



مرکز آموزش علمی - کاربردی علویجه

قواعد فقه مدنی

استاد: خانم زمانیان

رشته: حقوق ثبت و حقوق قضایی

فهرست مطالب

۴	قاعده لاضرر	۱
۱۱	قاعده ید و تصرف	۲
۱۶	قاعده ضمان و ید	۳
۲۱	قاعده اقدام	۴
۲۴	قاعده اتلاف و تسبیب	۵
۲۸	قاعده غرور	۶
۳۱	قاعده غَرَر	۷
۳۳	قاعده تلف مبیع قبل از قبض	۸
۳۵	قاعده شروط	۹
۴۱	قاعده نفی عسر و حرج	۱۰
۴۵	قاعده تسلط یا تسلیط	۱۱
۴۸	قاعده لزوم	۱۲
۵۱	قاعده ما یضمن	۱۳
۵۴	قاعده تلف	۱۴

مقدمه

اصول فقه عبارت است از دانستن قواعدی که برای استنباط احکام شرعی لازم است .

قاعدہ فقہی حکمی کلی وفقہی است کہ در ابواب گوناگون فقہ بہ کار می رود مانند قاعدہ لاضرر و قاعدہ لاجرح.

قواعد که مفرد آن قاعده است به معنای پایه و اساس است چه مادی باشد مانند پایه ساختمان و چه معنوی مانند پایه دین.

مسئله فقهی عبارت است از بیان حکم عملی که مکلف باید انجام دهد یا نباید انجام دهد. قاعده فقهی کلیت دارا مسئله فقهی

به جزئیات می پردازد.

منظور از قواعد فقهی فرمول های بسیار کلی است که منشأ استنباط قوانین محدودتر بوده و اختصاص به يك مورد خاص ندارد بلکه

مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار میگیرد.

مسائل علم اصول واسطه و وسیله برای استنباط و کشف احکام هستند اما قواعد فقهی خودشان احکام هستند نه واسطه ای برای

کشف.

مثلاً قاعده "لا ضرر ولا ضرار" خود حکم شرعی است که به موجب آن ایراد ضرر روزیان به دیگری و یا احکام ضرری نفی گردیده

است، بر مبنای این قاعده فتاوی متعددی از فقیه صادر می‌گردد که آنها مسائل فقهی هستند.

قواعد فقهی عام و شامل است و مسئله فقهی خاص و موردی است.

مسئله فقهی مثل آنکه با استفاده از قاعده فقهی لاضرر فقیه فتوی می دهد: "هرگاه چاه منزل کسی به دیگری خسارت وارد سازد

باید از عهده خسارت وارده برآید"

قاعده لاضرر^۱

" لا ضَرَر وَ لا ضِرَار فِي الْإِسْلَام "

از مشهورترین قواعد فقه اسلامی است برخی معتقدند از مستقلات عقلی است و لازم نیست به دنبال مستندات آن باشیم یکی از مستندات آن قرآن می باشد. آیات ۲۸۲، ۲۲۳، ۲۳۱ سوره بقره، ۱۲ سوره نساء، آیه ۶ سوره طلاق ، آیه ۱۰۷ سوره توبه

« وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا » آیه ۲۳۱ سوره بقره
« وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ » آیه ۱۰۷ سوره توبه

ضرر عبارت است از سوء حال و ضیق (در تنگنا قرار گرفتن) و به معنی نقص (دریدن یا مال) و ضد نفع است.
ضرار بنا به قولی فعل دوطرفه است بروزن فعال ، فرعی باب مفاعله است یعنی دوطرف به هم ضرر رسانند. بعضی از فقها این نظر را رد کرده اند و گفته اند به معنی مشارکت نیست بلکه به معنی تعدی و ضرریه دیگری رساندن و به معنی اضرار است.

فرق بین ضرر و ضرار

ضرر آن است که به دیگری زیان برسانی و خود از آن بهره مند شوی و ضرار آن است که به دیگری زیان برسانی بدون آنکه خود بهره مند شوی.
ضرر عبارتست از ضرر زدن عمدی و غیر عمدی ولی ضرار فقط ضرر زدن عمدی است.

نظریات فقها در معنای لا در قاعده لاضرر

¹- Latin : Sic utere tou ut allenum non laedas

Rule of “prohibition of detriment”

use your own property in such a manner as not to injure that of another . there shall be no unfair loss nor the causing of such loss

۱- نظریه شیخ انصاری: مفاد لاضرر نفی حکم ضرری است یعنی هر حکمی از طرف شارع وضع شود اگر مستلزم

ضرر باشد چه بر خود آن شخص و یا دیگری این حکم به موجب قاعده لاضرر رفع می شود پس لاضرر فی الاسلام
یعنی لاحکم ضرری فی الاسلام . در رابطه با وضو اگر آب زرد داشته باشد برای فرد حکم وضو آب برداشته
میشود. (عبادات)

معامله غبنیه: در معامله ای که فروشنده یا خریدار مغبون شده باشد به موجب قاعده لاضرر حکم به لزوم معامله برداشته
می شود. (معاملات)

به موجب این نظریه لا، لای نفی جنس است آنچه برداشته شده است و رفع شده خود ضرر نیست بلکه حکمی
که ضرری است برداشته می شود.

۲- نظریه آخوند خراسانی: در جمله لاضرر نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع مثلاً در اخبار داریم لاشك لکثیر
الشك (کسی که زیاد شك کند شكش اعتبار ندارد)

در عبارت وضو واجب است وضو موضوع است و وجوب حکم آن. وقتی می گوئیم بیع لازم است بیع موضوع
است و لزوم حکم آن است.

به نظر آخوند خراسانی در قاعده لاضرر، ضرر نفی شده است نه حکم ضرری به عبارت دیگر موضوعاتی مانند بیع
و وضو احکامی دارند مانند وجوب و لزوم. این احکام اگر موجب ضرر باشند خود موضوع برداشته می شوند. پس اگر بیع
باعث ضرر شود خود بیع برداشته می شود و اگر وضو موجب ضرر شود حکمش که وجوب است برداشته می شود.

فرق نظریه شیخ انصاری و آخوند خراسانی در آن است که در نظریه آخوند خراسانی آنچه برداشته شده متعلق
حکم و به عبارت دیگر خود موضوع است اما در نظریه شیخ انصاری حکم برداشته شده است. ثمره بحث در آن
جامشخص می شود که موضوع ضرری نیست ولی حکم ضرری است مثلاً در معامله ای که متضمن غبن است
خود معامله موجب ضرر نیست بلکه حکم آن (که لزوم است) ضرری است بنابراین به موجب نظر آخوند خراسانی
مشمول قاعده لاضرر نیست اما طبق نظر شیخ انصاری چون حکم صادره از ناحیه شارع موجب ضرر است مشمول
قاعده لاضرر است و حکم آن برداشته می شود.

۳- نظریه شیخ الشریعه اصفهانی: به نظرایشان لابه معنای نهي استفاده شده است. مثلاً درآیه "وَلَا تُفْسِقُوا" و لا تُفْسِقُوا

وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ" به معنای نهي از بدکاری و ستیزه جویی در حج است بنابراین لا ضرر یعنی ضرر نرسانید.

۴- نظریه فاضل تونی: به نظرایشان منظور از قاعده لا ضرر نفی ضرر غیر متدارك (غیر قابل جبران) است یعنی منظور از این

قاعده نفی ضرری است که جبران نشود. به عبارت دیگر هر ضرری باید جبران شود و شارع از ضرری که جبران نشود نفی می کند (وجوب تدارك ضرر)

۵- نظریه امام خمینی (ره): قاعده لا ضرر در ضمن قضا و قهای پیامبر اکرم (ص) و امیر المؤمنین (ع) آمده است

و منظور آنهاییان احکام شرعی نبوده و در مقام بیان حلال و حرام نبوده اند بلکه چون رئیس مسلمانان بوده اند برای حل و فصل امور مسلمین چنین حکم حکومتی اعلام کرده اند.

با بررسی نظریات مختلف می توان به این مطلب رسید که:

اولاً: کلمه لا در جمله لا ضرر نافی است نه ناهیه

ثانیاً: ضرر اختصاص به ضرر شخصی ندارد بلکه شامل ضرر شخصی و نوعی است. ثالثاً ضرر در اسلام مشروعیت

ندارد و این عدم مشروعیت هم شامل مرحله قانون گذاری است و هم شامل مرحله اجرای قانون.

اصل ۱۴۰ قانون اساسی: هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی

قرار دهد.

ماده ۱۳۲ قانون مدنی: کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به

قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.

در موارد زیر قاعده لا ضرر مبنای قانون گذاری بوده است.

۱- ماده ۶۵ قانون مدنی، که به موجب آن وقتی که به جهت اضرار دین (طلبکاران) باشد را منوط به اجازه دین

دانسته است.

۲- ماده ۱۱۴ قانون مدنی، مبنی بر مجاز دانستن اجبار شریک برای تعمیر دیوار مشترک در صورتی که دفع ضرر به طریق

دیگری ممکن نباشد.

۳- مواد ۱۳۸ و ۱۳۹ قانون مدنی، که تصرف در حریم راه منظور جلوگیری از ضرر به صاحب حریم منع کرده و میزان

حریم راه اندازه ای معین کرده که برای دفع ضرر کافی باشد.

۴- همچنین مراجعه کنید به مواد ۵۹۱ و ۵۹۴ و ۶۰۰ و ۸۳۳ و ۱۳۰ قانون مدنی

آیا حرمان از منافع، ضرر است یا ضرر نیست؟ آیا عدم النفع ضرر محسوب می شود؟

۱- آقای دکتر سید حسن امامی معتقد است ضرر بر دو قسم است: الف- تلف مال ب- تفویت منفعت و این منفعت

یا منفعتی است محقق یا محتمل .

۲- آقای جعفری لنگرودی می گوید عدم النفع عبارت است از ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی که مقتضی وجود آن

حاصل شده است مانند توقیف غیر قانونی شاغل به کار که موجب حرمان از گرفتن مزد شده باشد.

۳- آقای دکتر درودیان: به نظرایشان هنگامی از عدم النفع یا منفعت تفویت شده سخن به میان می آید که در نتیجه

عمل زیانبار، دارایی خاص شخص فزونی نیافته است. در حالی که اگر این واقعه رخ نمی داد بر طبق روند عادی امور و تجربه

جاری و آماری زندگی این افزایش انجام می پذیرفت.

انواع عدم النفع

۱- **عدم النفع محقق:** منفعت یا فایده ای است که مقتضی حصول آن فراهم گردیده و اگر فعل زیانبار معینی پدیدار

نشود آن نفع وفایده محققاً عاید صاحب آن خواهد شد. بنابراین عدم تحصیل این منفعت منحصر آیه واسطه حدوث فعل

زیانبار است مثلاً اگر شخصی کارگری یا صنعتگری را زندانی کند و مانع کار روزانه او شود در این صورت از رسیدن منفعت محقق

به او جلوگیری کرده است.

۲- **عدم النفع محتمل:** تحصیل این منافع بستگی به تحقق عوامل و شرایط متعددی دارد و این گونه نیست که اگر فعل

زیانبار به وقوع نپیوندد حتماً منافع مورد انتظار به دست آید. به عبارت دیگر منفعت محتمل منفعتی است که هرگاه فعل معینی

موجود نمی گشت احتمال داشت که آن عاید طرف گردد. به عبارت دیگر فعل زیانبار علت منحصر نمی باشد.

قول مشهور نزد فقهای عظام آن است که "عدم النفع لیس بضرر"، اما در برخی از مصادیق عدم النفع برخی از بزرگان

قائل به ضرر بودن عدم النفع هستند. به نظرمی رسد تشخیص ضرر به عهده عرف است و در مواردی که عرف حرمان

از منافع راضریدانند مانیز باید آنرا ضرر تلقی کنیم. قوانین موضوعه، در مورد عدم النفع سرگردان است به نحوی که درجائی صریحاً آن را قابل جبران و گاهی غیر قابل مطالبه دانسته است.

رعایت قاعده عدل و انصاف و بسیاری از اصول کلی حقوقی اقتضا می کند که در بسیاری از موارد، عدم النفع راضرردانسته و آن را قابل جبران بدانیم.

خلاصه و نتیجه گیری نهایی (عدم النفع)

سیر تطور قوانین ایران در خصوص موضوع تحقیق نشان می دهد که تا قبل از تصویب قانون آئین دادرسی مدنی مصوب شهریور ماه ۱۳۱۸ رویه واحدی بر دادگاهها حاکم نبود و محاکم از قواعد متفرقه ای که مصادیق عدم النفع را قابل جبران می دانستند، استفاده می کردند. شق ۱۵ از ماده واحد قانون متمم کیفر کارکنان دولت مصوب ۱۳۰۸، ماده ۳۷ قانون تسریع محاکمات مصوب تیرماه ۱۳۰۹ و ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ از این جمله اند.

مع الوصف با تصویب قانون آئین دادرسی مدنی در سال ۱۳۱۸ به نحو روشنی تفویض منفعت ضرر قابل جبران تلقی شده و دایره شمول مقررات مربوط به قابلیت مطالبه خسارات عدم النفع ناشی از محرومیت شغلی مختلف و خسارات معنوی با تصویب قوانینی از قبیل اصلاحی قانون جزا مصوب ۱۳۲۸ و اصلاحی آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۵۵ و قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ توسعه داده شد.

ماده ۹ قانون آئین دادرسی کیفری اصلاحی بهمن ۱۳۳۵ مقرر می داشت: ضرر و زیانی که قابل مطالبه است بشرح زیر است: «۱) ضرر و زیان های مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است. ۲) ضرر و زیان معنوی که عبارتست از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی ۳) منافعی که ممکن الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم مدعی خصوص از آن محروم می شود.» در اصلاحی سال ۱۳۷۸ نیز این معنی تکرار شده است.

ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸ نیز مقرر می داشت: «... ضرر ممکن است به واسطه از بین رفته مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می شده است».

به نظر می رسد واضعین قانون مدنی مواد پیش بینی شده در قانون مدنی در باب خسارات را کافی ندانسته و وضع و تدوین مواد تکمیلی در آئین دادرسی مدنی در رابطه با جبران خسارت مربوط به عدم انجام تعهد و یا تأخیر در انجام آن را ضروری تشخیص داده اند.

تصریح قانونگذار در ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی فقط شامل عدم النفع ناشی از اجرای تعهدات است اما غالب حقوقدانان با استفاده از ملاک این ماده و تسری آن به مسئولیت قهری و قراردادی عدم النفع ناشی از ضمانات قهری و خارج از قرارداد را نیز خسارت تلقی نموده و احکام این ماده را بر آنها مترتب می نمایند. به نظر می

رسد علت تقييد حكم ماده ۷۲۸ به عدم النفع ناشي از عدم اجراي تعهدات و نه بطور مطلق ، نظرات مخالف است كه از ناحيه جمعي از فقهاي شيعه در خصوص عدم النفع اظهار گرديده است .

در رابطه با خسارات عدم النفع در خسارات ناشي از عدم انجام تعهد در حقوق ايران از نظر مشهور فقها كه معتقد به عدم ضمان و عدم تعهد به جبران اين گونه خسارات مي باشد ، تبعيت نشده است . اين نوع خسارات در قانون مدني و قانون آئين دادرسي مدني تحت عنوان خسارات حاصله از عدم اجراي تعهد و يا تاخير در اجراي تعهد آمده است .

سراجم قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئين دادرسي مدني مصوب ۱۳۷۹ و در ماده ۲۶۷ همان قانون به صراحت خسارت ناشي از عدم النفع را قابل مطالبه ندانست .

حقوقدانان در تحليل اين تعارضات و به جهت پيدا كردن راه حل مناسب نظرات مختلف داده اند . به نظر مي رسد تفسيري كه بتواند اطلاق تبصره دو ماده ۵۱۵ قانون آئين دادرسي مدني را كه بطور مطلق عدم النفع را قابل مطالبه نمي داند حل نمايد و هم با نظرات فقهاي اماميه و مباني فقهي و قانوني قابل جمع باشد آن است كه بايد بين تفويت منافع مسلم و عدم النفع كه وجود منفعت در آن مسلم نيست تفاوت قائل شد و بدین ترتيب تفويت منافع محقق (اعم از منافع اعيان ، اشخاص و اعمال) را ضرر تلقي كنيم و از مفهوم عدم النفع خارج بدانيم . و در اين صورت اين خسارت مسلماً از ديد قانونگذار قابل مطالبه است (چه از باب مسؤوليت قراردادي و چه از باب قاعده اتلاف يا تسبیب و يا لا ضرر) و با منع تبصره ۲ ماده ۵۱۵ روبرو نيست و فقط منافع احتمالي كه تحقق آن مسلم نيست داخل در مفهوم عدم النفع بوده و مشمول تبصره ۲ خواهد بود و قابليت مطالبه نخواهد داشت .

به طور خلاصه نتايج به دست آمده از اين تحقيق عبارتند از:

۱- با تفكيك مفاهيم عدم النفع و تفويت منفعت و منافع محقق الحصول و محتمل الحصول ، آن قسمت از عدم النفع را ضمان آور مي دانيم كه ضرري باشد و به علت محروم شدن شخص از منفعت و فايده قطعي و مسلم الحصولي كه انتظار دارد بر او وارد شده است.

۲- در غصب پايين آمدن قيمت کالا و سرد شدن بازار کالا در اموال معد تجارت ، با توجه داوري عرف ، ضرر به شمار مي آيد.

۳- در خسارت ناشي از عدم اجراي تعهدات ، متعهد ناقض عهد را تا حدي مسئول مي دانيم كه وضعيت متعهد له را به حالت پيش از عقد بازگرداند.

۴- در بازداشت متهميني كه مدتي را در حبس مي گذرانند و بعداً حكم براءت آنها صادر مي شود ، اصل تساوي شهروندان در مقابل تكاليف عمومي و رعايت اصول عدالت و انصاف اقتضا مي كند خسارت محروم شدن از كار و خسارتهاي معنوي وارده به حيثيت متهم ، جبران شود.

- ۵- به جهت تضمین پرداخت خسارت از سوی قاضی مقصر که در اصل ۱۷۱ ق اساسی و ماده ۵۸ ق مجازات اسلامی پیش بینی شده ، پیشنهاد می شود اولاً: خسارت را در هر صورت دولت پرداخت کند و سپس دولت به قاضی مقصر مراجعه کند و ثانیاً: طی یک آئین نامه اجرائی نحوه جبران ، محل اعتبار و چگونگی اعاده حیثیت مشخص شود.
- ۶- در خسارت تأخیر تأدیه ، شرط جرمه تأخیر نه مخالف قرآن است و نه سنت و نه حيله اي براي گرفتن ریاست.
- ۷- در تبصره دو ماده ۷۲۸ ق آ.د.م مبنی بر غیر قابل مطالبه بودن خسارات ناشی از عدم النفع ، منظور قانونگذار منافع احتمالی است که تحقق آنها مسلم نیست.

قاعده ید و تصرف^۱

"مَنْ اسْتَوْلَى عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ"

"لَوْ لَمْ يَجُزْ هَذَا لَمَا قَامَ لِلْمُسْلِمِينَ سَوْقٌ"

سیر مالکیت دارای سه مرحله است: ۱- روزهای نخستین خلقت بشر: روابط اجتماعی ساده و امکانات ساده

بود. انسانها با وسایل و ابزارهای ابتدائی و اولیه به حیات و جمع آوری و استفاده از نعمتهای خدادادی پیرامون خود می

پرداختند. ۲- با ظهور انبیاء الهی گروهها و اجتماعات انسانی بیشتر گرد هم آمدند و احساس نیاز به ذخیره سازی

پیدا کردند و اشیاء را در انبارها ذخیره میکردند. ۳- دوره تمدن امروزی طرق اعمال مالکیت نسبت به اشیاء معنایی جدیدی

پیدا کرده و رابطه بین شخص و اشیاء بیشتر اعتباری شده است .

ید یعنی سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلائی او باشد به نحوی که بتواند هرگونه

تصرف و تغییری در آن بدهد .

مدارک و مستندات ید

۱- سیره: روش مستمر مسلمانان در جمیع اعصار این بوده است که با دارنده شیء معامله مالکیت می کنند .

۲- بنای عقلا: (استنباط عقلی افراد متعارف) هرگاه امری مورد پذیرش جمیع عقلا در تمامی اقوام و ملل بوده باشد چون

شارع هم یکی از عقلا بلکه عاقل ترین آنان است بنابراین آنرا تنفیذ و تجویز می کند.

¹- Rule of "possession". prior possession is a good title of ownership against all who cannot show a better possession.

تفاوت سیره و بنای عقلا: درسیره محورا اعتباروارزش، رویه جاری و عرف معمول اسلامی است که پس از احراز استمرار و اتصال آن به زمان معصومین پذیرش شریعت را کشف می‌کنیم اما در بنای عقلا محورا ساسی عقلایی بودن امر است که از طریق اتفاق آرای خردمندان کشف می‌شود.

۳- اجماع: مستقلاً دلیل نیست و فقط در صورت کاشف بودن از رای معصوم (ع) حجیت دارد.

۴- سنت (روایات): احادیث و سیره معصومین و تقریر که تقریر آن است که معصومین عملی را دیدند و تأیید کردند و یا نهي نکردند (به شرطی که در مقام تقیه نبوده باشند)

اماریت ید (اماره بودن ید)

(اماره بودن ید) مفاد قاعده ید این است که استیلا و سلطه يك فرد بر شیء مثبت مالکیت آن شخص است و طبع اصلی و اولیه انسان بر شیء نشانه مالکیت شخص و مملوکیست شیء است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. قاعده ید از امارات معتبره است و نه از اصول زیرا که مفاد این قاعده کاشفیت و طریقت بر واقع است. لذا کلیه امارات در معارضه با اصول مقدمند.

تصرف عبارت است از تسلط و اقتداری عرفی که انسان در مقام اعمال حق خود بر مالی دارد. برابر ماده ی ۳۵ قانون مدنی «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» و برابر ماده ی ۳۶ قانون مدنی تصرفی معتبر است که ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی باشد. همچنین قانون مدنی به پیروی از اکثر فقهای امامیه قاعده ید را در حقوق نیز توسعه داده است، به نحوی که در مورد حق ارتفاق در مواد ۹۵، ۹۷، ۱۲۴ قاعده ید تسری داده شده است. باید دانست که قاعده ید در مورد اعراض و انساب حاکمیت ندارد و فقط اختصاص به موارد مالی دارد.

جهات اماریت ید

دو نظر بین فقها وجود دارد:

الف- برخی از فقهای بر این عقیده اند چون در جامعه غالباً مالی که دریداشخاص است مال خودشان است پس از باب غلبه این ید نشانه مالکیت آنهاست و ید عدوانی در موارد نادری است.

ب- برخی دیگر از فقها معتقدند طبیعت واقتضای اولیه واصلی آن است که وجودش دریدشخص دلیل بر تسلط مالکانه شخص بر آن شی باشد.

تعارض استصحاب با قاعده ید

چون ید اماره است و استصحاب اصل می باشد بنابراین ید بر استصحاب اولویت دارد. اعتبار ید به امضاء شارع رسیده است.

حاکمیت ید

الف: حاکمیت ید در غیر مقام تنازع و اختلاف

- ۱- مالی فعلاً دریدشخص است؛ شك داریم که از ابتدا مالکانه تصرف کرده یا غیرمالکانه (مثلاً عاریه است یا اجاره)، در اینجا شکی نیست که قاعده ید حاکم است و یدفعلي را یدمالکانه می شناسیم.
- ۲- یقین داریم که مالی مسبوق به تصرف مالکانه است شك ایجاد میشود که آیا یدفعلي مالکانه است یا غیرمالکانه، در این صورت هم طبق قاعده ید و هم طبق اصل استصحاب یدفعلي را یدمالکانه تلقی می کنیم.
- ۳- یقین داریم که یدشخص که سابقاً بر مالی استقرار یافته مالکانه نبوده است (مثلاً ناشی از اجاره یا عاریه یا تصرف عدوانی بوده است) حال تردید می کنیم که آیا ید غیرمالکانه سابق تبدیل به یدمالکانه شده یا همچنان ید غیرمالکانه باقی مانده است آیا یدفعلي را می توانیم دلیل مالکیت ذوالید (متصرف) بدانیم؟ در این مورد بین فقها اختلاف است:

- الف- گروهی معتقدند قاعده ید حاکمیت ندارد چون ملاك قاعده ید که غلبه بود در اینجا مصداق ندارد زیرا که ید عاریه و ید اجاره و ید عدوانی به جز در مواردی که به یدمالکانه تبدیل نمی شود یعنی غلبه با ادامه پیدا کردن ید غیرمالکانه است.
- ب- گروهی دیگر از فقها قاعده ید را در این مورد حاکم می دانند البته نظراین گروه از فقها در مقام مخاصمه و دعوا نزد محاکم ممکن است صحیح و قابل قبول باشد اما در غیر موارد مخاصمه و منازعه بدین گونه نیست، به نحوی که اگر منازعی وجود نداشته باشد مشاهده می کنیم که ذوالید پس از تصرف غیرمالکانه با گذشت مدت زمانی به نحو مالکانه

دخل و تصرف مي کند. آن را تعمير مي کند و تغييرات اساسي مي دهد ، عقلاً در اين مورد براي يداماريت قائلند و مالکيت ذواليد راصحيح مي شمارند اما اگر مسبوق به تصرف عدواني باشد يد را حجت ندانسته و در مورد آن تحقيق مي کنند .

ب: حاکميت يد در مقام تنازع

۱- اگر مدعي که به دادگاه مراجعه کرده فاقد بينه باشد ذواليد با استناد بر يد دعوي او را باطل ميکند و با اتيان (آوردن) سوگند که يك اقدام احتياطي و تکميلي است نزاع خاتمه پيدامي کند .

۲- براي دادگاه مسلم است که ملك مورد اختلاف سابقاً متعلق به شخص ثالث بوده است ذواليد مي گويد که آن راز ثالث خريده، مدعي نيز مي گويد اواز شخص ثالث خريده است. در اين صورت يد ذواليد حجت دارد و دعوي مدعي را باطل مي کند.

۳- براي دادگاه به طريقي غير از اقامه شهود يا اقرار متصرف مسلم شده است که مال مورد اختلاف متعلق به مدعي است اما مشخص نيست به چه صورتي به ذواليد انتقال يافته است ، ذواليد مدعي است که با سبب ناقله قانوني به اورسيده ولي مدعي مي گويد که تصرف ذواليد غصبی است. در اينجا تعارض بين يد با استصحاب است که يد مقدم است و ذواليد سوگند نيز مي خورد .

۴- مدعي داراي بينه است و عليه ذواليد اقامه دعوي مي کند اما بينه دلالت بر آن دارد که مال سابقاً متعلق به مدعي بوده است. در اينجا مدعي فعلاً ادعا دارد که مال متعلق به اوست ذواليد هم هين ادعا را دارد مدعي گواه آورده اما گواهان شهادت مي دهند مال سابقاً متعلق به مدعي بوده است اما از وضعيت فعلي آن اطلاعي نداريم ، در اين خصوص بين فقها اختلاف است الف- برخي معتقدند يد بر بينه مقدم است ب- گروه ديگر معتقدند بينه بر يد مقدم است .

به نظري رسد در اين مورد يد بر بينه مقدم باشد زيرا بينه اقامه نشده که مال فعلاً متعلق به کيست بلکه بينه فقط حاکي از آن است که مال سابقاً متعلق به مدعي بوده است .

۵- مدعي با اقامه بينه ثابت مي کند که فعلاً مال مورد اختلاف متعلق به اوست، در اين حالت قطعاً بينه بر يد مقدم است و مدعي مال را تصاحب مي کند .

۶- صاحب ید اقرار می کند که ملك سابقاً متعلق به مدعی بوده است اما به سبب ناقلی به او رسیده است، فقها اختلاف نظر دارند مشهور فقها معتقدند دعوا منقلب می شود و در این صورت ذوالید مدعی تلقی می شود و بایستی بینه اقامه کند. قانون مدنی ما از همین نظریه مشهور تبعیت کرده است (ماده ۳۷ ق.م: اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملك سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمیتواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور، به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملك به ناقل صحیحی به او منتقل شده است.)

قاعده ضمان ید^۱

"عَلِيّ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ"

هرگاه شخصی مال دیگری را تصرف نمود یا بر آن استیلا یافت در مقابل مالک ضامن است یعنی مکلف است چنانچه مال باقی است عین آن را برگرداند و اگر تلف شود یا خسارتی به آن وارد شود باید از عهده خسارت برآید .

مستندات قاعده علی الید

- ۱- بنای عقلا: به این معنی که وقتی شخصی مال دیگری را تصرف می کند از نظر عقلا مسئول عواقب آن می باشد.
 - ۲- سیره اسلامی: سیره مستمر و رویه جاری مسلمانان حاکی از آن است که این قاعده همواره مورد پذیرش بوده است.
 - ۳- مدرک دیگر خود حدیث نبوی "عَلِيّ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ" است .
- در سند حدیث گفته شده است که حدیث مرسل و سندش ضعیف است (حدیث مرسل به احادیثی گفته می شود که سلسله آنها در وسط قطع شده است). گرچه سند حدیث ضعیف است اما ضعف سند با شهرت فتوایی جبران شده است یعنی مورد استناد تعداد زیادی از فقهای قدیم قرار گرفته است. از فقهای قدیم ابن ادریس حلی در چند مورد در کتاب سرائره این حدیث استناد کرده است .
- ۴- استناد به این قاعده و مفاد این حدیث از تاسیسات و ابداعات دین اسلام نمی باشد بلکه مبنای اصلی آن بنای عقلاست.

در مفاد حدیث "علی" به معنی "عهده" است. استعمال کلمه ید در این حدیث به عنوان جزء در کل است یعنی چون متعارف آن است که اموال با دست گرفته می شود لذا پیامبر منظورشان از ید، کل وجود آدمی بوده است نه فقط دست او.

کلمه "ما" که موصول است منظور همان مالی است که اخذ کرده است.

¹- Rule of liability of usurper

اخذت فعل مؤنث می باشد چرا که یدفاعل آن است و مؤنث مجازی است و منظور اخذ حقیقی بادست نیست بلکه کنایه از استیلا و سلطه بر مال است .

حتیّ تؤدیّه معنایش این است که تا وقتی آن را ادا کند بده صاحبش برگرداند .

نکته اول: باتوجه به اطلاق روایت به نظرمی رسد تصرف مال چه علماً باشد یا از روی جهل در هر دو صورت موجب ضمان است. باین تفاوت که اگر تصرف مال غیر از روی اراده و عمد و قصد باشد دارای عقوبت شرعی و مجازات است اما اگر تصرف غیر عمدي باشد فقط موجب ضمان حقوقی (مسئولیت مدنی یا ضمان قهری) است .

نکته دوم: فرق ضمان ید با غصب

غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان (تجاوز به حق دیگری). پس در غصب استیلا از روی عمد و قهر صورت می گیرد اما در ضمان ید عنصر عمد و قهر لحاظ نشده است. بنابراین دایره ضمان ید وسیعتر است از مفهوم غصب مثلاً کسی که مالی را به عقد فاسد قبض می کند ضامن است ولی غاصب نیست.

نکته سوم: در ضمان ید در موارد منجر به تلف رابطه علیت مادی بین فعل متصرف و تلف ضروری نیست بنابراین اگر متصرف اثبات کند که تلف مال در اثر قوه قاهره یا آفت سماوی (force major) بوده است باز هم دارای مسئولیت حقوقی خواهد بود.

نکته چهارم: آیا ضمان ید منحصر به عین است؟ یا استیلا بر مال غیر باعث ضمان متصرف نسبت به منافع عین در زمان تصرف هم میشود؟ قول مشهور فقهای امامیه و مالک و ابوحنیفه آن است که غاصب ضامن منافع نیست چرا که او نسبت به عین مال مسئولیت دارد پس منافع زمان تصرف به او تعلق می گیرد . استنادشان به دو قاعده "الخَرَجُ بِالضَّمَانِ" و "مَنْ لَّهُ الْعُنْمُ فَعَلَيْهِ الْعُرْمُ" یعنی هر کس که زیان به عهده اوست منافع ، مال او می باشد . اما مشهور فقهای امامیه این استدلال را رد کرده اند همچنین شافعی و احمد بن حنبل باین نظر مشهور موافقت کرده غاصب ضامن منافع در زمان غصب می باشد.

نکته پنجم: به نظر فقهای امامیه در مورد منافع مستوفات ، شخص متصرف بدون تردید ضامن است خواه تصرف عدوانی باشد (غصب باشد) و یا غیر عدوانی صورت گرفته باشد. اما در منافع غیر مستوفات اگر تصرف عدوانی باشد

باز هم فقهای امامیه معتقدند که شخص متصرف ضامن است اما اگر تصرف عدوانی نباشد گروهی به ضمان معتقد نیستند اما باز هم در همین صورت قول مشهور وجود ضمان است.

نکته ششم :

الف- اگر امکان استیفاء (بهره برداری) منافع متعددی از مال مغضوب وجود داشته و ارزش آن منافع بایکدیگر مساوی نباشد اگر غاصب از آن بهره برداری نکرده بلکه آنرا معطل گذاشته باشد به نظر فقهای غاصب مدیون است به قیمت منفعتی که از نظر عرف و عادت منفعت آن مال محسوب می شود.

ب- در فرض بالا اگر منافع متعدده متعارف باشند و قیمتها مختلف باشند غاصب به پرداخت چه قیمتی ملزم خواهد شد (مانند زمینی که امکان کشت گندم و برنج در آن وجود داشته باشد)؟

به نظر اکثر فقهای در این فرض غاصب باید اعلی القیم یعنی قیمت منافع گرانتر را بپردازد زیرا محصول گرانتر به هر حال منفعت ممکن الحصول برای عین محسوب می شود و اگر آن مال غصب نمی شد امکان بهره برداری با کشت برنج وجود داشت.

ج- چنانچه غاصب یکی از منافع مال مغضوبه را مورد استیفاء قرار دهد در حالیکه دارای منافع متعددی بوده است در این صورت بین فقهای اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند غاصب قیمت همان منافع را که استیفاء نموده است پرداخت نماید اما به نظر بعضی دیگر غاصب همواره ملزم به پرداخت منفعت گرانتر خواهد بود هر چند که منفعت ارزانتر را استیفاء کرده باشد.

نکته هفتم :

الف- اگر کسی دیگری را به بیگاری بکشد و به جبر و قهرا از او استفاده نماید ضامن منافع اوست و بایستی بپرداخت دستمزده او از عهده ضمان او برآید.

ب- ضمان محرومیت از کار: هرگاه شخصی انسان کارگرو یا صنعتگری را بازداشت نماید یا به نحوی او را از کار کردن محروم کند آیا ضامن قیمت کار او می باشد؟ مشهور فقهای امامیه معتقدند که در اینجا ضمان وجود ندارد بدین استدلال که انسان آزاد است و از اموال محسوب نمی شود و منافع اوتابع وجود اوست و مالی مستقل به شمار نمی آید پس همانطور که انسان را نمی توان غصب کرد غصب در منافع او هم تحقق پیدا نمی کند و اگر منافع چنین شخصی بدون استفاده تلف شود در تصرف

خوداوازیین رفته است و ضمان به عهده دیگری قرار نمی گیرد. گروه دیگری از فقها قائل به ضمان هستند. مستند آنها قاعده لاضرر است.

نکته هشتم : شیوه های ابراء ذمه

الف- بازگرداندن اصل مال در صورت موجود بودن

ب- جبران خسارت در صورت ناقص و یا معیوب شدن مال

ج- پرداخت بدل در صورت وجود عین و عدم امکان رد آن که به آن در فقه اصطلاحاً بدل حیلولة (حائل شدن) می گویند.

د- پرداخت معادل در صورت تلف عین که به دو صورت انجام می شود: ۱- دادن مثل در اموال مثلی ۲- دادن قیمت در اموال قیمی.

نکته نهم: تعریف مثلی و قیمی

دو تعریف وجود دارد:

الف- مثلی آن است که اجزایش از حیث قیمت به نسبت متساوی باشد مانند گندم در حالی که قیمی چنین نیست مانند فرش و گوسفند.

ب- تعیین مثلی و قیمی موقوف به عرف است. ماده ۹۵۰ ق.م از این نظریه روی نموده است.

نکته دهم :

اگر مال در دست غاصب تلف شود و بین قیمت روز تلف (یوم التلف) و روز غصب (یوم الغصب) تفاوت وجود داشته باشد

غاصب کدام قیمت را باید بپردازد؟

در این مورد بین فقها اختلاف نظر وجود دارد:

۱- قیمت روز غصب باید توسط ضامن به مالک پرداخت شود.

۲- بالاترین قیمت (اعلی القیم) بین فاصله زمانی غصب و تلف بعهد غاصب است.

۳- قیمت روز تلف ملاک است.

۴- غاصب باید قیمت روز پرداخت را به مالک تسلیم کند. (یوم الاداء)

نکته یازدهم : قبض بالسَّوْم یا اخذ بالسَّوْم

شخصی به قصد خرید کالایی شکستنی آنرا در دست می گیرد تا ارزیابی کند. اگر کالا از دستش بیفتد و بشکند

و یا خسارت ببیند خریدار ضامن است. این عمل را قبض بالسَّوْم میگویند. (سوم یعنی ارزیابی)

قاعده اقدام

"مَنْ أَقْدَمَ عَلَى نَفْسِهِ فَلَا ضَمَانَ لَهُ"

"الْأَقْدَامُ مُسْقَطٌ لِلضَّمانِ"

فقهاء قاعده اقدام را يکي از مسقطات ضمان شمرده اند.

معناي اين قاعده، چنانکه از نامش پيدا است، اين است که کسي با علم و قصد و رضا، ضرر يا ضمايني را بپذيرد. مانند آنکه مالي را به بهاي بيشتر بخرد يا آن را به ديگري دهد که در دريا بيندازد. در اين صورت هيچکس ضامن او نخواهد بود و مال از کيسه خودش رفته است.

ادله حجيت اين قاعده

صاحب عناوين ادله حجيت قاعده اقدام را چنين بيان کرده است:

الف- سبب ضمان احترام مال است، چه، پيامبر اکرم (ص) فرموده است: همچنان که جان مسلمان محترم است مال او هم محترم است. حال هر گاه کسي به دلخواه خود مال خود را در معرض تلف قرار دهد يا آن را بدون عوض به ديگري بدهد خود احترام مال خود را از بين برده و نمي توان ديگري را مسؤول و ضامن آن دانست.

ب- مفاد روايت: ((مال کسي بر ديگري حلال نيست مگر با رضاي خاطر صاحب آن)) زیرا وقتي صاحب مال به ميل و رضاي خود و بدون عوض مال خود را در اختيار ديگري قرار دهد نمي تواند از او مسؤوليت و ضمايني را انتظار داشته باشد.

ج- اجماع فقهاء که از بررسي فروع فراوان فقهي به دست مي آيد. مثلاً هر گاه کسي مالي را به صورت فضولي بخرد و آگاه باشد که فروشنده فضولي است و مالي را بجاي ثمن بدهد و آن مال تلف شود و مالک معامله را رد کند خريدار نمي تواند بدل آن مال را از مالک يا از بايع مطالبه کند.

مثال ديگر: اگر شخصي با ديوانه يا کودک معامله کند و مالي به دست او بدهد کسي ضامن آن نيست.

د- روايات فراواني که دلالت دارند بر جواز اباحه، عطيه و تبرع نسبت به اموال و کارهاي خود.

مساله اقدام روشن تر از آن است که احتیاج به استدلال نقلي داشته باشد، چه، این قاعده اي است عقلي و عقل مي فهمد و همه عقلاء مي پذيرند که هر گاه کسی به زیان خود اقدام کند کسی جز خود را نمی تواند سرزنش کند. البته گاهی در مصادیق این قاعده اختلاف نظر به وجود می آید که این بحثی دیگر است و به حجیت قاعده آسیبی نمی رساند. مثلاً کسی زمینی را از دیگری اجاره کند و در آن درختانی بنشانند که باروری آنها نیاز به زمانی بیش از مدت اجاره داشته باشد و پس از مدت اجاره موجر ملک خود را پس بگیرد نسبت به درختان این بحث پیش می آید که آیا مالک باید آنها را نگهدارد یا حق دارد آنها را بکند و عوض و خسارت دهد یا بدون عوض و خسارت بکند چون مستاجر تا این اندازه حق نداشته و به زیان خود اقدام کرده است؟

مثالی حقوقی برای این قاعده — هر گاه دو نفر در ملک قابل تقسیم مانند باغ و ملکی غیر قابل تقسیم مانند آسیاب شریک باشند و یکی از آنها سهم خود را به شخص سوم بفروشد شریک نسبت به جزئی از معامله که مورد آن قابل تقسیم است حق شفعه دارد و نسبت به جزئی که تقسیم پذیر نیست حق شفعه ندارد. فرض کنیم شفیع اخذ به شفعه کند آیا خریدار نسبت به مابقی حق فسخ پیدا می کند؟ عقائد فقها مختلف است برخی از شارحان قانون مدنی بخصوص دکتر سید حسن امامی به استناد قاعده اقدام این حق را برای خریدار نشناخته است.

در حقوق کامن لا قاعده اي بعنوان “Volenti non fit injuria” وجود دارد که بدین معنی است که “no injury can be done to a willing person” (اگر کسی دانسته قبول کند خطر کند مستحق دریافت خسارت به جهت زیان وارده نیست). این بدان معناست که شخصی که داوطلبانه رضایت به ارتکاب شبه جرم داده است نمی تواند بر اساس آن اقامه دعوی کند. یعنی برای کسی که با اراده خود خسارتی بر او وارد می شود، جبران خسارتی نخواهد بود. یک مشت زن، بصورت اختیاری خطر کوبیده شدن مشت به دماغش را از سوی حریف قبول می کند و در صورت اصابت مشت به او، نمی تواند شکایت کند. اگر یک بازیکن فوتبال توپ را به سوی دروازه شوت کند و توپ به سر بازیکن تیم مقابل اصابت کند، در صورت ایراد صدمه مسوولیتی وجود ندارد.

ورزشکاران به صورت داوطلبانه تعهد به پذیرش خطرات و مخاطرات ذاتی، بازی می کنند. بر همین اساس، تماشاگران نیز بصورت داوطلبانه، خطرات قانونی شرکت در تجمعات ورزشی را می پذیرند و اگر در طول اجرای بازی آسیب

بینند، سببی برای اقامه دعوی نخواهند داشت. در دعوی هال علیه یک باشگاه مسابقه اتومبیل رانی در خلال مسابقه یک اتومبیل پس از تصادف به نرده ها برخورد نموده و موجب مرگ دو تماشاگر شد، دادگاه احتیاطهای اتخاذ شده توسط خواندگان را کافی دانست و رای داد که این نوع خطر برای تماشاچیان در ورزش ذاتی و طبیعی است و خواهان به پذیرش خطر چنین حادثه ای رضایت داده است.

قاعده اتلاف و تسبیب

"مَنْ اتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ"

درفقه امامیه موجبات ضمان قهری یا مسئولیت مدنی عبارتند از غصب، اتلاف و تسبیب.

قاعده اتلاف: "مَنْ اتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ"

مستندات:

۱- قرآن: شیخ طوسی در کتاب مبسوط وابن ادریس در کتاب سرائر به این آیه استناد کرده اند.

"الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ" آیه ۱۹۴ سوره بقره

۲- سنت: حدیث نبوی "حرمة مال المسلم كحرمة دمه" یعنی مال مسلمان مانند جان او محترم است.

اتلاف گاهی حقیقی است و گاهی حکمی، اتلاف حقیقی آنست که شخصی مال دیگری را به کلی از بین ببرد مثلاً لباس دیگری را بسوزاند یا خانه او را خراب کند. اما اتلاف حکمی آنست که نفس مال از بین نماند بلکه باقی بماند اصل مال، مالیت آن از بین می رود. مثل آنکه یخ که در تابستان مالیت دارد و در زمستان، کسی در تابستان آن را مخفی کند و در زمستان آنرا به صاحبش برگرداند گرچه عین آن یخ از بین نرفته اما ارزش و مالیت آن از بین رفته است. بعضی از فقها قاعده اتلاف را شامل هردو نوع اتلاف حقیقی و حکمی دانسته اند. اما بیشتر فقها قاعده را فقط شامل اتلاف حقیقی می دانند نه اتلاف حکمی و در اتلاف حکمی معتقدند باید به ادله دیگری تمسک کنیم.

نکته اول: آیا در قاعده اتلاف عمد و قصد برای ضامن بودن نقش دارد؟

به موجب اطلاق ادله قاعده اتلاف، در وجود آمدن ضمان عنصر عمد و قصد دخالت ندارد. بنابراین کسی که با عمل خود موجب تلف مال دیگری شده باشد ضامن است و ملزم به جبران خسارات وارده است چه عالماً و چه عامداً مرتکب شده باشد و چه بدون عمد. ماده ۳۲۸ ق.م.ا: "هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم

از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آنرا ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است."

اما احراز انتساب عمل به فاعل ضروری است. بنابراین اگر افعال عملی سرزده که منتهی به تلف مال شده باشد بلکه مال در دست اوبه علل سماوی تلف شود نمی توان عمل اتلاف را به وی منتسب کرد و ضمانی نخواهد بود. بنابراین در ضمان اتلاف، تقصیر شرط نیست ولی انتساب شرط است. به عنوان مثال: پارچه ای که توسط خیاط بابرش و یادوخت غیر صحیح از بین برود و از ارزش ساقط شود خیاط ضامن است هر چند تعدی و تفریط هم نکرده باشد زیرا به هر حال عمل برش به او منتسب است.

نکته دوم: قانون مدنی ایران در مواد ۳۲۸ و ۳۲۹ و ۳۳۰ احکام ضمان اتلاف را بیان نموده و به تمامی اقسام اعم از اتلاف عین و منفعت اشاره کرده و از نظریه مشهور فقها پیروی نموده است.

ماده ۳۲۹ ق.م: "اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آنرا به مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت برآید".

ماده ۳۳۰ ق.م: "اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد، باید تفاوت قیمت زنده و کشته آنرا بدهد و اگر کشته آن قیمت نداشته باشد باید تمام قیمت حیوان را بدهد ولیکن اگر برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند، ضامن نیست"

قاعده تسبیب: كُلُّ شَيْءٍ يَضُرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ لِّمَا يُصِيبُهُ

مانند اینکه شخصی در مسیر عام چاهی حفر کند و دام دیگری در آن بیفتد و بمیرد. در اتلاف شخص مستقیماً و بالمباشره باعث اتلاف مالی می شود اما در تسبیب عمل مسبب مستقیماً باعث از بین رفتن مال دیگری نمی شود بلکه مع الواسطه سبب می شود مال غیر از بین برود.

مستندات:

امام صادق (ع): كُلُّ شَيْءٍ يَضُرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ لِّمَا يُصِيبُهُ

هر چیزی که در راه مسلمین به آنها ضرر برزند صاحب آن چیز ضامن پیامدهای آن است.

نکته اول: دخالت عمد و قصد

روایات ذکرشده اطلاق دارد و اعم است از اینکه مرتکب با قصد و نیت ضرر زدن به غیر مبادرت به عمل کند یا اینکه بدون قصد و نیت باشد. اما در اینجا نیز احراز انتساب و استناد خسارت به فعل مسبب لازم است. مثلاً اگر حیوان متعلق به شخصی به حیوان دیگری یا مال دیگری هجوم آورد و خسارت وارد کند صاحب آن ضامن نیست مگر اینکه در حفظ آن تقصیر و کوتاهی کرده باشد. علت این حکم آن است که در صورت عدم تقصیر انتساب خسارت به مسبب احراز نمی شود. ماده ۳۳۴ ق.م.ا: "مالك یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می شود مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشاء ضرر گردد فاعل آن عمل، مسئول خسارات وارده خواهد بود."

نکته دوم: اجتماع مباشر و مسبب

به طور کلی هرگاه مسبب و مباشر با هم جمع شوند معمولاً مباشر از جهت ضمان بر مسبب مقدم است مانند آنکه کسی به طور عدوانی در ملک دیگری چاهی حفر کند و شخصی دست ثالثی را بگیرد و او را در چاه بیندازد که بر اثر آن، شخص فوت کند آن کس که شخص ثالث را به چاه انداخته ضامن است و حفر کننده چاه ضمان ندارد. از نظر عقلاً، فعل همواره مستند به عامل قریب است نه بعید.

نکته سوم: در ضامن دانستن سبب یا مباشر باید دید از نظر ثقل و موازنه کدام یک از مباشر یا مسبب در انتساب عمل به آنان بر دیگری برتری دارد هنگامی که مباشر اقوی باشد مانند سازنده چاقو که مسبب است و ضامن نیست بلکه ضارب که مباشر است ضامن است. اما در حالتی که مسبب در ایجاد حادثه بر مباشر برتری داشته باشد مسبب ضامن خواهد بود. مانند مثال طبیب و پرستار که طبیب دستور خوراندن داروی خاصی را به پرستاری دهد و آن دارو سمی بوده و موجب مرگ بیمار شود و پرستار نیز به سمی بودن آن جاهل باشد که در این صورت چون طبیب بر پرستار تسلط دارد با اینکه پزشک مسبب و پرستار مباشر است باز هم طبیب ضامن خواهد بود.

در همین مثال چنانچه پرستار به خواص دارو واقف باشد و علماً و عمداً آنرا به بیمار خورانده باشد و باعث مرگ او شود شخصاً ضامن است.

نکته چهارم :

هرجا و در هر مورد عملی از شخصی صادر شود که منتهی به تلف مال یا نفس شود و بین آن عمل و تلف حاصله، واسطه عاقل و مختاری موجود نباشد در این صورت مسبب ضامن است مانند آن که کسی در خانه دیگری را باز کند و سارق درون خانه شود و سرقت نماید یا شخصی خانه ای را به سارق نشان دهد در اینجا ضامن، سارق یعنی مباشر است و برای مسبب یعنی بازکننده درون نشان دهنده خانه ضمانی نیست. چون بین فعل مسبب با تلف مال عمل فاعل عاقلی واسطه شده است یعنی سرقت از روی عمد و اختیار انجام شده و تاثیر کاملی در تلف داشته است. بنابراین چون مباشر اقوی از مسبب است ضمان خواهد داشت در اینجا اسناد اتلاف به مسبب داده نمی شود.

البته از نظر جزایی مسبب معاونت در جرم کرده است یعنی با نشان دادن خانه یا باز کردن در، وقوع سرقت را تسهیل کرده است.

قاعده غرور

" الْمَغْرُورُ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ عَرَّه "

هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث گول خوردن شخص دیگری بشود و ضرر و زیانی متوجه او شود شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت برآید شخص اول را غارتو شخص دوم را مغرور می نامند. منظور از رجوع مطالبه خسارت کردن است.

ضعف حدیث که از احادیث مرسله است با شهرت عملی و فتوایی جبران شده است.

نکته اول: مدلول قاعده غرور

مورد مسلم حاکمیت قاعده غرور جایی است که غارّ عالم به نتیجه مترتب بر عمل خود باشد. یعنی بدانند طرف مقابل از فعل او گول می خورد و متحمل خسارت می شود. به طور کلی چهار حالت قابل تصورات است.

الف- هر دو طرف عالم باشند: از قاعده غرور خارج است.

ب- مغرور عالم و غارّ جاهل باشد: باز هم از قاعده غرور خارج است.

ج- مغرور جاهل و غارّ عالم باشد: این مصداق بارز قاعده غرور است.

د- هر دو طرف جاهل باشند: در این صورت بین علما اختلاف نظر وجود دارد چون غارّ بر ضرر جاهل است، عده ای از فقها و ائمه می دانند باین استدلال که غرور به معنی خدعه و تدلیس است و در مورد جاهل به واقع نمی توان به قاعده غرور استناد کرد. عده ای دیگر معتقد به ضمان هستند باین استدلال که صدق عنوان افعال احتیاجی به علم ندارد. در اینجا کسی بردیگری زیانی وارد کرده است پس عنوان ضارّ بر او صدق می کند هر چند که چنین قصدی نداشته باشد.

نکته دوم: رابطه مالک با غارّ و مغرور

اگر کسی دیگری را فریب دهد و مغرور تحت تاثیر فریب غارمال شخص ثالثی را تلف کند مسئولیت متوجه کدام است؟ مالک به مغرور که مباشر تلف است مراجعه کند یا به غارکه مسبب است؟

سه نظرو وجود دارد:

الف- مغروره علت ضعف مباشرت مطلقاً معاف از ضمان است و تمامی مسئولیت به عده غارّ است.

ب- مسئولیت غارّ و مغروره نحو تضامنی است و مالک به هر کدام که بخواهد می تواند رجوع کند. در صورت مراجعه مالک به مغرور و نیز حق دارد به غارّ مراجعه کند اما اگر مالک مستقیماً به غارّ مراجعه کردی حق رجوع به مغرور را نخواهد داشت.

ج- تفاوت است بین آنکه غارّ مال تلف شده مسئولی غاصبانه بوده و یا به نحوی در اتلاف آن دخالت داشته باشد تا اینکه بجز فرب دادن متلف نقش دیگری نداشته باشد.

نکته سوم: مصادیق غرور در فقه و حقوق

کاربرد قاعده غرور در فقه در ابواب مختلف و متعدد دیده می شود که به برخی از آنها اشاره می شود :

معاملات فضولی به صور مختلف آن :

تدلیس در نکاح مانند آنکه در زن عیّی باشد که آن را پنهان کنند خواه به وسیله خود او باشد یا ولی او یا شخص دیگر و اعم از این که ولی یا شخص ثالث به وجود عیب آگاه باشند یا نا آگاه .

گواهی دروغ که مستند حکم دادگاه قرار گیرد ، خواه دعوی مالی باشد یا مربوط به قصاص و تعزیرات و اعم از آنکه گواهان از گواهی رجوع کنند و دروغ خود را فاش سازند یا دروغ بودن آن به وسیله دیگری محرز شود .

پذیرائی با مال دیگری مانند آنکه کسی میهمانی کند و با گوشت گوسفند دزدی از میهمانان پذیرائی نماید و بعد مالک بیاید و از میهمان مطالبه نماید . در این صورت میهمان اگر جاهل به امر بوده می تواند آنچه را زیان دیده از میزبان پس بگیرد .

پذیرائی از میهمان با مال خودش در صورت جهل به اینکه مال خود او است نیز موردی دیگر از غرور است . گرچه خودش مال خود را خورده ولی میزبان او را فریفته بوده که مال میزبان است پس او ضامن صاحب مال خواهد بود هر چند که مال مصروف خود آن صاحب مال شده است .

هرگاه خیاط بگوید این قواره پارچه برای لباس شما کافی است و بعد معلوم شود که کافی نبوده این نیز موردی ضعیفتر از مورد پیش ولی منطبق با قاعده غرور است .

هرگاه کسی ماشینی در اختیار دیگری قرار دهد و بگوید از ماشین من استفاده کن پس از استفاده صاحب ماشین پیدا شود و کرایه مطالبه کند ، که حق او است ، در اینجا عاریه دهنده در برابر استفاده کننده ضامن و مسئول است ، هرچند او در برابر منافع مستوفات عوض داده ولی گمان می کرده است که این استفاده مجانی و از مال عاریتی است و عامل این گمان خطا ، معیر بوده پس او ، (معیر) ضامن است .

در قانون مدنی هم مواد مربوط به غصب و معامله فضولی مربوط به این بحث می شوند . از جمله ماده ۲۶۳ و ۳۲۵

ماده ۲۶۳ : « هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت . »

ماده ۳۲۵ : « اگر مشتری جاهل به غصب بوده مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند بایع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت . »

قاعده غرر

"نَهَى النَّبِيُّ عَنِ الْغَرَرِ" يَا "نَهَى النَّبِيُّ عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ"

منظور از غرر خطروریسک است در مورد کالاهایی که امکان قبض و اقباض و تسلیم و تسلّم ممکن نباشد یا به مقدار مورد

معامله و یا جنس و وصف مبیع یا ثمن جهل وجود داشته باشد.

مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ ق.م. بر پایه قاعده غرر وضع شده اند.

ماده ۱۹۰ قانون مدنی: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت

طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد ۴- مشروعیت جهت معامله

ماده ۲۱۶: مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

نکته اول: احتمال خطر طبق قاعده غرر باید احتمالی مورد توجه و متعارف باشد یعنی عرفاً به حدی باشد که قابل

مسامحه نباشد بنابراین اگر احتمال خطر ضعیف باشد نمی توان آن را به قاعده غرر مستند کرد.

نکته دوم: کم بودن مقدار عوض (به فرضی که وجود آن مسلم باشد و امکان قبض و اقباض وجود داشته باشد و اوصاف کمی

و کیفی آن مشخص باشد) منشاء غرر نیست. چون غرر به معنای خطر می باشد که در سه فرض که پیشتر گفته شد قابل

فرض است. کمی عوض موجب غرر نیست.

نکته سوم: از قاعده نهي از غرر بطلان معاملات غرری سه قاعده فرعی بدست می آید:

الف- علم به وجود عوضین و وثوق به آن شرط صحت معامله است.

ب- علم بر قدرت بر تسلیم و تسلّم علی الاقوی شرط صحت معامله است.

ج- علم به مقدار، جنس و وصف عوضین شرط صحت معامله است.

نکته چهارم: اگر استناد قاعده غرر آن باشد که نهي النبي عن بيع الغرر معاملات غرری منحصر به بیع خواهد بود اما اگر

استناد قاعده غرر آن باشد که "نهي النبي عن الغرر" در این صورت حکم سایر معاملات معوض غرری نیز بطلان است.

نکته پنجم: باید توجه کنیم که غررتنهادر معاملات معوض موجب بطلان است. در معاملات غیر معوض مانند وقف و وصیت غرر موجب بطلان آن معامله نمی باشد مثلاً می توان حمل آینده گوسفندان و میوه های سال آینده درختان را وصیت یا وقف نمود.

نکته ششم: قاعده باطل بودن معاملات غرری يك "قاعده امری" است و نمی توان برخلاف آن تراضی کرد.

قاعده تلف مبيع قبل از قبض

"كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَايِعِهِ"

به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبيع و بایع مالک ثمن می شود. اما طبق این قاعده هرگاه پس از عقد بیع و قبل از تسلیم، مبيع نزد بایع تلف شود از مال خود بایع تلف شده است نه از مالک مشتری هرچند که مشتری از زمان تحقق عقد بیع مالک مبيع شناخته می شود.

اصول وقواعد حقوقی در مورد بالا اقتضای دارد که مبيع تلف شده از مال مشتری باشد اما این قاعده خروجی است از مقتضای اصول وقواعد اولیه حاکم بر معاملات.

نکته اول: باید بدانیم که این قاعده وقتی جریان پیدامی کند که مبيع عین خارجی معینی باشد. همچنین باید دانست که در جریان قاعده فرقی نیست که برای تسلیم مبيع موعدی معین شده باشد یا بایع در تحویل مبيع تاخیر کرده باشد.

نکته دوم: مستندات قاعده اولاً متن قاعده فوق یک حدیث نبوی است ثانیاً روایتی است از امام صادق (ع)، درباره مردی که کالایی از دیگری خریده بود و کالای نزد فروشنده باقی ماند تا فردا خریدار تحویل بگیرد. در این مدت کالا به سرقت رفت که حضرت فرمودند از مال بایع تلف شده است.

نکته سوم: تلف قبل از قبض موجب انفساخ عقد از حین تلف است چون در روایات گفته شده من مال بایعه یعنی مال تلف شده از مال فروشنده آن مال محسوب است این حدیث حاکی از آن است که لحظه ای قبل از تلف، انفساخ عقد رخ می دهد. بنابراین اگر ثمن توسط مشتری پرداخت گردیده بایع ملزم است عودت دهد و اگر پرداخت نکرده دیگر پرداخت نخواهد کرد.

نکته چهارم: نماءات حاصله در فاصله میان عقد و تلف، از آن مشتری است و تنها اصل کالای فروخته شده قبل از تحقق قبض در صورت وقوع تلف از مال بایع تلف می شود. مثل آنکه مشتری اول سال تعداد بیست رأس گاو می خرد و قرار می گذارند که چند ماه بعد گاوها را تحویل بگیرد و ثمن را بپردازد. اگر گاوها درین مدت ده رأس گوساله زاییده باشند و قبل

از موعده تحویل بر اثر حادثه قهری گاوها بمیرند اما گوساله ها که در جای دیگری نگهداری می شوند سالم بمانند، مشتری تمامی گوساله ها را مالک می شود و ملزم به پرداخت ثمن هم نیست.

نکته پنجم : قاعده تلف مبیع قبل از قبض به موجب احادیث وارده اختصاص به عقد بیع دارد و چون مفاد این قاعده خلاف اصل است در موارد تردید نمی توان به بیش از حد منصوص تجاوز نمائیم. به عبارت دیگر باید به قدر متقین بسنده کنیم.

نکته ششم : نصوص و روایات واصله و نیز اجماع شامل تلف سماوی می گردد و نسبت به اتلاف های عمدی توسط بایع شمولی ندارد اتلاف عمدی کالاتوسط فروشنده اراضامن به پرداخت مثل و یا قیمت می نماید اگر اینطور نبوده است استفاده و کلاهبرداری بازمی شد.

نکته هفتم : قانون مدنی ایران به موجب ماده ۳۸۷ از همین نظریه پیروی نموده و مقرر داشته است:

«اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد.»

همانطور که مشاهده می شود قانون مدنی با آوردن قید بدون تقصیر و اهمال ، اتلاف عمدی را خارج ساخته است.

قاعده شروط

"المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم"

شرط ، واژه اي عربي است و جمع آن «شروط» و «اشراف» است . در اصطلاحات شرعي ، گاهي واژه شرط به معنای مطلق «عهد» آمده است ، مانند « شرط الناس » که به معنای «عهد الناس» و یا «شرط الله» که مفهوم «عهد الله» است و عهد الله نیز به معنی احکام الله اعم از احکام تکلیفی و وضعی است. معنی دیگر شرط مطلق الزام و التزام است ، بی آنکه در ضمن عقد درج شده باشد . اگرچه اهل لغت این قید را افزوده و گفته اند : «الشرط الزام الشئ و التزامه في البيع و نحوه» یعنی شرط الزام و التزامی در ضمن عقد بیع و امثال آن است ولی به ظاهر علت افزودن این قید آن است که در اغلب موارد شرط در ضمن عقود درج می شود.

مبانی فقهی

۱) کتاب : به موجب آیه شریفه «اوفوا بالعقود» وفا به همه عقود ، مورد امر و دستور الهی قرار گرفته است . عقود به معنی عهود است . بنابراین چون واژه شرط در معنی عهد به طور مطلق به کار رفته است مشمول این آیه بوده و وفا به آن لازم است . آیات مربوط به وفای به عهد نظیر : «... و الموفون بعهدهم اذا عاهدوا» (مؤمنان کسانی هستند که به عهد خود وفا می کنند و «و الذين هم لاماناتهم و عهدهم را عون» (آنان که ادای امانت و وفای به عهد را مراعات می کنند) همانطور که حکم عهد و پیمان بندگان با خداوند را بیان می کنند پیمانهای خصوصی میان مردم را نیز در بر می گیرد .

۲) سنت : اخبار و روایات متعددی مضمون «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» را نقل کرده اند که به برخی از آنها اشاره می شود :

۱- موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) که در آن امام (ع) از پدرشان نقل کرده است : علی (ع) گفته است هر کس برای زوجه اش شرطی کند باید به آن وفا کند ، زیرا «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او اخل حراماً» .
۲- روایت علی بن رباب از موسی بن جعفر (ع) که در آن امام (ع) به عبارت «المسلمون عند شروطهم» اشاره کرده است .

مفاد حدیث : جمله «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» اگر چه يك جمله خبری است ولی در حقیقت انشایی حکم است . همانطور که در اصول فقه آمده است منظور از جمله خبری در مقام انشاء ، اعلام نیست ، بلکه بعث است و به قول فقیهان چنین جمله ای آكد در بعث است ؛ زیرا جمله خبری از وقوع مطلوب در مقام طلب خبر می دهد . گویی گوینده جمله ، جز به وقوع مدلول آن راضی نیست و از این رو جمله موكد است .

اقسام شرط

۱) شرط ضمن عقد و شرط ابتدائي

الف) شرط ضمن عقد : شروطي را که در ضمن عقد گنجانده مي شود شروط ضمن عقد مي نامند . شروط ضمن عقد گاهي مرتبط با محتوای عقدند. مثل شرط تسليم مبيع در محل خاص يا شرط بیمه مبيع و امثال آن و گاه مفاد شرط هیچ ارتباطی با محتوای عقد ندارند. مثل آنکه در ضمن عقد بيع منزل شرط شود که بايع يا مشتري يك دست لباس براي ديگري بدوزد . در بعضي از نظامهاي حقوقي غربي فقط شروط دسته اول صحيح محسوب مي شوند ولي در حقوق اسلامي هر دو نوع شرط صحيح و نافذ است . .

شروط ضمن عقد سه قسم است : شرط صفت ، شرط نتیجه و شرط فعل

شرط صفت : به موجب این شرط در ضمن عقد مقرر مي شود که دو عوض يا يکي از آن دو وصف خاصي داشته باشد. مانند آنکه منزل معيني فروخته شود و در ضمن عقد شرط شود که داراي مساحت معيني باشد يا مصالح به کار رفته در آن از نوع خاصي باشد. با توجه به تعريف فوق بيان چند مورد ضروري به نظر مي رسد اول آنکه حسب تعريف، شرط صفت در موردی متصور است که نسبت به عين معيني باشد نه کلي . دوم اينکه شرط صفت همواره به وجود صفتي در موضوع معامله مربوط است نه ايجاد صفت که شرط فعل است.

شرط نتیجه : شرط نتیجه اشتراط تحقق اثر يك عمل حقوقي در ضمن عقد است اعم از آنکه آن عمل عقد باشد يا ايقاع ؛ مثل شرط خيار براي دو طرف يا يکي از آنان و يا اجنبي در ضمن عقد بيع و يا وکیل بودن بايع از طرف مشتري يا بالعکس در انجام دادن يك عمل. در اصطلاح فقها گاهي به این گونه شروط ، شرط غایت گفته شده است . قانون مدني ايران در ماده ۲۳۴ شرط نتیجه را چنین تعريف کرده است : «شرط نتیجه آن است که تحقق امري در خارج شرط شود».

شرط فعل : شرط فعل ، آن است که در ضمن عقد ، انجام دادن و يا ترك يك فعل مادي يا حقوقي بر يکي از متعاملين و يا بر شخص خارجي شرط شود ، مثل آنکه در ضمن عقد شرط شود بايع خانه را تعمير کند و يا مشتري ملزم شود آن را وقف کند يا براي درك ثمن ، ضامن يا رهن بدهد و يا اينکه مبيع را تا مدت يك سال نفروشد و يا مبيع را قبل از حمل بیمه کند و يا در نکاح شرط شود که زوج همسر اولي خود را طلاق دهد.

ب) شروط ابتدائي : شروط ابتدائي الزام و التزامهايي است که در ضمن عقد مندرج نشده و به عقد مرتبط نیست . فقها در مورد این گونه التزامات ، دو گونه نظر داده اند . عده اي در تعريف شرط به پيروي بعضي از اهل

لغت اندراج آن در عقد را لازم دانسته اند . بنابراین به عقیده این دسته از فقها این گونه التزامها به نحو تخصص از مفهوم شروط خارج هستند و ادله شروط شامل آنها نمی شود ولی بزرگانی از جمله شیخ انصاری تعریف اهل لغت را حمل بر اغلیت کرده و معتقدند ادله شروط شامل شروط غیر مرتبط به عقد نیز می شود .

۲) شرط صحیح و شرط ضمنی :

شروط ضمن عقد ، گاه در متن عقد ذکر می شوند و گاه ذکر نمی شوند . بدین لحاظ شرط به شرط صریح و ضمنی تقسیم می شود .

الف) شرط صریح : شرط صریح تعهدی است تبعی که در متن عقد بیان می گردد هر يك از طرفین عقد موظف است طبق شرط مذکور در عقد رفتار کند و متعهد نمی تواند از ایفای شرط تصریح شده در عقد شانه خالی کند . منظور از تصریح این است که جمله شرط به دلالت مطابقی بر مفاد شرط دلالت کند نه به دلالت تضمنی یا دلالت التزامی . مثل آنکه در ضمن عقد بیع تصریح گردد که کالای مورد معامله باید قبل از حمل بیمه شود . البته معنای صراحت این نیست که صرفاً کلمه شرط در عبارت آمده باشد . بلکه کلیه قیودی که به صراحت ایجاد تعهد می کنند شرط محسوب می شوند . برای نمونه اگر در متن قرارداد بیع اوصاف کمالی برای مبیع که عین معین است ذکر شود این اوصاف شرط صریح محسوب می گردند و در فرض تخلف ، خیار تخلف شرط بوجود می آید یا اگر در عقد ازدواج در ستون اوصاف زوج در عقدنامه شغل یا سمت خاصی برای زوج ذکر گردد این ذکر در حکم شرط است و در فرض تخلف ، زوجه می تواند به مفاد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی توسل جوید و عقد نکاح را فسخ کند .

ب) شرط ضمنی : شرط ضمنی تعهدی است که در متن عقد ذکر نمی شود اعم از آنکه پیش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن تشکیل گردد یا هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال و سیره عرفی و سایر قرائن مفادش استنباط گردد . بنابراین شرط ضمنی را می توان به شرط ضمنی بنایی و شرط ضمنی عرفی تقسیم کرد . مثلاً سالم بودن مبیع گرچه در عقد یا پیش از آن شرط نمی شود ولی به لحاظ بنای عرفی بر سالم بودن آن يك شرط ضمن عقد است و از نوع دوم محسوب می گردد .

يك (شرط ضمنی بنایی :

جایگاه شرط ضمنی بنایی در فقه امامیه : شرط ضمنی بنایی از ابتکارات فقیهان امامی است و تفکیک آن از شرط ضمنی عرفی ضروری به نظر می رسد زیرا طبیعتاً فرق است بین شرطی که به یک عقد اختصاص دارد و فقط معهود بین طرفین آن است با شرطی که در همه معاملات از آن نوع متعارف است . در میان فقیهان امامی سه نظریه گوناگون راجع به شرط بنایی وجود دارد : (۱) بطلان (۲) صحت (۳) تفصیل . نظریه تفصیل را میرزای نایینی بین قول به صحت و قول به بطلان راه سوم برگزیده است . به نظر ایشان اگر شرط ضمنی بنایی مانند شرط ضمنی عرفی از لوازم عقد باشد به گونه ای که عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت کند، مشروع و معتبر است و گرنه مشروع و الزام آور نیست. مگر آنکه در متن عقد ذکر شود . به نظر می رسد شرط بنایی بالضرورة صحیح و لازم باشد .

دو (شرط ضمنی عرفی :

ادله شرط ضمنی عرفی در فقه امامیه : ادله ای که در فقه امامیه موید نفوذ و اعتبار شرط ضمنی عرفی معرفی شده به شرح زیر است :

دلالت التزامی : شرط ضمنی عرفی ، شرطی است که نزد عرف رواج و شیوع دارد . به گونه ای که عرف میان این شرط و قرارداد تلازم می بیند و از آنجا که با ایجاد ملزوم لازم نیز موجود می شود با انشای قرارداد شرط ضمنی عرفی نیز عنوان لازمه عرفی قرارداد وجود می یابد. مثلاً به نظر عرف حداقل در قراردادهای معوض عوضین باید سالم و عاری از عیب باشند. حال اگر قراردادی به گونه مطلق تشکیل گردد و صاحبان آن راجع به سالم یا معیوب بودن کالا گفتگویی نکنند به دلالت التزامی استنباط می شود که کالا باید سالم باشد و گر نه خیار عیب برای شخص متضرر به وجود می آید یعنی طرفین به دلیل اعتماد بر ارتکاز عرفی خود نسبت به آن سکوت کرده اند . «مجملة الاحكام العدلیة» که به تقلید از مجموعه های قانون مدنی اروپا فقه حنفی را در قالب مواد کوتاه و صریح تدوین کرده چندین ماده را به شرط ضمنی عرفی اختصاص داده است . مهمترین ماده در این مجموعه ماده ۴۳ است و سایر مواد در حکم تفریعات و صغریات آن به شمار می رود . در ماده ۴۳ آمده است : «المعروفُ عرفاً کالمشروطِ شرطاً» : یعنی آنچه میان مردم معروف و متداول است گرچه صریحاً ذکر نشود به منزله تصریح است . چون عرف بر وجود آن دلالت دارد .

شرایط صحت شرط :

شرط هنگامی صحیح و لازم الوفاست که شرایط زیر در آن وجود داشته باشد:

- (۱) غیر مقدور نباشد : مثل آنکه شرط شود یکی از متعاملین بالمباشره کتابی در فیزیک تالیف کرده به دیگری اهدا کند و مشروط علیه فقط سواد خواندن و نوشتن داشته باشد .
- (۲) دارای منفعت عقلایی باشد : مثل آنکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه به مدت یکسال روزی یک سطل آب از چاه بکشد و مجدداً در چاه خالی کند . این کار دارای منفعت عقلایی نیست .
- (۳) مخالف کتاب و سنت نباشد .
- (۴) مجهول نباشد: در مورد شرط مجهول از سوی فقها نظریات مختلفی ارائه گردیده که به اختصار بیان می گردد. به موجب نظریه رایج ، شرط مجهول دو قسم است : قسم نخست ، شروطی هستند که جهل به آنها موجب جهل به عوضین میشود مثل آنکه کسی خانه ای بخرد و ثمن معامله را مبلغ معینی قرار دهد و شرط کند که ثمن را هر وقت بخواهد تسلیم دارد یا آنکه بایع شرط کند هر وقت بخواهد مبیع را تحویل بدهد . چنین شرطی موجب جهل به عوضین می گردد. چرا که مدت و زمان تحویل دارای ارزش عقلایی است و بدون شك موثر در ثمن خواهد بود (للاجل قسط □ من الثمن) این دسته از شروط مجهول علاوه بر آنکه خود باطلند مبطل عقد نیز هستند.
- قسم دوم از شروط مجهول شرطی است که جهل به آن موجب مجهول شدن عوضین نیست ، مثل آنکه کسی خانه ای را به مبلغ یک میلیون تومان بفروشد و ثمن معامله را دریافت کند ولی طرفین شرط کنند خریدار صد کیلو مواد خوراکی نیز برای فروشنده بخرد یا به فروشنده تحویل دهد . در این مورد اگرچه به علت عدم تعیین نوع خوراک و تنوع مواد خوراکی شرط مجهول است ولی جهل به آن در عوضین تأثیری ندارد . این شروط اگرچه باطل است مبطل عقد نخواهد بود . علت بطلان هر دو صورت شرط مجهول آن است که شرط تعهدی ضمنی است که همانند عقد مفاد آن مورد توافق متعهد و متعهدله قرار می گیرد و با قصد و رضای دو طرف ایجاد می شود و از این لحاظ واجد خصوصیات عقود است لذا شرط صحیح باید دارای شرایط صحت معاملات نیز باشد .
- بنابراین با مبهم بودن مورد تعهد یکی از ارکان صحت شرط مفقود است و در نتیجه شرط باطل است . قانون مدنی در ماده ۲۳۲ با آوردن عبارت « شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست ... » شروط فاسد غیر مفسد را کاملاً منحصر در سه دسته کرده است: الف) شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد ب) شرطی که در آن نفع و فایده نباشد ج) شرطی که نامشروع باشد . قانون مدنی شرط مجهول را در زمره این دسته نیاورده و در ماده بعد به ذکر شروط باطل و مبطل عقد پرداخته و آنها را به دو دسته منحصر کرده است: اول) شرط خلاف مقتضای عقد. دوم) شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود .

۵) خلاف مقتضای عقد نباشد: عقد دو مقتضا دارد، مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد. مقتضای ذات عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن عقد را منعقد کرده اند. برای مثال مفاد عقد بیع تملیک عین به عوض معلوم است، یعنی به محض وقوع عقد، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود. حال اگر در بیع شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری در نیاید شرط مزبور خلاف مقتضای ذات عقد بیع است یا اگر در نکاح که مقتضای ذات آن ایجاد علقه زوجیت است طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطه مزبور ایجاد نشود این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است. مقتضای اطلاق عقد آن چیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود - یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف مکان و یا زمان - مقتضی آن است.

برای نمونه اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن نقد پرداخت شود و کلیه اختیارات نیز حسب مورد به وجود آید. با توجه به آنچه گفته شد چنانچه شرط خلاف مقتضای ذات عقد باشد باطل است اما شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست.

۶) منجز باشد: به عقیده عده ای از فقها، شرط معلق باطل است. مثل آنکه در ضمن عقد بیع شرط شود که یکی از طرفین در صورت آمدن زید از مسافرت لباسی برای دیگری بدوزد.

قاعده نفي عسر و حرج

"ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"

مفهوم عسر و حرج : حرج در لغت به معنی ضیق ، تنگی ، تنگنا ، گناه و حرام است . چنانکه خداوند می فرماید : «... ما يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ...» خداوند نمی خواهد شما را در تنگنا و سختی قرار دهد لکن می خواهد شما را پاک کند . «... ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...» که حرج در هر دو آیه به معنی تنگنا و سختی است .

در پاره ای آیات نیز حرج به معنی گناه به کار رفته است . چنانکه خداوند فرموده است : «لَيْسَ عَلَيْكَ الْأَعْمَى حَرَجٌ وَ لَا عَلَيَّ الْأَعْمَى حَرَجٌ...»

واژه «عسر» نیز متضاد «يسر» است و در معنی صعب ، تنگ ، دشوار ، بدخویی ، مشکل ، سخت و سخت شدن روزگار به کار می رود . این واژه در قرآن کریم ، به همین معنی است . چنانکه خداوند فرموده است : «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» یا «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» بدین ترتیب معنای عسر عبارت از صعوبت ، مشقت و شدت است که در فارسی از آن به دشواری و سختی تعبیر می شود .

در آیه ۱۸۵ سوره بقره خداوند می فرماید : «... وَ مَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَي سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...» هر کس که مریض یا مسافر باشد پس در تعدادی از ایام دیگر (روزه بگیرد) خداوند برای شما آسانی می خواهد و مشقت و عسر را برای شما نمی خواهد و این آیه نیز اراده شارع را در تسهیل و گشایش امور مردم بیان می کند زیرا وجوب و تعیین روزه را که از احکام مسلم اولیه است در روزهای بیماری و سفر از بیمار و مسافر نفي کرده و رخصت داده است که پس از پایان این دوران ، به این تکلیف عمل شود .

سنت : روایتهای متعددی نیز از معصومان (ع) نقل شده که مبنای قاعده نفي عسر و حرج قرار گرفته است :

الف) روایت عبدالاعلی : در این روایت راوی به امام صادق (ع) می گوید که به زمین افتاده و ناخن وی جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته است حال چگونه باید وضو بگیرد . امام (ع) می فرماید : حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می شود زیرا خداوند فرموده است که در دین بر شما حرجی قرار داده نشده است .

ب) حدیث مشهور نبوی : «يُعْثُ بِالْحَنْفِيَّةِ السَّمْحَةَ السَّهْلَةَ» یعنی مبعوث شدم به دین حنیف سهل و آسان . اگر احکام حرجی و عسر آفرین در دین وجود می داشت صحیح نبود که حضرت محمد (ص) دین را مجموعه ای سهل و آسان توصیف کند .

«لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» یکی از مبانی عمده قاعده نفي عسر و حرج محسوب می شود به ویژه آنکه مورد روایت نیز حرج و فشاری بوده است که در اثر ورود غیر مجاز و ناگهانی سمره به خانه انصاری برای او و خانواده اش ایجاد می شده است .

تعارض قاعده نفي عسر و حرج با قاعده لا ضرر

در مواردی که اعمال قاعده نفي حرج موجب ضرری برای طرف دیگر شود و یا بر عکس ، جاری شدن قاعده لا ضرر نسبت به موردی سبب ایجاد حرج و مشقت برای دیگری شود بین قاعده نفي عسر و حرج و قاعده لا ضرر در ظاهر تعارض به وجود می آید . فرض کنیم از طرفی تصرف مالکانه مالکی در ملک خود سبب ایراد ضرر به همسایه اش شود و از سوی دیگر منع تصرفات مالکانه او از سوی همسایه مجاور نیز به استناد قاعده لا ضرر موجب آن شود که مالک در حرج و مشقت واقع شود . یا اینکه شخصی برای تامین آب مورد نیاز خود ناگزیر از حفر چاه در ملک خود باشد ولی حفر آن از سویی موجب کاهش میزان آب دهی چاههای حفر شده در املاک مجاور و در نتیجه ایراد ضرر بر همسایگان شود و از سوی دیگر ممانعت او از حفر چاه در ملک خود به استناد قاعده لا ضرر سبب می شود که مالک به واسطه نداشتن آب مورد نیازش در عسر و حرج و تنگنا بیفتد . بدیهی است که در این گونه موارد اعمال قاعده لا ضرر به نفع همسایگان با اعمال قاعده نفي عسر و حرج از سوی مالک معارضه دارد . در این موارد تعارض میان دو قاعده را چگونه باید از میان برد ؟ قاعده نفي عسر و حرج مقدم است یا قاعده لا ضرر تقدم و اولویت دارد؟

برخی قائل به تقدم قاعده نفي عسر و حرج بر قاعده لا ضرر بوده آن را حاکم بر لا ضرر می دانند در حالی که بعضی دیگر از فقها معتقدند اصولاً جایی برای تقدم قاعده لا ضرر وجود ندارد .

به عقیده کسانی که قائل به عدم رجحان قاعده نفي حرج بر لا ضرر هستند این دو قاعده هر دو از احکام امتنانی بوده اصولاً در مواردی که از اجرای آنها امر خلاف امتنان لازم آید جاری نمی شوند و دلیلی وجود ندارد یکی از آن دو را بر دیگری مقدم بدانیم تا اینکه در صورت بروز تعارض و تراحم بین آنها نیاز به حاکم دانستن یکی از آن دو بر دیگری باشد . و در نتیجه در فرض وجود تعارض به واسطه عدم رجحان هر دو ساقط می شوند و برای حل مشکل نیز به احکام اولیه رجوع می شود .

مصادیق عسر و حرج در قوانین

۱) طلاق به دلیل عسر و حرج :

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ایران قبل از اعمال اصلاحیه های مکرر مواردی را بیان کرده بود که در صورت تحقق آنها زن می توانست با مراجعه به دادگاه درخواست طلاق کند و در صورت اثبات آنها نیز حاکم زوج را مجبور به طلاق می کرد . این موارد عبارت بود از : الف) هنگامی که شوهر سایر حقوق واجب زن را ادا نکند و اجبار او بر ایفا نیز ممکن نباشد ب) زمانی که سوء معاشرت شوهر به اندازه ای است که ادامه زندگی زن با شوهر تحمل ناپذیر است . ج) در صورتی که به علت امراض مسری صعب العلاج دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد .

با اینکه در ماده مذکور و موارد قبل از آن تصریحی به حرجی بودن موارد مندرج در این ماده و سببیت آن برای اجبار زوج به طلاق نشده بود در تحلیل مبانی این حکم حداقل به حرجی بودن بعضی موارد آن از جمله مورد مندرج در بند سوم ماده استناد می شد . در اولین اصلاحات قانون مدنی ایران که در تاریخ ۸/۱۰/۶۱ توسط کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی انجام گرفت متن ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بصورت زیر اصلاح شد : « در مورد زیر زن می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید . در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج ، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود ».

در اصلاحات مجددی که در چهاردهم آبانماه هفتاد در مواد قانون مدنی به عمل آمد ماده ۱۱۳۰ دوباره اصلاح شد : «... در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد ، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند . چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد ، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود .» به این ترتیب مفاد قاعده نفی عسر و حرج به صورت منصوص در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اعمال شده است و به موجب آن حکم اولیه «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» که بر پایه آن اختیار گسستن پیوند ازدواج فقط به دست زوج داده شده است ، در صورت تحقق و اثبات موجبات عسر و حرج زوجه، به حکم ثانوی نفی عسر و حرج از میان رفته است.

۲) عسر و حرج در روابط استیجاری :

مورد دیگری که مفاد قاعده نفی عسر و حرج در قانون اعمال شده است مربوط به روابط استیجاری میان موجر و مستاجر است که در مورد آن قانونگذار در ماده ۹ قانون مالک و مستاجر مصوب ۶۲/۲/۱۳ مقرر داشته است : « در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستاجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد ، می تواند مهلتی برای مستاجر قرار بدهد.

به دنبال این حکم در سال ۱۳۶۴ قانونگذار اجرائی مفاد قاعده عسر و حرج را به امکان استیجاری آموزشی نیز تعمیم داد و به موجب ماده واحده قانون الحاق يك تبصره به عنوان تبصره يك به ماده نه قانون روابط موقت و مستاجر در ۶۴/۶/۲۸ مقرر داشت: «در مواردی که دادگاه صدور حکم تخلیه امکان آموزشی را به علت کمبود جای مناسب موجب عسر و حرج تشخیص دهد دادگاه مکلف است تا رفع عسر و حرج به مدت پنج سال از صدور حکم خودداری کند و این قانون از تاریخ تصویب لازم الاجرا است .

در حقوق بین الملل و نیز حقوق داخلی بسیاری از کشورها نظریه ای تحت عنوان «نظریه تغییر اوضاع و احوال» یا «نظریه حوادث پیش بینی نشده» مطرح است که شباهت زیادی با قاعده نفی عسر و حرج در فقه و حقوق اسلامی دارد که مقایسه و تطبیق آن با قاعده نفی عسر و حرج مفید به نظر می رسد. به موجب این نظریه هرگاه در اثر بروز حوادث پیش بینی نشده غیر قابل رفع واجتناب تعادل عوضین معامله به نحو فاحشی به هم بخورد و در نتیجه اجرائی مفاد قرارداد دشوار و مشکل شود قرارداد مذکور در صورت امکان توسط قاضی تعدیل می شود و یا حسب مورد انحلال می یابد . این نظریه ریشه در حقوق روم دارد و مبتنی بر قاعده *rebus sic stantibus* است .

قاعده تسلط یا تسلیط^۱

" النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ "

حدیث تسلط : روایت : « إِنَّ النَّاسَ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ » : این روایت بطور بسیار صریح و به وضوح مبین حکم مندرج در قاعده تسلیط است و مراتب تسلط و سلطه کامل مالک نسبت به اموالش را بیان می کنند. هر چند این روایت مورد استناد فقها بوده و آنچنان بدان عمل می شده که گویی از مسلمات فقهی است لکن به لحاظ آنکه از نظر فن درایه از نوع روایات مرسله به شمار می رود بعضا روایتی ضعیف و غیر معتمد شمرده شده است . اما این ضعف با عمل اصحاب کبار امامیه (رضوان الله علیهم) که همگی از عدول ثقات و فقهای محدث هستند جبران شده است .

روایت سماعه : سماعه از یاران امام صادق (ع) بوده است نقل می کند که از آن حضرت پرسیدم : آیا شخص صاحب اولاد می تواند مقداری از اموال خود را به خویشاوند غیر وارث خود واگذار نماید؟ حضرت در پاسخ فرمودند : «فَهُوَ مَالُهُ يَصْنَعُ بِهِ مَا يَشَاءُ إِلَى أَنْ يَأْتِيَهُ الْمَوْتُ» یعنی مال از آن اوست مادام که زنده است هر کاری می تواند با آن بکند و هر طور که بخواهد می تواند تصرف کند . سلطه و اختیار مالک نسبت به مال خود به خوبی از این روایت نیز استنباط می شود .

روایت ابی بصیر : سومین روایتی که مبنای قاعده تسلیط تلقی شده ، روایتی است که ابی بصیر از امام صادق (ع) نقل کرده و در آن چنین آمده است : «إِنَّ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَعْمَلَ بِمَالِهِ مَا شَاءَ مَا دَامَ حَيًّا إِنْ شَاءَ وَهَبَهُ وَ إِنْ شَاءَ يَتَصَدَّقُ بِهِ وَ إِنْ شَاءَ تَرَكَهُ إِلَى أَنْ يَأْتِيَهُ الْمَوْتُ » صاحب مال (مالک) مادام که زنده است هر کاری که بخواهد می تواند نسبت به مال خود انجام دهد . اگر خواست آن را هبه می کند یا اگر مایل بود آن را صدقه می دهد و اگر خواست آن را به حال خود رها می کند تا آنکه مرگ به سراغ او بیاید .

مفاد قاعده :

در مورد مفاد قاعده سه نظریه ارائه شده است :

نظریه اول : این جمله در مقام تشریع بیان شده و مفادش این است که مردم حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی در اموال خود دارند و می توانند این حق را بهر کیفیتی که بخواهند اعمال کنند . به عبارت دیگر هرگونه تصرف مادام

¹- Absolute legal power of the owner to exercise dominion or control over property.

که عدم مشروعیت آن از سوی شرع اثبات نشده توسط مالک مجاز و مشروع است . بر این مبنا اگر تردید کنیم که تصرف خاصی از لحاظ شرعی جایز است یا نه، می توان برای اثبات مشروعیت آن به قاعده مزبور تمسک کرد .

نظریه دوم : مردم بر اموال خود هر نوع سلطنتی دارند اما در کیفیت و شیوه اعمال این سلطنت تابع مقرراتند. نتیجه نظریه دوم این است که مردم همه گونه سلطنت و حق هر نوع تصرفی را در اموال خود دارند و می توانند هر نوع معامله عقلایی را درباره آنها انجام دهند اما کیفیت انجام یافتن تصرفات باید به شیوه ای باشد که توسط شارع جعل یا امضاء شده است .

نظریه سوم : این قاعده نه در مقام بیان اختیار مردم نسبت به عموم تصرفات است نه بیانگر مجاز بودن در نحوه و کیفیت تصرف . بلکه مفاد دلیل سلطنت صرفا بیان عدم محجوریت مالکان است و همین مقدار بیان می کند که مردم نسبت به اموالشان حق تصرف دارند.

بدیهی است این سخن به هیچ وجه تجویز کننده انواع تصرفات نیست ، بلکه انواع تصرفات و نحوه آنها جملگی منوط به اجازه جداگانه شارع است .

نکته : قاعده تسلط در مورد حقوق نیز جاری است .

چون مال چیزی است که عرف در مقابل آن بها پرداخت می کند یا چیزی است که طبع آدمی به آن تمایل داشته باشد (المال ما میل الیه طبع الانسان). مبنای فقهی قاعده تنها حدیث نیست بلکه بنای عقلا را می توان از اهم مبانی آن دانست و بی گمان عقلا همانطور که مردم را بر اموال خود مسلط می دانند ذی حق را نیز بر حقوق مسلط می دانند . اگر قبول کنیم که مردم بر اموال به معنای اعیان مسلط هستند به طریق اولویت بر حقوق هم مسلط خواهند بود.

ویژگیهای مالکیت (مطالعه تطبیقی)

۱) در قانون مدنی ایران : به پیروی از فقه اسلام و براساس قاعده تسلیط در قانون مدنی ایران اثر مالکیت از يك سو مثبت است و از سوی دیگر منفی . مالک اثباتا حق هر گونه تصرف را در مال خود دارد و نفیاً هیچ کس حق ندارد مال او را از تصرفش بیرون کند . مواد صریح مربوط به این موضوع در قانون مدنی به این شرح است:

ماده ۳۰ : «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.»

ماده ۳۱ : «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.»

۲) قانون مدنی فرانسه : در این قانون مواد زیر به بیان موارد مربوط به قاعده تسلیط پرداخته اند :

ماده ۵۴۴: مالکیت عبارت است از حق مطلق استفاده و انتقال اعیان، جز در مواردی که خلاف قانون باشد.

ماده ۵۴۵: کسی مجبور به اخراج ملک خود از مالکیتش نیست، مگر برای تأمین یک مصلحت عمومی، آن هم با دادن قبلی قیمت عادلانه.

۳) در حقوق انگلیس: در انگلستان مفهوم مالکیت تا پیش از سال ۱۵۸۳ ناشناخته بود و به جای آن از اصطلاح «حق تصرف» استفاده می شد همچنان که تا پیش از قرن نوزدهم برای بیان معنای «مال» از واژه property استفاده نمی شد و به جای آن واژه «متصرفات» و یا مترادفهای آن به کار می رفت اما حقوقدانان معاصر انگلیسی مالکیت را چنین تعریف می کنند: «اختیار تام در استفاده یا واگذاری موضوع حق مالکیت بر حسب اجازه قانون» ایشان این آثار را جزء اختیارات و حقوق مالک می دانند: (۱) حق بهره گیری از تمتع (۲) حق اتلاف (۳) حق واگذاری.

عوامل محدود کننده مالکیت

مالکیت فردی در صورت تعارض و تزامم با حقوق فردی دیگران یا حقوق اجتماعی محدود می گردد و به اصطلاح فقهی اگر قاعده تسلط با قاعده لاضرر تعارض و تزامم کند قلمرو قاعده تسلط محدود می گردد.

تزامم با حقوق فردی: هرگاه شخصی بخواهد در ملک خود تصرفی کند که مزاحم همسایگان باشد، تصرف مزبور ممنوع است بدیهی است این تصرف در فرض عدم اضرار از مصادیق سلطه شخص بر مال خود است ولی با توجه به مزاحمت حقوق دیگران قلمرو سلطه وی محدود می گردد.

تزامم با حقوق اجتماعی: چنانچه طرحهای عمومی با حق سلطنت افراد در تزامم قرار گیرند حقوق عمومی مقدم می گردد. مثلاً چنانچه برای آب رسانی نیاز به تصرف در اموال و املاک افراد باشد دولت نخست سعی می کند از طریق جلب رضایت مالک اقدام کند ولی چنانچه مالک رضایت ندهد دولت ناگزیر است به نفع عموم وارد عمل شود و در حق افراد به طور قهری دخالت کند.

لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی دولت

مصوب شورای انقلاب در سال ۱۳۵۸، مجوز دخالت قهری در موارد لازم را داده است.

قاعده لزوم^۱

" اصالۃ اللزوم "

" يا ايُّها الَّذينَ آمَنُوا اَوْفُوا بِالْعُقُودِ "

از ديگر قواعد فقهي قاعده اصالۃ اللزوم در عقود است معنای اين قاعده بطور اجمال اين است که اصل در کليه عقود اعم از تملیكي و عهدي لازم بودن آنهاست .

معنای اصل لزوم : قاعده اي مستفاد از کتاب و سنت است و هنگام شك به آن رجوع مي شود.

مباني فقهي :

مستندات دو دسته است : يك دسته دلايل اجتهادي و دسته ديگر دلايل فقهاتي ، در توضيح بايد گفت دلايلي که ما را به واقعيت راهنمايي مي کنند ، امارات يا دليل اجتهادي هستند و دلايلي که اينگونه نيستند بلکه فقط رفع تکليف مي کنند و بيان کننده حکم ظاهري هستند دليل فقهاتي اند.

اول : دلايل اجتهادي

(۱) کتاب

(الف) آيه شريفه يا ايُّها الَّذينَ آمَنُوا اَوْفُوا بِالْعُقُودِ : در سوره مائده آيه دوم خداوند فرموده است : «به عقود وفا کنيد» . عقد در لغت به معنای عهد است ولي نه مطلق عقد . بلکه منظور عهد محکم و موثق و مشدد است . به عبارت ديگر عقد، عهدي است که در آن طرفين داراي تعهد مي شوند و با تصميم بر استحکام و تشديد آن را منعقد مي کنند . عقود اذني يعني آن عقدهايي که در آنها قصد طرفين تشديد و استحکام نيست و نيز دوامشان بستگي به بقاي اذن دارد ، به خودي خود مشمول اين آيه نيستند زيرا آيه شريفه از اول عهدهايي را شامل مي شود که بر توثيق واستحکام مبتني باشد اعم از عقود تملیكي مانند بيع يا عقود عهدي مانند نکاح ، اما عقود اذني که در آنها هيچگونه تشديد و استحکام و توثيق وجود ندارد و به مجرد رجوع از اذن گره شان باز شده و منحل مي شوند به انشاي فسخ نياز ندارند.

(ب) آيه حرمت اکل مال به باطل : براي اصل لزوم به آيه : «... لَا تَأْكُلُوا اَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ اَلَّا اَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ...» سوره نساء آيه ۲۹ نيز استناد شده است . در توجيه استناد به صدر آيه بايد گفت: پس از

¹- Latin : "pacta sunt servanda". promises are made to be kept. contracts are made to be performed.

انجام یافتن عقد وانتقال مالکیت، رجوع هر يك از طرفین و اخذ اموال بدون رضایت مالک از مصادیق اکل مال به باطل است و بنابراین فسخ عقد موثر نخواهد بود.

(ج) آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (سوره بقره آیه ۲۷۵) حلیت عرفا به معنای نفوذ بیع و امضای آن است و بنای خردمندان آن است که پس از عقد هیچیک از طرفین بدون توافق دیگری مجاز به فسخ نیست و شرع نیز همین بنا را امضاء کرده است.

(۲) سنت

نخستین حدیثی که به آن استناد شده است حدیث شریف نبوی «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِيعِ نَفْسِهِ» است. طبق این حدیث خون هیچ فرد مسلمان و نیز مال او مگر با رضایت خودش حلال نیست،

(۳) بنای عقلا

روش جاری عقلا، چنین است که هرگاه عقد و پیمان می بندند به آن احترام می گذارند و آن را بدون توافق منحل نمی سازند و مادام که توافق قابل اعتماد و لازم الرعایه نیست نام پیمان بر آن نمی نهند.

دوم : دلایل فقهایی

قاعده استصحاب : طبق این قاعده پس از آنکه عقدی میان طرفین منعقد شده چنانچه در امکان انحلال یا عدم امکان انحلال آن و به عبارت دیگر در جواز و لزومش تردید کنیم مادام که دلیلی قوی اقامه نشود بقا و استمرار رابطه منعقد شده استصحاب خواهد شد. به سخن دیگر مقتضای استصحاب، حکم به عدم اثر فسخ و در نتیجه، لزوم عقد است.

مجرای قاعده : به موجب این قاعده هرگاه در جواز و لزوم عقدی تردید شود، حکم به لزوم عقد می شود، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. موارد تردید به یکی از صورتهای زیر است :

(۱) تردید می شود که عقدی از نظر شرعی لازم است یا جایز. مثل آنکه در لازم یا جایز بودن عقد مزارعه تردید کنیم و دلیل مشخصی بر لزوم یا جواز آن نداشته باشیم. در این موارد به موجب این قاعده باید به لزوم عقد مزارعه حکم داد مگر آنکه دلیل محکمی بر خلاف آن اقامه شود.

(۲) هرگاه لزوم عقدی مسلم باشد و پس از تحقق آن، به علتی در خیاری شدن آن تردید ایجاد شود، طبق مقتضای قاعده به عدم تحقق خیار، یعنی لزوم عقد، حکم می کنیم. مثل آنکه در عقد نکاح که بی شک جزء عقود لازم است اگر با حدوث بعضی از عیوب مربوط به زوج یا زوجه که در نصوص ذکر نشده در حدوث خیار و عدم

آن تردید کنیم چنانچه دلایل شرعی تعیین تکلیف نکردند ، با استناد به حکم به لزوم داده می شود و در نتیجه این گونه عیوب موجب خیار نمی شود .

۳) سومین صورت راجع به حالی است که به دلیل احتمالی مداخلت چیزی در لزوم عقد در جواز یا لزوم آن تردید می کنیم . برای مثال در مورد عقد رهن تردید می کنیم که قبض شرط لزوم است یا خیر ؟ در این مورد به موجب این قاعده عدم اعتبار این شرط استنباط می شود . برای نمونه نمی دانیم برای لزوم عقد در وصیت قبض موصی له شرط است یا نه . در این موارد با اجرای عدم اعتبار و تاثیر شرط مزبور را استنباط می کنیم . یعنی اینکه اصل لزوم عقد است خواه شرط مزبور (قبض) محقق شود و خواه نشود.

۴) هرگاه در يك مقطع زمانی در عقد لازمی خیار (جواز عقد) ثابت باشد و بعد از آن در بقای خیار و یا بازگشت عقد به اصل لزوم تردید شود، مثل آنکه به علت مغبون شدن مشتری، برای او خیار ایجاد گردد ولی پس از گذشت يك مقطع زمانی و عدم اقدام به فسخ توسط او تردید حاصل شود که آیا خیار باقی است یا خیر ؟ این مورد نیز به نظر بعضی از فقها از موارد اجرای اصل لزوم است .

قاعده ما یضمن^۱

" ما یضمنُ بِصَحِيحِهِ یضمنُ بِفَاسِدِهِ و ما لا یضمنُ بِصَحِيحِهِ ، لا یضمنُ بِفَاسِدِهِ "

این قاعده در واقع مشتمل بر دو قاعده است : یکی اصل قاعده که عبارت است از : «ما یضمنُ بِصَحِيحِهِ یضمنُ بِفَاسِدِهِ» یعنی هر عقدي که صحیح آن ضمان آور است ، فاسد آن هم موجب ضمان می شود ، و دیگری عکس قاعده که عبارت است از : «ما لا یضمنُ بِصَحِيحِهِ ، لا یضمنُ بِفَاسِدِهِ» یعنی هر عقدي که صحیح آن موجب ضمان نباشد فاسد آن نیز ضمان آور نیست.

مفاد قاعده

۱) مراد از «ما» ی موصول

مراد از مای موصول در عبارت متن قاعده ، عقود است نه ایقاعات ؛ زیرا اگر بخواهیم ما را اعم از عقود و ایقاعات بگیریم ، معنای آن با معنای صحیح ضمان در این قاعده منطبق نخواهد شد؛ زیرا ایقاعات ضمان آور نیستند .

۲) معنای ضمان

معنای اول : بعضی گفته اند منظور از ضمان در اصل و عکس این قاعده جبران خسارت و تلف مال بر شخص است یعنی هر عقدي که در صحیح آن جبران خسارت و تلف مال مأخوذ بر آخذ وارد می شود در فاسد آن نیز چنین خواهد بود. هر عقدي که در صورت صحت وقوع آن آخذ خسارت می بیند اگر به طور فاسد واقع شود نیز آخذ ضامن است و باید خسارات طرف مقابل را تدارک و جبران کند . این نظریه را نمی توان پذیرفت زیرا با این توجیه تمام عقود تملیکی خواه مجانی مثل هبه و وقف و خواه غیر مجانی مانند بیع واجاره در صورت صحت برای آخذ ضمان آورند؛ یعنی باعث می شوند که خسارت و تلف مال بر آخذ تحمیل شود؛ زیرا آخذ در چنین عقود مالک می شود و در فرض تلف مال، خسارت نیز از اموال او خارج می شود . بنابر نظریه فوق تمام عقود تملیکی اعم از مجانی و غیر آن مصداق اصل قاعده محسوب می شوند و برای عکس قاعده فقط عقود اذنی باقی می ماند؛ حال آنکه بسیاری از عقود تملیکی مجانی هستند و در فرض فساد موجب ضمان نیستند و مشمول عکس قاعده اند نه اصل آن . برای مثال اگر شخصی با هبه فاسد مالی را تصرف کند و آن مال در دست او تلف شود بی تردید او ضامن عین موهوبه نیست .

¹- Where a valid contract brings about a liability , the invalid one results in liability too.

معنای دوم : برخی گفته اند که مراد از ضمان در هر دو طرف قاعده یعنی اصل و عکس آن ، تدارك و جبران مال و رد عوض است . بنابراین مفاد قاعده بر این معنا چنین می شود : « هر نوع عقدي که در صحيح آن تدارك مال مأخوذ بر عهده شخص آخذ است ، در فاسد آن نیز تدارك مال مأخوذ بر عهده آخذ خواهد بود » . یعنی آخذ در صورت تلف موظف به پرداخت بدل و عوض آن مال به طرف مقابل است . بدین ترتیب عقود معاوضي تمليكي داخل در اصل قاعده اند و عقود اذني و عقود تمليكي مجاني مشمول عکس قاعده خواهند بود . به بیان دیگر در عقود معاوضي تمليكي که فاسدند نیز تدارك مال مأخوذ بر عهده آخذ است . بدین معنی که آخذ موظف است بدل و عوض آن مال را به طرف مقابل بپردازد ولي در عقود اذني و تمليكي غير معاوضي فاسد همانند نوع صحيح آن آخذ هیچ مسئولیتی ندارد.

۳) معنای حرف «ب» :

آنچه از حرف «ب» متبادر می شود «سببیت» است . بنابراین معنای جمله «یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» آن است که هر عقدي صحيح آن سبب ضمان می شود فاسدش نیز سبب ضمان خواهد بود و بنابراین باید عبارات قاعده را چنین معنی کرد : «در فرض فساد عقد و در صورت تلف ، متصرف ضامن عوض واقعي شي که عبارت از مثل و یا قیمت است خواهد بود نه عوضی المسمي که همان ثمن است ».

عکس قاعده توجیهی کاملاً منطقی و حقوقی دارد . زیرا در هبه و عاریه مالک بطور مجانی به گیرنده اذن در تصرف داده است . بنابراین تصرفات گیرنده مشروع بوده و اذن مالک رافع هر گونه مسئولیت و ضمان است . شیخ انصاری عکس قاعده را بر مبنای قیاس اولویت توجیه کرده است با این بیان که وقتی عقد صحيح ضمان آور نباشد عقد فاسد به طریق اولی ضمان آور نخواهد بود .

قلمرو قاعده :

به استناد بخش اصلي قاعده ، فقها در کلیه مواردی که چیزی از طریق عقد فاسد خریداری شده و به قبض درآمده باشد مشتری را ضامن دانسته اند . فقها شخصی را که از طریق عقد فاسد شي را قبض کرده است نخست مالک آن نمی دانند و او را در حکم غاصب محسوب می کنند و دیگر اینکه قابض را ضامن عین مقبوض می دانند بدین معنی که اگر عین باقی باشد، مشتری باید خود عین را مسترد کند و در فرض تلف عین باید مثل یا قیمت آن را به مالک بپردازد .

محل جریان عکس قاعده کلیه عقود اذني فاسد مانند عاریه و ودیعه است، شکل صحيح این قبیل عقود موجب ضمان نیست . برای مثال اگر مالی از طریق ودیعه یا عاریه ای که بطور صحيح واقع شده نزد مستودع یا مستعیر قرار

گیرد، گیرنده ضامن پرداخت هیچگونه عوضی نیست . همچنین اگر عقود مزبور به صورت فاسد واقع شده باشند نیز گیرندگان ضامن پرداخت اجرت المثل نخواهند بود .

استثنائات قاعده

(۱) بیع بلا ثمن و اجاره به شرط عدم اجرت : این گونه معاملات فاسد است و مبیع مقبوض و نیز منافع مقبوض در ید مشتری و مستاجر ، مقبوض به عقد فاسد محسوب می شود و حسب قاعده گیرنده باید ضامن باشد و در صورت تلف ، از عهده ضمان برآید ، در حالی که مشتری ضامن تلف مبیع و مستاجر ضامن اجرت منافع نیست و به همین دلیل این مورد از موارد نقض قاعده محسوب می شود .

(۲) ثمن مبیع مغضوب در فرض علم مشتری به غصب : نظریه مشهور بلکه اجماع فقها آن است که اگر در فرض فوق ثمن مبیع مغضوب در ید بایع تلف شود مشتری برای مطالبه خسارت حق رجوع به بایع نخواهد داشت و فقط بایع مادام که عین ثمن باقی است مسئول رد آن به مشتری خواهد بود زیرا مشتری مالک آن است . این نظریه نقضی بر قاعده مایضمن است چرا که طبق قاعده مزبور بایع باید در فرض تلف ضامن ثمن باشد زیرا ثمن مصداق مقبوض به عقد فاسد بوده از مصادیق آن است.

(۳) عقد شرکت فاسد : به عقیده بسیاری از فقها در عقد شرکت صحیح ، تصرف شرکا در مال مشترک جایز است و تلف مال مشترک موجب ضمان نیست . بنابراین به موجب مفاد عکس قاعده باید در شرکت فاسد نیز حکم همین طور باشد درحالی که در شرکت فاسد تصرف در مال مشترک جایز نیست و تصرف عدوانی محسوب می شود و موجب ضمان است .

(۴) عقد اجاره فاسد : یکی از نقضهای مطرح شده بر قاعده ، وضعیت عین مستاجر در اجاره فاسد است. در اجاره صحیح مستاجر ضامن عین نیست چون امین است و جز در مورد تعدی و تفریط مسئول پرداخت خسارت نیست . حال اگر عین از طریق اجاره فاسد در اختیار مستاجر قرار گرفته باشد مستاجر ضامن عین است و در صورت تلف مسئول پرداخت خسارت است که این امر نقضی بر قاعده محسوب می شود زیرا در عقد اجاره صحیح مستاجر ضامن عین مستاجر نیست ولی در اجاره فاسد ضامن آن است .

قاعده تلف

"التَّلَفُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ مِمَّنْ لَا خِيَارَ لَهُ "

" تَلَفُ الْمُبِيعِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ مِنْ مَالِ بَايِعِهِ "

هر چند مشهور فقها ، اعم از متقدمان و متاخران ، معتقدند که انتقال مالکیت به نفس عقد و به صرف ایجاب و قبول واقع می شود و حتی قبض و اقباض مبیع و ثمن تأثیری در آن ندارند و وجود حق خیار فسخ هم مانع آن نیست ، اما در احکام مربوط به خیارات حکمی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است که به ظاهر با عقیده مزبور متعارض است و به موجب آن هرگاه در عقد بیع مبیع پس از قبض و قبل از انقضای خیاری که مخصوص به یکی از متعاملین است بدون تعدی و تفریط تلف شود ضمان بر عهده کسی است که خیار ندارد . و در حقوق مدنی نیز گفته می شود : تلف و نقص مبیع در زمان خیار مختص به مشتری ، به عهده بایع است .

از نظر کسانی (مثل شیخ طوسی) که انتقال ملکیت را منوط به انقضای خیار می دانند حکم فوق موافق قاعده است . زیرا به عقیده آنان قبل از انقضای خیار ملکیت هنوز به خریدار منتقل نشده است و خریدار علی رغم وقوع عقد نیز حق تصرف در مبیع را ندارد و طبعاً تلف هم از مال بایع خواهد بود ولی همانطور که گفتیم نظریه مزبور یعنی توقف انتقال مالکیت بر انقضای خیار در فقه متروک مانده و نظریه مشهور خلاف آن است .

مبانی فقهی

- ۱- روایت مرسل ابن ربیع از امام صادق (ع) که فرمود : «إِنْ حَدَثَ بِالْخِيَارِ حَدَثٌ قَبْلَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَهُوَ مِنْ مَالِ الْبَايِعِ»
- ۲- آنچه بطور عمده درباره خیار مختص مورد استناد قرار گرفته روایتی است که کلینی و شیخ طوسی به سند صحیح از عبدالله بن سنان نقل کرده اند به این ترتیب : قال : سئلُ ابا عبد الله (ع) عن رجلٍ يشتري الدابةَ أو العبدَ و يشترطُ الي يومٍ أو يومين فيموتُ العبدُ أو الدابةُ أو يحدثُ فيه حدثٌ ؛ علي من ضمان ذلك ؟ فقال (ع) علي البايع حتي ينقضي الشرطُ ثلاثة ايامٍ و يصيرُ المبيعُ للمشتري». اکثر فقها بر این نکته تصریح کرده اند که حکم یاد شده خلاف موازین و قواعد اولیه است و استثنایی بر اصل تملك مشتری به نفس عقد محسوب می شود زیرا طبق اصول و قواعد اولیه مالی که فروخته شده و توسط خریدار قبض گردیده در صورت تلف شدن باید از مال مالک آن مشتری محسوب شود .

مطابق نظریه کسانی که تملك را منوط به انقضای خیار می دانند حکم مذکور مطابق قاعده است ولی این نظریه موجه نیست زیرا به عقیده مشهور اگرچه خیاری بودن عقد موجب نفی مالکیت مطلق است با توجه به موازین کلی و

تملیکی بودن عقد بیع موجب تزلزل مالکیت نیست . به علاوه فسخ عقد نیز در آینده موثر است و رافع آثار مالکیت در زمان تلف نیست . پس همانگونه که منافع مبیع از آن خریدار است تلف نیز باید از دارایی او محسوب شود.

عناصر قاعده در قانون مدنی ایران

قانونگذار ایران نسبت به اختصاص قاعده به خيارات سه گانه در ماده ۴۵۳ قانون مدنی نظریه نهایی شیخ انصاری را قبول کرده و در ماده ۴۵۳ مقرر داشته است که هرگاه در بیع ، خيار حیوان یا خيار شرط یا خيار مجلس وجود داشته باشد و این خيار مختص به مشتری باشد و در مدت خيار مبیع تلف شود این تلف از اموال بایع محسوب می شود . خلاصه آنکه شرایط لازم برای اجرای قاعده ، بنابر نظریه اقوا که مورد پیروی قانون مدنی ایران قرار گرفته است بشرح زیر است :

- (۱) معامله باید بیع باشد و این حکم شامل دیگر عقود نیست .
- (۲) حکم این ماده اختصاص به مبیع دارد و در مورد تلف ثمنی که عین معین است حکمی ندارد اگرچه همانطور که گفتیم بعضی فقها آن را در ثمن نیز جاری دانسته اند ولی نظریه اقوا عدم جریان این حکم نسبت به ثمن است .
- (۳) مبیع باید عین شخصی باشد و اگر مبیع کلی بوده و مصداق آن انتخاب و به طرف داده شده باشد چنین حکمی وجود ندارد .
- (۴) مبیع باید تلف شده باشد پس اگر مبیع اتلاف شود قاعده جاری نیست .
- (۵) مبیع قبض شده باشد ، در غیر این صورت موضوع تابع قاعده تلف مبیع قبل از قبض است و از شمول این قاعده خارج خواهد بود .
- (۶) مبیع باید در زمان وجود خيار تلف شده باشد .
- (۷) خيار باید خيار حیوان یا شرط یا مجلس باشد .
- (۸) خيارات مذکور باید مختص مشتری باشد یعنی در خيار مجلس و در خيار شرط نیز وقتی این قاعده حکمفرماست که فقط برای مشتری خيار وجود داشته باشد پس اگر خيار مشترك باشد یا علاوه بر مشتری شخص ثالثی نیز خيار داشته باشد و یا آنکه خيار مختص به بایع باشد در صورت تلف مبیع قاعده جاری نیست چرا که در این گونه موارد مسئولیت مشتری منطبق با اصول بوده نیازی به اجرای قاعده نیست .
- (۹) تلف شدن مبیع نباید مستند به تفریط مشتری باشد.