



The Nature and Basis of the Orderer's Responsibility against the Destroyer Owner from the Viewpoint of Imami Jurisprudence

Mohammad Salehimazandarani (Corresponding Author)

Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

m.salehimazandarani@qom.ac.ir

Esmacel Nematollahi

Associate Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

e.nematollahi@qom.ac.ir

Mohammad Kord Firozjaei

M.A. Student in Private Law, University of Qom, Qom, Iran.

m.kord@stu.qom.ac.ir



Use your device to scan and read the article online

Citation Salehimazandarani, M. , Nematollahi, E. & Kord Firozjaei, M. (2025). The Nature and Basis of the Orderer's Responsibility against the Destroyer Owner from the Viewpoint of Imami Jurisprudence. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22(86): 5-32  [10.22034/ilaw.2025.713260](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.713260)

Received: 9 September 2023 , Accepted: 8 May 2024

Abstract

In some cases, a person may destroy his own property according to another order, regardless of whether the orderer specifies his responsibility or not. This issue arises whether the principal is responsible against owner. Although the traditional example is where a ship is about to sink and one of the ship's passengers, in order to save the lives and property of the passengers, orders another to throw his property into the sea and the owner obeys, but the issue is not unique to that. And there are many examples of it, including verbal or written order to release about the payment of third party debt or even in the form of assignment or commercial documents. The status of the issue is not specified in the law, and according to Article 167 of the Constitution, the judge in such cases must issue an appropriate ruling by referring to reliable jurisprudential sources. Now, in this article, using the descriptive-analytical method and by examining the bases and the nature of the issue, we will prove, it in terms of solving the legal gap, that even though the owner acts as principal to waste his money, the orderer is responsible as the cause.

Keywords

order to destroy, involuntary responsibility, contractual responsibility, causation in the loss



1. Introduction

The legal issue addressed by this research pertains to the liability of an individual who orders the owner of a property to destroy that property (the orderer, *āmir*, versus the owner, *mālik*), regardless of whether the orderer explicitly guarantees compensation. This scenario, which presents a challenge to conventional liability rules, frequently arises in various contemporary and traditional contexts, such as an instruction to pay a third party's debt from one's own funds, or, classically, instructing a passenger to jettison their cargo (*alqi mata'ak fi al-baḥr*) from a vessel facing imminent sinking. Although the owner is the direct agent (*mubāshir*) of the destruction, the question arises whether the orderer is liable to the owner for the value of the lost property. Given that Iranian law does not specifically regulate this situation, judges must refer to authoritative jurisprudential sources in accordance with Article 167 of the Constitution. This article seeks to resolve this legal ambiguity by analytically examining the foundations and nature of this liability within Imami jurisprudence, asserting that the orderer is liable as the stronger cause (*sabab*) despite the owner being the direct destroyer.

2. Research Methodology

This study adopts a descriptive-analytical methodology to investigate the jurisprudential foundations and legal nature of the orderer's liability. The analysis focuses primarily on Imami jurisprudence, given the absence of extensive independent research on this topic in Persian legal literature. The core scope of the research concerns the mandatory requirement for the orderer to be liable: the destruction must occur during a situation of necessity (e.g., imminent sinking) and the benefit of the destruction must not be exclusive to the owner of the property. The study's structure hinges on two main variables: the orderer's explicit declaration of guaranty (*damān*) versus the absence of such declaration.

3. Research Findings

The research findings delineate distinct bases for liability depending on whether the guarantee was explicit or implicit.

3.1. Explicit Guarantee of Liability

When the orderer explicitly declares their guarantee, there is a near consensus among jurists on the orderer's liability, although the specific nature of this liability is debated. Contractual theories dominate this discussion,

■ The Nature and Basis of the Orderer's Responsibility against the Destroyer Owner

aiming to categorize the relationship between the orderer and the owner. Theories examined include:

1. Contract of Guarantee (Aqd Damān): This is generally rejected because the debt (dīn) does not exist prior to the contract, rendering it a guarantee of mā lam yajib (that which is not yet due) and involving suspension of the guarantee on the act of destruction.

2. Ju'alah (Stipulated Fee/Reward): This views the orderer's guarantee as compensation (ju'l) for the owner's act of jettisoning, arguing that the act possesses financial value due to its subject matter (the cargo).

3. Agency in Borrowing (Tawkīl fi Istiqrād) and Independent Compensatory Contract: These theories suggest a constructive transfer of ownership, where the property momentarily enters the ownership of the orderer before destruction; thus, the loss is technically borne by the orderer's property, making them liable for the equivalent compensation (the badal).

4. Customary/Non-technical Guarantee (Damān Ghayr Mustalah): This interpretation, deemed the most suitable, posits the relationship as an independent contract constituting a "commitment to pay" (ta'ahhud bi-pardākt), which falls under general contract validity principles but avoids the technical requirements of damān.

3.2. Implicit Guarantee (Absence of Declaration)

When the orderer does not explicitly guarantee compensation, liability is more contested, with some jurists invoking the presumption of non-liability (aṣl 'adam al-damān). However, the research supports the view that the orderer is liable based on tortious grounds (damān qahrī), rooted in the principle that the orderer's action constitutes a breach of the rule respecting the property of others. Two primary theories of tortious liability are considered:

1. Usufruct/Unjust Enrichment (Istifā'): Liability arises because the orderer benefited from the owner's action. A limitation of this theory is that liability is conditional upon the successful outcome (e.g., the ship being saved).

2. Compensation for Damage (Jabrān Khisārah): This theory, favored by the analysis, asserts liability based on inflicting damage (īrād ziyān). The orderer is liable because they caused the loss, regardless of whether they ultimately derived a benefit.

Pertaining to the practical consequences (athār), if the property is recovered, its ownership is determined by the adopted theory: contractual theories generally lead to the orderer retaining ownership, while tortious theories of-

ten apply the rules of Badal Ḥaylūlah (compensation paid while property is inaccessible), allowing the owner to reclaim the property upon recovery and return the compensation paid to the orderer. The amount of liability, when not specified, defaults to the equivalent (like or value) of the property, valued at its intrinsic price before the perilous situation began.

4. Conclusion

The research confirms that in cases of ordered self-destruction, the orderer is generally liable, functioning as the stronger cause (sabab al-aqwā) over the owner (the mubāshir). Where the orderer explicitly guarantees compensation, the basis of liability is contractual, with the most compelling justification found in the theory of Customary/Non-technical Guarantee (commitment to pay). Conversely, when the guarantee is implicit, liability must be grounded in tortious principles, with the theory of Compensation for Damage (due to the act of itlaf or causing injury) being conceptually more consistent with the nature of the relationship than the Usufruct theory. The choice of legal basis significantly impacts key outcomes, including the exact moment liability arises, the method of determining the amount of compensation, and the final ownership status of the property if it is later recovered.

Funding

There is no funding support.

Authors' Contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

Conflict of Interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.



ماهیت و مبنای ضمان آمر در برابر مالک متلف

از دیدگاه فقه امامیه

محمد صالحی مازندرانی (نویسنده مسئول)

m.salehimazandarani@qom.ac.ir

استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

اسماعیل نعمت‌اللهی

e.nematollahi@qom.ac.ir

دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

محمد کرد فیروزجانی 

m.kord@stu.qom.ac.ir

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران



استناد صالحی مازندرانی، محمد؛ نعمت‌اللهی، اسماعیل و کرد فیروزجانی، محمد. (۱۴۰۴). ماهیت و مبنای ضمان آمر در برابر مالک متلف از دیدگاه فقه امامیه. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۶): ۵-۳۲

 [10.22034/ilaw.2025.713260](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.713260)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۶/۰۶/۱۸، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹

چکیده

در برخی موارد ممکن است شخصی به موجب دستور دیگری اقدام به تلف مالش نماید، اعم از اینکه دستوردهنده تصریح به ضمان خود کند یا نکند. این مسئله مطرح می‌شود که آیا دستوردهنده در مقابل مالک ضامن است یا نه. اگرچه نمونه سنتی آن جایی است که، کشتی در شرف غرق شدن باشد و یکی از سرنشینان کشتی، برای نجات جان و مال سرنشینان، به دیگری دستور دهد که مال خود را به دریا بیاندازد و مالک نیز متابعت نماید و لیکن موضوع منحصر در آن نبوده و مصادیق متعدد مبتلابه دارد از جمله؛ دستور شفاهی و یا کتبی شخصی به بری الذمه در مورد پرداخت دین ثالث و یا حتی در قالب حواله و یا اسناد تجاری. حکم مساله در قانون مشخص نشده است و بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی در چنین مواردی باید با مراجعه به منابع معتبر فقهی حکم مقتضی صادر نماید. حال در مقاله حاضر با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و با بررسی مبانی و ماهیت موضوع در مقام حل خلأ قانونی ثابت خواهیم کرد؛ هر چند مالک، مباشرتاً اقدام به اتلاف مالش می‌کند با این حال آمر به عنوان مسبب، ضامن است.

واژگان کلیدی

دستور به اتلاف، ضمان قهری، ضمان قراردادی، سببیت در اتلاف.



مقدمه

در مواردی که شخصی به مالک دستور اتلاف مالش را می‌دهد، این مسئله مطرح می‌شود که آیا دستوردهنده در مقابل مالک ضامن است یا نه؟ «دستور به اتلاف مال» عنوان جامعی است و مصادیق گوناگونی دارد. در مورد ضمان آمر و دستوردهنده در برخی موارد تردیدی نیست. از جمله این موارد دستور به پرداخت دین است: در صورتی که مدیون به شخص دیگری مانند بانک دستور دهد که بدهی او را با مال خود بپردازد، پرداخت‌کننده با انجام دادن دستور، مال خود را تلف کرده است به محض پرداخت، ذمه مدیون در برابر پرداخت‌کننده مشغول می‌شود مال مستقیماً از پرداخت‌کننده به طلبکار تملیک می‌شود نه این که ابتدا به ملک مدیون و سپس به ملک طلبکار وی داخل شود. از این رو، ضمان مدیون در برابر پرداخت‌کننده از باب «دستور به اتلاف» است نه از باب قرض (صدر، ۱۴۰۱، ص ۱۶۸-۱۶۹).

موارد دیگری نیز برای این بحث مطرح شده است مانند دستور به پاره کردن لباس، دستور به طلاق زوجه (به اعتبار ضمان آمر نسبت به مهر)، دستور به آزاد کردن برده، و دستور به صدقه دادن (حلی، ۱۴۰۵، ص ۲۸۸/ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۹۷).

یکی دیگر از مصادیق این بحث که از قدیم الایام مورد توجه فقها قرار گرفته جایی است که کشتی در شرف غرق شدن باشد و یکی از سرنشینان به دیگری می‌گوید: «کالای خود را به دریا بیا انداز: اَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ»^۱ و مالک کالا خود را به دریا می‌اندازد. این مسئله در ابواب مختلفی از جمله کفالت (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۰۳-۴۰۴)، ضمان (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۳۷) و دیات (همان، ج ۴۳، ص ۱۴۹) مطرح گردیده است. فرض مزبور

۱. به دلیل شهرت بسیار زیاد این مسئله در بین فقها، در بسیاری موارد از این مسئله به «اَلْقِ مَتَاعَكَ» [کالایت را بیا انداز] تعبیر می‌شود و متعلقات آن ذکر نمی‌شود (برای نمونه، ر.ک: شهید اول، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۳۶۹).

دارای حالات و صورت‌های مختلفی^۱ است که دو مورد از آنها عبارتند از: ۱. تصریح دستوردهنده به ضمان خود، ۲. عدم تصریح دستوردهنده به ضمان. در مورد اول اختلاف چندانی در مورد ضمان وی وجود ندارد؛ هرچند که در مورد مبنای ضمان (درباره ماهیت ضمان به‌طور کلی، ر.ک: جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸) اختلافاتی دیده می‌شود. بحث مهم در جایی است که وی به ضمان خود تصریح نمی‌کند. در این صورت، در مورد ضمان یا عدم ضمان دستوردهنده در مقابل مالک و مبنای ضمان (در صورت پذیرش ضمان) اختلاف است.

درباره این موضوع بحث مستقلی در ادبیات حقوقی فارسی یافت نمی‌شود. در کتب فقهی ضمان ناشی از دستور به اتلاف به عنوان یکی از مصادیق استیفاء از راه «امر معاملی» بررسی شده است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۱۵۰). یکی از حقوقدانان نیز انداختن مال به دریا به درخواست یکی از مسافران را از مصادیق استیفاء شمرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۴۳). اما در ادبیات حقوقی فارسی اثر مفصل و مستقلی در این باره دیده نمی‌شود. باین حال، به منظور سهولت طرح و دسته‌بندی مطالب و نیز مباحث فقهی این مسئله، بحث از دستور به اتلاف بر مشهورترین مصداق آن یعنی دستور به انداختن کالا به دریا تطبیق می‌شود. اما از این مباحث و ملاک احکامی که در آن گفته می‌شود می‌توان با الغاء خصوصیت در مسائل و مصادیق دیگر این مسئله نیز بهره گرفت.

قبل از شروع بحث، ابتدا باید صورت‌هایی که در مورد آنها تردیدی وجود ندارد یا اختلاف کمتری دیده می‌شود مطرح گردد:

۱. در صورتی که کشتی در اثر سنگینی در آب فرو رود و بیم غرق آن و هلاک سرنشیان رود، اگر یکی از سرنشیان کشتی مال خود را به دریا بیاندازد، هیچ کس ضامن نیست، چون مال خود را از روی اختیار تلف کرده است.

۱. یکی از صورت‌های بحث که در اینجا مجالی برای مطرح کردن آن نیست، وحدت یا تعدد دستوردهنده است (در مورد این بحث، ر.ک: مؤمنی، ۱۳۹۵).

در همین فرض، اگر یکی از سرنشینان، مال دیگری را بدون اذن وی به دریا بیاندازد، ضامن آن است؛ زیرا مال دیگری را بدون اذن وی تلف کرده است (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۷۰).

۲. در صورتی که خطر غرق شدن وجود نداشته باشد و با این حال، یکی از سرنشینان به دستور دیگری مال خود را تلف کند، دستوردهنده ضامن نیست چون در این مورد هدف عقلایی برای اتلاف وجود ندارد. این مورد مانند جایی است که شخصی به دیگری دستور دهد که لباسش را پاره کند. در اینجا نیز اگر پاره کردن لباس هدف عقلایی نداشته باشد، دستوردهنده ضامن نیست (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۷۰-۱۷۱). اتلاف مال بدون وجود هدف عقلایی اسراف و هدر دادن مال محسوب می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۸۳) و از لحاظ تکلیفی حرام و از لحاظ وضعی موجب ضمان آمر نیست.

۳. در صورتی که بیم غرق شدن فقط برای مالک باشد نه آمر، دستور به اتلاف، حتی اگر با تصریح به ضمان باشد، موجب ضمان آمر نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۶۴)؛ چون مقتضی صحت ضمان در این گونه موارد بیم از غرق شدن است و طبق فرض، بیم از غرق شدن فقط برای مالک وجود دارد. حال که مالک برای دفع ضرر از خود، مالش را تلف می کند، معقول نیست که ضمان آن بر کسی بار شود که ضرورتی برای اتلاف مال ندارد (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۶۷۶). در واقع، این فرض مانند آن است که شخصی به کسی که مضطر به خوردن غذای خود است دستور دهد که غذای خود را بخورد و ضمان آن را برعهده بگیرد. در این صورت، شخص مضطر نمی تواند پس از خوردن غذا به دستوردهنده رجوع کند (عاملی، ۲، [بی تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۳).

۱. مانند آنکه دستوردهنده سرنشین کشتی نباشد بلکه به عنوان مثال، در قایق یا کشتی دیگری باشد یا امروزه، با توجه به وجود وسائل ارتباطی، دستور خود را با وسیله ای مانند بی سیم به مالک اطلاع دهد.

۲. باید تذکر داد که صحت این فرض مبتنی بر نظر مشهور است که احسان بر خود را از عوامل رافع ضمان و مسئولیت مدنی تلقی نمی کنند (ر.ک: هوشمند فیروزآبادی و دیگران، ۱۴۰۰).

بنابراین، مورد بحث جایی است که شخصی به منظور نجات خود (به تنهایی یا همراه با دیگران) از خطر قریب الوقوع غرق گشتی، از مالک درخواست می کند که کالای خود را به دریا بیاندازد و مالک در مقام اجرای این دستور مال خود را به دریا بیاندازد. در مورد این مسئله متغیرهای متعددی وجود دارد که برخی از آنها در خلال مباحث آینده خواهد آمد اما دو متغیر اصلی وجود دارد که مباحث مقاله بر مبنای آن دو پی گیری می شود: تصریح یا عدم تصریح دستوردهنده به ضامن بودن خود. همچنین، بر فرض ضامن بودن دستوردهنده، مسئله زمان تحقق ضمان و مقدار آن مطرح می گردد. از این گذشته، بر فرض نادری که مال از دریا به خشکی بیاید یا بتوان مال را از دریا بیرون آورد، مسئله مالکیت مال نیز مطرح می شود. در ادامه، این مطالب در قالب چهار بحث جداگانه بررسی می شود.

۱. تصریح آمر به ضمان

در صورتی که آمر در دستور خود به ضامن بودن تصریح کند، در مورد ضامن بودن وی ادعای اجماع امامیه بلکه ادعای امت یعنی فقههای امامیه و اهل سنت شده است. تنها ابو ثور از فقههای اهل سنت در این مسئله مخالفت کرده که نظرویی، به دلیل شاذ بودن، زیانی به اجماع نمی زند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۷۵ / یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۴۱). البته به علامه حلی نیز نسبت داده شده که در کتاب تحریر در صحت ضمان تردید کرده است (عاملی، [بی تا، ج ۱۰، ص ۳۴۳]. با این حال، با مراجعه به کتاب تحریر معلوم می شود که علامه فقط در یک جا در صحت آن تردید کرده (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۵۵۲) و در دو جای دیگر این کتاب، ضمان را ثابت دانسته است (همان، ۲، ص ۵۷۲ و ج ۵، ص ۵۳۴).

ضمان آمر در این فرض منوط به وجود دو شرط است: اول این که بیم از غرق شدن گشتی وجود داشته باشد و دوم این که نفع انداختن کالا به

دریا اختصاص به مالک آن نداشته باشد. در غیر این صورت، ضمان باطل است چراکه مالک کاری را که برای نفع و مصلحت خود (یعنی نجات جان) واجب بوده انجام داده است و استحقاق گرفتن بدل آن را ندارد (عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۳).

با توجه به پذیرش اصل ضمان آمر در آنظار فقیهان، این مساله مطرح است که ضمان مذکور از چه ماهیتی برخوردار است؟ در ذیل ماهیت و چگونگی ارتباط ضمان به آمر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. عقد ضمان

ممکن است گفته شود که در این مورد اولاً بین آمر و مالک قرارداد منعقد می‌شود و ثانیاً این قرارداد ضمان است. ضمان مذکور هرچند به دلیل عدم تحقق دین قبل از قرارداد، ضمان ما لم یجب است اما به دلیل ضرورت تجویز شده است. ضرورت در این مورد به این دلیل است که ضمان موجب نجات جان انسان‌ها می‌شود و چه بسا زمانی برای انعقاد معامله نباشد یا تلاش برای انعقاد معامله موجب اختلاف بین طرفین گردد و هدف از تشکیل آن حاصل نشود (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۰۴). به نظر می‌رسد که پذیرش عقد ضمان مصطلح در این مورد با اشکال مواجه است. اشکال ضمان در اینجا تنها این نیست که ضمان از عین و ضمان ما لم یجب است. بلکه، همان‌طور که یکی از فقها تصریح کرده، به این دلیل است که ضمان معلق بر انداختن کالا به دریا است؛ درحالی که یکی از شروط عقد ضمان تنجیز است. به نظر وی، ضمان در اینجا ضمان اعیان است و ضمان اعیان، ضمان «ما وَجِبَ» است نه ضمان ما لم یجب؛ چون معنای ضمان داخل شدن شیء در عهده ضامن است، با این تفاوت که اگر موضوع تعهد، دین باشد، ضمان به معنای نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر است و اگر موضوع آن عین باشد، معنای ضمان این است که ضامن باید خود آن را رد کند و اگر تلف شود مثل یا قیمت آن را بدهد.

پرداخت بدل هم یکی از مراتب تدارک عین است. حال، با توجه به این که در موضوع بحث، عین مال هنگام ضمان موجود است ضمان از مصادیق ضمان «ما وجب» است. بنابراین، در نهایت، نظریه ضمان مصطلح به دلیل تعلیق ضمان بر عمل انداختن کالا در دریا قابل پذیرش نیست (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۱-۱۸۲).

۱-۲. جعاله

این احتمال مطرح شده است که قرارداد را بتوان بر جعاله حمل کرد (علامه حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۴۲۱ / محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۰۴)؛ چراکه ضمان به پرداخت در مقابل یک عمل متعارف و حلال است (همان). نظریه جعاله بودن در سخن صاحب بلغه الفقیه با تفصیل بیشتری بیان شده است. وی در بحثی درباره جریان معاطات در عقد اجاره می‌گوید: در مواردی که شخصی به دیگری دستور می‌دهد که کاری را در مقابل دریافت عوض انجام دهد، انجام‌دهنده کار مستحق دریافت آن عوض است و استحقاق وی بر فرض که از باب اجاره نباشد از باب جعاله است. وی در توضیح این سخن می‌گوید: کار همان‌طور که می‌تواند برای انجام‌دهنده آن واقع شود، می‌تواند با دو شرط برای شخصی دیگر واقع شود: درخواست انجام کار توسط شخص دیگر و قصد وقوع کار برای آن شخص توسط انجام‌دهنده. در صورت تحقق این دو شرط، اولاً عمل برای درخواست‌کننده واقع می‌شود و ثانیاً انجام‌دهنده کار مستحق عوض تعیین‌شده یا اجرت کار است. وی «الق متاعک فی البحر و علی ضمانه» را مصداق این فرض می‌داند و علاوه بر آن، مصادیق دیگری را هم برای این مورد ذکر می‌کند؛ از جمله: رجوع ضامن به مضمون عنه برای دریافت مالی که به مضمون‌له پرداخته است (منوط به اینکه ضمان به درخواست مضمون‌عنه و بدون قصد تبرع بوده است) و نیز رجوع آزادکننده برده به کسی که از وی درخواست کرده که برده‌اش را از طرف وی آزاد کند. در مورد اخیر، آزاد کردن برده به

قصد وقوع آن برای درخواست‌کننده کاری است که دارای ارزش مالی است و ارزش مالی عمل به اندازه ارزش موضوع آن یعنی برده است. در مورد «ألق متاعک فی البحر و علی ضمانه» نیز انداختن کالا در دریا به اعتبار موضوع آن (یعنی کالا) دارای ارزش مالی است و درخواست‌کننده ضامن ارزش کالا در برابر مالک است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۷۵-۱۸۲).

نظریه جعاله با دو اشکال مواجه است: اول این که در جعاله (همانند اجاره) خود عمل باید ارزش مالی داشته باشد؛ در حالی که در مورد بحث، خود عمل یعنی انداختن مال در دریا ارزش مالی ندارد. از این رو، و با توجه به این اشکال، برخی از طرفداران نظریه جعاله ناچار شده‌اند که در محل بحث، عمل «انداختن» را با توجه به موضوع آن یعنی کالایی که به دریا انداخته می‌شود دارای ارزش مالی بدانند. دوم این که عوض در جعاله باید دست کم اجمالاً معلوم باشد؛ در حالی که در اینجا عوض مجهول است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۷۹-۱۸۰). در پاسخ به اشکال اخیر ممکن است گفته شود که در جعاله قابلیت تعیین ارزش کافی است. از این رو، اگر مقدار جُعل یک سوم مال گم‌شده باشد، جعاله صحیح است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۴۳۹) چرا که پس از پیدا شدن مال، می‌توان ارزش یک سوم را تعیین کرد.

باید متذکر شد که برخی از فقها عمل حقوقی در این مورد را ایقاع دانسته‌اند اما از آنجا که این مورد را به موردی تشبیه کرده‌اند که شخصی به دیگری می‌گوید: «لباس مرا بدوز و برای تو یک درهم است» یا دستور می‌دهد که برده گمشده او را در مقابل نصف قیمت آن پیدا کند (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۵۹)، معلوم می‌شود که نظر ایشان جعاله بودن رابطه مالک و آمر است؛ چرا که این دو مثال، نمونه عقد جعاله است. در واقع، نظر ایشان این است که جعاله ایقاع است و از این رو، بازگشت این نظر به نظر سابق است.

۱-۳. توکیل در استقراض

به نظر صاحب جواهر، در این مورد «توکیل در استقراض» واقع می‌شود (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۴۳، ص ۱۵)؛ به این معنا که آمر مالک را وکیل می‌کند که مال را به مالک قرض دهد و از جانب وی قرض را قبول کند. بنابراین، هنگامی که مال تلف می‌شود از ملک آمر تلف می‌شود نه از ملک مالک. از سوی دیگر، آمر به دلیل قرض، مدیون مالک است.

این نظر در صورتی قابل پذیرش است که در دستور به اتلاف قید شود که اتلاف «از طرف دستوردهنده» (عنی) واقع شود به این صورت که دستوردهنده تصریح کند: «کالایت را از طرف من به دریا بیانداز». در این صورت، چون طبق اصول کلی، تصرفات مالکانه در مال باید لزوماً توسط مالک صورت گیرد، فرض می‌شود که مال ابتدا از طریق یک عمل حقوقی مانند قرض به دستوردهنده تملیک می‌شود و سپس تلف از ملک وی صورت می‌گیرد. شبیه این نکته در مورد دستور مدیون به ثالث به پرداخت دین نیز صادق است: اگر مدیون به ثالث بگوید: «دین را از طرف من دین با مال خودت پرداخت کن»، فرض می‌شود که مال ابتدا به ملک مدیون وارد می‌شود و سپس از ملک وی به دائن پرداخت می‌شود. سخن شهید اول (شهید اول، [بی تا]، ج ۱، ص ۶۸-۶۹) در مورد تحقق ملکیت تقدیری در موارد دستور به پرداخت دین را نیز باید بر همین صورت حمل کرد. در واقع، همان‌طور که شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۳۸۴) از یکی از فقها نقل می‌کند، «مقتضای فروش مال غیر از سوی خود و خریدن چیزی برای خود با مال دیگری این است که آن مال به صورت ضمنی برای وی [فروشنده و خریدار] قرار داده شود».

اما اگر در دستور به اتلاف قید نشود که اتلاف از طرف دستوردهنده واقع شود، ملکیت تقدیری، امری تصنعی است و تنها برای توجیه اقدامی

۱. قضیه بیع مال الغیر عن نفسه و الشراء بمال الغیر لنفسه، جعل ذلک المال له ضمناً.

است که صورت گرفته است. تشکیل عقد قرض همانند تشکیل هر قرارداد دیگری نیازمند قصد انشاء است و در این مورد قصد انشائی را نمی‌توان به آمر و مالک نسبت داد (ر.ک: بحر العلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۰).

۱-۴. شبه قرض

به نظر برخی از فقها، در مواردی که شخص با دستور خود از مال یا عمل غیر استفاده می‌کند، مال یا عمل به ملکیت آمر داخل می‌شود. در همه این موارد، معامله‌ای «شبه قرض» بین آمر و مأمور منعقد می‌شود که مشمول عموم صحت معامله («تجاره عن تراض») است. از این رو، در مسئله انداختن مال به دریا، مال یک لحظه قبل از افتادن به دریا به ملک آمر وارد می‌شود و در ملک وی تلف می‌شود. در این صورت، اگر عوضی تعیین شده باشد، مأمور مستحق همان است و اگر تعیین نشده باشد مستحق مثل یا قیمت است. از جمله احکام این معامله این است که ضمان آمر و استحقاق مأمور نسبت به بدل هنگامی تحقق می‌یابد که مأمور به دستور عمل کند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۷۲-۷۳).

صاحب این نظریه دلیل نامیدن این معامله به شبه قرض را توضیح نداده است اما ممکن است دلیل آن را این گونه توضیح داد: ماهیت قرض تملیک در برابر بدل واقعی (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۲۳۵) یا تملیک مال در برابر تعهد به پرداخت است (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۵۲). بنابراین، در عقد قرض به محض انعقاد عقد و پس از حصول قبض، مال به ملکیت مقترض وارد می‌شود و مقترض ضامن پرداخت بدل است. اما طبق نظریه شبه قرض، در محل بحث، اولاً ملکیت آمر نسبت به کالا تقدیری است نه به صورت منجز؛ ثانیاً بدل به ملک مالک کالا وارد می‌شود نه این که صرفاً

۱. فلا يحتاج فی صحته عنه الی تکلف دعوی تضمن ذلک الرخصه فی إدخاله فی ملکه و الوکاله عنه فی عتقه لعدم القصد الی شیء من ذلک بالوجدان.

۲. تملیک مال بعوضه الواقعی.

۳. هو تملیک مال لآخر بان یکون علی عهده ادائه بنفسه او بمثله او قیمته.

تعهد به پرداخت آن به سود وی به وجود آید.

در مورد نظریه شبه قرض می توان گفت: اشکال مذکور در مورد نظریه سابق بر این نظریه نیز وارد است. ملکیت تقدیری نیازمند دلیل معتبری است و در این مورد دلیل معتبری بر آن دیده نمی شود و علاوه پ با توجه به نظرات دیگری که مطرح خواهد شد، نیازی به این دیدگاه نیست.

۱-۵. عقد معاوضی مستقل

شهید اول احتمال معاوضه بین مالی که به دریا انداخته می شود و بدل آن را مطرح کرده و آن را مردود دانسته است (شهید اول، [بی تا]، ج ۱، ص ۳۶۹). همچنین، این نظر نیز مطرح شده که درخواست آمر، ایجاب و انداختن مال به دریا، قبول آن است، اما این که با این ایجاب و قبول چه عقدی تشکیل می شود تعیین نگردیده است (حلی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۳). برخی از فقها معتقدند که در موارد دستور معاملی، یک معامله معاوضی مستقل تشکیل می شود: تصویر دستور معاوضی در محل بحث و شکل گیری قرارداد معوض بین آمر این گونه است که: مال یا عمل مأمور در برابر بدلی است که ضامن به عهده می گیرد. این معامله مشمول عموم صحت معاملات از جمله آیه شریفه «تجاره عن تراض» است. در نتیجه این قرارداد، آمر مال یا عمل مأمور را در برابر خسارتی که به عهده می گیرد به دست می آورد و مأمور نیز غرامتی را که آمر به عهده گرفته به دست می آورد. به نظر وی، در ضمان های قهری مانند اتلاف مال غیر، مال مضمون له در قبال خسارتی که ضامن متحمل می شود به ملکیت ضامن منتقل نمی شود اما در ضمان قراردادی، ضامن در برابر خسارتی که به عهده می گیرد، مال مضمون عنه را تملک می کند. حصول ملکیت برای ضامن منوط به این نیست که مضمون له قصد کند که مال را به ملک ضامن وارد کند بلکه دخول در ملک ضامن مقتضای طبیعت این معامله است. بنابراین، در مواردی مانند دستور مدیون به شخص ثالث در مورد پرداخت دین، مالی که ثالث به دائن می پردازد ابتدا به ملک مدیون داخل می شود و

هنگامی که مال به دائن پرداخت می‌شود از ملک مدیون خارج می‌شود نه از ملک ثالث. همچنین، در دستور به انداختن مال در دریا، مال ابتدا به ملک آمر وارد می‌شود و هنگامی که به دریا می‌افتد از ملک آمر به دریا می‌افتد نه از ملک مأمور. تنها اشکالی که بر این نظر ممکن است وارد شود این است که چنین معامله‌ای با توجه به عدم تعیین عوض هنگام معامله، غرری و مورد نهی شارع است. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که اولاً بطلان معامله غرری مختص به بیع است نه همه معاملات. ثانیاً با توجه به اجماع فقها بر صحت این معامله، دلیل نهی از غرر تخصیص می‌خورد و شامل این مورد نمی‌شود (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۰-۱۸۳).

در نهایت، نتیجه این نظر این است که در محل بحث نوعی ضمان قراردادی منعقد می‌شود که در اثر آن، مالی که تلف می‌شود در مقابل بدل آن به ملکیت آمر داخل می‌شود و سپس در ملک وی تلف می‌شود. به نظر می‌رسد نظریه مذکور تقریر دیگری از نظریه شبه‌قرض است و اشکالاتی که بر آن نظریه وارد بود بر این نظریه نیز وارد است. علاوه بر این، استدلال به آیه شریفه «تجاره عن تراض» برای این نوع معامله صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا بر این توافق عرفاً عنوان تجارت صدق نمی‌کند و از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیه است.

۱-۶. استیفاء از مال یا عمل غیر

ممکن است گفته شود که آمر در اینجا از باب استیفاء از مال یا عمل ضامن است. مقصود از استیفاء و شرایط آن در بحث از موردی که آمر تصریح به ضمان نمی‌کند خواهد آمد. تردیدی نیست که در محل بحث، آمر از عمل یا مال مالک منتفع می‌شود و بنابراین، استیفاء و استفاده از مال یا عمل غیر صادق است. اما به نظر می‌رسد در مواردی که آمر به ضمان خود در برابر مالک تصریح می‌کند، می‌توان تحقق قرارداد و معامله‌ای عرفی را مفروض گرفت. این مطلب در شماره بعد بررسی می‌شود.

۱-۷. ضمان غیر مصطلح

به نظر می‌رسد که بهتر است رابطه آمر و مالک در این مورد را بر ضمان عرفی یا تعهد به پرداخت حمل کرد. تفسیر ضمان به «تعهد به پرداخت» در کلام بسیاری از فقهای معاصر دیده می‌شود (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۳۹۲/ سیستانی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۹۵/ صدر، ۱۴۰۱، ص ۲۳۲). ضامن در این نوع ضمان، بدون این که ذمه‌اش به مال مشغول شود، باید عین یا بدل مال را (در صورت تلف عین) رد کند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۰۳). ضمان به معنای تعهد به پرداخت عقدی مستقل و مشمول عمومات صحت عقود است اما ضمان مصطلح نیست و احکام آن را ندارد (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، صص ۲۶۵، ۳۴۶ و ۳۴۹/ زین‌الدین، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۷۴). یکی از فقها پس از آن که فصل مستقلی را به «ضمان عرفی» اختصاص داده است، مسئله «الق متاعک فی البحر و علی ضمانه» را صراحتاً از مصادیق ضمان عرفی دانسته است (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۷۷).

چنان که ملاحظه شد، در فرض تصریح آمر به ضمان، اولاً طبق همه نظرات فقهی، آمر ضامن است و ثانیاً طبق اکثر نظرات، ضمان وی ناشی از یک عمل حقوقی است، هر چند که در تعیین نوع این عمل حقوقی اختلاف نظر است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

۲. عدم تصریح آمر به ضمان

در صورتی که آمر تصریح به ضمان نکند، طبق برخی نظرات وی ضامن نیست و طبق نظر دیگران ضامن است.

۲-۱. عدم ضمان آمر

بسیاری از فقهای امامیه نظر عدم ضمان را پذیرفته‌اند (ر.ک: عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۴). طرفداران این نظر علاوه بر اجماع، به ادله مختلفی استناد کرده‌اند: ۱. ضمان مصطلح یعنی ضمان ناقل دین از ذمه

مضمون عنه به ذمه ضامن در این مورد قابل تحقق نیست چون در فرض مزبور هنوز دینی وجود ندارد تا دستوردهنده بتواند آن را به ذمه خود منتقل کند. در نتیجه، چنین ضمانی «ضمان ما لم یجب» است.

۲. اصل عدم ضمان. با این توضیح در فرضی که دستور دهنده بدون تصریح به ضمان خود، به مالک مال دستور به اتلاف می‌دهد و مالک در راستای اجرای این دستور، مال خود را تلف می‌کند، شک می‌شود که آیا او در برابر ارزش کالای تلف شده ضامن است یا خیر؟ که در این حالت، استصحاب عدم ضمان جاری و حکم به عدم ضمان می‌شود؛ همانند جایی که فردی به دیگری دستور می‌دهد همسرت را طلاق بده یا از طلب خود بگذرد. در این موارد نیز اصل عدم ضمان جاری می‌شود.

طرفداران عدم ضمان متذکر شده‌اند که دستور به اتلاف با موردی که مدیون به شخصی دستور می‌دهد که دین او را پرداخت کند و وی دین را پرداخت می‌کند تفاوت دارد چرا که در دستور به پرداخت دین، مدیون همواره از پرداخت دین منتفع می‌شود؛ درحالی که اتلاف مال توسط مالک آن همیشه با منفعت برای دستوردهنده همراه نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۸۴-۳۸۵/ عاملی، [بی تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۴). این ادله در بحث بعد بررسی می‌شوند.

۲-۲. ضمان آمر

برخی از فقها نظر ضمان آمر را تقویت کرده‌اند. پیش از شمارش مبانی این نظر، ذکر پاسخی که به ادله طرفداران عدم ضمان داده شده مناسب است: اولاً تحقق اجماع در این مسئله دشوار است چرا که عده‌ای از فقها بر خلاف آن نظر داده‌اند. علاوه بر آن، اجماع مذکور، بر فرض اعتبار، بر صورتی حمل می‌شود که دستوردهنده اهلیت آن را نداشته باشد که به دستورش توجه شود و اتلاف مال توسط مالک عرفاً ناشی از تسامح وی محسوب شود. بنابراین، تلف مال به خود مالک نسبت داده می‌شود نه به آمر. ثانیاً اصل عدم در تعارض با اصل احترام مال دیگران است

زیرا دستوردهنده سبب تلف مال دیگری شده است و عمل او موجب نقض قاعده احترام به مال دیگری است. ثالثاً نمی‌توان برای عدم مسئولیت دستوردهنده به فقدان ضمان مصطلح استناد کرده و ضمان فرد دستوردهنده را از باب ضمان ما لم یجب دانست. زیرا انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن که از ارکان ضمان مصطلح می‌باشد، قید غالبی برای ضمان است. به این معنا که در عمل، اغلب موارد ضمان به صورت نقل دین واقع می‌شوند و ادله شرعی که مشتمل بر بیان ضمان از نوع نقل دین می‌باشند در مقام بیان مورد غالب آن هستند نه در مقام بیان ذات ضمان. در نتیجه، انتقال حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن مقوم و جزء لا ینفک ماهیت ضمان نیست تا در صورت فقدان آن، نهاد فقهی ضمان منتفی شود بلکه، صحت و عدم صحت ضمان دائر مدار وجود یا عدم وجود غرض صحیحی است که مورد نهی شارع قرار نگرفته باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۰، ص ۲۹۲).

در مورد این که مبنای ضمان در این مورد چیست نظرات و احتمالاتی وجود دارد. از آنجا که در این فرض آمر به ضمان خود تصریح نمی‌کند، تحقق ضمان ناشی از قرارداد دشوار است و به نظر می‌رسد که باید در این فرض به اسباب ضمان قهری متوسل شد. در این خصوص دو نظر و احتمال می‌توان مطرح کرد.

۲-۲-۱. استیفاء از عمل غیر

چنان که می‌دانیم، یکی از اسباب ضمان قهری استیفاء از عمل غیر (ماده ۳۳۶ ق.م.) یا استیفاء از مال غیر (ماده ۳۳۷ ق.م.) است. در مورد بحث ممکن است گفته شود که مسئولیت آمر از باب استیفاء از عمل غیر است. با این توضیح که هر کس از مال یا عمل غیر استفاده کند با چند شرط ضامن بدل است: درخواست استفاده‌کننده، عدم قصد تبرع از سوی مالک یا عامل، عدم تعیین اجرت و وجود اجرت عرفی برای عمل. در مورد ضمان درخواست‌کننده تفاوتی نیست که وی به ضمان خود تصریح کند یا

نکند و در صورت تصریح به ضمان نیز تفاوتی ندارد که مقدار ضمان را تعیین کند یا نکند. در صورتی که به مقدار ضمان خود تصریح کند، ضامن همان مقدار است و در صورتی که به ضمان خود تصریح نکند یا با تصریح به ضمان، مقدار ضمان را تعیین نکند، ضامن بدل مال یا اجرت المثل عمل است. البته ذمه آمر هنگامی در برابر مالک یا عامل مشغول می شود که استفاده از مال یا عمل صورت گیرد. دلیل این نکته این است که مقتضای دستور معاملی این است که دستوردهنده به دلیل خسارتی که مالک یا عامل متحمل می شود ضامن خسارت باشد (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۷۲/خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۷۶)، و در تکمیل این نظر باید افزود که خسارت هنگامی وارد می شود که از مال یا عمل استفاده شود.

به نظر یکی از طرفداران این نظر، مطلب مذکور در همه مواردی که شخصی به دیگری دستور می دهد که مالش را برای یک هدف عقلایی تلف کند جاری می شود و اختصاص به مسئله کشتی ندارد. وی متذکر می شود که دلیل ضمان آمر بنای عقلا و سیره قطعی است و نیازی نیست که برای ضمان وی به این توجیه توسل شود که امر آمر و عمل مأمور عقدی را تشکیل می دهد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۷۶-۴۷۷).

۲-۲-۲. جبران خسارت ناشی از اتلاف

به نظر می رسد که در مورد دستور به اتلاف، دستوردهنده از باب لزوم جبران خسارت ضامن است. با این که در نظر سابق نیز نهایتاً استیفاء از مال یا عمل غیر به جبران خسارت ارجاع داده شد، به نظر می رسد که بین استیفاء و جبران خسارت تفاوت وجود دارد. نظریه استیفاء، همان طور که نام آن حکایت می کند، مبتنی بر استفاده و نفعی است که ضامن از مال یا عمل غیر تحصیل می کند؛ در حالی که نظریه جبران خسارت مبتنی بر زیانی است که ضامن به غیر وارد می کند. به تعبیر دیگر، نظریه اول نفع محور و نظریه دوم زیان محور است. در نظریه استیفاء ضامن باید از مال یا عمل غیر

نفعی کسب کند و البته این نفع با زیان غیر همراه است اما در نظریه جبران خسارت، ضامن به دیگری زیان وارد می‌کند و زیان غیر، مستلزم نفع ضامن نیست. نمونه بارز ضمان ناشی ایراد زیان، اتلاف است که در آن اتلاف‌کننده از ورود زیان به مال یا عمل نفعی نمی‌برد بلکه مال بدون این که انتفاعی از آن صورت گیرد در ملک مالک، تلف می‌شود.

هرچند این دو نظر ممکن است از لحاظ مقدار ضمان یکسان تلقی شوند اما از لحاظ تحلیلی بین این دو مبنا تفاوت وجود دارد: تحقق استیفاء منوط به این است که ضامن از مال غیر منفعتی کسب کند. بنابراین، در محل بحث اگر علی‌رغم انداختن مال به دریا، کشتی از غرق شدن نجات نیابد، استیفاء صورت نگرفته هرچند که اتلاف واقع شده است. بنابراین، اگر مبنای ضمان استیفاء باشد، ذمه آمر (بر فرض نجات) یا ترکه او (در صورت عدم نجات آمر) مشغول به بدل نمی‌شود اما اگر مبنای ضمان، ایراد زیان باشد، آمر (یا ترکه وی) در برابر مالک مشغول الذمه می‌شود.

به نظر می‌رسد در محل بحث، مبنای ضمان، اتلاف و ایراد زیان است و این که برخی از فقها وجود نفعی برای اتلاف مال را برای تحقق ضمان شرط دانسته‌اند به معنای پذیرش نظر استیفاء نیست. درواقع، شرط وجود نفع به این دلیل است که اتلاف مال از لحاظ شرعی اسراف و تبذیر یا اقدامی سفیهانه محسوب نشود.

نتیجه این که در دستور به اتلاف، هرچند که مالک اقدام به تلف مال خود می‌کند و مباشر تلف محسوب می‌شود اما از آنجا که به دستور شخص دیگری اقدام به اتلاف کرده است، دستوردهنده را می‌توان سبب اقوای از مباشر و ضامن تلف دانست.

۳. آثار نظریه ضمان

در صورتی که در فروض مختلف این مسئله نظر ضمان پذیرفته شود، آثار

متعددی بر آن مترتب می‌شود که از جمله آنها، زمان تحقق ضمان و مقدار آن و نیز مالکیت کالا است.

۳-۱. زمان تحقق ضمان

زمان تحقق ضمان بر حسب نظرات مختلف متفاوت است:

(۱) براساس نظریه معاوضه بودن، در صورتی که مأمور قبول خود را با لفظ اعلام کند، عقد معاوضه تشکیل می‌گردد و مال حتی قبل از آن که به دریا اندخته شود به ملک آمر داخل می‌شود. همین نتیجه بر اساس نظر توکیل در قرض نیز قابل پذیرش است با این تفاوت که چون عقد قرض از عقود عینی و تحقق آن منوط به قبض است، باید فرض کرد که مالک به نیابت از آمر مال را قبل از انداختن به دریا به آمر قرض می‌دهد و از آنجا که مال در دست وکیل (مالک کالا) است نیازمند به قبض جدید نیست. بنابراین، قبل از انداختن مال در دریا قبض تحقق یافته است. انداختن در دریا مصرف قرض در جهتی است که آمر تعیین کرده است. طبق دیدگاه فقهای امامیه (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۵)، برای تحقق ملکیت مصرف کردن مال توسط مقترض لازم نیست و مالکیت مقترض تا آن زمان به تاخیر نمی‌افتد.

(۲) بر اساس نظریه اتلاف، آمر هنگامی ضامن می‌شود که مالک کالا را به دریا بیاندازد.

(۳) در صورتی که ضمان بر اساس نظریه استیفاء توجیه شود، تحقق ضمان باید منوط به این باشد که آمر از اقدام مالک منتفع شود. بنابراین، لازمه این نظر این است که ضمان آمر هنگامی تحقق یابد که کشتی از غرق نجات یابد.

۳-۲. مقدار ضمان

در صورتی که آمر در دستور خود مقدار ضمان خود را تعیین کرده باشد، ضمان او به همان مقدار خواهد بود. در کتب فقهی، صورتهای مختلفی برای بیان مقدار ضمان مطرح شده است، مانند: تعیین مقدار ضمان به

صورت مبلغی معین (شهید ثانی، ۱، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۳۹۳)، ضمان نسبت به بدل کالا (شیرازی، ۲، [بی تا]، ج ۸، ص ۱۱) یا ضمان نسبت به قیمت کالا (شهید ثانی، ۳، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۸۴/ ابن براج، ۴، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۶). در این موارد، ضمان وی بر حسب مورد به مقدار تعیین شده یا بدل (مثل یا قیمت) کالا است.

تردید در مورد صورتی است که مقدار ضمان وی تعیین نشده باشد. در مورد این صورت، دو احتمال وجود دارد:

۱) ضمان بدل کالا. ممکن است گفته شود که همانند موارد ضمان قهری، دستوردهنده مسئول پرداخت بدل کالا است و بدل بر حسب مورد مثل یا قیمت است. برخی از فقها معتقدند که اگر کالا قیمی باشد، آمر ضامن قیمت کالا هنگام انداختن کالا در دریا است چون ذمه وی از این لحظه به بعد مشغول به دین می شود (عاملی، [بی تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۳). با این حال، این احتمال وجود دارد که در مسئله بیم غرق شدن کشتی، قیمت کالا قبل از به حرکت درآمدن امواج به عنوان زمان سنجش قیمت محسوب شود چراکه در زمان طوفانی شدن دریا کالا ارزشی ندارد. صاحب جواهر از این احتمال جواب می دهد که مقصود قیمت مال فی نفسه (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۴۳، ص ۱۵۰) یعنی قیمت کالا صرف نظر از طوفانی بودن دریا و احتمال غرق شدن کالا است.

۲) ضمان ارزش عمل. قبل از توضیح این مطلب لازم است به مقدمه ای اشاره شود: عمل مادی فی نفسه دارای ارزش است و می تواند موضوع عقود معوضی مانند اجاره و جعاله قرار گیرد و نیز در صورتی که بدون وجود

۱. أُلِّقَ متاعک فی البحر و علی کذا.

۲. أَلْقَ فی البحر و علی بدله.

۳. أُلِّقَ متاعک فی البحر ... علی آتئی أضمن قیمته.

۴. لو قال له و هو فی سفینه البحر: «ألّق متاعک فی البحر و علی ضمان قیمته»، صح ... فاذا فعل ذلک کان علیه قیمه المتاع لصاحبه.

قرارداد از آن استفاده شود، استفاده کننده باید اجرت المثل آن را به عامل بدهد (ماده ۳۳۶ ق.م.ا). اما عمل اعتباری مانند خرید و فروش، فی نفسه دارای ارزش مالی نیست. این تفصیل را می توان از سخن شیخ انصاری در باب تعذر شرط استفاده کرد. وی عمل را به دو قسم تقسیم می کند: عملی که «فی نفسه» دارای ارزش است، عرفاً مال محسوب می شود و در مقابل آن مالی داده می شود. وی برای این نوع عمل به خیاطی مثال می زند. در مقابل، اعمالی مانند آزاد کردن برده فی نفسه دارای ارزش مالی نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۷۳-۷۶).

حال می توان پرسید که آیا ممکن است عمل اعتباری با توجه به موضوع آن دارای ارزش مالی محسوب شود؟ به تعبیر دیگر، آیا می توان گفت ارزش موضوع عمل به خود عمل سرایت می کند؟ ممکن است به این سوال پاسخ منفی داده شود. از این رو، اگر شخصی در قالب عقد جعاله ایجابی با این مضمون صادر کند که «هر کس به من یک دینار قرض دهد، یک درهم به او می دهم»، چنین جعاله ای موجب نمی شود که ربا تحقق نیابد چرا که عمل قرض دادن ارزشی جز موضوع آن یعنی یک دینار ندارد (صدر، ۱۴۰۱، ص ۱۶۶-۱۶۷)؛ با این توضیح که در این صورت، قرض گیرنده (جاعل) باید یک دینار به عنوان قرض و یک درهم به عنوان جعاله پرداخت کند، و این یک درهم ربا است.

در مقابل، ممکن است گفته شود که در محل بحث یعنی انداختن مال در دریا اولاً استیفاء از عمل غیر صورت می گیرد نه از مال غیر (درمورد نظر مخالف، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۴۳). به تعبیر دیگر، آمر از عمل انداختن مال در دریا منتفع می شود نه از مالی که به دریا می افتد. ثانیاً هر چند که عمل اتلاف فی نفسه دارای ارزش مالی نیست اما به لحاظ متعلق آن یعنی مالی که تلف می شود دارای ارزش مالی است، و ارزش عمل به مقدار ارزش موضوع آن یعنی کالا است. بنابراین، هر چند آمر ضامن ارزش عمل یعنی انداختن کالا به

دریا است اما در نهایت ضامن ارزش کالا است. در مورد ارزش کالا طبق قاعده باید به مثلی یا قیمی بودن مال توجه کرد اما یکی از طرفداران نظریه جعاله تصریح می‌کند که آمر در همه موارد اعم از این که مال مثلی یا قیمی باشد، ضامن قیمت کالا است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۱).

۳-۳. مالکیت کالا

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر پس از دستور به اتلاف، مال از بین نرود، مالک آن چه شخصی است. به عنوان نمونه، اگر کالا از اموالی نباشد که با افتادن در آب فاسد شود و دریا آن را به ساحل بیاورد یا با غواصی از آب بیرون آورده شود، مالکیت کالا متعلق به چه کسی است. بدیهی است در برخی از مصادیق این بحث مانند دستور مدیون به پرداخت دین، این مسئله مطرح نمی‌شود و مال به ملک دائن وارد می‌شود. از سخن برخی از فقها استفاده می‌شود که در این مورد احکام بدل حیلوله در بحث غصب جاری می‌شود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۶۵). طبق قاعده‌ای در بحث غصب، اگر تسلیم مال مغضوب ممکن نباشد، غاصب باید بدل آن را به مالک بدهد. بدل به ملکیت مالک وارد می‌شود اما مال مغضوب به ملک غاصب وارد نمی‌شود. حال اگر پس از مدتی تسلیم مال امکان‌پذیر شود، بدل به غاصب و مال مغضوب به مالک بازمی‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۱۹۰). از این رو در محل بحث، کالا از ملکیت مالک خارج نمی‌شود. بنابراین، اگر کالا به ساحل بیاید و به صورت اتفاقی در دسترس واقع شود، به مالک آن تعلق دارد. در این صورت، ضامن می‌تواند بدلی را که به مالک پرداخته مسترد کند و اگر قیمت کالا در اثر افتادن در آب کاهش یافته باشد، مقدار کاهش ارزش از بدل مذکور کسر می‌شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۸۸/ عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۶).

با این حال به نظر می‌رسد که حکم این مسئله را باید با توجه به مبنایی که در مورد ضمان آمر پذیرفته شد تعیین کرد:

(۱) براساس مبنای توکیل در اقتراض، آمر به مالک دستور می‌دهد که مال را در برابر قیمت آن به آمر تملیک کند. بنابراین، مال هنگامی که به دریا می‌افتد در ملک آمر است و نجات مال و پیدا شدن آن موجب بازگشت ملکیت آن به مالک سابق نمی‌شود (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۴۳، ص ۱۵۵). نتیجه این که مالی که به دریا افتاده، متعلق به آمر است.

(۲) در صورتی که مبنای ضمان آمر عقد جعاله باشد، و جعاله به این صورت تفسیر شود که آمر بدل مال را در برابر عمل مالک (یعنی انداختن کالا در دریا) به عهده می‌گیرد، در این صورت، مالک با انداختن کالا به دریا مستحق جُعل (یعنی بدل کالا) می‌شود ولی با عقد جعاله مال از ملکیت وی خارج نمی‌شود چون عوضین عقد جعاله در اینجا و طبق فرض، عبارت‌اند از: عمل انداختن و بدل آن. کالا هرچند موضوع عمل است اما یکی از عوضین نیست. با توجه به این نکته، در مورد ملکیت کالا در این صورت دو احتمال است: اول این که مال پس از افتادن به دریا همچنان (طبق اصل استصحاب) در ملکیت مالک باقی باشد. بنابراین، اگر مال پیدا شود باید به مالک مسترد شود. دوم این که مال از ملکیت مالک خارج شده و به کسی تعلق نداشته باشد. در نتیجه، مال پیدا شده حکم مالی را دارد که مالک از آن اعراض کرده است و هر کس آن را پیدا کند مالک آن می‌شود (ر.ک: کاشانی، ۱۴۰۸، ص ۱۵۲).

به طور خلاصه، در صورتی که مبنای ضمان به یکی از عقود معاوضی باز گردد، مالی که به دریا افتاده در ملک ضامن بوده و پس از پیدا شدن هم به وی تعلق دارد اما اگر مبنای آن ورود خسارت به مالک باشد، احکام بدل حیلوله بر آن مترتب می‌شود (برای دیدن مباحث مشابه، ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۵۹-۲۶۰).

نتیجه

در مواردی که شخصی به دیگری دستور می‌دهد که مال خود را تلف کند و به ضمان خود تصریح می‌کند، تردیدی در ضمان آمر نیست و مسئله مهم، تعیین مبنای ضمان و به تعبیر دیگر، ماهیت رابطه آمر و مأمور است. نظرات متعددی در مورد رابطه آمر و مالک مطرح شده است: عقد ضمان، جعاله، ایقاع، توکیل در استقراض، شبه قرض، عقد معاوضی مستقل و سرانجام ضمان عرفی یا غیرمصطلح. با بررسی این نظرات روشن می‌شود که اولاً مبنای ضمان در این فرض، قرارداد است نه ضمان قهری و ثانیاً مناسب‌ترین نظری که می‌تواند این رابطه را توجیه کند، نظریه ضمان عرفی است. و در مواردی که آمر به ضمان خود تصریح نمی‌کند، تردید در تحقق ضمان جدی‌تر است؛ با این حال، در این فرض نیز نظریه ضمان آمر قابل تقویت است اما تحقق قرارداد در این فرض دشوار است و به نظر می‌رسد برای توجیه این رابطه باید به مبانی ضمان قهری متوسل شد. از بین این مبانی، دو نظریه استیفاء و جبران خسارت قابل طرح است و به نظر می‌رسد که نظریه اخیر با ماهیت رابطه آمر و مالک سازگارتر است. پذیرش هر یک از نظریات آثار متعددی در مورد زمان تحقق ضمان، مقدار مسئولیت ضامن و وضعیت کالا در فرض پیدا شدن آن در پی دارد.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله حامی مالی نداشته است.

سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در نگارش مقاله مشارکت یکسان داشته‌اند و محتوای آن را تأیید می‌کنند.

تضاد منافع

نویسندگان اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارند.

منابع

- ابن براج، قاضی عبدالعزیز؛ المهدب؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳ و ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره)، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیه؛ ج ۷، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- بحرالعلوم، سیدمحمد؛ بلغها الفقیه؛ ج ۱ و ۲، ۴، تهران: انتشارات مکتبه الصادق (ع)، ۱۳۶۲.
- جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی؛ «چیستی شناسی ضمان ازم نظر فقه شیعه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۲۰، خرداد ۱۳۹۸، ص ۳۰۱-۳۲۴.
- حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروه الوثقی؛ ج ۱۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۴ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ تذکره الفقهاء؛ ج ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۲۵ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ تحرير الأحكام الشرعيه؛ ج ۲ و ۵، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ قواعد الأحكام؛ ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن؛ إیضاح الفوائد؛ ج ۳، قم: مطبعه العلمیه، ۱۳۸۸ ق.
- حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام؛ ج ۳، ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- حلی، حسین؛ بحوث الفقهیه؛ ج ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ ق.
- حلی، یحیی بن سعید؛ الجامع للشرائع؛ قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع) العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
- خمینی، سیدروح الله؛ تحرير الوسیله؛ ج ۱، ۲، نجف: مطبعه الآداب، ۱۳۹۰.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ موسوعه الإمام الخوئی (ره)؛ ج ۳۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره)، ۱۴۱۸ ق.
- زین الدین، محمدامین؛ کلمه التقوی؛ ج ۶، ۲، قم: سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
- سبزواری، سیدعبدالأعلى؛ مهذب الأحكام؛ ج ۲۰، ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
- سیستانی، سیدعلی؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
- شیرازی، سیدمحمد؛ ایصال الطالب؛ تهران: منشورات اعلمی، [بی تا].
- صدر، سیدمحمدباقر؛ البنك اللاربوی؛ ج ۷، بیروت: دارالتعارف، ۱۴۰۱ ق.

طوسی، محمدبن حسن؛ الخلاف؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۷، چ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.

عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ القواعد والفوائد؛ ج ۱، قم: کتابفروشی مفید، [بی تا].
عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضه البهیة؛ ج ۴، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالک الأفهام؛ ج ۹ و ۱۵، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الکرامه؛ ج ۱۰، بیروت: دار إحياء التراث العربی، [بی تا].
کاتوزیان، ناصر؛ مسئولیت مدنی؛ ج ۲، چ ۶، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
کاشانی، آقارضا؛ کتاب الدیات؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
کرکی (محقق کرکی)، علی بن حسین؛ جامع المقاصد؛ ج ۵، چ ۲، قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴ ق.

مؤمنی، خسرو؛ «کیفیت مسئولیت عوامل متعدد زیان (نقد مواد ۵۲۶، ۵۳۳، و ۵۳۵ ق.م.ا. مصوّب ۱۳۹۲)»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۱۴، بهار و تابستان ۱۳۹۵، ص ۲۴۷-۲۷۴.

نائینی، میرزامحمدحسین؛ منیه الطالب فی حاشیه المکاسب؛ ج ۱، تهران: المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.

نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۲۶ و ۴۳، چ ۶، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۴ ق.
هوشمند فیروزآبادی، حسین، احمد احسانی فر، سیدمحمدحسن سیادت و رضا پورموسوی؛ «احسان بر خود»، پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ ش ۵۳، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۸۳-۲۱۰.
یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروه الوثقی؛ ج ۵، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ ق.