

## قاعده اضطرار

سید ابراهیم موسوی

قاضی دادگستری لرستان

اضطرار مانند عسر و حرج از مهمترین عناوین ثانویه است که نقش عمده‌ای در تطبیق قوانین شرع با اوضاع و احوال خاص و در نتیجه تداوم اجرای عدالت دارد. در این مقاله به بیان مفهوم و دلایل و موارد کاربرد این قاعده در حقوق اسلام و ایران می‌پردازیم:

### ۱- تعریف و بیان ماهیت اضطرار

اضطرار مصدر باب افتعال از ریشه ضرر است و در لغت به معنای احتیاج پیدا کردن به چیزی یا ناچار شدن است و ضرورت اسم مصدر آن است.<sup>(۱)</sup> با وجود استعمال فراوان کلمه اضطرار توسط فقها و مفسرین تعریف جامع و روشنی از آن داده نشده

---

۱- علامه ابن منظور، لسان العرب، نشر ادب حوزه و قم، جلد هفتم، ماده ضرر - فیروزآبادی، قاموس المحيط، دارالاحیاء التراث العربی، جلد دوم صفحه ۱۰۷.

است. حموی آن را حدی که رسیدن به آن موجب می‌شود تا در صورت نخوردن آنچه حرام شده است، شخص هلاک گردد تعریف کرده است،<sup>(۱)</sup> و بعضی از مالکیه آن را بیم هلاکت، خواه از روی علم و خواه از روی ظن دانسته‌اند.<sup>(۲)</sup> طبرسی در تفسیر مجمع‌البیان گفته است: اضطرار عبارت است از هر فعلی که مفعول به نمی‌تواند از آن امتناع نماید، مانند گرسنگی که بر انسان عارض می‌شود و نمی‌تواند از آن امتناع کند.<sup>(۳)</sup> صاحب کتاب زبده‌البیان آن را چیزی که صبر بر آن ممکن نیست تعریف کرده است.<sup>(۴)</sup> با توجه به مدلول برخی آیات قرآن کریم که در آنها از اضطرار ذکری به میان آمده است، درباره مفهوم اصطلاحی آن می‌توان گفت: اضطرار وضعیتی غیرقابل تحمل است که هرگاه شخص مکلف در آن قرارگیرد، و خارج شدن از آن وضعیت جز با ارتکاب عمل حرام برای او ممکن نباشد، حرمت آن عمل، در حدی که برای خروج از آن وضعیت لازم است، در مورد وی برداشته می‌شود.

در حقیقت اضطرار موقعیت مواجه شدن با خطر یا گرفتار شدن بین محظورین است، که در آن حال برای گریز از خطر و رهایی از مخمصه ممکن است ناچار به انجام عملی شود که در حال عادی انجام آن ممنوع است، در این حال ارتکاب عمل مذکور برای وی مجاز خواهد شد. بین اضطرار و عسر و حرج رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد، به این معنا که هر اضطراری عسر و حرج نیز محسوب می‌شود، اما اضطرار اخص از عسر و حرج است، به همین سبب برخلاف آنچه برخی فقها ذکر کرده‌اند،<sup>(۵)</sup> عسر و حرج تا به حد اضطرار نرسد، نمی‌تواند ارتکاب عمل حرام را مجاز سازد.

۱- موسوعه فقه اسلامی، معروف به موسوعه جمال عبدالناصر، چاپ قاهره، ۱۴۱۰ هجری قمری، جلد ۱۴، صفحه ۶۱ به نقل از حموی در حاشیه الاشباه و النظائر این نجیم.

۲- همان مرجع، جلد ۱۴ صفحه ۶۲.

۳- طبرسی، مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن، نشر دارالمعرفه، جلد اول صفحه ۴۶۶.

۴- مقدس اردبیلی، زبده‌البیان فی احکام القرآن، صفحه ۶۳۴.

۵- ملا احمد نراقی، عوایدالایام، صفحه ۵۷.

## ۲- مدارک قاعده اضطرار

از آنجا که اضطرار اخص از عسر و حرج است، تمام دلایلی که در باب قاعده نفی عسر و حرج مورد استناد قرار گرفته‌اند، به طریق اولی بر قاعده اضطرار نیز دلالت دارند، علاوه بر آن، اضطرار بر خلاف عسر و حرج، رافع احکام تحریمی است، به همین سبب دارای ادله خاصی است که ذیلاً به بررسی آنها می‌پردازیم:

الف) در قرآن کریم آیات متعددی وجود دارند که دلالت صریح بر رفع حرمت در حال اضطرار دارند، از جمله آنها آیه ۱۷۳ سوره بقره است که می‌فرماید: «انما حرم علیکم المیتة و الدم و لحم الخنزیر و ما اهل لغيرالله فمن اضطر غیرباغ و لا عاد فلا اثم علیه ان الله غفور رحیم». و در آیه ۳ سوره مائده پس از بیان دسته‌ای از محرمات می‌فرماید: «... فمن اضطر فی مخمصة غیر متجانف لاثم فان الله غفور رحیم». در آیه ۱۱۹ سوره انعام می‌فرماید: «و ما لکم الا تأکلوا مما ذکر اسم الله علیه و قد فصل لکم ما حرم علیکم الا ما اضطررتم الیه...» و در پایان آیه ۱۴۵ همان سوره می‌فرماید: «فمن اضطر غیرباغ و لا عاد فان الله غفور رحیم». در برخی دیگر از آیات مصادیقی از اضطرار و جواز ارتکاب عمل ممنوع به واسطه آن بیان شده است، از جمله آیه ۱۰۶ سوره نحل که می‌فرماید: «من کفر بالله من بعد ایمانه الا من اکره و قلبه مطمئن بالإیمان و لکن من شرح بالكفر صدرا فعلیهم غضب من الله و لهم عذاب عظیم» و نیز آیه ۲۸ سوره آل عمران است که می‌فرماید: «لا یتخذ المؤمنون الکافرین اولیاء من دون المؤمنین و من یفعل ذلک فلیس من الله فی شیء الا ان تتقوا منهم تقیة و یحذرکم الله نفسه والی الله المصیر».

مفسرین عقیده دارند که به موجب این آیات، ارتکاب مطلق محرمات، در حالت اضطرار جایز است و گناه محسوب نمی‌شود و مرتکب آن مستحق عقوبت نیست.

ب) سنت: از پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) در همین باره احادیثی نقل شده است که معروفترین آنها حدیثی است موسوم به حدیث رفع با این عبارت «رفع عن

امتی تسعه، الخطاء و النسيان و ما اكرهوا عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطرو اليه و الحسد و الطيره و التفكير في الوسوسه في الخلق ما لم ينطق بنفسه»<sup>(۱)</sup>. از جمله نه چیزی که به موجب این حدیث رفع گردیده‌اند، عملی است که شخص به انجام آن مضطر گردیده باشد.

با توجه به اینکه اموری نظیر خطا و نسیان و اضطرار و اکره از امور خارجی هستند و خود آنها قابل رفع نیستند، در مورد اینکه آنچه به موجب این حدیث رفع شده است، چیست، محققین سه احتمال مطرح کرده‌اند: ۱- آنچه از مکلفین برداشته شده همه آثار امور نه‌گانه باشد. ۲- اثر ظاهر در هر یک از امور نه‌گانه برداشته شده باشد. ۳- در همه امور آنچه رفع شده است مؤاخذه مقدر باشد.

مرحوم حاج شیخ مرتضی انصاری (ره) حدیث را از این حیث مجمل می‌داند، و خود احتمال سوم، یعنی تقدیر گرفتن مؤاخذه، و حکم به رفع آن را به موجب حدیث مذکور قویتر می‌داند، اما نه از جهت ظهور حدیث بلکه از این جهت که در صورت ترجیح دو احتمال دیگر، لازم می‌آید مدلول حدیث مذکور مخصص کلی احکامی باشد که به موجب آنها، برای امور نه‌گانه مذکور آثاری قرار داده شده است، اما ترجیح احتمال سوم مقتضی عدم تخصیص است و احکام یاد شده مبین اجمال آن خواهند بود. زیرا هرگاه دلیل مخصص از حیث دایره شمول خود مجمل باشد، عموم عام مبین اجمال آن خواهد گردید.<sup>(۲)</sup> اما به نظر مرحوم آخوند صاحب کفایه آنچه به موجب حدیث مذکور رفع شده است اثر مناسب یا ظاهر هر یک از نه چیز یا تمام آثاری است که رفع آن مقتضی منت بر بندگان است.<sup>(۳)</sup>

به نظر می‌رسد حدیث مذکور دلالت آشکار بر این معنا دارد که در صورت عروض

۱- شیخ کلینی، الکافی، جلد دوم صفحه ۴۶۳، روایت ۲ - شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، چاپ مؤسسه آل‌البیت، جلد ۱۵، صفحه ۳۷۰، باب ۵۶ از ابواب جهاد نفس، روایت ۲۰۷۷۱.

۲- شیخ مرتضی انصاری، فواید الاصول، جلد اول صفحه ۳۸۷.

۳- آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، صفحه ۳۸۷.

یکی از تهِ چیز مذکور، الزام و تکلیف از مکلفین برداشته شده است، رفع مؤاخذه که اثر عدم اجرای تکلیف است، نتیجه رفع تکلیف است، نه آنکه مستقیماً مدلول حدیث باشد. رفع آثار نیز، اعم از تمام آثار یا اثر ظاهر هر یک از تهِ چیز، از ظاهر عبارت حدیث رفع به دور است، زیرا همان طور که مرحوم آخوند صاحب کفایه خود اشاره فرموده است، عناوین مذکور در حدیث خود موضوعاتی دارای اثر هستند و رفع اثر از آنها معنی ندارد، و اگر گفته شود مقصود رفع آثار اولیه قبل از پیدایش آن عناوین است، در این صورت نسبت دادن رفع به خود عناوین یاد شده در حدیث رفع از باب مجاز خواهد بود. برخی عقیده دارند قاعده اضطرار از متفرعات قاعده «الضرر يزال» و مبنای آن حدیث معروف نبوی لا ضرر و لا ضرر است که مقصود از آن برداشتن ضرر از مکلفین است.<sup>(۱)</sup>

روایات دیگری در این باره از معصومین (ع) نقل شده است، از جمله اینکه، «ما من شیء الا وقد احله الله لمن اضطر اليه».<sup>(۲)</sup> از مجموع روایات و سایر ادله نقلی که در این زمینه وارد شده است عبارت «الضرورات تبيح المحظورات» اقتباس و بین فقها و حقوقدانان شهرت یافته است.

ج) عقل: رفع الزام و تکلیف به واسطه اضطرار و عدم استحقاق عقوبت کسی که ناچار به ارتکاب عمل ممنوع شده است، مانند تمام قواعد منصفانه دیگر، قاعده‌ای عقلی است زیرا اضطرار در حقیقت موقعیت مواجه شدن شخص با دو خطر یا دو مفسده است، و عقل حکم می‌کند که از بین دو امر قبیح یا دارای مفسده، شخص آن را که قساحت و مفسده کمتری دارد برگزیند،<sup>(۳)</sup> تخطی از این قاعده قبح عقلی دارد. علاوه بر

۱- مبسوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن، الاشیاء و النظایر، چاپ مصر، ۱۹۵۹، صفحه ۹۳، ابن نجیم زین‌العابدین الاشیاء و النظایر، چاپ مصر، ۱۳۲۲ هجری قمری، صفحه ۱۰۷-۱۰۸.

۲- شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، جلد دوم، صفحه ۱۷۷.

۳- ابن نجیم، الاشیاء و النظایر، صفحه ۳۵. مجله الاحکام، ماده ۲۹، صفحه ۳۲ شرح‌المجله، عبارت مجله الاحکام در این باره چنین است: «ویختار أهون الشرین».

آن ملزم بودن شخص به ترک عمل ممنوعی که ناچار به انجام آن شده است، مثل الزام کسی که از گرسنگی در حال مرگ است به ترک خوردن گوشت مردار یا خوک، تکلیف مالا یطاق است و قباحه عقلی دارد.

### ۳- رابطه بین اکراه و اضطرار

اکراه عبارت است از اینکه شخصی را که مایل به انجام عملی نیست، به وسیله تهدید به وارد ساختن ضرری جانی، مالی یا آبرویی به آن شخص یا کسان وی، در صورت ترک آن عمل، وادار کنند. چنانچه ضرر مورد تهدید که محتمل الوقوع است قابل تحمل نباشد، برای کسی که مورد اکراه واقع شده است، حالت اضطرار ایجاد می‌گردد و در صورتی که تحمل ضرر مذکور با مشقت و سختی توأم باشد، آنچه از اکراه حاصل می‌شود، حالت عسر یا حرج است بنابراین اکراه ممکن است موجب تولید اضطرار یا عسر و حرج گردد. اکراه در صورتی مجوز ارتکاب عمل حرام، یعنی رافع حکم تکلیفی محسوب می‌شود که موجب اضطرار مکره شود، اما چنانچه به این حد نرسد، تنها اثر معاملات ناشی از آن رفع می‌گردد.<sup>(۱)</sup> فقهای مذاهب مختلف عموماً اکراه را به دو قسم تقسیم می‌کنند: اکراه موجب اضطرار و اکراهی که موجب اضطرار نمی‌گردد<sup>(۲)</sup>، اولی را در همه تصرفات، اعم از تصرفات فعلی مانند اتلاف مال غیر و تصرفات قولی مانند معاملات مؤثر می‌دانند، اما دومی را فقط در تصرفات قولی مؤثر می‌دانند.<sup>(۳)</sup> در عین حال چنانچه اضطرار ناشی از اکراه باشد، موجب عدم نفوذ یا اجازه شدن معاملات می‌گردد، در حالی که اگر منشأ اضطرار فعل شخص دیگری غیر از مضطر نباشد، اثری بر صحت معامله ندارد، بعضی از نویسندگان این امر را چنین تصور کرده‌اند که اضطرار

۱- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، صفحه ۱۲۰- موسوعه الفقه الاسلامی، جلد ۱۶ صفحه ۲۵۳ به بعد.

۲- همان مأخذ.

۳- مجله الاحکام، شرح سنیم رستم باز، ماده ۱۰۰۷، صفحه ۵۶۰.

موجب خدشه وارد شدن به رضا و اختیار می‌گردد اما به حد اکراه نمی‌رسد و ضعیفتر از آن است.<sup>(۱)</sup> اما سبب آن که اکراه موجب رفع اثر معامله می‌شود در حالی که اضطرار چنین اثری ندارد، آن است که اکراه به هر اندازه که باشد، موجب می‌گردد تا استقلال شخص در تصرف در امور خود از بین برود و نتواند به میل خود مبادرت به انجام معامله نماید، به بیان دیگر اکراه موجب معیوب شدن رضا می‌گردد که وجود و سلامت آن شرط صحت معامله است، اما اضطرار وضعیتی است که موجب می‌گردد شخص برای دفع ضرر از خود عملی را انجام دهد، بدیهی است عملی که به خاطر دفع ضرر انجام می‌شود، صرفاً به این سبب باطل نیست، زیرا در بسیاری موارد که اضطرار یا اکراهی در بین نیست نیز، شخص برای دفع ضرر از خود مبادرت به انجام معامله می‌نماید.<sup>(۲)</sup> سبب دیگر آن است که ادله اضطرار و اکراه در مقام امتنان وارد شده‌اند، بدیهی است اگر کسی برای پرداخت دینش با معالجه بیمارش یا سایر نیازهای ضروری، ناچار به انجام معامله شود، حکم به بطلان معامله در این موارد با امتنان منافات دارد، اما حکم به عدم صحت معامله اکراهی چنین نیست.<sup>(۳)</sup>

۴- چنانچه اکراه مستقیماً به انجام معامله تعلق نگیرد، هر چند شخص مکره برای دفع ضرر ناشی از اکراه مبادرت به انجام آن نماید، مثلاً کسی برای گرفتن مبلغی پول از کسی وی را تهدید نماید، و آن شخص برای تهیه پول ناچار به فروش برخی اموال خود شود، معامله مذکور صحیح خواهد بود. با این وجود اگر برای کسی که از روی اضطرار مبادرت به انجام معامله می‌کند، حالت اضطرار را طرف مقابل ایجاد نموده باشد، بویژه در صورتی که این کار را به قصد اضرار انجام داده باشد، از جهات مختلفی می‌توان قایل به

۱- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایره‌العارف، حقوق مدنی و تجارت، چاپخانه مشعل آزادی تهران ۱۳۵۷، جلد اول، صفحه ۲۲۵.

۲- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، صفحه ۱۲۰.

۳- میرزاه‌محمد علی توحیدی، مصباح‌الفاقیه، تقریرات سید ابوالقاسم خوین، جلد دوم صفحه ۱۲۰.

عدم صحت معامله شد: اول اینکه معامله کننده در انجام آن استقلال ندارد و رضای او به وسیله طرف مقابل مخدوش شده است، دوم اینکه اضرار به غیر نامشروع است، اگر معامله به قصد اضرار صورت گرفته باشد، جهت آن نامشروع است، سوم اینکه کسی نباید بتواند از عمل نامشروع خود به ضرر غیر، کسب امتیاز کند. فقهای حنفی و برخی از فقهای حنبلی معامله اضطراری را که طرف مقابل اضطرار را ایجاد کرده باشد، باطل می دانند و در این مورد به حدیثی از پیامبر اکرم (ص) استناد کرده اند که می فرماید: «... بیع المضطر حرام، المسلم اخو المسلم لا یطله و لا یخونه»<sup>(۱)</sup>

#### ۵- شرایط تأثیر اضطرار

در ادله نقلی که به عنوان مدرک قاعده اضطرار مورد استناد واقع شده اند، خصوصاً در قرآن کریم، برای تأثیر اضطرار و رفع تکلیف به سبب آن شرایطی بیان شده است. در آیات ۱۷۳ سوره بقره، ۱۴۵ سوره انعام و ۱۱۵ سوره نحل با ذکر عبارت «غیر باغ و لا عاد»، جواز ارتکاب عمل ممنوع در حال اضطرار، مقید به آن گردیده است که شخص مضطر باغی و متجاوز از حد نباشد، در آیه ۳ سوره مائده نیز با بیان عبارت «غیر متجانف لاثم»، جواز مذکور مقید به آن شده است که مضطر قصد ارتکاب معصیت نکرده باشد.

معنای لغوی کلمه بغی طلب بیش از حد است و عادی نیز اسم فاعل و به معنای متجاوز از حد و قانون است، با این وجود مفسرین براساس برخی روایات، اقوال مختلفی درباره کلمه باغی و عادی ذکر کرده اند: در کتاب کافی از امام جعفر صادق (ع) نقل شده است که باغی کسی است که بر امام خروج کرده است و عادی نیز راهزن است، و در تفسیر عیاشی آمده است که باغی ظالم است و عادی شخص غاصب،<sup>(۲)</sup> در

۱- ابن قیم جوزی، اعلام الموقنین، جلد سوم صفحه ۲۱۹ - علامه اب منظور، لسان العرب، جلد هفتم، ماده ضرر.

۲- محمد ابن مسعود عیاش سلمی سمرقندی، تفسیر عیاشی، چاپ تهران با تصحیح سیدهاشم رسولی محلانی، جلد اول



مجمع‌البیان سه تفسیر برای کلمات مزبور ذکر شده است: یکی اینکه باغی کسی است که در طلب لذت مرتکب معصیت شود و عادی کسی است که از حد نیاز تجاوز کند، دوم اینکه باغی افراط‌کننده است و عادی کسی است که مرتکب تقصیر شده است، و سوم اینکه باغی کسی است که بر امام مسلمین خروج کرده است و عادی کسی است که با ارتکاب معصیت از طریق اهل حق منحرف شده است،<sup>(۱)</sup> صاحب مجمع‌البیان با آنکه مستند قول سوم را روایت منقول از امام (ع) ذکر کرده است، اما خود قول اول را ترجیح داده است، صاحب زبدة‌البیان نیز همین عقیده را دارد.<sup>(۲)</sup>

به نظر می‌رسد همان‌طور که برخی مفسرین بیان کرده‌اند، آنچه در روایات در این باره آمده است از باب بیان مصداق است. از مجموع آیات مذکور چنین برمی‌آید که اضطرار در صورتی مجوز ارتکاب عمل ممنوع می‌شود که شخص مضطر در طلب مطلوب بی‌باکی نکرده باشد و وضع اضطرار‌آمیز را خود عملاً به وجود نیاورده باشد، و سبب ایجاد اضطرار ستم و تعدی خود نباشد، و در ارتکاب عملی که به انجام آن ناچار شده است زیاده‌روی نکند. به عنوان مثال، چنانچه مالی از قبل توسط شخصی غصب شده باشد و بعد آن شخص برای حفظ جان خود نیاز به بقای مال مغضوب تحت استیلاي خود پیدا کند، این امر برای او مجوز نگهداری مال غیر محسوب نمی‌شود، چون قبل از آنکه حالت اضطرار ایجاد شده باشد، تعدی نموده است، اما اگر ابتدائاً برای حفظ جان خود نیاز به اخذ مال غیر پیدا کند، به لحاظ اضطرار، استیلاي بر مال غیر برای او جایز می‌گردد، البته به شرط آنکه بقای مال در دست صاحبش برای حفظ جان خود او ضروری نباشد.<sup>(۳)</sup>

اباحه ناشی از اضطرار مطلق نیست، بلکه باید به اندازه لازم برای رفع دشواری یا

(ادامه باورفی از صفحه قبل) صفحه ۷۴.

۱- طبرسی، المجمع‌البیان فی تفسیر القرآن، جلد اول صفحه ۴۶۷.

۲- مقدس اردبیلی، زبدة‌البیان فی احکام القرآن، صفحه ۶۳۶.

۳- شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد ۲۷ صفحه ۷۹ - ۷۸.

ضرر باشد، همچنین اباحه مذکور امری استثنایی است و تنها تا زمانی که حالت اضطرار باقی بماند وجود دارد.

استثنای مهم در رفع حرمت به واسطه اضطرار، ارتکاب قتل است که به اتفاق فقهای همه مذاهب، ارتکاب قتل دیگری برای حفظ جان یا دفع خطر از خود جایز شمرده نشده است. دلیل این حکم آن است که نفس مکره با نفس کسی که به قتل او تهدیدش کرده‌اند مساوی و در نظر شرع به منزله تن واحد محسوب می‌شوند. بنابراین ترجیح جان خودش بر جان دیگری و کشتن او برای حفظ جان خودش صحیح نیست، علاوه بر آن جواز قتل غیر با امتنایی بودن قاعده اضطرار منافات دارد. برخی نصوص شرعی نیز برای این حکم مورد استناد واقع شده‌اند از جمله آیه ۳۳ سوره اسراء که می‌فرماید: «من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً» و روایت نبوی با این مضمون: «لا یحل دم امرء مسلم الا باحدى الثلاثه: کفر بعد ایمان أو زنا بعد احصان أو قتل نفس بغير نفس»<sup>(۱)</sup> و نیز روایت منقول از امام معصوم (ع): «انما جعلت التقیه لیحقن بها الدماء فاذا بلغت الدم فلا تقیه». با این وجود بعضی دانشمندان این حکم را مورد تردید قرار داده‌اند و معتقدند که چون امر دایر است بین ارتکاب فعل حرام یعنی قتل غیر و یا ترک واجب یعنی حفظ جان خود، بنابراین قاعده تراحم شخص می‌تواند یکی را اختیار کند.<sup>(۲)</sup>

## ۶- آثار حقوقی قاعده اضطرار

مهمترین اثر قاعده اضطرار رفع حرمت عملی است که شخص مضطر ناچار به انجام آن شده است. این اثر قاعده اضطرار در قالب عبارت «الضرورات تبيح المحظورات»<sup>(۳)</sup>، مقبولیت عام یافته است دفاع مشروع، حتی اگر منتهی به قتل مهاجم گردد، خراب کردن

۱- شیخ طوسی، الخلاف، چاپخانه تابان تهران ۱۳۸۲ قمری، جلد دوم صفحه ۳۵۱.

۲ سیدابوالقاسم خوئی، تکمله منهاج الصالحین، جلد دوم صفحه ۳۱.

۳- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، صفحه ۵۱ - مجله الاحکام، ماده ۲۱.

خانه کسی به منظور جلوگیری از پیشرفت آتش سوزی، انداختن اموال و کالاهای موجود در کشتی به دریا برای نجات سرنشینان آن از غرق شدن، از اموری است که در حال اضطرار انجام آنها جایز و در مواردی واجب است<sup>(۱)</sup>، اما جایز نیست برای نجات سرنشینان کشتی سرنشینی را به آب افکند، زیرا همگی در انسانیت یکسان هستند و کسی بر دیگری برتری ندارد.<sup>(۲)</sup>

در حقیقت اضطرار از عناوین ثانویه است که به وسیله آن حکم متناسب دیگری جایگزین حکم عنوان اولیه می‌گردد. نوع حکم ثانوی بستگی به عاملی که موجب اضطرار گردیده است و نوع عملی که برای خروج از اضطرار باید انجام شود دارد، بدیهی است حرمت عمل اخیر در صورتی رفع می‌گردد، که حرمت تن دادن به عامل موجب اضطرار بیشتر یا حداقل مساوی با آن باشد<sup>(۳)</sup>، و هرگاه حرمت تن دادن به عمل موجب اضطرار بیشتر از حرمت عملی باشد که برای خروج از اضطرار باید انجام گیرد، انجام عمل مزبور واجب می‌گردد. به عنوان مثال اگر ظالمی کسی را اکراه کند به ربودن مال غیر و گرنه به ریختن خون بی‌گناهی او را مجبور خواهد کرد، ربودن مال غیر بر او واجب می‌گردد.<sup>(۴)</sup>

امتنانی بودن قاعده اضطرار ایجاب می‌کند در جایی مؤثر باشد که با امتنان، یعنی لطف بر بندگان به طور عموم، منافات نداشته باشد، بنابراین به وسیله اضطرار ضمان رفع نمی‌شود، با این وجود بنابر یکی از دو قول منقول از مالک و احمد ابن حنبل، اگر کسی برای حفظ جان خود ناچار به خوردن طعام غیر شود، قیمت آن را ضامن نیست زیرا با توجه به مساوات افراد بشر، حفظ جان اشخاص به شرط داشتن قدرت و توانایی

۱- شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح لمعه الدمشقیة، جلد دوم صفحه ۲۷۱ - جلال‌الدین عبدالرحمن سیوطی، الاشباه و النظائر، صفحه ۷۶ - سلیم رسنم‌باز، شرح‌المجله ماده ۲۱، صفحه ۲۹ - مقدس ادریسی، زبده البیان فی احکام القرآن، صفحه ۶۳۶.

۲ - غزالی، المستصفی، جلد اول صفحه ۱۴۱.

۳ - میرزا محمد علی توحیدی، مصباح‌الففاهه، تقریرات سیدابوالقاسم خوبی، جلد دوم صفحه ۱۶۶-۱۶۳.

۴ - ابن قیم جوزی، اعلام

بر همه واجب است.<sup>(۱)</sup> اما این استدلال به نظر صحیح نمی‌رسد، زیرا وجوب جان اشخاص با مدیون شدن کسی که با استفاده از مال دیگری از خود رفع خطر نموده است منافات ندارد.

از دیگر آثار اضطرار آن است که گاه موجب می‌گردد تا برخی اعمال را، که به موجب قرارداد یا قانون انجام آنها نیاز به اذن دارد، بتوان بدون اذن انجام داد، به عنوان مثال: هرگاه دو نفر به عنوان وصی از جانب پدر یا جد پدری تعیین شده باشند و بنا بر این باشد که آن دو جمعاً عمل نمایند، اما اتفاق نظر بین آنها حاصل نشود، هر یک از آنها می‌تواند اعمالی را که ضرورت دارد، مانند تأمین مخارج ضروری اطفال تحت وصایت، بدون اذن وصی دیگر انجام دهد.<sup>(۲)</sup>

گاه اضطرار موجب رفع کراهت از عملی که مضطر ناچار به انجام آن شده است می‌شود، به عنوان مثال، قرض گرفتن یا تأخیر در پرداخت حق غیرمکروه است با این وجود در حال اضطرار مباح و بعضی از مواقع مستحب یا واجب شود.<sup>(۳)</sup>

#### ۷- وجوب نجات جان مضطر و ضمان عدم انجام آن

فقهای مسلمان عموماً نجات جان کسی را که در معرض خطر جانی قرار گرفته است واجب می‌شمارند: مالکیه عقیده دارند اگر کسی که قادر به نجات جان دیگری است، از این عمل خودداری کند تا آن شخص بمیرد، ضامن دیه او است اما قصاص نمی‌شود، هرچند عمداً این کار را کرده باشد. با این حال چنانچه شاهد کاذب از شهادت خود رجوع نکند تا مشهود علیه به واسطه شهادت او کشته شود، قایل به قصاص او شده‌اند،

۱- ابن قیم جوزی، اعلام الموقعین، جلد سوم صفحه ۸

۲- شهید ثانی، الروضه البهیة، جلد دوم صفحه ۴۸ - فخرالمحققین، جامع المقاصد، جلد اول صفحه ۶۶۳.

۳- ابی‌الصلاح، الکافی، سلسلہ الینایع الفقهیة، جلد ۱۵ صفحه ۱۰، شیخ طوسی، النهایة، ینایع، جلد ۱۵ صفحه ۱۳ - راوندی،

فقه القرآن، ینایع، جلد ۱۵ صفحه ۲۱. ابن‌الدیس، السرایر، ینایع، جلد ۱۵ صفحه ۳۴. علامه حلی، قواعد الاحکام، ینایع، جلد

همچنین چنانچه شخص بتواند از تلف مال دیگری جلوگیری کند اما این کار را نکند، تا آن مال تلف شود، ضامن مثل یا قیمت آن مال است.<sup>(۱)</sup> شافعیه عقیده دارند ضمانی بر عهده ممتنع از نجات دیگری نیست، اما عمل او معصیت است.<sup>(۲)</sup>

حنابله معتقدند اگر کسی به خوراک یا نوشیدنی دیگری احتیاج پیدا کند و از او خوراک یا نوشیدنی طلب کند، چنانچه مالک خود از آنها بی‌نیاز باشد و از دادن امتناع کند تا آن شخص مضطر بمیرد، ضامن است، زیرا مضطر سزاوارتر از او به خوراک و نوشیدنی بوده است و با منع خود سبب هلاک او شده است.<sup>(۳)</sup>

به عقیده ابن حزم، پیشوای ظاهریه، اگر کسی از قومی طلب آب کند و آن قوم او را سیراب نکنند تا بمیرد، چنانچه کسانی که از دادن آب به او امتناع کرده‌اند، بدانند که آن شخص آب همراه ندارد و تا وقتی بمیرد نمی‌تواند از جای دیگر تهیه کند، قاتل عمد محسوب می‌شوند. اما اگر ندانند و گمان کنند که او می‌تواند آب تهیه کند، به خطا او را کشته‌اند و باید کفاره بدهند و دیه بر عهده عاقله آنان است.<sup>(۴)</sup>

در مفتاح‌الکرامه آمده است: اگر کسی به خوراک غیر برای حفظ جان خود محتاج شود، دادن خوراک بر صاحب آن واجب نیست، زیرا اصل برائت است و واجب بودن چنین چیزی نیاز به دلیل دارد، با این حال این نویسنده با تردید تفصیل بین طلب و عدم طلب را اولی می‌داند، به این معنی که اگر صاحب طعام کوتاهی کند و از دادن طعام خودداری کند بدون آنکه مضطر از او طلب کرده باشد، گناه کرده است اما ضامن نیست، اما اگر مضطر از صاحب خوراک یا نوشیدنی آنها را طلب کرده باشد و او از دادن امتناع کند تا مضطر بمیرد ضامن است، طلب نیز اعم از آن<sup>(۵)</sup> است که حالی باشد یا مقالی. باید

۱- موسوعه الفقه اسلامی، جلد ۱۴ صفحه ۸۹-۹۰ به نقل از شرح کبیر و حاشیه دسوقی بر آن.

۲ همان مرجع، جلد ۱۴ صفحه ۹۱.

۳ همان مرجع، جلد ۱۴ صفحه ۹۱-۹۲، به نقل از المغنی.

۴ همان مرجع، جلد ۱۴ صفحه ۹۲، به نقل از المحلی.

۵- حسینی عاملی سیدمحمد جواد، مفتاح‌الکرامه، جلد ۵ صفحه ۴۴۹.

گفت با توجه به روایات متعددی که در زمینه وجوب اهتمام به امور مسلمین وجود دارد و ادله‌ای که بر حرمت اعانت به ظلم و عدوان دلالت می‌کنند، و از همه مهمتر وجوب عقلی نجات جان مضطر، استناد به اصل برائت برای عدم وجوب این عمل و تردید در وجوب نجات جان مضطر وجهی ندارد.

### ۸- اضطرار در قوانین موضوعه ایران

در قوانین موضوعه ایران اضطرار از عوامل رافع مسؤلیت کیفری به شمار آمده است. در ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی آمده است: «هرکس هنگام بروز خطر شدید از قبیل آتش‌سوزی، سیل و طوفان به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد، مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب بوده و برای رفع آن ضرورت داشته باشد». شرایط مذکور در این ماده همان شروط غیرباغی و غیرعادی بودن مضطر است که در آیات مستند حکم اضطرار بیان گردیده‌اند.

حکم ماده مذکور مانع از آن نیست که واردکننده زیان در این حال ضامن خساراتی باشد که از فعل او ایجاد شده است زیرا ضامن بودن متلف حسب ماده ۳۲۸ قانون مدنی و به پیروی از فقه اسلام، مبتنی بر تقصیر واردکننده زیان نیست، و وضعیت او تأثیری بر مسؤلیتش ندارد. با این وجود مطابق بند دوم ماده ۵۹ و نیز ماده ۶۰ قانون مذکور اقداماتی که پزشک در موارد فوری برای نجات جان مصدوم یا بیمار به عمل می‌آورد، چنانچه موجب خسارت گردد، ضمان‌آور نیست. عدم ضمان پزشک در این مورد بر قاعده اضطرار متکی نیست، بلکه سبب آن قاعده احسان است، به این معنا که محسن محسوب شدن پزشک موجب اسقاط ضمان وی می‌گردد. حکم این دو ماده را می‌توان به تمام مواردی که واردکننده زیان محسن محسوب می‌شود تعمیم داد.

همچنین مطابق ماده ۱۵ قانون مسؤلیت مدنی: «کسی که در مقام دفاع مشروع

موجب خسارت بدنی یا مالی شخص متعدی شود مسؤول خسارت نیست مشروط بر اینکه خسارت وارده بر حسب متعارف متناسب با دفاع باشد». عدم ضمان مدافع در این ماده نیز به سبب مضطر بودن او نیست، علت عدم ضمان مدافع اقدام مهاجم به زیان خود و از بین رفتن احترام جان و مال او به سبب محارب بودن او است.

در مواردی نیز که حالت اضطرار بر اثر اکراه، یا توسط شخص دیگری غیر از مضطر برای او ایجاد می شود، و شخص مضطر در این حالت ناچار به وارد کردن خسارت به دیگری می شود، به استناد ماده ۳۲۲ قانون مدنی ایران<sup>(۱)</sup>، می توان گفت مسؤولیت نهایی جبران خسارت بر عهده کسی است که حالت اضطرار را ایجاد کرده است، زیرا او سبب اقوا از مباشر محسوب می شود.

درباره معامله اضطراری ماده ۲۰۶ قانون مدنی ایران مقرر می دارد: «اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.» با این وجود چنانچه طرف معامله بخواهد از حالت اضطرار طرف دیگر سوءاستفاده نماید و شرایطی غیرعادلانه به شخص مضطر تحمیل نماید، با توجه به دلایلی که بیان گردید، به ویژه قاعده منع اضرار که در حقوق ایران به طور کامل پذیرفته شده است، به نظر نمی رسد معامله مذکور صحیح باشد، در این باره ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران مقرر داشته است: «در هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود...». با آنکه این ماده ظاهراً از حقوق فرانسه اقتباس شده است، با مبانی و اصول پذیرفته شده در حقوق اسلام تا حد زیادی مطابقت دارد، و با اندکی وسعت نظر می توان حکم آن را به سایر موارد مشابه تعمیم داد.

۱ ماده ۳۲۲ قانون مدنی مقرر داشته است: «هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بسود مباشر مسؤول است نه سبب مکرر اینکه سبب اقوا باشد به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد».

در مواردی اضطرار موجب می‌شود تا اعمالی را که انجام آنها در حال عادی نیاز به اذن دارد، بتوان بدون اذن انجام داد، در این موارد اضطرار جایگزین اذن می‌گردد. از جمله این موارد ماده ۳۰۶ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است، حق مطالبه مخارج نخواهد داشت، ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت‌کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است».

#### ۹- رابطه ضرورت با اضطرار

کلمه ضرورت اسم مصدر اضطرار است، به این معنا که آنچه موجب اضطرار می‌گردد ضرورت نام دارد. بسیاری از فقهاء و حقوقدانان این دو کلمه را همراه با عسر و حرج به صورت مترادف استعمال نموده‌اند.<sup>(۱)</sup> و گاه نیز به جای عسر و حرج و اضطرار کلمه ضرورت را به کار برده‌اند، با این وجود با توجه به مسایل و فروع مختلفه که در استنباط احکام آنها به ضرورت یا اضطرار استناد شده است به نظر می‌رسد بین ضرورت با اضطرار و عسر و حرج، از حیث کاربرد حقوقی تفاوت وجود داشته باشد: اضطرار و عسر و حرج اوضاعی شخصی و فردی هستند که بنابه شرایط خاص که معمولاً پیش‌بینی نمی‌شوند با افراد ممکن است ایجاد شوند، اما ضرورت موقعیتی است کلی که ممکن است جامعه یا گروهی از افراد با آن مواجه گردند، بسیاری از این موقعیتها به وسیله شارع پیش‌بینی و احکامی متناسب با آنها وضع گردیده است و در غیر موارد پیش‌بینی شده بنابه ادله نفی عسر و حرج و اضطرار اجازه داده شده است تا از احکام

۱- میرزا محمد علی نوحیدی، مصباح‌الفیاه، تقریرات سید ابوالقاسم خویی، جلد اول صفحه ۱۱۶ - سلیم رستم‌پاز،



عناوین اولی عدول گردد و احکام عناوین ثانویه جایگزین آنها گردد. ذیلاً به بررسی نمونه‌هایی از این احکام می‌پردازیم:

۱- قاعده کلی اولیه آن است که هرکس تنها حق انتفاع از مال خود را داشته باشد، و جز از کسی که حقی بر عهده او دارد نتواند حق خود را مطالبه کند، و هرکسی اعمال خود را خود مباشرة انجام دهد، اما از آنجا که این امر موجب مشقت و دشواری برای عموم و مختل شدن امور جامعه می‌گردد، اعمال حقوقی، نظیر بیع، اجاره، اقاله، رهن، حواله، ضمان، ابراء، قرض، شرکت، وکالت، مزارعه، مساقات، عاریه و ودیعه و نیز احکامی چون خیارات تشریح گردیده‌اند.<sup>(۱)</sup>

۲- عقیده مشهور بین فقهاء این است که شهادت زن در امور غیرمالی معتبر نیست، اما در مواردی که ضرورت اقتضاء کند، مانند موردی که موضوع شهادت امری است که اطلاع مردان بر آن دشوار و یا غیرممکن است، معتبر است. همچنین شهادت غیرمسلمان بر علیه مسلمان جایز نیست. اما در مواردی که شاهد دیگری وجود نداشته باشد و ضرورت اقتضاء کند که غیرمسلمان شاهد گرفته شود، شهادت آنان پذیرفته است.<sup>(۲)</sup> همچنین شهادت بر شهادت مسموع نیست مگر آنکه حضور شاهد اصل متعذر باشد، و ضابطه عذر آن است که حضور شاهد اصل برای او با مشقت توأم باشد.<sup>(۳)</sup>

۳- ضمان درک مبیع، به این صورت که کسی ضامن شود چنانچه مبیع متعلق به غیربیاع باشد، و یا در صورت فساد بیع، از عهده غراماتی که به عهده بیاع است برآید، ضمان ما لَمْ یُجِبْ است، یعنی ضمان دینی است که هنوز ایجاد نشده است و بنابراین قاعده

۱- سننیم رستم باز، شرح‌المجله، ماده ۱۷، صفحه ۲۸ - ۲۷.

۲- شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد ۴۱ صفحه ۱۷۲ - شیخ مفید، المقننه، سلسله البناهی لافقیه، جلد ۱۱ صفحه ۲۴ - ابن‌ادریس، السرایر، بناهی، جلد ۱۱ صفحه ۲۸۹ - شهید ثانی، الروضه البهیة، جلد اول صفحه ۲۹۵. در این باره در مکتوب امام رضا (ع) به محملین منان مده است: «لا تجوز شهادتهم الا فی موضع الضروره مثل شهاده القابله و ما لا يجوز للرجال أن ينظروا الی، کضروه تجوز شهاده اهل الکتاب اذا لم یکن غیرهم، و فی کتاب الله عز و جل: واثان ذوا عدل منکم أو آخران من غیرکم» و مثل شهاده الصبیان اذا لم یوجد غیرهم».

۳- شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد ۴۱ صفحه ۲۰۰ - ابن‌زهره، غنیه‌التروع، سلسله البناهی لافقیه، جلد ۱۱ صفحه ۱۹۳.

نباید صحیح باشد، و در مورد آن نصی وجود ندارد. با این وجود برای رفع نیازهای اقتصادی جامعه از طریق اطمینان بخش نمودن معاملات، فقهاء آن را تجویز نموده‌اند.<sup>(۱)</sup>

۴- به عقیده حقیقه بیع شرط که آن را بیع وفاء نیز نامیده‌اند. در شرع تجویز نشده است، اما چون دیون اهالی بخارا فزونی گرفت و ناچار به انجام چنین معاملاتی شدند، فقهاء آن را تجویز کردند<sup>(۲)</sup>، همچنین عقیده دارند که اجازه عقد بر معدوم است، زیرا در حین عقد منفعت موجود نیست، بنابراین قاعداً باید باطل باشد، اما ضرورت موجب حکم به صحت آن برخلاف قاعده شده است، حکم به صحت بیع سلم نیز از این قبیل است، همچنین استفاده از گرمابه در مقابل اجرت به خاطر جهالت مدت توقف در آن و مقدار آبی که مصرف می‌شود، قاعداً باطل است، اما ضرورت موجب صحت آن شده است.<sup>(۳)</sup>

۵- در کتاب و سنت نصوص متعدد بر بی اعتباری ظنون و منع عمل به آنها وجود دارد، با این وجود، از آنجا که دسترسی به علم و یقین در همه جا ممکن نیست، و از طریق ظنون خاصه نیز در همه جا نمی‌توان به احکام شرعی دست یافت فقهاء عمل به ظن را جایزه شمرده‌اند.<sup>(۴)</sup>

۶- پیمان صلح و ترک مخاصمه با رعایت مصالح مسلمین جایز است و اگر جامعه اسلامی به چنین پیمانی نیاز داشته باشد، مثلاً، گاه به خاطر اندک بودن سپاه مسلمین و یا امید به مسلمان شدن دشمنان، یا رسیدن کمک برای قوای مسلمین، عقد صلح با دشمن واجب است، اما اگر ضرورت و مصلحتی در کار نباشد، جایز نیست.<sup>(۵)</sup>

۱- شهید اول، القواعد و الفوائد، ترجمه سیده هندی صانعی، جلد اول، صفحه ۲۳۰. شهید ثانی، الروضه البهیة، جلد اول صفحه ۲۲۱. سلیم رستم‌باز، شرح السجله، ماده ۳۲ صفحه ۳۳.

۲- سلیم رستم‌باز، شرح المجله، ماده ۳۲ صفحه ۲۳. ابن نجیم، الاشیاء و النظائر، صفحه ۹۲.

۳- همان مأخذ.

۴- شیخ مرتضی انصاری، فواید الاصول، جلد اول صفحه ۱۷۵ به بعد. آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، کفای الاصول، صفحه ۳۵۳ به بعد.

۵- فاضل مقداد، کنز العرفان فی فقه القرآن، چاپ تهران ۱۳۴ هجری قمری، جلد دوم صفحه ۵۵.

۷- چنانچه دشمن زنان و کودکان یا اسیران مسلمان را سپر قرار دهد و بخواهد در پناه آنها به مسلمین تهاجم نماید، اگر راه دیگری برای دفاع نباشد، قتل زنان و کودکان یا اسیران مسلمان جایز است.<sup>(۱)</sup>

۸- همه فقهاء اتفاق نظر دارند معامله‌ای که بر اثر اکراه و اجبار واقع شود، صحیح نیست. با این وجود حاکم می‌تواند ممتنع از ادای دین، یا کسی که نفقه افراد واجب‌النفقه خود را نپردازد به انجام معامله و فروش اموال خود برای ادای دین یا پرداخت نفقه وادار نماید، اجبار محتکر به فروش مال احتکار شده نیز همین حکم را دارد.<sup>(۲)</sup>

۹- چنانچه پزشک حاذق باشد و بیمار به او اذن معالجه داده باشد و تقصیر نکرده باشد و معالجه را صحیح انجام داده باشد، اما علاج او منتهی به تلف شود، اکثر فقهای امامیه به استناد قاعده اتلاف (الضمان علی کل متلف) و احادیثی چون: «انه لا یبطل دم امرء مسلم». قایل به ضمان او شده‌اند، و تنها در یک صورت ضمان او را قابل اسقاط دانسته‌اند، و آن اینکه بیمار قبل از اقدام به معالجه او را از ضمان ابرا نماید، اما از آنجا که قبل از ایجاد تلف ضمانی وجود ندارد تا ابرا آن صحیح باشد. این عمل قاعدهً باطل است، با این وجود فقهاء بنابه ضرورت آن را تجویز کرده‌اند، زیرا طبابت علمی است که جامعه به آن نیاز دارد و اگر پزشک راهی برای رهایی از ضمان نداشته باشد مبادرت به طبابت نمی‌کند.<sup>(۳)</sup> از بین فقهای امامیه، ابن‌ادریس معتقد است در صورتی که طبیب حاذق بوده و بیمار به او اذن در معالجه داده باشد و طبیب تمام کوشش خود را برای درمان او به کار گرفته باشد ضامن نیست. بنابر مذهب مالکیه و شافعیه پزشک اگر حاذق باشد و تعدی و تفریط نکرده باشد ضامن نیست. حنفیه عقیده دارند که اگر پزشک تعدی و تفریط نکند ضامن نیست، و در صورت تجاوز از حد چنانچه موجب هلاک بیمار نشود ضامن تمام

۱- شهید اول، القواعد و الفوائد، ترجمه سیدمهدی صانعی، جلد اول، صفحه ۳۳۱.

۲- شیخ طوسی، المبسوط، سلسله التالیفات الفقهیه، جلد ۳۵ صفحه ۲۷۴.

۳- شهید ثانی، الروضه البهیة، جلد دوم صفحه ۳۹۳- محقق حلی، شرایع الاسلام، جلد چهارم صفحه ۲۳۲- شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد ۴۳، صفحه ۲۷- سیدعلی طباطبایی، ریاض‌المسائل، جلد دوم صفحه ۵۹۶.

تلف است و اگر موجب هلاک او شود ضامن نصف دیه است، زیرا نتیجه بر اثر دو عامل ایجاد شده است، عملی که در آن مأذون بوده است و عملی که مأذون نبوده است. حنا بله و زبیدیه و اباضیه نیز عقیده دارند: طیب اگر حاذق باشد و از حد تجاوز نکند و مرتکب تعدی و تفریط نشود، ضامن نیست.<sup>(۱)</sup>

به نظر می‌رسد نظر ابن‌ادریس و اکثر فقهای مسلمان در این مورد صحیحتر و به عدالت و انصاف نزدیکتر است، زیرا عمل پزشک عملی است که شرعاً مجاز بلکه از واجبات کفایی است و نوعی احسان محسوب می‌شود، عقل حکم می‌کند کسی که به قصد احسان مبادرت به عملی می‌کند اما اتفاقاً موجب وارد شدن خسارت به کسی که عمل به نفع او و احسان در حق او محسوب می‌شود ضامن نباشد، آیاتی از قرآن کریم از جمله آیه ۶۰ سوره الرحمن که می‌فرماید: «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» موید این حکم است. صاحب جواهر علی‌رغم پذیرفتن این مطلب که عمل پزشک احسان محسوب می‌شود، معتقد است محسن بودن پزشک موجب ساقط شدن ضمان وی نمی‌شود، زیرا با آنکه عمل پدر و مادر یا استاد در تأدیب فرزند یا شاگرد خود احسان محسوب می‌شود اما چنانچه بر اثر تأدیب خسارتی وارد شود، تأدیب‌کننده ضامن است.<sup>(۲)</sup> در پاسخ می‌توان گفت؛ اولاً: قیاس عمل طبابت با تأدیب قیاس مع الفارق است، زیرا تأدیب به خودی خود و بدون آنکه در آن افراط شده باشد موجب اتلاف نمی‌شود، در حالی که احتمال وقوع تلف در جریان معالجه با وجود عدم تعدی و تفریط و با وجود دقت و تلاش پزشک و عالم و ماهر بودن او باز هم فراوان است، ثانیاً: روایاتی که برای اثبات ضمان طیب مورد استناد قرار گرفته‌اند، دلالت بر این ندارند که حتی در صورت عدم تعدی و تفریط نیز ضمان وجود دارد، و با وجود دلایل محکم عقلی و نقلی موجبی بر عدم ضمان محسن، برای ضامن دانستن او وجود ندارد، کما اینکه خود مرحوم

۱- موسوعه الفقه الاسلامی، جلد دوم صفحه ۱۱۹ - ۱۱۷.

۲- شیح محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۳ صفحه ۲۶.

صاحب جواهر در همان کتاب در جای دیگر احسان را از مسقطات ضمان به حساب آورده است.<sup>(۱)</sup>

در عمل ضامن محسوب کردن پزشک مگر در صورت گرفتن برائت از بیمار، قبل از اقدام به معالجه به ضرر بیماران خواهد بود، زیرا بیماری که نیاز به معالجه دارد در حالت اضطرار قرار دارد و ممکن است به ناچار به هر شرطی که پزشک تعیین نماید تن دردهد، و در صورتی که معالجه موجب تلف یا صدمه او شود، از آنجا که به سبب اخذ برائت پزشک ضامن نیست مگر در صورت ارتکاب تعدی و تفریط، اثبات ضامن بودن او وظیفه بیمار است و برای این کار ناچار است تقصیر پزشک را ثابت نماید، که البته با توجه به تخصصی بودن عمل طبابت، اثبات تقصیر پزشک به وسیله بیماری که فاقد اطلاعات و آگاهیهای لازم است کاری بسیار دشوار است. اما اگر پزشک به لحاظ احسان ضامن نباشد، از آنجا که یکی از شرایطی که به موجب آنها عمل طیب احسان محسوب شود آن است که وی در جریان معالجه مرتکب تقصیر یعنی تعدی و تفریط نشده باشد و به کار خود عالم و در آن مهارت داشته باشد و تمام کوشش خود را برای حفظ سلامت بیمار به کار ببرد. در نتیجه چنانچه عمل او موجب تلف شود، در صورتی ضامن محسوب نخواهد شد که ثابت نماید در حق بیمار احسان نموده است، و این امر مستلزم آن است که ثابت نماید که مرتکب هیچگونه تقصیری نشده است. بنابراین قایل شدن به عدم ضمان پزشک در عمل به نفع بیماران است و به مصلحت جامعه نزدیکتر است.

با تمام انتقاداتی که بر نظر مشهور فقهای امامیه درباره مسأله مورد بحث وارد است، قانون مجازات اسلامی ایران از این نظر تبعیت نموده است. به موجب مواد ۳۱۹ تا ۳۲۲ قانون مذکور، چنانچه پزشک یا دامپزشک در جریان معالجه باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شوند، هرچند حاذق و متخصص باشند و از بیمار یا ولی او یا

صاحب حیوان اذن گرفته باشند، ضامن هستند مگر آنکه قبل از شروع به درمان از اشخاص مذکور براءت حاصل نموده باشند. با این حال مقررات مذکور تا حد زیادی به وسیله حکم ماده ۶۰ قانون مذکور تعدیل شده‌اند. در ماده اخیر آمده است: «... در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طیب ضامن نمی‌باشد». حکم این ماده برخلاف مواد قبل با قاعده اضطرار و با مدلول ادله نقلی شرعی، به ویژه حدیث لا ضرر مطابقت بیشتری دارد.

\* \* \*

### در نگاهش رییس صلیه چالمیران تهران

یتیمی که ناخوانده ابجد درست

به صلیه چالمیدان بود

کتب خانه هفت ملت بشست

ز حکم غیابی علی‌رغم حق

ادیب‌المالک فراهانی

حدود ۱۳۳۰ هـ ق