

بخشوده درس:

قواعد فقه ۱

کرد آورنده:

جناب آقای فرساد دارایی

موسسه آموزش عالی فروردین قائم شهر

1- موضوع: موضوع هر علم، چیزی است که در آن از عوارض ذاتی آن بحث می شود. و مطالب در اطراف آن، نفی و اثبات می گردد.

2- مبادی: عبارت است از تعریفات و تصدیقاتی که قبل از ورود به هر علم در مورد موضوعات و محمولات آن علم به عمل می آید.

3. مسائل: مسائل هر علم در تمام قلمرو آن علم، مطلوب و مورد نظر جویندگان آن است. ✓ در اصطلاح اهل منطق، مسائل را به خاطر آنکه منظور و هدف نهایی پژوهندگان است، مطالب نامیده اند.

ب- ارکان علم فقه:

1- موضوع: احکام پنجگانه تکلیفی و احکام وضعی است.

2- مبادی: شناختن اجزا و موضوعات و آگاهی از منابع استنادی آنها.

3- مسائل: قضایایی از قبیل «نماز واجب است» و ... از مسائل فقه هستند. در این گونه قضایا احکام اعم از تکلیفی و وضعی، محمول قضیه را تشکیل می دهند و موضوع قضایا افعال بندگان است.

✓ موضوع علم فقه عبارت است از افعال مکلفان.

✓ احکام تکلیفی و وصفی عوارض ذاتی این افعال است.

✓ بخشی از مبادی علم فقه در علم اصول فقه، تحلیل و بررسی می شود.

ب- قواعد فقه:

1- تعریف: فرمول 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. و کار شارع هستند.

2- تفاوت آن با مسائل علم اصول:

نخست- قواعد فقهی چنان نیستند که فقط واسطه و وسیله ی استنباط و کشف احکام گردند، چرا که قواعد فقه به یک اعتبار، خودشان احکام هستند نه واسطه برای کشف.

دوم- علم اصول روش کشف و استنباط احکام شرعی است.

3. تفاوت آن با مسائل فقه:

نخست- قواعد فقه عام و شامل هستند نه خاص و موردی مثل قاعده ی لاضرر.

دوم- مسائل فقه خاص و موردی هستند.

پ- نظریه فقهی:

1. تعریف: مجموعه ای از ارکان، شروط و احکامی است که وحدت موضوع حاکم بر همه ی آن عناصر، میان آنها رابطه ی فقهی برقرار ساخته است.

2. نظریه ی عام فقهی برای مقارن و تطبیق میان دو نظام فقهی و حقوق موضوعه و مرتب کردن مباحث فقهی بر اساس روشهای جدید.

✓ نظریه عام را فقیه با ملاحظه وجوه مشترک میان احکام مختلف بدست می آورد.

✓ به نظر می رسد آنچه به نام اشتباه و نظایر آن توسط فقیهان شیعه و سنی نگارش یافته بیشتر با اصطلاح نظریه عام فقهی منطبق است تا با قواعد فقهی.

### ت- تقسیمات احکام:

#### 1- احکام عقلی و شرعی:

##### نخست- احکام عقلی:

- تدارکات عقل نظری : قواعد حاکم بر هستی هستند مانند آنکه عقل آدمیان درک می کند که جمع میان دو نقیض ممتنع است.

- مدرکات عقل عملی: با اعمال و رفتار و بایدها و نبایدها کردار انسانها مرتبطند ، چه کاری خوب است و چه کاری بد . 2 .  
دوم- احکام شرعی: احکامی که اگر شریعت آنها را صادر نمی کرد، عقل ن سبت به آنها ساکت بود مثل : حج خانه ی خدا برای افراد مستطیع.

#### 2 - احکام ارشادی و مولوی :

نخست- احکام ارشادی: در مواردی است که حکم عقل وجود دارد، اما شرع نیز حکم می کند.

✓ حکم مستقلی محسوب نمی شوند

✓ اثر حکم ارشادی این است که بر مخالفت آن عقاب و بر امتثال و اطلاعاتش پاداش مترتب نمی گردد . مثلاً : حکم اطيعوا الله یک حکم ارشادی است، و اقم الصلاه یک حکم مولوی است.

دوم- احکام مولوی: در مواردی که حکم عقل وجود ندارد، حکم صادر از سوی حکم شرعی مولوی است.

#### 3 - احکام تاسیسی و امضایی:

نخست- احکام تاسیسی: احکامی هستند که از طرف شارع ، جعل و صادر شده و سابقه ای در عرف و در بین عقلا نداشته اند.

دوم- احکام امضایی: اموری اعتباری هستند که عرف و عقلا آنها را دارای اعتبار کرده اند و قبل از شریعت هم در جامعه ی انسانی وجود داشته اند و شارع مقدس آنها را تأیید کرده است. مثل: ملکیت و زوجیت.

#### 4- احکام تکلیفی و وضعی

نخست- احکام تکلیفی: دستورات و فرمان های صادر شده از سوی پروردگار در خصوص افعال و کردار بندگان «و جوب- حرمت- استسحاب- کراهت- اباحه»

دوم- احکام وصفی: مقتضای آنها الزام ، منع و یا رخصت نیست و به طور مستقیم از سوی شارع نیستند، به افعال مکلفین انشاء نمی گردند و موکول آنها ابتدائاً الزام و یا منع نیست و در آنها علم و عمد نقشی ندارند.

✓ احکام تکلیفی همواره به دلیل مقتضای طبع خود شامل مکلفان می گردند.

#### ث- بعضی اصطلاحات رایج در فقه:

##### 1- اماره و اصل:

نخست- اماره: دلایلی هستند که مبنای حجتشان این است که نوعاً کاشف از واقعند، اعم از اینکه واقع، حکمی باشد و یا از موضوعات.

✓ انواع امارات: اولاً- حکمی: مثل خبر واحد. ثانياً- موضوعی: مثل قاعده‌ی ید یا به اصطلاح اهل حقوق «تصرف». دوم- اصول: در اصول، برخلاف امارات، کشف و حکایتی وجود ندارد، بلکه صرفاً برای رفع حیرت بندگان و تعیین تکلیف موقت از ناحیه شارع قبلاً معتبر شناخته شده اند و بیش از این اعتباری ندارد.

✓ تفاوت اصول و اماره: اصول در مقابل امارات تاب مقاومت ندارند و التزامات عقلیه در امارات مورد پذیرش فقهاست ولی در اصول چنین نیست.

✓ واژه‌ی اصل: این واژه در بسیاری موارد به معنای اماره است مانند اصول لفظیه (اصل عموم و اصل اطلاق اصل صحت) و غیره.

- از موارد مشخص و روشن اصل به معنای خاص اصول عملیه اند که عبارتند از: استحباب- برانت- احتیاط و تغییر.

2- شرط:

نخست- در علوم ادبی و منطقی: به معنای گزاره‌ای است که پس از ادات شرط می‌آید. «به اصل منطقی به شرط، مقدم و به جزای شرط، تالی می‌گویند».

دوم- در علم اصول فقه: آنچه از عدمش، عدم چیز دیگر لازم می‌آید، اعم از آنکه از وجودش وجود دیگری لازم بیاید یا خیر را شرط آن چیز می‌نامند.

سوم- در قرآن مجید: واژه‌ی شرط به صورت مفرد نیامده است، ولی صورت جمع آن یعنی اشراط به کار رفته است.

چهارم- در عرف عامه: شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال می‌شود.

پنجم- در روایات: کلمه‌ی شرط در معنای خیار نیز آمده است.

ششم- در اصطلاحات اهل شرع: گاهی واژه‌ی شرط به معنای مطلق عهد آمده است. مانند شرط الناس.

هفتم- در کتب لغت: معنای دیگر شرط، مطلق الزام و التزام است، بی آنکه در ضمن عقد درج شده باشد، همه‌ی مفاهیم عرفی و لغوی شرط را می‌توان در دو معنا خلاصه کرد. جعل شیء در شیء دیگر، تعلیق شیء بر شیء دیگر.

هشتم- در حقوق اسلامی:

- شرط چیزی است که عقد یا ایقاع بر آن معلق می‌شود. همانند بیع معلق.

- شرط عبارت است از التزامی دیگر در ضمن التزام عقدی.

- شرط آن است که صحت عمل منوط به وجود یا تحقق آن باشد. مانند شرط اهلیت متعاقدين این گونه شرط‌ها بر 3

قسمند: 1. شروط امضای عقد توسط شارع. 2. شروط امضاء عقد توسط عقلا و 3. شرط اصل اعتبار به گونه‌ای که مفهوم عقد وجوداً یا عدماً دایره مدار آن است.

- شرط به مفهومی که در باب مسئولیت مدنی و ضمان قهری بیان شده ← چیزی که تأثیر مؤثر متوقف بر آن باشد.

3- علت و سبب:

نخست- علت:

- در اصطلاح فلسفی: چیزی است که معلول زاییده‌ی آن است و امری است که از وجودش وجود معلول و از عدمش عدم معلول لازم آید. از این دیدگاه بین علت و سبب تفاوتی نیست.

- در اصلاح فقهی: علت چیزی است که فعل به آن نسبت داده می‌شود و در آن حادثه مدخلیتی ندارد.

دوم-سبب: چیزی است که عدمش موجب عدم حادثه است ولی از وجود آن الزاماً حادثه تحقق نمی یابد.

✓ شرط زمینه ساز تأثیر علب است، اما داخل در آن نیست.

✓سبب، اثر اندکی در وقوع حادثه دارد.

#### 4- مقتضی:

- چیزی است که اقتضای وجود اثر تکوینی در عالم تکوین را دارد و مانع چیزی است که از تأثیر مقتضی جلوگیری می کند .

- چیزی است که بر حسب جعل شارع اقتضای اثر شرعی را دارد یا شارع آن را موضوع حکم قرار داده است.

- مقتضی ملاکی از ملاکات است که احکام مبتنی بر آنهاست همانند علم که مقتضی وجوب اکرام است .

#### 5 حق و حکم:

##### نخست- تعریف حق:

- حق در معنای عام عبارت است از سلطه ای که برای شخص بر شخص دیگر یا مال یا شیء جعل و اعتبار می شود.

در این معنای عام حق شامل ملک هم می شود و حق در مرتبه ای پائین تری از ملک است.

- حق در معنای اخص : عبارت است از توانایی خاص برای انجام دادن عملی که گاهی به عین و گاهی به شخص تعلق

می گیرد مانند حق تحجر.

✓- اقسام حق از نظر محقق نانینی : 1. حقوقی که فقط قابل اسقاط هستند، مثل حق قذف . 2. حقوق قابل اسقاط و نقل

بلاعوض، مانند حق قسم . 3. حقوق قابل اسقاط و نقل اعم از تبرعی و معوض، مثل حق تحجر. 4. حقوق قابل اسقاط و

انتقال قهری و در عین حال غیر قابل نقل ارادی است، مانند حق خیار که به وراثت منتقل می شود.

✓ حق ابوت پدر، ولایت حاکم و حق استمتاع زوج از زوجه که نه قابل اسقاطند و نه قابل نقل و انتقال حق نیستند ، در زمره

احکامند.

دوم- تعریف حکم: در لغت به معنای دستور و امر آمده است.

-ویژگی های حکم :

1. عدم قابلیت اسقاط آن از ناحیه اشخاص.

2. عدم امکان نقل و انتقال آن به اسباب انتقال قهری و ارادی.

3. عدم امکان لقیه به سلب آن.

نک- مصادیق مردد حق و حکم:

1. خیرات: به نظر می رسد از مصادیق حق باشند.

2. نفقه: زن حق است اقارب: حکم است.

3. جواز وجوع در مطلقه رجعیه: برخی آن را از اقسام حق شمرده اند.

## گفتار دوم- «قاعده ی ید»:

الف- مالکیت و سیر تاریخی آن :

مرحله نخست : مربوط به ادوار نخستین حضور بشر بر روی کره و ارض است . برخورد انسان با اشیای مادی پیرامونش، انفعالی و کم اثر و ساده و فیزیکی بود.

- مشخصه ی مالکیت در این دوره غالباً وضع ید و اعمال استیلا به صورت تصرفات فیزیکی بود.

مرحله دوم: در این مرحله ، رابطه ی ساده ی فیزیکی بین اشیاء و انسانها و تصرفات عینی و خارجی جای خود را به نوعی رابطه ی جدید داد که در واقع آن را می توان مرحله ی میانی در سیر تاریخی مالکیت به شمار آورد.

مرحله سوم: در این مرحله، مناسبات بین شخص و شیء بیشتر اعتباری شده است و مالکیت و روشهای اعمال آن شکل و کیفیت اعتباری قرار دادی بخود گرفته است.

- ید، امروزه طبیعی ترین وسیله ی اعمال سلطه بر اشیاء محسوب می شود.

ب- تعریف ید : عبارت است از سلطه و اقتدار شخص بر شیء ، به گونه ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلا او باشد و بتواند هر گونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد.

- صدق عنصر سلطه و استیلا، منوط به تشخیص عرف است. و ید کیفیت بخصوص وحد خاصی ندارد.

پ- مصادیق ید:

1. تعلق اشیاء به افراد با رابطه های حقیقی و کیفیت های فیزیکی معلوم می شود . مثل - وجود اشیاء در دست اشخاص ، وجود لباس بر تن افراد و ....

2. مصداق دیگر ید وجود اسناد، علائم، نوشته ها و سمبل هایی است که تعلق شیء به شخص را می رساند ، مثل : استیلا حاکم و یا رژیم سیاسی بر قلمرو حکومتی، مرزها، حریم دریایی و حریم فضایی ، نصب پرچم یک کشور در نقاط خاص یا علائم دریایی به عنوان فلات قاره اختصاصی، تجلی ید و استیلا است.

ت- مستندات قاعده:

1- سیره: در صورتی حجت است که به زمان معصوم (ع) متصل گردد.

2- بنای عقلا: امری که مورد پذیرش جمیع عقلا در تمام اقوام و ملل بوده باشد و شارع نیز آن را تنفیذ و تجویز کرده است.

3- اجماع: فقط در صورت کشف بودن از رأی معصوم (ع) حجت است.

4- سنت: خفص بن غیاث: اجازه ی شهادت بر مالکیت را نیز داده است.

ث- ارزیابی ادله:

1. دلیل و مستند اصلی قاعده ی ید، همان بنای عقلاست.

2. شاهد این مدعا روایت امام صادق (ع) است که می فرماید «لَوْ لَمْ يَجْرُ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سَوْقٌ»

ج- اماره بودن ید:

- کلیه امارات در مقایسه با اصول تقدم می یابند.

- قاعده ید از امارات معتبر موضوعی است نه از اصول.

چ- مبنای اماره بودن ید:

1. گروهی از فقها عقیده دارند که چون در جامعه غالباً «ید مالکانه» بر ید عدوانی غلبه دارد. بنابر قاعده غلبه، غالب بودن ید، دلیل و نشانه مالکیت است.

2. نظر دیگر این است که اماره بودن ید بر مالکیت به علت غلبه موارد ید شخص، دلیل بر تسلط مالکانه آن شخص بر آن شیء باشد.

### ح- تعارض بغیه و ید:

چنانچه اماره ی قانونی مثل بنیه که کاشفیت و طریقت آن اقوا از ید خواه ناخواه مفاد ید در آن مورد نخواهد بود . پس بنیه بر ید مقدم است.

### خ- تعارض اصل استصحاب با قاعده ی ید:

1- استصحاب اصل است و ید اماره.

2- اعتبار ید به امضای شارع رسیده است.

3- اگر استصحاب را همه جا حاکم بدانیم جایی برای قاعده ی ید باقی نمی ماند.

4- غالباً ید و مالکیت مسبوق به عدم است یعنی اصل بر این است که اموال ید به عنوان خاص استصحاب را محدود م یکنند. ✓ نحوه تعارض استصحاب با مفاد قاعده ی ید:

- گاه استصحاب درست در مورد مفاد قاعده ی ید جاری می گردد ، که استصحاب مغلوب است.

- گاه مجرای استصحاب در طول قاعده ی ید و مبین موضوع آن است. مثل اینکه سابقه ی تصرف ذوالی، عدوانی و یا غیر ملکی، و در حال حاضر تردید در تبدیل حالت سابقه باشد.

نک- در خصوص استصحاب اخیر در معاوضه با مدلول ید، مرحوم میرزایی نا ئینی و پیروانش معتقدند که استصحاب موضوع ید را منتفی می سازد.

### د- حاکمیت ید در غیر مقام تنازع:

1. در مورد مالی که فعلاً در ید شخص است، شک داریم که آیا شخص مذکور از ابتدا تصرف مالکانه کرده یا غیر مالکانه- ید فعلی را مالکانه می شناسیم.

2. یقین وجود دارد که مال مسبوق به تصرف مالکانه است، اما شک می کنیم که آیا ید فعلی، مالکانه است یا غیر مالکانه، ید فعلی را مالکانه می شناسیم.

3. یقین داریم ید سابق شخص مالکانه نبوده و مثلاً ناشی از اجاره یا عاریه یا تصرف عدوانی بوده است.

✓ به نظر مرحوم نانینی در حالت سوم قاعده ی ید حاکمیت ندارد چون:

- ملاک قاعده ی ید که غلبه و کاشفیت نوعی است در این جا مصداق ندارد. زیرا معمول بین مردم این است که ید عاریه و ید اجاره و ید عدوانی جز در موارد نادر به ید مالکانه تبدیل نمی شود.

- اگر چه ید اماره بر مالکیت است ولی اماریت آن فقط در موارد مشکوک کارایی دارد و چنانچه حالت تردید توسط عامل دیگری مرتفع شود ید از اعتبار ساقط می شود.

### ذ- حاکمیت ید در مقام تنازع «دادگاه»

1. اگر مدعی فاقد بنیه باشد، ذوالی با استناد به ید، دعوای او را باطل می کند، با اتیان سوگند.

2. اگر برای دادگاه مسلم باشد ملک سابقاً متعلق به ثالث بوده و ذوالی د بگوید از ثالث خرید ه، دعوای مدعی باطل است .  
 3. اگر میان طرفین نسبت به حالت سابق مال ، اختلافی نباشد ونحوه ی انتقال آن به ذوالی د مشخص نباشد اما ذوالی د مدعی شود که مال به ناقل قانونی به او منتقل شده، ید بر استصحاب مقدم است ودر اینجا هم ذوالی با اتیان سوگند دعوای مدعی را باطل می کند.

4. در این حالت برخلاف سه حالت قبل، مدعی که علیه ذوالی د اقامه دعوا کرده ، دارای بنیه است ولی بنیه دلالت دارد که مال سابقاً متعلق به مدعی بوده است.

✓ از میان بزرگان فقه صاحب جواهر و سید بحر العلوم در این مقام، ید را مقدم داشته اند.

✓ میرزای نائینی معتقد است که در این گونه موارد مدلول استصحاب بیان کننده ی موضوع ید است ، چون کیفیت تصرف را مشخص می کند و بنابراین در طول ید است نه در عرض آن.

5. اگر مدعی با اقامه ی بنیه ثابت کند که فعلاً مال متعلق به اوست ، قطعاً بنیه بر ید مقدم است و مدعی با اثبات موضوع، مال را تصاحب می کند.

✓ - ق.م.ایران: اگر متصرف فعلی ، اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است ، دراین صورت مشار الیه نمی تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند ، مگر اینکه ثابت نماید ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.

✓ اماریت ید بر مبنای سیره ی عقلاست و با مراجعه به عرف عقلا این نکته ثابت می شود که آنان تصرف را صرفاً مثبت مالکیت می دانند نه مثبت انتقال به وجه صحیح از مالک سابق به مالک لاحق.

ر- کاربرد قاعده ی ید در موارد احتمال وضعیت: در استقرار ید نسبت به عین سه حالت متصور است:

1. عین ذاتاً قابل نقل و انتقال است ← ید مثبت تعلق شیء به شخص است.
2. معلوم نیست عین قابل نقل و انتقال است یا نه، یعنی مشخص نیست از اموال طلق است یا مثلاً وقف ← یقیناً قاعده ی ید حکم فرما خواهد بود، چون اگر قاعده ید حکم فرما نباشد هرج و مرج بین مسلمانان پیش می آید.
3. یقین داریم که مال سابقاً وقف بوده و طلق نبوده، اما اکنون در دست شخص است که در آن تصرفات مالکانه می کند و احتمال دارد که مال با مجوز قانونی از ذوالی قانونی به ذوالی فعلی منتقل شده باشد:

✓ نظرات فقها:

نخست- عده ای قاعده ی ید را حاکم می دانند چون: مورد یا از مصادیق تعارض ید با استصحاب است یا از موارد تعارض ید فعلی با ید وقفی سابق، که در هر صورت ید فعلی حاکمیت دارد، مگر خلاف آن ثابت شود ، رویه قضایی نیز همین نظر را پذیرفته است.

دوم- محقق نائینی ید را در این مقام حاکم نمی داند: به نظر وی ، ید هنگامی اماره بر مالکیت است که مال مورد تصرف طبعاً قابلیت فعلی برای نقل و انتقال داشته باشد. و مجرد امکان تحقق یکی از مجوزات انتقال موقوفه، کافی نیست.

- به نظر نائینی ید همچنان که نقل و انتقال را به ثبوت می رساند، تحقق یکی از مجوزات نقل و انتقال را ثابت می کند.

✓ - نقد و بررسی:

نخست- مرحوم نائینی از 2 لحاظ ید را محکوم دانسته است :

اولا- ناتوانی آن از اثبات وجود مجوز قانونی معامله موقوفه ثانیاً- حاکمیت استصحاب که ید را از اعتبار ساقط می کند. به نظر می رسد عدم جریان قاعده ید را می توان پذیرفت ولی نه با استدلال نائینی به خاطر حاکمیت استصحاب بلکه صرفاً به خاطر ناتوانی ادله حجیت و اعتبار قاعده ید.

✓ مدعی مالکیت باید خروج مال از وضعیت و نحوه ید انتقال را اثبات کند و با استناد به ید از این تکلیف فارغ نمی شود. ز- حاکمیت ید در منافع:

- مرحوم نراقی معتقد است قاعده ید در منافع اعتبار ندارد. به نظر ایشان منافع اعیان که تدریجاً ایجاد می گردد ، قابلیت اعمال ید را ندارد. معنای تسلط بر منافع استیلا بر منافع به تبع عین است چنانکه تسلیم منافع نیز با تسلیم عین است ، مثل اجاره.

- از حیث قاعده ید ، عین و منفعت در رابطه ید مستقیم با یکدیگرند.

- مالکیت منافع قبل از تحقق منفعت از جمله چیزهایی است که عقلاً برایش اعتبار قائلند. زیرا منشأ محقق شده است.

✓- هرگاه خانه ای در تصرف شخص باشد و ادعا کند که آن را اجاره کرده و در این حالت، شخص دیگری که در آن خانه ساکن نیست مدعی شود که خانه در اجاره ید اوست، اگر ید را در منافع حجت بدانیم ، مدعی غیر ساکن باید بنیه اقامه کند . و اگر ید را در منافع حجت ندانیم، هر دو نفر باید اقامه بنیه کنند.

ط - حاکمیت ید در حقوق:

مرحوم نراقی حاکمیت ید را در حقوق همانند منافع ، انکار می کند و معتقد است قاعده ید فقط در مورد اعیان جریان دارد.

ظ - حاکمیت ید در اعراض و انساب:

ید در مورد اعراض انساب حاکمیت ندارد و فقط بر امور مالی اختصاص دارد.

گ- حجیت ید برای ذوالید:

فقها عقیده دارند ید در این مورد هم حاکمیت دارد و شارع هم آن را امضا کرده است.

ک- تعداد ایادی بر مال واحد:

1. مشهور فقها عقیده دارند تعدد ایادی بر مال واحد، دلالت بر مالکیت مساوی صاحبان ید به نحو اشاعه می کند.

2. برخی گفته اند تعدد ایادی موجب تعارض و در نتیجه سقوط کلیه ایادی است.

م- نزاع اموال در زندگی مشترک، (نظرات):

1. اموال مخصوص مردان باید به زوج داده شود و اموال مخصوص زنان در اختیار آنان قرار گیرد.

2. تمام اموال از آن زوجه است مگر اینکه زوج بر ادعای خویش اقامه دلیلی کند و مدعایش را به اثبات برساند.

3. کلیه اموال اعم از اینکه مورد استفاده اختصاصی یا مشترک داشته باشند، پس از انجام مراسم سوگند توسط هر یک از طرفین مبنی بر نفی ادعای طرف مقابل به طور مساوی بین آنان تقسیم می شود.

4. در این گونه موارد دادگاه باید به عرف و عادت معمول و دت کند و طبق آن، بعض یا کل اموال را به زوج یا زوجه بدهد ولی چنانچه در عرف، رویه روشنی در این باره موجود نباشد اموال باید بالسویه بین طرفین تقسیم می شود.

✓- تحلیل و بررسی:

- چنانچه مال مورد نزاع در تصرف خصوصی هیچ یک از طرفین نباشد، دادگاه باید به عرف و عادت مراجعه کند.  
- در خصوص اموالی که نه تصرف شخصی بر آن وجود دارد و نه همه عرف، به احراز طرفین متعلق است، طرفین باید بر طبق مقررات باب تداعی، سوگند یاد کنند و پس از سوگند مبنی بر رد ادعای طرف مقابل، مال بین آنان متساویاً تقسیم می شود.

- در مورد اموالی که مالکیت بر آنها نه با تصرف قابل اثبات است و نه با عرف و عادت، باید با استفاده از مقررات باب تداعی و انتیان سوگند متقابل مسأله را فیصله داد.

### ن- قاعده ی ید در قانون مدنی ایران:

- قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، ید یا به اصطلاح خ و دش تصرف را اماره مالکیت شناخته و آن را در اعیان و منافع و حقوق جاری داشته است.

### و- نقش تصرف در حق ارتفاق:

ماده 35 قانون مدنی به پیروی از اکثر فقهای امامیه موضوع را به حقوق نیز توسعه داده است. مواد 95-97-124 ق.م.ی- کاربرد ید در مواقع تنازع از نظر قانون مدنی ایران:

از نظر قانون مدنی، ید و تصرف مالکانه در صورتی اماره مالکیت است که منازعی نداشته باشد و یا اگر دارد در دادگاه خلاف آن به اثبات نرساند.

- قانون مدعی غایت اماریت ید را تا اثبات خلاف آن دانسته است.

- به موجب ماده ی 36 قانون مدنی در مقام تنازع، شخص متصرف مکلف نیست که منشاء و مبدأ مالکیت خویش را اثبات کند.

## گفتار سوم- «قاعده ی ضمان ید»

### الف- مستندات قاعده:

1. بنای عقلا: عقلا شخصی که مال دیگری را تصرف می کند در مقابل مالک مسئول می داند.

2. سیره

3. حدیث علی الر:

نخست- «فعلى الیذیا احدث حتى تودیة» یعنی بر دست است آنچه را گرفته تا وقتی که آن را ادا کند.

دوم- سند حدیث: این روایت مرسل و سندش ضعیف است. ولی شهرت فتوایی دارد.

✓- از پیشینیان فقط ابن دیرس حلی در کتاب سرائر در چند مورد به حدیث فوق تمسک جسته است. مفاد حدیث از تأسیسات و ابداعات شریعت است. مفاد حدیث:

- مشهور فقها می گویند شارع مقدس به موجب حدیث فوق ضمانت مالی را که مورد استیلا ی غیر قرار گرفته مادام که به مالک بر گردانده نشده به عهده ی مسئولی متصرف قرار می دهد.

✓ مفاد حدیث: حکم وضعی ضمان خواهد بود نه حکم تکلیفی وجوب ادا.

✓ مادام که عناصر لازم برای تحقق امانت شرعی موجود نگردد ید از حالت ضمان خارج نخواهد شد.

سوم- جهل و عهد: تصرف مال اگر عهدي باشد، از مصادیق غصب و دارای عقوبت شرعی و مجازات است. و علاوه بر مسئولیت مدنی مسئولیت کیفری نیز وجود دارد. و اگر تصرف مال غیر عمدی باشد، فقط موجب ضمان حقوقی است و عقوبت و مجازات در پی ندارد. در تحقق این ضمان، تقصیر دخالتي ندارد.

– مبنای این مسئولیت، وضع ید و استیلا بر مال دیگری است اعم از اینکه عالماً عامداً صورت گرفته باشد و یا از روی جهل و غیر عمد. و هر دو مورد (عمد و جهل) در مسئولیت مدنی با یکدیگر مشترکند.

#### ب- ید ضمانی و ید امانی :

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 .  
- فقها مواردی را که به علت فقدان عنصر عدوان از مصادیق غصب محسوب نمی شوند نیز از نظر احکام ملحق به غصب کرده اند.

#### پ- فاعلیت و علیت در فرض تلف:

1. در ضمان ید، علاوه بر اینکه عنصر عمد و تقصیر دخالتي ندارد، در موارد منجر به تلف، رابطه علیت مادی بین فعل متصرف و تلف نیز ضروری نیست.

2. در ضمان اتلاف لازم است که فعل مستقیماً به تلف کننده مستند گردد نه به علت و موجب دیگر

3. در ضمان ید محور ضمان «اصل استیلا و وضع ید بر مال دیگری است، نه تلف شدن مال»

4. در قاعده ی اتلاف، محور ضمان از بین بردن مال دیگری است.

#### ت- ضمان منافع:

- مالک را بوحنیفه معتقد بوده اند 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 «الْخَرَجُ بِالْضَمَانِ» یا قاعده ی «مِنْ عَلَيْهِ الْغَرَمُ فَلَهُ الْغَنَمُ» بوده است.

- مشهور فقهای امامیه بین ضم ان عین و مالکیت منافع ملازمه ای قابل نیستند، شافعی و حنبلی هم با این نظر موافقت .  
مثال: 1. گاه شخص مالک منفعت می شود بدون اینکه ضامن عین باشد. مثل مستأجر.

مثال 2. گاه شخص ممکن است ضامن عین شود در حالی که مالک منافع نیست مانند سارق.

✓ موارد غصب و استیلا بدون مجوز مالی بر مال غیر، مشمول این روایت نیست. زیرا استفاده از مال دیگری بدون اذن او با بالاجماع جایز نیست.

#### 1- منافع مستوفات و غیر مستوفات:

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

دوم- منافع غیر مستوفات: آن دسته از منافع ممکن الحصول که شخص متصرف با استیلا ی خود بر مال بهره برداری از آن را از مالک سلب کرده و خود هم بهره مند نشده است، مثل آنکه شخص در خانه دیگری را بدون اجازه ی او قفل کند و یا اتومبیل او را در پارکینگ منزل خود نگه دارد.

✓- در مورد منافع مستوفات، بی تردید نظر فقهای امامیه این است که شخص متصرف ضامن است، خواه تصرف عدوانی باشد (غصب) و خواه غیر عدوانی مانند (مورد مقبوض به عقد فاسد).

- ✓ در منابع غیر مستوفات، گروهی از فقها به ضمان معتقد نیستند، اما در همین فرض هم مشهور قائل به ضمان هستند.
- ✓ مستند مشهور فقهای امامیه نسبت به ضمان منافع، اعم از مستوفات و غیر مستوفات، عموم قاعده ی علی الید است.
- ✓ شیخ انصاری نظریه مشهور را مورد انتقاد قرار داده و مشمول قاعده ی علی الید را بر منافع مخدوش می داند.
- با توجه به استدلال شیخ: صدق اتلاف در منافع مستوفات و تسبب در منافع غیر مستوفات، دارای وجاهت عرفی است.
- ✓ قاعده ی احترام می تواند مستند خوبی برای ضمان منافع به خصوص منافع مستوفات باشد.
- ✓ قانون مدنی ایران در ماده ی 320 از نظریه مشهور فقهای امامیه پیروی کرده و منافع را مطلقاً قابل مطالبه دانسته است.

✓ نکاتی در رابطه با منافع غیر مستوفات:

نخست- عدم النفع از نظر فقه قابل مطالبه نیست.

دوم- منافع غیر مستوفات عبارت است از منافع ممکن الحصول.

سوم- عدم النفع مثل این است که شخص مدعی گردد که اگر زمینم غصب نشده بود می توانستم آن را بفروشم و ...

## 2- منافع گوناگون و متصادم:

نخست- 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...

دوم- به نظر فقها، غاصب ملزم به پرداخت قیمت منفعتی است که منفعت معمول و متعارف آن مال است است.

- سؤال اگر منافع متعدد جملگی متعارف و قیمت ها متفاوت باشند غاصب به چه قیمتی ملزم خواهد بود؟

جواب: به نظر می رسد در این فرض، غاصب باید قیمت منافع گرانتر را پرداخت کند.

سؤال: اگر یکی از منافع مال مغضوب مورد استیفای غاصب قرار گیرد، در حالی که دارای منافع متعدد باشد غاصب چه قیمتی را باید بپردازد؟

جواب: بعضی معتقدند غاصب به قیمت همان منفعتی که بهره مند شده مدیون خواهد بود.

✓ امام خمینی معتقد است، غاصب همواره ملزم به پرداخت قیمت منفعت گرانتر است هر چند منفعت ارزانتر استیفا شده باشد.

## 3- ضمان محدودیت از کار: مشهور فقها معتقدند در این مورد، ضمان وجود ندارد.

- مقدس اردبیلی و سید بحر العلوم و همچنین سید محمد کاظم طباطبایی یزدی گفته اند ضمان وجود دارد.

- از نظر قضایی: بیشتر مبتنی بر عدم ضمان منافع است.

## 4- ضمان کار در قوانین جاری: در قانون مدنی حکم ضمان کاری که به قهر و زور استیفا شده و به اصطلاح، بیگاری

مطرح نگردیده است.

- علت عدم طرح آن این است که موضوع جنبه ی جزائی نیز دارد.

ث- شیوه ی ابراء ذمه:

## 1- بازگرداندن اصل مال در صورت موجود بودن آن.

2- جبران خسارت در صورت ناقصی و یا معیوب شدن مال.

✓ هرگاه مال مغضوب چنان تغییری نکند که عرفاً نام اولیه خود را از دست بدهد، مثل ذبح کردن گوسفند، به نظر فقهای امامیه غاصب ملزم به پرداخت تفاوت قیمت است. م. 330 ق.م.

3- پرداخت بدل در صورت وجود عین و عدم امکان رد آن (بدل حیلوله) - م. 311 ق.م.

4- پرداخت معادل در صورت تلف عین: نخست- دادن مثل دوم- پرداخت قیمت - م. 311 ق.م.

ج- تعریف مثلی و مقیمی:

1- مثلی آن است که اجزایش از نظر قیمت به نسبت متساوی باشد- در قیمی تناسب وجود ندارد.

2- مثلی آن است که افرادش از نظر صفات و آثار و قیمت متساوی باشد- قیمی چنین نیست.

3- تعیین مثلی و قیمی موکول به عرف است- ظاهراً مصنوعات کارخانه ها در عصر حاضر مثلی است . کما اینکه کالاهایی نظیر روغن حیوانات و جواهر و نفود قیمی هستند.

چ- گران شدن قیمت تالف:

علامه حلی تصمیمی نمی گیرد و شیخ انصاری به ضمان ید استناد می کند.

ح- تعذر مثل در مثلیات :

1- فرض مطالبه مالک : تعذر در مثلیات برای ضامن، مثل تبدیل به بدل یعنی قیمت می گردد و بیش از آن مسئولیتی متوجه ضامن نیست ،دلیل آن جمع بین حقیین است.

2- فرض عدم مطالبه مالک: به نظر شیخ انصاری مقتضای این اطلاق، ملزم ساختن مالک به قبول قیمت، علی رقم عدم مطالبه ی وی، فاقد توجیه فقهی است، و مثل، با نایاب شدن ساقط نمی گردند.

خ- قیمت تالف: (مال تلف شده):

1. گروهی عقیده دارند روز استیلا باید توسط ضامن به مالک پرداخته شود.

2. گروه دیگر بالاترین قیمت بین فاصله ی زمانی استیلا و تلف را به عهده متصرف می داند.

3. گروه سوم قیمت روز تلف را ملاک گرفته اند (صاحب جواهر).

4. گروهی معتقدند، متصرف باید قیمت روز پرداخت را به مالک تسلیم دارد= منطقی تر است.

✓- به نظر حقوقدانان مکتب کامن لا:

نخست- در تصرف غاصبانه به علت وجود سوء نیت متصرف ← بالاترین قیمت پرداخت می شود.

دوم- در تصرفات غیر غاصبانه به علت عدم سوء نیت ← قیمت یوم الاداء

د- تعاقب ایدی:

یعنی پشت سر هم قرار گرفتن دست ها.

✓ - رابطه ی مالک با غاصبان :

1. فقها عقیده دارند که در این حالت اگر عین باقی باشد، مالک آن را در دست هر کس ببیند می تواند مطالبه کند. و رعایت

ترتیب به هیچ وجه الزامی است.

2. اگر مال مغضوب در وضعیتی قرار گیرد که دسترسی مالک به آن ممکن نباشد مالک حق دارد به غاصب اول مراجعه کند.

3. اگر مال مغضوب تلف شود، کلیه ایادی در قبال تلف مال ضامن هستند.

ذ- رابطه ی غاصبان با یکدیگر:

چنانچه شخص در حین معامله با غاصب قبلی، به غصبی بودن مال آگاه بوده، ضمان غاصب اول به او منتقل و شخصاً در مقابل مالک ضامن است.

ر- ید صغیر و ید مجنون:

هرگاه صغیر یا مجنونی در مال دیگری تصرف غاصبانه کند، ضامن خواهد بود.

احکام بر دو قسمند:

1. تکلیفی که اختصاص به بالغ عاقل دارد. مانند حرمت و وجوب.

2. وضعی: شامل همه می شود حتی صغار و مجانین مانند ضمان.

### گفتار چهارم- «قاعده ی استیمان»

در حقیقت استثنایی بر قاعده ی ضمان ید است. این گونه استیلا را ید امانی گویند.

- مفاد اجمالی قاعده : چنانچه شخص بر مال دیگری با شرایط خاصی استیلا یا به مادام که تعدی یا تفریط نکند، ضامن نیست.

- انواع مختلف ید امانی: ید محسن- ید مستأجر- ید مستعیر- ید مستودع

الف- مستندات قاعده:

1- روایات:

نخست- کلی: بر شخص امین جز سوگند چیزی نیست.

دوم- خاص: مثل بلب و دیعه - عاریه - اجاره .

2- احسان : بر شخص محسن نباید سخت گیری کرد : چنین اشخاص ضمان ندارند . تمام موارد ید امانی از مصادیق قاعده احسان نیست، مثل عاریه.

ب- ماهیت حقوقی ید امانی و عناصر آن:

1. هرگاه مال توسط مالک یا قائم مقام قانونی و شرعی او به دیگری تحویل و اجازه ی وضع ید به او داده می شود، بدون آنکه برای آن عوضی ملحوظ گردد، ید گیرنده ید امانی است.

2. وجود اذن مالک و یا قائم مقام قانونی او و منظور شدن عوض

- در مأخوذ بالسوم- متصرف با اذن مالک در مال تصرف کرده، و در فرض تلف مسئول و ضامن است.

پ- موارد وجود اذن:

1. مواردی که متصرف از طرف مالک یا قائم مقام شرعی و قانونی او مأذون در تصرف می شود. مثل ید مستعیر

2. مواردی که شرع ولایتاً از سوی مالک اجازه ی تصرف به دیگران می دهد، مثل مال لفظه.

✓ حسبه نیز ید امانی است. و حسبه در مواردی است که امکان اخذ اذن از مالک و یا مراجع شرعی و قانونی وجود ندارد و تصرف شخص در مال دیگری بنا به وظیفه ی شرعی و عمل به موقوف است، مثل اراده ی مال غیر در غیاب او.

✓ در عقد اجاره، معاوضه میان منفعت و اجرت برقرار می گردد نه میان عین و اجرت.

✓ در حسبه و لفظه، اجازه ی تصرف از سوی شارع صادر می گردد.

ت- تعدی و تفریط:

- اگر امین تعدی و تفریط کند- ضامن است. م. 951 و 952 ق.ج.

- تعدی جنبه ی اثباتی و فاعلی دارد.

- تفریط: جنبه ی منفی و ترک فعل دارد.

ث- تلف و نقص در فرض تعدی و تفریط به عهده ی متصرف است. و ید او از حالت امانی به ضمانی

تبدیل می شود. م. 493 ق.ج

ج- اثر تعدی و تفریط به عقود امانی:

رابطه ی حقوقی ناشی از عقود فوق با تعدی و تفریط مختل نمی گردد، هر چند متعدی ضامن باشد.

چ- وضعیت عمل حقوقی انجام شده توسط وکیل در زمان تعدی و تفریط:

عمل حقوقی انجام شده توسط وکیل درست است هر چند که به محض تعدی و تفریط، ید وکیل، ضامنی شده است.

سوال - در فرض تعدی و تفریط وکیل، رابطه ی ضمانی تا چه وقت باقی است؟

جواب- تا قبل از انجام عمل مورد وکالت یعنی وقوع بیع، ضمان باقی است.

-پس از وقوع بیع:

نخست- به نظر محقق ثانی ضمان متعدی مادام که عین توسط وکیل تسلیم مشتری نشده، کماکان باقیست، و پس از تسلیم ضمان مرتفع می گردد چرا که احتمال دارد با تلف قبل از قبض، بیع منحل گردد.

دوم- به نظر سید محمد کاظم طباطبایی، با توجه به بقای رابطه ی وکالت و انجام صحیح بیع به مقتضای وکالت، ضمان به محض عقد بیع پایان می پذیرد.

ح- وضعیت ید امانی پس از عدول از تعدی و تفریط و بازگشت به حالت اول (امانی به ضمانی و برگشت به

امانی):

1. مشهور امامیه معتقدند که ید در فرض فوق ضمانی است و ضمان ناشی از حالت تعدی و خروج از اذن مالک کماکان

باقی است (قاعده ی استصحاب)

2. گروهی از فقها گفته اند: تردید و شبهه در این مورد از مصادیق شبهات حکمیه است و استصحاب در شبهات حکمیه نیست.

✓ نظریه مورد اختیار: نظریه عدم ضمان اقوی است و ید امانی باقی است.

خ- بار اثبات تعدی و تفریط بر عهده ی کیست؟ مالک نسبت به امین

د- دسته بندی اقسام بند:

## [VARAMIN-TPNU-AC.VCP.IR](http://VARAMIN-TPNU-AC.VCP.IR)

### دانشگاه پیام نور مرکز ورامین - رشته حقوق

Varamin\_news@live.com

1. ید امانی، و این در مواردی است که دو عنصر اذن و مجانیت وجود داشته است.
- 2- ید ضمانی عدوانی: این در مواردی است که عنصر اذن مفقود و علاوه بر آن عنصر عدوان موجود باشد (غصب)
3. ید ضمانی غیر عدوانی: در مواردی که یکی از دو عنصر لازم برای تحقق ید امانی مفقود است و عنصر عدوان نیست .
- د- نمونه هایی از ید ضمانی غیر عدوانی:
  - 1- مقبوض به عقد فاسد: هر چند تعدی و تفریط نشده باشد- مستند آن ضمان ید است.
  - ✓ معوض بودن، بدین خاطر ید را مشمول ایادی ضمانی قرار می دهد و مانع می شود که داخل در ایادی امانی گردد ، که متصرف اقدام بر ضمان کرده است و فقها بر ضمان ید موضوع اقدام را افزوده اند.
  - ✓ در قانون مدنی ایران، ضمان مقبوض به عقد فاسد در حکم غصب محسوب می شود. م 308 ق.م.
  - ✓ ضمان درک مرتبط با ضمان مقبوض به عقد فاسد است. م 390 ق.م.
  - 2- مأخوذ بالسوم: در آن شخص ضامن است.
  - ✓ ید قابض از مصادیق ید امانی است.
  - 3- ید بایع نسبت به عین و ثمن در فرض تلف مبیع قبل از قبض: ید بایع ضمانی است.
  - ✓ تفاوت در شیوه ی ابراء ذمه نسبت به مبیع آنجا که ثمن وجود دارد ، این است که به موجب قاعده ی تلف بیع قابل از قبض، مادام که عوض المسمی موجود است بایع باید با تحویل، ذمه ی خود را بری کند، نه باتحویل عوض المثل.
  - 4- ید زوج نسبت به مهریه: م 1084 ق.م مبنای ضمان: ضمان ید است.

ر- موارد قابل بررسی:

- 1- ید صنعتگران و کارگران : حتی بدون تعدی و تفریط هم ضامن هستند زیرا مشمول قاعده ی اتلاف است.
- 2- ید باربر:
- نخست- نظر گروهی بر این است که ید، ضمانی است و مشمول قاعده ی اتلاف است.
- دوم- نظر گروهی بر این است که ید امانی است و این نظر صحیح تر است.
- ✓ در اینکه ید باربر ید ضمانی نیست بلکه امانی است، اختلافی وجود ندارد. بلکه اختلاف در صدق اتلاف و عدم آن است .

### گفتار پنجم- «قاعده ی اتلاف»

✓ از دیدگاه فقه شیعه موجبات ضمان قهری سه چیز است: ضمان ید - اتلاف - تسبیب.

الف- مستندات قاعده :

1. کتاب: آیه شریفه «ضمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم....»

2. روایات: مثل «مامن اتلف مال الغير فهو له ضامن» .

- اتلاف حقیقی: آن است که شخص مال دیگری را به کلی از بین ببرد.

- اتلاف حکمی: نفس مال از بین نمی رود: بلکه با بقای اصل مال مالیت آن نابود می شود. «اتلاف حکمی مشمول ضمان عدوان یا اعتداست»

مال: در فقه «المال مایهذیل بلزائه المال»

- نظر بهتر ← مال چیزی است که نزد مردم مطلوب است و به طور مستقیم و غیر مستقیم نیازهای آنان را برطرف می کند .
- ضامن: وقتی چیزی تلف می شود وجود اعتباری اش برعهده متلف قرار می گیرد و این معنای ضمان واقعی است.
3. اجماع: در اصل ضمان ناشی از اتلاف، فقها ارجاع دارند. از اقسام اجماع، میریند و مدرکی اعتبار ندارد.
- 4- بنای عقلا:

ب- تفاوت ضمان اتلاف و ضمان ید:

- 1- در اتلاف محور مسئولیت از بین بردن مال دیگری است و این امر ملازمه با تصرف در مال ندارد.
  - 2- در ضمان ید مسئولیت متوقف بر اتلاف و از بین بردن مال نیست، بلکه صرف وضع ید و تصرف و استیلا بر مال غیر موجب ضمان است.
  - 3- در اتلاف وجود اعتباری مال که تلف می شود بر ذمه قرار می گیرد و متلف باید از این ذمه و عهده میوی شود.
  - 4- نسبت بین قاعده ی اتلاف و ضمان ید عموم و خصوص من وجه است.
- مصداق صورت اول که ضمان ید هست و ضمان اتلاف نیست ، جایی است که انسان بر مالی دست گذاشت ه و هنوز عین آن باقی است و در اثر سهل انگاری مال به خودی خود تلف می شود.
- مصداق در صورت دوم که ضمان ناشی از اتلاف وجود دارد و وجود ید نیست. (شکستن شیشه همسایه).
- مصداق در صورت سوم که هر دو ضمان وجود دارد ، شخص پس از استیلا بر چیزی ، آن را به دست خود تلف می کند و یک ضمان وجود دارد. صاحب مال به غاصب رجوع کند او نیز حق مراجعه به متلف را خواهد داشت.
- ج- نقش عمد و قصد در ضمان اتلاف:

در ضمان اتلاف تقصیر شرط نیست ولی انتساب شرط است. م. 321- 329- 330 ق.م.

**گفتار ششم- «قاعده ی تسبیب»**

✓ در حقیقت تسبیب نوعی اتلاف است.

✓ در تسبیب، عمل مسبب مع الواسطه سبب می شود که مال غیر از بین برود.

✓ در مورد سبب گفته شده هر چیزی که از وجودش وجود دیگری لازم نیاید ولی از عدمش عدم دیگری لازم بیاید.

✓ نخستین بار در قرن پنجم در آثار شیخ طوسی و ابن براج مسأله اجتماع سبب و مباشر به چشم می خورد.

**الف - مستندات قاعده:**

1- اتفاق و اجماع فقها 2- اخبار

ب- عناصر تسبیب:

- 1- دخالت عمد و قصد : اگر مدارک قاعده روایات باشد «اعمال عمدی و غیر عمدی» ق.م. 334 م و اگر مدارک قاعده اجماع باشد، فقط اعمال عمدی را شامل می شود.

✓ مدرک قاعده ضمان تسبیب بیش تر روایات است نه اجماع و اگر هم اجماع باشد استقلالی ندارد.

2- اجتماع مباشر و سبب : اگر مباشر عاقل و مختار بوده و به فعل خود نیز توجه داشته باشد ولی به نتیجه ی آن آگاه نباشد سه حالت وجود دارد:

نخست- مباشر مغرور یا مکره نباشد ← در این صورت ضامن است.

دوم-مباشر مغرور و فریب خورده باشد ← ضمانی ندارد.

سوم- مباشر مکره باشد ← ضمان ندارد.

✓ معیار، انتساب عمل است و عمل به هر کس منتسب باشد، او ضامن است.

### ج- اتلاف منافع:

سؤال آیا مستأجر می تواند از شخصی که اجیر برای او کار کرده عوض منافع خویش را مطالبه کند؟.

- به نظر مرحوم طباطبایی خیر - اعم از آن که آن شخص عالم به حال باشد یا جاهل.

- طباطبایی یزدی در یک مورد مسئولیت شخص ثالث را می پذیرد و آن موردی است که غرور واقع شده باشد.

### د- اجتماع اسباب: نظرات:

1. سبب مقدم در تأثیر ضامن است سنگ بغل چاه.

2. همه ی اسباب ضامنند - مورد پذیرش آیت الله خویی و امام خمینی (ره)

3. سبب مؤخر در وجود ضامن است - عکس نظریه اول

4. سبب اقوا ضامن است. فاضل هندی .

### نقد و بررسی:

1. اقوا بودن در تسبیب بدون شک یک اصل است.

2. در موارد اسباب متعدد باید حکم به جمع ضمان داد و استدلال محقق حلی کاملاً قوی است. قاعده ی عدل و انصاف .

### گفتار هفتم-«قاعده ی لا ضرر»

#### الف- مستندات قاعده:

1- عقل: مهمترین دلیل برای نفی ضرر و ضرار- منبع چهارم فقه یعنی عقل است.

2- کتاب: «مثلاً لا تمسکوهن ضراراً لتعتدوا»

3- روایات: معروف ترین روایات در این مورد مربوط به داستان سمره بن جندب است.

✓ علت و حکم اعتبار حق شفعه در حقوق اسلامی برای شریک همان لزوم نفی ضرر و ضرار است.

#### ب- معنای ضرر و ضرار:

نخست-معنای ضرر : صحاح اللغه ضرر را خلاف نفع می داند.

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

سوم- نهاییه ابن اثیر و مجموع البحرین ضرر را نقص در حق دانسته است.

چهارم- نائینی معتقد است ، ضرر عبارت است از هر نقصان در مال یا آبروی ا جان فرد دیگر ولی در مورد نفس و مال کلمه «ضرر» استعمال می شود اما در فقدان احترام و آبرو کلمه ضرر کمتر استعمال می شود.

پنجم- به نظر امام خمینی (ره) ضرر به معنای ضد نفع و مقابل نفع است.

1- معنای اول ضرر: مجازات بر ضرری است که از جانب دیگری به انسان می رسد.

2- معنای دوم ضرر: ضرر رساندن متقابل دو نفر است.

3- قول سوم این است که ضرر در مواردی است که شخص به دیگری ضرر می رساند تا خودش منتفع گردد و ضرر در مواردی است که با ضرر رساندن به دیگری، نفی عاید شخص نشود.

4- قول چهارم- ضرر و ضرار دارای معنای واحد هستند.

✓ در معنای پنجم- ضرر 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 است.

✓ به نظر امام خمینی (ره) فرق ضرر و ضرار: غالب استعمالات ضرر و مشتقات آن مالی یا نفسی است و لی کاربرد ضرار و مشتقاتش در تضییق، هرج- سختی و غیره شایع و رایج است.

✓ در قرآن مجید هم هر جا کلمه ی ضرر استعمال شده به معنای ضرر مالی و جانی آمده است ولی هر جا کلمه ی ضرار آمده به معنای تضییق و ایصال حرج است.

✓ نظریه مورد اختیار در مورد ضرر و ضرار: ضرر شامل کلیه خسارت ها و زیان های 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 تعبیر می شود.

ج- معنای «لا» در قاعده ی لاضرر:

1. نظریه مرحوم شیخ مرتضی انصاری: چون ضرر واقعاً در خارج وجود دارد بنابراین لازم می آید که لا در جمله ی لاضرر و لاضرار لای نفی جنس حقیقی نباشد. ولی معتقد است که کلمه حکم در جمله م حذف شده است و مقصود ایشان این است که چون حکم ضرری در اسلام وجود ندارد، پس اصولاً در اسلام ضرر موجود نیست.

2- نظریه مرحوم محقق خراسانی: به نظر ایشان در جمله لاضرر نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع ، که نظایر آن در اخبار و حتی در آیات قرآن مجید زیاد است.

- فرق دو نظر فوق: در نظریه اول آنچه برداشته شده است، متعلق حکم و به عبارت دیگر خود موضوع است هر چند به انگیزه نفی حکم ولی در نظریه دوم حکم مستقیماً برداشته می شود.

- هرگاه موضوع ضرری نباشد- ولی حکم ضرری باشد ، در این صورت بنابر نظریه دوم قاعده لاضرر شامل مورد نیست زیرا خود موضوع باعث ضرر نیست، تا حکمش برداشته شود، ولی طبق نظر اول اگر خود حکم صادر شده از ناحیه شارع موجب ضرر باشد آن حکم برداشته می شود.

3- نظریه مرحوم شریعت اصفهانی: به نظر ایشان لا در جمله ی لاضرر و لاضرار در واقع به معنای مجازی استعمال

گردیده و در مقام نهی است.

- ایرادات نظریه فوق:

در علم نحو استعمال لا در جمله اس میه به معنای نهی، برخلاف فصاحت است. زیرا معنی حقیقی لا، نفی است و به همین معنا باید استعمال شود. مثل جمله لا اله الا الله، که لا در این جمله وجود هر خدایی غیر از خدای یکتا را نفی کرده است.

4- نظریه مرحوم نراقی: به نظر ایشان استعمال لا در جمله ی لا ضرر و لا ضرار در معنای اصلی است با این قید که مقصود از ضرر، ضرر غیر متدارک است یعنی ضرر غیر متدارک در اسلام وجود ندارد.

✓ بنابراین اضرار به غیر یکی از اسباب ضمان است همانند اتلاف- تسبیب- غصب و غرور.

## 5- نظریه امام خمینی (ره): مقدمات این نظریه:

- ✓ مقام اول رسول خدا (ص) نبوت است و پیامبر از خود ابتکاری ندارد.
- ✓ مقام دوم رسول خدا (ص) ریاست و تصدی امر سیاست یا به اصطلاح مقام اجرایی است.
- ✓ مقام سوم رسول اکرم (ص) قضاوت است. بنابراین حکم مذکور را از جمله احکام حکومتی و اجرایی رسول اکرم (ص) محسوب می کنیم.

- مقایسه نظریه مرحوم شریعت اصفهانی و امام خمینی (ره):

مشترکات: هر دو در جمله ی لا ضرر لا لای نهی دانسته اند. مرحوم شریعت نهی را نهی الهی و از احکام اولیه ولی امام خمینی لا را در مفهوم نهی ولی در غیر احکام الهی می گیرند یعنی احکام ثانویه.

✓ مرحوم شیخ انصاری معتقد بوده که قاعده لا ضرر همه ی احکام ضرری را برداشته است ولی امام خمینی عقیده دارد که این قاعده فقط با قاعده تسلیط معاوضه دارد.

## 6- نظریه مورد اختیار: به نظر می رسد معنای حدیث لا ضرر به کوتاه سخن آن است که ضرر در اسلام مشروعیت

ندارد. ولی عدم مشروعیت مزبور هم شامل مرحله ی قانونگذاری می شود و هم شامل مرحله ی اجرای قانون.

نتیجه گیری:

اولاً: کلمه ی لا در جمله ی لا ضرر و لا ضرار، نافیه است نه ناهیه.

ثانیاً: اختصاصی به ضرر شخص ندارد. بلکه ضرر نوعی را هم شامل می شود.

ثالثاً: احکام شریعت اسلام اعم از تکلیفی و وضعی مبتنی بر نفی ضرر عمومی و نوعی است.

✓ قاعده ی لا ضرر در مقام بیان حکم تکلیفی بر مبنای نهی مردم از اضرار به یکدیگر و ترتب عقاب بر اعمال زی انبار نیست بلکه مفید آن است که، احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع گردیده.

د- تنبیهات:

### 1- تقدیم قاعده ی لا ضرر بر ادله احکام اولیه:

نخست- طبق نظر مرحوم شیخ انصاری، قاعده ی لا ضرر بر کلیه احکام ضرری حکومت داده.

دوم- طبق نظر مرحوم محقق خراسانی در جایی که موضوع متضمن ضرر است حکم متعلق به موضوع برداشته می شود.

سوم- طبق نظریه مرحوم شریعتی: لا، لای نهی است. لا ضرر امری قانونی است.

چهارم- به موجب نظر امام خمینی: اصولاً قاعده ی لا ضرر امری حکومتی و اجرایی است و فقط با قاعده ی تسلیط تعارض

دارد و در مقام معارضه و برخورد. محدوده ی دایره تسلیط را که از احکام اولیه است محدودتر می کند.

✓ به موجب این نظر، قاعده ی لا ضرر در سایر ابواب فقه هیچ گونه نقشی ندارد.

2- تقدیم قاعده ی لاضرر بر قاعده ی تسلیط نظرات فقها بر دو قسم است:

نخست- تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری نیست، ولی موجب انتفاع دیگری است در اینجا قاعده تسلیط حکومت دارد و تصرف مالک صحیح است.

دوم- تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری است که شامل سه فرض است.

اولا- عدم تصرف مالک در ملک خود باعث ضرر مالک می شود که در این صورت قاعده تسلیط حاکم است.

ثانیا- عدم تصرف مالک باعث عدم انتفاعش می شود که بین فقها در این مورد اختلاف نظر وجود دارد جمعی به حاکمیت قاعده تسلیط و گاهی به حکومت قاعده لاضرر معتقدند.

ثالثا- نه عدم تصرف مالک در ملک خودش موجب ضرر است و نه تصرف او موجب نفع برای خودش می شود، در این صورت قاعده ی لاضرر حاکم است.

نقد و بررسی: گاه تصرف مالک در ملک خودش ابتدائاً و مستقیماً مستلزم ضرر یا تصرف در مال دیگری است هر چند به تسبیب یا مباشرت هم نباشد.

3- آیا برای دفع اضرار از خود، اضرار به غیر جایز است؟

در شرایطی می توان پذیرفت و در شرایطی نمی توان، مثل اکراه در قتل برای جلوگیری از ضرر به خود.

4- آیا قاعده ی لاضرر شامل امور عدمی هم می شود؟

- تردیدی نیست که احکام وجودی مشمول قاعده ی لاضررند.

نظرات فقها:

نخست- عده ای از فقها به پیروی از نظر شیخ انصاری معتقدند قاعده ی لاضرر اثبات ضمان نمی کند چون نقش لاضرر این است که حکمی را بردار نه اینکه حکمی را ثابت کند ... (مرحوم نائینی).

✓ به نظر نائینی قاعده لاضرر نقش بازدارنده دارد نه نقش سازنده.

دوم- متقابلاً افرادی مانند صاحب ریاض، با این نظر مخالفند که باید با امعان نظر میان این دو گروه واصلی شود.

نقد و بررسی: نمی توان باور کرد که دایره قاعده لاضرر محدود به رفع احکام و افعال خاص باشد از نوع وجودی و نسبت به مواردی که خلأ قانونی موجب ورود زیان و خسارت می گردد نقشی ایفا نکند.

- امر عدمی را می توان به امر وجودی برگرداند زیرا مثلاً عدم ضمان عبارت اخراج برائت ذمه است و برائت ذمه امری وجودی است، که می تواند مشمول لاضرر قرار بگیرد و توسط آن برداشته شود.

گفتار هشتم- «قاعده ی غرور»

در مکاتب فقهی شیعه اهل سنت؛ ظاهر یه و زحیه معتبر شناخته شده است.

شیخ طوسی نخستین کسی است که از این قاعده استفاده کرده است و پس از ایشان ابن ادریس.

تعریف قاعده ی غرور: هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر بشود و از این رهگذر ضرر و زبانی متوجه او گردد.

✓ به موجب این تعریف لازم نیست که شخص اول قصد نرنگ و خدعه داشته باشد.

✓ در صدق عناوین افعال عمد و قصد شرط نیست.

الف- مستندات قاعده: بعضی از فقها قاعده ی غرور را از فروع قواعدی دیگر مانند لاضرر یا اتلاف و تسبیب می دانند. اکثراً آن را قاعده ای مستقل دانسته، برایش مستندات مستقل ارائه داده اند.

1- روایات: مثل فرموده ی پیامبر (ص) «المغرور يرجع الی من غره»

2 بنای عقلا: در عرف متداول عقلا هرگاه از کسی از عمل دیگری گول بخورد و زیانی متحمل شو د به گول زننده مراجعه و مطالبه ی جبران خسارت می کند.

3 اجماع: این مورد منبع غرور نیست.

4- ادله قاعده تسبیب: حاکمیت قاعده ی تسبیب جایی است که بین سبب و مباشر اراده و اختیاری فاصله نیندازد و چنانچه بین سبب و عمل یک اراده فعال وجود داشته باشد مورد از موارد تسبیب نیست بلکه از جمله موارد حاکمیت قاعده غرور است.

5- روایات خاصه.

ب-مدلول قاعده: حاکمیت قاعده ی غرور جایی است که غار عالم به نتیجه مترتب بر عمل خود باشد.

حالتهای غرور:

1. غار و مغرور هر دو به نتیجه ی عمل عالمند از قاعده ی غرور خارج است.

2. مغرور عالم و غار جاهل است. از قاعده ی غرور خارج است.

3. مغرور جاهل و غار عالم است. مصداق بارز قاعده ی غرور است.

4. در صورتی که هر دو جاهل باشند. بین علما اختلاف است. ولی ضمن ترجیح دارد.

«نایاب»