

## بررسی تقاص و موانع آن در فقه و حقوق ایران و قوانین موضوعه

محمدیاسین مظفرپور<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> موسسه حقوق و قضا (واحد یزد)

### چکیده

تقاص و تهاتر به معنای توصل به حق است که به نوعی در آن اسقاط، انقضاء و ادای همزمان تعهدات صورت می پذیرد، که با وجود شباهت های معنایی، با یکدیگر متفاوتند. اعمال تقاص سبب تسریع امور مالی گشته، از هزینه ی زمان و انتقال دیون کاسته و مخاطرات انتقال وجوه را به حداقل می رساند. لازم به ذکر است که این قاعده در گرو تحقق شرایطی از قبیل: وجود حق یا تعهد، اتحاد دو تعهد، تقابل دو تعهد و همچنین گذر از برخی موانع مانند مرافعه ی قبلی و قسم مدیون و ورشکستگی وی است که اجرایی نمودن آن را محدود خواهد کرد تا از هرج و مرج و آشفتگی نظم عمومی پرهیز شود.

واژه های کلیدی: تقاص، تهاتر، دین، تعهد، موانع تقاص

## مقدمه

جوامع بشری جهت ایجاد و حفظ نظم و امنیت، نیازمند قانون است و این قوانین عموماً پرداخته دست انسان هاست. چه بسا در جامعه ای بدون در نظر گرفتن عدالت و مساوات قانون به نفع عده خاص وضع شود و عده دیگر مظلوم واقع شوند، اما قانونی که تأمین کننده سعادت بشر بوده و عدالت را در همه قرون و اعصار و بین جوامع ملت های مختلف رعایت کند و همگان را یکسان ببیند و ضررهای مادی و معنوی جامعه را جبران کند و سبب انس و الفت بین انسان ها شود، قانون الهی است که از ناحیه خالق انسان ها بر رسولش نازل گردیده و به وسیله پیامبرش به انسان ها ابلاغ شده که موجب آسایش خاطر انسان ها می شود.

ظابطه تقاص، مفهومی فقهی و حقوقی است. این که داین با رعایت شرایطی خاص و بدون مراجعه به قاضی حق خود را از اموال مدیون که در دسترس اوست و آن را انکار یا از اداء آن خودداری می ورزد استیفاء کند و از جمله احکام الهی است که شارع مقدس آن را به جهت اینکه تضییع حق کسی نشود وارد کرده است. محور اصلی بحث را مجاری تقاص از دیدگاه فقها و تطبیق آن با حقوق موضوعه و شناختن قاعده تقاص تشکیل می دهد و علاوه بر موارد فوق کیفیت اجرای تقاص به نمایندگی از طرف تقاص کننده و چگونگی اذن حاکم شرع و مسائلی چند مورد بحث قرار گرفته است. با مراجعه به کتب فقهی و روایات می توان به مبانی ایجاد این حق که اجرای آن برای مدعی بدون مشکل و مسئله اجازه داده شده است، دست یافت. در مورد تقاص، در میان آثار فقها و حقوقدانان اثری جامع و کامل به چشم نمی خورد و فقها در بحث قضا و دین کاملتر و در سایر مباحث و ابواب فقهی به صورت جزئی تر از آن بحث کرده اند. آنچه در اجرای قصاص به وضوح به چشم می خورد استیفاء حق مدعی در صورت انکار یا خودداری مدیون است که با دیدگاه اسلام که موافق با عدالت اجتماعی و فردی است، کاکلاً موافق است. البته تقاصی که با بروز مفسده همراه نباشد. چرا که استفاده نابجا از این ضابطه دارای توالی فاسد و تضییع حقوق و در نتیجه نابرابری و فقد عدالت می گردد. اجماع فقها در پذیرش حق قصاص مؤید این مطلب است که این حق می تواند طلب کاری را که حقتش مورد تضییع قرار گرفته و نمی تواند از راه های متعارف به آن دست یابد به حقتش برساند.

## مفهوم تقاص

## تقاص در لغت

واژه تقاص از کلمه «قص» که ماده اصل تقاص می باشد گرفته شده که قص به معنای قطع کردن، بریدن و همچنین به معنی حکایت و نقل روایت است. قص در قانون به معنای روشی که به مقتضای قانون با تعادل انجام می پذیرد، به کار رفته است. «مقاصه بین الدینین» تسویه حساب میان دو بدهی است.<sup>۱</sup> تقاص مصدر باب تفاعل در لغت به معنای بدل گرفتن و در پی کسی یا چیزی رفتن و نزدیک شدن است.<sup>۲</sup> تقاص القوم یعنی آن قوم در حسابرسی یا جزء آن از هم قصاص گرفتند و همچنین

<sup>۱</sup> مهیار، رضا (۱۴۱۰) فرهنگ ابجد عربی به فارسی، تهران، انتشارات اسلامی، ص ۸۴

<sup>۲</sup> فیتومی، احمد بن محمد (۱۴۱۲)، المصباح المنیر، بیروت، انتشارات دارالفکر، زیر واژه تقاص

مقاصه در لغت به معنای دنبال اثر رفتن و پی جویی در اثر و گرفتن مال غیر بدون اذن او بدل از مال خودش بکار رفته است.<sup>۳</sup> همچنین به مقابله به مثل و تلافی کردن نیز قصاص، مقاصه و تقاص گفته می شود. در منابع فقهی واژه قصاص صرفاً در مورد مقابله به مثل بر جنایت عمدی بر نفس و عضو کاربرد یافته است.<sup>۴</sup>

### تعریف فقهی تقاص

مراد از تقاص یا مقاصه در فقه امامیه این است که داین با رعایت شرایطی خاص و بدون مراجعه به قاضی حق خود را از اموال مدیون که در دسترس اوست و آن را انکار یا از اداء آن خودداری می ورزد استیفاء کند.<sup>۵</sup> در فقه اهل سنت از مقاصه تعریف متعددی شده است که برخی از آنها با تعریف یاد شده انطباق دارد، ولی بسیاری از آنها دارای مفهومی عام تر است و شامل تهاتر قهری و اختیاری نیز می شود، از این رو مقاصه را به اجباری و اختیاری تقسیم کرده اند.<sup>۶</sup> که مراد از آن، تهاتر دو دین به گونه قهری یا با رضایت دو جانبه است. صاحب شرایع تقاص را توصل به حق تعبیر کرده است. این عنوان به لحاظ پویایی و نقش محوری که دارد، دارای اهمیت است. توصل مصدر باب تفعیل است که این باب بر مطاوعه و اثرپذیری بکار گرفته می شود. بدین ترتیب در ورای این تعبیر اولاً نیل به حق شخصی، ثانیاً حق محوری را در عمل فرد می توان دریافت و توصل به حق هر گاه مربوط به نفس باشد، قصاص نام دارد. قاعده تقاص در میان شیعه و اهل سنت فی الجمله پذیرفته شده است.<sup>۷</sup>

تقاص به خاطر حفظ عدالت و توجه به حقوق در مقام ثبوت علاوه بر توجه به مقام اثبات پذیرفته شده است و این مزیت فقه اسلامی بر سایر شعب و نظامات حقوقی جهان است و این نشان گرایش حقوق اسلامی به حقوق فطری است.

یکی از فقههای معاصر، صاحب نظر در مسائل حقوق موضوعه قصاص را تحت عنوان «استیفای اثر جنایت» آورده و با الهام از این تعریف تقاص مال را تحت عنوان «استیفای اثر غصب» می توان دریافت. به علاوه چون منکر یا مامطل، غاصب و عمل او در حکم غصب است، کلمه غصب وافی به بیان مقصود است.<sup>۸</sup>

### تعریف حقوقی تقاص

حقوقدانان تقاص را برداشت و استفاده طلبکار به اینکه طلب خود را از اموال بدهکار بدون جلب رضایت او و چه بسا به طور پنهانی بر دارد، مشروط بر اینکه بدهکار از پرداخت بدهی خود امتناع کند و جز از این طریق راه دیگری برای دریافت طلب طلبکار وجود نداشته باشد، دانسته اند و بعضی نیز گفته اند «تصاحب مال مدیون منکر دین و یا ممتنع از پرداخت از طرف

<sup>۳</sup> مشکینی، علی (۱۴۱۹)، مصطلحات الفقه، قم، انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه، ص ۱۵۵

<sup>۴</sup> نجفی، شیخ محمد حسین (۱۹۹۲)، جواهر الکلام، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، ص ۲۷۹

<sup>۵</sup> خوانساری، محمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک، تهران، چاپ افست، جلد ۶، ص ۶۹

<sup>۶</sup> زحیلی، وهبه (۱۴۰۹)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، ص ۳۷۲

<sup>۷</sup> ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۱۸)، بیروت، دارالکتب العربی، جلد ۱۲، ص ۲۲۹.

<sup>۸</sup> مرعشی، محمد حسن (۱۴۰۹)، شرح قانون حدود و قصاص، بی جا، جلد ۱، ص ۲.

بستانکار بدون مراجعه به دادگاه اگر خوف فتنه نباشد». در این تعریف «تصاحب مال مدیون منکر دین ...» کلیت داشته و می بایست میزان تصاحب محدود به حد دین باشد، لذا بهتر است تقاص چنین تعریف شود: تملک معادل طلب از مال مدیون منکر دین یا ممتنع از پرداخت دین بدون مراجعه به دادگاه اگر خوف فتنه نباشد.<sup>۹</sup>

بحث پیرامون مسأله تقاص، به عنوان بایی مستقل در ابواب فقهی مطرح نگردیده است، بلکه ذیل ابواب دیگر، همانند رهن و اجاره و بیع، به آن اشاره شده است و جز در «جامع الشتات» تعریفی اختصاصی برای آن بیان نکرده اند. از این رو در قانون مدنی و قوانین موضوعه ی ایران، نصی درباره ی تقاص یافت نمی شود.

در واقع آنچه که در قانون مدنی به عنوان تهاتر مطرح شده، ذیل عنوان فقهی تقاص آمده است. گاه در لسان فقها و حقوق دانان این دو لغت به جای یکدیگر به کار می روند. اگر شوهری از همسر خود طلبکار باشد و زن نیز از شوهر باب نفقه ی گذشته ی خود طلبکار گردد، آن دو دین تا اندازه ای که با هم معادله نمایند، تقاص می شوند و تهاتر صورت می گیرد. اما نسبت به نفقه ی آینده ی زن، فقها معتقدند که اگر زن قادر به نفقه ی خود باشد و از تأدیه ی دین به شوهری امتناع ورزد، شوهر می تواند یوماً قیوماً بابت طلب خود، تقاص نماید و اگر زن معسر باشد، مرد نمی تواند با تقاص، طلب خود را بر داشت کند، زیرا اداء دین از برداشت قوت است و از همین رو تأدیه ی دیون در معسر و ورشکسته، پس از کنار گذاردن مستثنیات دین صورت می گیرد. اگر زوج توان پرداخت نفقه را دارد اما امتناع می ورزد، دینی بر گردن او نسبت به زوجه ایجاد می شود و زوجه می تواند بدون مراجعه به دادگاه، از اموال زوج تقاصاً برداشت نماید.<sup>۱۰</sup>

### تفاوت تقاص و تهاتر و ارتباط بین آن دو

در منابع فقهی شیعه، گاه تقاص به مفهوم تهاتر قهری به کار رفته است، از آن حیث که هر گاه شرایط تهاتر موجود باشد، هر یک از دو دین یکدیگر را نفی نموده و ساقط می شوند و یا به آن جهت که امکان استخراج عناصر تعریف تهاتر در مقاصه وجود دارد.<sup>۱۱</sup> در متون فقهی ما، بایی مشخص و معین برای تقاص موجود نیست، از این رو برای یافتن شاهد مثال، رجوع به دیگر ابواب فقهی، مانند باب رهن، ضروری است. مثلاً در باب رهن، آنجا که پیرامون مسائل مرتهن بحث به میان می آید، کلمه ی «تقاص» در معنای تهاتر قهری استعمال می شود.

لکن برای تمییز و تفکیک میان تقاص و تهاتر می توان به تفاوت هایی میان آن دو اشاره کرد:

اول: تقاص یا مقاصه با قصد اختیاری صورت می پذیرد، ولی تهاتر معمولاً به صورت قهری حاصل می شود.<sup>۱۲</sup> شاید این سوال پیش بیاید که در تهاتر قراردادی، توافق و تراضی طرفین، نوعی اراده و اختیار محسوب شده و تهاتر قهری بودن خویش را از دست می دهد، اما باید دانست که در تهاتر قراردادی، اراده ی دو طرف نیاز است. اما در تقاص، اراده ی طلبکار کافی است.

<sup>۹</sup> جعفری لنگرودی، جعفر (۱۳۹۳)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، جلد ۲، ص ۷۳۶.

<sup>۱۰</sup> امامی، سید حسن (۱۳۹۷)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه، ص ۴۲.

<sup>۱۱</sup> انصاری، مسعود، (۱۳۸۴) دانشنامه ی حقوق خصوصی، تهران، چاپ محراب فکر، جلد ۱، ص ۷۴۵.

<sup>۱۲</sup> صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۰)، منهاج الصالحین، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ص ۲۸۷.

دوم: مقاصه به ازای مال در خارج نیز قابل طرح است، اما تهاتر فقط میان دو ذمه برقرار می گردد. در حقیقت موضوع تقاص ممکن است عین معین یا دین کلی باشد، اما تهاتر تنها میان دیون انجام می پذیرد، از این رو مقاصه اعم از تهاتر است. سوم: تهاتر فقط در دیون مانند قرض و یا اعواض معاملات صورت می گیرد، اما مقاصد، علاوه بر حقوق دینی نام برده شده، در غیر آنها مانند مسروقات و دیات هم کاربرد دارد. دگر حقیقت، تهاتر میان دو حق دینی صورت می پذیرد، در حالی که قلمرو تقاص، شامل حقوق عینی نیز می باشد.

چهارم: تقاص یک عمل حقوقی است، زیرا اراده ی مقاص در آن شرط است و آخرین راه وصول به حق، از جانب طلبکار می باشد ولی در تهاتر، اراده ی درخواست کننده ی آن، عامل بیرونی و شرط متأخر محسوب می شود. لذا باید آن را جزء وقایع حقوقی تلقی نمود. (ماده ۲۹۵ ق.م.)

پنجم: اساسی ترین شرط در تهاتر، یکسان بودن دیون است اما چنین شرطی در مقاصه مطرح نمی گردد و جحد و انکار مدیون مهم ترین شرط در آن می باشد.

ششم: تهاتر ارتباطی با نظم عمومی جامعه ندارد و مربوط به منافع خصوصی افراد است. در حالی که در هماهنگی تقاص با نظم جامعه کنونی، تردیدهایی وجود دارد.

از میان تفاوت های بیان شده، این نکته یافت می شود که برای اراده ی مفهوم تقاص، نمی توان از لفظ تهاتر استفاده کرد. چه نتیجه ی تقاص، تهاتر است و سقوط دین را حاصل می شود. یعنی هر تقاصی موجب تهاتر می شود، ولی تهاتر لزوماً با تقاص همراه نیست. از این رو می توان گفت که رابطه ی میان این دو، عموم و خصوص مطلق است.

پس از بیان معانی لغوی و اصطلاحی تقاص و تهاتر و بررسی رابطه ی میان آن دو و همچنین با در نظر گرفتن دامنه ی شمول معنایی متفاوت فرهنگ های لغت و اصطلاحات، می توان به این نتیجه رسید که تمامی این تعاریف حالی از این نکته اند که اگرچه این کار در ابتدای امر اخذ مال غیر بدون اذن از مالک به نظر می رسد، یا شبیه به خیانت در امانت می باشد و یا حتی به نوعی وارد نمودن ضرر به دیگری است که با قاعده ی لاضرر در تقابل خواهد بود و به دنبال خود هرج و مرج به بار آورده و منجر به آشفتنی اجتماعی می شود، اما اگر صاحب حق به مالی از اموال مدیون دست یافت، جایز است که آن مال را عوض مال و حق خود بردارد. بنابراین، جواز و مشروعیت تقاص باید مستند به دلایل و مدارک شرعی باشد.

### ادله مشروعیت تقاص

با استناد به بناء شرع در ایجاد و اجرای حق قصاص که عبارتند از کتاب، سنت، اجماع و عقل پرداخته است و با استناد به این مبانی فهمیده می شود که شارع مقدس و به پیروی از آن متشرعه، اجرای حق قصاص را مجاز دانسته اند و فقهای عظام نیز با توجه به این مبانی، انجام عمل تقاص را البته با وجود شرایطی اجازه داده اند.

### ۱. کتاب

در قرآن کریم آیات متعددی بر مشروعیت و پذیرش حق تقاص دلالت دارند، از آن جمله:

<sup>۱۳</sup> صدور، همان، ۲۸۸.

<sup>۱۴</sup> کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، نظریه ی عمومی تعهدات، تهران، انتشارات میزان، ص ۴۵۸

## آیه ۱۹۴ از سوره بقره

«اگر کسی به شما سمتی روا داشت شما نسبت به او معامله به مثل کنید»<sup>۱۵</sup> تعبیر اعتداء برای رعایت مماثلت است. اگر کسی تعدی به مال کسی کند، جایز است تقاص نماید، مخصوصاً در صورتی که نتواند با مراجعه به حاکم شرع، احقاق حق خود را بنماید. باید در موقع تلافی و دفاع و قصاص و تقاص و مجازات، مراعات میزان حکم الهی را نموده و از حدی که تجاوز جانی و مالی به او شده تجاوز نکند.<sup>۱۶</sup> اعتداء گاهی به استیلا است و گاهی به اتلاف عین یا منفعت است به طور مباشرت یا تسبیب بر وجه عمد یا خطا و همچنین مثل در آیه اعم است از مساوی در حقیقت و جنس و مساوی در حکم و مساوی در مالیات. در این آیه مقابله به مثل تجویز شده است که همان تقاص کردن است، البته اگر مقابله به مثل در آیه اعتداء نامیده شده، از این جهت می باشد که از لحاظ ظاهر و مقدار و جنس و ضرر همانند هستند و فعل مالک در گرفتن حق خودش در این آیه، اعتداء نامیده شده است. باید توجه داشت که مالک در گرفتن حق خودش متعدی نیست، بلکه این نام گذاری مجازی است و مجوز استعمال مجازی در این مقام علاقه مقابله است. یعنی از باب نامیدن شیء به اسم مقابل آن می باشد.<sup>۱۷</sup>

## آیه ۴۰ و ۴۱ از سوره شوری

جزاء هر بدی تلافی به مثل است و زیاده روی نشود و اگر ممکن است به مثل تدارک کند، چنانکه اگر مالی برده همان مال را یا تعداد مساوی از آن را دریافت کند و اگر آسیبی رسانده مطابقش تلافی کند.<sup>۱۸</sup> اگر کلمه سیئه بر اطلاق و عموم گرفته شود و اتلاف اموال و منافع را هم شامل گردد، آیه بیانگر آن خواهد بود که در برابر اتلاف مال، صاحب مال حق تقاص خواهد داشت و اتلاف کننده تاوان و خسارت مال را می باید جبران کند.<sup>۱۹</sup> از این دو آیه چنین استنباط می شود که هر کس می تواند بدون آنکه از حاکم دستور داشته باشد یا آن که شهودی به پا دارد، حق خود را به دست آورد، خواه قصاص در نفس یا عضو باشد یا جرح، بلکه حتی اگر کتک و ناسزا هم باشد و خواه امری مالی باشد، پس به عنوان تقاص، مال مأموله کننده را بگیرد به این شرط که به سر حد تعدی و تجاوز به حق غیر نرسد و همانند آنچه از دست داده است حق خود را بگیرد و لکن بر این وجه که زیادتراً از عین یا منفعت نگیرد. مطابق گفته مقدس اردبیلی در زبده ی البیان این آیات به دلالت خاص بر جواز مقاصه و استیفاء کامل حق کاربرد دارند.<sup>۲۱</sup>

<sup>۱۵</sup> فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ

<sup>۱۶</sup> نقفی تهرانی، محمد (۱۳۹۸)، تفسیر روان جاوید، تهران، انتشارات برهان، جلد ۱، ص ۲۴۳.

<sup>۱۷</sup> مقداد، فاضل (۱۴۲۲)، کنز العرفان، قم، مکتب نوید اسلام، جلد ۲، ص ۸۴.

<sup>۱۸</sup> وَ جَزَاوُاْ سَيِّئَهُ مِثْلُهَا. وَ لَمَنْ اَنْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَاُولٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ

<sup>۱۹</sup> شیرازی، مکارم (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، قم، انتشارات مدرسه المؤمنین، جلد ۲، ص ۱۹۵.

<sup>۲۰</sup> جواد، فاضل (۱۳۸۹)، مسالک الافهام، انتشارات مرتضوی، جلد ۳، ص ۱۰۱.

<sup>۲۱</sup> مقدس اردبیلی، زبده (بی تا)، البیات، تهران، مکتبه الجعفریه الاحیاء الآثار الجعفریه، ص ۴۶۸.

## آیه ۶۰ از سوره حج

این سخن حق است و هر کس همانند عقابی که دیده است، عقاب روا دارد.<sup>۲۲</sup> کلمه عاقب که ماضی باب مفاعله می باشد به معنی تعقیب و دنبال کردن است. هر کس خصم و دشمن خود را به همان مقدار و اندازه ای که از او ظلم و ستم به وی رسیده، تحت تعقیب قرار دهد و از او قصاص و عقوبت و تلافی نماید به حق باشد و برخلاف دستور خدا رفتار نکرده است، ولی مشروط به آنکه بیشتر از آن اندازه ای که مورد ظلم و تعدی قرار گرفته قصاص ننماید.<sup>۲۳</sup>

## آیه ۱۲۶ از سوره نحل

اگر خواستید کسی را عقوبت کنید، تنها به قدری که مجازات شده اید، انتقام بگیرید.<sup>۲۴</sup> هرگاه خواستید کسی را قصاص و عقوبت نمایید، فقط حق دارید که مقابله به مثل کنید و به قدری که مورد عقوبت قرار گرفته، عقوبت کنید، به راستی که عقل سالم چنین داوری را می پذیرد و این خود یک دلیل اساسی است بر حقانیت دین اسلام. چرا که این قانون فقط به اسلام اختصاص دارد. همچنین کسی که مورد ظلم و تعدی قرار گرفته از طرف خداوند و رسول حق دارد از ظالم تقاص و تلافی نماید. این آیه یک حکم کلی در زمینه تقاص و انتقام جویی دارد و آن اینکه باید جنبه عدالت را مراعات کرد و به اندازه ای که عقوبت شده باید عقوبت داده شود و نیز به اندازه ای که مالش از دست داده باید استیفاء حق کند و چنانچه طلبکار از جنس مالش در اموال بدهکار دست می یافت، می تواند استیفاء حق خود را از طرف مقابل انجام دهد و تقاص نماید.<sup>۲۵</sup> آیه شریفه چنین استنباط می شود که تباه شدن اموال و حقوق و منافع بدون اذن صاحب آنها نوعی عقاب است که مطابق آیه شریفه مقابله به مثل جایز است.

## ۲. سنت

دومین منبع و مستند احکام در فقه امامیه سنت پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) است. به مجموعه گفتار و کردار و تقریر سنت می گویند که روایات بخش مهمی از آن است. در روایات بسیاری که از پیامبر اسلام و یا امامان معصوم نقل شده، مقاصه مجاز شناخته شده و بسیاری از فقها به شرحی که خواهد آمد، آن را پذیرفته اند و مشروع دانسته اند. به عنوان نمونه به چند روایت معتبر اشاره می کنیم.

دو روایت به وسیله راوی معروف داوود بن رزین از امام کاظم (ع) نقل شده که این دو روایت در عبارت متفاوت ولی در مفهوم مشابه اند، مفهوم دو روایت چنین است، شخصی از امام می پرسد من با افرادی معامله دارم و عرضه کننده کنیز هستم. این

<sup>۲۲</sup> ذَلِكَ وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عُوِقَبَ بِهِ ثُمَّ بُغِيَ عَلَيْهِ لَيَنْصُرْنَهُ اللَّهُ

<sup>۲۳</sup> نجفی، محمد جواد (۱۳۹۸)، تفسیر آسان، تهران، انتشارات اسلامیه، جلد ۱۳، ص ۲۱۰.

<sup>۲۴</sup> وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ

<sup>۲۵</sup> نجفی، همان، جلد ۴۰، ص ۳۱۹.

افراد از من کنیزکان را می خردند اما در پرداخت ثمن ملاحظه می کنند، سپس مالی از آنها نزد من قرار می گیرد، آیا می توانم به مقدار طلبم از آن اموال برداشت کنم؟ امام در پاسخ می فرماید: به اندازه طلب بردار نه بیشتر.<sup>۲۶</sup>

همچنین گفته شده جایز است تقاص کردن آن چیزی که به دیگری داده شده به صورت رشوه یا ربا اگر که پرداخت کننده مضطر به پرداخت بوده باشد، حتی اگر مضطر نبوده باشد، اگر به اندک رشوه با ربا بوده است. جواز تقاص تا جایی در نظر برخی فقها مسلم بوده که برخی تقاص را در معاملات متزلزل مانند بیع خیاری نیز جایز شمرده اند.<sup>۲۷</sup>

روایت دیگری از ابی بکر حضرمی از امام صادق (ع) نقل می کند با این مفهوم، از امام می پرسند؛ مردی بر گردن مردی دیگر طلبی دارد ولی بدهکار منکر آن است و آن مال را برده است. بعد از اموال شخصی که مال را برده، مال دیگری نزد مال باخته قرار می گیرد، آیا حق دارد از این مال طلب خود را استیفاء کند؟

حضرت در پاسخ فرموده اند: حق دارد، مشروط به آنکه در موقع تملک بگوید من این مال را به جای مال خودم بر می دارم و قصد خیانت در ستم ندارم.<sup>۲۸</sup>

روایتی را جمیل بن درّاج از امام صادق (ع) با این مضمون نقل کرده: از امام پرسیدم در مورد مردی که بر ذمه مرد دیگری طلبی دارد، ولی بدهکار منکر طلب می شود. بعداً طلبکار به اندازه مالی که از مدیون طلب دارد به اموال مدیون دسترسی می یابد، آیا طلبکار می تواند از این مال طلب خود را استیفاء کند؟ با وجود اینکه بدهکار از دسترسی داین به اموالش خبر ندارد، امام در پاسخ فرموده: بلی.<sup>۲۹</sup>

سید طباطبایی یزدی آن را به عنوان روایت مستند در اثبات تقاص به حساب آورده است و در ذیل آن گفته است که اگر کسی حقی از عین یا دین نزد دیگری داشته باشد و او انکار یا ملاحظه کند، برداشتن مال وی به مقدار حق جایز است.<sup>۳۰</sup>

روایت دیگر را راوی معروف علی بن مهزیار از امام باقر (ع) نقل می کند با این مفهوم از امام می پرسد: مردی مالی را به دیگری می دهد تا او را در امور خیریه مصرف کند، اما گیرنده موفق به این کار نمی شود. بعداً از گیرنده مال در اختیار دهنده مال قرار می گیرد، آیا حق دارد از این مال به اندازه ی آن چه قبلاً جهت امور خیریه سپرده برداشت کند؟ حضرت فرموده اند: به اندازه مالت از این مال که در دست تو قرار گرفته بردار.<sup>۳۱</sup>

<sup>۲۶</sup> حر عاملی (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، قم، موسسه آل بیت، جلد ۱۷، مطلب ۸۳، ص ۲۷۲.

<sup>۲۷</sup> نراقی، احمد بن محمد (۱۴۱۵)، مستند الشیعه، قم، موسسه آل البیت، جلد ۱۷، ص ۴۶۱.

<sup>۲۸</sup> شیخ حر عاملی، همان، ص ۲۷۴.

<sup>۲۹</sup> شیخ حر عاملی، همان، ص ۲۷۵.

<sup>۳۰</sup> طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۴)، تکمله العروه الوثقی، قم، مکتبه الداوری، جلد ۲، ص ۲۰۹.

<sup>۳۱</sup> شیخ حر عاملی، همان، ص ۲۷۵.



## ۳. اجماع

از دلایل دیگری که برای اثبات حق تقاص می توان مطرح کرد اتفاق نظر و اجماع فقها است. عده زیادی از فقها بر جواز تقاص در دو مورد اتفاق نظر دارند.<sup>۳۲</sup>

الف. آنجا که اصل حق راجع به عین معین است و مدیون به آن اقرار دارد و از اداء خودداری می ورزد و اگر اقرار ندارد، حال قضیه حکایت بر ثبوت حق به نفع تقاص کننده دارد.

ب. آنجا که اصل حق دینی است مسلم، که مدعی به آن علم دارد ولی مدعی علیه به آن اقرار ندارد و مدعی بینه ای جهت اثبات دعوی ندارد و یا بینه دارد ولی به قاضی دسترسی ندارد و یا این که قاضی واجد صلاحیت لازم نیست.

علاوه بر دو مورد فوق، موارد متعددی وجود دارد که اندیشمندان حقوق اسلام در جواز یا عدم جواز تقاص اختلاف نظر دارند از جمله، جایی که بدهکار اقرار به بدهی ندارد و منکر حق باشد ولی طلبکار بینه ای برای اثبات دعوی خود دارد و به قاضی هم دسترسی ممکن است. در این مورد عده ای از فقها به عدم جواز تقاص بدون اذن حاکم نظر داده اند، چرا که با وجود بینه و دسترسی به قاضی، مدعی نمی تواند قهراً حق خود را از ید مدعی علیه بگیرد، بلکه باید به نزد حاکم برده شود. دلیل فوق این است که تسلط بر مال غیر خلاف اصل است و در موقع ضرورت باید عمل تقاص انجام شود که در این مورد ضرورت منتفی است و با وجود حاکم و دسترسی به او ممکن نمی باشد. در حالی که شیخ طوسی در خلاف و مبسوط مانند قول اکثر از جمله صاحب کشف اللثام، شبهه حواز تقاص دانسته اند و همچنین شیخ طوسی در تألیفات دیگر خود تهذیب و نهاییه دلیل جواز را عموم و اطلاق آیات و روایات ذکر کرده اند.<sup>۳۳</sup>

در مواردی نیز فقها بر عدم امکان تقاص اتفاق نظر دارند، از جمله، آنجا که موضوع تعهد، پرداخت دینی است که مدیون به آن اقرار دارد ولی به واسطه معاذیری از قبیل بیماری و یا محصور و محبوس بودن از تأدیه متعذر است. علت عدم جواز را مضموناً چنین بیان داشته اند، به خاطر اینکه حق طلبکار در دارایی بدهکار متعین نیست. بنابراین تعیین آن مستلزم اراده ی خود بدهکار است و در صورت امتناع وی مستلزم تعیین توسط حاکم می باشد. چون غرض مدیون دادن حق است و حاکم فقط در صورت امتناع ولایت دارد. در این صورت بر عدم استقلال در گرفتن، نظر داده شده است. در مجموع و به طریق اولی آنجا که مدعی علیه مقر و مهبیای پرداخت است و یا این که علی رغم مقربودن مدیون به دین، به دلیل حقی که بر گردن داین دارد، از پرداخت امتناع می ورزد تقاص مجاز نیست.<sup>۳۴</sup>

## ۴. دلیل عقل

عقل سلیم حکم می کند که هر جا مدعی علیه، به دینی که بر ذمه اش داشت، اقرار داشته باشد و یا قرائن و ظواهر امر بیانگر این مطلب بوده و با صراحت بر ذی حق بودن مدعی دلالت داشته باشند، بر اساس قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم»، دائن

<sup>۳۲</sup> شهید ثانی، زین العابدین (۱۴۱۳)، مسالک الافهام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، جلد ۴، ص ۶۹

<sup>۳۳</sup> نجفی، همان، جلد ۴، ص ۳۸۸

<sup>۳۴</sup> نجفی، همان، ص ۳۸۸

به صورت مطلق و انحصاری، حق مالکیت اموال خویش را داراست و بر این اساس می تواند شخصاً نسبت به دریافت حق خود و استیفای دینش، بدون مراجعه به حاکم و دستگاه قضایی اقدام نماید که این استدلال مورد پذیرش و تأیید برخی فقیهان نیز واقع شده است.<sup>۳۵</sup> بر اساس حکم عقل که تسلط بر مال شخصی را تصدیق می کند؛ پس از امتناع استرداد عین به مالک، او (دائن یا همان مدعی) بر نفس مال تسلط می یابد و این همان جواز تقاص است. از دیدگاه عقل، مال و دارایی هر شخص محترم است و بدون اذن حاکم و دلیل قاضی، تصرف و تعدی به مال غیر، جایز نیست. اما اگر مدیون، منکر دین شود و قصد سوء استفاده داشته باشد، حرمت مال او شکسته می شود و دائن می تواند اقدام به تقاص کند.

اما از بُعد اجتماعی، عقل پذیرای هرج و مرج نیست و ممکن است جواز بی قید و شرط تقاص، ناامنی را رقم بزند. از این رو عده ای برای توجیه نپذیرفتن جواز مقاصه، بیان می دارند که علت جواز تقاص، روایاتی است که از ائمه علیهم السلام رسیده است و شاید علت این روایات و روا دانستن تقاص در آنها، این بوده که در آن دوران نمایندگان ایشان مبسوط الید نبوده و تحت فشار حکومت، به قضاوت می پرداخته اند و حتی عده ای از قضات که بر مسند داوری نشسته بودند، دست نشانده و از عوامل جور و طاغوت بوده اند و با این حساب طرح دعوی نزد آنان جایز نبوده است و روایت عمر بن حنظله نیز گواهی بر این مدعاست.<sup>۳۶</sup>

پس طرح مرافعه نزد آنان روا نیست. از این رو چون راه داوری و قضا مسدود بوده است، جواز مقاصه راهی برای توصل به حق بود. لذا اگر قضات و حاکمان عادل، مبسوط الید باشند، دیگر دلیلی برای انجام تقاص باقی نمی ماند. البته این استدلال قابل دفاع نیست، چون بر طبق عده ای دیگر از روایات و نظرات فقها گوناگون، در صورتی که استیفاء حق بر ترافع نزد قضات جور امکان پذیر باشد و لاغیر، این ترافع جایز شمرده شده است. حکیم سبزواری در این باره شرط عدم مفسده ی دیگر را مطرح می نماید و قائلند که حتی اگر استیفاء حق، متوقف بر خوردن قسم کاذب هم باشد، این کار جایز است.<sup>۳۷</sup>

### شرایط تحقق تقاص

اعمال تقاص در میان مردم، نیازمند شرایطی طبقه بندی شده است تا انجام عمل مقاصه با علم به این شروط صورت پذیرد. این شرایط، علاوه بر مقتض، برای مقاص و مقاص عننه نیز تعریف شده است. در ادامه به تحلیل هر کدام از این شرایط می پردازیم.

#### ۱. شرایط مقتض

به منظور صحت انجام تقاص، لازم است که مقتض واجد ویژگی هایی باشد. از آنجا که دانستن آنها مفید فایده خواهد بود، آن شروط را بر شمرده و تبیین می نماییم.

<sup>۳۵</sup> نجفی، همان، ص ۳۸۹

<sup>۳۶</sup> «عن عمر بن حنظله قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن رجلین من اصحابنا یكون بینهما منازعه فی دین او میراث فتحاكما الی السلطان و الی القضا، آیحل ذلک؟ فقال: من تحاکم الی الطاغوت فحکم له فانما يأخذ سحتاً و ان کان حقّه ثابتاً....» کلینی، محمد بن یعقوب ابوجعفر (۱۴۲۹)، الکافی، قم، دارالحديث للطباعة و النشر، جلد ۱۴، ص ۶۵۱

<sup>۳۷</sup> سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الاحکام، قم، موسسه المنار، ص ۲۶

**ب. وجود حق یا تعهد**

تقاص، از تعهد یا حق صورت می پذیرد و جایز است که این تعهد عین یا دین باشد. همچنین اگر این حق، منفعت مال نیز باشد، مشکلی ایجاد نخواهد شد؛ همانند آنکه منفعت خانه ی شخص غصب شود و غاصب، جاحد یا مامل باشد. بلکه حتی ممکن است این حق، حقی مالی مانند حق تحجیر باشد و از آن نیز مقاصه صورت می پذیرد. در برخی موارد هم ممکن است در شرایطی حق، منفعت باشد و مقتص، عین.<sup>۳۸</sup>

گاهی پیدایش حق، به دلیل عملی ناشایست از ناحیه ی خود فرد است، از آنجا که شخص رشوه یا ربا پرداخت میکند. از این رو برخی وجود حق را در برابر پرداخت مالی ناشایست، مانند رشوه و ربا در صورت اضطرار قبول دارند.<sup>۳۹</sup> گروهی علاوه بر صحیح دانستن وجود حق یا تعهد در برابر رشوه ی محرمه و یا ربا در هنگام اضطرار، در آنجا که فرد مضطر هم نمی باشد، وجود این تعهد را صحیح و مناسب می دانند، با این شرط که گیرنده ی این مال عالم به این باشد که این مال، مالی نارواست.<sup>۴۰</sup>

**ب. اتحاد دو تعهد****- از حیث زمان تأدیه**

دو دینی که زمان تأدیه ی آنها مختلف است، از لحاظ ارزش متفاوتند، چون مدت تأدیه در ارزش پرداخت تأثیر دارد. چنانچه ارزش طلبی که موعد پرداخت آن یک ماده دیگر است با طلبی که به همان مبلغ و موعد پرداخت آن پنج سال دیگر است، اختلاف فاحش دارند. بنابراین اگر شخصی مبلغ ده هزار ریال از دیگری بابت قرض گرفته است که پس از شش ماه بپردازد و از قضا طلبکار پس از پنج ماه، از مدیون جنسی بخرد، اگر به صورت نسیه ی یک ماهه بپردازد و قیمت جنس به مبلغ ده هزار ریال یا بیشتر باشد، به همان مقدار ده هزار ریال تهاتر قهری واقع می شود. اما اگر پول جنسی را نقداً بپردازد تهاتر در آن زمان حاصل نمی شود؛ زیرا زمان تأدیه ی دو دین یکسان نیست ولی اگر خریدار در پرداخت ثمن چندان تعلل ورزد تا موعد پرداخت قرض برسد، چون در روز سررسید قرض، تاجر و خریدار هر دو در یک زمان در مقابل یکدیگر، هم مدیون اند و هم دائن، از این رو میان دیون آنها تهاتر قهری حاصل می شود. (ماده ۲۹۶ ق.م.)

بنابر آنچه گفته شد منظور از وحدت زمان تأدیه ی دو دین این نیست که تاریخ مقرر برای انجام دو تعهد یکی باشد، بلکه مقصود این است که هر دو دین در یک زمان قابل مطالبه باشد.

ماده ۲۷۷ قانون مدنی با در نظر گرفتن وضعیت مالی مدیون، به او مهلتی برای پرداخت بدهی اش می دهد. این مهلت اجل محسوب نمی گردد و مانع از تهاتر نیست. پس اگر چنین مدیونی از دینش طلبکار گردد، میان دیون آنها تهاتر انجام می

<sup>۳۸</sup> یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۵)، تکمله العروه، بی جا، جلد ۲، ص ۲۱۵

<sup>۳۹</sup> حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹)، الفقه، بیروت، دارالعلوم، جلد ۸۵، ص ۱۵۶

<sup>۴۰</sup> نراقی، مولی احمد بن محمد، (۱۴۱۵) مستند الشیعه، قم، موسسه آل البیت، ص ۴۶۱

<sup>۴۱</sup> امامی، همان، ص ۷۲.

پذیرد. هر چند مهلت مقرر برای ادای دین سپری نشده باشد، زیرا دین مزبور حال محسوب می گردد و مهلت مقرر با توجه به شرایط سخت مالی مدیون در نظر گرفته شده است که حالا پس از طلبکار شدن مدیون از دائن، بدهی به میزان طلب مدیون منتفی می شود.<sup>۴۲</sup>

### ۱- از حیث مکان تأدیه

هر مالی، در محل خاص، ارزش منحصر به فرد خود را دارد. چنانکه قیمت گندم در تهران با قیمت گندم در سیستان و بلوچستان متفاوت است و بدین جهت، بین دو تعهد مزبور وحدتی که موجب تقاص شود، وجود ندارد. هر گاه در این وضعیت طرفین بخواهند بین دیونشان تقاص حاصل شود، می توانند با توافق از طریق تأدیه ی هزینه ی نقل موضوع یکی از دو تعهد به مکان اجرای تعهد دیگر و یا اسقاط حق تأدیه در مکان معین، اختلاف محل تأدیه دو دین را برطرف سازند و زمینه را برای حصول این امر فراهم کنند (ماده ۲۹۸ ق.م) و الا هر کدام باید به تعهد خود در مکان مقرر عمل نمایند.<sup>۴۳</sup>

### پ. تقابل دو تعهد

تقابل تعهدات بدین معناست که یکی از دو طرف، مردد بین دو یا چند حق و تعهد نباشد. در غیر اینصورت برای حصول تقاص، اراده ی مدیونی که متعهد به چندین تعهد است، در تعیین تعهدی که می باید مقابل حق مدیون دیگر قرار گیرد، لازم است و باید مشخصاً به عنوان موضوع تلقی گردد. در مورد این عنصر، فرقی نمی کند که متعهد به پول باشد یا اشیاء مثلی هم جنس، نیز فرقی نمی کند که مقدار در متعهد به یکی باشد یا متفاوت و همچنین نیازی به یکسان بودن منشأ تعهدات نیست. ممکن است منشأ یکی، عقدی از عقود و منشأ دیگری، اتلاف و تسبیب و یا هر امر دیگری باشد.<sup>۴۴</sup>

### ت. قابل بازداشت بودن دو تعهد

قانون مدنی ایران، تهاتر را در این مورد صریحاً بیان ننموده، ولی در قوانین کشورهای دیگر به این امر تصریح شده است. چنانکه در قانون مدنی فرانسه، در شق سوم از ماده ۱۲۹۳ دین راجع به نفقه را غیرقابل تهاتر می شناسد. به نظر می رسد بتوان گفت، دینی را که قانون از دیون شناخته است، مانند نفقه زوجه در ماده ۱۲۰۶ ق.م ایران مورد تهاتر قرار نمی گیرد. از ممتاز بودن دین می توان غیرقابل بازداشت و غیرقابل تقاص بودن آن را استنباط کرد، اگرچه استنباط مزبور بعید و دور از احتیاط و عمل قضایی است. اگر دین بابت نفقه ای باشد که زندگی انسان به آن مربوط است، مانند حقوق تقاعد و یا دستمزد کارگر با مطالبات کارفرما، قابل تقاص نخواهد بود. البته در باب در فقه نظراتی وجود دارد.<sup>۴۵</sup>

<sup>۴۲</sup> شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، سقوط تعهدات، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص ۱۷۷

<sup>۴۳</sup> شهیدی، همان، ص ۱۷۸

<sup>۴۴</sup> جعفری لنگرودی، همان، ص ۴۷۳

<sup>۴۵</sup> جعفری لنگرودی، همان، ص ۳۴۸

**ث. مسموع بودن دو تعهد**

به این معنا که تعهدات طرفین دعوی فاقد ضمانت اجرا نباشند. مثلاً اینکه یکی از این دو دین و تعهد مشمول مرور زمان نشده باشد و الا با ایراد مرور زمان به وسیله ی بدهکار، دین قابل مطالبه نخواهد بود و مدیون ملزم به تأدیه نمی شود. این دین، یک دین اخلاقی و وجدانی محسوب می شود که نمی تواند با دیگر دینی که قانوناً قابل مطالبه است، تقاص گردد. اما اگر دین مشمول مرور زمان مستند به سند رسمی باشد، چون بدون نیاز به طرح دعوی از راه اجرای سند مزبور قابل وصول است، می تواند با دین متقابل تقاص گردد.<sup>۴۶</sup>

اگر یکی از آن دو مورد اختلا باشد، تهاتر حاصل نمی گردد، مثلاً هر گاه کسی علیه دیگری برگ لازم الاجراء به مبلغ ده هزار ریال دارد و در جریان اجراء مدیون مدعی شود که از بابت معامله ای که از پیش با طلبکار داشته به همان مبلغ مزبور، از دارنده ی برگه ی اجرایی طلبکار است و دارنده ی برگه ی اجرایی نیز منکر آن باشد، رسیدگی به آن از عهده اجرا خارج است و مدیون برگ اجرایی باید دین خود را بپردازد. البته می توان در دادگاه صالح اقامه دعوی نماید و یا قبل از خاتمه ی عملیات اجرایی، اقامه ی دعوی نموده و به وسیله ی قرار تأمین مدعی به، مورد اجرایی را بازداشت کند.<sup>۴۷</sup>

**۲. شرایط مقاص و مقاص عنه**

در اجرایی شدن تقاص هر کدام از مقاص و مقاص عنه می باید واجد شرایطی باشند که بدیهی است بدون کسب آنها، تقاص صورت نمی گیرد. این شرایط در مقاص و مقاص عنه متفاوت است که اکنون به طور مجزا به بیان هر کدام از آنها خواهیم پرداخت.

**الف. شروط مقاص**

فرد مدعی دین که قصد تقاص گرفتن از اموال مدیون را دارد، می بایست حائز شروطی باشد که عمل تقاص را برای وی مباح گرداند. این شرایط از آن حیث وضع شده اند که هر کس، در هر جایگاهی و با هر دین و تعهدی که بر ذمه ی دیگری دارد، به تقاص روی نیاورد، زیرا توسعه ی بی حد و حصر تقاص، آشفتنی اجتماعی و عدم امنیت اقتصادی را به دنبال می آورد.

**- اهلیت داشتن مقاص**

برای غیر ذی حق، مقاصه مال از مدیون با تمامی شرایط جایز نیست، مگر اینکه غیر ذی حق، ولی و یا وکیل ذی حق باشد. پس با در نظر گرفتن این شرط، پدر می تواند برای فرزند صغیرش تقاص نماید و همچنین قیم مجنون و سفیه نیز در مواردی که به او قیمومیت داده شده، اجازه مقاصه برای آنان را خواهد داشت. حاکم نیز با در نظر گرفتن اموری که بر آنها ولایت دارد، در صورت لزوم می تواند تقاص انجام دهد. البته برای متولی وقف نسبت به موقوفه ای که بر آن ولایت دارد نیز چنین اجازه ای وارد است. پس در تقاص مباشرت شرط نیست و توکیل جایز است. مهم ذی حق بودن موکل در محلی است که تقاص صورت

<sup>۴۶</sup> جعفری لنگرودی، همان، ص ۳۴۸.

<sup>۴۷</sup> امامی، همان، ص ۳۴۵.

می پذیرد و دلیل این تجویز هم تمسک به عموم و اطلاق آیات و روایات و اتفاق نظر فقیهان است. از این رو فعل وکیل، همان فعل مکلف محسوب می شود. لذا مقاص واقعی، همان موکل (دائن، طلبکار) می باشد.<sup>۴۸</sup>

برخی با تمسک به عموم ادله، توکیل در انجام تقاص را پذیرفته اند و علاوه بر آن معتقدند که اگر شخصی غیر ذی حق، علم پیدا کند که ذی حق مالش را از مدیون مطالبه کرده است، جایز است بدون وکالت از ذی حق، تقاص نماید و علت آن را دفع ظلم از غیر، دفع ظلم مدیون نسبت به داین، دانسته و این چنین تقاصی را جایز، بلکه واجب بر شمرده اند.<sup>۴۹</sup>

فقرا و سادات اجازه ی مقاصه از مال کسی را که بر او خمس و زکات وارد است ندارند، مگر با اذن و اجازه ی حاکم. تنها حاکم جواز تقاص مال از کسانی که بر آنها خمس و زکات تعلق گرفته و پرداخت نکرده اند را داراست و می تواند از کسی که منکر و یا ممتنع از پرداخت آن است، مقاصه نماید. حال اگر مال جهت عموم وقف شده و یا به عناوین کلیه موقوفه باشد و متولی نداشته باشد، باز هم کسی غیر از حاکم اجازه تقاص نخواهد داشت. فقها در این امر متفق القولند که اگر اغنیاء مالی را به فقرا به قرض و ... پرداخت کرده اند، می توانند آن را بابت زکات که بر ذمه شان است، حساب نمایند و میان این دو ذمه، ذمه ی فقیر برای پولی که دریافت کرده و ذمه ی غنی بابت زکاتی که به پرداخته، تهاثر و یا همان تقاص صورت می پذیرد.

مرحوم کلینی (ره) نیز در کافی ذیل باب «قصاص الزکاه بالدين» روایاتی را نقل نموده که از باب استدلال بر سخن فوق، به روایتی از آن میان بسنده می نماییم.

عبدالرحمن بن حجاج گفت: از ابالحسن (ع) پرسیدم: قومی به من دینی دارند که قادر به پرداخت آن نیستند و مدتی طولانی است که مالم در دستان آنان است. از طرفی ایشان واجب الزکاتند و مستحق دریافت آن. آیا می توانم آن مال را رها کنم و به جای زکاتی که بر من است حساب نمایم؟ حضرت فرمودند: بلی.

اگر زید از عمرو طلبکار باشد و عمرو نیز از بکر طلبی داشته باشد، جایز است زید با بکر تبانی کند تا بکر بدهی خود به عمرو را، به زید پرداخت نماید و با این کار زید حقش را از عمر باز می گیرد و بنابر عمومات ادله، این تبانی شرعی و مجاز است. بکر هم در صورت اقامه ی دهمی از سوی عمرو، می تواند سوگند یاد کند و بر بری بودنش قسم بخورد. اما در چنین موردی زید جایز نیست بنفسه و خودسرانه برای توصل به حق، از اموال بکر تقاص نماید؛ زیرا این کار به این می ماند که شخصی طلبش را از غیر مدیون تقاضا کند و همانطور که گفته شد تقاص از امور استثنایی است که بدون استدلال نمی توان آن را بسط و گسترش داد و در موارد گوناگون آن را به کار بست. پس تقاص مال شخص ثالث هر چند که به مدیون بدهکار باشد، در حقیقت نوعی وزر بر او محسوب می شود و این امر در شرع بر اساس آیه شریفه س «لَا تُزِرُّ وَارِءَهُ وَزَرَ أُخْرٰی» پذیرفته نیست.<sup>۵۰</sup>

### -علم مقاص به وجود حق

مقاص باید نسبت به دینی که قصد تقاص آن را دارد، عالم باشد. در صورت عدم علم مقاص به وجود حق و دین، مقاصه جایز نبوده و تقاص مال، با اشکال مواجه خواهد شد. همچنین اگر علم به دین و حق دارد، لکن احتمال می دهد که شاید آن دین

<sup>۴۸</sup> حسینی شیرازی، همان، ص ۱۵۴

<sup>۴۹</sup> نراقی، همان، ص ۴۶۲

<sup>۵۰</sup> نراقی، همان، ص ۱۲۶.

ادا شده باشد، باز هم تقاص جایز نخواهد بود. در این شرایط، احتیاز آن است که برای رفع مشکل به حاکم رجوع نماییم. همانند آنجا که مدیون نسبت به دین خویش جاهل است، اگرچه دائن علم دارد که دینی بر ذمه ی مدیون موجود است. پس در این هنگام تقاص ممنوع بوده و چاره ای جز رفع آن نزد حاکم نیست. اگر ثبوت حق میان مجتهدین اختلاف نظر بیفکنند نیز مقاصه شرعیت ندارد و برای حل این مشکل، حاکم شرعی پاسخگو خواهد بود. در موردی هم که احتمال می رود دائن حق را به واسطه ی سببی قانونی همچون ابراء اسقاط کرده باشد، تقاص امکان پذیر نخواهد بود. پس مقاصه جایز نیست مگر آنکه دائن یقین به حق داشته و از تحصیل آن عاجز باشد. از طرفی تقاص به همراه ظن احتمال، شک و یا تهمت جایز نیست. همچنان که اگر امکان تحصیل حق از طریق حاکم عادل فراهم باشد، باز هم تقاص تجویز نمی شود. حال آیا تقاص مختص جایی است که مقاص علم وجدانی به حق خود بر ذمه بدهکار داشته باشد؟ یا با وجود علم شرعی مستفاد از اصول و قواعد شرعی نیز مقاص می تواند استیفای حق نماید؟

ظاهر، حجیت قول دوم است. زیرا لسان اصول شرعی نازل منزل واقع می باشد، لذا اگر طلبکار احتمال دهد که جحد بدهکار بدین علت است که او حقی بر گردن طلبکار و یا مورث طلبکار دارد، اما طلبکار از این حق آگاه نیست؛ با تمامی این احتمالات، باز هم طلبکار می تواند تقاص کند؛ چون اصل، عدم وجود چنین حقی برای بدهکار است.<sup>۵۱</sup>

#### -مسالمت آمیز و بدون ضرر بودن عمل مقاص

بر اساس نظر برخی از فقهاء تقاص تا زمانی جایز است که مقاص در مسیر توصل به حق، مرتکب هتک حرز و تخریب و ... نشود. از طرفی برخی از صاحب نظران با این عقیده مخالفت نموده اند و برای رسیدن به حق مورد نظر، هتک و نقب و تخریب و وارد آوردن خسارت را مانع تقاص نمی دانند. از جمله نووی که شافعی مذهب است و اینگونه بیان داشته که: «اگر فرد ذی حق تنها با شکستن در و کندن دیوار به حقش می رسد، می تواند اقدام به این اعمال کند و در این میان ضامن خساراتی که به بار خواهد آورد، نمی باشد». ایشان در تعلیل این نظریه می گوید: «چنین فردی همانند کسی است که در مقام دفاع مشروع اتلاف کرده است، پس به روشنی می توان حکم به عدم ضمان او داد».<sup>۵۲</sup>

عده ای ز علما که بر این نظر و باورند چنین نقل کرده اند که: «اگر مقاص، دیوار عنه را نقب کند، خسارت این نقب و تخریب به عهده ی او نیست». استدلال آنان این است که با استناد به ادله ی ضرر و آیه ی نقب جایز است، لذا این امر مستلزم آن است که ضمان ارش بر عهده مقاص نباشد؛ زیرا مقاص برای وصول به حق خویش، مرتکب جایز گردیده است. علاوه بر آن، اصل بر عدم ضمان است. حال اگر مقاص ضامن خسارت و ارش هم باشد، جواز نقب اظهر است.<sup>۵۳</sup>

از سویی دیگر، جمعی از علماء و اندیشمندان معتقدند که هتک حرز و وارد آوردن خسارت در مقاصه جایز نیست. مقاصه جایز است، حتی اگر مستلزم مشقت مقاص-صاحب حق- شود ولیکن همین مقاصه، زمانی که مستلزم ضرر بر مقاص منه شود دیگر جایز نخواهد بود؛ با استناد به حدیث «لاضرر و لاضرار».

<sup>۵۱</sup> نراقی، همان، ص ۴۵۹

<sup>۵۲</sup> علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲)، قواعد الاحکام، بیروت، جلد ۳، ص ۴۸۴

<sup>۵۳</sup> نراقی، همان، ص ۴۶۳

اضافه بر این حدیث مذکور، ادله مقاصه که از کتاب و سنت آورده شدند نیز در مقام بیان تقاص از این جهت نیستند، حتی اگر به اطلاق این دلایل نیز تمسک کنیم باز هم نمی توان دلیلی بر جواز هتک و نقب و وارد آوردن خسارت بر مقاص عنه یافت. بنابراین نفی ضرر از مدیون، یکی از شروط تقاص است.<sup>۵۴</sup>

این گروه بر این باورند که در مسیر وصول به حق، اگر با محذوری مانند دخول در خانه مقاص منه بدون اجازه، شکستن قفل و ... روبرو شویم، در جواز مقاصه مشکل رخ خواهد داد. البته این در صورتی است که ارتکاب محذور و گرفتن مالش جایز نباشد، اگرچه به غاصب ضرر نرساند؛ اما با جایز بودن آن و اینکه اگر مطلوب منه، غیر غاصب باشد و مال را به واسطه ی عذری انکار کند مقاصه از او ظاهراً جایز است، به آن شرط که قائل به تقاص از مال در صورت انکار به جهت عذر باشیم.

با تفحص میان مستندات قاعده ی تقاص و بررسی آنها می توان دریافت که در هیچکدام از روایات نقل شده، سخنی از نقب و هتک حرز و درگیری و شتم به میان نیامده و اینگونه امور جایز شمرده نشده است. تنها چیزی که صریحاً تجویز گردیده آن است که اگر مدیون از طریق قرض، ودیعه و یا معامله، مالی را به دائن بپردازد و دائن از آن مال تقاص نماید، بلا اشکال خواهد بود. از آن جمله روایت ابوبکر حضرمی است که در آن عبارت «وقع له قبلی درهم» ذکر شده و نیز در خبر جمیل بن دراج که «فیظفر من ماله بقدر ...» نقل شده و همچنین در صحیحی ی داوود بن زری تعبیر «یدورلهم المال عندی ...» آمده است که تمامی این عبارات مذکور، حکایت از مسالمت آمیز بودن نحوه ی رسیدن مال به دائن دارد. یعنی مال مقاص عنه به گونه ای صلح آمیز به مقاص رسیده است و نه هتکی صورت گرفته، نه شتم و نقب.

البته اگر اینگونه نبود و ضررهای این چنینی تجویز می شد، نظم عمومی افراد و امنیت اجتماعی آنان به مخاطره می افتاد و می دانیم که ثبات، آرامش و امنیت اجتماع بسی مهم تر از حق شخصی هر فرد می باشد. از این روست که اگر کسی برای رسیدن به حق خویش دست به اینگونه اعمال بزند، حاکم او را تعزیر خواهد کرد. زیرا بر اساس مسائل مطرح شده در باب سرقت، اگر سارق مدعی شود مالی که در دستان اوست و آن را سرقت کرده، ملک خودش بوده و جزء املاک مسروق منه نیست و از طرفی مسروق منه، منکر ادعای سارق شود، قول مسروق منه به همراه یمین مقدم خواهد بود. زیرا مسروق منه «منکر» است و همچنین صاحب ید سابق بوده و مال از ملک او اخذ شده است و سارق اگر بر ادعای مالکیت خویش بینه دارد، باید آن را اظهار کند و در غیر این صورت - نبود بینه - منکر، سوگند یاد می کند و مال را از سارق پس می گیرد، لکن با این سرقت، حد اثبات نمی شود. پس قطع صورت نمی گیرد؛ زیرا اصل بر عدم آن است و همچنین «یَدْرءُ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»<sup>۵۵</sup> دادنامه ۲/۳۱ مورخ ۱۳۷۱/۵/۳ شعبه دوم دیوان عالی کشور نیز پیرامون این موضوع که شخصی مال غیر را جهت استیفای حق خویش برداشته بود، این چنین اظهار نظر شده است: «چون متهمه مال را برای استیفای حق خود برداشته بوده، از اتهام سرقت تبرئه شده است.»<sup>۵۶</sup>

<sup>۵۴</sup> اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۲۰)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، انتشارات اسلامی، ص ۹۷

<sup>۵۵</sup> اردبیلی، همان، جلد ۱۳، ص ۲۳۲

<sup>۵۶</sup> بازگیر، یدالله (۱۳۸۶)، سرقت جعل و خیانت در امانت، تهران، نشر حقوقدان، ص ۱۵۵



**– داشتن قصد و نیت انشایی مقاص**

مقاص برای انجام عمل مقاصه باید قصد انشایی داشته باشد؛ زیرا تقاص نوعی ایقاع محسوب می شود و در ایقاعات قصد و نیت شرط است. مقاصه تنها به مجرد نیت تقاص نیز واقع نمی شود؛ بلکه پس از قصد تقاص باید مال غریم – مال مدیون – به تصرف دائن در آید و علت آن نیز اصل و اجماع و ظاهر ادله می باشد. مانند اینکه مالی از مدیون در دست دائن باشد و دائن نیت کند که آن مال را به عنوان حقش از مدیون تقاص کند. در این صورت و با این قصد، مال غریم به مالکیت غارم در نخواهد آمد. همچنانکه مقاصه، با بیع آنچه که از مال غریم در دست دیگری است، صحیح نخواهد بود؛ مگر به عنوان تقاص و با نیت انشاء. (لپس نیت مقاصه شرط لازم برای تقاص است، اما شرط کافی نیست).

پس آنچه لازم است، اخذ مال به همراه قصد مقاصه است و صرف اخذ، کفایت از تقاص نخواهد کرد؛ از آن حیث که چه بسا غارم در صدد تقاص غریم نبوده و یا اصلاً اینگونه اخذ مال در شأن او نیست، بدین خاطر که آن ظاهراً نوعی خیانت است. پس قصد انجام تقاص ضروری و لازم است.<sup>۵۸</sup>

**ب. شروط مقاص عنه****– جحد مدیون و انکار عالمانه ی دین**

گروهی از محققان بر این اعتقادند که اگر مدیون حقی بر ذمه دارد، دائن خود می تواند تقاص نماید. یعنی اگر مالی از مدیون به دست دائن رسید و مدیون ممتنع از پرداخت حق دائن بوده و یا عالمانه – به کذب – ذمه اش را بری از دین می داند، در این وضعیت دائن جایز است که از مال مدیون که در دست اوست به میزان طلبش بر دارد. اینان معتقدند که اگر مدیون در ادای دینش مماتل و یا جاحد باشد، تقاص از مال او توسط دائن بلاعذر خواهد بود.<sup>۵۹</sup>

امام خمینی (ره) در این باره نوشته اند: «اگر مدیون جاحد و مماتل نباشد و دینش را هنگام مطالبه ی صاحب حق به او اداء نماید، اشکالی در عدم جواز مقاصه نیست؛ همانند آنکه اگر مدیون، جاحد و یا مماتل بوده و حقی از دین، عین و یا منفعت بر ذمه اش باشد، اشکالی در جواز مقاصه نیست. اما اگر انکار مدیون منکر، نه از روی لجاجت و تعدی، بلکه بر اساس تفکر محق بودنش باشد و یا اینکه نسبت به استحقاق دائن بی اطلاع باشد؛ در این حال در جواز مقاصه اشکال وارد است و عدم جواز تقاص، مناسب تر به نظر می رسد. حتی اگر طرف مقابل، غاصب بوده و انکارش از روی نسیان باشد، ظاهر عدم مشروعیت تقاص در این مورد خواهد بود.» عده ای دیگر بر این باور راسخند که میان مدیون باذل، جاحد و مماتل باید تفاوت قائل شد: اول: مقر و باذل در این حالت، دائن استقلال در انتزاع حقش از مدیون نخواهد داشت؛ زیرا با این اوصاف و شرایط بدهکار (مدیون) باذل در جهات قضاء و پرداخت دینش، اختیار دارد و حق کلی ثابتی در ذمه ی او، بدون تعیین خود او، معین نمی شود.

<sup>۵۷</sup> سبزواری، همان، ص ۱۵۵

<sup>۵۸</sup> لنگرانی، محمد فاضل (۱۴۲۰)، تفصیل الشریعه، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ص ۴۲۵

<sup>۵۹</sup> خامنه ای، سید علی (۱۳۸۹)، اجوبه الاستفتائات، قم، انتشارات اسلامی، جلد ۲، ص ۱۲۶

دوم: مقر و مماتل حکم در این حالت، همانند حکم قسمت قبل است. در این صورت نیز تقاص جایز نیست، مگر با اذن حاکم؛ زیرا حاکم، ولی مدیون ممتنع از پرداخت دین می باشد. در این میان تفاوتی بین معذور بودن یا عدم عذر مدیون وجود ندارد. حق و دینی که بر ذمه مدیون ثابت شده، کلی است و تعیین آن بدون اذن او - زمانی که باذل باشد- یا ولی او - زمانی که ممتنع باشد- امکان پذیر نمی باشد. در این موارد، تقاص جز با اذن حاکم جایز نخواهد بود. حتی اگر مقاصه از اموال مدیون، ضرر و یا فتنه ای را نیز برای او در بر نداشته باشد. در اینجا اذن محکمه نوعی رسیدگی قضایی و نیابت دادن به محکوم<sup>۶۰</sup> له (دائن) برای اجرای حکم خواهد بود.

سوم: منکر و جاحد تقاص، در این قسم جایز است و مدیون جاحد اگر مالی در دست دائن داشته باشد، دائن بدون اذن او (مدیون) و یا حاکم، مجاز به مقاصه خواهد بود. اگر دائن بینه ای برای اثبات حق و وصول به طلبش داشته باشد و این بینه قابل ارائه به حاکم نیز باشد، در جواز تقاص حکم به تردد شده است. اما در ادامه، اعتقاد به جواز اولی شمرده می شود. در نهایت واقع امر آن است که تقاص از مدیون مماتل محل تردد است و مستندات روایی که بیان شد - فصل دوم - تماماً پیرامون تقاص از مدیون جاحد و منکر است، نه مدیونی که مقرّ به دین و حق است، لکن مماتله می نماید. از این رو عده ای از علماء در مورد مدیون مقر مماتل، به حق، حکم به جواز تقاص - البته به اذن حاکم - نموده اند و معتقدند: در صورتی که مدیون جاحد نباشد، یعنی اقرار به دین داشته، لکن پرداخت آن را به تعویق می اندازد - خواه معذور و خواه غیر معذور- تقاص جایز نیست. دلیل این امر آن است که حقی که در ذمه ی مدیون ثابت است، کلی می باشد و تعیین آن به عهده ی مدیون، یا در زمان امتناع او به عهده ولی ممتنع، یعنی حاکم خواهد بود.

بیان این مطلب خالی از لطف نخواهد بود که برای اثبات جواز مقاصه و مشروعیت تقاص در مورد مدیون مقر و مماتل به حدیث شریف «لِيُ الْمَمَاتِلُ يُحِلُّ عَقُوبَتَهُ وَ عِرْضَهُ» استناد شده است. با نگاهی دوباره به این حدیث در خواهیم یافت که به طور صریح نمی توان چنین نتیجه ای از روایت مذکور به دست آورد؛ زیرا نهایت مطلبی که از این روایت می توان فهمید جواز مجازات مدیون مماتل است، نه جواز تقاص از اموال او. پس این روایت صراحتی در مطلوب ما ندارد. در سایر روایات نیز تقاص از مدیون جاحد تجویز شده و حرفی از مدیون مماتل به میان نیامده است.

می دانیم که بدون دلیل محکمی، نمی توان امری استثنایی مانند تقاص را بسط و توسعه داد. پس از این رو می توان بدین مهم دست یافت که تقاص از مدیون مماتل پذیرفته نیست و با استناد به روایت مذکور، حاکم موظف به مجازات و عقوبت او خواهد بود. بنابراین در تقاص، مدیون باید عالمانه دین و حق فی ذمه اش را انکار کند تا مجاز به مقاصه باشیم. عنصر جحد و انکار شرط اساسی جواز و مشروعیت تقاص است و این انکار، باید کاملاً یقینی باشد. یعنی دائن باید به یقین بداند که مدیون عالمانه دین خود را انکار می کند.

در غیر این صورت اگر دائن یقین بر جاحد بودن مدیون نداشته باشد، حتی ظن و گمان و احتمال هم کفایتی برای انجام تقاص نخواهند داشت. اگر انکار و جحد مدیون، منشأ جهل و یا عدم علم به وجود دین و یا عذری دیگر داشته باشد، تقاص با ممنوعیت مواجه خواهد بود و این مشکل را باید نزد حاکم با صلاحیت رفع نمود و در آنجا طرح دعوی کرد.

تقاص موضوعی استثنایی و خلاف قاعده است و در موارد خلاف قاعده باید به قدر متیقن اکتفا نمود. همچنین با در نظر گرفتن مستندات این امر، می توان دریافت که در آیات شریفه ی مذکور، مسلماً مصداق معتدی - مَنْ اَعْتَدَى ... - کسی است که

<sup>۶۰</sup> حسینی شیرازی، همان، ص ۱۳۵

عالمانه و از روی عمد و نه نسیان، دین خود را جحد و انکار می کند. پس به روشنی می توان دریافت که مال مسلمان محترم است و باید نسبت به آن احتیاط لازم را روا داشت و در مواردی این چنین به مراجع ذی صلاح طرح دعوی نمود. این نکته نیز نباید ناگفته بماند که گروهی از فقهاء، اذن حاکم را شرط تقاص می دانند، اما با اندک تفحص می توان دریافت که وجود این شرط تأثیر و ثمره ی چندانی نخواهد داشت؛ زیرا اگر حاکم، از دینی که بر ذمه ی مدیون است مطلع باشد، پس او را ملزم به پرداخت دین به دائن خواهد نمود و تقاص مطرح نخواهد شد و اگر حاکم نسبت به مدیون بودن شخص، بی اطلاع است و خبری به او نرسیده، چگونه به دائن اجازه تقاص خواهد داد؟ جدای از این استدلال عقلی، اطلاق آیات و روایات ما را از استئذان حاکم بی نیاز نموده است.<sup>۶۱</sup>

### – طلبکار و بدهکار بودن طرفین در برابر هم

برای ایجاد تهاتر باید دو متعهد وجود داشته باشد، بدین صورت که دو طرف از هم طلب و به هم بدهی داشته باشند. پس مالکیت ما فی الذمه خارج از بحث تهاتر است.<sup>۶۲</sup> منظور از این شرط آن است که تهاتر منحصرأً بین دیونی واقع می شود که این دیون بر عهده ی هر یک از دو شخص در برابر دیگری است. بنابراین، اگر شخصی به محجوری بدهکار بوده و از ولی و یا قیم او طلبکار باشد، نمی تواند برای سقوط تعهد خود به تهاتر استناد کند. همچنانکه بین طلب شخص از محجور، و دین او به ولی و یا قیم محجور، تهاتر حاصل نمی شود؛ زیرا طرفین دو تعهد یکی نیستند و رابطه ی دو تعهد محصور بین دو شخص نیست. مطابق ماده ۲۹۷ ق.م.ا.گ. اگر بعد از ضمان، مضمون له به مضمون عنه مدیون شود، موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد.<sup>۶۳</sup> زیرا عقد ضمان در حقوق مدنی ایران، مبتنی بر نقل ذمه می باشد. طبق ماده ۲۹۸ ق.م.ا.گ. پس از ضمان، ذمه مضمون عنه بری، و ذمه ی ضامن نسبت به دین مشغول می شود. با این حال، اگر پس از عقد ضمان، مضمون له به مضمون عنه بدهکار شود، رابطه ی دو دین محصور بین دو شخص نمی باشد تا بین آن دو تهاتر برقرار شود؛ زیرا دین اول پس از ضمان، مربوط به ضامن و مضمون له و دین دوم مربوط به مضمون عنه و مضمون له می باشد.<sup>۶۴</sup>

اکنون این سؤال مطرح می شود که در ضمان تضامنی که ذمه ی ضامن به ذمه ی مضمون عنه ضمیمه می گردد، آیا بین طلب مضمون له، و دین او (مضمون له) به ضامن یا مضمون عنه تهاتر واقع می شود یا نه؟ در حالی که می دانیم در ضمان تضامنی، مضمون له می تواند برای وصول طلب خود به هر یک از ضامن یا مضمون عنه مراجعه کند.

به نظر می رسد پاسخ به این سؤال مثبت است و بدون احتیاج به دخالت اراده ی طرفین، تهاتر واقع شود؛ زیرا از یک طرف، هر چند مضمون له برای وصول طلب خود حق مراجعه به هر یک از ضامن و مضمون عنه را دارد و در انتخاب هر یک از این دو قانوناً مخیر می باشد، ولی این اختیار صرفاً برای تسهیل دسترسی مضمون له به طلبش است و جز این، فایده ی حقوقی دیگری بر آن مترتب نیست. پس با وقوع تهاتر، منظور فوق حاصل می گردد و حقی از مضمون له تضییع نخواهد شد تا رضایت

<sup>۶۱</sup> روحانی، همان، جلد ۲۶، ص ۲۱۹

<sup>۶۲</sup> جعفری لنگرودی، همان، جلد ۲، ص ۱۴۷۲

<sup>۶۳</sup> کاتوزیان، همان، ص ۲۵۶

<sup>۶۴</sup> طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸) حقوق مدنی، قم، انتشارات اسلامی، ص ۱۸۸

او لازم باشد. از طرف دیگر، اراده ی ضامن نیز -که قانوناً ملزم به ایفای تعهد خود است- به طریق اولی نمی تواند دخالتی در حصول تهاتر داشته باشد و صرف احتمال اینکه اگر تهاتر قهراً واقع نمی شد، ممکن بود طلبکار از مراجعه به ضامن صرف نظر کرده و طلب خود را از مضمون عنه مطالبه کند، حقی برای ضامن ایجاد نمی کند تا رضایت او را برای وقوع تهاتر لازم سازد. همان طور که در دین بدون ضامن، احتمال این که دائن بعداً ذمه ی مدیون را ابراء کند یا برای پرداخت دین به او مهلت دهد، مانع ایجاد تهاتر قهری نخواهد شد.<sup>۶۵</sup> علاوه بر تمامی این امور، با نگاهی به مقررات قانون مدنی می توان دریافت که این قوانین از جهت مذکور مطلق بوده و شامل نکات مورد بحث نیز می شوند.

### موانع تقاص

همانگونه که در تحقق تقاص، ویژگی ها و شرایط گوناگونی برای طرفین و دیون فی ما بین آنها در نظر گرفته شده، موانعی نیز بر سر اعمال آن موجود است که مرزهای اجرائی تقاص را محدود می کند. این موانع گاه از سوی خود دائن و مدیون ایجاد می شود و گاه بواسطه ی خروج آن از دارائی های مدیون شکل می گیرد که در ادامه به چگونگی وقوع آنها اشاره می نمائیم.

### الف. موانع حاصله از سوی طرفین

در برخی موارد، اعمال دائن و مدیون از انجام تقاص جلوگیری می کند. در این گفتار برآنیم تا آنها را برشمرده و توضیح دهیم.

#### ۱. مرافعه ی قبلی و قسم مدیون

اگر دائن و مدیون برای حل موضوع دین، به حاکم و قاضی مراجعه نمایند و قاضی میان آنان را مرافعه نماید، در این صورت از آنجا که مدعی - دائن - بینه ای ندارد، از منکر -مدیون- می خواهد تا نزد حاکم سوگند یاد کند. آنگاه منکر یا قسم می خورد، یا رد می کند و یا نکول. در این حال اگر منکر قسم خورد، دعوی ساقط خواهد شد و اگر مدعی به مالی از اموال مدعی علیه دست یابد، اجازه تقاص از آن را نخواهد داشت.<sup>۶۶</sup>

اگر مدعی مجدداً اقامه ی دعوی نماید تا به حق خود نائل شود، این عمل او بار حقوقی نداشته و دعوی او مسموع نخواهد بود. همچنین اگر مدعی که در ابتدای امر و محاکمه ی اول بینه ای نداشت، شاهد و یا مدرکی بیابد و آن را به حاکم ارائه دهد، باز هم اقامه ی دعوی مجدد او شنیده نخواهد شد و جوازی بر تقاص مالش نمی باشد. لکن بر مدعی علیه واجب است که اگر مالی از اموال مدعی نزد اوست، آن را جدا نموده و به او بازگرداند.<sup>۶۷</sup> در واقعیت امر، موضوع قاعده ی تقاص زمانی قابل بررسی است که این تخاصم میان طرفین، نزد قاضی مطرح نشده باشد. در غیر این صورت، اگر مرافعه ی قبلی انجام گرفته و مدیون منکر قسم یاد کرده باشد، مقاصه ای شکل نمی گیرد. البته اگر مدیون منکر اقرار کند که به دروغ سوگند خورده است، دعوی مدعی پذیرفته خواهد شد و تقاص برای او جایز می گردد. دلیل

<sup>۶۵</sup> شهیدی، همان، ص ۱۷۴

<sup>۶۶</sup> این زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷)، غنیه النزوع، قم، موسسه امام صادق، ص ۲۴۰

<sup>۶۷</sup> اردبیلی، همان، جلد ۱۲، ص ۱۰۵

اینکه اگر مدیون منکر در محکمه قسم بخورد دعوی ساقط شده و تقاض جایز نمی باشد و اینکه اگر مدعی از مال مدعی علیه تقاض کند، مالک آن مال نخواهد شد، روایاتی است که در این زمینه وارد شده اند و مقاصه ی مدعی علیه را پس از تحلیف او نهی نموده اند. از آن جمله می توان به روایات زیر اشاره کرد:

۱. عبدالله بن ابی یعفور از امام صادق (ع) روایت کرده که اگر صاحب حق به سوگند منکر راضی گشت و منکر قسم یاد کرد که وی بر او حقی ندارد، این سوگند حق مدعی را باطل می کند و دیگر نمی تواند مطالبه ی حق نماید. پرسیدم: اگر دارای بینه ی عادل بود چطور؟ فرمودند: آری، اگر چه پس از آنکه او را قسم داد و مدعی علیه قسم یاد کرد که فلانی حقی بر من ندارد، جماعت بسیاری قسم خورند و یا شهادت دهند که وی حق دارد، دیگر حق مطالبه ساقط شده و همان قسم دادن اول، حق ادعایش را باطل ساخته است.<sup>۶۸</sup>

۲. سلیمان بن خالد می گوید: از امام صادق (ع) از مردی که برای من نزد او مالی است پرسیدم. آن مرد، دین مرا انکار نمود و بر آن قسم یاد کرد. سپس مالی از او، به دست من رسید. آیا می توانم آن مال را به جای مال خویش برداشته و آن را انکار کنم و بر آن سوگند بخورم، همانند کاری که او کرد؟ امام (ع) فرمودند: اگر او به تو خیانت کرد، تو به او خیانت نکن و در آن چیزی که او را بدان عتاب نمودی، داخل نشو.<sup>۶۹</sup>

## ۲. امکان اقامه ی دعوی از سوی دائن

یکی از مسائل بسیار مهم در باب تقاض، بررسی امکان و یا عدم امکان اقامه ی دعوی است. پیرامون این امر، علماء نظرات متفاوتی را مطرح نموده اند. همه ی محققان معتقدند که اگر امکان اقامه ی دعوی برای صاحب حق - دائن - نباشد در صورت فراهم بودن دیگر شرایط، دائن اجازه ی تقاض خواهد داشت. اما بحث بر سر آن است که اگر امکان اقامه ی دعوی فراهم باشد، آیا باز هم مدعی می تواند بدون مراجعه به محاکم قضایی و مراکز ذی صلاح، برای وصول به حقتش خودسرانه عمل نموده و مدیون را تقاض کند یا نه؟ این امر سبب اختلاف آراء میان فقهاء شده است.

## ادله موافقان

گروهی معتقد به جواز تقاض در این باره هستند و تعلیل آنان به این شرح است: اگر رجوع به مراجع قضایی و یا حاکم شرع مشقت داشته باشد و یا احتمال جرح شهود می رود؛ اصل، برائت از رفع این امر به حاکم و دستگاه قضایی است. همچنین با تمسک به عمومیت و اطلاق آیات مربوط به تقاض، همانند (فعاقبوا بمثلما عوقبتم، نحل/۱۲۶)، (فمن اعتدی علیکم... بقره/۱۹۴) و ... می توان دریافت که حرفی از امکان یا عدم امکان اقامه ی دعوی به میان نیامده است.<sup>۷۰</sup>

<sup>۶۸</sup> مامقانی، عبدالله، (۱۴۱۳)، مناهج المتقین، قم، موسسه آل البیت، ص ۷۲۴

<sup>۶۹</sup> کلینی، همان، جلد ۵، ص ۹۸

<sup>۷۰</sup> نجفی، همان، ص ۲۴۸

با نگاهی اجمالی به روایات نیز مطلق و عام بودن آنان، در مورد امکان اقامه ی دعوی روشن می گردد. مرحوم سبزواری (ره) صریحاً به این امر اشاره نموده و بیان داشته اند که اگر حق و تعهد، دین باشد و مدیون، جاحد یا مماتل؛ مقاصه جایز است، اگرچه امکان اخذ حق از مدیون به واسطه ی رجوع به حاکم امکان پذیر باشد. در تعلیل این امر، اطلاق ادله را بیان نمودند که شامل هر دو صورت امکان و عدم امکان رجوع می باشد. از طرفی تواقع نزد حاکم، مسلماً دربردارنده ی هزینه خواهد بود و مدعی مجبور به تضییع مؤونه می شود. بعلاوه امری زمان بر است و موجب از دست رفتن زمان و وقت می گردد.<sup>۷۱</sup>

### ادله مخالفان

گروهی از فقهاء، ادله ی موافقان را رد نموده و این امر را غیر قابل پذیرش می خوانند. ایشان معتقدند هیچکس اجازه ندارد به مال دیگری تجاوز و تعدی نماید و تصرف در مال دیگران، شرعی و قانونی نیست. تنها زمانی امکان این امر وجود دارد که تعذری پیش آید و یا امکان اخذ حق از طریق دیگر وجود نداشته باشد. اما در این بحث، امکان اقامه ی دعوی وجود دارد.<sup>۷۲</sup> مرحوم خوانساری در توضیح و شرح مختصرالنافع معتقد است که اگر دینی وجود داشته باشد و مدیون باذل یا جاحد باشد، اما دائن برای اثبات حقش حجتی در دست داشته باشد، اجازه ندارد به صورت مستقل عمل کرده و مدیون را تقاص نماید. بلکه باید به حاکم رجوع نماید؛ زیرا تعیین دین کلی به عهده ی مدیون است - البته اگر مدیون باذل باشد - ولی اگر ممتنع باشد، این تعیین بر عهده ی حاکم خواهد بود. هنگامی که مدیون اقرار به دین نداشته، دائن هم حجتی برای اثبات حق به دست نیاورده باشد و امکان اقامه و اثبات دعوی نزد حاکم نیز موجود نباشد، دائن می تواند از مال مدیون تقاص نماید.<sup>۷۳</sup> تسلط بر مال غیر خلاف اصل است. اصل بر این است که (الناس مسلطون علی اموالهم)، پس به میزان ضرورت کفایت می شود. میزان ضرورت، همان زمان عدم وجود بینه و یا داشتن عذر برای اقامه ی دعوی و وصول به حق از طریق حاکم است. پس مقاصه در صورت امکان اخذ حق، ولو به واسطه ی رجوع به حاکم، به نحوی که این امکان به سهولت صورت گیرد، همانند در دسترس بودن حاکم عادل و یا قاضی غیر جائز و همچنین امکان اقامه ی آسان بینه و شاهد، تجویز نمی شود. در غیر این حالت، اگر رجوع به حاکم و یا اقامه ی بینه، با عسر و حرج و مشقت انجام پذیرد، بین مقاصه و ترافع برای مقاص تخیر ثابت می گردد.<sup>۷۴</sup>

صاحب جواهر معتقد است که اصل عدم تصرف در مال غیر با اصل عدم وجوب ترافع نزد حاکم، متعارض است. این دلیل، سست و قابل رد است؛ زیرا اصل اولی یعنی همان حرمت تصرف در مال غیر محکم - حاکم - است و تنها با دلیل و قطع می

<sup>۷۱</sup> اردبیلی، همان، ص ۳۴۹

<sup>۷۲</sup> اردبیلی، همان، ص ۳۵۲

<sup>۷۳</sup> خوانساری، احمد بن یوسف (۱۴۰۵)، جامع المدارک، قم، موسسه اسماعیلیان، جلد ۶، ص ۶۹

<sup>۷۴</sup> لنگرانی، همان، ص ۴۰۲

توان آن را کنار گذارد و در این میان بر اصل دوم یعنی عدم رفع به حاکم، اثری مترتب نمی گردد.<sup>۷۵</sup> مرحوم آشتیانی نیز معارضه این دو اصل را فاسد و غریب دانسته و اینگونه استدلال کرده اند که: «شک در وجوب ترافع الی الحاکم، واجب نفسی نیست تا اینکه با اصل دفع شود. بلکه بر تقدیر به ثبوتش، وجوب شرطی خواهد داشت. پس اصل در آن، اشتراط اصالت عدم انتقال مال از مالک به غریم و عدم جواز تصرف در آن مال است؛ مگر با اذن خود مالک و این امر از اموری است که بر هیچ کس پوشیده نیست.»<sup>۷۶</sup>

حال که ادله موافقان و مخالفان جواز تقاض در صورت امکان اقامه ی دعوی بیان شد، می توان گفت: از آنجا که تقاض امری استثنایی است و بر خلاف قاعده می باشد، پس در عملی نمودن آن باید به حداقل ها اکتفا نمود و قدر متیقن از آن را به اجراء در آورد. در ما نحن فیه، حداقل، همان عدم امکان اقامه ی دعوی و ترافع نزد حاکم برای دائن و یا در دست نبودن بینه ای که حق او را اثبات کند، می باشد. اگر در غیر این حداقل و خارج از میزان یقینی تقاض، عملی صورت پذیرد، این امر خلاف قاعده است و مقاصه بی دلیل توسعه یافته و محدوده ی قضاء و دادرسی را ضیق می کند. جدای از این مطلب، تجویز تقاض در حد گسترده و بسط آن حتی برای دائنی که بینه و یا امکان اقامه ی دعوی دارد؛ امنیت اجتماعی، انتظام امور جامعه و مصالح عمومی مردم را بر هم خواهد زد و بی تردید در جامعه ای این چنینی، هرج و مرج رخ می نماید. در این صورت هر دائنی، قاضی مستقلی خواهد بود که خودسرانه و مختار عمل می کند و حق خود را باز می ستاند و شاید پس از مدتی باب قضاوت بسته و تعطیل گردد.

اصل عدم وجوب ترافع الی الحاکم، اصلی است که مبنای صریح و مشخصی ندارد و تنها زمانی می توان آن را صحیح دانست که مدعی بینه ای نداشته باشد و این عدم دسترسی به بینه سبب شود که در ترافع نزد حاکم، به نفع او حکمی صادر نگردد. در این حال او به حق خود که نزد مدعی علیه است، نخواهد رسید. پس در این هنگام است که مقاصه برای وصول شرعی به حقش تجویز می گردد؛ مانند روایتی که شیخ صدوق در این باره نقل نموده اند:

محمد بن عیسی گفت: به ابی الحسن (ع) نامه ای نوشتم ... امام (ع) فرمودند: اگر برای او در ذمه میت حقی باشد و او شاهدی بر آن حق نداشته باشد، از مالی که در دستش است حق خویش را بردارد و باید باقی مال میت را به ورثه ی او بازگرداند. پس می توان از کلام امام (ع) به روشنی دریافت که تجویز مقاصه برای وصول به حق، مشروط به عدم امکان ترافع نزد حاکم و عدم وجود شاهد و بینه است.

## ب. اعسار مدیون

در مواردی که پس از ورشکستگی دائن، مدیون از او طلبکار شود، بین آن دو تقاض انجام نخواهد شد؛ زیرا از تاریخ حکم ورشکستگی کلیه ی اموال ورشکسته، متعلق حق طلبکاران او قرار می گیرد (متعلق حق غیر) و همگی به طور یکسان از آن بهره مند می شوند. از آنجا که می دانیم تقاض همانند ایفای تعهد و تأدیه است، هیچ یک از طلبکاران فرد ورشکسته جایز نیستند که تمامی طلب خود را جداگانه و به صورت مجزا از دیگر طلبکاران، اخذ نمایند.<sup>۷۷</sup>

<sup>۷۵</sup> نجفی، همان، ص ۶۲۳.

<sup>۷۶</sup> آشتیانی، محمد حسن بن جعفر (۱۳۶۹)، کتاب القضاء، تهران، چاپخانه نگین، ص ۳۴۴

<sup>۷۷</sup> امامی، همان، ص ۳۴۴

حال می توان دریافت که تقاص از معسر جایز نیست؛<sup>۳</sup> زیرا پذیرش این امر، به معنای پذیرفتن تضییع حقوق افراد دیگری است که از معسر طلبکارند. پس مقاصه از اموال مدیون معسر، غیر شرعی است؛ زیرا باید میان همه ی طلبکاران قسمت گردد. البته اگر برای معسر مالی جز مستثنیات دین باقی مانده باشد؛ زیرا مستثنیات دین، جزء اموالی نیستند که اعمال تقاص در آنها روا باشد. اگر تاجری که بدهی هایش او را معسر ساخته، ورشکسته شود، غیر از یک ساختمان چیز دیگری نداشته و آن ساختمان را نیز در معرض فروش گذارده باشد ولی پول آن ساختمان تنها جوابگوی نیمی از بدهی هایش می باشد - در صورتی که آن ساختمان، منزل مسکونی خود و خانواده اش نباشد - وادار تاجر مزبور به فروش آن ساختمان بلامانع است. اما برای باقی طلب که فی الحال قادر به پرداخت آن نیست، نمی توان او را مجبور نمود. باید به او مهلت داد و صبر کرد. این بدان معناست که تقاص از مایحتاج اولیه معسر که از مستثنیات دین او به شمار می رود، جایز نمی باشد. پس اگر دو متعهد و یا یکی از آن دو، مفلس و یا معسر و یا ورشکسته گردد، تقاص آن دسته از اموال آنان که نیاز اولیه ی ایشان است، غیر شرعی می باشد.<sup>۷۸</sup>

### پ. خروج مال از متعلقات غاصب

در برخی موارد دینی که می باید از جانب دائن تقاص گردد، وجود داشته اما مدیون آن را به دیگری داده و یا آن مال از اموال دولتی است که غیر قابل تقاص می باشد.

### ۱. تقاص از مال متعلق به حق غیر

تقاص در دو دینی واقع می شود که موضوع حق، شخص یا اشخاص ثالث قرار نگرفته باشند. لذا اگر یکی از دو دین مطابق قانون به نفع دیگری بازداشت شده باشد و سپس مدیون از دائن خود طلبکار گردد، میان آن دو تقاص حاصل نمی شود. اثر تقاص (تہاتر قہری) با ایفاء تعهد یکسان می باشد. همانگونه دینی که متعلق حق شخص ثالث است هرگاه به دائن ایفاء شود، موجب تضییع حق شخص ثالث می گردد؛ آن دین نیز هرگاه تقاص گردد، موجب تضییع حق شخص ثالث خواهد شد. بنابراین مدیون نمی تواند به استناد تقاص، از تأدیه ی مال توقیف شده به شخص ثالث امتناع ورزد. (ماده ۲۹۹ ق.م.) در موردی که دین، به نفع شخص ثالث بازداشت شده باشد، خواه بازداشت در اثر قرار تأمین مدعی باشد و یا در اثر صدور برگ اجرایی از دادگاه یا ثبت اسناد، آن دین متعلق حق شخص ثالث خواهد بود؛ زیرا دینی که مورد بازداشت از طرف مقام صالحی قرار می گیرد، متعلق حق کسی خواهد بود که به نفع او بازداشت شده است. بنابراین هرگاه پس از بازداشت دین، مدیون از دائن طلبکار گردد، بین آن دو مقاصه صورت نمی پذیرد.

بدیهی است هرگاه شخصی که دین به نفع او بازداشت شده است، از حق بازداشت مزبور صرف نظر کند و یا اساساً طلب خود را - که بازداشت برای استیفای آن انجام شده بود - اسقاط کند و یا به هر علت از دین مذکور رفع بازداشت شود، مانع برطرف گشته و تقاص حاصل خواهد شد.<sup>۷۹</sup> مطابق بند ۲ ماده ۴۲۳ قانون تجارت، تأدیه ی هر قرض به وسیله ی تاجر، پس از تاریخ توقف، باطل و بلا اثر است. بدین ترتیب تقاص هم که در حکم تأدیه است، پس از تاریخ توقف، حاصل نخواهد شد.

<sup>۷۸</sup> جعفری لنگرودی، همان، ص ۱۴۷۳

<sup>۷۹</sup> شهیدی، همان، ص ۸۳



بسیاری از علماء، هنگام بحث در این باره، این مورد را پیرامون تقاص از مال مشترک مطرح می کنند و غالباً این امر را جایز نمی دانند. ایشان معتقدند عموم ادله، تجویز مقاصه از مال مشترک را صحیح نمی داند؛ زیرا صحه گذاردن بر این امر، مستلزم جواز تقاص از مال مشترک حتی با هتک حرمت مال شریک می باشد که این امر مورد قبول آنان نیست.<sup>۸۰</sup>

همچنین تقاص از مال متعلق به حق غیر جایز نیست. ایشان از جمله ی این امور حق رهن و حق غریمان در مال محجور علیه را بر شمرده اند و نیز اموال میتی را که دیونش از ترکه ی به جا مانده از او پرداخت نشده، در زمره ی اموالی می دانند که حق غیر در آن وجود دارد و غیر قابل مقاصه می باشد. اگر مال، مشترک میان مدیون و غیر او باشد، در این هنگام تقاص از مال مشترک مدیون، جز با اذن شریکش جایز نخواهد بود؛ زیرا جواز مقاصه، مستلزم تصرف در مال مشترک است و این کار بدون استئذان از شریک مدیون، مشروع نمی باشد. اگر این تصرف قبل از قسمت صورت پذیرد، مال مورد تقاص حرام خواهد بود. اما اگر دائن مرتکب گناه شده و مال مشترک میان مدیون و شریک او را به قصد تقاص اخذ نماید، تنها گناه بر این عمل او مترتب می شود و تصرف دائن در مال غیر حرام نخواهد بود، بلکه تصرف در مال مشترک بدون اذن شریک گناه است. مرحوم یزدی (ره) عین یا مالی که نذر و شبه نذر به آن تعلق گرفته را نیز از اموال متعلق به حق غیر بر می شمارد و تقاص از آن را جایز نمی داند.<sup>۸۱</sup>

## ۲. تقاص از اموال دولتی

افراد، مجاز به تقاص طلب خود از دولت در برابر بدهی که به آن دارند نخواهند بود، مانند مالیات که با دیون دولت قابل مقاصه نیست، مگر آنکه طلب از دولت ناشی از خدمتی باشد که طلب دولت هم مربوط به آن خدمت است. مثلاً مقاطعه کاری، پلی برای دولت بسازد و از دولت طلبکار گردد و بابت مالیات این طلب خود، به دولت بدهی پیدا کند. در این حالت، تهاتر قهری و تقاص محقق می شود. در نظر فقهاء، مقاصه از اموال دولتی ممنوع است. لذا اگر شخصی از دولت اسلامی حقوق و یا مزایایی طلب دارد که قانوناً متعلق به اوست، اما مستند و مدرکی قانونی بر اثبات این حق خود در دست ندارد، نمی تواند تقاص نماید. اگر اموال دولت و حکومت در دست صاحب حق وجود داشته باشد، این اموال امانتی در دست اوست و برای رسیدن به حقش راهی جز رجوع به جهات مشخص برای اثبات و مطالبه ی آن حق، وجود ندارد.<sup>۸۲</sup>

برای آنکه تقاص صورت پذیرد، نیازمند آن هستیم که تمامی مطالب مطروحه در این فصل رعایت گردد. در حقیقت برای وقوع این عمل حقوقی، باید شرایط تحقق تقاص، شرایط مقاص و نیز موانع آن، همه و همه در نظر گرفته شوند تا بدون کوچکترین نقصان و تخطی از قانون و شرع، توصل به حق انجام گیرد.

<sup>۸۰</sup> شیرازی، همان، ص ۱۱۳

<sup>۸۱</sup> لنکرانی، همان، ص ۴۱۶

<sup>۸۲</sup> خامنه ای، همان، ص ۱۶۹

## آثار تقاص

تقاص، با تمامی شرایط و ویژگی هایی که مقاص، مقاصّ عنه و مقتص، ملزم به دارا بودن آنها هستند و نیز موانعی که از صورت پذیرفتن آن جلوگیری می کند، آثار و فوایدی در خور توجه به همراه دارد که در این فصل به این مهم می پردازیم.

## الف. سقوط دیون

سقوط دیون متقابل، مهم ترین و بارزترین مشخصه ی تقاص است و در حقیقت نخستین چیزی که از تقاص به ذهن متبادر می گردد، همین اسقاط دین طرفین در برابر یکدیگر می باشد. رفع دیون متقابل، گاهی با ارتفاع تعهد فی ما بین افراد به واسطه ی بدهی و طلبی که در ذمه ی هم دارند میسر می شود و در برخی موارد دیگر این امر با سقوط تضمینات و وثائق پرداخت طلب و تعهد صورت می پذیرد که در این مبحث به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

## ۱. سقوط تعهدات

تعهد همیشه پابرجا نمی ماند و پس از آنکه به وجود آمد، ممکن است به سببی از اسباب ساقط گشته و از میان برود. قانون مدنی ایران در ماده ۲۲۴ خود، شش سبب از اسباب سقوط تعهدات را به این ترتیب برشمرده است؛ تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می شود:

- به وسیله ی وفای به عهد

- به وسیله ی اقاله

- به وسیله ی ابراء

- به وسیله ی تبدیل تعهد

- به وسیله ی تهاتر (تقاص در فقه و حقوق)

- به وسیله ی مالکیت ما فی الذمه<sup>۸۳</sup>

نویسندگان قانون مدنی ایران، ماده ی مزبور را با انجام تغییراتی متناسب با سیستم مذکور حقوقی کشور ما، از ماده ۱۲۳۴ قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده اند. قانون مدنی ایران تهاتر را یکی از اسباب سقوط تعهدات به شمار آورده و مواد ۲۹۴ تا ۲۹۹ را به آن اختصاص داده است.<sup>۸۴</sup>

در فقه و حقوق مقاصه به مفهوم تهاتر است. یعنی در رفتن دین تعلق گرفته بر ذمه ی طلبکار، به نفع بدهکار؛ در برابر دین تعلق گرفته بر ذمه ی بدهکار، به نفع طلبکار. به عبارت دیگر به اسقاط دین و تعهد بدهکار از سوی مالک، در برابر مانند آنچه که خود - بدهکار - بر عهده ی او - طلبکار - دارد، تقاص گویند. اثر مقاصه اسقاط به عوض (وفاء) است. برخی فقیهان درباره ی اثر مترتب بر مقاصه معتقدند که مقتضای مقاصه، اسقاط است، اما اسقاط به معنای وفاء و یا اسقاط در برابر عوض می باشد.<sup>۸۵</sup>

<sup>۸۳</sup> کاتوزیان، همان، ص ۲۳۹

<sup>۸۴</sup> شهیدی، همان، ص ۱۷۰

<sup>۸۵</sup> انصاری، همان، ص ۹۳۸

تهاتر در حقیقت در حکم تأدیه دین و ایفاء تعهد است؛ زیرا با تحقق آن، بستانکار به حق خود می رسد و ذمه ی بدهکار نسبت به دین بری می گردد. تهاتر که وسیله ی سقوط تعهدات است، مانع پرداخت مکرر دیون، صرف وقت و هزینه ی ایفای تعهدات متقابل است و خطرات ناشی از جابه جا شدن اموال، نظیر سرقت و مفقود شدن را منتفی می سازد. ضرورت این تأسیس حقوقی، به خصوص در موارد تعهدات متقابل و سقوط این تعهدات در بانک هایی که با یکدیگر به طور مستمر روابط پولی دارند، به منظور ساده کردن و تسهیل حقوق و تعهدات پیش روی ایشان آشکار می باشد. از این روست که اتاق تهاتر برای تنظیم و تشخیص روابط نهایی بین بانک ها بر اساس تهاتر نسبت به دیون، تعهدات و حقوق آنان در برابر یکدیگر تأسیس گردیده است.<sup>۸۶</sup>

تهاتر را باید سقوط تعهد به سبب بدهکار بودن طرفین معامله به همدیگر دانست به گونه ای که وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند، میان دیون آنها به طریقی - که ذیل ماده ۲۹۴ ق.م آمده است - تهاتر حاصل می شود و به محض وقوع تهاتر هر دو دین ساقط می گردد.

این بدان معناست که تعهدات متقابل آنها به وسیله ی تهاتر ساقط می شود و هیچ کدام از آنها نسبت به دیگری ذمه ی مشغولی نخواهد داشت. در حقیقت طلب هر کدام از آنها از دیگری، در برابر بدهی ای که بر ذمه شان می باشد، سقوط می نماید.

طبق ماده ۲۹۵ قانون مدنی تهاتر قهری است و بدون اینکه طرفین قصد سقوط تعهد داشته باشند و یا به آن تراضی نمایند، حاصل می گردد. در واقع به محض اینکه دو نفر در مقابل هم در آن واحد مدیون شدند، هر دو دین تا اندازه ای که با هم معادله می نمایند به طور تهاتر برطرف شده و به آن مقدار، ذمه شان بری می شود. این امر عمل زائد ایفاء جداگانه ی تعهد طرفین را برطرف نموده، از تفویت وقت جلوگیری کرده، روابط حقوقی را آسان و امور تجاری را سریع تر می کند.<sup>۸۷</sup>

فقیهان معتقدند که مقتضای تهاتر، اسقاط است؛ اما آن را نه اسقاط محض، بلکه اسقاطی متضمن وفاء (اسقاط به عوض) می دانند. گروهی نیز تهاتر را معاوضه و ابراء می دانند و برخی دیگر از آنان تهاتر را وفای محض می شمارند. اگرچه در این باره میان علماء اتفاق نظر وجود ندارد، اما همگی آنان - چه قائلین به اسقاط به عوض، یا قائلین به معاوضه و ابراء و نیز وفای محض - در این امر مشترک و متحدالقولند که تهاتر، تعهد فی مابین طرفین را ساقط می نماید، حال چه با اسقاط متضمن وفا یا ابراء یا معاوضه و یا وفای محض. با همه ی این احوالات در صورتی که کسی اقدام به تقاص کند، از آنجا که دلیلی بر اعدا و حق خود ندارد، اگر مقاص عنه علیه وی - مقاص - طرح دعوی نماید و وقوع تقاص را ثابت کند، دادگاه ناچار است بر استرداد مال مورد تقاص حکم کند. از این امر مشخص می شود که فائده ی تقاص منحصر به حالتی است که مقاص عنه دلیلی بر وقوع تقاص نداشته باشد. علاوه بر آن انجام تقاص، باعث انتقال بار اثبات دعوی از دوش طلبکار (تقاص کننده) به دوش مدیون (مقاص عنه) می گردد.

<sup>۸۶</sup> شهیدی، همان، ص ۱۷۱

<sup>۸۷</sup> امامی، همان، ص ۳۴۲

## ۲. سقوط تضمین پرداخت طلب و وثائق تعهدات

با سقوط دو دین و ایجاد مقاصه میان طلب های متقابل، تضمینات و وثائق آن دو نیز از بین می رود و هرگاه یکی از آن دو و یا هر دو، رهنی داشته باشند، رهن مزبور، فک می شود و مال مرهون آزاد می گردد<sup>۸۸</sup>.

تهاتر و تقاص همان طور که دو پرداخت متقابل را ساده و ادغام می کند، وثیقه ی پنهانی اجرای آن دو نیز می باشد؛ زیرا مانع از آن می شود که معسری که خود بدهکار است، بتواند طلبی را که از دیگری دارد، بگیرد و بدهی خود را نپردازد. فایده ی مهم قهری بودن تهاتر در اجرای همین هدف است. به عنوان مثال فرض کنیم کارگر بی مبالاتی برای اجرای طرح لوله کشی گاز در کارخانه ی چوب بری قرارداد ببندد و در نتیجه ی تسامح او، آتش سوزی رخ دهد و تمام کارخانه بسوزد. اگر او بتواند دستمزد کار لوله کشی خود را که به پایان رسانده است بگیرد و خسارتی را که به بار آورده نپردازد، در این رابطه ی حقوقی عدالت رعایت نشده است.

در حالی که با استناد به تقاص یا همان تهاتر قهری از سوی کارخانه، اگر آنها را به تمام طلب خود نرساند، دست کم بخشی از آن را جبران می کند. در قراردادهای معوض نیز استناد به حق حبس به همین منظور ایجاد شده است تا در اجرای دو تعهد متقابل، یکی از دو طلبکار نتواند پیش از وفای به عهد، برای وصول طلب خود، به دیگری رجوع کند؛ منتها تفاوت در این است که در قرارداد، ایجادهمبستگی دو تعهد زاده ی تراضی و قصد مشترک دو طرف است، ولی در تهاتر و تقاص، ارتباط بین دو تعهدی که دارای موضوع و سبب جداگانه اند به حکم قانون ایجاد می شود<sup>۸۹</sup>.

## ب. مرور زمان

شورای نگهبان با استناد به اطلاق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با اکثریت آرای فقهای شورا، مرور زمان را در حقوق مدنی به طور کلی مخالف موازین شرعی دانسته و آن را نپذیرفته است. این شورا در سال ۱۳۸۱ اعلام کرد: «مواد ۷۳۱ قانون آئین دادرسی مدنی به بعد، در مورد مرور زمان در جلسه شورای نگهبان مطرح و مورد بررسی قرار گرفت و مواد مزبور که مقرر می دارد پس از گذشت مدتی، دعوی شنیده نمی شود، خلاف شرع است.»

## ۱. تبیین ماهوی مرور زمان

در بند ۱۱ ماده ۸۴ ق.آ.د.م. کنونی، قانونگذار به خواننده اجازه داده که اگر دعوی خارج از موعد قانونی اقامه شده باشد، ایشان ضمن پاسخ، نسبت به ماهیت دعوی ایراد کند. البته ماده ۷۳۱ قانون آئین دادرسی مدنی پیشین نیز مرور زمان را گذشتن مدتی می داند که به موجب قانون، پس از انقضاء آن مدت، دعوی شنیده نمی شود. مرور زمان به دو قسم تقسیم می گردد:

### ۱. مرور زمان مُلک

<sup>۸۸</sup> شهیدی، همان، ص ۱۸۲

<sup>۸۹</sup> کاتوزیان، همان، ص ۴۱۶

## ۲. مرور زمان مُسْقَط

مرور زمان مملّک: سببی است جهت تحصیل مالکیت برای متصرف مالی که در اصل متعلق به دیگران بوده و مالک یا مالکین آنها ظرف مدت مدیدی در مقام مطالبه یا اعمال حقوق خود نسبت به آنها برنیامده است.<sup>۹۰</sup> مرور زمان مسقط: سببی است جهت سقوط تعهدات و آزاد شدن فرد متعهد در برابر طلبکاری که ظرف مدت مدیدی اجرای تعهد را از بدهکار درخواست نکرده است.<sup>۹۱</sup>

مبنا در مرور زمان مسقط "حق و تعهد"، اماره ی اعراض از حق و یا ابراء است و مبنای مرور زمان مسقط "دعوی"، نظم عمومی می باشد.<sup>۹۲</sup> در کشور ما با در نظر گرفتن تعریفی که ماده مزبور - ماده ۷۳۱ تا ۷۳۹ ق.آ.د.م - از مرور زمان به عمل آورده است و با عنایت به سایر مقررات مربوطه، نمی توان مرور زمان را مملک و یا مسقط حق و تعهد به حساب آورد بلکه باید آن را فقط وسیله ای در دست خوانده، در اسقاط دعوی خواهان و جلوگیری از استماع آن دانست. به همین جهت در قانون مدنی ایران - برخلاف قانون مدنی فرانسه - ذکری از مرور زمان به عمل نیامده است و مقررات مربوط به آن، فقط در قانون آئین دادرسی مدنی - که حاوی مقررات شکلی برای رسیدگی است - انعکاس یافته است.

در فقه پیرامون مرور زمان و مشروعیت یا عدم مشروعیت آن دو دیدگاه متفاوت وجود دارد:

در اولین دیدگاه مرور زمان، مؤثر و مفید در ایجاد یا زوال حق معرفی شده و اعتقاد بر این است که مخالفتی با موازین شرعی و حقوق اسلامی ندارد. در نگاه دیگر مرور زمان در قلمرو حقوقی به عنوان پدیده ای بی اثر بوده که هیچگونه اثری بر آن بار نمی گردد. در ادامه به بررسی مستندات و استدلالات هر دو دیدگاه می پردازیم.

## ادله ی قائلین به مرور زمان

این دیدگاه بر دو دلیل پابرجاست:

## ۱. روایات

برخی از فقیهان به روایات معتبری تمسک جسته اند و اخبار متعددی بر اعتبار مرور زمان در قلمرو و فقه را بیان نموده اند.

۱. زمین از آن خداوند تعالی است که آن را وقف و روزی بندگان قرار داده است. بنابراین هرگاه کسی زمینی را به مدت سه سال متوالی بدون دلیل، بلااستفاده بگذارد، زمین مذکور از دست او گرفته (خارج) شده و به دیگری داده می شود و اگر کسی مطالبه ی حق خویش را به مدت ده سال ترک کند، دیگر حقی نخواهد داشت.<sup>۹۳</sup> طبق این روایت برای مرور زمان دو نوع تأثیر در نظر گرفته می شود:

<sup>۹۰</sup> شهیدی، همان، ص ۱۴۱

<sup>۹۱</sup> شهیدی، همان، ص ۱۴۱

<sup>۹۲</sup> شهیدی، همان، ص ۱۳۹

<sup>۹۳</sup> کلینی، همان، ص ۲۹۷

اول آنکه عامل موثر جهت ایجاد حق انتزاع یا سلب مالکیت زمین به وسیله ی دولت که به موجب عبارت اول این روایت اراضی متعلق به خداوند است و او اراضی را جهت استفاده بندگان خود به آنان اختصاص داده است، پس اگر زمین سه سال متوالی بلااستفاده رها شود، زمین از مالک گرفته شده و به دیگری داده می شود و این حکم تنها شامل اراضی می گردد.

دوم آنکه عبارات پایانی این روایت در تبیین عاملی جهت سلب یا اسقاط حق به طور قهری می باشد. در حقیقت هرگاه کسی حق خود را که بر ذمه ی دیگری است و یا به وسیله ی دیگری استفاده می شود در طی ده سال متوالی بدون دلیل مطالبه نکند، اسقاط این حق حتمی است. پس جهت اسقاط حق به واسطه ی مرور زمان، ده سال زمان لازم است.

البته با توجه به این که حدیث فوق حاوی مطالبی است که مورد عمل مشهور اصحاب امامیه قرار نگرفته، عموم از آن روی گردان شده اند. از جمله آنکه در این حدیث به مرور زمان مسقط حق اشاره شده که هیچ یک از فقهای شیعه آن را قبول ندارد؛ بلکه آنان معتقدند که «الحق قدیم لا یزله شیء»<sup>۹۴</sup> از طرفی، سهل بن زیاد که نام او در سلسله سند مرقوم گشته، در رجال نجاشی غیر معتمد شناخته شده، احادیث او را ضعیف برشمرده اند.

پس از این روایت، روایتی دیگر بدین مضمون نقل گشته است:

۲. کسی که زمینی از او گرفته شود و سه سال از مطالبه ی آن خودداری کند، پس از گذشت سه سال، مطالبه ی آن برای او جایز و حلال نیست.<sup>۹۵</sup>

این روایت نیز در امتداد حدیث قبل، به موثر خواندن مرور زمان تأکید می ورزد و بر همان امور پیشین اشاره دارد. البته این حدیث تنها از سلب حق مطالبه در مورد اراضی سخن رانده و پیرامون باقی حقوق و مطالبه ی آنها مطلبی نگفته است. در هر دو روایت فوق، سند حدیث شامل لفظ "رجل" است که این امر نیز از اعتبار احادیث می کاهد. شیخ حر عاملی پس از نقل دو روایت مذکور این نکته را روشن می نماید که شاید اینها به مواردی اختصاص داشته که زمین پس از آن که در ابتدا احیاء و آباد شده بود، دوباره مخروبه گردد و ممکن است منظور از حق در پایان حدیث اول، در مورد زمینی باشد که در آن درخت غرس شده و سپس رها گشته و از بین رفته است.

۳. علی بن مهزیار می گوید از ابوجعفر امام جواد (ع) درباره خانه ای پرسیدم که متعلق به زنی بود که یک پسر و یک دختر داشت. پسرش در دریا مفقود شد و خود زن نیز، فوت کرد و پس از آن دخترش مدعی شد که مادرش این خانه را به او داده بود. دختر قسمت هایی از این خانه را فروخت و تنها یک قسمت از آن در کنار منزل یکی از اصحاب ما باقی مانده است و او به دلیل غائب بودن پسر خانواده و اینکه از او خبری در دست نیست و بیم آنکه مبدا خریدن این قسمت خانه برای او حلال نباشد، نسبت به خرید آن کراهت دارد. امام (ع) فرمودند: از چه زمانی مفقود شده است؟ گفتم: سال های زیادی است. فرمودند: تا ده سال منتظر او بماند و بعد از آن، بخرد. پرسیدم: آیا پس از ده سال انتظار آن قسمت برای او حلال است؟ ایشان

<sup>۹۴</sup> محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ص ۲۸۰

<sup>۹۵</sup> حر عاملی، همان، جلد ۲۵، ص ۴۳۴

فرمودند:

بَلَّاءُ.

در سلسله سند این روایت هم نام "سهل بن زیاد" به چشم می خورد که جای تأمل است.

## ۲. فتاوی فقهی

در راستای روایات مذکور و مؤید بودن آنان در تأثیر مرور زمان بر حقوق و سلطنت افراد، بعضی فقهای مشهور فتاوی روشنی در این خصوص ارائه نموده اند. شیخ صدوق از ابن بابویه نقل می کند:

هرکس خانه ای یا ملکی یا زمینی را در دست دیگری رها کند بدون اینکه تا ده سال در این باره حرفی بزند و درخواستی بکند و دعوا و شکایتی را مطرح نماید، پس از آن حقی نخواهد داشت.<sup>۹۷</sup>

این فتوی نیز از همان روایات پیش گفته اتخاذ شده است. این وصیت به شکل فتوی از شیخ صدوق نقل شده و جمله ایشان در این کتاب مبتنی بر این است که قائل به این نظریه بوده اند. در میان متأخرین از فقهاء و علماء، صاحب نظرانی نیز بر تأثیر مرور زمان در ایجاد و اسقاط حق صحه گذارده اند.

فقیه معاصر آیت ا... موسوی بجنوردی می گوید: «وحشت نکنیم اگر دیدیم قانون مرور زمان یک حکم عقلایی است. حالا چه در مسائل کیفری اعم از تعقیب و رسیدگی یا مسائل حقوقی، بگوییم اسلام حکمی ندارد.

اینجا ما نیازی نداریم که اسلام بیاید یک روایتی بیان کند و بگوید من هم مرور زمان را قبول دارم. اگر پذیرفتیم تمام عقلاء و تمام نظام های حقوقی دنیا این مسأله را قبول دارند، باید آن را قبول کنیم ولو اینکه اسلام در مورد این مسأله به عنوان تأیید مستقل نظری نداشته باشد.»<sup>۹۸</sup>

باید بپذیریم که روایات مذکور، از طرف اغلب فقها (شیخ حر عاملی، کلینی، صدوق، محقق بحرانی، محمد حسن موسوی بجنوردی) به طور صریح و یا ضمنی صحیح السند شناخته شده اند. روایات مرور زمان به طور واضحی بیان می دارند که با گذشت زمان معین و تحقق عرفی اماره ی اعراض، مال مورد نظر از ملکیت فرد اولیه خارج شده و به دست متصرف جدید افتاده است. حال در این میان با نگاهی ژرف به سخنان و اظهار نظرهای صاحبان این دیدگاه، می توان دریافت که موافقان مرور زمان، خود به دو دسته تقسیم می شوند:

۱. گروهی از آنان معتقد به این امر هستند که با مرور زمان تنها مطالبه ی حق و امکان اقامه ی دعوی در محاکم قضایی و مراجع قانونی اسقاط می شود و خود حق پایدار می ماند. در حقیقت مرور زمان مسقط دعوی است، نه مسقط حق. بی گمان اسقاط دعوی، حق را ناقص می کند، اما آن را از بین نمی برد.<sup>۹۹</sup> با این اوصاف، اگرچه پس از گذر زمان، امکان اقامه ی دعوی حتی با داشتن سند و مدرک و یا بینه، امکان پذیر نخواهد بود، اما این حق همچنان برای مالک آن باقی می ماند.

<sup>۹۶</sup> طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۹۰ق) التهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، جلد ۹، ص ۳۹۰

<sup>۹۷</sup> صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۵)، المقنع، قم، موسسه امام هادی، ص ۳۶۸

<sup>۹۸</sup> خاتمی، همان، ص ۱۱۹.

<sup>۹۹</sup> کاتوزیان، همان، ص ۵۵۰

پس می توان اینگونه نتیجه گیری نمود که پس از قبول مرور زمان و نیز پذیرش صحت جواز تقاص، می توان این حق را تقاص نمود.

اما در میان تعهدات، تعهداتی وجود دارند که از آنان به تعهدات طبیعی یاد می شود. تعهدات طبیعی، در حقیقت به دیونی اطلاق می شوند که موجودند، اما قابل مطالبه نیستند. پس در دادگاه قابل استماع نخواهند بود، در حقیقت حق مطالبه ی متعهد له، به جهتی از جهات ساقط شده و می دانیم که حق مشمول مرور زمان نیز، در این دسته جای می گیرد.<sup>۱۰۰</sup> از طرفی، یکی از شروطی که انجام تقاص، بدان بستگی دارد - و در فصل چهارم نیز بیان شد - قابل مطالبه و مسموع بودن دین است و آلا مدیون ملزم به پرداخت دین و تأدیه ی حق نمی گردد و در نهایت تقاصی صورت نمی پذیرد.<sup>۱۰۱</sup> تنها زمانی تقاص یا تهاتر واقع می گردد که دین مشمول مرور زمان، مستند به سند رسمی بوده و دائن بدون نیاز به اقامه ی دعوی، به واسطه ی اجرای سند، قادر به وصول حق خویش گردد و یا اینکه مدیونی که دینش مشمول مرور زمان گشته و دائن از او مطالبه ی حق ننموده است، طلب متقابل خویش از دائن را، با دینی که دیگر ملزم به پرداخت آن نمی باشد - البته از نظر قانونی، نه وجدانی - تقاص نماید؛ که در این صورت، دیون به میزانی که با هم معادله نمایند ساقط می شوند.

ماده ۷۳۵ ق.آ.د.م می گوید: «مرور زمان، هر چند حق اقامه ی دعوی را ساقط می کند، لیکن اگر مدیون طلب دائن را بدهد، نمی تواند به استناد حصول مرور زمان، آنچه را که داده مطالبه نماید.» پس هرگونه تردیدی در زمینه ی بقاء حق زائل می شود.

۲. برخی دیگر از موافقان دیدگاه مرور زمان، بر این باورند که با گذشت زمان، علاوه بر امکان اقامه ی دعوی، اصل حق نیز ساقط می شود. بدین معنی که مرور زمان هم مسقط دعوی و هم مسقط حق است. در روایات مذکور نیز، شاهد بیان لفظ حق - مانند فلا حق له - بوده ایم. با اندک تأمل در باور این گروه از موافقان، می توان گفت که مرور زمان، مانع تقاص است. زیرا در منظر این گروه از صاحب نظران، حقی باقی نمی ماند که پس از گذشت ایام، بتوان آن را تقاص نمود. بلکه اینان مرور زمان را، به نوعی ناقل مالکیت دانسته اند. به طوری که مالکیت از مالک اولیه زائل و برای مالک جدید ایجاد می گردد.

### ادله ی قائلین به عدم مرور زمان

در این میان، مخالفان ایده ی فوق با استدلالاتی مرور زمان را رد نموده و معتقد به باقی بودن حق، در تمام ادوار و زمان ها هستند. آنان بر این باورند که گذشت زمان در حقوق و تعهدات بی تأثیر بوده و اگر آنها را تحت تأثیر گذر زمان بدانیم، در واقع با موازین شرعی مخالفت ورزیده ایم. استدلالات این گروه نیز بر دو پایه بنا شده است.

<sup>۱۰۰</sup> جعفری لنگرودی، همان، ص ۱۳۳۳

<sup>۱۰۱</sup> شهیدی، همان، ص ۱۷۹



## ۱. روایات

چندین روایت بر اعتبار این نظریه و دیدگاه دلالت دارد:

۱. حق یک مسلمان هیچگاه باطل و یا بی اعتبار نمی شود.

۲. روایتی که از حضرت علی (ع) منقول است: حق همواره جدید و تازه است و باطل رفتنی است؛ اگرچه که عده ای آن را یاری نموده و حمایت کنند.

با تأمل در این روایات می توان به راحتی دریافت که حق و دیون مسلمانان هرگز از میان نمی رود، مگر با اسباب سقوط تعهدات. این روایات و کلام و ایدئولوژی های نشأت گرفته از آن، مبتنی بر اصول و قواعد شریعت و منطبق با آن است.

## ۲. فتاوی فقهی

در میان فقهاء و علماء - قدما و معاصرین - عده ی زیادی مرور زمان را در ایجاد یا اسقاط اصل تعهد و حق و یا مطالبه ی آن بی تأثیر می دانند. از جمله ی قدما، می توان به شیخ طوسی (ره) اشاره کرد. سؤالی از شیخ (ره) پیرامون مردی که به مدت ده سال املاک خود را ترک نموده، آن را باقی گذارده و مطالبه نمی کند، پرسیده شد. اینکه آیا هنوز و بعد از گذشت این همه زمان، باز هم حقی بر آن ملک دارد یا نه؟ ایشان در جواب می گوید: عدم مطالبه او به مدت طولانی، مالکیت را باطل نکرده و دعوی را ساقط نمی نماید و این حق برای او - هر وقت که بخواهد ملک را مطالبه کند - جایز خواهد بود.

فتاوی ذکر شده در این قسمت بنابر روایات مذکور و نیز اصول و قواعد از جمله اصل استصحاب وضعیت سابق، قاعده ی سلطنت و نیز قاعده ی «الحق لا یسقط یتقادم الزمان» (ماده ۴۳۲ قانون مدنی عراق)، تبیین گشته اند. پس از بیان دیدگاه ها و استدلالات آنان، یادآور شدن نظریه ی برخی فقهای اهل سنت نیز خالی از لطف نیست. آنان قائل به مشروعیت مرور زمان هستند و اساس و پایه ی این مشروعیت را بر دو قاعده ی استحسان و مصالح مرسله که در فقه عامه مقبولیت وافر دارند، استوار می داشتند.

## بررسی تقاص بر اساس دو دیدگاه

اکنون که دیدگاه های مختلف ذکر شد و استدلالات آنان تبیین گردید، اعتقاد و پذیرش عقاید و نظریات هر گروه از آنها، در ما نحن فیه - مسأله تقاص - مؤثر خواهد بود. بر اساس نظریه گروه نخست، اگر کسی مال دیگری را غصب کند و یا بدون رضایت

<sup>۱۰۲</sup> حرعاملی، همان، جلد ۲۷، ص ۳۳۹

<sup>۱۰۳</sup> حرعاملی، همان، جلد ۲۵، ص ۴۳۴

<sup>۱۰۴</sup> طوسی، همان، ص ۱۹۵

<sup>۱۰۵</sup> نجیم، شیخ زین العابدین بن ابراهیم (۱۴۱۲)، الاشیاء و التناظیر، قم، دارالکتب، ص ۲۲۲

او مالش را تصرف نماید، شخص مغضوب عنه - بر اساس شرایطی که در فصل چهارم بیان شد - جایز است که تقاص نماید. حال پس از گذشت سالیان طولانی و عدم تقاص از غاصب، این حق او مشمول مرور زمان شده و دیگر دائن اجازه ی تقاص از مدیون را نخواهد داشت. در واقع گذر زمان سبب سقوط تعهد مدیون در برابر دائن شده است و دیگر حق و اجازه ای برای دائن در مطالبه ی مالش، شرعیت ندارد. البته با عنایت به دیدگاه دسته اول از گروه نخست، مقاصه در این قسم نیز راه می یابد؛ زیرا ایشان قائل به بقای حق بوده و مرور زمان را تنها مسقط دعوی می دانند.

اما با اعتقاد بر نظریات دیدگاه دوم، حتی اگر دائن پس از سالیان سال حقش را از مدیون مطالبه و یا تقاص نکند، این گذر ایام و مرور زمان، حق او را باطل نکرده و دینش را که بر ذمه ی غاصب است، زائل نمی نماید. بلکه صاحب مال هر زمان که بخواهد، در مطالبه ی مال خویش و یا تقاص مدیون، جواز شرعی دارد. پس با این بیان می توان اینگونه برداشت کرد که بر اساس دیدگاه دوم، مرور زمان نمی تواند سبب سقوط حقوق از جمله حق تقاص گشته و اثر آن را از میان بردارد. خداوند تعالی - در شئون مختلف - در حق الله تسامح و سهل گیری را بنای خود قرار داده است. اما در مسأله ی حق الناس، هرگز کوچکترین مسامحه ای را نپذیرفته و حتی پیرامون حقوق آدمی، از شهید نیز در نمی گذرد. پس عدالت و حکومت الهی مانع از عفو و بخشیدن حق الناس است و باید بدان اهتمام شود. حال با در نظر گرفتن تمامی این اوصاف، در پایان می توان به این مهم دست یافت که اگر در مرور زمان، اماره ی اعراض برای ما ثابت و یقینی نگشت، هرگز و به هیچ عنوانی دست اندازی بر مال غیر و تصاحب اموال او - اعم از منقول یا غیر منقول - جواز شرعی نخواهد داشت و اگر چنین امری روی دهد، استیلای عدوانی و نمونه ای از غضب خواهد بود.

### نتیجه گیری

با تبیین معنای لغوی و اصطلاحی تقاص و تهاثر در فقه امامیه و عامه دریافتیم که حقوقدانان و فقیهان شیعه و سنی با استناد به آیات و روایت و دیگر ادله آن را پذیرفته اند.

۱. با پذیرش حق تقاص، دائنی که امکان اقامه دعوی و اثبات حق برایش میسر نمی باشد، مجاز است از اموال مدیونی که عالمانه دین خودش را به دائن انکار می کند، به قدر طلبش بردارد.

۲. از آنجا که در تقاص اراده ی مقاص، شرط صحت عمل است و نیازی به اراده ی متقابل مدیون نمی باشد، تقاص جزء ایقاعات محسوب می شود. البته مقاصه ی اختیاری به واسطه ی تراضی طرفین جزء عقود شمرده می شود.

۳. انجام عمل تقاص نیازمند شرایطی خاص است. علاوه بر مقتض، مقاص نیز باید دارای خصوصیاتی باشد تا این عمل به درستی صورت پذیرد. از آن جمله می توان به داشتن اهلیت، علن، قصد و نیت انشایی و عمل مسالمت آمیز و بدون ضرر وی اشاره نمود.

۴. عمل تقاص با موانع متعددی مواجه است، از قبیل آنکه پیش از آن اقامه ی دعوی صورت گرفته و یا منکر، قسم یاد کرده باشد یا آنجا که حق به دیگران تعلق گرفته و یا از اموال عمومی و دولتی باشد و نیز اگر جحد و انکار مدیون از روی علم نادرست و عذر موجه باشد، انکار عالمانه نبوده و تقاص صورت نمی پذیرد.

۵. وقوع این عمل آثاری در پی دارد، از جمله سقوط تعهدات و تضمین پرداخت طلب و وثایق تعهدات. همچنین انجام تقاص سبب قطع مرور زمان شده و آن را بی اثر می گرداند.

## فهرست منابع

- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر (۱۳۶۹)، کتاب القضاء، تهران، چاپخانه نگین.
- این زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷)، غنیه النزوع، قم، موسسه امام صادق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۱۸)، بیروت، دارالکتب العربی، جلد ۱۲.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۲۰)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، انتشارات اسلامی.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۷)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی.
- انصاری، مسعود، (۱۳۸۴) دانشنامه ی حقوق خصوصی، تهران، چاپ محراب فکر، جلد ۱.
- بازگیر، یدالله (۱۳۸۶)، سرقت جعل و خیانت در امانت، تهران، نشر حقوقدان.
- ثقفی تهرانی، محمد (۱۳۹۸)، تفسیر روان جاوید، تهران، انتشارات برهان، جلد ۱.
- جعفری لنگرودی، جعفر (۱۳۹۳)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، جلد ۲.
- جواد، فاضل (۱۳۸۹)، مسالک الافهام، انتشارات مرتضوی، جلد ۳.
- حرعاملی (۱۴۰۹)، وسایل الشیعه، قم، موسسه آل بیت، جلد ۱۷.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹)، الفقه، بیروت، دارالعلوم، جلد ۸۵.
- خامنه ای، سید علی (۱۳۸۹)، اجویه الاستفتائات، قم، انتشارات اسلامی، جلد ۲.
- خوانساری، محمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک، تهران، چاپ افست، جلد ۶.
- خوانساری، احمد بن یوسف (۱۴۰۵)، جامع المدارک، قم، موسسه اسماعیلیان، جلد ۶.
- زحیلی، وهبه (۱۴۰۹)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الاحکام، قم، موسسه المنار.
- شهید ثانی، زین العابدین (۱۴۱۳)، مسالک الافهام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، جلد ۴.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، سقوط تعهدات، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- شیرازی، مکارم (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، قم، انتشارات مدرسه المؤمنین، جلد ۲.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۰)، منهاج الصالحین، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۵)، المقنع، قم، موسسه امام هادی.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸)، حقوق مدنی، قم، انتشارات اسلامی.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۴)، تکمله العروه الوثقی، قم، مکتبه الداوری، جلد ۲.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۹۰ ق)، التهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، جلد ۹.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲)، قواعد الاحکام، بیروت، جلد ۳.
- فیتومی، احمد بن محمد (۱۴۱۲)، المصباح المنیر، بیروت، انتشارات دارالفکر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، نظریه ی عمومی تعهدات، تهران، انتشارات میزان.
- کلینی، محمد بن یعقوب ابوجعفر (۱۴۲۹)، الکافی، قم، دارالحديث للطباعة و النشر، جلد ۱۴.
- لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۰)، تفصیل الشریعه، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار.
- مامقانی، عبدالله، (۱۴۱۳)، مناهج المتقین، قم، موسسه آل البيت.
- محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی، محمد حسن (۱۴۰۹)، شرح قانون حدود و قصاص، بی جا، جلد ۱.
- مشکینی، علی (۱۴۱۹)، مصطلحات الفقه، قم، انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه.
- مقداد، فاضل (۱۴۲۲)، کنز العرفان، قم، مکتب نوید اسلام، جلد ۲.

- مقدس اردبیلی، زبده (بی تا)، البیات، تهران، مکتبه الجعفریه الاحیاء الآثار الجعفریه.
- مهیار، رضا (۱۴۱۰) فرهنگ ابجد عربی به فارسی، تهران، انتشارات اسلامی.
- نراقی، مولی احمد بن محمد، (۱۴۱۵) مستند الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت.
- نجفی، شیخ محمد حسین (۱۹۹۲)، جواهر الکلام، بیروت، انتشارات دارالحیاء التراث العربی.
- نجفی، محمد جواد (۱۳۹۸)، تفسیر آسان، تهران، انتشارات اسلامی، جلد ۱۳.
- نجیم، شیخ زین العابدین بن ابراهیم (۱۴۱۲)، الانشیاء و التناظیر، قم، دارالکتب.
- یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۵)، تکمله العروه، بی جا، جلد ۲.