

## قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده...

عابدین مؤمنی

دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران

چکیده:

نظم زندگی در حیات جمعی انسانها مستلزم داد و ستد و مبادلات بر اساس قراردادهاست. قراردادها هم طرفین عقد را نسبت به یکدیگر متعهد می کند و هم برای هر یک بر دیگری ایجاد حق می نماید. در بعضی از قراردادها ممکن است به حق ایجاد شده التزام نباشد و خسارتی وارد شود، خسارت وارده باید جبران گردد، ولی جبران خسارت کلیت ندارد، در بعضی از قراردادها، عدم التزام موجب ضمانت می شود و بعضی دیگر، عدم التزام مستلزم ضمانت نیست. در نظامهای حقوقی جهت تشخیص قراردادهایی که در آنها عدم التزام موجب ضمانت می شود از قراردادهایی که ایجاد ضمانت نمی کند، قاعده ای وضع کرده اند که عنوان آن در نظام حقوق اسلامی عبارتست از: «قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده». در این مقاله نسبت به دلیل اعتبار و دلالت قاعده و کاربردهای آن بحث شده است.

کلید واژه ها: قاعده ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، قاعده احترام، قاعده اقدام، اجماع، قاعده ید، قیاس با لأولویه.

## مفاد و مفهوم قاعده

مفهوم اجمالی قاعده این است که در عقودی که مال در مقابل مال پرداخت می شود، و در صورت صحت معامله و عقد، مال مورد معامله مجانی نیست، در صورتی که آن معامله و عقد باطل هم باشد، مجانی نخواهد بود و مشتری و مستأجر و امثال آنها با استناد به بطلان معامله و عقد، نمی توانند خودشان را مبرای از ضمان بدانند. عقد باطل در اینگونه موارد، موجب ضمان است، همانند آنکه صحیح این عقود ضمان آور است. همچنین در عکس قاعده، مفهوم این است که عقدی که بر مجانی بودن بنا گردیده، در صورت بطلان، ممکن نیست بتوان با استناد به قاعدهٔ ید، ادعای ضمان بر قابض و گیرنده مال نمود.

## مفاد و مفهوم تفصیلی قاعده

عنوان قاعده مورد بحث به دو صورت ذکر می شود، گاهی گفته می شود: «کل ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده...» و گاهی گفته می شود: «کل عقد یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده...». آیا میان دو تعبیر تفاوتی وجود دارد؟

بعضی از فقها گفته‌اند: تعبیر به «کلما» کلی تر از تعبیر به «کل عقد» است، از جهت آنکه لفظ «ما» موصول ظهور در مفهوم اعم دارد و شامل عقد و شبه عقد - مثل جعاله و خلع - و ایقاع می شود، اما تعبیر به «کل عقد» مختص عقود است، از جهت آنکه ممکن نیست که لفظ هم شامل خودش و شامل غیر خودش بشود، یعنی لفظ عقد ممکن نیست که شامل عقد و ایقاع هر دو شود، اگر چه هم عقد جایز و هم عقد لازم، هر دو را شامل می شود (مکارم شیرازی، ۲۲۲/۴).

این تفاوت ممکن است در زبان متشرعه باشد و الا در زبان شرع، لفظ عقد به صورت مطلق و کلی اراده شده، چنانکه از آیه «أوفوا بالعقود» (مائده / ۱) ایقاعات خارج نیستند. بر این اساس احتمال دارد که قصد معبر از «کل عقد» مفهوم اعم قاعده باشد، و ایقاعات و تعهد و ضمان را هم شامل بشود. بنا بر این مراد از «ما» ی موصول در تعبیر به «کلما» همان عقد و ایقاع می باشد که متصف به صحت و فساد می شود، از این جهت، قاعده برای تمیز و تشخیص عقود فاسدی که ضمان آورند، از عقود فاسدی که ضمان

آور نیستند پدید آمده است.

### مقصود از ضمان در قاعدهٔ «ما یضمن»

ضمان مصدر ضَمِنَ الشَّيْءُ است، وقتی ضمان گفته می‌شود که شخص چیزی را تعهد نموده باشد. در اصل، ضمان وضع شده برای بیان داخل شدن چیزی در چیز دیگر، مثلاً دلالت تضمینی در جایی گفته می‌شود که مدلول تضمینی در مدلول مطابقی داخل باشد، و دلالت بر آن در ضمن دلالت مطابقی باشد. ضمان اصطلاحی، از ضمان لغوی گرفته شده، و مراد از آن در اینجا تعهد انسان به مال شخص دیگر است، بنا بر این ضمان نامیدن آن از جهت این است که مضمون در عهدهٔ ضامن و ذمه او داخل می‌شود.

لازم به ذکر است که مال یک وجود تکوینی و خارجی دارد، و یک وجود اعتباری و ذهنی؛ آنچه که در «عهده» ثابت است، وجود اعتباری مال است نه وجود خارجی آن، و غیر معقول است که گفته شود وجود تکوینی مال در عهده ثابت است، زیرا که عهده، ظرف موجودات در عالم اعتبار است، بلکه «عهده» خود از وجودهای اعتباری است. پس باید مال با وجود اعتباری در عهده باشد، و آنچه که عرف از ضمان می‌فهمد همین است که شیء با ارزش مالی در عهده است. پس این معنای از ضمان، مفهوم جامع ضمان مسمی و ضمان واقعی است. نهایت تفاوتی که ممکن است میان ضمان مسمی با ضمان واقعی گذاشت، این است که در ضمان مسمی مالیت شیء را در مقدار معینی از پول یا کالای مشخص فرض کرده‌اند، اما اگر ضمان مسمی در کار نباشد و مالیت شیء را در پول یا کالای مشخصی فرض نکنند، قهراً ضمان عبارت است از اشتغال ذمه به آن شیء بر اساس ارزش واقعی. پس ضمان دارای معنای واحد و مصداق متعدد است. در ضمان مسمی با رضایت و التزام طرفین، مالیت شیء، در چیز خاصی تعین پیدا کرده و با امضای شارع و عقلا، عمل به آن التزام واجب است و در صورت صحت این معامله و عقد، از جهت آنکه شارع آن را امضاء کرده، وفای به آن نیز واجب است.

اما در عقد فاسد، از جهت آنکه شارع، این مبادله را امضاء نکرده و التزامی که دو طرف معامله به آن ملتزم شدند واجب الوفاء نیست، ضمان مسمی موردی ندارد. اگر این قاعده معتبر باشد و ضمان را در عقد باطل ثابت نماید، جز ضمان واقعی نخواهد بود،

یعنی مثل و اگر ممکن نشد قیمت باید اداء شود که این ضمان مطابق قاعده است (بجنوردی، ۹۱/۲-۹۲). بر اساس این قاعده، آنچه از طریق عقد باطل دریافت گردیده، هدر نخواهد بود، بلکه در ضمان گیرنده آن است. اما اگر صاحب مال، آن را مجانی به گیرنده داده به گونه‌ای که اگر عقد صحیح هم می‌بود، چیزی بر عهده‌گیرنده قرار نمی‌گرفت و او ضامن نمی‌گردید. دلیل این امر آنست که سببی برای ضمان وجود ندارد. این امر از عموم حدیث «علی الید...» تخصیصاً - از جهت آنکه مأذون است - یا تخصیصاً - از جهت آنکه ید عادیه نیست و حدیث شامل ید غیر عادیه نیست - خارج است. از این جهت، قاعده دیگری بر عکس کلی نخست استخراج گردیده که عبارتست از اینکه «کل ما لا یضمن بصحیحه...». از جهت اینکه عقودی که صحیح آن - مانند هبه غیر معوض، عاریه غیر مضمونه (یعنی غیر درهم و دینار) - ضمان ندارد، چرا که داد و ستد به شکل مجانی صورت گرفته، و حدیث «علی الید»، ید مأذون یا غیر عادیه را شامل نمی‌شود و اطلاق هم در کار نیست، بلکه تلف می‌باشد و سببی برای ضمان نیست. نبودن سبب برای ضمان واقعی است که اطلاق در کار نیست، پس عموم حدیث علی الید شامل آن نمی‌شود. نبودن سبب برای ضمان مسمی از جهت نبودن مسمی در فرض صحت آن است، پس معقول نیست که در صورت بطلان، مسمی تصور شود (همو، ۹۳/۲-۹۴).

### آیا عمومیت قاعده به اعتبار انواع عقود است؟ یا اصناف عقود؟ یا اشخاص عقود؟

فقها در عمومیت اصل قاعده «ما یضمن» و عکس آن اختلاف نموده‌اند که آیا عمومیت قاعده، به اعتبار انواع عقود است؟ یا اصناف آن؟ یا اشخاص آن؟ مثلاً عقد بیع به جهت وجود عوض در آن به حسب نوع موجب ضمان است - اگر چه شخص بیع - مثل بیع بدون ثمن - موجب ضمان نیست.

همچنین عاریه به حسب نوع، موجب ضمان نیست، لکن صنف عاریه - مثلاً عاریه طلا و نقره و عاریه مشروط به ضمان - موجب ضمان است. پس بنا بر این برای وجود یا عدم ضمان، وجود ضمان در نوع بیع و عدم ضمان در نوع عاریه کافی است؟ یا اینکه

وجود و عدم آن دائر مدار صنف یا شخص معامله است؟

شیخ انصاری صنف عقد را معیار می داند، چنانکه گفته است: «ان العموم فی العقود لیس باعتبار خصوص الأنواع لیکون افراده مثل البیع والصلح والاجارة، لجواز کون نوع لا یقتضی بنوعه الضمان، و انما المقتضی له بعض اصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف یضمن به، دون الفرد الفاسد من غیر ذلك الصنف، مثلاً الصلح بنفسه لا یوجب الضمان لأنه قد لا یفید الا فائدة الهبة غیر المعوضة، أو البراء، فالموجب للضمان هو المشتمل علی المعوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان ایضاً» (انصاری، ۱۰۲؛ آل بحر العلوم، ۷۸/۱).

مختصراً مراد شیخ انصاری این است که معیار عمومیت ضمان، نوع عقد نیست، برای اینکه ممکن است که نوع مقتضی ضمان نباشد، بلکه منحصرأ مقتضی ضمان اصناف عقد است. بنا بر این فرد فاسد از همان صنف عقد ضمان آور است - نه فرد فاسد از صنف دیگر نوع عقد. مثلاً صلح به خودی خود موجب ضمان نیست، زیرا که گاهی افاده هبه غیر معوضه یا ابراء می کند. پس صلحی که موجب ضمان است، صلح معاوضی است و فرد فاسد از این صلح نیز ضمان آور است.

شیخ انصاری برای اثبات سخن خود، دلیل نیاورده است. از این رو بعضی از فقهای متأخر از او، با این نظر مخالفت کرده و معیار عمومیت را شخص عقد دانسته اند، مثلاً اگر کسی مسکن خود را با علم به اینکه بیع بدون ثمن شرعاً باطل است - فروخت، خانه خودش را تحویل مشتری داد و مبالغاتی هم به حکم شریعت نداشت؛ در این صورت مشتری ضامن عین و منافع خانه نیست، برای اینکه صاحب خانه، مشتری را بدون ثمن، بر مال خودش مسلط کرده است. البته اگر فروشنده به توهم صحت شرعی این کار را انجام داده و راضی نباشد که کسی بدون صحت شرعی، به مالش تسلط یابد و در عین حال نداند که معامله باطل است، در این صورت مشتری پس از تحویل ضامن است (مکارم شیرازی، ۲۲۵/۴؛ بجنوردی، ۹۵/۲).

برخی از صاحب نظران در مقام نقد نظر فوق گفته اند که ممکن نیست که شخص، مقسم صحیح و فاسد باشد، بلکه شخص عقد اگر صحیح باشد، همیشه صحیح است و اگر باطل باشد، همیشه باطل است؛ صحیح به باطل و باطل به صحیح تبدیل نمی شود.

بجنوردی (۹۵/۲) در دفع اشکال مزبور گفته است که: مقصود از اینکه معیار عمومیت، شخص عقد است، این نیست که این شخص خارجی معامله که صحیح و باطل است، صحیح آن چنین است و فاسد آن چنان است، بلکه مراد این است که هر عقد یا ایقاعی که بر فرض صحت ضمان آور است، آن عقد بر فرض بطلان هم دارای ضمان است و هر عقد و ایقاعی که بر فرض عدم صحت موجب ضمان نیست - به جهت اینکه اقدام بر مجانی بودن و بدون عوض بودن کرده - بر فرض بطلان هم موجب ضمان نمی شود، زیرا اقدام کرده بر اینکه عقد بدون عوض و مجانی باشد. پس به واسطه این اقدام، از تحت عموم حدیث علی الید تخصیصاً - به جهت مأذون بودن - یا تخصیصاً - به جهت ید عادیه نبودن - خارج است. پس این حکمی که ذکر گردید عام است و شامل جمیع اشخاص طبیعت عقد یا ایقاع می شود.

### چند نمونه از موارد تطبیق قاعده

اشاره شد که قاعده «ما یضمن»، عمومیت و شمول دارد و تمام عقود معاوضی را شامل می شود، اما در این مقام چند نمونه را به عنوان تطبیق قاعده بر مصداق، مورد ارزیابی و بررسی قرار می دهیم.

۱- عقد بیع: در تعریف بیع گفته اند که بیع یعنی تملیک عینی که مالیت دارد در مقابل عوض مالی. بنا بر این بیع، مبادله مال با مال است و مجانی نیست، از این رو هرگاه متعاقدین اقدام به بیع نمودند، در مقابل همدیگر ضمانت و تعهد دارند که مال خودشان را به طرف مقابل تحویل نمایند. یعنی باید بایع، میبع را به مشتری و مشتری ثمن را به بایع تحویل نماید. پس از آنجا که صحیح بیع ضمان آور است، فاسد و باطل آن نیز ضمان آور است. البته خریدار اگر بگوید که مال خودم را بدون ثمن به تو فروختم، و مشتری آن را قبض نماید، این قاعده، مقتضی عدم ضمان این بیع است، چرا که چنین بیعی بر فرض اینکه صحیح باشد، ایجاد ضمان نمی کند، برای اینکه بایع اقدام به مجانی بودن و بدون عوض بودن میبع کرده است (بجنوردی، ۹۷/۲؛ مکارم شیرازی، ۲۲۵/۴).

۲- عقد اجاره: عقد اجاره که تملیک منفعت در مقابل مال است، نسبت به منافع عین مستأجره موجب ضمان است. به عبارت دیگر، مؤجر برای استفاده مستأجر، باید عین

مستأجره را در اختیار او قرار دهد و مستأجر نیز پس از دریافت عین مستأجره، ضامن است که عوض منافع را به مؤجر بپردازد، خواه منافع آن را استیفاء کرده باشد یا نکرده باشد، زیرا که منافع عین مستأجره، به صورت مجانی در اختیار مستأجر گذاشته نشده است. از آنجا که عقد اجاره در صورت صحت، موجب ضمان است، وقتی هم که باطل باشد، ضمان آور است و مستأجر، بعد از دریافت عین مستأجره در عقد فاسد، ضامن منافع آن است، خواه منافع آن را استیفاء کرده باشد یا نه.

اشکالی در اینجا طرح کرده‌اند که: برای ضمان منافع استیفاء نشده در اجاره باطل سببی وجود ندارد، زیرا منافع استیفاء نشده است، پس تحت ید قرار نگرفته تا این که ضمان آن، ضمان ید باشد. همچنین مستأجر آن را استیفاء نمی‌کند، تا اینکه ضمان آن، ضمان استیفاء بر اساس قاعدهٔ احترام مال مؤمن باشد. از سوی دیگر عقد اجاره هم صحیح نیست، تا اینکه ضمان آن، ضمان مسمی - به سبب لزوم وفاء به عقد - باشد، پس به کدام دلیل مستأجر منافع استیفاء نکرده را ضامن است؟

در پاسخ به اشکال مذکور گفته‌اند که در اجارهٔ فاسد، سبب ضمان نسبت به منافع استیفاء نشده وجود دارد و ضمان آن، ضمان ید است، برای اینکه دست گذاشتن روی عین مستأجره، دست گذاشتن روی منافع محسوب می‌شود؛ به این دلیل که بدون شک مقصود از دست، عضو مخصوص در بدن نیست تا این که گفته شود، منافع استیفاء نشده معدوم است. پس چگونه این اشیاء معدوم زیر عضو مخصوص قرار می‌گیرد، بلکه مقصود از دست همان استیلاء بر مال است. شکی نیست که استیلاء بر عین مستأجره، استیلاء بر منافع هم هست و کسی که بر عین مسلط است، بر منافع موجود و غیر موجودی که امکان استیفاء دارد نیز، مسلط است.

### آیا در اجاره، عین مستأجره مورد ضمان است؟

ظاهراً در مورد ضمانت منافع در عقد اجاره، اتفاق نظر وجود دارد، اما در این که آیا مستأجر ضامن عین هم هست یا نه، آراء فقهاء متفاوت است. ما اینک به ذکر پاره‌ای از آنها می‌پردازیم.

الف: بعضی از فقهاء گفته‌اند که در عقد اجاره صحیح، مستأجر ضامن عین نیست، اما

در عقد اجاره فاسد و باطل، اگر عین مستأجره بدون تعدی و تفریط تلف گردد، مستأجر ضامن است، زیرا که عین مستأجره در دست مستأجر به عنوان امانت است که این امانت از صنف امانت مالکی است که مالک جهت استیفاء حق، به مستأجر تحویل داده است. بر اساس عقد اجاره، بر مؤجر واجب است که بابت وجوب وفای به عقد، آن عین را تحویل مستأجر دهد. پس در این صورت دست مستأجر در اجاره صحیح، دست مأذونه از جانب مالک است. همچنین دست مستأجر در اجاره صحیح دست استحقاق است. بنا بر این در اجاره صحیح ایجاد ضمان بر مستأجر نمی‌کند. اما در اجاره فاسد و باطل، دست مستأجر دست مأذون و استحقاق نیست، بلکه اگر مؤجر در اجاره فاسد، عین را به مستأجر تحویل داده، از جهت این بود که گمان می‌برده، مستأجر مستحق است، حال آنکه وی مستحق نیست، پس دست مستأجر در اجاره باطل، دست غصب و عدوان است، از این رو ضامن مال مأخوذ است (طباطبایی، ۸/۲).

ب: برخی از فقهاء معتقدند که مستأجر در اجاره باطل، ضامن عین مستأجره نیست. این مورد، بر اساس قول اول - یعنی ضامن بودن مستأجر در اجاره فاسد - از موارد نقض عمومیت قاعده در طرف سلب است. یعنی در اجاره صحیح، مستأجر ضامن عین نیست، اما در اجاره فاسد مستأجر ضامن عین است. اما قول دوم موافق قاعده است.

ج: بعضی از فقهاء در مسأله، قائل به تفصیل شده و گفته‌اند که اگر عین در مصب اجاره داخل است، تحویل عین به مستأجر چه در اجاره صحیح و چه در اجاره فاسد، ضمان آور نیست. در صحیح ضمان آور نیست برای اینکه تسلیم به مستأجر ضروری است و دست مستأجر دست مأذون و مستحق است. اما در اجاره فاسد ضمان آور نیست، زیرا که مالک تسلط بدون ضمان مشتری را قصد کرده، و در عدم ضمان داخل شده است.

اما اگر عین در مصب اجاره داخل نباشد - به این معنا که اجاره به منفعت تعلق بگیرد نه به عین - در اجاره صحیح نسبت به عین مستأجره ضمانت نیست، از جهت اینکه استیفاء منفعت بدون دریافت عین ممکن نیست. پس اگر مستأجر عین را دریافت کرد، ضامن نیست، از جهت اینکه در مصب اجاره داخل نیست. اما در اجاره فاسد نسبت به عین مستأجره ضامن است، از جهت اینکه مستأجر استحقاق دریافت عین را به جهت



بطلان اجاره نداشته، پس مالک اقدام بر اعطاء مال خودش به مشتری نداشته است. از این رو مطابق قواعد اولیه، مشتری ضامن آن مال است. اما آنچه از عقد اجاره ظاهر می‌شود این است که عین در مصب اجاره داخل است، چون تملیک منفعت با عنوان مستقل به ملکیت مشتری در نمی‌آید، بلکه به عنوان صفتی از صفات عین در ملک مشتری قرار می‌گیرد. بدین قرار اولاً و بالذات، اجاره به عین تعلق می‌گیرد به اعتبار اینکه منفعت، صفتی از صفات عین است. بنا بر این مطابق قاعده، ترجیح با قولی است که عدم ضمان نسبت به عین مستأجره در اجاره فاسد قائل است.

۳- عقد عاریه: عقد عاریه، صحیح آن ضمان آور نیست، پس فاسد آن هم ضمان آور نیست، مگر در عاریهٔ مضمونه و عاریهٔ طلا و نقره. از جهت این که تسلط بر عین با اذن مالک می‌باشد و مالک اقدام بر مجانی بودن کرده است، اما در عقود معاوضی اقدام بر مجانی و بدون عوض بودن نمی‌شود. اما در عاریهٔ مضمونه، چون مالک اقدام بر مجانی و بدون عوض بودن نکرده، در صورتی که عین تلف شود، مستعیر ضامن است. اما در طلا و نقره، اگر ضمان حکم تعبدی باشد، در صورتی که عین تلف شود، مستأجر ضامن است، اما اگر موافق قاعده بحث گردد، چون مالک اقدام به مجانی و بدون عوض بودن کرده باید ضمانتی نباشد.

۴- هبه: هبه بر دو قسم است، هبه معوضه و هبه غیر معوضه، اما هبهٔ غیر معوض از ظاهرترین و واضحترین مصادیق «ما لا یضمن بصحیححه...» است، چون مالک اقدام بر مجانی بودن کرده و در اعطاء قصد عوض نداشته است. اما در هبهٔ معوضه دو صورت تصور می‌شود: صورت اول این که، عوض در مقابل مال موهوب باشد، در این صورت هبهٔ صحیح و فاسد ضمان آور است، چون اقدام بر اعطاء مجانی نکرده‌اند، از این رو مخصصی برای قاعدهٔ «علی الید» وجود ندارد. اما اگر عوض در مقابل هبه باشد، هبه صحیح و فاسد ضمان آور نیست، زیرا مالک در اعطای مال قصد مبادله و تعویض نکرده، پس در حقیقت قصد اعطای مجانی داشته است. نهایت امر این که اگر گیرنده (متهب) در مقابل، هبه انجام نداد، واهب خیار تخلف شرط دارد.

۵- عقد سبق ورمایه: در عقد سبق ورمایه، برنده حق دریافت جایزه را دارد و باید عوض به او تحویل گردد. پس در صحیح عقد سبق، ضمان موجود است و برنده به جهت

عملی که انجام داده، استحقاق دریافت عوض را دارد. اما ضمان در عقد سبق، ضمان مسمی است، پس مقتضای قاعده «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» این است که در عقد سبق اگر فاسد هم باشد باید اجرت پرداخت گردد، جز اینکه در صورت صحت باید اجرت مسمی داده شود. اما در سبق فاسد باید اجرت مثل عمل او پرداخت گردد، زیرا که برنده عمل خودش را مجانی و بدون عوض انجام نداده، بلکه اقدام او بر این عمل به عنوان گرفتن جایزه بوده است.

اشکالی که در اینجا مطرح شده این است که سبب ضمان در عقد سبق چیست؟ چون دستی در کار نیست تا اینکه سبب ضمان باشد. پاسخ داده‌اند که سبب ضمان در عقد سبق، قاعده احترام عمل مسلمان است، چه این عمل از برنده، به سبب التزام طرف مقابل به دادن جایزه به او صادر گردیده، پس وقتی که برنده گردیده، عمل او محترم است، اگر چه این عقد فاسد و باطل باشد. البته فساد عقد، موجب این می‌شود که برنده مستحق اجرت مسمی نباشد، اما عمل او هدر و لغو نیست. البته اگر چه برد و باخت بر عمل‌های حرام قرار داده شود، عمل انجام شده هدر و لغو است ولی آنچه مورد امضاء شرع است، در صورت انجام گرفتن، هدر و لغو نیست، پس باید اجرت مثل عمل او به او داده شود.

### تاریخچه قاعده ما یضمن بصحیحه...

یکی از قاعده‌هایی که مورد بحث فقها قرار گرفته، قاعده «مَا يُضْمَنُ بِصَحِيحَةٍ يُضْمَنُ بِفَاسِدَةٍ وَمَا لَا يُضْمَنُ بِصَحِيحَةٍ لَا يُضْمَنُ بِفَاسِدَةٍ» است. برخی از فقهای نامی، تصریح کرده‌اند که این قاعده، از نصوص شرعی (آیه یا روایت) گرفته نشده است، بلکه حتی با این عبارت در کلمات قدمای اصحاب به کار نرفته است (انصاری، ۱۰۱؛ خمینی، ۱/۲۶۰).

بر اساس تحقیقات به عمل آمده، شیخ طوسی نخستین فقیهی است که در خلال گفته‌هایش از مضمون این قاعده بهره برده است. وی گوید (۲/۲۰۴):

«إذا رهن رجل عند غيره شيئاً بدین الی شهر علی أنه ان لم یقبض الی محله كان الرهن مبيعاً بالدين الذی علیه، لم یصح الرهن و لا البیع اجماعاً لأن الرهن موقت والبیع متعلق

بزمان مستقبل، فان هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضموناً عليه، لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده، و بعد الأجل فهو مضمون عليه، لأنه في يده بيع فاسد، والبيع الصحيح والفاسد مضمون عليه اجماعاً.

اجمالاً مراد شیخ طوسی در عبارت فوق این است که عقد رهن در صورتی که درست و صحیح باشد ایجاد ضمان بر مرتهن نمی کند، پس اگر عقد رهن باطل باشد، چگونه صلاحیت ایجاد ضمان را دارد؟ اما عقد بیع در صورتی که درست و صحیح باشد، بر مشتری ایجاد ضمان می کند، از این رو هرگاه عقد بیع باطل هم باشد، ضمان آور است. این عبارت، چنانکه از ظاهر کلام شیخ طوسی فهمیده می شود، اشعار به قاعده «ما یضمن بصحیحه...» دارد.

قاضی عبدالعزیز بن براج که از شاگردان شیخ طوسی بود، کلام استادش را عیناً نقل کرده است (ابن براج، ۵۰/۲).

بعد از ابن براج، یحیی بن سعید حلّی (د ۶۹۰ق) نیز کلام شیخ را نقل کرده و گفته است (ص ۲۸۹): «و اذا رهنه رهنًا إلى اجل و شرط أن يكون مبيعاً منه بالدين إن لم يقبضه فالرهن فاسد، و لا یضمن كالصحيح و یضمن بعد الاجل، لأنه یبع فاسد یضمن كالصحيح». عبارت منقول، به قاعده «ما یضمن بصحیحه...» اشعار دارد، اما عین عبارت قاعده نیستند، از این رو شیخ انصاری گفته است (ص ۱۰۱): «و هذه القاعدة اصلاً و عكساً لم اجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم علی العلامة». بر اساس سخن شیخ انصاری، علامه حلّی اولین فقیهی است که این قاعده را با صراحت به کار برده است. استدلال به این قاعده در ابواب مختلف فقه در میان فقهاء بعد از علامه حلّی شایع گردیده است، چنانکه محقق دوم شیخ علی کرکی در ابواب مختلف فقه به این قاعده تمسک و استدلال کرده است (مثلاً نک: کرکی، ۶۱/۴، ۱۳۲/۵، ۶۰/۶، ۲۵۸/۷). همچنین فقیه نامدار، شیخ محمد حسن نجفی صاحب کتاب گرانقدر جواهر الکلام در بابهای تجارت، عاریه، اجاره، شرکت، سبق و رمایه و ابواب دیگر کتاب جواهر به قاعده «ما یضمن...» استناد و استدلال کرده است (نک: نجفی، ۲۵۸/۲۲ - ۲۵۹، ۳۰۳/۲۶، ۲۷/۲۳۳ - ۲۴۶، ۲۳۸/۲۸).

استقراء مواردی که فقیهان بعدی به این قاعده استناد کرده اند، ضروری نیست.

موارد یاد شده صرفاً برای نمایاندن اهمیت قاعده از نظر فقهای متأخر امامیه است و نشان می‌دهد که آنان بر این قاعده اعتماد کرده و آن را مسلّم دانسته‌اند، چنانکه بجنوردی آن را از قواعد «معروف و مشهور» توصیف کرده (نک: بجنوردی، ۸۴/۲) و آل بحر العلوم گفته است که میان فقهاء - مخصوصاً میان متأخرین از فقهاء - شهرت پیدا کرده که هر چیزی صحیح آن ضمان آور باشد، باطل آن ضمان آور است. وی حتی آن را به صورت قاعده کلی تأسیس کرده، و آن را از مسلّمات دانسته است (آل بحر العلوم، ۶۷/۱).

البته بعضی از فقهای گرانقدر شهرت این قاعده را در میان متأخرین، سبب موجه بودن این قاعده ندانسته‌اند. چنانکه امام خمینی گفته است (۱/۲۶۰): «در مورد این قاعده و عکس آن، نصی وارد نشده یا اجماعی بر آن منعقد نگردیده است، بر این اساس اگر فرض شود که مضمون قاعده و عکس آن با قواعد و ادله مطابق نیست، یا فرض شود که برای قاعده و عکس آن معنای صحیحی نیست، آن را مردود می‌دانیم.

همچنین شهید ثانی گفته است که دلیلی بر اعتبار قاعده «ما یضمن» به صورت کلی نیست، بلکه در مواردی که قاعده مورد استناد قرار گرفته، قابل بحث است. پس در هر موردی که اجماع یا دلیل بر ثبوت ضمان در آن نباشد، مقتضای اصل، خلاف قاعده «ما یضمن» است (نجفی، ۲۸/۲۳۸).

بدین سان می‌بینیم که این قاعده در بعضی از ادوار فقه اصلاً مطرح نبوده، و در بعضی ادوار به عنوان قاعده مطرح نبوده، و در بعضی ادوار مسلم دانسته شده، و در بعضی دیگر محل تردید و تأمل واقع گردیده است. از این رو لازم است که تحقیقی در ادله اعتبار قاعده «ما یضمن» انجام شود.

### مدرک قاعده ما یضمن بصحیحه

جهت اثبات اعتبار قاعده «ما یضمن» مدارک و دلایل متعددی ذکر شده، که مهمترین آنها را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۱- قاعده اقدام. بعضی از فقهاء اولین مدرکی که برای قاعده «ما یضمن» آورده‌اند، قاعده اقدام است. یعنی هر یک از متعاقدین اقدام کردند بر اینکه مال دیگری با ضمانت

برای او باشد و مجانی و بدون عوض نباشد، بدین جهت اگر معامله صحیح بود، هر یک از طرفین عقد بر حسب اقدام و التزام خود ضامن است که مسمی را به دیگری تحویل دهد، مثلاً بایع مبیع و مشتری ثمن را. چنانکه شیخ انصاری می‌گوید (ص ۱۰۲): «ثم إنَّ المدرك لهذه الكلیه - علی ما ذكره فی المسالك فی مسألة الرهن المشروط یكون المرهون مبیعاً بعد انقضاء الأجل - هو اقدام الآخذ علی الضمان والظاهر انه تبع فی استدلاله بالاقدم الشیخ فی المبسوط، حیث علل الضمان فی موارد كثيرة من البیع والاجارة الفاسدين بدخوله علی أن یكون المال مضموناً علیه بالمسمى رجع الی المثل أو القیمة».

مقصود این است که شهید ثانی در کتاب مسالك در باب رهن گفته‌اند: هرگاه راهن با مرتهن شرط کند که اگر در وقت تعیین شده، نتوانست دین را پرداخت نماید، رهیینه (گرو) مبیع باشد و دین ثمن آن؛ در این صورت رهن فاسد خواهد بود، و با فرا رسیدن وقت، رهن فاسد، تبدیل به بیع فاسد می‌شود و آنکه مرتهن بود، مالک مبیع نمی‌شود و ضامن آن است، زیرا که بیع صحیح ضمان آور است، پس بیع فاسد و باطل هم ایجاد ضمان می‌کند. شهید ثانی برای اثبات اعتبار کلی قاعده «ما یضمن» گفته است که وقتی مشتری مبیع را اخذ کرد، با اخذ مبیع اقدام بر قبول ضمان کرده، پس ضامن است. شیخ انصاری می‌گوید که: ظاهراً شهید ثانی برای اثبات اعتبار قاعده «ما یضمن» به قاعده اقدام استدلال کرده و در استدلال خود رأی شیخ طوسی در المبسوط را پیروی کرده است. چرا که شیخ طوسی در موارد بسیاری در مسأله بیع و اجاره باطل، مشتری و مستأجر را ضامن می‌داند. دلیل وی برای این ضمان آن است که اینان با شرط اینکه مال بر ضمانت آنها باشد و ضامن عوض مسمی هستند، وارد معامله شده‌اند. پس اگر عوض مسمی را نپردازند، باید مثل یا قیمت را به آنها تسلیم کنند.

### استدلال شیخ طوسی به قاعده اقدام جهت اثبات ضمان

ظاهراً مقصود شیخ انصاری از تعلیل شیخ طوسی در موارد بسیاری، مطلبی است که شیخ طوسی در کتاب غصب المبسوط گفته است. او بر آنست که هرگاه مشتری مبیع را از طریق عقد باطل - یعنی بیع فاسد - دریافت کرده باشد، مالک آن نمی‌شود، برای این

که دلیلی برای مالک شدن او وجود ندارد، وقتی که مالک آن نشود، ضامن آن است. بنا بر این اگر مبیع موجود باشد، باید آن را به بایع برگرداند، و اگر مبیع تلف شده باشد باید بدل آن را به بایع برگرداند و بدل آن در صورت مثلی بودن مثل و اگر مثلی نباشد، قیمت است؛ دلیلش این است که بایع در معامله‌ای داخل شده که مشتری ثمن مسمی را در مقابل ملک او به او تحویل نماید، و وقتی که ثمن مسمی به او تحویل نگردید، اقتضاء می‌کند که با بودن عین مال او، عین مال، به او تحویل شود و در صورت نابود شدن مالش، بدل آن به او تسلیم گردد. حکم عقد فاسد در نکاح نیز چنین است، یعنی در نکاح فاسد اگر آمیزش کرده باشد باید مهریه را پردازد، و اجاره فاسد هم همین حکم را دارد و همه از یک باب هستند (طوسی، ۴۹/۲، ۶۴/۳-۶۵؛ ابن ادریس، ۴۸۸/۲).

### تحلیل و نقد قاعده اقدام

برای اثبات ضمان با استناد به قاعده اقدام، باید استدلال ما دارای یک کبرای کلی و یک صغری باشد، کبرای کلی استدلال این است که: «کل مَنْ أَقْدَمَ عَلٰی ضَمَانٍ فَهُوَ مُسْتَقِرٌّ عَلَيْهِ»، صغرای استدلال این است که: «إِنِ الْآخِذُ أَقْدَمَ عَلٰی ضَمَانٍ كَذَائِيٌّ» آیا کبری و صغرای استدلال با دیدگاه شیخ طوسی مطابقت دارد؟ و آیا کبرای کلی درست است؟ شیخ انصاری در نقد کبرای کلی می‌گوید که در اینجا برای اثبات ضمان به مثل یا قیمت، به اقدام متعاقدين بر ضمان مسمی استناد شده در حالی که معقول نیست اقدام بر ضمان خاص، منشأ ضمان برای چیزهای دیگر باشد.

طرفین عقد، با عقد باطل اقدام بر ضمان خاص نموده‌اند، و رضایت به ضمان مثل یا قیمت نداشته‌اند، حال اگر که عقد را باطل دانسته‌ایم، فرض این است که شارع مقدس آن ضمان خاص را امضاء نکرده، پس ضمان کلاً منتفی می‌شود برای اینکه ضمان به نحو مطلق (که جنس منطقی محسوب می‌شود) و بدون خصوصیت (یعنی فصل منطقی) واقعیت پیدا نمی‌کند و بقاء ندارد، تا اینکه با انتفاء خصوصیت مذکور در عقد، خصوصیت دیگر موجب قوام ضمان گردد. پس اگر ضمان به مثل یا قیمت ثابت باشد، از بابت اقدام متعاقدين بر ضمان نیست، بلکه حکم شرع بر آن ضمان موجب ثبوت آن گردیده و تابع دلیل خاص خود است (انصاری، ص ۱۰۲).

علاوه بر این، تمسک به قاعده اقدام برای اثبات ضمان، مصادره به مطلوب است، زیرا وارد شدن در معامله با این منظور که مال در مقابل عوض مسمی در ضمانت او باشد، خود به نوعی ایجاد بیع است. پس خلاصه آن قاعده این است که کسی که چیزی را فروخت و عوض را دریافت نکرد، مشتری ضامن است، بنا بر این روشن است که خریدار و فروشنده اقدامی جز بر فروختن و خریدن ندارد، پس دلیل و مدعا عین یکدیگر درآمد. با اینکه ضمانت عوض مسمی در عقد صحیح از بابت اقدام بر چیزی جز بیع نیست، پس بیع صحیح ماهیتاً موجب ضمان مسمی می‌باشد (خمینی، ۱/۲۷۰). با توجه به انتقاداتی که از کبرای استدلال شده، نارسائی صغرای استدلال هم روشن گردید، برای این که اقدام متعاقبین بر ضمان در مقابل مالک شدن عین است، یعنی از اول قصد آنان این نبوده که در صورت باطل بودن، ضامن آن باشند، پس اقدام آنها بر ضمان مسمی به صورت مطلق نیست، همانطور که طرفین معامله تلف آسمانی را به عهده نمی‌گیرند (همو، ۱/۲۷۱).

بر این اساس، قاعده اقدام اثبات کننده اعتبار قاعده «ما یضمن» نیست، و شاید با مقصود شیخ طوسی هم سازگار نباشد چنانکه امام خمینی گفته است که عبارت شیخ طوسی در بابهای بیع و غصب المیسوط - بر خلاف نظر شیخ انصاری - دلالت بر قاعده اقدام ندارد بلکه ظهور در ضمان ید دارد که ضمان ید را دلیل خاص آن اثبات می‌کند (همانجا).

ممکن است گفته شود که بنای عقلاء در معاملاتشان بر این است که هر گاه تسلیم عوض مسمی میسر نبود، باید مثل یا قیمت آن پرداخت شود، چون معامله مجانی نبوده است. از طرفی معامله باطل بوده است، پس اگر عین مال تلف گردیده، مثل یا قیمت آن در عهده گیرنده مال باشد و به عوض مال پرداخت شود.

### مدرک دوم: قاعده احترام مال مؤمن

مدرک دوم برای اثبات اعتبار قاعده «ما یضمن»، روایاتی است که دلالت بر حرمت تصرف در مال مؤمن دارد، چنانکه سماعه از امام صادق (ع) روایت کند که آن حضرت از رسول الله (ص) نقل کردند که: «من کانت عنده أمانة فلیؤدها الی من ائتمنه علیها، فانه لا

یحل دم امرئ مسلم و لاماله الا بطیبة نفسه» (عاملی، ۱۲/۵).

حسن بن علی بن شعبه حرانی در *تحف العقول* از رسول خدا (ص) روایت کرده است که آن حضرت در خطبه و داع فرمودند: «ایها الناس، انما المومنون إخوة، و لا یحل لمؤمن مال أخیه إلاّ عن طیب نفس منه» (همو، ۱۲/۳).

نیز صاحب *عوالی اللالی* روایت کرده است که ایشان فرمودند: «والمسلم أخو المسلم، لا یحل ماله الاّ عن طیب نفس» (نوری، ۳۳۱/۳).

مجمعل روایتی که نقل کردیم دلالت بر آن دارد که مال مؤمن محترم است، و حرمت مال مؤمن یا مسلمان همانند حرمت خون اوست. بر این اساس بعد از آنکه شارع مقدس حکم به فساد و بطلان این معامله فرموده، و حکم کرده که هیچیک از عوضین در ملک دیگری به جهت خلل در نفس عقد، یا خلل در متعاقدین، یا خلل در عوضین، داخل نشده، در این صورت اگر هر یک از طرفین معامله مال طرف مقابل خودش را قبض کرده باشد، در حالی که عهده گیرنده به چیزی در قبال گرفتن مال طرف مقابل مشغول نباشد، معنایش این است که برای این مال احترامی نیست، و اگر بدون اتلاف از جانب گیرنده تلف شود، هدر است. هدر رفتن مال و احترام نداشتن آن، با آنچه که شارع مقدس قرار داده که حرمت مال، مانند حرمت خون مالک آن است، منافات دارد. پس معنای محترم بودن مال این است که اگر گیرنده مال، هر گاه به جهت بطلان معامله مالک آن نشده، ضامن تاوان آن است، به این معنی که اگر مال تلف گردیده، بر گیرنده لازم است مثل یا قیمت آن را به عنوان غرامت بپردازد، نه اینکه اگر معامله باطل بود فقط عین مال را برگرداند و اگر تلف شد، ضمانتی نباشد (بجنوردی، ۸۶/۲).

مکارم شیرازی (۲۱۸/۴) عمده دلیل قاعده ما یضمن را قاعده احترام مال مسلمان دانسته و گفته است که: روایاتی که در احترام مال مسلمان وارد شده و حرمت مال مسلمان را حرمت خون دانسته، در حقیقت امضاء بنای عقلاء می باشد و از احکام تأسیسی نیست و احترام اموال، از حقیقت ملک و سلطه انسان بر اموال و منافع استفاده شده و دلالت بر آن دارد که مزاحمت مالک جایز نیست. بدین سان هر کسی که مزاحم مالک شود یا مال او را تلف کند، باید خسارت آن را بپردازد (نیز نک: بحرالعلوم، ۷۸/۱ و



## تحلیل و نقد قاعده احترام مال مؤمن و مسلم

آنچه از قاعده «ما یضمن» انتظار می رود این است که اگر مال در دست گیرنده آن تلف شود، و گیرنده در تلف شدن آن نقشی هم نداشته باشد و سبب تلف شدن آن نشود، به صرف گرفتن مال، باید آن را جبران نماید و ضمان تلف در عهده او است و باید خسارت بپردازد. اما آنچه که از قاعده احترام مال مسلمان انتظار می رود این است که تصرف در مال مسلمان بدون اذن او جایز نیست و اگر کسی بدون اذن مالک مال، در مال تصرف کرده، یا آن را تلف نموده، یا اینکه عیب و نقصی به سبب تصرف او در مال ایجاد شده، متصرف ضامن آن تلف یا نقص است و باید غرامت آن را بپردازد. بنا بر این قاعده احترام دلالت نمی کند بر این که گیرنده مال به محض گرفتن آن ضامن است و مال در عهده اوست. حداکثر چیزی که از قاعده احترام فهمیده می شود این است که إتلاف ضمان آور است. بر این اساس اگر مؤمنی مهمان شد، و بی آن که مورد ضرب و شتم از سوی صاحب خانه قرار گیرد، بر روی فرش او بمیرد، آیا حرمت خون مؤمن دلالت دارد که صاحب خانه ضامن است؟ آیا هیچ فقیهی ملتزم به ضمانت صاحب خانه می شود؟ همانگونه که حرمت خون مؤمن دلالت بر ضمان صاحب خانه نمی کند، اگر در معامله فاسدی یکی از طرفین عقد، مال را دریافت کرد، در حالی که مالک آن نشده، و آن مال بدون سببیت او تلف گردد، با استناد به قاعده حرمت مال مؤمن و مسلمان ضمان گیرنده را نمی شود اثبات کرد (خمينی، ۱/۲۸۳؛ توحیدی تبریزی، ۳/۹۱؛ بجنوردی، ۲/۸۶-۸۷).

## مدرک سوم: قاعده ید

سومین مدرکی که برای اثبات اعتبار قاعده ما یضمن ذکر کرده اند، قاعده ید است. مقصود از قاعده ید حدیث نبوی مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» است. در پیرامون این حدیث از دو ناحیه بحث گردیده، یکی از حیث اعتبار و سند، دیگری از حیث دلالت.

خوبی در ناحیه اعتبار و سند حدیث گفته است که: این حدیث ضعیف السند است، به همین جهت در اصول روایی امامیه ذکر نگردیده، و اصحاب ما آن را از اصول روایی

اهل سنت أخذ کرده در کتب استدلالی خود به آن استناد و استدلال کرده‌اند. بر این اساس در هیچیک از احکام شرعی، استناد به آن ممکن نیست، تا چه رسد که آن را از قواعد مسلمة میان فقها بدانیم و به قاعده ضمان ید بنامیم (توحیدی تبریزی، ۸۸-۸۷/۳). بعضی دیگر ضعف سند روایت مذکور را به این دانسته‌اند که حتی در صحیح بخاری و صحیح مسلم هم نیامده است؛ اگر چه در صحاح دیگر اهل سنت - مانند سنن ترمذی و سنن ابو داود - نقل شده است (شهیدی، ۲۰۴).

مشکل سند روایت این است که راوی روایت فوق سَمْرَةَ بن جُنْدَب است و جسارت او در سرپیچی از امر و فرمان رسول الله (ص) بر اساس روایات عدیده معروف است، و دشمنی او با اهل بیت - بر اساس نقل ابن ابی الحدید - ثابت است. بعضی از فقهاء در صدد دفاع از اعتبار این حدیث بر آمده و گفته‌اند: معیار و ملاک حجیت خبر، موثوق الصدور بودن آن است. بر این اساس شهیدی (ص ۴۰۴) و بجنوردی (۸۷/۲) گفته‌اند که شهرت روایت میان شیعه و سنی و عمل فقهاء و استنادشان به روایت، موجب اطمینان به صدور آن از رسول خدا (ص) است، لذا از ناحیه اعتبار و سند، خدشه‌ای بر روایت وارد نیست.

ظاهراً اختلاف در اعتبار و حجیت روایت مذکور مبنایی است؛ کسانی که شهرت را موجب اطمینان به صدور روایت دانسته‌اند، روایت را معتبر می‌دانند، اما خوبی چون عمل مشهور به روایت ضعیف را موجب اعتبار روایت نمی‌دانند - همانطور که اعراض مشهور از عمل به روایت صحیح را موجب سستی آن نمی‌انگارد - او بر آنست که شهرت فی نفسه حجت نیست، و حتی آن را موجب حجیت خبر و جبران کننده ضعف سند آن نمی‌داند و می‌گوید که باید خود خبر را ملاحظه کرد؛ اگر دارای شرایط حجیت بود باید آن را پذیرفت، اما اگر واجد شرایط حجیت نبود، ضمیمه شدن غیر حجت به غیر حجت سبب اعتبار نمی‌گردد و حجیت را نتیجه نمی‌دهد (توحیدی تبریزی، ۸۹-۸۸/۳).

کسانی که روایت را معتبر ندانسته‌اند، در مورد دلالت آن بحث نکرده‌اند، اما فقهایی که روایت را معتبر دانسته‌اند در باب دلالت آن نیز سخن گفته‌اند.

## بررسی دلالت حدیث «علی الید ما أخذت...»

عقودی که در جامعه رایج است، گاهی به اعیان تعلق می‌گیرد، مانند عقد بیع، و گاهی به منافع تعلق می‌گیرد، مانند عقد اجاره، و گاهی به اعمال تعلق می‌گیرد مانند عقد جماله. بر این اساس، ضمانتی که از قاعده «ما یضمن» استفاده می‌شود باید همه اقسام عقود را شامل گردد، و اعمال و منافع را نیز در بر بگیرد. بنا بر این مدرکی که اثبات‌کننده اعتبار قاعده «ما یضمن» است، باید ضمانت را بنحو مطلق ثابت کند، اگر ضمانت را به نحو خاص ثابت کند، یعنی فقط ضمانت در اعیان را ثابت نماید، نمی‌تواند مدرکی برای قاعده ما یضمن باشد. از این رو بعضی از فقهاء، بر دلالت حدیث ید خدشه کرده‌اند که شامل منافع و اعمال در اجاره فاسد نمی‌شود، چنانکه شیخ انصاری گفته است (ص ۱۰۳) که حدیث ید ظهور در ضمان دارد و سند آن هم جبران‌گردیده، جز اینکه این حدیث به اعیان اختصاص دارد و شامل منافع و اعمال مضمونه - بر اساس قاعده ما یضمن - در اجاره باطل، نمی‌شود.

دلایلی که برای اثبات عدم شمول خیر ید بر منافع گفته شده عبارتند از:

(۱) علی الید، ظهور در أخذ حسی یعنی أخذ با دست دارد، أخذ حسی فقط در اعیان ممکن است و در منافع صدق نمی‌کند. در پاسخ این ایراد گفته شده که مراد از «ید» در حدیث، شخص است، و مراد از «أخذ» استیلاست، اگر چه «أخذ» ظهور در أخذ حسی دارد، ولی استعمال آن در استیلاء شایع است. بدین سان آنچه به طور عرفی از گفتار رسول خدا (ص) فهمیده می‌شود، ضمان به نحو کلی است، نه ضمان در خصوص آن چیزهایی که به صورت حسی أخذ می‌شود (خمینی، ۱/۲۷۳).

(۲) اگر «أخذ» در حدیث به معنای استیلاء باشد، منافع از شمول حدیث خارج است، زیرا استیلاء بر منافع ممکن نیست، چون منافع، آن به آن پدید می‌آید، یعنی منفعت موجود یا استیفاء می‌شود یا منعدم می‌گردد، بنا بر این استیلاء بر منافع حادث نشده، فعلاً ممکن نیست.

در پاسخ این ایراد و اشکال گفته‌اند که شیء متصرم در حال وجودش تحت ید واقع می‌شود، پس استیلاء بر موجود است، پس وجود آنی منافع که استمرار دارد، تحت ید قرار می‌گیرد و با تلف شدن، در ضمانت صاحب ید که بر آن مسلط است در می‌آید،

پس آن وجود مستمر در عمود زمان به نحو استمرار و انصرام تحت ید واقع می‌شود و با انهدام آن، ضامن جزء به جزء آن می‌شود. بنا بر این اگر عین مستأجره تلف گردد، در حالی که به بطلان اجاره صحیح از حین انهدام قائل باشیم، یا اینکه تلف را کاشف از بطلان اجاره از اساس نسبت به حال انهدام عین مستأجره بدانیم، ناچار منافع متأخر از انهدام در ضمان مستأجر نخواهد بود، برای این که در اجاره صحیح ضمانت نسبت به آن نبوده، در اجاره باطل هم نیست. پس مفاد قاعده علی‌الید از این حیث موافق با قاعده «ما یضمن» است (همو، ۱/۲۷۴).

۳) ظاهر گفتار رسول الله (ص) که فرمودند: «حتی تؤدی» دلالت بر آن دارد که غایت ضمانت و عهده‌گیرنده، اداء مال گرفته شده است. منافع به جهت آنکه تدریجی الوجود است، بعد از اخذ قابل اداء نیستند، پس تأدیه در منافع مطلقاً صدق نمی‌کند، اما عین قابل تأدیه است، پس حدیث علی‌الید، شامل منافع نمی‌شود.

در پاسخ به اشکال مزبور گفته‌اند که اگر تأدیه نسبت به چیزی که استیلاء و تملک در حین موجود بودن، بر آن ممکن است ملاحظه گردد، تأدیه در آن ذاتاً ممکن است، و شأنیت آن منافاتی با تلف که بر بعضی از وجودات آن عارض می‌شود ندارد، چنانکه تأدیه، منافاتی با تلف که بر اصل وجود عارض می‌شود ندارد، با اینکه امکان ادای فی الجملة در حفظ ظهور غایت در حدیث کفایت می‌کند و لازم نیست که امکان اداء با تمام خصوصیات و همه وجودات آن باشد. علاوه بر اینکه گفتار رسول الله (ص) ظهور دارد بر اینکه ضمان بر چیزی که پرداخت نشده، قرار داده شد، خواه امکان اداء آن باشد یا نباشد، یا اینکه شأنیت اداء داشته باشد یا نداشته باشد (همو، ۱/۳۷۷).

با توجه به دفع اشکالات و اثبات شمول دلالت حدیث علی‌الید، از حدیث استفاده می‌شود که شارع مقدس اعتبار کرده به اینکه مالی که تحت ید و سیطره‌گیرنده قرار می‌گیرد، بر عهده اوست. اشتغال عهده‌ای که شارع اعتبار کرده‌اند، زایل و منعدم نمی‌شود مگر با اداء آن چیزی که مصداق اشتغال عهده است.

شکی نیست که تا زمانی که خود مال گرفته شده موجود است، مصداق حقیقی آن اشتغال ذمه است، اما اگر آن مال تلف گردید، مصداق آن، مثل است در صورتی که اداء مثل متعذر یا متعسر نباشد، برای اینکه اگر چه مثل، جهات شخصیت آن را فاقد است اما

جهات نوعیت و صنفیت آن را واجد است، بله اگر مثل موجود نبود أداء تلف شده جز با ارزش مالیت آن ممکن نیست، پس این جهات سه گانه مترتبه در طول یکدیگرند و فراغت ذمه، مستلزم رعایت ترتیب آن است. به این معنا که نوبت به أداء مثل نمی‌رسد مگر با تعذر شخص، و همچنین نوبت به أداء قیمت نمی‌رسد مگر با تعذر مثل (بجنوردی، ۸۸/۲-۸۹).

البته شیخ انصاری، آل بحر العلوم و مکارم شیرازی ضمان ید را از بابت حرمت مال مسلم پذیرفتند، یعنی از جهت اینکه مال مسلمان حرمت دارد، شارع مقدس ضمان ید را بر آن قرار داده است، بر این اساس قاعده ید به ضمیمه حرمت مال مسلمان و قاعده عدم ضرر به مسلمان، در مجموع اثبات کننده قاعده «ما یضمن» است (انصاری، ص ۱۰۳؛ آل بحر العلوم، ۸۰/۱-۸۱، مکارم شیرازی، ۲۱۹/۴).

### مدرک چهارم: اجماع

چهارمین مدرکی که برای اعتبار قاعده «ما یضمن» ذکر گردیده اجماع است، که در کلام شیخ طوسی و بعضی دیگر از اساتید فقه این قاعده را به عنوان امر مسلم و قطعی پذیرفته‌اند.

### نقد مدرک چهارم

اجماعی که در اصطلاح اصولی حجت است، اجماعی است که دارای مستند نباشد و اتفاق رأیی باشد که از آن، حکم معصوم (ع) کشف شود، در اینجا چنین اجماعی وجود ندارد، برای اینکه عده‌ای از فقهاء بر اساس قاعده اقدام، این قاعده را پذیرفته‌اند و عده‌ای دیگر بر اساس قاعده احترام، و برخی هم بر اساس قاعده ید، و پاره‌ای هم بر اساس سیره، بنا بر این اگر اتفاقی نسبت به اعتبار این قاعده وجود دارد، اجماع مصطلح نیست. بلکه هر فقیهی بر اساس مبنای خود در فتوا با دیگران هم عقیده شده است (بجنوردی، ۹۰/۲-۹۱).

## مدارک قاعده «ما لا یضمن بصحیحه...»

دلایل و مدارکی که مورد بحث و بررسی قرار دادیم در پیرامون اصل قاعده، یعنی «ما یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسیده» بوده است و شامل عکس قاعده، یعنی «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسیده» نمی شود، از این رو پاره‌ای از محققان در مورد عکس قاعده، مستقلاً بحث کرده‌اند، ما نیز در این گفتار مدارک عکس قاعده را مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

۱. قیاس اولویت: اولین مدرکی که برای اعتبار عکس قاعده ذکر کرده‌اند، قیاس اولویت است که از کلام شیخ طوسی استظهار گردیده است، که گفته است (۲/۲۰۴): «لأن صحیح الرهن غیر مضمون علیه، فکیف فاسده».

این که شیخ طوسی در نفی ضمان مرتهن در رهن فاسد و باطل فرموده‌اند که رهن در صورتی که صحیح و درست باشد، برای مرتهن نسبت به رهینه و گرو ایجاد ضمان نمی‌کند، چگونه رهن باطل ایجاد ضمان خواهد کرد؟ برخی بر آنند که شیخ با کلمه استفهام (کیف) قصد اولویت داشته‌اند.

مقصود از قیاس اولویت در مقام بحث این است که اگر عقد صحیح مثل اجاره و عاریه و هبه - با اینکه مورد امضای شارع مقدس است - مقتضی ضمان نباشد و ایجاد ضمان نکند، پس عقد باطل آنها که به منزله معدوم است، به اولویت تأثیری در ایجاد ضمان ندارد زیرا منحصرأ یا ضمان از اقدام متعاقدين پدید می‌آید، که مفروض این است که متعاقدين قصد ضمان نداشته و اقدام بر ضمان نکرده‌اند، و یا اینکه ضمان از ناحیه حکم شارع مقدس در معامله فاسد پدید می‌آید؛ فرض این است که معامله فاسد، چیزی ایجاد نمی‌کند، برای اینکه عقد باطل به منزله لغو و عبث است، پس معنا ندارد که بگوئیم که فعل لغو و عبث ایجاد ضمان می‌کند، بلکه اگر عقد صحیح باشد ممکن است گفته شود که مقتضای صحت عقد، ضمان است، اما عقد باطل و لغو مقتضی چیزی نمی‌تواند باشد.

ممکن است، قیاس اولویت به صورت معکوس ادعا شود، به این صورت که اگر رهن صحیح، ایجاد ضمان نمی‌کند، جهتش این است که شارع مقدس آن را امضاء کرده، و پذیرفته که چیزی که متضمن سلطه امانی است از قاعده ضمان ید، و قاعده احترام مال

مسلم خارج باشد. بنا بر این اگر شارع مقدس، سلطه امانی را امضاء نمی کرد، راهی برای خروج از ضمان نمی بود و رهن صحیح در تحت قاعده احترام مال مسلم و ضمان ید باقی می ماند. بر این اساس اگر رهن صحیح ضمان نمی آورد مستند به امضای شارع است، پس رهن باطل چون تحت قاعده احترام مال مسلم و ضمان ید باقی است، اولویت اقتضاء می کند، که ضمان آور باشد (بجنوردی، ۲/۲۲۰).

### مدرک دوم: قاعده امانت

دومین مدرکی که برای عکس قاعده ذکر گردیده، قاعده امانت است، یعنی کسی که مالک او را بر ملک خودش امین قرار داده، ضامن مال نیست، زیرا از روایات عدیده صراحتاً فهمیده می شود که امین ضامن نیست، چنانکه در دعائم الاسلام از علی علیه السلام روایت کرده که آن حضرت فرمودند: «لیس علی المؤمن ضمان» (نوری، ۱۶/۱۴).

نیز امام صادق (ع) فرمود: «لیس علی مستعیر عاریه ضمان و صاحب العاریه والودیعه مؤتمن» (عاملی، ۱۹/۹۳).

نیز حضرت علی (ع) فرمودند «صاحب الودیعه والبضاعة مؤتمنان» (نوری، ۱۶/۱۴). همچنین امام محمد باقر (ع) در حدیثی فرمودند: «و سألته الذی یتبضع المال فیهلك أو یسرق أعلیٰ صاحبه ضمان؟ فقال: لیس علیه غرم بعد أن یكون الرجل امیناً» (عاملی، ۱۹/۸۰).

حلبی از امام صادق (ع) روایت کرده که آن حضرت فرمود: «قال فی رجل استأجر اجیراً فاقعده علی متاعه فرقه؟ قال: هو مؤتمن» (عاملی، ۱۹/۷۹). بر اساس این روایات و روایات بسیار دیگری که در ابواب ضمان، اجاره و غیر آنها وارد گردیده استفاده می شود که امین ضامن نیست. وقتی که صحیح عقد عاریه، ودیعه، اجاره، رهن و... مقتضی ضمان نباشد، در صورت فساد هم مقتضی ضمان نیستند. چون سببی برای فساد در صورت فساد عقد وجود ندارد. همچنین بنای عقلاء - اعم از معتقدین به ادیان آسمانی و غیر آسمانی، حتی بی دینان - همیشه بر این بود که به عدم ضمان امین حکم می کردند، چنانکه اگر مستأجر عین مستأجره را مانند اموال خود حفظ نماید، لکن در اثر حادثه ای

آسمانی، آن عین تلف گردد، هیچکس مستأجر را ضامن نمی داند. عاریه، ودیعه، و امثال آن هم همین حکم را دارند: بر اساس بنای عقلا اگر صحیح این عقود مقتضی ضمان نباشد، سببی هم برای ضمان در صورت فساد این عقود وجود ندارد.

## تحلیل و نقد مدرک دوم

ممکن است برخی بگویند که تحویل امانی مالک بر فرض صحت عقد است، یعنی: مالک، وقتی مثلاً ملک خود را اجاره می دهد شخص دیگری را بر مال خودش مسلط کرده و به عنوان امانت در دست او قرار داده و این امر، بر اساس صحت عقد است چرا که مالک فکر می کرد که با صحت عقد اجاره، تحویل امانی عین مستأجره به مستأجر از حقوق مستأجر است، ولی بر فرض فساد و بطلان عقد، امانتی نخواهد بود. پس در صورت فساد عقد، قضیه متفاوت می شود، لذا به صرف مسلط کردن مالک بر فرض صحت عقد، این امر استنتاج نمی شود که ملک در صورت فساد عقد هم امانت است و ضمان نمی آورد. مگر اینکه ضمان را منحصر به صورت تعدی و تفریط و عدوانی بودن تسلط گیرنده بدانیم که در این صورت می شود استنباط کرد که در هر عقد صحیحی که ضمان نباشد در عقد فاسد آن هم ضمان نخواهد بود (بجنوردی، ۲/۲۲۱).

## مواردی که به عنوان نقض این قاعده پنداشته شده است

اینک پس از ذکر چند نمونه از تطبیق، به این نتیجه می رسیم که هر عقدی که صحیح آن ضمان آور باشد، فاسد آن ضمان آور است و هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد، فاسد آن هم ضمان آور نیست، اگر چه سبب ضمان آن ممکن است قاعده ید، قاعده احترام عمل مؤمن و امثال آن باشد. به هر حال برخی از صاحب نظران مواردی را به عنوان نقض قاعده ذکر کرده اند که آنها را مورد ارزیابی و بررسی قرار می دهیم.

۱- هر گاه مُحرم از مُحل صیدی را عاریه بگیرد، ضامن قیمت آن است که باید به صاحب صید بپردازد، چون بر عاریه گیرنده و مُحرم واجب است که پس از عاریه کردن صید، فوراً آن را آزاد نماید. بر این اساس اگر مُحرم از مُحل صیدی عاریه کند و آن را فاسد نماید، ضامن قیمت صید است. چنانکه گفتیم عقد عاریه در صورتی که صحیح باشد، ضمان آور نیست و طبق قاعده باید فاسد آن هم ضمان آور نباشد، اما در مورد



عاریه محرم ضمان وجود دارد و وجود ضمان نقضی بر قاعده ما لا یضمن است. در پاسخ به این نقض، گفته‌اند که این ضمان مستند به عقد نیست تا اینکه موجب نقض بر قاعده باشد، بلکه ضمان از جهت اتلاف است، اتلاف در عاریه صحیحه هم موجب ضمان است، اگر چه تلف در عاریه ضمان نمی‌آورد. دلیل بر اینکه عاریه گرفتن محرم اتلاف است نه تلف، این است که به محض اینکه مُحرم از محل صیدی را عاریه می‌گیرد، صید از ملک مالک آن خارج می‌شود. پس نفس قبض و أخذ، اتلاف مال محترم محسوب می‌شود و از مورد قاعده خارج است (بجنوردی، ۱۰۴/۲؛ آل بحر العلوم، ۸۳/۱).

۲- از جمله نقضی که بر عمومیت اصل قاعده - یعنی «کل ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» - وارد گردیده نسبت به منافع استیفاء نشده است، که منافع استیفاء نشده در بیع صحیح مضمونه نیست اما در بیع فاسد مضمونه است. در پاسخ به این نقض و حل شبهه گفته‌اند. که در بیع صحیح ضمان مسمی وجود دارد که عوض عین مبیع است. پس در مقابل مالکیت عین، ذمه مشتری به مسمی مشغول است و منافع اعم از استیفاء شده یا استیفاء نشده، از توابع عین مبیع است. وقتی که عین مضمونه است، منافع هم مضمونه است؛ چنانکه حدیث نبوی «الخراج بالضمن» ظهور در ضمانت منافع دارد یعنی منافی است که عین دارد به واسطه ضمان مسمی مال کسی است که عین به او منتقل گردیده است. پس ضمان مسمی در بیع صحیح عوض عین و منافع آن است، از این رو نقضی وارد نمی‌شود (بجنوردی، ۱۰۴/۲).

۳- از جمله نقض‌های ادعا شده، در جایی است که مبیع حامل باشد و حمل در دست مشتری تلف گردد، که در بیع صحیح ایجاد ضمان نسبت به حمل نمی‌کند، اما در بیع فاسد مشتری ضامن حمل هم هست. در دفع نقض مزبور گفته‌اند که ضمان مسمی در مقابل خود مبیع واقع گردیده و حمل به تبعیت مبیع - بنا بر اینکه مملوک مشتری است - به ملکیت مشتری در آمده است. اما اگر حمل بر ملکیت بایع باقی باشد - چنانکه قول مشهور فقهای این است که حمل بر ملک بایع باقی است مگر آنکه مشتری شرط دخول در مبیع را نماید (بجنوردی، ۱۰۴/۲) - از محل بحث ما خارج است. پس در بیع صحیح بنا بر این که حمل به مالکیت مشتری در آید، ضمان مسمی در مقابل مبیع واقع می‌شود و

حمل تابع مبیع است. اما در بیع فاسد، ضمان حمل غیر از ضمان مبیع است. ممکن است در بیع، حامل از حمل تفکیک گردد، در این صورت اگر گفتیم حمل داخل در مبیع نیست و بر ملک بایع باقی است، پس از مصب عقد خارج و از معامله بیگانه است که در عقد صحیح و باطل بیع، ضمانی برای آن نیست. این که در بیع صحیح برای حمل ضمانی نیست، برای این است که از معامله بیگانه است و ربطی به عقد ندارد تا اینکه ضمان مسمی شامل آن شود و اینکه در بیع فاسد ضمانی ندارد، از آن روست که حمل امانت مالکی در نزد مشتری است، که جزء با تعدی و تفریط ضمان نمی آورد. مثلاً اگر باغی را با درختان میوه بخرد و میوه بر درختان موجود باشد، اگر بگوییم که میوه‌ها داخل در مبیع نیست از جهت آنکه بایع قید کرده که درختان را می فروشد یا بگوییم که بیع درختان از میوه‌ها انصراف دارد، در این صورت در بیع صحیح و باطل آن ضمانی برای میوه‌ها نیست. اما در بیع صحیح ضمان نیست، زیرا که میوه از معامله و مصب عقد خارج است و چیزی از مسمی در مقابل آن واقع نشده است. اما اینکه در بیع فاسد ضمان ندارد، چون امانت مالکی است و فرض بر این است که بدون تعدی و تفریط تلف گردیده است.

اما اگر گفتیم که حمل و میوه موجود روی درختان در مبیع داخل است، در این صورت بیع صحیح و فاسد ضمان آور است. ضمان در بیع صحیح به این است که مسمی در مقابل مجموع حامل و حمل و درخت و میوه واقع شده است. اینکه در بیع فاسد ضمان وجود دارد، به این دلیل است که ید مشتری بر حامل و حمل و درخت و میوه قرار گرفته و فرض این است که دست مشتری دست مأذون نیست و ید ضمانی است (بجنوردی، ۲/۱۰۵).

با تحلیلی که ارائه گردید، روشن شد که این نقض بر قاعده وارد نیست.

۴- یکی دیگر از نقض‌های ادعائی، نکاح دائم یا موقتی فاسد است، به اینکه زوج به فساد ازدواج علم ندارد اما زوجه به فساد آن عالم است. در این صورت زوج ضامن مهریه نیست، در حالی که اگر عقد صحیح می بود زوج ضامن می شد. در مورد این نقض چنین پاسخ داده‌اند که مسأله یاد شده از مورد قاعده که عقود معاوضی است و تحت ید قرار می‌گیرد خارج است. به عبارت دیگر، اولاً نکاح عقد معاوضی نیست، ثانیاً زن تحت

ید واقع نمی شود. ممکن است عدم ضمان به جهت دلیل خارجی باشد، زیرا حتی اگر زن هم به فساد نکاح جاهل می بود، حق مهریه برای او ثابت بود، اما چون عالم به فساد نکاح است و باغی محسوب می شود، ضمانی برای حق او نیست. عقد، ضمان را اقتضا دارد، ولی مانع، جلوی اقتضاء آن را گرفته است.

## کتابشناسی

- آل بحرالعلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، به کوشش سید محمد آل بحرالعلوم، تهران، ۱۳۶۲.
- ابن بزّاج، عبدالعزیز بن نحیر، المهدب، قم، ۱۴۰۶ق.
- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، تبریز، ۱۳۷۵ق.
- بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیة، نجف، ۱۳۸۹ق.
- توحیدی تبریزی، محمدعلی، مصباح الفقاهة، قم، ۱۴۱۷ق.
- حلی، محمد بن احمد بن ادریس، کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، ۱۴۱۰ق.
- حلی، نجم الدین جعفر، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، به کوشش عبدالحسین محمد علی، بیروت، ۱۴۰۳ق.
- حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، قم، ۱۴۰۵ق.
- خمینی، امام روح الله، کتاب البیع، نجف، بی تا.
- شهیدی، میرزا فتاح، هداية الطالب الی اسرار المکاسب، تبریز، ۱۳۷۵ق.
- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، ۱۴۰۴ق.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیة، به کوشش سید محمد تقی کشفی، تهران، ۱۳۷۸ق.
- عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، ۱۴۱۱ق.
- کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، ۱۴۱۱ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیة، قم، مطبعة الامام امیرالمؤمنین (ع)، بی تا.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، ۱۳۶۵.
- نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم، ۱۴۰۷ق.