

فراگیری ضمان

محمد رضا ملائی
عضو حلقه علمی افق
دانش پژوه دوره عالی فقه مقارن

چکیده: قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» از قواعد پر کاربرد در فقه معاملات است که نقش به‌سزایی را در حقوق مدنی نیز ایفا می‌کند. در این نوشتار سعی شده است تا پس از معرفی اجمالی پیشینه قاعده و جایگاه آن در پیکره قواعد فقه معاملات، به ابعاد مختلف آن - اعم از ایضاح مفهومی واژگان کلیدی بحث همانند ضمان و بیان ادله‌ای که در رابطه با اثبات این قاعده در فقه شیعه و عامه، ادعا شده است - پرداخته شود.

کلیدواژگان: قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، ضمان، قاعده احترام مال المسلم، قاعده لاضرر، قواعد فقه.

در آمد

۱. پیشینه قاعده

در میان علمای امامیه، نخستین کسی که به متن این قاعده استدلال کرده، مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء است.^۱

اما پیش از ایشان شیخ طوسی در کتاب المبسوط به مضمون قاعده استدلال و

۱. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۳، ص ۲۵۱ (ر.ک: سید محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۳۲۱)

تمسک نموده است.^۱ ایشان در کتاب الضمان در بیان حقوقی که ضمان در آن‌ها صحیح است، اشاره‌ای تلویحی به مضمون این قاعده می‌نماید.^۲ استدلال به این قاعده به عین عبارت معهود از آن، در بین متأخرین رواج بیشتری دارد.^۳ فقهای عامّه، در کتب قواعد فقه خود، این قاعده را مستقل مورد بحث قرار نداده‌اند، ولی در کتب فقهی آنان، آن هم در کتاب رهن استدلال‌هایی مبتنی بر نص این قاعده یافت می‌شود.^۴

در قوانین مدنی حقوق اسلامی، قسمت ایجابی قاعده را ملاک ماده ۳۶۶ قانون مدنی می‌دانند و قسمت سلبی این قاعده را به عنوان ملاک برای مواد ۴۹۳، ۶۱۴ و ۶۴۰ قانون مدنی ذکر می‌کنند.^۵

۲. جایگاه قاعده

قواعد فقهی، از جهات مختلف، به اقسام گوناگون تقسیم شده است. در یک تقسیم، این قواعد به شش دسته تقسیم شده‌اند:

۱. قواعدی که در تمام ابواب فقه جاری است: مانند قاعده لاضرر و لاضرر (قواعد عامّه)؛
۲. قواعدی که تنها در ابواب عبادات جریان دارد: مانند قاعده فراغ و لاتعاد؛
۳. قواعدی که در معاملات به معنای خاص به کار گرفته می‌شود: مانند قاعده تلف مبیع در زمان خیار؛
۴. قواعدی که در تمام ابواب معاملات جریان دارد: مانند قاعده لزوم و العقود تابعة للقصد؛
۵. قواعدی که اختصاص به باب قضا دارد: مانند قاعده البیة علی المدعی و الیمین علی من انکر؛
۶. قواعدی که تنها در احکام جزایی کاربرد دارد: مانند قاعده الحدود تدرء

۱. سید محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۳۲۱.

۲. شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۳۲۵.

۳. به عنوان نمونه بنگرید به ذیل قول محقق حلی در کتاب تجارت: محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، صص ۲۵۸ و ۲۵۹؛ (ر.ک: القواعد الفقهیة، ناصر مکارم شیرازی، ج ۲، ص ۲۱۴)

۴. حسین بن مسعود البغوی، التهذیب فی فقه الامام الشافعی، ج ۴، ص ۶۲ نیز: المنوفی المصری الاتصاری، محمد بن ابی العباس، نهیة المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ۴، ص ۲۸۲.

۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۷۸۴.

بالشبهات.

با توجه به این تقسیم، جایگاه قاعده ما یضمن، در دسته چهارم است، چون این قاعده در بیشتر ابواب معاملات به معنای عام کاربرد دارد.^۱

مستندات و دلایل قاعده

قبل از آوردن دلایلی که برای این قاعده شمرده شده است، لازم است که در این قاعده و معنای آن نزد فقها، دقت شود و به گونه‌ای تفصیلی به شناخت قاعده پرداخته شود تا مشخص گردد که در دلایل و مستنداتی که برای قاعده ذکر شده است، باید به دنبال چه چیزی باشیم؟ به همین منظور در ابتدا به معرفی تفصیلی این قاعده می‌پردازیم.

موضوع این قاعده، مقبوض به عقد فاسد است، به عبارت دیگر اگر یکی از شرایط معتبر در عقد، عوضین و یا متعاقدين، مختل گردید و بین متعاقدين با بی‌اطلاعی آنان از فساد بیع، قبض و اقباض صورت گرفت، در این صورت مقبوض به عقد فاسد محقق شده است. برای مقبوض به عقد فاسد، سه حکم ذکر گردیده است:

الف. مشتری (قابض)، مالک آن نیست؛

ب. در صورت باقی ماندن مقبوض، رد آن واجب است؛

ج. در صورت تلف، قابض، ضامن است که در اینجا موضوع قاعده محقق می‌شود.

مفهوم ضمان

ریشه لغوی آن «ضمن» به معنای متعهد و ملزم شدن است.^۲ البته برخی از علمای لغت، ریشه ضمان، را «ضم» دانسته‌اند.^۳ این اختلاف لغویین در ریشه ضمان، در فقه نیز راه یافته و بیش‌تر فقهای اهل سنت ضمان را به معنای «ضم یا ضمیمه شدن ذمه‌ای به ذمه دیگر» دانسته‌اند که البته نتایج متفاوتی را به دنبال دارد.^۴

۱. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۲، ص ۱۰۶.

۲. فیروزآبادی، القاموس المحیط، ج ۳، ص ۳۴۳؛ احمدبن محمد فیومی، المصباح المنیر، ج ۵، ص ۳۸۵.
۳. قَالَ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ الضَّمَّانُ مَا أَخُوذُ مِنَ الضَّمِّ وَهُوَ غَلَطٌ مِنْ جِهَةِ الْأِسْتِقَاقِ لِأَنَّ تَوْنَ الضَّمَّانِ أَصْلِيَّةٌ وَالضَّمُّ لَيْسَ فِيهِ تَوْنٌ فَهَمَّا مَا دُتَّانِ مُخْتَلِفَتَانِ؛ «برخی از فقها، ریشه ضمان را، ضم دانسته‌اند که البته با توجه به اینکه «نون» ضمان اصلی است و در «ضم» نون وجود ندارد، این ارجاع، اشتباه است و ضمان و ضم دو ماده مختلف‌اند». المصباح المنیر، ج ۵، ص ۳۸۵.

۴. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۲، ص ۱۰۶.

گفتنی است که اگر ریشهٔ ضمان، از ضمّ باشد، متناسب ضمانی است که با عقد ضمان محقق می‌شود، ولی متناسب با ضمان مورد نظر در قاعده نمی‌باشد.

ضمان در اصطلاح و قاعده

معنای معروف و معهود ضمان در نظر فقها عبارت است از اینکه «اگر چیزی نزد انسان تلف شود، تدارک آن بر ذمهٔ اوست»^۱ باید بررسی کرد که آیا این معنی از ضمان در هر دو جملهٔ «ما یضمن بصحیحه» و «ما یضمن بفاسده» تطبیق می‌شود؟

این معنا از ضمان اگرچه در بیع فاسد، قابل تصور است، ولی در بیع صحیح، ضمان با این معنا وجود ندارد، زیرا بیع صحیح، مبادلهٔ مال به مال است و مبیع از ملک بایع به ملک مشتری، و ثمن از ملک مشتری به ملک بایع منتقل می‌گردد و چیزی به ذمه نمی‌آید، مگر اینکه بیع از قبیل نسیه باشد.^۲

ولی در بیع فاسد، ضمان با این معنا کاملاً قابل تصور است. یعنی اگر مثنی، پیش مشتری (که به عقد فاسد به دست او رسیده و او مالک آن مثنی نمی‌باشد) تلف شود، تدارک مثل و یا قیمت آن در ذمهٔ اوست. البته اشکال فوق بر معنای مشهور ضمان، با چشم‌پوشی از نبودن لفظ ضمان در روایات است.

چنین به نظر می‌رسد که مرحوم شیخ انصاری نیز ضمان را مطابق معنای مشهور آن تفسیر نموده است.^۳

این تعریف از ضمان، اشکالاتی به همراه دارد. مثلاً گفته شده است که در عقد صحیح، تلف مدخلیتی در پرداخت ثمن ندارد؛ به این معنا که مبیع در نزد مشتری چه تلف شود و چه تلف نشود، او ملزم به پرداخت ثمن است، حال آنکه در تفسیر فوق از

۱. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقہیة، ج ۲، ص ۲۲۳. البته این تعریف از آن شیخ انصاری است. مرحوم فاضل لنکرانی در نقد این تعریف چنین می‌نگارد: «و یستفاد من کلامه (فده) بلحاظ عنوان الدرک و الخسارة و بلحاظ تعریف التلف: ان الضمان امر تعلیقی مرجعه الی اشتغال الذمة بالمثل أو القیمة عند تحقق التلف، و علیه فلا یتعلق الضمان بالعین بصورة التنجیز قبل عروض التلف و مادامت العین باقیة موجودة...»؛ «با توجه به عنوان درک و خسارت و نیز به لحاظ تعریف تلف، از کلام شیخ چنین استفاده می‌شود که ضمان امری معلق است و مرجع آن اشتغال ذمه به مثل و یا قیمت می‌باشد. آن هم هنگامی که تلف محقق می‌شود. در این صورت، ضمان به عین موجود قبل از اینکه تلف شود، تعلق نمی‌گیرد و فعلی نخواهد بود» محمد فاضل لنکرانی، القواعد الفقہیة، ص ۹۷. ایشان با توجه به همین نقدی که بر تعریف شیخ وارد می‌داند، بحثی مفصل در تعریف ضمان ارائه می‌دهد. رک: همان.

۲. همان.

۳. شیخ انصاری، کتاب المکاسب، ج ۱، صص ۳۰۱ و ۳۰۲.

معنای ضمان، لزوم دفع ثمن به بایع، متوقف بر تلف مبیع در نزد مشتری می‌باشد.^۱ مرحوم امام نیز بر این بیان شیخ که می‌گوید: «فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تدارک بعوضه الواقعی» اشکال‌هایی را مطرح می‌نماید، به این صورت که احتمال‌هایی را برای مراد شیخ از جمله بالا بیان نموده و می‌نویسد:

«احتمال دارد که مراد شیخ از جمله بالا (و به طور اخص، مراد ایشان از اطلاق ضمان) این باشد که اطلاق در ضمان، مقتضی ضمان واقعی است و از آن، ضمان واقعی متبادر می‌شود و غیر آن (مثل ضمان مسمی) احتیاج به تقیید دارد؛ و نیز احتمال دارد که مراد وی از اطلاق ضمان این باشد که معنی حقیقی ضمان، ضمان واقعی است و غیر آن، معنی حقیقی ضمان نمی‌باشد.»^۲

در ادامه، ایشان دو احتمال را رد می‌کند:

«... ایرادی که بر احتمال اول وارد است، چنین تصویر می‌شود که بر فرض اینکه ضمان، همان معنای جامع باشد، باید توجه داشت که با اصالة الاطلاق نمی‌توان یکی از مصادیق جامع را معین نمود؛ زیرا هر مصداقی احتیاج به قید دارد که اطلاق آن را (قید را) دفع می‌کند؛ در نتیجه حمل بر ضمان واقعی همانند حمل بر ضمان جعلی احتیاج به معین دارد و نمی‌توان توسط اطلاق، ضمان واقعی را تعیین نمود.

بر احتمال دوم نیز این ایراد وارد است که این تفسیر خاص از اطلاق ضمان، با صدر کلام شیخ همان‌جا که مرحوم شیخ در صدد بیان معنی واحد و جامع بین موارد ضمان بودند، (تا تفکیکی پیش نیاید)، سازگار نیست؛ زیرا اگر ضمان واقعی، معنای حقیقی ضمان باشد دیگر، ضمان جعلی را نمی‌توان ضمان نامید (و حقیقتاً ضمان نخواهد بود). اگر هم از آن به ضمان یاد کنند با نوعی تأویل همراه است، در نتیجه اگر این احتمال از مراد شیخ از اطلاق ضمان، صحیح باشد، معنایی که از ضمان در صدر کلامشان ارائه داده‌اند صحیح نخواهد بود.»^۳

البته ایراد اول مرحوم امام بر شیخ به این صورت درست نیست؛ زیرا منظور از ضمان و اطلاق آن در آرای شیخ، همچنان که آیت‌الله شیخ جواد تبریزی به آن اشاره دارد، (در تفسیر برخی از کلمات شیخ) چنین است:

«منظور از ضمان، این است که خسارت مال تلف شده بر عهده شخص است که

۱. جواد تبریزی، ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۱۴۱.

۲. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۹۵.

۳. همان، صص ۳۹۵ و ۳۹۶.

باید از مال خودش، تلف را جبران نماید؛ البته با تعدد دال و مدلول، منظور از ضمان، تدارک به عوض مسمی است. ولی در فرض اطلاق ضمان، تدارک به عوض واقعی یعنی ضمان به مثل و یا قیمت، منظور نظر خواهد بود...»^۱.

شاید ایراد دوم ایشان بر شیخ نیز وارد نباشد، زیرا مرحوم شیخ، در صدر کلام، معنای کلی ضمان را فرض نموده که مثلاً این معنای کلی، وجوب تدارک است، حال چه این تدارک با ثمن المثل یا ثمن القیمة حاصل شود چه با ثمن المسمی.

خوب است بدانیم مرحوم امام خمینی علیه السلام احتمال دیگری نیز در مورد مراد شیخ از اطلاق ضمان مطرح نموده است، ولی ایرادی بر آن وارد نساخته است:

«... و یحتمل أن یکون مراده دعوی انصراف الضمان الی الواقعی ما لم یدل دلیل علی خلافه»؛ «احتمال دارد منظور شیخ، ادعای انصراف ضمان به ضمان واقعی باشد تا آن هنگام که دلیلی بر خلاف آن نباشد».

آیت الله شیخ جواد تبریزی با توجه با اشکال‌های وارد شده بر تعریف مشهور، ضمان را این چنین معرفی می‌کند: «در هر موردی که ثابت شود مالک مال، (به سبب عقدی خاص به صورت صحیح) مالک بدل آن مال گردیده است، بدل، در فرض فساد عقد نیز (برای مالک) ثابت خواهد بود و در این میان فرقی نمی‌کند که ثبوت ملکیت مالک مال برای بدل آن مال، بر تلف آن مال تعلیق شده باشد - چنانکه در ضمان عاریه طلا و نقره این چنین است - و یا اینکه ثبوت ملکیت فوق، مطلق باشد - و معلق بر تلف مال نباشد - مثل ضمان مشتری در مورد ثمن برای بایع»^۲.

بررسی عبارت «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»

همان‌طور که در ابتدای بحث اشاره شد، این عبارت در هیچ آیه و روایتی نیامده است، و نیز معقد اجماع هم نیست، به همین دلیل، بررسی الفاظ آن در نگاه اول لازم به نظر نمی‌آید، ولی از آنجا که این عبارت به صورت عنوانی معهود در سخنان تمام فقها در آمده و تمامی آن‌ها در هنگام اراده این قاعده و استدلال به آن از این تعبیر استفاده می‌کنند، و از آنجا که الفاظ این جمله، بیان‌کننده مراد آن‌هاست، مناسب است که از برخی الفاظ قاعده که در فهمیدن منظور از آن مدخلیت فراوانی دارند - همانند کلمه ضمان که بحث از آن گذشت، و یا کلمه باء در «ما یضمن بصحیحه...»

۱. جواد تبریزی، ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۱۴۲.

. همان.

- بحث شود.^۱

در مورد معنی کلمه باء، این بحث مطرح است که آیا به معنای «فی» است (که در این صورت اشکالی مطرح نمی‌شود) و یا به معنای سببیت؟ در صورتی که باء به معنای سببیت باشد، این پرسش مطرح می‌گردد که آیا عقد، به تنهایی می‌تواند علت تامه ضمان باشد و یا برای تحقق ضمان، علاوه بر عقد، قبض نیز لازم است؟ برای پاسخ به این سؤال از دو پرسش دیگر کمک می‌گیریم:

الف. آیا به محض وقوع عقد، مشتری مالک چیزی می‌شود - هر چند قبض محقق نشود - یا خیر؟ در تمام عقود غیر از صرف و سلم، با وقوع عقد، مشتری مالک مبیع می‌شود، مثلاً در بیع، عقد بیع، علت تامه مالکیت است.

ب. آیا عقد (که به تنهایی در غیر صرف و سلم، علت تامه ملکیت است) می‌تواند علت تامه برای ضمان باشد و یا اینکه برای تحقق ضمان، علاوه بر عقد، قبض و اقباض نیز لازم است؟

در اینجا چهار فرض، تصور می‌شود:

الف. ملکیت، توسط عقد حاصل شده است، و افزون بر آن، قبض و اقباض نیز صورت گرفته است. در این حالت، در صورت تلف مبیع در دست مشتری، ضمان محقق می‌شود و مشتری نسبت به ثمن المسمی در قبال بایع، ضامن است.

ب. ملکیت توسط عقد حاصل شده است، ولی قبض و اقباضی صورت نگرفته است. در این حالت، اگر مبیع (که بنا بر فرض در دست بایع است)، تلف شود، ضمانی برای مشتری نیست. چه عقد، صحیح باشد، و چه اینکه فاسد باشد (تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه).

ج. بر فرض که بیع صرف است و عقد محقق شده، ولی قبض، صورت نگرفته است. در این حالت با تلف مبیع، ضمانی برای مشتری نیست.

د. فرضاً بیع صرف است و در کنار تحقق عقد، قبض نیز صورت گرفته است. در این حالت، با تلف مبیع، مشتری ضامن است.

نتیجه: اگر باء به معنی سببیت باشد این معنا از باء، با ظاهر قاعده همخوانی ندارد، زیرا عقد، همیشه علت تامه ضمان نیست، چون در بیع (مثلاً)، عقد به تنهایی، فقط موجب ملکیت است نه ضمان و برای تحقق ضمان، قبض نیز لازم است.

تمام صورت‌های بالا در صورت وقوع عقد به طور صحیح بود. البته در صورت وقوع

۱. با اینکه مرحوم امام به الفاظ قاعده توجهی ندارد، ولی در کتاب البیع به این بحث می‌پردازد. ج ۱، ص ۴۰۲.

عقد به صورت فاسد نیز این معنا از باء، خلاف ظاهر عبارت است. زیرا اگر فرض کنیم عقدی فاسد محقق شد و به دنبال آن، قبض هم صورت گرفت، در اینجا، این عقد فاسد به هیچ عنوان نمی‌تواند موجب ضمان باشد، زیرا فاسد است و در تحقق ملکیت نیز قاصر می‌باشد و در این میان، این قبض است که موجب ضمان گردیده است. البته شیخ انصاری، این اشکال را به گونه‌ای جواب داده است.^۱

توجه: تمام این صور نزد بایع نیز تصوّر داشته و تطبیق می‌گردد. با این تفاوت که آنچه در نزد بایع تلف می‌شود، ثمن است؛ البته با این فرض که مثنی را هنوز به مشتری نداده باشد.

در پایان، گفتنی است که برخی همچون مرحوم امام و آیت‌الله مکارم شیرازی، بر این عقیده‌اند که در مورد این قاعده باید تابع دلیل بود و از آنجا که الفاظ این قاعده نه در نص آمده و نه معقد اجماع است، باید برای تعیین حدود و ثغور این قاعده و مقدار شمولیت آن (مثل اینکه آیا علاوه بر عقود، شامل ایقاعات هم می‌شود، یا خیر) به بررسی مستندات و دلایل این قاعده پرداخت.

مستندات و دلایل

همان‌طور که گذشت این قاعده از دو قسمت ایجابی و سلبی تشکیل شده است، از این روی باید ادله هر کدام را جداگانه بررسی نمود.

ادله قسمت ایجابی (اصل قاعده)

الف. اجماع؛^۲

از آنجا که مدعیان اجماع، خود استدلال‌هایی بر قاعده اقدام یا قاعده احترام مال مسلم و یا حدیث علی الید، ارائه نموده‌اند، احتمال مدرکی بودن آن می‌رود.^۳

ب. سیره عقلا: از راهایی که می‌توان به وسیله آن، به اثبات یک حکم شرعی پرداخت، سیره متشرعه و نیز سیره عقلاست. دلالت سیره عقلا بر قسمت ایجابی قاعده مورد بحث، چنین تقریر شده است:

در کلیه معاملات، اعم از عقود و ایقاعات، چنانچه چیزی از کسی گرفته شود، با این قصد و شرط که بدل آن داده شود و بدل نیز معین شود و مورد توافق قرار گیرد،

۱. محمدجعفر جزایری مروج، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۳، ص ۱۰۲.

۲. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۲، ص ۱۱۰.

۳. سید حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۱۱۰.

این بدل را در اصطلاح ضمان مسمی می‌گویند. در این حالت چنانچه رد ضمان مسمی متعذر شود، طرف معامله، ضامن مثل و یا قیمت - که ضمان واقعی است - دانسته می‌شود. همچنین است در صورتی که عین در دست طرف معامله تلف شود. در صورت فساد معامله‌ای هم که شارع مقدس حکم به آن کرده است، وضع به همین منوال خواهد بود، یعنی با توجه به اینکه سیره مزبور ردع نشده است، تأیید شده به شمار می‌آید.^۱

ج. قاعده علی‌البد: در نبوی ﷺ مشهور چنین آمده است: «علی الید ما أخذت حتی تؤدیة»^۲

سند روایت: حضرت امام در کتاب البیع آورده است:

«سند این روایت ضعیف است ولی در بین متأخرین ... جبران سند آن به علت عمل قدمای اصحاب، مشهور می‌باشد. اثبات عمل قدمای اصحاب به این روایت مشکل است، زیرا این بزرگواران، روایت بالا را به عنوان احتجاج بر عامه و نه استناد به آن در حکم، ذکر می‌کردند ... استدلال به این حدیث در میان متأخرین از زمان علامه رواج یافت. من تاکنون در کتب علامه، ندیدم که برای اثبات حکمی، به این حدیث تمسک کند ... و پیدا شدن شهرت بعد از او نیز معتبر نیست. فتدبر لعل الله یحدث بعد ذلک شیئاً»^۳

دلالت روایت: به مقتضای این قاعده، (که مستفاد از نبوی ﷺ مشهور است) در صورتی که مقبوض به عقد فاسد در دست قابض تلف شود، او ضامن خواهد بود و از آنجا که جریان ید بر منافع (مثل منافع منزل) به تبع جریان ید، بر عین، قابل تصور است، پس این قاعده (ما یضمن) شامل منافع هم می‌شود. البته قاعده علی‌البد شامل اعمال مسلمانان نخواهد شد، زیرا اعمال، نه منفعت است و نه عین. بنابر این اگر دلیل بر قاعده ما یضمن، قاعده ید باشد، در ابواب معامله‌هایی مثل مضاربه فاسد، مزارعه، مساقات و ... که به صورت فاسد واقع می‌شوند، نمی‌توان به این قاعده (ما یضمن) استناد نمود.^۴

۱. همان، ص ۳۲۲.

۲. ابن‌ابی‌جمهور احسانی، عوالی اللالی، ج ۱، ص ۲۲۴؛ ج ۳، ص ۲۵۱؛ حسین نوری، مستدرک الوسائل، کتاب الودیعه، ج ۴، باب اول، ج ۱، ص ۷؛ احمدبن حسین بیهقی، السنن الکبری، ج ۶، ص ۹۰ (ر.ک: امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۷۲).

۳. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، صص ۳۷۲-۳۷۶.

۴. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۲۱۷.

چند نکته

۱. وجوه تفصیلی عدم شمول این حدیث برای منافع و رد و ابرامهای مفصلی بر این وجوه، در کتاب البیع امام خمینی آمده است.^۱

۲. مرحوم شیخ این روایت را مشمول منافع و اعمال مضمونه نمی‌داند، به همین علت به بررسی روایات دیگری در این زمینه می‌پردازد.^۲

د. قاعده لاضرر: دلالت حدیث نفی ضرر بر ضمان در مقبوض به عقد فاسد به این صورت تقریر می‌شود که مولا در مقبوض به عقد فاسد، ادعای نفی ضرر کرده و فرموده است که در اینجا ضرری وجود ندارد؛ مصحح این ادعا، محکوم بودن ضرر موجود (در مقبوض به عقد فاسد) به تدارک است که لزوم تدارک این ضرر، باعث می‌شود که ضرر، نازل منزله عدم گردد و به این اعتبار، مولا ادعا می‌کند که در مقبوض به عقد فاسد، ضرری وجود ندارد. در نتیجه ادعای نفی ضرر از سوی مولا در مقبوض به عقد فاسد، نشان‌دهنده لزوم تدارک این ضرر است، در دیگر حالات، مولا نمی‌تواند ادعای نفی ضرر کند.^۳

مرحوم امام خمینی پس از این تقریر از قاعده لاضرر، بر این استدلال، چنین اشکال می‌نماید: «دلیل، اخص از مدعاست؛ زیرا مدعا در بحث ما، ضامن بودن کسی است که مال پیش او تلف شده است، هر چند که این شخص نه با واسطه و نه مستقیم، دخالتی در این تلف شدن نداشته باشد. دلیل ما در اینجا که همان حدیث نفی ضرر است، ضامن به این وسعت را ثابت نمی‌کند».^۴

البته در مورد تقریر دلالت این حدیث بر ضمان، بیان دیگری نیز وجود دارد به این صورت که در مقبوض به عقد فاسد، اگر قابض، ضامن عین تلف شده (در نزد او) نباشد، ضرر بزرگی به بایع (مثلاً) وارد می‌شود که تحت قاعده لاضرر در آمده و این قاعده برای رفع ضرر، ضامن بودن وی را ثابت می‌کند.

بر این استدلال نیز چنین اشکال می‌شود که قاعده لاضرر تشریح‌کننده نیست و حکمی را ثابت نمی‌کند، بلکه احکام ضرری را نفی می‌کند و از آنجا که مقصود ما در اینجا، استدلال به این قاعده برای اثبات حکم ضمان است، این استدلال خالی از اشکال

۱. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، صص ۴۰۶-۴۱۶.

۲. همان، ص ۴۱۶.

۳. همان، ص ۴۲۱.

۴. همان، ج ۱، ص ۴۲۲.

نخواهد بود. در رابطه با اینکه قاعده لاضرر می‌تواند علاوه بر نفی حکم، مثبت حکم هم باشد، نظریات متفاوتی وجود دارد؛ آیت‌الله سیستانی می‌نویسد:

«مفاد حدیث لاضرر، ناظر به احکام مجعول در شریعت نیست؛ بلکه مفاد حدیث، منع از فراهم نمودن موجبات تحمل ضرر است؛ به عبارت دیگر حدیث مذکور، وجود ضرر منتسب به شارع را از آن جهت که شارع و قانون‌گذار است نفی می‌کند؛ این برداشت از حدیث لاضرر همان‌گونه که موارد وجود ضرر به علت جعل حکم را دربرمی‌گیرد، شامل مواردی که وجود ضرر به علت عدم جعل حکم است نیز می‌گردد؛ لذا نفس عدم جعل حکم از سوی کسی که قدرت بر تشریح دارد، اگر مستلزم ضرر باشد، در حقیقت فراهم نمودن زمینه تحمل ضرر - از طرف شارع - برای دیگران است ... با این وصف، پس از صدق تسبیب به تحمل ضرر در عدم جعل حکم، لازم نیست تا عدم جعل حکم را به جهت عدم صدق حکم بر آن، خارج از زیرمجموعه‌های فراگیری لاضرر بدانیم؛ بلکه حتی می‌توان گفت عدم حکم در چنین مواردی، حکم است همچنانکه عدم تقیید در جایی که قابلیت تقیید دارد، اطلاق شمرده می‌شود.^۱

ه قاعده اقدام: بنای متعاملین در اقدام به معامله بر آن است که مالی که از هر یک از دو طرف گرفته می‌شود، بلاعوض و مجانی نباشد، بلکه اخذ مبتنی بر ضمان باشد. در این صورت، چنانچه معامله انجام یافته صحیح باشد، هر کدام از متعاملین، ضامن به مسمی هستند.

مثلاً بایع، ضامن مبیع مسمی است و باید با رد آن به مشتری، ذمه خود را فارغ کند، همچنین مشتری باید ثمن را به بایع بدهد و اگر شارع مقدس حکم به فساد معامله‌ای کند و آن را مورد تنفیذ و امضا قرار ندهد، ناچار آن مقدار معین که ضامن مسمی است از اعتبار می‌افتد. اما اصل ضمان که به مقتضای اقدام متعاملین ثابت بوده و به ضمان واقعی - مثل و یا قیمت - منصرف است.^۲

شیخ انصاری بر این استدلال چنین اشکال می‌کند:

«متعاملین بر ضمان خاص و معین، اقدام و تراضی کرده‌اند که این ضمان خاص، مورد تنفیذ شارع مقدس قرار نگرفته است و در نتیجه پس از انتفای ضمان خاص، ثبوت مطلق ضمان نیز بی‌دلیل خواهد بود.»^۳

۱. سید علی سیستانی، قاعده لاضرر و لاضرار، ص ۲۹۰ به بعد.

۲. سید محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۳۲۲.

۳. شیخ انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۱۹۰ (مجله فقه اهل بیت، ش ۲۲، ص ۱۲۰).

در جواب می‌توان گفت:

اولاً همان‌طور که در متن استدلال به آن اشاره شده است، متعاقبین در ضمن اقدام بر ضمان مسمی، بر اصل ضمان نیز اقدام کرده‌اند. بنابراین با فساد عقد پی می‌بریم که شارع آن ضمان خاص را امضاء نکرده، ولی اصل ضمان را امضا نموده است.

ثانیاً: دلیل فساد و بطلان عقد، بر امضا نکردن «اقدام بر ضمان» دلالتی ندارد.^۱ مرحوم امام خمینی، پاسخ نخست را نمی‌پذیرد و استدلالی بر رد جواب اول می‌آورد که اشاره به ناصواب بودن جواب دوم نیز دارد.^۲

و. احترام مال مسلم: روایات فراوانی وجود دارد که بر احترام مال مسلمان هم‌پایه جان و آبروی او دلالت می‌کند و لازمه احترام مال این است که در هیچ حالتی هدر نرود؛ به همین دلیل اگر مالی در ضمن عقدی (ولو باطل) رد و بدل شد، مضمون خواهد بود. این روایات در سه دسته تقسیم می‌شوند^۳ که البته در این نوشتار، فقط به بررسی دلالت روایاتی که در استدلال بر قاعده احترام مال مسلم، بیشتر مورد توجه قرار می‌گیرد، می‌پردازیم:

روایاتی وجود دارد که دلالت می‌کند بر اینکه مال مسلمان همانند خون او احترام دارد و در نتیجه همان‌گونه که خون مسلمان هدر نمی‌رود، مال او نیز هدر نخواهد رفت. از جمله این روایات، موثقه ابی بصیر است: «عن ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: «سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصية لله و حرمة ماله كحرمة دمه.»^۴ این روایت به علت وجود عبدالله بن بکیر، که فطحنی مذهب است، موثقه می‌باشد.

تقریب دلالت روایت بر احترام و ضمان مال مؤمن به این صورت است که احترام مال به احترام خون او تشبیه شده است، بی‌تردید احترام خون او به این معنی است که نباید هدر رود و مورد ضمان است؛ پس احترام مال مؤمن به همین صورت تصور می‌شود، یعنی تباه شدن مال او بدون رضایتش، مورد ضمان است.^۵

۱. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۲۲، ص ۱۲۱.

۲. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۰۴.

۳. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۲۲، ص ۱۲۳. برای بررسی تفصیلی، ر.ک: مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۲۲، قاعده ما یضمن، ۱، دلیل: قاعده احترام مال مسلم.

۴. شیخ حرّعاملی، وسائل الشیعة، باب ۱۵۲ از ابواب احکام العشرة، ج ۸، ص ۵۹۹، ح ۱۲. ر.ک: محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۲۲، ص ۱۲۵.

۵. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۲۲، ص ۱۲۵.

ظاهراً حرمت این روایت به معنی جایز نبودن هتک و هدرنرفتن است. در این صورت روایت دلالت می‌کند که حرمت (به این معنا) مال مسلم همانند حرمت خون اوست؛ و این تشبیه و تنزیل به مقتضای عمومیتش ثابت می‌کند که هر احترامی که برای خون مسلم ثابت می‌شود، برای مال او نیز ثابت است و از آنجا که احترام خون مسلمان به نریختن و هدر نرفتن آن است، احترام مال او نیز به جایز نبودن نابودسازی آن است.^۱

بر دلالت این دسته از روایات نسبت به ضمان، چند اشکال وارد شده، از جمله اینکه این روایات تنها بر حرمت تکلیفی دلالت می‌کند و حرمت وضعی که همان ضمان است با این روایات ثابت نمی‌شود.^۲

برخی از بزرگان این اشکال را به این صورت تقریر کرده‌اند که عبارت «حرمة ماله كحرمة دمه» به تنزیل و تشبیه در اصل حرمت اشاره دارد؛ یعنی همچنانکه خون او حرام است، مال او نیز حرام می‌باشد، در نتیجه منظور از این حرمت، حرمت تکلیفی است.^۳

در پاسخ می‌توان گفت: این احتمال، بسیار دور است، زیرا امام در مقام تعظیم مؤمن سخن می‌گوید و صرفاً بیان حرمت تصرف در مال او، مناسب با این مقام نیست.^۴ آیت‌الله مکارم این قاعده را اصلی‌ترین دلیل بر قاعده ما یضمن دانسته و مرجع ادله قبلی را نیز همین دلیل معرفی می‌کنند.^۵

ادله قسمت سلبی (عکس قاعده)

الف. اجماع^۶

استدلال به اجماع در این‌گونه موارد ناتمام است، زیرا: اولاً: از نظر صغروی (اتفاق تمام فقها بر قبول عکس قاعده) قابل اشکال است. ثانیاً: به فرض قبول صغری، اشکال کبروی دارد، زیرا اگر قطع به مدرکی بودن این اجماع نداشته باشیم، دست‌کم احتمال مدرکی بودن آن می‌رود، در نتیجه چنین

۱. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۱۷.

۲. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن ۱، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۲، ص ۱۲۵.

۳. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۱۷.

۴. همان.

۵. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقہیة؛ ج ۲، ص ۲۱۹.

۶. محمد بحر العلوم، بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۸۴ (ر.ک: مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۵، ص ۸۰).

اجماعی کاشف از سخن معصوم نبوده و حجّت نیست.^۱

ب. اولویت: برای اثبات عکس قاعده، چنین استدلال شده است که اگر در عقدهای صحیح همچون هبه، ضمان نباشد در عقدهای فاسد به طریق اولی ضمان نخواهد بود، شیخ طوسی در کتاب رهن در بحث فرق نهادن میان بیع و رهن و اینکه اگر شخصی چیزی را به عنوان رهن در برابر قرض پیش کسی بگذارد و بگوید: «اگر در مدت یک ماه، قرض پرداخت نشود، مال مرهون به عنوان بیع از آن صاحب پول باشد»، بر این عقیده است که در این صورت بیع و رهن باطل خواهد بود و اگر مال رهنی در این یک ماه تلف شود، متعلق ضمان نخواهد بود؛ زیرا عقد صحیح رهن مورد ضمان نیست، چه رسد به باطل آن.^۲

در مقام نقد این استدلال می‌توان گفت: «این اولویت ثابت نیست، زیرا ممکن است که سبب ضمان با معامله‌ای صحیح مرتفع گردد، ولی با معامله‌ای فاسد، این سبب رفع نگردد و ثابت باشد.»^۳

از دیگر سو، بر فرض که سبب ارتفاع ضمان در عقد فاسد نیز جاری باشد، در این میان اولویتی وجود ندارد، زیرا علت و ملاک عدم ضمان که همان اقدام بر مجانیت است در هر دو صورت، یکسان جاری است.^۴

ج. ادله استیمان: شیخ انصاری در پاسخ به این اشکال که «به اقتضای عموم قاعده علی الید، در تمامی عقود، ضمان ثابت است ولی از محدوده این شمول، مقبوض به عقود صحیحی که در آن عقود، قابض، ضامن نیست به مقتضای ادله قاعده استیمان خارج می‌شود و در نتیجه، عقود فاسد نیز تحت قاعده علی الید باقی مانده و ضمان در آنها ثابت است»، می‌فرماید:

روایات بالا در پی این است در عقود خاص مثل عاریه، ودیعه، اجاره و ... از آنجا که دست گیرنده، امانی است پس در صورت تلف عین، قابض (که از طرف مالک، امین دانسته شده بود) ضامن نخواهد بود و این حالت (یعنی امانی بودن ید قابض) هم در عقود صحیح محقق است و هم در عقدهای فاسد آنها تصور می‌شود. پس هر عقدی که صحیح آن به مقتضای این ادله ضمان آور نباشد، نوع فاسد آن نیز به مقتضای همان

۱. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ش ۲۲، ص ۸۰.

۲. همان.

۳. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۲۸.

۴. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ش ۲۲، ص ۸۱.

ادله، ضمان آور نخواهد بود.^۱

بر این استدلال از جهاتی اشکال وارد شده است، به عنوان نمونه:

۱. مواردی که عقد صحیح، ضمان ندارد از آن جهت است که مالک، مال را رایگان در اختیار دیگری قرار داده است. بنابراین قاعده‌ی ید در این عقود راه ندارد و خروج آن‌ها از تحت قاعده‌ی ید، تخصصی است و ادعای شیخ مبنی بر اینکه با قاعده‌ی استیمان، این عقود فاسد تخصیص می‌خورد و از تحت قاعده‌ی ید بیرون می‌رود، درست نیست.^۲

در رد این اشکال می‌توان گفت: اگر ملاک عدم ضمان، رایگان در اختیار دادن مال است، همین ملاک در عقود فاسد نیز دیده می‌شود. نهایت این که یا مالک از فساد عقد خیر ندارد و یا خیر دارد. ولی با این حال باز هم، ملک خود را رایگان در اختیار دیگری قرار می‌دهد.

البته فقط در حالت اول یعنی موردی که مالک از فساد عقد خیر ندارد، با این فرض که او با اعتقاد به صحت عقد، اقدام به این کار می‌کند، به گونه‌ای که اگر علم به فساد عقد داشت دیگری را بر مال خود به صورت رایگان مسلط نمی‌کرد و از طرف دیگر هم قابض، عالم به فساد معامله باشد، ید قابض را می‌توان عدوانی برشمرد که در نتیجه ادله‌ی ضمان آن را فرامی‌گیرد.

۲. مرحوم امام می‌گوید:

«ما عموم و اطلاقی را در ادله‌ی استیمان، با این وسعتی که شیخ می‌بیند، نمی‌یابیم، شاید نظر شیخ در این توسعه و تعمیم، به بعضی از روایات باب امانت، عاریه و یا اجاره است مثل مرسله‌ی ابان بن عثمان از حضرت باقر علیه السلام که می‌گوید: «سألته عن الذی یتبضع المال فیهلک او یسرق، أعلی صاحبه ضمان؟ فقال علیه السلام: لیس له غرم بعد أن یکون الرجل أمیناً»^۳ (این روایت در کافی آمده است^۴ و نیز در تهذیب الاحکام شیخ الطائفه به سندی که همچون سندی صحیح^۵ است، از حضرت باقر علیه السلام نقل شده است)

۱. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۲۹.

۲. محمّد رحمانی، قاعده‌ی ما یضمن، ۱، مجله‌ی فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۲۲، ص ۸۳.

۳. نقلها الشیخ الحر عن الكلینی مرسله فی وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۸۰، کتاب الودیعه، ب ۴، ح ۵ (ر.ک: امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۳۰).

۴. ثقة الاسلام کلینی، کافی، ج ۵، ص ۲۳۸، رواها عن الحسن بن محمد عن معلى بن محمد عن فضالة عن أبان عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام (ر.ک: امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۳۰).

۵. التعبير به لأجل کلام فی مذهب أبان بن عثمان. انظر رجال النجاشی و رجال الکشی و معجم رجال الحدیث، ۱، ص ۱۵۷ (ر.ک: امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۳۰).

یا روایات دیگری که به همین مضمون در اعاره، اجاره و ... وارد شده است.^۱ گویا مرحوم شیخ در ادّعی خود بر عموم مذکور، این روایات را در نظر داشته و بر این عقیده بوده که:

اولاً ذیل این روایات به منزله تعلیل است و از این تعلیل چنین فهمیده می‌شود که هر امینی، غیر ضامن است و مغروم نمی‌باشد و در این میان فرقی نمی‌کند که استیمان در عقد صحیح باشد و یا در عقد فاسد و نیز فرقی نمی‌کند که آنچه از سوی مالک در اختیار امین قرار داده می‌شود به عنوان امانت باشد و یا به عنوان چیزی که مفید معنای امانت - هر چند به حمل شایع - باشد.

ثانیاً: تسلیم مال در اجاره، مضاربه و ... از قبیل امانت قرار دادن عین در ید قابض است و مرحوم شیخ از این دو مقدمه، چنین نتیجه می‌گیرد که هرگاه مالک، دیگری را به هر گونه‌ای امین قرار داد آن فرد، ضامن نخواهد بود.^۲

د. استدلال مرحوم نایینی بر عکس قاعده: هرگاه مالک در قبض صحیح، قابض را رایگان بر مال خود مسلط کند، ید قابض از عموم علی البید یا تخصّصاً و یا تخصیصاً خارج خواهد شد، و این حالت که موجب خروج ید قابض از عموم علی البید می‌شود، در قبض فاسد نیز موجود است، البته بدون وجود اولویت در قبض فاسد.^۳

اشکال‌هایی به این استدلال وارد شده از جمله اینکه تسلیط در عقود همچون اجاره و یا رهن رایگان نیست.^۴

ه. آیت‌الله خویی پس از اشکال به ادله عکس قاعده می‌گوید: «تحقیق اقتضا می‌کند که بگوییم: دلیل عکس قاعده، عبارت است از نبود دلیل بر ضمان در موارد عقد فاسدی که صحیح آن ضمان ندارد.»^۵

توضیح اینکه در این گونه عقود، اثبات ضمان نیاز به دلیل دارد، زیرا ضمان، حکم شرعی وضعی است و باید دلیلی بر اثبات آن داشته باشیم و در مورد بحث هیچ دلیلی بر ضمان نداریم؛ زیرا مهم‌ترین دلیل بر ضمان در عقدها عبارت است از: سیره عقلا و قاعده‌های ید، احترام و لاضرر، و هیچ یک از این ادله در اینجا جایی ندارد؛ زیرا با توجه

۱. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۳۰.

۲. همان، ص ۴۳۱.

۳. موسی نجفی خوانساری، منیة الطالب، ج ۱، ص ۱۲۲ (ر.ک: امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۳۸).

۴. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۳۸.

۵. آیت‌الله خویی، مصباح الفقاهه، ج ۱، ص ۳۸۸ (ر.ک: محمّد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت، ۲۲، ص ۸۴).

به اینکه مالک، مال را به رایگان در اختیار دیگری قرار داده، احترام آن را خود، نادیده گرفته و چون قصد ضمان نداشته، نبودن ضمان، ضرر بر مالک نیست.^۱

ادله قاعده نزد اهل سنت

به نظر می‌رسد که عمده دلیل آنان نیز در اثبات اصل و یا عکس قاعده، اولویت است. مثلاً شمس‌الدین محمد بن ابی‌العباس معروف به شافعی صغیر (م ۱۰۰۴ق) می‌نویسد: «حکم ضمان در عقود فاسد صادر شده از رشید، همانند صحیح آن عقود است در وجود و یا عدم ضمان؛ زیرا اگر عقدی صحیح مثل بیع، پس از تسلیم، مقتضی ضمان باشد، گونه فاسد آن عقد به طریق اولی مقتضی ضمان است و نیز اگر عقدی صحیح مثل رهن و یا هبه مقتضی ضمان نباشد، فاسد این عقود نیز (همچنین) مقتضی ضمان نخواهد بود.»^۲

اهل سنت نیز بر استدلال به اولویت اشکال وارد کرده‌اند که فاسد این عقود، اولی به ضمان است؛ زیرا قراردادن ید بر مال دیگری، شبیه غصب است.^۳ البته از آنجا که مورد این قاعده (همان‌طور که پیشتر اشاره شده) مقبوض به عقد فاسد می‌باشد، شایسته است که همین مورد در فقه اهل سنت دنبال شود، و بررسی گردد که نزد آنان ضمان مقبوض به عقد فاسد چگونه ثابت می‌شود.^۴

ماهیت قاعده و مقدار شمولیت آن

۱. اصل یا اماره

مفاد این قاعده، اثبات یا نفی حکمی وضعی (ضمان) می‌باشد و از آنجا که در لسان ادله آن (حداقل آنان که از نقض و ابرام سالم مانده‌اند) شک در موضوع حکم اخذ نشده است. پس مفاد قاعده، حکم وضعی واقعی است. (اصل و اماره نیز از اقسام احکام ظاهری هستند)

۱. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۲، ص ۸۴.

۲. محمد بن ابی‌العباس (شافعی صغیر)، نه‌ایة المحتاج الی شرح المنهاج، ج ۲، ص ۲۸۲.

۳. همان (هامش).

۴. دکتر وهبة الزحیلی در کتاب «الفقه الاسلامی و ادلته» در مبحث چهارم (بیع باطل و بیع فاسد) از فصل اول (عقد البیع)، تحت عنوان «حکم البیع الفاسد»، به گزارش احکام مقبوض به عقد فاسد در نزد مذاهب فقهی سنت پرداخته است. (وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، چاپ سوم، دمشق: دار الفکر، ج ۴، ص ۴۹۵)

۲. شروط و قیود قاعده

برخی بر این باورند که جهت روشن شدن مستفاد از اصل و عکس قاعده، لازم است واژه‌های کلیدی قاعده بررسی و تبیین شود. به عنوان مثال آیت‌الله بجنوردی، نتایجی را با توجه به الفاظ قاعده مطرح می‌کنند.^۱

از آنجا که اصل و عکس قاعده، نه در نص به چشم می‌خورد و نه معقد اجماع قرار گرفته، برخی فقیهان همچون مرحوم امام^۲ و نیز آیت‌الله مکارم،^۳ بررسی واژگان آن را مفید ندانسته و بر این باورند که برای تحصیل معنای مورد نظر باید به ادله و مستندات این قاعده روی آورد. حتی مرحوم امام می‌گوید: «اگر مضمون این قاعده، با قواعد و ادله قائم بر آن مطابق نبود و یا حتی معنای صحیحی هم نداشت، اشکالی ندارد.»^۴ با این توضیح برای بررسی شرایط و قیود قاعده فقط باید به مفاد ادله رجوع کرد. مثلاً مرحوم آیت‌الله خوئی که دلیل عکس قاعده را عدم دلیل بر وجود ضمان در عقود فاسده می‌داند، چنین به نظر می‌رسد که هیچ قید و شرطی را برای عدم ضمان در عقود فاسده‌ای که صحیح آن‌ها ضمان آور نیست، معتبر ندانسته و مطلقاً حکم به عدم ضمان می‌کند.^۵

همچنین آیت‌الله مکارم شیرازی که عمده دلیل، بلکه تنها مستند اصل قاعده را احترام به اموال مسلمانان می‌داند، از سیاقِ تقریر دلیل توسط ایشان^۶ چنین متوجه می‌شویم که ایشان به مقتضای احترام مال مسلمان بلکه هر انسانی (که این احترام از حقیقت ملکیت انتزاع می‌شود) مطلقاً در عقود فاسده‌ای که نوع صحیح آن ضمان آور است، حکم به ضمان نموده‌اند و افزون بر اموال، منافع و حتی اعمال هر انسانی را (اعم از مسلمانان و نامسلمانان) که موضوع این عقود فاسد قرار بگیرد، مورد ضمان می‌دانند و همچنین کسانی که سیره عقلا را دلیل تمام بر این قاعده معرفی می‌کنند، برای شناخت قیود و شرایط آن باید به قدر متیقن سیره بازگردند.

۳. دامنه قاعده

الف. مقدار شمول قاعده: پرسش این است که آیا این قاعده تنها شامل عقود

۱. سید محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ج ۲، ص ۹۱.

۲. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۸۹.

۳. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۲۲.

۴. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۸۹.

۵. این ادعایی است از طرف نویسنده و احتیاج به اثبات دارد.

۶. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۱۸.

می‌شود و یا شبه ایقاعات را نیز در بر می‌گیرد؟ برخی با توجه به الفاظ عبارت قاعده، درصدد جواب به این سوال برآمدند.^۱ بر اساس اشکالی که به این‌گونه استدلال وارد شده - پیش‌تر آن گذشت - آیت‌الله مکارم با بازگشت به مستندات قاعده بر این عقیده است که قاعده حتی شامل ایقاعات هم می‌شود، وی می‌نویسد:

«از آنجا که عمده در اثبات اصل قاعده، احترام مال و منافع متعلق به اموال و نیز اعمال مسلم می‌باشد، حکم در این قاعده پیرو این عنوان خواهد بود. در نتیجه هر کسی که به هر گونه‌ای بر اموال و یا منافع دیگری مستولی شود، در صورت تلف اموال یا منافع در تحت مالکیتش، ضامن خواهد بود. بنابراین، قاعده اختصاص به باب خاصی از معاملات ندارد و در تمامی ابواب حتی ایقاعات جاری می‌شود ...»^۲

ب. ضمان منافع: برای این بحث، صورت‌های گوناگونی قابل تصویر است؛ زیرا مال، یا انسان مملوک است و یا عین مملوک، و در هر یک از این دو مورد، یا منافع استیفاء شده و یا نشده، و از جهت دیگر، منافع یا متصل به شمار می‌روند یا منفصل.

در بررسی ضمان منافع، ظاهراً مشهور بر این عقیده‌اند که چون مهم‌ترین دلیل بر قاعده ما یضمن، قاعده علی البید است و از آنجا که این قاعده، مشمول منافع و اعمال نمی‌شود، در نتیجه مأخوذ به اجاره فاسد، خارج از عنوان قاعده خواهد بود و برای اثبات ضمان در منافع و اعمال باید به ادله دیگر روی آورد.^۳ مرحوم امام نیز به بررسی وجوه عدم شمول دلیل علی البید در مورد منافع می‌پردازد.^۴

در این بحث، برخی نیز معتقدند که چون عمده دلیل بر این قاعده، احترام مال مسلم است و از آنجا که در قاعده احترام مال مسلم، فرقی میان اعیان، منافع و اعمال نیست در نتیجه قاعده ما یضمن، شامل منافع و اعمال نیز خواهد بود،^۵ به این صورت که چون منافع متعلق به اعیان، همانند خود اعیان، مملوک مالک بوده و مورد احترام است، در نتیجه، اخذ و یا اتلاف آن منافع فقط با رضایت مالک، جایز است. در حالات دیگر، این اخذ و اتلاف، جایز نبوده و با توجه به همین احترام، ضمان بر نابودکننده منافع بدون اذن مالک و یا اخذ آنها، ثابت می‌گردد.^۶

۱. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقہیة، ج ۲، ص ۹۱.

۲. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقہیة، ج ۲، ص ۲۲۳.

۳. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۱۶.

۴. همان، صص ۴۰۶-۴۱۶.

۵. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقہیة، ج ۲، ص ۲۲۷.

۶. همان.

در مورد فراگیری قاعده ما یضمن در خصوص اعمال حُر که مملوک کسی نبوده و پیش از وجود، صدق مال، بر آن‌ها ممکن نیست، با توجه به قاعده احترام می‌توان گفت: از آنجا که کارهای حر نیز محترم است، پس اتلاف آن موجب ضمان است در نتیجه قاعده ما یضمن آن را نیز دربرمی‌گیرد.^۱

همان‌طور که در ابتدای این بحث گذشت، منافع دارای صور مختلفی است. بنابراین شایسته است که حتی طرفداران ضمان در منافع، تمام صور را مستقلاً مورد بررسی قرار دهند.^۲

مثلاً در منافع مستوفات، مشهور فقیهان بر این باورند که مورد ضمان است و عمده دلیل آن‌ها، یا اطلاق نبوی مشهور (علی الید ما أخذت) و یا قاعده احترام مال مسلم است که دلیل آخر، از قول آخوند خراسانی گزارش می‌شود.^۳

همچنین درباره ضمان منافع غیر مستوفات، اختلاف زیادی میان فقها وجود دارد. شیخ انصاری، در این باره پنج نظر را مطرح نموده و ضمن منصفانه تلقی کردن قول پنجم که توقف است، پس از گزارش عباراتی از علامه حلی در تذکره مبنی بر ضمان این منافع، در پایان، قول به ضمان در منافع غیر مستوفات را خالی از وجه ندانسته و در جای دیگر از مکاسب، گرایش به ضمان را میان فقها مشهور دانسته است.^۴

ج. آیا عموم قاعده ما یضمن (هم در اصل و هم در عکس) به اعتبار انواع عقود است و یا اصناف و اشخاص آن؟

به عبارت دیگر اگر نوع عقدی مثل بیع، در صحیحش موجب ضمان بود (به خاطر وجود عوض در نوع بیع) آیا در فاسدش هم موجب ضمان خواهد بود، حتی در شخص بیعی که نوع صحیح آن موجب ضمان نیست (مثل بیع بدون ثمن)؟ همچنین این سؤال در عاریه نیز مطرح می‌گردد که نوع آن موجب ضمان نیست، ولی یک صنف از آن یعنی عاریه مضمونه (یعنی عاریه مشروط به ضمان) و یا عاریه در طلا و نقره، بنا بر مشهور، موجب ضمان است.

پس پرسش اصلی اینچنین تقریر می‌گردد که، آیا وجود و یا عدم ضمان در قاعده ما

۱. همان.

۲. آقای محمد رحمانی، در مقاله قاعده ما یضمن، ش ۲۵ و قاعده علی الید، ش ۲۱، مجله فقه اهل بیت (ع) به صورت کامل به این بحث پرداخته است.

۳. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن (۱)، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۲، ص ۹۷.

۴. مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۵، ص ۹۷؛ همچنین نظرات آخوند خراسانی، مرحوم ایروانی، سید کاظم یزدی مبنی در مجله مذکور، ش ۲۱ در قاعده علی الید، گزارش شده است.

یضمن با توجه به نوع عقد تعیین می‌گردد و یا اینکه امر، وابسته به صنف و یا اشخاص معاملات است؟

شیخ انصاری بر این باور است که از آنجا که ممکن است نوع عقدی موجب ضمان نباشد، ولی برخی از اصناف آن نوع، مقتضی ضمان باشد (که در نتیجه، فرد فاسد از آن صنف مورد ضمان است، بر خلاف فرد فاسد از صنف دیگر) پس عموم در قاعده به اعتبار اصناف عقود می‌باشد.^۱

آیت‌الله مکارم در بررسی نظر شیخ می‌نگارد:

«عمده دلیل بر اصل قاعده، احترام اموال و منافع و عدم جواز سلطه بر آنها بدون اذن صاحبش است. در نتیجه برای پی بردن به وجود و یا عدم ضمان در عقود فاسد، باید به شخص عقد توجه نمود».^۲

د. جهل به فساد عقد

سؤال این است که برای ترتیب اثر دادن به قاعده آیا آگاهی از فساد عقد شرط است؟ به عبارت دیگر آیا فرقی بین علم دافع و قابض و جهل آن دو از فساد عقد وجود دارد یا خیر؟

آیت‌الله مکارم از آنجا که تنها دلیل قاعده ما یضمن را احترام مال مسلم می‌داند، بر این عقیده است که بین دو صورت علم و جهل به فساد معامله، در تطبیق قاعده ما یضمن فرق است. به همین دلیل اگر واهب با علم به این که این هبه، شرعاً فاسد است، ولی با این حال با بی‌اعتنایی به حکم شرع، هبه را به هدیه‌گیرنده بدهد در حالی که بنا بر صحت چنین هبه‌ای گذاشته، در این فرض، قابض ضامن نیست؛ زیرا مالک، خودش، مال را آگاهانه و با اختیار تسلیم قابض نموده و او را رایگان بر مال مسلط کرده است؛ همچنین اگر مشتری با توهم صحت عاریه معوضه، چیزی را در برابر عاریه به مالک عاریه بدهد و از سوی دیگر دریافت‌کننده این عوض، به فساد این معامله آگاه باشد، دریافت این عوض بر او جایز نبوده و در صورت اخذ (به علت قاعده احترام مال مسلم و جایز نبودن اخذ آن و یا اتلاف آن بدون اذن مالک)، ضامن خواهد بود.^۳

در این زمینه برخی نیز بر این باورند که بین آگاهی و نادانی در تطبیق این قاعده فرقی نیست؛ زیرا مسقط ضمان، یا امانت مالکی است و یا امانت شرعی و هیچ یک از

۱. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۲۲۵.

۲. همان، ص ۲۲۶.

۳. همان.

این دو در مورد بحث وجود ندارد ...^۱.
طرفدار این رای بر این عقیده است که عدم تأثیر علم و جهل در احکام وضعی (که
ضمان یکی از این احکام است)، مؤید قول مذکور می‌باشد.^۲

۴. نسبت این قاعده با سایر قواعد

بخش نخست این قاعده، ضمان را ثابت می‌کند و قسمت دوم، بر عدم ضمان تأکید
دارد، آنچه بیشتر در مباحث مربوط به این قاعده معهود است، تعارض قسمت دوم
قاعده با ادله اثبات‌کننده ضمان مثل قاعده علی الید است. محقق ابروانی در این زمینه
بر این باورند که قاعده ضمان، معارض هیچ کدام از اسباب ضمان نمی‌باشد، زیرا شارح
و مزیق ادله مثبت ضمان است (و به تعبیر دیگر حاکم بر آنهاست) و افزون بر این‌ها،
قاعده مورد بحث، مخصّص عموم علی الید است، و حتی اگر از این وجوه چشم‌پوشی
کنیم، باید تساقط قاعده ما یضمن و قاعده عموم علی الید را پذیرفت و پس از تساقط
هم باید به اصل رجوع کرد، و اصل هم، ضمان را نفی می‌کند.^۳

۵. موارد نقض عکس قاعده

عکس قاعده مورد بحث، «ما یضمن بصحیحه یضمن ...» در مواردی نقض شده
است از جمله:^۴

الف. اگر مُحرّم از مُحلّ، صیدی را به عنوان استعاره بگیرد، این عقد از نظر وضعی
باطل است. زیرا قوام عاریه به جواز انتفاع است و در مورد بحث، محرم نمی‌تواند صید
را نگه داشته و بهره برد. اما از نظر تکلیفی برخی از فقها گفته‌اند: باید صید رها شود و
در نتیجه محرم، قیمت آن را برای مالک ضامن است، در این فرض، عکس قاعده نقض
می‌شود؛ زیرا در عقد عاریه صحیح، مستعیر، ضامن مال مورد استعاره نیست، و طبق
قاعده، عاریه‌ای که به صورت فاسد محقق می‌شود نیز نباید موجب ضمان باشد و حال
آنکه فقها در این مورد فتوا به ضمان داده‌اند.
ب. در عقد صحیح شرکت، هر یک از شرکا اگر در مال مورد شرکت تصرف کنند و

۱. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن، ۱، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۲، ص ۹۴.

۲. همان.

۳. حاشیه کتاب المکاسب، محقق ابروانی، ج ۲، ص ۱۱۹.

۴. مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۵، ص ۹۴.

بی افراط و تفریط تلف شود، ضامن نیستند، ولی در عقد شرکت فاسد، اگر هر کدام از شرکا در مال مورد شرکت تصرف کنند و تلف شود، ضامن خواهند بود.^۱

در باره این نقض‌ها چنین گفته شده که این موارد باعث بی‌اعتباری قاعده و عکس آن نمی‌شود؛ زیرا از هر کدام از این موارد پاسخ‌های متعددی داده شده است. مثلاً در جواب این موارد گفته‌اند هنگامی می‌توان این موارد را نقض عکس قاعده محسوب کرد که ضمان در این موارد ثابت شده باشد، در حالی که اصل ثبوت ضمان اختلافی است.^۲ همچنین در پاسخ آمده که نقض هنگامی وارد است که قاعده تخصیص پذیر نباشد، در غیر این صورت می‌توان گفت که: دلیل ضمان در این موارد، سبب تخصیص عکس قاعده خواهد بود، مانند دیگر عمومات و مطلقات که با تخصیص، برخی از افراد از تحت آن‌ها خارج می‌شود.^۳

نتیجه

ضمان در بیع صحیح عبارت است از ضمان معاوضی؛ در نتیجه معنای ضمان در عبارت قاعده این‌گونه تفسیر می‌شود: در هر موردی که ثابت شود مالک مال به سبب عقدی خاص به صورت صحیح، مالک بدل آن مال گردیده است، بدل در فرض فساد عقد نیز برای مالک ثابت خواهد بود.

باء در عبارت «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» به معنای «فی» است. سیره عقلا، قاعده «علی الید» در فرض تمامیت سند آن، قاعده لاضرر با این فرض که توانایی اثبات حکم را دارد و قاعده «احترام مال مسلم»، بر قسمت ایجابی این قاعده دلالت دارند. در رابطه با ادله عکس قاعده، استدلال آیت‌الله خوبی تام بود که تحقیق اقتضا می‌کند بگوییم: دلیل عکس قاعده عبارت است از نبود دلیل بر ضمان در موارد عقد فاسدی که صحیح آن ضمان ندارد. اهل سنت در اثبات اصل قاعده و نیز عکس آن به اولویت تمسک جستند که البته اشکال‌هایی نیز بر آن وارد دانسته‌اند.

در عقود فاسده‌ای که صحیح آن‌ها ضمان آور نیست، مطلقاً (و بدون هیچ قید و شرطی) حکم به عدم ضمان شده است.

۱. افزون بر این دو مورد در مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ش ۲۵، ص ۹۵ دو مورد دیگر نیز مورد بررسی قرار گرفته است.

۲. محمد رحمانی، قاعده ما یضمن ۱، مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ش ۲۲، ص ۹۹.

۳. همان؛ و نیز امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۳۹ به طور مفصل و عمیق به بررسی نقض عکس قاعده به

همچنین در عقود فاسدی که صحیح آنها ضمان آور است، مطلقاً حکم به ضمان شده به گونه‌ای که علاوه بر اموال، منافع و حتی اعمال هر انسانی، مورد ضمان قرار می‌گیرد. قاعده مورد بحث، به مقتضای قاعده «احترام مال مسلم» افزون بر عقود، ایقاعات را نیز فرا می‌گیرد.

منابع

۱. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، مؤسسة اسماعیلیان، چاپ چهارم، قم، ۱۳۷۶ ش.
۲. ایروانی غروی، میرزا علی، حاشیه کتاب المکاسب، دار ذوی القربی، ۱۴۲۱ ق.
۳. ایروانی، محمدباقر، دروس فی علم الاصول، الحلقة الثالثة.
۴. البغوی، حسین بن مسعود، التهذیب فی فقه الامام الشافعی، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۹۹۷ م.
۵. تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، مؤسسة اسماعیلیان، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۶ ق.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق.
۷. حلی، حسن بن یوسف علی بن مطهر، تذکرة الفقهاء، ۱۴ ج، مؤسسه آل البيت (ع)، قم.
۸. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة.
۹. الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی و أدلته، دار الفکر، چاپ سوم، دمشق.
۱۰. سیستانی، سید علی، قاعدة لاضرر و لاضرار.
۱۱. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۷۵ ش.
۱۲. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیة، ۸ ج، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ ش.
۱۳. مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۵.
۱۴. مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۲ (قاعده ما یضمن ۱، حجة الاسلام محمد رحمانی).
۱۵. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیة، ۲ ج، مدرسه الامام أمير المؤمنين (ع)، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۱ ق.
۱۶. المنوفی المصری الانصاری، محمد بن أبی العباس، نهابة المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۹۹۳ م.
۱۷. الموسوی الجنوردي، السيد حسن، القواعد الفقهیة، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ق.
۱۸. موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ۷ ج، عروج (وابسته به مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی)، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۹ ش.
۱۹. موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع).
۲۰. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۴۲ ج، دار إحياء التراث العربی، بیروت.