

بررسی مدارک قاعده مایضمن بصحیحہ یضمن بفاسده

نگارنده:

محمد صادق سروش مهر

استاد مشاور:

حجت الاسلام سید ناصر هاشمی فخر

## چکیده:

اموال مردم مورد احترام شارع می باشد و برای اینکه کسی نتواند بدون دلیل مال کس دیگر را از بین ببرد و یا ناقص بکند، تصرف در اموال مسلمین را بدون اذن مالک حرام دانسته اند و علاوه بر حکم حرمت، یک حکم وضعی به نام ضمان که در واقع دستور به جبران خسارت است را، برای تلف کننده در نظر گرفته است.

مقاله ای که پیش رو دارید در مورد ضمان در معاملات فاسد بحث می کند و در صدد بررسی این مسئله است که اگر معامله ای در حال صحت ضمان آور بود، می تواند در حال فسادش هم ضمان آور باشد یا خیر؟ که فقهاء این پرسش را در ذیل قاعده (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) مطرح و بررسی کرده اند.

ضرورت پرداختن به این سوال از آنجا ظاهر می شود که عده ای از علماء این قاعده را قبول نمی کنند و بعضی به صورت مقید قاعده را می پذیرند و البته کسانی هم هستند که کاملاً و به صورت مطلق این قاعده را پذیرفته باشند.

نگارنده با هدف اینکه اولاً همه استدلال و مدارک موجود در کلام فقها در یک جا جمع و با یک نگاه کلی تر دیده شوند، و ثانياً مقدار دلالت و اشکالات هر دلیل به صورت اجمالی بیان و قدرت هر دلیل برای اثبات قاعده سنجیده شود، اقدام به نوشتن این مقاله کرده است به این امید که مورد استفاده فضلاء و علمای محترم قرار بگیرد.

## کلید واژه:

قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، ضمان، قاعده اقدام، قاعده احترام مال مومن، قاعده ید، قاعده لاضرر، قاعده اتلاف

## مقدمه

در اعصار گذشته به دلیل زندگی اجتماعی، انسانها مجبور به تعاملات گوناگون اجتماعی با یکدیگر بوده اند که یکی از این تعاملات معامله کردن برای رفع حوائج روزمره بوده و در همین راستا جامعه و عرف مردم، برای معاملات قوانینی وضع می کرده اند تا اختلافی در بین مردم جامعه در هنگام خرید و فروش و معاملات به وجود نیاید و طبیعتاً شرع هم که متکفل هدایت همه جانبه اجتماع انسانی می باشد بر این قوانین نظارت داشته و هر جا که عرف را موافق خود می دیده تایید و امضاء می کرده و هر جا را مخالف دیده قوانین عرف را نفی کرده و خودش قانون های لازم را به اجتماع داده است.

یکی از احکام و قوانینی که همیشه در جامعه سبب بروز اختلاف بین طرفین معامله میشده مسئله ضمان است، یعنی اگر مال شخصی در دست دیگری تلف شد در چه صورت آن شخص قابض ضامن است و وظیفه دارد که جبران خسارت کند و در چه صورتی جبران لازم نیست و به همین خاطر شرع احکام ضمان را مفصلاً بیان کرده و عقود که ضمان آور هستند را مشخص کرده است.

تا اینجا خیلی مشکلی وجود ندارد، ولی مشکل اصلی در موقعی به وجود می آید که طرفین معامله بعد از عقد می فهمند که عقد به دلیلی فاسد بوده، در این صورت سوال اینجاست که آیا با رفتن عقد احکام ضمان مربوط به عقد هم می روند یا باقی هستند؟ و بالاخره تکلیف مالی که در عقد فاسد رد و بدل شده و الان تلف شده چیست؟ و جبران خسارتش بر عهده چه کسی می باشد؟

توجه داشته باشیم که مال اگر توسط قابض اتلاف شده باشد باز هم مشکلی وجود ندارد و ضمانت مال توسط قابض ثابت شده است ولی بحث در این قاعده در جایی است که تلف شدن مال مربوط و منصوب به قابض نیست بلکه به وسیله عاملی که تحت اختیار قابض نبوده، مانند تلف سماوی، صورت گرفته است.

این سوالی است که محل بحث علمای بزرگی از زمان شیخ طوسی شده است و موجب به وجود آمدن قاعده ای به نام ((ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده)) شده است.

و همچنین این قاعده فقط در مورد اعیان نیست بلکه ضمان منافع تلف شده در عقد فاسد و ضمان اعمال شخص حر را هم در بر می گیرد.

ما در این مقاله بر آن شده ایم تا مدارک قسمت اول قاعده، یعنی (( ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده )) را بررسی کرده و ببینیم این دلائل توانایی اثبات این قاعده را دارند یا خیر؟ و اگر ادله، قاعده را اثبات می کنند

محدوده قاعده را تا چه حد تعیین می کنند یعنی فقط ضمان در اعیان را ثابت می کنند یا ضمان در منافع و اعمال را هم اثبات خواهند کرد؟

برای پاسخ به این سوالات باید تک تک ادله این قاعده را بررسی کنیم.

## بررسی معنای ضمان در قاعده مایضمن

شیخ انصاری معنای ضمان را اینچنین تعریف می کنند: مراد از ضمان، جبران و تدارک مضمون علیه است محقق اصفهانی معنای ضمان را این دانسته که وقتی می گوییم که فلان مال را ضامن است یعنی مال بر عهده ضامن می باشد و این معنا مناسب معنای اصلی و لغوی ضمانت است زیرا معنای لغوی ضمانت، بودن چیزی در ضمن چیز دیگر است و وقتی به شخص نسبت داده می شود معنایش اینطور می شود که مال در ضمن عهده شخص است

اشکال این حرف هم این است که این معنا هم با عرف و هم با لغت سازگاری ندارد زیرا هر عهده ای را ضمان نمی گویند مثلاً عهده اداء دین توسط مدیون ضمان نامیده نمی شود هر چند که دین در عهده اش قرار گرفته است و کلمه ضمان در لغت به معنای متکفل چیزی شدن معنا می شود نه در عهده قرار گرفتن پس این معنا نمی تواند درست باشد و ما نهایتاً باید همان معنای شیخ که به معنای جبران است را بپذیریم و در واقع ضامن یعنی کسی که باید نقصان در مال را جبران و تدارک کند

### ۱- قاعده اقدام

بعضی از علما برای اثبات قاعده مایضمن اولین دلیلی را که ذکر کرده اند قاعده اقدام است و معنای قاعده اقدام این است که چون هر کدام از طرفین در عقد اقدام کرده اند بر اینکه مال دیگری را در ازاء یک عوضی مالک شوند در این صورت اگر معامله صحیح باشد هر کدام ضمان آن عوضی است که در عقد گفته شده و این ضمان هم به خاطر تعهد و اقدام خودش به گردنش آمده است در این صورت اگر عقد باطل باشد شارع عقد را امضاء نکرده است و در این صورت قابض، ضامن عوض واقعی یعنی مثل یا قیمت مال تلف شده خواهد بود<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> القواعد الفقهية (للجنوردی، السید حسن)، ج ۲، ص: ۱۰۴

پس مشتری وقتی مبیع را از بایع تحویل گرفت در واقع اقدام به ضمان خودش کرده است و بایع هم مبیع را به صورت ضمانی تسلیم مشتری کرده است و مشتری هم به صورت ضمانی پذیرفته است و معنای اقدام هم همین است.<sup>۲</sup>

اولین کسی که برای اثبات قاعده مایضمن از قاعده اقدام استفاده کرده است شیخ طوسی در کتاب الغصب در المبسوط بوده و همچنین محقق حلی هم در بحث ضمان مبیع مغضوب چنین استدلال کرده است که ((لانه قبض ذلک مضمونا)) و این هم می تواند ناشی از قاعده اقدام باشد<sup>۳</sup>

وقتی قاعده اقدام را تحلیل می کنیم می بینیم این قاعده از یک کبری و یک صغری به این ترتیب درست شده است

صغری: قابض وقتی مال دیگری را به ازای عوض می گیرد در واقع اقدام به ضمان کردن خودش کرده است

کبری: هر کسی بر ضمان کردن خودش اقدام می کند ضمان بر عهده اش مستقر می شود

نتیجه: قابض ضمان بر عهده اش مستقر شده است

## اشکالات بر قاعده

**اشکال اول:** در مورد کبرای این استدلال باید گفت که دلیلی بر این نداریم که یکی از اسباب ضمان اقدام ضمان بر ضمانت باشد و این خودش احتیاج به دلیل دارد

**اشکال دوم:** این است که این ضمان را شارع امضاء نکرده است و ضمان المسمی را امضا نکند اصلا ضمانی به وجود نمی آید نه اینکه اصل ضمان بدون خصوصیت به وجود می آید و اگر شارع امضاء کرد ضمان المسمی می شود و اگر امضاء نکرد ضمان المثل می شود زیرا ضمان بدون خصوصیت توانایی به وجود آمدن ندارد

اشکال بعدی هم این است که رابطه اقدام و ضمان عموم و خصوص من وجه است یعنی جایی اقدام است ولی ضمان نیست مانند اقدام به بیع قبل از قبض که ضمان وجود ندارد و یا اقدام وجود ندارد ولی ضمان هست مانند جایی که شرط می شود که ضمان مبیع بر بایع باشد هر چند در دست مشتری تلف شود<sup>۴</sup> پس سبب ضمان المسمی در عقد صحیح اقدام نیست و ماهیت بیع صحیح است که سبب ضمان می شود و با رفتن بیع هم ضمان می رود.<sup>۵</sup>

<sup>۲</sup> درس خارج فقه آیه الله موسوی جزایری مورخ ۹۴/۹/۲۴

<sup>۳</sup> شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۳، ص: ۱۹۴

<sup>۴</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)، ج ۳، ص: ۱۸۹

<sup>۵</sup> کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص: ۴۰۴

## اما اشکالات وارده بر صغری:

اشکال اول: این است که حتی اگر بگوییم که اقدام ضامن سبب ضمان است در اینجا ضامن اقدام به ضمان المسمی کرده است ولی ضمان المثل بر عهده او آمده است که این با استدلالات قاعده اقدام ناسازگار است زیرا چیزی را که اقدام کرده بر عهده اش نیامده و چیزی که بر عهده اش آمده است را اقدام نکرده و معقول نیست که اقدام بر ضمان المسمی سبب ضمان المثل شود. و همچنین این شخص اقدام به این نکرده که بگوید اگر تلف سماوی بود هم بر عهده من باشد پس چرا چیزی را که بر عهده نگرفته است بر عهده اش گذاشته می شود.<sup>۶</sup>

اشکال دوم: مشتری اقدام کرده بر ضمان البته ضمانی که در مقابل ملکیت عین باشد و این اقدام به معنای اقدام بر ضمان المسمی نیست زیرا مشروط و مقید می باشد و با فساد معامله باطل می شود.<sup>۷</sup>

البته بعضی به بعضی ایرادات جواب داده اند که با سیره عقلاییه می توانیم اقدام را ثابت کنیم و سیره عقلا هم بر این اساس است که اگر کسی اقدام به ضمان کرد او را ضامن می دانند ولی این جواب فقط در مورد بعضی از ادله درست است و در مورد بعضی دیگر این جواب درست در نمی آید مثلاً اشکالی که می گفت قاعده اقدام ضمان المسمی را ثابت می کند نه ضمان المثل را با این حرف جواب داده نمی شود.

پس اگر سیره را قبول کنیم باید بگوییم طبق قاعده اقدام باید به ضمان المسمی اکتفا کرد و ضمان المثل را ثابت نمی کند لذا اگر ضمان المثل بیشتر از ضمان المسمی بود ضمان المسمی را باید داد و در این قسمت قاعده اقدام، مطابق قاعده ما یضمن نیست و آنرا ثابت نمی کند و دلیل اینکه اگر ضمان المسمی اقل بود به اقل اکتفا می شود این است که یقین به اقل داریم و شک در زائد می کنیم و نسبت به زائد برائت جاری می شود.

البته قاعده اقدام عدوانی بودن ید را هم ثابت می کند که این عنوان بعداً در سیره عقلا به درد ما می خورد و ما می توانیم ضمان را با این عنوان ثابت کنیم.

---

<sup>۶</sup> همان

<sup>۷</sup> همان

## ۲- قاعده احترام مال مومن:

### طریقه اثبات قاعده ما یضمن توسط قاعده احترام مال مومن

شارع برای مال مومن احترام جعل کرده است و لذا وقتی شارع حکم به فساد معامله می کند به تبع آن هیچکدام از عوضین داخل در ملک دیگری نمی شود در این صورت هر کدام از متعاقدین مال دیگری را در دست دارد و در این صورت اگر بگوییم که هیچکدام ضامن مال دیگری نیست به این معنا است که مال مومن هیچ احترامی ندارد و اگر مال را هم تلف کند هیچ ضمانتی بر گردنش نیست و این منافات دارد با اینکه بگوییم شارع حرمت مال مومن را مانند حرمت خونش دانسته است و معنای احترام مال مومن این است که وقتی قابض مالک مال نیست در این صورت ضامن آن مال می باشد پس جعل احترام با عدم جعل ضمان منافات دارد بعضی از علماء عمده دلیل قاعده ما یضمن را این قاعده دانسته اند و این روایات را امضاء بناء عقلا دانسته اند.<sup>۸</sup>

### خلاصه :

صغری: شارع برای مال مومن احترام جعل کرده است  
کبری: برای هر مالی که محترم است، ضمان جعل می شود.  
نتیجه: شارع برای مال مومن ضمان جعل کرده است.

### دلیل قاعده احترام مال مومن به صورت خلاصه:

- ۱- قاعده احترام اموال از خود حقیقت ملکیت و تسلط انسان بر اموالشان انتزاع می شود زیرا اگر کسی بدون اجازه در اموال دیگران تصرف کند با تسلط مالک بر اموالش منافات دارد پس تسلط مالک بر اموالش عدم جواز مزاحمت غیر را بدون اذن مالک، افاده می کند
- ۲- سیره عقلای امضا شده توسط شارع بر این قاعده دلالت دارد<sup>۹</sup>
- ۳- روایاتی که دال بر این قاعده هستند:  
روایت اول:

<sup>۸</sup> القواعد الفقهیة (لمکارم)، ج ۲، ص: ۲۱۸

<sup>۹</sup> القواعد الفقهیة (لمکارم)، ج ۲، ص: ۲۱۸

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ - فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ أَيْتَمَنَهُ عَلَيْهَا - فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ - وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيْبَةٍ نَفْسِهِ.<sup>١٠</sup>  
روایت صحیحہ می باشد و دلالتش ہم بر قاعدہ احترام تام است

روایت دوم:

عَوَالِي اللَّائِي، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ (ص) قَالَ: الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لَا يَحِلُّ مَالُهُ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ  
وَ عَنْهُ (ص) قَالَ: لَا يَحِلُّنَّ أَحَدُكُمْ مَا شِئَ أَخِيهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ<sup>١١</sup>

روایت سوم:

وَ قَدْ تَقَدَّمَ فِي أَحَادِيثِ الْخُمْسِ عَنْ صَاحِبِ الزَّمَانِ ع قَالَ: لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ -  
فَكَيْفَ يَحِلُّ ذَلِكَ فِي مَالِنَا.<sup>١٢</sup>

سند روایت اینچنین است

محمد بن علی بن الحسین فی إكمال الدین عن محمد بن أحمد السنانی عن أبي الحسين محمد بن جعفر  
الأسدی [إشارة] قال كان فيما ورد علی من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري قدس الله روحه فی  
جواب مسائلی إلى صاحب الزمان (ع)  
که همه این راوی ها ثقة هستند

روایت چهارم:

الحسین بن سعید عَنْ فَضَالَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِي بصيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص  
سَبَابُ الْمُؤْمِنِ فُسُوقٌ وَ قِتَالُهُ كُفْرٌ - وَ أَكْلُ لَحْمِهِ مَعْصِيَةٌ لِلَّهِ وَ حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ.<sup>١٣</sup>

<sup>١٠</sup> وسائل الشیعة، ج ٥، ص: ١٢٠

<sup>١١</sup> مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ٣، ص: ٣٣١

<sup>١٢</sup> وسائل الشیعة، ج ٢٥، ص: ٣٨٦

<sup>١٣</sup> وسائل الشیعة، ج ١٢، ص: ٢٨٢



روایت موثقه است به خاطر عبد الله بن بکیر که فطحي می باشد

## اشکالات به قاعده:

### اشکال اول:

قاعده ما یضمن دنبال این است که در صورت تلف (نه اتلاف) یعنی در صورتی که مال در دست شخص بدون هیچ تقصیری از جانب او تلف شد شخص قابض ضامن باشد در صورتی که همانطور که گفته شد قاعده احترام فقط اقتضا می کند که بدون اذن مالک نمی توان در مال او تصرف کرد و اگر بدون اذنش تصرف شد و مال تلف یا ناقص شود تصرف کننده ضامن است ولی نکته این است که بین عدم ضمان و احترام منافاتی وجود ندارد به این صورت اگر کسی با رضایت مالی را از صاحبش گرفت و با تلف سماوی تلف شد این تلف هیچ ارتباطی با قابض ندارد و عدم ضمان در این صورت با احترام مال مالک منافات ندارد. زیرا احترام یعنی حرمت تصرف بدون اذن که در این مثال هیچ تصرف بدون اذنی صورت نگرفته است.<sup>۱۴</sup>

بله اگر قابض مال را از بین برد و اتلاف کرد در این صورت می توان نسبت به قابض این استدلال را آورد ولی در مورد تلف نمی توان این استدلال را آورد.

### اشکال دوم:

آنچه در استناد قاعده احترام به نظری رسد این است که حرمت مال مسلمان و عدم جواز تصرف در مال غیر صرفا دال بر حکم تکلیفی است نه دال بر ضمان شخص قابض که حکم وضعی است و عبارت موجود در حدیث مانند ((حرمة مال المسلم کحرمة دمه)) و ((سباب المومن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه معصیه)) صراحت یا حداقل ظهور در حکم تکلیفی دارند و وحدت سیاق اقتضا می کند که فقره (حرمت مال مسلم) نیز دال بر حکم تکلیفی باشد نه ضمان وضعی<sup>۱۵</sup>

### جواب به اشکال دوم:

و این احتمال در نهایت بعد است زیرا ظاهر این است که پیامبر اکرم (ص) در مقام تعظیم مومن بوده و این مقام با اینکه بگوییم پیامبر اکرم (ص) صرفا در حال بیان حرمت تصرف در مال مومن است منافات دارد

<sup>۱۴</sup> القواعد الفقهية (للبنجوردی، السید حسن)، ج ۲، ص: ۱۰۶

<sup>۱۵</sup> القواعد الفقهية (للبنجوردی، السید حسن)، ج ۲، ص: ۱۰۶

و اینکه این روایت را حمل بر مبالغه بکنیم خلاف ظاهر است زیرا مبالغه بدون قرینه صحیح نیست و صرف اینکه در مقابل تعظیم باشد قرینه بر مبالغه نمی شود.

همچنین اینکه حرمتی که در روایت آمده است را حمل بر حرمت تکلیفیه بکنیم و فقط معنای مصدری آنرا در نظر بگیریم خیلی بعید است و ظاهر این است که حرمت به معنای این است که هتکش قبیح است و از نظر شارع هدر نیست و این روایت که می گوید احترام مال مومن مانند جانش است به این معنا است که هر احترامی که برای مال مومن در نظر می گیرید باید برای مال مومن هم در نظر بگیرید و همان طور که شارع به هیچ وجه از جان مومن نمی گذرد از مالش هم نمی گذرد و لذا اتلافش را صحیح نمی داند.<sup>۱۶</sup>

و اگر کسی بگوید که احترام دم فقط در حد حرمت قتل است و احترام مال هم فقط در حد حرمت تصرف است درست نمی باشد<sup>۱۷</sup> زیرا حرمت دم مفروغ عنه است و هیچ شبهه ای در این مطلب نیست و تشبیه به این معنا است که حرمت مال هم به این حد است و اتلاف مال هم درست نیست و و اگر اتلاف شد هدر نمی رود و حمل این تشبیه بر بعض آثار درست نیست

امکان دارد کسی اینطور استدلال کند که: چه بسا ظاهر این است که احترام مال به خاطر حیثیت مالیت نیست بلکه به خاطر حیثیت مضاف بودن مال به مسلم است و ظاهر هم این است که هر حیثیتی که در موضوع حکم اخذ شده باشد تقییدی است پس احترام به لحاظ رعایت مالکیت مسلمان و سلطنت او می باشد و این حیث هم فقط اقتضا حرمت تصرف را دارد و زیرا تدارک مالی مال حیثیت مالیت مال است نه حیثیت مضاف بودن به مسلمان

و اگر حیثیت احترام راجع به مالیت باشد در این صورت اگر کسی مال را بدون اجازه به کس دیگری از طرف مالکش هبه کرد فقط ضامن است و حرامی مرتکب نشده است در صورتی که می دانیم چنین حرفی درست نیست<sup>۱۸</sup>

به این حرف جواب داده شده که اینکه حیثیت تقییدیه اقتضا نمی کند که حکم برای قید باشد درست نیست و برای مقید نباشد بلکه حیث تقییدی حکم را به مقید به علاوه قید می زند که هر دو حیث را می گیرد. پس هم حیث مالیت و هم حیث مالکیت مومن در نظر گرفته شده است و تصرف بدون اذن در مال مومن از جهت مالیت، ضامن دارد و از جهت مالکیت مومن حرمت دارد.<sup>۱۹</sup>

<sup>۱۶</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۴۱۹

<sup>۱۷</sup> حاشیة کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۱، ص: ۳۲۲

<sup>۱۸</sup> حاشیة کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۱، ص: ۳۲۲

<sup>۱۹</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۴۱۹

جمعبندی این قاعده این است که هر چند اشکال دوم جواب داده شد ولی اشکال اول به این قاعده وارد است و لذا نمی شود برای قاعده ما یضمن به این قاعده عمل کرد علاوه بر اینکه اگر اشکال اول را پاسخ بدهیم باز هم این قاعده، ضمان را فقط در اموال ثابت می کرد و در منافع و اعمال ثابت نمی کرد.

### ۳- قاعده علی الید:

علما برای اثبات قاعده مایضمن از قاعده ید استفاده کرده اند و اطلاق قاعده ید را شامل موارد قاعده مایضمن هم دانسته اند.

باید توجه داشت که دلیل اصلی قاعده ید روایتی است که از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است که مضمون روایت چنین می باشد

السَّيِّخُ أَبُو الْفَتْوحِ الرَّازِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ص أَنَّهُ قَالَ: عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ<sup>۲۰</sup>

ما هم به صورت مختصر به بررسی سندی و دلالتی قاعده ید می پردازیم تا ببینیم توانایی اثبات قاعده مایضمن را دارد یا خیر؟

#### سند روایت:

اگر بخواهیم در مورد سند روایت علی الید صحبت کنیم باید ابتدا به دو مبنا در این مورد حجیت روایات اشاره کرد

مبنای اول: مبنای کسانی است که قائل هستند شهرت موجب جبران ضعف سند و اطمینان به صدور روایت از معصوم است و از جمله علمایی که این مبنا را قبول دارند محقق بجنوردی و حضرت امام می باشند  
مبنای دوم: مبنای کسانی است که شهرت روایت را موجب جبران ضعف سند روایات نمی دانند و بالتبع اعراض مشهور از روایت را هم موجب سستی روایت نمی دانند.

از جمله این علما محقق خوئی است که شهرت را فی نفسه حجت نمی داند و معتقد است باید خود خبر را بررسی کرد و دید دارای شرایط حجیت می باشد یا خیر؟

<sup>۲۰</sup> مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ ج ۱۷، ص: ۸۸

نکته دیگر: مشکل سند روایت این استکه روای این روایت سمره بن جندب است که در جسارت و سر پیچی از امر و فرمان پیامبر اکرم بر اساس روایات عدیده معروف است و دشمنی اوبا اهل بیت بر اساس نقل ابن ابی الحدید ثابت است

بر طبق مبنای اول بعضی از علما در صدد دفاع از اعتبار این حدیث بر آمده اند و گفته اند که معیار و ملاک حجیت خبر، موثوق الصدور بودن روایت است و بر این اساس گفته شده است که شهرت روایت میان شیعه و سنی و عمل فقها و استنادشان به روایت موجب اطمینان به صدور آن از رسول خدا است و به همین دلیل از ناحیه اعتبار سند این روایت مشکلی ندارد<sup>۲۱</sup>

ولی در ادامه عده ای از علما<sup>۲۲</sup> با وجود قبول داشتن این مبنا گفته اند که سند روایت ضعیف است و حرف فوق الذکر را نمی پذیرند و دلیلشان این است که وقتی به کتب قدما نگاهی می اندازیم می بینیم که کسانی مانند سید علم الهدی و شیخ طوسی و سید ابن زهره به روایت ایراد دارند و فقط برای احتجاج با عامه از روایت استفاده می کرده اند و حکم و فتوایی را به این روایت مستند نمی کرده اند مثلا در کتاب الغصب در سرائر سید ابن زهره این روایت را می آورد برای اینکه با فتوایی که عامه داده اند معارضه کند و شیخ طوسی در خلاف و در مبسوط روایت را برای احتجاج با عامه مطرح کرده اند و در کتاب الغصب در مبسوط چند روایت را از طریق عامه ذکر کرده است که معلوم است می خواسته با عامه احتجاج کند زیرا روایاتی را که از طریق شیعه ذکر شده اند را نیآورده است در حالی که روایات قابل اعتمادی از طریق شیعه در باب ضمان غاصب نقل شده است و در کتاب الغصب در غنیه هم این روایت برای احتجاج با مخالفین آورده شده است. البته امکان دارد کسی اشکال کند که امکان دارد احتجاج با این روایت به این معنا نباشد که فقط این روایت را عامه قبول دارند بلکه احتجاج با روایاتی که بین فریقین مسلم و مقبول است هم ممکن می باشد. به این حرف جواب داده می شود که چنین چیزی امکان دارد ولی صرف احتمال داشتن باعث نمی شود که ما عمل به روایت را به علمای خودمان نسبت بدهیم تا بعد باعث جبران ضعف سند بشود.

و همچنین در کتاب المقنع و الهدایه و المراسم و الوسيله و جواهر الفقه هم روایت وجود ندارد و محقق اردبیلی هم به سند روایت اشکال گرفته است و در بحث ضمان در قاعده ما یضمن به اصاله البرائه تمسک کرده است. ولی بعد از علامه بین متاخرین استدلال به این روایت شایع شده است و معلوم است که در بین اعصار مختلف حالات علما نسبت به این روایت فرق داشته است زیرا در عصر شیخ طوسی این خبر صرفا از عامه نقل می شده و با این روایت بر عامه احتجاج می شده ولی در عصر متاخرین مورد تمسک اصحاب قرار گرفته است و

<sup>۲۱</sup> مقاله قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده نوشته عابدین مومنی

<sup>۲۲</sup> کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص: ۳۷۴

سپس بعد از مدتی مشهور شده است و بعد از مدتی از مشهورات مقبوله شده است تا جایی که دیگر تشکیک در سند روایت، شایسته نمی باشد.

و ظاهراً فقط ابن ادریس است که در سرائر در جند جا این روایت را به صورت جزمی به پیامبر نسبت داده است. البته جزم ابن ادریس به صدور این روایت هم باعث نمی شود که سند این روایت تصحیح شود چون اولاً این اجتهاد ابن ادریس بوده و ممکن است قرائنی هم در دستش بوده که قطع پیدا کرده است ولی این قرائن اگر در دست ما بود به ما جزم نمی داد.

البته این نکته هم باید گفته شود که خود ابن ادریس در کتاب الغصب سرائر به اصل و عدم دلیل تمسک کرده است و بعد در احتجاج با عامه از روایت استفاده کرده است

نکته: ممکن است که به خاطر متقن بودن و فصاحتی که در متن روایت است و با توجه به اینکه بعید به نظر می رسد سمره و اشباه او بتوانند چنین فصاحتی را داشته باشند، اطمینان به صدور روایت از پیامبر اکرم پیدا شود ولی بالاخره تردید در مورد این روایت از بین نمی رود.<sup>۲۲</sup>

و در مجموع فقط از ابن جنید و ابن ادریس نقل شده که به این روایت تمسک کرده اند و شهرت در زمان متأخرین هم جبران ضعف سند نمی کند.

پس طبق مبنای اول سند روایت تصحیح نشد و طبق مبنای دوم هم همانطور که گفته شد وجود شخصی مانند سمره باعث می شود کسانی که این مبنا را پذیرفته اند روایت را قبول نکنند مانند محقق خویی. پس به طور کلی در سند روایت تشکیک می شود و راهی برای تصحیح آن نداریم.

## دلالت روایت:

در مورد دلالت روایت دو بحث وجود دارد

**بحث اول:** این است که روایت چگونه دلالت بر حکم ضمان می کند؟

در جواب باید گفت که ظرف در این روایت ظرف مستقر است نه ظرف لغو و دلیلش هم این است که اگر ظرف لغو باشد باید ظرف متعلق به افعال مخصوص مانند یجب و یلزم باشد که در این صورت ناچاریم کلمه رد یا اداء را در تقدیر بگیریم زیرا موصول، مال است و یجب و یلزم به مال نمی خورد بلکه به افعال مکلفین می خورد پس باید کلمه در تقدیر گرفت و معنای حدیث این می شود که رد مال بر کسی که مال در دست اوست واجب است.

ولی اگر ظرف مستقر باشد احتیاج به تقدیر نیست و عدم تقدیر هم ارجح است.

<sup>۲۲</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۳۷۴

ثانیا: اگر ظرف لغو باشد متعلق به یجب یا یلزم است و در این صورت معنای جمله این می شود که رد مالی که در دست قابض است واجب است تا وقتی که ردش نکرده باشد که این معنا کاملا نامناسب است زیرا...

ثالثا: ظاهر کلام این است که هر چه کسی تحت سیطره شخصی باشد بر ذمه او مستقر است و این عبارت اخرای ضامن بودن قابض است زیرا ضمان یعنی مال مقبوض با وجود اعتباریش بر عهده قابض باشد زیرا وجود تکوینی اش تحت ید قابض است و شارع هم اعتبار کرده این مال بر عهده قابض باشد و در این صورت گردش از عهده آن مال رها نمی شود مگر اینکه آن مال را به صاحبش بر گرداند و این که وجود اعتباری مال بر گردن قابض است از ظهور کلمه (علی) فهمیده می شود و اینکه شارع وجود اعتباری مال را بر عهده قابض اعتبار کرده است دلیلش این است که عهده گرفتن و بر عهده قرار دادن ظرفی است که وجود تکوینی اشیاء در آن راه ندارد یعنی نمی شود وجود تکوینی یک چیز را بر عهده شخصی قرار داد بلکه این وعاء، وعاء موجودات اعتباری است و به همین دلیل آنچه بر عهده قابض است وجود اعتباری آن مال می باشد و قابض هم از این اعتبار خلاص نمی شود مگر اینکه وجود تکوینی آن مال را که به حمل شایع مصداق آن وجود اعتباری است به صاحبش بر گرداند و این همان ضمانی است که عرف و عقلا مد نظر دارند و شکی نیست که مادامیکه عین مال موجود باشد مصداق اصلی آن وجود اعتباری خودش است و برای فارغ شدن ذمه باید آن مال را بپردازد زیرا عین خارجی است که هم شامل مقومات نوعیه (طبیعت) و هم صفات صنفی (عوارض خاصه) و هم مشخصات فردیه آن چیزی که بر ذمه آمده است می باشد.

ولی اگر عین مال تلف شده باشد در مرتبه بعد مثلش را باید بپردازیم زیرا واجد جهات نوعی و صنفی است هر چند که فاقد صفات شخصی است.<sup>۲۴</sup>

## بحث دوم:

یکی از اشکالاتی که به قاعده ید وارد می کنند این است که این قاعده شامل منافع نمی شود و فقط اعیان را می گیرد<sup>۲۵</sup> و برای این ادعا وجوهی ذکر شده است:

<sup>۲۴</sup> القواعد الفقهیة (للجنوردی، السید حسن)، ج ۲، ص: ۱۰۸

<sup>۲۵</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیث)، ج ۳، ص: ۱۹۰

**وجه اول:** مای موصول شامل منافع نمی شود زیرا منافع تحت سیطره و ید قرار نمی گیرند و اگر کسی بگوید منظور روایت سیطره بر منافع بوسیله سیطره بر عین است، اشکال دیگری بر این حرف وارد می شود که در این حالت اخذ صدق نمی کند یعنی وقتی کسی بر عینی مسلط است نمی گویند منافعش را اخذ کرده است.

به این اشکال جواب داده می شود که اولاً مراد از (ید) در روایت دستی که یکی از اعضا وجوارح بدن است نمی باشد زیرا معنا ندارد که دست انسان امین بشود و یا بر عهده دست انسان فعلی را قرار بدهیم پس منظور از (ید) شخص قابض است و (ید) کنایه یا استعاره از آن شخص است و در واقع معنای مراد این است که هر کسی که چیزی را اخذ کرد ضامن آن چیز است تا اینکه آن را به صاحبش برگرداند.

و اما اشکالی که به کلمه اخذ گرفته می شود جواب داده می شود که استعمال (اخذ) در استیلاء شایع است زیرا حتی اخذ در اعیان همیشه اخذ حسی نیست مثلاً اخذ خانه واقعاً به معنای گرفتن خانه نیست بلکه به معنای استیلائی بر خانه است پس اخذ در استیلاء استفاده می شود و این استعمال هم شایع است و واقعاً فهم عرفی هم از عبارت (علی الید) (بعد از اینکه می دانیم رسول خدا در صدد بیان قاعده کلیه است نه قاعده ای که در خصوص اخذ حسی باشد) همین مطلب است.

## **وجه دوم:**

حتی اگر بگوییم که اخذ به معنای سلطنت است باز هم استیلاء بر منافع غیر معقول است زیرا استیلاء یک معنای اضافی است که هم احتیاج به مستولی و هم مستولی علیه دارد در حالیکه منافع از امور تدریجی الوجود هستند و شیئاً فشیئاً به وجود می آید و نه در گذشته و نه در آینده موجود نیستند و فقط در حال موجود هستند و استیلاء بر چنین موجود متصرم الوجودی ممکن نیست زیرا اضافه بین موجود و معدوم محال می باشد پس استیلاء که اضافه است بین شخص و منافع غیر ممکن می باشد.

جواب از این اشکال هم این است که وجود متصرم و مستمر هم بالاخره در زمان حال یک وجودی دارد و نسبت به همین وجود در زمان حال استیلاء فرض می شود، پس وجود مستمر در عمود زمان، تحت ید واقع می شود و وقتی در آن بعدی از بین رفت شخص قابض ضامن می شود.

البته صاحب جواهر اشکالاتی را مطرح کرده اند که عرف وجود منافع را در تقدیر می گیرد و به همین دلیل می تواند در اجاره منافع راتملیک و تملک کند و از همین راه استفاده می کنیم و می گوییم برای تصور استیلاء بر منافع، در تقدیر گرفتن منافع راه حل خوبی است و همانگونه که اعتبار وجود منافع مصحح تملیک می شود مصحح استیلاء هم خواهد بود.

حضرت امام (ره) پاسخ می دهند که اشکال این حرف این است که عرف چنین کاری انجام نمی دهد یعنی اعتبار وجود منافع را نمی کند بلکه عرف منافع را در زمان به وجود آمدنشان در نظر می گیرند پس اجاره دادن به حسب منافی است که در آینده به وجود خواهد آمد و عرف هم ابایی ندارد از مکلف شدن چیزی که در آینده موجود خواهد شد پس وجود تقدیری در دوا نمی کند بلکه وجود واقعی در ظرف تحققش مصحح است.

و البته نکته دیگر این است که بنا بر فرض اینکه با اعتبار وجود و وجود تقدیری منافع، عرف اجاره را محقق می کند باز هم این استیلاء درست نیست زیرا استیلاء حقیقی بر موجود اعتباری مقدر ممکن نیست و اگر هم استیلاء حقیقی بر موجود مقدر درست باشد در نهایت موجب ضمان نمی شود زیرا ضمان تابع استیلاء حقیقی بر موجود حقیقی است.

### وجه سوم:

کلمه (التادیه) در روایت آمده است و بر منافع صدق نمی کند زیرا ظاهر (حتی تودی) این است که قابض خود مقبوض را باید پس بدهد ولی منافع چون متدرج الوجود هستند خودشان قابل پس دادن نیستند ولی در اعیان می شود خود مال را پس داد.

غایت حکم، پس دادن و از عهده خارج کردن عین ماخوذ است و منافع هم به خاطر اینکه تدریجی الوجود هستند دیگر وقتی اخذ شدند، فرض ادا بعد از اخذ برای آنها معقول نیست چون از بین می روند و دیگر نمی شود آنها را به صاحبش باز گرداند پس روایت نمی تواند شامل منافع بشود.

خلاصه:

صغری: تودی مخصوص اعیان است و به منافع نمی خورد

کبری: هر چه مخصوص اعیان است منافع را در بر نمی گیرد

نتیجه: غایت (تودی)، منافع را در بر نمی گیرد

صغری: غایت منافع را در بر نمی گیرد

کبری: هر چه در غایت نیامد در موضوع هم قرار نمی گیرد.

نتیجه: منافع در موضوع نمی آید.

به این اشکال جواب داده می شود که اداء در مانند منافع ممکن است و شأنیت داشتن برای اداء هم منافات با تلفی که بعضا عارض بر منافع می شود ندارد زیرا گاهی تلف عارض بر اعیان هم می شوند امکان اداء فی الجمله کافی است و لازم نیست امکان اداء با همه خصوصیات اداء وجود داشته باشد



و راه حل اشکال هم این است که ظاهر از اخبار این است که ضمان بر خود ماخوذ جعل شده است و می دانیم که غایت، برای تحدید موضوع ذکر می شود پس معنایش این است که حکم به ضمان تعلق می گیرد بر ماخوذی که اداء نشده است بدون اینکه در نظر گرفته شود که امکان اداء وجود دارد یا ندارد و یا شانیت تادیه وجود دارد یا ندارد و این مانند روایت (کل شیء حلال حتی تعلم انه حرام بعینه) است از این حیث که ظاهر دو روایت جعل حکم حلیت و طهارت است برای مشکوک، بدون اینکه در نظر گرفته شود که علم حاصل می شود یا نمی شود یا شانیت پیدا شدن علم هست یا نیست و اصلاً به ذهن کسی خطور نمی کند که مشکوک فیه فقط موقعی که شانیت تبدیل شد شک به علم وجود داشته باشد حلال می شود. پس غایت تحدید کننده موضوع حکم نیست بلکه غایت فقط برای حکم است.<sup>۲۶</sup>

با توجه به دفع اشکالات و اثبات شمول دلالت حدیث علی الید، از حدیث استفاده می شود که شارع مقدس اعتبار کرده، مالی که تحت ید و سیطره گیرنده قرار می گیرد بر عهده اوست. اشتغال ذمه ای که شارع اعتبار کرده است زائل و منعدم نمی شود مگر با اداء آن چیزی که مصداق اشتغال ذمه است. شکی نیست که تا زمانی که خود مال گرفته شده موجود است، مصداق حقیقی آن اشتغال ذمه است، اما اگر آمو مال تلف گردید مصداق آن، مثل است البته در صورتی که ادا مثل متعذر یا متعسر نباشد، برای اینکه اگر چه مثل جهات شخصیت آن مال را فاقد است اما جهات نوعیه و صنفیه آن را واجد است بله اگر مثل موجود نبود اداء تلف شده جز با ارزش مالیت آن ممکن نیست پس این جهات سه گانه مترتبه در طول یکدیگرند و مفارغ ذمه مستلزم رعایت ترتیب آن است به این معنا که نوبت به ادا مثل نمی رسد مگر با تعذر شخص و همچنین نوبت به ادا قیمت نمی رسد مگر با تعذر مثل.<sup>۲۷</sup>

#### وجه چهارم:

ظاهر از خبر ید این است که خود ماخوذ هم در زمان وجود ماخوذ هم در زمان تلف ماخوذ بر عهده قابض می آید در این صورت این حرف در اعیان درست است زیرا اعیان وجود مستقر دارند و در هر دو زمان وجود مستقرش در ذمه می آید ولی منافع و اعمال که متصرم و تدریجی الوجود هستند ممکن نیست در ذمه قرار بگیرند و در زمان تلفشان هم نمی توانند در ذمه قرار بگیرند زیرا منفعت یا عمل تلف شده اگر به صورت متصرم و تدریجی الوجود

<sup>۲۶</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۴۱۱

<sup>۲۷</sup> القواعد الفقهية (للجنودی، السيد حسن)، ج ۲، ص: ۱۰۹

در ذمه قرار بگیرد در ذمه دو آن باقی نمی ماند بلکه فقط یک آن در ذمه باقی می ماند و آن بعدی از بین می رود و این خصوصیت تصرم است و در این صورت ضمانی باقی نمی ماند و اگر به صورت استقرار و لا تدریج در ذمه قرار بگیرد هم صحیح نیست زیرا ید بر یک موجود متصرم استیلاء داشته است و معنا ندارد ذمه بر یک چیز مستقر قرار بگیرد بلکه آنچه در ذمه است باید همان خصوصت تصرم را داشته باشد پس موجودی که متصرم است مانند اعمال و منافع نمی تواند در ذمه قرار بگیرد، در نتیجه خبر ید فقط شامل اعیان می شود.

اشکال این حرف این است که تدرج و تصرم واقعی از لوازم وجود خارجی منافع و افعال است ولی آنچه که در ذمه می آید (چه در منافع و چه در اعیان) عنوان و وجود اعتباری آنها است که اصلاً متصرم نیست و همانطور که در اعیان آنچه که بعد از تلف در ذمه قرار می گیرد همه لوازم وجودی آن عین تلف شده را ندارد در منافع و اعمال هم همینطور است و وجود اعتباری آنها متصرم و تدریجی نیست.<sup>۲۸</sup>

### وجهی برای اثبات اینکه حدیث رفع شامل منافع می شود

البته وجوهی هم برای اینکه اثبات شود حدیث رفع شامل ضمان منافع می شود هم گفته شده است مثلاً گفته شده است که وقتی منفعت در عهده مکلف داخل می شود به همه شئونها داخل می شود و درست است که اداء خود منافع ممکن نیست چون تدریجی الوجود است ولی سائر مراتب منفعت را می توان اداء کرد و اینطور نیست که بگوییم منافع را اصلاً نمی توان ادا کرد تا خبر ید شامل ید نشود

به این حرف جواب داده شده است که طبیعی موجود است به وجودات متعدد و ضمن هر شخصی حصه ای از طبیعی وجود دارد که با حصه شخص دیگر متفاوت است و وقتی شخص تلف شد طبیعی موجود در ضمن آن شخص هم از بین می رود و فرد دیگر طبیعی دیگری دارد پس نمی توان گفت که طبیعی ای که در ضمن شخص تلف شده بوده است همان طبیعی ای است که در ضمن شخص ادا شده می باشد پس تکلیف هم به طبیعت خورده است و طبیعت هم ادا شده است

ولی می توان مشکل را از طریق دیگر حل کرد و آن راه این است که از احکام ضمانت اعیان این است که اگر عین باقی بود باید عین را باز گرداند و اگر تلف شده بود باید بدلش را ادا کرد که در رتبه اول بدلش یعنی مثلش از همان طبیعت و اگر مثلش نبود نوبت به بدلش از جهت قیمت می رسد.

<sup>۲۸</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۴۱۱

به این حرف جواب داده می شود که درست نیست بگوییم طبیعی در ضمن هر فرد با طبیعی در ضمن فرد دیگر متفاوت است دلیل درست نبودنش هم این است که در این صورت عدم هر فرد عدم طبیعت حساب می شود و وجود هر فرد وجود طبیعت محسوب می شود در صورتی که این حرف عرفی نیست بلکه آنچه که عرف می فهمد این است که طبیعی است که ضمن هر فرد است عین طبیعتی است که در ضمن فرد دیگر است و موجود شدن طبیعت به موجود شدن یک فرد است ولی معدوم شدن آن، به معدوم شدن جمیع افراد است و طبق این حرف وقتی شخص مال تلف می شود طبیعت و ماهیتی که مشترک بین افراد است معدوم نمی شود و اگر طبیعتی که در ضمن شخص بود از بین رفت، عرفا طبیعت یا ماهیتی که در ضمن شخص دیگر است در مقام ادا آن طبیعت فوت شده کافی است چون کاملا شبیه و عین همان طبیعت فوت شدن می باشد و به همین جهت است که عرف اداء مثل (اگر مثل موجود باشد) را بر قیمت ترجیح می دهد (زیرا بین طبیعت هایی که در ضمن شخص فوت شده و مثلش موجود است هیچ تفاوتی نمی بیند)<sup>۲۹</sup>

#### ۴- قاعده اتلاف

قاعده ای دیگر که به عنوان مدرک آورده شده است قاعده اتلاف است که چون بحث ما در مورد تلف است نه اتلاف از بحث ما خارج می شود

#### ۵- نصوص داله بر عدم حلیت مال مسلم مگر با رضایت خودش

طریقه دلالتش این است که این نصوص دال بر حرمت تصرف در مقبوض به عقد فاسد می باشند زیرا مالک راضی به این تصرف به صورت مجانی نیست و در این صورت روایات می گویند قابض ضامن است اشکال: ظاهر این نصوص این است که در مورد حرمت تکلیفی صحبت می کند و ربطی به ضمان ندارد<sup>۳۰</sup>

#### ۶- حدیث نفی ضرر

دلالت این حدیث بر ضمان دو تقریب دارد

اول: نفی ضرر یک نفی حقیقی ادعایی است یعنی ضرر به صورت حقیقی نفی شده است ولی چون می دانیم این معنا نمی تواند حقیقی باشد می فهمی ادعایی است و مصحح این ادعا هم اسین است ک ضرری که

<sup>۲۹</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۴۱۱

<sup>۳۰</sup> دلیل تحریر الوسيلة - فقه الربا، ص: ۱۷۷

محکوم به تدارک است نازل منزله معدوم گرفته شده است و نفی ضرر هم به خاطر و به ادعای لزوم تدارک ضررها می باشد.

دوم: نفی ضرر به اعتبار نفی حکم ضرری در احکام الهی است و نفی حلیت ضرر رساندن بر غیر است. دو اشکال حضرت امام به این دو تقریب وارد می کند  
اشکال اول اینکه دلیل اخص از مدعی است زیرا قاعده ضمان دنبال اثبات ضمان در تلف سماوی است ولی حدیث نفی ضرر فقط ضمان را در صورت اتلاف و صدق اضرار ثابت می کند نه در تلف سماوی که صدق اضرار نمی شود  
اشکال دوم: حضرت امام می فرمایند که تحقیق در این حدیث این است که حکم پیامبر حکم حکومتی است و ربط به احکام شرعی و ضمان ندارد<sup>۳۱</sup>

#### ۷- نصوصی که دال بر عدم جواز از بین بردن حق احدی می باشند

روایت اول:

ما ورد فی صحیحہ محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام فی حدیث: «إنه لا یصلح ذهاب حق أحدٍ»<sup>۳۲</sup>

روایت دوم:

و ما ورد فی صحیحہ الکناسی عن ابي جعفر علیه السلام فی حدیث: «لا یصلح ذهاب حق امرئ مسلم»<sup>۳۳</sup>

طریقه دلالت بر ضمان هم در این روایات واضح است

اشکال:

این روایات دال بر حکم تکلیفی هستند نه حکم وضعی و همچنین اگر هم شامل حکم وضعی باشند در مورد اتلاف صحبت می کنند نه در مورد تلف

<sup>۳۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۴۲۱

<sup>۳۲</sup> الکافی ۷: ۴، کتاب الوصایا، باب الاشهداء علی الوصیة، الحدیث ۲.

<sup>۳۳</sup> الکافی ۷: ۳۹۹، کتاب الشهادات، باب شهادة اهل الملل، الحدیث ۷.

و اگر کسی به این روایات اشکال بگیرد که این روایات در مورد حق هستند نه مال می توانیم جواب بدهیم که با طریق اولویت می توان گفت روایت ها شامل مال هم می شوند.<sup>۳۴</sup>

## ۸- سیره عقلا و متشرعه

طریق استدلال به وسیله سیره: عرف راضی نیست که مالی که بوسیله عقد فاسد به دست قابض افتاده هدیر باشد بلکه قابض را بر در مال ملزم می دانند چه مال تلف شده باشد چه تلف نشده باشد و شکی نیست که شارع هم این سیره را امضا کرده است و تنها نکته این که باقی می ماند این است که آیا چیزی که در سیره عقلا وجود دارد دقیقا همان عنوانی است که در قاعده وجود دارد یعنی (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده)

برای اینکه بفهمیم در سیره عقلا دقیقا ضمان به چه عنوانی مطرح است باید منشا سیره عقلا بر ضمان را شناسایی کرد گفته شده که این منشاء می تواند سه چیز باشد.

۱- این که در عقد صحیح ضمان وجود دارد پس باید در عقد فاسدهم ضمان وجود داشته باشد یا به خاطر این است که دلیلی که در عقد صحیح حکم به ضمان می کند به فحوی و اولویت حکم به ضمان در عقد فاسد می کند و یا به خاطر این است که هم عقد فاسد و هم عقد صحیح هر دو ملاک ضمان را دارا هستند. توضیح فحوی و اولویت این است که

ضمان در عقد صحیح به خاطر این است که ضمان عوض در عقد صحیح به خاطر این است که مالک، عوض را به صورت مجانی به قابض نداده است و به طریق اولی در عقد فاسد که قابض مال غیر در دستش است و مالک هم به صورت مجانی مال را به قابض نداده است ضمان وجود دارد البته اگر این منشا را قبول نداشته باشیم باز هم در این که ملاک ضمان هم در عقد صحیح و هم در عقد فاسد وجود دارد بحثی وجود ندارد

۲- ضمان در عقد فاسد به خاطر این است که صاحب مال نقل مال را به صورت تضمینی انجام داده است و در واقع ملاک همان اقدام و قاعده اقدام است

۳- ضمان به خاطر این است که قابض عدوانا و بدون رضایت مالک بر مال استیلا دارد

---

<sup>۳۴</sup> دلیل تحریر الوسیلة - فقه الربا، ص: ۱۷۸

نکته این است که هیچ کدام از این موارد نمی تواند منشا سیره عقلا و حکم عقلا به ضمان باشد زیرا منشا اول که از ارتکاز عقلا دور است و فحوای دلیل ضمان هم مخفی است و برای عقلا آشکار نیست و ملازمه هم مبتنی بر وجه دوم یعنی قاعده اقدام است

و در مورد قاعده اقدام باید گفت که اقدام در عقد فاسد نمی تواند اثبات ضمان بکند بلکه فقط می تواند این را برساند که ید در عقد فاسد عدوانی است و سبب ضمان همان ید عدوانی است زیرا گفته شد که ریشه ضمان در قاعده ما یضمن عقد نیست بلکه قبض است زیرا در عقود صحیح هم به صرف خواندن عقد، ضمان نمی آید (تلف المبیع قبل القبض من مال بايعه) چه برسد به عقود فاسد.<sup>۳۵</sup>

پس قاعده اقدام عدوانی بودن ید را ثابت می کند و عدوانی بودن ید ضمان را ثابت می کند پس سیره عقلا عنوانی به نام (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) ندارد بلکه همان عنوان ید عدوانی است که منشا حکم عقلا به ضمان است پس سیره عقلا با عنوان ید عدوانی در بحث ما اثبات ضمان می کند.

پس می شود به سیره عقلا تمسک کرد ولی سیره عقلا به عنوان ید عدوانی ضمان را ثابت می کند نه به عنوان (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده)<sup>۳۶</sup>

## ۹- اجماع:

دلیل دیگری که برای اثبات قاعده ما یضمن گفته شده اجماع است و با اینکه بعضی از علمای بزرگ ادعای اجماع کرده اند ولی با این حال این اجماع نمی تواند حجت باشد زیرا اجماعی حجت است که مدرکی نباشد تا بگوییم که اجماع نشان دهنده این است که این اجماع به خاطر حکم از طرف معصوم داده شده ولی در اینجا چنین نیست بلکه علمایی که این قاعده را پذیرفته اند برای اثبات این قاعده به قاعده اقدام و دیگر قواعدی قبلا اشاره کردیم استناد کرده اند و لذا اجماع مدرکی می شود یعنی مدرکش مشخص است پس نمی توان به اجماع برای اثبات این قاعده تمسک کرد<sup>۳۷</sup>

<sup>۳۵</sup> درس خارج فقه آیت الله موسوی جزائری (دام ظلّه) مورخ ۹۴/۹/۲۵

<sup>۳۶</sup> دلیل تحریر الوسیله - فقه الربا، ص: ۱۷۹

<sup>۳۷</sup> القواعد الفقهیة (للبحنوردی، السید حسن)، ج ۲، ص: ۱۱۰

## تعارض ادله:

ممکن است کسی استدلال بکند که قاعده احترام مال مسلم دلالت بر عدم ضمان دارد زیرا وقتی مال کسی بدون اینکه من دخالتی در تلف کردنش داشته باشم از بین رفت و با این حال من ضامن شدم و از اموال من باید جبران آن مال تلف شده را می کردم در این صورت قاعده احترام می آید و می گوید مال قابض محترم است و بدون اینکه بی احترامی به مال دیگران کرده باشد نباید اموال قابض را به دیگران داد پس قابض ضامن نیست و همچنین اگر بگوییم در حالی که تلف سماوی بوده حکم شرع به ضامن بودن قابض است در این صورت قاعده نفی ضرر می گوید که این حکم ضروری است و این حکم را نفی می کند زیرا وقتی که صرف اینک مال تحت ید قابض بوده دلیل نمی شود که ضامن باشد بلکه اگر خودش سبب تلف شدن مال بود در این حال می گفتیم ضمان درست است ولی در حالی که قابض اصلاً در تلف شدن مال نقشی نداشته و با این حال حکم به ضامن بودنش بدهیم در واقع به قابض ضرر وارد کرده ایم و این حکم ضرری است

در این صورت است که قاعده احترام و قاعده نفی ضرر با تقریری که ارائه شد با قاعده علی الید که حکم به ضمان می کند معارضه می کنند در اینصورت باید تعارض را بررسی کرد

### تعارض بین قاعده احترام و قاعده علی الید

برای حل تعارض باید دانست که موضوع قاعده احترام، مال است و خود قاعده احترام در مورد سعه و ضیق موضوعش هیچ حرفی نمی زند در صورتی که قاعده علی الید موضوع دلیل احترام را درست می کند زیرا اگر قابض ضامن نباشد و با این حال از اموالش جبران مال تلف شده را بکند قاعده احترام می گوید مال قابض محترم است و بدون دلیل نباید مالش را به دیگران داد ولی اگر قاعده عالی الید حکم به ضمان کرد در این صورت وقتی قابض از اموالش جبران مال تلف شده را کرد قاعده احترام نمی گوید مال او محترم است بلکه برعکس می گوید مال مالک اصلی که تلف شده محترم بوده و قابض باید جبرانانش بکند پس وقتی که قاعده علی الید حکم به ضمان کرد قاعده احترام حکم به رد و اداء دین می کند و دیگر با هم تعارضی ندارند

### تعارض بین قاعده نفی ضرر و قاعده علی الید

تعارض این دو دلیل هم به این شکل حل می شود که دلیل ضمان ید اخص است از دلیل نفی ضرر چون دلیل ضمان علی الید فقط خاص به اموالی است که تحت ید قرار دارد ولی دلیل نفی ضرر هر نوع ضرری را نفی می کند و مخصوص ضرر خاصی نیست پس دلیل ضمان علی الید دلیل نفی ضرر را تخصیص مس رند و در این صورت است که دلیل علی الید مقدم می شود و تعارض حل می شود

## نتیجه

با توجه به هدفی که ما از بررسی در این مقاله داشتیم و با توجه به ادله ای که گفته شد و بررسی هایی که در مورد ادله شد می توان جمع بندی کرد که دلیلی که قاعده ((ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده)) را بتواند به صورت کامل و بدون کم و زیاد ثابت کند وجود ندارد البته بعضی از ادله مانند قاعده اقدام ضمان المسمی را ثابت می کرد نه ضمان المثل و یا ضمان القیمه را که ما در این قاعده به دنبال اثبات آنها بودیم ولی بقیه ادله یعنی قاعده علی الید و قاعده احترام مال مسلم و حدیث نفی ضرر و قاعده اتلاف و اجماع و سایر ادله نمی توانستند ضمان را در این قاعده اثبات کنند

البته سیره عقلا هم می تواند ضمان را ثابت کنند ولی نه با عنوانی که در قاعده آمده یعنی ضمانی که از جانب عقد فاسد بر مال ثابت می شود بلکه ضمان با عناوین دیگری مانند ید عدوانی (که البته این عنوان هم توسط قاعده اقدام درست می شود) در اینجا ثابت می شود البته برای ما فرقی نمی کند که ضمان با چه عنوانی ثابت شود بلکه همینکه در عقود فاسده ضمان ثابت بشود برای اثبات قاعده کافی است لذا می توان گفت که قاعده با این دلیل ثابت می شود.



## فهرست منابع و مواخذ

- ١- كتاب البيع (للإمام الخميني)
- ٢- القواعد الفقهية (للجنوردي، السيد حسن)
- ٣- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)
- ٤- دليل تحرير الوسيله - فقه الربا، (سيفي مازندراني)
- ٥- كتاب الكافي (كليني)
- ٦- درس خارج فقه آيت الله موسوي جزايري (دام ظله)
- ٧- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام
- ٨- القواعد الفقهية (لمكارم)
- ٩- وسائل الشيعه
- ١٠- مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل
- ١١- حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثه)
- ١٢- مقاله قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده نوشته عابدين مومني