

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod:Y5SH19A32238 ISSN-P: 2538-3701

نقش ضمان ید در فقه اسلامی و رویه قضایی

(تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۴/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۹/۱۸)

دکتر عبدالوحید وفائی^۱

عضو هیات علمی دانشگاه تهران جنوب

یاسمن فرمند آشتیانی

دانشجوی کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی

چکیده

در قانون مدنی و منابع فقهی قاعده ای داریم تحت عنوان (ضمان ید) که با نام های دیگری تحت عنوان (ید ضمانی) یا (علی الید) از آن یاد شده است و به نظر می رسد شارع مقدس به اندازه ای برای مال افراد ارزش و احترام قائل است که به منظور حفظ حقوق مالکیت اشخاص این قاعده را وضع نموده است تا بر این مبنا مسئولیت ناشی از تصرف غیر مجاز به رسمیت شناخته شود. و بر مبنای این قاعده اگر استیلا فرد بر مال غیر، غاصبانه بود و مال موصوف تلف گردید در هر حال شخصی که بر آن مال سلطه داشته است ضامن است اگرچه تلف مستند به فعل او نباشد این قاعده که برگرفته از حدیث نبوی معروف «علی الید ما أخذت حتی تؤذیه» است.

واژگان کلیدی: ضمان، مسئولیت مدنی، امین، غضب، تصرف، غاصب

^۱ نویسنده مسئول

اهل لغت در تعریف ضمان ید می گویند تصرف در مال غیر بدون مجوز قانونی (عمدا یا به غیر عمد) موجب مسئولیت متصرف است خواه استناد به عمد با استناد به عقد فاسد در مال غیر تصرف کند خواه بدون استناد به آن مانند مورد غضب (لنگرودی، محمد جعفر، چ ۸ ص ۴۲۴، ۱۳۷۶) قاعده ضمان ید از قواعد عمومی عقلایی است که خردمندان در همه جوامع متصرف مال غیر را ضامن دانسته و او را موظف به رد مال غیر می دانند مسلمانان نیز از این سیره عقلایی پیروی نموده اند علاوه بر مبنای عقلایی و سیره ی مسلمین، روایت مشهور نبوی (ص) (علی الید ما اخذت حتی تودیه) (نوری، مستدرک الوسائل، ج ۳، ص ۱۴۵) نیز آن را تایید می کند. به بیانی دیگر ضمان ید، از قواعد مشهور و مهم فقهی است که در باب‌های مختلف فقه مورد استفاده قرار می گیرد. طبق این قاعده، اگر کسی بدون آنکه از طرف مالک مأذون باشد، بر مال دیگری دست یابد، ضامن آن مال خواهد بود و نیز چنانچه بر مالی که استحقاق اخذ آن را ندارد تسلط پیدا کند، مانند اینکه زکات را بگیرد، درحالی که فقیر نباشد، ضامن است و فقها برای ضمان، به عموم همین قاعده استدلال نموده‌اند. (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰) اما اینکه این قاعده چه زمانی جاری می شود و شامل چه مواردی می گردد از مواردی است که در این نوشتار به آن می پردازیم. سوالاتی که در این نوشتار با آن روبه‌رو هستیم ۱_ نقش و جایگاه ضمان ید در فقه اسلامی و رویه قضایی چگونه است؟ ۲_ آیا اذن بر ضمان تاثیر دارد؟ ۳_ مسئولیت امین در ضمان ید چیست؟ ۴_ مقارنه مسئولیت مدنی با ضمان ید چگونه است؟ به نظر می‌رسد تقارن ضمان ید در منابع فقهی و رویه قضایی حاکی از اهمیت و توجه شارع به این قاعده است. در این نوشتار سعی شده است با شیوه مطالعه کتابخانه‌ای و با روش توصیفی تحلیلی ابتدا به بررسی مبانی ضمان ید در فقه اسلامی و رویه قضایی و سپس مسئولیت ضامن از منظر فقه اسلامی و رویه قضائی و تطبیق این قاعده با مسئولیت مدنی و درنهایت به بررسی آثار ضمان ید در منافع پردازیم

بخش اول: مبانی ضمان ید در فقه اسلامی و رویه قضایی

این قاعده حاکی از این است که، هر کسی که بر مال دیگری بدون مجوز قانونی تسلط پیدا کند، ضامن است و بر پایه این قاعده گیرنده مال غیر ضامن رد عین یا بدل آن (در صورت تلف یا نقصان)

مسئول و جبران خسارت می باشد این قاعده با اطلاق خود همانطور که می تواند دلیلی بر ضمان عین باشد می تواند مبین ضمان منفعت نیز باشد.

بند اول: منابع و مستندات قاعده ضمان ید

استناد قاعده ید روایتی است که از پیامبر اکرم (ص) که نقل شده است که مضمون روایت چنین می باشد. (علی الید اخذت حتی تودیه) در این قاعده (علی الید) خبر است و مقدم شده و به (ما اخذ) یعنی آنچه که انسان اخذ نموده و در آن سلطه پیدا کرده است را باید ادا کند و آن را به صاحبش باز گرداند. به عبارت دیگر مفاد قاعده ضمان ید این است که هر چه که فرد بر آن استیلا دارد و سلطه آن هم امانی نیست و سلطه ای غاصبانه بر آن مال پیدا کرده است ضامن خواهد بود و سیاق حدیث و لسان آن نشان می دهد که شارع با این بیان خواسته است متصرف را به استرداد مال غیر متعهد سازد به گونه ای که وی ضامن تلف یا نقصان آن باشد روایت کنیز دزدیده شده و روایات مشابه آن نیز بر ضمان مشتری نسبت به کنیزی که دزدیده و فروخته شده است و هم نسبت به منافع آن تصریح دارند چون مدعا در قاعده ید مورد ضمان بودن هر مالی است که تحت قدرت و تسلط شخصی واقع می شود و انگهی مدلول مطابقی روایاتی مانند (حرمه ماله کحرمه دمه) حرمت تصرف بدون اذن در مال دیگران و مدلول التزامی آنها ضامن بودن شخص متصرف نسبت به مال است بر پایه این روایات می توان ادعا کرد همانگونه که خون مسلمان اگر به ناحق ریخته شود دیه دارد شخصی که به ناحق بر مال مسلمان مسلط شود نیز ضامن خواهد بود زیرا لازمه حرمت مال مسلمان مورد ضمان واقع شدن آن است (باقری احمد، علی آبادی علی، جوادی محمدحسن. قاعده علی الید و ضمان منافع. مقالات و بررسیها. ۱۳۸۵) همان گونه که قبلا ذکر شد ادله قاعده ضمان ید روایت منسوب به پیامبر اکرم (صلی الله می باشد که فرمودند (علی الید ما اخذت حتی تودیه) این روایت در مکتب اهل تشیع و اهل سنت به صورت مرسل ذکر شده است راوی این حدیث فردی به ثموره بن جندب است که هم در کتب اهل تشیع و هم کتب اهل سنت از وی یاد شده است ولیکن متاسفانه در طول تاریخ از وی به نیکی یاد نشده است بنابراین چون راوی حدیث معتبر نمی باشد این قاعده مرسل است اما به جهت شهرت فتوایی، ضعف سند جبران شده است حدیث موصوف از قواعد غیر اصطیادی می باشد موید این مطلب کاربرد قاعده ضمان ید در زمان رسول خدا نیز می تواند باشد. امام خمینی در مورد حدیث موصوف پس از بررسی مفصل سند نتیجه گرفتند که این حدیث مشکل سندی دارد و نمی توان به راحتی به آن استناد کرد و

سند آن را معتبر دانسته و صرف استناد شیخ طوسی و ابن حمزه ضعف سندی ان را جبران نمی کند) امام خمینی (۱۴۲۱، ج ۱: ۴۶۸) از دیگر مستندات قاعده ضمان ید تمسک به بنای عقلا است و دلیل اصلی عرف عقلا است پس با تفسیر قاعده ضمان ید نمی توان فقط به اطلاق الفاظ نبوی تمسک نمود مگر آن که عرفا نیز چنین روندی متداول باشد بنا بر این حدیث، اگر کسی بدون رضایت مالک در مال او تصرف کند ضامن است و لزامی توان نتیجه گرفت که شارع نیز همراه عقلا بلکه مقدم بر آنها متصرف مال غیر را ضامن می داند. از نکات دیگر مستندات این قاعده می توان به پذیرش این قاعده در تمام نظامات حقوقی اشاره نمود به عبارت دیگر همه نظامات حقوقی لزوم رد مال غیر و لزوم جبران خسارت را بر تصرف غیرقانونی مترتب دانسته اند تاکید نظام حقوقی اسلامی بر لزوم رد مال مغضوب و قاعده (الغاصب یؤخذ بشی الاحوال) و لزوم جبران ضرر و زیان ناشی از ید عدوانی در سایر نظامات حقوقی موید وحدت نظر در پذیرش قاعده ضمان در همه نظامات حقوقی است (احمدی جشفقانی تحقیقات حقوقی آزاد. ۱۳۸۷) نکته حائز اهمیت دیگر آن است که این قاعده در ابواب عاریه اجاره مضاربه و رهن وارد شده است و بیان می شود که اگر کسی مالی را از شخصی به عاریه بگیرد و در این مال عیبی یا نقصی و ایرادی ایجاد شود بایستی مستعیر نسبت به این نقص و عیبی که در مال ایجاد شده است جبران خسارت نماید و نیز مستاجر در عقد اجاره چنانچه نسبت به مال مورد اجاره نقص و عیبی وارد کرده باشد بایستی جبران کند و همین قاعده در عقد مضاربه و رهن نیز جاری است البته ظهور اصلی این قاعده در مبحث غصب است.

بند دوم: جهل و علم در قاعده ضمان ید

یکی از مسائلی که در حدیث «علی الید» از آن بحث می شود، این است که بر اساس اطلاق موجود در این روایت، در حکمی که از این دلیل استفاده می شود- وضعی، یا تکلیفی و یا اعم از این دو-، فرقی نیست که شخص عالم باشد به این که آن مال، مال غیر است و یا جاهل به این مسأله باشد. و باید توجه داشت که مقصود از علم و جهل در این بحث، علم و جهل به اصل حکم نیست؛ بلکه مراد علم و جهل به موضوع است. بنابراین، نباید این بحث را به بحث علم که یکی از شرایط عامه تکلیف است، مرتبط بدانیم و چه بسا، در برخی از کلمات بین این دو بحث خلط صورت گرفت است: (حسینی خواه، سیدجواد، ۱۳۹۰، ج: ۱، چ دوم، ص ۱۹۷) با اطلاق و عمومی که در روایت مربوط به ضمان دیده می شود، تصرف مال اعم از این که عالما باشد یا از روی جهل، موجب ضمان است، با این تفاوت که

اگر تصرف از روی عمد و قصد باشد، از مصادیق غضب و دارای عقوبت شرعی و مجازات است، در حالی که تصرف غیر عمدی فقط موجب ضمان حقوقی است و عقوبت و مجازات در پی ندارد. در نتیجه، دایره ضمان ید، اختصاص به غضب ندارد، بلکه وسیع‌تر و اعم از آن است، زیرا در تعریف غضب گفته شده است: غضب استیلا بر مال غیر است به نحو عدوان و منظور از «عدوان»، تجاوز به حق دیگری است. بنابراین در غضب، استیلا از روی عمد و قهر صورت می‌گیرد، در حالی که در ضمان ید، عنصر عمد و قهر ملحوظ نشده است. پس قلمرو ضمان ید شامل دو دایره است، یکی ید عدوانی و دیگری ید غیر عدوانی. (رفعتی نائینی، ۱۳۹۶) بنابراین در تحقق ضمان، تقصیر دخالته ندارد بلکه مبنای این مسئولیت وضع ید و بدون مجوز قانونی و شرعی است اعم از اینکه از روی علم و یا جهل صورت گرفته باشد (میرفتاح مراغه ای العناوین ج ۲، ۴۲۰) ماده ۳۰۳ قانون مدنی می‌گویند (اگر کسی مال مغضوب را از از غاصب بخرد ان کس نیز ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه کند) بنابراین در رابطه بین مالک و خریدار مال مغضوب شخص اخیر غاصب یا در حکم غاصب است و همانطور که در صورت تعدد غاصب مالک می‌تواند به هر یک از غاصبین رجوع کند و عین یا بدل مال مغضوب و منافع آن را تا حدی که مربوط به زمان تصرف خود یا غاصبین بعد از او باشد مطالبه کند در مورد فروش مال مغضوب هم مالک می‌تواند به هر یک از بایع و مشتری برای عین مال یا بدل آن و منافع رجوع کند و از این جهت فرقی بین مشتری عالم به قصد و مشتری جاهل به غضب نیست قانونگذار حق مالک را مقدم بر حق مشتری دانسته و در هر حال به او اجازه داده است که عین یا عوض مال خود و منافع زمان تصرف مشتری را از او بخواهد همان طور که می‌تواند آن را از وقایع غاصب مطالبه کند (صفایی رحیمی، مسئولیت مدنی ص ۳۷، ۱۴۰۰) حتی اگر کسی مال غضبی را از غاصب به عنوان امانت یا عاریه بگیرد باز ضامن خواهد بود (نک: موسوی بجنوردی ۱۴۰۲)

بخش دوم: مقارنه مسئولیت مدنی و ضمان ید (تعریف و بررسی اجمالی نقش مسئولیت)

قانونگذار علاوه بر قانون مدنی که با پیروی از فقه امامیه ضمان ید را مورد توجه قرار داده است در قانون مسئولیت مدنی نیز با تمسک به این قاعده برای مال شخص حرمت قائل شده و متصرف غیر ماذون را ضامن جبران خسارت دانسته است. محدوده قلمرو ضمان در قاعده علی الید از چند جهت قابل بحث است یکی از این جهت که آیا محدوده ضمان مطلق ید در غیر مالک را شامل می‌شود

هر چند ید ماذونه از جانب مالک باشد (مثل یک وکیل یاید مستاجر) یا ید ماذونه ز جانب شارع باشد؟ که بعد از طریق تخصیص ید ماذونه از قبل مالک یا شارع از شمول ضمان خارج شود یا اینکه قلمرو و ضمان ید در قاعده ضمان ید صرفاً غیر ماذونه است؟ در پاسخ بیان می داریم از ظاهر روایت علی الید استفاده می شود که یک اختصاص به مورد غیر ماذون دارد اگرچه مراد از مزیت مطلق استیلا است ولی از اینکه به کلمه (اخذت) توصیف شده ید ماذون از شمول قاعده خارج می شود زیرا کلمه اخذ معمولاً گرفتن چیزی را از روی قهر و غلبه می گویند که رضایت در آن وجود نداشته باشد اما کلمه قبض اعم از این است که گرفتن چیزی از دیگری از روی رضایت باشد یا خیر. در عرف هم کلمه اخذ به کار می رود و در چنین معنایی کاربرد دارد مثلاً در مقبوض به عقد فاسد از کلمه قبض استفاده می شود نه اخذ (مکارم شیرازی القواعد الفقهیه ج ۲/۲۳۸) بنا به مفاد این قاعده و ضمان ناشی از آن تفاوتی نمی کند که تلف نقص یا هر عیب حادثه در مال ناشی از عمل متصرف یا غیر یا حتی آفات سماوی و فعل غیر ارادی متصرف باشد به همین دلیل است که برخی از نویسندگان حقوق بر این باورند که ضمان ید به اثبات تقصیر صاحب هویت یا اثبات رابطه علت و معلولی بین فعل متصرف و تلف مال نیازی نیست این موقعیت ناشی از کار نامشروع متصرف است (نک: کاتوزیان، ۸۷) در ضمان متصرف تفاوتی نمی کند که مشمول قاعده ید فرد صغیر باشد یا کبیر چون در احکام وضعی شرایط عامه تکلیف لازم نیست نهایت اینکه در صورت تلف مال یا منافع به دست کودک والدین او به جبران خسارت مکلف خواهند بود چنان که در ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی ایران آمده است کسی که نگهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانون یا بر حسب قرارداد بر عهده او می باشند در صورت تقصیر در نگهداری یا مواظبت مسئول جبران زیان وارد شده از ناحیه مجنون یا صغیر می باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارد شده را نداشته باشد از مال مجنون یا صغیر جبران خواهد شد و در صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب اثر و تنگدستی جبران کننده زیان نباشد (باقری و همکاران ۱۳۸۵، ص ۶۲) یکی دیگر از تنبیهات قاعده ما أخذت حتی تودیه این است که این ضمانتی که بر عهده شخصی که بر مال دیگری سلطه دارد وارد می شود مربوط به آن مواردی است که شخص نقص و عیب و تلف مستند به فعل اوست اما اگر مستند به او نباشد ضامن نیست؟ مثال سیل بیاید و کالا را تخریب نماید و از بین ببرد در اینجا تقصیر فرد نبوده بلکه سیل آمده است آیا فرد مسول است؟ در پاسخ به این سوال باید گفت ضمانتی که قاعده علی الید ما أخذت حتی تودیه که وجود دارد عام است و فرقی نمی کند که تلف ایجاد شده مستند به اعمال و رفتار آن شخص

باشد و یا نباشد و در هر دو حالت ضامن است تنها استثنایی که در این قاعده وارد است این است که مفاد قاعده علی الید امین را شامل نمی شود. فرق عمده این نوع ضمان با ضمانی که به موجب قاعده اتلاف می گردد همین امر است. در ضمان اتلاف لازم است که فعل مستقیماً به تلف کننده مستند گردد، نه به علت و موجب دیگر، ولی در ضمان ید چنین نیست؛ زیرا در ضمان ید، محور ضمان «اصل استیلا و وضع ید بر مال دیگری است، نه تلف شدن مال»، در حالی که در قاعده اتلاف، محور ضمان «از بین بردن مال دیگری است». (قواعد فقه، محقق داماد، سید مصطفی ج: ۱ ص: ۶۹)

بخش سوم: مقایسه مسئولیت در اخذ بالسوم با ضمان ید

اخذ به السوم این است که یک نفر مالی را جهت بررسی به قصد خرید میگیرد که معاینه و بررسی کند تا اگر مناسب بود آن را خریداری کند حال در این فاصله مال در دست وی تلف می شود حال سوال اینجاست آیا ید او امانی است یا ضمانی؟

۱- گروهی از فقها اعتقاد دارند که ید اخذ بالسوم امانی است و لذا او مسئول تلف یا نقصکالای موجود در دست خود نیست، مگر اینکه تعدی یا تفریط نموده و ید او تبدیل به ید ضمانی گردد، چنانکه گفته شده است: «دلیل الضمان بالقبض للسوم غیر ظاهر الإحدیث المشهور علی الید ما اخذت حتی تؤدیه و صحته و دلالت غیر واضحین و الاصل، یعنی دلیل (برائت و الفرض عدم التعدی و الاخذ المالك، فالضمان علی التامل...) ضمان در اخذ بالسوم روشن نیست مگر حدیث مشهور علی الید، که صحت و دلالت آن روشن نیست و اصل بر برائت و فرض بر عدم تعدی است و رضای مالک نیز وجود دارد، لذا ضامن بودن اخذ بالسوم محل تأمل است.

۲- گروهی دیگر از فقها اعتقاد دارند که ید اخذ بالسوم ید ضمانی است، این عقیده، عقیده مشهور فقهاست، به عنوان نمونه گفته شده است: «و فيه اقتضاء ذلك عدم الضمان حيث فی مثل الفرض، خصوصاً بعد الشهرة علی الضمان فيه، بل ربما ارسال المسلمات، لی المحکی عن کثیر... التصریح بالضمان فیما اذا دفع البائع.» دلیل اصلی این دسته از فقها استناد به قاعده علی الید می باشد و اخذ بالسوم را مشمول قاعده «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» میدانند و عمومیت قاعده را به این مورد هم تسری میدهند.

شایان ذکر است که بعضی فقها، اخذ بالسوم را ایراد و استثنایی بر قاعده استیلاء دانسته اند

که در آن با اینکه اخذ بالسوم امین است، بازهم مسئول جبران خسارت میباشد، ولی در مقابل عده ای این ایراد را وارد ندانسته اند و ید اخذ بالسوم را ضمانی دانسته اند، لذا ایراد وارده را سالبه به انتفاء موضوع فرض کرده‌اند و گفته اند که این ایراد به قاعده عدم ضمان امین لطمهای نزده است و ید اخذ بالسوم اصلاً امانی نیست، در واقع نظر این دسته از فقها هم موافق کسانی است که ید اخذ بالسوم را ضمانی میدانند. (قاسم زاده، فارسانی ۱۳۸۵) طبق نظر دکتر کاتوزیان ید اخذ بالسوم نه امانی است و نه ضمانی. اخذ بالسوم تعهدش تعهد به نتیجه است یا باید مال را پس بدهد و یا بخرد.

حال اگر در تعهد به نتیجه خسارت بزند مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را ثابت کند.

پس اگر مال از دست اخذ بالسوم افتاد و تلف شد مسئول است چون یدش امانی نیست ولی می تواند قوه قاهره را هم ثابت کند اگر یدش ضمانی بود نمی توانست قوه قاهره را ثابت کند.

نتیجه تعهد اخذ بالسوم تعهد به نتیجه است یعنی مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را ثابت کند که این نظر با یدامانی فرق دارد چون در ید امانی تعهد به وسیله است نه نتیجه.

همچنین این نظر با ید ضمانی هم فرق دارد چون در ید ضمانی نمی توان قوه قاهره را ثابت کرد اما در تعهد به نتیجه می شود قوه قاهره را ثابت کرد.

نکته دیگری که باید مد نظر داشت این است که در اخذ بالسوم اذن ضروری است، لذا حتی پس از ایجاب اگر اذن نباشد، ید اخذ بالسوم مسلماً ضمانی است و او حق تصرف ندارد، مثل حالتی که فروشنده، کالا را با ذکر قیمت در ویرترین مغازه خود قرار داده (ایجاب)، ولی روی آن نوشته است که: «لطفاً دست نزنید» در حالی که در اخذ بالسوم اذن در تصرف وجود دارد. (پیشین، ص ۶۳)

بخش چهارم: ضمان ید در منافع مستوفات و غیر مستوفات

منافع مستوفات، منافی است که شخص پس از استیلاء بر مال دیگری، از آن بهره‌مند گردد، مثل آنکه اتومبیل دیگری را برداشته و سوار آن شود

منافع غیرمستوفات هم آن دسته از منافع ممکن الحصول اند که شخص متصرف با استیلاهی خود بر مال، بهره‌برداری از آن را از مالک سلب کرده و خود هم بهره‌مند نشده است؛ مثل آنکه شخصی درب خانه دیگری را بدون اجازه او قفل کند یا اتومبیل او را در پارکینگ منزل خود نگهدارد (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۰۲- خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵: ۲۲- محقق داماد، ج ۱: ۷۰) البته منافع غیر مستوفات دو دسته تقسیم می‌شود فرض اول فرد بدون اینکه از آن مال استفاده کند مانع استفاده مالک می‌شود به گونه‌ای که مالک به واسطه وجود آن فرد امکان دسترسی به مالش را ندارد فرض دوم مالک مالی را در اختیار دارد لکن توانایی استفاده از آن مال را ندارد (فرض بیماری) و در این زمان فردی به عنوان غاصب مال وی را تصرف می‌کند

حال سوال اینجاست آیا منافع همانند اعیان در زمره اموال به حساب می‌آیند یا خیر؟

مشهور فقها امامیه حکم ضمان را هم شامل عین می‌دانند هم شامل منافع خواه مستوفات باشد خواه غیر مستوفات (نک: حلی، ۳۷۱/۲: نائینی المکاسب و البیع، ۳۳۴ و ابن علامه ۱۷۳/۲).

به نظر آخوند خراسانی دلیل ضمان منافع، همان دلیل ضمان اعیان است، زیرا ضمان منافع از آثار و لوازم ضمان عین مال است و میان منافع مستوفات و غیر مستوفات تفاوتی نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۴).

امام خمینی نیز در این زمینه می‌گویند اینکه مراد از «ید» استیلاء و تسلط است و منظور ذوالید و خود شخص می‌باشد و این ذوالید است که ضامن می‌باشد. منظور از اخذ اگرچه در ظاهر اخذ حسی است، ولی استعمال آن در معنای استیلاء شایع است؛ اعم از استیلاهی بر اعیان و منافع، و قائل اند که حدیث بیانگر یک قاعده کلی برای ضمان است، نه این که تنها به ضمان در خصوص اعیان دلالت داشته باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۴۰۷) این گروه از فقها صراحتاً اعلام نموده اند که با لحاظ قاعده ید بی تردید در صحت ضمان ید شکی نیست زیرا این منافع در زمره اموال به حساب می‌آید و به ازای آن مال پرداخت می‌شود همان گونه که در تعریف اجاره آمده است اجاره تملیک منفعت است در برابر عوض معلوم، بنابراین در اینجا منفعت در مقابل عوض قرار گرفته است. به عنوان نتیجه می‌توان چنین استدلال نمود منافع مثل اعیان ماخوذ و مقبوض هستند و قاعده ید شامل منافع مستوفات و غیر مستوفات می‌شود (نک: فاضل لنکرانی، ۱/۱۱۴) در مقابل این گروه برخی دیگر قائل اند به اینکه قاعده «علی

عدم‌النفع: ۱- مال نبوده ۲- معدوم است نه موجود ۳- عدم تحقق آن ضرر نیست.

نظریات حقوق‌دانان در مورد عدم‌النفع و تفویت منفعت

۱- نظر استاد مرحوم دکتر مهدی شهیدی که می‌فرمایند: خسارت عدم‌النفع به دو قسمت تبدیل می‌شود. خسارت عدم‌النفع به معنای اعم و خسارت عدم‌النفع به معنای اخص. که خسارت عدم‌النفع به معنای اعم همان ضمان منافع ناشی از مال معین و ضمان منافع ناشی از شخص معین است که قابل مطالبه می‌باشد و خسارت عدم‌النفع در معنای اخص همان ضمان منافع ناشی از عمل مورد تعهدات که قابل مطالبه نیست و تحت عنوان عدم‌النفع در تبصره ۲ م ۵۱۵ آمده‌است. (مهدی شهیدی، آثار قراردادهای و تعهد است، ش ۵۱، ص ۶۹، ش ۱۳۵، ص ۲۵۵).

۲- گروهی هم معتقد هستند باید از دید مقنن میان مفهوم تفویت و عدم‌النفع تفاوت قائل شد. بدین استدلال که تفویت منفعت (منافع غیرمستوفات) در واقع اتلاف منافی است که وجود قانونی آن مفروض است و از لحاظ قانون و عرف موجود فرض می‌شود و جنبه مثبت دارد و قابل مطالبه است درحالی‌که عدم‌النفع جنبه منفی دارد و عدمی است و ضمان‌آور نمی‌باشد. (دکتر امین‌مدرس، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ش ۴۳، ص ۲۲۵).

۳- گروهی هم بین مفهوم تفویت منافع و عدم‌النفع فرق نمی‌گذارد و معتقد هستند تفویت منافع بر دو قسم است:

الف- منافع محقق و مسلمی که اگر فعل خاصی واقع نمی‌شد مسلماً آن منافع به متضرر می‌رسید.

ب- منافع محتمل که اگر فعل معین موجود نمی‌شد احتمال داشت که منافع عاید طرف شود.

مورد الف را قابل مطالبه و ضمان‌آور و مورد ب را غیرقابل مطالبه می‌دانند. (دکتر ناصر کاتوزیان- قواعد عمومی قراردادهای، ج ۴، ص ۱۴۳ به بعد) (مرحوم دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۲۴۴ و ۴۰۷).

۴- نظریه اکثریت قضات: از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م استنباط می‌شود که خسارت عدم‌النفع در امور مدنی و حقوقی قابل مطالبه نیست ولی در امور کیفری وفق بند ۲ م ۲۹ ق.آ.د.ک قابل مطالبه است. حکم

عام امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در امور کیفری تخصیص خورده و تنها در امور کیفری منافع ممکن‌الحصول قابل مطالبه است. این نظر و استدلال آن، چون برپایه هیچ منطق و حقوقی استوار نیست مردود و غیرقابل اجراست. (دکتر سیامک ره‌پیک، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ش ۱۹ و ۲۰، پاورقی ص ۳۵) تمامی فقها و حقوق‌دانان با توجه به این که (عدم‌النفع لیس بالضرر) در مورد عدم‌النفع قائل به ضمان نیستند. در فقه عامه نیز بخصوص در فقه حنفی عدم‌النفع در هیچ شرایطی قابلیت وصول ندارد زیرا این‌ها اصل منفعت را مال نمی‌شناسند بنابراین در مورد عدم‌النفع که منفعتی کاملاً احتمالی است بطریق اولی قائل به ضمان نیستند. (مهرزاد جمشیدی - دادرسی دادگاههای عمومی تهران - مقاله عدم‌النفع - مجله قضایی و حقوقی دادگستری). به بیانی دیگر عدم‌النفع از نظر فقه سنتی قابل مطالبه نیست و این امر با منافع غیر مستوفات متفاوت است. منافع غیر مستوفات همان‌طور که گفته شد، عبارت است از منافع ممکن‌الحصول، مانند سوار شدن بر مرکب که منفعت مرکب است و یا کشت کردن زمین که منفعت زمین است و در فرض عدم بهره‌برداری، مشمول عنوان تفویت منافع غیر مستوفات بوده قابل مطالبه است. ولی عدم‌النفع آن است که شخص مدعی گردد که اگر زمین غصب نشده بود می‌توانستم آن را بفروشم و پول آن را چنین و چنان کنم و سودهایی برای خود محاسبه کند. روشن است که منافع زمین، کشت و زرع است، نه سود حاصل از فروش آن. این گونه منافع از نظر فقها مشمول ادله ضمان نیستند. از منظر قانونی نیز در رابطه با امکان مطالبه عدم‌النفع در قوانین باید گفت تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر کرده است: «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست»

بخش پنجم: ضمان منفعت ناشی از فعل انسان

نوع دیگری از منفعت، بهره‌برداری از عمل انسان است حال اگر غاصب فردی را که با کار حرفه امورات خود و خانواده اش را تامین می‌کند، از قیام به امورات خود یا به آنچه که اجیر شده است باز دارد یا از عمل وی بدون جق استفاده کند ضامن اجرت المثل خواهد بود در باره منافع مستوفات و عبد و کنیز بیشتر فقیهان به ضمان تصریح کرده اند البته گروهی نیز گفته اند ادله ضمان عمل شاغل را شامل نمی‌شود چون سبب ضمان یا وضع ید و استیلا بر مال غیر است یا قاعده اتلاف و هیچ کدام از این دو سبب بر عمل حر شاغل صدق نمی‌کند (نک: خویی، ۱۷۳ و محقق حلی، ۴/۷۶۲) به عقیده دکتر کاتوزیان اگر کسی صنعتگری را محبوس کند و از آن هیچ بهره‌ای نبرد ضامن است چون با این کار

ضرر صنعتگر را موجب شده است و علاوه بر ضمان منافع، متجاوز و ستمگر محسوب می شود و مستحق کیفر هم هست (نک کاتوزیان، ۱۴۸) البته به نظر می رسد این حبس و بازداشت زمانی موجب ضمان است که فرد مجوس از اشتغال و دریافت مزد محروم شده باشد. امام خمینی نیز در این زمینه می گویند عمل انسان آزاد که اهل کسب و کار یا آماده برای کار کردن است محل اختلاف است که قول به ضمان در این قسم به واقع نزدیکتر است همان گونه که برخی فقیهان به صراحت اعلام داشته اند که عمل حر مال است خواه کسب عمل باشد یا نباشد (نک: امام خمینی، تحریر الوسیله، ۱/۲۰). از منظر قانونی نیز در ماده یک مسئولیت مدنی آمده است هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد. بنابر آنچه که ذکر شد می توان چنین استدلال نمود که عمل انسان آزاد اهل کسب و کار است و آماده کار کردن شده باشد مشمول ضمان است چه آن که عنوان مال و معنای آن بر عمل آدمی صدق می کند هر چند بر عمل وی عقدی واقع نشده باشد زیرا در تحقق مالیت برای یک چیز عقد هیچ مدخلیتی ندارد و صرفاً در نقل و انتقال اموال و حقوق اعتبار می یابد (باقری و همکاران، ۱۳۸۵، ص ۷۸)

نتیجه گیری

- ۱- در قاعده ضمان یدبه جهت کلیت عبارت ما اخذت تفاوتی میان علم و جهل متصرف غیر ماذون نیست و در هر حال ضامن است
- ۲- این ضمان که برعهده فرد ضامن است به صورت کلی است و عدم تقصیر نیز در این قاعده راه ندارد به عبارت ساده می توان گفت حتی در فرضی که نقص و تخریب در مال به واسطه حوادث طبیعی نظیر سیل و زلزله بود و مستند به فعل ضامن نبود به استناد قاعده ضمان ید و حرمت مال مومن ضمان جاری می گردد و متصرف غیر ماذون ضامن است
- ۳- ضمان صرفاً شامل عین نیست بلکه منفعت را نیز شامل می شود زیرا منفعت نیز به نوعی مال است و در سیره و بنای عقلا هم بین ضمان عین و منفعت تفکیک نشده است.

- ۴- تعهد آخذ بالسوم تعهد به نتیجه است یعنی فرد مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را ثابت کند که این نظر با یدامانی فرق دارد چون در یدامانی تعهد به وسیله است نه نتیجه.
- ۵- عمل و فعل انسان هم اگر موجب منفعت باشد و دیگری به نحو عدوان وی را از منفعت بازدارد ضمان حادث می گردد .



منابع و مأخذ

الف) کتب

- ۱- آخوند خراسانی محمد کاظم ۱۴۰۶ق، حاشیه بر مکاسب، تهران، وزارت ارشاد اسلامی
- ۲- امام خمینی، سید روح الله ۱۴۲۱ق کتاب البیع ج اول، تهران موسسه تنظیم نشر آثار امام خمینی(ره)
- ۳- انصاری، مرتضی، کتاب المكاسب، قم مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۷ق
- ۴- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، قم نشر الهادی، ۱۴۱۰ق
- ۵- شهید اول، محمد بن علی اللمعه دمشقیه، قم دارالفکر، ۱۴۱۱ق
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر ۱۳۸۸، ترمینولوژی حقوق گنج دانش
- ۷- فاضل لنکرانی، محمد ۱۳۸۳ القواعد الفقهیه قم مرکز فقه ائمه الاطهار علیه السلام
- ۸- کاتوزیان، ناصر ۱۳۷۶، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی) تهران نشر دهخدا
- ۹- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهیه ج دوم قم انتشارات مدرسه امام امیر المومنین(ع)
- ۱۰- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، تهران مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳
- ۱۱- نوری فضل الله، قاعده ضمان الید موسسه نشر اسلامی

ب) مقالات

- ۱- اسماعیلی محسن، دهنوی هادی، حبیبیان مهدی (۱۳۹۵) بررسی ضمان ید در حقوق ایران و فقه امامیه، دو فصلنامه علمی - تخصصی میان رشته ای فقهی شماره دوم

- ۲- شعبانی مهدی، فخعلی محمد تقی، تحلیل فقهی وضعیت ید امین در حالت ترک تقصیر، مطالعات اسلامی فقه و اصول سال چهل و سوم پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ص ۱۵۲-۱۲۵
- ۳- باقری، علی آبادی، جوادی، قاعده علی الید و ضمان منافع، مقالات و بررسی ها دفتر ۸۰ بهار ۱۳۸۵
- ۴- دهقانی فلاح جمشیدی، انقلاب ید امانی به ید ضمانی فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی / سال دهم / شماره سی و پنج، ص ۶۰-۴۵، بهار ۱۳۹۳
- ۵- احمدی جشقانی، حسینعلی، مسئولیت مدنی ناشی از تصرف غیر مجاز در حقوق ایران (قاعده ضمان ید) تحقیقات حقوقی آزادبهار و تابستان ۱۳۸۷، ص ۱۳۶-۱۲۲
- ۶- کلاتری خلیل آباد عباس، سعادت صالح، قاعده ضمان منافع با تکیه بر آرای امام خمینی(ره)، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر ۱۳۸۷
- ۷- قاسم زاده سید مرتضی، خسروی فارسانی علی، مسئولیت مدنی اخذ بالسوم در فقه و قانون مدنی، دیدگاه های حقوقی بهار ۱۳۸۵