوید : (... روشن گردید که حکم در اجتماع دو سبب ، منحصر در ترجیح دادن یکی از آنها بر دیگری است نه اشتراك 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 می شود ولی هیچ فقیهی را که یکی از این دو راه اخیر را پذیرفته باشد ، نمی یابیم) (۴۹)

۱۳ - پرداخت خسارت از بودجه عمومی

یکی دیگر از راههای قابل پیش بینی ، پرداخت خسارت از بیت المال و بودجه عمومی است . برای توجیه این رای ، ممکن است گفته شود که با تنقیح مناط از مسائل دیگر ، مانند هنگامی که شخص بر اثر از دحام جمعیت کشته می شود و

دیه او از بیت المال 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 آن که به طور کلی ، قاعده ای عام برای این گونه موارد استخراج گردد . این نظر نیز مورد انتقاد قرار گرفته است با این استدلال که از چند مثال پراکنده درباره جبران خسارت ها از بیت المال که در منابع روایی وارد گردیده است ، نمی‌توان قاعده ای کلی استنباط کرد . به عبارت دیگر ، نمونه های مذکور از باب (قضیه فی واقعه) و (احکام خاص در موضوعات خاص) تلقی می‌گردد و تعمیم حکم مندرج در آنها به سایر مسائل صحیح نیست . همچنین احکام مذکور ، بدان دلیل که مربوط به حراست از جان انسان هاست 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 بحث های مطرح در مساله مورد بررسی این است که در صورت فقدان دلیل اجتهادی برای تعیین حکم قضیه ، هر يك از سبب های محتمل ، - یعنی هر يك از افرادی که احتمال انتساب ورود ضرر و ضمان به وي وجود دارد - ممکن است مشمول دو حکم متنافی قرار داشته باشند . از يك سو ، حکم حرمت و ممنوعیت اخذ خسارت از هر يك از مظنونان - بتهایی - درباره آنها جاری است و از سوی دیگر ، حکم لزوم جبران و پرداخت خسارت زیان دیده مطرح می‌باشد . سوال این است که آیا می‌توان به گونه ای 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 سوال ، 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 این گونه 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 این که :

- ۱ - اعمال دو امر متنافی ، غالباً از باب احتیاط است .
- ۲ - روایتی که در قضیه عبدبن 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 ببوشان) (۵۰)
- گفته شده است که چون حضرت (ص) ، در آن پسر شباهتی به عتبه بی‌ابی و قاص مشاهده کرد ، این بیان را اظهار داشت ؛ لذا جهت فراش ، فرزند را به عبد بن زمعه ، برادر ام المومنین (سوده) (۵۱) ملحق کرد و (با وجود آن که در این صورت سوده ، عمه فرزند تلقی می‌گردد) پیامبر (ص) به دستور داد که خودش را از آن پسر ببوشاند .
- ۳ - روایت نقل شده از ائمه (ع) درباره کسی که با کنیزش نزدیکی کرده و بیگانه ای نیز با کنیز زنا کرده است (و کنیز باردار شده) ، در حالی که نشانه ای درباره این که فرزند 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 فرزندان نیز ارث نمی‌دهد) (۵۲) و (۵۳)

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

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

اولاً : هر چند موارد مذکور ، احتیاط ممکن باشد ، در مساله مورد بررسی در مقاله حاضر ، این احتیاط ممکن نیست ، زیرا از يك سو ، حکم لزوم جبران خسارت شخص زیان دیده اقتضا می‌کند که به گونه ای ، مانند پرداخت خسارت توسط مسببان احتمالی ، این ضرر تدارک گردد و از سوی دیگر ، تمیل غرامت به مسببان احتمالی ، نوعی ظلم در حق آنان - به دلیل فقدان دلیل قابل استناد و محکم - و مخالف با اصل برائت 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 يك متفاوت است (پدر کودک و عمه وي) . هر چند حکم هر يك - بتهایی - زمینه حکم دیگر را برطرف می‌کند ، به دلیل جمع کردن میان دو وجه مساله و رعایت احتیاط ، تنها بخشی از آثار هر حکم درباره هر يك از آن دو اعمال می‌گردد که به طرف دیگر مربوط نباشد . این در حالی است که در مساله ضمان سبب اجمالی ، نسبت به هر يك از مسببان احتمالی دو حکم احتمالی ، وجود دارد و به علاوه ، حکم احتمالی هر يك از مسببان احتمالی با حکم دیگری تفاوتی ندارد و موضوع حکم دقیقاً یکی ، یعنی ضمان خسارت ها وارده ، می‌باشد .

ثالثاً : هر چند در دلیل سوم ، شهید اول تنها يك طرف را موضوع حکم دانسته است که دو نوع حکم متفاوت (و در واقع ، حکم ظاهری و آثار مترتب بر آن) درباره او فرض شده است که ایشان از اعمال آثار حکم اول احتراز جسته اند ، از توضیحات پیشین روشن می‌شود که در مساله 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 مساله مورد بررسی از دایره و قلمرو این بحث خارج است و نمی توان آن را از این دیدگاه مطرح و مورد کنکاش قرارداد.

۱۵ - دیدگاه حقوق موضوعه ، مسئولیت مشترك يا تضامني

در حقوق موضوعه نیز با آن که رابطه علیت میان عمل هیچ یک از خواندگان با تلف احراز 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 مسئولیت 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 مشترك دانسته و همانند جایی که چند نفر ، به طور مشترك ، تقصیری را مرتکب می شوند ، در این مساله نیز تمام اعضای گروه را مسئول می شمرد ، زیرا عمل آنها محیط خطرناکی را فراهم آورده است . این نظر یادآور نظریه ریسک (ایجاد خطر) درباره مبنای مسئولیت مدنی است که البته به طور مطلق پذیرفته نشده است . بعلاوه ، پذیرش این پاسخ از آن جایی مشکل است که - دست کم - در پاره ای از مثال ها ، خود عمل ارتكابي توسط اشخاص ، مباح بوده است و به همین دلیل نمی توان آنها را مقصر قلمداد کرد.

در برابر رویه قضایی ، حقوق دانان فرانسه درصدد 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 مسئول جبران خسارت های وارد به ثالث تلقی کرده اند. (۵۷) ولی باید از این نویسندگان سوال کرد که اگر شناسایی عامل واقعی ورود خسارت ، تا این حد ، دچار ابهام و تردید نمی گردید باز هم شخصیت حقوقی اجتماع نامبرده را که هیچ قصدی در ایجاد آن ، به عنوان واحدی حقوقی ، وجود نداشته و هیچ رسمیتی نیز از سوی منابع حقوقی ندارد ، مسئول جبران خسارت می دانستند یا عامل واقعی را ؟

چنین به نظر می رسد که هر چند نتایج این نظریات برای جبران خسارت و جلوگیری از هرج و مرج حقوقی موثر است ، مبنای آنها را به دشواری می توان در نظریات کلاسیک یافت.

۱۶ - اماره مسئولیت

برخی دیگر از حقوق دانان ، مسئولیت افراد مذکور را مبتنی بر (اماره مسئولیت) دانسته اند ، اماره ای علیه هر یک از خواندگان به سبب ارتکاب فعل زیان بار ، که تنها در صورت اثبات خلاف آن ، بری الذمه خواهند شد و به منظور توجیه آن نیز توزیع منصفانه بار اثبات دعوی را مطرح ساخته اند. (۵۸) به نظر می رسد که این اماره نه جنبه قانونی دارد و نه جنبه قضایی ، زیرا چنین اماره ای در هیچ متن قانونی یافت نمی شود و هنگام رسیدگی قضایی نیز ، این علم و قطع وجود دارد که خسارت از ناحیه تمام خواندگان وارد نشده است . صحیح است که خواهان می تواند 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 می رسد و این امر یک نوع علم اجمالی برای قاضی ایجاد می کند ولی با تمام این اوصاف ، دلیل معتبری برای توزیع خسارت محسوب نمی گردد. از سوی دیگر ، در این نظریه با نوعی دور منطقی مواجه می باشیم . زیرا از یک طرف ، اماره مسئولیت را قبول می کنیم تا بار اثبات دعوی به طور منصفانه میان خواندگان تقسیم گردد و از طرف دیگر ، توزیع منصفانه را امری وجدانی و ضروری تلقی می کنیم تا بتوان اعتبار اماره مسئولیت را ثابت کرد.

۱۷ - جمع بندی آراء

از بررسی آرا می توان نتیجه گرفت که هدف اصلی ، جبران عادلانه ضرری است که ورود آن احراز شده است و مرتکب آن به طور اجمالی معلوم است که در جمع آن گروه خواندگان قرار دارد ، هر چند که هیچ یک از نظریه ها در اثبات رابطه سببیت و انتساب حکم ضمان به افراد گروه ، موثر و کافی نیست و ذهن را قانع نمی سازد. به نظر برخی از حقوق دانان در مجموع ، هنگامی می توان مسئولیت 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 مسئول شناختن آن نیست .
- ۲ - گروهی که سبب در میان آن است ، تعداد محدود و مشخصی داشته باشد ، به گونه ای که بتوان تمام اعضای آن را شناخت ؛ زیرا در این صورت است که ظن به اضرار معنا پیدا می کند.

۳ - اقدام زیانبار افراد گروه ، مانند تیراندازی در شکار ، به طور همزمان صورت پذیرد ، زیرا تنها در این وضعیت می توان - برای مثال - همه سلاح ها 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 مسئول می داند ، زیرا در خط آتش مشترک ، تمام آنها دخالت داشته اند . به عبارت دیگر ، اتلاف به وسیله خط آتش مشترک و واحدی صورت پذیرفته که همه در ایجاد آن دخالت داشته اند. (۵۹)

با این حال ، به نظر نگارنده . شرایط نخست و دوم همان ویژگیهای مساله 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 مقابل 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 فرضیه ای بیش نیست که فاقد دلیل اثباتی است و صرفاً به منظور توجیه ذهنی مسئولیت مشترک ابراز گردیده است ، در حالی که هدف اصلی ، یافتن مبنایی واقعی در فقه و حقوق برای تعیین حکم مربوط می باشد.

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 بر این 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 مسئول جبران نسبی 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 مقاصد از مال شخص غایب ، در اجبار کردن شخص ممتنع به پرداخت نفقه و در طلاق دادن زوجه مفقودالاثار . 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 مساله 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 نفي 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 غایب ، مانند ودیعه ها و اموال پیدا شده ، از اختیارات حاکم است (۶۲)

ملا احمد نراقی نیز دو وظیفه کلی برای حاکم بر می شمرد :

- ۱ - هر وظیفه ای که پیامبر (ص) یا امام (ع) داشته ، حاکم نیز دارد مگر آن چه به دلیل خاص استثناء 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 درباره آن ، اجماع ، نفي ضرر یا ضرر ، نفي عسر و حرج ، نفي ایجاد فساد به ضرر مسلمانان ، یا به 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 می توان ، و بلکه باید ، تعیین تکلیف نهایی در مساله ضمان سبب مجمل را نیز به قاضی و حاکم شرع واگذار کرد.

منابع:

یادداشت ها

- ۱- در این کتاب ها ، غالباً مبحث اتلاف و تسبیب و قاعده مربوطه به آنها و نیز غصب ملاحظه گردید ، ولی اثری از مساله در آنها یافت نشد. برخی از منابع ، مانند جواهر الکلام ، العناوین و رساله فی الغصب ، به تفصیل و با دقت ، به بررسی صورت های مختلف موارد اجرای قاعده اتلاف پرداخته اند ولی مساله مورد نظر را مطرح نساخته اند.
- ۲- فقها درباره این که قاعده لاضرر ، موجب ضمان عامل ورود ضرر می گردد یا خیر ، اختلاف نظر دارند . با این حال ، برخی از ایشان به این ضمان تصریح کرده اند : سیر میر عبدالفتاح حسینی مراغی ، العناوین ، ج ۱ ، ص ۳۱۶-۳۲۲ ، موسسه نشر اسلامی

- ۱- در فقه: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۴۳ و ص ۹۵-۹۷؛ شهید ثانی، الروضه البهیة (شرح لمعه)، ج ۱۰، ص ۱۰۵-۱۰۸؛ ابوالحسن محمدی، قواعد فقه، ص ۲۲، ۲۳، ۲۷؛ مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ج ۱، ص ۱۱۵، ۱۲۲، ۱۲۳، ۱۲۹؛ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقیهه، ج ۲، ص ۲۴ به بعد - همچنین در حقوق موضوعه: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، الزام های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ج ۱، ص ۸۷، ۸۸، 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 این جا، مفهومی در برابر مباشرت در قاعده اتلاف نسبت، بلکه مقصود، ناشی شدن ضرر از فعل شخص است.
- ۶- میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقیهه، ج ۲، ص ۳۶.
- ۷- ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، ج ۱، ص ۱۹۷، ص ۳۶۶ و ۳۶۷.
- ۸- برای مطالعه در این باره، می توان به کتب فقه، استدلالی و نیز قواعد فقه در باب های مربوط به اتلاف، تسبیب، دیات، و غصب مراجعه کرد.
- ۹- برای نمونه: ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، ج ۱، ص ۲۰۳ به بعد.
- ۱۰- ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۰.
- ۱۱- لطف الله، جامع الاحکام، ج ۱، ص ۳۷۰.
- ۱۲- ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۱.
- ۱۳- صافی گلپایگانی، همان، ج ۲، ص ۳۴۱؛ مثال مذکور، در یک استفتاء مطرح شده است.
- ۱۴- ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۰.
- ۱۵- سید محمد رضا گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۳، ص ۲۱۸، ص ۲۸۶ و ۲۸۷ (در یک استفتاء).
- ۱۶- ابو محمد بن غانم بن محمد بغدادی، مجمع الضمانات، بیروت، عالم الکتب، چاپ اول، ۱۴۰۷ ه. 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، نمی توان از هیچ یک از مظنونان، جبران خسارت را مطالبه کرد (چرا که هیچ یک بتهنایی مصداق قطعی و مسلم تلف کننده محسوب نمی شوند) و در صورت اعمال قاعده لاضرر، به منظور جبران خسارت زیان دیده لازم می آید که برخی از اشخاص غیر مسئول نیز خسارت بپردازند.
- ۲۰- برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع شود به: امام خمینی، تهذیب الاصول، ج ۲، ص ۱۲۳-۱۲۴؛ سید ابوالقاسم خویی، مصباح الاصول، 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 می گردد و منشأ ضرورت مذکور آن است که در صورت عدم ضرورت، اجتماع دو امر نقیض به دست می آید که از نظر عقل، امری محال است. 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، می توان به منابع پیشین رجوع کرد، چرا که این تحقیق بیش از این مقدار، گنجایش بحث های مبنایی را ندارد. همچنین علاوه بر کتب مذکور، رجوع شود به: شیخ محمد تقی بن عبدالرحیم ایران کیفی، هدایه المسترشدين في شرح معالم الدين، چاپ سنگی (فاقد شماره صفحه)، بخش شك در مكلف 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، به این مساله اشاره شده است.
- ۲۳- سید ابوالقاسم خویی، همان، ص ۷۷، به نظر ایشان، حتی در احکام عبادی، چه قبل از تحقیق درباره تکلیف یا مصادیق واقعی و چه پس از آن، و نیز چه درباره اطراف علم اجمالی و چه نسبت به شبهه های بدوی، اعم از حکمی و موضوعی، همان حکم مذکور در متن جاری است. واضح است که در این نوشتار مختصر، نمی توان این مساله را به تفصیل بررسی کرد و خوانندگان محترم، در صورت ضرورت مطالعه بیشتر، می توانند 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 ؛ سید ابوالقاسم خویی ، همان ، ص ۲۴۸ .
- ۲۶- سید ابوالقاسم 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 نمی شود . صورت های دیگری نیز وجود دارد که در مبحث استصحاب ، در کتاب های اصول فقه ، مطرح می شود .
- ۲۷- آخوند خراسانی ، کفایه الاصول (همراه با شرح آن : منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه ، سید محمد جعفر جزائری مروج) ، ج ۶ ، ص ۸-۱۳ و ۲۷-۲۹ .
- ۲۸- شیخ انصاری ، همان ؛ سید ابوالقاسم خویی ، مصباح الاصول ، ج ۲ ، ص ۲۴۸-۲۴۹ .
- ۲۹- سید ابوالقاسم خویی ، همان ، ص ۲۴۹ .
- ۳۰- همان ، ص ۳۲۷ . ۳۲۸
- ۳۱- همان ، ص ۳۲۸ .
- ۳۲- همان ، ص ۳۳۹ - ۳۴۰ ، توضیح آن که مثال ها از نگارنده است .
- ۳۳- محمد تقی بن عبدالرحیم ایوان کیفی ، هدایه المسترشدين ، مبحث شك در مكلف به ، چاپ سنگی (فاقد شماره صفحه است) سید ابوالقاسم خویی ، همان ، ص ۳۴۰ . صاحب کتاب قوام الفصول ، نیز هنگامی که صورت های مختلف شك در مكلف به را بررسی می کند در صورت سوم می گوید :
- ((الثالث في محتملها اي الوجوب و الحرمة بدون امر ثالث ، بان دارالامر بين وجوب احد الفعلين و حرمة الآخر لا بين وجوب فعل و حرمة ، لانه الموضوع الثالث من مواضع الشك في التكليف و قدم تقدم ؛ و الحكم هنا وجوب الاتيان باحدهما و ترك الآخر ، مخيراً في ذلك ، لان الموافقة الاحتماليه في كلا التكليفين اولي من الموافقة القطعيه في احدهما و المخالفه القطعيه في الآخر ، ضروره قبح ارتكاب الضرر المقطوع احتياطاً لدفع الضرر المحتمل كما لا يخفي : محمود بن جعفر عراقی ، قوام الفصول ، ص ۴۶۵ ، چاپ سنگی .
- ۳۴- در این جا لازم است به این نکته اشاره شود که برای اجرای اصل احتیاط و اشتغال ، معلوم بودن حکم و تکلیف ، ولو به صورت اجمالی ، یکی از شرایط ضروری است ؛ با این حال ، درباره آن چه 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 آیت الله خویی معتقدند که معلوم بودن جنس حکم ، یعنی صرف الزام (اعم از الزام در انجام فعل یا الزام در ترك فعل) کافی است تا مسأله از مصادیق شك در مكلف به و مجرای اصل احتیاط تلقی گردد . به نظر می رسد که عقیده اخیر ، يك تحليل ذهني صرف است که در عالم واقع ، مصداق ندارد در حالی که احکام شرعی و تبادر ذهني در میان عرف عموم ، به نوع احکام توجه دارد . برای مطالعه بیشتر رجوع شود به : سید محمد جعفر جزائری مروج ، منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه ، ج ۶ ، ص ۵ و ۶
- ۳۵- مستفاد از بحث های : سید ابوالقاسم خویی ، همان . ص ۳۴۰-۳۴۱
- ۳۶- لطف الله صافی ، جامع الاحکام ، ص ۳۷۰
- ۳۷- آخوند خراسانی ، حاشیه الرسائل ، ص ۱۳۹ (به نقل از : سید محمد جعفر جزائری مروج ، منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه ، ج ۶ ، ص ۶)
- ۳۸- اصل یکصدوشصت وهفتم ق.ا.ج.ا.ا. : ((قاضي موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامي یا فتاواي معتبر ، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند 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 ، فرائد الاصول ، چاپ سنگی ؛ سید محمد جعفر جزائری مروج ، منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه ، ج ۶ ، ص ۲۷ .
- ۴۳- بحث مذکور در همین جا خاتمه نیافته و مباحث دیگری را به دنبال دارد که برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به : سید محمد جعفر جزائری مروج ، منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه ، 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 فوق الذکر ، رها ساختن و تعطیل کردن حکم و تکلیف است که این امر مستلزم هرج و مرج می باشد و شارع حکیم چنین وضعی را نمی پذیرد . پس باید راه آشکاری عرضه شود و آن ، جز قرعه نیست : عناوین ، ج ۱ ، ص ۲۵۱ و ۲۵۲ .
- ۴۵- میر عبد الفتاح مراغی ، ص ۳۵۲ - ۳۶۰ ابوالحسن محمدی ، قواعد فقه ، ص ۱۰۰ - ۱۰۸

- ۴۶- شیخ محمد تقی بن عبدالرحیم ایوان کیفی ، هدایه المسترشدين في شرح معالم الدين ، چاپ سنگی (فاقد شماره صفحات) بخش مربوط به شك در مكلف به برخي 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 يك ملك - با ادعای سهم های مختلف در آن - صریحاً اعلام می دارد که در صورت فقدان دلایل اثبات ادعای هر يك ، در هر مقدار سهمی که مورد اختلاف است قرعه انداخته می شود و سپس کسی که قرعه به نام اصابت می کند باید سوگند بخورد و اگر همه مدعیان از سوگند خوردن امتناع ورزند سهم مورد اختلاف ، به طور مساوی ، میان آنها تقسیم می گردد. (شرایع الاسلام ، کتاب القضاء ، ص ۳۳۲ و ۳۳۳ ، چاپ سنگی به خط عبدالرحیم) همچنین شهید ثانی در مورد مذکور ، در صورتی که هر دو مدعی ، بینه اقامه کنند ، با قبول قرعه انداختن ، سوگند خوردن را نیز لازم می شمرد 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 می شود. با این حال ، ایشان در تمام موارد مذکور در کتاب شرایع الاسلام ، قرعه را مطرح نساخته ، بلکه ابتدا سوگند و در صورت امتناع ، تقسیم به تنصیف را بیان کرده است (شرح لمعه ، ج ۱ ، کتاب القضاء ، ص ۲۸۸ و ۲۸۹ ، چاپ سنگی به خط عبدالرحیم)
- ۴۷- لطف الله صافی ، همان ؛ ایشان در ادامه ، از نظر برهم زدن نظم عمومی جامعه ، در مثال مربوط به سنگ پرانی به سوی ماشین دیگری ، اشخاص پرتاب کننده را مستحق تعزیر می داند.
- ۴۸- میرزا حبیب الله رشتی ، رساله فی الغصب ، چاپ سنگی ، ص ۳۵ به بعد.
- ۴۹- همان ، ص ۴۲.
- ۵۰- عن عائشه ، قالت : كان عتب بن ابي وقاص عهد الي اخيه سعد بن ابي وقاص : ان ابن وليده زمعه مني فاقبضه. قالت : فلما كان عام الفتح ، اخذه سعد بن ابي وقاص و قال : ان اخي قد عهد الي فيه . فقام عبد بن زمعه ، فقال : اخب و ابن وليده ابي ولد علي فراشه . فنسأوا الي النبي (ص) . فقال سعد : يال رسول الله ! ابن اخي كان قد عهد الي فيه . فقال عبد زمعه : اخي و ابن وليده ابي ولد علي فراشه . فقال رسول الله (ص) : هو لك ، يا عبد بن زمعه ! ثم قال النبي (ص) : الوالد للفرش و للعاهر الحجر . ثم قال لسوده ، بنت زمعه ، بنت زوح النبي (ص) : احتجبي منه ... (صحيح بخاري ، ج ۸/۴) ؛ همچنین : سنن ابن ماجه ، ج ۱/۶۴۶ (با اندکی اختلاف)
- ۵۱- سوده ام المومنین ، دختر زمعه بن قیس و خواهر عبد بن زمعه است (به نقل از : حاشیه محمد الحسینی بر : القواعد و الفوائد ، ص ۱۴۰)
- ۵۲- وسائل الشیعه (چاپ جدید) چاپ چهارم ، ج ۱۴ ، ص ۵۶۵
- ۵۳- قواعد فقه ، ترجمه القواعد و الفوائد ، شهید اول ، مترجم دکتر مهدی صانعی ، ج ۱ ، قاعده ۱۱۲ ، ص ۳۶۴-۳۶۶.
- ۵۴- همان ، ص ۳۶۶ . 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 دکترای 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 : میر عبدالفتاح حسین مراغی ، العناوین ، موسسه النشر الاسلامی ، ۱۴۱۸ ه.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 ، قاعده ۱۴۷ ، (به نقل از عناوین ، ج ۲ ، ص ۵۷۰ و ۵۷۱)
- ۶۳- ملا احمد نراقی ، عواید الایام ، عائده ۵۴ ، ص ۱۸۷ و ۱۸۸ .