

## بررسی ضمان مقبوض به عقد مفسوخ

حیدر باقری اصل<sup>۱</sup>، سعیده باقری اصل<sup>۲</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۶/۷/۱۱ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۷/۱۰/۸)

### چکیده

یکی از قواعد فقهی، ضمان عین مقبوض در صورت فسخ عقد است که به «ضمان مقبوض به عقد مفسوخ» تعبیر می‌شود. این قاعده، در عقود قابل فسخ، خیار و جایز کاربرد دارد. سؤال اصلی تحقیق آن است که مفاد، قلمرو، شرایط تحقق و مستندات قاعده مقبوض به عقد مفسوخ چیست؟ در پاسخ به این سؤال و تبیین قاعده مذکور تاکنون تحقیقی انجام نگرفته است. تحقیق حاضر به دنبال برطرف کردن این خلأ علمی برآمده است. مهم‌ترین یافته تحقیق این است که ضمان مقبوض به عقد مفسوخ یکی از مصادیق قاعده ضمان ید است و احکام و مقررات آن با قاعده ضمان ید انطباق دارد.

**واژگان کلیدی:** ضمان، عقد مفسوخ، قاعده فقهی، مال مقبوض

۱. استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)؛

Email: bagheriasl@tabrizu.ac.ir

۲. دانش‌آموخته دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران؛

Email: S.bagheriasl@yahoo.com

### ۱- طرح مسئله

قاعده فقهی عبارت از حکم کلی فقهی و حقوقی است که در مسائل مختلف و گاهی در ابواب متعدد فقهی و حقوقی جریان دارد [۲، ص ۱۹۲؛ ۱۱، ص ۷؛ ۱۹، ص ۲۲-۲۱]؛ نظیر قاعده لا ضرر که چنین ویژگی دارد. یکی از قواعد فقهی عبارت از ضمان عین مقبوض در صورت فسخ عقد است که می‌توان از این قاعده به «ضمان مقبوض به عقد مفسوخ» تعبیر کرد. این قاعده در عقود خیار و جایز کاربرد دارد، به طوری که می‌توان ادعا نمود: یکی از احکام عمومی فسخ عقود خیار و جایز، مسئله ضمان عین مقبوض بعد از فسخ عقد است. فقیهان به این مسئله تصریح کرده و ضمان عین مقبوض در صورت فسخ عقد را یکی از مسائل عمومی خیار [۴، ص ۱۹۳] یا قاعده جاری در خیار دانسته‌اند [۱۳]؛ همچنین ضمان عین مقبوض در صورت فسخ عقد جایز یکی از احکام عمومی عقود جایز نظیر عاریه و ودیعه است؛ با این استدلال که تعریف قاعده بر آن انطباق دارد. «ضمان مقبوض به عقد مفسوخ» به این معناست که اگر ذوالخیار عقد خیار را مورد فسخ قرار دهد، ضامن عین مقبوض خواهد شد و یا اگر عقد جایز، نظیر عاریه و ودیعه فسخ شود، طرف، ضامن عین مقبوض خواهد بود و این ضمانت استمرار خواهد داشت، تا این که عین مقبوض را به مالک نخست و یا نماینده قانونی او عودت دهد.

در مورد این قاعد سؤال‌های مختلفی وجود دارد و عبارت‌اند از: ۱. مفاد قاعده مقبوض به عقد مفسوخ چیست؟ ۲. قلمرو ضمان مقبوض به عقد مفسوخ تا کجاست؟ ۳. شرایط تحقق قاعده مقبوض به عقد مفسوخ چیست؟ ۴. کدام مستندات، این قاعده را توجیه فقهی و حقوقی می‌کنند؟

علی‌رغم جریان این قاعده در عقود قابل فسخ، تحقیق مستقلی در مورد آن انجام نشده و ابعاد این قاعده و سؤال‌های پیرامون آن مورد بررسی قرار نگرفته است. براساس این ضرورت، تحقیق حاضر در صدد این کار برآمده و آن را با بررسی و تجزیه و تحلیل لازم از منابع فقهی و به روش استنباطی و با ابزار کتابخانه‌ای به انجام رسانده است.

### ۲- مفاد قاعده

در تبیین مفاد این قاعده باید به تبیین «معنای ضمان» و «اقسام ضمان» و «نحوه استیلا بر مال غیر» به شرح ذیل پرداخته شود.

ضمان در حقوق اسلامی معانی مختلفی دارد. این تعدد معنایی ضمان، موجب طرح

این سؤال در قاعده ضمان مقبوض به عقد مفسوخ می‌شود که مراد از ضمان در عنوان این قاعده کدام نوع ضمانت است؟ در پاسخ باید گفت: مطابق حقوق اسلامی، دو نوع ضمان می‌تواند در عنوان قاعده موردنظر باشد، یکی ضمان ید و دیگری ضمان امانی است.

ضمان امانی آن است که شخصی مال غیر را با اذن مالک نگهداری کند؟ که بر دو نوع است: قانونی و مالکانه. ضمان امانی قانونی در صورتی پیش می‌آید که شخصی مال غیر را به اذن قانونی حفاظت نماید و ضمان امانی مالکانه آن است که شخصی مال غیر را با توافق مالک آن نگهداری کند، که در اصطلاح به حافظ مال، امین یا مستودع و به ودیعه‌گذار، مودع گویند [۸، ص ۷۸؛ ۱۶، ماده ۶۰۷]. مطابق مقررات، شخص امین، ضامن نیست [۶؛ ۸، ص ۷۸؛ ۱۶، ماده ۶۱۲ و ۶۱۴؛ ۲۲]. از این‌رو، ضمان امانی در صورتی پیش می‌آید که شخص به خیانت در حفظ مال متهم شود و آن در صورتی پیش می‌آید که او در نگهداری مال افراط و تفریط [۱۶، ماده ۶۱۴؛ ۲۲] و به اصطلاح تقصیر نماید. تقصیر اعم از تعدی و تفریط است [۱۶، ماده ۹۵۳؛ ۲۰].

تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف نسبت به مال یا حق دیگری است [۱۶، ماده ۹۵۱] و تفریط، عبارت از ترک عملی است که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است [۱۶، ماده ۹۵۲].

ضمان ید، برخلاف ضمان امانی است [۲۱، ص ۱۱۲-۱۱۳] که شخصی، بدون مجوز قانونی، خواه به عمد و خواه به غیر عمد در مال دیگری استیلا یابد [۱۲]. منظور از استیلا، در اینجا تسلط و تحت تصرف قرار دادن مال غیر بدون مجوز قانونی و مالکانه است. این استیلا موجب مسئولیت مُسلِّط و مُتصرِّف است و این مسئولیت مُسلِّط و مُتصرِّف را در مال مذکور، ضمان ید گویند [۸، ص ۴۲۴] و از آنجایی که این استیلا، تسلط و تصرف در مال غیر گاهی به استناد غصب و گاهی به استناد عقد مفسوخ است و مراد از استیلائی مذکور در قاعده با استناد به عقد مفسوخ است، لذا معنای ضمان در قاعده با ضمان ید قابل تطبیق است. بنابراین، ضمانت شخص فاسخ عقد بر عین مقبوض از باب ضمان ید است، نه ضمان امانی.

ضمان ید، از نوع ضمان قهری است. ضمان قهری، عبارت از آن است که شخصی به انجام امری و یا جبران زیانی که از طریق عمل خود بر کسی وارد کرده است، مسئول و ضامن شناخته شود و به جبران آن ملزم شود. چون مسئولیت مذکور بدون توافق قراردادی حاصل می‌شود، آن را قهری یا الزامات خارج از قرارداد می‌گویند [۳، ص ۳۶۱].

اینجا سؤال دیگری که پیش می‌آید آن است که استیلا در مقبوض به عقد مفسوخ از کدام نوع استیلا محسوب می‌شود. آیا آن از نوع استیلاي غصب حقیقی و به اصطلاح ید غاصبانه بر مال غیر است یا از نوع استیلاي غصب حکمی؟ منشأ این سؤال آن است که ضمان ید، اعم از استیلا، تسلط و تصرف از روی عمد و یا غیر عمد است. در پاسخ این سؤال باید گفت: استیلا در مقبوض به عقد مفسوخ از نوع تسلط غصب حکمی است، نه از نوع غصب حقیقی.

توضیح این که مطابق حقوق اسلامی و موضوعه ایران غصب حقیقی، استیلا بر مال غیر به نحو عدوان است، در حالی که اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز، در حکم غصب است [۷، ص ۱۶-۱۷؛ ۱۴، ص ۲۳۴؛ ۱۶، ماده ۳۰۸] و از آنجایی که استیلا در مقبوض به عقد مفسوخ، تسلط بر مال غیر به نحو عدوان محسوب نمی‌شود، بلکه اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز قانونی است، لذا چنین استیلاي در مقبوض به عقد مفسوخ از نوع غصب حکمی است. بنابراین، هر چند عناصر غصب حقیقی و غصب حکمی عبارت‌اند از:

۱. تصرف در مال غیر خواه آن مال عین باشد، یا منفعت یا حق اختصاصی؛

۲. فقدان مجوز قانونی تصرف؛

۳. علم متصرف به نبودن مجوز قانونی تصرف [۸، ص ۴۹۱]؛

عناصر مذکور در هر کدام از غصب حقیقی و حکمی، به طور مشترک وجود دارد، ولی تنها تفاوت آن دو در قصد عدوانی و غیر عدوانی است؛ زیرا قصد عدوانی در غصب حقیقی تحقق دارد و چنین قصدی در غصب حکمی لازم نیست. طبق این بیان اگر عقد خیاری و یا عقد جایز نظیر عاریه و ودیعه فسخ شود و طرف مقابل عقد، عین مقبوض به عقد را بدون رضای صاحب مال در دست خود نگه دارد، بدین معنا که بلافاصله، به صاحب اول مال عودت ندهد، تصرف او در حکم غصب خواهد بود و مشمول مفاد قاعده ضمان مقبوض به عقد مفسوخ و ماده ۳۰۸ قانون و نیز بند یکم ماده ۳۰۷ قانون مدنی خواهد شد.

این تحلیل فقهی و حقوقی اثبات می‌کند که ضمان مقبوض در عقد مفسوخ، یکی از مصادیق ضمان ید است و این ضمانت، هر چند از باب خود غصب تلقی نمی‌شود، ولی از آنجایی که در حکم غصب محسوب می‌شود، لذا مسلط در عوض مقبوض، برابر قاعده ضمان مقبوض به عقد مفسوخ و نیز مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ قانون مدنی، ضمان یا مسئولیت مدنی خواهد داشت.

### ۲- شرایط تحقق قاعده

یکی دیگر از سوالات مربوط به قاعده مقبوض به عقد مفسوخ آن است که شرایط تحقق قاعده چیست؟ شرایط تحقق قاعده به شرح ذیل است:

نخستین شرط تحقق ضمان ید در قاعده مذکور، این است که عقد فسخ شود. مقصود از عقد در اینجا هر نوع عقد قابل فسخ است و شامل عقود خیاری و جایز است. بنابراین، عقد قابل فسخ عبارت از عقدی است که با استناد به خیار و یا با استناد به جایز بودن، قابل از بین بردن و برهم زدن باشد [۸، ص ۴۶۱]؛ برای مثال، اگر عقد خیاری باشد [۴، ص ۱۹۳] و فسخ شود [۱۳] باید عین مورد عقد را به صاحب آن مسترد دارد و یا اگر عقد جایز باشد و فسخ شود، باید مورد عقد جایز به مالک آن مسترد شود؛ برای مثال، معیر عقد عاریه را فسخ نماید، مستعیر باید عین مال عاریه را به معیر مسترد دارد [۱۶، ماده ۶۲۵]؛ در غیر این صورت، ضمان ید خواهد داشت که به آن «ضمان اعیان مضمونه، یعنی تعهد قانونی بر رد عین معین به مالک آن» نیز گفته شده است [۸، ص ۴۱۹].

شرط دوم آن است که عوض را به قبض خود درآورده و بر آن استیلا یافته باشد [۷، ص ۱۶-۱۷]، زیرا اگر عقد را فسخ نماید، ولی هنوز عوضین را تسلیم و تسلیم نکرده باشند، مورد قاعده تحقق نخواهد یافت [۱۴، ص ۲۳۴؛ ۱۶، ماده ۳۰۸]؛

شرط سوم این است که مال را نزد و استیلا خود نگه دارد و سریع به صاحب آن و یا نماینده قانونی وی عودت ندهد [۱۲]. بنابراین، اگر فاسخ عقد خیاری را فسخ نماید و عین مقبوض را فوری به مالک قبلی تسلیم نکند، هرگاه استیلا خود را بدون مجوز قانونی بر مقبوض به عقد مفسوخ استمرار بخشد از تاریخ استمرار مذکور، ید او ضمانی خواهد شد و ید وی در حکم غاصب مال خواهد بود و ضامن تلف، حتی بدون تعدی و تفریط آن خواهد شد؛

شرط چهارم آن است که طرفین توافق نمایند که مقبوض به عقد مفسوخ در دست طرف امانت باقی بماند، زیرا با چنین توافقی ید ضمانی به ید امانی تبدیل می‌شود و موضوع قاعده تبدیل می‌یابد [۲۱، ص ۱۱۳-۱۱۲]. معنای این گفتار آن است که اگر اثبات شود، صاحب مال به ماندن عین در دست فاسخ به عنوان امانت، راضی شده و بر ماندن مال در دست فاسخ موافقت نموده است، ضمانت او نسبت به عین مذکور از باب ضمانت ید امانی خواهد بود، نه ضمان ید [۴، ص ۱۹۳].

#### ۴- قلمرو قاعده ضمان مقبوض عقد مفسوخ

در قلمرو قاعده ضمان عوضین عقد مفسوخ چند مسئله وجود دارد که به شرح عنوان‌های زیر طرح و بررسی قرار می‌دهیم.

##### ۴-۱. شمولیت قاعده نسبت به مسولیت کیفری و مدنی

آیا شخص فاسخ در ضمان عوضین عقد مفسوخ، مسولیت مدنی پیدا می‌کند و احکام آن بر او جریان می‌یابد و یا او در حکم غاصب است و احکام غصب بر او جریان می‌یابد و مسولیت کیفری نیز پیدا می‌کند؟ منشأ این سؤال، آن است که شخص فاسخ، عوض مذکور را از طریق عقد صحیح به دست آورده و دست به غصب آن نزده است تا مسولیت او از باب ضمان غصب باشد. به عبارت دیگر مسولیت مدنی به معنای الزامات خارج از قرارداد است و در مقابل مسولیت قراردادی و نیز مسولیت کیفری است. مسولیت ناشی از غصب یکی از مصادیق مسولیت کیفری است و به معنای جرم تلقی شدن غصب می‌باشد، درحالی‌که فرض مسئله این است که فاسخ، عوض مذکور را از طریق عقد صحیح به دست آورده و به غصب آن دست نزده است تا مسولیت او از باب ضمان غصب باشد. بنابراین، باید مسولیت او تنها ناشی از قرارداد و از باب ضمان امانی و حداکثر ناشی از الزامات ناشی از خارج قرارداد یا مسولیت مدنی باشد و در هر حال به مسولیت کیفری نمی‌رسد.

پاسخ سوال مذکور آن است که اینجا باید مسولیت کیفری غصب را از مسولیت مدنی ضمان مقبوض به عقد مفسوخ، تفکیک کرد. بدین توضیح که مطابق مقررات حقوق اسلامی، غصب حقیقی جرم است و علاوه بر مسولیت مدنی، مسولیت کیفری نیز دارد، ولی غصب حکمی، جرم محسوب نمی‌شود و تنها مسولیت مدنی دارد [۸]، ص [۷۹۱] و از آنجایی که ضمان در قاعده مقبوض به عقد مفسوخ از نوع غصب حکمی است، لذا مسولیت برخاسته از این قاعده نیز تنها مسولیت مدنی است.

علی‌رغم گفتار مذکور باید توجه داشت که ماده ۳۰۸ قانون مدنی برخلاف حقوق اسلامی، غصب حکمی را به غصب حقیقی عطف کرده و حکم غصب حکمی در ضمانت را به حکم غصب حقیقی معطوف داشته است، لذا استیلا بر مقبوض به عقد مفسوخ، علاوه بر مسولیت مدنی مبنی بر تحویل و عودت فوری مورد معامله و نیز پرداخت خساراتی احتمالی آن به مالک آن، مسولیت کیفری نیز دارد. با این استدلال که غصب

حقیقی مطابق قانون مجازات اسلامی جرم است و اگر غصب حکمی نیز به احکام غصب حقیقی عطف شود، احکام غصب حقیقی در آن جاری خواهد شد. از این رو، غصب هم از عناوین حقوقی و هم از عناوین کیفری تلقی شده و مرتکب آن هم به پرداخت خسارات ناشی از آن با استناد به مسئولیت مدنی و به شرح مواد ۳۰۸ تا ۳۲۷ قانون مدنی و هم به مجازات با استناد به مسئولیت کیفری و به شرح قانون مجازات اسلامی محکوم خواهد شد. مسئولیت مدنی غصب در مواد متعدد قانون مدنی و از جمله مواد ۳۰۸ تا ۳۲۷ تصریح شده است و مسئولیت کیفری غصب نسبت به اموال غیرمنقول در مواد ۱۵۸ تا ۱۷۷ قانون آئین دادرسی مدنی و مواد ۶۹۰ تا ۶۹۶ تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و نسبت به اموال منقول در مواد ۶۷۳ و ۶۷۴ قانون اخیر مطرح شده است.

به نظر می‌رسد این حکم قانون‌گذار یک حکم آمره باشد که بر قراردادهای اشخاص خصوصی حاکم است و شارع آن را به منظور حفظ نظم معاملات مقرر کرده است تا عین مقبوض در صورت فسخ عقد بلاجهت در دست فاسخ نماید. مطابق تحلیل مذکور، در حکم غصب بودن مقبوض به عقد مفسوخ توجیه می‌شود و می‌توان گفت: هرچند مطابق مقررات اولیه حقوق اسلامی، غصب حکمی جرم محسوب نمی‌شود و تنها مسئولیت مدنی دارد [۸، ص ۷۹۱]، ولی دولت مطابق حق شرط دولت بر قراردادهای خصوصی اشخاص می‌تواند غصب حکمی را در ردیف حکم غصب حقیقی قرار دهد و آنان را علاوه بر مسئولیت مدنی، به مسئولیت کیفری وادار نماید. اگر ضمان مقبوض به عقد مفسوخ را اینگونه تفسیر کنیم، ضمان ید از احکام آمره قانون‌گذار خواهد شد و طرفین عقد نخواهند توانست علیه آن قرارداد منعقد نمایند و ضمانت و مسئولیت فاسخ را نسبت به عین مقبوض بعد از فسخ عقد اسقاط نمایند [۱۷]، زیرا کسی نمی‌تواند علیه احکام آمره شارع، شرط قرار دهد و آن را نادیده بگیرد [۱۵؛ ۱۰، ص ۳۲۴؛ ۵].

#### ۴-۲. جریان قاعده ضمان ید در ید مفسوخ علیه

آیا ضمان ید در ید مفسوخ علیه نیز جریان دارد تا او نیز نسبت به عین موجود در دست خود ضامن باشد یا ید او، برخلاف ید فاسخ، امانی است؟

شیخ انصاری این مسئله را با اشکال مواجه دانسته است [۴، ص ۱۹۴]. وجه اشکال این است که از یک سو، علامه حلی قبض را شرط ضمان دانسته است و این ضمان زایل

نمی‌شود؛ مگر با رد عین به صاحب آن [۹] و در صورت شک باید وجود ضمان را، استصحاب کرد و بدینگونه ضمان ید اثبات می‌شود، و از سوی دیگر، چون فسخ از طرف شخص مقابل عقد انجام گرفته است و رها کردن عین در دست او و نگرفتن، دلیل و یا علامت رضای مالک بر ماندن مال در دست او به عنوان استیمان است که در این صورت وجود عین در دست طرف به‌عنوان امانت خواهد بود [۴، ص ۱۹۴].

به نظر می‌رسد وجه نخست [ضمان ید مفسوخ‌علیه] درست‌تر باشد. از این‌رو، محقق ثانی وجه دوم را ضعیف دانسته و در علت آن گفته است: «مجرد ترک عین در دست طرف، دلیل سقوط امر ثابت مسلم نمی‌شود» [۱۸]. گفتنی است نایب‌نی نیز بر این عقیده است؛ با این استدلال که بین ید فاسخ و مفسوخ‌علیه فرقی نیست و ید هر کدام از آنها دو ید ضمان است، زیرا از یک طرف، مجرد اخذ نکردن مال فاسخ از مفسوخ‌علیه و باقی ماندن مال او در دست وی، اقتضای امانی شدن دست او را ندارد؛ مگر این‌که شخص فاسخ شخص مفسوخ‌علیه را در حفظ مالش وکیل نماید و از طرف دیگر، اقدام فاسخ در فسخ عقد، موجب تسلیط مفسوخ‌علیه بر مال نیست؛ پس وجهی در خروج یکی از آنها از ضمان ید نیست [۲۴]. بنابراین، می‌توان گفت: مفسوخ‌علیه مانند فاسخ، ضامن است و دلیل آن همان ضمان ید است، زیرا مستفاد از حدیث: «عَلَى الْيَدِ مَا أُخِذَتْ حَتَّى تُؤَدَّى» این است که مال غیر تحت استیلاي شخص دیگری است و استیلاي مذکور شخص بر مال فوق اقتضای ضمانت دارد؛ مگر این‌که دلیلی این ضمان را از او مرتفع سازد.

آنگاه این استدلال قوی خواهد شد که بدانیم «مال غیر» در روایت، «عنوان» اخذ نشده است تا کسی بگوید: حدیث نبوی «عَلَى الْيَدِ مَا أُخِذَتْ حَتَّى تُؤَدَّى» بر مورد عین مقبوض به عقد مفسوخ دلالت نمی‌کند؛ چون هنگام اخذ مورد عقد، مال دیگری اخذ نمی‌شود، بلکه شخص، عوض مال خود را اخذ می‌کند، لذا حدیث مذکور، این‌گونه مال را شامل نمی‌شود! زیرا جواب می‌دهیم که قرینه عقلی اینجا آن است که موضوع حکم وجوب ادای عین در صورت فسخ است. بنابراین، بدون شبهه عنوان موضوع حکم «وجوب ادای عین در صورت فسخ» است، لذا هرچند در هنگام اخذ مال دیگری را اخذ نمی‌کند، ولی اگر فسخ نماید، آن مال دیگری می‌شود، زیرا در زمان فسخ مال، «آن‌ما» و در یک لحظه از ملکیت او درآمده و به ملکیت صاحب قبلی برمی‌گردد و به این ترتیب، مال مذکور، عنوان مال دیگری پیدا می‌کند و ضمان ید بر آن مترتب می‌شود، چنان‌که اگر از عنوان مال غیر خارج گردد، ضمان ید نیز مرتفع می‌شود. البته همه این مطالب در



فرضی است که دلیل قاعده را تنها حدیث نبوی «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ» تلقی کنیم، ولی اگر دلیل قاعده را بنای عقلایی و سیره آنان بدانیم، ضمان قطعی خواهد شد و شخص بعد از فسخ، ضامن عوض خواهد بود، به این معنی که اگر اولین فرصت آن را ندهد و عوض، تلف و یا اتلاف شود، او ضامن خواهد بود [۱۰، ص ۵۴۴].

### ۳-۴. شمولیت قاعده در اموال منقول و غیرمنقول

قلمرو قاعده در استیلائی شخص بر «مال غیر» است؛ خواه آن مال منقول باشد و خواه غیرمنقول. البته استیلائی در مال منقول و غیرمنقول به مناسبت آن است. بنابراین، اگر زمین مزروعی را با عقد بیع بخرد و عقد بیع را با حق فسخ خود از بین ببرد و با این وصف، زمین مذکور را در تسلط و تصرف خود نگه دارد و در اولین فرصت ممکن آن را به صاحب مال عودت ندهد، ضامن مال مذکور محسوب می‌شود [۷، ص ۱۶-۱۷؛ ۱۴، ص ۲۳۴]. قانون‌گذار ایران به تبعیت فقه امامیه در این مورد موادی را به شرح ذیل تنظیم کرده و در ماده ۳۱۱ قانون مدنی مقرر داشته است: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد» و مطابق ماده ۳۱۲ قانون فوق بیان نموده است:

«هرگاه مال مغضوب، مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود، غاصب باید قیمت حین‌الادا را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد». البته ممکن است فاسخ عقد، عین مقبوض را بعد از فسخ عقد در تسلط و تصرف خود نگهداری نکند، ولی با این حال، مانع تسلط و تصرف مالک مال بر آن گردد؛ در این صورت نیز فاسخ عقد، ضامن خواهد بود. این است که ماده ۳۰۹ قانون فوق تصریح کرده است: «هرگاه شخصی، مالک را از تصرف در مال خود مانع شود، بدون آن‌که خود او تسلط بر آن مال پیدا کند، غاصب محسوب نمی‌شود، لیکن در صورت اتلاف یا تسبیب ضامن خواهد بود».

مطابق این ماده، مانع شدن تسلط و تصرف مالک بر مال خود، غصب مال او محسوب نمی‌شود، ولی اگر دست به چنین کاری بزند و مال مذکور تلف و اتلاف شود، او از باب اتلاف و تسبیب، ضامن شناخته می‌شود و ضامن جبران مال تلف‌شده است. این مطالب در حقوق اسلامی هم به همین بیان آمده [۷، ص ۱۶-۱۷؛ ۱۴، ص ۲۳۴] و در حقیقت، حقوق اسلامی مبنای ماده فوق بوده است.

#### ۴-۴. نحوه استیلا در ضمان ید

در نحوه استیلائی ضمان ید این سوال مطرح است که آیا استقلال در استیلا لازم است یا اگر استیلائی بر عین به صورت اشتراکی هم باشد، حکم همان است؟ در پاسخ باید گفت: ممکن است شخص فاسخ عقد، بخشی از مال را تسلیم مالک اول کند، ولی بخش دیگر آن را در تسلط و تصرف خود نگهداری نماید، برای مثال، خانه‌ای را خریده و عقد را با استفاده از حق خیار خود فسخ کرده باشد، در این صورت اگر نصف مساحت و اتاق‌های آن خانه را خالی کند و به تسلط و تصرف فروشنده قرار دهد و نصف آنها را در تسلط و تصرف خود حفظ کند و در آنها بنشیند، وی مسلط بر بخش مذکور مال خواهد بود. بنابراین، لازم نیست که در ضمان، فاسخ، استقلال در استیلائی مقبوض به عقد مفسوخ داشته باشد [۷، ص ۱۴]. این حکم، مشروط بر این قید است که استیلائی مالک چندان ضعیف باشد که عرف فاسخ را مسلط تمام و یا بخشی از خانه بشناسد، در این صورت استیلائی شخص فاسخ نسبت به تمام و یا بخشی از خانه خواهد بود [۳، ص ۳۶۲] و اگر فاسخ عقد، عین مالک را بعد از عقد چنان تسلط و تصرفی نماید که عرف او را مسلط تمام عین و یا بخشی از عین بداند، نسبت به همان تسلط و تصرف، ضامن خواهد بود؛ اما اگر فاسخ نسبت به مالک به قدری ضعیف باشد که عرف فعل او را قهر و غلبه ظالمانه نشناسد، نظر فقیهان مختلف است، شهید اول، فاسخ را ضامن می‌داند [۱۴، ص ۲۳۴]، ولی قول مقابل شهید، فاسخ را ضامن ندانسته است [همان]. علامه حلی و گروهی از فقیهان، این قول مقابل را ارائه داده و دلیل آن را عدم تحقق استقلال و انفراد استیلا دانسته‌اند [۷، ص ۲۲]. همان طوری که ملاحظه می‌شود، شهید ثانی قید استقلال را در تعریف خود نیاورده است. زیرا استقلال به معنای انفراد در استیلا و تصرف است و ذکر آن در استیلا لازم نیست، زیرا اسباب ضمان تنها استیلائی بر مقبوض به عقد مفسوخ نیست، بلکه اتلاف و تسبیب هم از اسباب ضمان قهری هستند، هر چند اسباب دیگر ضمان مربوط به قاعده مورد بحث نیست.

به نظر می‌رسد توجیه مذکور مطابق و مناسب قواعد فقهی و مقررات حقوقی موجود در مقام بحث نباشد، زیرا اینجا، استیلائی متصرف از روی عدوانی در ملک غیر صورت گرفته است و اگر کسی اشکال نماید که مالک قدرت بر دفع آن را دارد، پس غصب تحقق نیافته است! به او جواب می‌دهیم که قدرت بر دفع مالک، غصب را با تحقق شروط آن از بین نمی‌برد. باید یادآور شد که محل نزاع در صورتی است که مالک در

کنار غاصب موجود باشد و توان قدرت دفع غصب غاصب را داشته باشد؛ اما اگر او دور چون مسافر باشد و نتواند غصب غاصب را از مال دفع نماید، به اتفاق همه فقیهان غاصب، ضامن است [۱۴، ص ۲۳].

## ۵- مستندات قاعده

مستندات این قاعده: اجماع، روایت نبوی مشهور، شرط ضمنی و سیره عقلایی هستند که هرکدام را به شرح زیر بررسی می‌کنیم.

### ۵-۱. اجماع

اولین مستند این قاعده، اجماع فقیهان در این مسئله است. شیخ انصاری این اجماع را چنین ادعا نموده است: «اگر صاحب اختیار، عقد را فسخ نماید، عین در دست او طبق ظاهر [بیان فقیهان] بدون اختلاف، مضمون خواهد بود» [۴، ص ۱۹۳].

محقق خویی ادعای اجماع را با این بیان پذیرفته است:

«زمانی که صاحب اختیار عقد را فسخ نماید و در اعلان فسخ بر صاحب عین تفریط کند و یا او را بر اخذ مال خودش، عرفاً متمکن نسازد، هیچ شبهه‌ای در ضمانت فسخ برای صاحب عین نخواهد بود و در این صورت، ید او از حیث بقاء، ید ضمان خواهد بود ولو از حیث حدوث چنین نباشد. و اما زمانی که او را متمکن بر اخذ عین سازد به این نحوه که فسخ را به او اطلاع دهد و یا مانند این کار را بکند، وی ضامن نخواهد بود، بلکه عین در دست او به عنوان امانت باقی خواهد ماند» [۱۰، ص ۵۴۳].

### ۵-۲. روایت نبوی

فقیهان امامیه دلیل دیگر این قاعده را حدیث نبوی مشهور «عَلَى الْيَدِ مَا أُخِذَتْ حَتَّى تُؤَدَّى» دانسته‌اند [۱؛ ۲۵].

مرحوم انصاری [۴، ص ۱۹۳] و نایینی [۲۴] بر این حدیث برای اثبات ضمان ید استناد نموده‌اند، ولی مرحوم خویی سند این حدیث را به علت ضعف آن نپذیرفته است [۱۰، ص ۵۴۳].

اهل سنت، این حدیث را به طریق مرسل نقل کرده‌اند [۲۱، ص ۱۱۵] که بر ضعف آن دلالت دارد.

به نظر می‌رسد ضعف این حدیث به عمل اصحاب جبران شده [۲۱، ص ۱۱۵] و وجود عمل اصحاب، مشکل ضعف حدیث نبوی را بر طرف کرده است. خود شیخ انصاری نیز انجبار ضعف این حدیث نبوی را با عمل اصحاب پذیرفته است [۴، ص ۱۹۳].

گاهی بر این گفتار اشکال می‌شود که ضمان بعد از فسخ، هرچند ضمان ید باشد، ولی شمول دلیل ید در مقام بحث به خاطر تجدد ید و استیلا بر مال غیر مشکل است! لیکن جواب این اشکال آن است که گفتار مذکور توهمی بیش نیست، زیرا استفاد از حدیث مذکور این است که مال غیر تحت استیلای شخص بوده است و آن اقتضای ضمان او را بر عین مال و در صورت از بین رفتن بر مثل و قیمت آن دارد؛ مگر این که دلیلی خارجی آن را مرتفع سازد [۲۴].

در حقوق امامیه، حکم غصب و ضمان مقبوض به عقد مفسوخ بیش از ادله دیگر بر حدیث نبوی «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ» مبتنی است.

این حدیث قاعده مذکور را حتی اگر تصرف بدون مجوز در حق غیر، عدوانی و غاصبانه هم نباشد، اثبات می‌کند و تصرف بدون عدوانی را نیز ضمان آور معرفی می‌کند [۳، ص ۳۶۲].

### ۳-۵. شرط ضمنی

طرفین عقد، عوضین را به شرط ضمان در صورت فسخ عقد به دیگری تسلیم می‌کنند. بنابراین، اگر عقد از سوی صاحب خیار، فسخ شود، او طبق این شرط ضمنی، متعهد به پرداخت عوض خواهد شد. شیخ انصاری بر این مطلب چنین تصریح کرده است:

«صاحب خیار عین را در حال قبض، ضمانت کرده است، لذا اگر ضمان او به عین مُسَمَّی باطل گردد، مانند بیع فاسد، ضمان به عوض واقعی، یعنی مثل و قیمت آن برای او تعیین می‌شود» [۴، ص ۱۹۳].

### ۴-۵. سیره عقلایی

بعضی از فقیهان، از جمله محقق خویی، مدرک این قاعده را سیره قطعی عقلایی دانسته است [۱۰، ص ۵۴۴]. ظهور بیان ایشان چنین است که سیره قطعی عقلایی را تنها مدرک قاعده قلمداد می‌کند، ولی این مطلب درست نیست و همان طوری که بیان شد مستندات قاعده علاوه بر سیره عقلایی، ادله مذکور فوق نیز هستند، در هر صورت می‌توان این سیره را بر شرط ضمنی تطبیق نمود و هرکدام را دلیل مستقل، تلقی نکرد.

### ۵-۵. ارزیابی مستندات قاعده

اجماع دلیل مدرکی است و تمسک بدان با وجود سایر ادله اجتهادی تنها برای بیان نظر یکسان فقیهان در مسئله است. علاوه بر این، اجماع از ادله لَبّی است و باید قدر متیقن آن را در صورت بروز شک اخذ نمود.

شرط ضمنی و سیره عقلایی نیز از ادله لَبّی هستند و باید قدر متیقن آن دو را در صورت بروز شک اخذ کرد. ایراد دیگر شرط ضمنی نسبت به سیره عقلایی این است که اثبات چنین شرطی و به ویژه تعیین حدود آن، کار سختی است، به طوری که چیز دیگری بیش از ادعا نمی ماند.

روایت نبوی اولاً، دلیل لفظی است و می توان بر عموم آن - برخلاف سایر ادله لَبّی - تمسک نمود و ضمان فاسخ را نسبت به مقبوض به عقد مفسوخ اثبات کرد و ثانیاً، از نحوه ترکیب یا سیاق حدیث مذکور، حکم آمره [حکم مطابق کتاب و سنت شارع مقدس] استنباط می شود، به طوری که می توان گفت: ضمان مقبوض به عقد مفسوخ یک حکم آمری شارع و قانون گذار است. ویژگی احکام آمره آن است که طرفین عقد نمی توانند آن را با شرط قراردادی اسقاط کنند. به این استدلال که جعل چنین شرطی، قرداد شرط برخلاف حکم آمره [و کتاب و سنت] تلقی می شود و چنین قراردادی باطل و حتی مبطل خود قرارداد اصلی است. به عبارت دیگر حکم «ضمان مقبوض به عقد مفسوخ» حق طرفین عقد مفسوخ تلقی نمی شود. ویژگی حکم، غیر قابل اسقاط بودن آن است، در حالی که ویژگی حق، قابل اسقاط بودن آن است. چنین حکمی از سایر ادله استنباط نمی شود، بلکه اگر سایر ادله را نظیر شرط ضمنی تلقی نماییم، ضمان مذکور در قاعده از باب حقوق طرفین عقد خواهد بود و اسقاط حقوق طرفین بر اساس حاکمیت اراده آنان ممکن است و ماده ۱۰ قانون مدنی و مبانی حاکمیت و آزادی اراده طرفین بر عقود، این اجازه را بر آنان می دهد و جعل و اسقاط آن را در اختیار طرفین عقد قرار می دهد.

### ۶- نتیجه

۱. قاعده ضمان عوض مقبوض در عقد مفسوخ، یکی از مصادیق قاعده ضمان ید است. احکام و مقررات آن با ضمان ید انطباق دارد؛
۲. این قاعده از احکام آمره شارع است و توافق عدم ضمانت مقبوض به عقد مفسوخ برای طرفین ممکن نیست.

۳. شرایط تحقق قاعده عبارت‌اند: اولاً، عقد فسخ شود؛ ثانیاً، فاسخ، عوض را به قبض خود درآورده و بر آن استیلا یابد؛ ثالثاً، فاسخ، مال را در استیلاي خود نگه دارد و سریع به صاحب آن و یا نماینده قانونی وی عودت ندهد؛ رابعاً، طرفین عقد مفسوخ توافق نمایند که مقبوض به عقد مفسوخ پیش او امانت باقی بماند؛

۴. یافته‌های تحقیق در قلمرو این قاعده عبارت‌اند از: اولاً، ضمان ید هم از باب مسئولیت مدنی مال مغضوب و هم از باب مسئولیت کیفری غصب است؛ ثانیاً، ضمان هم شخص فاسخ و هم شخص مفسوخ‌علیه را شامل می‌شود و هر دو شخص مذکور در صورت فسخ عقد، ضامن عین مقبوض خود هستند تا آن را به صاحب اولی تحویل بدهند؛ ثالثاً، ضمانت ید تا عدم رضایت بقای عین در دست فاسخ استمرار می‌یابد و بعد از رضایت به بقای عین در دست فاسخ، تبدیل به ضمان امانی می‌شود؛ رابعاً، ضمان هم در استیلاي اموال منقول و هم در استیلاي اموال غیر منقول جریان است، خامساً، هم ضمانت استیلاي استقلال را شامل است و هم استیلاي اشتراک با طرف مقابل را دربرمی‌گیرد؛ مگر این که استیلاي فاسخ به حدی ضعیف باشد که عرف آن را استیلا محسوب نماید؛

۵. هرچند در اثبات این قاعده به اجماع، سیره عقلايی، شرط ضمنی، روایت نبوی مشهور استناد جسته شده است، ولی محدوده اثباتی این ادله متفاوت است. بدین بیان که اجماع و سیره عقلايی از ادله لَبّی هستند و تنها قدر متیقن را اثبات می‌کنند، ولی قدر مشکوک را دربر نمی‌گیرند. شرط ضمنی هم به اندازه اراده طرفین است، ولی حدیث مذکور دلیل لفظی است و عموم ضمان در قاعده را اثبات می‌نماید.

### منابع

- [۱]. ابن ابی جمهور، محمدبن علی بن ابراهیم احسایی [۱۴۰۳ق]، *عوالی اللالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة، تحقیق مرعشی و مجتبی عراقی*، جلد ۱، ص ۲۲۴، حدیث ۱۰۶، قم، مؤسسه سید الشهداء.
- [۲]. ابن نجیم، زین‌الدین بن ابراهیم [۱۴۰۵ق]، *الاشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفة النعمان*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- [۳]. امامی، سیدحسن [۱۳۷۱ش]، *حقوق مدنی*، چاپ یازدهم، جلد ۱، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
- [۴]. انصاری، مرتضی [۱۴۲۰ق]، *مکاسب*، تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، جلد ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- [۵]. ----- [۱۳۷۵ق]، *مکاسب*، چاپ دوم، کتاب البیع، ص ۲۷۸، تبریز، اطلاعات.

- [۶]. بحرانی، یوسف [۱۳۷۷ق.]. *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، تحقیق محمدتقی ایروانی، جلد ۲۲، ص ۸۴، قم، نشر موسسه اسلامی.
- [۷]. جبعی عاملی، زین الدین [شهید ثانی] [؟]، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد ۷، بیروت، دارالعالم الاسلامی.
- [۸]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر [۱۳۷۲ق.]، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ ششم، تهران، گنج دانش.
- [۹]. حلّی، حسن بن یوسف بن علی مطهر حلّی اسدی [علامه] [؟]، *تذکرة الفقهاء*، الطبعة الحجریة، جلد ۱، ص ۵۳۸، قم، المکتبه الرضویة لاحیاء التراث الجعفریة.
- [۱۰]. خویی، ابوالقاسم [۱۳۶۵ش.]، *مصباح الفقاهة: تقریرات توحیدی*، جلد ۷، قم، انتشارات وجدانی.
- [۱۱]. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن [۱۳۳۱ق.]، *الاشباه و النظائر فی القواعد و الفروع علی فقه الشافعیة*، جلد ۱، مکه، انتشارات ترقی.
- [۱۲]. طوسی، محمد بن حسن بن علی [؟]، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، جلد ۲، ص ۱۷۲، قم، انتشارات قدس محمد.
- [۱۳]. عمید زنجانی، عباسعلی [۱۳۸۶ش.]، *قواعد فقه: بخش حقوق خصوصی*، جلد ۱، ص ۵۰۸، تهران، سمت.
- [۱۴]. عاملی، محمد جمال الدین مکی [شهید] [۱۴۰۶ق.]، *اللمعة الدمشقیة*، قم، دارالناصر.
- [۱۵]. غروی اصفهانی، محمدحسین [۱۴۱۸ق.]، *حاشیة المکاسب*، تحقیق محمد آل سیبغ، جلد ۳، ص ۱۴۴، قم، دار المصطفی.
- [۱۶]. قانون مدنی ایران.
- [۱۷]. قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سیدحسن؛ عبدی پور، ابراهیم [۱۳۷۹ش.]، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد ۱، ص ۲۲۱-۲۲۲، تهران، سمت.
- [۱۸]. محقق ثانی، علی بن حسین [۱۴۰۸ق.]، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت، جلد ۴، ص ۳۲۲، قم، مؤسسه آل البيت.
- [۱۹]. محقق داماد، سید مصطفی [۱۳۷۴ش.]، *قواعد فقه*، تهران، سمت؛
- [۲۰]. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین بن حسن الحلّی [۱۴۱۵ق.]، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۲، ص ۴۳۷، بیروت، موسسه معارف اسلامی.
- [۲۱]. محمدی، ابوالحسن [۱۳۷۳ش.]، *قواعد فقه*، تهران، نشر یلدا.
- [۲۲]. مراغی، میرفتاح الحسینی [۱۳۱۷ق.]، *العناوین الفقیهية*، جلد ۲، ص ۴۷۷، قم، موسسه نشر اسلامی.
- [۲۳]. موسوی خمینی، روح الله [امام خمینی] [۱۳۹۰ق.]، *تحریر الوسيلة*، الطبعة الثانية، نجف، مطبعة الآداب.
- [۲۴]. نایینی، محمدحسین [۱۴۱۸ق.]، *منیة الطالب: تقریرات خوانساری*، جلد ۳، ص ۳۵۰، قم، النشر الاسلامی الطابعة لجامعة المدرسین.
- [۲۵]. نوری طبری، محمدحسین [۱۴۱۸ق.]، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، جلد ۱، ص ۸، حدیث ۱۲، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.





