

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۱، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۴

صفحات ۵۴۵-۵۷۴

ضمان ناشی از عقد صحیح در اندیشه فقهی

اسماعیل نعمت‌اللهی*

استادیار دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۹۴/۵/۳؛ تاریخ پذیرش: ۹۴/۸/۱۲)

چکیده

در مسائل متعددی از فقه، خصوصاً در بحث از قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» سخن از ضمان ناشی از عقد صحیح به میان آمده است. اگر در کنار این مطلب به سخن برخی از فقها در مورد وحدت معنای ضمان در تمام موارد توجه شود، مسئله مفهوم و مبنای ضمان در عقد صحیح مطرح خواهد شد. از لحاظ مفهوم ضمان می‌توان برای عقد صحیح سه مرحله تشکیل، تلف عوضین قبل از تسلیم و فسخ یا انفساخ عقد پس از تسلیم را در نظر گرفت. مقصود اصلی این نوشته، بررسی مفهوم ضمان در مرحله تشکیل است و به‌ناچار، از مراحل دیگر نیز سخن گفته می‌شود. در مورد ضمان در مرحله اول، رویکردهای متفاوتی در بین نظر فقها وجود دارد: برخی از فقها مفهوم ضمان در عقد صحیح را انکار کرده‌اند، برخی به وجود ضمان معاوضی معتقد بوده‌اند و گروه سوم، عقد صحیح را به‌گونه‌ای تفسیر کرده‌اند که متضمن ضمان قهری و به تعبیری، از اسباب ضمان قهری است. اقدام، استیفا، احترام و ضمان ید چهار نظریه اصلی هستند که ماهیت عقد در قالب آنها توجیه شده است. مباحث این تحقیق عمدتاً ناظر به بررسی مفهوم ضمان در بخش اول قاعده «ما یضمن» در عقد بیع خواهد بود، اما می‌توان آنها را با تعدیل مناسب، به سایر عقود معاوضی نیز سرایت داد.

واژگان کلیدی

ضمان، ضمان قهری، ضمان معاوضی، عقد، فقه امامیه.

مقدمه

چنانکه می‌دانیم، هرگاه در اثر عقد فاسد مالی جابه‌جا شود، گیرنده مال ضامن رد آن است. با توجه به باطل بودن عقد و عدم تأثیر آن در نقل و انتقال عوضین، ضامن در این مورد بر قواعد ضمان قهری (خصوصاً علی الید) مبتنی خواهد بود. اما در مورد مفهوم و مبنای ضمان در عقد صحیح بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. هدف این تحقیق بررسی مبنای ضمان در عقد صحیح و پاسخگویی به این سؤال است که مقصود فقها از ضمان ناشی از عقد صحیح چیست.

برای بررسی دقیق‌تر، بهتر است مفهوم ضمان با توجه به مراحل^۱ متصور برای هر عقد صحیح تعیین شود. این مراحل را می‌توان در سه مرحله تشکیل عقد، تلف عوضین قبل از تسلیم و تلف عوضین پس از فسخ یا انفساخ عقد خلاصه کرد.

اهمیت مباحث و شدت اختلاف، بر عکس ترتیب مذکور است، به طوری که اختلاف در مرحله اول افزایش می‌یابد. در ادامه، ابتدا بحث مختصری در مورد مفهوم ضمان ارائه می‌شود، سپس مرحله دوم تحت عنوان «ضمان معاوضی»، مرحله سوم با عنوان «ضمان تلف پس از فسخ یا انفساخ» و در انتها مرحله اول تحت نام «ضمان در مرحله تشکیل عقد» بررسی خواهد شد.

۱. به‌کاربردن تعبیر «مرحله» برای «تلف عوضین قبل از تسلیم» و نیز «تلف عوضین پس از فسخ یا انفساخ» به‌صورت مسامحی است. برای ارائه این سه مرحله از سخن مرحوم حکیم کمک گرفته‌ایم. البته ایشان برای این مراحل واژه «جهت» را به‌کار برده و تنها از سه «جهت» نام برده است. شاید دلیل استفاده از این واژه و نه واژه ضمان برای مرحله اول، این بوده که به نظر ایشان در این مرحله، ضمان به معنای متعارف وجود ندارد (حکیم، بی‌تا: ۱۱۸-۱۱۹).

مفهوم ضمان

برای واژه ضمان معانی متعدد و مختلفی ذکر شده است، از جمله: بر عهده گرفتن مال غیر (مانند کاربرد آن در تعریف عقد ضمان و حواله)، اشتغال ذمه به مثل یا قیمت مال غیر (مانند کاربرد آن در قاعده اتلاف: من اتلف مال الغير فهو له ضامن)، وجوب رد عین مال غیر یا بدل آن (مانند کاربرد آن در جمله "الغاصب ضامن")، تلف شدن از مال ضامن^۱ (مانند اینکه گفته می‌شود: قبض موجب انتقال ضمان از بایع به مشتری است) (قزوینی، ۱۴۱۹: ۱۸۹).

باید توجه داشت که ضمان به دو صورت مصدری و اسم مصدری به کار می‌رود. در کاربرد مصدری معنای آن بر عهده گرفتن مال غیر و به تعبیر دیگر، قرار دادن مال غیر در عهده است. در کاربرد اسم مصدری به معنای قرار داشتن مال غیر در عهده ضامن است. ضمان در کاربرد اول، عملی اختیاری است و اما در کاربرد دوم ممکن است نتیجه عمل اختیاری ضامن (کاربرد اول) یا ناشی از سببی غیراختیاری باشد (مانند ضمان ناشی از اتلاف) یا مقبوض بالسوم (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۱: ۷۲، پاورقی ۱).

بسیاری از فقها ضمان را به معنای بر عهده گرفتن مال دیگری تعریف کرده‌اند.^۲ در این تعریف به کاربرد مصدری ضمان توجه شده است. اما تعریف ضمان با توجه به کاربرد اسم مصدری آن نیز شایع محسوب می‌شود.^۳ همچنین، واژه ضمان در نصوص و فتاوی غالباً

۱. تعریف ضمان به تلف شدن از مال ضامن (یذهب من ماله) را سلطان‌العلماء در حاشیه شرح لمعه مطرح کرده (سلطان‌العلماء، ۱۴۱۲: ۲۸۵) و در ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۸: ۲۵۴) و جواهر (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۲: ۲۵۸) تکرار شده است.

۲. از جمله نک: بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۲: ۱۸۲ - ۱۸۳: إذ الضمان معناه التعهد و دخول الشيء في عهدة الضامن ...

۳. از جمله، نک: و بالجملة معنى الضمان كون المال في الذمة و من آثار ثبوت المال في الذمة الغرامة و الخسارة لا أن الغرامة معناه الحقيقي (نابینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۸). ان ما ذكره ... من ان حقيقة الضمان ليس إلا عبارة عن وجوب أداء

به صورت اسم مصدری به کار می‌رود و در قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» نیز به همین صورت استعمال شده است؛ به این معنا که هر عقد یا ایقاع (صحیحی) که مورد و متعلق آن در عهده عاقد و ایقاع‌کننده باشد، در فاسد آن نیز به همین صورت است (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۷۶؛ همچنین نک: نایینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۸). ضمان در کاربرد اسم مصدری، حکمی وضعی و به معنای قرار داشتن مال غیر در ذمه ضامن است. از آثار مترتب بر این حکم وضعی، وجوب تسلیم عین مال غیر در صورت وجود، و بدل آن در صورت تلف خواهد بود. بنابراین، حکم تکلیفی تسلیم عین یا پرداخت بدل، از آثار ضمان است نه خود آن. به تصریح یکی از فقها، ضمان به معنای لزوم تدارک به عوض واقعی نیست (حکیم، بی تا: ۱۱۹) بلکه به معنای بر عهده گرفتن مال دیگری است و وجوب تسلیم مال در صورت وجود یا بدل آن در صورت تلف، از احکام ضمان محسوب می‌شود (همان: ۱۱۸). البته گاهی، در تعریف ضمان، به حکم تکلیفی لزوم جبران خسارت بسنده می‌شود.^۱

پس از ارائه این بحث باید مقدماتی را مطرح کرد: بحث از مفهوم ضمان در عقد صحیح عمدتاً به عنوان یکی از زیرمجموعه‌های قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» مطرح می‌شود. به نظر می‌رسد معانی عمده‌ای که برای ضمان ناشی از عقد صحیح در این قاعده ذکر شده را می‌توان در قالب سه مرحله مطرح شده در گذشته بررسی کرد.

المثل أو القيمة لا وجه له، لان الضمان ليس إلاً عبارة عن الالتزام بالمال ... وعبارة أخرى هو التعهد بالمال (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲: ۲۷۹). أمّا الضمان فقد مرّ ... أنه عبارة عن مجرد كون المضمون على الضامن و في ذمته و له لوازم شرعية تكليفية و وضعية منها إعطاء بدله عند التلف (تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۲: ۲۰۷).

۱. ثم الظاهر إرادة التدارك من الضمان، و هو الظاهر من كون الشيء مضموناً عليه بمعنى لزوم الغرامة عليه بالتلف، والتدارك له بالبدل عنه بحيث يعود الخسران والنقصان في ماله الأصلي (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۷۲ - ۷۷).

الف) ضمان معاوضی (مرحله دوم)

به نظر برخی از فقها، مقصود از ضمان طرفین در عقد صحیح، ضمان معاوضی است؛ به این معنا که اگر مبیع قبل از قبض تلف شود، ضمان آن بر عهده بایع است. این نوع ضمان، ضمان مصطلح نیست و اطلاق ضمان بر آن به صورت مسامحی یا مجازی است و به همین سبب فقها آن را ضمان معاوضه نامیده‌اند، زیرا طبق عقیده مشهور، با وقوع تلف، عقد منفسخ می‌شود و مال به مالک اول بازمی‌گردد. از این رو، مال در حالی که در ملک متصرف قرار دارد تلف می‌شود، نه اینکه مانند ضمان ید، از ملک مالک تلف شود ولی ضمان آن بر عهده متصرف باشد (حکیم، بی تا: ۱۱۹).

شیخ انصاری طرفدار این نظر است و ضمان را به معنای قرار داشتن خسارت مال مورد ضمان بر عهده ضامن می‌داند. سپس در تفسیر این سخن می‌گوید: اگر مال مورد ضمان تلف شود، از مال اصلی ضامن کم می‌شود، چون ضامن باید خسارت را از مال اصلی خود جبران کند.^۱ به نظر ایشان، ضمان در عقد صحیح و فاسد یک معنا دارد، اما تفاوت آن دو، در شیوه تفریغ ذمه و جبران خسارت است؛ با این توضیح که جبران خسارت در عقد باطل با پرداخت بدل واقعی و در عقد صحیح، با پرداخت بدل قراردادی یا کمترین مقدار از بدل واقعی و قراردادی صورت می‌گیرد. اما تفاوت در شیوه جبران خسارت، موجب تفاوت در معنای ضمان نمی‌شود.^۲

۱. و المراد بالضمان فی الجملتين هو کون ذرک المضمون، علیه، بمعنی کون خسارته و ذرکه فی ماله الاصلی، فإذا تلف وقع نقصان فیه؛ لوجوب تدارکه منه (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۸۳).

۲. کیفیت الخروج عن العهده خارج عن حقیقه الضمان فلو التزمنا بأن کیفیته فی العقد الصحیح بأداء المسمى و فی الفاسد بأداء المثل أو القیمه فلا یلزم تفکیک فی معنی الضمان (نابینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۹). فالعین المضمونه بصحیح العقد أو القبض، مضمونه بفاسده أيضا، من غیر اختلاف فی أصل معنی الضمان فیهما. وإن اختلفا فی کیفیت المسمى فی الأول، والمثل أو القیمه فی الثاني (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۷۸). همچنین قزوینی می‌گوید: ضمان در عقد صحیح و فاسد، به معنای وجوب رد عوض است، و عوض اعم از عوض قراردادی و عوض واقعی است. نهایت اینکه در عمل،

بر این نظریه اشکالاتی وارد شده است؛ از جمله اینکه:

۱. معنای ضمان این است که خود مال مورد ضمان در عهده ضامن قرار گیرد، نه تدارک یا جبران خسارت آن (تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۲: ۲۰۹). به تعبیر دیگر، جبران خسارت از آثار و احکام ضمان است نه خود آن.^۱

۲. طبق این معنا، ضمان در عقد صحیح، معلق^۲ است نه منجز؛ به این معنا که ضمان هنگامی حاصل می‌شود که مال تلف شود، و قبل از تلف ضمانی در کار نیست.^۳ از این رو، بر نظر شیخ انصاری خرده گرفته‌اند که طبق این نظر، ضمان تنها در صورت تلف مال مورد ضمان، معنا پیدا می‌کند، به این معنا که ضمان بایع نسبت به مبیع هنگامی محقق می‌شود که مبیع تلف شود و قبل از آن نمی‌توان بایع را ضامن دانست (کوه‌کمری، ۱۴۰۹: ۱۵۰؛ همچنین، نک: اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۳۰۵). با تعبیر دیگر، طبق این تفسیر نمی‌توان تعهد بایع به تسلیم مبیع قبل از تلف را به معنای ضمان بایع نسبت مبیع تفسیر کرد.

در رد این اشکال گفته‌اند که ذکر تلف برای احراز وقوع خسارت است، نه برای اینکه تحقق ضمان را از لحاظ زمانی به تلف مقید کند.^۴ یعنی ضمان معاوضی با خود عقد

ضمان در عقد صحیح با پرداخت عوض قراردادی و در عقد باطل، با پرداخت عوض واقعی تحقق می‌یابد (قزوینی، ۱۴۱۹: ۱۹۱).

۱. و بالجمله معنی الضمان کون المال فی الذمة، و من آثار ثبوت المال فی الذمة الغرامة و الخسارة، لا أن الغرامة معناه الحقيقي (نابینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۸).

۲. ... سواء كان تعليقاً - بمعنى أنه لو تلف، يضمن بالمثل أو القيمة (خمینی، ۱۴۲۸: ۳۶۸).

۳. شیخ انصاری در جای دیگر ضمان معاوضی را به ضمان فروشنده به تسلیم مبیع تفسیر می‌کند و ضمان وی نسبت به بدل را به تلف منوط می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۳۹۳-۳۹۴).

۴. أقول لم يُرد المصنف (ره) ان الضمان متأخر عن وقت العقد الى وقت التلف ... فمراده (ره) ان العقد الصحيح يضمن به بمعنى انه يلتزم بعهدته المال الذي يحصله بنفس العقد و يضمنه بماله الأصلي، انه لو تلف ذلك المال التزم بخسارته و درکه من ماله الأصلي. فإن قلت لو كان مراد المصنف (ره) كما تقول ... فلم قيّد بالتلف المفيد لكون الضمان وقت التلف؟ قلت ذكر التلف لإحراز موضوع الخسارة لا لتوقيت الضمان به (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲: ۲۷۸).

حاصل می‌شود و مقید به تلف یکی از عوضین یا هر دوی آنها نیست. بنابراین، ذکر تلف برای بیان موضوع خسارت وارد در مال اصلی ضامن است، زیرا اگر تلفی واقع نشود، خسارتی بر متبایعین وارد نمی‌شود؛ چون واضح خواهد بود که نقصان در اموال هر یک از طرفین با به‌دست آوردن عوض آن جبران شده است. پس تحقق خسارت بر هر یک از آن دو، به این منوط است که مال دیگری در دستش تلف شود (جزائری، ۱۴۱۶، ج ۳: ۶۸، پاورقی ۵).

اما این پاسخ قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد و اگر ضمان در جمله اول قاعده «ما یضمن بصحیحه...» را ضمان معاوضی، (در مفهوم متعارف آن) بدانیم، ضمان معلق و در معنای اسم مصدری خواهد بود؛ اما اگر آن را بر ضمان معاوضی حمل کنیم در معنایی که در مرحله تشکیل عقد خواهیم دید، ضمانی منجز و در کاربرد مصدری خواهد بود.

ب) ضمان تلف پس از فسخ یا انفساخ (مرحله سوم)

معنای دوم ضمان در عقد صحیح این است که در صورت تلف شدن مال مورد ضمان، تلف در مال ضامن واقع می‌شود و وی باید خسارت آن را تحمل کند.^۱ تفاوت تفسیر مزبور با تفسیر اول در این است که طبق تفسیر اول، در صورت تلف شدن مال مورد ضمان، تلف در مال مضمون‌له واقع می‌شود، اما ضامن باید خسارت آن را با پرداخت بدل از مال اصلی خود جبران کند؛ در حالی که طبق تفسیر دوم، مال مورد ضمان به ملک ضامن وارد و در ملک وی تلف می‌شود؛ اما چنانکه خواهیم دید، در واقع منشأ تفاوت این دو نظر به تفاوت در مفهوم ضمان در عقد صحیح بازمی‌گردد: در نظر اول، ضمان در عقد صحیح به ضمان معاوضی مصطلح تفسیر شده که چنانکه گفتیم، به تلف مبیع قبل از تسلیم مربوط می‌شود؛ در حالی که در نظر دوم، ضمان به مرحله سوم تفسیر

۱. ... و أمّا مجرد کون تلفه فی ملکه بحیث یتلف مملوکاً له. این نظر را به شیخ علی در حاشیه شرح لمعه نسبت داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۸۳؛ نک: مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲: ۲۷۷).

شده است. چنین تفسیری از ضمان گیرنده مال در عقد صحیح، در کلام عده‌ای از فقها دیده می‌شود (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۷۶-۷۷، پاورقی؛ نایینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۹).^۱

مفهوم ضمان در این مرحله با اشکالی مواجه است که ضمان گیرنده مال ناممکن خواهد بود، زیرا وی مالک مالی محسوب می‌شود که به تصرف گرفته است و انسان نمی‌تواند ضامن اموال خود باشد. شیخ انصاری با همین استدلال که معنا ندارد انسان ضامن اموال خود شناخته شود، این معنا از ضمان (ضمان در مرحله سوم) را مردود می‌داند.^۲

اما این اشکال بی‌پاسخ نمانده است. اولاً مفهوم ضمان این‌گونه تصویر شده که اگر بعد از تسلیم مبیع و ثمن، معامله فسخ یا منفسخ شود، در صورت وجود عین مال، خود آن و در صورت تلف، بدل آن به مالک سابق مسترد می‌شود، و از این مطلب معلوم می‌شود که گیرنده مال، ضامن آن است، چون اگر ضامن نبود، باید فسخ عقد به دلیل فقد موضوع ناممکن باشد؛ در حالی که فسخ امکان‌پذیر است؛ ثانیاً ضمان انسان نسبت به اموال خود نیز در صورتی که مال وی موضوع حق دیگران باشد، امکان‌پذیر است. از این‌رو، اگر راهن مال مورد رهن را تلف کند، ضامن آن محسوب می‌شود با اینکه مال مذکور در ملک خود اوست. همچنین خواهد بود اگر نذرکننده، مالی را تلف کند که نذر کرده است تا آن را صدقه دهد (حکیم، بی‌تا: ۱۱۸-۱۱۹).^۳

۱... إنَّ بِالْقَبْضِ يَنْتَقِلُ الضَّمَانُ وَ مَعْنَى انْتِقَالِهِ أَنَّ الْمَسْمُومَ يَصِيرُ بَعْدَ الْقَبْضِ هُوَ الْمَثَلُ أَوْ الْقِيَمَةُ وَ مَعْنَى الضَّمَانِ الْقَابِضُ بَعْدَ قَبْضِهِ - مَع أَنَّ الْقَبْضَ مَلَكَةٌ - أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ وَ طَرَأَ عَلَيْهِ فَسْخٌ أَوْ انْفِسَاخٌ يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ الْمَثَلِ أَوْ الْقِيَمَةِ.

۲. أمَّا مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إنَّ الإنسان ضامنٌ لأمواله. برخی دیگر نیز گفته‌اند که ضامن شمردن شخص نسبت به اموال خود مرسوم نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۸۳). و لم يعهد صحة إطلاق أن كل شخص ضامن لأموال نفسه حتى يتجه تعريف الضمان بالخسارة الواردة في ملك نفسه، هذا (نک: جزائری، ج ۳: ۷۱).

۳. میرزا حبیب‌الله رشتی نیز ضمان در مورد مال خود شخص را تصورپذیر دانسته است. در واقع به نظر ایشان مفهوم ضمان در مورد مال خود ضامن نیز صدق می‌کند اما چون در مورد تلف شدن مال ضامن، رجوع وی به

به نظر می‌رسد که بخش عمده‌ای از مشکلات مربوط به تفسیر قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفساده» و مفهوم ضمان در عقد صحیح، از یک سو ناشی از تلاش برای حفظ وحدت سیاق دو جمله و ارائه معنای واحدی از ضمان در عقد صحیح و فاسد و از سوی دیگر ناشی از تفسیر ضمان در عقد صحیح به ضمان معاوضی است^۱ و ضمان معاوضی بر اساس نظر مشهور یعنی اگر مبیع قبل از قبض تلف شود، اولاً ضمان آن بر عهده فروشنده است و ثانیاً جبران خسارت با پرداخت ثمن صورت می‌گیرد نه با پرداخت بدل واقعی. به نظر می‌رسد اولاً دلیلی بر لزوم وحدت معنای ضمان در دست نیست. بنابراین، می‌توان ضمان در جمله اول (عقد صحیح) را ضمان معاوضی به معنای دقیق یعنی ضمان در مرحله تشکیل عقد و ضمان در جمله دوم (عقد فاسد) را ضمان قهری دانست. از این رو، ضمان در جمله اول به صورت مصدری به کار رفته و حرف «باء» به معنای سببیت است نه ظرفیت، و ضمان با خود عقد و بدون نیاز به قبض ایجاد می‌شود، اما ضمان در جمله دوم به صورت اسم مصدری به کار رفته و تحقق ضمان به قبض منوط است.

ثانیاً با توجه به تفاسیری که از مفهوم قاعده «ما یضمن...» ارائه شده است، اگر قرار باشد ضمان در عقد صحیح و فاسد را به یک معنا حمل کرد، بهتر است آن را به معنای بدل

دیگری امکان‌پذیر نیست، مفهوم جبران خسارت در مورد وی معنا ندارد. فالضمان عبارة عن ذهاب المضمون به عن کیس الضامن فان كان اصله ملکا للغير وجب علیه ایصال البدل الی الغير ... و ان كان ملکا لنفسه فمعناه عدم استحقاقه شیئا علی احد لان الانسان لا یستحق علی نفسه فالضمان کما ینسب الی مال الغير ینسب الی مال نفسه بمعنی واحد (رشتی، کتاب الغصب، بی تا: ۵۰).

۱. و المراد بها [قاعده ما یضمن] أنه کما یضمن المشتري مثلاً بصحیحه لو فات فی یده، یعنی یذهب من ماله و یلزم علیه ایصال الثمن الی البائع، کذلک یضمن بفساده و یلزم علیه رد المبیع و ایصاله الی البائع (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۲: ۲۵۸).

داشتن دانست. شهید ثانی قاعده «ما یضمن ...» را این‌گونه تفسیر کرده است: هر عقدی که در صورت صحیح بودن باید در آن بدل مسمی پرداخت شود، در صورت فاسد بودن، باید بدل واقعی پرداخت شود.^۱

ثالثاً حمل ضمان در عقد صحیح بر ضمان معاوضی مصطلح لازم نیست و همان‌طور که در بررسی نظریات راجع به ضمان قهری خواهیم دید، می‌توان معنای دیگری برای ضمان معاوضی قائل شد.

ج) ضمان در مرحله تشکیل عقد

نظریاتی که تاکنون گفته شد، ضمان در عقد صحیح را در مرحله پس از انعقاد عقد تفسیر می‌کنند. اما با توجه به نظریات آتی، می‌توان ضمان را به مرحله‌ای پیش‌تر یعنی به مرحله انعقاد و ماهیت عقد برگرداند و معتقد شد که ضمان مذکور حکمی وضعی است که سبب ایجاد آن خود عقد خواهد بود؛ به این معنا که عقد سبب دخول مال هر یک از طرفین به ملکیت طرف مقابل و ثبوت بدل آن در عهده آن طرف می‌شود. نظریات مربوط به این مرحله را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد: رد مفهوم ضمان به‌طور مطلق، تفسیر ضمان به ضمان قهری و تفسیر ضمان به ضمان قراردادی.

۱. نفی اندیشه ضمان

برخی از فقها مفهوم ضمان را در عقد صحیح منتفی دانسته‌اند. به نظر برخی، عقد سبب تبدیل و انتقال اموال است و نباید آن را ابزاری برای جبران خسارت تلقی کرد.^۲ به عقیده

۱. و قاعده أن کلّ ما کان صحیحه موجبا للمسمی ففاسده موجب لأجرة المثل (الجبعی العاملی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۱۱۰).
برخی از فقهای معاصر نیز یکی از معانی ضمان را معوض بودن در معامله دانسته‌اند. الضمان تارة یراد منه ضمان الغرامة، و اخرى ضمان المعاوضة الذی أثره انفساخ العقد بالتلف قبل القبض أو فی زمان الخيار، و ثالثه مجرد کونه معوضا بعوض فی المعاملة (اصفهانى، ۱۴۱۸، ج ۵: ۳۳۱).

۲. ... و ثانياً: أن حقيقة البيع هو التملیک بالعوض لا التدارک بالعوض، ففی الصحیح لیس عنوان الدرک و التدارک، نعم

برخی دیگر^۱ در مرحله تشکیل عقد، ضمان مصطلح بی معناست، زیرا مقتضای معاوضه این خواهد بود که مال هر یک در مقابل عوض، به ملکیت دیگری داخل شود، نه اینکه هر یک از آن دو، ضامن مال دیگری شود؛ زیرا ضمان یعنی مال در عهده ضامن قرار داشته باشد و این معنا با معاوضه سازگار نیست.^۲

برخی دیگر نیز ابتدا ضمان را این گونه تعریف کرده اند: «اعتبار خاصی» است که بر آن آثار تکلیفی و وضعی از جمله لزوم رد مال مورد ضمان به مضمون له در صورت امکان رد، و پرداخت بدل در صورت عدم امکان رد، مترتب می شود. سپس گفته اند: ضمان به این معنا در مال غیر تحقق پذیر است نه در مال خود شخص، و از این رو ضمان به معنای واقعی در عقد صحیح امکان پذیر نیست. بنابراین ضمان در عقد صحیح را باید به نزدیک ترین مفهوم مجازی آن یعنی وقوع تلف بر عهده ضامن حمل کرد.^۳

یکی از فقهای معاصر نیز می گوید: اگر مقصود از ضمان، جبران خسارت مال در صورت تلف باشد، در عقد صحیح چنین ضمانی وجود ندارد، زیرا به عنوان مثال، بیع

فی الفاسد من حیث تحقق الضمان بالتلف یعقل الدرک و التدارک (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۳۰۵).

۱. فإن المعاوضة تستلزم ملک کل منهما لمال غیره بعوض لا أن یکون کل منهما ضامنا لمال غیره کیف و قد عرفت أن معنی الضمان کون المال فی عهده الضامن لغیره و ذلك أجنبي عن المعاوضة (حکیم، بی تا: ۱۱۹).

۲. باید توجه داشت که دو فقیه نامبرده (مرحوم اصفهانی و حکیم)، به وجود مفهوم تعهد و التزام در عقد تملیکی اذعان دارند، اما مقصود ایشان از تعهد و التزام، پابندی نفسانی به مبادله و مفاد ایجاب و قبول است، نه تعهد به معنای مورد بحث ما. (حکیم، بی تا: ۲ - ۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۵۹؛ همچنین، نک: نایینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۶۳ و در مورد نقد آن، خمینی، ۱۴۲۱: ۴ و ۱۸).

۳. لا یخفی أن الضمان هو اعتبار خاص، یترتب علیه آثار تکلیف و وضع، منها لزوم أداء المضمون الی المضمون له، لو تمکن منه، و أداء بدله من قیمته أو مثله، لو لم یتمکن من أدائه، لتلف و نحوه، و هو بهذا المعنی لا یکاد یکون فی مال نفس الضامن، بل فی مال غیره، فلا یکون فی العقد الصحیح ضمان بمعناه الحقيقي، فلا بد ان یراد فی القضيّة الأولى بالمعنی المجازی، و أقرب المجازات الی المعنی الحقيقي کون تلفه علیه، فإنه من أظهر آثاره (خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۰).

صحیح متضمن مبادله مال به مال است و مال در صورتی به ذمه منتقل می‌شود که بیع، کلی یا نسبه باشد؛ اما در صورتی که بیع عین معین باشد، ثمن به ملک بایع و مبیع به ملک مشتری منتقل می‌شود و مجالی برای انتقال به ذمه وجود ندارد. بلکه در عقد فاسد، در صورت تلف مال، ضمان به معنای معروف آن است، یعنی، مال در صورت تلف، به ذمه منتقل می‌شود و جبران آن با پرداخت مثل یا قیمت صورت می‌گیرد. بنابراین، اگر ضمان به معنای معروف باشد، در عقد صحیح، وجهی برای ضمان وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۲۲۳).

چنانکه ملاحظه می‌شود، ضمان در سخن فوق به معنای اشتغال ذمه تفسیر شده است؛ در حالی که ضمان با اشتغال ذمه تفاوت دارد. چنانکه برخی از فقها گفته‌اند، موضوع ضمان امری جزئی بوده و مقصود از ضمان این است که عین معین و به‌عنوان مثال در عقد بیع، مبیع بر عهده گرفته شود، اما موضوع اشتغال ذمه، امری کلی است.^۱

۲. عقد به‌مثابه سبب ضمان قهری

شاید برشمردن عقد صحیح به‌عنوان یکی از اسباب ضمان قهری عجیب به‌نظر برسد؛ اما واقعیت این است که در فقه نظریات متعددی برای توجیه عقد به‌عنوان سبب ضمان قهری دیده می‌شود. عمده این نظریات در بحث از قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و برخی در بحث از ماهیت عقد بیع و نیز اثر قبض در انتقال ضمان معاوضی مطرح شده‌اند. نظریات مذکور به شرح زیرند:

۱. ... فإن الأمر الاعترابی الذی هو الضمان و الثبوت علی العهده، انما ینبغی ان ینتقل الی الذی تعلق بالأخذ به، و لابد ان ینبغی ان ینتقل الی الذی تعلق بالأخذ به؛ لما عرفت فی الفرق بین الضمان و اشتغال الذمه من أن الأول یتعلق بالجزئی و الثانی بالکلی (فاضل، بی تا: ۱۲۸).

الف. قاعده دستور معاملی (استیفا از مال غیر)

بر مبنای نظر برخی از فقهای معاصر، تمام قواعد و اسباب ضمان مانند ید، اتلاف، امر (دستور به اتلاف مال) و امثال آن به قاعده حرمت مال مسلمان بازمی‌گردد و لذا این قاعده در موردی که شخص به دستور دیگری مال خود را تلف کند نیز جاری می‌شود. عقد نیز مصداق چنین امر و دستوری است، زیرا بازگشت عقد به دستوری راجع به تملیک مال یا رفع ید از مال در برابر عوض خواهد بود. از این رو، اگر شخصی در قالبی غیر از معاوضه و تملیک نیز به دیگری دستور دهد که از مال خود در مقابل عوض رفع ید کند، ضامن آن است، مانند آنکه به دیگری بگوید: «مال خود را به دریا بینداز یا صدقه بده یا از آن اعراض کن، و من ضامن آن هستم». در این صورت، هرچند معاوضه یا اتلاف یا تصرف در مال غیر صورت نگرفته، امر ضامن است و تنها دلیل ضمان، حرمت مال مسلمان و هدر نرفتن آن خواهد بود (شاهرودی، ۱۴۲۶: ۱۲۸-۱۲۹).

زیان ناشی از معامله را می‌توان نوعی استیفای از مال غیر به واسطه عملی حقوقی دانست. با این توضیح که همان‌طور که استیفای از عمل مادی غیر جایز و موجب ضمان است، استیفای از عمل حقوقی غیر نیز جایز و موجب ضمان خواهد بود، با این تفاوت که چون در مورد اول، طرفین نسبت به بدل توافق نکرده‌اند، به بدل متعارف رجوع می‌شود، اما در مورد دوم، بدل با توافق طرفین تعیین خواهد شد.

باید تذکر داد که اولاً تحقق ضمان ناشی از استیفا به دو شرط امر یا اذن به انجام دادن عمل از سوی ذی‌نفع و قصد تبرع در انجام دادن کار از سوی مأمور منوط است؛ اما اگر بپذیریم که تشکیل عقد از راه درخواست قابل از موجب (استیجاب و ایجاب) امکان‌پذیر است، و این راه تشکیل عقد با سایر راه‌ها تفاوتی ندارد، می‌توان ضمان استیفا را به سایر عقود سرایت داد.

ثانیاً بر مبنای نظر برخی از فقها، استیفا از عمل غیر در صورتی که به درخواست استیفاکننده و به قصد دریافت اجرت صورت گیرد، شبیه جعاله و بلکه جعاله است (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۲: ۱۷۹).

ب. قاعده اقدام

برخی از فقها مانند شیخ طوسی^۱ و شهید ثانی (الجبعی العاملی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۵۶) مدرک ضمان در عقود را قاعده اقدام دانسته‌اند. شیخ انصاری در بیان مقصود شیخ طوسی می‌گوید: تصرف مال دیگری توأم با اقدام بر ضمان واقعی یا جعلی آن، موجب ضمان است.^۲ برخی از فقها تصریح کرده‌اند که «اقدام» متعاملین سبب مستقل برای ضمان است (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۰۶) با این توضیح که رکن اصلی ضمان، مالیت است^۳ و قصد متعاملین در ابتدا به حفظ مقدار مالیت مالشان که همان مثل یا قیمت بوده، تعلق گرفته و ذکر مقدار معین (ثمن و مثن)، از باب طریقت و وصول به مقدار واقعی است. بنابراین، در عقد صحیح اقدام بر تدارک عوض واقعی صورت می‌گیرد و عوض المسمی راه دستیابی به آن است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۲۲۵).

در مقابل، برخی از فقها معتقدند که دلیلی بر این موضوع در دست نیست که اقدام از اسباب و موجبات ضمان است (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۸۱) و در بحث ضمان عقدی، حداکثر شاید گفته شود که مقتضی ثبوت ضمان، قاعده ید و احترام است و اقدام متعاقدين

۱. شیخ طوسی این نکته را در موارد متعدد با عبارتی مانند «لأنه دخل علی أنه مضمون علیه» بیان کرده است (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۳: ۵۸، ۶۸ و ۸۵).

۲. ... و حاصله: أن قبض المال مُقَدِّماً علی ضمانه بعوضٍ واقعیٍ أو جعلیٍ موجبٍ للضمان (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۸۲).

۳. أن الرکن فی باب الضمان و مقومه هو المالیه و أما بقیه الخصوصیات من أوصاف المقبوض أو خصوصیه العینیه فلیست مقوما للضمان (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۳۶). قد عرفت أن الرکن فی الضمان هو المالیه، و أن سائر الأوصاف و الخصوصیات انما یضمن إذا أمکن أدائها (همان: ۳۳۹)

نقش عدم مانع را ایفا می‌کند، به این معنا که طرفین اقدام بر مجانی بودن و ضمان کرده‌اند (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۸۲). همچنین، برخی دیگر با اینکه مفهوم معاوضه را در قالب اقدام تصویر کرده‌اند، معتقدند که قاعده اقدام در واقع به احترام باز می‌گردد (رشتی، کتاب الغصب، بی تا: ۴۹). برخی دیگر نیز گفته‌اند که اقدام بدون قبض سبب ضمان محسوب نمی‌شود و دلیل اخص از مدعاست.^۱

ج. قاعده احترام

به نظر صاحب بلغه الفقیه، مدرک قاعده «ما یضمن بصحیحه» قاعده احترام مال مسلمان است. معنای احترام مال وی، این است که مزاحمت مسلمان نسبت به مال وی و گرفتن مال وی از روی قهر حرام است. در پاسخ به این اشکال که قاعده احترام، بر حکم تکلیفی یعنی حرمت مزاحمت دلالت دارد و نه بر حکم وضعی یعنی ضمان مال در صورت تلف، گفته‌اند که: مزاحمت همان‌طور که حدوثاً حرام است، ادامه آن نیز حرام و رفع آن واجب است؛ و رفع مزاحمت با رد عین مال در صورت وجود عین و پرداخت بدل در صورت تلف صورت می‌گیرد.^۲

در نظر ایشان، نمی‌توان گفت که بازگشت قاعده احترام به قاعده ید است، بلکه بر عکس، قاعده ید از ادله قاعده حرمت در برخی موارد است؛ قاعده احترام عام‌تر از قاعده ید محسوب می‌شود، از جمله اینکه قاعده ید به اموال اختصاص دارد، اما قاعده احترام، اعمال را نیز شامل می‌شود (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۷۹).

۱. إذ قد یكون الإقدام موجودا و لاضمان كما فی بیع السلم و الصّرف قبل القبض، بل و مطلق البیع قبل القبض ... (همدانی، ۱۴۲۰: ۴۹-۵۰).

۲. فالعمدة فی الاستدلال علی الکلتین - الايجابية والسلبية - هو ما ذکرنا من الاجماع المستفیض وقاعده الاحترام، و بهما تتم کلیة القاعده طردا وعکسا (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۷۸ ° ۷۹؛ همچنین نک: همان: ۸۲).

د. ضمان ید

یکی از نظریات مهمی که در مورد بحث دیده می‌شود، توجیه ضمان در عقد صحیح بر مبنای قاعده ید است. تعبیر به‌کاررفته در یکی از روایاتی که به‌عنوان مستند ضمان بائع در صورت تلف مبیع قبل از قبض ذکر می‌شود نیز، به این نظر اشاره دارد.^۱

برخی از فقها ابتدا ضمان را به قرار گرفتن وجود اعتباری شیء همراه با مالیت آن در عهده ضامن تعریف کرده‌اند و آن‌گاه گفته‌اند: ضمان در ضمان مسمی و ضمان واقعی به یک معناست؛ با این تفاوت که در ضمان مسمی، طرفین با رضایت خود موضوع ضمان را در مقدار خاصی تعیین کرده‌اند.^۲ همچنین، ضمان در عقد صحیح و فاسد نیز، به یک معناست و تنها تفاوت آن دو این است که متعاملین در عقد صحیح، ضمان هر یک از عوضین را در دیگری قرار داده‌اند و شارع معاوضه آنان را امضا کرده است، اما چون عقد فاسد مورد تأیید شارع نیست، ضمانی که طرفین تعیین کرده‌اند، بی‌اعتبار است.^۳ بر مبنای نظر ایشان، مدرک ضمان در قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و به تعبیر دیگر، ضمان در عقد صحیح، قاعده ید خواهد بود.^۴

۱. عَنْ عُقْبَةَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مَتَاعاً مِنْ رَجُلٍ وَ أَوْجَبَهُ غَيْرَ أَنَّهُ تَرَكَ الْمَتَاعَ عِنْدَهُ وَ لَمْ يَقْبِضْهُ قَالَ آتَيْكَ غَدًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَسَرِقَ الْمَتَاعُ. مِنْ مَالٍ مَنْ يَكُونُ؟ قَالَ مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يَقْبِضَ الْمَتَاعَ وَ يُخْرِجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَالْمُتَبَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرُدَّ مَالَهُ إِلَيْهِ (كلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۱۷۱-۱۷۲).

۲. فلیس الضمان فی الضمان الواقعی مغایراً بحسب المفهوم و المعنی مع ضمان المسمی، بل کلاهما بمعنی واحد، غایة الأمر فی الضمان المسمی برضائه الطرفین بل بالتزامهما تعین فی شیء، فمع إمضاء العقلاء و الشارع یجب علیهما العمل بما التزما (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۱۱۱).

۳. فالضمان فی الصحیح و الفاسد بمعنی واحد، غایة الأمر فی الصحیح حیث أن المتعاملین عینا ضمان کل واحد من العوضین فی الآخر و التزما بذلك، و أمضى الشارع هذه المعاوضة و الالتزام من الطرفین فیجب علی کل واحد منهما الوفاء بالتزامه (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۱۱۱ ° ۱۱۲).

۴. فتلخص أن مدرک الضمان هی قاعده علی البید و هی جاریة فی الکلیة الأولى، آی ما یضمن بصحیحه یضمن

برخی دیگر نیز در بحث از قاعده تلف مبیع قبل از قبض گفته‌اند: مقتضای قاعده این است که اگر مبیع قبل از قبض تلف شود، تلف از مال مشتری صورت گیرد، اما به دلیل استیلای بایع بر آن، ضمان آن بر بایع باشد، زیرا عموم روایت معروف «علی الید ما اخذت...» شامل آن می‌شود؛ به این معنا که در صورت استیلای شخص بر مال غیر، مستولی ضامن آن است و باید آثار ضمان مانند نگهداری مال از تلف، جبران نقص آن و ضمان نسبت به منافعی که در ید او تلف شده را تحمل کند تا اینکه مال را به مالک آن رد کند و در صورت ناممکن بودن رد به دلیل تلف یا آنچه به منزله تلف محسوب می‌شود، ضامن مثل یا قیمت آن است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۱: ۱۵۰، پاورقی ۳).

این نظریه در کلمات امام خمینی (ره) با صراحت بیشتری مطرح شده است. بر مبنای نظر ایشان، ضمان در عقد صحیح به این معناست که هر یک از بایع و مشتری، بعد از عقد و قبل از قبض و اقباض، ضامن مال طرف دیگر است که در تصرف او قرار دارد؛ به این معنا که تا قبل از وقوع عقد، مال به مالک اول آن تعلق داشت و در ید او بود، اما به سبب عقد، به ملکیت شخص دیگری درآمد. به عنوان مثال، مبیع قبل از عقد، مال بایع بود و همانند سایر اموال وی، در تصرف (ید) او قرار داشت، ولی با تحقق عقد، مبیع به ملکیت مشتری درآمد که در ید بایع قرار دارد. در مورد ثمن نیز همین مطالب صادق است. بنابراین، در اثر عقد، مال شخص به مال غیر تبدیل می‌شود و لذا ید وی بر مال [سابق] خود، به ید بر مال دیگری تبدیل می‌شود و به این ترتیب موضوع ضمان ید محقق خواهد شد. بنابراین، عقد علت تامه تبدیل ید مالک از ید مالکی بر مال خود، به ید ضمانتی بر مال غیر است. اطلاق «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» همه موارد تسلط (ید) بر مال غیر به جز امانت مالکی و شرعی را در بر می‌گیرد، اما سایر مصادیق استیلای بر مال غیر، تحت اطلاق

این حدیث باقی است، خواه مقبوض به عقد فاسد یا مأخوذ بالسوم باشد یا مدت اذن یا اجازه مالک پایان یافته و متصرف همچنان مال را در تصرف داشته باشد. در محل بحث ما نیز همین وضعیت حاکم است، زیرا عقد سبب تبدیل و انقلاب ید مالک به ید ضمانی خواهد بود، پس در موضوع «علی الید...» داخل می‌شود. بنابراین، همان‌طور که پایان یافتن مدت اذن، موجب تبدیل ید امانی به ضمانی است، عقد نیز علت تامه انقلاب ید مالک بر مال خود، به ید ضمانی بر مال غیر می‌شود. از این‌رو، قبل از عقد، استیلائی شخص بر مال، استیلائی بر مال خود بود، اما به سبب عقد، به استیلائی بر مال غیر تبدیل شد. به‌طور خلاصه، قبل از عقد، ید و استیلائی بر مال، موضوع «علی الید...» و مشمول اطلاق آن نبود، چون مورد «علی الید...»، مال غیر است، اما عقد موجب شد که مال از مالیت و ملکیت مالک خارج و در موضوع «علی الید...» داخل شود. بر اساس این فرض که اطلاق حدیث علی الید شامل این مورد شود، مال قبل از قبض، در ضمان و عهده او خواهد بود، به‌نجوی که اگر تلف شود، ضامن مثل یا قیمت آن است.^۱ ایشان تصریح می‌کند که تصرف مالک بر

۱. ... فالعقد سبب لتحقّق موضوع ضمان الید؛ إذ به ينقلب من ماله إلى ملك الغير، و تنقلب یده علی مال نفسه بدأ علی مال غیره، و هو موضوع الضمان، فکلّ منهما ضامن لما فی یده من مال الغير ضمان الید... فإنّ العقد سبب لتبدیل ید المالك إلى ید الضمان و انقلابها إليها، فیدخل فی موضوع «علی الید...» ... فالعقد علّة تامّة لانقلاب ید المالك من الید المالکیة علی ماله إلى ید الضمان علی مال الغير، فالمال كان تحت استیلاءه - إلى زمان العقد - استیلاء علی مال نفسه، و به ينقلب إلى الاستیلاء علی مال الغير. و بالجملة: قبل العقد لم یکن هذا الاستیلاء و الید من موضوع «علی الید ما أخذت...» و لم یشمه إطلاق «الید» لأنّ مورد هو الید علی مال الغير، و العقد أخرج من مالیته و ملکیته، و أدخله فی موضوع «علی الید...» (خمینی، ۱۴۲۸، ۳۶۲ ° ۳۶۴). ... وذلک لأنّ العقد فی البیع الصحیح تمام السبب لقب الید المالکیة إلى غیرها، فالسلطنة والاستیلاء علی المال قبل العقد، سلطنة واستیلاء علی مال نفسه، وبعده علی مال غیره، من غیر أن یكون هذا الاستیلاء بإذن مالکی أو استئمان شرعی أو مالکی، فذلک الاستیلاء یوجب الضمان بمقتضى إطلاق «علی الید...» فالعقد تمام السبب للقلب المذكور، و بعض السبب للضمان؛ لأنّ الاستیلاء أيضا دخیل فیهِ (همچنین، نک: خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۹۳).

مال [سابق] خود بعد از عقد و قبل از قبض، نه با اذن مالک بوده و نه امانت مالکی یا شرعی است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۹۳).

ایشان در انتها نتیجه می‌گیرند که ضمان در عقد صحیح و فاسد به یک معنا یعنی بر عهده گرفتن مال غیر و ضمان آن به مثل یا قیمت در صورت تلف خواهد بود، جز اینکه عقد صحیح تمام سبب برای ضمان و عقد فاسد جزو سبب است؛ اما سپس احتمال می‌دهد که در عقد صحیح نیز، عقد تمام سبب برای ضمان نباشد، بلکه جزو سبب باشد و جزو دیگر، تسلیط باشد. از این رو اگر مال پیش از بیع در دست خریدار باشد و سپس مورد بیع واقع شود، فروشنده ضمانی نسبت به آن ندارد؛ لذا ملاک ضمان دو چیز است: عقد و تسلیط.^۱

اشکالی که شاید در مورد این احتمال مطرح شود، این است که اگر عقد سبب تحقق تسلیط بر مال غیر باشد، چگونه همراه با مسبب خود یعنی تسلیط، دو جزء ضمان را تشکیل می‌دهد؟ در پاسخ گفته‌اند که تسلیط ناشی از عقد نیست، بلکه امری تکوینی است که قبل از وقوع عقد وجود داشته و عقد تنها سبب شده است که مال مالک به مال غیر تبدیل شود (خمینی، ۱۴۲۸: ۳۶۸).

نظر امام در مورد ضمان در عقد صحیح، فقط در مواردی جریان می‌یابد که قبض و اقباضی صورت گیرد، بنابراین، در مواردی که یکی از عوضین یا یکی از آنها در ذمه قرار دارد، عقد منشأ ضمان تلقی نمی‌شود، نظریه ایشان برای ضمان در این گونه عقود توجیهی ارائه نمی‌کند. اما باید توجه داشت که نظریه ایشان ناظر به مواردی است که نقل و انتقال خارجی صورت گیرد و موضوع ید فراهم شود. بنابراین، مواردی مانند عقد واقع بر کلی فی‌الذمه تخصصاً از محل بحث ایشان خارج است. البته امام (رض) بر مرحوم نایینی خرده

۱. ایشان عقد را تمام سبب برای تبدیل ید مالکی به غیرمالکی، و جزو سبب برای ضمان می‌داند (خمینی، ۱۴۲۸:

۳۶۷؛ همچنین نک: خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۹۳).

گرفته‌اند که نمی‌توان قاعده «ما یضمن» را به موارد تحقق قبض اختصاص داد، وگرنه چه نیازی بود که عبارت واضح و صحیح قاعده ید را به این قاعده مجمل و نیازمند تفسیر و تأویل تغییر دهند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۹۱). از این نکته معلوم می‌شود که در نظر ایشان قاعده «ما یضمن» به موارد قبض اختصاص ندارد.

در مورد نظریه امام خمینی می‌توان گفت:

۱. از تعبیر قاعده «ما یضمن» استفاده می‌شود که عقد به تنهایی سبب ضمان است نه عقد همراه با استیلا.

۲. لازمه نظر مذکور این است که در مواردی مانند بیع کلی و سلف که مبیع تسلیم نمی‌شود، ضمانی وجود نداشته باشد، در حالی که اطلاق قاعده اقتضا می‌کند که در این موارد نیز ضمان تحقق یابد.

۳. بر مبنای نظر ایشان، تسلیم مال به مالک آن در پی عقد صحیح، به معنای ضمان نیست. پس در صورتی که فروشنده، مبیع موجود را به مشتری تسلیم کند، گفته نمی‌شود که وی درک و ضمان مال را ادا کرد.^۱ در واقع بازگشت نظریه امام خمینی (ره) به رد ضمان معاوضی و پذیرش ضمان قهری است.^۲

البته ایشان در بحث از احکام قبض و ضمان معاوضی، به این نظریه (توجیه عقد صحیح بر اساس ضمان ید) پایبند نمانده‌اند. چنانکه می‌دانیم، یکی از احکام قبض این است که موجب انتقال ضمان مبیع به خریدار می‌شود. در این که مقصود از ضمان بایع قبل

۱. لا شبهة فی أنّ ردّ مال الغیر إلی صاحبه بحسب اقتضاء العقد، لیس درکاً و من قبیل الضمان، فإذا کان المثلن موجوداً فی ید البائع، فردّ المشتري الثمن، لا یصدق: «أنه أدّى درکه» و کذا لو کان موجوداً فی ید المشتري، و ردّ الثمن، لا یقال: «إنه درکه» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۹۰).

۲. ایشان در بحث وجوب وفای به عقد نیز تصریح می‌کند که تکلیف فروشنده پس از تحقق عقد بیع، حرمت حبس یا غضب مال غیر است و تکلیف خریدار در مورد ثمن کلی، ادای دین است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴: ۲۸).

از قبض، ضمان معاوضی است یا ضمان ضمان واقعی (ضمان ید) اختلاف نظر وجود دارد. ایشان ابتدا احتمال می‌دهد که ضمان مذکور ضمان ید باشد، با این ادعا که مبیع مال مشتری است و در دست بایع قرار دارد و ید وی امانت مالکی یا شرعی نیست. روایت معروف «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» نیز ظهور در ضمان واقعی دارد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۵۷۷-۵۷۸)؛ اما در ادامه، ید بایع در این مورد را امانت شرعی تلقی می‌کنند و دلیل ید را منصرف از این مورد می‌دانند (همان: ۵۷۹). چنانکه می‌دانیم، طبق نظر مشهور نیز ید بایع بر مبیع قبل از قبض امانی تلقی می‌شود.^۱

به نظر می‌رسد که در مقایسه با سایر نظریاتی که در دسته ضمان قهری ارائه شد، نظریه ضمان ید، قدرت توجیهی بیشتری در مورد ضمان در عقد صحیح و تبعات آن، از جمله انفساخ عقد در صورت تلف مبیع قبل از قبض دارد. توضیح اینکه از لحاظ فقهی، تردیدی در تملیکی بودن عقود معاوضی مانند بیع و اجاره نیست. تملیکی بودن اقتضا می‌کند که در صورت تلف مبیع و ثمن معین، یکی از نظرهای زیر پذیرفته شود:

۱. طبق نظر مشهور فقها، در صورت تلف مبیع قبل از قبض، ضمان آن بر عهده فروشنده است، به این معنا که لحظه‌ای قبل از تلف مبیع، عقد منفسخ و تعهد فروشنده به پرداخت ثمن منتفی می‌شود. انفساخ عقد مشهورترین توجیه برای جمع بین تملیکی بودن بیع و قرار گرفتن تلف مال بر عهده فروشنده، در صورت تلف قبل از قبض است.

۲. هرچند بیع از لحاظ قواعد، عقدی تملیکی محسوب می‌شود، با توجه به سیره عقلا، عقد سببی ناقص برای تملیک و نیازمند «تمّم» است. سببیت عقد هنگامی کامل می‌شود که قبض و اقباض صورت گیرد.^۲

۱. محقق اردبیلی در توضیح نظر مشهور تصریح می‌کند که: ... و الذی نقل لکون الضمان حينئذ علی البائع أنه قبلها لما كان لازماً فالتمل للمشتري مخلصاً، فكأنه ودیعة عند البائع، فهو ليس بضامن... (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸: ۴۰۷).

۲. بناء العقلاء و المتشعبة قائم علی أن التسليم و التسلم من متمات الملكية المترتبة علی البيع بحيث إن العقلاء

۳. مقتضای تملیکی بودن عقد از یک سو و لزوم عقد از سوی دیگر، این است که با تلف عوضین قبل از تسلیک، عقد منفسخ نشود، بلکه فروشنده در مقابل دریافت ثمن، به پرداخت بدل ملزم باشد. این نظر با نظریه ضمان ید سازگار است. به این معنا که الزام به پرداخت بدل، از آثار تسلط (ید) فروشنده بر مبیع محسوب می‌شود که در اثر عقد به ملکیت خریدار درآمده و بنابراین، مصداق ذیل حدیث علی الید یعنی «حتی تؤدیه» است.

اما اگر قرار باشد، از این نظریه عدول شود و همسو با نظریه مشهور، تلف مبیع قبل از قبض، موجب انحلال عقد و از بین رفتن تعهد خریدار به پرداخت ثمن دانسته شود، باید گفت که تا قبل از قبض، ید فروشنده بر مبیع، ضمانی است نه امانت شرعی؛ نهایت اینکه به دلیل نص و اجماع، تلف مبیع موجب می‌شود که به جای ضمان و تعهد فروشنده به پرداخت بدل، تعهد خریدار به پرداخت ثمن ساقط شود.

۳. پذیرش ضمان قراردادی

به نظر می‌رسد که در تفسیر ضمان، حق با آن دسته از فقهایی است که ضمان در عقد صحیح را به معنای ضمان قراردادی دانسته‌اند. در این قسمت سخن برخی از آنان ذکر می‌شود:

- مقصود فقها از ضمان به عقد صحیح این است که هر یک از طرفین با صرف عقد بستن، ضامن مال دیگری می‌شود و آن را در مقابل مال خود بر عهده می‌گیرد.^۱

لا یرون حصول الملكية التامة قبل القبض و الإقباض. بل یرون أن الحاصل قبلهما إنما هو الملكية الناقصة، و من هنا یعبّر عن البیع کنیرا بالأخذ و الإعطاء (خویی، بی تا، ج ۳: ۳۳).

۱. ... و لیس ذلك مراد الفقهاء و انما أرادوا ان معنى الضمان بالعقد الصحیح هو ان کلاً من المتعاقدين بمجرد التعاقد یضمن مال الآخر و یتلزم بعهدته بماله الأصلي (مامقانی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۲۷۸).

- ضمان به معنای بر عهده گرفتن مال است و خریدار در هنگام خریدن مال از فروشنده، با ایقاع عقد، متعهد و ملتزم به مبیع شده است.^۱

- عقد در معاوضات صحیحی که مشتمل بر دو عوض است، ضمان هر یک از طرفین و بر عهده گرفتن مال طرف دیگر در مقابل بدل را افاده می‌کند.^۲

- معنای ضمان در عقد صحیح با معنای آن در سایر موارد از جمله عقد ضمان یا ضمان ناشی از اتلاف یکسان بوده و معنایی که با سایر کاربردهای ضمان مناسب است، تعهد مالی (در مقابل تعهد به نفس در کفالت) خواهد بود. در مورد ضمان در معاوضات صحیحی که در آنها دو عوض وجود دارد نیز، مفاد عقد عبارت است از ضمان هر یک از طرفین و تعهد هر یک به مال دیگری در مقابل بدل. شارع نیز این تعهد را امضا کرده است. البته باید توجه داشت که عقود صحیح نیز در اغلب موارد سبب تام ضمان نیستند، بلکه تنها پس از قبض عوضین موجب ضمان می‌شوند و لذا قبض جزوی از علت برای ضمان است (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۳).

- ضمان در لغت به معنای قرار داشتن چیزی در درون چیزی دیگر است. معنای اصطلاحی ضمان نیز از معنای لغوی آن فاصله نمی‌گیرد و وقتی به شخص نسبت داده می‌شود، به معنای بودن چیزی در ضمن عهده آن شخص خواهد بود، گویا عهده شخص آن چیز را در بر گرفته است. این معنای ضمان گاه توسط خود شخص ایجاد می‌شود، مانند انواع مختلف عقد ضمان حتی ضمان نفس (کفالت)، زیرا بازگشت ضمان نفس به تعهد احضار مکفول است، و نیز مانند مطلق معاوضات، که در آنها طرفین، متعهد و ملتزم به

۱. ... لان الضمان ليس إلا عبارة عن الالتزام بالمال ... و بعبارة أخرى هو التعهد بالمال و قد تعهد و التزم بالمبيع عند اشتراثة من مالكة بإيقاع العقد (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲: ۲۷۹).

۲. العقد فی المعاوضات الصحیحة المشتملة علی العوضین یفید ضمان کلّ من الطرفین و تعهده مال صاحبه ببدله (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۳).

گرفتن مال در مقابل بدل می‌شوند و به همین سبب به آن ضمان معاوضه گفته می‌شود. از این‌رو، ملاک ضمان صرفاً معوض بودن و بدل داشتن نیست، بلکه ملاک آن بر عهده گرفتن مال در مقابل بدل است و گاه به وسیله شرع یا عرف به وجود می‌آید، مانند غرامت‌های شرعی یا عرفی، زیرا شرع و عرف در مواردی که شخص مال دیگری را گرفته یا تلف کرده است، آن را در عهده وی می‌دانند. عهده در هر یک از این موارد (یعنی ضمان معاوضه یا کفالت یا خسارت) دارای آثار تکلیفی و وضعی متفاوتی است، اما تفاوت آثار موجب تفاوت معنای ضمان در این موارد نمی‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۳۰۷-۳۰۸).

امام خمینی بر این نظر خرده گرفته‌اند که عهده [تعهد] با ضمان برابر نیست. پس با اینکه مدیون به ادای دین متعهد است و دین در عهده او قرار دارد، نمی‌توان او را ضامن نامید. همچنین، در معاملاتی مانند بیع، بنای عقلا بر این است که طرفین باید مبیع و ثمن را تسلیم کنند، اما لزوم تسلیم عوضین با ضمان متفاوت است و لذا پس از تشکیل عقد بیع نمی‌توان گفت که متبایعین ضامن ادا یا ضامن مال هستند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۹۲). با این حال شاید در پاسخ به این اشکال بتوان گفت که: لزوم تسلیم عوضین صرفاً ناشی از بنای عقلا نیست، بلکه از آثار و مقتضیات خود عقد است.^۱ از این گذشته، خود ایشان در جای دیگری تصریح کرده‌اند که ضمان در عقد صحیح و فاسد به یک معنا، یعنی بر عهده گرفتن مال غیر و ضامن شدن نسبت به مثل یا قیمت در صورت تلف آن است، جز اینکه عقد صحیح سبب تام ضمان و عقد فاسد جزو سبب است.^۲

- عقد نیز در ضمان دخالت دارد و قاعده ید به تنهایی در ضمان تأثیری ندارد.^۳

۱. حينئذ فوجوب القبض و التسليم إنما هو من شئون العقد و مقتضياته (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۱: ۱۵۷).

۲. فالضمان في الصحيح و الفاسد بمعنى واحد؛ و هو عهده مال الغير و ضمانه بالمثل أو القيمة في صورة التلف، إلا أن العقد في صحيحه تمام السبب لهذا المعنى، و في الفاسد جزؤه (خمینی، ۱۴۲۸: ۳۶۷).

۳. ... و من هنا تبين ان للعقد أيضا مدخل في الضمان و ان قاعدة اليد بمجرد لا تنفع فقولهم ما يضمن بصحيفة يضمن

- برخی از فقهای معاصر نیز تصریح کرده‌اند که ضمان در عقد صحیح به معنای بر عهده گرفتن چیزی است، هرچند که شاید این تعهد در عالم واقع باشد.^۱ در واقع مقصود از این سخن که شاید ضمان در عالم واقع وجود داشته باشد، این است که بر خلاف نظر سابق، حتی در عقودی مانند بیع و اجاره که مفاد ایجاب و قبول طرفین، تملیک و تملک است و طرفین در ظاهر انشای تعهد نمی‌کنند، در واقع تعهد وجود دارد.

بر اساس نظر این دسته از فقها، ضمان در عقد صحیح، ضمان معاوضی به معنای دقیق است. توضیح اینکه با تأمل در متون فقهی، می‌توان دو معنا برای عبارت «ضمان معاوضی» در نظر گرفت: ۱. ضمان معاوضی مصطلح که به معنای ضمان هر یک از طرفین نسبت عین معین قبل از تسلیم آن به طرف مقابل است.^۲ ضمان در این معنا به تلف مورد قبل از قبض منوط است؛^۳ ۲. ضمان ناشی از پذیرش تعهد قراردادی، که ضمانی منجز است. ضمان معاوضی به این معنا چندان معروف و مصطلح نیست.^۴

ضمان در این معنا، بر خلاف ضمان معاوضی مصطلح، به صورت مصدری یعنی بر عهده گرفتن مال غیر به کار می‌رود. البته در این مورد باید به چند نکته توجه داشت:

بفاسده باقی ظاهر الّذی هو مدخلیة العقد فی الضمان (رشتی، کتاب الغصب، بی تا: ۵۰).

۱. فان الضمان المعاملی عبارة عن التعهد بشيء فی المعاملة و لو بحسب اللب و الواقع (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷: ۲۰۰).

۲. من أحكام القبض انتقال الضمان من نقله إلى القابض، فقبّله یكون مضموناً علیه بعوضه إجماعاً مستفیضاً، بل محققاً، و یسمی ضمان المعاوضة (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۲۷۰).

۳. ضمان المعاوضة ... هو ضمان التالف قبل القبض أو قبل انقضاء زمان الخيار (اصفهانى، ۱۴۱۸، ج ۵: ۷۲ ... و هذا الضمان ضمان المعاوضة المقتضى لانفساخ المعاملة (اصفهانى، الإجارة: ۲۹۲).

۴. عبارات زیر را می‌توان اشاره به چنین معنایی دانست: و لیس حقیقة ضمان المعاوضة إلا کون کل من العینین معوضاً بالأخری بعقد المعاوضة البیعیة مثلاً (اصفهانى، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۰۷). ضمان المعاوضة یحصل بنفس العقد قبل التلف (همان: ۳۰۵).

۱. چنانکه در بحث سابق ملاحظه شد، در مورد اینکه عقد به تنهایی موجب ملکیت و ضمان است یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. در نظر برخی از فقها قبض متمم ملکیت است (خویی، بی تا، ج ۳: ۳۳) و برخی دیگر قبض را شرط تحقق ضمان می‌دانند.^۱ در مقابل، برخی معتقدند که تقابض فقط در بیع صرف شرط است و دلیلی بر شرط بودن قبض در سایر اقسام بیع در دست نیست.^۲
۲. ضمان به معنای مذکور، جز در مورد عقد ضمان، معنای مطابقی عقود نیست، بلکه به طور ضمنی از ماهیت عقد استنباط می‌شود.
۳. ضمان به معنای مذکور فقط در عقود معوض تحقق پذیر است. در عقود غیر معوض شاید ضمان در اثر تعدی و تفریط به وجود آید، نه اینکه از خود عقد ناشی شود.

نتیجه گیری

۱. با توجه به نظریات فقهی، می‌توان برای ضمان در عقد صحیح چند مرحله در نظر گرفت: مرحله تشکیل عقد، تلف مبیع قبل از قبض (ضمان معاوضی مصطلح) و تلف مبیع بعد از تلف و بعد از فسخ یا انفساخ عقد.
۲. ضمان عقد صحیح و فاسد در قاعده «ما یضمن» به دو مرحله متفاوت مربوط می‌شود: ضمان در عقد صحیح به مرحله تشکیل عقد و در عقد فاسد، به مرحله تسلیم عوض و کشف بطلان عقد مربوط خواهد بود.
۳. لزومی ندارد که ضمان در عقد صحیح و فاسد بر یک معنا حمل شود، اما در صورتی که قرار باشد معنای واحدی برای آن دو در نظر گرفته شود، بهترین معنای ضمان، بدل داشتن و معوض بودن است.

۱. الاقدام إنما هو علی کون المقبوض مضمونا علیه أو العقد المضمون بشرط القبض (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۸۱-۸۲).

۲. لا دلیل علی أن التقابض فی مطلق البیع شرط، و إنما المشروط به بیع الصرف فقط (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۳۸۶).

۴. در مورد اینکه می‌توان عقد صحیح را از اسباب ضمان تلقی کرد، اختلاف نظر وجود دارد. برخی مفهوم ضمان را در عقد صحیح انکار کرده‌اند و برخی آن را پذیرفته‌اند. در دسته دوم نیز عده‌ای ضمان را به معنای ضمان قهری و عده‌ای به معنای ضمان معاوضی دانسته‌اند.

۵. برخی از فقهای معاصر، عقد صحیح را در قالب یکی از اسباب ضمان قهری، مانند اقدام، استیفاء، احترام و ضمان ید تفسیر کرده‌اند. امام خمینی (ره) از نظریه اخیر (ضمان ید) طرفداری کرده است. عقد در نظر ایشان، سبب پیدایش موضوع ضمان ید محسوب می‌شود. بنابراین، تکلیف فروشنده و خریدار به تسلیم مبیع و ثمن معین در واقع از آثار تصرف مال غیر (علی الید) بوده، همچنین، انتقال ضمان با تسلیم نیز، در واقع مصداقی از ذیل قاعده علی الید (حتی تؤذیه) است.

۶. طرفداران ضمان معاوضی به معنای غیر مصطلح معتقدند که با تحقق عقد، هر یک از طرفین، ضامن مال دیگری می‌شود و آن را در مقابل مال خود بر عهده می‌گیرد.

۷. به نظر می‌رسد که ضمان در بخش اول قاعده «ما یضمن» به معنای ضمان معاوضی و قراردادی به مفهوم خاصی است که در این نوشته طرح شد.

منابع

۱. اردبیلی، مولی احمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة و البرهان*، ج ۸، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۲. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ق). *حاشیه المکاسب*، ج ۱، قم، انوار الهدی.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق). *کتاب المکاسب*، ج ۳ و ۶، قم، کنگره شیخ انصاری.
۴. ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۵. بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۱۹). *القواعد الفقهیه*، ج ۵، قم، نشر الهادی.
۶. بحر العلوم، سید محمد (۱۳۶۲). *بلغه الفقیه*، ج ۱، ۲ و ۳، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مکتبه الصادق (ع).
۷. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة*، ج ۲۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۸. تبریزی، میرزا فتاح شهیدی (۱۳۷۵ق). *هدایه الطالب إلى أسرار المکاسب*، ج ۲، تبریز.
۹. الجبعی العاملی، زین الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام*، مؤسسه معارف اسلامی، قم.
۱۰. جزائری، سید محمد جعفر مروج (۱۴۱۶ق). *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، مؤسسه دارالکتاب.
۱۱. حکیم، سید محسن (بی تا). *نهج الفقاهه*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۲. حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ق). *مستمسک العروة الوثقی*، ج ۱۳، قم، مؤسسه دارالتفسیر.
۱۳. حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی) (۱۴۲۰ق). *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۱۴. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۵. خمینی، سید روح‌الله موسوی (۱۴۲۱ ق). کتاب البیع، ج ۱ و ۵، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۶. خمینی، سید روح‌الله موسوی (۱۴۲۸ ق). کتاب البیع، تقریر سید حسن طاهری خرم‌آبادی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۷. خمینی، روح‌الله موسوی (۱۴۲۱ ق). کتاب البیع، ج ۵، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۸. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی (بی‌تا). مصباح‌الفقاهه (المکاسب)، تقریر محمد علی توحیدی، تهران
۱۹. رشتی، میرزا حبیب‌الله (بی‌تا). کتاب الغصب، بی‌جا.
۲۰. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق). مهذب الأحکام، ج ۱۹، قم، مؤسسه المنار.
۲۱. سلطان‌العلماء، حسن بن محمد (۱۴۱۲). حاشیه بر الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۲. شاه‌رودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۶ ق). بحوث فی الفقه الزراعی، قم، مؤسسه دائرة‌المعارف فقه اسلامی
۲۳. صدر، سید محمد باقر (۱۴۲۱ ق). البنک اللاریوی، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.
۲۴. طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ ه). ریاض‌المسائل، ج ۸، قم، مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام.
۲۵. الطوسی، محمد بن الحسن (۳۷۸ ق). المبسوط، ج ۳، تصحیح سید محمد تقی کشفی، تهران، المكتبة المرتضویة.
۲۶. عاملی، سید جواد (۱۴۱۹). مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامة، ج ۱۶، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. قزوینی، سید علی موسوی (۱۴۱۹ ق). رساله قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ ق). الکافی، قم، دارالکتب الإسلامیة.

۲۹. کوه‌کمری، سید محمدبن علی حجت (۱۴۰۹ق). کتاب البیع، تقریر ابوطالب تجلیل، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. لاری، سید عبدالحسین (۱۴۱۸ق). التعلیقہ علی المکاسب، ج ۲، قم، مؤسسہ المعارف الإسلامیہ.
۳۱. لنگرانی، محمد فاضل (بی‌تا). القواعد الفقہیہ، قم.
۳۲. مامقانی، محمد حسن (۱۳۱۶ق). غایۃ الآمال فی شرح کتاب المکاسب، قم، مجمع الذخائر الإسلامیہ.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقہ، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقہیہ، قم، مدرسہ امام امیرالمؤمنین (ع).
۳۵. نایینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ق). منیۃ الطالب، ج ۱، تقریر شیخ موسی خوانساری، تهران، المکتبۃ المحمدیہ.
۳۶. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۹۴ق). جواهرالکلام، ج ۲۲ و ۴۳، چاپ ششم، تهران، دارالکتب الإسلامیہ.
۳۷. همدانی، آقا رضا (۱۴۲۰ق). حاشیہ کتاب المکاسب، قم.
۳۸. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۱۹ق). العروۃ الوثقی، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی.