

## مسئولیت قراردادی محجور

○ عبدالله خدابخشی \*

چکیده

اشخاص ممکن است آگاهانه یا ناآگاهانه با محجور معامله کنند و مالی را به او تحویل دهند. در این صورت، مسئولیت قراردادی محجور و حدود آن مطرح می شود که مباحثی ظریف، اما پراکنده را در فقه به خود اختصاص داده است و قانون مدنی نیز حکم مستقلی در این زمینه دارد و مانند بسیاری از مسایل دیگر، قانون در این مورد نیز نیازمند توجه به تحلیل های فقهی و نظریات فقهاست. این نوشته در صدد است با بررسی فقهی موضوع و تطبیق آن با قانون، پاسخی متعارف و برگرفته از هر دو منبع، برای این مسئله به دست آورد.

**کلید واژگان:** محجور، مسئولیت قراردادی، تسلط بر مال، حفظ مال.

\* دکترای حقوق خصوصی و قاضی دادگستری مشهد.

ضمان یا مسئولیت مدنی، گاه در شرایطی تحقق می‌یابد که شخص، تصور آن را هم ندارد و با اینکه در صدد رعایت قوانین است، همچنان مسئول قلمداد می‌شود. مسئولیت قراردادی از این موارد است؛ زیرا در مواردی که شخص، قراردادی منعقد می‌کند و همه چیز منطقی به نظر می‌رسد، متعاقب آن مشخص می‌شود که مورد معامله، متعلق به دیگری بوده یا سند رسمی، باطل اعلام شده است یا مالک، اهلیت تصرف ندارد یا ورشکسته است و... . قرارداد در این موارد باطل یا غیرنافذ است و بنابراین شرط اصلی مسئولیت قراردادی، یعنی وجود قرارداد، منتفی است؛ اما همچنان می‌توان از مسئولیت قراردادی سخن گفت و آن را در مقابل مسئولیت عمومی یا مسئولیت مدنی به معنای خاص به کار برد؛<sup>۱</sup> زیرا توافق باطل نیز دارای اثر است و این پرسش اساسی را مطرح می‌سازد که آیا در صورت تلف مال، متصرف، ضامن خسارت است یا خیر؟ در حالی که مطابق قواعد مسئولیت عمومی، هر کس خسارتی به دیگری وارد آورد، باید از عهده پرداخت و جبران آن برآید و جز علل موجه مانند دفاع مشروع یا امر قانونی یا در موارد اذن مالک که حرمت مال ساقط می‌شود، استثنایی وجود ندارد.

تفاوت مسئولیت قراردادی با مسئولیت مدنی به معنای خاص را می‌توان در موردی دیگر نیز یافت؛ زیرا با انعقاد قرارداد و باطل بودن آن، نمی‌توان از مسئولیت مدنی متصرف و اعاده وضع، در همه موارد یاد کرد و شرایطی برای آن

۱. مسئولیت عمومی که از آن با عناوین «مسئولیت غیر قراردادی»، «خارج از قرارداد»، «قهری» و «مدنی» (به معنای خاص) نیز یاد می‌شود، با مسئولیت قراردادی تفاوت‌های مهمی دارد، اما می‌توان گفت دو ماهیت متمایز ندارند، بلکه به دو نظام مسئولیت بیشتر شبیه هستند و تفاوت‌های آن دو، در همین قرارداد و توافق ریشه دارد که در قابلیت پیش‌بینی خسارت، نقش تقصیر و مانند آن، تأثیر می‌گذارد.

لازم است. از این رو، قاعده‌ای موسوم به «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بفاسده لا یضمن بصحیحه» مطرح و بررسی می‌شود و چنین نیست که هر کس که با قرارداد باطلی بر مال غیر، مستولی شود، متعهد به جبران خسارت و اعاده بدل آن باشد.

شخصی که با محجور، قراردادی منعقد می‌کند یا به هر دلیل، مال خود را به او می‌دهد یا مال او را در اختیار می‌گیرد، در بسیاری از موارد، از وضعیت محجور آگاهی ندارد و با اعتماد وارد قرارداد می‌شود، اما باید مال محجور را بازگرداند و در صورت تلف، بدل حقیقی آن را بپردازد.<sup>۲</sup> این، یک جانب قضیه است، اما جانب دیگر آن، یعنی مسئولیت محجور در باره رد مالی که دریافت کرده است، حکم یکسانی ندارد و در برخی موارد، تنها می‌توان عین مال را از وی بازگرفت و بدل آن، در صورت تلف یا اتلاف، جبران نمی‌شود. با این وصف مسئولیت محجور در مورد اعاده عین مال یا بدل آن، با مسئولیت عمومی متفاوت است؛ زیرا در قسم اخیر، محجور در هر شرایطی که باشد، باید خسارت را جبران کند و مال را بازگرداند.

با مقایسه مواد ۱۲۱۵<sup>۳</sup> و ۱۲۱۶<sup>۴</sup> قانون مدنی، به خوبی می‌توان متوجه این تفاوت‌ها شد. از این رو، انتخاب مسئولیت قراردادی محجور، با وجود بطلان یا

۲. محقق اردبیلی حتی ایقاع و صیغه بیع با سفیه را نیز حرام می‌داند: «یمنکن تحریم اصل المعاملة و مجرد ایقاع صورة البیع و الشراء معه مثلاً خصوصاً علی تقدیر اعتقاد صحته، بل کاد آن یكون کفراً مع علمه بعدمها»: مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، ص ۲۲۸. صاحب جواهر در پاسخ می‌گوید: «فیه منع واضح». (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۹۷).

۳. ماده ۱۲۱۵: «هر گاه کسی مالی را به تصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون، مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود».

۴. ماده ۱۲۱۶: «هر گاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید، باعث ضرر غیر شود، ضامن است».

غیر نافذ بودن قرارداد، منطقی است تا محدوده بحث روشن شود و از حوزه مسئولیت عمومی فاصله بگیرد. همچنین این امکان وجود داشته باشد که برخی از تصرفات ارادی مانند خلع یا اقرار محجور نیز به این مناسبت که ناشی از اراده محجور یا غیر محجور است، به اختصار بررسی شود.

در کتاب‌ها و مقالات مختلفی به این بحث پرداخته شده و ابهامی در اساس آن وجود ندارد؛ اما بازبینی آن از این رو مهم است که صدور حکم حجر از سوی دادگاه، با توجه به تحولات اجتماعی و افزایش انواع اختلال‌های روانی اشخاص، بیشتر شده است و بطلان معاملات و تصرفات حقوقی دیگر، افرادی را که با محجور مراداتی داشته‌اند، تهدید می‌کند. بنابراین، تبیین قواعد فقهی و حقوقی مربوط به مسئولیت محجور، اهمیت اساسی دارد که در سه گفتار مطرح می‌شود: ابتدا مسئولیت قراردادی محجور مطرح و با بررسی انواع معاملات، تکلیف وی در جبران خسارت شناسایی می‌شود (گفتار اول)؛ سپس از اقرار محجور سخن می‌گوییم (گفتار دوم) و در ادامه، موضع قانون مدنی را تبیین می‌کنیم (گفتار سوم).

#### گفتار اول - مسئولیت قراردادی محجور

در فقه هنگامی که از ضمان یا عدم ضمان محجور در باره مالی که با قرارداد به او سپرده شده است بحث می‌کنند، دو گونه قرارداد یا نحوه در اختیار گذاردن مال را تفکیک و حکم هر کدام را با فروع مختلف بیان می‌کنند. قانون مدنی نیز در ماده ۱۲۱۵ حکمی در این زمینه دارد که یا باید با توجه به رویکردهای فقهی توجیه شود یا اگر در مقام بیانی غیر از رویکرد فقهی است، بر اساس اطلاق خود تفسیر گردد. در فقه، معاملاتی که با هدف تسلط مالکانه بر مال منعقد می‌شود، مانند بیع و قرض از معاملاتی که در مقام حفظ مال هستند، مانند ودیعه، متمایز شده است و ما

هم در دو مبحث به بررسی آنها می پردازیم. تذکر این نکته نیز لازم است که منظور از محجور، اشخاص سفیه (غیر رشید)، صغیر و مجنون است که ابتدا بحث را در مورد سفیه مطرح و به دنبال آن، حکم صغیر و مجنون را بیان می کنیم.

#### مبحث اول - معاملات با هدف تسلط بر مال

در قراردادهایی مانند بیع، قرض، صلح معوض و معاوضه، مورد معامله به منظور بهره برداری کامل و از جمله مصرف (تلف) عین و انتقال مجدد آن، به طرف دیگر تسلیم می شود و حتی شرایط محدودکننده قراردادی، نظیر شرط عدم انتقال در مدت معین، مانع این سلطه نمی گردد. مالک با این قراردادها، علقه مالکانه خود را بریده و آن را به دارایی طرف مقابل پیوند می زند. این هدف که در قصد متعاملین یا در فرض معامله با محجور، حداقل در قصد یکی از آنها وجود دارد، منشأ رویکردهای فقهی متفاوتی است که اهم آنها را می توان در چهار نظر بررسی کرد و اثر هر یک را در مسئولیت محجور به دست آورد.

#### ۱. نداشتن مسئولیت مطلق

برخی از فقها در باره خساراتی که به موضوع قراردادی مانند بیع وارد می شود، به مسئولیت نداشتن سفیه معتقدند و در این مورد بیان می دارند که اگر مال مورد تصرف سفیه باقی باشد، باید مسترد گردد؛ اما اگر تلف شده باشد، اعم از اتلاف توسط سفیه یا تلف به سبب دیگر، ظاهر آن است که ضمانتی بر عهده سفیه نیست؛ اعم از اینکه قبض مال به طور مستقل توسط سفیه صورت گرفته باشد یا اینکه معامل، علاوه بر بیع، اذن تصرف در مبیع را نیز به او داده باشد؛ زیرا در واقع، چنین قبضی در راستای معامله ای بوده که مالک، از آن طریق، سبب تسلط

سفیه بر مال شده و بنابراین آن را تضییع کرده است.<sup>۵</sup> البته عدم ضمان سفیه در حالت علم مالک به وضع او (سفاهت) روشن است، اما در حالت جهل، در خور تأمل است، به ویژه اگر مالک، در باره وضعیت سفیه و اطمینان به اینکه با چه کسی معامله می‌کند، تفحص لازم را کرده و تقصیری در این خصوص نداشته باشد.<sup>۶</sup> همچنین در صورتی که مالک، از وضعیت سفیه آگاه است، وجهی برای تأمل وجود دارد و ممکن است به مسئولیت سفیه قائل باشیم؛ اما ظاهر آن است که سفیه ضامن نیست.<sup>۷</sup>

از نظر این دسته، تفصیل بین اینکه قبض مال، بعد از قرارداد، با اذن یا بدون اذن مالک باشد، روشن نیست. به عبارت دیگر، اگر مالک، سفیه را بر مال خود مسئولی کند، ضمانتی متصور نیست، اما در صورتی که سفیه مال را تلف کند و مالک، او را بر مال خود مسلط نکرده باشد، ضامن است.<sup>۸</sup> این رویکرد را می‌توان

۵. یکی از فقها، در پاسخ به استدلال یاد شده، این ایراد را مطرح کرده است: «وفیه: أنه لا تفریط من المالك وإنما صدر منه مجرد العقد الفاسد الذي لا يترتب عليه حكم هنا، و الصبيّ و المجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان، فالسفيه أولى»: حسینی عاملی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۱۶، ص ۱۴۱.

۶. در باره ضرورت اختبار قبل از معامله، گفته اند که هیچ کس آن را شرط صحت معامله نمی‌داند و اصل نیز بر عدم آن است. همچنین ممکن است ترك اختبار، از روی غفلت باشد و می‌دانیم که شخص غافل، معذور است یا ممکن است اختبار کرده باشد و باز هم موضوع برای او شناسایی نشود. (سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، ص ۱۰۳)

۷. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، ص ۲۲۸. محقق اردبیلی در پایان مباحث خود در این مورد بیان می‌دارد: «بل الذي يخلج في الخاطر هو ضمانه مع علمه بعدم صحة هذا العقد و عدم صحة التسلّط إلا أن يكون المسلم عالماً و قبضه إياه فتأمل فإنّ في كلامهم إجمالاً كالمتن»: (همان). محمدجواد حسینی عاملی نیز در تأیید سخن محقق اردبیلی می‌گوید: «هو جيد كما ستمع»: (حسینی عاملی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۱۶، ص ۱۴۱).

۸. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، ص ۲۲۹.

در کتب مبسوط<sup>۹</sup>، تحریر<sup>۱۰</sup>، تذکره<sup>۱۱</sup>، جامع المقاصد<sup>۱۲</sup> و مسالک<sup>۱۳</sup> نیز ملاحظه

۹. طوسی، المبسوط في فقه الإمامية، ج ۲، ص ۲۸۵.

۱۰. علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الإمامية، ج ۲، ص ۵۳۸.

۱۱. همو، تذکره الفقهاء، ج ۱۴، ص ۲۲۷. در این کتاب می خوانیم: شخصی که با سفیه

قراردادی را منعقد و مال او را تصرف می کند، باید آن را مسترد دارد و در صورت تلف

ضامن است؛ زیرا تصرف او عدوانی است و سفیه اهلیت اقباض ندارد. اما اگر سفیه مالی

را بخرد و قبض نماید یا استقراض کند و مال در تصرف او تلف شود، مسئول نخواهد بود؛

زیرا مالک با در اختیار نهادن مال، سبب تضييع آن شده است و باید ثمن را نیز به ولی سفیه

رد کند. در این حکم، بین اینکه به حال سفیه آگاه بوده یا آگاه نبوده فرقی نیست؛ البته با این

توضیح که در حالت جهل، وقتی ضمانتی بر سفیه نیست که هیچ کسی در آن وضع، با او

معامله نمی کرد و حتماً تحقیق می کرد؛ در این صورت، شخصی که معامله کرده و تحقیق

لازم را انجام نداده است، نمی تواند ادعای ضمان داشته باشد. سفیه بعد از رشد نیز ضامن

نخواهد بود؛ زیرا در زمان حجر مسئولیتی نداشته و تلف مال در آن زمان تحقق یافته است،

اما برخی از شافعیه می گویند اگر سفیه مالی را تلف کند، بعد از رفع حجر، مسئول جبران

خواهد بود که البته این بلاشکال است. (همان). عبارت تذکره در قسمت پایانی به این

صورت است: «وقال بعض الشافعية: إذا أتلّف بنفسه، ضمن بعد رفع الحجر عنه ولا بأس

به؛ اما منظور از این عبارت چندان معلوم نیست. برخی گفته اند که ظاهر، آن است که

منظور، موافقت با اصحاب امامیه است؛ یعنی اشکالی در پذیرش قول فقهای امامیه

نیست. (مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ۹،

ص ۲۲۹)؛ اما برحسب ظاهر این عبارت، ممکن است گفته شود که سفیه تا در حالت حجر

است مسئولیت پرداخت ندارد اما مدیون باقی می ماند تا حجر او رفع گردد و بعد از آن

می توان از او مطالبه کرد. صاحب جواهر در این مورد با ذکر یک احتمال می گوید: «و مما

ذکرنا يظهر لك الحال فيما لو اقترض السفیه و ائلف المال، و إن صرح في القواعد أيضاً

بعدم الضمان فيه علی كل حال، لكن فيه ما تقدم، مضافاً إلى ما ذكره في اقتراض المملوك

و إتلافه له علی نفسه من دون إذن سيده من ضمانه، و أنه يتبع به العتق، إذ السفیه إما أولى

منه أو مساو له، و لو لا تصريح البعض هنا بعدم الضمان و لو فك الحجر، لا يمكن تنزيل

كلامهم علی عدم الضمان فعلاً، بحيث يؤدي من ماله»: (نجفی، جواهر الكلام في شرح

شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۹۹). یعنی در مورد قرض کردن و تلف مال توسط سفیه نیز

کرد؛ زیرا مؤلفان این کتاب‌ها بین علم و جهل فروشنده فرقی نگذاشته‌اند و به این جهت که او، بدون اختبار لازم، سبب تسلط سفیه بر مال خود شده، سفیه را ضامن نمی‌دانند.

## ۲. مسئولیت مطلق

به نظر صاحب جواهر، اگر مبیع در تصرف سفیه تلف شود و مال با اذن مالکی به او تسلیم شده باشد که به موضوع و حکم سفاهت و اثر آن آگاه است،<sup>۱۴</sup> ضمانی

> موضوع روشن است؛ هر چند در کتاب قواعد، علامه در هر حال، به عدم ضمان قائل شده است، اما این نظر ایراد دارد و اگر تصریح در کلام برخی از فقها نبود، ممکن بود این طور بگوییم که منظور آنها ضمان فعلی است، نه اینکه اساساً مسئول نباشند. به عبارت دیگر، ممکن بود بیان شود که بعد از رفع حجر باید جبران کنند، نه در زمان حجر. این عبارت یادآور تفکیک معروف بین «دین» و «مسئولیت پرداخت» یا «التزام به تادیه» است که در قواعد عمومی تعهدات مطرح شده و آثاری در باره مدیون اصلی و مسئول به بار می‌آورد.

۱۲. محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۱۹۷.

۱۳. شهید ثانی می‌گوید: در صورت بیع و تحویل مال به سفیه، یا قبض مال به اذن مالک هست یا نیست و در هر کدام از این حالات نیز یا مالک (فروشنده) به وضعیت خریدار آگاه است و یا جاهل؛ اگر قبض مال با اذن و آگاهی از وضع سفاهت باشد، ضمانی بر سفیه نیست؛ زیرا او را بر اتلاف مال خود مسلط کرده است و تحقق سفاهت باعث می‌شود که نیازی به عوض آنچه تلف کرده است، نباشد؛ اما در حالت جهل به سفاهت، اطلاق عبارت محقق در شرایط شامل آن هم می‌شود؛ زیرا فروشنده اختبار لازم را نکرده و کوتاهی در این امر، سبب می‌شود که خودش، مسبب تلف محسوب شود. علامه در تذکره، از برخی شافعیه نقل کرده است که اگر سفیه بدون اذن مالک، مال را قبض و تلف کند، به طور مطلق ضامن است؛ زیرا بیع فاسد، اقتضای اذن در قبض را ندارد. بنابراین، سفیه متصرف بدون اذن محسوب خواهد شد و وضع او مانند غاصب یا متلف است: مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۵۹ و ۱۶۰.

۱۴. جهل موضوعی، پذیرفتنی است، اما جهل حکمی، برخلاف قواعد حقوقی و توجیه ناپذیر

<



ندارد؛ اما انصاف این است که اگر اجماعی ثابت نباشد،<sup>۱۵</sup> باید گفت که مسئله خالی از اشکال نیست و در صورت علم به فساد معامله نیز ضمان ساقط نمی شود؛ زیرا اذن مالک به تصرف مال، در ضمن بیع بوده و در واقع این اذن مشروط به صحت است؛ در حالی که شرط آن، منتفی و بیع باطل اعلام شده است که در این حالت اذن نیز منتفی است. قیاس مجنون با سفیه نیز صحیح نیست؛ زیرا سفیه، مکلف و قابل خطاب است و فقط در تصرف مالی محجور است.

همچنین از اطلاق نظر محقق در کتاب شرایع، ممکن است این گونه برداشت شود که در حالت جهل مالک به سفاهت نیز، سفیه ضامن نیست. این مطلب در کتاب قواعد به صراحت آمده و از کتب مبسوط، تحریر، تذکره، جامع المقاصد و کفایه نیز همین به دست می آید.<sup>۱۶</sup> اما این امر اشکال دارد؛ زیرا اولاً با این ادله نمی توان حرمت مال را منتفی دانست و عموم ادله ضمان شامل آن می شود؛ ثانیاً مالک هم تقصیری ندارد و بنابراین، موضوع در خور تأمل است. اما اگر سفیه، مال را بدون اذن مالک قبض کند، ضامن است؛ زیرا عقد فاسد است و اقتضای اذن نیز در آن وجود ندارد.

> است؛ به ویژه خود ایشان در ادامه، فرقی بین جهل و علم قائل نیست و معتقد به ضمان سفیه است. جهل حکمی، به ندرت در سخن دیگر فقها دیده می شود و به باور ما نیز نباید در این نزاع داخل شود؛ زیرا مسئله را پیچیده تر می کند.

۱۵. ایشان در باره فقهای که به عدم ضمان سفیه نظر دارند، می گوید آنها این حکم را همانند امر مسلمی می دانند و نقل می کنند؛ گو اینکه دلیلی برای اثبات این حکم لازم نیست: «كما هو الظاهر من بعضهم حیث أرسلوه إرسال المسلمات، و ادعوا ظهوره و وضوحه بحیث لا یحتاج إلی بیان»: (محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۹۸).

۱۶. ظاهر عبارت مسالک نیز ممکن است همین تفسیر باشد؛ زیرا در بیان علت عدم ضمان می گوید: «و وجهه ان البائع قصر فی معاملته قبل اختبار حاله و علمه بان العوض المبدول منه ثابت ام لا فهو مضیع لماله»: (شهید ثانی، مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۵۹).

بسیاری از فقها به این امر تصریح کرده‌اند و در این خصوص خلافی وجود ندارد، مگر از محقق اردبیلی که گویا معتقد به عدم ضمان است؛ زیرا مالک با انعقاد عقد و مستولی کردن محجور بر مال خود، آن را در معرض تضییع قرار داده است. اما این نظر پذیرفتنی نیست؛ به ویژه اینکه سفیه نسبت به صغیر و مجنون، اولویت در ضمان دارد.

در مورد قرض کردن و تلف مال توسط سفیه نیز موضوع روشن است و هر چند علامه در کتاب قواعد، در هر حال، به عدم ضمان سفیه قائل است، این نظر ایراد دارد و اگر تصریح برخی از فقها نبود، ممکن بود بگوییم که منظور آنها، ضمان فعلی است نه اینکه اساساً مسئول نباشد. به عبارت دیگر ممکن بود گفته شود که سفیه ضامن است اما خسارت را باید بعد از رفع حجر جبران کند، نه در زمان حجر. در هر حال، با توجه به اینکه اجماعی در این خصوص نداریم، باید طبق ضوابط عمل کنیم که مستوجب ضمان است و البته باید در این مورد تأمل بسیار داشت.<sup>۱۷</sup>

### ۳. تفکیک بین علم و جهل معامل

برخی از فقها، ضمان سفیه را منوط به علم یا جهل معامل در باره وضعیت سفیه می‌دانند؛ زیرا در حالتی که از وضعیت سفیه آگاه است و مال خود را در اختیار او قرار می‌دهد، در واقع سبب تضییع مال خود شده است و نمی‌تواند شکوه‌ای داشته باشد؛ اما در صورت جهل به وضعیت او و تصور اینکه با شخصی عاقل و رشید معامله می‌کند، حرمت مال از بین نمی‌رود و سفیه در صورت تلف مال، مسئول خواهد بود.<sup>۱۸</sup> گذشته از قاعده «اقدام» که می‌تواند توجیه‌کننده این تفاوت

۱۷. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۹۸ و ۹۹.

۱۸. «وَلَوْ عَامَلَهُ الْعَالِمُ بِحَالِهِ اسْتِعَادَ مَالَهُ فَإِنَّ تَلْفَ فَلَا ضَمَانَ»: (شهید اول، اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية، ص ۱۳۳).

باشد، می توان به عموم قواعد «لا ضرر» و «علی الید ما اخذت حتی تؤدی (تؤدیة)» نیز استناد کرد و ضمان سفیه را ثابت دانست.<sup>۱۹</sup>

#### ۴. تفکیک بین اذن و عدم اذن در قبض

برخی از فقها صرف انعقاد قرارداد را از جانب شخصی که از وضعیت سفیه آگاه است، مانع از مسئولیت سفیه نمی دانند، بلکه شرط دیگری را نیز در نظر دارند که مربوط به کیفیت قبض مال توسط سفیه است؛ به این صورت که اگر بعد از بیع، مبیع بدون اذن فروشنده به تصرف سفیه درآمد و قبض او محقق گردید، سفیه مسئول است، اما اگر او، با اذن مستقل دیگری غیر از اذن ورود به معامله، مال را قبض کند و در واقع دو اذن از فروشنده داشته باشد، مسئولیتی ندارد.

شاهد ثانی بعد از اشاره به اینکه تحویل مال در آیه «فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» معلق به رشد شده است نه امر دیگر؛ می افزاید:

اگر شخص از عدم رشد (سفاهت) آگاه باشد و با علم به این امر، مالی را به محجور تسلیم کند، می تواند مسترد دارد، اما در صورت تلف مال، هیچ

۱۹. «وعندي انّ ما في الروضة في غاية القوة لعموم الروضة قوله (ع) علی الید ما اخذت حتی تؤدی و يؤیّده عموم قوله (ع): لا ضرر و لا ضرار و ان كان السفیه قبض المبیع بغیر اذن صاحبه و ائلفه»: (سید محمد مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، ص ۱۰۳)؛ عبارت شاهد ثانی در کتاب روضه به این صورت است: «و لو عامله العالم بحاله استعداد ماله مع وجوده، لبطلان المعاملة فإن تلف فلا ضمان لأن المعامل قد ضیع ماله بیده، حیث سلّمه إلى من نهی الله تعالی عن إیتائه و لو كان جاهلاً بحاله فله الرجوع مطلقاً لعدم تقصیره»: (شاهد ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۴، ص ۱۰۸)؛ خواهیم دید که در این کتاب، قول دیگری مورد پسند شهید ثانی است و به صراحت نمی توان نظر ایشان را همان دانست که سید محمد مجاهد در کتاب مناهل، برگزیده است. البته ممکن است ایشان معتقد نباشد که شهید ثانی نیز این نظر را دارد، بلکه تنها از بین نظرهای سه گانه ای که شهید در روضه بیان می کند، این نظر را - که بین جهل و علم تفاوت است - قوی تر می داند.

ضمانی وجود ندارد؛ زیرا با دادن مال، برخلاف حکم آیه رفتار و در واقع مالش را با دست خود تلف کرده است. در صورتی که مالک به این وضع جاهل باشد، به طور مطلق حق رجوع به محجور را به دلیل ضمان او خواهد داشت؛ زیرا در مورد تحویل مال به محجور، در این وضعیت، تقصیری ندارد. البته گفته شده است که در این حال نیز حق رجوع ندارد و محجور مسئولیتی نخواهد داشت؛ زیرا شخص در زمان تحویل مال می بایست اختیاری را می کرد و با کوتاهی در این کار، مرتکب تقصیر شده است. همچنین نظر سومی وجود دارد که قائل به تفصیل است؛ به این صورت که اگر سفیه، مال را با اذن مالک قبض کرد، اعم از اینکه شخص، به سفاهت او علم داشته یا نداشته باشد، ضمان ندارد؛ اما اگر این قبض بدون اذن مالک باشد مطلقاً ضامن است اعم از اینکه مال را تلف نموده (اتلاف) یا مال، تلف شده باشد و اعم از اینکه علم به وضع او داشته یا نداشته باشد؛ زیرا معامله باطل است و بر معامله فاسد، حکمی مترتب نمی شود و مانند این است که قبض مال غیر، بدون اذن او بوده است که در این صورت، سفیه ضامن است، همان طور که در صورت اتلاف یا غصب مال، ضامن است.

ایشان در انتها بیان می دارد که نظر اخیر پسندیده است.<sup>۲۰</sup>

در باره مبنای این تفکیک، ممکن است گفته شود که شخص عالم به وضع سفیه، هر چند قراردادی را منعقد کرده است، به دلیل بطلان معامله، هر زمان

۲۰. شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۴، ص ۱۰۸. «وإذا بايعه إنسان كان البيع باطلاً، فإن كان المبيع موجوداً جاز للبايع استعادته، وإن تلف و كان القبض بإذن صاحبه و كان عالماً بسفاهه كان تالفاً وإن فكّ حجره و ليس عليه ضمان، وإن كان جاهلاً فحكمه كذلك على الأشهر»: محمد باقر سبزواری، كفاية الأحكام، ج ۱، ص ۵۸۷ و ۵۸۸؛ محقق حلی، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص ۸۷؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ج ۱، ص ۳۹۷.

می تواند آن را نادیده گیرد و از رد و بدل کردن مال خودداری کند. بنابراین، اگر وی به قبض مال خود نیز راضی شد، با این کار، شخص محجور را بر آن مستولی کرده و روشن است که عواقب اتلاف یا تلف مال متوجه خود او خواهد بود، نه متوجه محجور که از بین بردن مال، یکی از اقدامات قابل پیش بینی اوست. اما اگر محجور بدون اذن مالک مال را قبض کند، به دلیل اینکه اختیار مالک را در خودداری از ادامه قرارداد نادیده گرفته است، مانند این خواهد بود که مال را غصب کرده و بنابراین ضامن آن است.<sup>۲۱</sup>

۲۱. سید محمد مجاهد نیز در این خصوص بیان می دارد: نظر برخی از فقها که در هر حال (با اذن در قبض یا عدم آن)، قائل به عدم ضمان سفیه شده اند، ممکن است به این دلیل باشد که انعقاد بیع، عادتاً مستلزم اذن در قبض هم هست؛ هر چند از نظر عقلی این ملازمه را ندارد و در واقع، فروشنده با اذن در انعقاد بیع، اذن در قبض را نیز داده است و بنابراین سفیه ضامن نیست و باید گفت که اگر فروشنده، به سفیه اذن در تصرف ندهد، ضامن است و فرقی بین علم یا جهل فروشنده نیست: «و الأقرب عندي أنه مع عدم الأذن في التصرف يضمن السفیه قبل فكّ الحجر عنه و لا فرق حيثئذ في ذلك بين أن يكون البائع عالماً بالحال أو جاهلاً به»: (سید محمد مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، ص ۱۰۳). در باره بیعی که با سفیه منعقد می شود، بسیاری گفته اند که اگر مبیع با اذن به سفیه داده شود، ضامن نیست؛ در حالی که صحیح آن (بیع) ضمان آور است. بنابراین، بیع با سفیه مشمول قاعده «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» نیست؛ زیرا فاسد آن ضمان آور نخواهد بود. اما باید گفت که این مورد را نباید یکی از مصادیق نقض قاعده یاد شده به حساب آورد؛ زیرا فروشنده با اقدام خود در صدد از بین بردن مال برآمده است و احترام مال را متفی و آن را تضحیح می کند. البته در حالت جهل مالک و قول به عدم ضمان، نقض بر قاعده وجود دارد. هر چند در کتب «مسالك» و «جامع المقاصد»، استدلال شده که مالک در این حالت، به دلیل عدم اختیار و تحقیق در باره وضعیت خریدار مقصر است، اما چنین تقصیری پذیرفته نیست؛ زیرا اختیار قبل از بیع، با توجه به اصل بودن صحت قرارداد و سلامت اشخاص، جایگاهی ندارد و سیره عقلا نیز مؤید این امر است هر چند استدلال به تقصیر مالک، خالی از وجه هم نیست. بدین سان، قرارداد با سفیه را در هر حال نمی توان نقض بر قاعده «ما یضمن» دانست، خواه

## ۵. خُلَع

سفیه می تواند با طلاق خلع، همسرش را طلاق دهد، اما زن نباید مال مورد خلع را به سفیه تسلیم کند، بلکه این ولیّ اوست که صلاحیت دریافت مال را دارد. اگر زن، مالی را که عین معین است، به خود سفیه دهد، ولیّ او می تواند آن مال را از سفیه بگیرد و اگر قبل از اطلاع ولیّ، آن مال در دست سفیه تلف شود، خود سفیه ضامن است؛ زیرا سفیه همانند مجنون نیست که اقدام زن در تسلیم مال به او، سبب اقوی از مباشر باشد.

بنابر فرض، سفیه عاقل است و مال مذکور نیز مجانی به او داده نشده، بلکه به وجه مخصوص، یعنی مال الخلع بوده است. با این بیان، می توان گفت که نقش سفیه، اقوی از سبب است و ضامن آن خواهد بود. از این رو، در تذکره نقل شده که بعد از رفع حجر، سفیه ضامن است؛ زیرا بعد از بیان نظر شافعیه در خصوص این امر، عبارت «لا یأس» را به کار برده است.<sup>۲۲</sup>

در کتاب «قواعد» آمده است که زن نمی تواند بعد از رفع حجر به سفیه رجوع کند؛ چرا که او را مسلط بر مال خود کرده است؛<sup>۲۳</sup> اما این نظر، به ویژه در صورت جهل او به وضعیت سفیه<sup>۲۴</sup> بدون ایراد نیست و می توان گفت که زن، قبل از رفع

> از این جهت که در صورت جهل فروشنده به سفاهت نیز ضمان، مطلقاً وجود دارد و خواه به این جهت که مالک، مقصر است و می بایست اختبار لازم را می کرد: (بحر العلوم، بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۱۰۵-۱۰۸).

۲۲. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۴، ص ۲۲۷.

۲۳. در کتاب قواعد، در این خصوص آمده است که اگر زن مال مورد خلع را به سفیه تسلیم دارد، همچنان مدیون خواهد بود و در صورت اتلاف مال، ولیّ سفیه می تواند آن را از زن مطالبه کند و زن نیز نمی تواند به سفیه رجوع کند؛ زیرا او را بر مال خود مسلط کرده است. (علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۵۸؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۳، ص ۳۸۰).

۲۴. «و الاقرب ان لها المطالبة مع الجهل بالسفه او حکمه، لانتها لم تسلطه علیه مجاناً». (فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الاحکام، ج ۸، ص ۱۹۴).

حجر نیز حق مطالبه دارد و حتی بین دین زن در مورد خلع و بدهی سفیه در مورد تلف مال، تهاتر می شود. بدین سان، آنچه در کتاب مسالک<sup>۲۵</sup> و کشف اللثام<sup>۲۶</sup> آمده و به تبع کتاب قواعد بیان کرده است، خالی از ایراد نیست.<sup>۲۷</sup>

اگر ولی سفیه به زن اذن دهد که مال مورد خلع را به سفیه تحویل دهد، آیا صحیح است؟ علامه می گوید که با این اذن، براءت ذمه تحقق می یابد<sup>۲۸</sup> اما در ۲۵. «زن نباید مال را به سفیه تسلیم کند و با وجود تسلیم به سفیه، باز هم ولی می تواند به زن مراجعه نماید و مثل یا قیمت آن را دریافت دارد؛ زیرا تلف، قبل از قبض شخص مستحق بوده است. اما اگر ولی از قبض سفیه اطلاع یابد و با فرض توانایی در اخذ آن از سفیه، اقدامی ننماید در اینکه آیا ولی ضامن است یا زن، دو وجه است که نظر بهتر، ضمان زن می باشد؛ هر چند ولی نیز به سبب کوتاهی خود، گناهکار می باشد. اگر خلع به صورت ذمه و دین باشد، ولی، حق رجوع به زن را دارد تا مثل آن را بگیرد؛ زیرا با دادن دین به سفیه، قبض و براءت ذمه تحقق نیافته است. در این صورت، زن می تواند آنچه را که به سفیه داده از او پس بگیرد و اگر قبل از آن تلف شده باشد، در اینکه سفیه ضامن است یا خیر، دو وجه است. در هر حال ولی، حتی با فرض توانایی اخذ مال از سفیه و کوتاهی در این کار، ضامن نیست؛ زیرا آن مال عین حق نیست (بلکه دین است). اگر زن با اذن ولی، مال را به سفیه تحویل دهد، در اینکه این امر درست است یا خیر، دو وجه می باشد؛ زیرا از یک سو، تسلیم مال با اذن ولی بوده و سبب براءت می شود و از سوی دیگر در اینکه چنین اذنی منشأ اثر می شود یا خیر، تردید است؛ چرا که ولی نمی تواند امری را در مسائل مالی به سفیه تفویض نماید، مگر اینکه رعایت مصالح نکرده باشد و به نظر می رسد براءت ذمه در این صورت یعنی رعایت مصلحت، صحیح باشد»: (شهید ثانی، مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۹، ص ۴۱۴).

۲۶. فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۸، ص ۱۹۵.

۲۷. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۳، ص ۴۷ و ۴۸. «ولو دفعت المال للسفیه عالمه بسفیه فاتفقه فرشد لم یکن لها الرجوع علیه لاتلافها مالها وكذا إن لم تكن عالمه بذلك علی الأظهر لتقصیرها فی السؤال مع احتمال ضمان السفیه مع جهلها». (کاشف الغطاء، حسن، أنوار الفقاهة - کتاب الطلاق)، ص ۸۷).

۲۸. (علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۵۸؛ سید عمید الدین

مورد صغیر<sup>۲۹</sup> و مجنون این گونه نیست و علامه و برخی دیگر از شارحان قواعد معتقدند در صورت جهل زن به وضعیت جنون یا صغر سن، می تواند به ولی رجوع کرده، با این ادعا که با اذن او، مال را تحویل داده و تلف شده است، بدل را بخواهد؛ زیرا ولی، سبب تلف مال محسوب می شود.<sup>۳۰</sup>

#### ۶. ضمان صغیر و مجنون

برخی از فقها بعد از بحث در باره سفیه، گفته اند که وضعیت صغیر و مجنون

> عمیدی، کنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، ج ۲، ص ۶۲۱؛ برخی تفصیل داده و در صورتی که رعایت مصلحت شده باشد، برائت را محقق می دانند: «و لو اذن لها الولي في الدفع إليه، فالاقرب براءة ذمتها؛ لأنه دفع مأذون فيه ممن له الولاية، فكان مجزئاً، وهو متجه إذا كان بمراعاته له، فإنه بمنزلة التسليم إليه، و أمّا مع الغيبة وانتفاء المراعاة فلا، لاحتمال تفريط الولي بذلك، و عدم نفوذ هذا الإذن منه»: (فاضل هندی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۸، ص ۱۹۴).

۲۹. علامه در موردی که ولی صغیر، به زن اذن می دهد تا مال را به صغیر دهد، اشکالی مطرح می کند و برخی با تفکیک بین رعایت مصلحت و غیر آن، موضوع را وابسته به این معیار می دانند: «و في الصبي لو اذن لها الولي في التسليم إليه إشكال مما مر في السفیه. و من أنه ليس أهلاً للتسليم بخلاف السفیه، و يتجه التفصيل المتقدم». (فاضل هندی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۸، ص ۱۹۵).

۳۰. علامه حلی، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۵۸؛ فخر المحققین، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ۳، ص ۳۸۱؛ فاضل هندی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۸، ص ۱۹۵. برخی با تفکیک موارد، می گویند که اگر ولی صغیر و مجنون بر آنها استیلا داشته باشد، برائت ذمه زن در صورت تسلیم مال به آنها بعید نیست؛ اما اگر ولی صغیر و مجنون استیلا بر آنها نداشته نباشد و زن نیز از وضعیت مجنون و صغیر آگاه است، برائت حاصل نمی آید. در صورتی که زن به وضعیت آنها جاهل باشد نیز ممکن است به دلیل امر ولی، حق رجوع به او را داشته باشد و ممکن است به دلیل تفريط در جهل خود (تتبع و تحقیق نکردن از وضعیت صغیر و مجنون) این حق را نداشته باشد. (کاشف الغطاء، انوار الفقاهة، کتاب الطلاق، ص ۸۷).



نیز همانند سفیه است؛ یعنی در صورت اتلاف بدون اذن، ضامن هستند؛ اما در حالی که مال با اختیار مالک به دست آنها برسد، ضامن نیستند<sup>۳۱</sup> یا گفته اند که در مورد صغیر و مجنون، اشکالی در این نیست که از نظر عدم ضمان، همانند سفیه باشند<sup>۳۲</sup> و به نظر شیخ طوسی، صغیر در مورد بیع و قرض و مانند آن، ضامن نیست.<sup>۳۳</sup>

### مبحث دوم- معاملات با هدف حفظ مال

هدف از این معاملات که اهم آنها ودیعه، عاریه و اجاره<sup>۳۴</sup> است، حفظ مال و عدم تصرف در آن یا استفاده از عین با بقای آن می باشد. در این مورد نیز با نظریات فقهی متفاوتی مواجه هستیم. ریشه اختلاف این است که در معاملاتی مانند بیع، تسلط بر مال، کامل است و از بین بردن آن نیز یکی از لوازم اذن در تصرف است؛ اما در مورد ودیعه و نظایر آن، هدف، حفظ مال است و اساساً اذنی در اتلاف یا تعدی در مال داده نشده است. بر این مبنا، می توان از مسئولیت سفیه، عدم مسئولیت او و نیز قول به توقف، به عنوان نظریات مهم فقهی یاد کرد که به اختصار بررسی می شوند.

۳۱. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۴، ص ۲۲۹؛ (حسینی عاملی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۶، ص ۱۴۲. «ولو حصل فی ایدیہما باختیار صاحبه و تسلیطه، کالبیع، و القرض، و الثمن، لم یضمنوا لو اُتلفاه، أو تلف بتفریطهما». (علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الإمامیة، ج ۲، ص ۵۳۹).

۳۲. سید محمد مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، ص ۱۰۴؛ محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۲۰۰.

۳۳. طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۴، ص ۱۴۶.

۳۴. عاریه هم مانند ودیعه است و مؤلف کتاب لمعه، اجاره را نیز مانند آن دانسته است: «وَفِي إِيدَاعِهِ أَوْ إِعَارَتِهِ أَوْ إِجَارَتِهِ فَيُتَلَفُ الْعَيْنُ نَظْرًا». (شهید اول، اللعة الدمشقية فی فقه الإمامیة، ص ۱۳۳).

## ۱. مسئولیت مطلق

صاحب جواهر در این خصوص بیان می‌دارد: در مورد مالی که نزد سفیه به ودیعه نهاده می‌شود، می‌توان گفت که اگر با علم به حجر باشد و سفیه آن را با مباشرت خود تلف کند، از یک سو ممکن است ضمان نداشته باشد؛ زیرا اولاً اصل بر براءت است؛ ثانیاً خداوند متعال از اینکه مالی را به محجور تحویل دهنده فرموده است و مالک با این کار، باعث تفریط در مال خود شده و سبب، قوی‌تر از مباشر است؛ ثالثاً روایت حریز نیز بر این امر دلالت دارد<sup>۳۵</sup>.

۳۵. «علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد بن عيسى عن حريز، قال: كانت لإسماعيل بن أبي عبد الله عليه السلام دنانير وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن فقال إسماعيل: يا أبت إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن وعندي كذا وكذا ديناراً فترى أن أدفعها إليه يبتاع لي بها بضاعة من اليمن فقال أبو عبد الله عليه السلام: يا بني أما بلغك أنه يشرب الخمر. فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس فقال: يا بني لا تفعل. فعصى إسماعيل أباه ودفع إليه دنانيره فاستهلكها ولم يأت به شيء منها. فخرج إسماعيل وقضى أن أبا عبد الله (ع) حج و حج إسماعيل تلك السنة فجعل يطوف بالبيت ويقول: اللهم أجرني وأخلف علي فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له: مه يا بني فلا والله ما لك على الله [هذا] حجة ولا لك أن يأجره ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فاتمته. فقال إسماعيل: يا أبت إنني لم أره يشرب الخمر إنما سمعت الناس يقولون فقال: يا بني إن الله عز وجل يقول في كتابه: «يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين، توبه، آية ۶۲». يقول: يصدق الله و يصدق للمؤمنين فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ولا تأتمن شارب الخمر فإن الله عز وجل يقول في كتابه: «ولا تؤثروا السفهاء أموالكم» فأبي سفیه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب ولا يشفع إذا شفع ولا يؤتمن على أمانته فمن اتتمنه على أمانته فاستهلكها لم يكن للذي اتتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه»: (محمد بن يعقوب كليني، الكافي، ج ۵، ص ۲۹۹ و ۳۰۰) اسماعیل، پسر حضرت صادق(ع)، مقداری پول داشت. مردی از قریش تصمیم گرفت به یمن سفر کند، اسماعیل خدمت حضرت صادق(ع) رسید و عرض کرد: پدر جان، فلان کس می‌خواهد به یمن برود و من فلان مقدار پول دارم. صلاح می‌دانی در اختیار او بگذارم که از یمن چیزی برایم بخرد؟ امام

این نظر ایراد دارد؛ زیرا اولاً ادله ضمان، اصل برائت را کنار می‌زنند؛ ثانیاً ایداع مال نزد سفیه، به معنای اذن در اتلاف آن نیست. بنابراین اقدام مالک را نمی‌توان تفریط در مال خود دانست تا حرمت آن از بین رفته باشد و از عمومات ضمان خارج گردد؛ ثالثاً ادعای قوی تر بودن سبب از مباشر نیز به وضوح پذیرفتنی نیست؛ رابعاً روایت حریر نیز دلالتی بر این امر ندارد.<sup>۳۶</sup> بنابراین، قول به ضمان، قوّت دارد و در تأیید این نظر می‌توان به کتاب‌های تذکره<sup>۳۷</sup>،

> صادق(ع) فرمود: پسر جان، مگر نشنیدی او شراب می‌خورد. اسماعیل گفت: مردم چنین می‌گویند. فرمود: این کار را نکن. ولی اسماعیل برخلاف دستور پدر پول را به مرد قریشی سپرد. آن مرد پول اسماعیل را از بین برد و چیزی از سفر یمن نیاورد. اتفاقاً همان سال اسماعیل و حضرت صادق(ع) به حج رفتند. اسماعیل مشغول طواف خانه خدا بود و می‌گفت: خدایا پاداش مرا در مورد آن پول بده و عوض آن را عطا کن. حضرت صادق(ع) از پشت با دست بازویش را فشار داد و فرمود: نه پسر، حقی بر خدا نداری؛ نه پاداش می‌دهد و نه عوض آن را خواهد داد بعد از اینکه شنیدی شراب می‌خورد. گفت: پدر! من که ندیدم او شراب بخورد؛ از مردم شنیدم. فرمود: پسر جان، خداوند در قرآن می‌فرماید: «يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» یعنی تصدیق می‌کند خدا و مؤمنین را. وقتی مؤمنین گفتند او شراب خوار است، باید گفتار ایشان را تصدیق می‌کردی و به شراب خوار اعتماد نمی‌کردی. خداوند در قرآن می‌فرماید: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ». کدام شخص از شراب خوار، نادان تر است. شراب خوار را نباید زن داد و نه وساطت او را پذیرفت و نه او را امین دانست. هر کس به او اعتماد کند، اگر مالش از دست رفت نه خدا به او اجر می‌دهد و نه عوض آن مال را خواهد داد: (موسی خسروی، زندگانی حضرت امام جعفر صادق(ع)، ص ۲۳۶ و ۲۳۷، با اندکی تصرف).

۳۶. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۹۹ و ۱۰۰؛

حسینی عاملی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۶، ص ۱۴۵.

۳۷. «قول اقرب نزد من این است که سفیه ضامن است، اعم از اتلاف یا تلف همراه با تفریط؛ زیرا مالک، او را بر مال خود مسلط نکرده و سفیه، بدون اختیار صاحب مال، آن را تلف کرده است»: (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۴، ص ۲۲۸ و ۲۲۹).

جامع المقاصد<sup>۳۸</sup>، مسالك<sup>۳۹</sup>، روضه<sup>۴۰</sup> و مجمع الفائدة<sup>۴۱</sup> مراجعه کرد.

ادله ضمان عمومیت دارند و علم به سفاهت و تسلیم مال، سبب رفع این ادله نمی شود؛ زیرا سفیه، اهلیت ضمان و حفظ مال را دارد. بنا به فرض، او بالغ است و تنها در امور مالی مسامحه دارد، اما این امر اهلیت او را در این موارد خدشه دار نمی سازد و دادن مال به او، همانند سایر معاملات نیست که او را بر آن مسلط کند و ضمانتی نداشته باشد. از همین رو اعطای وکالت به او نیز امکان دارد.<sup>۴۲</sup>

## ۲. نداشتن مسئولیت مطلق

برخی به سبب اصل برائت و اینکه مالک، با سپردن مال به سفیه، آن را در معرض تلف قرار داده است، قائل به عدم ضمان شده اند.<sup>۴۳</sup>

۳۸. محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۱۹۹.  
 ۳۹. شهید ثانی، مسالك الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۶۰.  
 ۴۰. همو، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، ج ۴، ص ۱۰۹.  
 ۴۱. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، ص ۲۲۹.  
 ۴۲. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۱۰۱. در تأیید ضمان سفیه ر. ک: شهید ثانی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، ج ۴، ص ۱۰۸ و ۱۰۹؛ سید محمد مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، ص ۱۰۴؛ شهید ثانی، مسالك الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۶۰؛ همو، حاشیة شرائع الإسلام، ص ۴۱۴؛ سید محمد حسن ترحینی عاملی، الزیة الفقهية فی شرح الروضة البهية، ج ۵، ص ۱۲۸.

۴۳. علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان، ج ۱، ص ۳۹۷. «التردد فی ضمان الودیعة مع إتلافها انما هو إذا كان الإيداع بعد الحجر علیه، أما إذا أودعه قبل الحجر ثم أتلفه بعده كان مضموناً علیه قطعاً، و منشأ التردد فی الأول من اسناد التفريط الی المالك فی إيداعه للمحجور علیه، فلا یضمن المحجور علیه، فهو كما لو أودع الصبی أو المجنون فأتلف، و من عموم ضمان المتلفات، فإن الصبی و المجنون یضمنان ما أتلفاه من المال فی مالهما ان

### ۳. توقف

برخی از فقها در نقل نظریات فقهی، در این خصوص سه قول را بیان می‌دارند و ممکن است برخی فقها، قائل به توقف باشند. با توجه به نظریات مختلف، مسئله خالی از اشکال نیست و باید احتیاط کرد. اما قول اقرب، ضمان سفیه است. ممکن است مالی را در زمان حجر به سفیه بسپارند و بعد از حجر، آن را تلف کند که در این صورت ضامن است.<sup>۴۴</sup> با بررسی کتب برخی از فقها در می‌یابیم که آنها، تنها به نقل دو نظر ضمان یا عدم ضمان اکتفا کرده یا اساساً هیچ سخنی در این خصوص نگفته‌اند که از آن جمله می‌توان به مبسوط<sup>۴۵</sup>، تحریر<sup>۴۶</sup> و لمعه<sup>۴۷</sup> اشاره داشت.

### ۴. وضعیت صغیر و مجنون

مهم‌ترین نظریات فقهی در این خصوص، به این شرح است:

#### یک. اتلاف و تلف

شهید ثانی بیان می‌دارد که اگر مالی به عنوان عاریه و ودیعه به صغیر یا مجنون

> كان لهما مال، وكذلك السفیه إذا أتلّف مالاً ضمنه، فهنا يضمن أيضاً. والمعتمد عدم الضمان، لحصول الفرق بين الأتلافين، لأن المالك هنا قد عرض ماله للإتلاف بسبب التسليط عليه، بخلاف ما إذا أتلّف مالاً من غير تسليط مالكة عليه، والأصل براءة الذمة، فهو كما لو قبضه المشتري ثمن ما اشتراه منه ثم أتلّفه، فكما لا يضمن هناك لا يضمن هنا، و لافرق بين علم المشتري من السفیه والبائع عليه بالحجر وعدمه في عدم ضمان ما قبضه منهما باختيارهما عوضاً عما دفعه إليهما». راشد صيمري، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۱۸۴؛ محقق حلی، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص ۸۷.

۴۴. سید محمد مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، ص ۱۰۴.

۴۵. طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص ۲۸۶.

۴۶. علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، ج ۲، ص ۵۳۸.

۴۷. شهید اول، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه، ص ۱۴۳.

تسلیم شود، در صورتی که به سبب تفریط آنها یا اتلاف از بین برود، دو قول در مورد ضمان وجود دارد. می توان گفت که اگر مال را اتلاف کرده باشد، ضامن هستند، ولی اگر مال به سبب کوتاهی در نگهداری تلف شده باشد، ضمانی ندارند؛<sup>۴۸</sup> زیرا خطاب به حفظ مال در مورد صغیر و مجنون معنا ندارد و این عده تکلیفی ندارند و عموم قاعده «علی الید...» نیز ایرادی به این نظر وارد نمی کند؛ زیرا این قاعده به معنای وجوب رد مال است و در مورد این دو دسته، منتفی است. اما در مورد اتلاف مال، به این دلیل ضامن هستند که این امر سبب ضمان است و ضمان از باب خطاب وضعی است، نه تکلیفی. به همین دلیل، در صورت اتلاف مال غیر، بدون اینکه اذنی داشته باشد، ضامن هستند.<sup>۴۹</sup>

دو. مسئولیت نداشتن مجنون و مسئولیت صغیر ممیز

صاحب جواهر معتقد است که اگر ودیعه به مجنون یا صغیر غیر ممیز داده شود، ضمانی ندارند؛ زیرا سبب، قوی تر از مباشر است و ادله ضمان را منتفی می کند. اینکه برخی از فقها به ضمان نظر داده اند نیز ضعیف است. اما اگر صغیر ممیز باشد، در حالتی که در تلف مال مباشرت دارد، قول به ضمان او قوی است و همین طور، ضمان به تفریط او در حفظ مال نیز قوی است؛ زیرا در این حالت هم

۴۸. «و أمّا الودیعة و العاریة إذا تلفت بتفریطهما أو اتلفاها، ففي ضمانهما قولان، أجمدهما ذلك في الثاني [اتلاف] دون الأوّل [تلف به جهت تفریط]»: (شهید ثانی، مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۶۰).

۴۹. همان، ج ۴، ص ۱۶۰ و ۱۶۱. در کتاب قواعد آمده است که ودیعه نزد صغیر و مجنون صحیح نیست و در صورت تلف مال، ضامن نخواهند بود؛ اما اگر صغیر، مال مورد ودیعه را (مانند نان) مصرف کند و نیز در صورت اتلاف، ضامن است. (علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۸۳)؛ شارحان قواعد گفته اند که ضمان صغیر از جهت استیلاء (درخواست از صغیر برای قبول ودیعه) نیست، بلکه به دلیل اتلاف است. (سید عمید الدین عمیدی، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، ج ۱، ص ۶۰۳ و ۶۰۴؛ فخر المحققین، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، ص ۱۱۳).

سبب از مباشر قوی تر نیست و سیره نیز بر این است که در مورد حفظ مال، به صغیر ممیز اعتماد می کنند و تکلیف نداشتن آنها منافاتی با ضمان ندارد. ممکن است ادعا شود که تفریط زمانی صدق می کند که تکلیفی وجود داشته باشد و در مورد صغیر ممیز تکلیفی نیست؛ اما این ادعا پذیرفتنی نیست و به همین دلیل اشخاص ساهی، غافل، ناسی و مانند آن، مسئول هستند که البته موضوع درخور تأمل است.<sup>۵۰</sup>

در کتاب جامع المقاصد<sup>۵۱</sup> آمده است که اگر مالی قبل از حجر به سفیه سپرده شود و بعد از حجر آن را تلف کند، سفیه ضامن است؛ زیرا مالک، او را مسلط بر اتلاف نکرده است. به همین ترتیب در صورت ودیعه ای که بعد از حجر داده شده است سفیه به طور مطلق ضامن است، اعم از اینکه به صورت اتلاف یا تفریط در حفظ مال باشد؛ اما ایشان در بحث ودیعه نظر دیگری دارد و از نظر سابق خود رجوع کرده است؛ زیرا در ودیعه می گوید:

حق آن است که گفته شود صغیر ممیز در صورت اتلاف مال ودیعه قطعاً، ضامن است؛ زیرا مقتضی ضمان موجود و مانع نیز منتفی است و صرف غیربالغ بودن، مانع ضمان نمی شود؛ به ویژه اگر در سن نزدیک به بلوغ باشد که در این حالت، مردم نیز به افعال او اعتماد دارند.

این در صورت اتلاف است. اما در صورت تقصیر در نگهداری ودیعه، ضمانتی نخواهد داشت؛ زیرا حفظ مال بر او واجب نیست. ممکن است گفته شود که اگر مال غیر، به دلیل تقصیر او تلف شود، به دلیل عموم «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» ضامن است و بنابراین در این حالت نیز باید مسئول قلمداد شود، اما پاسخ داده می شود که بین این موارد تفاوت وجود

۵۰. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۱۰۰ و ۱۰۱.

۵۱. محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۲۰۰.

دارد؛ زیرا اگر ید او عدوانی باشد، ضامن خواهد بود، اما در صورتی که با اذن مالک بر مال مستولی شود، هیچ عدوانی ندارد و حفظ مال نیز بر او واجب نیست که گفته شود به دلیل تقصیر در حفظ آن، مسئول است.

در ضامن بودن صغیر غیرممیز و مجنون که ودیعه را به صورت اتلاف از بین برده باشند، اختلاف نظر است و قول به ضمان آنها بعید نیست؛ زیرا مقتضی وجود دارد و مانع نیز متفی است؛ چرا که مانعی که تصور می شود، مسلط شدن آنها بر مال به سبب اقدام مالک است، به عنوان مانع، پذیرفتنی نیست؛ زیرا مالک، آنها را بر اتلاف مسلط نساخته و حفظ مال را اراده کرده است.

ممکن است گفته شود که مالک با تحویل مال و با توجه به صلاحیت نداشتن آنها بر حفظ آن، در عمل مال خود را در معرض تلف قرار داده است، اما پاسخ این است که این اندازه اقدام، برای سقوط ضمان آنها در صورت اتلاف، کافی نیست و در هر حال این نظر قوی و متین است. ۵۲

### سه. نداشتن مسئولیت مطلق

برخی از فقها در این خصوص بیان می دارند که نباید وضع سفیه را با مجنون و صغیر مقایسه کرد؛ زیرا مجنون و صغیر مسلوب الاهلیه هستند و نمی توانند در مورد حفظ مال مسئول باشند؛ ضمن اینکه مالک با دادن مال خود به آنها، سبب تسلط آنان بر مال شده و تضییع مال، منتسب به خود اوست. البته ممکن است گفته شود که اگر شخص در سن تمیز، مثلاً نزدیک به سن بلوغ باشد ضامن مال است. ۵۳

۵۲. همان، ج ۶، ص ۹ و ۱۰.

۵۳. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، ص ۲۳۰. دیگر فقهای که قول اقرب را در عدم ضمان می دانند، عبارتند از: حسینی عاملی، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۶، ص ۱۴۶؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۴، ص ۲۲۹؛ همو، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الإمامية، ج ۲، ص ۵۳۹. به نظر شیخ طوسی نیز نظر قوی تر، عدم ضمان صغیر است: (المبسوط فی فقه الإمامية، ج ۴، ص ۱۴۶).



### چهار. تمکن مالی و اثر آن در ضمان

به نظر برخی از فقها، مجنون در مورد ودیعه مسئولیتی ندارد. صغیر نیز اگر با اهمال خود سبب از بین رفتن ودیعه شود، مسئول نیست. اما در صورتی که صغیر مال مورد ودیعه را تلف کند (اتلاف) و برای جبران آن مالی داشته باشد، ضامن است، در غیر این صورت، مسئول نخواهد بود.<sup>۵۴</sup> برخی دیگر نیز به طور کلی در مورد ضمان محجور می‌گویند که محجور در صورت تلف مال دیگران ضامن است، اما مخاطب پرداخت غرامت، ولی اوست که از مال محجور می‌پردازد و اگر مالی نداشته باشد، حق ساقط می‌شود.<sup>۵۵</sup> چنان که از ظاهر این سخنان برمی‌آید اگر محجور مالی داشته باشد، ضامن خواهد بود، اما نداشتن مال، او را از ضمان معاف می‌دارد. معلوم نیست که آیا مسئولیت نداشتن او، حتی به بعد از رفع حجر و رسیدن به سن رشد نیز تسری می‌یابد و آیا زیان دیده نمی‌تواند بعد از آن، اقامه دعوا کند و خسارت را دریافت دارد یا چون زیان تحقق یافته است، برای مطالبه آن، هر چند بعد از رفع حجر، منعی وجود ندارد؟ می‌دانیم که ضمان یا عدم ضمان، به وضعیت مالی شخص ارتباطی ندارد؛ زیرا این مسئله، تابع خسارت وارده است و عامل خسارت، در صورت اعسار نیز مدیون باقی می‌ماند تا به یکی از اسباب سقوط حق، دین او از بین برود.<sup>۵۶</sup>

۵۴. «لو أودعنا لم یضمننا بالإهمال، ولو أكلها الصبي أو أتلّفها ضمن إن كان له مال وإلا فلا. و لو أودع المجنون لم یضمن بالإنلاف»: (شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین، ج ۱، ص ۵۱۵ و ۵۱۶).

۵۵. «الضمان حکم وضعی لا تکلیفی حتی یختص بالبالغ العاقل بل کل من أتلّف مال غیره فهو له ضامن حتی الصبی الغیر الممیز غایته ان المخاطب یدفع الغرامة ولیه فیغرم من مال الصبی ان کان له مال والأ فلا غرامة و سقط الحق لعدم موضوعة»: (محمد حسین کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۲، ص ۱۵۹).

۵۶. مضمون ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ به این نظر نزدیک است. در

## گفتار دوم - اقرار محجور

### ۱. اقرار سفیه

وجه تشابه اقرار با قرارداد، در این است که اراده و قصد در اقرار (از جمله قصد اخبار در باره نتیجه آن و تأیید نتیجه توسط قانون و شرع) نیز وجود دارد و با ضمان قهری مانند اتلاف، از این حیث متفاوت است. بنابراین، «اخباری بودن» ماهیت اقرار در مقابل «انشایی بودن» قرارداد، تفاوتی است که در این بحث می‌توان آن را نادیده گرفت و در کنار مسئولیت قراردادی از آن یاد کرد.

در فقه آمده است که اقرار سفیه در باره اموالش صحیح نیست<sup>۵۷</sup>؛ اقرار او در «حدود»، پذیرفته است و در مورد اقرار به سرقت، دستش را قطع می‌کنند. و در اینکه آیا اقرار به سرقت، سبب ضمان مالی هم می‌شود یا خیر، دو نظر مطرح شده است: از یک سو می‌توان به ضمان مالی ناشی از این اقرار پایبند بود؛ زیرا نمی‌توان اقرار را تفکیک کرد و بدون ضمان مالی، مفهوم سرقت تصور نمی‌شود. از سوی دیگر می‌توان آن را تجزیه کرد و تنها حد سرقت را با آن ثابت دانست؛ چرا که تفکیک در امر مالی و مجازات، مانند حدود منعی ندارد و می‌دانیم که با شهادت مرد و دو زن، ضمان مالی ثابت می‌شود اما حد ثابت نخواهد شد.<sup>۵۸</sup> در بین فقها این نظر،

> این ماده آمده است: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر، قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهده او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون و یا صغیر می‌باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت، جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده نباشد».

۵۷. ابن زهره، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، ص ۲۷۰.

۵۸. شهید ثانی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۱، ص ۹۰. همچنین گفته می‌شود که سفیه در امور مالی در معرض اتهام است. بنابراین اقرارش به مال پذیرفته

<

قوی تر است<sup>۵۹</sup> و جز برخی از آنها که در این نظر تأمل کرده اند، بدون اینکه نظر  
 > نمی شود، اما در مورد اقرار به حدود، تهمتی متوجه او نیست. (علامه حلی، تذکرة  
 الفقهاء، ج ۱۵، ص ۲۵۸؛ شهید ثانی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۱،  
 ص ۹۰).

۵۹. تفکیک «مجازات» و «ضمان مالی» بر مبنای دیگری نیز تحلیل پذیر است که «علل الشرعية  
 معرفات» خوانده می شود و البته مورد اختلاف است. منظور، آن است که چون احکام  
 شرعی و قانونی، اعتباری و تابع معتبر هستند، ارتباط علی و معلولی حقیقی ندارند و شارع  
 یا قانون گذار می تواند برخلاف عِلل حقیقی حکم دهد یا با تفکیک امور، برخی را بپذیرد یا  
 رد کند. در تأیید این عبارت، ر. ک: شهید ثانی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام،  
 ج ۱۴، ص ۲۸۶ و ۲۸۷؛ احمد نراقی، مستند الشیعة في احکام الشریعة، ج ۱۹، ص ۱۹۶؛  
 حسینی عاملی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۴، ص ۵۵۳. در مقابل،  
 گفته اند: «الجواب بانّ العلل الشرعية معرفات لا أنّها علل حقیقیة. ففیه: أنّها بعد الجعل  
 كالعلل العقلية»: (سید محمد کاظم یزدی، تکملة العروة الوثقی، ج ۲، ص ۴۷) همچنین  
 در رد این قاعده بیان می دارند: «دعوی: أنّ العلل الشرعية معرفات و يجوز اجتماع معرفات  
 كثيرة بالنسبة إلى شيء واحد (مردود): أولاً: بانه لا فرق بين العلل الشرعية و غيرها فتكون  
 حقيقة تارة و معرفة أخرى. و ثانياً: علی فرض الصحة فكل علة معرفة لشيء خاص و جهة  
 مخصوصة لا تكون تلك الجهة في معرفية العلة الأخرى فراجع ما ذكرناه في الاصول». (سید عبدالاعلی سبزواری، مهذب الأحكام في بيان الحلال و الحرام، ج ۱۳، ص ۳۷۲)؛  
 «از نظر فلسفه حقوق، اصل و قاعده نخستین این است که نظام امور عینی و واقعی، در امور  
 اعتباری و حقوقی نیز حاکم است ... در مباحث حقوقی ... مفاهیم فلسفی عینی، نظیر  
 علت و معلول و سبب و مسبب و شرط و مشروط و اصول حاکم بر جهان طبیعت، مانند  
 لزوم تقدم علت بر معلول و سبب بر مسبب و شرط بر مشروط و امثال آن، برای استنباط و  
 تعیین وضعیت های حقوقی، مورد استفاده قرار می گیرد»: (مهدی شهیدی، حقوق مدنی،  
 ج ۲، اصول قراردادهای و تعهدات، ص ۵۳). در تحلیل حقوقی نیز تفکیک جنبه های مالی  
 (مدنی) و جزایی یک مسئله، امری پذیرفتنی است. توضیح اینکه در نظام های مختلف  
 حقوقی، به ویژه نظام کامن لا (سیستم هایی نظیر انگلستان و امریکا) معیار اثبات امر جزایی  
 که مستلزم اعمال مجازات است، با امر مدنی تفاوت دارد و ممکن است یک پدیده واحد که  
 به حسب ارتباط عناصر وابسته، تجزیه نشدنی به نظر می رسد، تفکیک شود؛ به این  
 <

صورت که جنبه مدنی آن ثابت شود، اما جنبه جزایی اثبات نگردد. گفته شده که معیار اثبات در مسایل جزایی، «فرا تراز تردید معقول است» (A Reasonable Doubt Beyond) و در مسایل مدنی «دلیل غالب» (Preponderance of evidence) است و اگر به حساب ساده ریاضی بیان شود، باید گفت که در امر مدنی، همین که ۵۱ درصد دلیل اثباتی وجود داشته باشد، ثابت می شود، اما در امر جزایی باید به مرزهای ۷۰ یا ۸۰ درصد برسد، به نحوی که تردید معقولی در بی گناهی متهم وجود نداشته باشد. در برخی از متون فقهی نیز می توان تحلیلی شبیه این معیارها به دست آورد. مرحوم صاحب جواهر در نقل نظریات دیگران و نظر خود در باره مالی که به سرقت می رود که ارزش آن در حالت اجتماع با مال دیگر بیشتر و در انفراد کمتر است، می گوید: «و من هنالم یقطع لو اخذه علی وجه السرقة و کان قیمته مع نقصان الثانی نصاباً بل عن التذکرة الاجماع علیه، قال فیها: «لو أخذ أحدهما علی صورة السرقة و قیمته مع نقصان الثانی نصاب، لم یقطع اجماعاً؛ لان الزائد انما ضمنه فی ذمته بتفریقہ بین الخفین ...» قلت: لا اشکال فی عدم القطع بالنقصان فی الثانی المفروض ... لان نقصانه و ان کان مضموناً علیه لکنه غیر داخل فی المسروق نفسه»: (محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۷، ص ۱۴۲)؛ البته این تفاوت، به مبانی مسئولیت مدنی و کیفری نزدیک تر است تا دلایل اثبات. در بحث سرقت نیز می گوید: «ان منکر السرقة یتوجه علیه الیمین لاسقاط الغرم؛ لانتها توجب امرین: حق الأدمی و هو المال و الثانی القطع و هو حق الله و لا ملازمة بینهما. فیجری حکم الدعوی فی الاول بالنسبة إلى الیمین وردّه و النکول دون الثانی الذي قد عرفت عدم جعل الشارع الیمین حجة فیہ ... فان الیمین لا تثبت الموضوع واقعاً فضلاً عن ثبوته به بالنسبة الی الحد الذي اعتبر الشارع فی بیئته غیر بیئة المال من زیادة العدد و نحوها»: (همان، ج ۴۰، ص ۲۶۰ و ۲۶۱).

برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: (عبدالله خدابخشی، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، ص ۴۳۴ - ۴۵۰) در تبصره ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ آمده است: «اگر سارق یک مرتبه نزد قاضی اقرار به سرقت کند، باید مال را به صاحبش بدهد، اما حد بر او جاری نمی شود»؛ و در ماده ۲۸۰ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) ۱۳۷۹/۱/۲۱ می خوانیم: «در حدود شرعی حق سوگند نیست، مگر در سرقت که فقط نسبت به جنبه حق الناسی آن سوگند ثابت است، ولی حد سرقت با آن سوگند ثابت نخواهد شد».

مخالف را بپذیرند، مخالفی وجود ندارد.<sup>۶۰</sup>

اقرار سفیه به امور غیرمالی مانند خلع و<sup>۶۱</sup> طلاق و آنچه موجب قصاص است، پذیرفته می شود.<sup>۶۲</sup> به عقیده برخی از فقها، سفیه می تواند کسی را که به او

۶۰. محقق اردبیلی از فقهای است که در این نظر تشکیک کرده است و می گوید: قبول اقرار سفیه در مورد مجازات و نپذیرفتن آن در امر مالی، در خور تأمل است؛ زیرا نمی توان سفیه را مسئول رد مال دانست و این امر مستلزم حکم به اخذ مال مردم، از روی ظلم است. همچنین اینکه این اقرار را به منزله دو اقرار بدانیم، خالی از بُعد نیست. بنابراین اگر موضوع، اجماعی است یا نصی در این خصوص وارد شده، پذیرفتنی است؛ اما بدون آن، پذیرش این حکم، مشکل است؛ زیرا مجازات قطع ید، تنها به این سبب اعمال می شود که اقرار سفیه را در خصوص بردن مال غیر، قبول کرده اند و قبول فرع (مجازات) بدون قبول اصل (بردن مال) تأمل برانگیز است. اگر اقرار او در مورد اثر مالی پذیرفته نشود، در مورد حد (مجازات) نیز باید چنین باشد و صرف عموماًت مربوط به مجازات قطع ید و نیز عموماًت مربوط به ممنوعیت سفیه در امور مالی، کافی نیست. از سوی دیگر، نمی توان تفکیک (تبعیض) را پذیرفت؛ زیرا مستلزم تنافی است و تنها در صورتی که نص یا اجماعی بر آن باشد، پذیرفتنی خواهد بود؛ و هرچند علامه در کتاب تذکره می گوید که تبعیض در مفاد اقرار ضرری ندارد و می توان پذیرفت و به شهادت مرد و دو زن اشاره می کند که جنبه مالی را ثابت می کنند نه حد سرقت را، این سخن در خور تأمل است؛ زیرا اگر اجماعی یا نصی نباشد، می توان همان ایرادها را در این خصوص نیز مطرح کرد. همچنین این مورد با تجزیه اقرار سفیه متفاوت است؛ زیرا در مثال شهادت مرد و دو زن، شهادت بر اصل، یعنی بردن مال و بدون فرع (مجازات) است که با اقرار متفاوت خواهد بود: (مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، ص ۳۹۳ و ۳۹۴).

۶۱. طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۳، ص ۳ و ۴؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۵، ص ۲۵۸؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۳، ص ۱۱۹.

۶۲. صاحب جواهر با طرح برخی احتمالات، ابتدا در صدد مناقشه در نفوذ این اقرار است و از جمله بیان می دارد: خلع، تصرف در مال است؛ زیرا ممکن است در قبول آنچه بذل می شود، رعایت مصلحت را نکند و اگر ولی او دخالت کند، مال بیشتری به دست خواهد آورد یا اگر سفیه در صورتی که اقرار به نسب نداشته باشد، عهده دار نفقه نیز نخواهد بود یا

جنایتی وارد آورده است عفو کند؛ زیرا این امر از باب تحصیل نکردن مال است، نه تزییع آن و سفیه از تزییع مال ممنوع است، اما تحصیل مال بر او واجب نیست. <sup>۶۳</sup> همچنین صلح سفیه با ولی<sup>۶۴</sup> دم در خصوص تبدیل قصاص به دیه، نافذ است؛ زیرا حفظ نفس، اولی از حفظ مال است. البته ممکن است این مصالحه پذیرفتنی نباشد، زیرا امکان دارد این اقدام با تبانی مقررگه (ولی<sup>۶۴</sup> دم) باشد تا بعد از اقرار به موجب قصاص، آن را به مال تبدیل کنند و اگر قرار باشد با این راه مانع از اعمال قواعد حجر شد، هدف این قواعد از بین می رود. <sup>۶۴</sup> با این حال، پذیرش این مصالحه قوت دارد<sup>۶۵</sup> و پاسخ تردید اخیر نیز این است که باید به قرائن و اوضاع و احوال توجه داشت و تنها در صورت وجود زمینه های سوءاستفاده، مانع مصالحه شد. <sup>۶۶</sup>

آیا اقرار سفیه که در زمان حجر تحقق یافته، بعد از رفع حجر نیز بی اثر است؟ صاحب جواهر در خصوص اثر اقرار سفیه بعد از رفع حجر، بیان می دارد که

> ممکن است با اقرار به موجب قصاص، خود را در معرض تلف قرار دهد اما اگر ولی در میان باشد، او را از این امر منع می کند و ... .

ایشان در ادامه اعلام می دارد که این احتمالات پذیرفتنی نیست و فقط به ذهن می رسد، بدون اینکه مانع از اقرار سفیه باشند. (محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۵، ص ۱۰۷).

۶۳. محمد جواد مغنیه، فقه الإمام الصادق (ع)، ج ۵، ص ۹۶.

۶۴. حسینی عاملی، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۶، ص ۱۵۰.

۶۵. علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۳۸؛ فخر المحققین

اسدی حلی، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، ص ۵۶.

۶۶. «اندفاع ذلك بقرائن الأحوال، فإن المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى، ولا يلتبس بمن

يحاول المال، فيصح الصلح، إلا مع حصول الرية»: (محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح

القواعد، ج ۵، ص ۲۰۱).

هر چند فقها اشاره کرده اند که اگر سفیه در زمان حجر، اقرار به مال کند، بعد از رفع حجر نیز ملزم نخواهد بود،<sup>۶۷</sup> اما این سخن در جایی است که اجماعی در میان باشد؛ در غیر این صورت می توان به عموم قاعده «اقرار العقلا» تمسک کرد و چنین گفت که قدر متیقن تخصیص این قاعده در مورد سفیه، این است که اقرار، در زمان حجر غیر مؤثر باشد، نه اینکه بعد از حجر نیز ملزم به آن نباشد؛ زیرا سفیه را نمی توان «مسلوب العبای» دانست. به همین دلیل، بیع او برای غیر (نماینده‌گی در بیع) یا برای خود او، با اذن ولی، نافذ است. البته ایشان در ادامه چنین پاسخ می دهند: «ممکن است چنین گفت که منظور از حجر سفیه، به سبب حفظ مال است و بنابراین هر چه در زمان حجر سرزند، فاقد اثر است و وقتی در زمان حجر فاقد اثر باشد، بعد از رفع حجر نیز اثری نخواهد داشت».<sup>۶۸</sup>

۶۷. شهید اول، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۱۲۸؛ سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۳، ص ۱۲۸؛ شهید ثانی، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۱۱، ص ۹۰.

۶۸. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۵، ص ۱۰۵. همچنین می گویند: انصاف این است که اگر اجماعی نباشد، تصرفات سفیه در ذمه او صحیح باشد؛ زیرا هدف از حجر، ممنوعیت تصرف در اموال اوست، نه آنچه در ذمه او مستقر و بعد از حجر مطالبه می شود. به همین ترتیب، می توان این احتمال را مطرح کرد که اگر شخصی با سفیه معامله کند و در صورت تلف مال، قائل به ضمان سفیه باشیم، عوض مال یا ثمن را نمی توان در زمان حجر از سفیه یا ولی او مطالبه کرد، بلکه در ذمه باقی می ماند تا بعد از حجر پرداخت شود. «الظاهر أنه بناءً على ما ذكرنا لا تسلط له على الولي بتعجيل ذلك إليه للحجر، أما بناءً على ضمانه لقاعدة الضمان بالإتلاف و باليد فالمتجه مطالبة الولي، كما لو أتلف السفیه مال الغير بغير اختيار مالک، بخلاف ما احتملناه الذي مقتضاه صحة المعاملة في ذمة السفیه. نعم مع جهل البائع يثبت له الخيار وإلا كان له الثمن في ذمته، وليس له مطالبة الولي، لأن معاملته معه قد وقعت بغير إذنه، فتأمل جيداً»: (همان، ص ۱۰۶) باید <

اگر شخصی از طرف سفیه اقامه دعوا کند و نوبت به قسم برسد و سفیه از به جا آوردن سوگند خودداری کند، دو رویکرد قابل تصور است: ۱. اینکه بگوییم نکول مدعی علیه و رد سوگند به مدعی، ماهیتاً، «بینه» محسوب می شود؛ ۲. اینکه ماهیت آن را «اقرار» بدانیم. در حالت اخیر، نمی توان دعوا را ثابت دانست؛ زیرا سفیه از هر چه که به معنای اقرار باشد، ممنوع است.<sup>۶۹</sup>

> گفت که این تحلیل کمتر مطرح شده و با مقایسه نظر دیگر فقها، اعتماد به آن دشوار است. برای ملاحظه سخنی نزدیک به این تحلیل، رجوع شود به: سید احمد خوانساری، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، ج ۳، ص ۳۶۸ که به عنوان یک اشکال می گوید: «يشكل الحكم بعدم نفوذ إقراره؛ لأن الإقرار ليس تصرفاً في ماله بل لازم نفوذه إخراج المقرّ به من ماله إن كان له مال وإن لم يكن له مال فهو دين في ذمته يصحّ أن يؤدّي عنه غيره كما أنه لو جنى جنایة موجبة للدية من ماله يخرج من ماله».

۶۹. حسینی عاملی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۱۶، ص ۱۴۸. در اینکه امتناع مدعی علیه از اتيان به جا آوردن و رد قسم به مدعی، نوعی اقرار است یا حکم بینه را دارد، اختلاف نظر است. گفته اند که اقدام منکر در رد قسم به مدعی، به انکار شبیه تر است؛ زیرا امتناع او از قسم، اشعار بر علم او به حق مدعی دارد و نشان می دهد که انکار او دروغ بوده و به این جهت، حاضر به قسم نشده است، و الا قسم یاد می کرد. بینه یا اقرار دانستن یمین مردوده آثاری نیز دارد؛ از جمله: ۱. اگر مدعی علیه، بعد از قسم مدعی، اقامه بینه کند یا ادعا کند که دین، توسط مدعی ابراء شده است، در صورتی که ماهیت یمین مردوده، بینه باشد، این ادعاها قابل استماع است؛ زیرا مسئله مانند تعارض دو بینه و دلیل می شود. اما اگر ماهیت آن اقرار باشد، چون بینه جدید یا ادعای ابراء، با اقرار (یا همان یمین مردوده) مدعی علیه تعارض دارد و انکار بعد از اقرار است، قابل استماع نیست؛ ۲. اگر ماهیت بینه داشته باشد، نیاز به صدور حکم قاضی است؛ اما اگر ماهیت اقرار داشته باشد، نیازی به آن نخواهد بود. برخی از فقها در پاسخ به این آثار، گفته اند که این فروع و فروع دیگری که ذکر شده است، ارتباطی با ماهیت یمین مردوده ندارند؛ زیرا می توان آن را ماهیتی مستقل دانست که هیچ یک از اقرار یا بینه محسوب نشود یا اگر آن را بینه یا اقرار می دانند، به جهت مناسبت، قیاس و اعتبار هر کدام از آنها و اجرای فروع مختلف است، نه اینکه این آثار،

<



واقعا از آثار ماهیت یمین مردوده باشند. می توان هر فروع را با دلیل و مقتضی خود بررسی کرد، مثلاً در مورد عدم استماع دعوایی که بعد از قسم یاد کردن طرح شود، می توان گفت رد قسم به مدعی، به این معناست که مدعی علیه ملتزم به حق شده و آن را از عهده خود خارج کرده و بحثی در آن ندارد و با این کار علیه خود اقدام کرده است. روایاتی هم که بر سقوط دعوی مدعی پس از قسم مدعی علیه دلالت دارند، بر سقوط دعوی مدعی علیه نیز دلالت می کنند و حتی می توان آن را با اولویت بیان کرد. به همین ترتیب نیازی به حکم قاضی نیست تا حق ثابت شود؛ زیرا دلیل و بیّنه، از هر نوعی که باشد، ثابت کننده دعوا محسوب می شوند و در این بحث نیز در صورت قسم مدعی، نیازی به صدور حکم نیست و حتی قسم مدعی، قوی تر از قسم منکر است؛ زیرا قسم مدعی اثبات کننده و موجب است، اما قسم منکر، نفی کننده و مانع. (مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۲، ص ۱۳۷-۱۴۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۰، ص ۷۸) اقرار یا بیّنه دانستن یمین مردوده، آثاری نیز در اثبات عنن در مرد دارد. صاحب شرایع در باره اثبات این عیب در مرد، می گوید باید اقرار مرد یا بیّنه بر اقرار او یا نقل او از سوگند باشد تا اثبات شود. در مسالک نیز توضیح داده شده است که اگر یمین مردوده را اقرار تلقی کنیم، می توان عنن را اثبات کرد، ولی در صورت بیّنه دانستن آن، قابل اثبات نیست؛ زیرا اگر مدعی، از اول هم بیّنه اقامه می کرد مسموع نبود؛ مگر اینکه گفته شود تلقی آن به منزله بیّنه، به نحوی است که می توان در این مورد نیز دعوی یاد شده را ثابت کرد. اما در هر حال اگر آن را اقرار تلقی کنیم، بدون اشکال و تردید می توان عنن را اثبات کرد. (شهید ثانی، مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۸، ص ۱۳۲؛ حسین بحرانی، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، ج ۱۰، ص ۱۶۵). برخی از فقها در بحث اثبات عنن، یمین مردوده را به منزله اقرار مدعی علیه دانسته اند. (محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۵)؛ اثر دیگر تمایز بیّنه یا اقرار دانستن یمین مردوده را به این شکل نیز تصور کرده اند: فرض کنید مالی در تصرف شخص (ج) است و دو نفر (الف و ب) مدعی هستند که آن مال به صورت امانت تحویل متصرف شده و هر کدام، خود را مالک کامل مال می دانند. اگر متصرف (ج)، اقرار به مالکیت یکی از آنها (برای مثال الف) داشته باشد و دلیل دیگری در میان نباشد، مال به مقرله (الف) داده می شود و مدعی دیگر (ب) می تواند متصرف (ج) را قسم دهد. اگر متصرف قسم یاد نماید، دعوی مدعی (ب) علیه

&lt;

متصرف، ساقط می شود و نزاع تنها بین دو شخصی که مدعی مال بودند (یعنی الف و ب) ادامه خواهد داشت و کسی که به نفع او اقرار نشده (ب) می تواند طرف مقرله (الف) را سوگند دهد و اگر سوگند یاد کرد، مالکیت او مستقر می شود. در عین حال، اگر متصرف، در مقابل درخواست مدعی مالکیت مال (ب) از سوگند امتناع کند یا قسم را به مدعی (ب) رد کند و مدعی قسم بخورد، باید مثل یا قیمت مال را به آن مدعی بدهد؛ زیرا این قسم به منزله اقرار است و مانند این خواهد بود که متصرف، ابتدا اقرار به سود مدعی اول (الف) و به دنبال آن اقرار برای مدعی دوم (ب) کند و چون اقرار دوم، در حق مقرله اول پذیرفته نیست، نمی توان عین مال را از او گرفت. بنابراین، متصرف باید بدل حیلولة آن را به مقرله دوم که بر اساس یمین مردوده، صاحب حق شناخته شده است، بپردازد. برخی گفته اند که یمین مردوده به منزله بیّنه است و با این امر می توان عین مال را از مقرله اول گرفت و به شخص دیگر تحویل داد؛ زیرا بیّنه نشان می دهد که آن مال، متعلق به مقرله اول نبوده و اقرار متصرف به سود او، وجهی نداشته است. ممکن است این نتیجه را نپذیریم و بگوییم که حتی اگر یمین مردوده به منزله بیّنه باشد، این بیّنه امری نسبی است و تنها نسبت به طرفین دعوا (متصرف (ج) و مدعی علیه دیگر (ب) غیر از مقرله اول (الف) اثر دارد و در حق کسی که طرف آن نبوده، تأثیری ندارد. (یوسف بن احمد بحرانی، الحدائق الناضرة في احکام العترة الطاهرة، ج ۲۱، ص ۴۶۵ و ۴۶۶)؛ در همین راستا گفته می شود که اگر یمین مردوده، نوعی بیّنه باشد، حجیت آن، تنها نسبت به طرفین است. برای مثال، اگر مردی علیه زنی که در زوجیت دیگری است، طرح دعوا کند، در اینکه این دعوا قابل استماع است یا قسم متوجه زن شود، دو نظر وجود دارد: برخی مانند صاحب تذکره، دعوا را استماع می کنند؛ زیرا اگر زن اقرار کند، باید مهرالمثل را به مدعی بدهد، هر چند اقرار او علیه شوهر فعلی او حجت نیست؛ همان طور که اگر مالی را بفروشد، سپس اقرار کند متعلق به غیر است، نمی توان عین را از خریدار گرفت، اما قیمت آن را باید بدهد. عده ای آن را قابل استماع نمی دانند؛ زیرا دعوی مذکور مستلزم منافع مالی نخواهد بود و اگر زن اقرار کند، این اقرار اثری ندارد و اگر قسم را به مدعی رد کند و این امر را نوعی بیّنه هم بدانیم، از آنجا که تنها نسبت به طرفین دعوا اثر خواهد داشت، در اثبات نکاح و به ضرر شوهر فعلی هیچ نقشی ایفا نمی کند و مهرالمثل را نیز برای مدعی به دنبال نخواهد داشت. (محقق ثانی، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۱۲، ص ۹۱؛ محمد بن علی موسوی عاملی، نهاییة

## ۲. اقرار صغیر و مجنون

اقرار صغیر غیر ممیز و مجنون صحیح نیست و اثری ندارد؛ مگر در مورد مجنون ادواری که تنها در زمان افاقه، می توان اقرارش را پذیرفت؛ اما در خصوص اقرار صغیر ممیز، برخی وجوه در خور تأمل وجود دارد. در فقه به عنوان قاعده کلی بیان شده است که اقرار صغیر، اعم از ممیز و غیر ممیز، پذیرفته نیست،<sup>۷۰</sup> حتی اگر ولی به او اذن دهد؛<sup>۷۱</sup> اما برخی گفته اند که اگر وصیت صغیر ممیز را بپذیریم،<sup>۷۲</sup>

> المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام، ج ۱، ص ۳۵ و ۳۶؛ فاضل هندی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۸، ص ۷۸؛ یوسف بن احمد بحرانی، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۳، ص ۱۸۸؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص ۱۶۴-۱۶۸؛ جواد بن محمد حسینی عاملی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۳۰۰ (همچنین اگر وکیل، جنسی را به صورت نسبیه بفروشد و موکل قسم بخورد که اذن در نسبیه فروختن را به وکیل نداده است، می تواند عین مال را از خریدار مسترد دارد. بر این نتیجه ایراد گرفته اند که قسم مردوده یا قسم منکر تنها بین طرفین جریان دارد و چگونه می توان عین را از تصرف خریدار خارج کرد؛ مگر اینکه قسم موکل را در مورد ندادن اذن به وکیل، به معنای مرتفع شدن آن تصرف دانست که این نگرش نیز در هر حال جای تأمل دارد. (محقق ثانی، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۸، ص ۳۱۱) از این سخن، می توان اصل نسبییت حکم بین طرفین دعوا را به دست آورد یا حدود اعتبار امر مختوم را مشاهده کرد؛ زیرا هر چند هر دو مدعی، در دعوی اول حاضر بوده اند، آن دعوا علیه متصرف بوده و بعد از آن، می توان دعوی دیگری بین مدعیان (خواهان های) دعوی اول تصور کرد، بدون اینکه واجد اعتبار امر مختوم باشد.

۷۰. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۵، ص ۲۵۲.

۷۱. محقق حلی، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۳، ص ۱۵۲؛ علامه حلی، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج ۴، ص ۳۹۹؛ شهید اول، السدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۱۲۶؛ شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۶، ص ۳۸۵؛ محقق سبزواری، کفایة الأحكام، ج ۲، ص ۵۰۳.

۷۲. در خصوص وصیت صغیر ممیز، نظریه های مختلف است و با فرض پذیرش نیز شرایطی

<

اقرار او را به این امر نیز باید پذیرفت. این نظر در کتب شرائع<sup>۷۳</sup>، تحریر<sup>۷۴</sup>، دروس<sup>۷۵</sup>، جامع المقاصد<sup>۷۶</sup>، مسالک<sup>۷۷</sup>، روضه<sup>۷۸</sup> و نهایت المرام<sup>۷۹</sup> آمده است. این گروه، قاعده «من ملک شیئاً ملک الإقرار به» را مستند خود قرار داده اند.<sup>۸۰</sup>

### گفتار سوم - موضع قانون مدنی

احکام مربوط به مسئولیت محجور، به طور عمده در قانون مدنی (مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد) و قانون مسئولیت مدنی (مسئولیت خارج از قرارداد) آمده است. در این بحث، به دلیل تمرکز بر مسئولیت قراردادی، تنها موضع قانون مدنی را در خصوص آن بررسی می کنیم تا معلوم شود که از میان نظریات مختلف فقهی، قانون یاد شده، کدام راه حل را برگزیده است و اگر راهکار این قانون، قابلیت حمل بر هیچ کدام از نظریات فقهی را ندارد، چگونه باید تفسیر شود؟

باید اشاره داشت که موادی از قانون مدنی، با این هدف وضع شده اند که افراد از وضعیت محجوران آگاه شوند و هنگام قرارداد، دانسته عمل کنند و بی جهت اموال خود را در معرض تلف قرار ندهند. مواد ۱۲۲۶ و ۱۲۵۶ از این قبیل احکام

- > لازم دارد. در این خصوص رجوع شود به: علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ص ۴۵۹؛ جواد بن محمد حسینی عاملی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۲۳، ص ۸۵؛ و برای دیدن روایاتی در این خصوص ر. ک: طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۹، ص ۱۸۱.
۷۳. محقق حلی، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۳، ص ۱۵۲.
۷۴. علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الإمامية، ج ۴، ص ۳۹۹.
۷۵. شهید اول، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۱۲۶.
۷۶. محقق ثانی، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۹، ص ۲۰۱.
۷۷. شهید ثانی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۱، ص ۸۹.
۷۸. شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۶، ص ۳۸۵.
۷۹. محمد بن علی موسوی عاملی، نهایت المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام، ج ۱، ص ۱۷۹.
۸۰. جواد بن محمد حسینی عاملی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۲۲، ص ۳۳۱.

است که به ترتیب بیان می‌دارند: «اسامی اشخاصی که بعد از کبر و رشد به علت جنون یا سفه محجور می‌گردند، باید در دفتر مخصوص ثبت شود. مراجعه به دفتر مزبور برای عموم آزاد است؛ «رفع حجر هر محجور باید در دفتر مذکور در ماده ۱۲۲۶ و در مقابل اسم آن محجور قید شود».

هدف این مواد، علاوه بر جلوگیری از انعقاد معاملات متزلزل و پرهیز از وارد آمدن خسارت به اموال اشخاص، ممکن است این باشد که قانونگذار، به علم و جهل یا قابلیت آگاهی اشخاص از وضعیت محجور توجه داشته و به منظور آگاهی دادن به آنها و مردود خواندن ادعای جبران خسارت وارد شده به اموالشان، اعلام عمومی را در مورد حجر لازم دانسته است. به عبارت دیگر، ممکن است قانونگذار به نظر برخی از فقها توجه داشته است که مسئولیت محجور را در جایی می‌دانند که مالک از وضعیت او آگاه نباشد و در تسلیم مال خود به محجور «اقدام» نکرده باشد. از این رو در حکمی عام، تکلیف ثبت و اعلام نام محجوران را مقرر ساخته است. اما به نظر نمی‌رسد که بتوان این رویکرد فقهی را، از صرف این مواد به دست آورد. بنابراین، باید به دیگر مقررات نیز توجه کرد. در این خصوص، ماده ۱۲۱۵ در حکمی روشن‌تر بیان می‌کند: «هر گاه کسی مالی را به تصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود». نکاتی در این مورد شایسته توجه است:

۱. قانونگذار بین نوع رابطه حقوقی فرقی نگذاشته و عقود با هدف تسلط را (مانند بیع) در کنار عقود با هدف حفظ مال (مانند ودیعه)، مشمول یک حکم می‌داند. با ملاحظه نظریات فقهی مختلف در این خصوص و تصریح نداشتن ماده ۱۲۱۵ به برخی از انواع قراردادها، به نظر می‌رسد که قانونگذار، در هر حال، قائل به عدم مسئولیت مجنون و صغیر غیر ممیز شده است؛

۲. مجنون و صغیر غیر ممیز، با صغیر ممیز و سفیه، مفهوماً متفاوت تلقی

شده‌اند. با توجه به سیاق عبارت ماده و نیز تفاوت‌های آشکار بین آنها، این مفهوم حجیت دارد؛ به ویژه اینکه از پشتوانه فقهی و عرفی نیز برخوردار است؛

۳. مفهوم عبارت «به تصرف ... بدهد» چیست؟ آیا قبض در راستای عقد است یا منظور، تصرف در زمان قبض است؟ به عبارت دیگر همان طور که در مطالب فقهی بیان شد بین اذن به معامله و اذن به قبض تفاوت گذاشته‌اند، آیا در این ماده قانونی نیز می‌توان از آن مبانی کمک گرفت، یا اذن در انعقاد قرارداد، به معنای «تصرف دادن» هم هست؟ به نظر می‌رسد قدر متیقن از این ماده، آن است که تصرف دادن در جایی است که هنگام قبض مال، اذن در تصرف محقق گردد، نه اینکه از ملازمه عرفی بین قرارداد و تصرف، چنین گفت که اگر فروشنده، قراردادی منعقد کرد، در واقع مال را به تصرف هم داده است. ثمره بحث در این است که اگر صغیر غیر ممیز و مجنون، بعد از انعقاد قرارداد، بدون اذن در تصرف مال، آن را متصرف شوند، مسئول خواهند بود؛ به ویژه این که این افراد، به دلیل نداشتن قدرت تمییز، مفهوم اذن ناشی از عقد را نمی‌فهمند و تصرف آنها، نه بر مبنای خود قرارداد، بلکه بدون توجه به اذن ناشی از قرارداد خواهد بود و همین امر می‌تواند دلیل مسئولیت آنها باشد؛

۴. در این ماده، قیدی مبنی بر آگاهی مالک از حالت صغر سن و جنون وجود ندارد. بنابراین ممکن است در حالت ناآگاهی مالک از وضع مجنون نیز، قائل به عدم مسئولیت او باشیم. در مورد صغیر غیر ممیز، نوعاً افراد از آن آگاهی دارند و ادعای ناآگاهی بسیار بعید است. اما در مورد مجنون، این امکان وجود دارد که در زمان قرارداد یا تصرف مال، این حالت پوشیده باشد و مالک با تصور سلامتی شخص، مالی به او تسلیم کند. در عمل نیز از این قبیل موارد بسیار است و صدور حکم حجر، در وضعی صورت می‌گیرد که معامل، تصور آن را هم نداشته است. آیا در این حالت نیز مجنون هیچ مسئولیتی ندارد و با این بهانه که مالک، مال خود را «به تصرف مجنون

داده است»، باید او را مسئول اقدام خود دانست؟ با اندک تأملی در این مسئله درمی یابیم که عرف، هرگز اقدام مالک را تخطئه نمی کند و شایسته سرزنش نمی داند. بنابراین، از بین رفتن مال نزد مجنون یا اتلاف مال توسط وی را ضمان آور می داند. در فقه نیز برخی، بین علم و جهل مالک تفاوت نهاده، در حالت جهل مالک، ضمان محجور را قبول دارند و از این منظر هم می توان به ضمان مجنون در حالت جهل مالک، متمایل شد. همچنین سیاق عبارت ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی نیز منصرف به حالت علم مالک است؛ زیرا این ماده ظهور در این دارد که دادن مال به تصرف مجنون آگاهانه باشد و در این حالت، مالک را به دلیل اقدامی که مال را در معرض تلف قرار می دهد، سرزنش می کنند؛ اما در حالت جهل به وضع شخص، او را مستحق جبران می دانند. همچنین قاعده عمومی این است که معامله فاسد، اثری در تملک ندارد<sup>۸۱</sup> و در صورت تلف باید عین یا بدل آن را اعاده کرد. بنابراین، قدر متیقن از ماده ۱۲۱۵ آن است که مالک با علم به وضع مجنون، مال خود را تحویل دهد.

آیا مالک قبل از معامله باید از وضع مجنون اطلاع کسب کند و بعد از اطمینان عرفی از سلامت او وارد معامله شود، یا با توجه به اصل صحت می تواند اعتماد کند و در زمان اختلاف نیز مدعی، کسی است که ادعا دارد مالک از وضع مجنون مطلع بوده است؟ دیدیم که در فقه نیز از این موضوع سخن به میان آمده و نظر برخی از فقها مبنای جبران یا عدم جبران خسارت بوده است؛ اما به نظر می رسد که اصولاً نمی توان چنین شرطی را مؤثر در مقام دانست، مگر اینکه تحقیق نکردن مالک، در عرف و در حالت ویژه به نحوی باشد که «سبب» تلف مال محسوب شود و آن در صورتی است که عرف با توجه به برخی قرائن، مالک را از ورود در معامله

۸۱. ماده ۳۶۵ قانون مدنی: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد»؛ و ماده ۳۶۶: «هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود».

باز می‌دارد. فرض شود حکم حجر شخص به سبب جنون صادر شده، اما هنوز به وصف قطعیت نرسیده باشد.<sup>۸۲</sup> در این حالت، کسی که با محجور معامله می‌کند و از حکم آگاه است، بعد از قطعیت حکم حجر و تلف مال توسط مجنون، نمی‌تواند ادعای خسارت کند و عرف، او را مسبب و در حکم شخص آگاه می‌داند.

همان‌طور که گفته شد، ضرورت تحقیق مالک و اطمینان از وضع شخص، به شرایط و اوضاع و احوال زمان قرارداد بستگی دارد و نمی‌توان حکم واحدی را برای آن پیش‌بینی کرد. به همین دلیل، معتقدیم که نباید از این شرط به عنوان یکی از شرایط ضمان یا عدم ضمان مجنون یاد کرد؛ بلکه اثر آن، تابع قواعد مسئولیت، نظیر اقدام، سبب و غرور است که ممکن است در موردی تحقق یابد یا نیابد و روشن است در حالت تردید، اصل بر تحقق نیافتن آن است. بنابراین، اگر کسی مال خود را به مجنون دهد، می‌تواند ادعای بدل آن را مطرح سازد<sup>۸۳</sup> و ولی مجنون نیز باید علم مالک یا لزوم تحقیق از وضع مجنون و اقدام مالک را در از بین بردن مال، ثابت کند، در غیر این صورت، باید خسارت مالک را جبران کند.

۵. آیا مسئولیت نداشتن صغیر غیر ممیز یا مجنون، در فرض «تلف شدن یا ناقص شدن مال» است یا در صورت «اتلاف یا ناقص کردن» نیز مسئولیتی ندارند؟ ظاهر ماده

۸۲. دشواری دعوای حجر به جهت جنون، هم به مفهوم آن بر می‌گردد و هم متوجه اثبات آن است؛ زیرا از نظر پزشکی، جنون ممکن است بسیاری از افراد را در برگیرد در حالی که شاید آنچه در مباحث فقهی و حقوقی (در مورد حجر) مورد نظر است، مفهوم عرفی آن است. این تفاوت، سبب می‌شود طریق اثبات آن هم متفاوت باشد؛ زیرا بسیاری از دادگاه‌ها موضوع را به پزشک ارجاع می‌دهند و روشن است که پزشک نیز بر اساس مفاهیم تخصصی خود، نظر می‌دهد. تجربه نویسنده در رسیدگی به دعوای حجر، نشان می‌دهد که بسیاری از این افراد، مجنون به معنای محجور نیستند و بیماری روانی آنها سبب ناتوانی از درک امور نمی‌شود. این بحث، نیازمند قلم فرسایی مستقلی است که در این نوشته، مجالی برای ورود به آن نیست و باید در فرصت مناسب، آن را بررسی کرد.

۸۳. استرداد عین، هیچ‌بخشی ندارد؛ زیرا معامله باطل است و عین مال باید مسترد شود.



۱۲۱۵ قانون مدنی بر ناقص یا تلف شدنی دلالت دارد که به مجنون یا صغیر غیر ممیز منتسب نباشد و ممکن است مؤیدی هم بر این ظاهر قابل تصور باشد؛ به این صورت که بگوییم این افراد قدرت درك معامله را ندارند و بنابراین اقدام آنها در تلف یا نقص مال، همانند فرضی است که خود در مقام اتلاف یا ناقص کردن مالی برمی آیند و روشن است که در این حالت باید خسارت را جبران کنند. با این حال به نظر می رسد که تفاوتی مهم وجود دارد؛ زیرا در حالتی که مجنون یا صغیر غیر ممیز، بدون قرارداد و اراده مالک، بر مال او مسلط می شوند و مال را تلف می کنند، مالک در آماده ساختن زمینه تلف مال اقدامی نکرده است. بنابراین، اصل اولیه جبران خسارت، اقتضای ضمان را دارد. اما در حالتی که مالک با آگاهی، مال را در اختیار آنها قرار می دهد، در واقع خطر از بین بردن مال را به وجود می آورد و نباید از اقدام خود شکوه کند. برخی فقها نیز اینگونه استدلال کرده اند<sup>۸۴</sup> و از حیث عرفی هم قابل تأیید است. بنابراین در مجموع به نظر می رسد که عدم ضمان، قوی تر است؛

۶. با توجه به ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی، باید در خصوص سفیه نیز قول به ضمان را تأیید کنیم؛ زیرا وقتی صغیر ممیز مسئول است، سفیه به طریق اولی مسئول شناخته خواهد شد؛

۷. حکم مجنون ادواری چیست؟ ممکن است یکی از این فروض در خصوص وی مطرح شود: علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
 اول: در زمان قرارداد، مجنون بوده است و در زمان تصرف مال، حالت افاقه داشته باشد؛

دوم: در هر دو زمان در حالت جنون باشد؛

سوم: در هر دو زمان در حالت افاقه باشد، اما مال را در زمان جنون بعدی

خود تلف کند؛

۸۴. محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۱۹۸.

چهارم: وضعیت هیچ یک معلوم نباشد. با توجه به آنچه در خصوص بند ۳ بیان کردیم و نیز بر مبنای ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی، اگر در زمان تصرف و تلف مال، حالت جنون محقق باشد، مسئولیت تلف مال بر عهده مجنون نخواهد بود. اما ممکن است شخص در زمان تصرف مال، مجنون باشد، سپس حالت افاقه عارض شود و پس از آن، با بازگشت جنون، مال در این زمان تلف شود. در این صورت، آیا مجنون ضامن است؟ از یک سو وقتی حالت افاقه تحقق یابد و شخص در این حالت بر مال دیگری مسئولی باشد، نباید به بهانه جنون بعدی او و تلف مال در آن زمان وی را معاف از ضمان دانست؛ زیرا شخص در زمان افاقه باید مال دیگران را به نحوی که در معرض تلف نباشد، حفظ کند یا اگر با هدف تسلط، مانند بیع، مال را دریافت کرده است، باید در مقام پرداخت عوض نیز برآید و وقتی پرداخت عوض مال به سبب جنون و بطلان قرارداد ممکن نیست دست کم باید بدل مال تلف شده را بپردازد.

اما از سوی دیگر، عرف، اقدام مالک را در تحویل مال به مجنون ادواری، در حالت جنون، سرزنش می کند و این ادعای او را نمی پذیرد در اینکه مجنون در یک زمان، حالت افاقه داشته و در این زمان، مال هنوز تلف نشده است و بنابراین اگر در زمان بعدی تلف شود، باید عهده دار خسارت باشد. همچنین نمی توان استصحاب ضمان را مطرح کرد و چنین گفت که با تحقق افاقه و در زمانی که هنوز مال تلف نشده است، مجنون مسئول بوده و اگر در زمان جنون تلف شود، ضمان را باید استصحاب کرد؛ زیرا چنین استصحابی به دلیل تردید در مقتضی آن شایسته اعتماد نیست. ضمن اینکه صرف وجود مال در زمان افاقه و تلف بعدی در زمان جنون، نمی تواند ارکان استصحاب را فراهم آورند و موضوع متیقن و مشکوک، در عرف یکسان نیست. به هر حال، بحث دقیق تر را نیز می توان طرح کرد، اما به باور ما، ضابطه عرفی و اقدام مالک در تحویل مال به مجنون ادواری، مالک را از دریافت خسارت محروم

می گرداند، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود؛ یعنی ثابت شود حالت افاقه بر جنون تفوق دارد و در عرف، اقدام مالک در خور سرزنش نبوده است یا در زمان افاقه، متصرف می بایست به رد مال یا نگهداری آن در محلی مناسب اقدام می کرد و ...؛ که با این بیان، موضوع به وضعیت و شرایط هر دعوا بستگی دارد، اما در حالت کلی و به عنوان یک اصل، باید از مسئولیت نداشتن مجنون ادواری یاد کرد.<sup>۸۵</sup>

۸. در مورد اقرار می توان به مواد ۱۲۶۳ قانون مدنی اشاره داشت که بیان می دارد: «اقرار سفیه در امور مالی مؤثر نیست». <sup>۸۶</sup> با این بیان، می توان گفت که موضع قانون مدنی با فقه، در مورد سفیه، یکسان است. اقرار صغیر غیر ممیز و مجنون نیز بی تردید باطل است؛ اما در خصوص صغیر ممیز، بین حقوق دانان در استنباط از ماده ۱۲۶۲ قانون مذکور که بیان می دارد: «اقرارکننده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد، بنابراین اقرار صغیر و مجنون در حال دیوانگی و غیر قاصد و مکره مؤثر نیست»، اختلاف نظر است. برخی می گویند: «اقرار صغیر اگرچه ممیز باشد، معتبر نخواهد بود؛ مگر در اموری که صغیر ممیز مستقلاً می تواند آن را انجام دهد، مانند قبول صلح یا هبه بلاعوض (ماده ۱۲۱۲ ق. م) <sup>۸۷</sup> یا امور مربوط

۸۵. نظیر این بحث در خصوص قرارداد و جرایم مجنون ادواری نیز مطرح می شود که فرصتی دیگر می طلبد؛ اما باید دانست که حکم هر کدام از این عناوین (ضمان مدنی، صحت قراردادی و مسئولیت کیفری) ممکن است متفاوت باشد و نباید به این بهانه هر حکمی را که در خصوص قرارداد مجنون ادواری بیان کردیم در خصوص مسئولیت مدنی یا جزایی او هم تکرار کنیم؛ زیرا مبانی هر کدام متفاوت است.

۸۶. تبصره ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ نیز که در سابق ذکر شد، به این بحث مربوط است.

۸۷. «اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد، باطل و بلااثر است، معذک صغیر ممیز می تواند تملک بلاعوض کند؛ مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیات مباحات».

به کار یا پیشه که ولیّ یا قیمّ اجازه آن را به محجور داده باشد (ماده ۸۵ قانون امور حسبی).<sup>۸۸</sup>

نپذیرفتن اقرار صغیر ممیز، به دلیل اهلیت نداشتن او در تصرف در اموال و حقوق مالی اش است و در موارد یاد شده، قانون، خود اجازه تصرف به او را داده است. همچنین طبق قاعده عقلی، هر کس هر عملی را بتواند انجام دهد، اقرار او به آن عمل معتبر است (من ملک شیئاً ملک الإقرار به)؛ زیرا اقرار صغیر ممیز در موارد گفته شده اعتراف به وجود امری است که مقرر می‌تواند انجام دهد و با وجود قدرت به انجام دادن آن دلیلی ندارد که اقرارش پذیرفته نشود؛ مثلاً هرگاه ولیّ یا قیم صغیر بر کسی دعوی اقامه کند و تسلیم مالی را بخواهد، به این عنوان که خوانده آن مال را به مولیّ علیه او صلح یا هبه کرده بود و او قبول کرده است و خوانده نیز اقرار کتبی مولیّ علیه را نشان دهد که آن صلح و هبه را نپذیرفته، اقرار او نافذ است؛ زیرا قانون به او اجازه داده که صلح و هبه را قبول یا رد کند. همچنین صغیری که ولیّ یا قیم به او اجازه داده است تا حدود سه هزار ریال سیگار از کارخانه بخرد و بفروشد و کارخانه دعوی اقامه کند و از صغیر هزار ریال ثمن خرید سیگار را مطالبه کند و صغیر به دین خود اقرار کند، اقرار علیه صغیر معتبر است.<sup>۸۹</sup> در مقابل، برخی دیگر، اقرار صغیر ممیز را بی اثر می‌دانند و معتقدند بین جواز تصرف در برخی امور با اقرار در آن امور هیچ ملازمه‌ای نیست.<sup>۹۰</sup>

به عقیده ما قول به پذیرش اقرار صغیر ممیز، با توجه به ماده ۱۲۶۲ قانون

۸۸. «ولیّ یا قیمّ می‌تواند در صورتی که مقتضی بدانند، به محجور اجازه اشتغال به کار یا پیشه‌ای بدهد و در این صورت اجازه نام برده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود».

۸۹. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۶، ص ۳۰ و ۳۱؛ و در تأیید این نظر: ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، قواعد عمومی اثبات، اقرار و سند، ج ۱، ص ۲۱۰.

۹۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج اول، ص ۵۶۴.

مدنی و اینکه در مقام بیان، بین صغیر ممیز یا غیر ممیز تفاوتی نگذاشته، دشوار است، اما اگر نظر مشهور فقهی بر این باشد که اقرار صغیر ممیز را در برخی امور می‌پذیرند، به حکم تبصره ۱ قانون اصلاح ماده «۱۸» اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (۱۳۸۵/۱/۲۴)<sup>۹۱</sup> که مؤخر بر قانون مدنی وضع شده است، باید به آن پایبند بود؛ اما این نظر در گرو این استنباط است که بگوییم ماده ۱۲۶۲ قانون مدنی، در این خصوص ساکت است و به نظر می‌رسد اطلاق آن در خصوص صغیر (اعم از ممیز و غیر ممیز)، دلیلی برای سکوت باقی نمی‌گذارد.<sup>۹۲</sup>

#### نتیجه

فقه در زمینه مسئولیت قراردادی محجوران، قواعد مختلفی در مباحث و دیعه، عاریه، اجاره و بیع دارد و نظریات مختلفی نیز در این خصوص ابراز شده است. تحلیل‌های فقهی دقیق است و مانند هر مورد دیگر، حقوق دان در اینجا نیز باید به این منبع رجوع کند و از آن، در تفسیر قانون کمک بگیرد؛ اما قانون مدنی، آگاهانه و از میان نظریات مختلف فقهی، حکم معینی را در ماده ۱۲۱۵ معین کرده است. بنابراین، تنها در جایی که دلالت این حکم، مشکوک باشد، به حکم تبصره ۱ قانون اصلاح ماده «۱۸»، اصلاحیه قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، می‌توان به فقه رجوع و نظر مشهور فقهی را اعمال کرد.

۹۱. «مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رای صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها، ملاک عمل نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود».

۹۲. رجوع به فقه در جایی است که قانون، حکمی وضع نکرده باشد (اصل ۱۶۷ قانون اساسی).

## منابع و مأخذ

۱. امام خمینی، سید روح الله، تحریر الوسيلة، ج ۱ و ۲، قم، مؤسسه دارالعلم، چاپ اول.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۶، تهران، انتشارات اسلامیة، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۸.
۳. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۴. بازگیر، یدالله، آرای ماهوی دیوان عالی کشور در امور حقوقی و جزایی، تهران، نشر دانش نگار، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۵. \_\_\_\_\_، استنباطهای قضایی دیوان عالی کشور در امور جزایی، سرقت عادی و مسلحانه، ارتشاء، اختلاس، کلاهبرداری، تحصیل مال نامشروع، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۶. بحر العلوم، محمد بن محمد، بلغة الفقيه، ج ۳، تهران، منشورات مكتبة الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۷. بحرانی، حسین، الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع، ج ۱۰، قم، مجمع البحوث العلمية، چاپ اول، بی تا.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱ و ۲۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۹. ترحینی عاملی، سید محمدحسن، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية، قم، دار الفقه للطباعة والنشر، چاپ چهارم، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ ششم، ۱۳۷۶.

- ١١ . حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ٤، ٨، ١٠، ١٦، ٢٢، ٢٣، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزة علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٩ هـ. ق.
- ١٢ . حلی، شمس الدین، معالم الدین في فقه آل یاسین، دورة فقهية كاملة على وفق مذهب الإمامية، ج ١، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ١٤٢٤ هـ. ق.
- ١٣ . خدابخشی، عبدالله، تمايز بنيادين حقوق مدنی و حقوق کیفری، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ اول.
- ١٤ . خسروی، موسی، زندگانی حضرت امام جعفر صادق(ع)، تهران، نشر اسلامی، چاپ دوم، ١٣٩٨ هـ. ق.
- ١٥ . خوانساری، سید احمد، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، ج ٣، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ١٤٠٥ هـ. ق.
- ١٦ . سبزواری، محمدباقر، کفایة الاحکام، ج ١ و ٢، اصفهان، انتشارات مهدوی، چاپ اول، بی تا.
- ١٧ . سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الاحکام في بیان الحلال و الحرام، ج ١٣، دفتر آیت الله سبزواری، چاپ چهارم، ١٤١٣ هـ. ق.
- ١٨ . شهید اول، محمد بن مکی عاملی، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٠ هـ. ق.
- ١٩ . شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ٣، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزة علمیه قم، چاپ دوم، ١٤١٧ هـ. ق.
- ٢٠ . شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ٢، اصول قراردادها و تعهدات، نشر حقوق دان، چاپ اول، ١٣٧٩.

- ٢١ . شهيد ثانی عاملی ، زين الدين بن علي بن احمد ، الروضة البهية في شرح  
اللمعة الدمشقية ، ج ٤ و ٦ ، كتاب فروشى داوری ، چاپ اول ، ١٤١٠ هـ . ق .
- ٢٢ . \_\_\_\_\_ ، حاشية شرائع الإسلام ، قم ، دفتر تبليغات اسلامي حوزة  
علميه قم ، چاپ اول ، بی تا .
- ٢٣ . \_\_\_\_\_ ، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ، ج ٤ ، ٨ ، ٩ ، ١١  
و ١٤ ، قم ، مؤسسة المعارف الإسلامية ، چاپ اول ، ١٤١٣ هـ . ق .
- ٢٤ . صيمرى بحراني ، مفلح بن الحسن ، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام ،  
ج ٢ ، بيروت ، دارالهادی ، چاپ اول ، ١٤٢٠ هـ . ق .
- ٢٥ . طباطبائی ، سيد علي ، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل ، ج ١٣ ،  
قم ، مؤسسه آل البيت عليهم السلام ، چاپ اول ، ١٤١٨ هـ . ق .
- ٢٦ . طوسی ، ابو جعفر محمد بن الحسن ، المبسوط في فقه الإمامية ، ج ٢ ، ٣ و  
٤ ، تهران ، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، چاپ سوم ،  
١٣٨٧ هـ . ق .
- ٢٧ . \_\_\_\_\_ ، تهذيب الأحكام ، ج ٩ ، تهران ، دار الكتب الإسلامية ، چاپ  
چهارم ، ١٤٠٧ هـ . ق .
- ٢٨ . عاملی موسوی ، محمد بن علي ، نهاية المرام في شرح مختصر شرائع  
الإسلام ، ج ١ ، نرم افزار جامع فقه اهل بيت (ع) .
- ٢٩ . علامه حلي ، الحسن بن يوسف بن مطهر اسدي حلي ، إرشاد الأذهان إلى  
أحكام الإيمان ، ج ١ ، قم ، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين  
حوزه علميه قم ، چاپ اول ، ١٤١٠ هـ . ق .
- ٣٠ . \_\_\_\_\_ ، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ، ج ١ ، ٢ ، ٤ و  
٥ ، نرم افزار جامع فقه اهل بيت (ع) .
- ٣١ . \_\_\_\_\_ ، تذكرة الفقهاء ، ج ١٤ و ١٥ ، قم ، مؤسسه آل البيت عليهم



- السلام، چاپ اول .
- ۳۲ . \_\_\_\_\_، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج ۲ و ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ . ق .
- ۳۳ . عمیدی، سيد عميدالدين، كنز الفوائد في حلّ مشكلات القواعد، ج ۱ و ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ . ق .
- ۳۴ . فاضل هندی، محمد بن الحسن الاصفهانی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۸، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ . ق .
- ۳۵ . فخر المحققين، محمد بن الحسن بن يوسف اسدي حلي، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ۲ و ۳، قم، مؤسسه اسماعيليان، چاپ اول، ۱۳۸۷ هـ . ق .
- ۳۶ . كاتوزيان، ناصر، اثبات و دليل اثبات، قواعد عمومي اثبات، اقرار و سند، ج ۱، تهران، نشر ميزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۵ .
- ۳۷ . كاشف الغطاء، حسن، أنوار الفقاهة - كتاب الطلاق، نجف، مؤسسه كاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ . ق .
- ۳۸ . كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجلة، ج ۲، المكتبة المرتضوية، چاپ اول، نجف اشرف، ۱۳۵۹ هـ . ق .
- ۳۹ . كليني، ابو جعفر محمد بن يعقوب، الكافي، ج ۵، تهران، دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ . ق .
- ۴۰ . مجاهد طباطبائي، سيد محمد، كتاب المناهل، مؤسسة آل البيت (ع)، چاپ اول، نرم افزار جامع فقه اهل بيت (ع) .

٤١ . محقق ثانی، علی بن الحسین الکرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ٥، ٦، ٨، ٩، ١٢، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ دوم، ١٤١٤ هـ . ق .

٤٢ . محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ٢ و ٣ و ٤، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ١٤٠٨ هـ . ق .

٤٣ . مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ٩ و ١٢، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ١٤٠٣ هـ . ق .

٤٤ . مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق (ع)، ج ٥، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ١٤٢١ هـ . ق .

٤٥ . نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ٢٦، ٢٩، ٣٣، ٣٥، ٣٧، ٤٠، ٤١، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم .

٤٦ . نراقی، احمد، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج ١٩، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ١٤١٥ هـ . ق .

٤٧ . یزدی، سید محمد کاظم، تکملة المعروة الوثقی، ج ٢، نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع) .