

بسم الله الرحمن الرحيم

ید مالکی و ید ضمانی

ابوالقاسم کرجی

الحمد لله رب العالمین و الصلوة علی سیدنا محمد وآله الطاهیرین
چنانکه از عنوان پیدا است بحث در دو باب است : ید مالکی (قاعده ید)
و ید ضمانی (قاعده علی الید) که این قاعده، قاعده ضمان یدهم نامیده
میشود.

باب اول: در ید مالکی

در این باب ابتداء به مقصود از عنوان ید و سپس به جهاتی از بحث
در باب قاعده ید میپردازیم .
ید در لغت به چند معنی آمده که چه بسا بیشتر معانی مجازی کلمه
است، از قبیل : دست (از منکب تا اطراف اصابع) نعمت، احسان، قدرت،
سلطان، تصرف و غیره .
مقصود از ید در اصطلاح فقهاء در این باب استیلاء و تسلط خارجی است نه
مجرد تصرف، چنانکه در زبان حقوقدانان شایع است، بویژه آن که تصرفات
حقوقی را از قبیل تصرفات فضولی نیز شامل گردد ، چرا که عمده دلیل

۱ . رجوع شود به : مصباح و قاموس و لسان .

اعتبار قاعدهٔ ید - چنانکه در آینده اشاره خواهد شد - بناء عقلاء است و ادلهٔ لفظی امضاء همین بناء است. عقلاء چنانچه چنین استیلاء و سلطنتی را در یابند، مالکیت شخص مستولی را کشف می‌کنند. اگر تصرفات خارجی نقشی داشته باشد نقش کاشفیت و طریقت از این استیلاء است نه نقش موضوعیت و اصالت، بنابراین مجرد تصرف امارهٔ مالکیت نیست، تصرفی امارهٔ مالکیت است که بر نحو تصرف مالکان باشد، متصرف هر چه می‌خواهد بکند، این نوع تصرف است که از استیلاء خارجی حکایت می‌کند، نه هر تصرفی. نیز منظور از استیلاء تسلط فعلی است نه شأنی، مجرد این که شخص می‌تواند چنین استیلائی داشته باشد برای صدق عنوان ید کافی نیست، باید بالفعل چنین استیلائی داشته باشد، مثلاً صرف اینکه مباحثات اولیه را می‌تواند حیازت کند ولی هنوز حیازت نکرده است نسبت به آنها ذوالید محسوب نمی‌گردد، باید بالفعل حیازت کرده باشد.

بنابراین ید مالکی این است که شخص بر مال استیلاء خارجی فعلی داشته باشد و مرجع تحقق آن عرف است و در همهٔ اموال یکسان نیست. استیلاء بر لباس به این است که شخص آنرا پوشیده باشد یا نزد او در کمند لباس او محفوظ باشد، استیلاء بر ماشین به این است که سوار آن باشد یا در گاراژ خانهٔ او نگهداری شده باشد، همینطور نسبت به خانه و مغازه، ماکول و مشروب و غیر ذلک، پس مورد استفادهٔ فعلی نبودن با استیلاء خارجی منافات ندارد.

چنانکه استیلاء خود شخص بر مالکیت او دلالت دارد، استیلاء قائم مقام او هم بر مالکیت او دلالت دارد، مثلاً: استیلاء همسر و فرزندان، مستأجر و مستعیر، امین و وکیل و مانند آنها نیز بر مالکیت سرپرست خانه، موجر و معیر، مستأمن و موکل و غیر ذلک دلالت دارد، نهایت اینکه قائم مقام

باید بعنوان خود مثلاً : تحت سرپرستی بودن ، مستأجر و مستعیر ، امین و وکیل بودن اعتراف داشته باشد.

تشخیص استیلاء از نظر عرف غالباً روشن است ، ولی گاهی موردشبهه مصداقیه واقع میشود مثلاً: یکی سوار مرکب است و دیگری مهار آنرا بدست دارد ، چنانچه این هر دو مدعی مالکیت همه حیوان باشند امر مشکل میشود و چه بسا تشخیص این که مستولی کدام است برای عرف مشکل است یعنی تشخیص نمیدهد که استیلاء از آن را کب است یا مهار بدست . در هر حال چنانچه عرف تشخیص دهد که سوار یا مهار دار بر حیوان استیلاء دارد همو مالک است و چنانچه هر دو را مستولی تشخیص دهد به اشتراک آن دو در مالکیت حکم میشود و در صورت تحیر عرف هیچکدام را نمی توان به استناد این قاعده مالک شمرد.

بنابراین در حقیقت استیلاء، نمی توان استقلال را شرط دانست ، ممکن است دو نفر یا بیشتر بر مالی استیلاء داشته باشند . در این صورت باید به اشتراک آنان به نصف یا ثلث و غیره حکم نمود. پس از این مقدمه در باب ید مالکی در چند جهت گفتگو میکنیم.

۱

ادله اعتبار قاعده ید

برای اعتبار قاعده ید به چند دلیل استدلال کرده اند .

۱ . اجماع - در این که قاعده ید فی الجملة مساله ای است اجماعی جای هیچگونه بحث و تأمل نیست، لیکن از نظر شیعه امامیه اجماع در صورتی حجیت دارد که از رأی معصوم (ع) کشف کند . اجماع در مانحن فیه بهیچوجه از رأی معصوم کشف نمی کند ، چرا که به یقین مستند مجمعی

در باب قاعده ید دلیلهای آینده است ، بنابراین علاوه بر کشف آنها به هیچوجه کشف جداگانه ای از رأی معصوم ندارد .

۲ . بناء عقلاء اعم از مسلمین و غیر مسلمین را بر مالکیت ذوالید ، شارع مقدس نه تنها ردع نکرده بلکه بموجب روایات ، خصوصاً برخی از تعبیراتی که در آنها وجود دارد ،^۲ این بناء را امضاء کرده است . بنظر اینجانب اساسی ترین دلیل بر اعتبار قاعده ید همین دلیل است و در حقیقت روایات هم امضاء همین سیره عقلانی است .

۳ . پاره ای از روایات که به برخی اشاره میشود از جمله :

روایت حفص بن غیاث از ابی عبدالله علیه السلام قال : قال له رجل : رأیت اذا رأیت شیئاً فی یدی رجل ایجوز لی ان اشهدانه له ؟ قال نعم . قال الرجل : اشهدانه فی یده ، ولا اشهدانه له فلعله لغیره . فقال ابو عبدالله علیه السلام : افیحل الشراء منه ؟ قال : نعم . فقال ابو عبدالله علیه السلام : فلعله لغیره فمن این جاز لک ان تشتیره و یصیر ملکک ؟ ثم تقول بعد الملك : هولی و تحلف علیه ولا یجوز ان تنسبه الی من صار ملکه من قبله الیک ؟ ثم قال ابو عبدالله علیه السلام : لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق .^۳

۲ . در ذیل روایت حفص بن غیاث آمده است : « ولو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق » اگر نتوان به مالکیت ذوالید حکم کرد بازار مسلمانان مختل میشود .

۳ . کافی ، ج ۷ ، ص ۳۸۷ ، چاپ حیدری ، ۱۳۷۹ . من لایحضر ، ج ۳ ، ص ۳۰۱ ، چاپ نجف ، ۱۳۷۸ . تهذیب ، ج ۶ ، ص ۲۶۱ . حفص گوید : کسی به حضرت صادق ع گفت : چنانچه چیزی در دست کسی دیدم جایز است شهادت دهم از آن او است ، فرمود : آری . گفت : شهادت میدهم در دست او است نه از آن او است ، شاید از آن دیگری باشد ، فرمود : آیا میتوانی از او بخری ، گفت : آری . فرمود شاید از آن دیگری باشد ، چطور میتوانی بخری و ملک تو شود ، و بعد بگوئی از آن من است و قسم هم به آن بخوری ولی نمی توانی به کسی که از او به تو منتقل شده نسبت دهی ؟ بعد فرمود : اگر این جایز نباشد برای مسلمین بازاری نمی ماند .

و روایت فدک از حضرت صادق علیه السلام : ان مولانا امیرالمومنین علیه السلام قال لابی بکر: اتحکم فینا بخلاف حکم الله تعالی فی المسلمین ؟ قال : لا. قال : فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادعیت انا فیه من تسال البینة ؟ قال : ایاک کنت اسأل البینة علی ما تدعیه علی المسلمین . قال علیه السلام : فاذا کان فی یدی شیء فادعی فیه المسلمون تسئلنی البینة علی ما فی یدی و قد ملکته فی حیاة رسول الله (ص) و بعده و لم تسئل البینة علی ما ادعوا علی کما سألتنی البینة علی ما ادعیت علیهم^۴ و موثقه یونس بن یعقوب که در ذیل آن آمده است : «ومن استولى على شیء منه فهو له»^۵

و روایت عباس بن هلال از حضرت رضا علیه السلام « ذکرانه لو افضی الیه الحکم لاقر الناس علی ما فی ایدیهم و لم ینظره الا بما حدث فی سلطانه و ذکر ان النبی (ص) لم ینظر فی حدث احد ثوه و هم مشرکون وان من اسلم اقر علی ما فی یده »^۶

- ۴ . وسائل الشیعه ، ج ۱۸ ، کتاب القضاء باب وجوب الحکم بملکیة صاحب الید ، حدیث ۳ . عوائد نراقی ، ص ۲۵۴ - القواعد الفقهیه بجنوری ، ج ۱ ، ص ۱۰۹ . میفرماید : علی ع به ابوبکر فرمود : در باره ما بر خلاف حکم خدای تعالی در باره مسلمین حکم می کنی ؟ گفت : خیر. فرمود : اگر در دست مسلمانان چیزی باشد که من آنرا ادعا کنم از که مطالبه بینه می کنی ؟ گفت : از تو فرمود : اگر در دست من باشد و دیگران ادعا کنند باز از من بینه می خواهی ؟ در حالی که هم زمان حیات رسول الله (ص) و هم بعد از آن مالک آن بوده ام از آنها مطالبه بینه نمی کنی ؟
- ۵ . عوائد نراقی ، ص ۲۵۴ - القواعد الفقهیه بجنوردی ، ج ۱ ، ص ۱۱۰ . یعنی : هر کس بر متاعی استیلاء داشت متاع از آن اوست .
- ۶ . وسائل الشیعه ، ج ۱۸ ، کتاب القضاء ، ملکیة ذی الید ، حدیث ۱ - عوائد نراقی ، ص ۲۵۴ - القواعد الفقهیه ج ۱ ، ص ۱۱۰ . اگر حکومت بدست او (حضرت رضاع) برسد مردم را بر آنچه در دست دارند تثبیت خواهد فرمود و تنها حوادث پس از حکومت خود را مورد دقت قرار خواهد داد چنانکه روش پیامبر ص هم همین بوده است .

و روایت حمزة بن حمران « قال » قلت لابی عبدالله (ع) : ادخل السوق فاريد ان اشري جارية فتقول : انى حرة فقال اشترها الا ان يكون لهاينة»^۷
و روایت عیص بن قاسم از حضرت صادق ع « قال : سالتك عن مملوك ادعى انه حر و ثم یأت بینه » على ذلك اشتریه ؟ قال : نعم »^۸
و روایات دیگر.

۲

قاعده ید قاعدهای است فقهی

قاعده فقهی ، قانونی است کلی که به اعتبار ویژگی های خاص آن از مسائل فقهی و اصولی متمایز میگردد.

از جمله اینکه قاعده فقهی مانند مساله فقهی نیست تا دارای موضوع یا متعلق خاصی باشد ، بلکه عنوان کلی را در بر میگیرد که با وحدتی که دارد تعداد احیاناً بسیاری از موضوعات و متعلقات مسائل فقهی را شامل میشود مانند قاعده ضرر که دارای موضوعی است که هم صلوة و صوم و دیگر عبادات را شامل میگردد و هم بیع و اجاره و دیگر عناوین معاملات را و هم چنین اطعمه و اشربه و صید و ذباحت و دیگر احکام .

از جمله خصوصیات دیگر قاعده فقهی این است که با اینکه موضوع آن نسبت به موضوعات و متعلقات مسائل فقهی معمولی وسیعتر است ، با اینحال چنانچه صغریات آن به آن ضمیمه گردد مانند دیگر مسائل فقهی حکمی که از

۷ . ابواب وجوه المكاسب ، ص . ۴ - عوائد ، ص ۲۵۴ - القواعد الفقهیه ، ج ۱ ، ص

۱۱۰ . گوید : از حضرت صادق سؤال کردم بازار رفتم تا جاریه ای بخرم ، او

سیگفت : من آزادم . حضرت فرمود : بخر مگر آنکه بینه داشته باشد .

۸ . وافی - عوائد والقواعد الفقهیه ، مواضع ذکر شده به مضمون حدیث قبل .

آن استنباط می‌گردد حکمی است جزئی مثلاً گفته میشود: صوم در فلان مورد خاص ضرری است، حکم ضرری هم بموجب قاعده ضرر منتفی است پس وجوب صوم در آن مورد منتفی است. و بر فرض، نتیجه احیاناً کلی باشد مثلاً انتفاء لزوم بیع غبنی بطور کلی، این امکان هم وجود دارد که نتیجه حکم جزئی باشد مانند مثال بالا. بنابراین از لحاظ خصوصیت اول، قاعده با مسائل معمولی فقهی فرق پیدا می‌کند و از لحاظ خصوصیت دوم از مسائل اصولی امتیاز پیدا می‌کند چرا که نتیجه ضم صغری به کبری اصولی جز مسئله کلی فقهی نیست در حالیکه در قاعده دانسته شد که نتیجه ممکن است جزئی باشد.

از جمله فرق دیگری که قاعده فقهی با مسئله اصولی دارد این است که مسئله اصولی جز برای مجتهد (اهل استنباط) کاربرد ندارد و به اصطلاح امروز مساله‌ای است فنی و پیچیده و تنها اهل استنباط است که میتواند صغرای آنرا به آن ضمیمه کند و از آن صغری و کبری حکم فقهی کلی، از جمله قاعده فقهی را استنباط کند و آنرا به مقلدین خود القاء کند و اما خود مسئله اصولی بطور مستقیم قابل القاء به عوام نیست، برخلاف قاعده فقهی که مجتهد پس از آنکه آنرا بوسیله کبریات اصولی استنباط کرد میتواند آنرا مستقیماً به مقلدان خود بویژه آنانکه تا اندازه‌ای اهل فضل اند القاء کند.

ضوابط ذکر شده برای قاعده فقهی همه در مورد قاعده ید وجود دارد و نمیتوان آنرا مسئله اصولی دانست خصوصاً با توجه به آنچه عنقریب گفته خواهد شد قاعده ید اماره موضوعی است و در مورد شبهات موضوعیه جاری میشود. بنابراین جز حکم جزئی نمیتوان از آن استنباط کرد. مثلاً گفت: فلان کس بر فلان مال ید دارد، و ید اماره ملکیت است پس او مالک آن مال است. پس بدون شک قاعده ید قاعده‌ای است فقهی.

۳

قاعده ید اماره معتبر موضوعی است

اماره که در مقابل اصل عملی است و به آن دلیل یا حجت هم احیاناً گفته میشود عبارت از چیزی است که کاشفیت نوعیه از واقع دارد یعنی صرف نظر از موانع خارجی برای نوع مردم ، موجب ظن یعنی احتمال قوی به واقع میگردد مانند خبر عادل ، بینه ، اجماع و غیره.

بنابراین اصل عملی به قاعده‌ای گفته میشود که ابداً کاشفیتی از واقع ندارد مانند اصل برائت و بر فرض فی الجمله کاشفیتی داشته باشد اعتبار آن به جهت آن نیست مانند استصحاب . اینگونه از اصول را اصول محرزه گویند و به اعتبار اینکه مؤدای آن به منزله واقع قرار داده شده به آن اصول تنزیلیه گفته میشود.

قاعده ید چنانکه در گذشته اشاره شد قاعده‌ای است عقلائی و پدید است که بناء عقلاء مجرد بناء عملی تبعیدی نیست بلکه از این جهت است که کاشفیت نوعیه از واقع دارد. بنابراین بدون شک از امارات است نه از اصول عملیه . امارات بر سه گونه است : یکی ، آنکه دلیل خاص بر عدم حجیت آن قائم شده است مانند قیاس بنا بر مذهب شیعه امامیه . دیگر، آنکه نه دلیل بر حجیت آن قائم شده است و نه بر عدم حجیت آن ، مانند شهرت فتوائی. این گونه از امارات هم بموجب اصل عدم حجیت، که چنانکه شیخ انصاری (ره) فرموده است ادله اربع بر اعتبار آن دلالت دارد ، باز مانند قسم اول حجت نمیباشد . سوم ، آنکه دلیل خاصی بر حجیت آن قائم شده است مانند خبر واحد و ظواهر ادله . تنها اینگونه از امارات است که حجت است و به همین اعتبار به آن دلیل یا حجت گویند . قاعده ید چنانکه قبلاً به ادله حجیت آن اشاره شد از همین قسم از امارات است.

امارات را چنانچه از حکم کلی شارع کاشفیت داشته باشد، مانند خبر عادل و اجماع - که مثلا از سبطلیت غرر و تعلیق نسبت به عقد حکایت می کنند، که حکم کلی شارع است - امارات حکمی گویند و اگر موضوع و مصداق حکم شارع را که حکمی است جزئی به ثبوت رساند مانند پینه و سوق مسلم - که مثلا مالکیت زید و یا مذکی بودن گوشت خاصی را اثبات می کنند - امارات موضوعی نامیده میشود. قاعده ید نیز، که مالکیت خصوص ذی الید را ثابت می کند، از امارات موضوعیه است.

بنابراین قاعده ید مالکی از امارات معتبره موضوعیه است و چنانکه قبلا دانسته شد از قواعد فقهی است.

۴

موارد اختلاف قاعده ید

قدرستیقن از موارد قاعده ید موردی است که عینی در تصرف کسی است و معلوم نیست از آن خود اوست یا از آن دیگری و حالت سابقه ید هم معلوم نیست، یعنی: معلوم نیست که در گذشته ید او ید مالکانه بوده یا ید امانی و یا ید عدوانی و نیز نه ذوالید خود اعتراف دارد به اینکه مال از آن شخص دیگری است و نه پینه ای بر مالکیت شخص دیگر قائم شده است و بالاخره مجری قاعده هم شخص دیگری غیر از ذوالید است. و اما در صورتیکه:

۱. حالت سابقه ید معلوم است یعنی معلوم است که در گذشته ذوالید مالک بوده و یا غاصب و یا غیر ذلک، در این صورت نمیتوان قاعده ید را جاری ساخت بلکه باید حالت سابقه ید را استصحاب نمود، چه درست است که قاعده ید اماره است و اماره بر استصحاب که اصل عملی است حاکم

است لیکن این در صورتی است که تنها یک شک وجود داشته باشد و استصحاب و قاعده ید هر دو در عرض هم فی نفسه در شک مزبور جاری شوند. مثلاً: شک داریم که کتابی که در دست زید است از آن خود او است یا از آن شخص دیگری، استصحاب عدم مالکیت زید که با صرف نظر از قاعده ید جاری است اقتضاء دارد که زید مالک نباشد، اما قاعده ید اقتضاء دارد که وی مالک باشد، در این صورت بدون شک قاعده که اماره است بر استصحاب که اصل عملی است خاکم و مقدم است و اماره صورتیکه دو شک وجود دارد که یکی منشاء دیگری است مثلاً: شک داریم که کتابی که در دست زید است از آن خود او است و یا از آن شخص دیگری و منشاء آن این است که نمیدانیم ید مالکانه یا غاصبانه‌ای که زید در گذشته بر این کتاب داشت هنوز باقی است یا از بین رفته است، چنانچه در این شک که سبب شک در وضع فعلی ید است استصحاب جاری کنیم شک ما در وضع فعلی ید که محل جریان قاعده ید است از بین رفته و بدست می‌آید که زید هنوز مالک یا غاصب است و بالنتیجه محلی برای جریان قاعده ید باقی نمی‌ماند.

۲. ذوالید خود اعتراف دارد که مالک شخص دیگری است و یابینه‌ای بر مالکیت او اقامه شده است، توضیح اینکه هرگاه مالی در دست کسی است و در مقابل او شخص دیگری ادعای مالکیت آن مال را می‌کند در این صورت از سه حال خارج نیست:

نخست - آنکه ذوالید اعتراف دارد به اینکه مدعی درست می‌گوید در این صورت بدون اشکال مال به مدعی برگردانده میشود چرا که بموجب ادله نفوذ اقرارشکی در لزوم اخذ به قول مدعی باقی نمی‌ماند.

دوم - آنکه ذوالید به مالکیت مدعی اعتراف ندارد ولی مدعی خود برای

اثبات قول خویش اقامه بینه می‌کند در این صورت هم بموجب اجماع مسلمین بر تقدم بینه مدعی بر ید منکر، باز باید به نفع مدعی حکم شود. سوم- آنکه نه ذوالید به مالکیت مدعی اعتراف دارد، نه مدعی برای اثبات قول خویش بینه‌ای اقامه می‌کند، در این صورت: اگر ذوالید تنها به انکار قول مدعی قناعت کند بدون اشکال قول او بر قول مدعی مقدم است.

ولی اگر اعتراف کند به اینکه مال در گذشته از آن مدعی بوده است ولی ادعاء کند که بعداً بوسیله یکی از نواقل شرعی به او منتقل شده است، در این صورت دعوی منقلب میشود یعنی مدعی منکر میشود و منکر مدعی، لذا اگر ذوالید بتواند ادعاء خود را مبنی بر تحقق ناقل شرعی اثبات کند به نفع او حکم میشود و در غیر اینصورت انکار ناقل شرعی از ناحیه مدعی، به ضمیمه استصحاب برای اثبات سخن او کافی است.

۳. هر گاه ذوالید بدون وجود مدعی خود در مالکیت خویش شک کند آیا میتواند به موجب قاعده ید به مالکیت خود حکم کند؟ در اینصورت نیز مقتضای بناء عقلاء بر مالکیت ذوالید، جواز استناد ذوالید به قاعده است مگر اینکه خدشه شود به اینکه بناء عقلا دلیلی است لبی و باید بر قدر متیقن از آن اقتضاء شود و قدر متیقن غیر این صورت است. لیکن میتوان از این خدشه پاسخ گفت به اینکه: دلیل قاعده ید منحصر به بناء عقلاء نیست، یکی از ادله این قاعده روایات است و مقتضای اطلاق موثقه یونس بن یعقوب جواز استناد به قاعده ید در این صورت است.

چنانچه در اطلاق این حدیث نیز اشکال شود به اینکه این حدیث منصرف است به صورت استناد به قاعده در حق دیگری در این صورت ناگزیر ذوالید درمانحن فیه نمیتواند به مالکیت خویش حکم کند.

۴. آیا قاعده ید چنانکه در اعیان جاری میشود در منافع نیز جاری

میشود؟ در مساله دو صورت است، صورت اول اینکه ذوالید معترف است به اینکه خود مالک نیست لیکن ادعا می کند منافع بوسیله اجاره به او منتقل شده است ولی کسی که به اعتراف او مالک عین است این انتقال را انکار می کند، در این صورت ید ذوالید بر مالکیت وی نسبت به منافع دلالت ندارد بلکه بالعکس بر مالکیت مالک عین حتی نسبت به منافع دلالت دارد زیرا در گذشته اشاره شد که ید مستأجر بر منافع ید امین مالکی است و ید امین مالکی ید مالکی است که مستأجر مال را از او دریافت داشته است نه ید خود او، در این صورت کسی که بر منافع استیلاء دارد همان مالک است که بر عین هم استیلاء دارد نه به این معنی که دو ید دارد: یکی بر عین و دیگری بر منافع، بلکه تنها یک ید دارد که بالاستقلال به عین نسبت داده میشود و بآلة مع به منافع، بنابراین کسی که در ظاهر ذوالید است ادعاء او نسبت به منافع پذیرفته نیست.

صورت دوم - اینکه ذوالید در مقابل شخصی غیر از مالک عین ادعاء مالکیت منافع می کند، مثلاً دو نفر ادعاء می کنند که عین را از مالک اجاره کرده اند، لیکن یکی متصرف است و دیگری غیر متصرف، در این صورت بدون اشکال قول متصرف بر قول غیر متصرف مقدم است چرا که بر فرض، انصراف احادیث را نسبت به تصرف عین بپذیریم شمول بناء عقلاء را نسبت به تصرف منافع نمی توانیم انکار کنیم. بنابراین در این صورت قول ذوالید نسبت به تملک منافع پذیرفته و بر قول مدعی مقدم است.

۵

ذوالید در مقابل مدعیان غیر متصرف

هر گاه مالی در تصرف کسی باشد و دو نفر که هیچکدام متصرف نیستند ادعاء مالکیت آن مال را بکنند در این فرض دو صورت متصور است:

یکی اینکه ذوالید هم خود نیز ادعاء مالکیت می کند ، دیگر آنکه اوچنین ادعائی ندارد .

در صورت نخست : چنانچه مدعیان هیچکدام بینه‌ای برای اثبات قول خود ندارند در این صورت بدون اشکال قول ذوالید بر قول مدعیان مقدم است و چنانچه هر دو یا یکی از مدعیان برای اثبات قول خود بینه‌ای دارند در این صورت چند فرض متصور است که حکم آنها متفاوت است .

۱ . آنکه تنها یکی از مدعیان بینه اقامه می کند . در این فرض بدون اشکال قول او هم بر قول مدعی دیگر و هم بر قول ذوالید مقدم است .

۲ . آنکه هر دو مدعی اقامه بینه می کنند . در این صورت چنانچه این بینه‌ها با هم منافات نداشته باشد مثل اینکه هر کدام بر مالکیت مدعی نسبت به نصف مال گواهی میدهند در این فرض باید به هر دو بینه عمل کرد و بالنتیجه قول ذوالید به کلی ساقط میگردد .

۳ . آنکه هر دو مدعی اقامه بینه می کنند و بینه‌ها با هم منافات دارند مثل اینکه هر کدام از بینه‌ها بر مالکیت مدعی نسبت به کل مال گواهی میدهند ، بدیهی است در این صورت بینه‌ها با هم متعارض اند و مقتضای تعارض این است که چنانچه یکی از آنها مرجحی دارد تنها به همان باید عمل کرد و چنانچه هر دو از هر جهت با هم مساوی‌اند هر دواز درجه اعتبار ساقط میشوند .

نهایت اینکه در باب تساقط امارتین متعارضین دو نظر وجود دارد :

یکی - اینکه امارتین متعارضتین تنها در مدلول مستقیم و مطابقی خود از درجه اعتبار ساقط میشوند ، اما در مدلول غیر مستقیم و التزامی ، یعنی در نفی ثالث که در مانحن فیه ادعاء ذوالید است از حجیت ساقط نیستند ، بلکه بالعکس همدیگر را تقویت می کنند .

نظر دوم - اینکه امارتین متعارضتین بکلی از درجه اعتبار ساقط‌اند و

همانطور که در مدلول مطابقی حجت نیستند در مدلول التزامی هم حجت نیستند. این دو نظر در مانحن فیه موجب اختلاف حکم میگردد، توضیح اینکه:

چنانچه قول اول را بپذیریم این دو بینه نمیتوانند قول هیچکدام از دو مدعی را اثبات کنند ولی میتوانند قول ذوالید را بکلی از بین ببرند نظیر موردی که در مقابل ذوالید تنها یک مدعی باینه وجود دارد. در عین حال با اینکه بینه‌ها نمی‌توانند قول مدعیان را اثبات کنند با اینحال چون مالک از آن دو خارج نیست بموجب قاعده عدل و انصاف مال بین آنها به تنصیف تقسیم میگردد و اگر مدعیان بیش از دو نفر باشند به تثلیث و ترییع و هكذا تقسیم میگردد، مانند صورتی که هیچکدام بینه‌ای نداشته باشند.

اگر قول دوم را بپذیریم این دو بینه همانطور که نمی‌توانند مدلول مستقیم خود را که مالکیت مدعیان است اثبات کنند، نمی‌توانند مدلول غیر مستقیم خود را هم که نفی ثالث است اثبات کنند، مانند صورتی که اصلاً بینه‌ای اقامه نشده است، در این صورت قول ذوالید که او هم مدعی مالکیت است پذیرفته میگردد. *ماه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی*
در صورت دوم - یعنی در صورتی که ذوالید اعتراف دارد که خود مالک نیست، در این صورت چنانچه یکی از مدعیان را تصدیق کند وی ذوالید محسوب شده و دیگری باید اقامه بینه کند: اگر اقامه بینه بکند فبها والاقول آن کسی که ذوالید او را تصدیق کرده است مقدم است.

و اگر هیچکدام را تصدیق نکند، چنانچه اشاره شد، اگر تنها یکی بینه داشته باشد قول او مقدم است و اگر هر دو بینه داشته باشند اگر بینه‌ها با هم منافاتی نداشته باشند باید به هر دو عمل شود و اگر منافات داشته باشند، چنانچه یکی مرجح داشته باشد او مقدم است و در صورت تساوی

هر دو ساقط میشوند و در عین حال طبق قاعده عدل و انصاف مال بین آنها تقسیم میشود. همینطور در صورتیکه هیچکدام بینه ندارند.^۹

باب دوم: در یدضمانی

پیش از پرداختن به اصل مطلب مناسب است به اختصار منظور از ید ضمانی را بیان داریم در آغاز باب اول دانسته شد که مقصود از ید مالکی استیلاء و تسلط بر مال است و تصرف در آن موضوعیتی ندارد، صرفاً طریق و کاشف از استیلاء است. اما در باب ید ضمانی بنظر اینجانب وضع بدینگونه نیست توضیح اینکه: « اخذ » که در نبوی معروف « علی الید ما اخذت حتی تودی » موضوع ید ضمانی قرار داده شده است مجرد وضع ید بر مال دیگری نیست. صرف دست گذاشتن بر ماشین یا لباسی که دیگری به تن دارد موجب ضمان نیست، برفرض که وضع ید بر مال دیگری در صورت عدم رضای مالک تکلیفاً حرام باشد به یقین موجب ضمان، که حکم وضعی است، نمی باشد.

نیز مجرد استیلاء بر مال دیگری مادامی که فی الجمله با تصرفی توأم نباشد و موجب تضرر مالک نگردد، بر فرض که تکلیفاً هم حرام باشد، موجب ضمان نخواهد بود چرا که عنوان اخذ بر آن صادق نیست و بناء عقلا بر سببیت ید برای ضمان شامل آن نخواهد شد. بلکه نه تنها کافی نیست ضرورتی هم برای وجود آن احساس نمی گردد. اگر کسی کتاب

۹. تذکر - بعضی از مسائل مذکوره مخصوصاً مساله اخیر الذکر به بسط و تحقیق بیشتری نیاز دارد که متأسفانه اکنون فرصت آن نیست و هم چنین در قاعده ید مسائل دیگری نیز وجود دارد که امید است در آینده در فرصت مناسبی مورد بحث قرار گیرد.

دیگری را بدون رضای او صرفاً برای تماشا بردارد و هیچگونه تسلطی بر آن نداشته باشد اگر احياناً کتاب تلف و یا معیوب شود به موجب نبوی معروف ضامن خواهد بود . بنابراین اگر فی الجمله برای ید ضمانی تصرف تمام الموضوع نباشد به یقین در آن بی تأثیر نخواهد بود .

لیکن تصرف مال غیر هنگامی موجب ضمان است که این تصرفها حق متصرف نباشد . چنانچه چنین حقی داشته باشد ، مانند حق الماره ، تصرف او موجب ضمان نخواهد بود . بدیهی است منظور این است که شارع چنین حقی را برای متصرف جعل کرده باشد والا صرف جواز تکلیفی ، مانند کل مال غیر در مخصه ، به هیچ وجه منافاتی با ضمان متصرف نخواهد داشت . بنابراین در تعریف ید ضمانی باید گفت : تصرف مال یا حق با ارزش دیگری بدون اذن مالک و مجوز شرعی . با دقت در این تعریف می توان دریافت که عناصر ید ضمانی بقرار زیر است :

۱ . تصرف به نحو مذکور نه مثل صرف وضع ید بر ماشین یا لباس در تن دیگری . در گذشته اشاره شد که این نوع تصرف ممکن است از لحاظ تکلیفی حرام باشد ولی از لحاظ حکم وضعی دلیلی بر موجب ضمان بودن آن وجود ندارد .

۲ . مال یا حق با ارزش ، بنابراین توقیف شخص آزاد و یا تصرف در جای دیگری در اتوبوس و مسجد و پارکهای عمومی و امثال اینها موجب ضمان مال نخواهد بود ، گرچه از لحاظ تکلیفی حرام و رفع توقیف و تخلیه محل برای ذی حق واجب میباشد .

۳ . دیگری (مال یا متعلق حق با ارزش دیگری) بنابراین تصرف در مال خود متصرف ولو اینکه متعلق حق دیگری باشد مانند تصرف راهن در عین مرهونه موجب ضمان مال مزبور نمی باشد ولو اینکه از این جهت که احياناً تصرف در حق (حق الرهانه) دیگری است موجب ضمان حق مزبور بوده باشد .

۴. بدون اذن مالک و مجوز شرعی . بنابراین تصرف در امانات مالکی مانند عاریه عین مستأجره و نظیر اینها و همچنین تصرف در امانات شرعی مانند لقطه و مالی که از دست غاصب و سارق به قصد رد بر مالک گرفته شده و نظیر اینها موجب ضمان نخواهد بود .

این قیود از لحاظ حکم مورد نظر یعنی ضمان کافی خواهد بود . گرچه از لحاظ حرمت و برخی از احکام دیگر مانند ضمان منافع غیر مستوفات ، قید دیگری نیز معتبر است که آن عدوانی بودن تصرف است .

ضمان چیست ؟ ضمان در لغت بمعنای : کفالت ، التزام ، احتواء و غیره است ^{۱۰} و در اصطلاح فقهی در دو مورد بکار رفته است که مناسبت هر دو با معنای لغوی ، مخصوصاً معنای اول و دوم پوشیده نیست .
مورد اول - ضمان عقدی یا قصدی و آن تعهد پرداخت دین دیگری است از ناحیه شخص بری الذمه ^{۱۱} عقد ضمان در فقه در بیان احکام همین نوع ضمان است .

در فقه اسلام دو عقد دیگر وجود دارد که وجود جامع میان آن دو عقد و عقد ضمان پوشیده نیست .

۱. عقد حواله و آن تعهد پرداخت دین دیگری از ناحیه کسی است که ذمه او به مدیون مشغول است ^{۱۲}

۲. عقد کفالت و آن تعهد احضار نفس است ^{۱۳} یعنی کسی متعهد

۱۰. رجوع شود به قاموس و لسان العرب

۱۱. ریاض ، ج ۱ ، کتاب الضمان

۱۲. در این که به شخص بری الذمه می توان حواله کرد اختلاف است ، حق این است که به مقتضای اطلاق ادله ، حواله بر بری صحیح است (رجوع شود به

کتاب ریاض ، ج ۱ ، آغاز حواله) .

۱۳. ریاض ، ج ۱ ، کتاب کفالت .

میشود که مدیون یا مجرمی را برای شخص دیگر و یا برای دادگاه حاضر کند .

جامع بین این سه عقد یعنی تعهد پرداخت دین و یا احضار نفس^{۱۴} که قسمت اول آن ضمان و حواله را شامل میشود و قسمت دوم آن کفالت را، ضمان به معنای اعم نامیده میشود .

ضمان به معنای اخص و همینطور ضمان به معنای اعم ، از این جهت که اسری هستند قراردادی و در اثر تعهد ضامن و قبول مضمون له بوجود آمده و نیز از این جهت که عقد تابع قصد است ضمان عقدی یا قصدی نامیده میشود .

سورد دوم - ضمان قهری ، حقوقدانان به این نوع ضمان مسئولیت قهری گویند . ضمان قهری حکم شارع است به ثبوت چیزی در ذمه کسی . این ثبوت از لحاظ این که معلول قصد و قرارداد نیست بلکه معلول حکم شرع و قانون است ضمان قهری نامیده میشود لازمه این ثبوت مسئولیت پرداخت عین مال است در صورت بقاء آن و مسئولیت پرداخت بدل عین است در صورت تلف آن .

جامع بین ضمان قصدی و قهری را می توان به این تعبیر بیان داشت . ثبوت اعتباری مالی در ذمه کسی . این ثبوت در ذمه اگر در اثر قرارداد و توام با قصد و رضای طرفین باشد ضمان عقدی یا قصدی و اگر به حکم شرع و قانون باشد ضمان قهری نامیده میشود .

با این که محل بحث ، ضمان قهری است نه عقدی ، اما مناسب است به اختصار به چند مساله اشاره شود .

۱۴ . مسالک ، ج ۱ ، ص ۲۵۱ ، چاپ حاج شیخ رضا - ریاض ، ج ۱ ، کتاب الضمان - جواهر ، ج ۴ ، سر آغاز ضمان

۱. در این که نتیجه ضمان عقدی نقل ذمه است یعنی دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و یا ضم ذمه یعنی ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه ضمیمه می‌شود اختلاف است. شیعه امامیه به موجب روایات اهل بیت نظر اول را پذیرفته و بنا بر آن مضمون له تنها می‌تواند به ضامن رجوع کند و اهل سنت نظر دوم را و بنا بر آن مضمون له می‌تواند به مضمون عنه رجوع کند و می‌تواند به ضامن رجوع کند^{۱۰} بدیهی است این امکان رجوع علی‌البدل است نه اینکه بتواند از هر دو نفر دین را دریافت کند.

۲. ضمان به این نحو که امروز شایع است با هیچکدام از دو نظر منطبق نیست زیرا ضمان امروزی تعهدی است تعلیقی. ضامن تعهد نمی‌کند که دین را علی‌ای حال بپردازد، بلکه تعهد می‌کند در صورتی که مضمون له نپرداخت، او بپردازد. در عین حال این نوع ضمان هم صحیح است زیرا مقتضی صحت، که عمومات صحت عقود است، موجود است و مانع مفقود. اگر گفته شود این نوع ضمان به موجب ادله بطلان تعلیق باطل است، در پاسخ گفته میشود: بر فرض وجود دلیل صحیح، لا اقل دلیل مطلق برای بطلان تعلیق وجود ندارد و قدر متیقن از آن خصوص بیع و نکاح است. ۳. قسم دیگری از ضمان وجود دارد که ضمان جعلی یا ضمان سسمی نامیده میشود و معمولا در مقابل ضمان واقعی یا ضمان مثل و قیمت قرار می‌گیرد.

مقصود از ضمان جعلی این است که شخص تعهد می‌کند در مقابل مالی خاص عوض مخصوصی را که از لحاظ جنس و مقدار و خصوصیات

۱۰. مسالک، ج ۱، ص ۲۵۱ - الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۳، ص ۲۲۱ - ریاض و جواهر و غیره و چنانکه در ریاض و غیره آمده است ضمان نزد عامه از ضم ماخوذ است.

معین است بپردازد. این نوع ضمان تنها در مورد عقود معاوضی صحیح مصداق دارد. مثلاً در مورد بیع صحیح مشتری تعهد می‌کند در مقابل عینی که از بایع دریافت می‌دارد (بیع) عوضی را که از لحاظ جنس، نوع کم و کیف معین است (ثمن) بپردازد، همینطور در مورد اجاره و عقودهای معاوضی دیگر.

مقصود از ضمان واقعی که آنرا ضمان مثل و قیمت نیز گویند ثبوت نفس مال مضمون است در ذمه ضامن در عالم اعتبار. مقتضای این نوع ضمان این است که در صورت بقاء عین رد خود عین بر عهده ضامن و در صورت تلف عین، مثل یا قیمت آن که در عالم اعتبار همان شیئی مضمون محسوب می‌گردد و عقلاء آنرا عوض واقعی آن شیئی می‌دانند در ذمه او ثابت باشد^{۱۶}.

ضمان قهری که محل بحث فعلی ماست موجبات متعددی دارد که که برخی از دانشمندان تعداد این موجبات را به سیزده موجب رسانده‌اند^{۱۷} مانند ید، اتلاف، تسبیب، غصب، تعدی، تفریط و غیرها. بحث مادر خصوص یکی از این موجبات است (ید) و اینک به برخی از مهمترین مباحث آن می‌پردازیم^{۱۸}.

۱۶. اگر گفته شود ثبوت عین خارجی در ذمه که امری است اعتباری معنی ندارد، پس منظور حکم تکلیفی است مگر در صورت تلف عین که ممکن است مثل یا قیمت در ذمه باشد، در پاسخ گفته میشود این سخن صحیح است در صورتی که مقصود ثبوت واقعی باشد و ظاهر از حدیث ثبوت اعتباری است و این معنی با عین هم سازگار است.

۱۷. رجوع شود به عناوین سیرعبدالفتاح.

۱۸. اینجانب در مقاله‌ای مفصل بیشتر مباحث ید را در مورد مقبوض به عقد فاسد آورده و در مجله حقوق تطبیقی به چاپ رسانده‌ام امید است به همین زودی بار دیگر به چاپ برسد.

۱

دلیل ضمان ید

مهمترین دلیل ضمان ید دو دلیل است .

۱ . روایت نبوی معروف « علی الید ماخذت حتی تودی »^{۱۹} . مستفاد از این حدیث این است که آن چیز، از آن غیر، که در تصرف دیگری درآید بر عهده متصرف است تا آنرا پرداخت کند. مقتضای این معنی این است که چنانچه عین مال ماخوذ موجود است بر متصرف واجب است از آن رفع ید نموده و خود آنرا به مالک بپردازد و چنانچه تلف شده است بر عهده اوست که مثل یا قیمت آنرا به مالک بپردازد .

دلالت این حدیث جای هیچگونه خدشه و اشکال نیست و ادعاه اینکه لفظ « علی » در حدیث بر مجرد وجوب که حکمی است تکلیفی دلالت دارد نه بر ضمان که حکمی است وضعی درست نیست چرا که این سخن وقتی درست است که « علی » به فعلی از افعال اختیاریه تعلق گیرد مانند « علیک بالبر بالوالدین والاحسان الیهما » اما در صورتی که متعلق آن مال و دین و نظیر اینها باشد مانند « علیه دین » و « علی الیدما اخذت » دلالت آن بر ضمان جای تامل و خدشه نیست و تقدیر « رد » و « حفظ » و مانند اینها علاوه بر اینکه چه بسا با سیاق حدیث سازگار نیست برخلاف ظاهراست، لیکن سند حدیث ضعیف است و سجالی برای استدلال به آن نیست چرا که این حدیث در کتب معتبره شیعه نقل نشده و تنها در کتب فقهی بنحو

ارسال آمده است . در کتب اهل سنت هم از طریق ضعیف نقل شده است . ۲۰
 اگر گفته شود : درست است که سند حدیث ضعیف است ولی ضعف
 آن به عمل مشهور جبران شده است در پاسخ گفته میشود : دلیل صحیحی
 بر حجیت خود شهرت نیست ، چگونه غیر حجت میتواند دیگری (روایت
 ضعیف) را حجت کند ، بعلاوه ممکن است مستند مشهور ، سیره عملیه مسلمین
 و یا دلیل دیگری باشد و این حدیث به عنوان موید آورده شده باشد .
 ۲۰ . بهترین دلیل بر ضمان ید سیره عملی مستمره مسلمین است بر عمل
 به قاعده ضمان ید و شارع مقدس هم از آن ردع نکرده است .

۲

مثلی و قیمی

در گذشته اشاره شد که مالی که از دیگری بدون اذن مالک و مجوز
 شرعی بدست می آید ، در صورت بقاء باید خود آن و در صورت تلف مثل یا
 قیمت آن به مالک مسترد گردد یعنی اگر مال مثلی است ، مانند حبوبات ،
 باید مثل آن و اگر قیمی است ، مانند حیوان ، باید قیمت آن به مالک
 پرداخت گردد . شیخ انصاری در مکاسب در بحث مقبوض به عقد فاسد
 گفته است : در این حکم جز آنچه از ظاهر سخن اسکافی نقل شده است
 مخالفی نیست .

بر این حکم علاوه بر اجماع به پاره‌ای از آیات مانند آیه شریفه « فمن

۲۰ . راوی این حدیث در کتب اهل سنت سمره بن جندب است که در پاره‌ای از
 روایات مورد طعن قرار گرفته است (مصباح الفقاهه ، ج ۳ ، ص ۸۸ ، پاورقی
 نقل از ابن ابی الحدید ، ج ۴ ، ص ۷۷ ، چاپ مصر ، سال ۱۳۷۸) .

اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»^{۲۱} و پاره‌ای از روایات مانند حدیث «علی الید» و «حرمة ماله کحرمة دمه» و غیرها^{۲۲} استدلال شده است^{۲۳} لیکن استدلال به هیچیک از این ادله خالی از خدشه نیست.

اما اجماع به جهت اینکه مستند مجمعین سایر ادله است، بنا بر این کاشف جداگانه‌ای از نظر شارع نیست. اما آیه شریفه به جهت اینکه اگر بگوئیم ظاهر آیه اعتبار مماثلت در اعتداء است نه در معتدی به، لا اقل اجمال دارد، یعنی معلوم نیست مراد کدام است، بر فرض که مقصود مماثلت در معتدی به باشد دلالت آیه بر این است که مطلقاً یعنی حتی در قیمی لازم است مثل پرداخت گردد و این برخلاف نظر مشهور است. و اما روایات بجهت اینکه بعضی چنانکه دانسته شد ضعیف السند است^{۲۴} بعضی هم بر حکم تکلیفی یعنی بر حرمت دلالت دارند نه بر ضمان که حکمی است و وضعی^{۲۵} و بالاخره بعضی هم بر اصل ضمان ید دلالت دارد نه بر ضمان مثل در مثلی و قیمت در قیمی^{۲۶}.

بهترین دلیل بر ضمان مثلی به مثل و قیمی به قیمت مانند اصل ضمان سیره عقلا است. بناء عملی عقلاء به اتفاق بر این جاری است که چنانچه کسی بدون اذن مالک و مجوز شرعی در مال دیگری تصرف کند، مال را با تمام خصوصیات نوعی و صنفی و حتی شخصی‌اش و بطور کلی با تمام خصوصیات که در ارزش آن تأثیر دارد در عهده او می‌دانند و لذا

۲۱. سوره بقره، آیه ۱۴۹

۲۲. وسائل الشیعه، ابواب احکام عشرت، باب ۱۵۲ و ۱۵۸ و غیره.

۲۳. رجوع شود به مکاسب محشی، ص ۱۷۸ و مصباح الفناهی، ج ۳ ص ۱۴۶-۱۵۰.

۲۴. مانند حدیث علی الید

۲۵. مانند حدیث حرمة ماله کحرمة دمه.

۲۶. روایات ائمه متاعه.

در صورت بقاء عین ، متصرف را جزبا رد خود عین و در صورت تلف عین جز با پرداخت نزدیکترین چیز به عین بری الذمه نمی‌دانند و نزدیکترین چیز به عین، مثل است در مثلثات و قیمت است در قیمیات .

فرق میان مثلی و قیمی چیست ؟ صاحب مکاسب در این باب از دانشمندان تعبیرات و نظرات مختلفی نقل نموده و بر یکایک آنها انتقادهای کرده است^{۲۷} بهترین وجه این است که گفته شود اوصاف اشیاء بر دو گونه است یکی آنکه در ارزش شیئی تأثیری ندارد ، دیگر آنکه در ارزش دخالت دارد . قسم اول - مانند رنگهای مختلف جلد یک کتاب و یا یک نوع فاستونی. این قسم بکلی از محل بحث خارج است ، چه مفروض این است که اینگونه از اوصاف تأثیری در ارزش متاع ندارد تا بتوان گفت آیا نقص حاصل از از فقد آنها موجب جبران است یا خیر ؟

قسم دوم - مانند چاپهای مختلف یک کتاب خصوصیات و رنگهای مختلف جواهرات از قبیل یاقوت، عقیق ، فیروزه. بدیهی است این نوع صفات در ارزش متاع تأثیر دارد ، در این صورت چنانچه متاعی که دارای این نوع صفات است دارای افراد بسیار است که در نوع و صنف همانند یکدیگرند ، مانند نوع خاصی از چاپ یک کتاب یا نوع خاصی از برنج و سایر حبوبات، اینگونه از امتعه متاعی است مثلی و متصرف علاوه بر اینکه اصل ارزش آنرا ضامن است ، صفات و خصوصیات آنرا نیز ضامن است و لذا در صورت تلف عین مضمونه باید مثل آنرا پرداخت کند ، اما اگر متاعی که دارای این نوع صفات است دارای افرادی که از لحاظ نوع و صنف برابر باشند نباشد ، مانند خصوصیات و الوان مختلف یک جواهر یا خصوصیات یک

نسخه کتاب قدیمی ، در این صورت متاع قیمی است و در صورت تلف ، متصرف باید قیمت آنرا پرداخت کند .

۳

منافع مستوفات و غیر مستوفات عین مضمونه

چنانچه عینی که تحت بد ضمانی قرار گرفته است دارای منافی باشد ، از دو حال خارج نیست ، یا آنکه این منافع بوسیله متصرف استیفاء شده است و یا آنکه منافع بدون استیفاء فوت شده است :

قسم اول مستوفات و قسم دوم غیر مستوفات نامیده میشود . مثلاً : چنانچه متصرف اتومبیل دیگری را سوار شد و یا کتاب او را مطالعه کرد و یا از شیر گاو و گوسفند دیگری بهره برد این منافع مستوفات است و چنانچه این منافع بدون استیفاء از بین رفت غیر مستوفات نام دارد . در صورت اول همانطور که متصرف ضامن خود اتومبیل ، کتاب ، گاو و گوسفند است ضامن سواری و مطالعه و شیری هم که استفاده کرده است میباشد و در این حکم بین فقهاء خلاف قابل ملاحظه‌ای وجود ندارد . نیز فرقی نیست بین این که تصرف عدوانی باشد یا غیرعدوانی .

بر این حکم به وجوهی استناد شده که تنها دو وجه از آن وجوه قابل استناد است : نخست سیره قطعیه عقلاء بر اینکه اموال مردم از جمله منافع مستوفات آنها نباید هدر رود . شارع مقدس هم از عمل به این سیره ردع و منع نفرموده است ، بنابراین منافع مستوفات مانند خود عین مضمونه در ضمان متصرف میباشد .

دیگر ، قاعده اتلاف . این قاعده دلالت دارد براینکه هرگاه تلف مال کسی به دیگری مستند باشد این شخص ضامن

مال تلف شده میباشد و چون استیفاء منافع در حکم اتلاف منافع است پس استیفا کننده ضامن منافع مزبور میباشد .

در صورت دوم (منافی که بدون استیفاء متصرف فوت شده است) مشهور، به ضمان این نوع منافع نیز قائل شده‌اند^{۲۸} و به وجوهی استدلال کرده‌اند که هیچیک قابل قبول نمیباشد .

۱ . از جمله ادله‌ای که به آن استدلال کرده‌اند حدیث علی‌الیداست که در گذشته به ضعف سند آن اشاره شد و بعلاوه منافع را شامل نمیشود .

۲ . نیز روایت « لایحل لاحدان یتصرف فی مال غیره بغیراذنه » . و غیرها که این روایات هم ضعیف‌السند است و در مقام بیان حکم تکلیفی است .

۳ . قاعده احترام ، این قاعده که از روایاتی، از جمله روایت معروف « حرمة ماله کحرمة دمه » استفاده شده است ، در مقام بیان حکم تکلیفی تصرف در مال دیگران است نه در مقام بیان حکم وصی همان تا چه رسد به ضمان منافع ، خصوصاً غیر مستوفات .

۴ . قاعده ضرر ، این قاعده هم در مقام بیان نفی حکم ضرری است نه اثبات حکم غیر ضرری که ضمان است .

بنابراین دلیل صحیحی بر ضمان منافع غیر مستوفات وجود ندارد و مقتضای اصل برائت عدم ضمان است. آری در صورتی که فوت منافع به متصرف مستند باشد مثل اینکه متصرف اتومبیل غیر را در گاراژ خود نهاده و در آن را بسته است بنحوی که مالک نمی‌تواند در آن تصرف کند در این صورت مأخوذ بمنزله مغضوب است و بدیهی است که مغضوب مضمون است و غاصب باید حتی منافع غیر مستوفات آنرا جبران کند ،

۲۸ . رجوع شود به : سکاسب محشی ، ص ۱۷۵ .

اما در صورتی که فوت منافع به او مستند نباشد مثل اینکه اتومبیل را در محلی رها کرده است که مالک می‌تواند از آن استفاده کند در این صورت چنانکه اشاره شد دلیلی بر ضمان منافع غیر مستوفات آن وجود ندارد و مقتضای اصل برائت، عدم ضمان است.

۴

تعاقب ایادی

هرگاه مال مضمون دست بدست گشت در این صورت اگر عین باقی باشد مالک می‌تواند به هر یک از متصرفان رجوع کند، نهایت اینکه اگر به کسی که عین در دست او است رجوع کند او نمی‌تواند به دیگران رجوع کند مگر اینکه مال را به غرور از یکی از آنها دریافت داشته باشد، در این صورت بموجب قاعده غرور می‌تواند به دافع رجوع کرده و کلیه غراماتی را که پرداخته است از او دریافت دارد ولی اگر به دیگران رجوع کند آنان می‌توانند به کسی که مال در دست او است رجوع کنند و مال را گرفته و به مالک مسترد دارند.

اگر عین تلف شده باشد مالک می‌تواند به هر یک از ایادی رجوع کرده و بدل مال تالف و کلیه خسارات را که در اثر این تصرفات بر او وارد شده است دریافت کند اعم از آنکه کسی که مالک به او رجوع کرده عالم باشد به اینکه مال از آن دافع نبوده یا جاهل باشد، بلکه مالک می‌تواند قسمتی از عوض تالف را از یکی و قسمت دیگر را از دیگری دریافت دارد، نهایت اینکه اگر به کسی که مال در دست او تلف شده است رجوع کند وی نمی‌تواند به دیگری رجوع کند مگر اینکه از او گول خورده باشد ولی اگر به دیگران رجوع کند آنان می‌توانند به لاحق خود رجوع کنند

تا به کسی برسد که مال در دست او تلف شده است ، مگر اینکه فرد سابق لاحق خود را گول زده باشد ، در این صورت نمی‌تواند به‌وی رجوع کند . همین‌طور هیچ‌کدام نمی‌توانند به فرد سابق خود رجوع کنند ، مگر اینکه از او گول خورده باشند که در این صورت گول خورده می‌تواند به فرد سابقی که او را گول زده است رجوع کند .^{۲۹}

والسلام

۲۹ . در این باب احکام بسیار دیگری است از قبیل : حکم زیاده قیمت ، نقص قیمت ، سقوط مال از ارزش ، تعذر عین و همچنین سقوط مثل از ارزش مکان ، مطالبه ، تعذر مثل ، زمان تبدیل به قیمت ، کیفیت تقویم غیره، که این احکام را در مقاله مقبوض به عقد فاسد آورده و به چاپ رسانده‌ام

