

## بررسی کاربرد فقهی قاعده مالایضمن در عقود معین

سارا ادیبی سده<sup>۱</sup>، غزاله کبیرآبادی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup>استادیار گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران (نویسنده مسئول)

<sup>۲</sup>دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

### چکیده

یکی از قواعد معروف قاعده «یضمن و مالا یضمن» می باشد. معنای اصل قاعده (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفا سده) آن است که هر عقدی که به فرض صحت، موجب تعهد باشد و متعاقدين متعهد شده اند که در مقابل آنچه پرداخت می کنند چیزی دریافت کنند، فاسد ش نیز موجب ضمان خواهد بود. برخی از فقها، عموم این قاعده را به لحاظ اشخاص گرفته اند و گفته اند هر مورد خاصی را باید جداگانه در نظر گرفت و بررسی کرد که صحیح آن ضمان آور است یا نیست و آن گاه نسبت به فاسد آن هم، همان حکم را جاری ساخت. نکته دیگر آنکه وقتی می گوئیم عقد صحیح مقتضی ضمان است باید این اقتضا، به واسطه خود عقد باشد نه با شرط ضمان؛ بنابراین اگر صحیح عقد مقتضی ضمان نباشد ولی در آن شرط ضمان شده باشد و بعد معلوم شود که فاسد بوده است مشکل است بتوان فاسد آن را هم موجب ضمان دانست. در رابطه با مدلول حدیث دو نظریه وجود دارد: گروهی از فقها معتقدند که کلمه (( علی )) افاده وجوب می کند و لذا این حدیث بر حکم تکلیفی دلالت دارد. بعضی دیگر از فقهاء، متعلق لفظ (( علی )) را فعلی اختیاری می دانند و به این ترتیب این حدیث دلالت بر حکم وضعی دارد. عکس قاعده این است که: «کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفا سده» یعنی هر عقد صحیحی که ضمان آور نباشد، اگر فاسد باشد هم ضمان آور نخواهد بود. بنابراین عقد وکالت (در اموال)، عقد رهن، عقد مضاربه، عقد عاریه و مانند اینها که مبتنی بر معاوضه نیستند و عوض مسمی ندارند، اگر فاسد باشند مشمول قاعده نمی باشند. بسیاری از فقها معتقدند که تفاوتی وجود ندارد میان اینکه دافع به فساد عقد جاهل باشد و یا اینکه عالم باشد.

واژه های کلیدی: عقد، یضمن، ما لا یضمن، صحیح، فاسد.

## مقدمه:

قاعده « ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده » و عکس آن « مالا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده ». از جمله قواعد معروف فقه اسلامی است. نخستین کسی که به متن قاعده در کتاب « مبسوط » و ابن ادریس در کتاب « سرائر » به مضمون قاعده استدلال و تمسک کرده اند و آن را به اصحاب نسبت داده اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۴۰).

عبارت عنوان قاعده دو گونه آورده شده: یکی به گونه ای که نوشته شده و این در متاجر شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۰) و « عناوین » میر فتح مراغه ای آمده است و گونه دیگر « کل مایضمن » که در کتاب « بلغه الفقیه » آل بحر العلوم آمده است. کتابهای دیگر برخی به این گونه و برخی به آن شکل قاعده را نوشته اند. تفاوت معنای آنها این است که در صورت دوم اطلاق عبارت هم عقود را فرا می گیرد و هم ایقاعات را؛ ولی در عبارت اول که به « عقد » تصریح دارد باید گفت قید عقد، قید احترازی نیست و مفهوم ندارد و ملاک قاعده، ایقاع را نیز فرا می گیرد. به طور خلاصه تفاوت و معنای دو عبارت در مقدار و چگونگی مشمول و فراگیری آن است (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۳۰۲).

قاعده دیگری به نام قاعده « مقبوض به عقد فاسد » در فقه و حقوق داریم که بنا به نظر شیخ انصاری این قاعده از جزئیات قاعده « کل عقد یضمن ... » است که ایشان این نظریه را در بحث مثلی و قیمی مطرح کرده اند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۰).

## ۱- معنای اصل قاعده

معنای اصل قاعده (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) آن است که هر عقدی که به فرض صحت، موجب تعهد باشد و متعاقدين متعهد شده اند که در مقابل آنچه پرداخت می کنند چیزی دریافت کنند، فاسدش نیز موجب ضمان خواهد بود؛ یعنی در عقد بیع صحیح که مشتری متعهد شده است در مقابل مبیع، ثمن را پرداخت کند، در صورت فساد معامله نیز، اگر عین باقی باشد خود عین و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را به بایع می پردازد (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۳۰۲).

قاعده ی اصلی مورد پذیرش اکثریت نزدیک به اتفاق فقها است و حتی عده ای نسبت به آن ادعای اجماع کرده اند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۲).

برخی از شارحان دو قاعده مذکور، برای ارائه معنای جامعی برای ضمان در دو صورت صحت و فساد عقد، عبارت « لزوم تدارک » را به کار برده و دو قاعده را چنین بیان کرده اند که هر عقدی که صحیح آن موجب تدارک موضوع آن است، فاسد آن نیز موجب تدارک آن است و هر عقدی که صحیح آن موجب تدارک موضوع آن نیست، فاسد آن نیز سبب لزوم تدارک آن نخواهد بود برخی از نویسندگان نیز از این عقیده پیروی کرده اند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۶۶).

بعضی دیگر از فقها نیز گفته اند: « مهم نیست که به بحث درباره قاعده « کل عقد ... » بپردازیم، زیرا این قاعده با این الفاظ در آیه یا روایت واجماعی بیان نشده است و آنچه مهم است، این است که به مطالبی بپردازیم که می تواند مدرک و دلیل برای ضمان مقبوض به عقد فاسد باشد (توحیدی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۸۷).

بعضی از نویسندگان، ضمان مقبوض، بیع فاسد را از مصادیق ضمان ید می دانند و معتقدند که قاعده مذکور خود از مصادیق « لاضرر » است و ماخوذ از فقه اهل سنت می باشد و قاعده « کل عقد ... » از قاعده های غلطی است که مشهور شده و فاقد مبنای حقوقی بوده و مدرک و مستندی ندارد (تیموری تاجمیری، ۱۳۷۷، ص ۲۳۷).

دکتر شهیدی از جمله حقوقدانانی است که ضمن اشکال به این دو قاعده معتقد است: « معلوم نیست این دو قاعده با عبارات معروف خود، در چه زمان و به وسیله کدام یک از فقها تنظیم شده است، همچنانکه ما نیز مستنبط نخستین و زمان استنباط آن را به دست نیاورده ایم ... با تحلیل مفهوم دو قاعده و با توجه به معانی که برای واژه ضمان در دو قاعده بیان شده است و با توجه به موارد نقض ارائه شده در دو قاعده، به نظر می رسد که نمی توان به ضابطه کلی جامع و مانع اطمینان بخشی در دو

<sup>۱</sup> - (ایشان پس از بیان این معنی در مقام تطبیق با قاعده اقدام بر این معنا اشکالاتی وارد کرده اند)

قاعده مذکور دست یافت و خود را از توسل به مفاهیم احادیث فقهی مبنایی در استنباط احکام مواردی که مشمول دو قاعده دانسته می شود، بی نیاز دانست (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۸۴)

## ۲- معنای کلمات قاعده

برای بهتر فهمیدن معنای این قاعده توضیح کلمات آن ضروری به نظر می رسد :

الف) کلمه عقد

کلمه عقد در این قاعده به کاربرده شده است، اعم از عقد جائز و لازم است لذا عقد بیع و اجاره بقیه عقود لازم را نیز در بر می گیرد و می توان برای اثبات ضمان مقبوض به بیع فاسد به آن استناد کرد. به عبارت دیگر «عقد» در قاعده به معنای ایجاب و قبول آمده است و اختصاص به عقود لازم ندارد (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۵۸).

ب) کلمه ضمان

ضمان به معنای « دادن عوض واقعی » است و معنای ضمان در عقد صحیح و فاسد یکی است و آن بازپرداخت زیان از دارایی اصلی ضامن به زیان دیده است و اینکه در عقد صحیح به دادن عوض قرار دادی اکتفا می شود و این به واسطه آن است که طرفین بر آن توافق کرده اند و این توافق مورد تأیید شارع نیز قرار گرفته است (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۳۰۳).

«ضمان» در موارد متعددی در کتب فقهی، در بیان آثار تسلیم و قبض مبیع، در معنای تحمیل خسارات برگیرنده و از اموال او به کار رفته است. در این مورد تصریح شده است که با قبض و تسلیم مبیع، ضمان مبیع از بایع به خریدار منتقل می شود و منظور از ضمان که با تسلیم مورد عقد از بایع به خریدار منتقل می شود، همان تحمل خسارت تلف و نقص است که پیش از تسلیم بر عهده بایع قرار دارد و پس از تسلیم و اقباض بر عهده خریدار مستقر می شود (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۲۱۰).

شیخ انصاری، ضمانت را نوعی تعهد مالی می داند؛ به طوری که خسارت مال مضمون در مال ضامن است. به عبارت دیگر ضمان را تدارک این خسارت از مال اصلی ضامن می داند یعنی اگر مال مضمون تلف شد، ضامن باید از مال خود آن را جبران کند و براین اساس نقص و کمبودی در مال اصلی ضامن پدید می آید. او همچنین مراد از ضمان را د رهر دو قسمت قاعده، ضمان به عوض واقعی می داند که همان مثل در چیزهای مثلی و قیمت در چیزهای قیمی است و در آن تراضی طرفین ملاک نمی باشند.

ایشان معتقدند که منظور از ضمان در مقبوض به عقد فاسد، ضمان تعلیقی است یعنی ضمانتی به شکل بالفعل و به عنوان حکم وضعی وجود ندارد؛ بلکه ضمانت بالقوه است. بدین معنا که اگر مال تلف شد ضامن است و باید غرامت بپردازد. مانند غاصبی که وقتی عین مغضوب در اختیار اوست و تلف نشده، وظیفه دارد آن را به صاحبان اصلی اش برگرداند ولی اگر تلف شد باید تدارک و جبران کند. در مقبوض به بیع فاسد نیز، فعلاً اگر مشتری عین مبیع را در اختیار دارد موظف به رد آن است و با تلف آن ضامن می شود (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۸۳).

بعضی دیگر نیز ضمان مذکور در دو قاعده را معنای « تحمل خسارت و قرار گرفتن مال بر عهده » می دانند و این معنا را رایج و مورد انس به ذهن تلقی می کنند و حمل ضمان به معنای « لزوم تدارک » را رد می کنند (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۹۶).

ج) حروف باء :

« باء » در زبان عربی حرف جرّ و دارای معنای متعددی است. اما در اینجا دو معنا در رابطه با آن احتمال دارد : یکی به معنای « فی » و دیگری به معنای سببیت است.

در صورت اول معنای جمله این است که هر گاه در عقدی صحیح، ضمان به وجود آید در عقد فاسد آن هم ضمان به وجود می آید و در صورت دوم معنای جمله این است که صحت عقد یا فساد آن سبب ضمان می باشد.

اگر معنای عبارت این باشد که گاهی ضمان به سبب عقد صحیح به وجود می آید (معنای دوم) باید بگوییم که چنین نیست زیرا پیش از قبض تلف مبیع بر عهده خردار نیست و تنها در صورتی تلف مبیع بر عهده خریدار است که آن را تحویل بگیرد و نزد او تلف شود.

پس قبض در ضمان تاثیر دارد و عقد صحیح بدون قبض نمی تواند سبب ضمان باشد، در بیع سلف و صرف هم همین طور است و همین طور در عقد اجاره، مهر نکاح و عوض خلع نیز به همین شکل است. از این رو باید معنای سببیت را مطلق بگیریم که شامل ناقص هم بشود نه به معنای علیت تامه (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۱).

اگر معنای عبارت این باشد که گاهی ضمان به سبب عقد فاسد به وجود می آید این معنا اصلاً درست نیست زیرا عقد فاسد هیچ اثری ندارد و ضمان در اثر قبض به وجود می آید. پس چگونه می توان بآ سببیه گرفت دو پاسخ به این اشکال داده شده است: یکی اینکه بگوییم عقد فاسد سبب قبض بوده و قبض سبب ضمان پس است. پس عقد فاسد در ردیف سبب ضمان قرار گرفته است. بدین بیان که پس از انعقاد عقد، طرفین به تصور اینکه باید قبض و اقباض کنند مورد معامله را رد و بدل کرده اند و چون معلوم شده است که عقد فاسد بوده و گیرنده حق گرفتن مورد معامله را نداشته ضامن شده است.

پاسخ دوم این است که بگوییم عقد فاسد به شرط قبض، سبب ضمان است. به هر حال می خواهیم بگوییم گاهی عقد سبب ضمان است هم در صحیح و هم در فاسد و جایی عقد سبب ضمان نیست نه در صحیح و نه در فاسد و چون محور ضمان، عقد است می توانیم صحیح و فاسد آن را با هم مقایسه کنیم و نباید گفت که در عقد صحیح، سبب ضمان عقد است و در عقد فاسد سبب ضمان قبض است و بدین جهت مناسبتی ندارد که این دو را با هم بیاوریم.

پس به طور خلاصه با اینکه قبض در به وجود آمدن ضمان یا به وجود نیامدن آن عامل مهمی است ولی باز می توان سببیت ضمان یا عدم ضمان را مربوط به عقد صحیح یا عقد فاسد دانست (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۳۰۵).

پس از بیان این نکات دو نکته دیگر را باید در نظر گرفت تا معنای این قاعده به درستی فهمیده شود:

نکته اول: وقتی به طور عموم می گوئیم «کل عقد ...» آیا این عموم به لحاظ انواع عقد است مانند بیع، صلح، اجاره و مانند اینها یا به لحاظ اصناف، هر نوع عقدی است مثلاً عقد صلح گاهی اثر عقد بیع را دارد و گاهی به جای هبه است و گاهی اثر ابراء را دارد؟

نظر صحیح تر این است که عموم این قاعده را به معنای عموم صنفی بگیریم نه عموم نوعی زیرا در این صورت نمی توان گفت که صلح موجب ضمان هست یا نیست بلکه باید گفت صلح مفید بیع، موجب ضمان است و صلح مفید هبه و ابراء، موجب ضمان نیست یعنی می توان گفت اگر صلحی صحیح، موجب ضمان باشد فاسد آن هم موجب ضمان است و اگر صلحی صحیح، موجب ضمان نباشد فاسد آن هم موجب ضمان نمی باشد (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۱).

برخی از فقها، عموم این قاعده را به لحاظ اشخاص گرفته اند و گفته اند هر مورد خاصی را باید جداگانه در نظر گرفت و بررسی کرد که صحیح آن ضمان آور است یا نیست و آن گاه نسبت به فاسد آن هم، همان حکم را جاری ساخت و مثال می زنند به موردی که اگر کسی خانه خود را به دیگری بدون ثمن بفروشد و بداند که چنین معامله ای شرعاً باطل است ولی با نادیده گرفتن حکم شرع و بنا بر حکم عرف آن را صحیح بداند، در اینجا خریدار در برابر او نه ضامن عین است و نه ضامن منفعت. مثال دیگر اینکه اگر کسی مالی را به دیگری عاریه دهد و در آن شرط عوض کند و تصور کند که چنین عاریه ای صحیح است، عاریه گیرنده ضامن آن خواهد بود.

در این دو مثال از آنجا که تصور معامله ای که هم صحیح باشد و هم فاسد، غیر ممکن است برخی از فقها با استعانت از اصطلاحات منطقی به توجیه چنین فرضی پرداخته و گفته اند: «جعل کبرای کلی ... به طور قضیه حقیقیه است» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۲۴).

این توجیه نیز نمی تواند اصل مطلب، یعنی عام بودن قاعده به اعتبار اشخاص عقود را تصحیح کند ولی چون بحثی منطقی است صحبت را کوتاه و به جای خود واگذار می کنیم.

نکته دوم آنکه وقتی می گوییم عقد صحیح مقتضی ضمان است باید این اقتضا، به واسطه خود عقد باشد نه با شرط ضمان؛ بنابراین اگر صحیح عقد مقتضی ضمان نباشد ولی در آن شرط ضمان شده باشد و بعد معلوم شود که فاسد بوده است مشکل است بتوان فاسد آن را هم موجب ضمان دانست مثلاً می دانیم در عقد اجاره صحیح عین مستاجر نزد مستاجر امانت است او ضامن تلف آن نیست، مگر در صورت تعدی یا تفریط حال اگر بتوان در این عقد، ضمان عین را شرط کرد و این شرط را بیان

کرده باشند که در این صورت عین مستاجر مضمون باشد و فرض کنیم بعداً معلوم شود که این عقد از اول باطل بوده است آیا عین مستأجره همچنان مضمون است چون مضمون این قاعده است؟ یا مضمون نیست چون منظور از این قاعده این است که عقد صحیح خود ذاتاً مقتضی ضمان باشد نه اینکه با افزودن شرط ضمان؟

شیخ انصاری می‌فرماید: در حکم به ضمان در این فرض اشکال وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳ ص ۱۸۳).

### ۳- ادله قاعده

اکنون که معنای قاعده روشن شد ادله قاعده را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در مدرک اثبات ضمان مقبوض به عقد فاسد چند دلیل بیان شده است که عبارتند از:

دلیل اول: حدیث نبوی «علی الید ما أخذت حتی تؤدی، هر کس بر مال دیگری دست یابد، ملزم به رد آن می‌باشد» (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۸-الشهید الثانی، مسالک الافهام، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۵۴).

منظور از حدیث این است که هر کس بر مال دیگری دست یابد، بدون آنکه از طرف قانونگذار یا مالک مأذون باشد، موظف است به رد عین آن مال به صاحب آن یا قائم مقام او و در صورتی که عین مال موجود نباشد یا دسترسی بدان نداشته باشد، مکلف به دادن مثل آن است و اگر مالی مثلی نباشد ملزم به پرداخت قیمت آن است (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۳۰۶).

یکی از اشکالات وارد بر این حدیث، ضعیف بودن سند آن است؛ زیرا این حدیث را به طور مرسل، از کتب اهل سنت گرفته‌اند. بنابراین، استناد به حدیث برای اثبات به مقبوض به عقد فاسد جایز نیست (گرچی، ۱۳۷۸، ج ۱ ص ۱۲۷). ولی مشهور فقها، مشکل سندی را حل کرده و معتقدند که حدیث مذکور شهرت عملی دارد و بدین وسیله ضعف سند آن جبران می‌شود (العلامة الحلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۲۳. البجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۵۸). مرحوم شیخ انصاری نیز با به کاربردن عبارت «النبوی المشهور، حدیث نبوی که مشهور است» به این مطلب اشاره دارند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۸). ولی برخی از فقها، برای شهرت عملی ارزش قائل نیستند و معتقدند که عمل مشهور به روایت ضعیف، ضعف را جبران نمی‌کند و اصلاً شهرت را حجت نمی‌دانند که بتواند موجب حجیت حدیث یا روایتی شود (التوحیدی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۸۸ و ۸۹). به علاوه ممکن است مستند مشهور، سیره عملی مسلمانان و یا دلیل دیگری باشد و این روایت را به عنوان تایید مطلب ذکر کرده باشند نه به عنوان استدلال.

اما در رابطه با مدلول حدیث دو نظریه وجود دارد:

۱- گروهی از فقها معتقدند که کلمه ((علی)) افاده وجوب می‌کند و لذا این حدیث بر حکم تکلیفی دلالت دارد (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۱۳).

۲- بعضی دیگر از فقهاء، متعلق لفظ ((علی)) را فعلی اختیاری می‌دانند و به این ترتیب این حدیث دلالت بر حکم وضعی دارد یکی از تفاوت‌های حکم وضعی و تکلیفی در آن است که حکم تکلیفی مخصوص مکلفین است ولی حکم موضعی تعمیم دارد و در حق غیر مکلفین هم ثابت است و حال که حدیث نبوی دلالت بر حکم وضعی دارد می‌توان از آن برای اثبات ضمان صغیر یا مجنون استفاده کرد (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۹).

دلیل دوم: مرسله جمیل بن درآج

روایتی است که دلالت دارد بر اینکه گاهی پس از حمله شدن کنیز خریداری شده از سوی مشتری، معلوم شود که وی مسروقه بوده است؛ صاحب کنیز، کنیز را از مشتری می‌گیرد و مشتری فرزند خود را با پرداخت قیمت به صاحب کنیز، دریافت می‌کند همچنین مشتری به سارق مراجعه کرده و ثمن کنیز و قیمت ولد را از او دریافت می‌کند (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۱۵).

کیفیت استدلال به این روایت اینگونه است که بلا شک ولد، نماء و منفعت غیر مستوفات کنیز است. و نماء و نتایج، تابع اصل و عین است. حال که به حکم حدیث، مشتری نماء غیر مستوفات را ضامن، است پس به طریق اولی خود مال را نیز ضامن خواهد بود (همان، ص ۱۶).

بر این روایت اشکال شده است که خارج از بحث مقبوض به عقد فاسد است؛ زیرا در مقبوض بیع فاسد، مشتری مبیع را از مالک اصلی و با رضایت مالک می‌گیرد؛ ولی، در مورد حدیث، مشتری، کنیز را از سارق گرفته و صاحب اصلی هم راضی نشده است و اگر در مورد حدیث ضمانتی باشد دلیلی ندارد که در مورد مقبوض به عقد فاسد نیز ضمانت باشد (همان، ص ۱۷).

اشکال دیگری که به این حدیث وارد شده است، این است که مشتری در این حدیث با عمد و اختیار با کنیز نزدیکی کرده و موجب ضرر به کنیز شده است پس مشتری متلف است به همین دلیل ضامن می‌باشد؛ ولی در مقبوض به عقد فاسد، ضامن به واسطه تلف می‌باشد پس از محل بحث خارج است. مرحوم شیخ در جواب، کارمشتی را شبه تلف می‌داند نه اتلاف نماء؛ زیرا شارع مقدس حکم به حریت ولد نموده و این ربطی به مشتری ندارد و خارج از اختیار او می‌باشد (التوحیدی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۳۷ و ۱۳۸).

دلیل سوم: قاعده احترام مال مسلم

روایاتی که بر عدم حریت یا حرمت تصرف در اموال دیگران بدون رضایت و اذن مالک، دلالت دارند از قبیل روایت (( حرمة مال المؤمن کحرمة دمه، حرمت تصرف در مال مؤمن مانند حرمت ریختن خون او است )) و یا (( لا یحلّ مال امری آلا عن طیب نفسه، مال مسلمان حلال نیست مگر با رضایت او )) (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۹۰).

در احادیث فوق این اشکال وارد است که مستفاد از خبر اول، ضمان اتلاف مال مؤمن است در حالی که بحث ما در مورد عموم اتلاف مال مقبوض به عقد فاسد است؛ بنابراین، دلیل اخص از مدعا است. از سوی دیگر می‌توان گفت منظور از این حدیث حرمت تکلیفی است نه ضمان، که حکمی است وضعی؛ زیرا به قرینه ظاهر لفظ حرمت، مراد از حرمت در مقابل حریت است که حکمی تکلیفی است.

از سوی دیگر مراد از خبر اول، حرمت تصرف در مال غیر است که حکمی است تکلیفی و بر ضمان مقبوض به عقد فاسد، که حکمی وضعی است دلالت نمی‌کند؛ بنابراین اثبات ضمان به استناد امثال این قبیل روایات کاملاً بعید و به هیچ وجه درست نمی‌باشد (گرچی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۲۸).

دلیل چهارم: روایات مبنی بر احترام به حق دیگران

برخی دیگر از روایات هستند که بر عدم جواز پایمال کردن حق دیگران، دلالت می‌کنند مانند روایت «لا یصلح ذهاب حق أحد، پایمال کردن حق دیگری نیکو نمی‌باشد» (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۹۰).

برای اینکه این روایت، دلالت بر ضمان مقبوض به عقد فاسد داشته باشد باید مقصود از حق، مال باشد و روایت نیز کنایه از ضمان باشد؛ در حالی که هیچکدام از این دو امر ثابت نشده است. به علاوه این روایت صورت تلف را شامل نمی‌شود. در این صورت دلیل از مدعا اخص است (گرچی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۹).

دلیل پنجم: قاعده لا ضرر

قاعده لا ضرر که از روایات مستفاد است، از قبیل حدیث معروف «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام، هیچ ضرری در اسلام نیست»، دلالت دارد بر اینکه نباید ضرری متوجه مسلمان شود و عدم ضمان قابض در عقدی که فاسد است، موجب ضرر به مالک می‌شود و ضرر هم بر طبق روایات نفی شده است (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۹۰). لیکن این روایات نیز بر ضمان مقبوض به عقد فاسد دلالت نمی‌کنند، زیرا قاعده لا ضرر حکمی را که موجب ضرر است نفی می‌کند؛ ولی در موردی که از عدم جعل حکم، ضرری ناشی شود، شامل روایات نمی‌شود یعنی در ضمان مقبوض به عقد فاسد، اگر حکم به ضمان مالک نکنیم، مالک متضرر می‌گردد و این امر با استفاده از قاعده لا ضرر و روایات مربوط به آن قابل اثبات نیست (گرچی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۲۹). اشکال دیگری بر این قاعده وارد شده است، بدین شکل که در بعضی موارد اجرای قاعده لا ضرر نسبت به قابض و مالک متعارض می‌شود؛ مانند موردی که بدل واقعی خیلی بیشتر از ثمن مسمی باشد که در این صورت حکم به ضمان قابض نسبت به بدل واقعی، با اینکه نسبت به آن اقدام نکرده است، موجب ضرر

به اوست و از طرفی قاعده لاضرر، از این جهت که به مالک ضرر وارد شده است، ضمان را نسبت به قابض نیز شامل می شود (همان ص ۱۲۹).

از طرف دیگر، اگر دلالت بر ضمان هم داشته باشد شامل تلف سماوی نمی شود؛ بلکه صرفاً بر موارد اتلاف و استیفای منافع دلالت می کند (التوحیدی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۹۵).

دلیل ششم: قاعده اقدام

بعضی از فقها در اثبات ضمان در مقبوض به عقد فاسد، به قاعده اقدام استناد کرده اند؛ به این ترتیب که قابض، خود اقدام بر ضمان مال کرده است (الشهید الثانی، ۱۴۱۴، ج ۳ ص ۲۳۳). به عبارت دیگر در معاوضه فاسد متعاقدین مجاناً مال خود را به دیگری نداده و مال دیگری را هم به عنوان مجانی قبض نکرده اند، بلکه به عنوان اینکه عوض آن را بدهد قبض کرده اند و چون عقد فاسد موجب ملکیت نیست در صورت تلف، عوض واقعی یعنی مثل یا قیمت بر عهده او تعلق یافته است (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۵۹).

صاحب مکاسب معتقد است که: صاحب مسالک در استدلال به قاعده اقدام از شیخ طوسی پیروی کرده است و این قاعده را به شیخ طوسی نسبت می دهد (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳ ص ۱۹۰). زیرا شیخ در کتاب مبسوط، در بسیاری از موارد بیع فاسد و اجاره فاسد، قابض را بدین جهت ضامن دانسته که وی خود اقدام بر ضمان مال به عوض المسمی کرده است و پس از فاسد درآمدن بیع و اجاره، از آن جایی که عوض المسمی به آنها منتقل نمی شود، نوبت به عوض واقعی یعنی مثل و قیمت می رسد. لذا خود اقدام بر ضمان کرده اند و باید از عهده مثل یا قیمت برآیند (شیخ الطوسی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۲۶).

صاحب مکاسب استدلال به قاعده اقدام را قبول ندارد و آن را مورد انتقاد قرار داده است و در مجموع سه اشکال وارد کرده اند که اولاً: درست است که طرفین اقدام بر ضمان می کنند، ولی نه اقدام بر ضمان به عوض واقعی، بلکه بر عوض مسمی اقدام کرده اند و فاسد شدن عقد موجب انتقال عوض المسمی به طرفین نمی شود و این ضمانت از بین می رود. و آنچه ما در صدد اثبات آن هستیم عوض واقعی است؛ یعنی مثل یا قیمت مقبوض که طرفین بدان اقدام نکرده اند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳ ص ۱۸۸).

ثانیاً: دلیل اخص از مدعی است یعنی میان قاعده اقدام با ضمانت در مقبوض به عقد فاسد، عموم و خصوص من وجه است؛

ثالثاً: قاعده اقدام خود نیازمند دلیل و مدرک است و دلیلی برای آن وجود ندارد، پس چگونه آن را مدرک قاعده ضمان مقبوض به عقد فاسد بدانیم.

در نهایت صاحب مکاسب، اقدام را به عنوان متمم دلایل دیگر می پذیرد، نه به صورت یک دلیل مستقل (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳ ص ۱۹۰). برخی از محققان اقدام را جزء سبب ضمان دانسته اند و جزء دیگر آن را دریافت متاع می دانند و در این رابطه، به جریان سیره ی قطعی عقلا استدلال کرده اند؛ بر اینکه تسلط بر مال دیگری بدون تسلیط مجانی مالک، موجب ضمان است، منتهی چون عقد فاسد است عوض مسمی مورد امضاء شارع مقدس نخواهد بود، ولی این منافات ندارد با اینکه اصل ضمان ثابت باشد و در این صورت به مصداق دیگر ضمان که مثل و قیمت است منصرف خواهد گشت (گرچی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۲۹).

دلیل هفتم: اجماع

در خصوص قاعده ی «ما یضمن» برخی از فقهای بزرگ به اجماع استناد کرده اند (البجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۱۰. شیخ الطوسی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۵۰ و ۲۰۴). اشکالی که بر اجماع وارد شده این است که این اجماع مدرکی است. به نظر می رسد که اجماع در این مورد مدرکی نیست و دلیلی مستقل است؛ زیرا هر دلیلی را که فقیهی برگزیده، فقیهی دیگر رد کرده است، ولی همه ضمان مقبوض به عقد فاسد را پذیرفته اند. پس نمی توان گفت که همه آنها به استناد دلیلی به آن حکم رسیده اند تا اتفاق نظرشان دلیل مستقلی نباشد، بلکه همه آنها اصل حکم را با توجه به مبانی

فقهی قبول دارند و این اتفاق نظر می تواند کاشف از رأی معصوم و حجّت باشد (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۳۰۷ و ۳۰۸. ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۲۶ و ۲۸۵).

دلیل هشتم: سیره عقلا

بعضی از فقها این دلیل را بر گزیده اند؛ بدین بیان که روش عقلا همواره این بوده است که هرگاه دو نفر عقد صحیحی را بسته باشند که موجب ضمان باشد، در صورت بطلان هم آن عقد، موجب ضمان است و ردعی هم از طرف شارع نرسیده است. بنابراین تسلط بر مال غیر به طور غیر مجانی موجب ضمان است و از آن جایی که شارع مقدس ضمان به مسمی را قبول نکرده است، پس ضمان به مثل یا قیمت ثابت می شود (التوحیدی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۹۶. گرجی، ۱۳۷۸، ج ۱ ص ۱۳۰).

دلیل نهم: استقراء

قاعده ضمان مقبوض به عقد فاسد، قاعده ای استقرائی است؛ زیرا فقها همه عقودی که مانند بیع و جعاله و غیره هستند را جستجو کرده اند و در همه این عقود به نتیجه واحدی رسیده اند که اگر ضمان در حالت صحیح آن عقود محقق شود، ضمان در فاسد آن نیز محقق می شود. پس از طریق استقراء، قاعده را به دست آورده اند، به طوری که در موارد مختلف قاعده صحیح در می آید (المصطفوی، ۱۴۲۱، ص ۲۰۷).

#### ۴- معنای عکس قاعده

عکس قاعده این است که: «کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» یعنی هر عقد صحیحی که ضمان آور نباشد، اگر فاسد باشد هم ضمان آور نخواهد بود.

بنابراین این عقد وکالت (در اموال)، عقد رهن، عقد مضاربه، عقد عاریه و مانند اینها که مبتنی بر معاوضه نیستند و عوض مسمی ندارند، اگر فاسد باشند هم موجب ضمان نمی شود مثلاً اگر کسی ظروفی یا فرش هایی از همسایه به عاریه بگیرد و برخی از آنها را بشکند یا پاره کند یا بسوزاند، مستعیر ضامن نخواهد بود و تفاوتی نمی کند عقد عاریه صحیح باشد یا فاسد، زیرا در صورت بودن عقد، مستعیر امین است و در صورت فاسد بودن مشمول عکس قاعده می باشد.

اجاره عقدی معوض است و منافع در برابر مال الاجاره قرار می گیرد. از این نظر مشمول اصل قاعده است ولی عین مستأجره بلاعوض و صرفاً برای امکان استفاده در اختیار مستاجر قرار می گیرد آیا می توان این عقد را از این حیث، مشمول عکس قاعده دانست؟ به عبارت دیگر اگر اجاره فاسد باشد منفعت عین مستاجر و استفاده از مال الاجاره هر دو مضمونند ولی آیا در این فرض فساد، عین مستاجر هم مضمون است و مستاجر ضامن تلف و نقض آن است؟

برخی از فقها مانند صاحب ریاض معتقد به ضمان هستند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۳) و شیخ توحیهی برای آن بیان داشته؛ ولی خود ایشان در آخر بحث معتقد به عدم ضمان هستند (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۰۸).

#### ۵- مدرک عکس قاعده

شیخ طوسی در کتاب مبسوط فرموده است: عقد رهن صحیح موجب ضمان نیست پس چگونه عقد رهن فاسد می تواند موجب ضمان شود؟ (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۲۶).

این استفهام انکاری چنانکه شیخ انصاری فرموده اند چنین معنا می دهد که عقد رهن فاسد به طریق اولی نمی تواند موجب ضمان شود.

بیان اولویت این است که عقد رهن صحیح دارای آثاری است که ممکن است ضمان را هم یکی از آن آثار دانست در حالی که عقد رهن فاسد هیچ اثری ندارد پس به طریق اولی، موجب ضمان هم نمی شود (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۳).

#### ۶- تاثیر علم و جهل در قاعده

بسیاری از فقها معتقدند که تفاوتی وجود ندارد میان اینکه دافع به فساد عقد جاهل باشد و یا اینکه عالم باشد. چنانچه صاحب مکاسب معتقد است که قبض و اقباضی که به دنبال عقد فاسد انجام می گیرد، چهار فرض دارد:



- ۱- بايع و مشتري عالم به فساد عقد باشند .
  - ۲- بايع و مشتري جاهل به فساد عقد هستند ، ولي تصور مي کنند که عقد صحيح است .
  - ۳- دهنده به فساد عقد جاهل است ، ولي گيرنده با علم به فساد قبض مي کند.
  - ۴- دهنده عالم به فساد است و گيرنده جاهل به فساد است .
- در اين چهار حالت تفاوتی میان علم و جهل دافع و قابض وجود ندارد و اگر مال مقبوض در دست قابض تلف شود ، ضامن آن خواهد بود . ایشان دو دليل را در اين باب ذکر مي کند که یکی عموم قاعده های «علی الید» و قانون « احترام به مال و عمل مسلم » و قاعده « لا ضرر » است که تفاوتی میان علم و جهل قرار نداده اند و دیگری فتاوی فقها است که اطلاق دارد و مقید به علم یا جهل نیست (انصاری ، ۱۴۱۸ ، ج ۳ ، ص ۱۹۲). ممکن است اشکال شود که در صورت علم دافع به فساد عقد ، قابض ضامن در قبض نمی باشد ؛ زیرا مالک ، مشتري را بر مال خویش مسلط می کند و تسلیط باعث می شود که ضمان ساقط شود زیرا ، مشتري جاهل مقصر نیست (همان ص ۴۸ . گرجی ابوالقاسم ، ۱۳۷۸ ج ۱ ، ص ۱۳۱). بر این سخن جواب داده شده است که هر چند مالک با علم به فساد عقد مال خود را در اختیار قابض قرار داده است و او را بر مال خویش مسلط نموده است ، ولی تسلیط مالک در صورتی که مالک ، دیگری را مجاناً به مال خود مسلط کرده باشد مسقط ضمان است ؛ اما در صورتی که تسلیط به ازای عوض باشد ، این تسلیط موجب ضمان نمی شود . به خصوص با توجه به اینکه قابض هم مال را به همین نحو در اختیار گرفته است و به اصطلاح بر ضمان اقدام کرده است (همان).
- صاحب مکاسب در جواب به این مطلب معتقد است که اطلاق و نصوص و فتاوی فقها ، فرقی میان علم و جهل نمی گذارند و در هر صورت قابض ضامن می باشد (انصاری ، ۱۴۱۸ ، ج ۳ ، ص ۱۹۳).
- ممکن است توهم شود که بر طبق قاعده « المغرور يرجع الی من غره ، مغرور و فریب خورده به غار و فریب دهنده رجوع می کند » ، در صورت علم دافع و جهل قابض ، دافع ، فریب دهنده و قابض ، فریب خورده است و اگر چه قابض ، ضامن مال دافع است ؛ قابض که فریب خورده است ، حق رجوع به دافع فریب دهنده را دارد و در نتیجه حق رجوع هر یک به دیگری تهاتر می کند و نتیجه این است که بر قابض جاهل لازم نیست که بدل مال مالک را بپردازد (محمدی ، ۱۳۷۹ ، ص ۴۸) . در جواب آمده است که : درست است که قابض جاهل به فساد عقد است ولی مغرور و فریب خورده نیست ؛ زیرا قابض با قصد ، اقدام به قبض کرده است و در واقع ضامن می باشد (انصاری ، ۱۴۱۸ ، ج ۳ ، ص ۱۹۵).
- علاوه بر اینکه مقتضای قانون مذکور ، از ابتدا عدم ضمان نیست ؛ بلکه عدم استقرار ضمان است . یعنی صاحب متاع حق رجوع دارد ، ولی مغرور هم متقابلاً حق رجوع دارد و ضمان بر عهده فریب دهنده مستقر می شود نه اینکه از ابتدا ضمانتی بر مغرور نباشد .
- اگر گفته شود که چون دافع با علم به فساد ، مالش را به دیگری می دهد بدین معنا است که مال من نزد شما امانت یا عاریه و ... باشد و چون قابض امین است پس ضامن نمی باشد ، جواب داده شده است : دافع می داند که مال را به عنوان اینکه معامله انجام شده به قابض می دهد و اعتنائی به فساد شرعی ندارد و به عنوان امانت و عاریه و ... نمی دهد. بنابراین ، این امانت ، امانت مالکی نیست تا گیرنده ضامن آن نباشد و شاهد بر این مطلب این است که اگر عاریه ومانند بود ، قابض حق تصرف در مال مذکور را داشت در حالی که در مقبوض به عقد فاسد ، قابض حق تصرف در آن مال ندارد (انصاری ، ۱۴۱۸ ، ج ۳ ، ص ۱۹۷) .
- بعضی از فقها معتقدند که از لحاظ حکم وضعی قابض ضامن تلف مال مقبوض به عقد فاسد است ، مگر اینکه مالک ، حتی با فرض فساد عقد ، به تصرف او در مال مقبوض راضی باشد. اما از لحاظ حکم تکلیفی این اباحه تصرف ، علاوه بر شرطیت رضای مالک به نحو اطلاق ، حتی با فرض فساد عقد ، لازم است قابض این رضا را به نحوی احراز کرده باشد.
- زیرا در ضمان که حکمی وضعی است ، علم و جهل تاثیر ی ندارد. اما تصرف ، حکمی تکلیفی است و رضای واقعی مالک ، به تنها یی کافی نیست و مادامی که متصرف ، این رضا را احراز نکرده باشد به موجب اصل عدم جواز تصرف در مال غیر ، نمی تواند در آن تصرفی کند (التوحیدی ، ۱۳۷۱ ، ج ۳ ص ۸۵) .

حقوقدانان نیز معتقدند که در ضامن مقبوض به عقد فاسد، بین اینکه قبض دهنده عالم به فساد باشد یا جاهل تفاوتی وجود ندارد (التوحیدی، ۱۳۷۱، ج ۳ ص ۸۵). البته ظاهر آراید بین عالم بودن و جاهل بودن فروشنده به فساد بیع تفاوت گذارد. در آنجا که فروشنده به گمان درستی معامله، مال را به دست خریدار می سپارد بی گمان گیرنده مال، ضامن است؛ ولی در مواردی که فروشنده به فساد بیع، عالم است ولی باز هم مبیع را تسلیم به خریدار می کند، احتمال دارد مشتری در حکم امین باشد؛ چرا که در این مورد رضای او به تصرف خریدار، همراه با اراده ی انتقال مال به دیگری نیست. ولی قانون مدنی به این تفاوت ها توجهی نکرده است و در ماده ۳۶۶ مقرر می دارد که «هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد کند و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.»

به طور کلی درست است که فروشنده مبیع را در اختیار متصرف می گذارد، ولی این کار را به خاطر آن می کند که او مالک شود و در مال خود تصرف کند. فروشنده می خواهد که موضوع قرار داد را منتقل سازد و خریدار، بر طبق رضایت او مال را قبض کند، ولی نه به این عنوان که مال فروشنده را از طرف او اداره کند. در واقع اذن فروشنده، مقید به این است که مال به مشتری منتقل شود و نمی توان آن را به طور مجرد و جدای از بیع، منشا اثر دانست. پس نباید اذن در تصرف را از خواست مالک جدا کرد، بنابراین زمانی که انتقال انجام نشد اذنی هم باقی نمی ماند و مال بی اذن مالک، در دست خریدار باقی است و او باید آن را به صاحبش برگرداند؛ و گر نه همچون غاصب، ضامن عین و منافع است (العلامة الحلی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۰۱. النجفی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۲۵۷ به بعد. التوحیدی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۱۱۵).

شهید ثانی در کتاب «مسالك»، این احتمال را می دهد که باید بین موردی که فروشنده، آگاه از فساد است و با وجود این مبیع را به تصرف خریدار می دهد و موردی که از بطلان معامله بی اطلاع است، تفاوت گذارد. در موردی که فروشنده آگاه از بی اعتباری کار خود نیست و به گمان درستی معامله، مال را به دست خریدار می سپارد، بی گمان گیرنده ی مال ضامن است. ولی، در جایی که می داند انتقالی انجام نمی پذیرد و باز هم مبیع را تسلیم به خریدار می کند، احتمال دارد که مشتری در حکم امین باشد؛ زیرا، در این مورد رضای او به تصرف خریدار همراه با اراده انتقال و از توابع آن نیست (الشهید الثانی، مسالك الافهام، ج ۳، ص ۱۵۴).

در رد کردن این احتمال آمده است که اگر فروشنده با وجود آگاهی از فساد معامله، مال خود را بفروشد، در واقع می خواهد از حکم قانون سرپیچی کند و مبیع را برخلاف منع قانونگذار به خریدار منتقل سازد، یعنی در این مورد نیز اذن در تصرف، مقید به انتقال مالکیت است. و شاهد بر این مطلب را این می دانند که شهید ثانی پس از طرح این احتمال خود آن را نمی پذیرد و می گوید که بهتر است میان این دو مورد تفاوتی گذارده نشود و در کتاب دیگر خود (شرح لمعه) یادی از این احتمال نمی کند.

## ۷- موارد تطبیق قاعده

الف) بیع

بنای متعاملین تملیک عین در برابر عوض است که اصطلاحاً ضمان مسمی گفته می شود بنابراین در تمام بیعه های صحیح، بایع ضامن است که مثنی را به مشتری تسلیم کند و در مقابل مشتری هم ضامن است که ثمن را به بایع بپردازد. در صورت فساد، بیع به حکم شارع تنفیذ نشده است اما اصل ضمان ثابت است زیرا متبایعین قصد تملیک مجانی نداشته اند و اقدام به عملی کرده اند که موجب ضمان است. به علاوه مال مسلم محترم است و هدر نمی رود. بنابراین، پس از آنکه محرز شد اصل ضمان ثابت است. ضمان منصرف می شود به ضمان واقعی که مثل یا قیمت است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۴۶).

ب) اجاره

حقیقت اجاره عبارتست از تملیک منفعت به عوض معلوم. بنابراین بنای متعاملین نیز در عقد اجاره بر ضمان مسمی است و در اجاره فاسد نیز گرچه ضمان مسمی منتفی می باشد لکن اصل ضمان ثابت است. به تعبیر دیگر، مستاجر بعد از آنکه عین مستاجره را قبض کرد، ضامن منافع آن عین است چه استیفا کرده باشد و چه استیفا نکرده باشد اما نسبت به ضمان خود عین

گروهی مانند محقق اردبیلی معتقد به ضمان هستند (البته در صورت فاسد بودن عقد اجاره) نتیجه این فتوی، نقض بر قاعده مالا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده است با این بیان که به صورت صحیح بودن اجاره « ید مستاجر بر عین مستاجر ید امانت ملکی است و قهراً در صورتی که عین مستاجر بدون تعدی و تفریط تلف شود، مستاجر ضامن نیست ولی در صورت فساد عقد، ید مستاجر ید مأذونه از طرف مالک یا مأذون از طرف شرع نیست و بنابراین ید او ید عدوانی به شمار می آید و عموم قاعده « علی الید ما أخذت حتی تودیّه » بر آن منطبق است و بنابراین قهراً موجب ضمان است.

لکن مشهور فقها قائل به عدم ضمان شده و آن را از صغریات قاعده: « مالا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده » دانسته اند مانند مرحوم علامه در تذکره و محقق کرکی در جامع المقاصد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲ ص ۱۰۱). ولی می توان گفت همان طور که در اجاره صحیح، مستاجر در صورت تلف بدون تعدی و تفریط ضامن عین نیست در اجاره فاسد نیز همین طور است زیرا مالک خود بر تسلیم عین مستاجر غیر مضمونه به مستاجر اقدام کرده است و این ملاک در اجاره صحیح و فاسد هر دو موجود است. بنابراین در صورت جریان قاعده اقدام در اجاره فاسد همانند اجاره صحیح، عموم قاعده و علی الید نسبت به مورد تخصیص می خورد و قهراً ید مستاجر، ید عدوانی به شمار نمی آید موجب ضمان نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱ ص ۲۴۷).

ج) عاریه

حقیقت عاریه عبارتست از تسلیط شخص بر عینی که دارای منفعت است به طور مجانی و بلاعوض. اگر عین عاریه داده شده بدون تعدی و تفریط (غیر از طلا و نقره) تلف شود، مستعیر ضامن نیست. در عاریه فاسد نیز چنین است زیرا ید مستعیر بر عین عاریه داده شده به اذن مالک است مجاناً و بلاعوض و ید او ید مأذونه و امانی است لذا موجب ضمان نیست.

د) هبه

در صورتی که هبه معوضه باشد در صحیح و فاسد موجب ضمان است، زیرا مالک اقدام بر اعطای مجانی و بلاعوض نکرده است و عموم قاعده و علی الید مورد را در بر می گیرد. اما در صورت هبه غیر معوضه هم در صحیح و هم در فاسد غیر مضمونه است زیرا مالک خود اقدام بر هبه مجانی کرده است و در نتیجه قاعده « مالا یضمن بفاسده لا یضمن بفاسده » جاری می باشد (همان).

هـ) صلح

در صورتی که صلح غیر معوض باشد در صحیح و فاسد، هر دو مضمونه است همانند هبه غیر معوض و از مصادیق قاعده « ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده » است و در صورتی که صلح معوض باشد، حکم بیع را دارد. در صحیح آن ضمان مسمی و در فاسد آن، ضمان واقعی ثابت است.

#### فهرست منابع و مآخذ:

- ۱- ابن ادریس (محمد بن ادریس الحلی) السرائر، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۰، ج ۲
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، انتشارات مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول قم، ۱۴۱۸ ج ۴.
- ۳- بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقہیة، نشر الہادی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹، ج ۲ و ۴.
- ۴- تذکرۃ الفقہاء، منشورات المکتبۃ الرضویۃ، بی چا قم، بی تا، ج ۲.
- ۵- توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه، انتشارات وجدانی، چاپ دوم، قم، ۱۳۷۱، ج ۳.
- ۶- تیموری تاجمیری، امیر، فرهنگ عبارات و اشارات حقوقی، انتشارات مؤسسه فرهنگی آفرینه چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
- ۷- حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۲ ج ۱
- ۸- حسینی روحانی، سید محمد، فقه الصادق، مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۳، ج ۱۶
- ۹- شهیدی، مهدی، اصول قرار دادها و تعهدات، انتشارات مجله، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۳.

- ۱۰- شهیدی اول ( محمد بن جمال الدین مکی العاملی ) ، الدروس ، مؤسسه النشر الاسلامی ، چاپ اول ، قم ۱۴۱۴ ج سوم .
- ۱۱- شیخ طوسی (ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی) المبسوط فی فقه الامامیه انتشارات المكتبة المرتضیة ، بی چا ، بی چا ، ۱۳۸۷ ، ج ۲
- ۱۲- طباطبائی ، سید علی ، ریاض المسائل ، انتشارات مؤسسه آل البيت ، بی چا قم ، ۱۴۰۴ ج ۲
- ۱۳- علامه حلی (یوسف بن علی بن مطهر) مختلف الشیعه ، مؤسسه النشر الاسلامی چاپ اول ، قم ۱۴۱۳ ، ج ۵
- ۱۴- کرکی ، شیخ علی بن الحسین (محقق ثانی ) ، جامع المقاصد ، مؤسسه آل البيت ، چاپ اول ، قم ، ۱۴۰۸ هـ-ق ، ج ۴
- ۱۵- گرجی ، ابوالقاسم ، مقالات حقوقی ، موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران چاپ سوم ، تهران ۱۳۷۸ ، ج ۱.
- ۱۶- محمدی ، ابوالحسن ، قواعد فقه ، نشر دادگستر ، چاپ چهارم ، تهران ۱۳۷۹
- ۱۷- شهید الثانی، مسالک الافهام ، مؤسسه المعارف الاسلامیه ، چاپ اول ، قم ۱۴۱۴ ، ج ۳.
- ۱۸- مصطفوی ، سید محمد کاظم ، القواعد ، مؤسسه النشر الاسلامی ، چاپ چهارم ، قم ، ۱۴۲۱.
- ۱۹- نجفی ، شیخ محمد حسن ، جواهر الکلام ، انتشارات دار الکتب الاسلامیه چاپ سوم تهران ، ۱۳۶۷ ، ج ۳۷.

