

## تاملی در شمول موجبات ضمان قهری در فقه<sup>۱</sup>

رحمت فرحزادی

عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، گروه الهیات و معارف اسلامی، واحد شهرری،  
شهرری، ایران

### چکیده

موجبات ضمان در واقع قالب‌های ضمان آور است که هر یک از آن‌ها می‌تواند به ادله متفاوت اعم از نقلی، عقلی و بناء عقلاء استناد یابد. به عنوان مثال مسئولیت در قاعده ید بر اساس تصرف ناروا و در دو قاعده اتلاف و تسبیب، بر اساس ایجاد خسارت ناروا به طور مستقیم یا غیر مستقیم قالب ریزی شده است.

رویکرد به کار گرفته شده در این مقاله می‌تواند مستند به نظرات برخی از فقهای بزرگ باشد. به عنوان مثال: برخی در ضمن قاعده ید، به صراحت بیان داشته‌اند که اکثر احکام ضمان بر اساس نظر عرف استوار بوده و در آن‌ها بجز عرف راهی برای ضمان وجود ندارد که به خاطر عدم ردع شارع به وی نیز نسبت داده می‌شود. برخی دیگر اذعان نموده‌اند، قاعده اتلاف علاوه بر جنبه شرعی قاعده‌ایست عقلی و عرف و عقلاء به آن عمل می‌کنند.

ابتداءً با نشان دادن این که مستندات روایی و نقلی موجبات، خصوصاً قاعده ید، از طرف برخی فقهاء به شدت مورد خدشه واقع شده است. با استناد به کلمات، بناء عقلاء و حکم عقل به عنوان مهم‌ترین و محکم‌ترین مستند فقهی موجبات ضمان پذیرفته است. بنابراین توسعه معنایی ذیل با محذوریت توسعه در مفاد امر نقلی مواجه نخواهد گشت. در مرحله بعد با استناد به ادله غیر نقلی، موجبات ضمان مورد باز خوانی جدید واقع و کوشش می‌شود تا با توسعه معنایی در موجبات یاد شده، هیچ موردی از موجبات ضمان باقی نماند.

### کلید واژه‌ها

قاعده ید، اتلاف، تسبیب، اعتداء، عمل ناروای زیانبار.

### طرح بحث

عنوان موجبات ضمان این انتظار را در خواننده ایجاد می‌کند که تمامی عواملی که ضمان را ایجاد می‌کند، بایستی در بحث از موجبات ضمان مورد بررسی واقع شود. سیره‌ای که فقهای بزرگ در ابتدای ابواب فقهی خصوصاً در بخش معاملات به معنای اعم به آن عمل می‌کنند، خود موید همین نکته است. چرا که می‌کوشند تا در هر باب، جامعیت عناوین فقهی هم چون بیع، اجاره و... را نشان دهند و عدم جامعیت عنوان نسبت به موارد را از کاستی‌های آن عنوان به حساب می‌آورند و حتی المقدور در رفع آن می‌کوشند. بی‌تردید عناوین غیر قراردادی و قهری همچون ضمان قهری نیز از این جهت مشابه دیگر عناوین است.

خواننده مباحث فقهی انتظار ندارد که فقهاء در بحث اتلافات حکمی یا ممانعت از خرید و فروش و کسب، او را به آیه اعتداء و یا قاعده لاضرر ارجاع دهند، قبل از آن که نسبت میان این آیه و قاعده با موجبات ضمان قهری تبیین شده باشد. اگر منع صاحب کالا از خرید و فروش کالایش، ضرر به حساب آید.<sup>۱</sup> آیا نمی‌توان این مورد را تحت عنوان قاعده تسبیب که از قدیم الایام عرف و بناء عقلاء به آن عمل می‌کرده است وارد نماید و شخص مانع را سبب ورود خسارت از ناحیه عدم داد و ستد به حساب آورد؟

و در ضمان منافع حر کسب خصوصاً منافع فائمه و استیفاء نشده آیا نمی‌توان استیلاء عرفی را همان گونه که شامل انسان آزاد در قید و بند که فعلاً فاقد هر گونه آزادی است نیز بدانیم و همچون برخی قواعد نویسان<sup>۲</sup> برای ضمان این مورد به مسیر دشوار تشبیه انسان آزاد به وقف عام که در عین عدم مملوک بودن موجب ضمان است، در نیافتیم؟

نگارنده می‌کوشد تا با بیان اقوال برخی فقهاء، دشواری نقلی دانستن عناوین موجب ضمان را انعکاس دهد؛ آن گاه با استنادات فراوان فقهی نشان می‌دهد که

۱. سید علی بن ابی معاذ، محقق طباطبایی، *ریاض المسائل*، ج ۲، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چ ۱، سال ۱۴۱۸ هـ.ق، ص ۳۱۰.

۲. سید میر عبدالفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۲، ص ۴۲۸، (نرم افزار نور).

عرف و بناء عقلاء محکم‌ترین مستند عناوین ضمان قهری به شمار می‌رود. این پشتوانهٔ بناء عقلاء در هر یک از موجبات خصوصاً قاعدهٔ تسبیب ما را از بسیاری از تشتت‌ها و ابهامات که بعضاً نقل خواهد شد، می‌رهاند و هم چون چراغ روشنی در تاریکی‌ها راه را بر ما می‌نمایاند.

مباحث مربوط به موجبات ضمان قهری و موارد یا مصادیق آن در ابواب پراکنده فقهی هم چون غصب، دیات، اجاره و... مطرح می‌شود و این پراکندگی، پژوهش و بررسی تمامی مصادیق ضمان آور را با مشکل مواجه می‌سازد. همان‌گونه که برخی نویسندگان پیشنهاد کرده‌اند، شایسته است این موارد پراکنده در بابی مستقل تحت عنوان «باب الضمانات» گردآوری شود تا امر پژوهش پیرامون این مسایل تسهیل گردد. با بررسی ابواب مربوطه، این نتیجه به دست می‌آید که فقهاء، به طور کلی موارد ضمان را تحت سه قاعدهٔ فقهی ۱- قاعدهٔ علی الید ۲- قاعدهٔ اتلاف ۳- قاعدهٔ تسبیب مطرح کرده‌اند. قلمروی قاعدهٔ سوم قواعدی چون قاعدهٔ غرور و قاعدهٔ لاضرر را نیز در برمی‌گیرد. قاعدهٔ تعدی و تفریط امین را نیز می‌توان به گونه‌ای به قاعدهٔ علی الید ارجاع داد.

### بررسی مستندات موجبات ضمان قهری

در این بخش تلاش می‌شود تا ضمن بررسی نظرات متفاوت فقهاء در خصوص مستندات این موجبات، خصوصاً قاعدهٔ ید دغدغه‌های موجود در این زمینه، انعکاس داده شود. در این جا مستندات هر یک از موجبات به طور جداگانه بررسی می‌شود.

### مستندات فقهی قاعدهٔ ید

یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی موجبات ضمان قهری، قاعدهٔ علی الید است که مشهور فقهاء اعم از شیعه و سنی آن را روایت شده از پیامبر می‌دانند. در بین جوامع روایی شیعی این روایت در کتاب مستدرک اللئالی به نقل از تفسیر ابو الفتح رازی (روض الجنان فی تفسیر القرآن)، و عوالی اللالی العزیزیه این گونه نقل شده است: «روی

سمره عنه (ع) انه قال علی الید ما اخذت حتی تودی. «ترجمه «برید است آن چه گرفته تا زمانی که آن را باز گرداند.»

ابن ابی الجمهور احسانی در کتاب *عوالی اللثالی العزیزیه* در سه مورد این روایت را نقل کرده است. در مورد اول آن را بدون تصریح به نام از پیامبر، و در مورد دوم با تصریح نام پیامبر، ولی به شیوه اول بدون ذکر واسطه و در مورد سوم آن را از طریق سمره از پیامبر نقل نموده است.

شیخ ابوالفتح رازی در کتاب *روض الجنان فی تفسیر القرآن* نقل می‌کند: رسول (ص) گفت: «علی الید ما اخذت حتی تودی.» گفت: «بر دست واجب است آنچه‌ها گرفت تا جایگاه دهد.»

شیخ طوسی در کتاب *المبسوط فی فقه الامامیه* با عبارت روی عن الحسن و در جایی دیگر با عبارت روی سمره، این روایت را آورده است. بی‌مناسبت نیست که وضعیت این روایت را از حیث سند و صحت و سقم مورد بررسی قرار دهیم. دیدگاه فقهاء در ارتباط با مستندات این قاعده بسیار متفاوت است. برخی اساساً قاعده را بی‌نیاز از جستجوی سند دانسته، در مقابل برخی دیگر قاعده را فاقد مستند روایی می‌دانند. در ادامه، دیدگاه‌های متفاوت را در دو بخش موافقین و مخالفین مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### موافقین سند روایت

دیدگاه برخی موافقین این روایت را از حیث سند بر می‌شماریم:

۱. مراغی در *العناوین*<sup>۱</sup> می‌نویسد: این روایت نبوی که عامه و خاصه آن را پذیرفته‌اند، قبولشان به گونه‌ای است که بی‌نیاز از ملاحظه سند و صحت آن است و به موارد قطعی الصدور ملحق شده و اصحاب بر آن اجماع نموده‌اند.

۲. فاضل نراقی در کتاب *عوائد الایام*<sup>۱</sup> می‌نویسد: گر چه سند این حدیث به خاطر مرسل بودن قابل اثبات نیست، ولی شهرت آن بین اصحاب و قبول و استدلال به آن توسط اصحاب، ضعف آن را جبران می‌کند.
۳. محقق بجنوردی در کتاب *القواعد الفقهیه*<sup>۲</sup> می‌گوید: بعد از شهرت این حدیث در بین فقهاء و قبول و عمل آن‌ها، حدیث موثق الصدور گشته و بعید نیست که بگوئیم، عمل آن‌ها موجب قطع به صدور می‌شود. پس بحث از صحت و ضعف سند آن موردی ندارد.
۴. آقای مکارم نیز در کتاب *قواعد*<sup>۳</sup> ضعف سند روایت را با عمل مشهور از فریقین منجبر می‌داند.
۵. آقای مصطفوی در کتاب *ماه قاعده*<sup>۴</sup> اساساً به خاطر ارسال نبوی، آن را دارای سند نمی‌داند تا ضعف آن با عمل اصحاب جبران شود.

### مخالفین سند روایت

فقهاء ذیل را می‌توان از جمله افرادی دانست که در صحت این روایت مناقشه نموده‌اند:

۱. امام خمینی در کتاب *البیع*<sup>۵</sup> سند این روایت را به چالش می‌کشد و می‌گوید: «بین متأخر المتأخرین مشهور است که سند این روایت به عمل قدما جبران می‌شود.» ولی قبول این نظر مشکل است، چرا که ظاهراً سید علم الهدی، شیخ الطایفه و سیدین زهره این روایت را به عنوان احتجاج بر عامه آورده‌اند، نه این‌که در حکم خویش به آن استناد نموده باشند. ایشان این احتمال که به مسلمات

۱. احمد بن محمد مهدی نراقی، *عوائد الایام*، ۳۳، (نرم افزار نور)، صص ۱۰۹-۱۱۰.

۲. میرزا حسن بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ج ۴، قم، نشر الهادی، چ ۱، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۵۴.

۳. ناصر مکارم شیرازی، *قواعد*، ج ۲، قم، مدرسه امیرالمؤمنین، چ ۳، ۱۴۱۱ هـ.ق، ص ۲۳۵.

۴. محمد کاظم مصطفوی، *ماه قاعده*، قم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چ ۴، ۱۴۰۳ هـ.ق، ص ۱۷۵.

۵. سید روح الله موسوی خمینی، *البیع*، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ص ۳۷۲.

بین فریقین احتجاج شده باشد را ضعیف دانسته و اضافه می‌کند: «جبران ضعف سند نیاز به اثبات داشته و صرف احتمال مشکلی را حل نمی‌کند.»  
وی در ارتباط با تحول تاریخی نگرش به این روایت می‌نویسد: «گو این که وضعیت این حدیث از دوره قدما تا عصر حاضر متفاوت بوده است. در عصر سید و شیخ خبری بوده که در مقام احتجاج بر اهل سنت نقل می‌شده است. بعدها در عصر متأخر مورد تمسک واقع شده و بعد در عصر دیگر از مشهورات گشته و در این دوره‌ها از مشهورات مورد قبول دانسته شده است، تا جائیکه گفته شده بحث از سند آن شایسته نیست.»<sup>۱</sup>

امام خمینی در نتیجه گیری از بحث خود می‌گوید: «اعتماد به این روایت مشکل است و جزم و یقین این ادویس گر چه ممکن است به خاطر اجتهاد و یافتن قرائن باشد، ولی چه بسا برای ما مفید علم و عمل نباشد و اعتماد محققین از اصحاب بعد از ابن ادویس تا زمان ما درحالی که به ضعف روایت توجه داشته‌اند، نیاز به جبران ضعف آن دارد و این امر ممکن نیست مگر با اعتماد قدماء اصحاب به روایت و اثبات اعتماد قدماء با شهادت محققین بعدی دشوار است.»<sup>۲</sup> ایشان در نهایت می‌گوید: "تا به حال ندیده‌ام که علامه- درکتبی که از ایشان نزد من است- برای اثبات حکم به این حدیث استناد کند و تمسک به آن را آن گونه که حکایت شده است از ابن جنید نقل نموده است و ادامه می‌دهد: شهرت بعد از علامه فایده‌ای ندارد."<sup>۳</sup>

۲. آیه الله خویی در کتاب *مبانی عروة الوثقی*<sup>۴</sup> در بحث مساقاة در رجوع مالک

به عامل و غاصب می‌گوید: «نمی‌توان به عامل، در تمام ثمره مراجعه نمود، چون

۱. همان، ص ۳۷۵.

۲. همان.

۳. همان، ص ۳۷۶.

۴. سید ابوالقاسم موسوی خوئی، *مبانی عروة الوثقی*، ج ۲، تقریر سید محمد تقی خوئی (نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع))، ص ۶۶.

۵. سید ابوالقاسم خویی، *المعتمد فی شرح المناسک*، ج ۲، تقریر سید رضا موسوی خنی لی (نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع))، ص ۳۰۰.

دلیل ضمان در این جا منحصر به بناء عقلا است بخاطر این که کراراً مشخص شد که بر قاعده علی الید نمی‌توان اعتماد نمود. چرا که روایت بودن آن ثابت نشده چه رسد به دلالتش... وی در کتاب *المعتمد فی شرح المناسک*<sup>۵</sup> نیز پیرامون قاعده علی الید نظر خود را چنین بیان می‌کند: «مبنای ضمان حج گذار در صورتی که ثلثی از قربانی را به صدقه و هدیه ندهد در قاعده علی الید سیره عقلاء است» و اضافه می‌کند: «این قاعده گرچه به دلیل لفظی ثابت نشده ولی بر اعتبار آن سیره [عقلایی] وجود دارد. پس در صورت تفریط به استناد این سیره ضامن است.» آیه الله خویی اعتبار این قاعده را مستند به سیره می‌داند که منظور ایشان همان سیره و بناء عقلاء است که در همه ادوار و اعصار، فرد استیلاء یافته بر مال و جان دیگران را مسئول خسارت به بار آمده می‌داند.

۳. حاج آقا مصطفی خمینی در بحث از مستندات ضمان مقبوض به بیع فاسد در کتاب *البیع*<sup>۱</sup> می‌گوید: «سمره بن جندب که شقی‌ترین مردم است آن را نقل نموده است... و حدیث پس از اضطراب متن آن در نهایت اشکال است.» و در جایی دیگر<sup>۲</sup> می‌گوید: «با اشکال سندی و اختلاف در نسخه در باب ضمانات چاره‌ای جز اسقاط روایت به طور کلی باقی نمی‌ماند.»

### بررسی مستند قاعده

همان گونه که به تفصیل مشاهده شد، بسیاری از فقهاء اعتبار روایی این قاعده را با چالش‌های جدی مواجه می‌سازند و آن را برای استناد فاقد صلاحیت دانسته و اعتبار آن را بیشتر مستند به بناء عقلاء می‌دانند. آخوند خراسانی با تعبیر اکثر موارد<sup>۳</sup> و محقق بجنوردی با تعبیر غالب موارد بر عرفی بودن مسئله ضمان و مسئولیت با تعبیر امضاء شارع تاکید داشتند. چرا که امضاء شارع در مواردی مطرح می‌شود که اصل مسئله، امری عرفی و مطابق بناء عقلاء باشد.

۱. سید مصطفی خمینی، *البیع*، ج ۱، قم، چاپخانه مؤسسه عروج، ۱۴۱۸ هـ.ق.، صص ۱۸۶-۱۸۷.

۲. همان، ج ۲، ص ۴۴۲.

۳. محمد کاظم خراسانی، *حاشیه مکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۱، ۱۴۰۶ هـ.ق.، ص ۸۲.

این نوشتار نیز در این خصوص به حکم مستقل عقل بر لزوم جبران خسارت و بناء عقلاء تکیه دارد و بر این باور است که در این خصوص اگر کلام موثق و قابل اعتمادی نیز از پیامبر(ص) رسیده باشد، نهایتاً به عنوان امضاء بناء عقلاء مطرح خواهد بود. از آن جا که روایت بودن این قاعده و مفاد آن مورد مناقشه فراوان است، در این نوشتار بر بناء عقلاء که مورد اتفاق همگان بوده به عنوان اصل و مبنای ضمان تاکید شده و در مرحله بعد سعی می‌شود با توسعه معنایی در مفاد قاعده علی‌الید و قلمرو آن را با قلمرو بناء عقلاء همسان نمائیم. پس از بررسی مستند قاعده علی‌الید به بررسی مفاد این قاعده می‌پردازیم.

### مفاد قاعده

در تبیین و تفسیر مفاد این قاعده بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. در بررسی مفاد این قاعده این پرسش مطرح است که آیا مفاد قاعده، حکم تکلیفی لزوم رد مال غیر است، یا ضمان و مسئولیت فرد مستولی نسبت به مال دیگران؟

محقق نراقی در *عوائد الایام*<sup>۱</sup> بعد از نقل دو احتمال ضمان و وجوب رد در مفاد حدیث می‌گوید: استدلال به حدیث بر ضمان مثل [قبل از تلف] و ضمان قیمت بعد از تلف، متوقف بر این است که احتمال ضمان را در مفاد حدیث بپذیریم یا این که دلیلی بر تعیین این احتمال وجود ندارد و این احتمال که استدلال فقهاء در اعصار متوالی بر ضمان نشان از قرینه‌هایی در حدیث بر ضمان بوده را نمی‌پذیرد و می‌گوید: این استدلال نه به همه و نه به اکثر فقهاء بلکه صرفاً به کثیر فقهاء منتسب است و آن چه مورد قبول آنهاست حکم شرعی نیست تا به ضمیمه حدس و وجدان قابل تمسک باشد. ایشان تبادل ضمان را نیز در مفاد حدیث رد می‌کند. و در نهایت می‌گوید: «ظاهرتر این است که در مفاد این حدیث کلمه حفظ را در تقدیر بگیریم.» و ادامه می‌دهد: «لااقل مفاد حدیث بین معنای ضمان و حفظ مجمل است.» بنا بر

۱. مولی احمد نراقی، *عوائد الایام*، ص ۳۱۶.



نظر ایشان<sup>۱</sup> مفاد حدیث فقط وجوب حفظ است و حتی «وجوب رد» خارج از مفاد حدیث است.

مراغی در کتاب *العناوین* در رد نظر فاضل نراقی می‌نویسد: «برخی از فقهاء بر این گمان‌اند که این روایت صرفاً بر ضمان عین در صورت بقاء آن دلالت می‌کند... و این گفته فاقد یک نظام استوار است، گرچه از نراقی معاصر صادر شده باشد. برای این که این سخن به دور از مذاق فقه و عرف است. چرا که اگر در درک این خبر بدون توجه به قوانین شرع و قراین کلام شارع صرفاً بر عرف تکیه کنیم بر همین گفته دلالت دارد چه رسد اگر قراین را مورد ملاحظه قرار دهیم.»

وی در جای دیگری از کتاب *العناوین*<sup>۲</sup> مدعی شده است که اصحاب بر معنای ضمان از حدیث اجماع نموده‌اند.<sup>۳</sup> شیخ انصاری نیز در کتاب *المکاسب*<sup>۴</sup> در حمایت از معنای ضمان می‌گوید: «خدشه در دلالت حدیث با این بیان که «کلمة علی» ظهور در حکم تکلیفی دارد، پس دلالت بر ضمان ندارد»، جداً ضعیف است چرا که این ظهور در جائی است که ظرف [علی الید] به فعلی از افعال مکلفین نسبت داده شود، مانند «علیه دین» نه به مالی از اموال.»

امام خمینی در کتاب *البیع*<sup>۵</sup> در ارتباط با نظر شیخ انصاری می‌گوید: «چه استناد ظرف به فعل باشد یا به مال، «علی» ظهور در استقرار برعهده دارد و به آیه «لله علی الناس حج البیت»<sup>۶</sup> استناد می‌کنند.» با این توضیح، گرچه «علی» بر مال وارد نشده، مفاد آن معنای ضمان و تعهد است، نه صرف تکلیف به انجام حج، چرا که صرف تکلیف با مرگ یا زوال استطاعت زائل می‌شود، در حالی که در این مورد بعد از مرگ و زوال استطاعت نیز انجام حج بر عهده متوفی است و باید از اموال وی به جا آورده شود.

۱. همان، ص ۳۱۸.

۲. سید میر عبدالفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۲، ص ۴۱۶.

۳. همان، ج ۲، ص ۴۲۵.

۴. همان، ج ۱، ص ۳۸۶.

۵. سید روح الله موسوی خمینی، *البیع*، ج ۱، ص ۳۷۷.

۶. آل عمران، ۹۷.

فاضل نراقی معنای تکلیفی را ظاهرتر از معنای وضعی می‌داند. در حالی که شیخ انصاری ظهور در معنای وضعی را می‌پذیرد، ولی آن را محدود به مواردی می‌کند که ظرف «علی» افعال باشد نه اموال. در حالی که امام خمینی مفاد «علی» را به طور مطلق ظاهر در معنای وضعی می‌داند، اعم از اینکه وارد بر افعال شده باشد یا وارد بر اموال.

آخوند خراسانی در حاشیه مکاسب<sup>۱</sup> در ارتباط با این که در تعاقب ایادی، اگر مالک به ید سابق مراجعه نمود او نیز می‌تواند به ید لاحق مراجعه نماید، می‌گوید: این امکان مراجعه امری عرفی است و عقل و اعتبار آن را تأیید می‌کند و اخبار نیز از آن ردع ننموده است، پس باید شرعاً به آن ملتزم شد. چنان که این امر (عرفی و عقلی بودن) در اکثر احکام ضمان جاری است. چرا که در آن‌ها راهی به جز از طریق عرف نیست و از آنجا که شارع نیز از آن ردع ننموده، این عدم ردع در هر مورد که دلیل ضمان به طور مطلق آورده شود، کاشف از امضای شارع است.

### شمول قاعده علی الید نسبت به غیر اموال

مراغی در *العناوین* در ارتباط با عرفی بودن و شرعی نبودن مفهوم استیلاء در قاعده می‌گوید: اصحاب عدم ضمان شخص حر را به علت عدم دخول تحت ید دانسته‌اند<sup>۲</sup> و ادامه می‌دهند، اگر منظور عدم دخول تحت ید شرعی است، این نکته صحیح است. ولی منظور از استیلاء در حدیث نبوی استیلاء عرفی است نه استیلاء شرعی. چون اگر معنای دوم مراد بود، ید غاصب [به جهت شرعی نبودن] نباید ضمان آور باشد. از طرفی دیگر ید اولیاء که ید شرعی است، بایستی ضمان آور باشد. اگر مراد این است که حر تحت ید عرفی در نمی‌آید، این سخن پذیرفته نیست. چرا که آزاد بودن و بنده بودن اموری اعتباری است و در صدق عرفی استیلاء دخیل نمی‌باشد. هرکس بر

۱. سید روح الله موسوی خمینی، *البیع*، ج ۱، ص ۸۲.

۲. علی بن حسین عاملی (محقق ثانی)، *جامع المقاصد*، ج ۶، قم، مؤسسه آل‌البیت، چ ۲، ۱۴۱۴ هـ.ق.، ص ۲۲۲.  
زین الدین عاملی (شهید ثانی)، *الروضه*، ج ۷، قم، کتاب‌فروشی دآوری، چ ۱، ۱۴۱۰ هـ.ق.، ص ۲۸. زین الدین عاملی، *مسالك الافهام*، ج ۲، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چ ۱، ۱۴۱۳ هـ.ق.، ص ۲۵۶.

دیگری به گونه‌ای مستولی باشد که با او هر کاری که بخواهد انجام دهد، گفته می‌شود بر او مستولی بوده و تحت ید اوست چه آزاد و چه بنده و اگر استقلال و اراده مانع دخول تحت ید باشد، برده نیز این گونه است.

وی در ادامه چنین نتیجه می‌گیرد که حر اگر چه تحت ید عرفی در می‌آید ولی<sup>۱</sup> به قرینه این که از لفظ «تودی» شیئی مملوک متبادر است، مشمول دلیل ضمان نخواهد بود. مراغی در ارتباط با ضمان منافع، نوع استیفاء شده آن را مشمول قاعده اتلاف می‌داند و در ارتباط با منافع غیر مستوفات می‌گوید: «از آن جا که بر خلاف مشهور حر را تحت ید می‌دانیم، بنابراین در ضمان منافع غیر مستوفات حر با مشکلی مواجه نخواهیم بود، با این که اصحاب قائل به ضمان منافع فائده نیستند.» ایشان می‌گوید: «این توجیه مشهور که منافع حر تحت ید اوست در مورد برده نیز بایستی جاری باشد، با این که اصحاب منافع فائده برده را موجب ضمان می‌دانند.» نهایتاً ضمان حر را به ضمان وقف عام تشبیه می‌کند که در عین ملک نبودن ایجاد ضمان می‌کند.<sup>۱</sup> همان گونه که مشاهده شد، این فقیه مدقق مفهوم استیلاء را بر خلاف مشهور شامل استیلاء بر انسان آزاد نیز می‌داند. نهایتاً به خاطر تبادر اموال از لفظ «تودی» برای ضمان منافع حر، خصوصاً منافع استیفاء نشده وی از راه تشبیه آن به وقف عام، ضمان را به دست می‌آورد حال آن که راه تشبیه منافع انسان آزاد به وقف عام و یافتن وحدت در این مورد برای استخراج حکم شرعی راهی است دشوارتر از توسعه معنای واژه «تودی» بر معنایی وسیع‌تر از آن چه ابتدائاً به خاطر غلبه موارد استیلاء مالی به ذهن متبادر می‌شود. این نکته بعداً مورد بررسی قرار می‌گیرد. از طرفی دیگر همان گونه که مشاهده می‌شود مفاد این قاعده از حیث حکم تکلیفی و یا وضعی بودن مورد بحث و مناقشه است و وضعی بودن مفاد آن مورد اتفاق همگان نیست.

### بررسی مفاد قاعده و نتیجه‌گیری

بزرگترین مشکلی که در توسعه معنایی این قاعده در مناقشات فقهی ذکر می‌شود، این است که در این قاعده واژه «ما» به کار گرفته شده که به موجودات با شعور اختصاص دارد و نمی‌توان آن را به گونه‌ای تفسیر نمود که شامل استیلاء بر انسان‌ها خصوصاً انسان‌های آزاد نیز شود. از طرفی دیگر به کارگیری واژه «تؤدی» نیز که بیشتر در خصوص اشیاء به کار می‌رود، نظریه فوق را تأیید می‌کند.

به نظر می‌رسد با توجه به عقلایی بودن مستند قاعده می‌توان به گونه‌ای در دیدگاه فوق چالش نموده و بکارگیری واژه‌ی «ما» و «تؤدی» را در آن از باب تغلیب به حساب آورد و حکم ناشی از بناء عقلاء را منحصر به استیلاء بر اموال ندانست. از آن جا که اکثر موارد استیلاء در خصوص اشیاء است و استیلاهای نامشروع غالباً در ارتباط با مال دیگران اتفاق می‌افتد تا در ارتباط با خود آن‌ها. از این رو واژگان قاعده بیشتر به سمت و سوی اشیاء جهت‌گیری شده است، بی آن که قلمروی آن و حکم در خصوص استیلائی ناروا مختص به اموال باشد. واژه «تؤدی» نیز بیشتر متناسب با واژه «ما» به کار گرفته شده است. بنابراین می‌توان در قاعده با توجه به استناد به بناء عقلاء قائل به توسعه معنایی شد و موضوع آن را اعم از اشیاء و انسان دانست، خصوصاً با توجه به این که برده از مصادیق «من» به شمار می‌رود، همه فقهاء به اتفاق آن را مشمول قاعده علی‌الید می‌دانند و این خود نشانگر آن است که فقهاء مفاد قاعده و ضمان در آن را منحصر به اشیاء ندانسته و شامل انسان نیز دانسته‌اند. همان گونه که مراغی در *العناوین*<sup>۱</sup> آورده است، منظور از استیلاء در این قاعده امری عرفی است و آزادی و بندگی در صدق عرفی استیلاء نقشی ندارد و با مراجعه به عرف عقلاء می‌توان دریافت هرگاه موجودی به گونه‌ای تحت استیلائی باشد که اختیار امورش به دست فرد مستولی باشد استیلاء عرفی احراز می‌شود؛ خواه این موجود شیء بی جان، حیوان یا انسان باشد. به نظر می‌رسد این توسعه معنایی در قاعده‌ای که مورد پذیرش عرف عقلاء نیز هست می‌تواند در موارد فقهی همچون حبس حر کسوب ابهام‌های

یاد شده در فقه را به راحتی حل نماید و ما را از تردیدهای ایجاد شده برای برخی فقهاء<sup>۱</sup> در استناد به قاعده اتلاف و تفویض و پاسخ به آن برهاند.

### بررسی قاعده اتلاف

یکی دیگر از قواعد فقهی که در مقام ضمان به آن استناد می‌شود قاعده اتلاف است که در بین فقهاء مشهور است. ابتدا به بررسی مفاد و مستندات این قاعده می‌پردازیم: مراغی در *العناوین*<sup>۲</sup> می‌گوید: "در این که اتلاف موجب ضمان است، نیازی به ذکر ادله نبوده و ضرورت و اجماع و نصوص فراوانی که مال، عمل، عرض و خون مسلمان را محترم می‌شمارد، هم چنین ادله نفی ضرر برای ضمان کافی است."<sup>۳</sup> در ارتباط با این قاعده فقهاء اصطیادی بودن آن را پذیرفته و از آیات و روایات بر آن استدلال کرده‌اند و کمتر ادعا شده که مفاد و عبارت این قاعده بخصوص یک روایت باشد. در کتاب *الفقه القواعد الفقهیه*<sup>۴</sup> نیز به آیات «اعتداء»، «فإن عاقبتم» و «جزاء سیئه» استناد شده است. ایشان از دیگر مستندات این قاعده را اجماع قولی و فتوایی و بناء همه عقلاء و سیره و مرتکز اذهان متشرعه می‌دانند.<sup>۵</sup> آیت الله فاضل<sup>۶</sup> نیز این قاعده را مشهور و مورد اتفاق همه فقهاء از تمام فرق دانسته و آن را از ضروریات فقه می‌شمارد، وی ادامه می‌دهد که ظاهراً این قاعده با این عبارت در هیچ روایتی وارد نشده است و ظاهراً در کتب حدیث یافت نمی‌شود. بجنوردی<sup>۷</sup> آن را مورد اتفاق مسلمین و از ضروریات دین می‌شمارد. وی در مورد روایت بودن این قاعده می‌گوید: «ما عین عبارت قاعده را در کتب حدیث نیافتیم، شاید پژوهشگر صاحب نظر یافته و یا بیابد.»<sup>۸</sup>

۱. بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ج ۴، صص ۱۸۴-۱۸۳.

۲. همان، ج ۲، ص ۴۳۴.

۳. سید محمد شیرازی، *الفقه القواعد الفقهیه*، شیرازی، (نرم‌افزار جامع فقه-اهل بیت (ع))، ص ۱۱۹.

۴. همان، ص ۱۲۰.

۵. محمد فاضل لنکرانی، *القواعد الفقهیه*، ص ۴۵.

۶. سید حسن بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، ص ۲۵.

۷. همان، ج ۲، ص ۲۸.

آیت الله مکارم<sup>۱</sup> نیز در این مورد می‌فرماید: «این عبارت همان‌گونه که بزرگان گفته‌اند: در هیچ روایت وارده از اهل سنت و شیعه یافت نمی‌شود. و احتمالی که در این مورد قوی است، این است که این قاعده از روایات فراوان وارده در موارد خاص و بناء عقلاء و غیر آن اصطیاد شده باشد.» سپس به آیات و پاره‌ای از روایات استناد می‌کند. ایشان در استناد به بناء عقلاء می‌نویسد: «این قاعده همانند بسیاری یا تمامی قواعد فقهی علاوه بر اینکه قاعده‌ای شرعی است، قاعده‌ای عقلی است و عقلاء و اهل عرف پیوسته به آن استناد می‌کند ... و هیچ کس منکر این امر نیست و این قاعده کبرای کلی و از مسلمات است و در هر مورد که صغرای اثبات شود، حکم کبری مفروغ عنه است. ایشان حتی دایره قلمرو این قاعده در بین عقلاء را گسترده‌تر از گستره شرعی آن گرفته و در بناء عقلاء منافع انسان آزاد و هم چنین هتک اعراض را نیز در صورت اتلاف، حکم به ضمان می‌نماید.»<sup>۲</sup> و در نهایت می‌فرماید: «به‌جانم سوگند که این [بناء عقلاء] از قوی‌ترین ادله بر مسئله است و از آن جا که شارع نیز از این بناء عقلاء ردع ننموده‌اند، پس این قاعده از لحاظ شرعی نیز اثبات شده است.»<sup>۳</sup> بجنوردی نیز بر اتفاق همه عقلاء استناد می‌کند.<sup>۴</sup>

نکته قابل تأملی که در نوشتار فقیه نامبرده به نظر می‌رسد، گسترده‌تر دانستن قلمرو بناء عقلاء در این خصوص نسبت به قاعده شرعی «علی الید» است احتمالاً کلام ایشان ناظر به مواردی هم چون ضمان منافع انسان آزاد و مسئولیت نسبت به اعراض است، که بر اساس بناء عقلاء بی‌تردید شخص زیان‌کار مسئول است. حال آن که شمول قاعده شرعی «علی الید» بر این گونه موارد، مورد قطع و یقین مشهور فقهاء نمی‌باشد. این در حالی است که نویسنده محترم ضمن سوگند، بناء عقلاء را از قوی‌ترین ادله بر مسئله ضمان بر می‌شمارد. اگر بناء عقلاء جزء قوی‌ترین

۱. ناصر مکارم شیرازی، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، ص ۱۹۴.

۲. همان، ج ۲، ص ۲۰۲.

۳. همان، ج ۲، ص ۳۲.

۴. سید حسن بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، ص ۳۲.

ادله است، این اشکال می‌تواند متوجه نویسنده باشد که چرا در مفاد قاعده قائل به توسعه نشده‌اند در حالی که این توسعه، هیچ محذوریتی را به وجود نمی‌آورد.

### شمول قاعده نسبت به اتلافات حکمی

شمول این قاعده نسبت به اموال عینی یعنی کالاهایی که دارای ارزش حقیقی‌اند در صورتی که عین کالا از بین رود مورد اتفاق فقهاء است و در آن کمتر مناقشه و تردید شده است. ولی در شمولش نسبت به جایی که صرفاً ارزش کالا از بین رفته بدون این که عینیت کالا از بین رفته باشد، مورد تردید واقع شده است، که ذیلاً بررسی می‌شود. اتلاف کالاهای صرفاً اعتباری را نیز می‌توان در این بحث مطرح نمود.

منظور از اتلافات حکمی در مباحث فقهی، اتلافاتی است که در اثر آن شیء فاقد ارزش شده و یا ارزش آن کاسته شود، بدون این که از لحاظ فیزیکی به عین آن آسیبی وارد شود. در این خصوص مشهور فقهاء قائل‌اند بر این که اتلافات حکمی نمی‌تواند مشمول این قاعده واقع شود.

محقق بجنوردی در این خصوص پس از قبول این که اتلاف، گاه به مال گاه به مالیت تعلق می‌گیرد، می‌نویسد: «ظاهراً منظور از اتلاف مال در قاعده اتلاف و عبارت «حرمة مال المسلم کحرمة دمه»، اتلاف مال است نه مالیت. بنابراین برای ضمان اتلاف مالیت، بایستی در جستجوی ادله دیگر بوده»<sup>۱</sup> سپس خود به آیه «اعتداء» استناد می‌کند.

احاله ایشان به آیه «اعتداء» در حالی است که جایگاه این آیه به عنوان یکی از موجبات ضمان مشخص نشده است. حال آن که از لحاظ روش شناسی قبل از استناد به چنین آیاتی باید ابتدائاً جایگاه آن آیه به عنوان یکی از موجبات ضمان و مسئولیت، مستدلاً بررسی شود. اگر جزء موجبات به حساب آمد، باید محدوده و قلمرو آن به دقت مشخص شود همچنین نسبت آن با دیگر موجبات بررسی شود. در حالی که معمولاً در کلمات فقهاء از جمله فقیه نامبرده بدون بررسی‌های ذکر شده به

این آیه و مانند آن استناد شده است و این نکته می‌تواند به تبیین روشمند مسئله خلل وارد نماید.

ایشان خود تقسیم اموال به اموال حقیقی و اعتباری را پذیرفته است و اوراق بهادار را از جمله اموال می‌شمارد.<sup>۱</sup> ولی با این حال، مفاد قاعده را منحصر به اتلافات حقیقی می‌شمارد و اتلافات اعتباری را خارج می‌داند. این تفکیک و خارج سازی ما را در ارتباط با اتلافات حکمی سر در گم می‌سازد. چرا که همان گونه که گفته شد، برای مستنداتی چون آیه «اعتداء» کمتر بستر سازی فقهی شده است.

آیت الله فاضل نیز معتقد است: «ظاهراً مراد از اتلاف در قاعده، اتلاف مال است نه اتلاف مالیت.»<sup>۲</sup> ایشان اموال اعتباری مثل اوراق بهادار را از جمله اموال دانسته است و برای مسئولیت آن می‌گوید، مگر از آیه «اعتداء» استفاده شود چون اتلاف مالیت نیز اعتداء است.<sup>۳</sup>

آیت الله شیرازی تلف را اعم از تلف مال و مالیت می‌داند، ولی مشخص نیست که ایشان اتلاف مالیت را مشمول قاعده اتلاف بدانند.<sup>۴</sup> چرا که ایشان معیار ضمان را صدق عناوین وارده در کتاب و سنت، مثل «اعتداء»، «سیئة» و «اتلاف» می‌دانند و ممکن است، ضمان اتلاف منافع را از باب اعتداء بدانند<sup>۵</sup> چرا که دیگران نیز هم چون بجنوردی<sup>۶</sup> و فاضل<sup>۷</sup> اتلاف مالیت را نیز نوعی اعتداء می‌داند ولی از لحاظ ضمان، مشمول قاعده «من اتلف» نمی‌دانند و برای ضمان به آیه «اعتداء» ارجاع می‌دهند. به نظر می‌رسد که ارجاع ضمان و مسئولیت به آیه «اعتداء» نیز راهکار مناسبی برای حل معضل مبنای مسئولیت نیست. چرا که قبل از ارجاع به آیه، باید

۱. همان، ص ۳۰.

۲. محمد فاضل لنکرانی، القواعد الفقهية، صص ۴۹-۵۰.

۳. همان.

۴. سید محمد شیرازی، الفقه القواعد الفقهية، ص ۱۲۱.

۵. همان، ص ۱۲۰.

۶. سید حسن بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۲، ص ۲۸.

۷. محمد فاضل لنکرانی، القواعد الفقهية، ص ۵۰.



نسبت آیه با قواعد ضمان آور روشن شود. متأسفانه این نسبت کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد و بی شک تا جایگاه این آیه و امثال آن در قواعد موجب ضمان مشخص نشود صرف استناد به آیه کمکی به مبنا سازی نمی‌کند.

### بررسی مفاد قاعده

به نظر می‌رسد محدود کردن مفاد قاعده اتلاف به اتلافات عینی ریشه تاریخی داشته باشد. در گذشته اکثر اموال دارای ارزش حقیقی بوده‌اند، تا ارزش اعتباری و افزایش ارزش‌های اعتباری را می‌توان از ویژگی‌های قرون اخیر بر شمرد. در گذشته واحدهای پولی که ملاک ارزشیابی اشیاء دیگر قرار می‌گرفتند، خود دارای ارزش حقیقی از جنس طلا و نقره بوده بر خلاف پول‌ها و بسیاری از اوراق ارزشمند امروزی که ارزش آن‌ها صرفاً اعتباری بوده و اعیان آن‌ها تقریباً فاقد ارزش است. بی‌تردید در دورانی که ارزش اشیاء بیشتر حقیقی بود تا اعتباری، واژگانی چون تلف که در سرچشمه اولیه، «ذهاب الشیء» معنی شده بود، بعدها به خاطر همین پیشینه در *لسان‌العرب* و دیگر کتب لغت ماده «تلف» به معنای هلاک و نابودی شیء، معنی شد و این معنی دقیقاً ناظر به غلبه ارزش‌های حقیقی نسبت به ارزش‌های اعتباری است و *إلا* اصل معنای لغوی که همان «ذهاب الشیء» باشد را امروزه با توجه به روز افزونی ارزش‌های اعتباری می‌توان دارای توسعه معنایی دانست و به گونه‌ای که هم شامل از بین رفتن‌های حقیقی و هم از بین رفتن‌های اعتباری شود.

امروزه در زندگی عرفی وقتی ارزش و اعتبار موجود در کارت اعتباری و یا اوراق بهادار فرد از بین برود، تعبیر «کارت‌م سوخت» و یا «اوراق بهادارم سوخت» به کار می‌رود. عرف برای به کارگیری واژگان سوختن، نابود شدن و تلف شدن، تفاوتی بین نابودی فیزیکی و نابودی اعتباری قائل نیست و این عرف عقلاء که با اصول کلی شریعت منافاتی ندارد، می‌تواند مبنای توسعه معنایی واژه اتلاف باشد. اگر فرضیه بالا پذیرفته شود، دیگر در ارتباط با اتلافات حکمی مشکلی به وجود نخواهد آمد و با این رویکرد شاید دیگر تقسیم به اتلافات عینی و حکمی پیش نیاید و اتلاف هر چیز به حسب همان چیز معنی شود. با توجه به این که قاعده اتلاف، خود عین روایت نیست،

صرفاً مفاد آن مصطیبات از روایات است و بنا بر نظر برخی فقهاء<sup>۱</sup> عمده دلیل بر آن بناء عقلاء است، زمینه برای پذیرش این توسعه معنایی فراهم‌تر است.

### قاعده تسبیب

در بخش تسبیب موارد چالش و گفتگو بیشتر از بقیه قسمت‌ها است. مهم‌ترین مسئله چالش خیز، خود عنوان تسبیب است، از آن جا که این عنوان به صراحت در روایات وارده از ائمه معصومین (ع) مطرح نشده است و آن چه در روایات آمده، مصادیقی از این عنوان چون اضرار به طرق مسلمین و ... است. از طرفی معنای فلسفی و لغوی آن متفاوت از معنای عرفی آن است، بر این اساس تشخیص عنوانی که دقیقاً محور مسئولیت‌های غیر مستقیم واقع می‌شود، در مباحث فقهی با دشواری‌های مضاعفی همراه است که ذیلاً مورد بررسی واقع خواهد شد.

یکی از موارد دارای ابهام در کتب فقهی معنای واژه «سبب» است در کلمات فقهاء مواردی وجود دارد که عرفی گرفتن معنای واژه «سبب» را با دشواری مواجه می‌نماید. به عنوان مثال محقق رشتی در کتاب *الغصب* با استناد به عبارت ایجاد ملزم العلة معتقد است:

«وقوع در چاه، علت هلاک است. چرا که این علت مستلزم این چاهی است که افتادن در آن محقق شده است، چون این وقوع فقط مستند به چاه است، به خلاف گرسنگی شخصی مهلک [گرسنه ماندن بچه گوسفند که به سبب غصب مادر ایجاد شده است] که علت آن به نحو علی البدل هم می‌تواند غصب مادر باشد و هم عدم تغذیه طفل از طرق دیگر. نکته در این است که هر گاه یک چیز اسباب متعدد داشته باشد، عدم آن به خصوص یکی از آن اسباب مستند نیست»<sup>۲</sup>

از این بیان محقق نامبرده چنین استفاده می‌شود که فقهای که در تعریف سبب، عبارت ایجاد ملزم العلة را به کار گرفته‌اند، منظورشان «سبب» به معنای

۱. ناصر مکارم شیرازی، *القواعد الفقهية*، ج ۲، ص ۱۹۴.

۲. میرزا حبیب الله رشتی، *الغصب*، نسخه تصحیح و تایپ شده مدرسه شهید مطهری، ص ۱۰۸.

فلسفی و لغوی است، که از وجود آن وجود علت و از عدم آن، عدم علت لازم آید و از آن جا که در اسباب متعدد که به گونه‌ی علی البدل می‌تواند علت به وجود آورند نبود هر یک از اسباب به خصوص نبود علت را باعث نمی‌شود. از این رو این گونه اسباب را از قلمرو مسئولیت خارج دانسته‌اند. از کلام محقق بروجردی نیز استفاده می‌شود که احتمالاً سبب به معنای لغوی و فلسفی مد نظر ایشان است.<sup>۱</sup> ایشان بعد از نقل یکی دو قول در مورد سبب می‌گوید: «برخی قصد را فعلی و برخی شأنی گرفته‌اند.»<sup>۲</sup> و می‌افزایند: «ولی تأمل در اخبار مربوط به این مسئله، چنین نگاهی را ایجاد می‌کند که هر فعلی که موجب تلف مال شود، فاعل آن مسئول خواهد بود، خواه قصد تلف را نیز داشته باشد یا فاقد چنین قصدی باشد. خواه تلف به واسطه قریب باشد یا به واسطه بعید.»<sup>۳</sup>

از کلام فخر المحققین در *ایضاح الفوائد* نیز بنحوی بر می‌آید که بر این معنی که منظور از سبب، سبب به معنای عرفی باشد اتفاق نظر وجود ندارد. وی در این خصوص می‌نویسد: «اگر کسی گوسفندی را محبوس نموده یا مانع محافظت مالک از آن شود و در نتیجه گوسفند تلف شود و یا این که گوسفند مادر را غصب کند و فرزند به دنبال مادر روانه [او از گرسنگی تلف] شود. اختلاف در ضمان مورد اول از این جا ناشی می‌شود که بچه گوسفند به سبب حبس مادرش تلف شده، چرا که از لحاظ عرفی، تلف بچه مستند به حبس مادر است و این که سبب عملی است که تلف به همراه آن و به علتی دیگر حاصل می‌شود و این تفسیر برخی از فقهاء از واژه سبب است.»<sup>۴</sup> عده‌ای دیگر [قید] لولاه لما اثرت العلة را [به تعریف سبب] افزوده‌اند و این تفسیر بهتر است. بر اساس این تفسیر، حبس مادر سبب تلف بچه گوسفند نیست، چرا که سبب دیگری نیز می‌تواند جای این سبب واقع شود. از آن جا که سبب تلف، اعم از حبس است پس حبس نمی‌تواند سبب به حساب آید. از طرفی در

۱. آقا حسین طباطبائی بروجردی، *تقریرات ثلاث*، قم، چ ۱، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ هـ.ق، ص ۱۷۹.

۲. همان.

۳. همان.

۴. محمد بن حسن حلی، *ایضاح الفوائد فی شرح المشكلات القواعد*، ج ۲، ص ۱۶۷.

حبس، ید حابس بر محبوس مسلط نیست و مباشرتی نیز در کار نیست، پس ضمانی وجود ندارد و علت تأمل و تردید در ضمان موارد دو و سه نیز همین است. تردید دیگری که در مسئولیت مورد دوم وجود دارد، ناشی از این است که از طرفی عمل حبس کننده نه تصرف در مال که تصرف در مالک به حساب می‌آید، ولی از طرف دیگر سبب عرفی محسوب می‌شود. در مورد سوم وجود مسئولیت به این جهت است که غصب مادر در بچه گوسفند میلی شبیه میل قسری و غیر اختیاری به وجود می‌آورد. چرا که فرزند بالطبع به سوی مادر کشیده می‌شود، پس غصب مادر سبب تلف بچه است، ولی از طرفی در اینکه این سبب ضمان، مورد قبول شرع واقع شده باشد، تردید وجود دارد. وانگهی اصل، برائت از ضمان است.»

همان گونه که در گزارش بالا مشاهده می‌شود در هر سه مورد سبب عرفی، ضمان وجود دارد و کسی نیز در عرفی بودن سبب موجود تردیدی نکرده است. تردید در این است که قلمرو سبب ضمان آور چیزی بیش از قلمرو عرفی آن یعنی، همان قلمرو لغوی واژه باشد و در مورد سوم تردید در این است که از لحاظ شرعی ملاک ضمان چیزی بیش از معنای عرفی واژه باشد.

در واقع اختلاف بر سر این نکته است که آیا استناد عرفی، ملاک مسئولیت است یا استنادی فراتر از استناد عرفی مورد تأیید شارع بوده و به عنوان سبب شرعی پذیرفته شده است. این مشکل می‌تواند در خسارت غیر مستقیم، ارائه ضابطه برای ضمان را با مشکل مواجه نماید.

عاملی در *مفتاح الکرامه*<sup>۱</sup> می‌کوشد تا قید لولاه لما اثرات العلة، «اگر سبب نبود علت فاقد تاثیر بود» را با دو توجیه یا تفسیر عرفی از واژه «سبب» همسو نماید. الف) توجیه اول این که، بر خلاف تفسیر فخر المحققین منظور فقهاء از این قید، اسباب غیر نادر قابل پیش بینی باشد و مفاد این قید همان مفاد قید «اذا کان السبب مما یقصد لتوقع تلك العلة»، هنگامی که سبب از مواردی باشد که برای تحقق آن علت قابل پیش بینی است، باشد.

۱. جواد حسین عاملی، *مفتاح الکرامه*، ج ۲، ص ۲۰۷.

ب) توجیه دوم، توسعه معنایی این قید است به گونه‌ای که علاوه بر سبب اصطلاحی، شرط را نیز شامل شود. بنابراین در این موارد غضب مادر و یا حبس مالک بی‌تردید برای تلف فرزند حداقل شرط به حساب می‌آید.

شاید همین بحث‌های ابهام‌آمیز باعث شده است که بزرگانی چون صاحب جواهر اساساً در این که واژه سبب بتواند در خسارت‌های غیر مستقیم محور ضمان واقع شود، چالش نموده و محور ضمان را عناوین وارده در روایات و توسعه حتی امکان آن دانسته است. از صاحب جواهر که در بین فقهاء به اهتمام به عرف اشتهاار دارد، بعید است که در ارتباط با واژه «سبب» معنای عرفی واژه را منقح و شفاف نمی‌داند.<sup>۱</sup> از طرفی محوریت عنوان سبب برای مسئولیت را با توجه به روایات، جامع و مانع نمی‌داند. به عنوان جامع نبودن می‌گوید: "کندن چاه در ملک شخصی، سبب افتادن در آن است با اینکه ضمان ندارد و مواردی در روایات موجب مسئولیت شمرده شده که مشمول سبب به معنای لغوی و فلسفی واژه نمی‌شود، بلکه شرط به حساب می‌آید." بعد چنین نتیجه می‌گیرد که: "محور ضمان در روایات چیزی اعم از سبب و شرط است."

از استدلال شهید اول در *غایه المراد*<sup>۲</sup> بر سبب نبودن فردی که راهنمایی سرقت را به عهده داشته نیز می‌توان فهمید که سبب انحصاری مد نظر ایشان است. ایشان ملزومیت راهنمایی سارق بر سرقت را نمی‌پذیرد، در نتیجه آن را سبب تلقی نمی‌کند.

از اشکالی نیز که محقق بروجردی به شیخ طوسی در مبسوط می‌نماید<sup>۳</sup> توجه به معنای لغوی و فلسفی سبب بر می‌آید. وی در فرعی می‌گوید: «اگر فرد آتشی را در ملک خویش بیافروزد و شعله‌های آن موجب سوختن چیزی شود. شیخ در مبسوط آورده که اگر میزان آتش در صورت طوفانی بودن هوا زائد بر مقدار حاجت

۱. محمد حسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۳۷، چ ۷، بیروت، دار احیاء العربی، ص ۵۱.

۲. شهید اول، *غایه المراد*، ج ۲، ص ۳۹۱.

۳. آقا حسین طباطبائی بروجردی، *تقریرات ثلاث*، ص ۱۷۹.

باشد، ضمان به وجود می‌آید برخلاف صورتی که آتش به میزان حاجت باشد که در این صورت ضمانی بر عهده آتش افروز نیست.»

ایشان سپس به صورتی که گویی استناد عرفی می‌تواند، فراتر از موارد ضمان نیز صورت پذیرد، می‌گوید: «ممکن است نظر شیخ طوسی معطوف به این نکته باشد که تلف تنها در صورت ضمان مستند به عرف است، ولی می‌توان در تفصیل بالا بین قدر حاجت و زاید بر قدر حاجت که از حیث وجود و عدم مسئولیت متفاوت‌اند، اشکال نمود. چرا که در هر دو صورت، وی عملی را انجام داده که تلف مستند به اوست، به گونه‌ای که اگر آن را انجام نمی‌داد، تلفی حاصل نمی‌شد.»<sup>۱</sup> عبارت پایانی ایشان به این نکته تصریح دارد که بدون تحقق سبب ضمان آور و به صرف وجود سبب لغوی و فلسفی نیز استناد عرفی ممکن باشد.

نکته بالا از احکام دیگر ایشان به صراحت فهمیده می‌شود.<sup>۲</sup> وی می‌نویسد: «از بررسی کلمات فقهاء و نصوص روایات، چنین بر می‌آید که حکم به ضمان در برخی موارد و حکم به عدم ضمان در برخی موارد دیگر به خاطر استناد تلف به شخصی که موجب تلف را به وجود آورده نیست. ... و به عبارتی دیگر حکم [به ضمان] به اعتبار صدق اتلاف نیست و الا نبایستی بین موارد [آمده در نصوص] تفاوتی باشد، با این که نص و فتوی بین این دو گونه موارد فرق گذاشته است و به طور مثال حفر چاه در غیر ملک را موجب ضمان و در ملک را موجب ضمان ندانسته است.» و اضافه می‌کند: «خسارت ایجاد شده توسط پای مرکب در حال حرکت ضمان آور نیست، ولی در حال توقف موجب ضمان است، با این که در اغلب موارد آنچه از نوع ضمان آور و چه غیر ضمان آور استناد تلف به عامل آن یکسان است.» سپس به عنوان نتیجه می‌نویسد: «در این صورت می‌توان باب ضمانات را دایر مدار تعبد دانست، نه دایر مدار صدق اتلاف.»

۱. همان، ص ۱۷۹.

۲. آقا حسین طباطبائی بروجردی، تقریرات ثلاث، ص ۱۷۵.

### بررسی معنای استناد

بی‌تردید قید عرفی بودن استناد، ماهیتاً آن را از معنای لغوی و فلسفی آن متمایز می‌سازد و با فرض عرفی بودن استناد به نظر می‌رسد سخن ایشان قابل تأمل باشد، چرا که اگر بیگانه بدون اجازه وارد ملک فردی شده و در چاه بیافتد از دیدگاه عرف خسارت به تقصیر خود او در ورود بدون اجازه به خانه‌ی دیگری منتسب است، نه به مالک حفر کننده. هم چنین خسارت ایجاد شده توسط پای مرکب در حال حرکت، به بی‌احتیاطی خود زیان دیده منتسب است، برخلاف زمان توقف که رعایت شرایط ایمنی مکان توقف، بر عهده راکب است و در صورت اهمال و تقصیر وی مسئول خسارات به وجود آمده است. به نظر می‌رسد بر اساس دیدگاه فقیه نامبرده بین معنای عرفی و لغوی سبب به جز تحقق ضمان، ماهیتاً نتوان تفاوت قابل توجهی ترسیم نمود.

### قابلیت پیش بینی ضرر

فقیهانی که در تعریف واژه سبب چه به معنای قصد شخصی و چه به معنای قصد نوعی قید «یقصد لتوقع تلك العلة» اضافه کرده‌اند، ضرورت قابلیت پیش بینی ضرر برای ایجاد مسئولیت را مد نظر داشته‌اند. عبارات فقهاء از قصد شخصی تا ندرتی که ملحق به عدم نشود، دارای فراز و نشیب است.

سؤال مهم این است که این همه اختلاف در تعریف، ناظر به چه امری است؟ چرا محقق رشتی این دغدغه را دارد که ندرت ملحق به عدم نشود؟ مگر الحاق به عدم چه مشکلی به وجود می‌آورد؟ از تفصیلی که وی ذیل تعریف «سبب» بین عمل حرام و حلال و هم چنین تقسیم حلال بین عدوانی بودن و غیر عدوانی بودن نزد عرف قائل شده می‌توان این نتیجه مهم و اساسی را به دست آورد که عنوان قابلیت پیش‌بینی ضرر خود نبایستی موضوعیت داشته باشد، همان گونه که برخی از نویسندگان معاصر<sup>۱</sup> به این نکته تصریح نموده‌اند. توضیح این که آن چه عملی را

۱. دکتر سید حسن وحدتی، مسئولیت مدنی قراردادی، قم، پژوهشکده دفتر تبلیغات حوزه علمیه، ۱۳۸۴، ص

ضمان آور می‌نماید، عنوان ناروایی عمل است ولو احراز این عنوان با رعایت نکردن شرایط عمل روا ایجاد شده باشد که باعث احراز تقصیر از ناحیه عامل آن می‌شود و این ناروایی عمل، همان گونه که ممکن است با قابلیت پیش بینی ضرر ولو در حد ندرت احراز شود. چه بسا از جهات دیگر مفروض بوده و برای احراز آن نیازی به قید قابلیت پیش بینی نباشد. ولی این تفصیل جای تأمل و چالش دارد، چرا که احراز تقصیر و ناروایی عمل از عنوانی غیر از قابلیت پیش بینی ضرر نمی‌تواند استناد عمل را به فرد مقصر ثابت نماید و مسئولیت مدنی وی را به دنبال داشته باشد، گرچه برای مسئولیت کیفری وی کافی باشد. در ارتباط با احراز تقصیر از عنوان قابلیت پیش بینی ضرر این توضیح خالی از فایده نیست که وقتی خسارتی خارجاً بر عملی مترتب شود، این ترتیب لاقلاً بایستی از لحاظ دفعات به میزانی صورت گیرد که در ارتکاز عقلاء ترتیب این ضرر بر آن سبب محرز شود. وقتی این ترتیب احراز شد، آن گاه انجام دهنده این عمل نزد عقلاء مورد بازخواست واقع می‌شود و عمل او عملی ناروا تلقی می‌شود و تا این ارتکاز عقلاء ایجاد نشود، مسئولیتی وجود نخواهد داشت و دغدغه محقق رشتی از این که ندرت نبایستی ملحق به عدم شود، می‌تواند همین تحقق ارتکاز عقلاء باشد که از آن به قابلیت پیش بینی ضرر تعبیر می‌شود.

#### عامل مسئولیت پذیر در استناد عرفی

یکی دیگر از ویژگی‌های عرفی بودن استناد این است که هیچ سبب و عامل غیر مسئولیت‌پذیر مثل اشیاء بی جان و حیواناتی که دیگری وظیفه محافظت از آن را ندارد، نمی‌تواند رابطه استناد عرفی بین خسارت و عامل مسئولیت‌پذیر را قطع نماید. محقق بجنوردی در کتاب *القواعد الفقهية*<sup>۱</sup> این نکته را به خوبی در چند مورد توضیح داده‌اند. متأسفانه در خصوص این ضابطه که عوامل غیر قابل مسئولیت نمی‌تواند، مانع استناد عرفی خسارت به عامل مسئول شود در آثار برخی از فقیهان ابهاماتی وجود دارد که در ارتباط با حکم به ضمان تردیدهایی را باعث گشته است. به

۱. سید حسن بجنوردی، *القواعد الفقهية*، ج ۲، صص ۳۹-۳۸ و ۴۲-۴۵-۴۷.



عنوان مثال علامه حلی در کتاب *قواعد الاحکام* می‌نویسد: «اگر فردی درب ظرفی را باز گذارد، سپس بادی وزیده و آن ظرف را واژگون کند یا خورشید محتوی آن را ذوب نماید و تلف شود در ضمان باز کننده درب ظرف تردید وجود دارد. او وجه عدم ضمان را این گونه توجیه می‌کند [وجه عدم ضمان اینست که باز کننده درب، مسئول نباشد، چون با باز کردن درب، او موجب وزش باد نشده است].»<sup>۱</sup>

محقق ثانی در کتاب *جامع المقاصد* ذیل همین مسئله می‌گوید: «بی تردید ضعف مباشر ثابت است، چرا که باد و خورشید را نمی‌توان مسئول تلف دانست. پس باید به سبب که در این جا به منزله مباشر است، مراجعه نمود.»<sup>۲</sup>

این کلام محقق ثانی نیز مؤید روشنی است بر این که وی نیز به دنبال عامل مسئول می‌گردد و عوامل غیر مسئولیت‌پذیر را مانع این استناد به شمار نمی‌آورد. نتیجه این که در استنادات عرفی، اگر هم به عوامل غیر مسئولیت‌پذیر پرداخته می‌شود، صرفاً از جهت جستجو از عاملی که وظیفه حفظ این اشیاء را به عهده دارند، می‌باشد تا اگر اهمالی در انجام وظیفه، صورت گرفته در تعیین عامل ضمان مورد لحاظ واقع شود. ولی عوامل غیر انسانی که تحت مسئولیت عامل انسانی قرار ندارد، اگر به گونه احتراز ناپذیر باشد، اساساً استناد خسارت به فرد را به طور کلی از بین می‌برد و اگر احتراز پذیر باشد در واقع کوتاهی و اهمال فرد باعث ایجاد عوامل غیر انسانی شده است که در این صورت زیان و مسئولیت آن تماماً به عامل انسانی ارجاع داده می‌شود.

#### ضابطه مسئولیت در خسارت های غیر مستقیم (تسبیب)

از آن جا که در خسارت‌های غیر مستقیم انجام عمل نوعاً و به طور متعارف منجر به خسارت نمی‌شود، نمی‌توان صرف انجام عمل را ناروا و موجب تقصیر فاعل آن دانست. از این رو برای ایجاد مسئولیت، ناگزیر از احراز تقصیر عامل زیان هستیم. انجام عملی ناروا یا ترک تکلیف می‌تواند بیانگر تقصیر شخص باشد، در غیر این دو

۱. حسن بن یوسف حلی، *قواعد الاحکام*، ج ۲، قم، جامعه مدرسین، چ ۱، ۱۴۱۳ هـ.ق.، ص ۲۲۲.

۲. محقق ثانی، *جامع المقاصد*، ج ۶، صص ۲۱۴-۲۱۳.

صورت تقصیر احراز نمی‌شود. نتیجه این که به عنوان یک اصل و قاعده می‌توان گفت در خسارت غیر مستقیم حتماً بایستی عامل، مرتکب عمل، ناروایی شده باشد و منظور از عمل معنای عامی است که ترک را نیز شامل شود.

از طرفی برخلاف سخن برخی از فقیهان<sup>۱</sup> که تمایل به تعبدی بودن مبحث ضمانات دارند، می‌توان گفت مبحث ضمانات می‌تواند بر اساس و بر محور بناء عقلاء باشد و عقلاء اسباب عرفی را موجب ضمان و مسئولیت می‌داند، نه اسباب لغوی که موارد نقض فقیه نامبرده از آن موارد است.

بر خلاف نظر محقق صاحب جواهر<sup>۲</sup> می‌توان بر این نکته تأکید نمود که معنای عرفی سبب کاملاً واضح و شفاف است و عرف در استنادات خود که مبتنی بر احراز عمل ناروا از ناحیه عامل زیان است بدون هیچ گونه تردیدی عمل می‌کند.

#### بررسی

نکته مهم این نوشتار تأکید بر روی این نکته است که حکم به موارد ضمان، وظیفه شارع بما هو شارع نبوده و از آن جا که سیره مستقل عقلاء در این خصوص کافی و وافی است. اگر شارع نیز در مواردی، مصادیق ضمان آور را بیان نموده است. به عنوان یکی از عقلاء به این مسئله پرداخته است؛ از این فراتر اصل لزوم جبران خسارت را می‌توان حکم مستقل عقل عملی دانست که نحوه جبران آن بر اساس بناء عقلاء تعیین می‌شود. این رویکرد می‌تواند ما را از تمامی ابهام‌ها و تردیدهایی که پیرامون ضمان و مسئولیت در کتب فقهی وجود دارد و به مواردی از آن در بالا اشاره شد رها نماید.

نمونه‌هایی از مواردی که عرفاً استناد خسارت محرز است و بناء عقلاء نیز حکم به لزوم جبران خسارت می‌کند. ولی در کتب فقهی به خاطر ابهام‌های موجود در قاعده تسبیب و قاعده علی الید صراحتاً حکم به ضمان نشده است، عبارت است از:

۱. آقا حسین طباطبائی روجردی، *تقریرات ثلاث*، ص ۱۷۵.

۲. محمد حسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۳۷، ص ۵۱.

### ۱. خسارت عدم النفع

در مباحث مربوط به ضمان خسارت عدم النفع در ضمن برخی از مسایل فقهی بیان شده است. به عنوان مثال در مسئله حبس حرکسوب ضمان حبس کننده در کتب فقهی به طور گسترده‌ای مورد تردید واقع شده است.<sup>۱</sup> از گذشتگان جز عده‌ای از فقهاء (هم چون محقق اردبیلی - وحید بهبهانی و صاحب ریاض و عده‌ای از معاصرین) کسی قائل به ضمان حابس نشده است.

### ادله مخالفین ضمان

۱) دلیل اول دعوی نفی خلاف است و صاحب جواهر<sup>۲</sup> بر آن استدلال نموده و سبزواری در کفایة الاحکام<sup>۳</sup> مدعی قطع اصحاب بر آن شده است.

جواب: اجماع فاقد حجت است. چون تعلیل اجماع کنندگان بر این نکته است که منافع حر تحت ید دیگری واقع نمی‌شود. به همین جهت محقق اردبیلی نیز با علم به اجماع بر ضمان به آیه اعتداء و قاعده لاضرر استناد کرده است.<sup>۴</sup> بر ضمان منافی که بدون استیفاء فوت شده دو اشکال مطرح شده است:

الف) مالیت امری وجودیست با این که منافع فائتة غیر موجود است.

جواب: آن چه مقوم مالیت شیء است، وجود اعتباری آن است نه وجود

خارجی .

ب) انسان آزاده را که توان انجام کاری را دارد، نمی‌توان متمول و در نتیجه مستطیع دانست.

۱. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۹ و سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۶۳۴.

۲. جواهر، ج ۳۷، ص ۳۹.

۳. ج ۲، ص ۶۳۴.

۴. احمد بن محمد اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۰، قم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ج ۱،

۱۴۰۳ هـ.ق، ص ۵۱۳.

جواب: ملکیت ذاتی وجود دارد ولی برای استطاعت، ملکیت اعتباری لازم است،<sup>۱</sup> در حالی که برای مسئولیت زیان رسان مالکیت ذاتی کافی است.<sup>۲</sup> از این رو می‌توان کلام محقق در شرایع را مخدوش دانست،<sup>۳</sup> چرا که اگر مالکیت اعتباری برای ضمان لازم باشد، این مالکیت با استیفاء نیز محقق نمی‌شود در حالی که صرف استیفاء در نظر فقهاء موجب ضمان است و اگر ملکیت ذاتی کافی باشد، چنان که مدعی ما است در این صورت استیفاء منافع شرط ضمان نخواهد بود.<sup>۴</sup>

نتیجه این که برای تحقق مسئولیت، یک نحوه اضافه و ربط به مالک چه از نوع ذاتی و چه از نوع اعتباری کافی است<sup>۵</sup> و زمانیکه مالکیت اعتباری لازم نبود، بین دو عمل استیفاء منافع حرّ و منع وی تفاوتی وجود نداشته و برخلاف دیدگاه مشهور در صورت احراز استناد منع حر را نیز می‌توان موجب ضمان دانست.

## ۲. ممانعت دیگران از فروش کالا

نراقی در کتاب *عوائد الایام*<sup>۶</sup> منع مالک از فروش کالا را منع از تحصیل نفع می‌داند نه نه اضرار و از حکم به ضمان مانع اجتناب می‌کند.

مراغی نیز در *العناوین*<sup>۷</sup> تفاوت بین منع از انتفاع و اضرار را واضح می‌داند و عدم النفع را ضرر بحساب نمی‌آورد و اضافه می‌کند: «گر چه تفویض حق مالکانه به حساب آید»، نهایتاً حکم به ضمان نمی‌کند. در حالی که محقق طباطبائی در *ریاض*<sup>۸</sup>

۱. سید ابوالقاسم خوئی، *مصباح الفقاهة*، تقریر، محمد علی توحیدی (نرم افزار جامع فقه اهل بیت(ع))، ج ۲، ص ۳۴.  
 ۲. سید روح الله موسوی خمینی، *کتاب البیع*، ج ۱، ص ۳۸.  
 ۳. نجم الدین حلی، *شرایع الاسلام*، ج ۳، ص ۱۸۵.  
 ۴. سید محمد جعفر مروج جزائری، *هدی الطالب*، ج ۱، قم، مؤسسه دارالکتب، چ ۱، ۱۴۱۶ هـ.ق، ص ۸۵-۸۴.  
 ۵. همان.  
 ۶. احمد بن محمد مهدی نراقی، *عوائد الایام*، ص ۵۰.  
 ۷. سید میر عبدالفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۱، ص ۳۱۰.

ریاض<sup>۱</sup> برای مسئولیت منع کننده به قاعده<sup>۲</sup> لاضرر استناد نموده است و او را مسئول می‌شمارد.

### بررسی

اگر ضرر امری عرفی به حساب آید و تعیین محدوده آن به عهده عرف باشد، بی‌تردید عرف از بین بردن منافع مسلم و منافعی که به طور معمول فرد به آن دست می‌یابد را ضرر به حساب می‌آورد و اگر مرجع حکم کننده به مسئولیت عقلاء و بناء آن‌ها باشد، بی‌تردید همان گونه که صاحب ریاض به صراحت بیان نموده‌اند، منع کننده مسئول است.

### ۳- بردن اطفال به مناطق بی آب و علف که امکان تلف وجود دارد

فقهاء در این مورد بین دو عنوان مسبوعه و مضيعه تفاوت قائل شده‌اند. مورد اول را جایی دانسته‌اند که عوامل تلف خصوصاً از ناحیه حیوانات درنده زیاد است و نوعاً تلف صورت می‌گیرد. ولی مورد دوم جایی است که گرچه احتمال تلف وجود دارد، ولی نمی‌توان آن را نوعاً و به مقدار زیاد دانست.

در مواردی که شخصی طفل فرد دیگری را به مکانی از نوع دوم ببرد و طفل در آن جا از بین برود، فقهاء در حکم به ضمان به تردید افتاده‌اند و به خاطر انسان بودن طفل، شمول قاعده<sup>۳</sup> علی‌البدن را بر این مورد مشکل دانسته‌اند. گرچه از طرفی دیگر به خاطر ناتوان بودن طفل در دفع خطرات و این که خطرات غالباً به وجود می‌آید، احتمال ضمان را نیز مطرح نموده‌اند، ولی در انتخاب ضمان به عنوان نظر مقبول با مشکل مواجه شده‌اند. حتی محقق طباطبائی پس از کَر و فر فراوان و این که اگر قائل به ضمان نشویم، ممکن است راهی برای اتلاف اطفال مردم فراهم شود، به این نتیجه می‌رسد که هر آنچه گفته شد، صرف استبعاد است ولی دلیل پذیرفته بر ضمان به حساب نمی‌آید.

---

۱. سید علی طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۱۰.

محقق اردبیلی در کتاب *مجمع الفائدة و البرهان*<sup>۱</sup> ایجاد عوامل هلاک برای صغیر را غیر بعید می‌داند و او را بر دفع خطرات قادر نمی‌داند. علامه وحید بهبهانی نیز در حاشیه مجمع الفائدة و البرهان<sup>۲</sup> مسئله ضمان را به فرد بالغ نیز سرایت می‌دهد و با این استدلال که خسارت ممکن است، غفلتاً حاصل شود صرف قدرت زیان دیده بر دفع آن را منافی ضمان و مسئولیت نمی‌داند.

مشهور فقهاء مورد بالا را مشمول قاعده علی الید نمی‌دانند، با این استدلال که قلمرو قاعده، مختص به اموال است و با الزاماتی که در قاعده تسبیب به آن پای بند شده‌اند، این مورد را مشمول قاعده تسبیب نیز ندانسته‌اند. با این که اگر سبب را به معنای عرفی آن بگیریم، بی‌تردید عرف چنین فردی را سبب این خسارت به حساب می‌آورد و برای صحت این استناد لازم نمی‌داند که در صورت نبردن طفل تمامی راه‌های خسارت نسبت به وی ناممکن باشد، چه بسا طفل در منزل نیز احتمالاً خساراتی را در صورت زنده ماندن برای خود به وجود آورد، ولی این احتمالات استناد عمل به فردی که مخاطرات را برای طفل به وجود آورده را از بین نمی‌برد. امام خمینی در کتاب *البیع*<sup>۳</sup> در بحث از حر کسوب عنوان راه‌گشایی دارد وی می‌فرماید: «والظاهر عدم تعبد فی المقام من قبل الشارع غیر ما لدی العقلاء فتدبر.» ظاهراً در این مورد غیر از بناء عقلاء از ناحیه شارع تعبدی وجود ندارد.

### نتیجه‌گیری

همان‌گونه که امام خمینی در بحث از ضمان حر کسوب مستند ضمان را بناء عقلاء دانسته‌اند، می‌توان تعبدی نبودن و مستند به بناء عقلاء بودن را به تمام مبحث ضمانات توسعه داد. عقلایی دانستن اصل مبحث ضمانات می‌تواند به بسیاری از این تشتت‌ها و تردیدها خاتمه داده و با ارایه شیوه روشمندی در تمامی موارد تعبدی عرفی، حکم به ضمان و مسئولیت نماید.

۱. احمد محقق اردبیلی، *مجمع الفائدة و البرهان*، ج ۱۰، صص ۵۱۲-۵۱۱.

۲. محمد باقر وحید بهبهانی، *حاشیه مجمع الفائدة و البرهان*، ص ۶۱۳.

۳. سید روح الله موسوی خمینی، *کتاب البيع*، ج ۱، ص ۳۸.

موارد ذیل را می توان به عنوان نتیجه گیری نهایی این نوشتار یاد آور شد:

۱. استیلاء مسئولیت آور منحصر به اموال نیست و شامل حقوق، سلامت و جان انسان ها نیز می شود. چیرگی بر انسان ها به گونه ای که اختیار عمل از آن ها سلب شود، موجب ضمان خواهد بود.

۲. ممانعت از انتفاع و معامله نیز در مواردی که سود به طور متعارف حاصل شود، می تواند از باب تسبیب مسئولیت آور باشد.

۳. امروزه در اثر توسعه ارزش های اعتباری، واژه اتلاف بر اتلاف های اعتباری نیز هم چون اتلاف های غیر اعتباری صادق است، و موارد این گونه اتلافات در زندگی روزمره فراوان به چشم می خورد. به عنوان مثال، اگر شخصی از هواپیما یا قطار جا بماند، واژه بلیطم سوخت را در معنای حقیقی به کار می برد، در حالی که صرفاً ارزش بلیطش از بین رفته است. بنابراین قلمرو واژه اتلاف بر اساس اقتضائات زندگی جدید گسترش یافته است.

در نهایت با عرفی و عقلائی دانستن مبحث ضمان از بسیاری موشکافی های غیر مفید بی نیاز شده و موردی برای بسیاری از تردیدها باقی نخواهد ماند.

## منابع

۱. بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ موسوی، *القواعد الفقهية*، قم، نشر الهدی، چ ۱، ۱۴۱۹ هـ.ق.
۲. حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قوائد الأحكام فی معرفته الحلال والحرام*، قم، جامعه مدرسین، چ ۱، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳. حلی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، *شرايع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۴. حلی، فخر المحققین محمد بن حسن بن یوسف اسدی، *ایضاح الفوائد فی شرح المشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ ۱، ۱۳۸۷ هـ.ق.
۵. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۶. خمینی، سید روح‌الله موسوی، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قده).
۷. خمینی، سید مصطفی، *کتاب البیع*، قم، چاپخانه مؤسسه عروج، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۸. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی، *مصباح الفقاهة*، تقریر محمد علی توحیدی، (نرم افزار جامع فقه اهل البيت(ع)).
۹. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی، *مبانی عروة الوثقی*، تقریر سید محمد تقی خویی.
۱۰. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی، *المعتمد فی شرح المناسک*، تقریر سید رضا موسوی خلخالی.
۱۱. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله بن محمد علی، *کتاب الغصب تصحیح*، مدرسه عالی شهید مطهری.
۱۲. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، تحقیق رضا مختاری، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۴ هـ.ق.



۱۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (طبع جدید)، قم، کتاب فروشی داوری، چ ۱، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، چ ۱، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۵. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المكاسب*، قم، منشورات دارالذخائر، چ ۱، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۱۶. شیرازی، سید محمد حسینی، *الفقه القواعد الفقیة*، (نرم افزار جامع فقه اهل البيت (ع)).
۱۷. شیرازی، سید محمد حسینی، *الفقه الكتاب الغصب*.
۱۸. طباطبائی بروجردی، آقا حسین، *تقریرات ثلاث*، قم، اسلامی جامعه مدرسین، چ ۱، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۹. طباطبائی، سید علی بن ابی معاذ، *ریاض المسائل*، (چاپ جدید) قم، مؤسسة آل البيت (ع). چ ۱، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۲۰. عاملی، جواد بن محمد حسینی، *مفتاح الكرامة*، (چاپ قدیم)، (نرم افزار جامع فقه اهل البيت (ع)).
۲۱. فاضل لنکرانی، محمد موحدی، *القواعد الفقهیة*، (نرم افزار جامع فقه اهل البيت (ع)).
۲۲. کرکی، محقق ثانی علی بن حسین عاملی، *جامع المقاصد*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چ ۲، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۳. مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسین، *العناوین*، (نرم افزار جامع فقه اهل البيت (ع)).
۲۴. مروج جزائری، سید محمد جعفر، *هدی الطالب فی شرح المكاسب*، قم، مؤسسه دارالکتاب، چ ۱، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۲۵. مصطفوی، سید محمد کاظم، *مائة قاعدة فقهیة*، قم، اسلامی جامعه مدرسین، چ ۴، ۱۴۲۱ هـ.ق.

۲۶. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الإذهان، قم، اسلامی جامعه مدرسین، چ ۱، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۲۷. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهية، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، چ ۳، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۲۸. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چ ۷.
۲۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، (نرم افزار جامع فقه اهل البيت (ع)).
۳۰. وحید بهبهانی، محمد باقر محمد اکمل، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی، چ ۱، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۳۱. وحدتی شبیری، سید حسن، مسئولیت مدنی قراردادی، قم پژوهشکده دفتر تبلیغات حوزه علمیه.