

درنگی در چیستی و مبانی «صلح قهری» در فقه امامیه

رضا آوان

دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

naseri1962@um.ac.ir

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده:

در متون فقهی، از نهادی به نام «صلح قهری» یاد می‌شود که نیازمند واکاوی است. صلح قهری که به معنای الزام شرعی و قانونی دو طرف متنازع یا مردد بر سازش اجباری است در بسیاری از ابواب فقه مانند ودیعه، شرکت، بیع، خمس، قصاص و ... آمده است. در زمینه صلح قهری دو مسئله مهم وجود دارد. نخست جمع میان اجبار با لزوم تراضی و توافق در عقود و دوم تحلیل مبانی این نهاد فقهی و حقوقی. با بررسی‌های به عمل آمده تا کنون پژوهش مستقلی در این زمینه صورت نگرفته و از این جهت، نوشته حاضر که با روش توصیفی و تحلیلی تدوین شده نسبتاً کم سابقه محسوب می‌شود. در چیستی صلح قهری می‌توان سه رهیافت را مشاهده کرد. نخست: عقد بودن همه مصادیق؛ دوم: حکم شرعی الزامی به تصالح؛ سوم: تفاوت در مبادی صلح قهری و تفکیک میان مصادیق مختلف که دیدگاه برگزیده است به این معنا که در برخی موارد، الزام به تصالح به مثابه یک حکم شرعی وجود دارد و در بعضی دیگر، اجبار حاکم و در برخی قائم مقامی حاکم در اجرای صیغه صلح است. این امور، مناشی صلح‌اند و نه ماهیت آن. چیزی که در همه مصادیق صلح قهری وجود دارد، مصلحت رفع تنازع و خروج از تحیر است که بر پایه اموری مانند حسم ماده نزاع، رعایت احتیاط، اجرای انصاف استوار است.

کلیدواژگان:

صلح قهری؛ صلح الاجبار؛ شروط صحت عقد؛ تبعیت عقد از قصد؛ حکم شرعی.

۱- تبیین مسئله:

عقد صلح به مثابه یکی از کاربردی‌ترین و سودمندترین عقود، معمولاً با توافق متعاقدان حاصل می‌شود. اما فقه اسلامی و قوانین موضوعه ما در مواردی نادر، صلح را قهراً بر طرفین، تحمیل کرده و آنها را وادار به تراضی بر آن نموده‌اند که از آن به «صلح قهری» یاد شده است. واژه صلح قهری تقریباً از زمان شهید اول به کتب فقهی ما راه پیدا می‌کند و بعدها به صورت نسبتاً گسترده به کار می‌رود اما این به آن معنا نیست که صلح قهری در نزد پیشینیان امری ناشناخته بود است. از عصور نخستین فقهی یعنی شیخ صدوق و مفید، صلح قهری در قالب روایات و فتاوا جریان داشته است. آنچه در نوشته‌های محققان

عصر حاضر و فقه‌پژوهان و دانشیان حقوق به چشم می‌آید بررسی مصادیق صلح قهری در ضمن مباحث دیگر است.^۱ مقاله حاضر برای بررسی ماهیت صلح قهری و بیان احتمالات اقوال پیرامون آن و نیز تبیین مبانی آن تدوین یافته است. پرسش‌های بسیاری در باب صلح قهری وجود دارد مانند این که پارادوکس قهری بودن با لزوم توافق متعاقدان در عقود، چگونه قابل حل است؟ مبانی صلح قهری چیست؟ صلح قهری در چه ابوابی جریان می‌یابد؟ مصادیق آن کدام است؟ اما پرسشی که این تحقیق در صدد پاسخ‌گویی به آن است، چستی‌شناسی صلح قهری و حل چالش قهری بودن با لزوم توافق متعاقدان و تبیین مبانی فقهی آن است. بدون تردید رکن رکن هر عقد و قراردادی، قصد و رضا است و عقد بدون رضایت طرفین، منعقد نمی‌گردد هر چند در پاره‌ای موارد، بنا به عللی رضایت و طیب نفس عاقد وجود ندارد، مع ذلک به سبب تمشی قصد، عقد او صحیح انگاشته شده است همانطور که در عقد مکروه و مضطر آمده است. علی‌رغم این امر بدیهی، در متون فقهی مفهومی با عنوان «صلح قهری» وجود دارد که این شرط را نقض کرده است. کاشف الغطاء در کتاب خمس می‌گوید: یکی از موارد وجوب خمس، در مال حلال مخلوط به حرام است در صورتی که مالک و مقدار مال، مجهول و مال هم عین باشد. ولی اگر صاحب مال و مقدار آن را بداند واجب است مال را به صاحبش برساند. اما اگر مالک را بشناسد ولی مقدار مجهول باشد باید با او صلح جبری بکند و وجه صلح را به او پرداخت بکند.^۲ نظیر چنین حکمی در موارد بسیاری مانند تنازع متابعان، شرکت، وکالت، ودیعه، قصاص و ابواب دیگر نیز دیده می‌شود. صلح قهری در کلمات فقیهان در برابر صلح اختیاری قرار گرفته و دارای طیفی است که یک طرف آن توصیه یا امر شارع به مصالح است و طرف دیگر آن، قائم مقامی حاکم شرع نسبت به اجرای صیغه صلح. باید بررسی شود که آیا صلح در این موارد متفاوت، دارای چستی‌های مختلف است و یا این که صلح دارای یک ماهیت بیشتر نیست و تفاوت‌ها در مبادی و نحوه شکل‌گیری صلح است. همچنین لازم است تا مبانی و مصالحی که سبب تشریح این نهاد شده است را مورد تحلیل قرار بدهیم. این نوشتار پس از ذکر مصادیقی از صلح قهری و مستندات آنها، ماهیت این نهاد فقهی را تحلیل می‌کند تا از رهگذر آن، رهیافت موجه‌تر در باب این مفهوم را تقویت نماید.

اما پیش از هر امری، نخست چستی مفاهیم کلیدی تحقیق تبیین می‌گردند:

۲- ماهیت صلح

«صُلْح» مصدر «صَلَحَ» به معنای سازش، دست برداشتن از نزاع و تراضی میان متنازعان است.^۳ همچنین به معنای نیکو عمل کردن نیز آمده است.^۴ برخی معتقدند صلح از جهت ریشه، متضاد فساد می‌باشد اعم از آنکه فساد در ذات باشد یا در عمل، البته بیشتر در باره فساد در عمل استعمال می‌شود^۵ و در بعضی از منابع، صلح، مقابل خصومت آمده است.^۶ ابن منظور «صُلْح»

۱. جز آن چه فقیهان در ابواب متعدد مانند صلح، ودیعه، شرکت، خمس، بیع، وکالت و ... در خصوص صلح قهری آورده‌اند و در مطالب این نوشتار بدانها پرداخته شده است، برای نمونه به تعدادی از مقالاتی که در ضمن آنها به صلح قهری پرداخته شده است اشاره می‌شود: جناتی، بررسی وقف؛ حاجی ده آبادی، قاعده ارش و حکومت؛ نصرتی، تحلیل حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع؛ قورچی بیگی، تأثیر مرگ قاتل عمد بر ثبوت دیه؛ الترابی، الشركة فی الفقه و القانون.

۲. کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۳۶۱.

۳. طریحی، مجمع البحرین، ۳۸۸/۲.

۴. فراهیدی، العین، ۱۱۷/۳، الصَّلَاح: نقیض الطلاح.

۵. مصطفوی، التحقیق، ۲۶۵/۶.

۶. طریحی، مجمع البحرین، ۳۸۸/۲.

را مترادف واژه «سَلْم» به معنای آشتی و سازش و مقابل جنگ می‌داند.^۷ جوهری می‌افزاید: صلح در مقابل فساد است و اینکه گفته می‌شود فلان چیز به صلح توسل یعنی به نفع تو می‌باشد.^۸ به طور خلاصه، صلح در لغت به معنای سازش، کنار آمدن و دست از خصومت برداشتن است.

اما از منظر اصطلاح فقهی، صلح معنای لغوی خود را حفظ کرده است و متضمن معنای سازش و تسالم است. فقیهان صلح را نهادی می‌دانند که مفاد آن، تصالح و توافق بر امری است.^۹ صلح در همه مجاریش یک نوع عقد است و از همین روی معظم فقیهان آن را در ابواب عقود گنجانده‌اند.^{۱۰} مفاد صلح همواره عقد (توافق دو سویه بر امری) است و البته این «امر» ممکن است مال (عین یا منفعت) باشد که مفید تملیک است و گاهی انتفاع، یا یکی از حقوق و یا صرفاً تقریر امری باشد.^{۱۱} بنا بر این، مفاد صلح همیشه عقد است (توافق طرفینی) و هیچ‌گاه نمی‌تواند ایقاع باشد و دلیلش آن است صلح در ذات خود، سازشی طرفینی را اقتضا می‌کند و صلح به مثابه عملی یک‌سویه معنا ندارد.

مفهوم‌شناسی صلح قهری

صلح قهری یک سازش اجباری است برای رفع اختلاف و نزاع از باب اضطرار از سوی شخصی که بر طرفین نزاع تسلط و غلبه دارد. محقق بجنوردی می‌نویسد: این صلح به صلح قهری تسمیه یافته و وجه آن روشن است و شاید به همین سبب، این فروع را در کتاب الصلح گنجانده‌اند.^{۱۲} بنابر این در صلح قهری، طرفین با قصد و اراده اقدام به انشای عقد صلح می‌کنند ولی این قصد و اراده همراه با رضایت و طیب نفس نیست. خلاصه آن که صلح قهری نوعی مداخله تشریعی در ایجاد و انعقاد سازشی اجباری میان متنازعان یا افرادی که در تحیر گرفتار آمده‌اند است. مثال قسم اول، تقسیم دینار میان ودعی و مودع است و مثال دوم اخراج مقداری از مال و اعطای آن به مالکی که میزان طلبش مجهول است. در همه این موارد اگر چه طرفین در ظاهر با هم سازش و مصالحه می‌کنند ولی در حقیقت این تصالح بر اساس یک حکم و امر شرعی و قهری است.

۳- سیر تاریخی صلح قهری:

واژه صلح قهری چندان پر پیشینه نیست و اثری از آن در کتب قدما و حتی اکثر متأخران وجود ندارد و ظاهراً نخستین بار توسط شهید اول مطرح شده است^{۱۳} و پس از او محقق بحرانی آن را به کار برده است.^{۱۴} البته این سخن بدان معنا نیست که مفهوم صلح قهری برای فقیهان قبل از او ناشناخته بوده است زیرا آنان در همین مصادیق، حکم صلح قهری را جاری ساخته‌اند. شیخ مفید،^{۱۵} علامه، تذکره الفقهاء^{۱۶} و ابن فهد حلی،^{۱۷} از پیشینیانی هستند که حکم صلح قهری را جاری ساخته‌اند. شیخ

^۷ ابن منظور، لسان العرب، ۵/۱۶۱۲.

^۸ جوهری، الصحاح، ۳۸۳/۱.

^۹ انصاری، مکاسب، ۱۳/۳.

^{۱۰} سبزواری، مذهب الاحکام، ۱۶۷/۱۸؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۱۱/۲۶.

^{۱۱} انصاری، مکاسب، ۱۳/۳.

^{۱۲} بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۳۸/۵.

^{۱۳} شهید اول، الدروس الشرعیه، ۳۳۳/۳. «... فجائز أن یکون ذلك الصلح قهریاً، وجائز أن یکون اختیاریاً...».

^{۱۴} بحرانی، الحدائق الناضره، ۱۰۳/۲۱.

^{۱۵} مفید، المقنعه، ۶۳۲.

^{۱۶} علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۴۸/۱۳.

^{۱۷} ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۲۸۲/۲.

طوسی در باب جمع بین روایاتی که حاوی تعارض دو بینه هستند، می نویسد: فَإِنَّمَا هُوَ عَلَىٰ وَجْهِ الْمُصَالَحَةِ وَالْوَسَاطَةِ بَيْنَهُمَا دُونَ مَرِّ الْحُكْمِ.^{۱۸}

اما فقیهان بعد از شهید به صورت گسترده از واژه صلح قهری و امثال آن استفاده کرده‌اند. از جمله: کشف الغطاء،^{۱۹} جواهر الکلام،^{۲۰} کتاب الخمس، انصاری،^{۲۱} انوار الفقاهة،^{۲۲} مهذب الاحکام،^{۲۳} مستمسک العروة،^{۲۴} اصول الفقه، حسین حلی^{۲۵}، فقه الشیعة^{۲۶} و دیگران.

شهید اول معتقد است روایات مذکور در مصادیق تصالح قهری که در کتاب الصلح مطرح شده است نشان می‌دهد که صلح می‌تواند قهری یا اختیاری باشد. و شهید ثانی نیز این مطلب را تقریر می‌کند.^{۲۷} نیز صاحب جواهر به همین مطلب اشاره می‌کند و می‌گوید «قاعده انصاف به مثابه صلح قهری می‌باشد لذا شاید به همین علت اصحاب آن را در کتاب الصلح آورده‌اند».^{۲۸}

۴- مجاری صلح قهری در ابواب فقهی

واژه صلح قهری را در آثار فقهای پس از شهید در ابواب مختلف فقهی می‌توان مشاهده نمود اما پس از احصای همه موارد روشن می‌شود که اصل کاربرد نهاد صلح قهری در فقه، واجد دو ویژگی است:

نخست امتزاج یا اشتباهی در یکی از جهات در یک امر مالی واقع شده باشد. این اشتباه یا از جهت اصل مال یا از جهت میزان استحقاق صاحب حق یا از جهت مالک است به گونه‌ای که شناسایی مالک، یا تقویم ارزش، یا تشخیص میزان حق صاحبان حق، امکان‌پذیر نباشد.

دوم این امر موجب اختلاف و نزاع طرفین یا وقوع در تردید و تحیر شده باشد. حال ممکن است این امتزاج و اشتباه بین مال بایع و مشتری باشد یا بین مال وقف و غیرووقف، یا بین صاحبان ترکه و مال غیر، یا اختلاط بین مال شریکین با عدم امکان تمیز و امثال آنها باشد. در مواردی از این دست، فقیهان برای خاتمه نزاع یا خروج از تحیر، به صلح قهری تمسک جستند.

^{۱۸} حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲۷/۲۵۶ تا ۲۵۷. ظاهراً مراد آن است که مفاد روایت بر اساس مصالحه است نه حکم صری.

^{۱۹} کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۳۶۱ و ۳۷۸.

^{۲۰} صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۹۷/۴۲.

^{۲۱} انصاری، کتاب الخمس، ۲۴۳/۱.

^{۲۲} کاشف الغطاء، انوار الفقاهه، ۸ تا ۷/۱.

^{۲۳} سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۲۳/۱۸.

^{۲۴} حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ۲۳/۱۳ و ۲۳.

^{۲۵} حلی، اصول الفقه، ۲۲۷/۶.

^{۲۶} موسوی خلخالی، فقه الشیعه، ۵۱۲/۱.

^{۲۷} شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۸۲/۴ و ۱۸۳.

^{۲۸} صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۵۵/۲۶.

برخی از این استنادات در کلمات فقیهان را در این ابواب می‌شود مشاهده کرد: کتاب الخمس،^{۲۹} کتاب الشریکه،^{۳۰} کتاب البیع،^{۳۱} کتاب الغصب،^{۳۲} کتاب الاجاره.^{۳۳}

۵- احتمالات در چستی صلح قهری

پرسش اصلی این تحقیق، سؤال از چستی و مبانی صلح قهری است. قبلاً گفته شد که نهاد «صلح» در غالب موارد یکی از «عقود» محسوب شده و احکام عقود بر آن بار گردیده است. اما از زمان شکل‌گیری اصطلاح صلح قهری، تا کنون کسی به تحلیل فقهی این نهاد نپرداخته است و باید از لابلای کلمات فقیهان دیدگاه آنان را دریافت.

احتمال اول: عقد بودن صلح قهری

گرچه هیچ فقیهی در باب صلح قهری، مستقیماً از واژه «عقد» استفاده نکرده است، اما می‌توان از این که بسیاری از فقیهان متقدم و متأخر، چنین صلحی را در کتاب الصلح قرار داده‌اند، چنین استنباط کرد که آنان صلح قهری را یک صنف از عقد صلح شناسایی می‌کنند. البته همان گونه که گفته شد، از زمان شهید اول به بعد این اصطلاح رایج و مرسوم گردید، و پیش از آن، با تعابیر دیگری از آن یاد می‌شده است. شواهدی برای این انگاره وجود دارد که از این قرار است:

یک: اندراج در ابواب عقود

فقیهان و محدثان این نوع از صلح را در کتاب الصلح و یا در مباحث دیگری از ابواب عقود مانند عقد الشریکه، عقد البیع و امثال آنها درج می‌کنند که خود نمایان‌گر این است که به باور آنان، صلح قهری، صنفی از عقد صلح است.^{۳۴} نیز روایات وارد شده در باره مصادیق صلح قهری را در کتاب الصلح ذکر کرده‌اند هرچند مرحوم کلینی نیز آنها را در کافی^{۳۵} آورده است اما در ذیل عنوان کتاب القضاء باب نوادر درج نموده است. یکی از فقیهان معاصر برای اثبات مشروعیت عقد بیمه به اندراج آن در «صلح قهری» تمسک می‌کند.^{۳۶} محقق دیگری برای استدلال بر این که صلح قهری یکی از مصادیق صلح معهود است می‌نویسد: حکم حاکم به تصیف عینی که دو نفر مدعی آن هستند از باب صلح قهری است و شاهد آن هم ذکر این مسئله در کتاب صلح است. البته ایشان این حکم را در مرحله به منظور رفع مشاجره و در مرحله ظاهر می‌دانند و از این جهت برای نفر سوم خریدن عین از آن دو نفر را جایز نمی‌شمارد زیرا منجر به مخالفت تفصیلی می‌گردد.^{۳۷}

نقد دلیل اول:

^{۲۹} کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۳۶۱؛ موسوی خلخالی، فقه الشیعه، ۴۸۷/۱.

^{۳۰} طباطبایی یزدی، العروه الوثقی، ۶۹۸/۲.

^{۳۱} خمینی، کتاب البیع، ۱۶۸/۵ و ۱۶۹.

^{۳۲} رشتی، کتاب القضاء، ۱۳۱/۲.

^{۳۳} طباطبایی یزدی، العروه الوثقی، ۷۰۰/۲.

^{۳۴} شهید اول، الدروس الشرعیه، ۳۳۳/۳؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۲۶/۲۶؛ خمینی، کتاب البیع، ۱۷۲/۵؛ طوسی، تهذیب

الاحکام، ۲۰۸/۶؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۴۵۱/۱۸.

^{۳۵} کلینی، کافی، ۴۱۹/۷ و ۴۲۱.

^{۳۶} سبزواری، مذهب الاحکام، ۲۲۳/۱۸.

^{۳۷} امامی خوانساری، تسدید القواعد، ۹۵/۱.

اولاً اندراج صلح قهري در برخی از ابواب عقود، دلالت بر عقد بودن آن ندارد و ممکن است صرفاً به جهت تشابه اسمی آن را در زمره عقود آورده باشند. ثانیاً سخن از صلح قهري در برخی ابواب غیر عقدي مانند خمس و دیات نیز آمده است.

دو: ظهور الفاظ صلح و تصالح در عقد بودن

چه در روایات و چه در کلمات فقیهان، کاربرد واژه‌های صلح و تصالح و مشتقات آنها ظهور در توافق دوجانبه دارد که عبارت دیگر عقد است. در هر صلحی دو طرف (مصلح و متصالح) وجود دارند و ارتباط این دو نفر از طریق یک عمل حقوقی دوجانبه یعنی عقد است. محقق سبزواری سخنی دارد که از آن چنین برداشت می‌شود که صلح قهري هم یک نوع عقد است. «... بله از آنجا که صلح در میان عقود، مبتنی بر تسهیل و تسامح است، در مورد آن آسان‌گیری شده به اندازه‌ای که فقیهان شیعه و سنی، گونه‌ای از صلح قهري را اثبات کرده‌اند».^{۳۸} فقیهی دیگر در خصوص حکم حاکم به تنصیف عینی که مورد تداعی دو نفر است می‌گوید: «این حکم موجب تحقق صلح قهري می‌شود و گواه آن ذکر مسئله در کتاب صلح است».^{۳۹}

نقد دلیل دوم:

ممکن است در نقد این دیدگاه گفته شود که این ظهور در حدی نیست که بتوان آن را به عنوان دلیل اتخاذ کرد. شاید مراد از «صلح قهري» در کلمات فقیهان با عقد صلح، تنها اشتراک لفظی داشته باشد.

دیدگاه دوم: حکم بودن مصادیق صلح قهري

برای استدلال بر این انگاره می‌توان این دلیل را ارائه کرد:

دلیل: تنافی عقدیت با قهر و اجبار

ممکن است چنین ادعا شود که جان‌مایه عقود که رضایت و قصد است با قهر و غلبه و اجبار ناسازگار است. بر این اساس، صلح در لغت به معنای سلیم و سازش است و در هر سازشی طیب نفس و میل قلبی سخن اول را می‌زند و طبیعی است که در صلح قهري و اجباری، طیب نفس و رضایت باطنی مفقود است و به همین جهت، قصد به معنی نیز امکان‌ناپذیر خواهد بود و با فقدان رکن رکن عقود، عقدیت چنین صلحی نیز مخدوش خواهد شد و اساساً تسمیه چنین نهادی به «صلح» مسامحه و بالعنایه خواهد بود. بر این اساس، چنین نهادی اصولاً از دایره عقود خارج است و نوعی «حکم» به شمار می‌آید. حکم شرعی خطایی از سوی شارع است که مبین تکلیف یا وضعی خاص است و به لحاظ آثار، قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست.^{۴۰} سید یزدی در شرح عبارت شیخ انصاری در باب مجهول بودن مالک و معلوم بودن مقدار^{۴۱} سخنی دارد که در آن به عدم لزوم اجرای صبغه در صلح قهري تصریح می‌کند. «این یکی از وجوه مسئله است و ظاهراً مراد عبارت، همان صلح شناخته شده است که در این صورت، چنانچه به گونه‌ای توافق و تصالح کردند که هیچ و در صورت اختلاف، حاکم آنها را بدون تعیین کیفیت، بر تصالح مجبور می‌کند و در صورت عدم امکان اجبار، تنصیف متعین است. البته بر اساس انتخاب این وجه، در

^{۳۸} سبزواری، مذهب الاحکام، ۲۲۳/۱۸.

^{۳۹} امامی خوانساری، تسدید القواعد، ۹۵/۱.

^{۴۰} بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۱۳/۱.

^{۴۱} انصاری، مکاسب، ۱۹۷/۲ تا ۱۹۸.

مقدار مشکوک، صلح قهری انجام شده است به این معنا که حکم شرعی تنصیف است و از این رو نیازی به اجرای صیغه صلح نیست. بلکه اگر خودشان بخواهند صلح کنند، این حق را دارند که به هر کیفیتی آن را واقع سازند.^{۴۲} این عبارت از معدود شواهدی است که بر حکم بودن صلح قهری از منظر برخی فقیهان گواهی می‌دهد چرا که سید یزدی تصریح می‌کند که «حکم شرعی» تنصیف است و از دیگر سو، نیاز به صیغه را نیز منتفی می‌شمارد.

همچنین محقق بحرانی عبارتی دارد که مؤید آن است که صلح قهری تناسبی با صلح معهود که در زمره عقود در معاملات ذکر می‌شود ندارد. او می‌نویسد: اصحاب امامیه در کتاب صلح احکامی را آورده‌اند که من دلیلی برای ذکر آنها در اینجا نمی‌بینم و تنها برای متابعت آنان ذکر کرده‌ام چرا که عنوان صلح (که حاکی توافق دو اراده است) در آنها وجود ندارد.^{۴۳} روشن است که بحرانی در عین حال که صلح قهری را می‌پذیرد، ذکر احکام آن در «کتاب صلح» را بر نمی‌تابد.^{۴۴}

یکی از معاصران در عدم تناسب صلح قهری با اجبار، چنین می‌نگارد: مراد از صلح قهری یعنی حاکم آنها را به صلح با رضایت خودشان مجبور بکند و الا صلح که قهراً نمی‌شود. بنابراین اگر باز هم عناد ورزیدند و با رضایت صلح نکردند باید قرعه بیندازند چرا که قرعه برای هر کار مشکلی است و اگر امکان صلح کردن وجود داشته باشد دیگر مشکلی نیست تا نیاز به قرعه باشد. اما این احتمال که بگوییم با هم شریک می‌شوند بعید است جداً و وجهی برای آن وجود ندارد.^{۴۵} ممکن است گفته شود مراد محقق خوئی اثبات تنافی میان صلح با اجبار و قهریت است نه تنافی آن با عقدیت. بلکه ظاهر کلام ایشان همین است اما بعید نیست این ناسازگاری از دو جهت باشد. یکی از جهت ناسازگاری اجبار با ماهیت صلح و دیگری ناسازگاری با مفهوم عقد که مبتنی بر توافق دو اراده است.

نقد دلیل:

این ادعا به وضوح باطل است. جان مایه عقد، قصد است ولی شرط نفوذ آن، رضایت است. از این رو، عقد فاقد رضایت، باطل نیست بلکه غیر نافذ است.^{۴۶} نهایت امر آن که اکراه بر صلح، یکی از مصادیق عقد اکراهی خواهد بود که مشهور فقیهان آن را غیر نافذ و در صورت ملحق شدن اجازه، صحیح می‌انگارند.^{۴۷} در فقه ما موارد دیگری نیز وجود دارد که عقدی بدون رضایت باطنی منعقد می‌شود. عقد مکروه (به شرط لحوق اجازه)، عقد فضولی به ویژه در صورت عدم رضایت مالک و یا نهی او از انعقاد قرارداد، فروش اموال محجوران و امثال آنها تعدادی از این موضوعات است. این موارد شاهد این هستند که فقدان رضایت مانع تحقق عقد و لو به صورت متزلزل نیست. ملاک برای تحقق عقد، وجود قصد و اراده است. توضیح آن که عقد فضولی و اکراهی از یک نظر شبیه صلح قهری و از جهتی هم متفاوت هستند. وجه اشتراک، وجود قصد و اراده در عاقد و عدم اذن و رضایت مالک (یا صاحب حق) است. اما وجه تمایز آن است که در فضولی و عقد اکراهی، نفوذ آن متوقف بر

^{۴۲} طباطبایی یزدی، حاشیة المکاسب، ۴۲/۱.

^{۴۳} بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۰۰/۲۱.

^{۴۴} قد ذکر الأصحاب فی هذا الكتاب (الصلح) أحكاماً لا أعرف لذكرها فيه وجهاً، لعدم صدق العنوان فيها، و انما ذکرتها تبعاً لهم فی المقام.

^{۴۵} خوئی، موسوعه، ۱۸۳/۳۱.

^{۴۶} خوئی، مصباح الفقاهة، ۵۵۹/۲.

^{۴۷} خوئی، مصباح الفقاهة، ۵۵۸/۲ تا ۵۶۲.

اجازه اصیل و مکروه (به فتح) است و لکن در صلح قهری، از حین عقد، آثار صحت بر آن بار می‌شود. سبب این تمایز آن است که در فضولی و اکراهی، شارع نقشی در عقد ندارد در حالی که در صلح قهری، انعقاد صلح بر اساس حکم و امر شارع صورت می‌پذیرد اگر چه در حین اجرای عقد، عاقد دارای قصد انشایی هست.

با این همه، به نظر می‌رسد بهتر آن است که صلح قهری با اکراه قانونی (اکراه به حق) بر معامله مقایسه شود. امری که در فقه و حقوق ردپاهای واضحی دارد. به این عبارت شهید توجه شود: بدان که بیع شخص مکروه تنها در مواردی متوقف بر اجازه است که به غیر حق باشد. اما چنانچه به حق باشد، بیه آن در موارد بسیاری جایز و نافذ است مانند جایی که حاکم، شخص را بر فروش اموالش جهت ایفای دین یا نفقه واجب، مجبور نماید.^{۴۸}

دیدگاه سوم (مختار): تفصیل در موارد مختلف صلح قهری

به نظر می‌رسد در چپستی‌شناسی صلح قهری، تفکیک بین عرصه‌ها مناسب تر باشد. در تقسیم قهری مال مشترک صلح ماهیت عقدی ندارد، همان طور که اصل تقسیم مال مشترک هم عقد شمرده نشده است. در مال حلال مختلط به حرام نیز، حکم شارع در واقع وجوب جلب رضایت مالک است و عقدی درکار نیست. اینک به توضیح این دیدگاه پرداخته می‌شود:

یک) صلح قهری به مثابه حکمی شرعی (مقام فتوا):

جریان صلح گاهی به صورت فتوا و بیان حکم شرعی توسط فقیه است. در حقیقت در بسیاری موارد، مکلفان از تعیین وظیفه شرعی خود سؤال می‌کنند. در این مرحله، بستگی به نوع حکم فقیه، گاهی شرعاً عمل به تصالح، مستحب و گاهی واجب است حتی اگر حاکم، امر به آن نکند. برخی از روایات و اقوال فقیهان، ناظر به این مرحله است. برخی از فقیهان صراحتاً این قسم را هم داخل در صلح قهری دانسته‌اند: چنانچه مالک معلوم و مقدار مال مجهول باشد، با صلح تراضی می‌کنند همان طور که در جواهر آمده است و اشکالی در مشروعیت و صحت چنین صلحی وجود ندارد زیرا ادله‌ی صلح اطلاق دارند. در جواهر فرموده گویا مرادشان از صلح، صورت صلح اجبار را نیز در بر می‌گیرد.^{۴۹} یکی از محققان می‌نویسد: ظاهر روایت و فتوای بسیاری از فقیهان آن است که حکم به تنصیف موارد مشتبّه یک حکم شرعی است که مقتضای «بید» است و از قبیل صلح قهری به شمار می‌رود. بنا بر این، نیازی به درخواست بینه از دو نفر یا طلب سوگند از یکی یا هر دو نیست. بله حاکم می‌تواند در صورت وجود بینه، آن را درخواست کند و در صورت وجود بینه برای هر دو، حکم به تعارض کند و دیگر احکام باب دعاوی و البته این احتمال هم هست که حاکم حق چنین کاری نداشته باشد و در صلح قهری، احکام دعاوی جریان نیابد منتها باید بر مفاد روایت و آنچه تنفیح مناط اقتضا دارد بسنده کرد.^{۵۰}

بحرانی در الحدائق در کتاب العاریه می‌گوید شهید ثانی در مسالک گفته است که اگر مالک بین یک قومی منحصر شد بر همه‌ی آنها «واجب» است که برای خلاصی از مشکل صلح بکنند.^{۵۱} شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام می‌فرماید: اگر

^{۴۸} . شهید ثانی، *الروضه البهیة*، ۲۲۷/۳، و اعلم أن بیع المکره إنما یقع موقوفاً مع وقوعه بغیر حق و من ثمّ جاز بیعه فی مواضع کثیرة، کمن أجبره الحاکم علی بیع ماله لوفاء دینه، و نفقة واجب النفقة...

^{۴۹} حکیم، *مصباح المنهاج کتاب الخمس*، ۱۳۹/۱.

^{۵۰} کاشف الغطاء، *انوار الفقاهه*، ۷/۱ و ۸.

^{۵۱} بحرانی، *الحدائق الناضرة*، ۵۱۸/۲۱.

مردی زنی را به عقد خود درآورد و مهریه او را چیزی فراد دهد که مقدار آن معلوم نیست. (البته آن مهریه را به مشاهده زن رسانده که مهر قرارداد آن صحیح باشد)، حال اگر این مهر غیر معلوم المقدار قبل از آنکه به قبض زن برسد، تلف شود در اینجا هیچ راهی بجز صلح یا ابراء نخواهد بود.^{۵۲} یا خوانساری در باب مال مخلوط به حرام در زمانی که مالک آن معلوم باشد ولی قدر مال مجهول باشد می‌نویسد: «... ولو علم المالك وجب التخلص منه بالمصالحة».^{۵۳} همان‌طور که در این عبارات ملاحظه می‌شود، انجام مصالحه، به عنوان یک فتوا و وجوب شرعی مطرح می‌شود. البته این با تسمیه «صلح» به «قهری» منافاتی ندارد زیرا در این موارد نیز انجام صلح، مأمور به شرعی است ولی خود عقد صلح، از روی اختیار خواهد بود.

امام باقر(ع) در نقض یکی از احکام صادره از یکی از قضات وقت در باب کرایه دابه‌ای که در راه تلف شده بود فرمود: ای بنده خدا حق نداری که هیچ کرایه‌ای به او ندهی و گفتم به دیگری، این بنده خدا تو حق نداری همه کرایه حیوانات را بگیری، اما باید به مقدار راهی مانده است و مقدار راهی که رفته است توجه کنی و آن را لحاظ کنی و بر آن مصالحه کنی (فاصلحا علیه ففعلا) و آن دو نفر هم این کار را انجام دادند.^{۵۴} امام(ع) امر به مصالحه می‌فرماید که ظهور در وجوب دارد.

در مبحث خیار عیب چنانچه مقومان در تقویم صحیح و معیب یا هر دو دچار تعارض گردند، احوط آن است که با تصالح، تخلص ورزند و البته قرعه هم بعید نیست.^{۵۵} اینجا هم تصالح را به عنوان یک احتیاط در فتوا مطرح می‌کنند.

در بسیاری از موارد دیگر نیز تصالح از طریق تنصیف و مانند آن به دو طرف، به عنوان حکم شرعی گفته شده است. مانند باب قرض؛^{۵۶} در باب ارث غرق و مهدوم علیهم.^{۵۷}

دو صلح قهری به مثابه حکم حاکم (مقام قضا):

گاهی حکم حاکم شرع در مقام قضاوت در یک واقعه خارجی است. تفاوت این مرحله از مرحله قبل آن است که در صورت قبلی دو نفر که دچار تنازع شده‌اند یا مالی میانشان مشتبه است، طبعاً از حکم شرعی این قضیه پرسش می‌کنند که پاسخ آنها در بعضی موارد، رجوع به تصالح است، ولی این جا برای رفع اختلاف به حکم شرع برای صدور حکم، مراجعه می‌نمایند. هر چند قضاوت حاکم نیز باید بر مبنای احکام و قواعد شرعی باشد. در این موارد، صلح به عنوان یک «حکم قضایی» بر طرفین یا فرد گرفتار شک و تردید تحمیل می‌شود. به عبارت بهتر، الزام به تصالح، «حکم شرعی» است اما تحقق صلح در قالب یک عقد تحقق می‌یابد هر چند در همین جا نیز می‌توان آن را نظیر اکراه قانونی در باب اجبار قانونی بر معامله داخل کرد که در عین عقد بودن، برخوردار از صحت و نفوذ است.

سید یزدی عبارتی دارد که به هر دو قسم اشاره می‌کند: ... ظاهر عبارت مکاسب همان صلح معهود است که در این صورت، چنانچه دو طرف تراضی و صلح کنند، که سخنی نیست ولی اگر تعاسر کردند، حاکم آنها را بر اجرای صلح، اجبار می‌کند

^{۵۲} شهید ثانی، مسالك الافهام، ۲۸۲/۸.

^{۵۳} خوانساری، جامع المدارک، ۵۸ و ۵۷/۳.

^{۵۴} بحرانی، الحدائق الناضرة، ۵۶۶/۲۱.

^{۵۵} خمینی، تحریر الوسیله، ۵۶۳/۱.

^{۵۶} بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۶/۲۰.

^{۵۷} سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۷۴/۳۰.

بدون آن که کیفیت آن را تعیین نماید. اما اگر اجبار آنها بر صلح ممکن نبود، تنصیف عین متعین می‌شود. اما شایسته‌تر بنا بر انتخاب این وجه، اراده صلح قهری در مقدار مشکوک است به این معنا که «حکم شرعی» تنصیف است و در این حالت، نیازی به اجرای صیغه صلح نیست. بله اگر خود آنها خواستار صلح باشند، می‌توانند آن را به هر کیفیتی بخواهند واقع سازند.^{۵۸} در جایی دیگر کلام صاحب جواهر در رجوع به صلح آن گونه که حاکم تشخیص دهد، ظهور دارد.^{۵۹} محقق خوئی صلح قهری را این گونه تعریف می‌کند: حاکم آنها را بر صلح توأم با تراضی اجبار کند، و گرنه صلح که به صورت قهری نمی‌شود. اینک اگر دچار تعاند شدند، نوبت به قرعه می‌رسد زیرا برای هر امر مشکلی است.^{۶۰} از عبارت محقق خوئی بر می‌آید که در صورت عدم امکان اجبار طرفین بر صلح قهری، باید سراغ قرعه رفت و حاکم حق اجرای صلح را ندارد.

اصولاً در هر عبارتی که تعابیر «قضی» و «حکم» آمده است، مراد این قسم است. محقق حلی در شرایع^{۶۱} در باب شرکت در قتل می‌نویسد: برای حقن دم و پایمال نشدن خون مقتول حکم به مصالحه می‌شود همچنین علامه با تعبیر «یقضی بالصلح حقناً للدم» همین نظر را دارد.^{۶۲} همچنین شیخ مفید در باب شرکت اعمال که از نظر ما باطل است می‌نویسد: ولی اگر عمل آنها قابل تمییز نباشد حکم به مصالحه می‌شود.^{۶۳} حلی نیز شبیه همین عبارت را دارد.^{۶۴} باید این مسئله را به درهمی که میان دو نفر در باب ودیعه مشتبه شده است ملحق ساخت و صلح قهری را جاری کرد. دیگر در باب افتراق صلح قهری از احکام دعاوی می‌نویسد: همان طور که قضاوت در مسئله درهم متوقف بر سوگند دادن نیست و تنها حاکم به تنصیف حکم می‌کند، در محل بحث نیز بین آن دو به نصف حکم می‌کند زیرا این یک حکم شرعی و صلح قهری است که با دلیل شرعی ثابت شده است.^{۶۵}

سه) صلح قهری با قائم مقامی حاکم یا ولی

مرحله سوم که باز هم در بستر قضا شکل می‌گیرد آن است که طرفین به انجام صلحی که بر آنها واجب شرعی است عمل نکنند، یا اساساً قادر به انجام آن نباشند مانند آن که یکی از دو طرف، صغیر است. در چنین مواردی، بر اساس روایات، اراده حاکم یا ولی، قائم مقام اراده طرفین یا یک طرف می‌شود «یصلح الولی الشرعی أو الحاکم».^{۶۶} محقق خوئی نیز می‌نویسد: در صورت عدم امکان اجبار طرفین بر صلح، حاکم آنها را بر مصالحه، اجبار می‌کند و در صورت امتناع از مصالحه، حاکم خود بالمباشره اقدام به انجام عمل می‌کند.^{۶۷} چنین عقدی همه عناصر و ارکان عقد را جز رضا دارد و گویا شارع، اراده خود را قائم مقام رضایت متعاقدان کرده است. چنین خصوصیتی منحصر به فرد نیست و مواردی دیگر نیز در فقه هست که عقد یا ایقاعی به صورت اجباری بر یک طرف یا طرفین تحمیل می‌گردد. نظیر بارز آن در ایقاعات طلاق حاکم از سوی زوج است که قهراً

^{۵۸} طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب، ۴۲/۱.

^{۵۹} صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۹۰/۲۳.

^{۶۰} خوئی، موسوعه، ۱۸۳/۳۱.

^{۶۱} محقق حلی، شرائع الاسلام، ۲۰۲/۴.

^{۶۲} علامه حلی، تحریر الأحکام، ۴۶۷/۵.

^{۶۳} مفید، المقنعه، ۶۳۲.

^{۶۴} حلی، الکافی فی الفقه، ۳۴۳.

^{۶۵} رشتی، کتاب القضاء، ۱۳۱.

^{۶۶} امامی خوانساری، جامع المدارک، ۵۷/۳ و ۵۸.

^{۶۷} خوئی، موسوعه، ۱۸۳/۳۱.

بر او تحمیل می‌شود. یا مواردی که حاکم عقدی را از طرف محجور واقع می‌سازد. می‌توان گفت همانطور که حاکم گاهی می‌تواند اقدام به انشای طلاق یا عقد از سوی دیگری نماید، می‌تواند اقدام به انشای صلح از سوی غیر نماید. اینکه حاکم متولی انشای عقد شود، با عقد بودن آن عمل حقوقی، تنافی ندارد. همچنین در بیع اموال محکوم نیز می‌توان نوعی اجبار و قهر را در انعقاد عقد مشاهده کرد.

کاشف اللغطاء معتقد است که صلح قهری همواره توسط حاکم درخواست می‌شود بر خلاف صلح اختیاری که توسط خود متنازعان انجام می‌شود.^{۶۸}

یکی از محققان معاصر می‌نویسد: سزاوارتر در همه این موارد یعنی مال مردد بین دو نفر، حکم به تصنیف بر اساس قاعده عدل است که یا از قبیل صلح قهری است به این که خود حاکم متولی اجرای صیغه صلح از طرف دو نفر شود اگر چه که با رضایت آنها هم نباشد و یا حاکم تنها حکم به اجرای صلح می‌دهد و این که شخص غیر مالک، مالک نصف می‌شود از باب تعبد صرف است حتی اگر منازعه‌ای هم در میان نباشد.^{۶۹} از عبارت ایشان چنین بر می‌آید که «صلح قهری» حتماً باید توسط خود طرفین منازعه صورت پذیرد.

در برخی صور که هیچ یک از دو مال دارای تعیین واقعی و نفس الامری نیستند، تنها تصالح و تراضی و در صورت امتناع، اجبار حاکم بر تصالح می‌داند و برای قرعه وجهی نمی‌شناسد. او در ادامه می‌افزاید: چنانچه اجبار به تصالح ممکن نبود، حاکم رأساً به تقسیم مال می‌پردازد.^{۷۰}

یکی از محققان در مسئله تردد مالکیت سه درهم میان غاصب و دیگری می‌نویسد: اگر با صلح و مانند آن تراضی کردند که سخنی نیست و قطعاً صحیح و نافذ است و لکن اگر مالک حرام از صلح کردن ابا کرد، چند وجه و بلکه چند قول وجود دارد: نخست صلح اجبار است یعنی حاکم شرعی او را بر انجام صلح اجبار می‌کند. کاشف الغطاء^{۷۱} و گروهی دیگر^{۷۲} این قول را برگزیده‌اند. دلیل آنان این است که حکم شرعی در مقام، صلح است و چنانچه یکی از آنها ابا کند، حاکم او را اجبار می‌کند و اگر اجبار او ممکن نبود، خود حاکم متصدی اجرای صلح می‌شود و مال در نزد او از باب ولایت حسبی، امانت می‌ماند.^{۷۳}

البته باید توجه داشت شروطی که حاکم می‌تواند بر آنها اجبار بکند دو دسته است: در یک دسته از شروط، انشا و قصد لازم نیست مانند دوختن و رنگ؛ در این گونه شروط مشکلی وجود ندارد. اما شروطی که نیاز به انشا دارد، اگر فرد امتناع بکند

^{۶۸} کاشف الغطاء، انوار الفقاهه، ۱۸۲/۱-۱۸۳.

^{۶۹} حلی، اصول الفقه، ۲۲۷/۶ و ۲۲۸.

^{۷۰} موسوی خلخالی، فقه الشیعه، ۵۱۱/۱، از عبارت برخی چنین به دست می‌آید که مراتب صلح قهری به این صورت است که ابتدائاً باید طرفین خودشان تصالح کنند و رضایت بدهند و اگر خودشان صلح نکردند حاکم آنها را مجبور به صلح می‌کند و اگر باز هم صلح نکردند حاکم خودش مال را بین آنها تقسیم می‌کند یا قرعه می‌افکند (کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۳۶۱)؛ اما حکیم بر این باور است که در صورتی که بر اثر کثرت احتمالات ممکن در مسئله، افکندن قرعه با تعذر مواجه باشد، حاکم باید با صلح قهری مسئله را علاج کند (حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ۲۳/۱۳).

^{۷۱} به نقل از انصاری، مکاسب، ۲۴۵/۱.

^{۷۲} صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۷۴/۱۶ و ۷۵.

^{۷۳} موسوی خلخالی، فقه الشیعه، ۴۸۷/۱.

دو صورت وجود دارد: الف: حاکم بر انجام دادن آن شرط اجبار کند و نیازی به رضایت فرد نیست چرا که اینجا اکراه به حق است مثل اکراه محتکر بر فروش اموالش که اگر خودش این کار را نکرد حاکم به جای او بفروشد. ب: حاکم خودش ابتدائاً می‌تواند انشای عقد بکند. هر دو صورت هم وجیه است و دارای توجیه است. همینطور در مواردی که نیاز به قصد قربت است اما خود عمل قابلیت الزام دارد مثل صدقه دادن بر فقرا؛ در اینجا امکان دارد که گفته شود حاکم می‌تواند فرد را ملزم به صدقه دادن بکند و خود حاکم به جای فرد قصد تقرب بکند مثل اجبار کردن بر پرداخت زکات و خمس.^{۷۴}

خلاصه نظر مختار آن است که نمی‌توان همه موارد صلح قهری را یک گونه تفسیر کرد. در مواردی مانند مال مخلوط به حرام، صلح به مثابه یک حکم و الزام شرعی است و تسمیه آن به صلح که مفهوماً دلالت بر رضایت دارد، با مسامحه توأم است. اما در مصادیقی مانند تصیف در باب ودیعه، در مرحله نخست، تصالح عقدی است که همه ارکان عقد از جمله قصد و رضا را در بر دارد.

۶- مبانی صلح قهری

اما این که علت یا حکمت دخالت شارع در امری که اولاً و بالذات، از حقوق و اختیارات متعاقدان است چیست، نیازمند بازشناسی مبانی چنین صلحی است. با بررسی انجام شده، سه مصلحت حسم ماده نزاع، اجرای انصاف، رعایت احتیاط شناسایی گردید که در ذیل مورد تحلیل قرار می‌گیرد:

نخست: حسم ماده نزاع

موارد بسیاری در متون فقهی وجود دارد که حاکم برای از بین بردن ریشه اختلاف و خشکاندن اصل تنازع، طرفین یا یک طرف دعوا را ملزم به امری می‌سازد. این مداخله گاهی از باب حکم شرعی کلی و تطبیق آن بر مورد خارجی و گاهی به مثابه یک مداخله قضایی است. قضیه پیامبر(ص) با سمره بن جندب واجد هر دو ویژگی است. امر پیامبر(ص) به کندن درخت خرما، یک کنش قضایی و به منظور پایان دادن حتمی به منازعه سمره با انصاری بود.^{۷۵} اما گزاره «لا ضرر» که در ذیل همین واقعه صادر شد، در جهت تشریح حکمی کلی برای جلوگیری از تحقق ضرر و اضرار بود.^{۷۶} یا در مورد تعیین ارش در جراحات خاص، قبلاً از قول امام خمینی(ره) گفته شد که قاضی باید حکمی صادر کند تا ماده نزاع ریشه‌کن شود. حال قاضی باید یا به مصالحه امر کند یا بر حسب مصالح مقدار معادل تعیین نماید و یا وی را تعزیر کند.^{۷۷} ایشان صراحتاً قاضی را موظف به صدور حکمی می‌کنند که ماده نزاع را قلع و ریشه اختلاف را از بین ببرد و یکی از مصادیق این حکم را امر به مصالحه تعیین می‌فرمایند. که این امر به مصالحه همان صلح قهری است. به این شکل که قاضی در شرایطی که حکم مشخصی وجود ندارد و برای رفع ماده نزاع طرفین را امر و اجبار به مصالحه می‌نماید. این امر به مصالحه از سمت قاضی قاعدتاً یک حکم اجباری و لازم الاجراست و پیشنهاد یا توصیه به صلح نیست.

شیخ انصاری در صلح اجبار دو احتمال را مطرح می‌کند: نخست آن که حاکم تنها بر اصل صلح آنها را اجبار می‌کند ولی متعلق صلح را تحمیل نمی‌کند زیرا چیزی که ثابت است، اکراه بر اصل مصالحه است. دوم آن که آنها را ملزم بر مصالحه به

^{۷۴} خمینی، کتاب البیع، ۳۳۸/۵.

^{۷۵} ایروانی، دروس تمهیدی، ۱۳۳/۱.

^{۷۶} سیستانی، قاعده لاضرر، ۱۳۵ تا ۱۳۷.

^{۷۷} خمینی، تحریر الوسیله، ۶۳۳/۲.

تتصیف کند زیرا اگر یکی بر دیگری افزونی داشته باشد، مانند این که همه مال به او داده شود، ترجیح بلا مرجح است.^{۷۸} علت تشریح صلح قهری آن است که شارع در موارد اجرای صلح قهری، به اعتبار ولایتی که بر همه دارد و مالک واقعی است حق چنین چیزی را دارد و از این اخبار دانسته می‌شود که حکم شرعی در این موارد، صلح قهری است و با این صلح، هر کدام واقعاً مالک نصف می‌شوند؛ از این رو، اگر کسی که هر دو نصف به او منتقل شده است با آن کنیزی بخرد، مالک او می‌شود.^{۷۹}

دو: اجرای قاعده انصاف (یا تنصیف)^{۸۰}

مفاد قاعده انصاف که گاهی عدل و انصاف نیز خوانده می‌شود، آن است که حقوق و اموال مشتبه به طور منصفانه میان مدعیان توزیع گردد مانند این که مالی میان این که از آن زید است یا عمرو، مشتبه شده و علم اجمالی وجود دارد که مال متعلق به یکی از آن دو است ولی اماره‌ای بر تعیین وجود ندارد. در چنین مواردی مال میان دو نفر تقسیم و تنصیف می‌گردد. مدرک این قاعده افزون بر جمع بین حقیین^{۸۱}، روایات بسیاری است که در ابواب مختلف وارد شده است. به عنوان نمونه صحیحہ عبد اللہ بن مغیرہ از امام صادق (ع) در مورد دو نفر که دو درهم داشتند و یکی می‌گفت هر دو متعلق به من است و دیگری می‌گفت یک درهمش مال من است.^{۸۲} ذیل این صحیحہ بر تنصیف و قاعده انصاف^{۸۳} دلالت دارد.^{۸۴} محقق خوئی در جایی که ضرر مالی به سبب آفت سماوی بر دو شریک وارد آید، حکم به تنصیف ضرر داده و آن بر قاعده عدل و انصاف که مبنای عقلایی دارد، استوار می‌سازد.^{۸۵} یکی دیگر از فقیهان معاصر نیز می‌نویسد: «بهتر است در همه این موارد که مالی میان دو نفر مردد است، بر اساس «قاعده عدالت»، حکم به تنصیف شود که یا از قبیل صلح قهری باشد که حاکم شرع متصدی اجرای صیغه صلح از جانب طرفین ولو بدون رضایت آنان باشد یا به صلح قهری حکم می‌کند و یا آنچه بدان حکم کرده است، نتیجه صلح است و بالتبع شخص غیر مالک، از باب تعبد شرعی مالک نصف می‌گردد. به هر حال، هر کدام در واقع مالک نصف می‌شود. البته اگر یکی از آن دو نفر عالم به خلاف بود، چنین صلح قهری در حقیقت نافذ نیست یا نتیجه صلح قهری در حق او جریان نمی‌یابد و او مالک نصف نمی‌شود بلکه بر ملکیت مالکش باقی می‌ماند».^{۸۶}

سه: رعایت اصل احتیاط

^{۷۸} انصاری، کتاب الخمس، ۱/۲۴۳ تا ۲۴۵.

^{۷۹} جواهری، غایه المأمول، ۶۷/۲.

^{۸۰} نباید قاعده انصاف را با قاعده‌ای که اخیراً به قاعده عدالت اشتباه یافته است اشتباه کرد. برای اطلاع بیشتر در خصوص قاعده عدالت، بنگرید: «عدالت به مثابه قاعده فقهی»، نقد و نظر، شماره ۳ و ۲، ۱۳۷۶.

^{۸۱} اخذ به یکی از دو طرف تنازع، ترجیح بلا مرجح است و با انصاف و عدالت ناسازگار است. ترک دو طرف نیز بی‌وجه و سبب هدر رفتن حقوق است، بنا بر این، مقتضای جمع بیان دو طرف شبهه، تنصیف است.

^{۸۲} حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۶۹/۱۳.

^{۸۳} قواعدنویسان معمولاً از این قاعده به انصاف یا تنصیف تعبیر می‌کنند.

^{۸۴} مصطفوی، مآه قاعده فقهیه، ۱۵۹.

^{۸۵} خوئی، مصباح الاصول، ۲/۵۶۳ و ۵۶۴.

^{۸۶} حلی، اصول الفقه، ۱۶/۲۲۷ و ۲۲۸.

احتیاط یک اصل عملی است که مجرای آن وجود شک در مکلف به است. اجرای احتیاط غالباً همراه با علم به فراغ ذمه و تحصیل واقع مشتبه است. بحث احتیاط و مجاری و ادله آن در مباحث اصول عملیه دانش اصول آمده است.^{۸۷} رعایت احتیاط، یکی از مصالحی است که شارع در موارد مختلف از جمله در شبهات مالی مقرر داشته است و معتضد به عقل و بنای عقلا نیز هست. یکی از مصالح و حکمت‌هایی که شارع در باب اختلاف افراد و امور مشتبه، مقرر داشته است، رعایت اصل احتیاط است. در موضوع اشتباه مقدار مال مخلوط به حرام، کاشف الغطاء می‌نویسد: اگر اندازه مجهول باشد، با مالک، صلح اختیاری می‌کند یا از سوی حاکم، صلح قهری صورت می‌پذیرد یا مقداری می‌پردازد که یقین به تفریغ ذمه پیدا کند و همه این احکام به سبب رعایت احتیاط است.^{۸۸} اگر دو نفر فوت کنند که بین ایشان رابطه توارث (مثل پدر و فرزند که از هم ارث می‌برند) برقرار باشد اما زمان فوت آنها مشخص نیست که مقارن هم بوده یا یکی مقدم بر دیگری بوده است. حال اگر تقدم و تاخیری وجود داشت ولی معلوم نباشد کدام یک زودتر فوت نموده است برای تعیین وارث با مشکل و ابهام مواجه خواهیم شد. در چنین حالتی رجوع به قرعه محتمل است و احتیاط، در صلح کردن است که به واسطه امر احتیاطی، ظهور در صلح قهری دارد.^{۸۹} چهار قول در مقدار دیه شبه عمد مطرح است. حکم کردن به اینکه فرد جانی، مخیر شود بین یکی از آنها، بعید نیست اگر چه قابل خدشه می‌باشد و احتیاط واجب در مصالحه کردن است.^{۹۰}

نتیجه:

یکم. صلح قهری در مقابل صلح اختیاری به معنای مصالحه کردن قهری و جبری دو نفر به سبب اشتباه در برخی امور است که توسط شارع لازم دانسته شده است.

دوم. در چستی صلح قهری اتفاق نظر وجود ندارد. یک احتمال عقد بودن صلح قهری است. احتمال دیگر، حکم شرعی بودن آن است. احتمال سوم که در این نوشتار تقویت شده است، آن است که صلح قهری در همه اشکالش، عقد است و تفاوت در مبادی و نحوه شکل‌گیری آن است.

سوم. شکل‌گیری صلح قهری دارای سه مرتبه است: نخست توصیه یا امر به تصالح از سوی شارع در مواردی که راهی به جز تصالح وجود ندارد. دوم اجبار طرفین منازعه توسط حاکم و سوم هم اجرای صلح توسط حاکم یا ولی طرفین است. در همه این موارد، فارغ از این که منشأ صلح چه باشد، اجرای صلح از سوی دو طرف، یک نوع تعاقد است. نهایت، این عقد در مورد حکم شرعی به وجوب تصالح، توأم با قصد و غالباً رضایت است ولی در مورد حکم حاکم به مثابه یک حکم قضایی، طرفین با قصد و غالباً بدون رضایت اقدام به تصالح می‌کنند و در مورد اجرای صلح توسط خود حاکم، اصولاً انعقاد عقد از اختیار دو طرف خارج است.

^{۸۷} نائینی، فوائد الاصول، ۴/۴ تا ۶.

^{۸۸} کاشف الغطاء، أنوار الفقاهة ۱/۱۸۳ و ۱۸۲.

^{۸۹} خمینی، تحریر الوسیله، ۶۰۲/۱.

^{۹۰} خمینی، تحریر الوسیله، ۵۵۷/۲.

چهارم: امر دو طرف به تصالح، یک حکم شرعی و فتوا است که در موارد منصوص جریان می‌یابد حتی اگر متنازعان به حاکم رجوع نکنند. اما مورد اجبار و قائم مقامی حاکم، یک موقعیت قضایی است هر چند در برخی از قواعد و احکام باب دعاوی، منحصر به فرد است.

پنجم: این که به چه سبب، شارع عقدی را که ذاتاً از اموری اختیاری و مبتنی بر تراضی است به طرفین تحمیل کرده است، مسبوق به علل و مصالحی مانند حسم ماده نزاع، رعایت اصل عدالت و انصاف و مراعات جانب احتیاط است.

منابع:

۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین. مکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
۴. کتاب الخمس. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. ۱۴۱۵ق.
۵. ایروانی، باقر. دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة. قم: مؤسسه الفقه للطباعة و النشر. ۱۴۱۷ق.
۶. بجنوردی، سید حسن. القواعد الفقهیة. قم: نشر الهادی (ع). ۱۳۷۷.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. مصحح: محمد تقی ایروانی، سید عبدالرزاق مقرم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
۸. بحر العلوم، سید محمد. بلغة الفقیه. قم: مکتبه الصادق (ع). ۱۳۶۲.
۹. جواهری، محمد تقی. غایة المأمول من علم الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۶.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم للملایین. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
۱۱. حرّعاملی، محمد بن حسن. تفصیل و سائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام). ۱۴۰۹ق.
۱۲. حکیم، سید محسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر، ۱۳۷۴.
۱۳. حکیم، سید محمد سعید طباطبایی. مصباح المنهاج کتاب الخمس. بیروت: دارالهلل. چاپ اول، بی تا.
۱۴. حلبی، تقی الدین بن نجم الدین. الکافی فی الفقه. مصحح: رضا استادی. اصفهان: کتابخانه امام امیر المومنین علیه السلام. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
۱۵. حلی، حسین. اصول الفقه. قم: مکتبه الفقه و الاصول المختصه. چاپ اول، ۱۴۳۲ق.
۱۶. خمینی، روح الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

۱۷. _____ . تحرير الوسيلة. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خميني قدس سره. ۱۳۹۲.
۱۸. خوانساری، سيد احمد. جامع المدارك في شرح مختصر النافع. مصحح: علي اكبر غفاري. قم: موسسه اسماعيليان. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
۱۹. خويي، سيد ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئي. مقرر: موسى خلخالی و ديگران. قم: موسسه إحياء آثار الامام الخوئي. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
۲۰. _____ . مصباح الاصول. مقرر: بهسودي. قم: انتشارات داوری. ۱۴۱۷ق.
۲۱. _____ . مصباح الفقاهة. مقرر: توحيدى. قم: انتشارات داوری. بی تا.
۲۲. رشتي حبيب الله بن محمد علي. كتاب القضاء. مصحح: سيد احمد حسيني. قم: دار القرآن الكريم. چاپ اول، ۱۴۰۱ق.
۲۳. سبزواری، سيد عبد الاعلی. مهذب الاحكام في بيان الحلال و الحرام. قم: موسسه المنار. ۱۴۱۳ق.
۲۴. سيستاني، سيد علي حسيني. قاعده لا ضرر. قم: مكتبة آيت الله العظمى سيستاني. ۱۴۱۴ق.
۲۵. شهيد اول، محمد بن مكى. الدروس الشرعية في فقه الإمامية. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.
۲۶. شهيد ثانی، زين الدين بن علي. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى). شارح: سيد محمد كلانتر. قم: كتابفروشى داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
۲۷. _____ . مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام. قم: موسسه المعارف الاسلاميه. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
۲۸. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام. مصحح: عباس قوچانی، علي آخوندی. بيروت: دار احياء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
۲۹. طباطبایي يزدی، سيد محمد كاظم بن عبد العظيم. العروة الوثقى فيماتعم به البلوى. بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات. ۱۴۰۹ق.
۳۰. طريحي، فخرالدين بن محمد. مجمع البحرين. تهران: مرتضوى. چاپ سوم، ۱۳۷۵.
۳۱. طوسى، محمد بن حسن. تهذيب الاحكام. مصحح: حسن الموسوى خراسان. تهران: دار الكتب الاسلاميه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
۳۲. علامه حلى، حسن بن يوسف. تحرير الاحكام الشرعية، قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۲۰ق.
۳۳. _____ ، تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
۳۴. فراهيدى، خليل بن احمد. كتاب العين. قم: نشر هجرت. ۱۴۰۹ق.
۳۵. كلينى، ابو جعفر محمد بن يعقوب. الكافي. مصحح: علي اكبر غفاري و محمد آخوندی. تهران: دار الكتب الاسلاميه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
۳۶. كاشف الغطاء، جعفر بن خضر. كشف الغطاء عن مهمات الشريعة الغراء. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علمیه قم. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
۳۷. كاشف الغطاء، حسن. انوار الفقاهة. نجف: مؤسسه كاشف الغطاء العامة. ۱۴۲۲ق.
۳۸. نائينى، محمد حسين. فوائد الاصول. مقرر: محمد علي كاظمي خراسان. قم: مؤسسه نشر اسلامي، بی تا.

۳۹. محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. محقق: عبدالحسین محمد علی بقال. قم: مؤسسه اسماعیلیان. ۱۴۰۸ق.
۴۰. مصطفوی، حسن. التحقيق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۸.
۴۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان. المقتنعة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۰ق.
۴۲. مصطفوی، سید محمد کاظم. مائة قاعدة فقهية معنی و مدرکاً و مورداً. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۷ق.
۴۳. موسوی خلخالی، محمد مهدی. فقه الشيعة كتاب الخمس و الأنفال. قم: دار البشير. چاپ اول، ۱۴۲۷ق.
۴۴. مهریزی، مهدی، «عدالت به مثابه قاعده فقهی»، نقد و نظر، شماره ۲ و ۳، ۱۳۷۶.