

قواعد فقه مدنی

این جزوه، تلخیص بخشهایی است از کتاب

قواعد فقه تألیف مصطفی محقق داماد

مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ: دوازدهم، ۱۳۸۳ ش.

این جزوه حاوی آیات شریف قرآن کریم و روایات ائمه طاهرين عليهم السلام است؛ حتی الامکان با وضو تورق نمایید

عملی	نظری	
-	۲	واحد
-	۳۲	ساعت

نام درس : قواعد فقه ۱

پیش نیاز: اصول فقه ۲ و متون فقه ۳
الف: سر فصل آموزشی و رئوس مطالب

ردیف	سر فصل و ریز محتوا	زمان یادگیری (ساعت)	
		نظری	عملی
۱	بخش اول : مسایل ۱. قاعده فقهی ۲. مساله اصولی ۳. احکام تأسیسی و امضایی ، احکام شرعی و عقلی و تکلیفی و وضعی ۴. مباحث شرط ۵. سب مانع	۱۲	-
۲	بخش دوم : قواعد ۱. قاعده لاضرر و لاضرار ۲. قاعده اعراض ۳. قاعده ضمان ید ۴. ضمان مقبوض به عقد فاسد ۵. قاعده اتلاف و تسبیب ۶. قاعده غرور ۷. قاعده اقدام ۸. قاعده صحت	۲۰	-



ب: منابع درسی: (مؤلف/مترجم) عنوان منبع، ناشر، سال انتشار)

- ۱- دکتر ابوالحسن محمدی - قواعد فقه - انتشارات میزان - دادگستری - ۱۳۷۷
- ۲- محقق داماد - قواعد فقه - انتشارات نشر علوم اسلامی - ۱۳۸۳
- ۳- قبله ای - قواعد فقه - انتشارات سمت - ۱۳۸۰
- ۴- بجنوردی - قواعد فقه - انتشارات اسماعیلیان - ۱۳۶۸
- ۵- نایلسی ، عبدالغنی بن اسماعیل ، کشف الخطای عن الاشباه و النظائر : نسخه خطی ، موجود در رباط ، مکتبه الخزانة العامة ، شماره ۲۷۳۰ ک
- ۶- Brown , W.J.; GCSE Law ; ۴th ed ., Sweet and Maxwell , ۱۹۸۹.
- ۷- Merite Student Encyclopedia : US : Collier , ۱۹۷۰.
- ۸- Encyclopedia Britannica , London : Encyclopedia Britannica Inc ., ۱۹۶۸.

۱ کلیات

۱. ارکان علوم

تمام علوم سه رکن اساسی دارند که اهل فن از آنها به «اجزای علوم» تعبیر می کنند و عبارتند از: موضوع، مبادی و مسائل.

(الف) موضوع: موضوع هر علم، چیزی است که در آن از عوارض ذاتی آن بحث می شود و مطالب علمی، در اطراف آن، نفی و اثبات می گردد. مثلاً در علم حساب، تمام مطالب، از قبیل جمع، تفریق، ضرب و تقسیم در مورد عدد است و یا در علم پزشکی، تمام مطالب مربوط به بدن انسان است و لذا در علم حساب، عدد و در علم پزشکی، بدن آدمی موضوع محسوب می گردد.

(ب) مبادی: مبادی علم به طور اجمال عبارت است از تعریفات و تصدیقاتی که قبل از ورود به هر علم در مورد موضوعات و محمولات آن علم به عمل می آید و برای آگاهی و شناخت دانش پژوه مفید و لازم است، به نحوی که بدون تصور و تصدیق آنها ورود به آن علم شایسته نیست.

(ج) مسائل: مسائل هر علم در تمام قلمرو آن علم، مطلوب و مورد نظر جویندگان آن است. در اصطلاح اهل منطق، مسائل را به خاطر آن که منظور و هدف نهایی پژوهندگان است، «مطالب» نامیده اند.

۲. ارکان علم فقه

علم فقه از داشتن سه رکن اساسی فوق مستثنا نیست و مانند سایر دانش ها دارای اجزای سه گانه زیر است:

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲

(الف) موضوع: در علم فقه در مورد احکام پنج گانه تکلیفی (وجوب، استحباب، حرمت، کراهت و اباحه) و احکام وضعی از قبیل سببیت، شرطیت، مانعیت، صحت، فساد، و بطلان سخن به میان می آید. ولی توجه به احکام فوق نشان می دهد که همگی آنها عوارض و شئون افعال مکلفان هستند و بنابراین، موضوع علم فقه عبارت است از «افعال مکلفان». احکام تکلیفی و وضعی عوارض ذاتی این افعال است که در فقه در مورد آنها بحث و گفتگو می شود.

(ب) مبادی: مبادی علم فقه، شناختن اجزا و موضوعات و آگاهی از منابع استنادی آنها و نیز تحلیل قضایای کلیه ای است که به عنوان «کبری» و قاعده کلی در علم فقه مورد استفاده قرار می گیرند. بسیاری از مبادی علم فقه که چندان بداهت عقلی ندارند باید در علم دیگری بررسی شوند و لذا بخشی از مبادی علم فقه در علم اصول فقه تحلیل و بررسی می شوند؛ چنان که بخشی از مبادی فلسفه نیز در علم منطق بررسی می گردند.

(ج) مسائل: قضایایی از قبیل «نماز واجب است»، «روزه واجب است»، و «عقد بیع لازم است» از مسائل فقه هستند. در این گونه قضایا، همان گونه که ملاحظه می شود احکام، اعم از تکلیفی و وضعی، محمول قضیه را تشکیل می دهند و موضوع قضایا، افعال برخاسته از آنهاست. مباحث مربوط به شکل و ماهیت عبادات و معاملات نیز از مسائل علم فقه به شمار می روند. به عبارت دیگر، مسائل فقه، مباحثی هستند که در باب قوانین و مقرراتی که پروردگار در مورد جزئیات اعمال و رفتار بندگان وضع کرده، مطرح می شوند.

۳. قواعد فقه

قواعد فقه، فوعل های بسیار کلی هستند که منشأ استنباط قوانین محدودتر می شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارند، بلکه مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار می گیرند. به یک اعتبار، قواعد فقه بخشی از مسائل فقه و به اعتباری دیگر، از مسائل علم اصول

فقه هستند و وجوه مشترکی با هر دو دارند، ولی تفاوت‌هایی نیز بین آن‌ها مشاهده می‌شود؛ بدین توضیح که با مسائل علم اصول این تفاوت را دارند که قواعد فقهی چنان نیستند که فقط واسطه و وسیله استنباط و کشف احکام گردند، چرا که قواعد فقهی به یک اعتبار، خودشان «احکام» هستند، نه واسطه‌ای برای کشف، درحالی که مسائل علم اصول چنین وصفی دارند. برای مثال، قاعده «لا ضرر و لا ضرار» خود حکمی شرعی است که به موجب آن، ایراد ضرر و زیان به دیگری، و یا «احکام ضرری» نفی شده است. هر چند

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۳

بر مبنای این قاعده، فتاوی متعددی از فقیه صادر می‌گردد، ولی این نکته بدان معنا نیست که قاعده مزبور، وسیله و ابزار و به عبارت دیگر، دستور و طریق کشف حکم شرعی باشد. به دیگر سخن، می‌توان گفت: «علم اصول روش کشف و استنباط احکام شرعی است، ولی قواعد فقه، نهادها و بنیادهای کلی فقهی هستند که با توجه به کلیت و شمول خود، فقیه در موارد مختلف از آن‌ها استفاده می‌کند».

از طرفی، قواعد فقه با مسائل فقه این تفاوت را دارند که عام و شامل هستند، نه خاص و موردی. به طور مثال، فرق است میان قاعده لا ضرر که یک حکم کلی است با این مسأله که می‌گوید: هرگاه چاه منزل کسی به دیگری خسارت وارد سازد، مالک چاه باید از عهده جبران خسارات وارد برآید.

۴. نظریه فقهی

برخی نویسندگان، به ویژه عرب‌زبانان اخیر، قواعد فقهی را به صورت مترادفی برای «نظریه عام فقهی» به کار برده‌اند؛^۱ اما با اندکی تأمل تفاوت میان این دو اصطلاح روشن خواهد شد.

اصطلاح نظریه عام فقهی کاملاً جدید است و ظاهراً توسط حقوقدانان مسلمان که علاوه بر آشنایی با فقه، متأثر از حقوق غربی بوده‌اند، در آثار فقهی اسلامی معاصر نفوذ کرده است، آن هم فقط برای مقارنه و تطبیق میان دو نظام فقهی و حقوق موضوعه و مرتب کردن مباحث فقهی بر اساس روش‌های جدید.

در اینجا لازم است ضمن قدردانی و تقدیر از کوشش‌های این گروه از فقهای آگاه به زمان، توجه آنان را به تمایز دقیقی که میان قواعد فقه و نظریات عام فقهی وجود دارد، جلب کنیم. نظریه عام فقهی در واقع، مجموعه‌ای از ارکان، شروط و احکامی است که وحدت موضوع حاکم بر همه آن عناصر، میان آن‌ها رابطه فقهی برقرار ساخته است.

برای مثال، نظریه عقد که با «theory of contract» در حقوق غرب مطابقت دارد، در حقیقت «فقه عقد» است و با «law of contract» تطبیق می‌کند و عبارت است از مجموع مباحث، ارکان، شروط و احکام عقد.^۲

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۴

در این باره سنهوری می‌گوید: «در فقه اسلامی قدیم، نظریه‌ای عام در مورد عقد وجود نداشت. فقه سنتی فقط عقود معینی را به طور جداگانه مورد بحث قرار می‌داد و پژوهشگران باید برای نظریه عام در مورد عقد، از میان احکام مختلف این عقود، احکام مشترکی را که به طور غالب بر تمام عقود حاکم است، به دست آورند».^۳ بنابراین، قواعد فقهی قضایایی هستند که زیر بنای مسائل فقه قرار می‌گیرند و همان طور که در تعریف آن‌ها گفته شد، منشأ استنباط فروع واقع می‌شوند؛ در حالی که نظریه عام را فقیه با

۱. ر. ک: ابو زهره، محمد، اصول الفقه، ص ۱۰ و ونشیری، احمد بن یحیی، ایضاح المسالک الی قواعد الامام مالک، ص ۱۱۱.

۲. ر. ک: عاطف نقیب، نظریه العقد و معروف الحسنی، هاشم، نظریه العقد فی الفقه الجعفری.

۳. سنهوری، عبد الرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج ۶، ص ۱۹۲۰.

ملاحظه وجوه مشترک میان احکام مختلف به دست می آورد. به دیگر سخن، قاعده فقهی توسط شارع وضع یا خلق می شود، در حالی که نظریه فقهی را فقیه با امعان نظر کشف می کند. مثلاً شرع مقدس می گوید: «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» (هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن آن است) که یک قاعده فقهی است، ولی وقتی فقیه می بیند که در عقد بیع، اجاره، نکاح و مانند این ها عقل و رشد معتبر است، آن گاه با دقت در این که این گونه شرایط مربوط به قصد انشا می گردد، اذعان می کند که جنون و صغر نیز موجب خلل در قصد هستند و لذا به این نظریه می رسد که در کلیه اعمال حقوقی اهلیت معتبر است و لذا می گوئیم «نظریه اهلیت در عقود و ایقاعات».

با توجه به آنچه گفته شد، باید تصدیق کرد برخی از قواعد فقهی را که محتوای آن ها فقط آن چیزی است که فقیهان با ملاحظه موارد متعدد به عنوان وجه مشترک استنباط کرده اند و به این دلیل، زیر بنای مسائل و منشأ استنباط فروع و احکام نیستند، می توان جزء نظریات عام محسوب کرد. به علاوه، به نظر می رسد آنچه به نام «اشباه و نظائر» توسط فقیهان شیعه و سنی نگارش یافته، بیشتر با اصطلاح نظریه عام فقهی منطبق است تا با قواعد فقهی.

۵. تقسیمات احکام

احکام از جهات مختلف مورد دسته بندی و تقسیم قرار گرفته اند که ذیلاً بیان می گردند.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۵

الف) احکام عقلی و احکام شرعی

۱. احکام عقلی، آن دسته از احکامند که عقل بدون توجه به شرع به آن ها حکم می کند.

منظور از عقل در اینجا عقل عملی است نه عقل نظری. توضیح این که دریافت های عقلی بر دو گونه است: برخی عبارت است از قواعد حاکم بر هستی، مانند آن که عقل آدمیان درک می کند که جمع میان دو نقیض ممتنع است و یا آن که هر کل بزرگ تر از جزء است. این دسته را «مدرکات عقلی نظری» می خوانند.

برخی دیگر به قواعد هستی مربوط نیستند، بلکه با اعمال و رفتار آدمیان و به عبارت دیگر به باید و نبایدهای کردار انسان ها مرتبطند، یعنی این که چه کاری خوب است و انجام آن آفرین دارد و چه کاری زشت است و ارتکاب آن نفرین دارد. مانند آن که عدل خوب و ظلم بد است، یا پاداش احسان، احسان است. این دسته از احکام را «مدرکات عقل عملی» می گویند و منظور از احکام عقلی در مورد بحث کنونی، دسته دوم است.

۲. احکام شرعی، احکامی هستند که اگر شریعت آن ها را صادر نمی کرد، عقل نسبت به آن ها ساکت بود. مثلاً تردیدی نیست که چنانچه شریعت مقدسه در مورد حج خانه خدا برای افراد مستطیع سکوت می کرد، عقل آدمیان در این مورد دستوری نداشت. در مورد سایر اعمال عبادی هم، چنین است. البته اصل کلی وجوب عبادت و ستایش خداوند از باب وجوب شکر منعم امری عقلی است، ولی این که چگونه باید این امر صورت گیرد توسط احکام شرع معین می گردد. این ها «احکام شرعی» هستند.

ب) احکام ارشادی و احکام مولوی

۱. در مواردی که حکم عقلی وجود دارد، اما شرع نیز هم حکم می کند، حکم شرع «ارشادی» است؛ یعنی ارشاد به حکم عقل است و حکم مستقلی محسوب نمی گردد.

۲. در مواردی که حکم عقل وجود ندارد، حکم صادر از سوی شرع «مولوی» محسوب است. اثر حکم ارشادی این است که بر مخالفت آن عقاب و بر امتثال و اطاعتش پاداش مترتب نمی گردد، در حالی که بر مخالفت با حکم مولوی، عقاب و بر اطاعت و

امثالش، پاداش و ثواب مترتب می گردد. مثلاً حکم «أَطِيعُوا اللَّهَ»^۱ (خدا را اطاعت کنید) یک حکم ارشادی است، چرا که عقل، قطع نظر از شرع به این موضوع حکم می کند و بنابراین حکم صادر از سوی شرع، ارشاد به حکم عقل است. از این رو، مخالفت با این حکم، عقاب جداگانه‌ای به خاطر مخالفت با حکم شرع ندارد، و عقاب آن به خاطر حکم عقل است. حکم مولوی، مانند «أَقِمِ الصَّلَاةَ»^۲ که بی شک بدون صدور چنین دستوری از سوی شریعت مقدسه، عقل بدین امر حکم نمی کرد، و لذا بر مخالفت با آن، عقاب و بر اطاعتش، ثواب مترتب است.

ج) احکام تأسیسی و احکام امضایی

۱. احکام تأسیسی، احکامی هستند که از طرف شارع جعل و صادر شده و سابقه‌ای در عرف و در بین عقلا نداشته‌اند.
۲. احکام امضایی، امور اعتباری هستند که عرف و عقلا آن‌ها را اعتبار کرده‌اند، همانند ملکیت و زوجیت و دیگر منشآت عقود و ایقاعات. این امور اعتباری (اعتبارات قانونی) قبل از شریعت هم در جامعه انسانی وجود داشته‌اند و نظام اجتماعی و اقتصادی جامعه مبتنی بر آن‌ها است و شارع مقدس اسلام نیز آن‌ها را امضا و تأیید کرده است.^۲
واقعیت آن است که دین در برخورد با زندگی روزمره انسان‌ها و شیوه‌های متداول در بین آدمیان، یکسره از موضع نفی یا اثبات برخورد نکرده است، بلکه گاه کاملاً آن‌ها را پذیرفته و تأیید کرده و این در جایی است که وجود آن سیره‌ها با حفظ نظم اجتماعی و تسهیل معیشت مردم منافات نداشته یا به هر مصلحتی دیگر ضروری بوده است، نظیر اکثر احکام و مقررات راجع به قراردادها. گاه نیز این رویه‌ها، مفید اما نیازمند اصلاح و بازنگری بوده‌اند که در این گونه موارد، شارع با افزودن برخی قیود و شروط، بنای عقلا را پذیرفته است و البته برخی سیره‌ها را نیز به دلیل مفساد و ضررهایی که در برداشته و از دید مردم مخفی مانده یا تحت تأثیر غریزه‌های شخصی و سودجویی آنان قرار گرفته بوده مردود اعلام داشته است. نهی از بیع ربوی نمونه این گونه بناهای رایج در بین عقلا است. در هر حال به آنچه مورد تأیید و پذیرش شارع قرار گرفته «حکم امضایی» گفته می‌شود.

نکته‌ای که مایلم بر آن تأکید کنم این است که به نظر ما در مورد احکام امضایی همواره چنین نیست که به علت مطلوب و پسندیده بودن، مورد امضا و تأیید شارع قرار گرفته باشند، بلکه این احکام در واقع بر دو قسمند: قسم اول را می‌توان «احکام امضایی مطلوب» و قسم دوم را «احکام امضایی تحمیلی» نامید. قسم دوم آن‌هایی هستند که نه به خاطر موجه و مطلوب بودن که به خاطر رواج و شیوع در عرف و وجود محذورات اجتماعی در مخالفت با آن‌ها، مورد امضا قرار گرفته‌اند و در حقیقت، پذیرش این دسته از احکام بر شریعت تحمیل شده است، در حالی که قسم اول چنین نیستند، بلکه به خاطر عقلایی، منطقی و موجه بودن مورد تأیید شرع قرار گرفته‌اند.

برای مثال در زمان بعثت حضرت ختمی مرتبت (ص) موضوع برده‌داری یک امر معمول و رایج میان عرف بود، به گونه‌ای که یکی از منابع اصلی مالکیت، برده‌ها بودند و اگر شریعت اسلام آن را نمی‌پذیرفت همانند آن بود که اصلی‌ترین منبع ثروت مردم را کان لم یکن اعلام دارد و لذا آن را به نحو تحمیلی پذیرفت، اما سیاستی اتخاذ کرد که برده‌داری به تدریج ملغی و منسوخ گردد.

^۱. نساء، ۵۹.

^۲. کاظمینی، محمد علی، فوائد الاصول (تقریرات درس میرزایی نایینی)، ج ۴، ص ۳۸۶.

نظیر این گونه احکام بسیارند. به نظر ما این دسته احکام امضایی مقید به رواج عرفی است و به تعبیر فنی، رواج عرفی برای آن ها حیثیت تقیدیه محسوب می شود، نه حیثیت تعلیلیه. نتیجه این برداشت این است که اگر این احکام در بستر زمان رواج عرفی خود را از دست بدهند و متروک گردند، بی گمان حکم شرع تغییر خواهد یافت.

به نظر ما امروزه نمی توان جواز برده داری را که از نظر عرف یک امر متروک و حتی زشت و ناپسند تلقی می شود، به شریعت مقدس اسلامی منتسب ساخت.

د) احکام تکلیفی و احکام وضعی

۱. احکام تکلیفی: دستورات و فرمان های صادر شده از سوی پروردگار را در خصوص افعال و کردار بندگان، اعم از امر، نهی، اجازه و رخصت، «احکام تکلیفی» می نامند که بر پنج نوعند: وجوب، حرمت، استجاب، کراهت و اباحه. این دسته از احکام مستقیمی و بی واسطه به افعال بندگان مرتبطند و به موجب آن ها، یا مکلفان مأمور، ممنوع و یا مجاز می گردند و یا بر فعل و ترک فعل آنان، مدح یا مذمت مترتب می شود.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۸

۲. احکام وضعی: آن دسته از احکام شرعی که مقتضای آن ها الزام، منع و یا رخصت نیست و به طور مستقیم از سوی شارع نسبت به افعال مکلفین انشا نمی گردند، «احکام وضعی» نامیده می شوند؛ از قبیل مالکیت، زوجیت، اهلیت، سببیت، مانعیت، شرطیت، صحت و بطلان. هیچ یک از این احکام توسط شارع جعل نشده است و مدلول آن ها ابتدائاً الزام و یا منع نیست. احکام تکلیفی همواره به دلیل مقتضای طبع خود شامل مکلفان می گردند و چنانچه شرایط تکلیف از قبیل علم و عمد وجود نداشته باشد، ساقط خواهند بود؛ ولی احکام وضعی چنین نیستند و در آن ها عمد و علم نقش و دخالتی ندارد.

۶. بعضی اصطلاحات رایج در فقه

الف) اماره و اصل

در مورد شخصی که واقع برای او معلوم نیست و بنابراین، وظیفه شرعی خود را نمی داند و جویای آن است، طرق و دلیل هایی برای رفع تردید و تعیین تکلیف مشخص گردیده که بعضی از آن ها از ابداعات و تأسیسات شرعی اند، ولی اکثرشان روش هایی عقلایی هستند که توسط شریعت مقدس تأیید گردیده و به اصطلاح فقهی، به «حجت» تبدیل شده اند.

طریق ها و دلیل های مزبور به دو دسته تقسیم می شوند: (۱) امارات، (۲) اصول.

۱. امارات. امارات جمع «اماره» است و اماره در لغت به معنای علامت، نشانه، وقت و وعده گاه آمده است.^۱

امارات، دلایلی هستند که مبنای حجیتشان این است که نوعاً کاشف از واقعند و به همین علت از سوی شارع حجیت یافته اند؛ اعم از این که واقع، حکمی باشد و یا از موضوعات. توضیح این که گاه حکم و قانون الهی برای انسان مجهول است و اماره در جهت تعیین تکلیف، ارائه طریق می کند. این گونه امارات را «اماره حکمی» می نامند، مانند خبر واحد. وقتی نمی دانیم اگر مبیع قبل از قبض تلف گردد از مال بایع تلف می شود یا از مال مشتری و با فحص در منابع، به خبری دست می یابیم که می گوید: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» (هر مبیعی که قبل از قبض تلف گردد از مال فروشنده است)، با آن که حدیث مزبور قطع و یقین آور نیست، و نمی توانیم صد در صد و به طور قطعی آن را به شارع نسبت دهیم، چرا که ممکن است مجعول باشد، از آنجا

۱. ر. ک: لسان العرب، منتهی الارب، و مجمع البحرین، ذیل «اماره».

که اخبار و روایات نوعاً حکایت از واقع دارند و به همین علت از سوی شارع مقدس برای ما حجیت یافته اند، بدان استناد کرده، مطابق آن عمل خواهیم کرد.

اگر ناقلان اخبار و روایاتی که هر چند متواتر و قطع آور نیستند، عادل و مورد وثوق باشند، اماره بر احکام و مقررات الهی اند و از سوی شارع برای بندگان «حجت» و قابل استنادند. مبنا و ملاک «حجیت» اخبار و احادیث، آن است که به طور نوعی دلالت بر واقع می کنند، هر چند احتمال خلاف در آن ها برود و شارع مقدس با توجه به کاشفیت نوعی و رعایت جوانب امر و نیز مصالح کلی احتمال خلاف را نادیده انگاشته و این اخبار و احادیث را حجت فرض کرده است.

در مقابل، امارات موضوعی، اماراتی هستند که محل استفاده از آن ها، موضوعات است و به اصطلاح در «شبهات موضوعیه» جاری می گردند، در حالی که امارات حکمی در «شبهات حکمیه» مورد استفاده قرار می گیرند. به طور مثال، قاعده ید یا به اصطلاح اهل حقوق «تصرف» از امارات موضوعی است.

امارات موضوعی هنگامی مورد استناد قرار می گیرند که شخصی در خصوص یکی از موضوعات، جهل دارد و از این لحاظ وظیفه و تکلیف خود را نمی داند، در حالی که بر احکام و مقررات مورد نظر کاملاً آگاهی دارد. برای مثال اگر خانه ای در تصرف شخصی باشد و او در مالکیت آن تردید داشته باشد، مورد از مصادیق شبهه موضوعی است؛ زیرا تردید به هیچ وجه مربوط به قوانین و مقررات مالکیت نیست، بلکه ناشی از موضوع (مالک) و مشتبه شدن آن است. در اینجا با استفاده از «قاعده ید» و این که تصرف اماره مالکیت است، تردید رفع می گردد و به موجب آن، قضیه به نفع «ذو الید» خاتمه می یابد.

مبنا و ملاک حجیت «ید» آن است که تسلط و استیلا مالکانه، کاشفیت نوعی از مالکیت دارد و شارع نیز این امر را حجت می داند.

۲. اصول. در اصول بر خلاف امارات، کشف و حکایتی وجود ندارد، بلکه صرفاً برای رفع حیرت بندگان و تعیین تکلیف موقت، از ناحیه شارع تعبداً معتبر شناخته شده اند و بیش از این اعتباری ندارند. به سخن دیگر تا وقتی دلیل معتبری که بیانگر واقع باشد اقامه نشده و حقیقت مجهول است، اصول می توانند کارگشای موقت بوده، حیرت را از بندگان مرتفع سازند. اصول عملیه (برائت، استصحاب، احتیاط و تخیر) از این دسته اند و همانند امارات به دو بخش حکمی و موضوعی تقسیم می گردند. مثلاً هرگاه در مورد فعلی - مانند کشیدن سیگار - تردید داشته باشیم که ارتکاب آن حرام است یا حلال، در حالی که دلیل معتبری در خصوص آن تعیین تکلیف نکرده (شبهه حکمیه)، با اصل برائت رفع حیرت کرده، به حلیت آن حکم می کنیم، و نیز اگر در مورد مایعی تردید داریم که خمر است یا آب (شبهه موضوعیه)، با اجرای اصل برائت، نوشیدن آن را مجاز می شمیریم.

همان طور که ملاحظه می شود اصل برائت در هر دو مثال، هیچ کشف و حکایتی از واقع ندارد، یعنی بیانگر آن نیست که حکم الهی در مثال اول «حلیت» است و در مثال دوم «آب بودن»، بلکه صرفاً به علت جهل و عدم آگاهی از واقعیت، شارع اصل مزبور را معتبر دانسته تا از مکلفان موقتاً رفع حیرت گردد و آنان نیز اگر به استناد این اصل مرتکب امری شده باشند که فی الواقع ممنوع بوده، مورد بازخواست الهی قرار نخواهند گرفت.

تفاوت این دو دسته دلیل (اماره و اصول) روشن و بر این تفاوت، ثمرات و آثاری مترتب است؛ از جمله این که اصول به مقتضای طبعشان که حجیت موقت دارند نه حجیت دائم، در مقابل امارات و دلایل، کاملاً تسلیم هستند و با آمدن اصول، خود به خود اعتبار و ارزش خویش را از دست می دهند؛ در حالی که امارات در برخورد با امارات مخالف مقاومت می کنند و بر فقیه است که میان آن دو موازنه برقرار کند و هر یک را که واجد نکات مرجح باشد اتخاذ و بر وفق آن عمل کند. اگر فقیه هیچ علت ترجیحی

در هیچ یک از اماره و اصل ملاحظه نکند، از هر دو دست برداشته، چنین فرض می کند که هیچ کدام از آن دو وجود ندارد و مطابق وظیفه آن فرض عمل می کند.

ثمره دیگر این تفاوت، ترتب «التزامات عقلیه» است که در امارات، مورد پذیرش فقها است، ولی در اصول چنین نیست.^۱ البته نباید پنداشت در هر مورد که واژه «اصل» به کار می رود لزوماً به معنای فوق است، زیرا «اصل» معانی مختلفی دارد و در بسیاری از موارد، به معنای «اماره» است؛

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱

مانند اصول لفظیه (نظیر اصل عموم و اصل اطلاق)، اصل صحت^۲ و امثال آن. از موارد مشخص و روشن اصل به معنای خاص، اصول عملیه اند که عبارتند از: استصحاب، برائت، احتیاط و تخییر.^۳

ب) شرط

شرط، واژه ای عربی و جمع آن «شروط» و «اشراف» است. این واژه گاه در معنای مصدری و گاه در معنای اسمی به کار می رود و در شاخه های مختلف ادبیات اسلامی، معانی متفاوتی دارد که به شرح آن ها می پردازیم.

- در علوم ادبی و منطقی واژه شرط به معنای گزاره ای است که پس از ادات شرط می آید، مانند:

اگر آن ترک شیرازی به دست آرد دل ما را به خال هندویش بخشم سمرقند و بخارا را

گزاره ای که پس از واژه «اگر» آمده است، شرط نام دارد و آنچه را پس از شرط می آید جزای شرط می نامند. اهل منطق به شرط، مقدم و به جزای شرط، تالی می گویند.

- در علم اصول فقه آنچه را از عدمش، عدم چیزی دیگر لازم می آید- اعم از آن که از وجودش وجود دیگری لازم بیاید یا خیر- شرط آن چیز می نامند و در توضیح می گویند «الشَّروط ما يلزم من عدمه عدم الشَّيْء». به تعبیر دیگر، شرط چیزی است که چیزی دیگر بر آن متوقف باشد؛ یعنی «الشَّروط ما يتوقف عليه الشَّيْء». البته توقف شیء بر شرط چند حالت دارد: گاه وجود شیء متوقف بر چیزی است، مانند توقف معلول بر اجزای علت؛ گاه وجوب امری متوقف بر چیزی دیگر است، مثل وجوب حج بر استطاعت؛ گاه نیز لزوم عقد متوقف بر امری است، مثل لزوم عقد خیار که بر سقوط خیار متوقف است و گاه آنچه متوقف است، صحت یک امر است، مانند توقف صحت عقد بر وجود اختیار در متعاملین.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲

- در قرآن مجید واژه شرط به صورت مفرد نیامده است؛ ولی صورت جمع آن یعنی اشراف به کار رفته است؛ از جمله در «فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا»^۴ که در آن، اشراف به معنای نشانه های قیامت است.

- در عرف عامه واژه شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال می شود؛ چنان که در بیت زیر که منسوب به حافظ است، واژه شرط به همین معنا به کار رفته است:

در محفلی که خورشید اندر شمار ذره است خود را بزرگ دیدن شرط ادب نباشد

^۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: فوائد الاصول (تقریرات درس میرزای نائینی)، ج ۴، ص ۴۸۱ به بعد.

^۲. البته در خصوص «اصل صحت» اختلاف نظر وجود دارد. در این باره رجوع کنید به: نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، ص ۲۲۱ به بعد.

^۳. درباره این اصول رجوع کنید به: نگارنده، مباحثی از اصول فقه، دفتر سوم.

^۴. محمد، ۱۸.

- در روایات کلمه شرط در معنای خیار نیز آمده است، مثل «الشَّرْطُ فِي الْحَيَوانِ ثَلَاثَةٌ» یعنی ایام شرط (خیار) در معامله حیوان سه روز است.^۱

- در اصطلاحات اهل شرع گاهی واژه شرط به معنای مطلق «عهد» آمده است؛ مانند «شرط النَّاسِ» که به معنای «عهد النَّاسِ» و یا «شرط الله» که به مفهوم «عهد الله» است. عهد الله نیز به معنای احکام الله، اعم از احکام تکلیفی و وضعی است؛ چنان که در روایت زیر شرط به معنای عهد الهی (حکم الله) آمده است:

مردی با همسرش ضمن عقد به نحو شرط نتیجه شرط کرده بود که چنانچه ازدواج مجدد کند، زوجه مطلقه باشد. در این باره از امام (ع) سؤال شد و ایشان پاسخ دادند که این شرط باطل است. پرسش کننده در مورد علت بطلان توضیح خواست و امام (ع) پاسخ دادند: «لَا شَرْطَ لِلَّهِ اسْبَقَ مِنْ شَرُوطِكُمْ».^۲ در شعر زیر، حافظ شرط را به همین معنا به کار برده است:

**عهد و پیمان فلک را نیست چندان اعتبار
عهد با پیمانه بدم شرط با ساغر کنم**

- در کتب لغت معنای دیگر شرط، مطلق الزام و التزام است؛ بی آن که در ضمن عقد درج شده باشد. گرچه بعضی از اهل لغت این قید را افزوده و گفته اند: «الشَّرْطُ الزَّامُ الشَّيْءَ وَالتَّزَامُ فِي الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ»^۳ یعنی شرط الزام و التزام در ضمن عقد بیع و امثال آن است؛ ولی به ظاهر، علت افزودن این قید آن است که در اغلب موارد شرط در ضمن عقود درج می شود.^۴

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳

شاهد این مطلب آن است که واژه شرط در مورد شروط ابتدایی غیر مندرج در عقود و همچنین درباره خود عقد بیع که از مصادیق التزام است^۵ و نیز مطلق عهد در روایات به کار رفته است.^۶

از آنچه گفته شد مشخص گردید که همه مفاهیم لغوی و عرفی شرط را می توان در دو معنا خلاصه کرد: جعل شیء در ضمن شیء دیگر (التزام در ضمن عقد)، و تعلیق شیئی بر شیء دیگر. اما برگشت معنای شرط به یک مفهوم جامع، مورد تردید بعضی از فقیهان قرار گرفته؛ زیرا به نظر آنان در شرط به معنای «الزام و التزام در ضمن عقد»، تعلیق و اناطه ای وجود ندارد، بلکه عقد، ظرف و شرط، مظروف آن است و تعلیقی ایجاد نمی شود و در صورت تخلف از شرط، خدشه ای بر صحت عقد وارد نمی آید، بلکه مشروط له فقط خیار فسخ پیدا می کند.^۷

از دیدگاه بعضی از فقیهان، شرط ضمن عقد را می توان با هر دو مفهوم ارائه شده برای شرط توجیه کرد؛ زیرا اگر ضمانت اجرای امتناع از ایفاء شرط را «الزام مشروط علیه» می دانیم، شرط ضمن عقد به معنای الزام و التزام است و اگر ضمانت اجرا را تسلط مشروط له بر فسخ عقد می دانیم، شرط ضمن عقد، شرط به معنای «عدم عند العدم» است.

در واقع شرط ضمن عقد، شرط استمرار و تداوم عقد است و اگر شرط منتفی شود و مشروط علیه آن را ایفا نکند، استمرار و تداوم عقد منتفی است و مشروط له حق بر هم زدن آن را دارد.^۸ اما این نظریه در بعضی از منابع فقهی پس از تجزیه و تحلیل، رد شده است.

^۱ وسائل الشیعة؛ ج ۱۲، ص ۳۵۰-۳۴۹.

^۲ انصاری، مرتضی بن محمد امین، مکاسب، ص ۲۷۵.

^۳ ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۷، ص ۳۲۹ و فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، قاموس المحيط، ذیل واژه شرط و زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس، ج ۵، ص ۱۶۶.

^۴ مکاسب، ص ۲۷۵.

^۵ همان جا.

^۶ همان جا.

^۷ خمینی، روح الله البیع، ج ۱، ص ۸۷.

^۸ عوائد الایام، ص ۴۲.

- در حقوق اسلامی، منظور از شرط یکی از مفاهیم زیر است:

- شرط، چیزی است که عقد یا ایقاع بر آن معلق می شود، یعنی شرط قیدی برای اصل عقد می گردد، به گونه ای که انشا یا منشا - بر حسب دیدگاه های مختلف - معلق به حصول شرط می شود و به عبارت دیگر، نفس التزام معلق بر چیزی (شرط) می گردد،^۱ همانند بیع معلق.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۴

- شرط عبارت است از التزامی دیگر در ضمن التزام عقدی؛ بدون این که «ملتزم به» (شرط) قیدی برای اصل عقد باشد. به عبارت دیگر، تعهدات فرعی و التزام در ضمن معامله را شرط یا شرط ضمن عقد می نامند،^۲ همانند این که شخص کتلائی را خریداری می کند و در ضمن آن، انجام دادن عملی را به عهده فروشنده می گذارد. شروط ضمن عقد مختلف هستند و به طور کلی به شرط فعل، شرط نتیجه و شرط صفت تقسیم شده اند.

- شرط آن است که صحت عقد منوط به وجود یا تحقق آن باشد. به عبارت دیگر، هر یک از شرایط انعقاد و صحت عقد را نیز شرط گویند، همانند شرط اهلیت متعاقدين، شرط تعقب ایجاب به قبول، شرط قبض و این گونه شروط به طور کلی بر سه قسمند:

شروط امضای عقد توسط شارع، شروط امضای عقد توسط عقلا، و شرط اصل اعتبار به گونه ای که مفهوم عقد وجودا یا عدما دائر مدار آن است.^۳

- شرط به مفهومی که در باب مسئولیت مدنی و ضمان قهری بیان شده و آن عبارت است از چیزی که تأثیر مؤثر متوقف بر آن باشد.^۴

ج) علت و سبب

واژه شرط علاوه بر کاربرد یاد شده در قلمرو عقود و ایقاعات، در باب مسئولیت مدنی و ضمان قهری و نیز در بخش جزایی حقوق اسلامی مورد استفاده فقیهان قرار گرفته است.

در این چهارچوب، اصطلاح شرط در ردیف «علت» و «سبب» قرار گرفته و فقیهان به بررسی تأثیر علت، سبب و شرط در وقوع حادثه و ایجاد خسارت و نیز میزان مسئولیت هر یک پرداخته اند. در این راه فقها به حق از دقت های فلسفی و عقلی چشم پوشیده، به رابطه سببیت عرفی آن ها با ورود خسارت مورد نظر توجه کرده اند.

«علت» در اصطلاح فلسفی چیزی است که «معلول» زاییده آن است و امری است که

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۵

از وجودش وجود معلول و از عدمش عدم معلول لازم آید. از این دیدگاه بین علت و سبب تفاوتی نیست.^۵

در اصطلاح فقهی، «علت» چیزی است که فعل به آن نسبت داده می شود^۶ و «سبب» چیزی است که عدمش موجب عدم حادثه است، ولی از وجود آن الزاما حادثه تحقق نمی یابد.^۷ به تعبیر دیگر، «سبب» چیزی است که تلف به همراه آن و به واسطه آن، اما به

۱. خویی، أبو القاسم، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۲۹۹ و ج ۲، ص ۶۲ و کاشف الغطاء، محمد بن حسن، تحریر المجله، ج ۱، ص ۵۲.

۲. همان جاها و موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۲۲۲ و خمینی، روح الله، البیع، ج ۱، ص ۸۷ و عوائد الايام، ص ۱۲۸.

۳. مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۶۲.

۴. عاملی غروی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۲۷ و فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام؛ ج ۲، ص ۴۴۳.

۵. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۵۱.

۶. مفتاح الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۷۷ و کشف اللثام، ج ۲، ص ۴۴۳.

۷. موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۲.

به علت دیگری حاصل می گردد، به گونه ای که اگر سبب نبود، علت تأثیری نمی داشت.^۱ در این اصطلاح، «شرط» آن است که تأثیر مؤثر متوقف بر آن است، اما در علت حادثه مدخلیتی ندارد.^۲ به عبارت دیگر، شرط زمینه ساز تأثیر علت است، اما داخل در آن نیست.

بدین ترتیب مشاهده می کنیم که مفهوم اصطلاحی سبب و شرط به هم نزد یک است و گاه در منابع فقهی در یک معنا به کار رفته اند. در تبیین مطلب باید گفت که حقوقدانان اسلامی اتلاف و ایراد خسارت را یا به مباشرت دانسته اند یا به تسبیب، و مسئول حادثه را بر حسب مورد «مباشر» یا «سبب» نامیده اند؛^۳ بدین صورت که «مباشرت» ایجاد علت تلف و اتلاف مستقیم است و «تسبیب» ایجاد چیزی است که تلف به سبب آن حاصل می گردد، یعنی خودش علت مستقیم حادثه نیست، بلکه علت یا زمینه ساز علت است. در این معنا، سبب اعم از شرط و سبب-به مفهوم خاص خود- است.^۴

با وجود این، فقیهان در موارد خاصی تلاش کرده اند تفکیک ظریفی بین سبب و شرط قائل شوند. از این رو گفته شده است که «شرط» زمینه ساز علت است و دخالتی در آن ندارد، اما سبب، اثر اندکی در وقوع حادثه دارد؛ ولی از آنجا که به خودی خود قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۶

موجب حادثه نیست و بر خلاف علت که با تحققش وقوع حادثه اجتناب ناپذیر است، گاه حتی با وجود سبب واقعه رخ نمی دهد، به «شرط» شباهت دارد.^۵ در تبیین این تعاریف، فقیهان حفر چاه یا انداختن شیء لغزنده در محل عبور و مرور را مثال زده اند که علت حادثه «سقوط» است و حفر چاه یا وجود شیء لغزنده زمینه ساز و شرط آن.^۶ اگرچه و شهادت دروغ و تقدیم غذای مسموم به مهمان نیز از مثال هایی است که برای سبب-به مفهوم خاص آن- آورده شده است، زیرا «اگرچه»، وادارکننده مباشر و سبب انجام یافتن عمل توسط او است که علت و مباشر عمل به شمار می رود. همچنین شهادت دروغ سبب اخذ تصمیم و صدور حکم توسط قاضی می شود که علت ایراد خسارت به محکوم علیه است.^۷

(د) مقتضی و مانع

دو اصطلاح مقتضی و مانع در منابع فقهی و اصولی به وفور مورد استفاده فقیهان قرار گرفته اند و به طور کلی یکی از معانی زیر را در بر دارند:^۸

- مقتضی چیزی است که اقتضای وجود اثر تکوینی در عالم تکوین را دارد، همانند آتش که اقتضای سوزاندن را دارد و منظور از مانع چیزی است که از تأثیر مقتضی جلوگیری می کند، همانند رطوبت که مانع تأثیر آتش در پاچه مرطوب است.
- مقتضی چیزی است که بر حسب جعل شارع، اقتضای اثر شرعی را دارد یا شارع آن را موضوع حکم خود قرار داده و در مقابل، مانع آن است که بر حسب جعل شارع از ترتیب آن اثر شرعی یا آن حکم جلوگیری می کند. مثلاً اثر عقد بیع، انتقال مبیع به خریدار و انتقال ثمن به فروشنده است، اما موقوفه بودن مبیع مانع تحقق این اثر است.

۱. همان جا و کشف اللام، ج ۲، ص ۴۸۳.

۲. مفتاح الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۷۷، کشف اللام، ج ۲، ص ۴۸۳ و علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، به نقل از جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۴۶.

۳. موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۲.

۴. کشف اللام، ج ۲، ص ۴۸۳.

۵. مفتاح الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۷۷ و کشف اللام، ج ۲، ص ۴۴۳.

۶. موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۲، کشف اللام، ج ۲، ص ۴۴۳ و ۴۸۳ و مفتاح الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۷۷.

۷. جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۵۱ و کشف اللام، ج ۲، ص ۴۴۳.

۸. فوائد الاصول، ج ۴، ص ۳۱۳ و ۳۱۵ و منتهی الدرایه، ج ۷، ص ۱۳۰.

- مقتضی ملاکی از ملاکات است که احکام مبتنی بر آن ها است، یعنی ملاکی که اقتضای تشریع حکم را دارد، همانند علم که مقتضی وجوب اکرام است و مراد از مانع، قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷

امری است که از تأثیر مقتضی در جعل حکم جلوگیری می کند، همانند مانعیت فسق از تشریع وجوب اکرام. شایان ذکر است که «مانع» در موارد یاد شده همیشه امری وجودی است و چیزی است که از حدوث شیء جلوگیری می کند و مزاحم تأثیر مقتضی در به وجود آمدن مقتضی می گردد. در مقابل، «رافع» نیز امری است وجودی که موجب رفع شیء و برداشته شدن آن از صفحه وجود می گردد، البته بعد از آن که آن شیء حادث شده و وجود یافته است. بجز «رافع» بدین معنی که در مقابل «مانع» قرار می گیرد، در منابع فقهی و اصولی در خصوص اصل استصحاب، اصطلاح رافع به معنای دیگری هم به کار رفته و آن، امر زمانی (وجودی یا عدمی) است که از تأثیر مقتضی که اقتضای بقای مقتضا را دارد، جلوگیری می کند. به عبارت دیگر، پس از آن که مقتضی در حدوث و ایجاد مقتضا اثر کرد و آن را به وجود آورد، رافع مانع تأثیر مقتضی در بقای مقتضا می گردد.^۱

ه) حق و حکم

یک) تعریف حق:

حق در معنای عام خود عبارت است از «سلطه ای که برای شخص بر شخص دیگر یا مال یا شیء، جعل و اعتبار می شود». به عبارت دیگر، حق توانایی خاصی است که برای کس یا کسانی نسبت به شخص یا چیزی اعتبار شده و به مقتضای این توانایی، صاحب حق می تواند در متعلق آن تصرف کند یا از آن بهره بگیرد. پس حق، نوعی سلطنت و استیلا برای انسان بر چیزی دیگر است؛ خواه آن چیز که متعلق حق قرار می گیرد مال باشد یا انسان. در این معنای عام، حق شامل ملک هم می شود و به موجب این تعریف، حق و ملک یک حقیقت واحدند؛ با این تفاوت که حق مرتبه پایین تری از ملک است و به سخن دیگر، ملک یک مفهوم مشکک دارای مراتب است که اولین مرتبه پایین آن، حق است.

بر اساس همین تعریف عام از حق، در حقوق معاصر، حق به حق عینی و حق دینی تقسیم شده است. حق به معنای خاص عبارت است از توانایی خاص برای انجام دادن عملی که گاهی به عین و گاهی به شخص تعلق می گیرد، مانند حق تحجیر، حق خیار و حق قصاص.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۸

به موجب این تعریف، هر چند موضوع حق در موارد مختلف یکی از سه چیز است، ولی متعلق حق در تمام موارد، عملی است که به یکی از آن ها تعلق گرفته است و به این علت، با ملک فرق واضحی دارد؛ زیرا ملک احاطه و سلطه ای است که به خود عین یا منفعت تعلق می گیرد. برای نمونه، صاحب حق تحجیر حق دارد زمین تحجیر شده را احیا کند تا مالک شود یا صاحب اختیار، حق دارد عقد خیاری را فسخ کند، در حالی که شخص مالک بر روی ملک سلطه کامل و مطلق دارد.

دو) اقسام حق:

در میان تقسیمات مختلفی که از حق شده است به نظر می رسد تقسیم مرحوم محقق نایینی از همه جامع تر است. به نظر این بزرگوار، تمام اقسام حق قابل اسقاط است و آنچه محل بحث است قابلیت نقل یا انتقال آن به غیر است. از دیدگاه ایشان اقسام حقوق به شرح زیر است:

^۱ فوائد الاصول، ج ۴، ص ۵۷۸ و نهائیه الدرایه، ج ۵، ص ۵۴.

۱. حقوقی که فقط قابل اسقاط هستند، مثل حق قذف؛

۲. حقوق قابل اسقاط و نقل بلاعوض، مانند حق قسم؛

۳. حقوق قابل اسقاط و نقل اعم از تبرعی و معوض، مثل حق تحجیر؛

۴. حقوق قابل اسقاط و انتقال قهری و در عین حال غیر قابل نقل ارادی، مانند حق خیار که به وارث منتقل می شود، ولی به عقیده برخی فقها نقل آن به دیگری صحیح نیست.^۱

بعضی از حقوق مثل ابوت پدر، ولایت حاکم و حق استمتاع زوج از زوجه که نه قابل اسقاطند و نه قابل نقل و انتقال، با توجه به تعریفی که از حق به عمل آمد، حق محسوب نمی شوند و در زمره احکامند.

سه) تعریف حکم:

حکم در لغت به معنای دستور و امر آمر است و در اصطلاح به صورت های مختلفی مورد تعریف قرار گرفته است. از آن جمله گفته شده: «خطاب الشرع المتعلق بافعال المکلفین»؛ یعنی حکم آن است که شارع مقدس، حکمی تکلیفی یا وضعی در باره فعلی از افعال انسان جعل و اعتبار کند، به این معنا که آدمی را از ارتکاب فعلی ممنوع

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۹

کند یا به انجام دادن آن وادار سازد یا در انجام دادن و ترک آن اجازه و رخصت دهد (احکام تکلیفی)، و یا بر فعل انسان اثری مترتب کند (احکام وضعی).

مواردی که مفاد حکم شرع اجازه و رخصت در فعل و ترک است، مشابهت زیادی به حق پیدا می کند و لذا تبیین دقیق آن ضروری به نظر می رسد.

چهار) ویژگی های حکم:

ویژگی هایی که مبین ماهیت و حقیقت حکمند عبارتند از:

۱. عدم قابلیت اسقاط آن از ناحیه اشخاص؛

۲. عدم امکان نقل و انتقال آن به اسباب انتقال قهری و ارادی؛

۳. عدم امکان تعهد به سلب آن.

همان طور که پیش از این درباره اقسام و خصوصیات حق گفته شد، حق بر خلاف حکم، از سوی صاحب حق علاوه بر آن که قابلیت اسقاط دارد و می تواند به صورت تبرعی یا معوض اسقاط شود، ممکن است به یکی از اسباب نقل و انتقال به دیگری منتقل شود. همچنین امکان تعهد علیه حق نیز وجود دارد؛ به این معنا که صاحب حق می تواند در قبال دریافت ما به ازا یا به صورت تبرعی و مجانی متعهد شود که از حق خود استفاده نکند؛ ولی ویژگی های حکم درست بر خلاف حق است: نه قابلیت اسقاط دارد، نه به اسباب قهری منتقل می شود، و نه می توان علیه آن تعهد کرد.

منظور از ویژگی سوم حکم این است که در مورد حق، می توان علیه حق تعهد کرد، بدین معنا که شخص تعهد کند فلان حق خود را اعمال نکند، ولی نمی توان علیه حکم تعهد کرد. برای مثال شخص نمی تواند متعهد شود که فلان حکم از او سلب گردد. به عبارت دیگر، سلب جزئی حق تمتع یا حق اجرای حقوق مدنی از صاحب حق امکان پذیر است، ولی سلب حکم امکان ندارد. به همین دلیل است که قانونگذار در ماده ۹۵۹ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «هیچ کس نمی تواند به طور کلی حق تمتع و یا

^۱. برای اطلاع بیشتر رجوع کنید به: خوانساری نجفی، موسی بن محمد، منیه الطالب (تقریرات درس آیه الله نایینی)؛ ج ۱، ص ۴۲ و طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب؛ ص ۵۵.

حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند «؛ زیرا حق تمتع و حق اجرای حقوق مدنی به طور کلی عبارت است از اهلیت تمتع و استیفا، که حکم است و سلب حکم از خود، امکان پذیر نیست. اهلیت تمتع و استیفا لازمه شخصیت حقوقی و از لوازم ذاتی حیات انسانی فرد است و سلب این حقوق به طور کلی به معنای سلب لوازم حیات انسان است. علت وجود خصوصیت های سه گانه مذکور این است که اختیار و زمام حکم در دست حاکم یعنی شارع و قانونگذار است و محکوم علیه یا مکلف در این باره فاقد اختیار است.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۰

حاکم است که به مکلف رخصت داده مباحات فعلی را انجام دهد یا آن ها را ترک کند و نهایت این که اگر حکمی بر موضوعی معلق باشد و شخص مکلف داخل در محدوده آن موضوع باشد، حق دارد که خود را از حیطه آن موضوع خارج کند و با انتقال موضوع، حکم هم منتفی می شود که این امر در صورت حفظ موضوع، با اسقاط حکم متفاوت است.

۳. قاعده ضمان ید

گفت پیغمبر که دستت هر چه برد

بایدش در عاقبت واپس سپرد (مثنوی)

یکی از قواعد مشهور فقهی، قاعده ضمان ید است. به عقیده فقها، مقتضای اولیه تصرف و یا استیلا بر مال دیگری این است که متصرف در مقابل مالک، ضامن است؛ یعنی علاوه بر آن که مکلف به بازگرداندن عین در زمان بقای آن است، اگر مال مذکور تلف شود یا نقص و خسارت به آن وارد گردد باید از عهده خسارت وارد نیز برآید. این موضوع، یعنی ضمان ید متصرف در فقه به صورت یک قاعده کلی در آمده و کلیت آن در بدو امر شامل تمام انواع تصرف و وضع ید می‌شود، خواه عدوانی باشد و خواه غیر عدوانی یا امانی. البته مواردی تحت عنوان ید امانی، به موجب ادله خاص از تحت عموم این قاعده خارج گردیده‌اند که بعداً در این باره بحث خواهیم کرد.^۱

۱. مستندات قاعده

الف) بنای عقلا

مستند قاعده ضمان ید، قبل از هر چیز، بنای عقلا است؛ زیرا با مطالعه در زندگی اهل خرد در می‌یابیم که آنان، شخصی که مال دیگری را تصرف می‌کند در مقابل مالک، مسئول می‌دانند؛ یعنی علاوه بر آن که تکلیفاً او را در زمان موجود بودن عین ملزم به رد آن می‌دانند، چنانچه خسارت و یا تلفی وقوع یابد، مسئولیت مدنی را نیز متوجه وی می‌سازند و اگر صاحب مال برای مطالبه خسارت به متصرف مراجعه کند، این عمل را نکوهش نمی‌کنند. شاهد این مدعا آن است که در زمان حاضر تمام نظام های حقوقی، لزوم رد مال غیر در زمان وجود مال و جبران خسارت در زمان تلف آن را بر هر نوع تصرف غیر قانونی مترتب می‌دانند. شرع مقدس این شیوه خردمندانه را نه فقط رد و محکوم نکرده، بلکه به موجب نصوص رسیده تأیید هم کرده است. بنابراین می‌توان گفت این قاعده از قواعد امضایی شرع است، نه تأسیسی.

ب) سیره

سیره مستمر و رویه جاری مسلمانان در تمام اعصار، حکایت از آن دارد که قاعده فوق در حقوق اسلامی همواره مورد پذیرش بوده و لذا با توجه به اتصال این شیوه متعارف به مقاطع تاریخی حضور معصومان (ع)، این سیره رضایت و امضای رهبران الهی را احراز کرده و به صورت یک قاعده فقهی مسلم در آمده است.

ج) حدیث «علی الید»

مدرک و مستند روایی قاعده، حدیث مشهوری از رسول اکرم (ص) است که می‌فرماید:

«علی الید ما اخذت حتی تؤدیه»^۲ یعنی بر دست است آنچه را گرفته تا وقتی که آن را ادا کند.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۶۳

^۱ برای دیدن نظر مخالف مبنی بر این که مفاد قاعده ضمان ید آیا صرفاً ید عادی است و یا ید غیر مأذونه را هم شامل می‌شود رجوع کنید به: العروة الوثقی، ملحقات، ج ۲، کتاب الوکاله، ص ۱۴۶، و نیز همین کتاب، قاعده «استیذان»، ص ۹۱.

^۲ این حدیث در بعضی متون به صورت فوق آمده است (بیهقی، سنن، ج ۶، ص ۹۵ و نوری، میرزا حسن، مستدرک الوسائل، ج ۱۷، ص ۸۸، باب اول، کتاب غضب، حدیث ۴) ولی در بعضی متون دیگر به صورت «... حتی تؤدی» یعنی بدون ضمیر آخر ضبط شده است (طوسی، محمد بن حسن، خلاف، کتاب غضب، مسأله ۲۰ و هندی، علاء الدین، کنز العمال، ج ۵، ص ۳۲۷، حدیث ۵۷۱۳).

یک) سند حدیث:

این روایت، مرسل و سندش ضعیف است؛^۱ ولی بعضی معتقدند که چون تعداد زیادی از فقها بر اساس آن فتوا داده اند، ضعف سند جبران شده و به اصطلاح، این روایت دارای «شهرت فتوایی» است. به نظر این دسته از فقها، هرگاه حدیث ضعیف السند مورد استناد و عمل اصحاب قرار گیرد، ضعف آن نادیده گرفته می‌شود و این حدیث نیز چنین است.^۲

البته حسب تحقیقات انجام شده، جمله فوق در کتب قدمای امامیه چندان مورد استناد قرار نگرفته و اگرگاه وبیگاه در بعضی از آثار دیده می‌شود، به انگیزه احتجاج علیه مخالفان بوده^۳ نه آن که بر آن اعتماد شده باشد.

از پیشینیان، فقط ابن ادریس حلی (متوفای ۵۹۸ ق) در کتاب سرائر در چند مورد به حدیث فوق تمسک جسته و آن را به طور جزم به رسول الله (ص) نسبت داده است. البته این موضوع از ناحیه ایشان بسیار جالب است؛ زیرا آن بزرگوار در اصول فقه از کسانی است که نسبت به حجیت خبر واحد موضع انکار و مخالفت شدید دارد. به هر حال به دنبال ایشان، از زمان علامه حلی (متوفای ۷۲۶ ق) استناد به حدیث فوق کاملاً شیوع یافته تا آنجا که در عصر حاضر از مشهورات و مقبولات مسلم محسوب می‌شود و لذا جبران ضعف سند حدیث، با چنین شهرتی که چندان رد پایی از آن در زمان های دور در میان فقها مشاهده نمی‌گردد جای تردید است.^۴

اما آنچه نگرانی را مرتفع می‌سازد این است که مفاد حدیث از تأسیسات و ابداعات شریعت اسلام نیست، زیرا همان گونه که گفته شد، مدلول قاعده ضمان ید، قبل از هر چیز مطابق بنای عقلا است و حدیث فوق در صورت صحت از باب تأیید و تشیید بنای عاقلانه مزبور صادر گردیده و فقهای عظام در موارد مشابه با این گونه احادیث بسیار سهل برخورد کرده و به آسانی اعتبار آنها را پذیرفته‌اند. وانگهی درجات فصاحت، بلاغت و شیوایی جمله فوق، ضریب احتمال صدور آن را از رسول خدا (ص) بسیار قوی قواعد فقه، ج ۱، ص: ۶۴

و متقابلاً جعلی و ساختگی بودن آن را توسط راوی به مراتب بعید می‌سازد و این امر، تردید را از خاطر فقیه زدوده، اطمینان خاطر او را فراهم می‌آورد.

دو) بیان مفاد حدیث:

در مفاد این حدیث از سوی فقها نظرهای مختلفی اظهار شده است. بعضی می‌گویند مقصود، وضع حکم تکلیفی است و شارع مقدس بدین وسیله مسئولیت استیلا بر مال دیگری و وجوب حفظ و رد آن را به مالک گوشزد می‌کند^۵ و بعضی به طور کلی حدیث را به بهانه اجمالی غیر قابل استناد دانسته‌اند.^۶ ولی نظریه دقیق بق که مشهور فقها به آن اعتقاد دارند این است که شارع مقدس به موجب حدیث فوق، ضمانت مالی را که مورد استیلا غیر قرار گرفته - مادام که به مالک برگردانده نشده - به عهده مستولی و متصرف قرار می‌دهد؛ بدین نحو که تا عین آن وجود دارد موظف به تحویل عین است و چنانچه تلف شود و یا خسارت ببیند باید از عهده خسارت آن برآید، به این شکل که اگر مثلی است، مثلش را و چنانچه قیمتش است قیمتش را به مالک بپردازد.^۷

۱. ناقل حدیث از رسول الله (ص) سمره بن جندب است که سوابق بسیار سویی در تاریخ اسلام دارد و در آینده ذیل حدیث لا ضرر او را معرفی خواهیم کرد (ر. ک: خمینی، روح الله البیع، ج ۱، ص ۲۴۹).

۲. موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۹۳.

۳. ر. ک: خلاف، کتاب غضب، مسأله ۲۰.

۴. ر. ک: خمینی، روح الله البیع، ج ۱، ص ۲۵۰.

۵. رشتی، حبیب الله بن محمد علی، غضب، ص ۱۱.

۶. عوائد الايام، ص ۱۱۰ - ۱۰۹.

۷. ر. ک: عناوین، ج ۲، ص ۴۱۷ و مکاسب، ص ۱۰۱.

برای توضیح مطلب لازم است نخست واژه های به کار رفته در حدیث مطالعه شوند و سپس بررسی شود که چگونه حدیث فوق چنین ضمانی را بدین ترتیب بر عهده متصرف قرار می دهد.

در حدیث بالا کلمه «علی» معادل همان لفظی است که در موارد ضرر استعمال می شود. در محاوره همیشه «علی» به معنای عهده است و مثلاً گفته می شود «فلان علی مال او حق» فلان کس بر من مالی یا حقی دارد، یعنی مال یا حقی از فلان کس بر عهده من است.

بعد از کلمه «علی»، «ید» قرار گرفته و از سیاق عبارت حدیث برمی آید که اموال با دست گرفته می شود؛ ولی بدیهی است که کلام رسول اکرم (ص) یک تعبیر مجازی است که در آن، دست به عنوان جزء در معنای کل استعمال شده و بنابراین، مراد از ید، کل وجود آدمی است، نه مـنحصراً دست او؛ مانند این که گاه گفته می شود فلان موضوع به گردن من است. در این جمله گردن منحصراً و مجزاً از پیکر انسان، موضوعیت ندارد و قادر نیست چیزی را به عهده بگیرد، بلکه باید گفت تبادل عرفی موضوع این است که گردن در این مقام بمثابة کل وجود شخص استعمال گردیده است.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۶۵

کلمه «ما» در حدیث، کنایه از مال اخذ شده است و بنابراین همان چیزی که مورد استیلا قرار گرفته متعلق «علی» است، نه بازگرداندن آن و لذا مفاد حدیث، حکم وضعی ضمان خواهد بود نه حکم تکلیفی وجوب ادا.^۱ کلمه «اخذت» فعل مؤنث مجازی و فاعلش در حدیث بالا ید است، ولی آشکار است که منظور، اخذ حقیقی با دست نیست، بلکه مراد، استیلا و سلطه بر مال است.

در مورد مفاد و مدلول حدیث علی الید، دو نظریه متقابل وجود دارد که از نظر فقهی و قضایی بر هر یک نتیجه ای متفاوت مترتب خواهد بود. عده ای معتقدند که این حدیث صرفاً بیانگر مورد اخذ به قهر و غلبه است و مواردی که مال با اذن و رضایت صاحب مال تصرف می شود تخصصاً از شمول آن خارج است. این گروه مستند نظر خود را واژه «اخذ» قرار داده و می گوید این واژه حامل چنین مفهومی است و بنابراین الحاق حکمی «مقبوض به عقد فاسد» را به مورد غضب متکی به ادله مستقل دانسته اند، نه به قاعده علی الید. اما طبق نظریه مقابل که به نظر ما اقوا است، واژه «اخذ» فاقد این بار معنایی است و عموم تصرفات و هر گونه استیلا بر مال دیگری را شامل می گردد، خواه به قهر و غلبه باشد و خواه نباشد. آنچه از این عموم خارج می گردد ید امانی است که در آینده عناصر و ارکان آن را بیان خواهیم کرد و خواهیم گفت مادام که عناصر لازم برای تحقق امانت شرعی موجود نگردد، ید از حالت ضمانی خارج نخواهد شد.

این دو نظریه، هم آثار متفاوت قضایی دارند و هم آثار متفاوت فقهی و فتوایی؛ اما به لحاظ قضایی، تفاوت آن ها این است که بنا بر نظریه نخستین، بار اثبات عدوان، یعنی اخذ به قهر و غلبه، به عهده کسی خواهد بود که مدعی است و مادام که عدوان ثابت نشود، ضمان ثابت نخواهد شد؛ در حالی که بنا بر نظریه دوم، صرف اثبات تصرف برای ضمان و مسئولیت مدنی کافی است و شخص متصرف در صورتی براءت می یابد که امانی بودن ید خود را اثبات کند. اما از نظر اثر فقهی، تفاوت این است که بی تردید در بعضی موارد، وجود عدوان مسلم است و در بعضی موارد، وجود عناصر امانی بودن مسلم و احکام هر

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۶۶

دو مورد مشخص است، بدین ترتیب که در بخش اول، احکام غضب و در بخش دوم احکام امانت جاری می شود؛ ولی در بعضی موارد برای فقیه تردید وجود دارد که مورد داخل کدام یک از دو دسته است. بنا بر نظریه نخستین، چون عنصر عدوان مشکوک

۱. مکاسب، ج ۳، ص ۱۸۱ (چاپ جدید).

است، باید به عدم ضمان فتوا داد در حالی که بنا بر نظر دوم، با توجه به عموم ید، اصل بر ضمان است، مگر آن که عناصر امانی بودن احراز گردند.

بعد از اخذت «حتی تؤذیه» قرار گرفته به عنوان غایت، و معنایش این است که: تا آن را ادا کند و به صاحبش برگرداند بر عهده او باقی است. بنابراین، مفاد حدیث این است که شخصی که بر مال دیگری دست می‌گذارد ضامن است، بدین معنا که باید عین را در فرض وجود و یا بدل آن را در فرض تلف به صاحبش برگرداند.

فقها در بیان ماهیت ضمان به معنای ردّ خود عین در فرض وجود و ردّ مثل یا قیمت آن در فرض تلف، توجیهاتی مطرح کرده اند که بهترین آن‌ها توجیه زیر است:

به موجب این حدیث، وقتی انسان چیزی را می‌گیرد و یا به تعبیر دیگر بر مالی استیلا می‌یابد، آن چیز به عهده او قرار می‌گیرد و چون عهده به معنای ذمه است و عین خارجی نمی‌تواند در ذمه قرار بگیرد، پس وجود اعتباری آن چیز مورد نظر است که در ذمه قرار می‌گیرد و بعد از آن که در ذمه قرار گرفت فرد مشغول الذمه باید از عهده آن برآید و افرار ذمه کند. برآمدن عهده و افرار ذمه در فرض وجود مال، به پرداخت عین آن است که باید به شکل سالم به صاحبش برگردد و اگر تلف بشود، یا به هر جهتی برگرداندن عین ممکن نباشد، برآمدن از عهده و برائت ذمه با پرداخت مثل یا قیمت محقق می‌شود و باید مثل یا قیمت مال به صاحبش داده شود.^۱

در مقابل توجیه فوق بعضی از فقها اظهار عقیده کرده اند که این حدیث فقط حکایت از این دارد که مادام که عین باقی است کسی که آن را گرفته ضامن است و باید آن را به صاحبش برگرداند، زیرا «ما» ی موصولی که در حدیث آمده، اشاره به مال دارد و ضمیر موجود در «تؤذیه» هم به مال برمی‌گردد. بنابراین از حدیث بیش از این استفاده نمی‌شود و به استناد آن نمی‌توان گفت که در صورت تلف مال، آخذ ضامن پرداخت قیمت آن است.^۲

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۶۷

پاسخ این استدلال در ضمن مطالب فوق بیان شد، زیرا گفتیم که متعلق واژه «علی» همان چیزی است که تحت استیلا قرار گرفته نه عمل بازگرداندن که صرفاً یک حکم تکلیفی است و به عبارت دیگر، وقتی کسی مال را اخذ می‌کند، وجود اعتباری آن مال در ذمه او قرار می‌گیرد و به اصطلاح ذمه اش مشغول می‌شود و باید از این اشتغال ذمه بری گردد. پس تا وقتی که عین موجود است باید مسترد شود و اگر تلف شود، مثل یا قیمت آن باید پرداخت گردد. در عرف نیز مشاهده می‌شود که از ضمان ید مفهوم اخیر استنباط می‌گردد و به صرف تلف مال، ذمه آخذ بری نمی‌شود، بلکه باید مثل یا قیمت مال تالف را بپردازد. بر توجیهی که ارائه دادیم، ثمرات و آثاری مترتب است که در ضمن مباحث آینده به آن‌ها اشاره خواهد شد.

سه) جهل و عمد:

با اطلاق و عمومی که در روایت مربوط به ضمان دیده می‌شود به نظر می‌رسد تصرف مال اعم از این که عالماً باشد یا از روی جهل موجب ضمان است، با این تفاوت که اگر تصرف از روی عمد و قصد باشد از مصادیق غصب و دارای عقوبت شرعی و مجازات است، در حالی که تصرف غیر عمدی فقط موجب ضمان حقوقی است و عقوبت و مجازات در پی ندارد.^۳ به عبارت دیگر در تحقق این ضمان، تقصیر دخالتی ندارد، بلکه مبنای این مسئولیت، وضع ید و استیلا بر مال دیگری است، اعم از این که

۱. ر. ک: موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، ۱۷۸ و مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۳۷.

۲. عوائد الايام، ص ۱۰۹.

۳. مکاسب، ج ۳، ص ۱۸۱ (چاپ جدید) و طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۷۳.

عالما عامدا صورت گرفته باشد و یا از روی جهل و غیر عمد . بنابراین، هر دو مورد (عمد و جهل) در مسئولیت مدنی با یکدیگر مشترکند، ولی در مسئولیت کیفری متفاوتند، بدین معنا که در فرض عمد، علاوه بر مسئولیت مدنی مسئولیت کیفری نیز وجود دارد و در فرض جهل، مسئولیت کیفری وجود ندارد.

در نتیجه، دایره ضمانت اختصاص به غصب ندارد بلکه وسیع تر و اعم از آن است،

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۶۸

زیرا در تعریف غصب گفته شده است: غصب استیلا بر مال غیر است به نحو عدوان^۱ و منظور از «عدوان»، تجاوز به حق دیگری است. بنابراین در غصب، استیلا از روی عمد و قهر صورت می گیرد، در حالی که در ضمانت، عنصر عمد و قهر ملحوظ نشده است. پس قلمرو ضمانت شامل دو دایره است، یکی ید عدوانی و دیگری ید غیر عدوانی.

۲. ید ضمانی و ید امانی

برای تنظیم مطالب می توان این دسته بندی را ارائه کرد: در تقسیم اول، ید تقسیم می شود به ید ضمانی و ید امانی و سپس ید ضمانی تقسیم می شود به ید عدوانی و غیر عدوانی.

توضیح این که وقتی کسی مالی را به عقد فاسد قبض می کند، ضامن، و ید او ید ضمانی است، ولی غاصب نیست و ید او عدوانی محسوب نمی شود؛ یعنی هر دو مورد به لحاظ وجود مسئولیت مدنی با یکدیگر مشترکند و تفاوت در آن است که در فرض وجود عنصر عدوان، علاوه بر مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری نیز وجود دارد؛ زیرا فقها مواردی را که به علت فقدان عنصر عدوان از مصادیق غصب محسوب نمی شود نیز از نظر احکام، ملحق به غصب کرده اند؛ بدین معنا که چنین یدی را ید ضمانی دانسته اند که از نظر ضمانت در حکم غصب است.^۲ قانون مدنی ایران نیز در ماده ۳۰۸ چنین کرده است.^۳

۳. فاعلیت و علیت در فرض تلف

در ضمانت ید، علاوه بر این که عنصر عمد و تقصیر دخالته ندارد، در موارد منجر به تلف، رابطه علیت مادی بین فعل متصرف و تلف نیز ضروری نیست و لذا چنانچه متصرف این نکته را هم ثابت کند که تلف مال در اثر قوه قاهره و آفت سماوی بوده است، از مسئولیت حقوقی او کم نمی شود و فرق عمده این نوع ضمانت با ضمانتی که به موجب قاعده اتلاف در آینده مطرح می گردد همین امر است. در ضمانت اتلاف لازم است که فعل مستقیما به تلف کننده مستند گردد، نه به علت و موجب دیگر، ولی در ضمانت ید چنین نیست؛ زیرا در ضمانت ید، محور ضمانت «اصل استیلا و وضع ید بر مال دیگری است، نه تلف شدن مال»، در حالی که در قاعده اتلاف، محور ضمانت «از بین بردن مال دیگری است».

۴. ضمانت منافع

حال ببینیم آیا ضمانت ید منحصر به عین است یا استیلا بر مال غیر، موجب ضمانت متصرف نسبت به منافع عین در زمان تصرف نیز می شود؟

^۱ شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة، ج ۲، ص ۱۹۰؛ فخر المحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۶۶ و جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۷. قانون مدنی ایران در ماده ۳۰۸ مقرر داشته است: «غصب استیلا بر حق غیر است، به نحو عدوان».

^۲ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۷۷.

^۳ «... اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است».

مالک و ابو حنیفه معتقد بوده اند^۱ که غاصب ضامن منافع نیست و در قبال ضمان نسبت به عین، منافع زمان تصرف به او تعلق می گیرد و مستند ایشان حکم حدیث نبوی «الخراج بالضمان»^۲ (خراج در مقابل ضمان است) و یا قاعده «من علیه الغرم فله الغنم» (هر کس که زیان به عهده او است منافع مال او است) بوده و عقیده داشته اند که بین ضمان عین و مالکیت غاصب نسبت به منافع ملازمه وجود دارد.

از فقهای امامیه اگر چه اندکی با این نظر موافقند^۳ ولی مشهور آنان این استدلال را مردود شناخته و بین ضمان عین و مالکیت منافع ملازمه ای قائل نیستند. در این نظر شافعی و احمد بن حنبل با امامیه توافق دارند.^۴

این گروه از فقها می گویند گاه شخصی مالک منفعت می شود بدون این که ضامن عین باشد، مانند مستأجر که یدش نسبت به عین، امانی است و در صورت تلف عین مستأجر ضامن نیست، و برعکس، شخص ممکن است ضامن عین شود در حالی که مالک منافع نیست، مانند سارق. آیا منافع مال مسروقه مادام که در اختیار سارق است، به او تعلق دارد؟ اگر پلسخ مثبت باشد، باید سارق حق داشته باشد بعد از سرقت و ضامن شدن نسبت به عین، از مال بهره برداری کند و از حیث منافع زمان تصرف، ضامن نباشد، در حالی که چنین نیست.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۰

مشهور فقهای امامیه در مورد احادیث و قواعد استنادی مخالفان گفته اند که این قواعد به بیع اختصاص دارند و معنایشان این است که هر گاه شخصی مالی را از دیگری خریداری کند چنانچه مال مذکور پس از قبض به موجب امری قهری یا غیر آن تلف شود، نمی تواند برای اخذ خسارت به فروشنده مراجعه کند، زیرا اگر مال سالم می ماند منافع آن برای مشتری می بود و بنابراین، حال که چنین است خسارت آن هم بر او وارد است. موارد غضب و استیلا بدون مجوز قانونی بر مال غیر، مشمول این روایت نیست، زیرا استفاده از مال دیگری بدون اذن او، بالاجماع جایز نیست.^۵

فقها در توضیح مطالب فوق اضافه کرده اند: ضمانی که به ازای آن، خراج و درآمد مال مضمونه قرار می گیرد، ضمانی است که شخص در موارد وجود مجوز شرعی به آن اقدام می کند و ملتزم می گردد، مثل وقتی که مشتری پس از معامله مبیع را قبض می کند، در حالی که در مانحن فیه چنین نیست و این ضمان، امری قهری است که شارع مقدس بر استیلا و تصرف در مال دیگری مترتب ساخته و لذا اخراج هم در ازای آن قرار نمی گیرد.^۶

حال بینیم فقهای امامیه ضمان منافع عین مغضوب را چگونه تحلیل حقوقی کرده اند.

الف) منافع مستوفات و غیر مستوفات

فقهای امامیه در مورد ضمان منافع عین مغضوبه، منافع را به دو دسته تقسیم کرده اند: مستوفات و غیر مستوفات.

منظور از منافع مستوفات، منافی است که شخص پس از استیلا بر مال دیگری از آن بهره مند می گردد. مثل آن که اتومبیل دیگری را بردارد و سوار آن شود یا کتاب دیگری را بدون اجازه او بردارد و مطالعه کند.

۱. ر. ک: علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۱ و مغنیه، محمد جواد، اصول الاثبات، ص ۱۳۹.

۲. خراج عبارت است از آنچه از هر چیز خارج می شود و به عبارت دیگر، فایده هر چیز، خراج آن است. جمله فوق به معنای این است که هر کس ضمان عین به عهده اش باشد، منافع آن هم برای او خواهد بود.

۳. مکاسب، ص ۱۱۴ (چاپ طاهر) (شیخ از وسیله ابن حمزه این قول را نقل می کند. رجوع کنید به ابن حمزه طوسی، وسیله، ص ۲۵۵).

۴. تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۱.

۵. همان جا.

۶. مکاسب، ص ۱۱۴ (چاپ طاهر).

منافع غیر مستوفات آن دسته از منافع ممکن الحصولند که شخص متصرف با استیلاي خود بر مال، بهره برداري از آن را از مالک سلب کرده و خود هم بهره مند نشده است؛ مثل آن که شخصی در خانه ديگري را بدون اجازه او قفل کند و يا اتومبيل او را در پارکينگ منزل خود نگه دارد.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۱

به نظر فقهای اماميه در مورد منافع مستوفات، بی تردید شخص متصرف ضامن است، خواه تصرف عدواني باشد (غصب) و خواه غير عدواني، مانند مورد مقبوض به عقد فاسد؛ ولی در منافع غير مستوفات، گروهی از فقها به ضمان معتقد نيستند؛ اما در همین فرض هم مشهور، قائل به ضمان هستند.^۱

مستند مشهور فقهای اماميه نسبت به ضمان منافع، اعم از مستوفات و غير مستوفات، عموم قاعده «علي الید» است؛ زیرا همان طور که گفته شد، اولاً منافع عموماً مال محسوب می شوند و بنابراین مستقلاً می توانند مشمول مفاد کلمه «ما» ی موصولی در حدیث علي الید باشند و ثانياً به تبع عین، تحت سلطه و استیلاي م تصرف قرار می گیرند و بنابراین در عهده متصرفند و باید به صاحبش برگردانده شوند، خواه استیفا شده باشند و خواه نشده باشند.

شیخ انصاری نظريه مشهور را مورد انتقاد قرار داده، شمول قاعده علي الید را بر منافع مخدوش می داند. ایشان نسبت به این که منافع از مصادیق مال است، تردید ندارند، اما در مورد شمول مفهوم و مفاد واژه «اخذت» می گوید: «حصول منفعت در ید متصرف از طریق قبض عین، موجب صدق «اخذ» نیست».^۲ به نظر ایشان آنچه اخذ شده عین است و منافع غير مستوفات مأخوذ نشده است. شیخ انصاری برای ضمان منافع غير مستوفات مستندات ديگري پیشنهاد می کند.

به نظر می رسد، مراد از اخذ، همان سلطه و استیلا است و این مفهوم نسبت به منافع از طریق سلطه بر عین ممکن است و صدق عرفی سلطه بر منافع با تحقق سلطه بر عین محقق می شود و لذا چنانچه ضمان منافع را مستند به قاعده «ید» بدانیم با اشکالی مواجه نخواهیم شد.

حال اگر با توجه به استدلال شیخ، شمول قاعده علي الید بر منافع و استقرار ضمان ید بر شخص متصرف قابل تردید باشد باز هم نظريه ضمان منافع بدون مستند نخواهد بود، زیرا «تفویت» منافع، مستند به عمل شخص متصرف است و بنابراین از طریق استناد به اتلاف و يا قاعده تسبیب قابل مطالبه خواهد بود. صدق اتلاف در منافع مستوفات و تسبیب در منافع غير مستوفات، دارای وجاهت عرفی است، چرا که «تفویت» عرفاً از مصادیق اتلاف محسوب شود و بعید نیست که نیازی به صدق عناوین اتلاف و تسبیب هم نباشد، و عنوان تفویت خود عنوان مستقلى برای موجبات ضمان به حساب آید.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۲

افزون بر همه مطالب، قاعده احترام می تواند مستند خوبی برای ضمان منافع به خصوص منافع مستوفات باشد.^۳ البته این که مستند ضمان منافع کدامیک از این قواعد باشد، آثار فقهی متفاوتی دارد.^۴ مثلاً اگر شخصی بدون مجوز قانونی و لوا شتباها اتومبيل ديگري را تصرف کند و آن را در گاراژ منزل خویش قرار دهد، به طوری که مالک نتواند از اتومبيل خود استفاده کند، متصرف ضامن منافع ایام تصرف است. البته در همین فرض اگر امکان دسترسی برای مالک وجود داشته باشد به موجب این استدلال، یعنی

۱. همان جا.

۲. همان جا.

۳. ر. ک: همین کتاب، ص ۲۱۳ (قاعده احترام مال مردم).

۴. برای دیدن نظریات موافق و مخالف رجوع کنید به: العروة الوثقی، ص ۴۰.

تمسک به قاعده اتلاف و تسبیب، بر متصرف ضمانی نخواهد بود، در حالی که اگر مستند، قاعده ضمان ید باشد، بازهم باید شخص متصرف را ضامن دانست.

قانون مدنی ایران در ماده ۳۲۰ از نظریه مشهور فقهای امامیه پیروی کرده و منافع را مطلقاً قابل مطالبه دانسته است. در خاتمه این بحث برای رفع هر گونه ابهام باید گفت نباید منافع «غیر مستوفات» را با «عدم النفع» اشتباه کرد که میان این دو تفاوت واضحی وجود دارد. عدم النفع از نظر فقه سنتی قابل مطالبه نیست و این امر با منافع غیر مستوفات متفاوت است. منافع غیر مستوفات همان طور که گفته شد، عبارت است از منافع ممکن الحصول، مانند سوار شدن بر مرکب که منفعت مرکب است و یا کشت کردن زمین که منفعت زمین است و در فرض عدم بهره برداری، مشمول عنوان تفویت منافع غیر مستوفات بوده قابل مطالبه است. ولی عدم النفع آن است که شخص مدعی گردد که اگر زمینم غصب نشده بود می توانستم آن را بفروشم و پول آن را چنین و چنان کنم و سودهایی برای خود محاسبه کند. روشن است که منافع زمین، کشت و زرع است، نه سود حاصل از فروش آن. این گونه منافع از نظر فقها مشمول ادله ضمان نیستند.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۳

ب) منافع گوناگون و متضاد

هرگاه امکان استیفای منافع متعدد از مال مغضوب وجود داشته باشد و ارزش منافع با یکدیگر مساوی نباشد، چنانچه مال اصلاً مورد بهره برداری و استیفای غاصب قرار نگیرد، بلکه معطل بماند، به نظر فقها، غاصب ملزم به پرداخت قیمت منفعتی است که منفعت معمول و متعارف آن مال محسوب می گردد. مثلاً چنانچه خانه ای غصب شود، منفعت عرفی و عادی خانه سکنی در آن است، هر چند که بتوان از آن به عنوان محل تجاری، انبار و یا پارکینگ استفاده کرد، ولی این گونه منافع برای منزل مسکونی غیر متعارفند و غاصب به پرداخت خسارت معادل آن ملزم نخواهد شد.

اما در فرض فوق، اگر منافع متعدد جملگی متعارف و قیمت ها متفاوت باشند، غاصب به چه قیمتی ملزم خواهد شد؟ مثلاً اگر زمینی مورد استیلائی غیر قرار گیرد که امکان کشت گندم و برنج در آن وجود داشته باشد، با توجه به این که قیمت گندم و برنج تفاوت دارد، و غاصب هم به هیچ وجه کشتی نکرده، بلکه زمین را معطل گذاشته، به پرداخت کدامیک از منافع ملزم خواهد شد؟ به نظر می رسد در این فرض، غاصب باید قیمت منافع گران تر را پرداخت کند، زیرا اولاً بی گمان غاصب به پرداخت مجموع خسارت های ممکن الحصول ملزم نخواهد شد، چون با توجه به این که فقط برداشت یک نوع محصول امکان داشته نفویت هر دو نوع محصول، معلول تصرف و استیلائی غاصب نبوده، و بنابراین تنها ضمان یک نوع محصول را عهده دار خواهد بود و ثانیاً چون محصول گران تر به هر حال منفعت ممکن الحصول برای عین محسوب می شود و اگر غصب و تصرف عین صورت نمی گرفت، امکان کشت برنج وجود داشت، غاصب باید از عهده ضمان گران تر برآید.

در خصوص صورتی که یکی از منافع مال مغضوب مورد استیفای غاصب قرار گیرد، در حالی که دارای منافع متعدد بوده، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند غاصب به قیمت همان منفعتی که بهره مند شده مدیون خواهد بود، ولی به نظر بعضی دیگر، غاصب همواره ملزم به پرداخت قیمت منفعت گران تر است، هر چند منفعت ارزان تر را استیفا کرده باشد.^۱

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۴

^۱ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۷۸. برای مطالعه بیشتر در مورد منافع متضاد رجوع کنید به: العروة الوثقی، ج ۴، ص ۸۹؛ بروجردی، المستند فی شرح العروة الوثقی، (تقریر درس آیه الله خویی)، ج ۳۰، ص ۳۱۰ و نیز: مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۱۰۵.

ج) ضمان کار استیفا شده

هرگاه شخصی انسان آزادی را به بیگاری بکشد و به جبر و قهر از او استفاده کند، و یا نه به جبر و قهر که با درخواست او کاری توسط دیگری انجام گیرد ضامن منافع او است و باید با پرداخت دستمزد به او از عهده ضمان برآید. در این مورد تردیدی میان فقها وجود ندارد و توجیه حقوقی آن روشن است: کاری که مورد بهره‌برداری قرار گرفته دارای قیمت است و عینا مانند موردی است که غاصب، عین مال دیگری را اخذ کرده باشد؛ زیرا کار مزبور قابل مبادله به مال است و ارزش و اعتبار مالی دارد و از نظر موازین فقهی، عمل شخص محترم است.^۱

د) ضمان محرومیت از کار

هرگاه شخصی، کارگر یا صنعتگری را بازداشت و یا به نحوی از کار کردن محروم سازد، بدون آن که از او بهره‌گیری کند، آیا ضامن قیمت کار او است و باید با پرداخت بهای دستمزد از عهده خسارت برآید؟ در میان فقهای امامیه در این مورد اختلاف نظر است. مشهور فقها معتقدند که ضمان وجود ندارد؛ با این استدلال که انسان آزاد از اموال محسوب نمی‌شود و منافع او تابع وجود او بوده مالی مستقل به شمار نمی‌آید و همان گونه که انسان را نمی‌توان غصب کرد این عنوان در تسلط بر منافع او نیز تحقق نمی‌یابد. پس منافع انسان آزاد در استیلائی دیگری واقع نمی‌شود و هرگاه بدون استفاده تلف شود، در تصرف خود او از بین رفته و ضمان آن بر عهده دیگری قرار نمی‌گیرد و به تعبیر دیگر، منافع انسان آزاد همواره در سلطه و قبضه خود او قرار دارد و اگر تلف شود در ید خودش تلف شده است؛^۲ اما گروه قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۵

دیگری از فقها به ضمان معتقدند. مقدس اردبیلی و سید بحر العلوم گفته‌اند: «هرگاه کسی صنعتگری را حبس کند اگر چه از او انتفاع نبرد، ضامن است، زیرا در این امر، ضرر عظیمی است، به خاطر آن که چه بسا خودش و عیالش از گرسنگی بمیرند. به علاوه، حابس، متعدی است^۳ و مجازات عمل بد، عملی است مانند آن^۴ که مجوز تقاص مظلوم است».^۵ باید دید که نظریه دسته اخیر از فقها چه توجیه فقهی دارد و کدام یک از قواعد فقهی مستند آن است.

– نقد و بررسی

با مذاقه در عبارات و کلمات فقهای مخالف و موافق به نظر می‌رسد:

۱. گروه مخالف مشهور در این که منافع انسان آزاد، مستقل نیست، بلکه با شخصیت و اراده او ارتباط دارد و بنابراین تحت ید و استیلا قرار نمی‌گیرد و عروان غصب بر آن صدق نمی‌کند، تردید ندارند، ولی به استناد ادله دیگری قائل به ضمان هستند، که باید ببینیم آن ادله کدامند.^۶
۲. مخالفان مشهور نیز ضمان را صرفاً مترتب بر حبس نمی‌دانند، بلکه ضرر باید مسلم باشد تا حکم به ضمان شود و بنابراین هرگاه شخصی انسانی را حبس کند که عرفاً کارگر و یا صنعتگر و امثال آن محسوب نمی‌شود، ضامن پرداخت دستمزد او نخواهد بود و

۱. جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۸؛ تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۲ و تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۷۳. نیز رجوع کنید به: العروة الوثقی، ج ۵، ص ۱۴۶.

۲. ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۴۱؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۷۳؛ علّامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، کتاب غصب، و ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۶۸.

۳. اشاره به آیه شریفه «فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ»: هر کس تجاوز کند بر شما پس تجاوز کنید بر او به مثل آن که تجاوز کرده است بر شما بقره، (۱۹۰).

۴. شوری، ۴۰.

۵. به نقل از: مفتاح الکرامه، کتاب الغصب (ده جلدی)، ص ۲۲۵.

۶. همان جا.

چنین نیست که به صرف حبس، قیمت کار چند روزه او به حساب آید، بلکه ظنّ کار کردن باید به اندازه‌ای قوی باشد که در دید عرف، مسلم به نظر آید که اگر شخص بازداشت نمی‌شد کار می‌کرد و منافعی را به دست می‌آورد.^۱

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۶

مستندات مخالفین مشهور کلاً به سه موضوع برمی‌گردد:

الف) قاعده نفی ضرر،

ب) قاعده تسبیب،

ج) آیات قرآن.

پیروان مشهور پس از خدشه در دلالت آیات قرآن که مورد استناد مخالفان قرار گرفته با طرح دو نکته، قول مخالف را مردود اعلام کرده‌اند:

۱. قاعده نفی ضرر، صرفاً ناظر به احکام وضع شده و به اصطلاح امور وجودی است نه احکام عدمی. به عبارت دیگر، قاعده نفی ضرر رفع حکم می‌کند، نه جعل حکم و بنابراین چنانچه در موردی عدم وجود حکمی از شریعت موجب ضرر است، نمی‌توان برای رفع ضرر به استناد این قاعده جعل حکم کرد. مسأله مورد بحث از همین مصادیق است، زیرا عدم ضمان موجب ضرر برای کارگر است و لذا قاعده نفی ضرر نمی‌تواند وضع ضمان کند.

۲. منافع آدمی مادام که استیفا نشده یا موضوع قرارداد واقع نگشته معدوم است و مال محسوب نمی‌شود و بنابراین تسبیب در تلف متصور نیست.

با این حال می‌توان به دفاع از مخالفان مشهور چنین گفت:

اولاً عدم جریان قاعده لا ضرر در عدمیات در جای خود قابل انکار است و انصافاً ورود خسارت بر کارگری که توسط قهر و زور از کار بازداشته شده، جای تردید ندارد و چنانچه به موجب قانون، شیخ ص مجرم ملزم به پرداخت خسارت ناشی از جرم نگردد، این زیانی است که قانونگذار به زیان‌دیده وارد ساخته است و چون ورود ضرر منتسب به مقام تشریع می‌گردد به موجب قاعده لا ضرر، برائت ذمه مجرم منتفی است و به پرداخت خسارت ملزم خواهد بود.

ثانیاً حسب تعریف رایج، مال چیزی است که عقلاً در مقابل آن، مال پرداخت کنند و بی گمان نیروی بالقوه کار انسان در بازار با پول مبادله می‌شود و اعتبار مالیت آن نیازی به استیفا یا انعقاد قرارداد ندارد. پیروان مشهور خود تصدیق دارند که چنانچه کارگر اجیر شده‌ای بازداشت شود و نتواند کار کند، بازداشت‌کننده ضامن اجرت او خواهد بود^۲ و لذا جای این سؤال است که آیا صرف انعقاد قرارداد اجاره می‌تواند به امری که مالیت ندارد مالیت ببخشد؟

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۷

به خصوص آن که صدق «تفویت» در این مورد، مسلم است و برای تحقق اتلاف و تسبیب صدق تفویت کفایت می‌کند. مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی نیز بر خلاف مشهور، نظریه ضمان را پذیرفته است.^۳

آنچه گفته شد جنبه علمی و تحقیقی دارد، اما از نظر قضایی، فتاوی مراجع تقلید معاصر به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، بیشتر مبنی بر عدم ضمان منافع است.^۴

۱. طباطبایی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل، ج ۲، کتاب غضب و جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۹.

۲. ریاض المسائل، ج ۳۷، ص ۴۰.

۳. برای دیدن نظرهای مخالف و موافق رجوع کنید به العروة الوثقی (مع تعلیقات عدة من الفقهاء العظام)، ج ۵، ص ۴۰.

۴. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۶۸ به بعد و تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۷۳.

ه) ضمان کار در قوانین جاری

در قانون مدنی ایران، حکم ضمان استیفا به طور عام در ماده ۳۳۶ و ۳۳۷ آمده، ولی حکم ضمان کاری که به قهر و زور استیفا شده و به اصطلاح «بیگاری» مطرح نگردیده است.

علت عدم طرح مسأله آن است که موضوع جنبه مدنی صرف ندارد و جای طرح آن در قوانین جزایی است و لذا ماده ۱۳۵ قانون مجازات عمومی و تبصره آن، لزوم تدارک و جبران زیان های وارد را متعرض شده بود که مشابه آن در ماده ۶۰۱ قانون مجازات اسلامی آمده است.^۱

در مورد ضمان محرومیت از کار، بدون بهره کشی و استیفا نیز در قانون مدنی سخنی به میان نیامده است، هر چند می توان از روح قانون حاکم بر غصب و تسبیب و اتلاف، حکم مسأله را استنباط کرد.

به نظر می رسد علت عدم تعرض قانون مدنی به این مسأله که بیشتر جنبه جزایی و کیفری داشته تا مدنی، این است که این مسأله از نظر فقهای امامیه محل تأمل و تردید است و قانون مدنی در خصوص این گونه موارد همواره سکوت کرده است.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۷۸

شاید طرح و تصویب قانون مسئولیت مدنی در سال ۱۳۳۹ و الزام خسارت زننده به جبران خسارات و توسعه آن به اموال موجود و یا عدم النفع، معلول خلأ نص و صراحت قانون مدنی بوده است.

...

^۱ ماده ۶۰۱: «هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی که بر حسب مأموریت خود اشخاص را اجیر یا استخدام کرده یا مباشرت حمل و نقل اشیایی را نموده باش د و تمام یا قسمتی از اجرت اشخاص یا اجرت حمل و نقل را که توسط آنان به عمل آمده است به حساب دولت آورده ولی نپرداخته باشد به انقصال موقت از سه ماه تا سه سال محکوم می شود و همین مجازات مقرر است درباره مستخدمینی که اشخاص را به بیگاری گرفته و اجرت آن ها را خود برداشته و به حساب دولت منظور نموده است و در هر صورت باید اجرت مأخوذ را به ذی حق مسترد نماید».

۵. قاعده اتلاف

از دیدگاه فقه شیعه، موجبات ضمان قهری سه چیز است: ضمان ید، اتلاف و تسبیب. در این فصل تلاش خواهد شد اتلاف و احکام مربوط به آن به طور مختصر توضیح داده شود.^۱

همان طور که گفته شد، اتلاف از موجبات ضمان به شمار می‌رود و همانند سایر قواعد، ابتدا به ذکر مستندات آن می‌پردازیم.

۱. مستندات قاعده

الف) کتاب

مستند این قاعده در کتاب، این آیه شریفه است که بعضی از قداما، از جمله شیخ طوسی در مبسوط^۲ به آن اشاره کرده‌اند: «فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ...»^۳ هر کس به شما تجاوز کرد پس بر او به مانند آنچه بر شما تجاوز کرده است تجاوز کنید.

تردید نیست که اتلاف مال دیگری بدون اذن صاحب آن، از مصادیق تجاوز و تعدی بر دیگری محسوب می‌شود. مستفاد از آیه شریفه فوق دو چیز است: اولاً اعلام جواز یا به تعبیر دیگر، جعل حق مؤاخذه و مطالبه برای طرفی که مورد تعدی و تجاوز گرفته است و ثانیاً این که مورد مطالبه می‌تواند مقابله به مثل باشد، که در این حکم قرآنی، «مثل بگیرید»، کنایه از آن است که اگر مثلی باشد، مثل و اگر قیمی باشد قیمت گرفته شود.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱۰

به بیان فوق، در این آیه، حکم واضحی وجود دارد مبنی بر این که هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن آن است. یعنی آیه در مقام جعل حق و بیان حکم وضعی است. البته از سوی بعضی از فقها، استدلال برای ضمان به آیه فوق مورد خدشه و مناقشه قرار گرفته است.^۴

ب) روایات

شیخ طوسی در مبسوط روایتی از عبد الله بن مسعود از رسول اکرم (ص) نقل کرده که آن حضرت (ص) فرموده است: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»^۵ یعنی احترام مال مسلمان، مانند احترام خون او است. اگر اهمیت مال مسلمان مانند خون او باشد، چنانچه مقداری از آن تلف شود، موجب ضمان خواهد بود.

روایات دیگری نیز در کتب فقهی، مستند این قاعده قرار گرفته است. علاوه بر این، فقها جمله «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» (هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن است) را یک حدیث منقول از معصوم (ع) تلقی کرده‌اند.^۶ هر چند این عبارت در کتب حدیثی دیده نمی‌شود، ولی از چنان شهرتی برخوردار است و آن چنان مورد استفاده فقها قرار گرفته که در حدیث بودن آن

^۱ در خصوص ضمان ید و تسبیب به ترتیب رجوع کنید به: همین کتاب، ص ۶۱ و ۱۱۷.

^۲ طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۳، ص ۶۰.

^۳ بقره، ۱۹۰.

^۴ مکاسب، ص ۶۹.

^۵ المبسوط، ج ۳، ص ۵۹. نظیر این جمله توسط ابی بصیر از حضرت صادق (ع) نقل شده است. (ر. ک: وسائل الشیعة، ج ۸، ص ۶۱۰).

^۶ جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۶۰.

تردیدى باقى نماند و در بسيارى نصوص ديگر نيز کلماتى حاكى از مضمون اين جمله وجود دارد.^۱ به هر حال، جمله فوق به صورت يك قاعده در آمده است. براى روشن شدن بيشتر حديث، کلمات آن مختصر توضيح داده مى شود.

يك) اتلاف: اتلاف بر دو قسم است: اتلاف حقيقى و اتلاف حكمى. «اتلاف حقيقى» آن است كه شخصى مال ديگرى را به كلى از بين ببرد، مثلاً لباس يا فرش او را بسوزاند يا خانه اش را خراب كند؛ ولى در «اتلاف حكمى» نفس مال از بين نمى رود، قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱۱

بلکه با بقای اصل مال، مالیت آن نابود می شود، مانند این که شخصی یخ و برف متعلق به دیگری را در فصل تابستان در مکانی مخفی کند و در زمستان آن را اظهار و به صاحبش برگرداند. در اینجا، هر چند مرتکب، عین یخ و برف را نابود نکرده (اتلاف حقیقی) ولی چون آن را از مالیت و ارزش انداخته، مرتکب اتلاف حکمی شده است.

بعضی از فقها قاعده اتلاف را شامل هر دو گونه اتلاف دانسته اند، اما به نظر بسیاری از فقیهان، اتلاف مال، شامل اتلاف حکمی نمی شود. البته نباید تصور کرد که نوع دوم به نظر دسته اخیر فقها باعث ضمان نیست، بلکه غرض این است که به نظر آنان اتلاف حکمی مشمول این قاعده نیست. آنان در این مورد، به ادله دیگری تمسک می کنند و مثلاً می گویند: آیه «فَمَنْ اغْتَدَى...»^۲، بیان کننده ضمان عدوان یا اعتدا است و موارد اتلاف حکمی، مشمول ضمان مزبورند.

خلاصه آن که به نظر بعضی، اتلاف مال در این ظهور دارد که مالی ضایع شود و در اصطلاح، تلف شدن، به معنای نابود شدن است و لذا شامل اتلاف حکمی نمی شود؛^۳ ولى متقابلاً در نقد این نظریه می توان گفت: درست است که مال به طور حقیقی نابود نشده، ولى مالی که از قیمت افتاده حکماً و مجازاً نابود شده است.

دو) مال: مال در فقه به این شرح تعریف شده است: «المال ما یبذل بازائه المال»؛ یعنی مال چیزی است که در مقابل آن مال بدهند. این، تعریف فقهی مال است؛ ولى گروهی از فقها عقیده دارند که در این تعریف، دور وجود دارد، زیرا در تعریف مال آمده است: مال چیزی است که به ازای آن مال داده شود. پس تعریف، مبتنی بر تعریف خود مال است.

به نظر می رسد بهتر است در تعریف مال گفته شود: مال چیزی است که نزد مردم مطلوب است و به طور مستقیم یا غیر مستقیم نیازهای آنان را برطرف می کند. بخشی از اموال مانند اغذیه و لباس مستقیماً نیاز انسان ها را رفع کنند و لذا مالیت و ارزش آن ها تکوینی و واقعی است؛ و دسته دیگر مستقیماً رفع نیاز نمی کنند، ولى وسیله رفع نیاز هستند، مانند پول که به خودی خود رافع نیازی نیست، بلکه با اموال دیگر مبادله می شود و به واسطه آن ها رفع نیاز می کند و ارزش اعتباری دارد. به همین علت، وقتی گفته قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱۲

می شود که مثلاً فلان سری اسکناس فاقد اعتبار است، با وصف موجود بودن اسکناس، چون قدرت قراردادی و اعتباری اسکناس ها سلب گردیده ارزشی نخواهند داشت.

سه) ضامن: وقتی چیزی تلف می شود، وجود اعتباری اش در عهده متلف قرار می گیرد و این، معنای ضم آن واقعی است.^۴ عقیده فقها بر این است که هر کس بدون اجازه صاحب مال، مال او را از بین ببرد، آن مال با وجود اعتباری خود در عهده متلف قرار می گیرد، هر چند که تحت ید او هم نباشد و باید با پرداخت مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات از عهده آن برآید.

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸ ص ۲۴۳-۲۴۸ و ج ۱۳ ص ۱۲۹-۱۲۵.

۲. بقره، ۱۹۰.

۳. ر. ک: موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۰.

۴. نوع دیگر، ضمان قراردادی است که در اثر تعهد ضامن و قبول مضمون له به وجود می آید و آن را «ضمان عقدی» می نامند.

ج) اجماع

در اصل ضمان ناشی از اتلاف، فقها اجماع دارند؛ هر چند ممکن است در خصوص موارد و مصادیق آن، اختلاف نظر وجود داشته باشد. البته ارزش این گونه اجماعات از نظر فقهی محل تردید و مناقشه است، چرا که امکان دارد روایات مورد اشاره مستند آن باشند و بنابراین اجماع از اقسام «اجماع مستند یا مدرکی» به حساب آید و از درجه اعتبار ساقط گردد.^۱

د) بنای عقلا

با مراجعه به زندگی خردمندان، قطع نظر از ادیان، این نکته مسلم به نظر می رسد که عقلا وقتی شخصی مبادرت به اتلاف مال دیگری می کند، ذمه او را در قبال مالک مشغول و او را ضامن می شناسند، به این معنا که او را مسئول پرداخت مثل یا قیمت می دانند.

۲. تفاوت ضمان اتلاف و ضمان ید

فرق این قاعده و قاعده ضمان ید در این است که در اتلاف، محور مسئولیت، از بین بردن مال دیگری است و این امر ملازمه با تصرف در مال ندارد؛ ولی در ضمان ید، مسئولیت

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱۳

متوقف بر اتلاف و از بین بردن مال نیست، بلکه صرف وضع ید و تصرف و استیلا بر مال غیر، موجب ضمان می گردد. مثلاً اگر کسی از راه دور تیری بیندازد و موجب مرگ اسب دیگری بشود، اتلاف صورت گرفته، بدون آن که اسب تلف شده، در تصرف متلف درآمده باشد؛ در حالی که در ضمان ید چنین نیست و محور مسئولیت و ضمان، تصرف و استقرار «ید» بر مال غیر است. در اتلاف، وجود اعتباری مالی که تلف می شود بر ذمه قرار می گیرد و متلف باید از این ذمه و عهده مبری شود؛ به این ترتیب که در مثلی، مثل و در قیمی، قیمت را تأدیه کند تا ذمه اش بری شود. بعبارت دیگر، نسبت بین قاعده اتلاف و ضمان ید، عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی در بعضی موارد، ضمان ید وجود دارد و ضمان اتلاف نیست و در بعضی موارد، ضمان اتلاف وجود دارد و ضمان ید نیست و در بعضی موارد، هم ضمان ید وجود دارد و هم ضمان اتلاف.

مصادق صورت اول که ضمان ید هست و ضمان اتلاف نیست، جایی است که انسان بر مالی دست گذاشته و هنوز عین آن باقی است و در اثر سهل انگاری، مال به خودی خود تلف می شود. در اینجا ضمان، از نوع ضمان ید است و اتلاف صادق نیست؛ چون اتلاف به معنای تلف کردن و از بین بردن چیزی است و در مثال بالا چنین امری محقق نشده است.

صورت دوم که ضمان ناشی از اتلاف وجود دارد و ضمان ید مطرح نیست، جایی است که مثلاً شخصی سنگی می اندازد و شیشه خانه دیگری را می شکند. در این مورد، مرتکب ضامن است، ولی این ضمان ناشی از «اتلاف» است نه «ید»؛ زیرا شیشه اصولاً تحت ید مرتکب قرار نگرفته است.

صورت سوم در جایی مصادق پیدا می کند که شخصی پس از استیلا بر چیزی، آن را به دست خود تلف می کند. چنین شخصی به دو لحاظ ضامن است: یکی از لحاظ قاعده ضمان ید و دوم از لحاظ قاعده اتلاف. پس اگر شخصی با عمل خود عینی را ناقص کند، به نسبت ارزش عین، ضامن خواهد بود؛ ولی بدیهی است که بیش از یک ضمان بر عهده وی مستقر نخواهد گردید؛ چرا که با استیلا و وضع ید بر مال غیر، وجود اعتباری مال در ذمه او قرار گرفته، ولی مادام که عین باقی بوده، افراف ذمه جز با تحویل عین

۱. ر. ک: نگارنده، اصول فقه، دفتر دوم، مبحث اجماع، ص ۱۰۲-۹۱.

که نزدیک ترین شیء به چیزی است که در ذمه قرار دارد، ممکن نیست، ولی با تحقق اتلاف یا تلف، با توجه به وجود اعتباری مال در ذمه تصرف، ا فراغ ذمه از طریق پرداخت مثل یا قیمت صورت خواهد گرفت.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱۴

گاه ضمان ید و ضمان اتلاف با هم جمع می شوند، ولی میان دو نفر؛ مانند اینکه شخصی مال دیگری را غصب می کند و فردی دیگر آن را تلف می کند. در این موارد، با اینکه مالک در رجوع به هر دو اختیار دارد، سرانجام ضمان بر عهده متلف مستقر شود، زیرا چنانچه صاحب مال به غاصب رجوع کند، او نیز حق مراجعه به متلف را خواهد داشت.

۳. نقش عمد و قصد در ضمان اتلاف

به موجب اطلاعات ادله قاعده اتلاف، در پدید آمدن نوع ضمان، به هیچ وجه عنصر عمد و قصد دخالت ندارد. از این رو، شخصی که با عمل خویش موجب تلف مال دیگری شده، ضامن و ملزم به جبران خسارت وارد شده است، اعم از اینکه عالماً عامداً چنین کرده باشد یا بدون قصد، عملش چنین نتیجه‌ای داده باشد. قانون مدنی ایران در ماده ۳۲۸ به همین نکته اشاره کرده است. البته به نظر ما، عدم دخالت عنصر قصد و عمد در پدید آمدن ضمان بدین معنا نیست که در هیچ یک از مراحل، عملی که مجوز انتساب و استناد تلف به فاعل باشد لازم نیست، بلکه بی گمان احراز انتساب عمل به فاعل ضروری است؛ زیرا از ارکان اصلی ضمان مورد بحث، تحقق مفهوم «اتلاف» است و بدیهی است که این مفهوم با مفهوم «تلف» فرق دارد. بنابراین، چنانچه از شخص عملی سر نزده که منتهی به تلف مال شده باشد، بلکه مال در دست او به علل سماوی تلف شود، نمی توان اتلاف را به وی منسوب کرد و در نتیجه، ضمان محقق نخواهد شد. به عبارت دیگر، مقصود از عمد و قصد، اراده و عزم نسبت به اتلاف و اضرار به غیر است که چنین عنصری در پدید آمدن ضمان اتلاف ضروری نیست، ولی بی تردید، فاعلیت در عمل و تحقق انتساب و نیز ارتباط فاعل با پدیده تلف لازم است.

با توجه به مطالب فوق، اگر کسی، به رغم رعایت دقت های لازم، شکاری را هدف و نشانه بگیرد و گلوله وی به گوسفندی اصابت و آن را تلف کند، شکارچی در برابر صاحب گوسفند، مسئول و ضامن خواهد بود؛ زیرا عمل مزبور و هلاکت گوسفند قابل انتساب به شکارچی است، اگر چه قصد اتلاف و اضرار در میان نبوده باشد. برعکس،

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱۵

چنانچه باربری در حین نقل و انتقال کالا پایش به سنگی گیر کند و به زمین بخورد و باری که بر دوش دارد ساقط و تلف شود، ضامن نیست و آنچه رخ داده از مصادیق قاعده اتلاف محسوب نمی گردد؛ زیرا عملی که توجیه کننده ارتباط و انتساب تلف به باربر باشد از وی سر نزده، بلکه تلف، معلول عوامل قهری و غیر ارادی بوده است. بنابراین، در ضمان اتلاف، تقصیر شرط نیست، ولی انتساب شرط است و باید این عامل که رکن اصلی ضمان است احراز گردد. همان طور که گفته می شود اگر خیاط با برش یا دوخت غیر صحیح، پارچه را ضایع کند و از ارزش بیندازد، ضامن است، هر چند تعدی و تفریط از او سر نزده باشد؛ زیرا به هر حال عمل برش به او انتساب دارد و در نتیجه، تضییع پارچه به او منتسب است، و لو اینکه به علت اعمال دقت کامل، تقصیر نداشته باشد.^۱

۱. برای تفصیل بیشتر رجوع کنید به: حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، عناوین، ص ۲۹۱؛ مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۴۵؛ جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۹۵ به بعد؛ رشتی، حبیب الله غصب، ص ۲۹ و جامع المقاصد، ج ۱، ص ۳۶۲.

قانون مدنی ایران در ماده ۳۲۸، ۳۲۹ و ۳۳۰ احکام ضمان اتلاف را بیان و به تمام اقسام مال، اعم از عین و منفعت اشاره کرده و طبق روال معمول نظر مشهور را پذیرفته است.^۱ این قانون به موجب ذیل ماده ۳۳۰ فقط موردی را که شخص در دفاع از خویش، حیوان دیگری را بکشد یا ناقص کند، استثنا کرده است.

^۱ ماده ۳۲۸: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است».

ماده ۳۲۹: «اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت برآید».

ماده ۳۳۰: «اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته آن را بدهد و اگر کشته آن قیمت نداشته باشد بای تمام قیمت حیوان را بدهد و لکن اگر برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند ضامن نیست».

۶. قاعده تسبیب

بحث تسبیب، طبق رویه معمول نزد فقها، بلافاصله در ذیل عنوان اتلاف مطرح می شود؛ زیرا در حقیقت، تسبیب نوعی از اتلاف است؛ به این تعبیر که در اتلاف، شخص مستقیماً و بالمباشره باعث اتلاف مالی می گردد، ولی در تسبیب، عمل مسبب مع الواسطه سبب می شود که مال غیر از بین برود. برای مثال، اگر شخصی مال منقول و یا غیر منقول دیگری را مباشرتاً آتش بزند یا حیوان متعلق به دیگری را بکشد متلف است، اما اگر در مسیر عموم چاهی حفر کند و حیوان متعلق به دیگری در آن بیفتد و بمیرد، مسبب است.

در مورد «سبب» گفته شده، هر چیز که از وجودش وجود دیگری لازم نیاید، ولی از عدمش عدم دیگری لازم بیاید، «سبب» است، در مقابل «علت»؛ بدین نحو که هرگاه رابطه بین دو چیز به گونه ای باشد که از وجود یکی وجود دیگری و از عدم یکی عدم دیگری لازم بیاید، آن «یکی» را علت تامه دیگری می گویند. پس علت تامه و سبب با وجود مشابهت، دو چیز متفاوتند.^۱ در تسبیب، عمل شخص مستقیماً و مباشرتاً مال دیگری را از بین نمی برد، بلکه رابطه بین عمل شخص و تلف مال به اینگونه است که اگر آن عمل واقع نشود، تلف مال نیز اتفاق نمی افتد.^۲

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱۸

جدا شدن اتلاف از تسبیب نه فقط در روایات شیعه دیده نمی شود، بلکه در آثار قدما یعنی در قرون اولیه نیز مشهود نیست و نخستین بار در قرن پنجم در آثار شیخ طوسی^۳ و ابن براج^۴ مسأله اجتماع سبب و مباشر به چشم می خورد. در آثار اهل سنت نیز آغاز جدایی مباشرت از تسبیب در قرن پنجم در آثار سرخسی (م ۴۹۰) ملاحظه می شود، ولی به هر حال بعدها در آثار فریقین این تقسیم بندی و بررسی فروع آن امری رایج است.

۱. مستندات قاعده

صاحب جواهر در مورد ضمان ناشی از تسبیب می گوید: «در این خصوص بین فقها اختلافی نیست و علاوه بر آن، اخبار متعددی بپوجود چنین قاعده ای دلالت دارد».^۵

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۱۹

بدین ترتیب، می توان اتفاق و اجماع فقها و اخبار را مستند اعتبار ضمان ناشی از تسبیب دانست. برای نمونه، چند مورد از اخباری که در این باره وارد شده اجمالاً بررسی می شوند:

۱. تعریف بعضی فقها از سبب در باب غضب با آنچه در باب دیات آمده متفاوت است. (ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۴۶ و ج ۴۳، ص ۹۵؛ کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۰۳) چاپ سنگی؛ مسالک الافهام، ج ۲، ص ۴۹۴ چاپ سنگی) و ریاض المسائل، ج ۲، ص ۵۳۸ چاپ سنگی).

۲. منظور از عمل، فعل وجودی به اصطلاح فنی فلسفی نیست، بلکه در اصطلاح حقوقی، اعم است از فعل یا ترک فعل و به عبارت دیگر در تسبیب فعلی مسبب بر دو قسم صورت می گیرد:

۱. فعل مثبت، و آن فعلی است که انجامش سبب تلف مال گردد، مثل آن که کسی سنگی یا پوست میوه ای را در پیاده رو بیندازد و رهگذری پایش بلغزد و بشکند یا لباسش پاره شود.
۲. فعل منفی، ترک فعلی است که سبب ورود خسارت بر غیر شود، خواه فعل مزبور تکلیف ناشی از قرارداد باشد، مانند آن که مأموران راه آهن در اثر عدم انجام وظیفه به موقع خود، سبب تصادم قطار گردند، یا آن که تکلیف ناشی از وظایف قانونی باشد، مثل آن که ولی با عدم انجام وظیفه نسبت به حفظ اموال موکلی علیه موجب ورود خسارت بر اموال او گردد. همه این اقسام از موارد تسبیب است، زیرا مسبب با واسطه موجب ورود خسارت بر دیگری شده، هر چند که مستقیماً و مباشرتاً عامل ضرر نشده است.

تفاوت میان اتلاف و تسبیب در همین نکته است: اولاً در اتلاف مستقیماً و مباشرتاً خسارت از سوی زیان زننده متوجه خسارت دیده می گردد و ثانیاً در اتلاف همیشه فعل مثبت موجب ورود خسارت است و هیچ گاه ترک فعل از مصادیق اتلاف نمی تواند باشد، درحالی که در تسبیب، زیان، مع الواسطه متوجه غیر می گردد و حتی با ترک فعل هم ورود زیان متصور است.

۳. المبسوط، ج ۷، ص ۱۵۷.

۴. ابن براج، مهذب، مجموعه ینایع الفقهیه، ج ۲۴، ص ۱۹۰.

۵. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۴۶.

- خبر نخست، صحیح‌ه حلبی است که می گوید: از حضرت صادق (ع) پرسیدم اگر کسی چیزی در راه دیگری قرار دهد، به طوری که مرکب آن شخص در برخورد با آن رم کند و صاحبش را به زمین بزند، حکم قضیه چیست؟ حضرت فرمود: «کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه»^۱ یعنی صاحب هر چیزی که در راه مسلمین [واقع شود و] به آن‌ها ضرر بزند، ضامن پیامدهای آن است.

- خبر دوم، صحیح‌ه زراره است. زراره می گوید: به حضرت صادق (ع) عرض کردم حکم کسی که چاهی در غیر ملک خویش حفر کند و عابری در حین عبور در آن بیفتد، چیست؟ حضرت (ع) فرمود: «علیه ضمان لانّ کلّ من حفر بئرا فی غیر م لکه کان علیه ضمان»^۲؛ یعنی بر حفرکننده چاه ضمان است، زیرا هر کس چاهی در غیر ملک خود حفر کند، ضامن است.

- خبر سوم، موثق سماعه است از حضرت صادق (ع). سماعه نقل می کند: از آن حضرت سؤال کردم حکم کسی که چاهی در خانه خودش حفر می کند و دیگری در آن می افتد، چیست؟ حضرت (ع) فرمود: «اگر چاه در ملک خودش باشد موجب ضمان نیست؛ اما اگر در ملک غیر یا معبر عام حفر شده باشد و دیگری در آن بیفتد موجب ضمان است»^۳.

- خبر چهارم از سکونی است. او از حضرت صادق (ع) نقل می کند که فرمود: قال رسول الله (ص) «من اخرج میزبا او کنیفا او اوتد وتدا او اوثق دابة او حفر شیئا فی طریق المسلمین فاصاب فعضب فهو له ضامن»^۴؛ یعنی پیغمبر (ص) فرمود: هر کس ناودانی یا گودالی در میان راه مسلمین ایجاد کند یا میخ یا افسار مرکبش را بکوبد، یا چاهی در راه مسلمین حفر کند و کسی به آن‌ها اصابت کند و به زمین بیفتد، ضامن است.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۰

۲. عناصر تسبیب

الف) دخالت عمد و قصد

همان گونه که ملاحظه می شود، روایات ذکر شده اطلاق دارند و اعم هستند از اینکه مرتکب با قصد و نیت اضرار به غیر مبادرت به عمل کند یا اینکه بدون قصد و نیت خاصی اقدام کند و سبب ایراد خسارت به دیگری شود. اگر مدارک قاعده، روایات باشد، به علت عموم و شمول روایات، اعمال عمدی و غیر عمدی هر دو تحت حکم قرار می گیرند و فاعل به هر حال ضامن خواهد بود؛ ولی اگر مدرک قاعده را اجماع بدانیم، چون اجماع دلیل لئی است و قدر متیقن دارد، فقط شامل موارد متضمن علم و عمد می شود و موارد غیر عمدی را در بر نمی گیرد.

مدرک قاعده ضمان تسبیب، بیشتر روایات است، نه اجماع و اگر هم اجماع باشد به تعبیری که قبلا دیدیم، اجماع بالاستقلال حجیت ندارد، بلکه اجماع فقط در صورتی که کاشف از سنت معصوم (ع) باشد، معتبر است و چنانچه روایاتی در کنار اجماع موجود باشد و احتمال برود که اجماع، مستند به آن روایات است، اجماع مزبور ارزشی نخواهد داشت. اما همان طور که در بحث از قاعده اتلاف گفته شد، هر چند عمد و قصد به اضرار لازم نیست، اما احراز انتساب خسارت به فعل مسبب بی تردید لازم است. از این رو، هرگاه حیوان متعلق به شخصی بر حیوان دیگری یا مال او هجوم آورد و خسارت وارد سازد، صاحب حیوان ضامن نیست، مگر اینکه در حفظ آن تقصیر و کوتاهی کرده باشد.

۱. وسائل الشیعة؛ ج ۱۹، ص ۱۸۱.

۲. همان، ج ۱۹، ص ۱۷۹.

۳. همان، ج ۱۹، ص ۱۰۸.

۴. همان، ج ۱۹، ص ۱۸۲.

ذکر این نکته به خاطر آن است که در صورت عدم تقصیر در خصوص مورد تسبیب، انتساب خسارت به مسبب احراز نمی‌گردد و لذا در ماده ۳۳۴ قانون مدنی ایران آمده است: «مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود، مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد؛ لکن در هر حال، اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد، فاعل آن عمل مسئول خسارت وارده خواهد بود».

ب) اجتماع مباشر و مسبب

هرگاه سخن از سبب پیش می‌آید، بی‌تردید مباشر نیز وجود دارد، زیرا معنای تسبیب انجام عمل با واسطه است و واسطه همان مباشر است. بدین ترتیب، اجتماع سبب و مباشر بدین مفهوم است که گاه ممکن است هم مباشر و هم مسبب در بروز خسارت دخالت داشته باشند. در چنین حالتی ضمان به عهده کیست، مباشر یا مسبب؟

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۱

البته گاه مباشر، حیوان یا عاملی طبیعی است که به علت وضوح عدم مسئولیت مباشر، ایراد خسارت مستقیماً به سبب منتسب می‌گردد و گویی حادثه مباشری نداشته است. در چنین مواردی، مسئولیت مباشر به کلی منتفی است و بحث اجتماع سبب و مباشر مطرح نمی‌گردد، ولی مصادیق آن از موارد تسبیب محسوب می‌شود. مثلاً در آثار فقها موردی که کسی دیگری را در آتش می‌اندازد، و آتش او را می‌سوزاند در باب تسبیب مطرح شده است.

بحث اجتماع سبب و مباشر در جایی مطرح می‌شود که مباشر و مسبب هر دو انسان هستند و تردید در آن است که کدامیک اقوا بوده است؛ مثل آن که مباشر با اکراه دیگری، اقدام به ایراد خسارت کند.^۱ مرحوم محقق در شرایع می‌گوید: «هرگاه مسبب و مباشر با هم جمع شوند، مباشر نسبت به ضمان، بر مسبب مقدم است» و چنین مثال می‌آورد: «هرگاه کسی عدواناً چاهی در ملک دیگری حفر کند و شخصی دست ثالثی را بگیرد و او را در آن چاه بیندازد و آن شخص بمیرد، آن که ثالث را به چاه انداخته، ضامن است و حفرکننده چاه ضمان ندارد».^۲

بعضی در توجیه نظر محقق افزوده‌اند: به اجماع، محقق است که مباشر بر سبب مقدم است و این تقدم از مسلمات به شمار می‌آید. علاوه بر آن که از نظر عقلاً، فعل همواره مستند به عامل قریب است، نه بعید. بنابراین مباشر همواره اقوا از سبب است.^۳ فقهای دیگر بر نظریه بالا اشکالاتی وارد کرده، آن را به نحو عام و شامل نپذیرفته‌اند.

صاحب ریاض گفته است: اگر اجماع در مسأله وجود نمی‌داشت می‌گفتم هر دو ضامنند و مانند مورد ترتب و تعاقب ایادی در ضمانت، خسارت دیده می‌توانست به هر یک از آن دو مراجعه کند؛ زیرا از نظر منطقی، با بودن وصف ضمان در نزد مسبب، دلیل ندارد که ضمان را از عهده وی ساقط بدانیم. به نظر ایشان، به موجب قاعده لا ضرر، ضمان بر عهده مسبب مستقر گردیده، هر چند که دخالتش در ورود خسارت ضعیف‌تر از مباشر باشد و قوت مباشر نمی‌تواند ضمان را از عهده مسبب رفع کند.^۴

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۲

به نظر می‌رسد در موارد مختلف باید قائل به تفصیل شد، یعنی باید دید از نظر ثقل مسئولیت کدامیک از مباشر یا مسبب در انتساب عمل بر دیگری برتری دارد. چنانچه مباشر بر مسبب برتری داشته باشد، مانند مثالی که مرحوم محقق نقل کرده، تردید

^۱. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۶۷.

^۲. شرایع الاسلام، (در متن جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۴۵). البته مرحوم محقق صورت جهل مباشر را استثنا کرده است (همان جا).

^۳. ر.ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۵۴.

^۴. ر.ک: همان جا.

نیست که مباشر ضامن است و بر مسبب ضمانتی نیست؛ ولی اگر مسبب در ایجاد حادثه بر مباشر برتری داشته باشد، ضامن خواهد بود. برای روشن شدن موضوع به دو مثال زیر توجه کنید:

۱. شخصی چاقویی می سازد و دیگری آن را از او می گیرد و با آن ثالثی را به قتل می رساند. در اینجا بی تردید سازنده چاقو که مسبب است، ضامن نیست، بلکه ضارب که مباشر است ضامن محسوب می گردد. در این مثال، همانند فرض مرحوم محقق، مباشر اقوا است.

۲. شخصی در بیمارستان بستری است و طبیبی به عیادتش می آید و به پرستار دستور می دهد نوع خاصی از دارو را به بیمار بخوراند. اگر این دارو سمی باشد و موجب مرگ بیمار بشود و پرستار نیز به خاصیت سمی آن جاهل باشد، با توجه به ویژگی ها و صلاحیت طبیب در تجویز، تردید وجود ندارد که او نوعی تسلط بر پرستار اعمال می کند و پرستار با قبول دستور و تجویز طبیب داروی مسموم را به بیمار می خوراند. در این حالت، مسبب، یعنی پزشک، از مباشر یعنی پرستار در حادثه مرگ بیمار مؤثرتر است و به همین علت، طبیب ضامن خواهد بود؛ ولی چنانچه پرستار به خواص دارو واقف بوده، عالما عامدا آن را به بیمار بخوراند و باعث مرگ او گردد، شخصا ضامن است.

پس هرگاه مسبب و مباشر با هم جمع شوند باید دید کدامیک اقوا و مؤثرتر است. اگر مباشر، مختار و عاقل باشد و به عمل خود و نتیجه آن التفات و توجه داشته باشد، ضامن و مسبب فاقد ضمان است؛ اما اگر مباشر صاحب اراده و شعور نباشد، مسبب ضامن خواهد بود، مانند آن که کسی حیوان خود را رها کند و حیوان با ورود در ملک غیر، خسارتی وارد سازد که در این صورت، صاحب حیوان (مسبب) ضامن خسارت است.

اگر مباشر عاقل و مختار بوده، و به فعل خود نیز توجه داشته باشد، ولی به نتیجه آن آگاه نباشد، یعنی نداند عملش باعث تلف می شود، سه حالت قابل پیش بینی است:

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۳

۱. مباشر، مغرور یا مکره نباشد که در این صورت به علت نادرست بودن عملش ضامن است؛ زیرا قاعده «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» اطلاق دارد و اعم از این است که مرتکب به نتیجه عمل واقف باشد یا نباشد و عدم علم، موجب عدم ضمان نیست.

۲. مباشر مغرور و فریب خورده باشد؛ مانند پرستار جاهل بیمارستان در مثال قبل که علاوه بر قاعده تسبیب، بنا به قاعده «المغرور يرجع الی من غره» اگر خسارتی از پرستار بیمارستان ناشی شود، به غارّ یعنی فریب دهنده (طبیب) برمی گردد و آن را از او می گیرند.

۳. مباشر مکره باشد. در این صورت مکره قطعاً ضمان ندارد مثلاً اگر کسی دیگری را اکراه کند که ثالثی را در چاه بیندازد، اکراه کننده ضامن است و بر مکره ضمانتی نیست؛ زیرا در اینجا مسبب از مباشر اقوا است و به خاطر فقدان اراده در فاعل، عمل مستقیماً به مسبب نسبت داده می شود.

بنابراین، معیار، انتساب عمل است و عمل به هر کس منتسب باشد، او ضامن است. از این رو، ملاک ضمان فقط درجات بالای کره و اجبار نیست، بلکه همین که فاعل مرعوب و تحت تأثیر شدید اراده مسبب باشد عرفاً عمل منتسب به مسبب است.

۳. چند مسأله

- مسأله ۱. هرگاه شخصی خدمتگزار خود را وادار سازد که خانه دیگری را خراب کند، آمر که کارفرما است، ضامن است و بر مباشر مسئولیت و ضمانتی نیست. همچنین اگر فرمانده نظامی به پرسنل زیردست خود دستور تخریب مکانی را بدهد، فرمانده ضامن است و پرسنل ضامن نیستند. در اینگونه موارد، هر چند مباشر مکره واقعی نیست، یعنی چنان نیست که اراده اش به طور کلی

سلب شده باشد، ولی چون عمل مستقیماً منتسب به مسبب است نه به مباشر، مسبب ضامن است؛ زیرا همان طور که گفته شد، معیار، انتساب عمل است، نه سلب واقعی اراده فاعل.

۲- مسأله ۲. هرگاه شخصی طفل صغیری را که قادر به فرار نیست بگیرد و او را در محل عبور حیوان درنده ای قرار دهد و آن حیوان او را بدرد، ضامن است؛ زیرا مسبب از مباشر (حیوان) اقوا است؛ ولی اگر با فرد کبیری که قادر به فرار است چنین عملی کند، ضامن بر او نیست، زیرا مرگ مستند به عدم فرار است، نه به عمل مسبب.^۱

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۴

۳- مسأله ۳. هرگاه کسی گوسفندی را غصب کند و بره گوسفند بر اثر بی شیری بمیرد، ضامن این تلف کیست؟ همچنین اگر کسی چوپانی را حبس کند و در این حالت گرگ‌ها گوسفندهای چوپان را از بین ببرند آیا مرتکب حبس چوپان، ضامن خواهد بود؟ فقها در این گونه موارد به سه دسته تقسیم می‌شوند. گروهی عمل را باعث ضمان می‌دانند، گروه دیگر ضامن را محقق نمی‌دانند و گروه سوم، نظیر مرحوم محقق در شرایع^۲، نظر قاطع و صریحی ابراز نمی‌کنند.

به نظر می‌رسد با توجه به روایاتی که قبلاً بیان گردید، چنانچه احراز گردد که تلف مال معلول فقدان حضور چوپان بوده، ضامن به عهده مسبب است، زیرا چنانچه چوپان محبوس نمی‌گردید، می‌توانست گله را محفوظ نگه دارد.

به علاوه، با توجه به موارد مسلم ضامن برای سبب که در شرع مقدس ذکر گردیده و الغای خصوصیت از موارد و اتخاذ وحدت ملاک و تنقیح مناط^۳ می‌توان بدون هر گونه قیاس، راه ثالثی پیدا کرد و آن این که هرگاه عملی از شخصی صادر گردد که منتهی به تلف مال یا نفس شود، و بین آن عمل و تلف حاصل، واسطه عاقل و مختاری موجود نباشد، در این صورت مسبب ضامن است. مسأله ۴. در شرایع آمده است که اگر کسی در خانه دیگری را باز کند و در این حال سارقی بیاید و مال درون خانه را بدزد، شخصی هم خانه‌ای را به سارق نشان داده باشد، برای مسبب یعنی بازکننده در و نشان دهنده خانه ضامن وجود ندارد؛ زیرا بین فعل مسبب و تلف مال، عمل فاعل عاقلی واسطه شده است؛ یعنی سرقت از روی عمد و اختیار انجام گرفته و مبادی اثر تأثیری کامل در انجام فعل داشته است. از این رو، به علت اینکه مباشر اقوا از سبب است، خود او ضامن خواهد بود، زیرا اتلاف به سبب اسناد داده نمی‌شود.^۴ در این مورد از نظر جزایی، مسبب معاونت در جرم کرده یعنی با نشان دادن

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۵

خانه یا باز کردن در، وقوع سرقت را تسهیل کرده و قابل تعقیب و مجازات است و از نظر شرعی عنوان معاونت بر اثم بر وی صادق است و عند الله معاقب و قابل تعزیر است؛ اما از دیدگاه صرف حقوقی، ضمانتی برای مسبب در این مقام وجود ندارد. مسأله ۵. هرگاه دو کشتی با یکدیگر تصادم کنند که م‌نجر به هلاکت سرنشینان و تلف اموال موجود در آن‌ها گردد، چنانچه ناخدایان از روی قصد و عمد اقدام به چنین عملی کرده باشند، بی‌تردید هلاکت سرنشینان، قتل عمد محسوب و مطابق مقررات با آنان رفتار خواهد شد؛ ولی اگر حادثه مزبور، معلول فعل عمدی نباشد، بلکه ناشی از تقصیر و تفریط باشد، هر چند به علت عدم سوء نیت و عدم عنصر عمد، از نظر جزایی به عنوان مجرم عمدی قابل تعقیب نیستند، ولی به موجب قاعده تسبیب، ضامن محقق است و ضامن اموال و نفوس تلف شده بین آنان تقسیم می‌گردد و هر یک موظف به پرداخت نصف مجموع خسارات وارد است؛ اما چنانچه حادثه ناشی از فعل آنان و از روی تفریط نباشد، مثل اینکه معلول توفان و یا آفات سماوی پیش‌بینی نشده باشد، ضمانی

۱. جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۶۲ و الروضة البهیة، ج ۲، ص ۲۲۶.

۲. ر. ک: همان جاها و قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۰۲.

۳. برای توضیح بیشتر رجوع کنید به: مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم، ص ۱۷۱.

۴. شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۲۳۸ (چاپ جدید).

وجود نخواهد داشت. بدیهی است چنانچه یکی از ناخدایان تفریط کرده و دیگری مقصر نباشد، ناخدایی که تفریط کرده ضامن است، مثل آن که یکی از دو کشتی در محل مجاز متوقف باشد و کشتی دیگر بدون رعایت احتیاط با او برخورد کند.^۱

مسئله ۶. هرگاه کسی مالک حیوان رها شده را از حفظ آن یا صاحب خانه را از سکونت در خانه اش منع کند و در نتیجه، حیوان یا منزل تلف گردد، ضامن بر عهده چه کسی است؟ صاحب مختصر النافع معتقد است ضامن بر شخص مانع نیست؛ عمل مزبور غصب محسوب نمی گردد. ایشان در حالی که در تعریف غصب، استیلا بر مال و وضع ید را شرط دانسته، در مورد این مسئله به علت فقدان شرط، معتقد است که حکم ضمان منتفی است.^۲

صاحب ریاض الاحکام در شرح و تحلیل متن فوق، ضمن انتقاد از نظر نویسنده متن چنین می نویسد: ممکن است گفته شود که صرف عدم صدق غصب، دلیل بر این نیست که انتفای ضمان لازم آید، زیرا اسباب ضمان منحصر به غصب نیست و سزاوار بود قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۶

نویسنده متن، مسئله را به موردی اختصاص می داد که شخص جلوگیری کننده، سبب تلف نشده باشد، به این معنا که تلف منزل به طور اتفاقی رخ داده و معلول غیبت صاحب آن نباشد و نیز مالک حیوان در حفظ و جلوگیری از تلف حیوان نقشی اصلی نداشته باشد؛ ولی چنانچه حفظ خانه متوقف بر سکونت مالک در آن یا حفظ حیوان متوقف بر مراقبت صاحب آن باشد، موجه آن است که آن شخص را ضامن بدانیم، زیرا مسبب قوی است و مباشر ضعیف. صاحب ریاض علاوه بر استدلال فوق، مورد را از مصادیق اضرار دانسته، با استناد به قاعده نفی ضرر به تحقق ضمان نظر داده است.^۳

بعضی از فقیهان معاصر با دقت عقلی مبنی بر اینکه در تصور ضدین، وجود یکی نمی تواند مستند به عدم دیگری باشد و مورد فوق نیز از این قبیل است، بر صاحب ریاض ایراد کرده و استناد به قاعده نفی ضرر را نیز مخدوش دانسته اند.^۴

به نظر می رسد، معیار در صدق قاعده تسبیب، انتساب است و اینگونه عناصر از مفاهیم عرفی است و به کارگیری دقت های عقلی در آن فاقد منطق حقوقی است. به علاوه، جریان قاعده نفی ضرر با استدلالی که در آینده مطرح خواهیم کرد بلاشکال است.^۵

۴. اتلاف منافع

مرحوم طباطبایی یزدی می گوید: هرگاه شخصی اجیر خاص دیگری شود، یعنی خود را اجیر دیگری سازد، بدین نحو که جمیع منافع او در مدت معین متعلق به مستأجر باشد، اجیر نمی تواند در آن مدت برای خود یا دیگری خواه تبرعا و خواه در مقابل عوض عملی انجام دهد که منافی با حق مستأجر باشد و چنانچه عمل منافی انجام دهد و از این رهگذر به منافع مستأجر خسارت وارد آید، مستأجر حق دارد اجاره خود را فسخ و اجرت المسمی را مطالبه کند و یا فسخ نکند و عوض منفعت فوت شده خویش را کلا یا جزئا از اجیر مطالبه کند. حال سؤال این است که آیا مستأجر می تواند از شخصی که اجیر برای او کار کرده عوض منافع خویش را مطالبه کند؟ به نظر ایشان خیر؛ اعم از آن که آن قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۷

شخص عالم به حال باشد بی جاهل. دلیل این است که شخص اجیر موجب «اتلاف» منافع مستأجر شده است، نه آن شخص ثالث.

۱. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۶۵.

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، مختصر النافع (در متن جامع المدارک) ج ۵، ص ۱۹۱.

۳. ریاض المسائل، ج ۲، ص ۲۰۱.

۴. خوانساری، احمد، جامع المدارک، ج ۵، ص ۱۹۲.

۵. ر. ک: همین کتاب، ص ۱۵۰.

به نظر محقق یزدی، موردی که عمل شخص اجیر به درخواست شخص ثالث صورت گرفته باشد نیز همین حکم را دارد، زیرا در این فرض نیز مباشر اتلاف، شخص اجیر است.^۱

نظر مخالف در فرض اخیر این است که هر چند مباشر اتلاف اجیر است، ولی با توجه به استیفای عمل توسط شخص ثالث و تحقق ضمان استیفا، می توان وی را در مقابل مستأجر مسئول دانست.^۲

طباطبایی یزدی در یک مورد مسئولیت شخص ثالث را می پذیرد و آن موردی است که «غرور» واقع شده باشد. مثالی که می توان برای فرض ایشان تصور کرد این است که شخص ثالث به طور دروغین به اجیر گفته باشد که مستأجر راضی به این عمل است و یا وی در آینده رضایت او را جلب خواهد کرد و یا اصولاً این کار نیز بخشی از کار مستأجر است و از این رهگذر، اجیر را فریب داده باشد که در این صورت مستأجر می تواند به شخص ثالث مراجعه کند.

ایرادی که بر ایشان گرفته شده این است که در این مورد اجیر مغرور شده است، نه مستأجر و لذا در فرض تحقق غرور، اجیر می تواند مراجعه کند، نه مستأجر.^۳

به نظر می رسد مرحوم طباطبایی یزدی نمی خواهد از طریق قاعده غرور، شخص ثالث را در قبال مستأجر مسئول سازد، چرا که پرواضح است مستأجر توسط شخص ثالث مغرور نگشته است. به نظر ایشان در فرض مغرور شدن اجیر توسط شخص ثالث، رابطه سببیت و استناد ورود خسارت به منافع مستأجر با شخص ثالث محرز می گردد و از این رهگذر، مسئولیت او در مقابل مستأجر ثابت می شود.

۵. اجتماع اسباب

در موردی که سبب و مباشر هر دو در تحقق تلف حضور دارند و به اصطلاح مورد از

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۸

مصادیق «اجتماع سبب و مباشر» است در آثار و متون فقهی صور بسیار ساده ای مطرح شده، ولی در متون حقوقی معاصر به علت رویدادهای متنوع به موارد پیچیده تری اشاره شده است. مثال فقها از این قبیل است که اگر شخصی چاهی را بدون مجوز شرعی حفر کند و دیگری روی آن را بپوشاند و شخص ثالثی به درون چاه بیفتد، کدام یک از آن دو نفر ضامن است؟^۴ در پاسخ به این سؤال، فقها نظرهای گوناگونی داده اند که به مهم ترین آن ها اشاره می شود:

۱. سبب مقدم در تأثیر ضامن است. مشهور بر آنند که سبب مقدم در تأثیر ضامن است که در مثال فوق، قرار دهنده سنگ است. البته این در صورتی است که عمل هر دو غیر مجاز باشد، اما چنانچه عمل یکی مجاز و عمل دیگری غیر مجاز باشد، متعدی یعنی شخص غیر مجاز ضامن است.^۵

نکته قابل ذکر این است که اگر چه در این گونه مسائل، میان روش فقها با حقوقدانان معاصر وجوه مشترکی وجود دارد، ولی بی شک تفاوت های بسیار روشنی نیز موجود است. مثلاً دیده می شود بعضی از فقها می گویند به محض برخورد خسارت دیده با سنگ، واضع سنگ ضامن می شود، و حکم ضمان او در فرض شک استصحاب می گردد و گاهی استناد عرفی را ملاک می دانند

۱. العروة الوثقی، ج ۵، ص ۸۳.

۲. حواشی بروجردی و خوانساری بر العروة الوثقی.

۳. ریاض المسائل، ج ۲، ص ۲۰۱.

۴. ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۵۷.

۵. همان جا.

و می گویند با توجه به این که واضع سنگ، اثر حفر چاه را به فعلیت رسانده عرفاً خسارت به او منتسب خواهد بود؛^۱ حقوقدانان معاصر استناد عرفی را مورد خدشه قرار داده می گویند، «در جایی که هر دو قصد اتلاف و ایراد خسارت داشته اند چگونه می توان ادعا کرد که حفرکننده چاه در این اقدام دخالتی ندارد؟»^۲

۲. همه سببها ضامنند. کسانی از فقها که دلیل سبق در تأثیر را مخدوش می دانند به ضمان همه اسباب نظر داده اند. محقق حلی هر چند در آغاز سخن، نظریه اول (سبب مقدم در تأثیر) را می پذیرد، ولی در ادامه چنین می گوید: «چه بسا به نظر می رسد که هر دو ضامن باشند، زیرا تلف منحصر به یکی از آنها نبوده است». صاحب جواهر در تحلیل نظر اخیر محقق حلی می افزاید: «و فرض آن است که هر دو متعدی بوده و دلیلی هم بر این که فقط سبب مقدم در تأثیر ضامن باشد وجود ندارد».^۳

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۲۹

این نظریه هر چند مخالف نظر مشهور است، ولی مورد پذیرش بعضی فقهای معاصر، از جمله مرحوم آیه الله خویی^۴ و نیز امام خمینی^۵ قرار گرفته است.

۳. سبب مؤخر در وجود ضامن است. به موجب این نظریه، چنانچه اسباب متعدد هم زمان نباشند، سبب متأخر در وجود ضامن است. مثلاً اگر شخصی سنگی را در معبر عمومی قرار دهد، و پس از آن، شخص دیگری چاهی در کنار آن حفر کند و شخص ثالثی پایش به سنگ گیر کند و به درون چاه سقوط کند، حفرکننده چاه ضامن است.

استدلال این نظریه این است که سنگ بدون وجود چاه هیچ نقشی در سقوط ندارد و وجود چاه، سنگ را خطرناک کرده است.^۶ این استدلال درست عکس استدلال نظریه اول است که می گفت، قرار دهنده سنگ ضامن است، چون مقدم در تأثیر است، بدین معنا که خسارت دیده ابتدا با سنگ برخورد کرده و عمل او باعث شده که سبب دیگر (حفر چاه) نیز تأثیر کند.^۷

۴. سبب اقوا ضامن است. به موجب این نظریه، ملاک در ضمان، اقوا بودن در تسبیب است. درست همان گونه که در اجتماع سبب و مباشر، چنانچه سبب، اقوا از مباشر باشد، ضمان به عهده او خواهد بود، در اجتماع اسباب هم همین امر باید ملاک سنجش قرار گیرد. فاضل هندی در بیان این نظریه چنین می گوید: «اگر کسی در چاهی که در محل رفت و آمد مردم حفر شده چاقویی قرار دهد و کسی در چاه بیفتد و به سبب وجود چاقو جان خود را از دست بدهد، ضمان بر عهده کننده چاه است، زیرا او به منزله کسی است که مقتول را بر روی چاقو بیندازد». سپس اضافه می کند: «ولی می توان گفت که هر دو نفر مساوی در ضمان هستند، چون تلف منحصر از یک نفر صادر نشده است. نظر سومی نیز می توان ارائه کرد و آن این است که ضمان مختص به سبب اقوا باشد که در اینجا چاقوی برنده موجب قتل شده نه سقوط در چاه».^۸

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۰

– نقد و بررسی: با دقت در استدلال های ارائه شده به نظر می رسد که فتاوی فقها بیشتر به صورت قضایای خارجی و خاص صادر شده و هر یک حکم مثال و قضیه جزئی را بیان فرموده اند؛ ولی در قالب یک قاعده کلی می توان گفت: اقوا بودن در تسبیب بدون

۱. همان جا و خویی، ابو القاسم، مبانی تكملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۶۱، مسأله ۲۷۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، ص ۲۸۰.

۳. جواهر الکلام، ج ۴۳ ص ۱۴۷.

۴. مبانی تكملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۶۰، مسأله ۲۷۲.

۵. تحریر الوسیله، ج ۲، کتاب غضب، مسأله ۶۷.

۶. رشتی، حبیب الله غضب، ص ۴۱.

۷. تذكرة الفقهاء، به نقل از جواهر الکلام، ج ۳۷ ص ۵۵.

۸. كشف اللثام، ج ۲، ص ۴۸۹.

شک یک اصل است. بنابراین چنانچه این امر به گونه ای باشد که سایر اسباب را کان لم یکن سازد و موجب اقوا در استناد گردد و این امر برای دادگاه احراز شود، بی تردید دادگاه باید به مسئولیت و ضمان سبب اقوا حکم بدهد؛ درست مانند موردی که در اجتماع سبب و مباشر، سبب اقوای از مباشر است. ولی سخن در این است که اگر اقوا بودن احراز نشود و یا همه در تأثیر برابر باشند و یا اگر هم نابرابرند مؤثر بودن همه برای دادگاه محرز گردد، چه باید کرد؟ به نظر می رسد در موارد اسباب متعدد باید حکم به جمع ضمان داد و استدلال محقق حلی در این خصوص کاملاً قوی است؛ با این توضیح که فرض بر این است که همه متعدی و مؤثر در خسارت بوده اند و بر این که تقدم و یا تأخر در تأثیر موجب انحصار ضمان باشد، دلیلی در دست نیست. شاید در این مسأله بتوان در تقویت این نظریه به قاعده عدل و انصاف نیز استناد کرد، هر چند فقها به این قاعده اشارهای نکرده اند.^۱

^۱. قاعده عدل و انصاف، یکی از قواعد قضایی است که باید جای خود مورد بحث قرار گیرد.

۷. قاعده لا ضرر

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات و معاملات به آن استناد می شود، قاعده لا ضرر است که مستند بسیاری از مسائل فقهی محسوب می شود.

اهمیت قاعده مذکور به حدی است که بسیاری از فقها از گذشته دور در تألیفات و تقریرات خود رساله مستقلی را به آن اختصاص داده اند.

۱. مستندات قاعده

الف) عقل

مهم ترین دلیل برای نفی ضرر و ضرار، منبع چهارم فقه یعنی عقل است. در واقع باید گفت که مدلول این قاعده جزء «مستقلات عقلیه» است که عبارتند از اموری که بدون حکم شرع خود عقل به آنها می رسد.^۱ علاوه بر عقل که به موازات ادله و مدارک دیگر بر حاکمیت و اعتبار قاعده لا ضرر گواهی می دهد، به شرح مندرج در قرآن مجید و مضمون روایاتی که در این باب وارد شده قاعده لا ضرر بر روابط و مناسبات بین مردم حاکم است.

ب) کتاب

در قرآن مجید آیاتی وجود دارند که با تصریح به واژه «ضرر» و مشتقاتش در موارد

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۲

خاص، احکامی را ارائه کرده اند که از باب تعلیق حکم بر وصف، حاوی معنای عام هستند و «لا ضرر» را به صورت یک قاعده می توانند تثبیت کنند که در ادامه به ذکر چند نمونه از این آیات می پردازیم:^۲

۱. «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلًا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلًا»^۳؛ یعنی هیچ مادری نباید به فرزندش ضرر برساند و نیز هیچ پدری نباید به فرزندش زیان بزند. طبق این آیه، از جمله مادران، نهی شده اند که با قطع شیر، موجب زیان و ضرر فرزند خود شوند.
۲. «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»^۴؛ یعنی نگاه ندارید آن زنان را تا تعدی کنید. در مورد این آیه توضیحی لازم است. ظاهراً گروهی از مردان، زنان خود را طلاق می گفتند و بعد به آنها رجوع می کردند؛ البته نه به علت رغبتی که به آنها داشتند، بلکه با نیت تجاوز و تعدی و گاه پایمال کردن حقوق مالی ناشی از زوجیت که به زنان تعلق می گرفت. قرآن کریم در این آیه مردان را از این عمل نهی کرده است. بر اساس تفسیری که فاضل مقداد در کتاب کنز العرفان فی فقه القرآن از این آیه کرده، «ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» یعنی ضرر وارد آوردن بر زن و آزار رساندن به او تعدی از حدود الهی است؛ و به تعبیری ضرر رساندن به آنها تعدی و تجاوز است، آن هم تعدی و تجاوز از حدود الهی.^۵

۱. برای آگاهی بیشتر در مورد مستقلات عقلیه رجوع کنید به: نگارنده، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم، مبحث عقل.

۲. ر. ک: اسبوع الفقه الاسلامی، ص ۲۵.

۳. بقره، ۲۳۳.

۴. بقره، ۲۳۱.

۵. کنز العرفان، ذیل آیه فوق.

۳. «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ»^۱؛ یعنی پس از وصیتی که بدان وصیت می شود یا دینی، «غیر ضرر رساننده». طبق این آیه، ترکه بعد از آن که مورد وصیت یا دین از آن خارج گردید بین ورثه تقسیم می شود، مشروط بر این که موصی زیان رساننده نباشد؛ یعنی وصیتی که در آن، موصی به ورثه ظلم نکرده و ضرر نزده باشد نافذ و لازم الاجرا است؛ چون چه بسا موصی به قصد اضرار به ورثه به دینی اقرار کند یا وصیتی ظالمانه کند و بدین وسیله ورثه را از میراث محروم سازد.

۴. «وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ»^۲، یعنی کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند؛ بدین معنا که کاتب و تنظیم کننده دین و معامله (سند نویس) نباید امری را که غیر واقع است بنویسد و هم چنین شاهد باید دقیقاً به چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد و چیزی از آن نکاهد.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۳

ج) روایات

در خصوص لا ضرر، روایات بسیار زیادی وارد شده که از فرط تعدد به صورت تواتر اجمالی درآمده اند؛ به این معنا که هر چند همه روایات مذکور به یک لفظ نیستند، ولی مضمون واحدی دارند. چون ذکر همه آنچه فقها و محدثان در باب قاعده لا ضرر به صورت روایت نقل کرده اند، غیر ممکن است، اجمالاً به ذکر شمه ای از آن ها می پردازیم.

معروف ترین حدیث در این مورد، مربوط به داستان سمره بن جندب است که در ذیل آن، جمله «لا ضرر و لا ضرار» دیده می شود. این داستان به طرق گوناگون نقل شده و مشایخ ثلاثه که تدوین کنندگان کتب اربعه شیعه هستند نیز آن را نقل کرده اند. این سه بزرگوار که به محمدون ثلاثه^۳ مشهورند با اختلافات جزئی داستان سمره را در کتب خود آورده اند.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۴

مرحوم کلینی در کتاب کافی از ابن مسکان از زرارہ نقل می کند که امام باقر (ع) فرموده است:

در زمان رسول الله (ص) سمره بن جندب در جوار خانه مردی از انصار، درخت خرمایی داشت که راه رسیدن به آن از داخل ملک آن مرد انصاری می گذشت. سمره برای سرکشی به آن درخت و انجام امور آن بارها سرزده وارد ملک مرد انصاری می شد و بدین ترتیب باعث مزاحمت خانواده او می گردید تا این که عرصه بر صاحبخانه تنگ شد و به سمره گفت تو بدون اعلام و اطلاع وارد منزل من می شوی، در حالی که ممکن است اعضای خانواده ام در وضعیتی باشند که تو نباید آن ها را ببینی. از این رو، بعد از این، هنگام عبور اعلام کن و اجازه بخواه، تا اهل خانه ام مطلع باشند. سمره گفت من از میان خانه تو به سوی باغ خودم می روم و چون حق عبور دارم لزومی به اعلام و اخذ اجازه نمی بینم. مرد انصاری مجبور شد به رسول اکرم (ص) شکایت کند.

۱. نساء، ۱۲.

۲. بقره، ۲۸۲.

۳. سمره حسب آنچه در کتب فقها و محدثان آمده و به ویژه بنا به نوشته مرحوم ممقانی در کتاب رجال و ابن ابی الحدید در شرح نهج البلاغه، مرد بسیار بدی بوده و از دشمنان سرسخت اهل بیت (ع) به شمار می رفته و اکاذیب زیادی در جهت مخدوش ساختن چهره های اسلامی جعل کرده است. ابن ابی الحدید در مورد وی می نویسد: معاویه هزار درهم به سمره داد تا از رسول الله (ص) نقل کند که آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَاللَّهُ رَؤُفٌ بِالْعِبَادِ» (بقره، ۲۰۷): و از مردم است آن که بفروشد خود را در راه به دست آوردن خشنودی خدا و خداوند به بندگان مهربان است) که درباره علی بن ابی طالب (ع) نازل شده، مربوط به ابن ملجم مرادی است و آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ» (در مورد علی (ع) بوده است) بقره، ۲۰۴: و از مردم است آن که گفتارش تو را به شگفت و امیدارد در زندگانی دنیا و خدا را بر آنچه در دل دارد گواه گیرد در حالی که او سخت ترین دشمنان است). وی نخست نپذیرفت، ولی وقتی معاویه بر مبلغ افزود تا به چهار هزار درهم رسید آنگاه سمره پذیرفت و به جمع مردم رفت و روایت را جعل کرد و به مردم ابراز داشت.

طبری در مورد وی می گوید: زیاد بن ابیه، ولایت بصره را به سمره داد و او برای تحکیم حکومت بنی امیه، هشت هزار نفر از مردم آنجا را به قتل رسانید. وقتی از او پرسیدند آیا از خدا نمی ترسی که اگر یک نفر از این عده، بی گناه باشد چه عقوبتی خواهد داشت؟ او پاسخ داد: اگر چنین هم باشد، ترسی ندارم! نیز طبری و ابن اثیر نقل می کنند که سمره گفت به خدا قسم اگر به همان اندازه که از معاویه اطاعت می کنم از خدا اطاعت کنم، خداوند هیچ گاه مرا عقوبت نمی کند. ابن ابی الحدید می گوید: سمره از زمان پیغمبر تا زمان امام حسین (ع) زنده بود و در قضیه کربلا جزء سپاه عبید الله زیاد بود و مردم را به جنگ با امام حسین (ع) تحریک می کرد.

حضرت (ص) به سمره گفت بعد از این به هنگام عبور، حضور خودت را اعلام کن . سمره گفت این کار را نخواهم کرد . حضرت (ص) گفت از این درخت دست بردار و به ازای آن درخت دیگری با این اوصاف به تو می دهم. سمره قبول نکرد. آنگاه حضرت (ص) فرمود در مقابل آن درخت، ده د رخت بگیر و دست از آن بردار و سمره بازهم قبول نکرد . پس حضرت (ص) فرمود دست از درخت بردار و به جایش در بهشت یک درخت خرما به تو خواهم داد؛ اما آن ملعون این بار هم نپذیرفت تا این که رسول الله (ص) فرمود: «أَنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَلَا ضَرَرٌ وَلَا ضَرَارَ عَلَى مُؤْمِنٍ»؛ یعنی تو مرد ضررزننده ای هستی، و به مؤمن کسی نباید ضرر بزند. بعد از آن دستور داد آن درخت را کنند و نزد سمره انداختند.^۱ این روایت با اندکی اختلاف به گونه ای دیگر نیز نقل شده است؛ مثلاً به این صورت که پیغمبر (ص) به مرد انصاری فرمود: «اذهب فاقطعها وارم بها اليه فانّه لا ضرر ولا ضرار»^۲؛ قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۵

یعنی برو و آن را از جا بکن و به نزد او انداز، زیرا ضرر و ضراری وجود ندارد. این دو روایت مربوط به یک داستان است که به طرق مختلف نقل گردیده است. فرق این دو روایت این است که در روایت اول، عبارت «علی مؤمن» وجود دارد و در دومی وجود ندارد. در بعضی از اسناد، جمله «فی الاسلام» نیز آمده است. وصول روایات با تعبیرهای مختلف ناشی از نقل به معنا است، ولی مضمون قاعده لا ضرر به حال خود محفوظ است.^۳ جمله لا ضرر و لا ضرار در ذیل روایات گوناگونی دیده می شود که از جمله، ذیل روایت شفعه است که مرحوم کلینی از عقبه بن خالد و او از حضرت صادق (ع) نقل کرده که آن حضرت (ع) فرمود: «و قضی رسول الله بالشفعه بین الشركاء فی الارضین و المساکن و قال: لا ضرر ولا ضرار»^۴ یعنی حضرت رسول خدا (ص) در مورد شفعه بین شرکا در زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود لا ضرر و لا ضرار.

از این حدیث معلوم می شود که علت و حکمت اعتبار حق شفعه در حقوق اسلامی برای شریک همان لزوم نفی ضرر و ضرار است؛ زیرا انسان به هر شریکی راضی نیست.^۵ این سخن در اموال مشاعی که قابل قسمت باشد، قبل از تقسیم مصداق دارد و لذا بعد از افراز و تقسیم، دیگر حق شفعه مطرح نیست. در دنباله حدیث، پیغمبر (ص) می فرماید: «اذا رقت الارف و حدث الحدود فلا شفعه»؛ یعنی اگر در زمین علامت گذاشته شد، و حدود مالکیت ها تعیین گردید، دیگر شفعه ای در کار نیست. حدیث دیگر، روایت دعائم الاسلام است از حضرت صادق (ع) بدین شرح: از حضرت (ع) پرسیده شد دیواری بین دو خانه حدفاصل و ستر بوده که خراب شده و مالک دیوار حاضر نیست آن را دوباره بنا کند . آیا به درخواست همسایه مجاور می توان مالک دیوار را به تجدید بنای دیوار ملزم ساخت؟ حضرت (ع) پرسید، آیا مالک بنا بر حق یا شرطی متعهد به این کار است؟ و چون پاسخ منفی داده شد، فرمود: چنین الزامی قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۶

۱. ر. ک: کافی، ج ۵، کتاب المعیشه، باب ضرار، حدیث ۲.

۲. ر. ک: همان، ج ۵، کتاب المعیشه، باب ضرار، حدیث ۸ و وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۴۰، کتاب احیاء موات، باب ۱۲، حدیث ۳.

۳. منیه الطالب، ج ۲، ص ۲۰۹؛ نراقی، احمد بن محمد مهدی، مشارق الاحکام، ص ۱۸۵ و موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۷۶.

۴. کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، ج ۵، کتاب المعیشه، باب الشفعه، حدیث ۴ و وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب شفعه، باب ۵، حدیث ۱.

۵. نگارنده، اخذ به شفعه، ص ۳۰.

وجود ندارد و همسایه مجاور می تواند به منظور ایجاد ساتر برای ملک خود، دیوار را دوباره به هزینه خودش بسازد . در همین مورد از حضرت صادق (ع) پرسیده شد در چنین فرضی بدون این که دیوار خود به خود خراب شود، آیا مالک دیوار بدون هر گونه ضرورتی حق دارد به منظور اضرار به همسایه، آن را خراب کند؟ حضرت (ع) فرمود:

چنین حقی ندارد، زیرا بنا به فرموده رسول اکرم (ص) لا ضرر و لا ضرار.^۱

در روایاتی که نقل شد به نوعی، جمله «لا ضرر و لا ضرار» به چشم می خورد. باید دانست روایات دیگری نیز از ائمه اطهار (ع) نقل شده اند که هر چند در آن ها جمله فوق الذکر نیامده، ولی روایت از نظر معنا و مدلول بر آن استوار است . مثلاً صاحب کافی^۲ از هارون بن حمزه غنوی از حضرت صادق (ع) روایتی بدین نحو نقل کرده است که شخصی شتر مریشی را به قیمتی کم می خرد تا بکشد و از گوشت و پوستش استفاده کند، اما شخصی می آید و پوست و سر شتر را از خریدار می خرد و بعد از آن اتفاقاً شتر سلامتی خود را بازمی یابد و در نتیجه قیمتش بالا می رود و شخص ثالث پوست و سر شتر را مطالبه می کند. در این مورد امام (ع) فرمود: مقدار بقای قیمت پوست و سر شتر را به مبلغ پرداختی ثالث اضافه کرده به او بدهند و سپس فرمود مشتری حق ندارد نحر شتر و تسلیم سر و پوست آن را مطالبه کند؛ زیرا این درخواست موجب اضرار خریدار شتر می گردد.

به موجب روایت دیگری که مرحوم کلینی نقل کرده : شخصی به نام محمد بن حسین می گوید: به حضرت ابی محمد (ع) نوشتم که شخصی قناتی دارد و دیگری در جوار او قصد حفر قنات دارد . با توجه به وضعیت محل چه مقدار باید رعایت حریم کند که به صاحب قنات دیگر ضرر نرساند. حضرت (ع) در پاسخ نوشت: «علی حسب ان لا تضرّ احدهما بالآخری»، یعنی به گونه ای که یکی به دیگری ضرر نرساند.^۳

از سؤال و پاسخ معلوم است که در ذهن سؤال کننده لزوم عدم اضرار به غیر، جزء باورش بوده و به همین علت می پرسد چقدر فاصله بگیرد که موجب ضرر دیگری نشود؟ یعنی سؤال از اصل حکم نیست که آیا عمل می تواند موجب اضرار باشد یا خیر، بلکه فقط می پرسد چه مقدار باید فاصله بگیرد؟ و به عبارت دیگر، شبهه، حکمیه نیست،

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۷

بلکه مصداقیه است. منشأ این سابقه ذهنی، متداول بودن مفهوم عدم جواز اضرار در عرف جامعه بوده؛ یعنی عقلای جامعه بر اعتبار این اصل عقلی مهر تأیید زده بوده اند و سؤال کننده نیز به عنوان یکی از آحاد جامعه، به متابعت از این مفهوم و اعتقاد تثبیت شده به طرح سؤال پرداخته است. البته ممکن است این مفهوم، ریشه شرعی نیز داشته باشد.

روایت دیگر در وسائل الشیعه آمده و شرحش این است: راوی می گوید به حضرت ابی جعفر (ع) در خصوص شخصی نوشتم که در پایین نهری آسیابی دارد . نهر متعلق به قریه ای است و صاحب قریه تصمیم به تغییر مسیر نهر می گیرد و بدین ترتیب، آب آسیاب قطع می شود. آیا صاحب قریه (صاحب آب) حق دارد چنین کند؟ امام (ع) در پاسخ نوشته است: از خدا پرهیزد و به نیکی رفتار کند و به برادر مؤمن خود ضرر نرساند.^۴

روایت دیگر نیز در وسائل الشیعه است، بدین مضمون که شیخ صدوق از رسول اکرم (ص) روایت می کند که پرسیده شد اگر شخصی به زن خود ضرری برساند تا با تسلیم مال درخواست طلاق کند، حکم قضیه چیست؟ حضرت (ع) فرمود: خدا در مورد

۱. مستدرک الوسائل، ج ۳، ص ۱۵۰.

۲. همان، ج ۱۳، ص ۴۹.

۳. همان، ج ۱۷، ص ۳۴۲، حدیث ۱.

۴. همان، ج ۱۷، ص ۳۴۳، حدیث ۱. ظاهراً این روایت با روایت قبلی یکی است که به دو قسمت تقطیع شده و هر بخش در جایی ذکر شده است.

چنین کسی جز به آتش، عقوبت دیگری نمی‌دهد و اضافه فرمود کسی که به مسلمانی ضرر برساند، از ما نیست و ما هم در دنیا و آخرت از او نیستیم.^۱

فخر المحققین در کتاب ایضاح الفوائد فی شرح القواعد در باب رهن، ادعای تواتر این گونه احادیث را می‌کند^۲ و شیخ حر عاملی در کتاب وسائل الشیعه بابی به نام باب «انه لا يجوز الاضرار بالمؤمن» ترتیب داده و تعدادی از احادیث را همان جا نقل کرده و تعدادی دیگر را در ابواب احیای موات و شفعه و سایر ابواب نقل کرده است.

۲. معنای ضرر و ضرار

در مورد «ضرر»، اهل لغت معانی مختلفی ذکر کرده‌اند که در ادامه به مواردی از آن‌ها اشاره می‌شود:

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۸

- صحاح اللغه ضرر را خلاف نفع می‌داند.

- صاحب قاموس علاوه بر آن، معنای سوء حال را هم آورده است.

- نه‌ایه ابن اثیر و مجمع البحرین ضرر را نقص در حق دانسته‌اند.

- مصباح المنیر ضرر را به معنای عمل ناپسند نسبت به یک شخص یا نقص در اعیان می‌گیرد.

- در مفردات راغب اصفهانی، ضرر به سوء حال معنا شده، اعم از سوء حال نفس به خاطر قَلت علم و فضل یا سوء حال بدن به خاطر فقدان عضوی از اعضا و یا به خاطر قَلت مال و آبرو.^۳

اختلاف نظر بین اهل لغت، به علت استعمالات مختلف کلمه ضرر امری طبیعی است، ولی این اختلاف به فقه نیز سرایت کرده و موجب اختلاف آرای فقهی شده است.

نایینی معتقد است ضرر عبارت است از هر نقصان در مال یا آبرو یا جان فرد دیگر؛ ولی در مورد نفس و مال کلمه «ضرر» استعمال می‌شود، اما در مورد فقدان احترام و آبرو، کلمه ضرر کمتر استعمال می‌شود. مثلاً گفته می‌شود: فلان شخص در آن معامله ضرر کرد، یا دارویی که مصرف کرد مضر بود یا برایش ضرر داشت؛ ولی اگر کسی از دیگری هتک آبرو بکند اصطلاحاً گفته نمی‌شود که به او ضرر زده است.^۴

به نظر امام خمینی (قدس سره) ضرر به معنای ضد نفع و مقابل نفع است.

کلمه «ضرار» نیز دارای معانی مختلفی است. ضرار بر وزن فعال مصدر باب مفاعله است. باب مفاعله دلالت بر اعمال طرفینی می‌کند. پس ضرار که مصدر باب مفاعله است میباید امکان ورود ضرر بر دو جانب است، بر خلاف «ضرر» که همیشه از یک طرف علیه طرف دیگر وارد می‌شود. با توجه به قید طرفینی بودن، برای ضرار معانی مختلفی پیشنهاد شده است:

معنای اول ضرار، مجازات بر ضرری است که از جانب دیگری به انسان می‌رسد و معنای دوم، ضرر رساندن متقابل دو نفر است به یکدیگر. قول سوم این است که ضرر در مواردی است که شخصی به دیگری ضرر می‌رساند تا خودش منتفع گردد و ضرار در

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۳۹

موردی است که با ضرر رسانیدن به دیگری، نفعی عاید شخص نشود. بنابر قول چهارم ضرر و ضرار دارای معنای واحد هستند. این چهار معنا در نه‌ایه ابن اثیر هم دیده می‌شود.

^۱. همان، ج ۷، ص ۴۸۹.

^۲. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۴۸.

^۳. برای ملاحظه معانی دیگر ضرر، رجوع کنید به: عوائد الایام، ص ۱۷.

^۴. منیة الطالب، ج ۲، ص ۱۹۸.

صاحب قاموس، معنای پنجمی برای ضرار آورده و آن را معادل «ضیق» گرفته است.

در معنای ششم، ضرار به معنای اضرار عمدی و ضرر مشتمل بر اضرار عمدی و غیر عمدی است و چنانچه در مقابل هم قرار گیرند، ضرر، زیان زدن غیر ارادی است و ضرار، زیان زدن ارادی. مرحوم محقق نایینی ظاهراً این معنا را پذیرفته است.^۱

امام خمینی در کتاب الرسائل،^۲ در تحت عنوان فوق، فرق بین ضرر و ضرار را چنین بیان کرده است:

غالب استعمالات ضرر و مشتقات آن مالی یا نفسی است، ولی کاربرد ضرار و مشتقاتش در تضییق، اهمال، حرج، سختی و کلفت شایع و رایج است. پس ضرار به معنای اخیر غلبه دارد. در قرآن مجید هم هر جا کلمه ضرر استعمال شده به معنای ضرر مالی و جانی آمده است؛ ولی هر جا کلمه ضرار آمده به معنای تضییق و ایصال حرج است؛ مانند آیه شریفه «لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا» و آیه نازل در خصوص مسجد ضرار:

«وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضُرَارًا وَ تَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَ إِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَ لِيُخْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَى وَ اللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ».^۳

شأن نزول آیه فوق این است که دوازده نفر از منافقان که در رأس آن ها ثعلب بن حاطب و ودیعه بن ثابت بودند به سفارش ابو عامر راهب می خواستند در مقابل مسجد قبا در مدینه مسجدی بنا کنند و پیغمبر (ص) را دعوت کنند که در آن مسجد نماز افتتاحیه بخواند و در واقع قصد داشتند مسجد قبا را از اعتبار بیندازند. ابو عامر راهب از اشراف خزرج بود که قبل از هجرت پیغمبر (ص) به مدینه، همیشه در نعت و منقبت رسول خدا (ص) تبلیغ می کرد تا این که پیغمبر (ص) به مدینه هجرت فرمود؛ اما زمانی که مردم به پیغمبر (ص) رو آوردند موجب حسد ابو عامر شد؛ به طوری که رسالت آن

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۴۰

حضرت (ص) را انکار کرد و پس از غزوه بدر از مدینه گریخت و به کفار مکه پیوست و پیغمبر (ص) به او لقب فاسق داد. پس از غزوه احد و حنین، راهب که در گروه مشرکان علیه مسلمانان مبارزه می کرد از مکه گریخت و نزد هرقل پادشاه روم رفت تا لشکری گرد آورد و به جنگ اسلام بیاید.

وی در این زمان به یارانش در مدینه دستور داد مسجدی در مق ابل مسجد پیغمبر (ص) برایش بنا کنند تا وقتی که به مدینه بازمی گردد، در آن افاده علوم کند. وقتی مسجد ساخته شد منافقان از پیغمبر (ص) خواستند در مسجد نماز بخواند. آن وقت پیغمبر (ص) عازم غزوه تبوک بود و فرمود پس از بازگشت در آن مسجد نماز خواهد خواند. هنگام بازگشت نیز این درخواست تکرار شد، ولی با نزول آیه شریفه فوق الذکر رسول خدا (ص) دستور داد آن مسجد را آتش بزنند و نابود کنند.

در این آیه، ضرار معنای نفسی یا مالی نمی دهد. امام خمینی (قدس سره) در این مورد فرموده است: منافقان قصد نداشتند مالی را تلف کنند یا صدمه بدنی به کسی بزنند، بلکه فقط می خواستند ابو عامر را در آن مستقر کنند و عقاید مسلمانان را مشوش سازند و آن ها را به زیان تفرقه و نفاق و مکروه روحی گرفتار کنند و رسول اکرم (ص) برای قلع ماده فساد، دستور داد مسجد مزبور را بسوزانند و از بین ببرند. ایشان در همین مورد به آیه ۲۳۱ از سوره بقره هم تمسک می کنند که می فرماید: «وَلَا تُمَسِّكُوهُمْ ضُرَاراً لِّتَعْتَدُوا» یعنی وقتی زنان خود را طلاق دادید، اگر واقعا نمی خواهید با آنان زندگانی کنید، صرفاً به منظور رنج دادن و در فشار گذاشتن به آن ها رجوع نکنید که باز در اینجا کلمه ضرار به معنای در فشار و مضیقه و مکروه روحی قرار دادن است، و معادل

۱. ر. ک: منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۹۹ و بحوث فقهیه، ص ۱۸۶.

۲. خمینی، روح الله رسائل، ج ۱، ص ۳۱ و سبحانی، جعفر، تهذیب الاصول، ج ۳، ص ۹۴.

۳. توبه، ۱۰۷: آنان که برگرفتند مسجدی تا بیازارند و کفر بورزند و میان مؤمنان جدایی افکنند، کمین گاهی برای آنان که با خدا و پیغمبرش نبرد کردن د از پیش و همانا سوگند خوردند نخواستیم جز نیکوکاری و خدا گواه است که آنان دروغگویند.

زیان مالی و جانی نیست؛ زیرا گروهی که آیه شریفه متوجه آن‌ها است به زنان خود ضرر مادی و بدنی وارد نمی‌ساختند، بلکه در عده رجوع می‌کردند و دوباره طلاق می‌دادند تا آن‌ها را در فشار و مضیقه طولانی شدن مدت عده قرار دهند. همچنین به آیه ۶ از سوره طلاق استناد شده که می‌فرماید: «وَلَا تُصَارُوْهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ»^۱، یعنی با اسکان دادن زنانان در مکان تنگ و کوچک، زمانی که آن‌ها را طلاق داده‌اید (در عده رجعی) آنان را به رنج و سختی گرفتار نکنید تا به علت مضیقه مسکن مجبور شوند از منزل شما خارج گردند. در این آیه هم ضرار به معنای سختی و معیشت استعمال گردیده است. از اینجا، امام (قدس سره) نتیجه می‌گیرند که کلمه ضرر در حدیث سمره بن جندب به مفهوم نقص در مال و جان، و ضرار به معنای تضییق و تشدید به کار رفته است؛ چرا که در داستان سمره، «ضرار» متوجه مرد انصاری بود، یعنی در واقع تشدید و حرج و سختی متوجه او بود، زیرا سمره بدون اطلاع و سرزده، وارد خانه مرد انصاری می‌شد و این طرز رفتار باعث گردیده بود که آسایش از خانواده آن مرد سلب شود و به سختی بیفتد.

نتیجه این که در اینجا ضرار به معنای ضرر نیست و نیز معنای اصرار و پافشاری بر ضرر و مباشرت بر ضرر و یا مجازات بر ضرر - که گروهی معنا کرده‌اند - نمی‌دهد؛ زیرا پیغمبر اکرم (ص) فرموده بود: «أَنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ»، و «مضارٌّ» اسم فاعل از باب مفاعله و هم خانواده واژه ضرار است.^۱

– نظریه مورد اختیار در معنای ضرر و ضرار

بررسی موارد استعمال واژه‌های ضرر و ضرار در منابع اسلامی نشان می‌دهد که «ضرر» شامل کلیه خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری است، ولی «ضرار» مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوء استفاده از حق»^۲ تعبیر می‌شود. رسول اکرم (ص) سمره را «مضارٌّ» خواند، و ناگفته پیدا است که وی با استفاده از حق خود می‌خواست به صاحب منزل زیان وارد سازد.

۳. معنای «لا» در قاعده لا ضرر

اصولاً «لا» در معنای حقیقی خود برای نفی جنس به کار می‌رود و بر سر هر جمله‌ای که بیاید دلالت دارد که مدخول لا - یعنی آنچه بعد از «لا» قرار می‌گیرد - به کلی در عالم خارج وجود ندارد. به طور مثال، «لا رجل فی الدار» یعنی هیچ مردی در خانه نیست. «لا» در جمله مذکور، امکان وجود هر مردی را در منزل نفی می‌کند و از این جمله، شنونده در می‌یابد که قطعاً هیچ مردی در منزل نیست.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۴۲

حال باید دید وقتی گفته می‌شود: «لا ضرر و لا ضرار» آیا مفهوم و معنایش این است که پس از گرویدن مردم به اسلام، دیگر به طور خارجی و عینی میان آنان ضرر وجود نداشته باشد؟ به طور قطع چنین برداشتی از جمله نادرست است؛ زیرا به رأی العین می‌بینیم که در عالم خارج میان مسلمانان ضرر وجود دارد و ابنای بشر به انحای گوناگون هر روز منشأ ایراد ضرر به یکدیگر می‌شوند. وانگهی اگر از جمله بالا چنین برداشت شود که ضرر در عالم خارج وجود ندارد، این موضوع چه ارتباطی به شارع پیدا می‌کند. شارع چه وظیفه‌ای دارد که خارجیات را توصیف کند؟ و اصولاً فلسفه صدور آنچه می‌تواند باشد؟ با بروز این گونه اشکالات، فقها تلاش کرده‌اند ابعاد و زوایای گوناگون «لا»ی مذکور در حدیث را به گونه‌ای تفسیر و تعبیر کنند که اقرب به نظر شارع باشد. برای تسهیل فهم مطلب، پنج نظریه مشهور را که در این باره وجود دارد، به اختصار مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. ر. ک: خمینی، روح الله رسائل، ج ۱، ص ۲۸ به بعد.

۲. abusing of right.

الف) نظریه مرحوم شیخ مرتضی انصاری

...

ب) نظریه مرحوم محقق خراسانی

...

ج) نظریه مرحوم شریعت اصفهانی

...

د) نظریه مرحوم نراقی

...

ه) نظریه امام خمینی (قدس سره)

...

و) نظریه مورد اختیار

با استفاده از تمام نظریات گذشته به نظر می رسد که معنای حدیث لا ضرر به کوتاه سخن آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد، ولی عدم مشروعیت ضرر، هم شامل مرحله قانون گذاری می شود و هم شامل مرحله اجرای قانون. رسول اکرم (ص) با جمله «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»، وجود ضرر را در محیط تشریع معدوم اعلام کرده و بنابراین همان طور که کلام رسول الله (ص) حکایت از مرحله انشای قوانین دارد، در مراحل اجرا یعنی در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر نیز چنانچه عملی منجر به اضرار فردی به دیگری گردد، مورد امضای شارع قرار نخواهد گرفت. به دیگر سخن، جمله پیامبر (ص)، هم می رساند که خداوند در مقام تشریع اولیه احکام اسلامی، هیچ حکم ضرری وضع نکرده است، و هم می رساند که چنانچه حکمی از احکام الهی که از نظر کلی و نوعی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی از افراد مسلمان ضرری باشد، به طور موردی مرتفع می گردد.

بدین ترتیب، نتیجه این می شود که اولاً کلمه «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار، نافیه است، نه ناهیه؛ ثانیاً اختصاصی به ضرر شخصی ندارد، بلکه ضرر نوعی را هم شامل می شود؛ و ثالثاً احکام شریعت اسلام - اعم از تکلیفی و وضعی - مبتنی بر نفی ضرر قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۵۱

عمومی و نوعی است و در احکام اولیه اسلام به طور کلی این اصل، یعنی عدم زیان عامه رعایت گردیده و همچنین در روابط اجتماعی مردم نیز هر گونه اقدام زیانبار مورد امضای شرع مقدس نیست. بنابراین، قاعده لا ضرر، علاوه بر آن که در موارد ضرر شخصی به عنوان دلیل ثانوی می تواند دایره ادله اولیه را محدود سازد، حاکی از خطمشی کلی در تشریع احکام اولیه است. به دیگر سخن، قاعده لا ضرر در مقام بیان حکم تکلیفی بر مبنای نهی مردم از اضرار به یکدیگر و ترتب عقاب بر اعمال زیانبار نیست، بلکه مفید آن است که اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی توسط بعض دیگر گردد، آن قوانین مرتفعند. در مطالب آینده، آثاری را که بر این بیان مترتب است، متذکر خواهیم شد.

۴. بنای عقلا در مورد قاعده ضرر

صرف نظر از دلایل لفظی در مورد قاعده ضرر، به نظر می‌رسد بنای عقلا پشتوانه محکمی برای این قاعده محسوب است. بی تردید بنای عقلا در این امر محقق است که در زندگی اجتماعی و مدنی، زیان رساندن به دیگران اولاً امری ناپسند است و ثانیاً عامل زیان در مقابل زیان دیده مسئول پرداخت خسارت است و لذا این اصل در کلیه سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده و در مورد چنین بنایی از ناحیه شرع مقدس، ردع و منعی واصل نشده که از این رهگذر، امضای شارع احراز می‌گردد. البته این نکته از نظر دور نماند که با توجه به این دلیل، بسیاری از مشکلات در مورد قاعده لا ضرر از میان برداشته می‌شود. برای مثال، بحث این که آیا قاعده لا ضرر می‌تواند وضع ضمان کند یا خیر ناشی از تفسیر «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار است، ولی در تمسک به بنای خردمندان طبعاً پاسخ روشن است. ...

۶. قاعده لا ضرر در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران در معارضه اعمال حق و قاعده لا ضرر، حاکمیت لا ضرر را پذیرفته است و در این خصوص موارد زیر را برای مثال می‌توان ارائه داد:

الف) وقفی را که به قصد اضرار دیان واقع شده، منوط به اجازه دیان کرده است (ماده ۶۵).

ب) اجبار شریک را برای تعمیر دیوار مشترک در صورتی که دفع ضرر به طریق دیگری ممکن نباشد، مجاز شناخته است (ماده ۱۱۴).

ج) اجبار صاحب دیوار مشرف به خرابی را به تخریب آن، به علت خوف اضرار به غیر پذیرفته است (ماده ۱۲۲).

د) تصرف مالک را در ملک خود در صورت استلزام تضرر همسایه ممنوع کرده است، جز در شرایط معین (ماده ۱۳۲).

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۶۲

ه) تصرف در حریم را به منظور جلوگیری از ضرر به صاحب حریم منع کرده و میزان حریم را به اندازه ای معین کرده که برای دفع ضرر کافی باشد (مواد ۱۳۸ و ۱۳۹).

و) استفاده از آب رودخانه برای احیای اراضی جدید را منوط به عدم تضییق و اضرار به صاحبان اراضی سابق کرده است (ماده ۱۵۹).

ز) تقسیم مال مشترک را در صورتی که متضمن ضرر شریک باشد، بدون رضای شریک متضرر، ممنوع کرده است (مواد ۵۹۱ و ۵۹۲).

ح) در تنقیه یا تعمیر قنات مشترک برای دفع ضرر، اجبار شریک ممتنع را به شرکت در تنقیه و تعمیر یا اجاره یا فروش سهم او اجازه داده است (ماده ۵۹۴).

ط) بر هم زدن تقسیم را به لحاظ ظهور عیب در حصه یک یا چند نفر از شرکا به لحاظ ضرر وارد شده، روا دانسته است (ماده ۶۰۰).

ی) تأخیر اعلام رد یا قبول موصی له را در صورتی که موجب تضرر ورثه باشد، موجب اجبار او از طرف حاکم بر اعلام تصمیم شناخته است (ماده ۸۳۳).

ک) ورود ضرر را به زوجه از موارد اجبار شوهر به طلاق معین کرده است (ماده ۱۳۰).

۸ قاعده غرور

قاعده غرور در مکاتب فقهی شیعه، اهل سنت، ظاهریه و زیدیه معتبر شناخته شده است.

شیخ طوسی (شیخ الطائفه قرن پنجم هجری) نخستین کسی است که در کتاب المبسوط فی الفقه الامامیه در ابواب مختلف از جمله غصب، عاریه، و نکاح به این قاعده عمل کرده است. هر چند تعبیر صریح قاعده در عبارت ایشان دیده نشده، ولی در استدلال برای ضمان گفته است، «لأنه غره»، یعنی به این دلیل که او دیگری را مغرور کرده است.^۱ پس از ایشان ابن ادریس حلی در کتاب السرائر، محقق حلی در شرایع الاسلام، علامه حلی در قواعد الاحکام و تذکره الفقهاء، فخر المحققین در ایضاح الفوائد، شهید اول در لمعه، محقق کرکی در جامع المقاصد و دیگران در ابواب مختلف فقه به «قاعده غرور» یا به مضمون آن استناد کرده‌اند.

هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر بشود، و از این رهگذر، ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت وارد بر آید. شخص اول را «غار» (فریب دهنده) و شخص دوم را «مغرور» (فریب خورده) و این قاعده را «قاعده غرور» می‌گویند.

دقت در تعریف فوق نشان می‌دهد که در تعریف گفته نشده «هر کس دیگری را گول بزند»، بلکه گفته شده «اگر از شخصی عملی صادر گردد که آن عمل موجب فریب خوردن دیگری بشود». به موجب این تعریف لازم نیست که شخص اول قصد نیرنگ و

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۶۴

خدعه داشته باشد، و حتی ممکن است خودش هم از دیگری فریب خورده باشد، بلکه همین مقدار که از او فعلی صادر شود که دیگری با توجه به آن فریب بخورد، برای صدق غرور کافی است.

ممکن است اشکال بشود که در کلمه «غار» که اسم فاعل و به معنای فریب دهنده است، قصد و عمد مستتر است و به شخص جاهل که فاقد عمد و قصد است غار گفته نمی‌شود. پاسخ این است که در صدق عناوین افعال، عمد و قصد شرط نیست. به همین جهت به کسی که غفلتا می‌ایستد یا می‌نشاند، اگر چه قصدی در ایستادن یا نشستن نداشته باشد، گفته می‌شود «ایستاد» یا «نشست» و اگر بخواهیم حالت فاعلی او را نشان بدهیم، اشکالی ندارد که اسم فاعل استعمال کنیم و بگوییم «ایستاده» یا «نشسته».

۱. مستندات قاعده

به نظر بعضی از فقیهان، قاعده غرور از فروعات قواعدی دیگر مانند لا ضرر یا اتلاف و تسبیب است ولی اکثر فقها آن را قاعده‌ای مستقل دانسته برایش مستندات مستقل ارائه داده‌اند. به نظر ما نیز مفاد قاعده چیزی وسیع تر از مفاد قواعد مزبور است، چرا که قاعده لا ضرر جز به روش تفسیری بعضی مکاتب فقهی، اصولاً اثبات ضمان نمی‌کند و قواعد اتلاف و تسبیب هم در جایی قابل استفاده‌اند که زیان زننده موجب تضییع و کاهش دارایی دیگری شود، در حالی که خسارات ناشی از غرور، اعم است از تضییع و اتلاف دارایی دیگری. در مطالب بعدی این نکته روشن تر خواهد شد.

^۱. المبسوط، ج ۳، کتاب العاریه، ص ۵۸، کتاب الغصب، ص ۸۹ و ج ۴، کتاب النکاح، ص ۲۵۶-۲۵۴.

الف) روایات

مشهور است که حضرت رسول (ص) فرموده: «المغرور يرجع الی من غره»، یعنی فریب خورده می تواند- در خصوص خسارات وارد شده- به فریب دهنده رجوع کند.

این حدیث را مرحوم محقق ثانی در حاشیه ارشاد نقل کرده^۱ و نیز ابن اثیر در نهاییه به آن اشاره می کند. حدیث دلالت دارد که فریب خورده به فریب دهنده رجوع می کند و روشن است که مقصود از رجوع، مطالبه ضرر و خسارت است. پس در دلالت حدیث ابهام و شبهه‌ای وجود ندارد و اشکال عمده، در سند حدیث است که گفته می‌شود ضعیف است.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۶۵

بسیاری از فقها در سند حدیث اشکال کرده و گفته اند که این حدیث در کتب روایی وجود ندارد، بلکه عبارت مذکور قاعده‌ای است که از «روایات» گوناگون موجود در کتب حدیث گرفته شده است.^۲ در پاسخ به این شبهه بعضی گفته اند، نیافتن حدیث مذکور در کتب حدیث دلیل بر عدم آن نیست، زیرا در کتب فقها، به صورت روایت مرسله وارد شده است. مثلاً صاحب جواهر در کتاب غضب با این عبارت به عنوان یک حدیث برخورد کرده و در مواقع مختلف به آن استناد جسته است.^۳

پس مشکل اساسی این است که این عبارت به عنوان حدیث پذیرفته شود که در این صورت اشکالی از حیث ضعف و ارسال بر آن مترتب نیست؛ زیرا همان طور که در مباحث اصول گفته‌ایم، در مورد احادیث ضعیف دو نظر بین فقها وجود دارد^۴ و مشهور معتقدند اگر حدیث ضعیف مستند فتوای فقهای زیادی قرار گرفت، ضعف سند آن جبران می شود و عده‌ای نظر مخالف دارند. ولی باید توجه داشت که اگر نظر فقهای گروه اول را بپذیریم، انصافاً باید گفت این حدیث از جمله احادیثی است که در ابواب مختلف فقه مورد استناد فقها واقع شده است.

به هر حال چون مشهور فقها عقیده دارند که شهرت عملی موجب جبران ضعف سند حدیث می شود، لذا خود را از داخل شدن در موضوع سند روایت مذکور فارغ می‌دانیم.

ب) بنای عقلا

در عرف متداول، عقلا هرگاه از عمل دیگری گول بخورند و زیانی متحمل شوند به گول گول زننده مراجعه و مطالبه جبران خسارت می‌کنند. بر همین اساس، جبران خسارت ناشی از خدعه و نیرنگ در همه نظام‌های حقوقی دنیا مورد توجه است، هر چند که هر نظام حقوقی با روش مخصوص به خود خسارات زیان دیده را جبران می‌سازد. بنابراین، بنای عقلا در این مورد از دلایل قاعده غرور است.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۶۶

ج) اجماع

ابتدا باید گفت که در مسأله رجوع «مغرور» به «غار» و ضمان غار در مقابل ضرر وارد به مغرور، بین فقها اختلافی نیست، بلکه فقها فقط در تطبیق قاعده بر مصادیق آن اختلاف نظر دارند. مثلاً وقتی که غار، جاهل یا در اشتباه بوده، در خصوص این که آیا این مورد از موارد غرور محسوب است یا خیر، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

^۱ طباطبائی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۹.

^۲ مکاسب، ص ۱۲۴ و طباطبائی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۹.

^۳ جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۴۵.

^۴ ر. ک: مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم (منابع فقه).

نکته لازم به ذکر که در مبحث اجماع نیز مفصل توضیح داده شده، این است که اجماع مستند مستقلاً ارزشی ندارد؛ یعنی اگر در کنار اجماع، روایتی - هر چند ضعیف - وجود داشته باشد که احتمال بدهیم این روایت مأخذ و منبع آن اجماع است، اجماع دلیل مستقلاً نخواهد بود. به همین علت در موضوع مورد بحث، چون حدیث نبوی وجود دارد و احتمال زیاد می رود که قول فقها مبتنی بر آن روایت باشد، این اجماع را نمی توان دلیل مستقلاً به حساب آورد.

نکته دیگر این که حتی اگر اجماع فقها در مورد ضمان غار ثابت گردد، استناد فقها به قاعده غرور ثابت نمی شود، چرا که ممکن است مستند ضمان نزد آنان اصل دیگری باشد و بنابراین، اجماع فقها نمی تواند به عنوان یکی از منابع و مستندات فقهی قاعده غرور به حساب آید.

(د) ادله قاعده تسبیب

دلیل چهارم قاعده غرور همان هایی هستند که در مورد قاعده تسبیب گفته شد و در مورد قاعده غرور هم می توانند مستند باشند، ولی باید توجه داشت که بین قاعده غرور و قاعده تسبیب، به رغم تشابهات فراوان، اختلافات زیادی وجود دارد. حاکمیت قاعده تسبیب جایی است که بین سبب و مباشر، اراده و اختیاری فاصله نیندازد و چنانچه بین مسبب و عمل، یک اراده فعال وجود داشته باشد، مورد یقیناً از موارد تسبیب نخواهد بود، بلکه از جمله موارد حاکمیت قاعده غرور است. مثلاً وقتی شخصی، دیگری را ببلعملش و بدون خدعه گول می زند، شخص گول خورده به هر حال با اراده و قصد و اختیار این کار را می کند و در اینجا قاعده تسبیب دخالت ندارد؛ زیرا در قاعده تسبیب، فعل باید مستند به سبب باشد و فاعل مختاری بین مسبب و عمل فاصله نیندازد.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۶۷

مثال جایی که هر دو قاعده قابل اعمال است، آنجا است که طبیبی برای معالجه مریض به وی دستور می دهد از دارویی استفاده کند و آن دارو تصادفاً سمی است و باعث مرگ مریض می شود. در اینجا مسئولیت طبیب ناشی از هر دو قاعده است؛ از باب تسبیب به این توضیح که پزشک باید در حرفه خود مهارت لازم را داشته باشد و در دستورات خود از حدود متعارف تجاوز نکند و در این مورد چون طبیب به جای دارو، سم تجویز کرده و بیمار و همراه بیمار یا پرستار نیز جاهل به خاصیت سم بوده اند، بین سبب و حادثه، اراده آگاه و فعالی وجود نداشته، و چون سبب اقواً از مباشر اس‌ت، پزشک ضامن است؛ اما از حیث قاعده غرور چنین استدلال می شود که بیمار با قبول تجویز طبیب، مغرور شده و چون فعل طبیب او را گول زده، قاعده غرور حاکم است و طبیب از این نظر هم مسئولیت و ضمان دارد.

(ه) روایات خاصه

روایات خاصه‌ای وارد شده که هر چند در آن‌ها عنوان «غرور» وجود ندارد، ولی از نظر معنا و مفهوم، مدرک و دلیل اعتبار قاعده غرور هستند. چند مورد از این روایات بدین شرحند:

۱. روایت رفاعه در مورد تدلیس زوجه با این مضمون که اگر ازدواجی از روی تدلیس واقع شده باشد و زوجه دارای اوصافی نباشد که قرار بوده، زوج حق دارد به مهری که داده مراجعه کند. در این روایت، هر چند رجوع به تدلیس کننده برای گرفتن مهر ذکر گردیده ولی به هر حال علت رجوع، تدلیس است.^۱ حتی در روایت ذکر شده «لأنه دلسها» یعنی به خاطر این که تدلیس کرده است.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۴، ص ۵۹۶، حدیث ۲.

۲. روایت صحیحہ حلبی در مورد مردی که در میان قومی ازدواج می‌کند و بعد معلوم می‌شود زن اعور است و این عیب قبلاً اظهار و بیان نشده است. حضرت صادق (ع) در این مورد فرموده است نکاح را نمی‌توان فسخ کرد، زیرا این عیب از عیوبی مانند جذام و قرن نیست که باعث فسخ نکاح گردد، ولی زوج به مقداری که گول خورده و مهر اضافی پرداخته حق دارد به زوجه مراجعه کند و از او بگیرد.^۱

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۶۸

بنابراین هم از روایت رفاعه، که در آن تعلیل آورده شده و این امر روایت را عمومیت می‌بخشد، و هم از این روایت استنباط می‌شود که مناط رجوع زوج به زوجه یا ولی او، همان ضرر و خسارتی است که به زوج وارد شده است.

۳. روایت محمد بن مسلم از حضرت صادق (ع) که فرمود: در کتاب علی (ع) آمده است: هر کس زنی را به عقد دیگری در آورد، در حالی که در آن زن عیبی وجود دارد و برای شوهرش بیان نکند و آن را بپوشاند، زوج می‌تواند آن مقدار از مهر را که بابت این کتمان، اضافه پرداخته است، پس بگیرد و ضمان به عهده کسی است که عیب را بیان نکرده است.^۲

از این روایت استنباط می‌شود که اگر در زنی عیبی وجود داشته باشد و واسطه‌ای که او را به مرد دیگری تزویج می‌کند از بیان عیب خودداری کند، زوج می‌تواند مقدار مهری را که اضافه پرداخته به خاطر سکوت و عدم اظهار عیب پس بگیرد. حال که سکوت و عدم اظهار عیب موجب ضمان است، به طریق اولی چنانچه افعال و اعمالی صادر گردد که باعث فریب خوردن زوج شود، باعث ضمان خواهد شد. مثلاً اگر علی رغم عیب، تعریف زیادی از زن بشود که دارای چنین و چنان اوصافی است، با توجه به روایات بالا، مورد حتماً مشمول قاعده غرور و موجب ضمان غار خواهد بود.

۴. روایت مرسل جمیل از امام باقر (ع) یا امام صادق (ع)^۳ که فرموده‌اند: اگر شهودی علیه فردی شهادت بدهند و آن شهادت در حکم محکمه مؤثر واقع و موجب ایجاد خسارت و زیان بر آن فرد شود، در صورت اثبات کذب، شهود مذکور ضامن پرداخت خسارت ایجاد شده‌اند.^۴

۵. روایت حسنه محمد بن قیس از امام باقر (ع) که می‌فرمایند: امیر المؤمنین (ع) در باره مردی که دو نفر شهادت داده بودند سرقت کرده و این شهادت موجب قطع دست متهم گردید و بعد شهود، شخص دیگری را سارق معرفی کردند، فرمود: شهود باید قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۶۹

غرامت و خسارت وارد (نصف الدیه) را به متهم اول پردازند.^۵

نظیر این گونه روایات زیاد است در مجموع، حاکی از اعتبار قاعده غرور به عنوان یکی از اسباب ضمان هستند

۲. مدلول قاعده

تردید نیست که مورد مسلم حاکمیت قاعده غرور جایی است که غار، عالم به نتیجه مترتب بر عمل خود باشد؛ یعنی بدانند طرف مقابل از فعل او گول می‌خورد و متحمل خسارت می‌گردد؛ اما مورد اختلاف جایی است که غار جاهل یا در اشتباه است. توضیح این که گاه «غار» و «مغرور» هر دو به ضرر عالم هستند که در این صورت، نه «غاری» وجود دارد نه «مغروری»، زیرا در غرور،

۱. همان، ج ۱۴، ص ۵۹۳، ح ۶ و ص ۶۰۰، ح ۱.

۲. بحار الانوار، ج ۱۴، ص ۵۹۷، ح ۷: «من زوج امرأة فيها عيب دكسه ولم يبين ذلك لزوجها فانه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها و يكون الذي ساق الرجل اليها على الذي زوجها و لم يبين». همچنین، طباطبائی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۹ (چاپ سنگی).

۳. تردید از راوی است.

۴. بحار الانوار، ج ۱۸، ص ۲۳۸؛ ح ۱. همچنین، طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۹.

۵. بحار الانوار، ج ۱۸، ص ۲۴۳.

جهل «مغرور» شرط است. مورد دیگر این است که هر دو طرف به ضرر جاهل باشند و دو صورت دیگر نیز این است که یکی از «غار» یا «مغرور» جاهل باشند. پس در مجموع از حیث غرور چهار حالت وجود دارد:

مورد اول که هر دو عالمند، از قاعده غرور خارج است.

صورت دوم که «مغرور» عالم و «غار» جاهل است نیز از قاعده غرور خارج است؛ زیرا شرط است که مغرور جاهل باشد. در غیر این صورت، اگر مغرور عالماً عامداً اقدامی علیه خود بکند که متضمن ضرر باشد، با توجه به اقدامش، مورد، مشمول قاعده غرور نبوده، موجب ضمان «غار» نخواهد بود.

حالت سوم که مغرور جاهل و غار عالم است بدون تردید مصداق بارز قاعده غرور است.

در صورت آخر که هر دو طرف جاهل هستند بین علماً اختلاف نظر وجود دارد، زیرا غار جاهل به ضرر طرف مقابل است و به همین علت عده‌ای از فقها او را بری الذمه می‌دانند. اما عده دیگر، در این حالت هم ضمان را به عهده غار می‌دانند. گروهی از فقها خصوصاً هنگامی که غار جاهل به ضرر بوده یا به اشتباه فکر می‌کند عملش موجب نفع است، او را مسئول نمی‌دانند. استدلال آنان این است که غرور به معنای خدعه و تدلیس

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۰

است و در مورد جاهل به واقعه نمی‌توان به قاعده غرور استناد کرد.^۱ مثلاً طبیعی دارویی تجویز می‌کند و در این اندیشه است که به نفع بیمار و موجب بهبودی او خواهد بود، اما دارو با مزاج بیمار سازگاری پیدا نمی‌کند و موجب مرگ یا ضرر بیمار می‌شود. این گروه از فقها به عدم مسئولیت پزشک در این مورد قائلند. در مقابل، عده‌ای معتقد به ضمان شده‌اند. این دسته از فقیهان که به نظر ما گفتارشان بیشتر قابل توجیه است می‌گویند:

صدق عنوان افعال احتیاجی به علم ندارد.^۲ مثلاً وقتی کسی دیگری را می‌زند، عنوان «ضارب» پیدا می‌کند، گرچه قصد زدن نداشته باشد یا اگر کسی بر دیگری زیان وارد سازد عنوان «ضار» بر او صدق می‌کند هر چند که چنین قصدی نداشته باشد.

در صدق غرور نیز فقط لازم است که یک نفر دیگری را بر عملی که متضمن ضرر است، تشویق و ترغیب کند، هر چند ترغیب‌کننده به ترتب ضرر بر آن عمل جاهل باشد.

توضیح این که «عناوین قصديه» بدون قصد صدق نمی‌کند. مثلاً تعظیم یا تکریم یا توهین، بدون قصد مخصوص تحقق نمی‌یابد و اگر کسی برای احترام به دیگری کلاهش را از سر برمی‌دارد، این عمل قصد و ترتیب خاصی دارد و آنگاه هر کلاه از سر برداشتن و هر خم شدن نشانه احترام و تعظیم نیست. پس در این گونه عناوین قصديه، حتماً علم و قصد و اراده خاصی در تحقق عنوان فعل و فاعل لازم است؛ ولی همه افعال این گونه نیستند و اکثر افعال و اعمال بدون قصد و علم خاص صورت می‌گیرند؛ یعنی هر چند در اقدام به فعل نوعی اراده وجود دارد، ولی نتیجه حاصل از آن یا اثر مترتب بر آن، همیشه مقصود و منظور نیست. اضرار و تغیر نیز از این دسته‌اند. بنابراین، هرگاه شخصی دیگری را با تحریض، تحریک و یا توصیف در معرض ضرری قرار بدهد، ضامن خواهد بود، هر چند در ارتکاب این اعمال تصور می‌کرده برای مغرور نفعی وجود خواهد داشت.

به دیگر سخن در مفهوم غرور عنصر نیرنگ و فریب وجود ندارد تا متوقف بر قصد و عمد غار باشد، و چه بسا شخص غار بدون قصد فریب دادن به توصیف چیزی بپردازد و

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۱

۱. ر. ک: حکیم، محسن، نهج الفقاهه، ج ۱، ص ۲۶۹ و ۲۷۳ و آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ص ۴۵.

۲. «... قاعدة الغرور من القواعد المحكمة المجمع عليها ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالماً او جاهلاً و ما يحتمل او يقال من عدم صدق الغرور مع جهل الغار كما ترى: طباطبائی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۹؛ عناوین، ص ۲۹۲ و موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۳۷.

طرف مقابل بر اساس اعماد به گفته‌های وی وارد معامله‌ای گردد و از این رهگذر زیان ببیند. در اینجا صدق می‌کند که خریدار مغرور شده، در حالی که طرف دیگر قصد وارد کردن زیان به وی را نداشته است.

خلاصه آن که اگر مدرک قاعده غرور را حدیث نبوی «المغرور يرجع الی من غره» بدانیم، فرقی بین غار جاهل و عالم وجود ندارد و حکم قاعده، هر دو را شامل می‌شود. همچنین اگر مطلب از باب اتلاف و تسبیب مطرح شود، باز هم می‌گوییم: در این مورد، سبب (غار) اقوا از مباشر (مغرور) است و چون مباشر (مغرور) جاهل بوده و در این حالت جاهل یا علم سبب، حکم قضیه را تغییر نمی‌دهد، سبب اعم از این که جاهل یا عالم باشد، اقوا از مباشر خواهد بود.

در هر حال به نظر می‌رسد که در نظایر مورد، بی‌تردید فعل یک شخص، دیگری را مغرور کرده است تا خسارتی ببیند یا مرتکب عملی شود که خسارت جانی برای وی دارد و نادانی شخص مزبور، رابطه علیت را بره‌م نخواهد زد. همان طور که قبلاً گفته شد به طور کلی در همه انواع تسبیب در حقوق اسلامی، تقصیر از ارکان مسئولیت نیست، بلکه آنچه اهمیت دارد وجود رابطه عرفی میان کار مسبب و ورود زیان به دیگری است.

به دیگر سخن، از میان دو نظریه ای که در حقوق غرب در مورد مبانی مسئولیت مطرح است، یعنی نظریه تقصیر و نظریه خطر، می‌توان گفت حقوق اسلامی به نظریه خطر معتقد است و آنچه را برای مسئولیت کافی می‌داند انتساب و استناد فعل زیانبار به شخص زیان‌زننده است و عنصر تقصیر فقط در جایی می‌تواند نقش داشته باشد که موجب تحقق عنصر استناد و انتساب باشد و هر جا که احراز انتساب و استناد نیازی به تقصیر نداشته باشد، وجود تقصیر لزومی ندارد و مورد بحث ما از همان مصادیق است.

با مراجعه به متون فقه به ویژه موضوع ضمان طیب به نظر می‌رسد که اکثر فقها بر ضمان طیب (غار) حتی در صورت جاهل نظر داده‌اند، هر چند که گروهی از فقها نیز عکس این نظر را دارند.^۱ این موضوع در ماده ۲۵ قانون دیات مصوب سال ۱۳۶۱ به شرح زیر آمده است:

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۲

«هرگاه طیبی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است، مگر این که قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او برائت حاصل نماید».

۳. مصادیق قاعده

نمونه‌هایی از موارد صدق قاعده را مختصراً به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱. اگر مشتری از شخص فصول چیزی را بخرد، بدون این که فصول بگوید مال متعلق به دیگری است و مشتری با توجه به اماره ید به او اعتماد کند و تصور کند مال خود فصول است، اما بعد صاحب مال بیاید و مال را از مشتری بگیرد و خسارت هم از مشتری مطالبه کند، به نظر شیخ انصاری مشتری می‌تواند به فصول مراجعه و کلیه خسارات وارد را مطالبه کند.^۲ به نظر می‌رسد موردی که شخص با ادعای وکالت مبادرت به معامله می‌کند نیز در حکم شخص فصول است، یعنی هرگاه شخصی با ادعای آن که وکیل مالک یا مأذون از سوی او است، مالی را به دیگری بفروشد و سپس کشف گردد که او در ادعای وکالت یا اذن کاذب بوده و مالک معامله را تنفیذ نکند، مشتری می‌تواند غرامات وارد را از بایع مطالبه کند.

^۱ ر. ک: العروة الوثقی، ج ۵ و حواشی بر آن، ص ۶۷.

^۲ قانون مدنی نیز در ماده ۲۶۳ مقرر می‌دارد: «هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فصولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فصولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت».

یکی از موارد بسیار روشن قاعده غرور در نظر شیخ انصاری، جایی است که مشتری در مقابل خسارتی که تحمل کرده است نفعی هم نبرده باشد. مثلاً حیوانی را خریده بوده و مدتی به او خوراک داده و قبل از بهره برداری، صاحبش مراجعه کرده حیوان را مسترد می‌دارد. به نظر ایشان مورد بالا از مصادیق بارز مسئولیت فروشنده است و مشتری می‌تواند به استناد این قاعده برای جبران کلیه خسارات وارد، به او مراجعه کند؛ اما چنانچه مشتری در زمان تصرفش، هم برای مال خریداری شده مخارجی متحمل شده و هم از آن منفعی برده باشد، شیخ انصاری تردید می‌کند که آیا مشتری حق دارد برای مطالبه خسارت به فضول مراجعه کند یا خیر؛ مثل این که مشتری از فضول اسبی یا اتومبیلی می‌خرد و مدتی سوار آن می‌شود. در این مورد به نظر شیخ مشکلی است که خریدار حق مراجعه به فضول را داشته باشد.^۱

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۳

۲. مردی زنی را به دیگری تزویج می‌کند، در حالی که عیب زن را مکتوم داشته یا هنگام ازدواج سکوت کرده و آن را ابراز نداشته است. در این صورت، زوج حق دارد برای مطالبه مازاد مهر - که به تصور سلامت زوجه پرداخت کرده - به زوجه یا ولی او یا واسطه ازدواج مراجعه کند. در ضمان ولی یا واسطه ازدواج در صورتی که عالم به عیب بوده باشند، تردید نیست، ولی اگر دچار جهل یا اشتباه بوده باشند، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. گروهی جهل یا شبهه را رافع مسئولیت و ضمان نمی‌دانند، اما عده دیگر، علم را لازم دانسته، وجود جهل و اشتباه را موجب عدم مسئولیت ولی و شخص واسطه می‌دانند.

۳. شاهی علیه فردی شهادت می‌دهد و محکمه علیه متهم حکمی صادر می‌کند، اما بعد شاهد شهادت خود را تکذیب می‌کند. در این صورت خسارتی که به محکوم علیه وارد شده باید توسط شاهد جبران شود. اگر «محکوم به» عین، و عین موجود باشد، محکمه آن عین را می‌گیرد و به محکوم علیه بر می‌گرداند، ولی اگر عین، تلف شده باشد، صاحب مال به متلف مراجعه کرده، قیمت آن را می‌گیرد، که البته متلف نیز می‌تواند به استناد قاعده غرور به شاهد مراجعه و مطالبه خسارت کند.^۲

۴. شخصی طعامی را غصب می‌کند و با آن ضیافتی ترتیب می‌دهد و میهمانان از آن طعام می‌خورند. بعد صاحب طعام می‌آید و از میهمانان مطالبه قیمت طعام می‌کند. در این صورت، میهمانان می‌توانند به استناد قاعده غرور به شخص غاصب رجوع کرده، مطالبه خسارت کنند، زیرا غاصب، میهمانان را گول زده است.^۳

۵. هرگاه مادری با ادعای وکالت از سوی پسرش برای او زن بگیرد، در حالی که چنین وکالتی ندارد و اقدامش مورد قبول پسر واقع نشود، همه فقها گفته‌اند که عقد باطل است. گروهی از جمله شهید اول در لمعه اضافه می‌کنند که مادر ضامن نصف مهر زوجه است و بعضی دیگر احتمال ضمان تمام مهر را داده‌اند.^۴ شهید ثانی در توجیه این نظریه یکی از مستندات را قاعده غرور بر شمرده است.^۵

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۴

در موضوع فوق دو نکته جالب توجه است. اول، استحقاق دختر به گرفتن حد اقل نصف مهر که شاید با مفهوم خسارت معنوی قابل تطبیق باشد و دوم، اتکای ضمان به قاعده غرور به شرحی که گذشت.

۱. مکاسب، ص ۱۴۱، و طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۹.

۲. موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۳۷.

۳. ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۵۷-۵۶ و ۱۴۵. در خصوص رجوع مالک بعد بحث خواهد شد.

۴. ر. ک: شرائع الاسلام، ص ۲۸۰.

۵. الروضة البهیة، ج ۵، ص ۱۵۲ (و غرورها بدعوی الوکالة) و مسالک الافهام، ج ۱، ص ۲۶۹ (و غرتها بدعوی الوکالة).

۶. هنگامی که مشتری به دلیل این که با بایع فضولی ادعای وکالت و اذن از جانب مالک داشته، اقدام به معامله با او کرده و سپس کذب بایع فضولی معلوم شده و مالک معامله را تنفیذ نمی کند، مشتری می تواند در مورد غرامات به بایع فضولی رجوع کند. خسارت هایی که ممکن است مشتری متحمل شود عبارتند از:

الف) غرامت هایی که مشتری در مقابل آن نفعی نبرده است، مانند عوض منافع استیفا نشده و هزینه هایی که مشتری قبل از استفاده از مبیع در مورد آن متحمل شده است.

ب) عوض منافع استیفا شده.

ج) تفاوت بین ثمن معامله و بدل، در صورتی که مبیع تلف شده و مشتری مثل یا قیمت آن را به مالک داده است.

د) غرامت هایی که مشتری به ازای صفات از بین رفته مبیع پرداخته است.

حال، سؤال این است که آیا مشتری جاهل به فضولی بودن معامله، در کلیه خسارت مذکور حق رجوع به بایع فضولی را دارد یا نه؟ در جواب باید گفت مورد روشن رجوع مشتری جاهل به بایع فضولی، جایی است که مشتری در مقابل خسارت های وارد شده نفعی نبرده است و در غیر این مورد، رجوع او به بایع فضولی از نظر بعضی فقها محل اشکال است.

۷. ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی ایران که در اصلاحات سال ۱۳۶۱ حذف گردید مقرر می داشت: «اگر یکی از نامزدها، وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزنند، در حالی که طرف مقابل یا ابوین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارت وارد بر آید، ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود».

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۵

به نظر می رسد ماده فوق از مصادیق قاعده غرور است و چنانچه اعتقاد حذف کنندگان آن، مداخلیت علم و عمد در عنوان غرور بوده است، پاسخ همان است که گفته شد. از طرفی ممکن است عقیده کسانی که در اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ مبادرت به حذف این ماده کردند، این بوده که اصولاً در اسلام تأسیس نامزدی ریشه و مبنای شرعی ندارد؛ اما باید توجه داشت که نامزدی به صورت متعارف غرب- یا تا حدودی مانند قبل از انقلاب اسلامی در کشور خودمان- فاقد جواز شرعی و از تأسیسات حقوقی غیر اسلامی است، ولی در عرف اسلامی این مقدار متداول بوده و هست که قبل از اجرای صیغه نکاح، با مشارکت افرادی از دو طرف ازدواج، مذاکرات مقدماتی و اصطلاحاً خواستگاری صورت می گیرد که همراه با تشریفات و مراسمی است و برای طرفین مخارجی را در بر دارد. در اسلام نیز مرسوم بوده است که زوج قبل از نکاح می تواند مالی به زوج بدهد و بعد با او ازدواج کند که این مسأله در فروع قاعده ید و ضمان ناشی از آن مورد مطالعه قرار گرفت. همچنین در باب نکاح بحث شده که زوج قبل از نکاح می تواند زوج را ببیند. پس در اسلام هم مراسم خواستگاری وجود دارد و حتی تحت عنوان «خطبه» مستحب شناخته شده است.^۱ بنابراین، اگر در خلال مذاکرات و مراسم خواستگاری طرفین متحمل مخارجی شوند و طرف مقابل در این امر مؤثر بوده باشد، خسارت قابل مطالبه است و مورد به نظر ما از موارد قاعده غرور است و وجهی برای حذف ماده ۱۰۳۶ به نظر نمی رسد.

مرحوم شهید استاد مطهری (طاب ثراه) نیز مستند ماده مزبور را قاعده غرور ذکر کرده اند. ایشان می گویند: «این ماده با تکیه روی کلمه «مغرور شده» به ریشه این ماده قانونی که به نام قاعده «غرور» معروف است اشاره می کند. به علاوه در قانون مدنی، تسبیب

۱. ر. ک: تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۶۹.

یکی از موجبات ضمان قهری شناخته شده و از ماده ۳۳۲ که مربوط به تسبیب است نیز می توان ضمان طرف متخلف را در این گونه موارد استفاده کرد.^۱

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۶

البته همان طور که مرحوم استاد اشاره فرموده اند و قبلاً نیز گفته شد، به طور کلی، عده ای از فقها یکی از مستندات قاعده غرور را قاعده تسبیب ذکر کرده اند، ولی این نکته روشن گردید که مصادیق تسبیب آنجا است که فاعل دارای اراده ای در میان فاصله نشود، و در صورتی که چنین فاعلی به عنوان مباشر در میان باشد، بی تردید مباشر اقوا از سبب است و سبب، دیگر ضامن نخواهد بود. شاید نظر استاد بر آن است که در نظایر مورد، هر چند مباشر، فاعل دارای اراده است، اما چون جاهل است و مورد خدعه و غرور واقع شده، اراده اش کان لم یکن محسوب می گردد. بنابراین، بازهم سبب اقوا از مباشر خواهد بود و مورد، از مصادیق قاعده تسبیب است.

۸. قانون مدنی ایران در ماده ۳۸۴ و ۳۸۵ مقرر داشته که چنانچه میع در حال معامله از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر درآید مشتری حق فسخ دارد و اگر زیاده در آید، زیاده مال بایع است، در همین فرض، چنانچه تجزیه میع بدون ضرر ممکن نشود و خلاف اوصاف مقرر در قرارداد درآید حق فسخ مطرح می گردد. آنگاه در ماده ۳۸۶ به شرح زیر مقرر شده است: «اگر در مورد دو ماده قبل معامله فسخ شود، بایع باید علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد».

به نظر می رسد مبلی فقهی ضمان بایع نسبت به پرداخت خسارت مورد اشاره در این ماده قاعده غرور است، با این توضیح که بایع با توصیف مقدار معین، مشتری را مغرور کرده و از این رهگذر موجب ورود خسارت به مشتری شده است. ذکر این نکته در اینجا مناسب است که گرچه در حقوق اسلامی خسارات ناشی از فسخ، مورد بحث مستقل فقها قرار نگرفته، اما می توان از طریق قاعده غرور مسئولیت آن دسته از خساراتی را که مشتری به جهت اعتماد بر بایع و اقدام به معامله متحمل گردیده بر عهده بایع غار نهاد. ناگفته پیداست که غرور در همه جا صدق نمی کند و مثلاً در موردی که مشتری و یا بایع به علت مغبون شدن به فسخ معامله مبادرت می کنند، غروری اتفاق نیفتاده است تا به استناد آن، شخص زیان دیده مدعی خسارت گردد. مناسب است در همین جا این نکته را یادآور شود که برای شخصی که از ناحیه فسخ معامله متحمل زیان می شود، مطالبه خسارت قراردادی در فرض وجود شرایط ماده ۲۲۱ قانون مدنی نیز امکان پذیر است و لذا چنانچه بایع میع را با اوصافی بفروشد، و صریحاً یا ضمناً کلیه خسارات را در فرض کشف خلاف به عهده بگیرد، به نظر ما خریدار با کشف

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۷

خلاف می تواند به استناد خیار تخلف وصف، معامله را فسخ و به استناد شرط ضمن عقد، کلیه خسارات، حتی عدم النفع را مطالبه کند.

۴. رابطه مالک با غار و مغرور

هرگاه شخصی با عمل خود دیگری را فریب دهد و بر شخص فریب خورده خسارت وارد آید، حکم مسأله از نظر رجوع «غار» به «مغرور» همان بود که گفته شد.

حال اگر کسی دیگری را فریب دهد و مغرور تحت تأثیر غرور و فریب غار، مال شخص ثالثی را تلف کند - مانند مورد چهارم از مصادیق قاعده غرور که در بالا گفته شد - آیا غرور باعث می شود که مباشر تلف در مقابل مالک ضامن نباشد و تمام مسئولیت

۱. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، مجموعه آثار، ج ۱۹، ص ۵۶.

مستقیماً متوجه فریب دهنده شود یا آن که خسارت دیده مختار است به «مغرور» که مباشر تلف است و یا به «غار» که مسبب است رجوع کند؟ و یا آن که در این گونه موارد فقط مباشر مسئول است که در صورت رجوع زیان دیده به وی، او نیز حق رجوع به غار را خواهد داشت؟

در خصوص این موضوع میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که این نظرها را می‌توان در سه نظریه خلاصه کرد:

۱. «مغرور» به علت ضعف مباشرت، مطلقاً معاف از ضمان است و تمام مسئولیت به عهده «غار» (فریب دهنده) قرار دارد و زیان دیده مستقیماً می‌تواند به غار مراجعه کند.

این نظریه به شافعی نسبت داده شده و در میان امامیه، قائل مشخصی برای آن شناخته نشده است.^۱

۲. «غار» و «مغرور» هر دو در مقابل زیان دیده ضامن و مسئولند و زیان دیده به هر کدام که بخواهد می‌تواند رجوع کند؛ ولی چنانچه از مغرور مطالبه خسارت کرد، مباشر اتلاف که همان مغرور است، به علت غرور خود می‌تواند به غار مراجعه کرده، آنچه را پرداخته مطالبه کند و چنانچه زیان دیده مستقیماً به غار مراجعه کند، وی حق رجوع به مغرور را نخواهد داشت.^۲

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۷۸

۳. بین موردی که «غار» بر مال تلف شده، استیلائی غاصبانه داشته یا به نحوی در اتلاف آن دخیل بوده با موردی که غار بجز فریب دادن متلف نقش دیگری نداشته، تفاوت وجود دارد.

در مورد نخست، مالک اختیار رجوع به هر دو را دارد: به «مغرور» به دلیل مباشرت در اتلاف و به «غار» به دلیل سابقه استیلائی غاصبانه و ضمان هیچ یک، رافع ضمان دیگری نیست؛ اما در مورد دوم، مالک فقط حق رجوع به «مغرور» را که مباشر در اتلاف است دارد، زیرا در برابر مالک، مباشر اقوا از سبب است. البته هر چند به دلیل قاعده غرور، مباشر به نوبه خود حق رجوع به غار را دارد و سرانجام خسارت بر ذمه وی مستقر خواهد شد، ولی میان این مسئولیت با مسئولیت مستقیم در قبال زیان دیده، تفاوت روشن وجود دارد.

به نظر می‌رسد، نظریه سوم با توجیهی که گفته شد و با توجه به قواعد ضمان ید، تسبیب، اتلاف و غرور، منطقی‌تر و موجه‌تر است.

۱. ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۵۴؛ مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۵۰ و تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۷۵.

۲. ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۵۸-۵۷ و ۱۵۴ و منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۹۶.

۱۰ قاعده صحت

قاعده یا اصل صحت و به اصطلاح فقهی «اصالة الصحة» از قواعد بسیار مهم فقه است که کاربرد فراوان دارد و به اشکال گوناگون مورد استفاده قرار گرفته است. این اصل به معانی مختلف استعمال گردیده، ولی مشهورترین آن‌ها دو معنا به شرح زیر است:

۱. اصل صحت به مفهوم جواز تکلیفی

منظور از اصل صحت در این معنا آن است که اعمال دیگران را اصولاً باید صحیح، مشروع و حلال تلقی کرد و مادام که دلیلی بر عدم صحت و وجود حرمت پیدا نشده هیچ کس حق ندارد در صورت دوران امر بین احتمال صحت و مشروعیت از یک طرف و عدم صحت و عدم مشروعیت از طرف دیگر، اعمال افراد را نامشروع و غیر صحیح بپندارد.

این اصل با فطرت و طبیعت بشر نیز مطابقت می‌کند، زیرا گناه، جرم و عمل نامشروع و ناصحیح، فطری و طبیعی بشر نیست، بلکه عناوین عارضی است که به علل و جهات گوناگون در بشر پیدا می‌شود و الاً بشر از روز اول بر فطرت و طبیعت صحیح و مشروع و حلال آفریده می‌شود و فطرت پاک او اقتضا دارد که از آن مسی ر منحرف نگردد. مثلاً اگر از دور کسی را ببینیم که مایعی می‌نوشد و احتمال بدهیم که ممکن است آب آشامیدنی یا شراب باشد، بنابر اصل صحت باید بپذیریم که آن مایع آب است و شراب نیست.

علاوه بر این که افعال و اعمال مردمان را علی‌الاصول باید صحیح و مشروع تلقی کنیم و در برخورد با این اعمال، ظهور اعمال و رفتارمان باید مبتنی بر صحت باشد، باطنا و قلباً

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۹۶

هم باید این اعمال و افعال را صحیح بپنداریم. ممکن است گفته شود قبول و تأیید قلبی و باطنی امری است غیر ارادی که تحت کنترل انسان نیست و قلب و ضمیر شخص بدون اراده او به ارزیابی پدیده‌ها می‌پردازد؛^۱ ولی در واقع این طور نیست؛ زیرا زمینه انفعالی بشر قطعاً و مستقیماً بر قضاوتش نسبت به اعمال و رفتار دیگران تأثیر می‌گذارد، یعنی اگر این اصل نبود و مکلف نبودیم که با دیدن کارهای دیگران آن‌ها را صحیح تلقی کنیم، چه بسا پیش داوری‌های مبتنی بر شک و سوء ظن و بدبینی، قضاوت قلبی و باطنی ما را نیز نسبت به افعال دیگران تحت تأثیر قرار می‌داد که در آن صورت، اعمال مردم حرام و نامشروع تلقی می‌شد و این امر، آثار مخربی به همراه می‌داشت.

بنابراین هر دو مرحله رفتار ما در مقابل اعمال دیگران در واقع مرتبط با هم و مکمل یکدیگرند؛ یعنی هم در ظاهر و هم در باطن باید حکم کرد که افراد اصولاً فعل حرام و ناصحیح مرتکب نمی‌شوند.

اصل صحت در این معنا به مفهوم جواز تکلیفی است^۲ و بدین معنا است که اعمال و رفتاری که از افراد دیگر سر می‌زنند، به حکم این اصل، محمول بر صحت یعنی مجاز تلقی می‌گردند و به عبارت دیگر، این اصل جنبه تکلیفی محض دارد و آثار وضعی بر آن مترتب نمی‌شود، هر چند که از نظر جزایی ممکن است آثاری بر آن مترتب گردد مثل آن که اگر کسی در حال نوشیدن مایعی است که ممکن است مشروبات الکلی باشد یا غیر الکلی، نباید حمل بر نوع غیر مجاز شود.

^۱ حائری، عبد‌الکریم، درر الاصول، ج ۲، ص ۲۳۷.

^۲ اصل برائت که در غالب قوانین اساسی و قوانین کیفری دولت‌ها نیز کم و بیش مراعات شده، مفهوم خاص تری از همین اصل است. اصل ۳۷ قانون اساسی ایران مقرر داشته است: «اصل برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».

الف) آیات:

در قرآن کریم آیات زیادی وجود دارد که دلالت بر اعتبار اصل صحت می‌کند؛ از جمله:

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۹۷

- آیه شریفه «قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا»^۱، یعنی برای مردم خوبی بگویید. در تفسیر این آیه در اصول کافی روایتی آمده است که مرحوم شیخ انصاری آن را نقل می‌کند.^۲ به گفته شیخ، معصوم (ع) فرموده است: این آیه به آن معنا است که درباره مردم تا وقتی که چگونگی کارشان معلوم نشده جز به خیر سخن مگویید.
- آیه شریفه «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»^۳، یعنی از سخن دروغ و افترا پرهیزید.
- آیه شریفه «إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ»^۴، یعنی همانا برخی از گمان‌ها گناه است.

ب) روایات:

برای اعتبار اصل صحت روایات زیادی وارد شده است. از جمله در اصول کافی از امیر المؤمنین علی (ع) نقل شده است که فرمودند: «ضع امر اخیک علی احسنه حتی یأتیک ما یقلبک عنه و لا تظننّ بکلمه خرجت من اخیک سوء و انت تجد لها فی الخیر سیلا»^۵؛ یعنی کار برادر دینی و هم کیش را به بهترین وجه تعبیر کن تا آن زمان که از او رفتاری سرزند که بتواند باورت را دگرگون کند و نیز به گفتار برادرت تا وقتی که تفسیر نیک می‌توانی کرد گمان بد مبر.

روایت دیگر از امام صادق (ع) است که به محمد بن فضل فرمود: «کذب سمعک و بصرک عن اخیک و ان شهد عندک خمسون قسامه انه قال و قال لم اقل و صدقه و کذبهم»^۶؛ یعنی گوش و دیده‌ات را در مورد برادر خویش تکذیب کن. اگر پنجاه تن بگویند که وی چنان گفت و او بگوید من نگفتم سخن وی را درست پندار و از آن دیگران را باور مدار.

مرحوم شیخ انصاری روایات دیگری هم به این مضمون نقل کرده که مؤمن برادر خود را متهم نمی‌کند، یا هر کس برادر خود را متهم کند ایمان از دلش ناپدید می‌شود، همان طور که نمک در آب حل و ناپدید می‌شود.^۷

با مراجعه به این روایات معلوم می‌شود که اسلام فطرت آدمی را بر پاکی و درستی می‌داند و دستور می‌دهد که اعمال دیگران را حمل بر صحت کنند، یعنی هر مسلمان، چه

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۹۸

در ظاهر و چه در باطن و باور قلبی موظف است در برخورد با دیگران، افعال و اعمال آنان را مشروع و حلال و صحیح تلقی کند، مگر این که دلایل اثباتی بر خلاف این وجود داشته باشد.

این اصل مبتنی بر مصالح مسلمین است، زیرا چنانچه در زندگی روزمره اصل را بر فساد قرار دهیم و در کلیه اعمال و افعال مردم تفحص و تجسس کنیم و با هر پدیده‌ای با شک و تردید مواجه شویم، قوام و استقرار نظام مدنیت از بین می‌رود و در کار روزمره

^۱. بقره، ۸۳.

^۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، رسائل، ص ۴۱۵.

^۳. حج، ۳۰.

^۴. حجرات، ۱۲.

^۵. اصول کافی، ج ۲، ص ۳۶۲، حدیث ۳.

^۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، رسائل، ص ۴۱۵؛ وسائل الشیعه، ج ۸، ص ۱۰۹، حدیث ۴ و عوائد الایام، ص ۷۴.

^۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین، رسائل، ص ۴۱۵.

مردم اشکالات کلی بروز می‌کند. اسلام برای جلوگیری از این مفسد به مسلمین حکم می‌کند اعمال مردم را در وهله اول و مادام که خلافت با ادله به اثبات نرسیده باید محمول و محکوم به صحت، حلالیت و مشروعیت بدانند.

۲. اصل صحت به مفهوم وضعی

اصل صحت در این معنا مقابل فساد است و یک حکم وضعی است. همان طور که گفته شد، در اصل صحت به معنای تکلیفی، اشخاص موظفند اعمال دیگران را بر صحت، یعنی مشروعیت، حمل کنند و بر اجرای این اصل، بیش از این که دیگران ناصالح پنداشته نشوند آثاری مترتب نیست؛ ولی در معنای اخیر، نوع تلقی نسبت به اعمال دیگران در ایفا یا اسقاط تکالیف و تنظیم روابط عبادی یا حقوقی مؤثر است. به عبارت دیگر، اصل صحت در معنای تکلیفی بیشتر جنبه اخلاقی و روانی دارد، در حالی که در مفهوم وضعی، آثار و نتایج عملی حقوقی بر آن مترتب است. مثلاً شخصی عقد یا ایقاعی صورت داده و تردید می‌کنیم که آیا این اعمال حقوقی صحیحاً واقع شده است یا نه؟ یعنی ارکان و شرایط معاملات و مقررات عمومی حاکم بر اعمال حقوقی به درستی تحقق یافته است یا نه؟ هنگام بروز این شک و تردید، به حکم اصل صحت در معنای وضعی، باید آن عقد و ایقاع را محمول بر صحت بدانیم و بر اساس این برداشت می‌توانیم با اعتبار بخشیدن به آن عقد یا ایقاع، رابطه حقوقی خود را تنظیم کنیم. در غیر این صورت لازم است که راجع به مقدمات و نحوه تحقق معامله بررسی کرده، از چگونگی وقوع آن تفحص کنیم که تکلیفی است مشکل، و چنانچه اصل صحت استقرار نداشت برای مردم اشکالات بزرگی تولید می‌شد.

این اصل در امور عبادی نیز جاری است. مثلاً اگر دیدیم فردی بر میتی نماز می‌خواند

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۱۹۹

و با اتمام نماز شک شود که آیا نماز صحیح بوده یا نه؟ بنا بر اصل صحت، حکم می‌کنیم که نماز به درستی خوانده شده و تکلیف کفایی از دیگران ساقط شده است.

– دلایل اصل صحت به مفهوم وضعی

الف) اجماع:

با تتبع در آثار فقها در می‌یابیم که در پذیرش این اصل اتفاق نظر وجود دارد و این خود حاکی از اجماع بر اعتبار اصل مذکور است؛^۱ ولی با توجه به این که اجماع ارزش استقلالی ندارد و فقط اگر کاشف از قول و فعل و تقریر معصوم (ع) باشد حجت است، چنانچه برای اجماع مستند دیگری موجود باشد، چنین کاشفیتی نخواهد داشت.

ب) بنای عقلا:

شاید عمده ترین دلیل در مورد اصل صحت، بنای عقلا باشد. روش عقلا در همه کشورها و جوامع و در تمام اعصار و ادیان مختلف این بوده و هست که اعمال دیگران را حمل بر صحت می‌کنند تا خلاف آن ثابت شود. چون این روش در شریعت اسلام نیز جاری بوده و مورد رد و نفی شارع واقع نشده، نتیجه می‌گیریم که بنای عقلا از جمله دلایل اصل صحت است.^۲ نظام زندگی روزمره عقلایی بر اجرای اصل صحت مبتنی است؛ زیرا در غیر این صورت، امور مردم دچار اختلال شدید می‌شود و هرج و مرج بر جامعه حاکم می‌گردد که این تالی فاسد، بی‌تردید عقلاً محکوم است. اصل مذکور در زندگی مردم دارای آثار عملی است و کلیه روابط معاملاتی و عبادی مردم را شامل می‌شود.

^۱ منیة الطالب، ج ۴، ص ۲۴۴.

^۲ انصاری، مرتضی بن محمد امین، رسائل، ص ۴۱۶.

در مباحث گذشته دیدیم که حضرت صادق (ع) فرمود اگر قاعده ید حاکم نباشد برای مسلمانان بازاری باقی نمی ماند. کاربرد و اهمیت اصل صحت در زندگی روزانه مسلمین به مراتب بیشتر از قاعده ید است؛ زیرا در واقع اعتبار و صحت ید، یکی از وجوه و مظاهر اصل صحت است. اگر اصل صحت را جاری ندانیم لازم است مثلاً در مراسم عبادی روزانه، با شک صحت در قرائت امام جماعت، از اقتدا به او خودداری کنیم یا مثلاً هنگام خرید گوشت از بازار به تحقیق در مقدمات تهیه گوشت بخواهیم احراز کنیم که آیا ذبح به صورت شرعی واقع شده است یا نه؟ ولی شارع مقدس این مقدار تکلیف شاق را قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۰۰

بر مکلفان مقرر نداشته است. بنابراین، طبق موازین عقلایی و منطقی و برای جلوگیری از اختلال در نظام حیات اجتماعی و اقتصادی روزمره مردم، اصل صحت مطابق منطق عقلایی امری است معتبر که فقدان آن باعث هرج و مرج می گردد.^۱

ج) ظهور حال مسلمان:

دلیل دیگری که می توان آن را به عنوان یک دلیل مستقل شمرده این است که ظهور حال مسلمان چنین اقتضا می کند که به علت پابندی به مقررات اسلامی، مرتکب عمل خلاف شرع نمی شود و بنابراین، اعمال وی را باید حمل بر صحت کنیم. همان گونه که در معنای اول اصل صحت گفته شد، فطرت هر انسان، پاک و درست است و این موضوع در فرد مسلمان و متدین به آیین مقدس اسلام بیشتر متجلی می گردد. ظاهر حال یک مسلمان اقتضا دارد که کار خلاف شرع و غیر مجاز انجام ندهد. همچنین اعمال و رفتار مسلمان تابع ضوابط و مقرراتی است و اصل بر این است که هر عملی که انجام می دهد مطابق مقررات و ضوابط مذکور است. البته این استدلال با سیره مسلمین - که مورد استناد بعضی قرار گرفته - و بنای عقلا فرق دارد. آنچه در سیره گفتیم این بود که عقلا در برخورد با رفتار دیگران، اصل را بر صحت و جواز می گذارند؛ ولی در اینجا فرض این است که مسلمان تابع ضوابط و مقررات شرعی است و خلاف آن را مرتکب نمی شود. مثلاً اگر با موردی از نکاح یا بیع مواجه شویم و تردید شود که آیا در نکاح و بیع مذکور شرایط صحت عقد از قبیل رضایت متعاملین و قصد و اراده و اختیار آن ها و صیغه های مربوط به صحت عقود مذکور واقع شده است یا نه، بنابر اصل فوق الذکر، اعمال و معاملات انجام یافته باید صحیح تلقی گردد؛ زیرا در مورد اعمال شخص مسلمان، به دلیل مسلمانی، اصل این است که پابند به مقررات اسلامی است.

۳. ارزیابی دلایل

دلایلی که برای حجیت اصل صحت اقامه شد مجموعاً عبارت بود از:

الف) اجماع که به دلیل وجود ادله دیگر، فاقد اعتبار و ارزش استقلالی است؛ ب) بنای عقلا؛ ج) ظهور حال مسلمان. قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۰۱

باید دانست که چنانچه دلیل حجیت اصل صحت، ظهور حال مسلمان باشد، اصل مزبور در مورد اعمال افراد غیر مسلمان کارایی ندارد، در حالی که اگر بنای عقلا یا دلیل عقل را مستند قاعده قرار دهیم، جریان اصل به هیچ وجه اختصاص به اعمال مسلمانان نخواهد یافت.

به نظر اکثر فقهای معاصر، دلیل عمده در اصل صحت، بنای عقلا و سیره قطعی عقلایی است و هیچ اختصاصی به طایفه خاصی ندارد و مسلمانان هم در روش خود، طریقه ای ویژه خارج از روش عادی عقلایی انتخاب نکرده اند. با مطالعه در این سیره کشف

^۱ موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۳۹؛ انصاری، مرتضی بن محمد امین، رسائل، ص ۳۲۰ و در الاصول، ج ۲، ص ۲۳۹.

می‌شود که اصالت الصحه یک تلقی ضروری بوده و از آن زمان که انسان متمدن شده و انواع معاملات رایج گردیده، به این اصل معتقد بوده است.

با مطالعه در زندگی مسلمانان فهمیده می‌شود که اینان در مورد اعمال سایر ملل - از قبیل نکاح، طلاق، عقد و ایقاعات - اصل را بر صحت می‌گذارند و بنابراین دیگر چیزی به نام سیره یا اجماع قولی و ع ملی در خصوص این قاعده، اضافه بر بنای عقلا و سیره عقلایی وجود ندارد و دلیلی مستقل محسوب نخواهد شد؛ بلکه همگی به همان امر عقلایی و ارتکاز موجود نزد خردمندان برگشت می‌کند.^۱

...

۶. اصل صحت در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، اصل صحت را به صراحت پذیرفته است. در ادامه مطالب، موادی از قانون مدنی که بر اساس اصل صحت تنظیم شده است، مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. ماده ۲۲۳: «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر این که فساد آن معلوم شود». به موجب این ماده، هرگاه پس از انجام معامله، یکی از طرفین، دعوای بطلان کند، دادگاه به استناد اصل صحت، معامله را محمول بر صحت دانسته، از مدعی بطلان، مطالبه دلیل می‌کند.

۲. ماده ۱۲۱۳: «مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی‌تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید و لو با اجازه ولی یا قیم خود، لکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه می‌نماید نافذ است، مشروط بر آن که افاقه او مسلم باشد».

حال اگر پس از انجام معامله، یکی از طرفین دادخواستی به دادگاه تقدیم کند، مبنی بر این که طرف مقابل مبتلا به جنون ادواری است و معامله مزبور در حین جرون وی انجام گرفته، چنانچه به موجب دلایل و امارات قابل وثوق بتواند جنون ادواری فعلی (حین معامله) خوانده را در دادگاه به اثبات برساند، دادگاه مبادرت به صدور رأی به نفع وی می‌کند و در غیر این صورت نه، زیرا دادگاه به استناد اصل صحت معامله را صحیح می‌داند؛ مگر این که مدعی با اسناد و دلایل، وقوع انجام معامله را در حین جنون ثابت کند.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۰۹

۳. ماده ۸۳۶: «هرگاه کسی به قصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید، آن وصیت در صورت هلاکت باطل است و هرگاه اتفاقاً منتهی به فوت نشد وصیت نافذ خواهد بود». در مورد این ماده، اگر ورثه در دادگاه ادعا کنند که «موصی» پس از انجام اعمال مذکور در ماده مزبور، به قصد خودکشی مبادرت به وصیت کرده و به همان علت نیز در گذشته و از تحویل «موصی به» امتناع ورزند، چنانچه تنها نفس اعمال مزبور را به اثبات برسانند، مثل این که ثابت کنند متوفی فلان داروی سمی و مهلک را استعمال کرده و حتی این موضوع برای دادگاه نیز محرز شود، ولی قصد خودکشی برای دادگاه احراز نشود، بازهم دادگاه با استناد به اصل صحت حکم به صحت وصیت می‌کند، مگر این که ورثه بتواند قصد خودکشی موصی و وقوع وصیت پس از استعمال دارو را به اثبات برسانند

۱. خمینی، روح الله رسائل، ج ۱، ص ۳۲۰ و موسوی بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۲۹.

۴. ماده ۶۰۱: «هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت به غلط واقع شده است تقسیم باطل می شود». این ماده بر اساس اصل صحت تنظیم شده و لذا چنانچه پس از انجام تقسیم، احد طرفین ادعا کنند که تقسیم به غلط انجام شده، مادام که ادعای خود را به اثبات نرساند، تقسیم محمول بر صحت است.

۵. ماده ۱۲۷۷: «انکار بعد از اقرار مسموع نیست، لکن اگر مقرر ادعا کند اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده، شنیده می شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد، مثل این که بگوید اقرار به گرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده، لکن دعاوی مذکوره مادامی که اثبات نشده مضر به اقرار نیست». در این ماده اصل صحت اقرار جاری گردیده است.

۶. ماده ۷۶۲: «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است». چنانچه پس از انعقاد صلح ادعا شود که مصالح به تصور این که متصالح از اقربای او است مبادرت به انعقاد صلح کرده و پس از وقوع عقد معلوم شده که متصالح از بستگان او نیست و شخص بیگانه ای است و این ادعا مورد تکذیب طرف مقابل قرار گیرد، بر مبنای اصل صحت، عقد محمول بر صحت است و مدعی صحت عقد نیاز به اقامه دلیل بر عدم وقوع اشتباه ندارد و بر مدعی اشتباه است که ادعای خود را ثابت کند.

۷. ماده ۵۱۴: «خادم یا کارگر نمی تواند اجیر شود، مگر برای مدت معین یا برای انجام

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۱۰

امر معینی». اگر پس از تنظیم قرارداد اجاره، یکی از طرفین یا ثالث اظهار کند که اجاره برای کار معین و مدت معین نبوده و برای اجاره مدت تعیین نشده است و طرف مقابل اظهار کند که اجاره مثلاً یک ساله بوده است، مدعی چه کسی است و اثبات ادعای خود را به عهده کیست؟ آیا کسی که اجاره را یک ساله می داند باید آن را ثابت کند یا اثبات معین نبودن مدت به عهده قائل آن است. در این مورد نیز بر اساس اصل صحت، تکلیف روشن است و کسی که مدعی معین نبودن مدت است باید ادعای خود را ثابت کند. در مثال فوق، توجه به این نکته لازم است که اگر مشخص باشد که مزد مثلاً ماهیانه تعیین شده، موضوع دگرگون می شود و کسی که ادعای یک ساله بودن اجاره را دارد باید آن را ثابت کند؛ چون اصل صحت فقط در محدوده رد بطلان عقد قابل استناد است و در موردی که مزد و اجرت به قرار ماهیانه تعیین شده، مطابق ماده ۵۱۵ قانون مدنی، صحت عقد محرز و مدت اجاره یک ماهه مفروض است و کسی که مدعی یک ساله بودن اجاره است باید ادعای خود را اثبات کند و طرف مقابل به استناد اصل عدم، از اقامه دلیل بی نیاز است. در اجاره اشیا نیز که برابر ماده ۴۶۸ قانون مدنی، مدت اجاره باید معین باشد، در صورت اختلاف در مدت، حکم فوق جاری است.

۸. ماده ۵۳۲: «در عقد مزارعه اگر شرط شود که تمام ثمره مال مزارع یا عامل تنها باشد عقد باطل است». اگر پس از انعقاد عقد ادعا شود که در عقد شرط شده که تمام ثمره مال زارع باشد تردید نیست که در این مورد نیز اثبات اشتراط چنین شرطی با مدعی آن است؛ ولی نکته قابل بحث این است که آیا بر اساس مقتضای اصل صحت، ادعای اشتراط چنین شرطی به علت مغایرت آن با اصل صحت باید توسط مدعی اثبات شود یا مبنای آن، اصل عدم است. به نظر می رسد در این مورد نیز بتوان از اصل صحت استفاده کرد؛ چون وجود چنین شرطی مبطل عقد و خلاف مقتضای اصل صحت است و به همین علت، اثبات آن با کسی است که به وجود شرط قائل است. ضمناً می توان اثبات ادعا را به اقتضای اصل عدم نیز دانست.

۹. ماده ۶۹۹: «تعلیق در ضمان، مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است، ولی التزام به تادیه ممکن است معلق باشد». اگر پس از وقوع عقد بین طرفین اختلاف شود و «مضمون له» بر این نظر باشد که ضمانت به طور منجز واقع شده، ولی التزام به تادیه، معلق بوده و ضامن مدعی شود که ضمان تعلیقی بوده و عقد بدین قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۱۱

صورت واقع شده که اگر «مضمون عنه» دین را نپردازد او ضامن است، به استناد اصل صحت، گفته «مضمون له» تا ثبوت خلاف از طرف ضامن پذیرفته می شود و ضامن که مدعی ضمان تعلیقی است باید ادعای خود را ثابت کند.

۱۰. ماده ۱۰۶۷: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است». اگر ادعا شود که در ازدواج، اشتباه در شخص شده و مثلاً مرد مدعی شود که زنی را به عنوان این که دختر فلان است به او معرفی کرده اند و پس از وقوع عقد متوجه شده که زوجه دختر شخص دیگر است و زن اظهارات شوهر را تکذیب و وقوع اشتباه را مردود بدانند، برابر اصل صحت، اظهارات زن مسموع و مورد قبول است، مگر شوهر خلاف آن را ثابت کند.

۱۱. ماده ۱۲۹۲: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد، انکار و تردید مسموع نیست و طرف می تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است». به موجب این ماده، اصل در اسناد رسمی و یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارند، صحت است و چنانچه شخص مقابل دارنده سند، مدعی بطلان و جعلی بودن سند گردد، این ادعا مادام که به اثبات نرسد مسموع نیست.

۷. اصل صحت به معنای نفوذ قراردادها

در میان فقها این بحث مطرح است که آیا اصل در عقود و قراردادها فساد است، مگر آن که نفوذ و صحت آن به خصوص ثابت گردد، یا آن که اصل صحت است، مگر فساد آن ثابت شود؟

شیخ انصاری می گوید: تا زمان محقق ثانی، میان فقیهان با استناد به استصحاب عدم رابطه - که قبل از انعقاد عقد متیقن بوده - اصل فساد حاکمیت داشته،^۱ ولی پس از آن میان فقها اصل صحت عقود، طرفداران بیشتری یافته است. مستند صاحبان این نظریه، عمومات لفظی نظیر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^۳ است که آن ها را حاکم بر استصحاب محسوب می دارند.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۱۲

البته باید توجه داشت که تمسک به عمومات مزبور مبتنی بر آن است که استعمال حقیقی الفاظ عقود و معاملات تنها در مصادیق صحیح و دارای آثار شرعی آن ها و استعمال مجازی در مصادیق فاسدشان نباشد، بلکه حقیقت در اعم از صحیح و فاسد و یا در معانی عرفی باشد تا بتوان در موارد مشکوک به عموم و اطلاق تمسک کرد؛ زیرا در فرض اول تردید در صحت، مساوی تردید در تحقق عقد خواهد بود و محلی برای تمسک به عموم و اطلاق باقی نمی ماند.

مجرای اصل صحت به این معنا، در شبهه های حکمی خواهد بود؛ یعنی هرگاه منشأ شک در صحت یا فساد، شک در چگونگی حکم باشد، مثلاً عقد بیمه یا فروش سرقفلی و یا انتقال حق تألیف که از عقود جدید است و در زمان شارع وجود نداشته، در فرض وقوع در صحت و فساد آن تردید حاصل می شود. حال چنانچه قائل به اصل صحت و تقدم آن بر استصحاب باشم، این عقدها محکوم به صحت هستند و در غیر این صورت، محکوم به فساد خواهند بود. کسانی که صرفاً عقود معین را صحیح و نافذ می دانند

۱. مکاسب، مبحث معاطات.

۲. مانند، ۱۱.

۳. بقره، ۲۷۵.

قائل به این اصل نیستند و لذا فقط آن دسته از عقود را که شرع، نفوذ آن‌ها را امضا کرده صحیح، و مابقی را با استناد به استصحاب محکوم به فساد می‌دانند. ولی گروه مقابل با تمسک به عمومات، کلیه عقود عرفی و عقلایی را تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده صحیح و نافذ می‌شمرند.^۱

بنا به مراتب فوق، نفوذ و صحت قراردادهای عام مستند است به عمومات لفظی و ربطی به اصالة الصحة که از امارات محسوب می‌شود ندارد و لذا همان طور که گفته شد، ماده ۲۲۳ قانون مدنی ایران به هیچ وجه نظر به اصل صحت به این معنا ندارد و صرفاً متعرض اصل صحت به معنای نخستین است.

^۱. عناوین الاصول، ص ۱۲۱.

۱۲ قاعده اقدام

آنچه در اصطلاح فقهی تحت عنوان «قاعده اقدام» بحث می شود به دو معنا است و بسیار دشوار می نماید که بتوان با اتخاذ وجه مشترک، آن دو را به جامع واحد بازگشت داد. البته با توجه به موازینی که در تعریف قاعده فقهی و تمایز آن با نظریه فقهی گفته ایم، می توان به جای قاعده اقدام «نظریه اقدام» را مطرح کرد و هر دو معنا را در آن جای داد. دو معنای مذکور عبارت است، از: الف) اقدام به زیان، ب) اقدام به ضمان که به ترتیب و با رعایت اختصار به شرح هر یک می پردازیم.

۱. معنای اول: اقدام به زیان

هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکننده زیان، که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود. فقها عدم مسئولیت واردکننده زیان را مستند به «اقدام» دانسته اند؛ بدین بیان که شخص با اقدام خود موجب از بین رفتن حرمت مالش شده است. در حقیقت «اقدام» در این معنا مانعی است برای اجرای قواعد ضمان قهری از جمله قاعده احترام که قبلاً گفته شد؛ چرا که «قاعده احترام»، قاعده ای است برای حمایت شرع از صاحبان اموال و تردید نیست که اگر صاحب مال خودش حرمت مال خویش را ضایع سازد، مورد حمایت شرع قرار نخواهد گرفت. چنانچه مستند ضمان برای زیان زننده، قاعده لا ضرر باشد نیز قضیه از همین قرار است، چون جای تردید نیست که قاعده لا ضرر برای حمایت از متضرری است که خود مقدمات زیان را برای خویش فراهم نساخته باشد.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۲۲

در مواردی مفاد قاعده لا ضرر، مؤید ضمان و پرداخت خسارت به متضرر نیست، بلکه زیان او از طرق دیگر، از جمله اعطای حق فسخ تدارک می گردد. در این گونه موارد نیز چنانچه اقدامی از سوی متضرر صورت گرفته که منتهی به ورود زیان به او شده باشد، قاعده لا ضرر از او حمایت نمی کند و چنین تدارکی پیش بینی نمی گردد. رابطه اقدام با قواعد اتلاف و تسبیب نیز به همین منوال است؛ زیرا گفتیم که عنصر اصلی و لازم در قواعد مزبور، «استناد» است و با توجه به اقدام زیان دیده، استناد به شخص مسبب مرتفع می گردد.

مانعیت اقدام برای اجرای قواعد حمایتی از خسارت دیدگان، آن چنان بدهت عرفی و عقلی دارد که نیازی به جستجوی مستندات نقلی برای آن احساس نمی شود و لذا در ادامه مطالب به ذکر چند نمونه از مواردی که در تمسک به اقدام میان فقها توافق نسبی وجود دارد بسنده می شود:

۱. هرگاه شخصی با آگاهی به غبن فاحش، اقدام به فروش یا خرید و یا اجاره چیزی کند، نه حق خیار فسخ دارد و نه می تواند خسارت مطالبه کند؛ زیرا خودش به زیان خویش اقدام کرده است.^۱
۲. هرگاه کسی با علم و آگاهی، مال خود را در اختیار مجنونی بگذارد و او آن را تلف کند، ضمان بر عهده مجنون نخواهد بود، زیرا صاحب مال با اقدام خویش، مالش را در معرض تلف قرار داده است.
۳. هرگاه معلوم شود که عقد اجاره باطل بوده، موجر نمی تواند اجرت المسمی م طالبه کند، ولی حق مطالبه اجرت المثل منافع استیفا شده از عین مستأجره را دارد. مستند این حکم، قاعده ضمان مقبوض به عقد فاسد است (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) که بنیاد اصلی آن ضمان ید است. ولی اگر موجر آگاهانه اقدام به اجاره فاسد کند، به نظر بسیاری از فقیهان، حق مطالبه اجرت

^۱ (۱) ر. ک: العروة الوثقی، ج ۵، ص ۳۵.

المثل را ندارد. سید طباطبایی یزدی که از این گروه است در مقام استدلال می گوید: به دلیل آن که موجد خود اقدام بر هتک حرمت مال خویش کرده است.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۲۳

البته ممکن است این ایراد بر ایشان وارد شود که اذن و رضایت وی مطلق نبوده و مقید به اجاره بوده و با انتفای اجاره، اذن منتفی است و اقدامی صورت نگرفته است. سید یزدی، خود متوجه این ایراد بوده و از پیش آن را مردود دانسته، می گوید: موجد که می داند اجاره باطل است، چگونه می تواند اذن خود را مقید به اجاره سازد؟ اجاره و شرایط آن در دست شرع و قانونگذار است و موجد نمی تواند در این باره به نحو تشریعی اقدام کند.^۱

۴. چنانچه مشتری با علم به نقص و عیب مبیع اقدام به خرید کند، خیار عیب نخواهد داشت. به طور کلی، یکی از شرایط تحقق خیار عیب، جهل مشتری و پنهان بودن عیب در حین معامله است. همین طور چنانچه مشتری نسبت به اینکه مبیع در اجاره بوده جاهل باشد، حق خیار دارد، ولی اگر عالم باشد، خیار فسخ نخواهد داشت و دلیل عدم خیار، اقدام خود مشتری است.^۲

۵. قانون مدنی ایران در ماده ۴۳۶ مقرر می دارد «اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به اینکه عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد». سقوط خیار عیب مشتری در فرض تبری بایع به خاطر «اقدام» است، چرا که خیار عیب مستند به آن است که مشتری از مبیع معیوب متضرر می گردد و لذا قانونگذار از او حمایت کرده است. شخصی که با فرض تبری بایع اقدام بر بیع می کند درست است که ضرر می بیند، ولی ضرری است که خود بر آن اقدام کرده و خطر آن را پذیرفته است و لذا حمایت نمی شود.

۲. معنای دوم: اقدام به ضمان

برای توضیح اقدام در این معنا مقدمتا لازم است گفته شود که در عقود معاوضی، شخص گیرنده ملتزم می شود در مقابل نفعی که عایدش می گردد، عوض بپردازد. به دیگر سخن، گیرنده مال به طور مجانی و بلا عوض اقدام به قبض مال نکرده، بلکه اقدام او به قبض به

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۲۴

طور معوض بوده است. بنابراین در عقود و معاملات صحیح، بی گمان التزام و تعهد به پرداخت عوض المسمی برای طرفین به موجب عقد الزام آور است، ولی اگر عقد فاسد باشد و طرفین یا یکی از آن دو، مال را از طرف دیگر تحویل گرفته باشد، به دلیل آن که قرارداد، مورد حمایت شرع و قانون نیست، عوض المسمی به عهده آنان نخواهد بود و اگر مال تحویل گرفته شده در ید آنان تلف شود، ضمان به مثل و قیمت مطرح می گردد.

حال سخن این است که این ضمان مستند به چیست؟

مستند فقهی ضمان، اقدام بر ضمان است، بدین معنا که شخص گیرنده در هنگام تحویل مال قصد نداشته آن را مجاناً تحویل بگیرد، بلکه در قبال پرداخت عوض اراده تسلّم کرده و اراده اش بر این بوده که مال در ضمان او باشد. این اراده را «اقدام بر ضمان» می گوییم.

۱. همان جا.

۲. ک: همان، ج ۵، ص ۲۶؛ (لو علم المشتري انها مستأجرة و مع ذلك اقدم على الشراء فليس له الفسخ).

«اقدام بر ضمان» از جمله مدارک و حتی تنها مدرک قاعده «ما یضمن» شمرده شده است؛ ولی در این باره باید پاسخ چند سؤ ال روشن شود:

۱. آیا طرفین هنگام قرارداد چنین اراده‌ای کرده‌اند که در صورت فساد عقد ضامن باشند؟

۲. بر فرض چنین اراده‌ای، چه دلیلی بر اعتبار آن وجود دارد؟

بر اساس پاسخ های مثبت و منفی که به دو سؤال فوق داده شده، در فقه اسلامی دیدگاه های مختلفی پدید آمده و نظ رهای گوناگونی ارائه گردیده که در زیر به اهم آنها اشاره می‌شود:

الف) اقدام نمی‌تواند مستند ضمان باشد. شیخ انصاری،^۱ آخوند خراسانی،^۲ حاج آقا رضا همدانی^۳ و امام خمینی^۴ بر این نظرند. مهم‌ترین نقطه نظر صاحبان این نظریه آن است که اولاً متبایعین در عقد فاسد، قصد ضمان بر قیمت واقعی را ندارند، چرا که طرفین با اعتقاد به صحت عقد اقدام کرده‌اند و قصد ضمان بر عوض المسمی را داشته‌اند، نه عوض المثل؛^۵ و ثانیاً بر فرض وجود این قصد و اراده، این که صرف قصد ضمان، موجب

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۲۵

ضمان گردد دلیل معتبر شرعی است. التزام به ضمان وقتی تعهدآور است که در قالب عقد و یا ایقاعات شرعی باشد. مثلاً هرگاه کسی اقدام به حیازت یکی از مباحات کند با قصد آن که مکلف به پرداخت مثل یا قیمت آن مال به شخص دیگر باشد، بی‌گمان به صرف این قصد و اراده ضامن نخواهد بود، و به عکس، کسی که وضع ید بر مال دیگری می‌کند، ولی قصد ضمان ندارد و مقصودش استفاده مجانی است، بی‌تردید ضامن است.

پس صرف قصد و اراده، نه موجب ضمان است و نه مسقط ضمان.^۶

ب) اقدام دلیل مستقل بر ضمان است. شهید ثانی،^۷ صاحب جواهر،^۸ علامه نایینی^۹ و سید الاعلی سبزواری^{۱۰} بر این نظرند و مهم‌ترین دلیل آنان این است که قصد طرفین معامله اصالاً به حفظ مقدار مالیت مالشان تعلق گرفته که همان مثل و یا قیمت است و اگر در معامله از مقدار معینی از ثمن و مثن یاد می‌کنند، از باب طریقت و راه وصول به همان مقدار است و در نتیجه نباید پنداشت که اقدام بر مسمی واقع شده است تا وجهی برای ضمان مثل و یا قیمت نماند، بلکه اقدام بر تدارک عوض واقعی شده است و مسمی طریق وصول به آن است. حاصل این که در ضمانات، اصل همان مثل یا قیمت است، مگر این که به طریق خاصی ثابت شود که مسمی موضوعیت دارد، حتی در صورت فساد عقد. با این توجیه روشن می‌شود که عموماً قصد طرفین به ضمان واقعی تعلق گرفته است و آنان عوض و معوض را طریق ایصال به واقعیت می‌دانسته‌اند.

ج) اقدام بر ضمان، خود دلیل بر ضمان نیست، ولی موجب رفع مانع است؛ بدین معنا که اقدام به تنهایی علت تامه ضمان نیست، تا ضمان دائر مدار آن باشد، بلکه متمم سبب است؛ به این نحو که استیلا (وضع ید) بر مال غیر موجب ضمان است، مگر این که دو

۱. مکاسب، ص ۱۰۳ (چاپ طاهر).

۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ص ۳۰۱.

۳. همدانی، رضا، حاشیه بر مکاسب، ص ۵۱.

۴. خمینی، روح الله کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۰۳.

۵. مکاسب، ص ۱۰۳ (چاپ طاهر).

۶. همدانی، رضا، حاشیه بر مکاسب، ص ۵۱.

۷. مسالک الافهام، ج ۴، ص ۵۶ (جدید).

۸. جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۷۶.

۹. آملی، محمد تقی، البیع، ص ۳۰۶.

۱۰. سبزواری، سید عبد الاعلی، مهذب الاحکام، ج ۱۶، ص ۲۵۳.

عنصر ید امانی موجب عدم ضمان شود. در اینجا سؤال این است که در مقبوض به عقد فاسد چون گیرنده با رضایت و اذن مالک آن را تحویل می گیرد، عنصر اذن موجود است، ولی عنصر مجانیت چگونه؟ در پاسخ باید گفت: با توجه به «اقدام» مشتری به این که در عوض آنچه گرفته عوض بپردازد، عنصر مجانیت مفقود می گردد و بنابراین ضمان ید نقش خود را ایفا می کند.

قواعد فقه، ج ۱، ص: ۲۲۶

ما بر اساس مبنایی که در قاعده ید و استیمان داریم، بر این نظر هستیم.

۱۰. قاعده ما یضمن

این قاعده در واقع مشتمل بر دو قاعده است: یکی اصل قاعده که عبارت است از «ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده»؛ یعنی هر عقدی که صحیح آن ضمان آور است، فاسد آن هم موجب ضمان می شود، و دیگری عکس قاعده که عبارت است از «ما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده»؛ یعنی هر عقدی که صحیح آن موجب ضمان نباشد، فاسد آن نیز ضمان آور نیست. بحث در دو طرف قاعده متضمن نکاتی است که به ترتیب ارائه می شود.

سابقه قاعده در متون فقهی

در تاریخ فقه امامیه، این قاعده ابتدا در قرن چهارم هجری توسط شیخ طوسی^۱ و ابن ادریس حلی^۲ طرح شده است. شیخ طوسی به طور کلی در کلیه موارد مقبوض به عقود فاسد و از جمله در باب رهن، به اصل قاعده و در عقود تملیکی مجانی، به عکس آن استناد کرده است. علامه حلی نیز هم به اصل قاعده و هم به عکس آن تمسک جسته است.^۳ در کلام صاحب شرایع نیز هر چند در مبحث مقبوض به به عقد فاسد نظریه ای وجود دارد که

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۱۸

می تواند مستند به این قاعده باشد، تصریحی به اینکه آیا مستند نظریه ایشان قاعده ما یضمن بوده است یا خیر دیده نمی شود.^۴ بعد از علامه حلی در قرنهای هشتم و نهم، شهید اول و شهید ثانی در کتب خود به این قاعده استناد کرده اند.^۵ همچنین در کتب فقهی متأخر نظیر جواهر الکلام نیز استناد به این قاعده ملاحظه می شود.^۶ فقهای اهل سنت هم از این قاعده در کتب خود یاد کرده اند. جلال الدین سیوطی می گوید: «قال الاصحاح: کلّ عقد اقتضی صحیحه الضمان فکذلک فاسده و ما لا یقتضی صحیحه الضمان فکذلک فاسده».^۷ او در توجیه قاعده می گوید هر گاه عقد صحیح موجب ضمان شود، فاسد آن به طریق اولی سبب ضمان خواهد بود.

مفاد قاعده

لازم است برای روشن شدن مفاد قاعده ابتدا به سه پرسش زیر پاسخ دهیم و سپس به توضیح قاعده پردازیم:

۱. «ما» (مای موصول) و منظور از آن چیست؟
۲. معنای ضمان در این قاعده چیست؟
۳. حرف «ب» در آغاز کلمه «صحیح» و «فاسد» به چه معنی است؟

۱. طوسی (شیخ) محمد بن حسن (شیخ الطائفه)، المبسوط؛ ج ۲، ص ۱۵۰ و ۲۰۴ و ج ۳، ص ۸۵ و ۲۴۳.

۲. سرائر؛ کتاب البیع، ص ۲۸۵ و ۳۲۶.

۳. تذکره الفقهاء؛ ج ۲، ص ۳۲.

۴. شرایع الاسلام؛ ج ۳، ص ۲۴۵.

۵. ر. ک.: مسالک الافهام؛ ج ۱، کتاب الرهن و مفتاح الکرامه؛ ج ۴، ص ۱۶۹.

۶. مکاسب؛ ج ۱، ص ۱۷۰ و جواهر الکلام؛ ج ۲۷، ص ۲۳۳ و طباطبایی، علی بن محمد؛ ریاض المسائل؛ ج ۱، ص ۵۱۷.

۷. سیوطی، جلال الدین عبد الرحمن بن ابی بکر؛ الاشباه و النظائر؛ ص ۲۳۱.

۱. مراد از «ما» ی موصول

مراد از مای موصول در عبارت متن قاعده، عقود است نه ایقاعات؛ زیرا اگر بخواهیم «ما» را اعم از عقود و ایقاعات بگیریم، معنای آن با معنای صحیح ضمان در این قاعده - که بعدا خواهیم گفت - منطبق نخواهد شد؛ زیرا ایقاعات ضمان آور نیستند. به علاوه، موصول همواره با صله خود منطبق است، بنابراین نمی توانیم مای موصول را به گونه ای

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۱۹

تفسیر کنیم که بعضی موارد آن با صله جمله تطبیق نکند. پس مراد از مای موصول فقط عقود است و ایقاعات تملیکی را شامل نمی شود.^۱

۲. معنای ضمان

برگردان فارسی و صحیح قاعده این است که «هر عقدی صحیح آن ضمان آور است، فاسدش نیز ضمان آور است و عقدی که صحیح آن ضمان آور نیست، فاسدش هم ضمان آور نیست». اکنون باید روشن کرد معنی ضمان چیست که یک دسته از عقود در صورت وجود شرایط مربوط، مستلزم آن است و دسته ای دیگر، علی رغم وجود شرایط صحت، ضمان آور نیست. برای ضمان در این قاعده دو معنی گفته شده است که ابتدا به بیان هر دو معنی می پردازیم و سپس به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

معنای اول. بعضی گفته اند،^۲ منظور از ضمان در اصل و عکس این قاعده، جبران خسارت و تلف مال بر شخص است؛ یعنی هر عقدی که در صحیح آن جبران خسارت و تلف مال مأخوذ، بر آخذ وارد می شود، در فاسد آن نیز چنین خواهد بود. به عبارت دیگر، در عقد صحیح که موجب مالکیت مال مأخوذ است، در فرض صحت، خسارت مال مأخوذ بر آخذ است؛ یعنی چنانچه مال تلف شود از اموال آخذ تلف شده است و به اصطلاح، آخذ مالک آن مال تلقی می شود؛ چرا که خسارت و تلف هر مالی بر عهده مالک آن است و در چنین عقودی اگر مطابق موازین، عقد فاسد باشد باز هم تدارک خسارت و تلف مال مأخوذ بر عهده آخذ است؛ زیرا مال مأخوذ در ملکیت آخذ نبوده، بلکه در تملک غیر بوده و در ید او تلف شده است.

پس «فاسدش هم ضمان آور است»، به این معناست که اگر مال تلف شد، باز هم

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۰

ضمان آور است و خسارت باید جبران شود؛ البته با پرداخت عوض آن به طرف مقابل.

بنابراین، به طور خلاصه هر عقدی که در صورت صحت وقوع آن، آخذ خسارت می بیند، اگر به طور فاسد واقع شود نیز آخذ ضامن است و باید خسارات طرف مقابل را تدارک و جبران کند.

این نظریه را نمی توان پذیرفت؛ زیرا با این توجیه، تمام عقود تملیکی خواه مجانی مثل هبه و وقف و خواه غیر مجانی مانند بیع و اجاره در صورت صحت، برای آخذ ضمان آورند؛ یعنی باعث می شوند که خسارت و تلف مال بر آخذ تحمیل شود؛ زیرا آخذ در چنین عقودی مالک می شود و در فرض تلف مال، خسارت نیز از اموال او خارج می شود. بنابر نظریه فوق، تمام عقود تملیکی اعم از مجانی و غیر آن، مصداق اصل قاعده محسوب می شوند و برای عکس قاعده فقط عقود اذنی باقی می ماند؛ حال آنکه بسیاری از عقود تملیکی، مجانی هستند و در فرض فساد موجب ضمان نیستند و مشمول عکس قاعده اند نه اصل آن. برای مثال اگر شخصی با هبه فاسد مالی را تصرف کند و آن مال در دست او تلف شود، بی تردید او ضامن عین موهوبه نیست.

^۱ برای مطالعه نظریه مخالف، رجوع کنید به: منیه الطالب (تقریرات درس آیت الله نائینی)؛ ص ۱۱۹.

^۲ مکاسب؛ ص ۱۰۱. شیخ انصاری این نظریه را به برخی از فقها نسبت داده است، بدون آنکه از آنان نامی ببرد. البته مامقانی می گوید: این نظریه را کاشف الغطاء در حاشیه بر روضه [البهیه] ابراز کرده است (مامقانی، عبد الله بن محمد حسن؛ حاشیه بر مکاسب؛ ص ۲۷۷).

معنای دوم. برخی گفته‌اند که مراد از ضمان در هر دو طرف قاعده، یعنی اصل و عکس آن، تدارک و جبران مال و ردّ عوض است.^۱ بنابراین، مفاد قاعده با این معنا چنین می‌شود: «هر نوع عقدی که در صحیح آن تدارک مال مأخوذ بر عهده شخص آخذ است، در فاسد آن نیز تدارک مال مأخوذ بر عهده آخذ خواهد بود.»؛ یعنی آخذ در صورت تلف، موظف به پرداخت بدل و عوض آن مال به طرف مقابل است. بدین ترتیب، عقود معاوضی تملیکی داخل در اصل قاعده‌اند و عقود اذنی و عقود تملیکی مجانی مشمول عکس قاعده خواهند بود. به بیان دیگر در عقود معاوضی تملیکی که فاسدند نیز تدارک مال مأخوذ بر عهده آخذ است، بدین معنی که آخذ موظف است بدل و عوض آن مال را به طرف مقابل بپردازد، ولی در عقود اذنی و تملیکی قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۱

غیر معاوضی فاسد، همانند نوع صحیح آن، آخذ هیچ مسئولیتی ندارد. پس بر اساس معنای دوم، هر عقدی که در فرض صحت برای آخذ وظیفه تادیه عوض مذکور در قرارداد (عوض المسمی) به طرف مقابل ایجاد می‌شود، در فرض فساد آن نیز آخذ موظف به پرداخت عوض واقعی است. گرچه معنی دوم ضمان، از معنای اول آن موجه تر به نظر می‌رسد، باید دید در عقود چه چیزی به عهده آخذ و متصرف قرار می‌گیرد. آیا مراد از جمله نخستین، این است که هر عقدی صحیح آن باعث وجوب «بدل المسمی» می‌شود، فاسد آن نیز چنین است و شخص متصرف را ملزم به تدارک مال مأخوذ از طریق ردّ همان بدل المسمی می‌کند؟ به نظر می‌رسد پاسخ مسأله این گونه نباشد؛ زیرا مقتضای معاوضه فاسد این است که مال مأخوذ در مالکیت مالک قبل از معاوضه باقی باشد. بنابراین، اعتقاد به ثبوت عوض المسمی بر عهده متصرف موجه نیست؛ زیرا اولاً، معامله باطل است و عوض المسمی در تعهد قرار نگرفته است و ثانیاً، لازم می‌آید که عین همچنان در ملک مالک باقی باشد و در عین حال عوض آن هم به عهده متصرف قرار گیرد؛ یعنی هم عین و هم بدل آن، مال مالک قبلی باشد و این امر منطقی نیست. در فرض تلف عین، گیرنده ضامن مثل یا قیمت آن است، نه ضامن عوض المسمی؛ و به دیگر سخن در معامله فاسد اگر عین در ید گیرنده تلف شود، او ضامن بدل واقعی است - که همان مثل یا قیمت است - نه بدل المسمای عقد، که ثمن است. پس باید جمله را چنین معنا کنیم: «هر عقدی که صحیح آن مستلزم تدارک مال مأخوذ به بدل المسمای مندرج در عقد (ضمان قراردادی) باشد، فاسدش نیز موجب ضمان (ضمان واقعی) خواهد بود»؛ یعنی در فرض بقا، با دادن خود آن شیء، و در فرض تلف مال، از طریق ردّ بدل واقعی، یعنی مثل یا قیمت، تلف تدارک می‌شود.

بنابر آنچه گفتیم، معنای اصل قاعده چنین است: «هر عقدی که صحیح آن گیرنده را ملزم به رد عوض به طرف مقابل می‌کند، چنانچه به صورت فاسد واقع شود، گیرنده شیء ضامن مقبوض است، به این صورت که در فرض وجود، عین را ردّ کند و در فرض تلف، مثل یا قیمت آن را تسلیم کند» و معنای عکس قاعده این است: «هر عقدی که قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۲

صحیح آن موجب لزوم تدارک مال به بدل المسمی نیست، خواه از آن رو که عقد اذنی است و تملیکی نیست و یا به این علت که تملیک مجانی است، فاسد آن نیز گیرنده را ضامن ادای بدل نمی‌کند».

۳. معنای حرف «ب»

باید دید مراد از حرف جرّ «ب» که چهار مرتبه در این جمله تکرار شده چیست؟ البته این حرف را به گونه‌ای باید تفسیر کنیم که در طرفین قاعده (اصل و عکس) به یک معنی باشد.

^۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم؛ حاشیه بر مکاسب؛ ص ۹۴.

آنچه از حرف «ب» متبادر می شود «سببیت» است. بنابراین معنای جمله «یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، آن است که هر عقدی صحیح آن سبب ضمان می شود، فاسدش نیز سبب ضمان خواهد بود و بنا بر این، باید عبارت قاعده را چنین معنی کرد: «در فرض فساد عقد و در صورت تلف، متصرف ضامن عوض واقعی شیء که عبارت از مثل و یا قیمت است، خواهد بود، نه عوض المسمی که همان ثمن است».

ممکن است این پرسش به ذهن برسد که اگر چه عقد صحیح می تواند سبب ضمان باشد، چگونه ممکن است که عقد فاسد نیز سبب به وجود آمدن ضمان شود؟

در پاسخ باید گفت اگر چه عقد فاسد، سبب تام ضمان نیست، با توجه به اینکه مال قبض شده است، می توان ادعا کرد که همان عقد فاسد منشأ قبض، ضمان آور است و به گفته شیخ انصاری: «لأنه المنشأ للقبض علی وجه الضمان ... ولا ریب ان دخول علی الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما یقبضه»^۱ یعنی زیرا عقد منشأ برای قبض مسئولانه است و بی شک ورود ضامنه مشتری با انشای عقد فاسد انجام گرفته. پس عقد سبب ضمان مقبوض می گردد.

با توجه به آنچه گفته شد، روشن می شود علتی که قانون مدنی ایران (ماده ۳۶۶) به سبب آن، ضمان درک مبیع و ثمن را از آثار عقد محسوب کرده، همین نکته است و

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۳

با موازین فقهی نیز کاملاً منطبق است.

عقیده برخی حقوقدانان معاصر که در انتقاد به قانون مدنی، ضمان درک را مستند به قاعده ید دانسته اند، نه از آثار عقد، مخدوش است و همان طور که خواهیم گفت، ضمان ید به تنهایی نمی تواند مستند ضمان درک باشد؛ زیرا مستند ضمان درک، قبض ضامنه است نه قبض مطلق. خلاصه آنکه مبنای ضمان درک همین قاعده است و مستند این قاعده را نمی توان صرفاً قاعده ید دانست و آن را از مصادیق ضمان قهری محسوب کرد. ما در آینده مستندات این قاعده را به طور مشروح بیان کرده، نشان خواهیم داد که نقش عمده را در این تأسیس حقوقی، قاعده اقدام ایفا می کند که عبارت است از ورود به معامله به قصد ضمان. البته این اشکال بر قانون مدنی ایران وارد است که باید ضمان درک را از آثار عقد فاسد محسوب می کرد، نه بیع صحیح؛ زیرا در ضمان درک مبیع و یا ثمن، فرض آن است که بیع فاسد بوده است نه صحیح، چرا که به علت فقدان شرایط لازم در مبیع انتقال صورت نگرفته و بیع فاسد بوده است.

مبانی فقهی

برای این قاعده پنج مستند فقهی ذکر شده است:

۱. قاعده ید

بر پایه این قاعده، شخصی که به موجب عقد فاسد مالی را قبض می کند در واقع تصرف در مال غیر می کند، و به علت عموم «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه»، ضامن آن مال است؛ زیرا در حقیقت مال شخصی دیگر را بدون مجوز قانونی متصرف شده است و بنابراین، ضامن مال مقبوض است.^۲

این دلیل قابل پذیرش نیست؛ زیرا قاعده ید به تنهایی نمی تواند ضمان مقبوض به عقد فاسد را اثبات کند. طبق قاعده ید، اگر متصرف با اذن مالک در مال تصرف کند، به خاطر اذن، ضمان او منتفی است و در مقبوض به عقد فاسد نیز قابض و آخذ با اذن

۱. مکاسب؛ ص ۱۰۲ به بعد.

۲. مکاسب؛ ص ۱۰۲ و عوائد الایام؛ ص ۱۰۸ و البیع؛ ج ۱، ص ۲۷۳.

مالک در مال تصرف کرده‌اند. بنابراین، مورد از مصادیق ید مأذون است نه غیر مأذون و چون از مستثنیات قاعده ید محسوب می‌شود، از شمول آن خارج است.

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۴

۲. قاعده اقدام

طبق این دلیل، شخصی که از طریق معاوضه فاسد مالی را اخذ می‌کند در ضمن معامله و معاوضه، التزام به تسلیم عوض داشته است و این التزام، در حقیقت اقدام به تعهد ضمنی است و به اصطلاح فقهی «اقدام به ضمان»، عوض مال مقبوض است و این اقدام، موجب ثبوت مسئولیت است. به عبارت دیگر، قابض با ورود به معامله، می‌پذیرد که مالی را بگیرد و عوض آن را بدهد و قصد اخذ مالی را به طور مجانی نداشته باشد. بنابراین، حال که معامله فاسد و عوض قرارداد باطل شده است، چنانچه عین در ید وی باشد موظف به رد آن و چنانچه در ید او تلف شود، ضامن قیمت واقعی آن خواهد بود^۱

این استدلال مورد توجه شیخ طوسی^۲ و نیز محقق در شرایع قرار گرفته است.

هرگاه مبیع مغضوب توسط غاصب فروخته شود و مشتری، جاهل به غصب باشد و مبیع نزد او تلف شود، صاحب شرایع مشتری را در برابر مالک ضامن قیمت مال تلف شده می‌داند و می‌گوید: «لأنه قبض ذلک مضمونا»؛ یعنی در این مورد مشتری به این دلیل ضامن است که مال را با التزام به ضمان و پرداخت عوض گرفته است.^۳

ممکن است به این استدلال ایراد شود که آنچه قابض قبض کرده و التزام به آن داشته، اقدام به ضمان عوض المسمی است نه عوض واقعی؛ در صورتی که ضمان به عوض المسمی که همان ثمن تعیین شده در معامله است، به علت فساد معامله حاصل نشده و از سوی دیگر نیز مشتری به ضمان مثل و قیمت واقعی اقدامی نکرده است و بنابراین به صرف استناد به قاعده اقدام نمی‌توان او را ضامن عوض واقعی دانست؛ زیرا آنچه او به آن اقدام کرده (ضمان المسمی) تحقق نیافته و آنچه اکنون ضامن آن است به

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۵

آن اقدام نشده است و به اصطلاح «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد»^۴.

در ردّ این ایراد پاسخهای مختلفی داده شده است،^۵ از جمله اینکه قابض اقدام به عوض المسمی کرده و این اقدام در واقع متضمن دو مطلب است: یکی اقدام به اصل عوض و دیگری اقدام به عوض معین. به عبارت دیگر قابض در اینجا نخست، به این اقدام کرده که مال را به طور مجانی تصرف نکند، بلکه به طور معوض تصرف کند و دیگر آنکه عوض را در گفتگوهای ضمن عقد مشخص کرده است. اکنون با معلوم شدن فساد معامله، ضمان قابض فقط نسبت به عوض المسمی ساقط شده، و این امر مستلزم مرفوع شدن اصل ضمان نیست. به تعبیر دیگر، به علت فساد معامله، فقط معین و مشخص بودن عوض از عهده قابض ساقط می‌شود، اما اصل ضمان و به عبارت دیگر عوض کلی، یعنی تأدیه عین در فرض بقا و در فرض تلف مثل یا پرداخت قیمت واقعی که عوض واقعی عین مقبوض است، همچنان بر عهده قابض باقی است.

۱. فلو قبضه المرتهن علی هذا الوجه ضمنه بعد الاجل لا قبله لأنه فی مدّة الاجل رهن فاسد و بعده مبیع فاسد و فاسد کل عقد یتبع صحیحته فی الضمان و عدمه فحیث کان صحیح الرهن غیر مضمون کان فاسده كذلك و حیث کان صحیح البیع مضمونا علی المشتري ففاسده كذلك و السری فی ذلک : انهما تراضیا علی لوازم العقد فحیث کان مضمونا فقد دخل القابض علی الضمان (مسالك الافهام؛ ج ۱، کتاب الرهن، ص ۱۸).

۲. مکاسب؛ ص ۱۰۲.

۳. شرایع الاسلام؛ ص ۲۴۵.

۴. مکاسب؛ ص ۱۰۲.

۵. همانجا و البیع؛ ج ۱، ص ۲۷۱ و مصباح الفقاهة؛ ج ۳، ص ۹۶.

در ایراد به پاسخ فوق ممکن است گفته شود: از نظر شرعی دلیلی بر اینکه این اقدام و این التزام موجب ضمان است وجود ندارد و نمی‌توان از نظر شرعی ثابت کرد که اقدام به ضمان عوض المسمی، در صورت فساد معامله، موجب ثبوت ضمان به عوض واقعی است. به علاوه، دلیل اخص از مدعاست؛ چرا که قبل از قبض، اقدام انجام شده، در حالی که ضمان وجود ندارد و چنانچه اقدام موجب ضمان بود، باید در فرض عدم قبض هم، ضمان متصور باشد، در حالی که چنین نیست.

پاسخ این است که:

اولا بنابر آنچه در تعهدات یکجانبه اختیار کردیم در فرض شمول ادله شرعی، نظیر عمومات شروط، کلیه تعهدات الزام آورند و بنابراین اقدام ضامنانه که یکی از مصادیق الزام محسوب می‌شود غیر الزام آور و نافذ خواهد بود. در نتیجه شخص با اقدام ضامنانه متعهد و ملتزم شده است که در فرض مستحق للغير در آمدن مبیع از عهده خسارت آن برآید و بی تردید این تعهد قبل از قبض هم محقق است؛ ولی ناگفته پیداست

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۶

که مفاد الزام و تعهد به جبران خسارت ناشی از درک مبیع است، یعنی برگرداندن عین ثمن در فرض وجود و بدل آن در فرض تلف و نیز سایر خسارات وارد آمده.

ثانیا با توجه به وجود اراده صرف مقابل این مسئولیت را می‌توان داخل در مسئولیتهای قراردادی محسوب کرد و هر چند عقد به علت فقدان شرایط صحت فاسد است، ولی می‌توان مفاد توافقی را که در ضمن آن انجام گرفته به قوت خود باقی دانست.

۳. قاعده ید و قاعده اقدام

. در این دلیل قاعده ید به انضمام قاعده اقدام، مستند واقع شده است. طبق این دلیل مال مقبوض به معامله فاسد، به واسطه فساد معامله در ملک مالک باقی می‌ماند. پس قابض آن، متصرف مال غیر است و ید او بر مال از مصادیق ید مضمونه است. بنابراین، عموم قاعده ید شامل آن است؛ ولی همان طور که گفتیم اذن مالک در تصرف، می‌تواند مانع ثبوت ضمان ید و رافع اثر آن باشد؛ اما چون مالک هنگام تحویل مال قصد گرفتن عوض را داشته و آن را به عنوان معاوضه تحویل داده است، اذن مالک مقید به گرفتن عوض بوده است؛ یعنی مالک اذن نداده که قابض به صورت مجانی در مال او تصرف کند. در نتیجه، چنین اذنی نمی‌تواند مانع ثبوت ضمان ید باشد. به بیان دیگر در مقبوض به عقد فاسد، قاعده ید مقتضی ثبوت ضمان است و اذن مالک مانع آن می‌شود و اقدام قابض به ضمان عوض، رافع مانع است؛ یعنی اقدام، اذن مالک را از بین می‌برد و ضمان محقق می‌شود.^۱

۴. احترام به مال دیگران

. در مقبوض به معاوضه فاسد چون معاوضه به قید دادن عوض بوده و به واسطه فساد عقد، عوض المسمی به عهده قابض قرار نگرفته است، اگر مال در دست قابض تلف شود، احترام مال دیگران و بی عوض نبودن مال مردم، اقتضا دارد که شخص قابض از عهده قیمت و خسارات آن برآید؛ زیرا مال مردم محترم است و مالک به طور مجانی مال خود را به دیگری نداده است تا احترام آن را زایل کرده باشد، بلکه مال خود را در قبال عوض تحویل داده است. بنابراین، اگر مال در ید قابض

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۷

تلف شود، ضامن بدل آن است. مستند فقهی احترام به مال دیگران روایاتی مختلف از پیشوایان دینی است، مب نی بر اینکه مال مسلمان محترم است که از جمله آنها دو روایت «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»^۲ و نیز «لا یحل مال امرئ الا عن طیب نفسه»^۱ است.

۱. مسالك الافهام؛ ج ۱، ص ۲۳۳ و طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (شیخ الطائفة)؛ المبسوط، ج ۲، ص ۱۲۶ و ج ۳، ص ۸۵ و ۲۴۳.

۲. کلینی (ثقة الاسلام)، محمد بن یعقوب؛ اصول کافی ج ۳، ص ۱۶۰.

در ایراد به این نظریه گفته شده است که حکم مستفاد از این روایات، حرمت تصرف در اموال دیگران است که حکمی تکلیفی است نه ضمان و مسئولیت که یک حکم وضعی است؛ مضافاً اینکه عبارات دیگری که در ادامه حدیث دوم آمده، به طور کامل مبین این مدعاست. چنان که در حدیث مزبور آمده است: «سباب المؤمن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه معصیه»؛ یعنی ناسزاگویی به مؤمن گناه، و کشتن او کفر، و خوردن گوشت او معصیت است.

ملاحظه می‌شود که حدیث حاوی ذکر اعمال حرام و گناهای است که ممکن است فردی در رابطه با دیگری انجام دهد. بنابراین، نمی‌توان برای اثبات مسئولیت مدنی و به اصطلاح فقهی «ضمان»، که حکمی وضعی است، به این گونه احادیث استناد کرد.

۵. قاعده لا ضرر

. در مقبوض به عقد فاسد، عدم ضمان، حکمی ضرری است و مالک به طور مطلق به قابض و متصرف اذن نداده، بلکه اذنش مقید به دریافت عوض بوده است. بنابراین اگر بگوییم در صورت تلف، متصرف ضامن نیست، این حکم یک حکم ضرری است و چون قاعده لا ضرر احکام ضرری را نفی می‌کند، شخص قابض ضامن است. به علاوه در عقود اذنی و همچنین عقود تملیکی مجانی علتی که در عقود غیر مجانی وجود داشت و موجب ضمان می‌شد وجود ندارد؛ زیرا در این عقود، مالک مال خود را در قبال چیزی تحویل طرف مقابل نداده، بلکه آن را بلاعوض تحویل داده است؛ پس موجبی برای ضمان وجود نخواهد داشت. در نقد دلیل پنجم باید گفت این دلیل مبتنی بر نظریه ای است که در قاعده لا ضرر برگزیدیم و طبق آن گفتیم قاعده لا ضرر هم رافع احکام است و هم جاعل احکام؛ یعنی همان طور که احکام ضرری را برمی‌دارد، در جایی که فقدان حکم و قانون موجب ضرر

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۸

است، جعل حکم می‌کند و در مورد بحث نیز چنین است که عدم حکم به ضمان، موجب ضرر صاحب مال است. بنابراین، قاعده لا ضرر می‌تواند وضع ضمان کند و به همان تعبیر که در آنجا گفتیم، قاعده لا ضرر هم بازدارنده است و هم سازنده. اما اگر کسی، مانند بسیاری از فقها، معتقد باشد که قاعده لا ضرر تنها رافع احکام ضرری است و در خلأ قانونی مورد استفاده نیست، در اینجا نمی‌تواند به این قاعده تمسک کند.

به نظر می‌رسد با توجه به جمیع جوانب در اعتبار قاعده «ما یضمن» تردیدی وجود ندارد؛ ولی مستند فقهی آن مجموع قواعد فقهی ید، اقدام و احترام به مال دیگران است.

توجیه حقوقی عکس قاعده

عکس قاعده توجیهی کاملاً منطقی و حقوقی دارد؛ زیرا در هبه و عاریه مالک به طور مجانی به گیرنده اذن در تصرف داده است. بنابراین، تصرفات گیرنده مشروع بوده و اذن مالک رافع هر گونه مسئولیت و ضمان است.

شیخ انصاری عکس قاعده را بر مبنای قیاس اولویت توجیه کرده است؛ با این بیان که وقتی عقد صحیح ضمان آور نباشد، عقد فاسد به طریق اولی ضمان آور نخواهد بود.

توجیه شیخ مورد ایراد واقع شده و گفته شده است که هبه صحیح از این جهت ضمان آور نیست که موجب تملیک است و چیزی که به نحو صحیح در ملکیت گیرنده درمی‌آید، موجب ضمان نمی‌شود، ولی اگر هبه فاسد باشد، مالکیتی برای گیرنده به وجود نمی‌آورد. بنابراین، وجهی برای تمسک به قیاس اولویت به منظور اثبات عدم ضمان باقی نمی‌ماند.^۲

۱. همانجا.

۲. مصباح الفقاهة؛ ج ۳، ص ۱۱۳.

ماده ۶۱۰ قانون مدنی ایران نیز بر خلاف نظریه شیخ تنظیم شده است. طبق این ماده: «در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند و اگر کسی مالی را از کسی دیگر که برای معامله اهلیت ندارد به عنوان ودیعه قبول کند، باید آن را به ولی او ردّ قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۲۹»
نماید و اگر در ید او ناقص یا تلف شود، ضامن است».

قلمرو قاعده

به استناد بخش اصلی قاعده، فقها در کلیه مواردی که چیزی از طریق عقد فاسد خریداری شده و به قبض درآمده باشد، مشتری را ضامن دانسته‌اند.^۱

فقها شخصی را که از طریق عقد فاسد شیئی را قبض کرده است، نخست مالک آن نمی دانند و او را در حکم غاصب محسوب می کنند،^۲ و دیگر اینکه قابض را ضامن عین مقبوض می دانند، بدین معنی که اگر عین باقی باشد، مشتری باید خود عین را مسترد کند و در فرض تلف عین، باید مثل یا قیمت آن را به مالک بپردازد.^۳

محل جریان عکس قاعده کلیه عقود اذنی فاسد مانند عاریه و ودیعه است. شکل صحیح این قبیل عقود موجب ضمان نیست. برای مثال اگر مالی از طریق ودیعه یا عاریه ای که به طور صحیح واقع شده، نزد مستودع و یا مستعیر قرار گیرد گیرنده ضامن پرداخت هیچ گونه عوضی نیست. همچنین اگر عقود مزبور به صورت فاسد واقع شده باشند نیز گیرندگان ضامن پرداخت اجرت المثل نخواهند بود.

استثنائات قاعده

۱. بیع بلا ثمن و اجاره به شرط عدم اجرت

. این گونه معاملات فاسد است و مبیع مقبوض و نیز منافع مقبوض در ید مشتری و مستأجر، مقبوض به عقد فاسد محسوب می شود و حسب قاعده گیرنده باید ضامن باشد و در صورت تلف، از عهده ضمان برآید، در حالی که مشتری ضامن تلف مبیع و مستأجر ضامن اجرت منافع نیست و به همین دلیل این موارد نقض قاعده محسوب می شود.

به نظر می رسد، این نقض صحیح نیست؛ چرا که بیع بلا ثمن و اجاره به شرط عدم اجرت، علی الاصول از مصادیق بیع و اجاره فاسد محسوب نمی شوند و به دیگر سخن،

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۳۰

صدق قاعده مستلزم آن است که یک عقد دارای مصادیق مختلف صحیح و فاسد باشد و مورد فاسد به علت فساد از شمول عقد مزبور خارج نشود. در چنین فرضی چنانچه عقد در حالت صحت موجب ضمان به ثمن المسمی باشد، در فرض فساد موجب ضمان به ثمن واقعی خواهد بود؛ ولی بیع بلا ثمن و اجاره بدون اجرت اصولاً از شمول صدق بیع و اجاره خارجند و نمی توانند نقضی بر قاعده محسوب شوند.

۱. مکاسب؛ ص ۱۷۰.

۲. همانجا؛ به نقل از سرائر.

۳. مصباح الفقاهه؛ ج ۲، ص ۸۵.

۲. ثمن مبیع مغضوب در فرض علم مشتری به غصب

نظریه مشهور، بلکه اجماع فقها^۱ آن است که اگر در فرض فوق، ثمن مبیع مغضوب در ید بایع تلف شود، مشتری برای مطالبه خسارت حق رجوع به بایع نخواهد داشت و فقط بایع مادام که عین ثمن باقی است، مسئول رد آن به مشتری خواهد بود؛ زیرا مشتری مالک آن است. این نظریه نقضی بر قاعده ما یضمن است؛ چرا که طبق قاعده مزبور، بایع باید در فرض تلف، ضامن ثمن باشد؛ زیرا ثمن مصداق مقبوض به عقد فاسد بوده، از مصادیق آن است.

ایراد کنندگان با ذکر یک مثال مورد نقض را توضیح داده، گفته اند: میان ثمن مشروبات الکلی، با ثمن مبیع مغضوب چه فرق است که در مورد اول بایع ضامن ثمن است، به این معنی که در فرض بقای عین، مسئول رد و در فرض تلف، مسئول رد مثل یا قیمت آن است، ولی در مورد دوم هیچ گونه ضمانتی ندارد؟

در پاسخ گفته شده که خریدار عین مغضوب، در فرض علم و آگاهی به غصب، علی رغم اینکه ممکن است مالک مبیع جهت استرداد مال خود مراجعه و عین را استرداد کند، به تسلیم ثمن اقدام کرده است. بنابراین، گویی خود به ضرر خویش اقدام کرده است و کسی مسئول زیان او نیست؛ اما در مورد دوم چنین نیست؛ زیرا خریدار مشروبات الکلی به این گمان که از طریق معاوضه مالک مبیع می شود، ثمن را تسلیم کرده و حال که نامشروع بودن معامله مشخص شده، فروشنده مسئول ثمن است؛ زیرا خریدار اقدامی به زیان خود نکرده است. به علاوه، خریدار عین مغضوب در واقع ثمن معامله را به کسی که باید تحویل بدهد (یعنی مالک) تحویل نداده و به اجنبی تسلیم

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۳۱

کرده است، پس اگر مالک معامله را امضا کند، بدان معنی نیست که تسلیم ثمن را نیز قبول کرده، بلکه مشتری مسئول پرداخت ثمن به مالک است. به هر حال، تسلیم ثمن توسط مشتری به غاصب، گویی یک تسلیم مجانی و به تعبیر فقهی یک «تسلیط بلا عوض» است و بر این پایه مشتری در قبال بایع عالم به غصب، ضمانتی ندارد؛ حال آنکه تسلیم ثمن مبیع فاسد به بایع، یک تسلیم مجانی و یک تسلیط بلاعوض نیست، بلکه به منظور تملک مبیع انجام شده است. بنابراین، هر چند این معاوضه مورد امضا و تأیید شرع قرار نگرفته، از آنجا که بایع به انگیزه معاوضه ثمن را دریافت کرده، ضامن است.

البته، در فرض تلف، عدم حق رجوع برای مشتری عالم به غصب، نظریه مشهور فقهاست؛ اما طبق قول مخالف، مشتری به طور مطلق حق رجوع به بایع دارد، خواه ثمن تلف شده و خواه هنوز باقی باشد.^۲

از ظاهر ماده ۳۲۶ قانون مدنی ایران که مقرر می دارد: «اگر عوضی که مشتری عالم بر غصب در صورت تلف مبیع به مالک داده است، زیاد بر مقدار ثمن باشد، به مقدار زیاده نمی تواند رجوع به بایع کند، ولی نسبت به مقدار ثمن، حق رجوع دارد»، استنباط می شود که مشتری نسبت به مقدار ثمن، مطلقاً حق رجوع دارد، اعم از آنکه عین ثمن تلف شده و یا نشده باشد.

۳. عقد شرکت فاسد

به عقیده بسیاری از فقها در عقد شرکت صحیح، تصرف شرکا در مال مشترک جایز است و تلف مال مشترک موجب ضمان نیست. بنابراین به موجب مفاد عکس قاعده باید در شرکت فاسد نیز حکم همین طور باشد؛ در حالی که در شرکت فاسد تصرف در مال مشترک جایز نیست و تصرف عدوانی محسوب می شود و موجب ضمان است.^۳

۱. ادعای اجماع از علامه حلی است: الروضة البهیة (شرح لمعة)؛ ج ۱، ص ۳۱۵؛ و ان تلف قبل، و القائل به الاکتیل ادعی علیه فی التذکرۃ الاجماع، لا رجوع به مع العلم.

۲. الروضة البهیة (شرح لمعة)؛ ج ۱، ص ۳۱۵.

۳. مکاسب؛ ص ۱۷۱.

در پاسخ گفته شده که ماهیت عقد شرکت مقتضی آن است که شریک، بدون اذن شریک دیگر نتواند در مال مشتمل شرکت تصرف کند. بنابراین، چنانچه تصرفی با اذن صورت گرفته باشد، فقط در فرض تعدی و تفریط ضامن وجود دارد و از این رو فرقی میان شرکت صحیح و فاسد نخواهد بود.^۱

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۳۲

۴. عقد اجاره فاسد

. یکی از نقضهای مطرح شده بر قاعده، وضعیت عین مستأجره در اجاره فاسد است. با این توضیح که اگر عینی به اجاره فاسد در اختیار مستأجر قرار گیرد، بی تردید نسبت به منافع موجب ضمان است، همان طور که در صحیح آن چنین است؛ یعنی همان طور که در عقد اجاره صحیح، مستأجر مسئول پرداخت اجرت المسمی است، در عقد فاسد نیز، حتی نسبت به منافع غیر مستوفات، مسئول پرداخت اجرت المسمی خواهد بود؛ زیرا عین در ید او بوده و منافع - هر چند غیر مستوفات - نیز به تبع عین در ید او قرار داشته است.

اما در مورد عین مستأجره این قاعده صادق نیست؛ زیرا در اجاره صحیح، مستأجر ضامن عین نیست، چون امین است و جز در مورد تعدی و تفریط مسئول پرداخت خسارت نیست. حال اگر عین از طریق اجاره فاسد در اختیار مستأجر قرار گرفته باشد، مستأجر ضامن عین است و در صورت تلف، مسئول پرداخت خسارت است که این امر، نقضی بر قاعده محسوب می شود؛ زیرا در عقد اجاره صحیح، مستأجر ضامن عین مستأجره نیست، ولی در اجاره فاسد ضامن آن است.

در پاسخ به این نقض، به عقیده بسیاری از فقیهان، از جمله ابن ادریس در سرائر، و علامه حلی در تذکره، محقق کرکی در جامع المقاصد و شیخ انصاری در مکاسب، در اجاره فاسد، منفعت، مشمول اصل قاعده و عین مشمول عکس قاعده است.^۲ به عقیده این بزرگواران در عقد فاسد هم مانند اجاره صحیح گیرنده ضامن عین نیست.

صاحب کتاب ریاض المسائل با این نظریه مخالف است و می گوید: در اجاره صحیح مستأجر چون امین است ضامن نیست، ولی در اجاره فاسد چنین نیست؛ بنابراین، مستأجر - خواه به فساد اجاره عالم باشد خواه جاهل - ضامن عین است. او این نظریه را

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۳۳

به استنباط خود از کلمات اصحاب نسبت داده است.^۳

در بررسی و نقد نظریات متفاوت فقها در مورد عقد اجاره فاسد، ابتدا باید گفت که اجاره عبارت است از تملیک منفعت در مقابل عوض و بنابراین، در اجاره، عین از مورد معامله بیرون است و تعهد مالک نسبت به تسلیم عین از باب وفا به عقد و ایفاء تعهد نسبت به عقد اجاره نیست، بلکه از آنجا که موجر موظف به وفای به عقد و تسلیم منفعت به مستأجر است و تسلیم منفعت جز از طریق تسلیم عین و اذن در تصرف آن امکانپذیر نیست، مالک عین را در اختیار مستأجر قرار می دهد و چه بسا در مواردی که استیفای منفعت متوقف بر تسلیم عین نیست، مالک موظف به تسلیم عین نباشد. به دیگر سخن، عقد اجاره چون معاوضه میان منفعت و اجرت است، مشمول اصل قاعده است، یعنی موجر به سبب عقد اجاره و تملک اجرت، ضامن تحویل منفعت است و عین مورد ضمان و مسئولیت مستقیم ناشی از عقد نیست. به علاوه، ضمان عین، نه مشمول اصل قاعده است و نه مصداق عکس آن.

^۱. مصباح الفقاهه؛ ج ۳، ص ۱۰۷.

^۲. موسوی بجنوردی، محمد حسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ۲، ص ۹۷-۹۸.

^۳. ریاض المسائل؛ ج ۲، کتاب اجاره.

عقد فاسد و عقد باطل

در فقه شیعه و سه مکتب از مکاتب چهارگانه اهل سنت (مالکی، حنبلی و شافعی) عقد فاسد و عقد باطل به یک معنا در مقابل عقد صحیح قرار می گیرد.^۱ عقد صحیح آن است که کلیه شرایط صحت در آن موجود باشد. این شرایط عبارت است از: ۱) قصد طرفین و رضای آنها، ۲) اهلیت طرفین، ۳) موضوع معین که مورد معامله باشد، ۴) مشروعیت جهت معامله؛ و عقد فاسد عقدی است که فاقد یکی از شروط صحت باشد. مثل آنکه احد از طرفین صغیر یا مجنون یا فاقد قصد باشد و یا آنکه معامله، ربوی یا غرری باشد.

در کتب قدماى شیعه همین تعریف برای عقد فاسد ملاحظه می شود.

در «وسيله» که یکی از کتب جوامع الفقهیه است، بیع فاقد شرائط، فاسد شمرده

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۳۴

شده: «و البیع اذا اختلّ احد شروط صحته»^۲ یعنی بیع در صورتی که یکی از شرایط صحت آن مختل شود، فاسد است. در میان مکاتب فقهی فقط حنفیه میان عقد فاسد و عقد باطل فرق نهاده اند و معتقدند هرگاه رکن یا موضوع معامله مختل باشد، عقد باطل است. مثل آنکه اهلیت طرفین عقد و یا ایجاب و قبول آنها مخدوش باشد و یا آنکه بیع دارای خلل بوده و فاقد شرایط شرعی باشد. مثل آنکه مبیع خوک و یا میت باشد؛ ولی چنانچه در ارکان عقد هیچ گونه خللی نباشد و در عین حال، عقد همراه صفتی باشد که در فرض وجود آن، آثاری بر معامله مترتب نشود، عقد فاسد است. مثل آنکه معامله دارای ثمن باشد، ولی ثمن آن شراب باشد. به عقیده حنفیان اگر عقد باطل باشد، به هیچ وجه مفید آثار نیست؛ ولی در عقد فاسد چنانچه مبیع به قبض بایع درآید، عقد نافذ و مفید ملکیت است و ذمه مشتری به پرداخت ثمن حلال، به عنوان عوض معامله، مشغول است.^۳ در قانون مدنی ایران واژه فاسد و باطل هر دو آمده است و با توجه به اینکه تدوین کنندگان قانون مدنی از نظریه مشهور فقیهان امامی پیروی کرده اند، باید گفت که بین این دو مورد، تفاوتی قائل نبوده اند.

^۱ سیوطی، جلال الدین عبد الرحمن بن ابی بکر؛ الاشباه و النظائر؛ ص ۲۲۲ الفقه علی المذاهب الاربعه؛ ج ۲، ص ۲۲۴ و ابن حزم اندلسی، علی بن احمد بن سعید؛ المحلی؛ ج ۸، ص ۲۲۴.

^۲ الجوامع الفقهیه؛ ص ۸۰۷.

^۳ همانجا؛ و کاسانی، ابن مسعود؛ بدایع الصنائع؛ ج ۷، ص ۳۳ و ج ۸، ص ۹۱.

۱۳. قاعده اعراض

اعراض در لغت به معنای روی گرداندن است و در اصطلاح فقه و حقوق به معنای روی گرداندن از چیزی است که در سلطه آدمی قرار دارد و همان طور که گفته شد، استعمال صحیح آن «روی گردان شدن از ملک» است. از این بحث در کتب فقهی در ابواب متفرقه و به طور استطرادی سخن به میان آمده، اما به طور مستقل مطرح نشده است. نظر به اهمیت موضوع و آثار گوناگونی که در مباحث مالکیت بر آن مترتب می شود این موضوع را مورد بحث قرار می دهیم.

خروج یک شیء از محدوده تسلط یک فرد به دو صورت صورت می گیرد:

۱. بدون رضایت و با نیروی قاهره؛ نظیر غصب، سرقت، فرار پرنده و یا غرق شدن اموال در دریا . در این گونه موارد، اگر چه ممکن است مالک از به دست آوردن مال خویش مأیوس و از آن منقطع شود، به دلخواه او این رابطه قطع نشده است
۲. با اختیار و رضایت خاطر؛ این صورت چهار فرض دارد:

الف) تملیک عین به دیگری از طریق بیع، صلح، هبه و وصیت؛

ب) تملیک منفعت از طریق اجاره و امثال آن؛

ج) ابلجه منفعت، مثل عاریه؛

د) رفع ید از عین و رها ساختن آن بدون تملیک عین به غیر و یا مباح ساختن منافع به دلخواه مالک.

از فرضهای فوق فقط فرض اخیر از مصادیق اعراض است.

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۱

درباره اعراض باید دو مسأله بررسی شود. نخست آنکه آیا همان طور که حیات سرب پدید آمدن صفت ملکیت و مالکیت است، اعراض سبب زوال آن است و یا آنکه ملکیت پس از پدید آمدن، قابل زوال نیست و معاملات ناقله نقش تعویض ارتباط و انتساب، بین عین با صاحبان آن را دارد و ملکیت همواره محفوظ است؛ مگر در موارد خاصی نظیر وقف یا عتق . دوم اینکه عین اعراض شده چگونه و با چه شرایطی به تملک دیگری درمی آید؟

در پاسخ به پرسش نخست برای پرهیز از خلط مبحث باید محدوده کلام مشخص شود. در اینجا ممکن است دو فرض تصور شود. گاه مالک از ملکیت عین مال خود اعراض می کند؛ بدین معنی که رابطه مالکیت خود را با آن شیء قطع کرده، آن را رها می کند و گاه از انتفاع از مال خود صرف نظر می کند، بدون آنکه عین آن را از مالکیت خود خارج کند . بحث ما در ملکیت است که مالکش مالکیت آن را رها کند و رابطه خود را با آن منفک سازد؛ نه آنکه با حفظ اصل ملکیت از انتفاع آن صرف نظر کند.

تفاوت میان این دو حالت، بین و آشکار است؛ چرا که برای هر کس این دو حالت پیش می آید. گاه انسان از چیزی از اموال خود به علت مندرس بودن، کهنگی و غیر قابل استفاده بودن یا به علت یأس از به دست آوردنش صرف نظر می کند؛ اما قصد اعراض ندارد، مثل محموله کشتی که غرق شود و گاهی آن را با انجام دادن یک عمل مثبت از حیطه مالکیت خود خارج می سازد. مثل آنکه کبوتری را که مملوک اوست از قفس آزاد کرده، در هوا رها می کند یا آنکه با توجه و قصد، به مالکیت خود نسبت به عین معینی پایان می دهد.

اگر چه بیشتر مواردی که در فقه به عنوان اعراض از آنها نام برده اند، از قسم اول است، بعید به نظر می رسد که نزاع در قسم مزبور باشد؛ زیرا چگونه می توان گفت که شیء به محض متروک شدن و بیرون رفتن از حیز انتفاع از ملکیت مالک خارج می شود؟ آیا

می‌توان گفت که تمام اشیای محقّر و بی ارزش از ملکیت صاحبانش بیرون است؟ یا اینکه به ص رف غرق شدن کشتی در اقیانوسهای پهناور و یأس صاحبان کالاهای قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۲

در حال حمل از تحصیل مجدد آنها ملکیت مالکان، سلب شده و این کالاها در زمره اموال بلا صاحب قرار می‌گیرند؟ در بعضی از متون فقهی اشیایی که بر سر نوعروسان نثار می شود نیز از مصادیق اعراض محسوب شده است؛ اما بدیهی است که این گونه اموال توسط مالکان آنها اعراض نمی شود، بلکه تملیک عام می شود و به عبارت دیگر، کننده به عنوان دارنده آن اشیاء، آنها را به یابندگان تملیک می کند و هر کس که آنها را می یابد یا برمی دارد، به طور مستقیم از مالک استعلاک می کند؛ یعنی مالک با فعل خود ایجاب تملیک کرده و یابنده با عمل خویش قبول تملک کرده است. تمام تسلیها و میهمانیها از همین قبیل است و به هیچ وجه نمی توانیم آنها را از مصادیق اعراض محسوب کنیم. حتی می‌توان گفت این گونه موارد، درست نقطه مقابل اعراض است؛ زیرا در موارد مزبور مالک هنگام اقدام، در واقع تسلط مالکانه خویش را اعمال می‌کند و به موجب تسلطی که برای خویش قائل است، بدون هر گونه صرف نظر و اغماض از ملکیت، مال خود را در اختیار افراد خاص استفاده کننده قرار می‌دهد؛ در حالی که «اعراض، ترک تسلط و رها ساختن مال و بازگرداندن آن به مباحات اولیه است»، نه اعمال تسلط و انتقال آن به مالک دیگر.

در مورد اعراض، شخص اعراض کننده به هیچ وجه به شخصی که آن را بر می دارد و تملک می‌کند، نظر ندارد، بلکه با خارج ساختن شیء از حیطه ملکیت خود، فقط خویشتن را از تسلط بر آن منغل می‌کند. با ذکر مقدمه فوق باید گفت که مقتضای اصل اولیه و قاعده استصحاب، این است که ملکیت با اعراض زایل نمی شود و حیازت همان گونه که علت حدوث ملکیت است، علت بقای آن هم هست و دوام ملکیت منوط به دوام حیازت نیست و حتی پس از رفع حیازت و رها ساختن عین و چشم پوشیدن از آن نیز، مال از ملکیت مالک خارج نمی‌شود. در مقابل جریان استصحاب، دلایلی اقامه شده است که به اختصار آنها را نقل می‌کنیم و سپس به نقد و بررسی هر یک می‌پردازیم:

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۳

۱. سیره مستمر مسلمانان بر آن است که شیء اعراض شده را ملک محسوب نمی‌کنند و همچنین توسط اوصیا نسبت به جمع‌آوری اشیایی که موصی از آنها اعراض کرده - نظیر چیزهای دورریختنی - اهتمامی نمی‌شود. بنابراین، اشیای مزبور با اعراض به طور کلی از ملکیت موصی خارج شده‌اند و گرنه، اوصیا موظف به جمع‌آوری و محاسبه آنها بودند.

۲. مفاد قاعده تسلط آن است که ملک در ید مالک و تحت سلطه اوست و عموم و شمول سلطه مالک چنین اقتضا دارد که او بتواند در هر زمانی آن را از تحت سلطه خویش خارج کند، همان طور که می‌تواند با حفظ اصل ملکیت، ملکیت آن را به دیگری منتقل سازد و چنانچه نتواند یکی از اموال خود را از م الکیت خویش خارج سازد، این محدودیت با تمامیت سلطه و کمال اختیارات او منافات خواهد داشت.

۳. روایات چندی نیز در مقابل جریان قاعده استصحاب بیان شده‌اند که عبارتند از:

الف) در روایت سکونی از امام صادق (ع)، آن حضرت می‌فرماید: هرگاه کشتی و آنچه در آن است غرق شود و اموال به دست مردم بیفتد، آن اموالی که دریا آنها را به ساحل افکنده، متعلق به صاحبانش خواهد بود و آن اموالی که مردم با غواصی به دست آورده‌اند و صاحبانش آنها را رها کرده‌اند، متعلق به خارج کنندگان است.

ب) از امام صادق (ع) در مورد یک کشتی که در دریا شکسته و اموال و محموله های آن غرق شده پرسش شد. آن حضرت فرمود: اموالی که دریا بیرون می افکند، متعلق به صاحبانش است و اموالی که با غواصی خارج می شود، متعلق به کسی است که آنها را خارج کرده است.

ج) حضرت صادق (ع) فرمود: هر کس به مال یا شتری در بیابان برخورد کند که توان حرکت نداشته و صاحبش آن را به خاطر آنکه با او همراهی نمی کرده است، رها ساخته باشد و شخص مزبور آن را با صرف هزینه و آب و علف توان بخشد و از مرگ نجات دهد، مال او می شود و مالکش دیگر بر او حقی ندارد، بلکه مال مزبور مانند اشیای مباح است.^۱

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۴

د) حضرت صادق (ع) از علی (ع) نقل کرده است: چنانچه حیوانی را صاحبش رها کند و یا از تأمین علوفه آن ناتوان شود، هر کس آن حیوان را تیمار کند، مال او خواهد شد.

امیر المؤمنین (ع) در مورد مردی که حیوان خود را در بیابان رها ساخته بود، چنین قضاوت کرد که اگر آن را در جوار آب و علف رها ساخته مال خود اوست، هر وقت بخواهد می آید و آن را با خود می برد؛ ولی اگر آن را در بیابان بی آب و علف رها ساخته باشد، مال کسی است که آن را تیمار کند.^۲

ه) حریز بن هاشم از امام صادق (ع) نقل کرده است که آن حضرت فرمود: برداشتن اشیایی مثل چوب دستی، میخ، ریسمان و میان بند بلا مانع است. سپس راوی اضافه کرد که حضرت ابی جعفر فرموده این گونه اشیا طالب ندارد.

و) عمرو بن یزید نقل کرده است که شخصی از حضرت صادق (ع) در مورد مردی سؤال کرد که زمین موات رها شده از جانب مالک را آباد کرده، انهار آن را جاری ساخته، درختانی در آن غرس کرده و در آن ساختمان ساخته است. حضرت در پاسخ فرمودند که علی (ع) فرموده است: «من احیا ارضا من المؤمنین فهی له»؛ یعنی هر کس از مؤمنین زمین مواتی را احیا کند مال او خواهد شد.^۳

در نقد و بررسی دلایل ابراز شده، موارد زیر قابل ذکر است:

۱. استناد به قاعده تسلیط در این امر مخدوش است؛ زیرا مفاد قاعده مزبور آن است که صاحبان اموال بر آنچه مصادیق مال محسوب می شود، تسلط دارند؛ به این معنی که می توانند هر تصرفی که بخواهند در آن اشیا اعمال کنند؛ نه آنکه فقط بر عنوان مالیت سلطه دارند و مالیت اموال در اختیار آنان است به گونه ای که بتوانند اشیا را از مالیت ساقط کنند. بنابراین، چنانچه بگوییم صاحبان اموال، اختیار ندارند اموال را از مالکیت ساقط سازند، این گفته با عموم اصل تسلیط بر اموال منافی نخواهد بود و محدودیتی در اصل سلطه مالک ایجاد نخواهد کرد.

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۵

۲. از اخبار و روایات استفاده می شود که اعراض موجب سلب مالکیت نیست و به صرف آنکه مالک از مال خویش اعراض کند، رابطه مالکیت او با مال قطع نمی شود؛ زیرا نخست آنکه، اخبار وارد شده کلی و عام نیست، بلکه بعضی از آنها فقط در مورد زمین و حیوان است و شامل همه اقسام مال نمی شود و این احتمال وجود دارد که آباد کردن زمین و حفظ حیات حیوان در نظر شارع از چنان اهمیتی برخوردار است که به محض متروک شدن زمین و رها شدن حیوان و نزدیک شدن آن به هلاکت - اگر چه به قصد

۱. وسائل الشیعة؛ ج ۱۳، ص ۳۴۴، ح ۲.

۲. همانجا؛ ح ۱۳.

۳. همان؛ ج ۱۳، کتاب اللقطة، باب ۱۲.

اعراض نباشد- مالکیت صاحب آن سلب شود؛ دوم اینکه واژه های «ترک» و «تسریح» و امثال آنکه در این اخبار آمده صریح در «اعراض» به معنای مورد نظر ما نیست، بلکه اعم از آن است؛ چرا که وا گذاشتن و ترک کردن، اعم است از آنکه به قصد اعراض باشد یا بدون آن؛ سوم اینکه اغلب روایات مذکور مواردی است که مال در معرض تلف قرار گرفته و شخص دیگری آن را به قصد تملک برداشته و از آن نگهداری کرده است و نسبت به موردی که مال در معرض تلف قرار نگرفته باشد، شمول ندارد. به سخن دیگر، روایات مذکور دلالت بر این امر دارد که به صرف آنکه مالکی به دلخواه خود، قصد اعراض از مالی کند- بدون آنکه مال مزبور در معرض تلف قرار گیرد و یا شخص دیگری قصد تملک و احیای آن را کند- رابطه اش با مال به گونه ای قطع نمی شود که او نسبت به آن مال با دیگران هیچ گونه تفاوتی نداشته باشد. افزون بر تمام این مطالب، در منابع فقهی روایاتی به چشم می خورد که از نظر مضمون، معارض این دسته روایات است؛ از جمله صحیح یونس که شیخ انصاری در کتاب مکاسب آن را به مناسبتی آورده است. مفاد روایت چنین است که یونس، به ظاهر در مدینه از امام (ع) پرسیده است که ما همراه چند نفر در مکه بودیم، چون از هم جدا شدیم، من بدون توجه مقداری از اموال آنان را به ضمی مه اموال شخصی خود برداشتم؛ اینک نه آنان را می شناسم و نه از وطن و محل سکونت آنان اطلاعی دارم؛ در این صورت نسبت به اموال آنان چه باید بکنم؟ امام (ع) پاسخ می دهد مال را با خود به کوفه (محل سکونت یونس) ببر. شاید در آنجا یکدیگر را ببینید. یونس می گوید ایشان را نمی شناسم و نمی دانم به چه عنوانی از حال آنان تحقیق کنم. امام (ع) پاسخ می دهند آنها را بفروش و پولش را صدقه بده.^۱

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۶

ملاحظه می کنید که اموال موصوف در روایت فوق به حسب عرف و عادت و با توجه به مسافت و نیز یأس صاحبان اصلی آنها از دستیابی به مال خویش، از مواردی است که صاحبان آنها از مال خویش اعراض می کنند و اگر اعراض از اسباب و موجبات سلب مالکیت بود، در فرض مسأله که اموال مزبور مورد تصرف یونس قرار گرفته است، باید متعلق به یونس می شد، نه آنکه هنوز متعلق به صاحبان مجهول آنها باشد تا آنکه یونس از طرف صاحبان آنها مأمور به صدقه دادن شود.

۳. در مورد سیره نیز بدیهی است که سیره، دلیل لفظی نیست تا عموم و اطلاق داشته باشد و اگر شمول سیره بر چنین امری محقق باشد، بی گمان فقط در اشیای حقیر و بی ارزش است و قابل تعمیم به اشیای ارزشمند نیست. وانگهی بر فرض آنکه بپذیریم مدلول سیره جواز تصرف در اموال اعراض شده است، این امر خروج اموال مزبور را از مالکیت اثبات نخواهد کرد؛ چرا که ملازمه ای میان جواز تصرف متصرفان و خروج مال از ملکیت مالک موجود نیست.

با توجه به موارد فوق، نتایج زیر استنباط می شود:

الف) به صرف اعراض، مال از حیطه سلطنت و مالکیت مالک خارج نمی شود؛ زیرا مالکیت از احکام وضعی است و همان طور که در ورود چیزی به ملکیت و به وجود آمدن پدیده مالکیت، سبب شرعی و قانونی ضروری است، در خروج چیزی از ملکیت و سلب رابطه مالکیت نیز وجود ناقل شرعی و سبب قانونی ضرورت دارد و اینکه صرف نیت و یا یأس از به دست آوردن مال از اسباب خروج مال از ملک و سلب رابطه مالکیت محسوب شود، محتاج به اثبات است و دلیلی برای اثبات آن در دست نیست.

ب) مستفاد از روایات آن است که اگر صاحب مالی به علت یأس از به دست آوردن آن (مانند غرق شدن مال) یا دشواری این امر از مال خود اعراض کند و مال در

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۷

^۱. همان؛ ج ۱۷، ص ۳۵۷-۳۵۸.

معرض تلف باشد و شخص دیگری آن را به قصد تملک بردارد و از آن محافظت کند، مالک آن می شود. بنابراین مادام که مال در معرض تلف قرار نگرفته یا شخص دیگری هنوز قصد تملک آن را نکرده و برای احیا اقدامی به عمل نیاورده است، مالک نخستین هر چند قصد اعراض کرده باشد، می تواند از اعراض خود رجوع کند.

البته آنچه گفته شد در مورد اعراض از ملک بود و چنانچه شخص مال خود را با اراده خویش برای استفاده در اختیار دیگران قرار دهد، بی گمان خارج از بحث خواهد بود؛ زیرا چنین اقدامی تصرف در ملک است و با اعراض که دست برداشتن از ملک و رها ساختن آن است، تفاوت بسیار دارد.

اعراض در متون فقهی

همان طور که گفته شد، موضوع اعراض در متون فقهی به طور جداگانه و مستقل بابی را به خود اختصاص نداده است، ولی در ابواب متفرق مطرح شده که به پاره‌ای از آنها اشاره می شود.

۱. شهید ثانی در کتاب متاجر آنجا که نسبت به خاکه زرگری تعیین تکلیف می کند و در این باره شقوقی مطرح می سازد، چنین آورده است: «و لو دلت القرائن علی اعراض مالکه عنه جاز للصائع تملک کغیره من الاموال المعرض عنها»؛ یعنی اگر قرائن دال بر اعراض مالک وجود داشته باشد، شخص زرگر می تواند آن را تملک کند، همچون سایر اموال که صاحبانشان از آنها اعراض می کنند.^۱

صاحب ریاض این موضوع را پذیرفته و گفته است: «اگر دانسته شود که صاحبان خاکه زرگری و امثال آن اعراض کرده اند، گفته شده که در این صورت زرگر می تواند آنها را صدقه نهد، بلکه خودش به قصد تملک در آنها تصرف کند؛ اما این گفته، اگر مستند به اجماع نباشد، مورد اشکال است؛ زیرا دلیلی بر جایز بودن تصرف و منتقل شدن ملک به صرف نیت اعراض وجود ندارد، بلکه اخباری که امر به تصدق کرده، نسبت به

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۸

مورد اعراض اطلاق دارد».^۲ منظور صاحب ریاض از اخبار، دو روایت است که ایشان در همین زمینه آورده‌اند.

مسأله خاکه زرگری و امثال آن در فتاوی عصر حاضر به عنوان اعراض مطرح نشده است. بعضی معتقدند زرگر باید از طرف صاحبانش صدقه دهد و بعضی می گویند چنانچه عادت عرفی بر عدم مطالبه باشد خاکه متعلق به زرگر است.^۳

۲. محقق بحرانی صاحب کتاب الحقائق الناضرة نیز در مسأله فوق به عینه از صاحب ریاض پیروی کرده است و در بخش خمس ضمن تحلیل حدیث سکونی که پیش از این آورده شد، می گوید: «این اخبار خالی از اشکال نیست؛ زیرا مالی که از در یا بیرون می آید، چنانچه صاحب داشته باشد، بدون ناقل به شخص دیگر منتقل نمی شود؛ پس حکم به اینکه مال متعلق به کسی می شود که آن را بیرون آورده است با اصل شرعی «لا یحل مال امرئ الا بطیب نفسه» منافات دارد و چنین حکمی مشکل است؛ مگر اینکه گفته شود این حکم نسبت به موردی است که صاحب مال از دست یافتن بر آن ناامید شده و به واسطه ناامیدی و عجز از آن اعراض کرده است». از کلمات فوق چنین استفاده می شود که اگر چه مسأله اعراض به صور گوناگون و فروض مختلف مطرح شده، ولی در فرض مورد بحث، اتفاق نظر در میان فقها وجود ندارد،^۴ چه رسد به اجماع که در سراسر فقه، جز در موارد معدودی تحصیل آن میسر نشده است.

۱. مسالک الافهام؛ ج ۱، ص ۱۶۳.

۲. ریاض المسائل؛ ج ۱، ص ۵۵۱.

۳. طباطبایی حکیم، محسن؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، مسأله ۲۱.

۴. ر. ک. مسالک الافهام؛ ج ۱، ص ۱۶۲.

اعراض در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران در ماده ۱۷۸ مقرر می‌دارد: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است، مال کسی است که آن را بیرون بیاورد».

با دقت در این ماده به نظر می‌رسد موضوع ماده کاملاً محدود و مضیق است و فقط به اموال منقول مغروق اختصاص دارد . به علاوه اگر چه این ماده اموال مزبور را

قواعد فقه، ج ۲، ص: ۲۷۹

متعلق به کسی دانسته که آنها را بیرون بیاورد، در اینکه اعراض از موجبات سلب مالکیت است و رابطه مالکیت با مالک، حتی قبل از بیرون آوردن و تصرف دیگران قطع می‌شود، صراحت ندارد. اما در ماده ۱۱۹۱ قانون مدنی اثیوپی که مقرر شده : «اعراض صحیح از منقول، سالب مالکیت است»، اعراض، کلیه اموال منقول را شامل می‌شود و به صراحت سالب مالکیت دانسته شده است.