بسم الله الرحمن الرحیم

یکشنبه 27/4/1400-7ذیحجه 1442-18ژوئن2021-دروس 425و426فقه الاداره- ففه نظارت – نظارت بر برنامه – ضمانت خسارات ناشی از عدم نظارت موثر

گفته شد : برنامه ریز ضامن اصلی خسارات وارده ناشی از عدم نظارت موثر بر برنامه است مگر این که خلافش ثابت شود و ناظر و عامل برنامه (پایشگر و پویش گر ) ضامن خسارت نیستند مگر خلاف آن ثابت شود (به عکس برنامه ریز ) و علت این تفاوت انگیزش متفاوت شرکاء است برنامه ریز انگیزه عدم اصلاح بیشتری دارد طبعا و طبیعتا ودر حالیکه در ناظر و عمل چنین انگیزه ای طبعا و ذاتا وجود ندارد . عامل طبق برنامه عمل میکند و ناظر هم اصل بر نظارت موثر اوست . ضمن اینکه مصداق متلف [[1]](#footnote-1)نیستند اولا و بالذات لذا قاعدتا ضامن نیستند بخلاف برنامه ریز که با عدم اصلاح برنامه مصداق بارز متلف است .

تمامی احتمالات سه گانه مبتنی بر احتمال تبانی[[2]](#footnote-2) و تعاون بر اثم یا اعانه بر اثم است وبر احتمال عدم تبانی هم میتوان وارد بحث شد یعنی عدم اصلاح برنامه را یا افساد بعد از اصلاح را به یک نفر استناد دهیم نه به همه و اصل هم عدم تبانی است

1. (محمد رحمانی )

   مقدمه  
   در ادامه تحقیق در قواعد فقهى، به بحث درباره قواعدى مى‏پردازیم که درباره ضمان قهرى (لزوم جبران خسارت) در فقه وجود دارد. نظر به اهمیت و گستردگى بحث، مقالاتى را به این موضوع اختصاص مى‏دهیم. مطالب این شماره که درباره قاعده اتلاف است، از این قرار خواهد بود: 1 . جایگاه قاعده در میان قواعد فقهى. 2 . اقسام ضمانها. 3 . اهمیت قاعده اتلاف. 4 . ادله اعتبار قاعده : آیات ، روایات ، بناى عقلا ، اجماع . 5 . قلمرو قاعده، مشتمل بر : ضمان مجنون و خردسال، ضمان منافع اعیان، ضمان منافع انسان.   
   یادآورى چند نکته :  
   1 . مطالب مربوط به قاعده اتلاف به جهت گستردگى در چند شماره خواهد آمد. 2 . در پایان هر بحث افزون بر بحث علمى و استدلالى، تلاش شده نظریات و فتواهاى فقها و مواد قانون مدنى نیز مطرح شوند . 3 . بحث ضمان منافع اعیان و منافع انسان به جهت اهمیت آن به‏تفصیل بررسى شده است.   
   1 - جایگاه قاعده   
   قواعد نگاران، قواعد فقهى را از جهات گوناگون به اقسام امختلف تقسیم کرده‏اند. براى شناسایى جایگاه قاعده اتلاف در میان دیگر قواعد فقهى و برخى از ثمرات فقهى آن، لازم است اجمالا به تقسیم بندى قواعد فقهى اشاره کنیم: 1 . قواعدى که در تمامى ابواب فقه جریان دارند. مانند قاعده‏هاى «لا ضرر» و«لا حرج‏». این قواعد در اصطلاح فقها به «قواعد عامه‏» نام‏گذارى شده‏اند. 2 . قواعدى که تنها در بابهاى عبادات جریان دارند. مانند قاعده‏هاى «فراغ‏»، «لا تعاد» و «من ادرک‏». 3 . قواعدى که تنها در بابهاى معاملات به معناى خاص به کار گرفته مى‏شوند. مانند قاعده «تلف مبیع در زمان خیار» و قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده‏». 4 . قواعدى که در معاملات عام کاربرد دارند. مانند قاعده «العقود تابعة للقصود» و قاعده «لزوم‏» وقاعده «سلطنت‏». 5 . قواعد مربوط به باب قضا. مانند قاعده «البینة على المدعى والیمین على من انکر». 6 . قواعد مربوط به احکام جزایى. مانند «الحدود تدرء بالشبهات‏».   
   ب - تقسیم دیگر: برخى از قواعد در شبهات حکمى و موضوعى جریان دارند. مانند قاعده‏هاى «میسور» و«عسر و حرج‏». برخى دیگر مخصوص شبهات موضوعى‏اند. مانند قاعده‏هاى «فراغ‏»، «تجاوز» و«حلیت‏».   
   ج - قواعد فقهى به لحاظ مدرک و دلیل به دو قسم تقسیم مى‏شوند: 1 . قواعدى که افزون بر محتوا، الفاظ و عبارات آنها نیز از آیات و روایات گرفته شده است. مانند دو قاعده «لا ضرر» و«ید». 2 . قواعدى که محتواى آنها فقط از مباحث گوناگون فقه گرفته شده. مانند قاعده «تقدیم اهم بر مهم‏» که در اصطلاح فقها به قواعد «مصطیده‏» نام‏گذارى شده‏اند..   
   جایگاه قاعده اتلاف: در تقسیم اول، مصداق قسم چهارم یعنى معاملات به معناى عام به شمار مى‏رود. ونسبت به تقسیم دوم، همساز با قواعد مخصوص شبهات موضوعى است. زیرا این قاعده در شبهات حکمى جریان ندارد. این قاعده در تقسیم سوم، جزء بخش دوم به شمار مى‏رود. با این توضیح که عبارت قاعده «من اتلف مال الغیر فهو ضامن‏» در هیچ آیه و روایتى نیامده است. اگرچه برخى این عبارت را حدیث نبوى پنداشته‏اند لیکن نادرستى آن در بخش ادله، روشن خواهد شد. البته پاره‏اى الفاظ قاعده در برخى احادیث آمده است; اما مضمون و محتواى قاعده ضمن آیات و روایات فراوانى در بابهاى گوناگون بیان شده که در بخش ادله قاعده، برخى از آنها مورد رسیدگى قرار مى‏گیرد. ثمره فقهى این بحث، این است که اگر این قاعده، متن آیه و یا روایت باشد مانند قاعده «لا ضرر» در موارد مشکوک مى‏توان به اطلاق لفظى آن تمسک کرد. ولى چون این قاعده «مصطیده‏» از آیات و روایات و ادله دیگر است، به اطلاق لفظى «من اتلف مال الغیر فهو ضامن‏» نمى‏توان تمسک کرد بلکه فقط به اطلاق ادله قاعده، مى‏توان تمسک کرد.   
   2 - اقسام ضمان  
   از آنجا که قاعده اتلاف مربوط به ضمان است، شایسته است اقسام ضمان بررسى شود. فقها مباحث ضمان را در سه بخش بررسى کرده‏اند: در کتاب عقد ضمان، در ضمان معاوضى و عقدى، در ضمان قهرى. حقوق دانان نیز مطالب مربوط به ضمان را در همین سه بخش تحقیق کرده‏اند; با این تفاوت که عنوان‏هاى جدیدى نیز به آنها افزوده‏اند. تعریف عقد ضمان از دیدگاه فقها عبارت است از: «عقدى شرعى که نسبت به مال و جان انسان، تعهد ایجاد مى‏کند.» حقوق دانان در تعریف آن آورده‏اند: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصى مالى را که بر ذمه دیگرى است بر عهده بگیرد. متعهد را «ضامن‏» طرف دیگر را «مضمون له‏» و شخص ثالث را «مضمون عنه‏» یا «مدیون اصلى‏» مى‏گویند. تعریف ضمان عقدى و معاوضى که به ضمان «مسؤولیت قراردادى‏» نیز نامیده مى‏شود، عبارت است از ضمانى که منشا آن عقد و قرارداد است. دکتر کاتوزیان در این باره مى‏نویسد:  
   «مسئولیت قراردادى، در نتیجه اجرا نکردن تعهدى که از عقد ناشى شده است به وجود مى‏آید. کسى که به عهد خود وفا نمى‏کند و بدین وسیله باعث اضرار هم پیمانش مى‏شود باید از عهده خسارتى که به بار آورده است برآید.» در قانون مدنى درمواد مختلفى از این ضمان بحث‏شده که مواد 221 و 222 و 226 از جمله آنهاست. فقها از ضمان عقدى در موارد گوناگون بحث کرده‏اند، لیکن تعریف مشخصى از آن ارائه نکرده‏اند. میان تعریف حقوق مدنى با آنچه که فقها از ضمان عقدى در نظر دارند، اختلافى وجود ندارد. ضمان قهرى که «مسؤولیت مدنى‏» نیز نامیده مى‏شود عبارت است از: «مسؤولیت انجام امرى و یا جبران زیانى که کسى در اثر عمل خود به دیگرى وارد آورده.» این ضمان را از آن جهت قهرى مى‏نامند که به دنبال عقد قراردادى نیست. اهمیت این موضوع سبب شد تا چندین نوشته را به تحقیق آن اختصاص دهیم.   
   3 - اهمیت قاعده اتلاف  
   از جمله قواعد فقهى که رابطه تنگاتنگى با ضمان قهرى دارد قاعده «من اتلف مال غیره فهو ضامن‏» است که پس از این، با نام قاعده اتلاف از آن یاد مى‏شود. اگر نگوییم قاعده اتلاف مهمترین قاعده در این باب است دست‏کم از مهمترین قواعد خواهد بود. براى تبیین اهمیت و قلمرو قاعده اتلاف برخى از پرسشها و گره‏هاى فقهى را که مى‏توان به کمک این قاعده گشود مورد مطالعه قرار مى‏دهیم: 1 . آیا قاعده اتلاف تنها در صورتى جریان دارد که اتلاف از روى عمد و اختیار صورت گیرد یا مواردى را که اتلاف از . روى اکراه و اشتباه تحقق پیدا کند نیز در بر مى‏گیرد؟ 2 . آیا با قاعده اتلاف، تنها ضمان مالى که از بین رفته ثابت مى‏شود و یا اگر عین مال باقى است ولى مالیت و ارزش آن کاهش یافته نیز مشمول قاعده اتلاف است؟ 3 . آیا در اثبات ضمان با این قاعده، شرط است که شخص متلف شرایط تکلیف مانند بلوغ و عقل را داشته باشد؟ 4 . آیا با قاعده، افزون بر اثبات اصل ضمان مال تلف شده، چگونگى ضمان و کیفیت جبران (مثلى و قیمى) را نیز مى‏توان اثبات کرد؟ 5 . آیا محدوده جریان قاعده، صورت مباشرت در اتلاف است و یا اعم از مباشرت و تسبیب است؟ 6 . آیا این قاعده افزون بر ضمان اتلاف مال، ضمان اتلاف منافع را نیز اثبات مى‏کند؟ چنانچه پاسخ مثبت باشد آیا تفاوتى میان منافع مستوفات (بهره‏بردارى شده) و غیر مستوفات هست؟ 7 . آیا قاعده اتلاف در مورد حقوق اتلاف شده جارى مى‏شود؟ 8 . آیا با این قاعده ممکن است ضمان اتلاف اعمال انسانها را اثبات کرد؟ اگر پاسخ، مثبت باشد آیا تفاوتى میان اعمال انسانهاى آزاد و غیر آزاد، انسان اجیر و غیر اجیر، و انسان شاغل و غیر شاغل هست‏یا نه؟ 9 . فرق قاعده اتلاف با قواعد مشابه همانند غرور و تسبیب در چیست؟ 10 . آیا این قاعده اتلاف در امانت را در برمى‏گیرد؟ 11 . آیا با قاعده اتلاف، افزون بر دیه عضو و همانند آن، ممکن است هزینه‏هاى معالجه و دادرسى را نیز مطالبه کرد؟ 12 . آیا اثبات لزوم جبران خسارت معنوى با این قاعده ممکن است؟   
   این پرسشها و بسیارى از پرسشهاى دیگر درباره قاعده اتلاف مطرح است که سعى شده در حد امکان، به بسیارى از این پرسشها، پاسخ داده شود اگرچه پاسخ برخى از آنها مانند شماره ششم و هشتم مقالات مستقلى را مى‏طلبد. این بحث از آن جهت اهمیت دارد که مباحث ضمان قهرى اگرچه در بابهاى گوناگون فقه مانند اجاره، بیع، غصب، عاریه و ودیعه به مناسبت‏هاى مختلف مورد بحث واقع شده ولى باب مستقلى به آن اختصاص نیافته است. از سوى دیگر اهمیت جبران زیانهایى که شخص به بار مى‏آورد تا جایى است که برخى از حقوق‏دانان خواسته‏اند تمامى قواعد حقوق مدنى را در قواعدى که از آنها ضمان قهرى استفاده مى‏شود خلاصه کنند. این مطالب هنگامى بیشتر خود نمایى مى‏کند که شکوفا شدن نظام سرمایه‏دارى و پیشرفت‏حیرت آور فنون و صنایع که موجب تحول زندگى اشاره شده است ملاحظه گردد. پراکندگى بحث‏هاى ضمان قهرى و اهمیت این ضمان در تامین امنیت ابعاد مختلف زندگى، ما را وادار کرد تا درباره قواعد فقهى مربوط به ضمان قهرى با توجه به نظریات حقوق‏دانان تا آنجا که حوصله مخاطبان مجله اجازه مى‏دهد به بحث و گفتگو بپردازیم.   
   4 - ادله اعتبار قاعده  
   الف - آیات :  
   یکى از آیاتى که بدان بر قاعده اتلاف استدلال شده آیه: (فمن اعتدى علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدى علیکم.) است. یعنى «هر کسى به شما تعدى کرد، شما هم همان گونه به او تعدى کنید.» چگونگى استدلال به این صورت است که تلف کردن اموال و منافع و حقوق دیگران بدون اجازه آنان، یکى از مصادیق تعدى است و بر اساس مدلول آیه، به همان مقدار جایز است از متجاوز گرفته شود و بى گمان -اگر نگوییم صریح آیه‏دست‏کم مدول التزامى آن ، ضمان شخص متجاوز است.   
   فقهایى چون شیخ طوسى و ابن ادریس با این آیه، افزون بر اثبات قاعده اتلاف، بر مثلى یا قیمى بودن ضمان نیز استدلال کرده‏اند. شیخ طوسى مى‏نویسد: «اموال دو گونه‏اند: حیوان و غیر حیوان. غیر حیوان نیز دو گونه است: اموالى که مثل دارد و اموالى که مثل ندارد ... چنانچه غاصب، چیزى از این اموال را غصب کند اگر مال، باقى است ضامن اصل آن است و اگر مال، تباه شده ضامن مثل آن است به دلیل آیه: (فمن اعتدى علیکم...).»   
   نقد و بررسى: ممکن است بر استدلال به این آیه، اشکالاتى وارد باشد، از جمله: اولا، مدعا در قاعده اتلاف عبارت است از ضمان شخص تلف کننده و فرقى نمى‏کند این تلف از روى عمد و اختیار باشد و یا از روى غفلت و بى اختیارى. در حالى که عنوان «اعتداء» (تجاوزگرى) که در آیه آمده تنها صورت عمد و اختیار را در برمى‏گیرد نه صورت غفلت را. بنابراین، دلیل اخص از مدعا است. ثانیا، در صورتى آیه دلالت بر ضمان متلف نسبت به شئ تلف شده مى‏کند که «ما» در جمله « ما اعتدى‏» موصول باشد. ولى اگر مصدرى باشد معناى آیه عبارت خواهد بود از جواز تکلیفى تعدى همانند تعدى طرف مقابل. اما ضامن بودن تعدى کننده که حکم وضعى است از آیه استفاده نمى‏شود و با راه پیدا کردن این احتمال، آیه قابلیت استدلال بر مدعا یعنى ضمان شخص تلف کننده را ندارد، زیرا معناى آن مجمل مى‏شود. ثالثا، بر فرض کلمه «ما» در جمله «ما اعتدى علیکم‏» به معناى موصول باشد نه مصدرى، در صورتى دلالت بر ضمان متلف داردکه مراد از آن، اشیاء خارجى (معتدى به) باشد که متعلق تجاوز و اعتداء واقع شده‏اند نه عمل تعدى و تجاوز. زیرا اگر مصداق ماى موصول فعل و کار تجاوز گرانه باشد، معناى آیه این خواهد شد که شما از نظر تکلیفى مجاز هستید در برابر کار تجاوز گرانه، به همان شکل مقابله کنید. یعنى اگر او در مال شما تصرف کرده شما نیز جایز است همان کار را انجام دهید و اما ضمان شخص تلف کننده و مالک شدن صاحب مال تلف شده از آیه استفاده نمى‏شود. زیرا لازمه جواز تصرف در یک مال مالک شدن آن نیست، از این رو تصرف در برخى از اموال و مصرف کردن آنها جایز است بى آنکه شخص، مالک آنها باشد. بنابراین دلالت آیه بر حجیت و اعتبار قاعده اتلاف ناتمام است.   
   آیه دیگر: (وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به.) یعنى «اگر سزا مى‏دهید، مانند آنچه با شما کرده‏اند سزا دهید.» چگونگى استدلال بر قاعده اتلاف این است که بگوییم تباه شدن اموال و حقوق و منافع بى اذن صاحب آنها نوعى عقاب است و آیه بر جواز مقابله به مثل دلالت دارد. نقد و بررسى: به نظر مى‏رسد دلالت آیه بر قاعده، ناتمام باشد; زیرا افزون بر اشکال اول و سوم بر دلالت آیه قبل، اشکالات دیگرى نیز وارد است. از جمله معاقبه به معناى مجازات کردن بر کار ناشایست است. خلیل فراهیدى مى‏نویسد: والعقوبة اسم المعاقبة، وهو ان یجزیه بعاقبة ما فعل من سوء. معناى عقوبت که‏اسم معاقبه است عبارت است از مجازات بر کار بد. بنابراین، آیه ربطى به ضمان ندارد و تنها بر جواز تکلیفى مقابله به مثل دلالت دارد.   
   ب - روایات:   
   اگرچه عبارت «من اتلف مال الغیر فهو ضامن‏» در هیچ روایتى نیامده است با این حال مهمترین دلیل حجیت آن، روایات است; زیرا روایات فراوانى در ابواب گوناگون فقه به این مضمون وارد شده است. روایاتى که در مورد قاعده اتلاف وارد شده، به لحاظ محتوا، به چند دسته تقسیم مى‏شوند. از آنجا که نقد و بررسى هر یک از آنها از حوصله این مقاله بیرون است، تنها به نقل و نقد و بررسى برخى از آنها بسنده مى‏شود.   
   1 . روایات شهادت زور:   
   در مورد شخصى که با شهادت دروغ و دور از واقع موجب شود مال دیگرى تباه گردد، روایاتى مبنى بر ضامن بودن او وارد شده است. صاحب وسایل، عنوان باب را «ضامن بودن شاهد در صورتى که از شهادت خود برگردد» ذکر کرده و در آن، چهار روایت آورده که برخى از آنها از نظر سند و دلالت بى اشکالند. از جمله صحیحه جمیل: «عن ابى عبدالله(ع) فی شهادة الزور: اذا کان الشى‏ء قائما بعینه رد على صاحبه والا;26#÷ ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل‏» امام صادق(ع) درباره کسى که شهادت ناحق او سبب اتلاف مال دیگرى شده فرمود: «اگر مال باقى باشد به صاحبش برگردانده مى‏شود. در غیر این صورت شاهد به اندازه‏اى که از مال دیگرى تلف کرده ضامن است.» دلالت روایت بر اصل قاعده -صرف نظر از قلمرو آن تمام و سند آن نیز بى اشکال است.   
   2 - روایات باب اجیر:   
   صاحب وسایل بابى با عنوان «ضامن بودن اجیر نسبت به مالى که در اختیار او بوده و به سبب افراط او تباه شده باشد. » گشوده است و در آن بیست و سه روایت نقل کرده که برخى از آنها از نظر سند و دلالت بر مدعا تمام است. از جمله: «عن ابى عبدالله قال: سئل عن القصار یفسد. فقال: کل اجیر یعطى الاجرة على ان یصلح فیفسد فهو ضامن‏» امام صادق(ع) درباره شخصى که شغل او لباس شویى است، اگر لباسى نزد او از بین برود مى‏فرماید: «هر اجیرى که مزد بگیرد براى درست کردن چیزى ولى آن را ناقص کند، ضامن است.» این روایت را شیخ طوسى نیز نقل کرده و از نظر سند صحیح است. دلالت آن بر قاعده نیز روشن است.   
   3 - روایات ابواب موجبات ضمان:  
   در کتاب دیات، روایات فراوانى درباره موجبات و اسباب ضمان وارد شده و صاحب وسایل الشیعه آنها را به چهل و چهار عنوان و باب تقسیم کرده و ضمن هر یک، چندین روایت را آورده است و بسیارى از روایات افزون بر تلف مال، تباه شدن جان و اعضاء و حقوق را نیز در برمى‏گیرد و از طرفى هم ضمان شخص مباشر را شامل مى‏شود و هم ضمان شخص غیر مباشر را که تلف به او نسبت داده مى‏شود. از جمله آن روایات که از جهات زیادى فراگیر است و بیشتر فقها نیز بدان استدلال کرده‏اند، صحیحه حلبى است: «عن ابى عبدالله(ع) قال: سالته عن الشى‏ء یوضع على الطریق فتمر الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره. فقال: کل شى‏ء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه‏» امام صادق(ع) در پاسخ سؤال از حکم چیزى که در راه مسلمانها قرار داده شده و سبب ترس و فرار چهار پا شده و در نتیجه صاحبش را زمین مى‏زند، مى‏فرماید: هر چیزى که موجب زیان راه و عابر شود ضمان آور است.» این روایت از نظر سند، صحیح است و دلالت آن بر قاعده تمام است و قلمرو قاعده را نیز به بیش‏تر از تلف مال گسترش مى‏دهد که بحث آن پس از این خواهد آمد.   
   4 - روایات باب حدود:   
   روایات بسیارى در ابواب حدود دلالت دارد بر اینکه شخصى که با حیوانات آمیزش کرده، علاوه بر اینکه تعزیر مى‏شود ضامن قیمت‏حیوان نیز هست. زیرا با این عمل، حیوان تباه شده است و این تعلیل مى‏تواند حکم ضمان را در موارد دیگر به همراه داشته باشد. زیرا حکم دایر مدار وجود علت است. روایت زیر از جمله آن روایات صحیح است: «عن ابى جعفر(ع) فى الرجل یاتى البهیمة. قال: یجلد دون الحد ویغرم قیمة البهیمة لصاحبها لانه افسدها علیه‏» امام باقر در مورد مردى که با چهار پا نزدیکى کرده بود، فرمود: «کمتر از حد بر او تازیانه زده مى‏شود و قیمت‏حیوان را نیز براى صاحبش ضامن است. زیرا حیوان را تباه کرده است.» دلالت روایت بر قاعده روشن و سند آن هم صحیح است صدوق و کلینى نیز این روایت را نقل کرده‏اند.   
   5 - روایات باب عتق:   
   صاحب وسایل در باب هیجده از ابواب عتق، بیست و چهار روایت را نقل کرده است که دلالت دارند بر ضمان شریکى که سهم خود را از عبد مشترک آزاد کرده است. از آن جمله است صحیحه حلبى: «عن ابى عبدالله(ع) قال: سالته عن المملوک بین الشرکاء فیعتق احدهم نصیبه. فقال: ان ذلک فساد على اصحابه فلا یستطیعون بیعه ولا مؤاجرته. فقال: یقوم قیمة فیجعل على الذى اعتقه عقوبة وانما جعل ذلک علیه عقوبة کما افسده‏» امام صادق(ع) در پاسخ پرسش از برده‏اى که چند نفر در مالکیت آن شریکند و یکى از آنها سهم خود را آزاد مى‏کند، فرمود: «این کار سبب تباه شدن مالکیت‏شریکان است. چون توان فروش و یا اجاره دادن آن برده از دست مى‏رود. برده، قیمت گذارى مى‏شود و قیمت آن بر ذمه شریکى که حصه‏اش را آزاد کرده است از باب مجازات گذاشته مى‏شود. زیرا او ملکیت برده را تباه کرده است.» دلالت و سند روایت بى اشکال است و چون امام معصوم حکم به ضمان را دایر مدار افساد قرار داده، هر جا که این علت وجود داشته باشد ضمان نیز هست از باب قاعده معروف و مورد قبول «العلة تعمم وتخصص‏» (تعلیل حکم سبب توسعه و تضییق حکم مى‏گردد.)   
   6 - حدیث «لا ضرر ولا ضرار»   
   ممکن است براى اثبات حجیت قاعده اتلاف به حدیث «لا ضرر» نیز تمسک شود. به این بیان که شخص تلف کننده، موجب ضرر و زیان شده و چون حدیث، ضرر را نفى مى‏کند لازمه‏اش ضمان تلف کننده است. در غیر این صورت ضرر، منتفى نخواهد بود. اگر حدیث «لا ضرر» بر قاعده اتلاف دلالت کند در قلمرو و دامنه قاعده تاثیر به سزائى دارد; زیرا اطلاق حدیث، بسیارى از موارد مشکوک را که مشمول دیگر ادله قاعده نیست در بر مى‏گیرد. از این رو مناسب است در این باره بحث و تحقیق بیشترى انجام پذیرد.  
   مبانى فقها در «لا ضرر»   
   نوشته‏ها و نظریات درباره حدیث لا ضرر فراوان است و کمتر قاعده و حدیثى تا این حد مورد کند و کاو قرار گرفته است. نقد و بررسى همه آنها خارج از حوصله این نوشته خواهد بود. از این رو فقط به نقل اهم نظریات در این باره اکتفا مى‏کنیم:   
   1 . مبناى شیخ انصارى: حدیث لا ضرر، وجود احکامى را در شریعت که عمل بدانها موجب ضرر مى‏شود، نفى مى‏کند، البته در اینجا، نفى سبب به لسان نفى مسبب صورت گرفته است. وى در این باره مى‏نویسد: «مدلول قاعده، نفى حکم شرعى است که موجب ضرر مى‏شود. بنابراین در حدیث، با نفى مسبب (ضرر)، سبب ضرر (احکام ضررى) نفى شده است.   
   2 - مبناى شیخ الشریعه: مدلول حدیث، نهى تکلیفى از ضرر رساندن به دیگران است. زیرا اگرچه جمله «لا ضرر» خبریه است لیکن چون در مقام انشاء است دلالت بر نهى مى‏کند. مانند جمله «یعید» که در مقام انشاء دلالت بر وجوب اعاده مى‏کند. وى در این باره مى‏نگارد: «مدلول قاعده، نهى تکلیفى و حرمت ضرر رساندن است.»   
   3 . مبناى آخوند خراسانى: نفى حکم ضررى به زبان ادعاى نفى موضوع آن مانند «لا شک لکثیر الشک‏» ایشان مى‏فرماید: «مدلول حدیث، نفى‏احکام ضررى است به زبان نفى موضوعات ضررى ادعائا.»   
   4 . مبناى فاضل تونى: بر اساس نقل شیخ انصارى، نظر ایشان عبارت است از اینکه ضررى که از نظر شارع جبران نشده باشد در اسلام وجود ندارد. بنابراین لازمه نفى ضرر این است که شارع حکم به جبران ضرر کند. بر اساس این مبنا، این حدیث از ادله قاعده اتلاف به شمار مى‏آید. همانگونه که ایشان پیش از بحث لا ضرر مى‏فرماید: اگر کسى درب قفس را بازکند و پرنده بپرد برائت جارى نمى‏شود چون موجب ضرر است و داخل در قاعده اتلاف است. پس از آن مى‏گوید: «مدلول حدیث، نفى ضررى است که از نظر شارع جبران و تدارک شده باشد.»   
   5 . مبناى حضرت امام: ایشان «لا ضرر» را از احکام حکومتى به شمار مى‏آورد و مى‏فرماید: «این سخن پیامبر اکرم که فرمود: «لا ضرر ولا ضرار» ظهور دارد دراینکه این از احکام حکومتى است که آن حضرت به عنوان حاکم و رهبر امت صادر کرده‏اند.»   
   نقد و بررسى: ممکن است بر استدلال به حدیث «لا ضرر» براى اثبات قاعده اتلاف، اشکالاتى شود. از جلمه: 1 . «لا ضرر» نفى حکم ضررى مى‏کند نه جعل حکم به ضمان تلف کننده براى جبران ضرر. 2 . حدیث لا ضرر در مقام امتنان بر امت صادر شده و حکم به ضمان تلف کننده، خلاف امتنان خواهد بود. 3 . جریان «لا ضرر» نسبت به شخصى که مال او تلف شده معارض است با جریان آن نسبت به تلف کننده. از این اشکالها پاسخهاى فراوانى مى‏توان داد. از جمله: اولا، در صورتى این اشکالات وارد است که مبناى چهارم را نپذیریم. بر اساس مبناى چهارم، هیچ یک از این اشکالات وارد نخواهد بود. ثانیا، بر فرض نپذیرفتن مبناى چهارم، در صورتى این اشکالات وارد است که منشا ضرر، عدم حکم شارع به ضمان و جبران باشد. در این صورت جا دارد بگوییم مفاد «لا ضرر» نفى حکم است نه جعل حکم اما اگر منشا ضرر، حکم شارع به عدم ضمان و یا حکم او به برائت از ضمان تلف کننده باشد، چنین حکمى ضررى است و با «لا ضرر» برداشته مى‏شود.   
   زیرا در جاى خود ثابت‏شده که حدیث «لا ضرر» بر احکام دیگر، حکومت دارد و تفاوت نمى‏کند احکام دیگر، وجودى باشند مانند وجوب روزه بر مریض و یا احکام عدمى مانند حکم به عدم ضمان و نیز فرقى نمى‏کند احکام دیگر که محکوم «لا ضرر» هستند تکلیفى باشند مانند وجوب روزه بر مریض و یا وضعى مانند مثال دوم. همچنین فرقى نمى‏کند احکام دیگر، احکام واقعى باشند مانند مثال اول و یا احکام ظاهرى باشند مانند برائت از ضمان در مورد شک. این مطلب را فاضل تونى به صراحت گفته است و برخى دیگر از فقها از جمله شیخ انصارى نیز آن را قبول دارند. ایشان مى‏نویسد: «جریان برائت از وجوب ضمان و تدارک شخص ضرر زننده (متلف) ضررى است که با حدیث «لا ضرر ولا ضرار» برداشته مى‏شود.» ثالثا، روایات دیگرى نیز موضوع ضمان را، اضرار دانسته‏اند که برخى از آنها گذشت و این اشکالات بر آن روایات وارد نخواهد بود. بنابراین مى‏توان اطمینان پیدا کرد که ضرر رساندن به دیگران موضوع ضمان است.   
   نتیجه: افزون بر این روایات، احادیث فراوانى در ابواب گوناگون فقه از جلمه: وصیت، رهن، عاریه، زکات، اجاره وارده شده که بسیارى از آنها از نظر سند بى اشکالند و دلالتشان نیز بر قاعده تمام است ولى براى پرهیز از طولانى شدن نوشته از نقل آنها خوددارى مى‏گردد. بنابراین نیازى به استدلال به جمله «من اتلف مال الغیر فهو ضامن‏» نیست تا اشکال شود که این عبارت، متن روایت نیست. تعجب از برخى بزرگان فقهاست که این همه روایات را نادیده انگاشته‏اند و به جمله «من اتلف مال الغیر» به عنوان روایت براى اثبات ضمان منافع تمسک جسته‏اند. حال آنکه بى شک روایتى به این الفاظ و عبارت در کتاب‏هاى حدیثى وفقهى وجود ندارد.   
   اما روایاتى که به عنوان دلیل قاعده اتلاف از آنها یادشد از نظر مضمون و مدلول یکسان نیستند. زیرا در برخى از آنها موضوع ضمان، عنوان «اتلاف‏» قرار داده شده مانند روایات وارده در مورد شهادت زور و در بعضى دیگر، عنوان «افساد»، موضوع ضمان واقع شده مانند روایات وارده در باب حدود و اجاره و عتق و زکات. در بعضى عنوان «اضرار»، موضوع ضمان قرار گرفته همانند روایات وارده در مورد راه مسلمان‏ها و حدیث لا ضرر. در برخى موضوع، عنوان «ضیاع‏» است مانند روایات باب رهن. این عنوان‏ها اگرچه قدر جامع آنها جایى است که شخصى، بى واسطه و به گونه مباشرت، مالى را تباه و نابود کند. زیرا تمام این عنوان‏ها در این مورد صادق است. لیکن نسبت و رابطه برخى از آنها عموم و خصوص مطلق است. از باب نمونه عنوان «اضرار» و«اتلاف‏» رابطه عموم و خصوص مطلق دارند. زیرا هرجا اتلاف باشد اضرار هست ولى چنانچه شخصى پولى را از دیگرى غصب کند و پس از گذشت ده سال به او رد کند این کار اتلاف مال نیست ولى بى شک اضرار هست چون مالیت آن کاهش پیدا کرده و این نوعى اضرار است. از این رو قلمرو و محدوده قاعده در گروى ادله آن خواهد بود که پس از این، بحث‏خواهد شد. در هر صورت دلالت روایات بر اصل قاعده تمام است اگرچه نسبت به دامنه آن اختلاف وجود دارد.   
   ج - بناى عقلا از جمله ادله قاعده اتلاف، بناى عقلاست، زیرا عقلا شخصى را که موجب تلف شدن مال دیگر شود ضامن مى‏دانند و این روش در میان عقلا، نه تنها از سوى شارع منع نشده بلکه با روایات فراوان در باب‏هاى گوناگون، امضا شده است. بسیارى از بزرگان، این مطلب را پذیرفته‏اند. از جمله حضرت امام‏1 در این باره مى‏نویسد: «قاعده اتلاف با قلمرو گسترده‏ترى از عنوان اتلاف، امرى عقلایى است. بنابراین اگر شخصى مال دیگرى را از بین ببرد یا مصرف کند یا معیوب سازد و یا آن را براى مالک به صورت غیر قابل استفاده‏اى درآورد اگرچه اصل مال از بین نرفته باشد مانند اینکه مال را در اختیار غاصب قرار دهد و یا پرنده را از قفس آزاد سازد، از نظر عقلا چنین شخصى ضامن است.»   
   د - اجماع برخى از فقها در مقام اثبات حجیت قاعده اتلاف به اجماع تمسک جسته‏اند. بلکه برخى آن را از ضروریات دانسته‏اند. چنانچه صاحب کتاب عناوین الاصول مى‏نویسد: «دلیل بر قاعده اتلاف، ضرورت و اجماع است.» صاحب قواعد فقهیه در مقام بیان ادله قاعده‏اتلاف مى‏نویسد:   
   «قاعده اتلاف مورد قبول تمامى فقهاست و در آن کسى اختلاف نکرده بلکه ممکن است بگوییم: میان تمامى فرقه‏هاى مسلمین قاعده‏اى مسلم است و چه بسا گفته مى‏شود که این قاعده از ضروریات دین مى‏باشد.   
   نقد و برررسى: به نظر مى‏رسد ادعاى اجماع در این مورد که به ادله فراوانى تمسک شده، نادرست باشد زیرا اولا، بى گمان چنین اجماعى اگر نگوییم قطعا مدرکى است، دست‏کم احتمال مدرکى بودن آن قوى است. بنابراین نمى‏تواند کاشف از قول معصوم باشد و از این رو حجت نخواهد بود. ثانیا، ادعاى ضرورى دین بودن قاعده اتلاف نیز صحیح نیست. چون از جمله آثار ضرروى دین بودن، ارتداد منکر آن است وبى شک منکر قاعده اتلاف، مرتد نیست. احتمال دارد مراد ایشان از ضرورى دین، ضرورى فقه باشد، چرا که تمامى فرق و مکاتب فقهى جهان اسلام اصل قاعده را پذیرفته‏اند، اگرچه در فروعات و قلمرو آن اختلاف دارند. بنابراین ضرورى بدین معنا، مى‏تواند یکى از ادله قاعده باشد، لیکن این دلیل لبى خواهد بود و در موارد شک نمى‏توان به قاعده تمسک جست; زیرا باید به قدر متیقن آن اکتفا شود.   
   اعتبار قاعده در نگاه قانون مدنى:  
   روشن است در قانون مدنى تحت عنوان «من اتلف مال الغیر فهو ضامن‏» بحثى نشده ولى تمامى کسانى که درباره قوانین مدنى کتابى نوشته‏اند مضمون و محتواى قاعده را پذیرفته‏اند. زیرا در بحث موجبات ضمان قهرى، اتلاف را یکى از موجبات ضمان شمرده‏اند. افزون بر آن در مواد فراوانى از قانون مدنى به محتواى قاعده اتلاف استناد شده است. از جمله در ماده 307 آمده است: «فصل دوم - در ضمان قهرى - امور ذیل موجب ضمان قهرى است: 1 - غصب و آنچه که در حکم غصب است.2 - اتلاف.» توضیح: در قانون مدنى نسبت به مبناى ضمان قهرى دو نظر وجود دارد: برخى مبناى آن را تحقق عنوان «تقصیر» مى‏دانند و برخى دیگر مبناى آن را تحقق عنوان «اضرار» دانسته‏اند. برخى از حقوقدانان نظر دوم را پذیرفته‏اند. دکتر امامى مى‏نویسد: «در مسؤولیت ناشى از جرم دو نظریه علمى موجود است: 1 - نظریه تقصیر ...2 - نظریه مسؤولیت ... نظریه مزبور (اول) تقصیر را شرط مسؤولیت فاعل نمى‏داند و هر کس را که به دیگرى خسارتى وارد آورد او را مسؤول جبران آن مى‏شناسد. بنابراین نظریه، براى مطالبه خسارت کافى است که متضرر ثابت کند که خسارت ناشى از فعل طرف مى‏باشد.» بر اساس نظریه دوم اعتبار و حجیت قاعده فقهى اتلاف در حقوق مدنى خیلى روشن است زیرا در تمامى مواردى که قاعده جریان دارد بى شک خسارت و زیان نیز صادق است.   
   5 - قلمرو قاعده   
   از جمله مباحث اساسى درباره قاعده، بحث و تحقیق از قلمرو و محدوده دلالت آن است. این مطلب بر خلاف اهمیت آن یا به طور کلى مورد توجه فقها و قواعد نگارن واقع نشده و یا با اشاره اجمالى از آن گذشته‏اند. در هر صورت ما این بخش را ضمن چند عنوان بررسى مى‏کنیم   
   الف - ضمان مجنون و خردسال آیا در ضمانى که از قاعده اتلاف استفاده مى‏شود شرط شده است که تلف کننده به کار خویش آگاهى و قصد تلف داشته باشد، یا اینکه شرط نیست، و چنانچه از روى نادانى و بدون قصد، مالى را تلف کند نیز ضامن است؟ اگرچه بر اساس دلالت بعضى از ادله قاعده، همانند اجماع باید به قدر متیقن آن اکتفا شود، لیکن ادله دیگر به ویژه روایات از جهت‏شرط آگاهى و قصد، اطلاق دارند. بنابراین شخص تلف کننده حتى اگر در حال خواب چیزى را بشکند، ضامن است. بلکه اگر قصد تلف نشدن نیز داشته باشد، بازهم ضامن خواهد بود. مانند اینکه غاصب تلاش کند مال غصب شده را صحیح و سالم نگه‏دارد اما تلف شود. زیرا هر عنوان از عناوین گوناگونى را که در روایات آمده است، موضوع ضمان بدانیم، از این جهت اطلاق دارد و علم قصد در تحقق هیچ یک از این عناوین تاثیر ندارد. فقها نیز این مطلب را پذیرفته‏اند. ««آیت الله خویى; در پاسخ سؤالى در این‏باره مى‏نویسد:   
   «سؤال: اگر بچه و یا مجنون مالى را تلف کند آیا ضمان بر اینها مى‏باشد و یا بر ولى آنها؟ پاسخ: ضمان بر بچه و مجنون است نه بر ولى.»   
   ضمان مجنون و خردسال در قانون مدنى  
   قانون مدنى نیز در ضمان، شرایط تکلیف از جمله بلوغ و عقل را شرط نمى‏داند. این مطلب بر مبناى اینکه در مسؤولیت مدنى، تقصیر را شرط نمى‏دانند و تنها وارد شدن ضرر بر دیگران را شرط کرده‏اند، روشن‏تر است. زیرا در باره مسؤولیت مدنى و ضمان قهرى همان گونه که گذشت، در حقوق مدنى دو مبنا وجود دارد: برخى از حقوقدانان مبناى مسئولیت مدنى را تقصیر مى‏دانند. بر این مبنا ممکن است گفته شود: مجنون چون عقلى ندارد، نسبت تقصیر هم به او نمى‏توان داد، پس ضمان قهرى در باره او محقق نمى‏شود. ولى در سالهاى اخیر از این مبنا دورى شده و گفته شده مبناى مسؤولیت و ضمان قهرى تنها وارد شدن ضرر است چه از روى تقصیر و یا غیر تقصیر. دکتر امامى در این باره مى‏نویسد:   
   «در اتلاف، کسى که مالى را از روى عمد و یا غیر عمد تلف کند مسؤول است اگرچه فاعل، تقصیر ننموده و رعایت احتیاطات لازمه را کرده باشد.»   
   و در بسیارى از مواد قانون مدنى نیز به این مطلب اشاره شده است، از جمله در ماده 1216 آمده است:   
   «هرگاه صغیر و یا مجنون و یا غیر رشید باعث ضرر شود ضامن است.»   
   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 غت‏شامل 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)
2. تَبانی توافق بین دو یا چند نفراست که گاهی اوقات به صورت سری وغیر قانونی وگاهی با فریبکاری، اغفال، کلاهبرداری از حقوق قانونی افراد وگاهی توسط قانون خاص، اغفال یا بدست آوردن مزایای غیر منصفانه صورت می‌گیرد؛ و درعین حال توافقی نیست میان شرکت‌هایی که کار بازار، تنظیم قیمت یا تولید محدود را به دست می‌گیرند که می‌تواند شامل ثبات دستمزد، بازپرداخت یا بد جلوه دادن استقلال روابط بین بخش‌های تبانی نباشد. در مدت زمان معین تمامی اعمال تحت تأثیر تبانی قرار نمی‌گیرد. [↑](#footnote-ref-2)