

فقه و اجتهاد

دوفصلنامه تخصصی فقه و علوم وابسته

سال اول، شماره دوم

پاییز و زمستان ۱۳۹۳



صاحب امتیاز: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام

مدیر مسئول: آیت الله محمدجواد فاضل لنکرانی

سر دبیر: دکتر حمید ستوده



شورای مشاوران علمی (به ترتیب حروف الفبا):

سید جواد حسینی خواه (استاد حوزه علمیه قم) / محمدجعفر طیبی (مدرس دانشگاه و استاد حوزه علمیه قم) / سید علی علوی قزوینی (دانشیار دانشگاه تهران، پردیس فارابی) / ابوالقاسم علیدوست (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی) / محمدجواد فاضل لنکرانی (استاد درس خارج حوزه علمیه قم) / محمدرضا فاضل کاشانی (استاد حوزه علمیه قم) / محمد قائی (استاد درس خارج حوزه علمیه قم) / محمدعلی قاسمی (استاد حوزه علمیه قم) / احمد عرفانی نسب (مدرس دانشگاه) / محمدمهدی مقدادی (دانشیار دانشگاه مفید قم) / سید محمد نجفی یزدی (استاد درس خارج حوزه علمیه قم)



دبیر اجرایی: محسن شیرخانی

ویراستاران: احمد تقوی و محمد شیخرضایی

همکاران مترجم در این شماره: حبیب ساعدی (عربی) - بشری سادات امامی (انگلیسی)

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، معاونت پژوهش، دفتر فصلنامه فقه و اجتهاد

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴ - دورنگار: ۰۲۵ - ۳۷۷۳۰۵۸۸

قیمت: ۱۰۰۰۰۰ ریال



ضمان القابض في العقد الفاسد

محمدجواد الفاضل اللنكراني

الخلاصة:

تتمتع احكام العقد الفاسد بأهمية كبيرة في الفقه، لان هذه الاحكام لها تطبيقات كثيرة في جميع العقود وخاصة في العقود الجديدة، ولذا نتعرض في هذا المقال الى دراسة واحدة من اهم احكام العقد الفاسد أي مسألة ضمان القابض الذي يأخذ العين، كي نعلم هل ان القابض في العقد الفاسد ضامن في حالة ما اذا تلفت العين او لا؟ الظاهر ان القابض في العقد الفاسد ضامن قطعاً ويجب أن يدفع للمالك المثل او القيمة، وذلك لان الأدلة الثلاثة التي أقيمت على الضمان أعني: (حديث على اليد) و(روايات الجارية المسروقة) و(قاعدة ما يضمن) يمكن ان تدل على ذلك. وقد اخذنا بعين الاعتبار في هذه المقالة من أجل العثور على الجواب نقطتين هامتين في مسألة العقد الفاسد وهما كونها معاطاة او عدم كونها معاطاة، ثم تعرضنا الى دراسة مسألة ضمان القابض في العقد الفاسد، ثم استعرضنا الادلة التي ذكرت في كلمات العلماء لاثبات الضمان او نفيه، ثم ذكرنا اشكالاتنا ووجهة نظرنا عند كل واحد من تلك الادلة.

الكلمات الرئيسية: العقد الفاسد، ضمان القابض، المقبوض في العقد الفاسد، قاعدة ما

يضمن، حديث على اليد.



Recipient's Liability in Void Contracts

Mohammad Javad Fazel Lankarani

Abstract

The rules regarding invalid or void contracts are very important in Jurisprudence; because these rules are applicable to all contracts, especially new contracts. Therefore this paper reviews one of the most important rules of invalid contracts, which is the liability of the recipient who receives the property, to conclude whether the recipient in invalid contracts, is liable in case of loss of property, or not.

It seems that the recipient in an invalid contract is definitely liable, and must compensate the loss with equivalent or price of the lost property. All the three reasons brought forward, i.e. "Ala al-Yad"¹ Tradition, "Stolen Slave" Tradition and "Ma Yudman"² Rule, can support liability.

In order to find answers, this paper firstly considers two important viewpoints regarding invalid contracts: them being "Muatat"³ or not; then it explores the liability of the recipient in invalid contracts. Subsequently the reasons stated in words of scholars proving or disproving liability are reviewed and criticisms along with author's own views are explained.

Keywords: Invalid Contracts, Recipient's Liability, Goods Received on an Invalid Contract, Ma Yudman Rule, Ala al-Yad Tradition.



-
1. Islamic Law Rule: "The hand is obliged by what it has taken, until returned."
 2. Islamic Law Rule: "A contract which brings liability if it is valid, would also bring liability if it is deemed invalid."
 3. Specific type of contract in Islamic Law, based on mutual agreement without offer and acceptance.

ضمان قابض در عقد فاسد

محمدجواد فاضل لنکرانی*

چکیده

احکام عقد فاسد در فقه از اهمّیت بسیاری برخوردار است، زیرا این احکام در همهٔ قراردادهای به‌ویژه قراردادهای جدید کاربرد بسزایی دارد. از این‌رو، در این نوشتار به بررسی یکی از مهم‌ترین احکام عقد فاسد، یعنی مسئلهٔ ضمان برای قابضی که عین را می‌گیرد پرداخته شده است، تا بدانیم که آیا قابض در عقد فاسد، در صورت تلف شدن عین، ضامن آن هست یا خیر. به نظر می‌رسد، قابض در عقد فاسد قطعاً ضامن است و باید مثل یا قیمت آن را به مالک پرداخت کند؛ زیرا هر سه دلیلی که بر ضمان اقامه شده است، یعنی حدیث علی الید، روایات کنیز مسروقه و قاعدهٔ مایضمن، می‌توانند بر آن دلالت کنند. این نوشتار، برای یافتن پاسخ، ابتدا دو مبنای مهم در مسئلهٔ عقد فاسد، یعنی معاطات بودن یا معاطات نبودن آن را مدّ نظر قرار داده و سپس مسئلهٔ ضمان قابض در عقد فاسد را بررسی می‌نماید آنگاه ادله فقیهان برای اثبات یا نفی ضمان تبیین و نقد شده و نقدها و دیدگاه مختار بیان می‌شود. واژگان کلیدی: عقد فاسد، ضمان قابض، مقبوض به عقد فاسد، قاعدهٔ مایضمن، حدیث علی الید.

* استاد درس خارج حوزه علمیه قم و رئیس محترم مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، تهیه و تنظیم: حسن مهدوی.

۱. مقدمه

احکام عقد فاسد در فقه از اهمیت بسیاری برخوردار است؛ زیرا این احکام در همه قراردادهای به‌ویژه قراردادهای جدید کاربرد بسزایی دارد. برای نمونه عملیات بانک‌ها، هم در جانب تجهیز و تخصیص منابع و هم در دیگر خدمات گسترده‌ای که ارائه می‌دهند، بر عقود استوار است. همچنین بخش عمده‌ای از آنچه در بازارهای مالی انجام می‌شود از همین قبیل است.

توضیح آنکه، برای کسانی که اندک آشنایی با مباحث فقهی و حقوقی دارند، کاملاً روشن است که، هنگامی آثار هر قرارداد بر آن بار می‌شود که واجد شرایط عام و خاصی که فقها تدوین نموده‌اند، باشد و در صورت اختلال در اجزا و شرایط، آثار مورد نظر بر آن مترتب نخواهد شد و حتی چه بسا پیامدهای جدیدی را در پی داشته باشد. یکی از این گونه پیامدهایی که در کلمات فقیهان مورد بحث قرار گرفته است، مسئله ضمان قابض در عقد فاسد است؛ یعنی هنگامی که طرفین معامله، عقد فاسدی را انجام می‌دهند که فاقد برخی از اجزا و شرایط است، به‌صورت طبیعی این پرسش مطرح می‌شود که اگر ایشان اقدام به انتقال عین یا منفعت نمودند، آیا ضامن آن عین یا منفعت هستند یا خیر؟

بنابراین، در این نوشتار سعی شده است به بررسی یکی از مهم‌ترین احکام عقد فاسد، یعنی «ضمان قابض به عقد فاسد» پرداخته شود. از این‌رو، پرسش اصلی در این مقاله، این است که، آیا اگر به‌واسطه عقد فاسد، عین یا منفعتی به دیگری منتقل شد، گیرنده آن عین یا منفعت نسبت به آن ضامن است و در صورت تلف شدن آن شیء، باید آن را جبران کند یا خیر؟

۲. پیشینه بحث

از میان فقیهانی که کلماتشان به‌دست ما رسیده است، اولین کسی که به طرح مسئله ضمان قابض پرداخته و آن را در عقد فاسد ضامن می‌داند، جناب شیخ مفید (المقنعة، ۶۰۷) است. پس از ایشان نیز شیخ طوسی ادعای اجماع بر ضمان را مطرح کرده است. (المبسوط، باب رهن، ۲، ۲۰۴؛ باب بیع، ۲، ۱۵۰) جناب ابن‌دریس هم ضمان در این مسئله را به اصحاب نسبت می‌دهد (السرائر، ۲، ۳۲۶). البته پس از

ایشان نیز فقیهان متأخر بسیاری به بررسی این موضوع پرداخته و جوانب گوناگون آن را بررسی کرده‌اند، از جمله می‌توان به شیخ انصاری (المکاسب، ۳، ۱۸۰)؛ محقق اصفهانی (حاشیه‌المکاسب، ۱، ۳۰۱)؛ سید یزدی (حاشیه‌المکاسب، ۱، ۹۳)؛ محقق ایروانی (حاشیه‌المکاسب، ۱، ۹۵)؛ شیخ حسن نجفی (جواهر الکلام، ۲۲، ۲۵۶)؛ محقق نائینی (منیة الطالب فی حاشیه‌المکاسب، ۱، ۲۶۰)؛ امام خمینی (کتاب البیع، ۱، ۳۷۱)؛ و محقق خوئی در (مصباح الفقاهة، ۳، ۸۵) اشاره کرد.

۳. مفهوم‌شناسی ضمان

اهل لغت در اینکه ضمان از «ضم» گرفته شده و یا از «ضمن» اختلاف کرده‌اند (ر.ک: واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۱۸، ۳۵۰ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۳، ۲۵۸). همچنین درباره اینکه معنای اصطلاحی ضمان چیست، بحث‌های مفصلی وجود دارد (ر.ک: شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳، ۱۸۷ و ۵، ۳۹۹؛ امام خمینی، بی‌تا، ۱، ۵۰۷)، ولی به نظر می‌رسد، بهترین تعریف، این است که بگوییم: ضمان بدین معناست که، یک شیء بر عهده شخصی قرار بگیرد؛ یعنی شخص، عهده‌دار آن شیء شود و عهده او متضمن آن گردد. مؤید این معنا، این است که، آنچه را که ماده «ضمن» افاده می‌کند، چیزی جز تضمن، مضمون و مانند آن نیست و اینکه به قرار گرفتن شیء در عهده «ضمان» گفته می‌شود، به خاطر این است که، شیء در ضمن عهده قرار می‌گیرد؛ یعنی گویا شخص با عهده خود متضمن این شیء است. البته عهده در هر جا دارای آثار تکلیفی یا وضعی مخصوص خود است، ولی معنای عهده در جاهای مختلف فرق نمی‌کند؛ یعنی ضمان گاهی ضمان معاوضه و گاهی ضمان تکفل و گاهی ضمان غرامت است، ولی هیچ‌یک از آنها موجب تغییر معنای آن نمی‌شود. (کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۱، ۳۰۸)

۴. دیدگاه‌های کلی در عقد فاسد

به‌طور کلی، می‌توان دو دیدگاه کلی را در رابطه با اصل مسئله عقد فاسد تصور کرد که بر اساس هر یک از آنها، نتیجه بحث در مسئله ضمان قابض، متفاوت خواهد بود.

دیدگاه نخست

ممکن است کسی بگوید: عقد فاسد، معامله را تبدیل به معامله معاطاتی می‌کند؛ بدین معنا که، در صورت فاسد بودن عقد و تحقق قبض و اقباض پس از آن، این معامله معاطاتی شده و آثار معاطات بر آن بار می‌شود.^۱

دلیل کسانی که این دیدگاه را پذیرفته‌اند این است که، نفس قبض و اقباض، انشای معامله است. با اقباض یعنی دادن مال، ایجاب و با قبض طرف مقابل، قبول محقق می‌شود و این معاطات است. از این رو، طبق قول این عده، بحث «مقبوض به عقد فاسد» و احکام آن معنا ندارد.

دیدگاه دوم

دیدگاه دوم آن است که بگوییم: عقد فاسد عنوان معاطات ندارد؛ یعنی با قبض و اقباض هیچ معامله‌ای انشا نمی‌شود و هیچ اثری بر آن مترتب نمی‌گردد؛ زیرا قبض و اقباضی که در عقد فاسد صورت گرفته، در واقع وفای به همان عقد فاسد بوده است، نه اینکه انشای جدیدی باشد؛ یعنی در اینجا دو نفری که عقد را جاری کرده‌اند، به گمان وفای به این عقد، قبض و اقباض را انجام داده‌اند. پس این قبض و اقباض نمی‌تواند معاطات باشد؛ زیرا معاطات، آن است که قبض و اقباض خودش مستقلاً یک انشای جدید باشد؛ بدین صورت که با بیع جنس را به قصد ایجاب به مشتری داده و مشتری هم به قصد قبول آن را بگیرد.

مشهور فقها این مبنا را پذیرفته و هفت مطلب را بر آن متفرع کرده‌اند که مهم‌ترین آنها، مسئله «ضمان قابض» است. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳، ۱۰۷-۱۰۸؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ۱، ۱۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲، ۲۵۶) دلیل اهمیت آن هم این است که در ذیل این مسئله، حکم بسیاری از فروع دیگر نیز روشن خواهد شد. مثلاً شیخ اعظم

۱. کاشف الغطاء، در حکم مسئله‌ای که وکیل ما وکل علیه را بعد از بطلان عقد فروخته، می‌نویسد: «ولو فتحنا هذا الباب للزم أن نحکم فی البیع بالصیغة بعد التقابض و معلومیة فساد بصحة معاطاتاً و عدم جواز رجوع البائع فی ماله والمشتري حینئذ لأن حقيقة البیع لم ترتفع فإذا فسد البیع العقدی ببقی المعاطاتی ولا أحد یقولہ أو یدعیه» (کاشف الغطاء، ۱۳۲۳ق، ۲، ۸) یعنی ایشان مدعی است که کسی این مبنای اول را در مورد مقبوض به عقد فاسد نپذیرفته است.

انصاری رحمته در رابطه با ضمان قابض در عقد فاسد می‌نویسد:

«لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضموناً عليه أما عدم الملك فلائنه مقتضى فرض الفساد. و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه و هو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، و ادعى الشيخ في باب الرهن و في موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً، و تبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳، ۱۸۰)

«اگر آنچه را که با عقد فاسد خریده است، قبض کند، مالک آن نخواهد شد و ضامن آن خواهد بود. اما عدم ملکیت به خاطر این است که، مقتضای فرض فساد همین است و ضمان هم به این معناست که تلف آن بر عهده اوست و این یکی از اموری است که بر قبض به عقد فاسد متفرع می‌شود و معروف است و شیخ در باب رهن و در جایی از [باب] بیع صریحاً ادعای اجماع بر آن را مطرح کرده است و فقیه زمان او نیز در شرح قواعد در این مسئله از وی تبعیت کرده است.»

۵. بررسی ادله ضمان قابض در عقد فاسد

همان‌گونه که گفته شد، بنا بر اینکه عقد فاسد نوعی معاطات تلقی نشود، یکی از فروع مترتب بر آن این است که، اگر کسی مالی را به عقد فاسد گرفت، به مجرد قبض، عنوان ضمان بر او بار می‌شود و ذمه‌اش مشغول می‌گردد. در کلمات فقها سه دلیل اصلی برای ضمان آورده شده است:^۱

۱. خبر «علی الید ما أخذت...»، (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳، ۲۲۹) که می‌گوید اگر کسی بدون حق بر مال دیگری تسلط پیدا کند، ضامن است؛
 ۲. روایات «کنیز مبتاعه و مسروقه» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۴، ۵۸۲، باب ۸۸ ح ۳)
 ۳. قاعده «کلّ ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳، ۱۸۰).
- ما در اینجا ابتدا به بررسی این سه دلیل می‌پردازیم.

۱. چه بسا کسی گمان کند شیخ انصاری برای ضمان قابض هفت دلیل آورده است؛ درحالی‌که، به نظر می‌رسد، ایشان سه دلیل برای ضمان قابض در مقبوض به عقد فاسد بیان کرده و سپس برای دلیل سوم خود یعنی «قاعده مایضمن» شش دلیل اقامه کرده است. این دقت نسبت به کلمات شیخ اعظم در کلمات امام خمینی نیز مشهود است. (ر.ک: امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱، ۳۷۲ به بعد)

دلیل یکم: حدیث «علی الید»

از پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نقل شده است که فرموده‌اند: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» (شیخ طوسی، محمد بن حسن، پیشین) البتّه در بعضی نقل‌ها «حتی تؤدیه» آمده است. (همان) این حدیث، نبوی مشهور است که از آن ضمان استفاده شده است. دو بحث در این روایت وجود دارد: بحث سندی و بحث دلالتی.

الف) بحث سندی

بررسی سند این روایت کمی گسترده است و بحث فراوانی می‌طلبد که از حدّ این مقاله فراتر است؛ چراکه از یک سو، این خبر در هیچ‌یک از منابع حدیثی امامیه نقل نشده است و از سوی دیگر، راویان که در سلسله سند آن آمده‌اند، نه تنها موثق نیستند، بلکه توسط اهل رجال تضعیف شده‌اند. ولی، درعین حال، این حدیث بسیار مشهور بوده و مورد عمل اصحاب قرار گرفته است، نیز ویژگی‌هایی دارد که آن را موثوق الصدور می‌کند.^۱ بنابراین بر اساس مبنای مشهور که شهرت را جابر ضعف سند می‌دانند، و یا مبنای کسانی که موثوق الصدور بودن حدیث را برای حجیت آن کافی می‌دانند، می‌توان این حدیث را به عنوان حجت قلمداد کرد.

محقق نراقی رَحِمَهُ اللهُ در این باره می‌گوید:

«شهرت داشتن این حدیث، رایج بودن آن در کتب و تلقی به قبول آن نزد علما و استدلال ایشان به آن در موارد متعدّد، ضعف سند را جبران می‌کند و ما را بی‌نیاز از بحث سندی می‌نماید» (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۳۱۵)

محقق بجنوردی رَحِمَهُ اللهُ نیز می‌نویسد:

«بحث از سند این روایت وجهی ندارد؛ زیرا با توجه به شهرت آن در بین فقها و قبول آن نزد ایشان و عمل ایشان به آن، این روایت موثوق الصدور است. بالاتر اینکه بعید نیست این روایت مقطوع الصدور باشد» (محقق بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۴، ۵۴)

۱. از جمله این ویژگی‌ها، این است که، این حدیث مطابق با ارتکاز عقلایی است و از اتقان متن و فصاحت زیادی برخوردار است. (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱، ۳۷۶)

البته بحث‌هایی در مورد صغرای این ادعا، یعنی اینکه آیا این حدیث به حدّ شهرت قدمایی رسیده است یا نه، وجود دارد که در کتاب‌های فقهی ذکر شده است. (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱، ۳۷۲ - ۳۷۶)

ب) بحث دلالتی

برای درک بهتر از معنا و مدلول روایت، باید بدانیم که در ترکیب این حدیث «علی‌الید» خبر مقدم و «ما أخذت» مبتدای مؤخر است. «ما» نیز در «ما أخذت» چه «مصدریه» باشد و چه «موصوله» مراد از آن مأخوذ خارجی است. پس «ما أخذت» یعنی آن شیء‌ای را که قابض گرفته، برید است. در اینجا خود «ما أخذت» چون شیء خارجی است نمی‌تواند مبتدا باشد و نیازمند چیزی در تقدیر است؛ مثلاً در «علی‌الید دینار»، دینار شیء خارجی است و باید مضافی در تقدیر گرفته شود، مانند اینکه بگوییم: «علی‌الید ملک دینار» بنابراین، در حدیث نیز باید کلمه‌ای همچون «رد» «حفظ» یا «ضمان ما أخذت» در تقدیر گرفته شود که ما در ادامه هر یک از این احتمالات را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

یکم. در تقدیر گرفتن واژه «رد»

چه بسا، کسی بگوید: از این روایت، حکم تکلیفی «وجوب الرد» استفاده می‌شود؛ به تعبیر دیگر، «علی‌الید ما أخذت» یعنی «علی‌الید ردّ ما أخذت» لذا بر ضمان قابض دلالتی ندارد. (شیخ طوسی، محمدبن حسن، پیشین، باب الغصب، مسئله ۲۲)

لیکن، به نظر می‌رسد، این نظریه سه اشکال دارد:

اشکال یکم: چنین تقدیری با غایت (حتّی تودیه) سازگار نیست. یعنی در صورت در تقدیر گرفتن «رد» معنای جمله چنین خواهد شد: «علی‌الید ردّ ما أخذت حتّی تودیه» و از آنجا که «حتّی تودیه» نیز به معنای «حتّی ترد» است، در نتیجه گویا معنای روایت این است که «ردّ آن تا زمانی که رد کنی واجب است» بنابراین لازمه این سخن اتحاد غایت و مغیا خواهد بود که امری باطل است.

اشکال دوم: ظاهر روایت نشان می‌دهد که شارع - بما أنه شارع - می‌خواهد یک غایت شرعی را بیان کند و لذا روایت ظهور در شرعی بودن غایتش دارد. در حالی که، اگر کلمه «رد» در تقدیر گرفته شود، این غایت از شرعی بودن خارج

می‌گردد؛ یعنی روایت می‌گوید: «برید است رد آنچه را که گرفته است تا زمانی که رد کند» در نتیجه این غایت یک غایت عادی می‌شود؛ بدین معنا که قضیه، قضیه ضروری به شرط محمول می‌گردد؛ مانند اینکه گفته شود: «تا زمانی که شما اینجا نشستی خارج نشدی» درحالی‌که، روشن است شارع می‌خواهد در این روایت، غایتی را به عنوان غایت شرعی بیان کند.

اشکال سوم: فقها این روایت را بیشتر برای فرض تلف استفاده کرده‌اند؛ یعنی وقتی مال کسی در دست دیگری تلف شد، می‌گویند: «علی‌الید...» و این جمله دلالت می‌کند بر اینکه آن شخص باید مثل یا قیمت آن را بدهد؛ در حالی‌که، اگر گفته شود روایت بر حکم تکلیفی «رد» دلالت دارد، معنایش این است که، این مال را تا مادامی که باقی است باید به مالکش رد کند، ولی اگر تلف شده بود، دیگر دلالتی بر وجوب رد ندارد.

دوم. در تقدیر گرفتن واژه «حفظ»

ممکن است کسی بگوید: در این روایت باید کلمه «حفظ» در تقدیر گرفته شده و از روایت، حکم تکلیفی «وجوب الحفظ» استفاده شود. پس «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدیه» یعنی «علی‌الید حفظ ما أخذت» از این رو، ما از این روایت چیزی به نام «ضمان» استفاده نمی‌کنیم. (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۳۱۶؛ نجفی ابروانی، ۱۴۰۶ق، ۱، ۹۳) ولی به نظر می‌رسد، این تقدیر هم پذیرفتنی نیست؛ زیرا:

اولاً، دلیل روشنی بر این مدعا وجود ندارد؛

ثانیاً، ظاهر روایت، این است که «اداء» تمام العله در رفع حکم است. اما اگر «حفظ» را در تقدیر بگیریم، معنایش این است که «اداء» مقدمه انتفای موضوع بوده و جزئی از علت باشد نه تمام العله؛ به تعبیر دیگر، لازمه این سخن این است که «انتفای موضوع» تمام العله شود و «اداء» یا اصلاً دخالت نداشته باشد و یا جزء العله باشد و این بر خلاف روایت است که در صدد بیان تمام العله بودن اداء در رفع حکم است. (مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲، ۴۱۷)

توضیح آنکه: غایتی که در روایت آمده است «حتی تؤدیه» است. از این رو، مدلول روایت این است که، اگر غایت واقع شد، حکمی که قبلاً در مغیا بوده از

بین می‌رود. لذا اگر حکم در روایت، به معنای وجوب الحفظ به‌عنوان یک حکم تکلیفی باشد و گفته شود: وقتی مال دیگری را گرفتید، حفظ مال واجب است تا آن‌را به صاحبش برگردانید، لازمه‌اش این است که، پس از برگرداندن آن مال به صاحبش هیچ موضوعی برای حکم باقی نماند و در نتیجه از بین رفتن حکم مستند به انتفای موضوع باشد نه مستند به اداء.

اما اگر «علی الید ما أخذت» دلالت بر ضمان کند، معنایش این است که، شما ضامن هستید تا هنگامی که آنرا ادا کنید. هنگامی که آنرا ادا کردید، بعد از «اداء» یا هم زمان و مقارن با آن، ذمه شما از این ضمان خالی می‌شود، در نتیجه از بین رفتن حکم ضمان، مستند به «اداء» خواهد بود.

خلاصه آنکه، «اداء» باید اثری در رفع حکم ثابت داشته باشد؛ درحالی که، اگر «حفظ» را در تقدیر بگیریم «اداء» از جهت اداء بودنش اثر ندارد، بلکه این انتفای موضوع است که اثر دارد.

سوم. در تقدیر گرفتن واژه «ضمان»

باور مشهور این است که، در حدیث علی الید، باید واژه «ضمان» در تقدیر گرفته شود که نتیجه آن، فهمیده شدن حکم وضعی «ضمان» از آن است.^۱ پس «علی الید ما أخذت» یعنی «علی الید ضمان ما أخذت».

به نظر می‌رسد، نظریه مشهور از دو دیدگاه قبلی بهتر است؛ زیرا از میان احتمالاتی که در این روایت وجود دارد، در تقدیر گرفتن «ضمان» از همه اظهر است، چه مرتکب تقدیر شویم و چه مرتکب مجاز.

توضیح اینکه: یا گفته می‌شود: «علی الید ضمان ما أخذت» یعنی کلمه «ضمان» را در تقدیر می‌گیریم یا گفته می‌شود: «علی الید ما أخذت» و «ما» را به صورت مجازی به «المأخوذ المضمون» معنا می‌کنیم. به هر حال، چه کلمه ضمان را در

۱. البته مشهور نیز سه دسته‌اند: برخی می‌گویند: ضمان، هم در فرض بقای عین است و هم در فرض تلف آن. گروه دوم می‌گویند: روایت، فقط دلالت بر ضمان در فرض بقا دارد، اما متعرض تلف نیست، لذا ضمان در فرض تلف را باید از ادله دیگر استفاده کرد. گروه سوم بر عکس گروه دوم، می‌گویند: روایت دلالت بر ضمان فرض تلف دارد و بر ضمان در فرض بقا دلالت ندارد.

تقدیر بگیریم و چه اینکه «ما» را مجازی معنا کنیم، این معنا از معانی دیگر ظاهرتر است.

علاوه بر این دلیل، ادله دیگری برای این نظریه مطرح شده است؛ از جمله اینکه: اولاً، فقها از قدیم، برای استنباط حکم، به این روایت استدلال کرده و از آن ضمان را فهمیده‌اند. لذا استدلال فقها به این روایت برای اثبات ضمان، یا کاشف از ظهور عرفی این عبارت در ضمان می‌باشد - یعنی این عبارت از وقتی که صادر شده، در نزد عرف ظهور در همین ضمان داشته است - و یا کاشف از این است که قرینه‌ای در نزد ایشان بوده که به کمک آن، ضمان را استفاده کرده‌اند. (مراغی، میرعبدالفتاح، پیشین، ۲، ۴۱۸)

ثانیاً، دلیل دوم تبادر است، یعنی بگوییم: آنچه از ترکیب «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» به ذهن تبادر پیدا می‌کند «ضمان» است. (همان)

ولی، به نظر می‌رسد، هیچ‌کدام از این دو دلیل، کارایی لازم را برای اثبات دیدگاه مشهور ندارد، زیرا:

پاسخ به دلیل اول روشن است؛ چراکه احتمال دارد این فهم و استنباط علما، مستند به عرف و قرینه نباشد، بلکه مستند به اجتهاد خودشان باشد. درحالی‌که، فهم فقها، فقط هنگامی که مستند به ظهورات عرفی باشد، برای ما معتبر است و اجتهاد ایشان برای ما حجت نیست. به‌ویژه آنکه، فقیه بزرگی مانند شیخ طوسی از روایت، ضمان را نفهمیده و آن را «وجوب رد» معنا کرده است؛ زیرا بعید است که قرینه‌ای به دیگران رسیده اما به شیخ طوسی نرسیده باشد.

همچنین بر دلیل دوم نیز دو اشکال وارد است:

۱. دلیل تبادر اشکال صغروی دارد؛ زیرا به نظر ما از این ترکیب «ضمان» به ذهن تبادر نمی‌کند، بلکه «وجوب الحفظ» و «وجوب الرد» تبادر می‌کند.
۲. فقط تبادری معتبر است که مستند به حاق لفظ باشد، درحالی‌که، تبادر در اینجا مستند به فهم علماست؛ (نراقی، مولی احمد، پیشین، ۳۱۷) یعنی اکنون که شما از جمله «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» ضمان را می‌فهمید، یک جهت آن انس ذهن شما با فهم فقیهان دیگر است. درحالی‌که اگر تبادر ناشی از فهم دیگران باشد برای ما مفید نیست؛ مثلاً اگر کسی پرسید لفظ «اسد» به چه معنا است و

پنج نفر یک معنا برای آن بیان کردند و این معنا در ذهن من خطور کرد، این تبادر معتبر نیست؛ بلکه معنا باید از خود لفظ متبادر شود.

چهارم. تعدیل دیدگاه مشهور

در مجموع می‌توان گفت: بر اساس ظهوری که روایت «علی‌الید» دارد، اصل این مطلب که از آن، ضمان فهمیده می‌شود، درست است و قطعاً این روایت بر ضمان قبض در عقد فاسد دلالت می‌کند، لیکن برخی از بزرگان تلاش کرده‌اند این دیدگاه را به گونه‌ای بیان کنند که کمترین اشکالی باقی نماند.

بیان نخست: چه بسا کسی بگوید: روایت «علی‌الید» بر ضمان دلالت می‌کند ولی ضمان در این روایت ضمان فعلی نیست، بلکه «ضمان تقدیری» و «ضمان بالقوه» است یعنی روایت می‌گوید: «اگر کسی بر مال دیگری ید پیدا کرد، در صورت تلف آن مال، ضمان وجود دارد، ولی اگر تلف نشود ضمان هم نیست» (اصفهان، محمدحسین، پیشین، ۱، ۳۰۲)

ولی به نظر می‌رسد، اشکال این توجیه، این است که غایت در روایت «حتی تؤذیه» است و این غایت ظهور در فعلیت دارد؛ به تعبیر دیگر، معنای «حتی تؤذیه» این است که گیرنده باید آن مال را بالفعل ادا کند و هرگاه غایت، ظهور در فعلیت داشته باشد، مغیاً هم باید فعلی باشد. پس در اینجا هم باید ضمان فعلی باشد نه ضمان تقدیری.

بیان دوم: این روایت بر ضمان فعلی دلالت می‌کند، ولی مقصود از ضمان فعلی «عهده» است. یعنی وقتی کسی بر مال دیگران ید پیدا کرد، عقلاً اعتبار می‌کنند که عهده و ذمه این شخص مشغول به آن مال است. پس معنای ضمان، خسارت و جبران خسارت نیست؛ بلکه ضمان، یعنی عقلاً اشتغال ذمه این شخص را اعتبار می‌کنند و با اعتبار عقلاً، آن‌چه را که أخذ کرده بر عهده او می‌آید.

و باید دانست که این عهده، یک دسته آثار تکلیفی دارد و یک دسته آثار وضعی؛ یعنی وقتی عقلاً این مال را بر عهده کسی اعتبار کردند، اثر تکلیفی آن برای شخص این است که، باید آن مال را رد کند. اثر تکلیفی دوم آن، این است که این مال را باید حفظ کند. اثر وضعی نیز دارد و آن این است که، اگر این مال

از بین رفت، باید بدل آن را بدهد؛ به تعبیر دیگر، روایت مستقیماً به حکم تکلیفی یا حکم وضعی نمی‌پردازد، بلکه روایت دلالت بر اشتغال عهده دارد و عهده دارای احکام وضعی و تکلیفی است. (همان)

بیان دوم چند مؤید نیز دارد:

مؤید نخست این است که تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی در زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نبوده است، بلکه این فقها بودند که بعداً در اصول و فقه آنرا بیان کرده‌اند. پس نمی‌توان روایت را مستقیم به حکم تکلیفی یا وضعی معنا کرد.

مؤید دوم، معنای عهده، عرفاً و لغتاً در کلمه «علی» اشراب شده است و وقتی می‌گوییم: «علی» یعنی «علی عهدتی».

مؤید سوم، کلمه «ید» خودش قرینه بر این است که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در صدد بیان حکم تکلیفی نبوده‌اند. اگر بخواهیم به شخصی بگوییم: مال کسی را حفظ کن، نمی‌گوییم: «علی یدک» و یا اگر به کسی بخواهیم بگوییم: مال کسی را رد کن، نمی‌گوییم: «علی یدک». این «علی الید» خودش قرینه است که مقصود، یک حکم تکلیفی محض نیست.

گفتنی است که، امام خمینی رحمته الله علیه نیز همین نظریه را پذیرفته‌اند، با این تفاوت که ایشان بیشتر مایل است حکم وضعی را از روایت استفاده کند نه حکم تکلیفی را. (امام خمینی، سیدروح‌الله، پیشین، ۱، ۳۷۹)

نتیجه آنکه: روایت «علی الید» نه دلالت مطابقی و نه دلالت التزامی بر حکم تکلیفی یا وضعی ندارد، بلکه بر این دلالت دارد که اگر شخصی بر مال دیگری دست پیدا کند، آن مال (شیء) بر عهده شخص آخذ قرار می‌گیرد. «عهده» یعنی مسئولیت که گاهی از آن به «عهده‌داری» تعبیر می‌کنند. «عهده» گاهی فقط اثر تکلیفی دارد، مانند: باب امانت و گاهی فقط اثر وضعی دارد، مثل جایی که کسی مال دیگری را می‌شکند که اثر وضعی ضمان بر آن مترتب می‌شود. گاهی نیز هم اثر تکلیفی دارد و هم اثر وضعی؛ یعنی اگر مالی بر عهده انسان آمد، اثر تکلیفی آن وجوب حفظ و وجوب رد آن مال بوده و اثر وضعی آن این است که، در صورت تلف باید خسارت آنرا بپردازد. بنابراین، دلالت روایت «علی الید» بر ضمان، تمام است.

دلیل دوم ضمان قابض: روایات کنیز مبتاعه و مسروقه

دلیل دوم بر ضمان در مقبوض به عقد فاسد، روایاتی است که درباره کنیز مبتاعه و مسروقه وارد شده است. صاحب وسائل^{رحمه الله} پنج روایت را نقل کرده است:

روایت اول:

شیخ طوسی با سند خود از علی بن حسن فضال از سندی بن محمد و عبدالرحمن بن ابی نجران از عاصم بن حمید از محمد بن قیس از امام باقر^{علیه السلام} یکی از قضاوت‌های امیرالمؤمنین^{علیه السلام} را نقل می‌کند. این قضاوت در مورد کنیزی است که پسر مالک، کنیز را در غیاب پدر خود فروخته است. «مشتري پس از اینکه این کنیز را از پسر مالک (مولا) می‌خرد، از او بچه‌دار می‌شود. مالک اول به مشتری که مولای دوم کنیز است برخورد کرده و به او می‌گوید: کنیز از آن من است و پسرم آن را بدون اذن من فروخته است. امیرالمؤمنین^{علیه السلام} به آن شخص فرمود: برو کنیز و بچه او را بگیر! مشتری نزد امیرالمؤمنین^{علیه السلام} آمده و اعتراض کرده، چاره‌جویی نمود. حضرت فرمودند: برو آن پسری را که کنیز را به تو فروخته بگیر، تا مولای اول بیع او را تنفیذ کند. وقتی آن مشتری پسر آن مولا را گرفت، پدرش گفت: بچه من را برگردان! او در پاسخ گفت: من فرزندان را نمی‌دهم، مگر اینکه تو بچه‌ای را که من از این ولیده به دنیا آورده‌ام، به من برگردانی. وقتی مالک اول امر را این‌گونه دید، بیع پسرش را اجازه کرد»^(۱) (حرّ عاملی، محمد بن حسن، پیشین، ۲۱، ۲۰۳، ح ۱)

در این روایت یک معامله فضولی انجام شده و مشتری از کنیزی که خریده بچه‌ای آورده است. حضرت می‌فرمایند: «مشتری باید هم جاریه را برگرداند و هم بچه را بدهد» پس معلوم می‌شود او ضامن است و هم باید عین را برگرداند و

۱. «محمّد بنُ الحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَالٍ عَنْ سِنْدِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ^{علیه السلام} قَالَ: قَضَى فِي وَليدَةٍ بَاعَهَا ابْنُ سَيِّدِهَا وَأَبُوهُ غَائِبٌ فَأَشْتَرَاهَا رَجُلٌ فَوَلَدَتْ مِنْهُ غُلَامًا ثُمَّ قَدِمَ سَيِّدُهَا الْأَوَّلُ فَنَاصَمَ سَيِّدَهَا الْأَخِيرَ فَقَالَ هَذِهِ وَليدَتِي بَاعَهَا ابْنِي بغيرِ إِذْنِي فَقَالَ: خُدْ وَليدَتِكَ وَابْنَهَا فَنَاصَدَهُ الْمُشْتَرِي فَقَالَ خُدْ ابْنَهُ بغيرِ الَّذِي بَاعَ الْوَلِيْدَةَ حَتَّى يَنْفِدَ لَكَ مَا بَاعَكَ فَلَمَّا أَخَذَ الْبَيْعُ الْآبَانَ قَالَ أَبُوهُ أَرْسِلْ ابْنِي فَقَالَ: لَا أَرْسِلْ ابْنَكَ حَتَّى تُرْسِلَ ابْنِي فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيْدَةِ الْأَوَّلِ أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ».

هم نما را. از این رو، می توان گفت: اگر شخصی به وسیله عقد فاسد چیزی را بگیرد، نه تنها مالک آن نمی شود، بلکه ضامن است و باید آن را برگرداند. سند این روایت موثق است. (اردبیلی غروی، ۱۴۰۳، ۲، ۴۷۰) افزون بر این، صاحب وسائل^۱ سندهای دیگری نیز برای این حدیث ذکر می کند که آنها نیز صحیح می باشند.

روایت دوم:

زراره می گوید: «به امام باقر^{علیه السلام} عرض کردم: شخصی از بازار کنیزی خریداری می کند و از او بچه ای به دست می آورد. صاحب کنیز بینه می آورد که این کنیز من است و من این را نفروختم و هبه هم نشده است. امام^{علیه السلام} فرمودند: مشتری باید جاریه را برگرداند و به آنچه که نفع برده، باید عوض آن را بدهد. زراره می گوید: گویا مراد قیمت ولد است.^۱ (حرّ عاملی، محمد بن حسن، پیشین، ۲۱، ۲۰۴)

ظاهر این حدیث آن است که، مشتری لازم نیست بچه را بدهد، بلکه بچه مال خود او است و فقط باید قیمت آن را بدهد؛ زیرا نفعی از کنیز برده که عنوان منفعت استیفا شده دارد.

لیکن، سند این حدیث ضعیف است؛ زیرا ناقل آن ابی عبدالله فراء (سلیم بن عمران فراء) است که توثیق ندارد.

روایت سوم:

متن و مورد روایت سوم، مانند روایت قبل است؛ یعنی امام^{علیه السلام} می فرماید: مشتری باید کنیز را بدهد، اما ولد را نگاه داشته و قیمت آن ولد را بپردازد....^۲ (همان، ح ۳) شیخ انصاری^{رحمته الله} در مکاسب از این روایت برای استدلال استفاده کرده است.

۱. «وَعَنْهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْفَرَاءِ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ ^{عَلَيْهِ السَّلَامُ} الرَّجُلُ يَشْتَرِي الْجَارِيَةَ مِنَ السُّوقِ فَيَوْلِدُهَا ثُمَّ يَجِيءُ الرَّجُلُ فَيَقِيمُ الْبَيْنَةَ عَلَيْهِ أَنَّهَا جَارِيَتُهُ كَمْ تَبِعَ وَ كَمْ تُوَهَّبَ، فَقَالَ: يَرُدُّ إِلَيْهِ جَارِيَتَهُ وَيَعْوِضُهُ بِمَا اتَّفَع، قَالَ: كَانَ مَعْنَاهُ قِيَمَةُ الْوَلَدِ».

۲. «وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ^{عَلَيْهِ السَّلَامُ} فِي رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً فَأَوْلَدَهَا فَوُجِدَتْ الْجَارِيَةُ مَسْرُوقَةً قَالَ: يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ صَاحِبُهَا وَيَأْخُذُ الرَّجُلُ وَوَلَدَهُ بِقِيَمَتِهِ».

و هم قیمت خدمت را بدهد؛ یعنی در «یعضه بما انتفع» آن نفعی که مشتری برده است، هم شامل بچه می‌شود و هم شیر دادن بچه و هم کارهایی که کنیز برای او انجام داده است.

بنابراین، ظن به اینکه این دو روایت یکی باشد، بسیار قوی است و بین آنها تهافتی وجود ندارد.

روایت پنجم:

مضمون این روایت تقریباً عین روایت سوم است، ولی اضافه‌ای در آن وجود دارد و آن اضافه این است که می‌فرماید: «و یرجع علی من باعه»؛ یعنی هرچند این مشتری پول بچه را به مالک کنیز می‌دهد، ولی می‌تواند آن را از بایع بگیرد.^۱

بنابراین، با دقت در سند این روایت نیز می‌توان دریافت که این روایت نیز همان روایت سوم است؛ زیرا سند روایت سوم فقط کلمه «بعض اصحابنا» را اضافه دارد، ولی بقیه آن همانند سند این روایت است؛ یعنی در سند روایت سوم می‌گفت: ابن ابی عمیر از جمیل بن درّاج نقل کرد، ولی او از بعض اصحابنا عن الصادق علیه السلام نقل نموده است. اما در اینجا، ابن ابی عمیر از جمیل بن درّاج از امام صادق علیه السلام ذکر شده و عن «بعض اصحابنا» ندارد. همین کافی است تا گفته شود این روایت با روایت سوم یکی است.

چراکه در جای خود ثابت شده است که اگر آخرین کسی که در اولین سلسله سند واقع شده و از معصوم نقل می‌کند، راوی اول و مروی عنه دو روایت یکی باشد، مضمون هم مشترک باشد، دیگر اینها دو حدیث نیستند، بلکه یک حدیث است. به ویژه آنکه، در روایات، نقل به معنا هم درست بوده و به همین جهت گاهی تعابیر مختلف، اما مضمون یکی است.

بر این اساس روشن شد که بازگشت این پنج روایت به سه روایت است؛ یعنی محور بحث روی سه تعبیر می‌چرخد که بررسی خواهیم نمود.

۱. «و عنه عن معاوية بن حُكَيْمٍ عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يبيء مستحق الجارية قال عليه السلام: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه» (حرّ عاملي، ۱۴۰۹ق، ۲۱، ۲۰۵، ح ۵)

روش استدلال به این روایات

پیش از پرداختن به اصل استدلال، باید به این نکته توجه کرد که در ضمان مقبوض به عقد فاسد، بحث در این است که آیا اگر مال مقبوض خود به خود تلف شود، قابض ضامن است یا نه. بنابراین، فقط در صورتی می‌توان از این روایات در این بحث استفاده کرد که، مورد این روایات بحث از تلف باشد نه اتلاف؛ یعنی باید این روایات مربوط به جایی باشند که مال مقبوض، خودبه‌خود تلف شده است، نه جایی که گیرنده خودش آن را اتلاف کرده است.

از این رو، شیخ انصاری^{ره} که به روایت سوم از این روایات استدلال کرده است، سعی می‌کند به نحوی این مسئله را ثابت کرده و این روایات را مربوط به بحث تلف قرار دهد و بگوید این روایات ربطی به بحث اتلاف ندارد. استدلال ایشان، این است که در فرض این روایات، مشتری کنیزی را با یک معامله فاسد خریده و او را بچه‌دار کرده است؛ لیکن، از آنجا که این بچه به حکم شارع به اشرف ابوبین ملحق شده و حُر است و در نتیجه قابل خرید و فروش نیست، لذا به منزله شیء تلف شده است (ایشان تعبیر کالتالف را آورده است) بنابراین، مشتری نقشی در تلف شدن این نَمّا ندارد، بلکه این حکم شارع است که باعث می‌شود از این نَمّا نتوان استفاده کرد. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳، ۱۸۱)

محقق اصفهانی و محقق ایروانی هر یک اشکالی بر سخن شیخ انصاری^{ره} گرفته‌اند.

سخن محقق اصفهانی

محقق اصفهانی^{ره} تأکید دارد که روایات کنیز مسروقه مبتاعه، مربوط به باب اتلاف است. وقتی مربوط به باب اتلاف شد، دیگر بین بحث ما (یعنی مسئله ضمان مقبوض به عقد فاسد که منشأ آن تلف است) و مورد این روایات، ارتباطی نیست. ایشان می‌نویسد:

می‌توان گفت: نطفه اگرچه از مرد است؛ لیکن، از آن‌جا که با خون مادر تکمیل می‌شود و تبدیل شدن آن به موجود زنده (حیوان) به وسیله توانایی موجود در رحم است، پس گویا تبدیل شدن آن به موجود زنده توسط مادر

می‌باشد؛ لذا مرد مشتری این توانایی را بر پدر (مالک اصلی) اتلاف کرده است؛ به‌ویژه اگر بگوییم جنین از نطفه زن شکل می‌گیرد و مرد فقط کار لقاح را انجام می‌دهد و یا بگوییم کودک رق است و بعد از ولادت خُر می‌شود؛ چرا که در این دو صورت، حقیقتاً اتلاف صدق می‌کند. (کمپانی اصفهانی، محمدحسین، پیشین، ۱، ۳۰۴)

بنابراین، از دید محقق اصفهانی رحمته الله در مجموع، سه فرض در اینجا وجود دارد که در هر سه، مشتری مال مالک را تلف کرده است: فرض اول، این است که، بگوییم: در تکوّن این فرزند، دم زن و قوای موجود در رحم او دخالت دارد و مالک، خود می‌توانست از این قوا استفاده کند، ولی مشتری این امکان را از او گرفت، در نتیجه اتلاف کرده است؛ فرض دوم، این است که، بگوییم: تکوّن بچه، اساساً معلول نطفه زن است و مرد فقط در لقاح دخالت دارد؛ فرض سوم، این است که، بگوییم: وقتی این نطفه در رحم این کنیز منعقد شد، انعقادش به‌عنوان عبد است، اما پس از تولد خُر می‌شود؛ در هر سه فرض، اتلاف محقق شده است.

سخن محقق ایروانی

محقق ایروانی رحمته الله نیز در صدد است این روایات را به باب اتلاف ملحق نماید تا ارتباطی به بحث ما که باب تلف است نداشته باشد. وی می‌نویسد: «مشتری منفعت رحم را استیفا کرده است؛ زیرا نطفه خودش را در آنجا قرار داده است و یا دست کم می‌توان گفت که او منفعت رحم را بر مالک اتلاف کرده است، چون مولا می‌توانست این کنیز را به یکی از عبدهایش بدهد و نطفه یک عبد در رحم این جاریه قرار گیرد و در نتیجه این بچه‌ای که به وجود می‌آید عبد باشد» (همان، ۱، ۹۳)

ایشان در ادامه می‌نویسد:

«اتلاف متوقف بر اینکه نما، بالفعل موجود باشد نیست. از همین رو، اگر کسی به درختانی که با آبیاری با آب مناسب، میوه دار می‌شوند، آب شور داده و این درخت‌ها میوه ندادند، اتلاف روی داده است» (همان)

از نظر محقق ابروانی رحمته در اتلاف لازم نیست شیء بالفعل آماده باشد و از بین برود، بلکه اگر آن چیز عرفاً قوه رسیدن به فعلیت را دارا باشد، مانند: درختی که همه شرایط برای آن مهیاست تا با آبیاری با آب مناسب به ثمر بنشیند، اگر این قوه رفع شده و از بین برود - مثلاً آن درخت را با آب شور آبیاری کند و درخت به ثمر نرسد - در اینجا نیز اتلاف صدق می‌کند.

تفاوت نظر محقق اصفهانی با دیدگاه محقق ابروانی

تفاوت کلام محقق ابروانی با کلام محقق اصفهانی، در این است که، محقق اصفهانی به خود کودک کاری ندارد. اما، کلام محقق ابروانی روی این فرض است که آن کودک به صورت خُر به دنیا بیاید؛ یعنی تمرکز کلام محقق ابروانی، روی این نکته است که منفعت رحم، کودک است. اما، محقق اصفهانی به کودک کاری نداشته و می‌گوید: مشتری، خون مادر و قدرتی که در رحم او بوده را اتلاف کرده، چه بچه زنده به دنیا بیاید و چه مرده.

بنابراین، به طور خلاصه، تفاوت کلام این دو این است که، کلام محقق اصفهانی رحمته ناظر به «اتلاف ظرف» و کلام محقق ابروانی رحمته ناظر به «اتلاف مظرور» است. لیکن، به نظر می‌رسد، کلام هیچ‌یک از این دو بزرگوار پذیرفتنی نیست.

نقد سخن محقق اصفهانی

نقد اول: سخن ایشان مستلزم این است که محور ضمان، قیمت کودک نباشد، بلکه محور ضمان، همان خون و توانایی مادر باشد.

به بیان دیگر، اگر مسئله خون و توانایی رحم را دخیل در ضمان بدانیم و بگوییم مشتری آن را اتلاف کرده است، پس مشتری باید ضامن قیمت خون و توانایی رحم باشد؛ در حالی که روایات، او را ضامن قیمت کودک نموده‌اند؛ به ویژه اگر بگوییم روایات کنیز مسروقه، ظهور در ضمان قیمت زمان پرداخت - یعنی یوم الأداء - دارد، این اشکال روشن‌تر است؛ زیرا ممکن است کودک در نزد مشتری رشد و نمو پیدا کرده و مثلاً ده ساله باشد که در این صورت بر اساس روایات، مشتری باید قیمت یک کودک ده ساله را بدهد، در حالی که بر اساس دیدگاه محقق اصفهانی او فقط باید قیمت خون و توانایی رحم کنیز را پرداخت

کند، چراکه خون و توانایی مادر هیچ نقشی در رشد کودک پس از دوران شیرخوارگی ندارد. بنابراین، دیدگاه ایشان با روایات منافات دارد.

نقد دوم: حتی اگر پیدایش کودک از نطفه زن بوده و کار مرد فقط تلقیح باشد، باز هم سخن محقق اصفهانی با روایات منافات خواهد داشت؛ زیرا وقتی کودک از نطفه زن تکون پیدا می‌کند، در همان رحم مادر از ملک مالک اصلی خارج شده و به ملک مشتری وارد می‌شود، نه اینکه ابتدا ملک مالک اصلی بوده و پس از تولد به مشتری انتقال پیدا کند؛ زیرا قطعاً این کودک، فرزند کسی است که کنیز را وطی کرده است. بر این اساس، طبق سخن محقق اصفهانی، مشتری باید ضامن قیمت کودک در شکم مادر باشد؛ زیرا در همان شکم مادر این ملک انتقال پیدا کرده است، در حالی که روایات او را ضامن قیمت یوم‌الأداء می‌دانند.

نقد سوم: وقتی چیزی به سبب حکم شرعی از ملک کسی خارج می‌شود، این سبب از باب تلف سماوی است نه از باب اتلاف، حتی اگر شخص دیگری باعث جریان آن حکم شود. پس همان‌گونه که شیخ انصاری رحمته‌الله فرمود، در اینجا اتلاف صادق نیست، زیرا آن‌کس که به حریت این کودک حکم کرده است، شارع است و مشتری نقشی در این مسئله ندارد، هرچند موضوع آن‌را ایجاد کرده است. (امام خمینی، سید روح‌الله، پیشین، ۱، ۳۸۶)

نقد کلام محقق ایروانی

هرچند کودک را منفعت رحم بدانیم و مشتری این منفعت را استیفا نموده باشد، لیکن این سبب نمی‌شود که مشتری ضامن قیمت کودک باشد، بلکه باید ضامن همان منافع رحم باشد و قیمت استفاده از رحم را بپردازد؛ درحالی‌که، روایات او را ضامن قیمت ولد می‌دانند. به تعبیر دیگر، مشتری منفعت رحم را استیفا کرده است، لیکن، استیفای منفعت رحم چه ملازمه‌ای با ضمانت قیمت ولد دارد؟! پس سخن ایشان نیز با مضمون روایات منافات دارد.

نتیجه گفتگو درباره روایات کنیز مسروقه، این شد که، مجموع اشکالاتی که بر استدلال به این روایت ذکر شده بود، وارد نیست و این روایت به‌خوبی دلالت دارد بر اینکه مقبوض به عقد فاسد، مورد ضمان است. امام خمینی رحمته‌الله هم در آخر

این بحث عبارتی دارند که از آن استفاده می‌شود ایشان هم مانند شیخ انصاری رحمته‌الله استدلال به این روایت را تمام می‌داند. هرچند در آخر می‌فرماید: «علی اشکال» و این دالّ بر این است که می‌خواهند بگویند: خیلی نمی‌توان بر این ظهور اعتماد کرد. (همان، ۱، ۳۸۹)

گویا این تردید، به‌خاطر این است که، چه‌بسا مسئله از باب اتلاف باشد، (یا اتلاف به بیان محقق اصفهانی رحمته‌الله یا اتلاف به بیان محقق ایروانی^۱) اگرچه هر دو اتلاف را امام خمینی رحمته‌الله رد کرده‌اند، ولی به‌هرحال، این احتمال وجود دارد.

دلیل سوم بر ضمان قابض: قاعده «مایضمن»

دلیل سوم برای ضمان مقبوض به عقد فاسد، قاعده «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است. این قاعده از دو بخش ایجابی و سلبی تشکیل شده است. بخش ایجابی قاعده، عبارت است از: «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یعنی قراردادهایی که در فرض صحّت ضمانت آورند، در فرض فساد هم ضمانت‌آور می‌باشند؛ مثلاً بیع اگر صحیح باشد برای هر دو طرف ضمانت می‌آورد و ایشان باید به آن عمل کنند، پس اگر فاسد هم باشد باعث ضمانت می‌شود.

اما بخش دوم قاعده عبارت است از: «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» یعنی قراردادهایی که در فرض صحّت ضمانت‌آور نیستند، در فرض فساد هم ضمانت‌آور نمی‌باشند؛ مثلاً اگر عقد عاریه صحیح باشد و آن شیء عاریه داده شده تلف شود، شخصی که عاریه گرفته (مستعیر) ضامن نیست. بنابراین، اگر عقد عاریه فاسد هم باشد، باز هم شخص یادشده ضامن نخواهد بود. نمونه‌های دیگر برای این نوع قراردادها، عبارت‌اند از: وکالت، ودیعه و قرض.

قاعده «مایضمن» نه روایتی دارد و نه در متن معتبر شرعی آمده است، بلکه این قاعده یک قاعده اصطیادی است. ازاین‌رو، برخی از بزرگان مانند محقق خوئی رحمته‌الله به بررسی عنوان و الفاظ این قاعده و سعه یا ضیق آن نمی‌پردازد، بلکه سراغ ادله این قضیه رفته و هرگز درباره خود قاعده وارد بحث نمی‌شود.^۱ ولی

۱. متن مصباح الفقاهة این است: «أنه لا يُهمَّنَا البحثُ في شيء من هذه النواحي ضرورة أن هذه القاعدة بألفاظها المذكورة لم تُرد في آية، ولا في رواية، ولا أنها جعلت مورداً للإجماع، لکی بیحث عنها، و عن مفردات ألفاظها، و عن سعة دلالتها» (خوئی، ۱۴۱۷ق، ۳، ۸۷)

برخی از فقیهان مانند شیخ انصاری رحمته الله علیه به بررسی تک تک الفاظی که در عنوان قاعده آمده است، پرداخته و درباره آن گفتگو کرده‌اند. (شیخ انصاری، مرتضی، پیشین، ۳، ۱۸۲) ما نیز جهت رعایت اختصار از پرداختن به مفردات قاعده خودداری می‌کنیم، هرچند فوایدی در بررسی آنها وجود دارد.

ادله قاعده

دلیل اول: حدیث «علی الید»

همان‌گونه که پیش از این گذشت، یکی از مهمترین ادله ضمان مقبوض به عقد فاسد، حدیث علی الید است. لکن ظاهر این حدیث فراتر از این فرع است و می‌توان از آن قاعده «ما یضمن» را استفاده کرد. یعنی به طور کلی می‌توان گفت: بر اساس این حدیث همان‌گونه که تسلط و ید پیدا کردنی که از طریق عقد صحیح ایجاد می‌شود، ضمان آور است، تسلط و ید پیدا کردنی که از طریق عقد فاسد ایجاد می‌شود نیز ضمان آور است. پس با توجه به این که مسئله مقبوض به عقد فاسد یکی از فروع قاعده «ما یضمن» است، با دلالت این حدیث بر اصل قاعده، دلالت آن بر مسئله یادشده نیز روشن‌تر خواهد بود.

دلیل دوم: قاعده اقدام

یکی از ادله مطرح شده بر اینکه در عقد فاسد نیز همچون عقد صحیح، ضمان وجود دارد «اقدام» است؛ یعنی مشتری که میباید را به عقد فاسد قبض نموده است، خودش اقدام بر ضمان کرده و این اقدام او دلیل برای ضمان است. لیکن، بسیاری از بزرگان استدلال به قاعده اقدام را صحیح نمی‌دانند و سه اشکال را در رد این قاعده مطرح کرده‌اند:

۱. هیچ دلیل و مدرکی بر گبرای قاعده اقدام، وجود ندارد؛
۲. بر فرض که اصل قاعده ثابت باشد، بایع و مشتری اقدام به یک ضمان خاص - که از همان معامله مورد نظر ناشی شده است - اقدام کرده‌اند، نه مطلق ضمان؛ لذا اکنون که شارع آن ضمان خاص را به خاطر فساد عقد، امضا نکرده است، دیگر دلیلی برای مطلق ضمان باقی نمی‌ماند؛

۳. قاعدهٔ اقدام در بحث ما قابل نقض است؛ زیرا گاهی اقدام وجود دارد، ولی هرگز ضمانی در کار نیست و گاهی هم اقدامی انجام نشده ولی ضمان وجود دارد؛ پس معلوم می‌شود که ملازمه‌ای بین ضمان و اقدام نیست. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳، ۱۸۸؛ سید یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱، ۴۵۷؛ همدانی، ۱۴۲۰ق، ۵۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴ق، ۳۳۱؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱، ۴۳) ولی به نظر می‌رسد هیچ‌یک از این اشکالات سه‌گانه پذیرفتنی نیست.

پاسخ به اشکال اول

برای اثبات قاعدهٔ اقدام می‌توان به بنای عقلاً تمسک کرد. به این بیان که، اقدام، به معنای یک التزام نفسانی موجود بین مردم است؛ یعنی گاهی کسی مالش را بلاعوض و مجانی به دیگری می‌دهد، که در این صورت، هیچ ضمانی را از طرف مقابل توقع ندارد و خود را هم ضامن آن چه که بخشیده است نمی‌داند. اما، گاهی کسی اقدام می‌کند بر اینکه در مقابل مالش، یک عوضی باشد؛ یعنی مالش را به قصد اینکه عوض این مال را مالک شود به دیگری می‌دهد و خودش را نیز ملتزم می‌کند که مال خود را به طرف مقابل بدهد. بر اساس این معنا، این قاعده یک قاعدهٔ عقلائی بوده و بنای عقلاً بر آن قائم گردیده است.

افزون بر این، می‌توان گفت: همان ادله‌ای که اصل ضمان را مشروع می‌کند، اقدام بر ضمان را نیز درست می‌کند. چراکه ضمان یک امر مشروع است؛ لذا اگر کسی بر این ضمان اقدام کرد، بر یک عمل مشروع اقدام کرده است. به تعبیر دیگر، اقدام اصلاً دلیل نمی‌خواهد، بلکه اقدام فقط موضوع را درست می‌کند و برای درست کردن موضوع، نیازی به دلیل نیست.

پاسخ به اشکال دوم

در معامله، دو اقدام وجود دارد: اقدام اول اقدام بر اصل ضمان است و اقدام دوم هم، این است که، عوض خاصی را معین نموده‌اند. بنابراین، در عقد فاسد که تعیین این عوض خاص فاسد است، اصل اقدام بر ضمان باقی می‌ماند.

پاسخ به اشکال سوم

اشکال دوم از دو نقض تشکیل شده بود:

الف) نقض اول این بود که، در برخی از موارد اقدام موجود است، اما ضمان موجود نیست، مثل «تلف مبیع قبل القبض».

در جواب این نقض می‌توان گفت: آنچه که ملاک ضمان می‌باشد، اقدام معاملی است و اقدام معاملی فقط در صورتی ضمان آور است که عقد موجود باشد. لیکن در فرض ما، تلف شدن مبیع قبل از قبض، اقدام معاملی عقدی را زائل کرده و موجب انفساخ آن است و هنگامی که عقد نیز فسخ شده باشد، دلیلی برای ضمان وجود نخواهد داشت^۱ (کمپانی اصفهانی، محمدحسین، پیشین، ۱، ۳۱۳)

ب) نقض دوم این بود که، در برخی از موارد اقدامی موجود نیست، ولی ضمان وجود دارد. سه مثال برای این مطلب ذکر شده است:

مثال اول: جایی که مشتری بر بایع شرط می‌کند که اگر مبیع در دست مشتری تلف شد، خسارت یعنی ضمان مثل یا ضمان قیمت این مبیع بر عهده بایع باشد. در اینجا اقدامی بر ضمان وجود ندارد، لیکن ضمان به خاطر شرط وجود دارد.

مثال دوم و سوم: اگر کسی بگوید: «بعثک هذا بلا ثمن» و یا بگوید: «آجرتک هذا بلا اجرة» در این صورت، بدون ثمن بودن معامله و یا بدون اجرت بودن آن، باعث مجانی بودن آن می‌شود و مجانی بودن به این معناست که، دیگر اقدامی در کار نیست؛ درحالی که در همین دو معامله، اگر بایع مبیع را به مشتری داد و در دست مشتری تلف شد و یا عین مستأجره را به مستأجر داد و در دست او تلف شد، همه فقها حکم به ضمان کرده و مشتری و مستأجر را ضامن دانسته‌اند. (شیخ انصاری، مرتضی، پیشین، ۳، ۱۸۸)

پاسخ مثال اول: این نقض ربطی به قاعده اقدام ندارد؛ زیرا ادعای ما این نیست که فقط اقدام سبب ضمان است، بلکه ممکن است ضمان اسباب دیگری غیر از اقدام داشته باشد، مانند مثال یاد شده که اشتراط سبب ضمان شده است.

پاسخ مثال دوم و سوم: وقتی کسی می‌گوید: «بعثک بلا ثمن» سه صورت در

۱. امام خمینی نیز متعرض بخش اول این پاسخ شده‌اند. (امام خمینی، سیدروح‌الله، پیشین، ۱، ۴۰۵)

آن وجود دارد:

۱. اینکه واقعاً حقیقت بیع را اراده کرده باشد نه هبه یا چیز دیگری را؛
 ۲. اینکه قصد تملیک بدون عوض کرده باشد؛ یعنی در حقیقت هبه را قصد کرده، ولی هبه را با لفظ «بعثک» گفته است؛
 ۳. اینکه قصد بیع دارد؛ یعنی می‌خواهد مال خود را در مقابل عوضی به طرف مقابل بدهد، لیکن مقصودش از «بلاعوض» این است که در معامله شرط سقوط ثمن کند؛ یعنی، آنچه می‌خواهد ثمن قرار گیرد، اول قصد می‌کند که مال او در مقابل آن باشد، اما بعد می‌گوید لازم نیست مشتری آن را بدهد.
- اما صورت اول مستلزم جمع بین متنافیین است؛ زیرا از یک سو قصد بیع می‌کند و از سوی دیگر می‌گوید بلاعوض؛ در حالی که، حقیقت بیع عرفاً و شرعاً متقوم به عوض است. بنابراین، بر اساس این فرض هرگز معامله‌ای واقع نشده است، پس اقدامی هم در کار نیست.
- اما صورت دوم که آن شخص، هبه را اراده کرده بود، صحت و فسادش مبتنی بر توسعه و تضییق در اسباب است؛ یعنی مبتنی این است که بگوییم: اسباب در معاملات، لازم نیست اسباب عرفی باشد، بلکه اگر غیر عرفی هم بود معامله صحیح است؛ چراکه معلوم نیست استفاده از لفظ «بعثک» برای انجام هبه عرفی باشد.
- اما، صورت سوم که تملیک به عوض را اراده می‌کند، ولی سپس شرط سقوط ثمن می‌کند؛ این بیع، صحیح و این شرط هم شرط نافذی است. لیکن، سقوط ثمن به سبب شرط، منافاتی با وقوع اقدام معاوضی ندارد. پس در اینجا هم اقدام هست و هم ضمان.^۱
- صورت چهارم هم، این است که بگوییم: بر اساس مبنای صحیحی که می‌گوید: «در باب معاملات نیازی نیست معامله در قالب یکی از عقود شرعی باشد، بلکه همین که مورد نهی نباشد کافی است» در چنین مواردی مالک می‌تواند تملیک مطلق را قصد کرده باشد؛ یعنی تملیکی که نه در قالب بیع است و نه هبه، بلکه

۱. این پاسخ در کلمات محقق اصفهانی آمده است. (کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۱، ۳۱۴)

به صورت مطلق می‌خواهد چیزی را به شخص دیگری تملیک کند، تا از یک سو بر خلاف هبه، آثار لزوم بر آن مترتب گردد و از سوی دیگر، برخلاف بیع، نیازی به عوض نداشته باشد.

پس بدین وسیله دانستیم که «قاعده اقدام» نیز می‌تواند دلیل خوبی بر «قاعده مایضمن» باشد.

نکته‌ای که در این جا باید مورد توجه قرار گیرد این است که اگر ما قاعده اقدام را پذیرفتیم، فرقی بین علم و جهل نیست؛ زیرا معنای اقدام، این است که مالک، مالش را در اختیار دیگری قرار دهد و در مقابل، عوضی را دریافت کند؛ لذا اینکه بدانند معامله فاسد است یا ندانند، تأثیری در صدق یا عدم صدق اقدام معاملی و عقدی ندارد.

دلیل سوم: حدیث «لا ضرر»

یکی از ادله‌ای که شیخ انصاری^{رحمته} برای ضمان به آن استدلال می‌کند، «قاعده لا ضرر» است. (همان، ۳، ۱۹۰) تقریب استدلال این است که حکم به عدم ضمان، مستلزم ضرر برای مالک است؛ لذا قاعده «لا ضرر» آن را بر می‌دارد و بر اساس آن، ما باید حکم به ضمان کنیم.

برای بررسی درستی یا نادرستی این ادعا، ابتدا باید دیدگاه‌های مهم در «قاعده لا ضرر» را مورد اشاره قرار دهیم تا معلوم شود بر اساس این مبانی، نتیجه چیست؟

دیدگاه‌های فقها در قاعده «لا ضرر»

درباره قاعده «لا ضرر» دست‌کم چهار دیدگاه وجود دارد:

۱. «لا ضرر» در مقام «نفی حکم ضرری» است؛ یعنی شارع مقدس با «لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام» در مقام بیان این است که، ما در اسلام حکم ضرری نداریم.

۲. «لا ضرر» نفی حکم است به لسان نفی موضوع؛

۳. واژه «لا» در «لا ضرر» ناهیه است؛

۴. «لا ضرر» صرفاً یک حکم حکومتی از سوی پیامبر اکرم^{صلی الله علیه و آله} و مخصوص

همان زمان است.

بررسی دیدگاه اول

اگر بگوییم: «لاضرر» در مقام «نفي حکم ضرری» است، شیخ انصاری رحمته الله علیه فقط هنگامی می‌تواند به «لاضرر» استدلال کند که عدم ضمان، مجعول شرعی باشد. اما با توجه به اینکه عدم ضمان مجعول شرعی نیست، نمی‌توان از قاعده لا ضرر برای نفي آن بهره برد.

البته ممکن است کسی بگوید: اگر از این جهت که شارع عدم ضمان را انشا کرده است، به قضیه نگاه کنیم، عدم ضمان یک مجعول شرعی خواهد بود، ولی اگر فقط عالم واقع را در نظر بگیریم، عدم ضمان یک مجعول شرعی نیست. پس اینجا شبیه بحث «عدم وجوب» است که گاهی می‌گوییم: این شیء از ازل واجب نبوده است و گاهی می‌گوییم: شارع، عدم وجوب آن را انشا کرده و فرموده که این شیء واجب نیست. در صورت اول «عدم وجوب» مجعول شرعی نیست، ولی در صورت دوم، مجعول شرعی است. پس عدم ضمانی که متعلق انشا قرار گرفته است - یعنی شارع در بعضی موارد «فيه ضمان» و در برخی موارد «الأمین لایضمن» را فرموده است - می‌تواند مجعول شرعی باشد.

در پاسخ می‌گوییم: برای جریان «لاضرر» در مسئله عقد فاسد، شرط دیگری هم وجود دارد و آن شرط این است که، مضمون، باید ارتباطی به ضامن داشته باشد. نه اینکه وجود ضامن و عدم وجود ضامن، نسبت به آن مضمون یکسان باشد. مثلاً اگر یک عین، به وسیله عقد فاسدی در اختیار مشتری نهاده شد و برخی منافع آن، خودبه‌خود و بدون اینکه مشتری از آنها بهره‌برد فوت شد، در اینجا اگرچه فوت این منافع بدون عوض یک ضرری بر مالک است، لیکن دلیلی ندارد که تدارک این منافع بر مشتری واجب باشد، چون نسبت این منافع به این شخصی که می‌خواهیم بگوییم ضامن هست یا نیست و غیر این شخص، یکسان است.

بنابراین، بر فرض که ما شرط اول را قبول کنیم، یعنی بگوییم «عدم الضمان» از مجعولات شرعی است، شرط دوم موجود نیست؛ یعنی بین مضمون و ضامن ارتباطی وجود ندارد؛ زیرا در واقع فوت منافع مستند به مشتری نیست، بلکه مستند به بایع است؛ زیرا او راه را برای مشتری باز کرده تا او عین را بردارد و

ببرد. (ر.ک: کمپانی اصفهانی، محمدحسین، پیشین، ۱، ۳۲۴)

البته اگرچه با دقت عقلی می‌توان چنین پاسخی را به ادعای یادشده داد، ولی انصافاً اگر عرفی نگاه کنیم، این پاسخ صحیح نیست؛ زیرا عرف می‌گوید: عین، در زمانی که در دست مشتری بوده تلف شده است، هرچند او از این عین هیچ استفاده‌ای نکرده است. ولی به هر حال، تلف شدن مستند به اوست؛ زیرا او سبب شده که مالک نتواند استفاده کند؛ لذا همین مقدار در ایجاد ضرر بر مالک مؤثر بوده است.

باید توجه داشت که عقل، انگیزه‌ها در معامله را مؤثر می‌داند، اما عرف مؤثر نمی‌داند؛ یعنی حتی گاهی عرف در مقابل عقل می‌ایستد، همان‌گونه که گاهی اوقات شرع در مقابل عقل می‌ایستد. مثلاً مقدار آبی که دقیقاً به مقدار کُر است، اگر یک قاشق چای‌خوری از این آب بردارید، عقل می‌گوید از کُریت افتاد، اما عرف در مقابل آن می‌ایستد و می‌گوید این هنوز کُر است.

البته باید به این نکته نیز توجه کرد که فقها بین «ضرر» و «عدم الإنتفاع» فرق می‌گذارند؛ لیکن به نظر می‌رسد که اگرچه عقلاً این تفاوت وجود دارد، ولی ملاک در باب مفاهیم عرف است. پس اگر عرف واقعاً بین این دو فرق بگذارد، احکام آن نیز متفاوت می‌شود. اما در بحث ما، قرار گرفتن مال در دست مشتری، عرفاً هم می‌تواند «عدم الإنتفاع» باشد و هم می‌تواند «ضرر» به‌شمار رود. لذا اگر بگوییم مشتری ضامن نیست، اینجا بر بایع ضرر وارد شده، در نتیجه قاعده «لا ضرر» شامل آن نیز می‌شود.

بررسی دیدگاه دوم

اگر بگوییم «لاضرر» نفی حکم است به لسان نفی موضوع، نتیجه‌اش این است که، اگر ما توانستیم در مورد عقد فاسد، یک موضوع ضرری را تصویر نماییم، قاعده لا ضرر جاری می‌شود، ولی در غیر این صورت جاری نمی‌شود.

پس در بحث ما، هنگامی که مشتری عینی را به عقد فاسد در اختیار گرفته تا از منفعتش به صورت مجانی استفاده کند، در واقع به مالک ضرر وارد کرده است. همچنین اگر کسی مال دیگری را نگه دارد، به‌گونه‌ای که منافع آن برای مالکش

فوت شده و مالک نتواند استفاده کند، در این صورت نیز به مالک ضرر وارد شده و قاعده لاضرر جاری می‌گردد. ولی در مواردی که موضوع ضرری در کار نباشد، این قاعده جاری نمی‌گردد.

با توجه به اینکه، بر اساس دیدگاه سوم و چهارم، قاعده «لاضرر» ربطی به بحث ما نخواهد داشت، به بررسی این دو دیدگاه نمی‌پردازیم.

دلیل چهارم: احترام مال مسلمان

در برخی از روایات، حرمت مال مسلمان در حدّ حرمت خون او قلمداد شده است. برخی از بزرگان مانند شیخ اعظم رحمته الله پس از اینکه دلالتِ روایت «علی الید» و «قاعده اقدام» را بر «قاعده مایضمن» نپذیرفته‌اند، سعی کرده‌اند برای اثبات قاعده مذکور به این روایات تمسک نمایند و از آنها حکم وضعی ضمان را استفاده کنند. (شیخ انصاری، مرتضی، پیشین)

در یکی از این روایات آمده است:

«عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِي بصيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله: سَيَابُ الْمُؤْمِنِ فُسُوقٌ وَقِتَالُهُ كُفْرٌ وَأَكْلُ لَحْمِهِ مَعْصِيَةٌ وَحَرْمَةُ

مَالِهِ كَحَرْمَةِ دَمِهِ» (کلینی، بی تا، ۲، ۲۶۸؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ۴، ۳۰۰)

«ابوبصیر می گوید: امام باقر عليه السلام از پیامبر صلى الله عليه وآله نقل کردند که فرمود: دشنام دادن به مؤمن فسق است، مقاتله و جنگ با مؤمن کفر است و غیبت کردن او معصیت است و حرمت مال او همانند حرمت خون اوست»

تمام راویان این روایت، امامی عادل هستند، به جز «عبدالله بن بکیر» که فتحی مذهب و ثقه است. (خویی، ۱۳۷۲ش، ۱۰، ۱۲۳)

ردّ استدلال

به نظر می‌رسد، استدلال به چنین روایتی برای اثبات قاعده «مایضمن» صحیح نیست؛ زیرا برای اینکه ضمان را از این روایات استفاده کنیم، باید یکی از دو معنای زیر را برای آنها در نظر بگیریم:

الف) بگوییم: معنای احترام مال مؤمن، این است که نمی‌توان مال مؤمن را به قهر و غلبه و زور از او گرفت، بر خلاف مال کافر غیرذمی، که می‌توان مال او را به قهر و غلبه گرفت.

ب) بگوییم: معنای این روایات، این است که، مال مؤمن نباید هدر رود.

در صورت اول دو اشکال به این استدلال وارد است؛ زیرا:

۱. مزاحمت فقط نسبت به مال موجود معنا دارد، اما نسبت به مال معدوم، نه مزاحمتِ حدوثی معنا دارد و نه مزاحمت بقایی؛ زیرا موضوع مزاحمت آن مالی است که موجود باشد.

۲. آنچه مزاحمت را محقق می‌کند، گرفتن مال با قهر و زور و غلبه است، نه عدم جبران آن. بنابراین، اگر کسی مال دیگری را جبران نکرد، این روایت دلالت نمی‌کند بر اینکه او احترام آن مال را رعایت نکرده است.

در صورت دوم نیز اشکال این است که: چنین چیزی از جمله «و حرمة ماله كحرمة دمه» فهمیده نمی‌شود، بلکه چه بسا مقصود از آن حرمتِ تصرف در مال و حرمت ریختن خون باشد، چنانچه سیاق حدیث هم به این معنا گواهی می‌دهد.

بنابراین، می‌توان چنین نتیجه گرفت که این حدیث شریف در مقام بیان حکم وضعی ضمان نیست، بلکه با توجه به فرازهایی که در آن آمده است، در مقام بیان حکم تکلیفی و شدت عقوبت است؛ یعنی می‌خواهد نفس تصرف در مال مؤمن، بدون اجازه او را حرام شدید و در حد قتال مؤمن قرار دهد.

به‌ویژه آنکه، کلمه «حرمت» و «حلیت» ظهور در عنوان تکلیفی دارند؛ لذا وقتی می‌گویند: «هذا حلال و هذا حرام» از آن حکم تکلیفی فهمیده می‌شود نه وضعی. به‌ویژه در مواردی که بحث معامله نباشد، مثل تصرف در مال که در مورد آن می‌فرماید: «لا یحلّ مال امرء مسلم» یا «لا یحلّ التصرف فی مال امرء مسلم».

دلیل پنجم: روایت «لا یحلّ مال امرء مسلم...»

یکی از ادله‌ای که شیخ رحمته الله بر قاعده «ما یضمن» ذکر کرده است، روایت «لا یحلّ مال امرء مسلم إلا عن طیب نفسه» (احسائی، ۱۴۰۶، ۲، ۳۳) است. (شیخ انصاری، مرتضی، پیشین، ۳، ۱۹۰)

لیکن، اشکالی که بر استدلال وارد است این است که نسبت میان حلال بودن و

اموال و اعیان به اعتبار تصرف است؛ زیرا، حلال بودن اعیان خارجی معنا ندارد، چنانچه نسبت میان حرام بودن و آنها نیز به همین لحاظ است؛ زیرا مراد از حرمت خمر، حرمت نوشیدن آن و مراد از حرمت مال، حرمت تصرف در آن و مراد از حرمت مادران و دختران و خواهران، حرمت نکاح ایشان است. همچنین سایر موارد نیز چنین است. بنابراین، غرض از این روایات فقط حرمت تکلیفی است نه حرمت وضعی، پس ربطی به اثبات ضمان ندارند. بلکه جایگاه آنها همان جایگاه آن ادله‌ای است که بر حرمت تصرف بدون اجازه در مال غیر دلالت می‌کنند. پس همان‌گونه که گروه دوم فقط ظهور در حکم تکلیفی دارند، گروه نخست نیز چنین ظهوری دارند؛ پس آنها متعرض مسئله ضمان نشده‌اند. (خویی، ۱۴۱۷ق، ۳، ۹۰)

علاوه بر این، سخن شیخ رحمته الله با مبنای خود ایشان که قائل است، احکام وضعی از احکام تکلیفی انتزاع می‌شود، منافات دارد؛ زیرا بر اساس این مبنا، امکان ندارد که یک روایت در یک لحظه هم بر حکم وضعی دلالت کند و هم بر حکم تکلیفی.

دلیل ششم: روایت «لایصلح ذهاب حق أحد»

یکی از احادیثی که برای اثبات ضمان به آن استدلال شده، احادیثی است که در آنها تعبیر «لایصلح ذهاب حق أحد» آمده است. (شیخ انصاری، مرتضی، پیشین) مضمون این قبیل روایات این است که، اهل ذمه نمی‌توانند علیه مسلمانان شهادت دهند مگر اینکه غیر آنها کسی نباشد، در این صورت آنها می‌توانند شهادت دهند زیرا شایسته نیست حق کسی از بین برود.

در یکی از این روایات که صحیح است، ضریس کناسی می‌گوید:

«از امام باقر علیه السلام پرسیدم: آیا شهادت اهل ملل بر غیر اهل ملتشان جایز و صحیح است؟ فرمود: خیر، مگر اینکه غیر از آنها کس دیگری نباشد، حق مرد مسلمان نباید از بین برود و وصیتش نباید باطل شود»^۱ (حرّ عاملی، محمد بن حسن، ۱۹، ۳۰۹)

۱. «محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عیسی عن ابن محبوب عن أبي أيوب الخزاز عن ضریس الكناسی قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل من غير أهل بلتهم؟ فقال عليه السلام: لا إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم ولا تبطل وصيته».

همچنین در حدیث موثق دیگری آمده است:

«سماعه می گوید: از امام صادق علیه السلام درباره شهادت اهل ملت (غیرمسلمانان) پرسیدم، ایشان فرمود: شهادت ایشان پذیرفتنی نیست، مگر درباره اهل ملت خودشان، لیکن اگر غیر از آنها کسی برای شهادت پیدا نشد، شهادت ایشان بر وصیت اشکال ندارد؛ زیرا شایسته نیست حق کسی از بین برود» (همان، ۱۹، ۳۱۱)

بنابراین، نکته اصلی در تعلیل «لایصلح ذهاب حق أحد» است؛ زیرا بحث در این است که، آیا از این تعبیر می توانیم ضمان را استفاده کنیم و بگوییم «لایصلح ذهاب حق أحد». اگر کسی مالش از بین رفت یا مالش اتلاف شد، اینجا نباید حقتش از بین برود و ضایع شود. این معنایش این است که ضمان مطرح است و باید عوض آن مال داده شود. اگر بگوییم عوض آن مال لازم نیست، این حقتش از بین می رود؛ اگر گفتیم عوضش لازم است، اینجا حقتش پرداخت می شود.

۳۹

ضمان قایض در عقد فاسد

به نظر می رسد، استدلال به این روایات نیز برای اثبات ضمان ممکن نیست؛ زیرا تعلیلی که در این روایات آمده است، شامل صورت تلف نمی شود؛ یعنی اگر در جایی مال کسی خودبه خود تلف شد، مشمول این تعلیل نمی شود. به تعبیر دیگر، «لایصلح ذهاب حق أحد» جایی مطرح می شود که شخصی در مال دیگری یک فساد ایجاد کند، اما جایی که مالی خودبه خود از بین رفته است (مثلاً زلزله خانه کسی را از بین برده است) آیا می توانیم بگوییم «لایصلح ذهاب حق أحد» پس ساختن این خانه بر بیت المال مسلمین است؟

در خود لفظ «حق» این معنا اشراب شده است که شخصی، کار ناصحیحی را در قبال شخص دیگری انجام داده است و به خاطر همین، آن شخص دیگر حقی بر گردن او پیدا کرده است؛ پس این روایات، به باب اتلاف اختصاص دارد و شامل موارد تلف نمی شوند.

۱. «علی بن ابراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن زرعة عن سماعة قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن شهادة أهل الملة قال فقال علیه السلام: لا تجوز إلا على أهل ملتهم فإن لم تجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد».

دلیل هفتم: سیره

محقق خوینی رحمته الله علیه این دلیل را معتبرترین دلیل بر ضمان دانسته است. ایشان پس از تردید در تمامی ادله چنین می نویسد:

«از همه آنچه گذشت، دانسته شد که ثبوت ضمان در بحث ما، تنها به خاطر اقدامی است که به استیلا ضمیمه گردیده است و سیره قطعی عقلایی که به زمان معصومین علیهم السلام متصل بوده و از سوی ایشان رد نشده است، بر آن دلالت می کند» (شیخ انصاری، مرتضی، پیشین، ۳، ۹۷)

به نظر می رسد، این دیدگاه صحیح نیست؛ زیرا سیره فقط در مورد ضمان در اتلاف وجود دارد نه در تلف؛ یعنی عقلاً نمی گویند: اگر مال کسی در دست دیگری بود و خودبه خود تلف شد، او باید جبران کند.

نتیجه آنکه: با بررسی ادله گوناگونی که بر قاعده «مایضمن»، آورده شد، معلوم شد که هرچند استدلال به برخی از این ادله نادرست است، ولی برخی از آنها مانند روایت «علی الید» و «قاعده اقدام» و «قاعده لاضرر» بنابر برخی از دیدگاه‌ها، به خوبی بر اثبات این قاعده دلالت می کنند. از این رو، این قاعده نیز می تواند دلیلی بر ضمان قابض در عقد فاسد باشد.

بررسی عکس قاعده: «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده»

تاکنون بحث در مورد اصل قاعده مایضمن بود، ولی اکنون بحث در عکس قاعده یعنی «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» است. معنای عکس قاعده این است که، اگر یک عقد در صحیح آن عقد ضمان نباشد، در فاسد آن عقد هم ضمان نیست. مثلاً در رهن صحیح، ضمانی وجود ندارد؛ از این رو، اگر عین مرهونه در دست مرتهن تلف شد، او ضامن نیست؛ لذا اگر عقد رهن به صورت فاسد هم واقع شد و عین مرهونه تلف گردید، باز هم ضمانی در کار نخواهد بود. سه مدرک برای این عکس ذکر شده است:

دلیل اول: اولویت

اولین مدرکی که بر عکس قاعده وجود دارد «اولویت» است؛ یعنی اگر در عقد صحیحی مانند رهن و اجاره که شارع آن را امضا کرده و مؤثر قرار داده است

اقتضای ضمان نباشد، در عقد فاسدی که کاملاً لغو و غیر مؤثر است، به طریق اولی نباید ضمان باشد.

دلیل دوم: ادله استیمان

مفاد ادله استیمان، این است که اگر کسی دیگری را امین بر مالش قرار داد، ضامن نخواهد بود. بنابراین، ما از این ادله قاعده‌ای را با عنوان «الأمین لایضمن» استخراج می‌کنیم. بر اساس این قاعده، کسی که در عقد فاسدی که صحیح آن ضمان آور نیست، چیزی را می‌گیرد، ضامن نخواهد بود.

دلیل سوم: «موثق اسحاق بن عمار»

«اسحاق بن عمار از امام کاظم علیه السلام می‌پرسد: مردی، غلام و خانه خودش را به عنوان رهن قرار می‌دهد و به غلام یا خانه آفتی می‌رسد و از بین می‌رود. ضمانش بر عهده چه کسی است؟ امام علیه السلام فرمود: ضمانش بر عهده مولای اوست. سپس امام علیه السلام پرسیدند: اگر این غلام کسی را بکشد، آن وقت اینجا چه کسی باید قصاص شود؟ گفتیم: بر ذمه عبد است. امام علیه السلام فرمود: چرا جایی که این غلام کسی را می‌کشد، بر عهده خود عبد است، اما جایی که این عبد از بین می‌رود، ضمانش بر ذمه مولا است؟! سپس امام علیه السلام فرمود: اگر قیمت این عبد صد دینار باشد، بعداً قیمتش ترقی کرد و دویست دینار شد، این اضافه مال کیست؟ گفتیم: برای مولای اوست. امام علیه السلام فرمود: همین‌گونه است، بر ضرر مولا است آنچه که به نفع مولا است»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۵، ۲۳۴، حدیث ۱۰) این روایت موثقه است.

شاهد این است که، از ذیل این روایت، یک قانون کلی استفاده می‌شود و آن قانون کلی این است که: «کل من له العنم فعليه الغرم» یعنی «هرکسی که سود می‌برد، غرامت و ضرر هم بر عهده هموست» بنابراین، در عقد فاسدی همچون

۱. «محمد بن یغثوب عن عدو من أصحابنا عن أحمد بن محمد وسهل بن زياد جميعاً عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن حماد بن عثمان عن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يرهن العلام والدار فتصيبه الأفة على من يكون؟ قال: على مولاة، ثم قال: أرأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟ قلت: هو في عنق العبد. قال: أ لا ترى فلم يذهب مال هذا؟ ثم قال: أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فراد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاة، قال: كذلك، يكون عليه ما يكون له.»

رهن فاسد یا اجاره فاسد، که یک عین به دست طرف مقابل داده شده است، اگر این عین، افزایش قیمت پیدا کند، این سود و غنیمت برای صاحب مال است؛ لذا اگر تلف هم شود، باید بر عهده او باشد نه بر عهده طرف مقابل. پس معلوم می‌شود عقدی که صحیح آن ضمان آور نیست، فاسد آن نیز ضمان آور نمی‌باشد.

نقد استدلال به اولویت

در پاسخ به اولویت می‌توان گفت: ممکن است صحت رهن و اجاره که مستلزم تسلط مرتهن و مستأجر بر عین هستند، باعث رفع ضمان شده باشد، ولی در عقد فاسدی که موجب تسلط آنها بر عین نمی‌شود، چنین احتمالی وجود ندارد؛ پس اولویتی در کار نیست.

نقد استدلال به قاعده استیمان

در پاسخ به قاعده استیمان هم می‌توان گفت: عدم ضمان در جایی که استیمان وجود دارد، به خاطر این است که میان دو نفر ملائمت و توافق وجود دارد. لیکن، در هبه فاسده این گونه نیست؛ زیرا تملیک غیر مؤثری که در هبه فاسده است، از باب توافق و ملائمت نیست تا مصداق استیمان باشد. پس هرگز مساواتی بین هبه فاسده و بین استیمان وجود ندارد، تا چه رسد به فحوا و اولویت. (محمدکاظم خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۳۳) پس به نظر می‌رسد، بهترین دلیل بر عکس قاعده، همان موثقه ابن‌عمار است.

نتیجه

از مجموع مباحث گذشته دانستیم که از میان سه دلیلی که برای ضمان قابض در عقد فاسد، مطرح شده است، روایت «علی‌الید» نه دلالت مطابقی و نه دلالت التزامی بر حکم تکلیفی یا وضعی دارد، بلکه بر این دلالت دارد که اگر شخصی بر مال دیگری دست پیدا کند، آن مال بر عهده شخص آخذ قرار می‌گیرد. لیکن، این «عهده» گاهی فقط اثر تکلیفی دارد و گاهی فقط اثر وضعی دارد و گاهی نیز هم اثر تکلیفی دارد و هم اثر وضعی؛ یعنی اگر مالی بر عهده انسان آمد، اثر تکلیفی آن وجوب حفظ و وجوب رد آن مال بوده و اثر وضعی آن، این است که در صورت تلف باید خسارت آن را بپردازد. بنابراین، دلالت روایت «علی‌الید» بر

ضمان تمام است.

همچنین نتیجه گفتگو درباره روایات کنیز مسروقه، این شد که، فقط در صورتی می‌توان از این روایات در این بحث استفاده کرد که مورد این روایات بحث از تلف باشد نه اتلاف؛ یعنی باید این روایات مربوط به جایی باشند که مال مقبوض خودبه‌خود تلف شده است، نه جایی که گیرنده خودش آن را اتلاف کرده است. بنابراین، اگر چنانچه دیدگاه محقق اصفهانی و محقق ایروانی که این روایات را مربوط به باب اتلاف می‌دانند بپذیریم، دیگر این روایات دلالتی بر ضمان قابض در عقد فاسد نخواهند داشت. ولی، همان‌گونه که در خلال بحث گفته شد، دیدگاه این دو بزرگوار پذیرفتنی نیست و اشکالات ایشان قابل پاسخ دادن است. از این رو، مورد این احادیث بحث از تلف است نه اتلاف. در نتیجه این روایات نیز به خوبی بر ضمان قابض دلالت می‌کنند.

نیز قاعده «مایضمن» را هم می‌توان به‌عنوان دلیل بر ضمان قابض به‌شمار آورد؛ زیرا از میان هفت دلیلی که بر این قاعده آورده شده است، دلالت روایت «علی‌الید»، «قاعده اقدام» و «قاعده لاضرر» بر قاعده «مایضمن» تمام است، هرچند بقیه ادله، کارایی لازم را برای اثبات این قاعده ندارند. همچنین عکس این قاعده نیز به وسیله موثقه اسحاق بن عمار قابل اثبات است.

بنابراین، می‌توان ضمان قابض در عقد فاسدی که صحیحش ضمان آور است را پذیرفت و به آن حکم نمود؛ یعنی اگر عقدی واقع شد و قبض و اقباض ثمن و مثن انجام گردید، ولی طرفین عقد هنگام عقد و یا پس از آن از فساد آن عقد آگاه شدند، باید آنچه را که به‌واسطه این عقد اخذ کرده‌اند، حفظ کرده و به صاحب آن بازگردانند و اگر این شیء در دست ایشان تلف شد، ضامن مثل یا قیمت آن خواهند بود؛ زیرا همان‌گونه که گفتیم معنای ضمان در اینجا همان «عهده» است؛ یعنی وقتی شخصی بدون دلیل شرعی بر مال دیگران ید پیدا کرد، آن شیء بر عهده او قرار می‌گیرد و این عهده‌دار شدن، هم می‌تواند اثر تکلیفی داشته باشد و هم اثر وضعی؛ اثر تکلیفی آن این است که، باید آن شیء را حفظ کرده و به صاحبش بازگرداند و اثر وضعی آن هم این است که، او در صورت تلف شدن آن شیء باید آن را جبران نماید.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن ابی الحدید، عبدالحمید بن ہبہ اللہ؛ (۱۴۰۴ق) شرح نہج البلاغہ، تحقیق محمد ابوالفضل ابراہیم، مکتبہ آیت اللہ مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.
- ابن حجر عسقلانی، ابوالفضل احمد بن علی بن محمد بن حجر؛ (بی تا) تعریف اہل التقدیس بمراتب الموصوفین بالتدلیس (طبقات المدائسین) تحقیق د.عاصم بن عبداللہ القریونی، مکتبہ المنار، اردن، چاپ اول.
- ابن طائوس، احمد بن موسی؛ (۱۴۱۱ق) بناء المقالة الفاطمية فی نقض الرسالة العثمانية، تحقیق علی عدنانی غریفی، مؤسسة آل البيت علیہ السلام لإحياء التراث، قم، چاپ اول.
- ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق) لسان العرب، دار الکفر، بیروت، چاپ سوم.
- احسائی، ابن ابی جمہور، محمد بن علی؛ (۱۴۰۵ق) غوالی اللالی العزیزية، دار سید الشهداء للنشر، قم، چاپ اول.
- اردبیلی غروی، محمد بن علی؛ (۱۴۰۳ق) جامع الرواة وازاحة الاشتباہات عن الطرق والاسناد، مکتبہ آیت اللہ مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.
- بیہقی، ابوبکر احمد بن حسین بن علی؛ (۱۳۴۴ق) السنن الكبرى و فی ذیلہ الجوهر النقی، (مؤلف الجوهر النقی، ابن ترکمانی، علاء الدین علی بن عثمان الماردینی) مجلس دائرة المعارف النظامية الکائنة، حیدرآباد ہند، چاپ اول.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد؛ (۱۴۱۹ق) مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، (بتصحیح و تحقیق محمد باقر خالصی) دفتر انتشارات اسلامی وابستہ بہ جامعہ مدرسین حوزہ علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ذہبی، شمس الدین ابو عبداللہ محمد بن احمد؛ (۱۴۱۴ق) سیر أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بیروت.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین انصاری دزفولی؛ (۱۴۱۵ق) کتاب المکاسب المحرمة و البیع والخیارات، کنگرہ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چاپ اول.
- شیخ حرّعاملی، محمد بن حسن؛ (۱۴۰۹ق) تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة، تحقیق گروہ پژوهش مؤسسہ آل البيت علیہ السلام، چاپ اول، مؤسسہ آل البيت علیہ السلام، قم، چاپ اول.
- شیخ صدوق (ابن بابویہ)، محمد بن علی؛ (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیہ، دفتر انتشارات اسلامی وابستہ بہ جامعہ مدرسین حوزہ علمیه قم، قم، چاپ دوم.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن؛ (۱۴۰۷ق) الخلاف، تحقیق علی خراسانی، سید جواد

- شهرستانی، مهدی طه نجف و مجتبی عراقی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ (۱۴۲۱ق) *حاشیه کتاب المکاسب*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
- طبری، ابوجعفر محمدبن جریر؛ (۱۳۸۷ق/۱۹۶۷م). *تاریخ طبری*، تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، دارالتراث، بیروت، چاپ دوم.
- علامه مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی؛ (۱۴۰۳ق) *بحار الانوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام*، دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ دوم.
- راوندی، قطب‌الدین سعید بن هبة الله؛ (۱۴۰۹ق) *الخراج و الجرائح*، تحقیق و تصحیح مؤسسه الإمام المهدي علیهما السلام، مؤسسه امام مهدی علیه السلام، قم، چاپ اول.
- کمپانی اصفهانی، محمدحسین؛ (۱۴۱۸ق) *حاشیه کتاب المکاسب* (ط- الحدیث) به تحقیق و تصحیح عباس محمد آل سباع قطیفی، انوارالهدی، قم، چاپ اول.
- کلینی، محمدبن یعقوب؛ (۱۴۰۷ق) *الکافی*، دار الکتب الإسلامية، تهران، چاپ چهارم.
- حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح بن علی؛ (۱۴۱۷ق) *العناوین الفقهية*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- خراسانی، محمدکاظم؛ (۱۴۰۶ق) *حاشیه المکاسب*، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ؛ (۱۴۱۹ق) *القواعد الفقهية*، تصحیح و تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، نشر الهادی، قم، چاپ اول.
- موسوی خمینی، سیدروح الله؛ (۱۴۲۱ق) *کتاب البيع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، تهران، چاپ اول.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ (۱۴۱۷ق) *مصباح الفقاهة*، به تقریر محمدعلی توحیدی، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ چهارم.
- _____؛ (۱۳۷۲ش)، *معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة*، مرکز نشر الثقافة الإسلامية فی العالم، قم.
- لنکرانی، محمد فاضل موحدی؛ (۱۴۲۴ق) *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الإجارة*، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم، چاپ اول.
- نائینی، میرزا محمدحسین غروی؛ (۱۳۷۳ق) *منية الطالب في حاشية المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، المكتبة المحمدية، تهران، چاپ اول.
- نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین؛ (۱۴۰۶ق) *حاشیه المکاسب*، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول.
- نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن؛ (۱۴۰۴ق) *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.

- نجفی (کاشف الغطاء)، عباس بن حسن بن جعفر؛ (۱۴۲۴ق) *منهل الغمام فی شرح شرائع الإسلام*، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، چاپ اول.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی؛ (۱۴۱۷ق) *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- همدانی، آقا رضا بن محمد هادی؛ (۱۴۲۰ق) *حاشیه کتاب المکاسب*، تحقیق و تصحیح محمد رضا انصاری قمی، ناشر: جناب مؤلف، قم، چاپ اول.
- موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، *تحریر الوسیلة*، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، چاپ اول.
- واسطی زبیدی، حنفی، سید محمد مرتضی حسینی، (۱۴۱۴ق) *تاج العروس من جواهر القاموس*، دار الفکر، بیروت، چاپ اول.