بسم الله الرحمن الرحیم

شنبه 2/5/1400-13ذیحجه الحرام 1442-24ژوئن2021-دروس 435و436فقه الاداره – فقه نظارت – معیار تعیین خسارت ناشی از عدم نظارت موثر[[1]](#footnote-1) مراد از مال در قاعده اتلاف – اقوال گوناگون

اشاره شد که هر فعل یا ترک فعل که با عث کاهش اعتبار سازمان شود و برند آن را منزوی نماید و خروجیهای سازمان را از کیفیت و روزآمدی بیندازد شامل میشود اما مساله این است که چگونه میتوان مقدار اتلاف را محاسبه کرد ؟میتوان معیار های زیر را لحاظ نمود :

1. نقض قرارداد و تعهد
2. تفویت منافع
3. عدم النفع
4. زیان های مادی وارده
5. لطمه به اعتبارسازمان
6. تضعیف برند

1. 5 ب - ضمان منافع اعیان از جمله مباحث مطرح میان فقها، اثبات ضمان برخى از منافع اعیان به قاعده اتلاف است. این بحث افزون بر منافع مستوفات (بهره بردارى شده)، منافع غیر مستوفات را نیز در بر مى‏گیرد. این مساله از مسایل مورد ابتلا در جامعه است; زیرا هر روز به بهانه‏هاى فراوان میان مالک و ملک فاصله مى‏افتد و مالک نمى‏تواند از منافع ملک خود بهره ببرد. در این بحث روشن مى‏شود افزون بر منافع به دست آمده، آیا منافع هدر رفته نیز مورد ضمان است‏یا نه؟ از این رو این بحث با تفصیل بشترى مطرح مى‏گردد: فقها، ضمان منافع را به دو دسته ضمان منافع مستوفات و ضمان منافع غیر مستوفات تقسیم کرده‏اند. از آنجا که ممکن است‏حکم این دو دسته با همدیگر تفاوت داشته باشد مناسب است هر کدام جداگانه بررسى شوند.   
   1 - منافع مستوفات: منافع مستوفات عبارتند از: منافعى که شخص تلف کننده آنها را استفاده کرده و از آنها بهره برده است مانند ساکن شدن در منزل ویا سوار شدن بر ماشین. در این گونه منافع، مشهور فقها ضمان را پذیرفته‏اند و تنها برخى از فقها مانند ابن حمزه با آن مخالفت کرده‏اند. شیخ انصارى در این باره مى‏نویسد: «اگر جنسى که به عقد فاسد فروخته شده، منفعتى داشته باشد و مشترى از آن استفاده کرده باشد، بنابر مشهور واجب است عوض آن را بپردازد.» صاحب جواهر نیز چنین ادعایى را نقل مى‏کند. چون این حکم مورد قبول نزدیک به اتفاق همگى فقهاء مى‏باشد و از طرفى اگر ضمان در منافع غیر مستوفات ثابت‏شود، ضمان در این گونه منافع به اولویت ثابت مى‏شود، از این رو از نقد و بررسى ادله در اینجا خوددارى مى‏شود.   
   2 - منافع غیر مستوفات: مقصود منافعى است که براى مال تلف شده وجود داشته، لیکن هیچ یک از تلف کننده و مالک از آن استفاده نبرده‏اند. مانند ماشین مسافربرى که صاحبش را از استفاده آن جلوگیرى کنند و کس دیگر نیز از آن استفاده نکند. فقها در ضمان این گونه منافع اختلاف کرده‏اند.   
   به نظر مى‏رسد ضمان منافع غیر مستوفات دور از واقع نباشد; زیرا اولا، اطلاق ادله‏اى که دلالت دارند بر ضمان عین مال تلف شده، همچنین دلالت دارند بر ضمان منافع آن و فرقى میان منافع مستوفات و غیر مستوفات نیست. چون اطلاق لفظى تمامى ادله قاعده اتلاف، منافع غیر مستوفات را نیز در بر مى‏گیرد; زیرا بى شک اتلاف منافع، مصداق عنوان‏هاى «ضیاع‏» و«افساد» و«اضرار» است و پیش از این ثابت‏شد هر یک از این عناوین که از روایات بسیارى استفاده شده بودند موضوع ضمان هستند. ثانیا، سیره عقلا که یکى از ادله قاعده اتلاف بود نیز در این جا راه دارد و عقلا در روابط اقتصادى، افرادى را که سبب اتلاف منافع اموال دیگران مى‏شوند ضامن مى‏دانند. افزون بر این دو دلیل، شیخ انصارى ادعاى شهرت در این مساله مى‏کند. ایشان مى‏فرماید: «اما منافعى که تباه شود بى آنکه از آن بهره برده شود، مشهور فقها در آنها نیز قایل به ضمان هستند.»   
   فقها نیز بر این اساس فتوا داده‏اند. از باب نمونه آیت الله خویى; که به استدلال بر ضمان منافع غیر مستوفات اشکال مى‏کند، در بحث ضمان منافع غیر مستوفات در اجاره مى‏نویسد: «اگر ظالمى مستاجر را از بهره‏ورى مال مورد اجاره بازدارد بى آنکه ظالم بر اصل عین تسلط پیدا کند، ضامن منافع غیر مستوفات مستاجر است.»   
   بنابراین منافع غیر مستوفات همانند منافع مستوفات مورد ضمان است. پاسخ به چند اشکال: آنچه در این بحث اهمیت دارد نقد و رد اشکالات احتمالى بر این دیدگاه است. مهمترین آنها عبارتند از: 1 - قاعده دلالت دارد بر ضمان مالى که مورد اتلاف واقع شده، در حالى که منافع غیر مستوفات، مال به شمار نمى‏آید. 2 - بر منافع غیر مستوفات، تفویت صادق نیست. مگر اینکه تلف کننده، مال را تصرف کرده باشد آیت الله خویى; در این باره مى‏نگارد:   
   «بر منافع غیر مستوفات، تفویت صادق نیست مگر فوت منافع به گیرنده مال مستند باشد.»   
   3 - بر فرض که اطلاق ادله قاعده ِتلاف بر ضمان منافع را بپذیریم; اطلاق مقامى که از روایات وارده در مورد کنیز دزدیده شده استفاده مى‏شود، مانع و مقید اطلاقات لفظى است; زیرا این روایات در مقام بیان مورد ضمان هستند. با این وصف امام(ع) تنها منافع مستوفات را بیان فرموده و از منافع غیر مستوفات کنیز مسروقه سکوت کرده است و از این سکوت امام(ع) اطلاق مقامى بر عدم ضمان منافع غیر مستوفات به دست مى‏آید آیت الله خویى; در این باره مى‏نویسند:   
   «روایات کنیز دزدیده شده، ضامن نبودن منافع غیر مستوفات را تایید مى‏کند; زیرا این روایات با اینکه در مقام بیانند از بیان منافع غیر مستوفات سکوت کرده‏اند.»   
   پنج روایت در این باره وارد شده است که مضمون آنها نزدیک به همدیگر است. از جمله: «امام صادق(ع) در مورد مردى پرسید که کنیزى از بازار خریدارى کرده و از او صاحب فرزندى شده سپس شخص دیگرى بینه اقامه مى‏کند که کنیز از او بوده و نه به کسى فروخته و نه بخشیده است. حضرت فرمود: کنیز به او داده مى‏شود و قیمت منافعى را که برده شده نیز مى‏پردازد (کنایه از قیمت فرزند.)»   
   نقد و بررسى: اشکال اول نادرست است; زیرا مال در لغت‏شامل اشیاء و منافع آنها مى‏شود و اختصاص به اعیان ندارد. بسیارى از اهل لغت بدین مطلب تصریح کرده‏اند. از جمله سعید خوزى مى‏نویسد: «المال ما ملکته فى جمیع الاشیاء». در عرف نیز مال، منافع را در برمى‏گیرد. آیت الله خویى; در این باره مى‏فرماید:   
   «مال در نگاه عرف عبارت از هر چیزى است که نوع انسانها به آن تمایل دارند و آن را براى استفاده به هنگام نیازمندى ذخیره مى‏کنند و براى به دست آوردن آن با هم رقابت مى‏کنند و در ازاء آن پول یا اشیاء قیمتى خود را مى‏پردازند.» فقها نیز همین تعریف عرفى مال را پذیرفته‏اند. از جمله آیت الله فاضل لنکرانى مى‏نویسد:   
   «مال عبارت است از هر چیزى که براى رفع حاجت، مطلوب و مورد رغبت مردم باشد و در زندگى آنها نقش داشته باشد.» بنابراین، منافع اشیاء نیز همان خود اشیاء و مصداق مال مى‏باشد. زیرا براى به دست‏آوردن آن منافع، پول پرداخت مى‏گردد پس اشکال اول نادرست است.   
   اشکال دوم نیز نادرست به نظر مى‏رسد. زیرا پس از اینکه پذیرفته شد که منافع نیز مصداق مال مى‏باشد، همان گونه که بر نابود کردن شى‏ء، اتلاف صادق است، اتلاف منافع نیز بى شک نوعى اتلاف مال مى‏باشد. شاهد بر این مطلب قضاوت عرف مردم نسبت به کسى است که سبب اتلاف منافع مى‏شود و او را ضامن مى‏شمارند. زیرا ملاک و معیار در سیره عقلا در ضمان این است که صاحب مال اجازه نداده باشد و مجانى بودن مال را اعلام نکرده باشد. شاهد دیگر بر این ادعا آن است که بسیارى از فقها عمل حر شاغل را قبل از استیفا، مال مى‏دانند. بنابراین منافع اعیان به اولویت، مال است. و اما اشکال دوم: مرجع صدق مفاهیمى مثل اتلاف، عرف است. براى مثال اگر کسى نگذارد راننده تاکسى با ماشینش کار کند آیا عنوان تلف منفعت بر این کار صادق نیست؟ بى شک عقلا این شخص را متلف و ضامن مى‏دانند.   
   اشکال سوم نیز به نظر مى‏رسد وارد نباشد زیرا اولا، روایت این باب، گذشته از اینکه بیشتر آنها از نظر مستشکل (آیت الله خویى) ضعف سند دارد، سکوت امام(ع) نسبت به بیان ضمان منافع غیر مستوفات را نمى‏توان دلیل بر اطلاق مقامى شمرد; زیرا امام در مقام بیان نبوده و تنها در مقام پاسخ گویى به پرسش سؤال کننده از حکم کنیز و فرزند او بوده است. در واقع نکته ابهام نزد سؤال کننده، این بوده است که فرزند متولد شده از این کنیز به صاحب اصلى او برمى‏گردد و یا اینکه فرزند از آن کسى مى‏باشد که نطفه از او بوده است؟ شاهد بر این مطلب این است که سؤال از فرزند در تمامى روایات تکرار شده است. ثانیا، اگر امام(ع) در مقام بیان تمام آنچه مورد ضمان است بوده چرا نسبت به برخى از منافع مستوفات که ضمان آنها -حتى از نظر مستشکل بزرگوار قطعى است، مانند استمتاع و خدماتى که کنیز در این مدت کرده، سکوت شده است و امام به پرداخت قیمت فرزند بسنده کرده است. معلوم مى‏شود امام(ع) در مقام بیان ضمان منافع نبوده است. ثالثا، بر فرض قبول اطلاق مقامى مستفاد از این روایت که از نظر ایشان فقط سند یکى دوتا از آنها تمام است، این اطلاق نمى‏تواند مانع از اط‏لاق روایات فراوان در باب‏هاى مختلف فقه باشد که دلالت بر ضمان‏اتلاف اموال و منافع مستوفات و غیر مستوفات دارند. زیرا چنین اطلاقاتى با اطلاق مقامى یکى دوتا روایت قابل تقیید نیست. نظیر این مطلب را فقها در باب حجیت‏خبر واحد -در صورتى که‏از سیره به دست آید فرموده‏اند که اطلاق ادله حرمت عمل به ظن نمى‏تواند مانع‏سیره عقلا بر حجیت‏خبر واحد که‏مرتکز درمیان‏آنها هست، باشد.   
   در این مورد، افزون بر سیره عقلائى قوى بر ضمان منافع غیر مستوفات، اطلاق ادله لفظى نیز وجود دارد. رابعا، بر فرض قبول اینکه این اطلاق مقامى بتو انداز سیره منع کند، در برابر این اطلاق مقامى، اطلاق لفظى ادله قاعده اتلاف وجود دارد که دلالت بر ضمان دارند و در مقام تعارض، ترجیح با اطلاق ادله قاعده اتلاف است. زیرا هم از نظر تعداد بیشترند و هم از نظر دلالت، قوى‏ترند; چون آنها مدلول لفظى‏اند و این اطلاق از سکوت امام به دست آمده است و بى شک اطلاق لفظى بر اطلاق مقامى مقدم است.   
   برخى از فقها نیز بر این اساس فتوا داده‏اند. از جمله صاحب عروة الوثقى در پاسخ سؤالى مى‏نویسد: «سؤال: اگر کسى مملوک شخصى را اذیتى غیر از جنایت برساند که موجب شود مدتى نتواند خدمت کند ضامن ست‏یا نه؟ پاسخ: در مورد مملوک، ضامن است.» بنابراین اگر منافع غیر مستوفات یعنى کار برده، مورد ضمان باشد ضمان، منافع غیر مستوفات اعیان از باب اولویت مورد ضمان است.   
   دیدگاه قانون مدنى  
   دانشمندان حقوق مدنى همانند فقها بر این باورند که منافع مستوفات و غیر مستوفات مورد ضمان است و در مواد فراوانى به این مطلب تصریح کرده‏اند. از جمله در ماده 1303 آمده است: «کسى که مالى را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل.»   
   در ماده 320 آمده است: «نسبت به منافع مال مغصوب، هر یک از غاصبین به اندازه منافع زمان تصرف خود و ما بعد خود ضامن است اگرچه استیفاء منفعت نکرده باشد.»   
   ج - ضمان منافع انسان از جمله مباحث مورد گفتگوى فقها و حقوقدانان ضمان کار و اعمال افراد آزاد و غیر آزاد است. این بحث نیز از نظر کاربردى اهمیت فراوان دارد از این رو با تفصیل بیشترى بدان مى‏پردازیم. ممکن است گفته شود اطلاق لفظى تمامى ادله قاعده اتلاف، منافع حر (فرد آزاد) را در بر مى‏گیرد. زیرا تفاوتى میان اعمال انسان با منافع اعیان نیست و به همان ادله‏اى که منافع اعیان خارجى مورد ضمان است منافع اعمال انسان نیز ضمان دارد. زیرا عنوان «افساد» و«ضایع کردن‏» و«اضرار» در اینجا نیز صادق است. از نظر سیره عقلا نیز فرقى میان منافع و اعمال انسان با منافع اعیان نیست، قوانین مدنى، به عنوان نمودى از سیره عقلا، شاهد بر این نکته است، پس از این به موادى از قانون مدنى در این باره اشاره خواهیم کرد.   
   از این رو اگر کارگرى را که لباس کار پوشیده و مى‏خواهد شروع به کار کند، حبس کنند و مانع از کار کردن او شوند، عقلا شخص بازدارنده را ضامن عمل کارگر مى‏دانند.   
   برخى از فقها نیز فتوا به ضمان منافع انسان شاغل و اهل کار و کسب داده‏اند. از جمله صاحب عروه در بحث اجاره در مقام رد این مطلب که میان کار عبد و انسان آزاد فرق است و از این رو منع از عمل عبد ضمان آور است ولى جلوگیرى از کار شخص آزاد ضمان ندارد، مى‏فرماید:   
   «ما نمى‏پذیریم که منافع (کارهاى) اشخاص آزاد، مورد ضمان نباشد مگر با استیفا، بلکه منافع او مورد ضمان است.» برخى از صاحبان حاشیه بر عروه بر این فتواى صاحب عروه، حاشیه نزده‏اند و معلوم مى‏شود آنها در این فتوا همراى صاحب کتاب مى‏باشند. این مطلب از نظر قانون مدنى نیز پذیرفته شده است که در پایان بدان اشاره خواهد شد.   
   نقد و رد اشکالات: بر ضمان منافع و کارهاى انسان ممکن است اشکالاتى وارد شود که نقد و بررسى آنها ضروریست. مهمترین اشکالى که وارد شده این است که بر عمل انسان پیش از استیفا، مال صدق نمى‏کند. بنابراین قاعده اتلاف و ادله دیگر ضمان آن را در بر نمى‏گیرد. بیشتر فقها دلیل بر رد ضمان منافع حر را همین مطلب مى‏دانند. از جمله آیت الله حکیم; مى‏نویسد:   
   «جمود بر قاعده «من اتلف مال غیره فهو ضامن‏» مستلزم این است که قاعده اختصاص پیدا کند به مواردى که اتلاف مال دیگران صادق باشد.»   
   از این عبارت به خوبى روشن مى‏گردد که اشکال مهم در نظر وى این است که مال بر عمل انسان صدق نمى‏کند. همین اشکال در کلمات فقهاى بزرگ نیز آمده است. از جمله آیت الله خویى در مقام نقد و بررسى کلام صاحب عروة که پیش از این گذشت، مى‏فرماید:   
   «ادله ضمان، کار حر را در بر نمى‏گیرید. زیرا (حدیث) على الید و (قاعده) اتلاف در چیزهایى راه دارد که مال بر آنها صادق باشد.» در مقام نقد و بررسى این ا شکال ممکن است پاسخهایى داده شود. از جمله:   
   اولا، اطلاق ادله قاعده ضمان به ویژه عنوان «اضرار» شامل اینجا مى‏شود. زیرا بى شک بر جلوگیرى از کار کردن کسى که آماده براى کار شده تا هزینه زندگى خود را تهیه کند «اضرار» صدق مى‏کند و عقلا در چنین مورد و مواردى همانند آن نمى‏گویند: جلوى نفع او گرفته شده بلکه مى‏گویند: بر او ضرر وارد شده. بنابراین همان گونه که گفته شد اگرچه خود قاعده اتلاف اطلاق ندارد ولى ادله آن نه تنها اطلاق دارد بلکه در برخى از آنها تعلیل نیز شده است از جمله در روایاتى که عنوان «اضرار» وارد شده است. و پیش از این گذشت که از روایات استفاده مى‏شود اضرار موضوع ضمان است. ثانیا، یکى از ادله ضمان در شرع مقدس در عرف، سیره عقلاست. بى شک آنان در ضمان تفاوتى نمى‏گذارند میان منافع غیر مستوفات و عمل عبد و عمل انسان آزاد که اجیر دیگرى است با عمل انسان شاغلى که آماده کار شده است ولى از کار جلوگیرى مى‏شود. همان گونه که در آن سه مورد ضمان هست -حتى از نظر بزرگانى که در این مساله اشکال کرده‏اند در اینجا نیز ضمان هست. ملاک و معیار ضمان در نظر عرف صدق «اضرار» است و بى شک در تمامى این موارد «اضرار» صادق است. از جمله کسانى که به این مطلب تصریح کرده خود آقاى خویى در کتاب مصباح الفقاهة است:   
   «اگر انسان داراى کسبى باشد که هر روز بدان مشغول مى‏شود مانند بنایى، نجارى و خیاطى، جلوگیرى از کار او موجب ضمان است به جهت‏سیره قطعى عقلا.»   
   ثالثا، میان عنوان «مال‏» و«ملک‏» خلط شده و عمل انسان پیش از استیفا و یا عقد اجاره مال هست ولى ملک نیست. زیرا میان مال و ملک فرق است، مال از هر چیزى است که برخوردار از مرغوبیتى باشد که عقلا جهت تهیه آن حاضرند چیزى بدهند چه مالک داشته باشد و یا مالک نداشته باشد مانند مباحات اولیه که قبل از حیازت، مال هستند اگرچه ملک نیستند. اما عبارت است از اضافه اختصاص و یا اضافه سلطنت اعتبارى میان شخص حقیقى و یا حقوقى و یا جهتى از جهات مال. نسبت میان مال و ملک عموم و خصوص این وجه است. این مطلب را بسیارى از فقهاى بزرگ پذیرفته‏اند: از جمله خود آیت الله خویى در بحث مکاسب در مقام بیان اینکه آیا عمل حر مى‏تواند ثمن و یا مثمن در داد و ستد قرار بگیرد یا نه؟ مى‏فرمایند:   
   «پیش از این گفتیم که مالیت اشیاء بستگى دارد به علاقه عقلایى مردم و در صدق عنوان «مال‏» بر اشیاء صدق عنوان «ملک‏» لازم نیست. زیرا نسبت میان آن دو عموم و خصوص من وجه است. چون گاهى مال هست و ملک نیست. مانند مباحات اصلى پیش از حیازت (مثل پرندگان قیمتى و ماهیها) چون اینها مال هستند ولى ملک نیستند. و گاهى ملک هست ولى مال نیست. مانند یک دانه گندم که مفهوم ملک بر آن صادق است ولى مفهوم مال صادق نیست. زیرا در برابر آن چیزى داده نمى‏شود و گاهى هر دو عنوان هست مانند بسیارى از چیزها (مثل ماشین و خانه) و روشن است که عمل حر پیش از عقد معاوضه (اجاره) از مهمترین اموال عرفى است اگر چه ملک اعتبارى براى کسى نیست و تنها ملک ذاتى براى صاحبش است.   
   این مطلب را ایشان در تدریس بار اول و دوم خارج مکاسب فرموده و بسیارى از بزرگان دیگر که مکاسب را تدریس کرده‏اند نیز قبول دارند. از جمله امام خمینى; مى‏نویسند:   
   «عمل حر، مال است; چه اهل کسب باشد و یا نباشد.»  
   با این بیانات روشن شد بر عمل انسان، عنوان مال صادق است; اگرچه بر آن هیچ گونه عقدى واقع نگردد. زیرا عقد در تحقق مالیت عمل انسان نقش ندارد بلکه عقد در اینکه این مال ملک اعتبارى براى دیگران شود نقش دارد. پس این اشکال که عمل حر مال نیست نادرست است.   
   اشکال: بر این اساس، انسانى که مى‏تواند در مسیر حج کاسبى کند از جهت داشتن مال مستطیع است در حالى که هیچ فقیهى بدان فتوا نمى‏دهد. جواب: اولا، برخى از فقها در استطاعت، مالکیت را شرط کرده‏اند نه صاحب مال بودن را. از جمله آیت الله خویى در مقام پاسخ همین اشکال مى‏فرماید:   
   «در استطاعت، مالکیت فعلى شرط است.»  
   ثانیا، برخى از فقها از جمله نراقى مى‏گوید: «چنین کسى که مى‏تواند در مسیر حج کار کند، حج بر او واجب است.»   
   ثالثا، باید ملاحظه شود موضوع ضمان چیست؟ آیا مالى است که مملوک اعتبارى نیز باشد، دراین صورت اشکال وارد است که عمل انسان بى آنکه بر آن عقدى مانند اجاره واقع گردد ملک نیست و از موضوع ضمان خارج است. اما ا گر موضوع ضمان مال باشد اگرچه ملک اعتبارى نباشد، در این صورت عمل انسان آماده کار مال است و موضوع ضمان خواهد بود. به نظر مى‏رسد دومى صحیح باشد. زیرا این عمل مورد استحقاق صاحب آن است و ملاک و معیار در ضمان این است که آنچه مورد استحقاق کسى است، اتلاف شود و از طرفى اگرچه ملکیت اعتبارى در این مال نیست ولى انسان ملکیت‏حقیقى و تکوینى نسبت به عمل خودش دارد.   
   بنابر این عقد و اجاره بر عمل انسان در ملاک و معیار ضمان نقش ندارد و تنها نقش آن عبارت است از اینکه با عقد، مستحق مال عوض مى‏شود و شخص دیگرى به جاى صاحب عمل، مستحق آن مى‏شود. اشکال دیگر: موضوع ضمان، مال موجود فعلى است و عمل انسان اهل کسب و کار اگرچه مال است ولى فعلى نیست. پاسخ: اولا، ادله لفظى قاعده اتلاف اطلاق دارد و هرچه مال بر آن صدق کند موضوع ضمان است. البته عنوان مال بر هر عملى صدق نمى‏کند بلکه بر عملى که به فعلیت نزدیک باشد، صدق مى‏کند. ثانیا، اگرچه عمل انسان پیش از استیفا، مال فعلى نیست لیکن ممکن است گفته شود آمادگى جهت آن از نظر عرف و عقلا مالیت فعلى به شمار مى‏آید و اتلاف این آمادگى و استعداد موجب ضمان است. زیرا اتلاف چیزى که مالیت فعلى دارد تحقق پیدا کرده البته بر اساس این جواب قیمت و ارزش این آمادگى و استعداد ممکن است از ارزش مورد ضمان اصل عمل کمتر باشد. ثالثا، اگر موضوع ضمان، مال فعلى باشد و بگوییم عمل انسان مال است ولى فعلى نیست، این اشکال در عمل انسانى که اجیر دیگرى شده نیز جریان دارد. زیرا پیش از استیفا مال است ولى فعلى نیست و تملیک آن به دیگرى تاثیر در موضوع ضمان که فعلیت مال است ندارد. در حالى که تمامى فقها -از جمله اشکال کنندگان مى‏پذیرند که جلوگیرى از عمل انسانى که اجیر دیگرى است ضمان دارد.   
   نتیجه گیرى  
   از آنچه گذشت روشن شد که عمل انسان نسبت به ضمان اقسامى دارد. ضمان برخى از اقسام مورد اتفاق است و برخى دیگر مورد اختلاف و عدم ضمان برخى دیگر از اقسام، مورد اتفاق است. بخش اول عمل برده و یا عمل انسانى است که اجیر دیگرى شده باشد. مشهور فقها در ضمان آن اتفاق نظر دارند. بخش سوم که عدم ضمان آن مورد اتفاق فقهاست، عمل انسان آزادى است که اهل کسب و کار نیست ولى در آینده ممکن است کار کند. بخش دوم که مورد اختلاف است عمل انسان آزادى است که اهل کسب و کار است و آماده براى کار کردن شده باشد. به نظر مى‏رسد ضمان در اینجا نزدیک‏تر به واقع باشد.   
   در پایان، شایسته است نظر برخى از فقهایى که موافق وجود ضمان در قسم دوم هستند بیان شود. حضرت امام; مى‏نویسد: «عمل انسان آزاد اهل کسب و کار اگر حبس گردد از نظر عقلا ضمان دارد.»   
   صاحب مهذب الاحکام در شرح عبارت صاحب عروه که حبس انسان آزاد را موجب ضمان مى‏داند، مى‏نویسد: «دلیل ضمان (ضمان عمل انسان آزاد اهل کسب و کار) عبارت است از اینکه ضمان با اتلاف سلطنت‏شخص نسبت به آنچه را که مالک است، محقق مى‏گردد.»   
   همان گونه که گذشت، برخى از صاحبان حاشیه بر این بخش از کلام سید که ضمان را پذیرفته، حاشیه نزده‏اند.   
   صاحب عناوین الاصول پس از تبیین دامنه قاعده، مى‏نویسد: «منافع (اعمال) حر داخل است در قاعده اتلاف و مورد ضمان است. ماننداینکه او را حبس کنند.»   
   قانون مدنى و ضمان منافع انسان در قانون مدنى نیز ضمان منافع انسان شاغل مورد قبول واقع شده و در موادى بدان ا شاره و استناد شده است. همان گونه پیش از این گذشت در قانون مدنى نسبت به مبناى مسؤولیت مدنى و ضمان قهرى دو نظر وجود دارد: برخى مبناى آن را تقصیر مى‏دانند و برخى دیگر وارد شدن ضرر را موضوع ضمان مى‏شمارند. بر این مبنا ضمان منافع انسان خیلى روشن است; زیرا بر این مبنا تنها صدق عنوان خسارت و زیان براى اثبات ضمان کافى است.   
   در قانون مسؤولیت مدنى، در این باره آمده است: «هر کس بدون مجوز قانونى عمدا و یا در نتیجه بى احتیاطى به جان یا سلامتى یا مال یا آزادى یا حیثیت‏یا شهرت تجارتى یا به هر حق دیگر که به موجب قانون براى افراد ایجاد گردیده لطمه‏اى وارد نماید که موجب ضرر مادى یا معنوى دیگر مى‏شود مسؤول جبران خسارت ناشى از عمل خود مى‏باشد.» [↑](#footnote-ref-1)