

بررسی قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» با توجه به مکاسب شیخ

انصاری و بازتاب آن در قانون مدنی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۳۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۳۱

محمد تقی شورگشتی^۵

چکیده

از قواعدی که در فقه مورد استناد فقها در راستای حل مسائل فقهی در باب ضمان در معاملات انجام گرفته، قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» می‌باشد. از ویژگی‌های این قاعده این است که برخلاف بسیاری از قواعد فقهی، متن آن موجود در روایت نیست و بلکه انتزاعی فقها از ادله است. فلذا هم در متن و هم ادله آن اختلاف شده است که این اختلاف شامل اختلاف در تفسیر مفردات و ادله این قاعده می‌باشد. به طور مثال برخی فقها متن قاعده را به (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بالقبض فی فاسده) تغییر داده اند و یا در تفسیر عقد صحیح بصورت عقد صحیح شخصی و عقد صحیح صنفی و نوعی اختلاف کرده اند. در این مقاله به بررسی مفاد این قاعده و ادله آن با محوریت کتاب مکاسب شیخ انصاری پرداخته شد. تحقیق حاضر از نوع تحقیقات کیفی بوده و با روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است. برای جمع آوری اطلاعات نیز از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژگان ضمان، عقد صحیح، عقد فاسد، قانون مدنی.

^۵ دانش پژوه سطح ۴ حوزه علمیه قم و سطح ۲ حقوق و قضای اسلامی مدرسه عالی قضاوت،

مقدمه

از زمان خلقت انسان تا کنون، مبادلات مالی جزء لاینفک زندگی انسانها بوده که با مبادلات کالا به کالا آغاز و تا به امروز در قالب های جدید و پیچیده ادامه دارد؛ که همه و همه چرخه گردش پول و کالا در نظام های اقتصادی را تشکیل داده است. با پیشرفت جوامع از منظر حقوقی، قانون گذاران بر آن شده اند که برای حفظ نظم و جلوگیری و رفع اختلافات در مبادلات مالی، قوانین مختلفی را در زمینه احکام معاملات مالی جعل کنند.

نظام حقوقی اسلام که حاصل آموزه های خاتم النبیین (ص) و ائمه اطهار (ع) است، در این زمینه پیشتاز بوده و از آغاز به تبیین قواعد مختلف حقوقی بالخصوص حقوق معاملات پرداخته و این آموزه های اسلام طی قرن ها به دقیق ترین روش ها توسط شاگردان این مکتب به بحث و تبیین گذاشته شده است.

یکی از این قواعد، قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن به فاسده» می باشد؛ که یکی از قواعد راهگشا در رفع اختلافات در ضمان عوض در عقود فاسد است، می باشد. در این مقاله به بیان این قاعده و تنقیح مفردات آن و بررسی ادله این قاعده می - پردازیم و در نهایت به صورت مختصر به بازتاب این قاعده در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران می پردازیم.

بیان اجمالی مفهوم قاعده

قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» قاعده ای است که نه معقد اجماع است نه متن روایت. بلکه قاعده ای است انتزاعی توسط فقها.

معنی قاعده این است که اگر عقدی صحیحش ضمان می آورد، باطلش هم ضمان می آورد و اگر عقدی صحیحش سبب ضمان نبود، باطلش هم سبب ضمان نخواهد بود.

به طور مثال اگر بیعی واقع شود به صورت باطل و مبیع در دست مشتری تلف شود، مشتری ضامن مبیع است و باید عوض المثل آن را به بایع پرداخت کند. کما که اگر بیع صحیح می‌بود، مشتری ضامن عوض المسمی بود.

یا اگر مالی در عقد ودیعه صحیح در دست آخذ تلف شود، ودیعه گیرنده ضامن آن نیست. فلذا اگر مالی به ودیعه فاسده در دست ودیعه گیرنده تلف شود، ودیعه گیرنده ضامن نیست.

لازم به ذکر است که این قاعده ناظر به فرض تلف است نه اتلاف. که در ادامه به بررسی دقیق تر این قاعده می‌پردازیم.

تاریخچه قاعده

این قاعده متن هیچ روایتی نیست؛ بلکه تعابیر آن آن ساخته و پرداخته فقها است. البته در ادله مثبته این قاعده، روایات نیز موجود است. لذا بعداً بیان خواهد شد که بعضی اشکال کرده اند که: تعبیر به این عبارت (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) درست نیست و باید گفت (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بالقبض فی فاسده) که به بررسی آن نیز خواهیم پرداخت.

شیخ انصاری می‌فرماید: من این بیان از قاعده در قالب (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده) در کلام ما قبل علامه حلی ملاحظه نکردم. (علامه قرن ۷ می‌زیسته) اما این قاعده از کلمات شیخ در مبسوط ظاهر است (طوسی، المبسوط، بی تا: ج ۳، ص ۵۸-۶۵-۶۸-۸۵-۸۹): فَإِنَّهُ عَلَّلَ الضَّمَانَ فِي غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ: بَأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ؛ یعنی مثلاً زید از عمر خانه ای اجاره کرده اما این عقد به جهتی باطل بوده، مستاجر ضامن اجرت المثل این مدت است نه اجرت المسمی و شیخ طوسی در این موارد تعبیرش این گونه بوده: مستاجر اقدام بر ضمان کرده پس ضامن است که این مطلب شاهد بر صدر قاعده در کلام شیخ طوسی است.

اما شاهد بر ذیل قاعده در کلام شیخ طوسی این است که: و ذکر أيضاً فی مسأله عدم الضمان فی الرهن الفاسد: أن صحیحه لا یوجب الضمان فکیف یضمن بفاسده؟ (طوسی، المبسوط، بی تا: ج ۲، ص ۲۰۴؛ انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۲) که دال بر ذیل قاعده (ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده) است.

مثلاً وقتی در رهن باطل مال الرهانه تلف شود ضمان آور نیست؛ زیرا در صحیحش هم ضمان آور نیست. (زیرا امانت بود و ید مرتهن ید امانی بود)

بررسی مفردات قاعده

عقد

عقد، عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد (قانون مدنی ماده ۱۸۳). عقد در قاعده، شامل عقود جایز و لازم و شبه عقد ها می باشد (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۳). شبه عقد ها ایقاعاتی هستند که عوض و معوض دارند مثل جعاله و خلع (البته بنا بر اینکه خلع عقد نباشد)

ضمان

از ضمن یضمن. یعنی کفیل و عهده دار شدن (لغتنامه دهخدا). در مقام ما به معنی این است که درک مضمون (تدارک و جبران با بدل مال تلف شده) بر این شخص ضمان است.

یعنی این مال، مال غیر است و خسارتش باید از اموال شخصی که در دستش تلف شده داده شود.

گفتیم ضمان یعنی تدارک و جبران آن خسارت. اما این تدارک چگونه است؟ سه گونه تدارک ممکن است فرض شود:

۱- تدارک به بدل مسمی. که در عقود صحیحه جریان دارد.

۲- گاهی تدارک به بدل واقعی است. مثلاً در مقبوض به بیع فاسد که در دست شما

تلف شود، به قیمت واقعی مضمون است.

۳- گاهی شخص ضامن است به اقل الامرین از عوض واقعی و عوض معین:

این ضمان اقل الامرین، در جایی است موهوب در هبه معوضه قبل از اینکه عوضش را بدهی، در دست هبه گیرنده تلف شود. مثلا هبه معوضه کرده اند کتابی را به ده هزار تومان. در حالی که قیمت اصلی آن کتاب صد هزار تومان است. و در این فرض قبل از تحویل عوض توسط هبه گیرنده، کتاب در دست وی تلف شود. اما در این فرض، ضامن چرا باید اقل الامرین را بدهد؟

زیرا اگر اقل الامرین، همان عوض توافقی باشد، که همان را می دهد زیرا توافق شان بر آن بوده. اما اگر قیمت واقعی کمتر از قیمت توافقی بود، می تواند قیمت کمتر را بدهد، زیرا تا زمانی که عین موهوب موجود بود، می توانست عین موهوب را پس بدهد (هبه عقد جایز است) و حالا که تلف شده بدل واقعی اش را بدهد.

از سه مورد بالا کدام یک معنی ضمان است؟

در (ما یضمن بصحیحه) که بلاشک مراد از ضمان، ضمان مسمی می باشد. اما در مراد از ضمان در (ما یضمن بفاسده) اختلاف شده است.

دلیل بر ضمان عوض واقعی

اگر کلمه ضمان مطلق بیاید (که در قاعده مطلق آمده (یضمن بفاسده)) منصرف به ادای عوض واقعی است.

شاهد این مطلب آن است که اگر در عاریه شرط ضمان کنند، مشروط علیه ضامن قیمت واقعی است که مثل یا قیمت است.

علاوه بر آن، ضمان به بدل مسمی نمی تواند باشد. زیرا اگر ضمان به بدل مسمی بود، این یعنی صحت عقد و دیگر فساد عقد بی معنی می شد. زیرا این قرارداد بی اثر شد و باطل. به این معنی که اگر قرارداد اگر صحیح بود باید عوض المسمی را می داد؛ و حالا که قرارداد باطل است، باز هم همان عوض المسمی را بدهی. پس اثر فساد عقد چه شد؟

دلیل بر ضمان مسمی

وحدت صیاغ این اقتضا را دارد که مراد از ضمان در (یضمن بفاسده)، ضمان مسمی باشد. زیرا در یضمن بصحیحه مراد ضمان عوض مسمی بود پس به یضمن بفاسده هم باید مراد ضمان مسمی باشد.

شیخ پاسخ می‌دهد بر این دلیل:

ممکن است که مراد از ضمان، ضمان مسمی باشد. کما که در معاطات، عوضین ملک طرف مقابل نمی‌شد. ولی با تلف یکی از عوضین، طرف دیگر عوض آن می‌شد. ولی این امر نیاز به دلیل خاص دارد ولی دلیل خاص نداریم و قاعده اقتضای ضمان واقعی را می‌کند.

نظر نهایی شیخ انصاری در معنی ضمان: ضمان یعنی تدارک. اصل در تعبیر به تدارک این است که حمل شود به تدارک واقعی و سایر انواع تدارک (به عوض مسمی و...) نیاز به بیان دارد و نفس تدارک از آنها منصرف است (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۴).

تفسیری شاذ از ضمان

برخی اینگونه تفسیر کرده اند ضمان را: کالای تلف شده ابتدا ملک تلف کننده شده و تلف شده. (بخلاف بالا که کالای تلف شده مال غیر بود). این تفسیر صحیح نیست. زیرا تعبیر به (ضمان مال تلف شده) با این بیان سازگار نیست. زیرا معنی ندارد شخص ضامن مال خودش باشد. بلکه ضامن مال غیر میشود. فلذا لزومی ندارد گفته شود این کالای تلف شده مال تلف کننده است (به ملکیت آنا مایی مالک شده باشد و به ملکیت به تلف است نه ملکیت به بیع). بلکه ضمان، تعهدی است که فرد نسبت به غیر دارد.

علاوه بر آن تلف از عوامل منتقل کننده ملکیت نیست که گفته شود این کالای تلف شده در ملک تلف کننده تلف شده. آن هم تلفی که موخر از انتقال ملکیت باشد.

ضمان به بدل واقعی به چه صورتی اعمال می‌شود؟

اگر کالا مثلی بود باید مثل آن تدارک شود و اگر قیمی بود باید قیمت آن پرداخت شود.

برای تبیین پاسخ این سوال، باید اموال از حیث فراوانی و اشباه و نظایر به دو دسته زیر تقسیم کنیم: (توکل، آوزش جامع حقوق مدنی، ۱۳۹۹: ج ۱، ص ۱۰۱؛ صفایی و رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد ها)، ۱۳۹۹: ص ۲۵۲؛ بجنوردی، قواعد الفقهیه، ۱۳۸۹: ج ۴، ص ۵۹ و ۶۴)

اموال مثلی: اموالی که عرفا اشباه و نظائر آنها زیاد باشد. مانند برنج یا یک عدد پراید صفر.

اموال قیمی: مالی که دارای اشباه و نظائر نیست و یا اشباه و نظائر آن عرفا کم باشد. مثل کتب خطی قدیمی یا یک شیء عتیقه. که اموال قیمی خود دو دسته اند:

اموال قیمی مطلق: که امثال آن کالاها مطلقا وجود ندارد.

اموال قیمی نسبی: که امثال آن کالا وجود دارد اما عرفا فراوان و در دسترس نیست. مثل سکه های عهد ساسانیان.

کل عقد

تا اینجا بیان شد که قاعده این بود: کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده. یعنی هر عقدی که صحیحش صاحب عقد را ملزم می کند عوض مسمی را بپردازد، همان عقد فاسدش هم ملزم می کند شخص را که عوض واقعی را بدهد (البته اگر معلق عقد را اخذ باشد و تلف کرده باشد)

همچنین بیان شد که (یضمن) در صدر عبارت به معنی ضمان عوض مسمی بود و یضمن در ذیل قاعده نیز به معنی ضمان واقعی است.

اما کل عقد چگونه باید تفسیر بشود؟

نباید کل عقد را صرفا بر اساس نوع عقد تفسیر کرد (صلح و بیع و اجاره و...) و گاهی باید بصورت صنفی تفسیر کرد (صلح معوض و غیر معوض و عاریه طلا و نقره و عاریه

غیر طلا و نقره). مثلاً: اگر شخصی صلح معاوضی انجام بدهد، و صلح باطل باشد به جهتی و مال در دست گیرنده تلف بشود؛ آیا گیرنده مال ضامن آن است یا خیر؟ ممکن است گفته شود: ضامن نیست. چرا که صلح ضامن آور نیست و در عقد صلح بر حسب طبعش و بر حسب نوع آن ضامن نیست. این حرف صحیح نیست. زیرا باید با توجه به صنف صلح سنجد (صلح معاوضی و غیر معاوضی بودن) نه به حسب نوع صلح. که در اینجا صنف صلح ما، صلح معاوضی است؛ که در صلح معاوضی صحیحش ضامن آور است. پس باطلش هم باید ضامن آور باشد. البته گاهی باید با توجه به نوع سنجد. مثل بیع یا اجاره. اما مثلاً عاریه را باید با صنف سنجد؛ که عاریه طلا و نقره ضامن آور است؛ اما عاریه کتاب ضامن آور نیست.

پس ملاک مان در کل عقد، این است که:

اگر اصناف عقد نسبت به ضامن در صحیح حکم مختلف دارند، و صنفی صحیح موجب ضامن می‌شود و صنفی موجب ضامن نمی‌شود، ملاک سنجد ما می‌شود صنف عقد. اما اگر اصناف عقد حکم مختلف ندارند و همه از جهات ضامن در صحیح یکسان اند، آنگاه به صورت نوعی سنجد می‌شود (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۵).

اعتبار تحقق ضامن از ناحیه عقد

شیخ انصاری می‌فرماید: ظاهر این قاعده این است که ضامن در مایضمن بصحیح، صرفاً شامل ضامن از ناحیه عقد است، نه ضامن ناشی از شرط. زیرا ضمیر بصحیح به عقد بر می‌گردد. یعنی ضامن بواسطه عقد است.

فلذا اگر در عقد اجاره باطل، شرط ضامن کنی بر مستاجر نسبت به عین مستاجر؛ و بعد عین مستاجر در دست وی تلف شود، نمیتوانی بگویی او ضامن است به استناد این قاعده. زیرا ید او امانی بوده و قاعده ما یضمن جاری نمی‌شود زیرا قاعده ما یضمن در جایی

اجرا می شود که ضمان ناشی از عقد باشد در فرض صحت عقد. نه از ناحیه شرط؛ که در مثال مذکور ضمان از ناحیه شرط است (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۵ و ۱۸۶).

البته صاحب ریاض فرموده اند:

از فساد عقدی که صحیحش ضمان آور است، ضمان پدید میاید مطلقا (طباطبایی،

ریاض، ۱۴۳۱ق: ج ۱، ص ۶۲۵

یعنی ولو این ضمان در عقد در صورت صحیح بودن آن، از ناحیه شرط باشد نه

عقد.

قول دیگر در تفسیر کل عقد:

احتمال سومی داده شده در عبارت قاعده ما لا یضمن که:

اگر هر عقدی بصورت شخصی صحیحش ضمان آور بود، فاسدش ضمان آور است

و اگر بصورت شخصی فاسد بود، فاسدش ضمان آور نیست.

یعنی دیگر نگاه نوعی و صنفی نداریم و نگاه شخصی داریم.

مثلا بیعی بین زید و عمر واقع شده ولی ثمن نفی شده بود و میع در دست مشتری

تلف شده. در این صورت بنا بر ملاک بودن صنف و نوع می گوییم: بیع صحیحش ضمان آور

است و فاسدش ضمان آور است و قابض میع باید عوض این میع تلف شده را به بایع بدهد.

اما بنا بر صورتی که ملاک را عقد شخصی بدانیم می گوییم: این بیع صحیحش ضمان

آور نبود زیرا بلا ثمن بود و اگر بیع بلا ثمن صحیح بود، برای مشتری ضمانتی نبود (زیرا بلا ثمن

بود). پس باطلش هم ضمان آور نیست. فلذا تلف میع در دست قابض، سبب ضمان او نیست

یا مثلا در اجاره بلا اجرت که مستاجر ۶ ماه از عین مستاجره استفاده کرده، بنا بر اینکه

ملاک صنف یا نوع صحیح باشد، باید اجرت المثل این شش ماه را بدهد این مستاجر. ولی بنا

بر اینکه ملاک، صحت شخصی باشد دیگر ضمانتی ندارد زیرا مصداق ما یضمن بصحیحه

نمی‌شود. زیرا اگر اجاره بی اجرت صحیح بود، برای مستاجر ضمانتی نبود زیرا اجاره بی اجرت بود (نجفی، جواهر، ۱۳۶۷: ج ۲۷، کتاب الاجاره، ص ۲۴۷).

البته اگر وجه قاعده ما یضمن را اقدام بدانیم، این حرف صحیح است زیرا این خریدار و این مستاجر، اقدام به ضمان نکرده‌اند. بلکه اقدام بر عدم ضمان کرده. که بحث از دلیل قاعده امری است که در فصل خودش بیان خواهد شد (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۷).

شیخ انصاری به این امر که ملاک از عقد، عقد شخصی است پاسخ می‌دهد: که ملاک از (کل عقد یضمن بصحیحه)، صحت شخصی نیست. زیرا مشتق (صحیح) ظاهر در متلبس بالفعل است نه بالقوه. و آنچه که بالفعل صحیح دارد، عقد نوعی و صنفی است؛ و عقد شخصی (بیع بلائمن خارجی) متلبس بالفعل به صحیح ندارد بلکه صحیح فرضی دارد (لو کان بیعا صحیحا).

پس تفسیر صحیحه به صورت صحیح بالفعل خارج از ظهور است (همان)

ب در بصحیحه و بفاسده

که در غالب پاسخ به سوال زیر به بیان دو معنی احتمالی ب می‌پردازیم.

چرا از معنی ب بحث می‌کنیم؟

اگر بیعی واقع شود ولی عین ثمن اخذ نشده تلف شود، مشتری ضامن نیست؛ اما اگر مبیع را اخذ کرده و قبل از دادن ثمن، این مبیع تلف شود، ضامن است. فلذا عده ای گفته‌اند این قاعده باید اینگونه بیان شود (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بالقبض فی فاسده).

شیخ معتقد است به این تغییر در قاعده نیازی نیست.

زیرا یا ب را به معنی فی (ظرفیت) می‌گیریم (کل عقد یضمن فی صحیحه یضمن فی فاسده) یعنی هر عقدی که در صحیحش ضمان می‌آید در فاسدش هم ضمان می‌آید؛ و اصلا تعرضی به سبب ضمان نشده در قاعده، که گفته شود سبب ضمان عقد باشد یا قبض باشد.

و در نتیجه اشکال نمیشود که باید قاعده تغییر یابد به (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بالقبض فی فاسده) (همان)

پس یعنی بنا بر تفسیر ب به ظرفیت، سبب ایجاد ضمان امری می شود خارج از قاعده و نیازمند به بیان جداگانه.

یا ب را به معنی سببیت می گیریم. (هر عقدی به سبب صحیحش ضمان میامد به سبب فاسدش هم ضمان میاید)

ولی معنی کردن ب به سببیت ممکن است دو اشکال ایجاد کند. یکی در صدر و و یکی در ذیل قاعده:

۱- صدر قاعده (ما یضمن بصحیحه): شامل صرف و سلم نمی شود. زیرا در آنها ضمان به صرف عقد نمی آید.

که شیخ پاسخ می دهد: سبب را اعم از سبب عقد تام و ناقص می گیریم. و عقد صحیح جزء علت ضمان است که با قبض می شود علت کامل. پس به صرف و سلم نقض نمی شود صدر قاعده.

۲- ذیل قاعده (یضمن بفاسده): عقد فاسد سبب ضمان نیست بلکه قبض تمام علت ضمان است و عقد اصلا وجود ندارد که بخواهد سبب ضمان بشود.

که این اشکال را هم شیخ پاسخ می دهد که سببیت، اعم است از سببیت تامه و ناقصه. سببیت ناقصه عقد در ضمان از این جهت است که، عقد سبب قبض شده و قبض سبب ضمان. فلذا عقد فاسد سبب با واسطه می شود. پس با توضیحات مذکور لازم نمی آید که متن قاعده به (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بالقبض فی فاسده) تبدیل شود (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۷ و ۱۸۸).

بررسی ادله قاعده

گفتیم قاعده ما یضمن نه متن روایت است و نه معقد اجماع. طبقین قاعده، اگر عقد باطلی انجام بشود که صحیحش ضمان آور است، در صورت تلف مال ماخوذه، قابض

ضامن آن مال است. مثلا اگر شخصی گوسفندی را از دیگری به ۱۰۰ هزار تومان بخرد به عقد فاسد و بعد این گوسفند تلف بشود، این خریدار ضامن قیمت واقعی این گوسفند است که ممکن است یک میلیون تومان باشد.

اما به چه دلیلی مقبوض به عقد فاسد مضمون است؟ آنها هم مضمون به بدل واقعی حین التلف که ممکن است با قیمت واقعی حین القبض (که قیمت حین القبض معمولا با قیمت واقعی برابر است) تفاوت فاحش داشته باشد. برای این قاعده ادله مختلفی ذکر شده که به بیان آنها می‌پردازیم:

دلیل اول: قاعده اقدام

شهادت این قاعده را در مسالک از ادله قاعده ما یضمن دانسته. (عاملی جیبی (شهادت ثانی)، مسالک، ج ۴، ص ۵۶).

که مشتری زمانی که مبیع را اخذ می‌کند، التزام دارد که عوض و بدل آنرا بدهد. بدل دو گونه است. بدل مسمی و بدل المثل. با توجه به بطلان عقد، التزام به پرداخت بدل مسمی منتفی است اما التزام به پرداخت اصل بدل باقی است که در این فرض متعین می‌شود در التزام به پرداخت بدل المثل.

به عبارت دیگر: اگر کسی اقدام می‌کند به اخذ کالای دیگران در مقابل عوضی (و نه بصورت مجانی)، به سبب عقد صحیح باید عوض المسمی بدهد. اما اگر عقد باطل بود و مبیع در دست وی تلف شد دیگر باید عوض المثل بدهد؛ زیرا اصل لزوم عوض دادن مسلم است و عوض المسمی منتفی است، زیرا عقد باطل بوده. پس متعین می‌شود عوض بر بدل واقعی.

به این استدلال توسط شیخ ۳ اشکال شده:

۱ - آنچه اقدام بر آن شده، اقدام به بدل مسمی است نه به بدل واقعی. پس اقدامی به بدل واقعی نشده و لذا قاعده اقدام جاری نیست (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۹). (۱۸۸).

این اشکال شیخ، نفی استدلال مستدلین به قاعده اقدام در مقام ثبوت است. یعنی مستدل به قاعده اقدام، ادعایی دارد که حتی قابلیت تصور هم ندارد. پس باید تصویری دقیق تر از حرف مستدلین به قاعده اقدام کرد.

می توان اینگونه نظر مستدلین به قاعده اقدام را بیان کرد:

که خریدار باید بداند که قانون این است که اگر قرارداد باطل بود، باید مال فروشنده را پس بدهد و پس دادن یا به پس دادن عین است اگر موجود باشد، و اگر عین موجود نبود باید مثل و قیمت آنرا بدهد. پس خریدار اقدام بر ضمان کرده. و اگر به معامله ای اقدام کند، باید تبعات حقوقی آنرا نیز بپذیرد که اثر آن ضمان در فرض فساد است.

البته در ادامه توضیح اشکال شیخ اینگونه باید بگوییم که:

با توجه به بطلان قرارداد، اقدام به ضمان مسمی منتفی شد و اقدام بر اصل ضمان (ضمان بقول مطلق که منطبق بر بدل واقعی بشود) نیز دلیلی نداریم که ایجاد شده باشد. و باید ضمان از سایر ادله اثبات شود؛ مثل علی الید و من اتلف و... که در این صورت آن ادله می شود دلیل ضمان، نه قاعده اقدام. اللهم الا ان یقال که مراد آنها از اقدام، همان علی الید و سایر ادله باشد (و فیه تامل)

ظاهر کلام شیخ این است که استناد به اقدام و علی الید در کلام شیخ طوسی بوده برای اولین بار (طوسی، المبسوط، بی تا: ج ۲، ص ۲۰۴) ولی تعبیر شیخ طوسی با شهید فرق دارد؛ زیرا بیانات شیخ طوسی اقدام و علی الید را متمم یکدیگر می داند ولی شهید در مسالک آنها را دو دلیل مجزا می داند. که در آینده بیان خواهد شد که فرض متمم بودن قاعده اقدام و ید توسط یخ انصاری پذیرفته شده است.

۲- قاعده اقدام و قاعده مایضمن، نسبت اعم و اخص من وجه دارند فلذا به قاعده اقدام نمی توان استناد کرد برای اثبات قاعده مایضمن زیرا دلیل باید با مدعی نسبت تساوی داشته باشد (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۹).

بیان این نسبت

گاهی اقدام هست که ضمان نیست و گاهی ضمان هست و اقدام نیست. مثلا زمانی که قبل از قبض بعد از اجرای صیغه معامله مبیع در دست بایع تلف شود. خود اجرای صیغه در اینجا این عمل اقدام است ولی ضمان حاصل نمی‌شود.

و گاهی اقدام نیست ولی ضمان هست. مثلا در عقد بیع شرط ضمان بیع بر بایع شود اگر در ید مشتری تلف شود آن مبیع. در این صورت اقدام نیست ولی ضمان هست و اگر تلف بشود در دست مشتری در صورتی که عقد فاسد باشد، مشتری باید خسارت بدهد. مثلا بلائمن بخرد مشتری کالایی را (که اقدام بر ضمان نکرده) و در دست این مشتری آن مبیع تلف شود. در این فرض بر مشتری ضمان آن مبیع هست در صورت تلف زیرا عقد باطل بود (بیع بلائمن باطل است).

۳- حتی اگر اقدام کرده باشد بر ضمان، چرا اقدام سبب ضمان باشد؟

به عبارت دیگر: سببیت اقدام برای ضمان دلیل می‌خواهد. اقدام در بیع صحیح (که سبب ضمان است) برای این سبب ضمان است، که شارع سببیت آنرا امضا کرده که مشتری ضامن عوض المسمی باشد. اما در بیع فاسد دلیلی نداریم که شارع امضا کرده باشد که اقدام سبب ضمان است (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۹).

نظر شیخ نسبت به استدلال شیخ طوسی

اما علیرغم اشکالات مذکور در بحث قاعده اقدام، شیخ توجیه می‌کند استدلال مستدلین به قاعده اقدام را: می‌فرماید: شیخ طوسی اقدام را دلیل مستقل قرار نداد بلکه در کلام وی عمده دلیل خبر علی الید و امثال آن است.

سوالی که از شیخ می‌شود این است که پس چرا شیخ طوسی قاعده اقدام را ذکر کرده؟ (طوسی، المبسوط، بی تا: ج ۲، ص ۲۰۴).

شیخ طوسی اقدام را ضمیمه کرده تا مواردی را از تحت علی الید خارج کند. مثلا در عاریه و در ودیعه و هبه (که باطلش قرار است ضمان آور نباشد)، اگر باطل باشند و کالا در دست متهم و گیرنده تلف شود، از آنجا که اقدام بر ضمان نکرده است، علی الید باید

جاری بشود و ضمان بیاید. زیرا اذن موجود منوط به صحت عقد بود. پس ید دارنده می‌شود ید غیر ماذون و ضمان آور. اما شیخ طوسی با ضمیمه اقدام بر علی الید، جلوی شمول قاعده علی الید بر این موارد را گرفته. زیرا در این موارد (هبه و ودیعه و عاریه باطل) اقدام بر ضمان نیست

و شیخ در نهایت متمم بودن اقدام برای علی الید را قبول می‌کند.

دلیل دوم: حدیث علی الید

علی الید ما اخذت حتی تودی

توضیح استدلال:

در عقد فاسد، مال هر یک در ید دیگری است و به موجب قاعده علی الید ما اخذت حتی تودی، طرفین ملزم هستند مال دیگری را به مالکش پس بدهند. زیرا مراد از ید، ید غیر ماذون است و در فرض مذکور رضایت به ید ناشی از معامله صحیح تعلق گرفته حال آنکه آنچه واقع شده معامله باطل است پس رضایتی به این ید نیست و ید آخذ، ید غیر ماذون است و ملزم به رد آن به مالکش. پس اگر عین مال هست، عین مال را پس بدهند و اگر عینش نیست بدلش را بدهند.

حدیث علی الید اگر چه ضعف سند دارد اما عمل مشهور جابر آن است (انصاری،

المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۸۹ و ۱۹۰)

اشکال شیخ به استدلال به این روایت:

اگر مستند قاعده ما یضمن، علی الید باشد، این قاعده شامل عقود واقع بر حقوق و غیر اعیان نمی‌شود. زیرا علی الید ما اخذت حتی تودی، ظهور در این دارد که مقبوض از اعیان باشد. زیرا ید و اخذ به اعیان اسناد داده می‌شود. مثلاً در اجاره منافع تحت ید قرار نمی‌گیرد.

البته برای اثبات ضمان در منافع به سراغ سایر ادله می‌توان رفت (لایحل مال..)

(انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۰).

اشکال می‌شود به این اشکال شیخ:

ید فی کل شیء بحسبه. نسبت به اعیان ید بر خود عین است. ید نسبت به منفعت همان ید بر عین دارای منفعت است. مثلا اگر ۶ ماه بر خانه ای که به اجاره باطل اجاره داده شده بود ید داشت، بر منافع ۶ ماه آن خانه ید داشته. علاوه بر آن اشکال، ممکن است اشکال شود به اشکال شیخ که ممکن است اگر ید و اخذ، ظهور در اعیان داشته باشد، از ظهور آن در اعیان الغای خصوصیت کنیم و به حقوق و منافع هم تسری بدهیم.

دلیل سوم: احترام مال مسلم

مقصود از قاعده احترام به مال مسلم، مصونیت اموال آنها از تعدی و تفریط است. بدین معنی که اولاً تعدی و تجاوز نسبت به آنها جایز نیست و ثانياً در صورت انجام این تعدی و تفریط، فرد خاطی مسئول است (محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی، ۱۳۹۷: ص ۲۹۳).
ادله این قاعده روایات زیر است که دال بر حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن مالک است:

لایحل مال امرء الا عن طیب نفسه (عاملی، وسائل الشیعه، ۱۴۱۶ق: ج ۳، ص ۴۲۵)؛
لایجوز لاحد ان یتصرف فی مال الغیر الا باذنه (همان، ج ۱۷، ص ۳۰۹)؛ حرمت مال المسلم کحرمت دمه (همان، ج ۸، ص ۵۹۹) که همه این موارد دال بر احترام مال مسلم هستند.
شیخ انصاری یکی از ادله قاعده ما یضمن را این قاعده می‌داند. به این بیان که عدم ضمان در عقدی که صحیحش ضمان آور بود، با احترام مال مسلم منافات دارد. زیرا مثلا اگر بیعی انجام شد بصورت فاسد و مبیع در دست مشتری تلف شد، اینجا مشتری ضامن نباشد، این یعنی عدم احترام مال فروشنده زیرا یک شخصی توانسته مال دیگری را بدون دادن اذن یا عوضی تلف کند.

دلیل چهارم: ادله نفی ضرر

قاعده لاضرر به بیان نفی ضرر در اسلام پرداخته است. وجه استدلال به این قاعده به

این صورت است:

اگر قائل شویم که فردی که با عقد صحیح اگر کالا اخذ می‌کند و در دست وی تلف می‌شد ضامن عوض می‌بود، در فرض اینکه عقد فاسد باشد و کالای اخذ شده در دست وی تلف بشود ضامن نیست، این موجب حکم ضرری و ضرر به طرف مقابل است؛ زیرا یعنی مال غیر را با عقد فاسد (که عامل رفع اذن در تصرف است) تلف کند و ضامن نباشد؛ و این حکم ضرری است، که حکم ضرری در اسلام با قاعده لاضرر نفی شده است.

بررسی یکی از موارد مشکل در قاعده ما یضمن

یکی از عقود صحیحش ضمان آور است عقد سبق است. فاسدش هم باید ضمان آور اجرت المثل عمل شخص برنده را. برنده مسابقه دو ساعت دویده مثلاً. بازنده مسابقه که اقدام بر ضمان ۲ ساعت دویدن که نکرده. علی الید هم که اعمال را شامل نمی‌شد زیرا بر دویدن این فرد برنده یدی حاصل نشد. لایحل مال امرء الا عن طیب نفس و احترام مال مومن هم جریان ندارد زیرا نفعی برای بازنده حاصل نشده؛ و دویدن برنده هم به دستور بازنده انجام نشد. بخلاف جایی که اجاره باطل بوده و منافع توسط مستاجر استیفا شده و مستاجر از مال غیر نفع برده که در آنها لایحل مال امرء... جاری می‌شود.

شیخ در ادامه می‌گوید: (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۰)

عقد سبق تخصصاً از قاعده ما یضمن خارج است نه تخصیصاً. زیرا عقد مسابقه همان صحیحش هم علی القاعده نباید ضمان بیاورد زیرا قمار است و اکل مال به باطل است که در برخی موارد ماذون شده؛ مثل تیر اندازی که در آنها هم، اگر بعض مواردش مثل تیر اندازی هم ضمان بیاورد، به حکم شرعی و تعدی است. (نه اینکه ضمان ناشی از عقد باشد) که اقتضار بر مورد خودش می‌شود و تعدی نمیتوان داد ضمان را به عقد سبق های باطل .

تأثیر علم به فساد در ضمان

در معامله فاسد که مال در دست یکی از طرفین تلف می‌شود ۴ صورت تصویر دارد:

بررسی قاعده «ما یضمن» با توجه به احکام شرعی ضمانت

هیچکدام خبر از فساد ندارد (نع قابض نه عالم)

هر دو عالم به فساد هستند

قابض عالم به فساد است و دافع جاهل به فساد

دافع عالم به فساد است قابض جاهل به فساد است

قاعده کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده در هر چهار صورت جاری است.

حتی اگر دافع عالم به فساد است و قابض جاهل به فساد باشد.

ممکن است در فرض علم دافع به فساد و جهل قابض به فساد گفته شود:

دافع که می داند معامله فاسد است و مال خود را به دیگری داده، این در حکم تلف

است و عیناً اقدام دافع به تلف مال خود است. حتی ممکن است گفته شود با این کار قابض

را فریب داده است. حتی می تواند زمینه کلاهبرداری شود. به این صورت که مثلاً برای

گوسفندی که ۱ میلیون ارزش دارد مشتری ای پیدا نمی شود. و مالک این حیوان در قالب بیع

فاسدی (که خریدار نداند آن فاسد است) می آید و آن را به ۲۰۰ هزار تومان به خریدار

می فروشد و خریدار آنرا ذبح می کند. حال فروشنده با ادعای فساد عقد می آید و قیمت واقعی

را به استناد قاعده ما یضمن (که ۱ میلیون تومان است قیمت واقعی) از خریدار می گیرد.

شیخ معتقد است حتی اگر مشتری جاهل به فساد و بایع عالم به فساد باشد بازهم

ضامن است. زیرا مشتری که کالا گرفت، گرچه جاهل به فساد بود، ولی به عنوان مبیع گرفت.

و کسی که کالایی را بعنوان مبیع بگیرد، اقدام بر ضمان بدل آن کرده و در صورت تلف

ضامن است و قاعده علی الید جاری می شود و ضامن است (و فیه تامل شدیداً)

ظاهر عبارت شیخ این است که حتی در فرض کلاهبرداری بالا هم قابض ضامن است

(انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۲).

که در حرف شیخ مناقشه است که در فرض اقدام بایع با علم به فساد عقد، اولاً این

کار بایع مصداق بارز در معرض تلف قراردادادن و سلب احترام از مال خود است و ثانیاً اینکه

در فرض مذکور قابض ضامن باشد، موجب حکم ضرری است که به موجب لاضرر نفی شده است.

بررسی عکس قاعده

ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده

که عقدی که صحیحش ضمان آور نیست، فاسدش هم ضمان آور نیست در صورتی که عین در دست قابض تلف شود. مثلاً عقد عاریه و ودیعه، صحیحش مال را مضمون بر قابض قرار نمی دهد. پس فاسدش هم ضمان آور نیست.

و کالت و رهن و مضاربه و اجاره (نسبت به عین مستاجر نه منافعهش) نیز همینطور است.

عاریه مضمونه هم فسادش ضمان ندارد. زیرا ضمان ناشی از شرط است نه به سبب عقد (بنا بر اختلافی که گذشت که ملاک از ضمان و ضمان ناشی از عقد است یا ضمان ناشی از شرط را هم شامل است)

مستند عکس قاعده

صدر قاعده که کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده بود، مستندش بیان شد (علی الید و امثال آن). اما ذیل قاعده (کل عقد لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده) مدرکش چیست؟ بسیاری از عقود صحیحش ضمان آور نیست اما چرا فاسدش ضمان آور نباشد؟ ممکن است ابتدا کسی بگوید ذیل قاعده غلط است. زیرا اساساً و طبق قاعده، عقد فاسد موجب ضمان است. زیرا زمانی که عقد فاسد بود (حتی هبه) مال غیر بصورت غیر ماذون در دست آخذ است. (زیرا اذن منوط به صحت عقد بود و عقد که فاسد بود پس آن اذن هم منتفی است) و علی الید ما اخذت حتی تودی در آن جاری می شود. پس ضمان می آورد.

شیخ طوسی در اثبات عکس قاعده بیان کرده :

بررسی قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» با توجه به کتب شیخ انصاری و اثبات آن در قانونی

الرهن لایضمن بصحیحه فکیف یضمن بفاسده؟ (طوسی، المبسوط، بی تا: ج ۲، ص ۲۰۴).

از بیان شیخ طوسی اینگونه برداشت می‌شود که وی دلیل ذیل قاعده را اولویت می‌داند.

بیان اولویت:

منشا ضمان در بیع صحیح یکی از دو مورد زیر است:

۱- یا اقدام است که در عاریه و هبه و رهن و امثالهم اقدام بر ضمان نشده

۲- یا منشا ضمان حکم شارع است.

حکم شارع به ضمان (در بیع صحیح) از راه امضای عقد و تصحیح عقد است. در رهن و عاریه و هبه و امثالهم (که صحیحش که عقدی بود امضا شده از طرف شارع بود) ضمان نبود؛ پس در فاسدش (که هم امضای شارع بر ضمان و صحت را ندارد و اقدام را هم ندارد) ضمان ایجاد نمی‌شود.

به این بیان اشکال شده:

ممکن است در رهن صحیح، نفس صحت عقد سبب عدم ضمان بشود. زیرا اقدام بر اخذ مال (مال الرهانه و عین مستاجر و مال موهوبه و امثالهم) بدون اقدام بر ضمان انجام شده، و شارع هم آنرا تنفیذ کرده؛ فلذا در فرض صحت ضمانی در کار نیست.

ولی در رهن فاسد و امثاله، فساد سبب ضمان است. زیرا:

صحیح نیست و امضای شارع را ندارد (که صحت عامل عدم ضمان بود)

۲- ید آخذ بر این مال، ید غیر ماذون است. پس علی الید ما اخذت حتی تودی در

آن جاری می‌شود و ضمان می‌آید.

شیخ به این اشکال جواب می‌دهد:

اگر قائلیم به اینکه رهن و اجاره و ودیعه فاسد و.. (عقودی که صحیحش ضمان آور نیست) موجب ضمان نیست، دلیل مان بر عدم ضمان همان دلیلی است که در صحیح این عقود سبب عدم ضمان شده.

در صحیح عاریه و ودیعه و رهن، دلیل عدم ضمان امور زیر است:

۱- ما علی المحسنین بسبیل که مختص ودیعه است. زیرا در ودیعه، کار ودیعه گیرنده احسان محض است و لذا ضامن نیست (محسن: کسی که عملش در راستای منافع دهنده کالا است)

۲- در عاریه و اجاره و... (که صحیحشان ضمان آور نیست) الامین لایضمن دلیل عدم ضمان است (انصاری، المكاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۸).

امانت چیست؟ امانت به مالی می گویند که در دست آخذ به اذن شارع یا مالک است. به مجردی که عقد ودیعه باطل بود، ودیعه گیرنده از احسان خارج نمی شود. زیرا همچنان به نگهداری آن کالا در راستای منافع ودیعه دهنده (بدون اجرت و منفعت) برای خودش ادامه می دهد. پس همچنان محسن است و محسن بودن او منوط به قرارداد نیست. کما که رهن در دست مرتهن و عاریه در دست مستعیر و عین مستاجر در دست مستاجر امانت است و به مجرد بطلان قرارداد از امانت بودن خارج نمی شود و آن آخذ تبدیل به خائن نمی شود.

لذا همان (الامین لایضمن و ما علی المحسنین بسبیل)، علت می شود برای عدم ضمان آخذ در عقد فاسد.

ممکن است شبهه شود به این حرف شیخ:

که این فرمایش شیخ مختص صورت جهل قابض به فساد است نه علم فاسد به فساد. یا اگر در ظرف علم به فساد است، فقط شامل جایی است که پس از علم، اقدام فوری بر تحویل مال غیر کرده باشد و در این بازه زمانی (که برای تحویل به مالک اقدام کرده) در دست آخذ تلف شده باشد.

اقوال در ضمان عین مستاجر در عقد فاسد

حکم ضمان نسبت به عین مستاجر در اجاره فاسده به خاطر یکی از دو جهت زیر است: (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۳)

۱- عین مستاجر از قاعده ما لایضمن تخصصا خارج است:

قاعده کل عقد لایضمن بضحیحه لایضمن بفاسده، برای جایی است که آنچه قرار است مضمون قرار گیرد خودش مورد العقد باشد. عین مستاجر در اجاره مورد العقد نیست بلکه مورد عقد در اجاره منافع است؛ زیرا اجاره تملیک منافع به عوض است در مدت معلوم. پس عین مستاجر خارج از مورد عقد است؛ پس قاعده ما یضمن اصلا شامل عین مستاجر نیست.

حالا که تخصصا از قاعده خارج است چرا مضمون باشد؟

زیرا اذن مالک مبنی بر تصرف منتهی است و ید متصرف در عین در اجاره فاسده، ید مضمون است زیرا اذن نیست. پس قاعده علی الید اجرا می‌شود فلذا مستاجر در اجاره فاسده، ضامن عین مستاجر است.

۲- عین مستاجر تخصیص خورده از قاعده مالایضمن

قاعده ما لایضمن، ضمان عین مستاجر به اجاره باطل که در دست مستاجر تلف شود را برمی‌دارد. اما قاعده علی الید این قاعده را تخصیص می‌زند و ضمان را در آن اثبات می‌کند (و فیه تأمل).

اشکال می‌شود به این حرف که: تمام موارد قاعده مالایضمن تخصیص می‌خورد با علی الید. که شیخ در ضمان عین مستاجر به عقد فاسد که تلف شود، نه تخصص را می‌پذیرد نه تخصیص را. اجاره نه تخصصا خارج است نه تخصیصا.

تخصیصا را بالا بیان کردیم که علی الید صلاحیت تخصیص را ندارد، زیرا باید تمام مصادیق قاعده ما لایضمن را خارج کنیم از قاعده و برای قاعده مالایضمن موردی نمی‌ماند. تخصصا را شیخ نفرموده چگونه رد می‌کنیم ولی اینگونه رد می‌کنیم که:

در قاعده نگفته کل عقد لا یضمن مورده بصحیحه لایضمن مورده بفاسده . بلکه بصورت مطلق گفته. و مقید به مورده نکرده. زیرا ب یا به معنی سببیت بود یا ظرفیت. هر کدام باشد معنی قاعده این می شود:

هر عقدی که در ضمن صحیح او ضمان نیست، در ضمن فاسدش هم ضمان نیست. یا هر عقدی بواسطه آن عقد ضمان نبود، در فاسد آن عقد هم ضمان نیست. در اجاره هم نسبت به عین مستاجر اینگونه تطبیق می شود که: در اجاره صحیح نسبت به عین مستاجر ضمان نیست پس در فاسدش هم نسبت به عین مستاجر ضمان نیست.

نقض هایی بر این قاعده

۱- نقض اول: عاریه صید در شخص محرم

عاریه صحیحش ضمان آور نیست. پس فاسدش هم نباید ضمان آور باشد. اما محرمی که صید را عاریه می گیرد از محل، عاریه اش که فاسده است، و این محرم موظف است (شرعاً) که صید را رها کند (پس ائتلاف نکرده و تلف شده). اگر این صید را رها کند و این صید تلف شود، باید خسارتش را به معیر بدهد و ضامن خسارت است؛ با وجود اینکه تلف مستند به این محرم نیست؛ زیرا به حکم شارع ملزم به رها کردن است. پاسخ این است که:

در فرض مذکور صید تلف نشده بلکه ائتلاف شده است. زیرا شخص محرم با اختیار خودش عاریه گرفته و می تواند عاریه نگیرد که مشمول الزام شرعی بر رها کردن صید نشود.

به عبارت دیگر، امتناع تشریحی نگهداری صید، امتناعی است اختیاری و الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار. مثل کسی که زمینی غصب کرده و وسط آن است و می خواهد از آن بیرون بیاید. این حرکات خروجیه وی نیز حرام و به حکم غصب است. گرچه خروج از ارز غصبی راهی به جز این ندارد و مصداق الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار می شود (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۴).

۲- نقض دوم

بیع صحیحش باعث ضمان در منافع نمی‌شد. پس فاسدش هم نباید باعث ضمان در منافع بشود. حال آنکه فقها معتقدند باعث ضمان می‌شود. یعنی اگر بیعی صحیح انجام داده شد (مثلا خانه ای به زید فروخته شد) صحیح بیع باعث ضمان قیمت خانه بر زید می‌شود و او باید قیمت خانه را بدهد نه قیمت سکونت ۷۰ سال خانه را.

ولی اگر خانه ای به زید فروخته شود (و این عقد باطل باشد) و سال بعد فروشنده به سراغ وی برود و خانه تلف شده باشد، خریدار هم باید قیمت خانه را مسترد کند هم اجرت یک سال سکونت در منزل را. حتی اگر در این یکسال خانه خالی بوده و منافعی غیر مستوفات بود هم باید بدهد (که منافع غیر مستوفات تلف شده نه اتلاف).

این نقض بر (کل عقد لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده) است؛ زیرا صحیح بیع به منافع ضمان نمی‌آورد ولی فاسدش را فقها قائل شدند ضمان می‌آورد نسبت به منافع غیر مستوفات (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۵).

ممکن است پاسخ داده شود که ضمان عین به دنبال خودش ضمان منافع غیر مستوفات را هم می‌آورد. پاسخ این جواب این است که: چه کسی گفته در عقد صحیح منافع مضمون است؟ مگر زمانی که بیع می‌شود، ثمن در ازای منافع است؟ اصلا چرا باید ضمان منافع به تبع ضمان عین بیاید؟ گویا شیخ این اشکال به قاعده را می‌پذیرد، زیرا پاسخی نمی‌دهد.

۳- نقض سوم

اگر بره ای در شکم گوسفند باشد و بفروشی و شرط نکنی که این بره در شکم گوسفند جزء مبیع است و برای مشتری است، این حمل مذکور برای بایع است و با بیع گوسفند به مشتری منتقل نمی‌شود.

اگر گوسفندی که بره در شکم آن است بفروشی و برای مشتری شرط نکنی این بره برای مشتری است، و این بیع صحیح باشد و گوسفند بمیرد و حمل نیز در شکم آن بمیرد، مشتری ضامن آن بره نیست اگر بدون تقصیر مشتری آن بره در شکم گوسفند است. اما اگر در عقد فاسد این حمل تلف شود، مشتری به نفع فروشنده ضامن آن حمل است که صحیح بیع حامل ضمان آور نبود نسبت به حمل. اما باطلش ضمان آور است نسبت به حمل (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۵ و ۱۹۶) که شیخ به این اشکال پاسخی نمی‌دهد و گویا این نقض را نیز قبول کرده است.

۴- نقض چهارم

اگر در شرکت عقدی، مال مشترک در دست یکی از شرکا باشد و این مال تلف شود، قرارداد شرکت اگر صحیح باشد شریک ضامن پول نیست؛ زیرا در دست وی امانت بوده است (مامی، حقوق مدنی، ۱۳۳۴: ج ۲، ص ۱۲۹-۱۳۸). اما اگر شرکت فاسد باشد بعضی حکم به ضمان کرده اند. حال آنکه صحیح شرکت ضامن نمی‌آورد نسبت به مال الشریکه ولی فاسدش ضمان آورد (انصاری، المکاسب، ۱۴۳۹ق: ج ۳، ص ۱۹۶).

بازتاب این قاعده در حقوق مدنی ایران

در مواد مختلفی می‌توان آثار این قاعده را یافت که به ذکر چند مورد از آنها می‌پردازیم:

ماده ۳۶۶ قانون مدنی

هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

ماده ۲۵۹ قانون مدنی

هر گاه معامل فصولی مالی را که موضوع معامله بوده است به تصرف متعامل داده باشد و مالک آن معامله را اجازه نکند متصرف ضامن عین و منافع است.

ماده ۲۶۱ قانون مدنی

در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هر گاه مالک معامله را اجازه نکرد مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگر چه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد.

ماده ۳۲۳ قانون مدنی

اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید.

ماده ۳۹۱ قانون مدنی

در صورت مستحق للغير در آمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید.

البته ذیل این ماده ۳۹۱ باید ذکر کرد که در صورت مستحق للغير در آمدن بعض مبیع و در صورتی که خریدار عالم به مستحق للغير بودن آن بخش نبوده باشد و خریدار خیار تبعض صفقه نیز دارد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۴۰۰: ص ۳۴۱).

نتیجه گیری

قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» قاعده ای بود که نه معقد اجماع بود و نه متن روایت.

عقد در قاعده، شامل عقود جایز و لازم و شبه عقد ها می‌شد. ضمان در قاعده نیز به معنی این است که درک مضمون بر این شخص ضامن است و مراد از درک، قیمت واقعی است که در قالب مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات باید ادا شود. مراد از صحیحه، صحیح نوعی یا صنفی است به حسب مورد نه صحیح شخصی که ثمرات آن نیز بیان شد.

ادله صدر قاعده به ترتیب ترکیب قاعده اقدام به متممیت قاعده علی الید بود. قاعده لاضرر و احترام مال مسلم نیز ادله دیگر قاعده بودند. ادله ذیل قاعده نیز اولویت از منظور شیخ طوسی و محسن بودن و امین بودن از نظر شیخ انصاری بود که همه مطالب مذکور در مقاله در کنار هم اثبات قاعده و حدود صغور آنرا بیان کردند.

فهرست منابع

۱. انصاری، مرتضی، «کتاب المکاسب» ج ۲۶، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۳۹ق.
۲. بجنوردی، سید محمد حسن، «قواعد الفقهیه»، ج ۴، ج ۴، ۱۳۸۹.
۳. توکلی، محمد مهدی، «آموزش جامع حقوق مدنی»، ج ۴، نشر مکتوب آخر، تهران، ۱۳۹۹.
۴. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله، «مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قراردادها)»، ج ۱۳، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۹.
۵. طباطبایی، سید علی، «ریاض» ج ۲، موسسه النشر الاسلامی، بی جا، ۱۴۳۱ق.
۶. طوسی، محمدابن حسن، «المبسوط»، المکتبه المرتضویه، بی جا، بی تا.
۷. عاملی جُبعی، زین الدین بن نورالدین علی بن احمد (شهید ثانی)، «مسالک».
۸. عاملی، شیخ حر، «وسائل الشیعه» ج ۳، موسسه آل البیت، قم، ۱۴۱۶ق.
۹. کاتوزیان، ناصر، «قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی»، ج ۶۱، ۱۴۰۰.
۱۰. مامی، سید حسن، «حقوق مدنی»، ج ۲، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۳۴.
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی، «قواعد فقه بخش مدنی»، ج ۵۰، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۹۷.
۱۲. نجفی، محمد حسن، «جواهر»، ج ۳، دار الکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷.