

عالیه رضائی بقالزاده

دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

دکتر محمد رضا کاظمی گلوردی<sup>۱</sup>

عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

## پیشینه و مفهوم قاعده‌ی مایضمن و ما لا یضمن

### در متون فقهی شیعه و اهل سنت

#### چکیده

از جمله قواعد معروف فقهی، قاعده‌ی «مایضمن و مالایضمن» است که موضوع اصلی آن ضمانات قهری است. این قاعده در حقیقت مرکب از دو قسمت اثباتی (اصل) و سلبی (عکس) می‌باشد. معنای قاعده این است که هر عقدی که صحیح آن ضمان آور باشد، فاسد آن نیز ضمان آور است و هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد، باطل آن نیز موجب ضمان نخواهد بود. این نوشتار به پیشینه‌ی قاعده مذکور در متون فقهی امامیه و اهل سنت پرداخته و به این نتیجه دست یافته است که قاعده‌ی نام برده مصطیده است به این معنا که متن آن در هیچ آیه و روایتی نیامده است ولی از مجموعه‌ی احکام

---

<sup>۱</sup> . Mr\_kazemi golvardi@yahoo.com

شرعی در ابواب مختلف و موارد گوناگون می‌توان چنین قاعده‌ای را به دست آورد و در مذاهب خمس، تقریباً به‌طور همزمان و در قرن چهارم هجری در کتاب‌های «المبسوط» شیخ طوسی و سرخسی دو عالم بزرگ شیعی و اهل سنت عنوان و پذیرفته شده. هم‌چنین به اختصار و در خور حوصله‌ی این مقاله به بررسی تطبیقی مقصود و مفهوم این قاعده از نگاه اهل سنت و شیعه نیز پرداخته شده است.

### واژگان کلیدی:

قاعده، ضمان، مایضمن، مالایضمن، صحیح، فاسد

## مقدمه

علم فقه، برنامه‌ی زندگی به شمار می‌آید و قواعد فقهی، بنیادها و نهادهای کلی فقه را تشکیل می‌دهند و به خاطر شمول آنها، فقیه در مصادیق گوناگون از آنها بهره می‌برد گرچه قواعد فقهی، بر خلاف مسائل اصولی، خود احکامند نه واسطه‌ی کشف احکام، با این وجود، استوانه اجتهادند و نقش ارزنده و برجسته‌ای را در دستیابی فقیه به احکام فرعی جزئی ایفا می‌کنند.

قاعده‌ی مورد بحث<sup>۱</sup> در حل و فصل روابط مالی-اقتصادی، نقش انکار ناپذیری دارد. زیرا پاسخ بسیاری از پرسش‌های اساسی در باب ضمانت‌ها و مسؤولیت‌های قهری که امروزه، گریبان‌گیر جامعه است، ریشه در این مبحث دارد. چرا که عمده‌ی خصومت‌ها و دعاوی و جنایت‌ها از قلمروی ضمانت‌های قهری خارج نیست. حکم به جبران خسارات زیان دیده، از ارکان اساسی عدالت اجتماعی و حفظ نظم عمومی است و در نبود چنین ضمانتی، بیشتر ضررها جبران نشده باقی می‌ماند و سلامت و امنیت جامعه در معرض تهدید جدی خواهد شد. این قاعده ابزاری توانمند در تنظیم روابط انسانی و جبران خسارت‌ها و اجرای تعهدها و رفع خصومت‌ها است که در تمامی باب‌های معامله‌ها، و هم در شبهه‌های موضوعی و هم در شبهه‌های حکمی جریان دارد.

مفاد بخش اول این قاعده<sup>۲</sup> این است که هر عقدی که صحیح آن، ضمان آور باشد به این معنا که متعاقدان در برابر یکدیگر متعهد به پرداخت مال یا انجام عملی باشند، در حالی که آن عقد، ناخواسته به گونه‌ی فاسد هم منعقد شود، متعاقدان باز هم مسؤولیت و ضمان داشته و بطلان عقد، از آنها سلب تعهد نمی‌کند. با این تفاوت که اگر عقد صحیح باشد، آنها در مقابل آنچه دریافت می‌دارند، متعهد به تسلیم عوض جعلی (ضمان مسمی) هستند ولی اگر عقد باطل باشد به گونه‌ی دیگر یعنی به صورت ضمان واقعی ملزم به تدارک و جبران می‌باشند. به نحوی که در فرض وجود عین، عین را ردّ کند و در صورت تلف، قابض باید مثل یا قیمت آن را به دافع تحویل نماید. (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۸۴/۲)

برای نمونه در عقد بیع، مشتری تعهد کرده است که در مقابل قبض مبیع، بهای مورد

۱- «قاعده مایضمن و مالایضمن»

۲- مایضمن بصحیحه، یضمن بفاسده

توافق را به بایع تحویل نماید، پس هر گاه عقد بیع، صحیح باشد باید بهای قراردادی<sup>۱</sup> را به بایع بپردازد و چنانچه عقد بیع، باطل باشد در صورت بقای مبیع، باید عین مبیع و در فرض تلف مبیع باید مثل یا قیمت آن را به بایع تسلیم نماید. (انصاری، مکاسب، ۲۸۱/۱؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲/۲۱۴)

و مفاد بخش سلبی قاعده (مالایضمن بصحیحه، لایضمن بفاسده) این است که هر عقدی که صحیح آن ماهیتاً مجانی باشد و مقتضی لزوم تدارک نباشد، خواه از آن رو که عقد اذنی است و تملیکی نیست و یا به این علت که تملیک مجانی است، فاسد آن نیز گیرنده را ضامن ادای بدل نمی‌کند مانند هبه‌ی غیر معوضه، صلح غیر معوض، عاریه غیر مضمونه و ... (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۹۵/۲) برای نمونه، در عقد صحیح هبه‌ی غیر معوض، شخص دریافت‌کننده تعهدی به پرداخت عوض نکرده است. در باطل آن عقد نیز چنانچه مال پرداخت شده در دست قابض (متهب) تلف گردد، قابض متعهد به تأدیه‌ی مثل یا قیمت مال تالف، نخواهد بود.

در پژوهش پیش رو، سعی بر آن است که به پیشینه و نقطه‌ی آغازین طرح این قاعده‌ی مهم در زبان فقهای امامیه و اهل سنت پرداخته و سپس عبارت قاعده و نیز به اختصار معنا و مفهوم آن را به گونه‌ی تطبیقی در لسان فقهای امامیه و اهل سنت به بوته بررسی بگذارد.

## ۱- عبارت و پیشینه‌ی قاعده در متون فقهی

### ۱-۱- عبارت و پیشینه‌ی قاعده در متون فقهی امامیه

این قاعده در حقیقت مرکب از دو قسمت است: قسمت اول، جنبه‌ی اثباتی و قسمت دوم جنبه‌ی سلبی دارد. قضیه‌ی کلی اثباتی را اصل قاعده یا قاعده‌ی اصل و طرف دوم را عکس قاعده یا قاعده عکس می‌نامند. (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲/۲۱۳)

برخی از فقهای نامی، تصریح کرده‌اند که این قاعده چه اصل و چه عکس آن، در هیچ یک از آیات و روایات و نصوص شرعی و معاهد اجماع دیده نشده است. بلکه حتی با این عبارت در کلمات قدماء اصحاب بکار نرفته و قاعده‌ای است اصطیادی که از

۱- ثمن المسمی

مجموعه‌ی احکام فقهی در موارد گوناگون به‌دست آمده و در نتیجه، عبارت آن، حجیت ندارد. (آخوند خراسانی، حاشیه مکاسب، ۳۰؛ طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب، ۴۵۵/۱؛ خوئی، مصباح الفقاهه، ۸۷/۳)

ولی با این وجود مفاد، مفهوم و مضمون آن مورد قبول فقها بوده و در باب‌های مختلف فقهی از آن بهره‌جسته‌اند. (انصاری، مکاسب، ۲۸۱/۱؛ خمینی، البیع، ۲۶۰/۱؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۱۳/۲)

بر اساس تحقیقات به عمل آمده، در تاریخ فقه امامیه، مضمون این قاعده، ابتدا در قرن چهارم هجری توسط شیخ طوسی (۴۶۰ - ۳۸۵ ه. ق) مورد اشاره واقع شده است. شاهد بر این مدعا، سخنان وی در مبسوط و خلاف است. (شیخ طوسی، المبسوط، ۱۵۰/۲ و ۱۴۹ و ۸۵/۳، ۲۴۳؛ همو، خلاف؛ ۴۰۳/۳، ۱۵۸) که در تمامی نمونه‌های مقبوض به عقد فاسد با استناد به قاعده‌ی اقدام، حکم به ضمان قابض کرده و این استفاده، دالّ بر پذیرش اصل قاعده از سوی شیخ است. زیرا قاعده‌ی اقدام از دلایل مهم و اساسی برای اصل قاعده است. وی در مبسوط درباره‌ی دلیل ضمانت در بسیاری از عقود فاسد گفته است: «معامل با این عنوان و عقد به معامله اقدام کرده که در برابر آن چه به‌دست می‌آورد ضامن باشد و عوض آن را پرداخت نماید.» (همو، المبسوط، ۱۵۰/۲)

نتیجه‌ی سخن شیخ طوسی، این است که تحویل گرفتن مال با اقدام بر ضمانت آن با عوض واقعی یا عوض جعلی، سبب ضمان است و این معنا شامل مقبوض به عقود فاسدی که صحیح آن عقود ضمانت آور است، نیز می‌شود.

هم‌چنین، شیخ در باب رهن فاسد در مقام حکم به عدم ضمان، به عکس قاعده اشاره فرموده و اجمالاً چنین استدلال نموده است:

«عقد رهن در صورتی که درست و صحیح باشد، ایجاد ضمان بر مرتهن نمی‌کند. پس اگر عقد رهن باطل باشد، چگونه صلاحیت ایجاد ضمان را دارد؟ و چگونه فاسد آن ضمان آور است؟ اما عقد بیع در صورتی که درست و صحیح باشد، بر مشتری ایجاد ضمان می‌کند، از این‌رو هرگاه عقد بیع باطل هم باشد، ضمان آور است.»<sup>۱</sup> (همو، همان، ۲۰۴/۲)

۱- «إذا رهن رجل عند غيره شيئاً بدين الى شهر على انه ان لم يقبض الا محله كان الرهن مبيعاً بالدين الذي عليه، لم يصح الرهن ولا البيع اجمالاً لان الرهن موقت و البيع متعلق بزمان مستقبل، فان هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضموناً عليه، لأن صحیح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده، و بعد الأجل فهو مضمون عليه، لانه في يده ببيع فاسد، و البيع الصحیح و الفاسد مضمون عليه اجمالاً.»

شیخ طوسی در تمامی عقود تملیکی مجانی به عکس قاعده و در تمامی موارد مقبوض به عقد فاسد به اصل قاعده استناد کرده است.

پس از وی، قاضی عبد العزیز ابن برآج (۴۸۱-۴۰۰ هـ . ق) که از شاگردان شیخ طوسی بود، کلام استادش را عیناً نقل کرده بود. (ابن برآج، المهذب، ۵۰/۲)

سپس ابن ادریس حلی (۵۷۸ - ۵۴۳ هـ . ق) در کتاب خود به مضمون قاعده استدلال و تمسک کرده و بیع فاسد را جاری مجرای غصب دانسته است که در نتیجه موجب ضمان می‌شود و آن را به اصحاب نسبت داده است.<sup>۱</sup> (سرائر، ۲۸۵/۲ و ۳۲۶)

پس از وی، در قرن هفتم، اندیشمندان فقه جعفری از جمله یحیی بن سعید حلی (۶۸۹-۶۰۱ هـ . ق) نیز کلام شیخ طوسی را نقل کرده‌اند<sup>۲</sup> (حلی، الجامع للشرایع، ۲۸۹) در کلام محقق حلی (۶۷۶-۶۰۲ هـ . ق) نیز هر چند در مبحث مقبوض به عقد فاسد، نظریه‌ای وجود دارد که می‌تواند مستند به این قاعده باشد ولی تصریحی به این که آیا مستند نظریه‌ی ایشان قاعده‌ی مایضمن بوده یا خیر، دیده نمی‌شود (شرایع الاسلام، ۲۴۵/۳)

بنابر ادعای شیخ انصاری در مکاسب (مکاسب، ۲۸۱/۱)، علامه حلی (۷۲۶-۶۴۸ هـ . ق) اولین فقیه‌ی است که در کتاب خود این قاعده را با صراحت به کار برده و گفته است: «بیع فاسد، ملکیت مشتری نسبت به معقود علیه را افاده نمی‌کند... و هر چند آن را قبض کند، مالک نشده و اگر در آن تصرف کند، به اجماع تصرف او نافذ نخواهد بود.» (تذکره الفقهاء، ۳۲/۲ و ۲۹۰/۱۰)

پس از علامه، در قرن هشتم، شهید اول (۷۸۶-۷۳۴ هـ . ق) به این قاعده استناد کرده است. (القواعد و الفوائد، ۲۹۵)

استدلال به این قاعده در ابواب مختلف فقه در میان فقهای بعد از علامه حلی، شایع گردیده است. چنان‌که فاضل مقداد سیوری (م ۸۲۶ هـ . ق) در کتاب خود، از این قاعده نام برده و در مورد آن و نمونه‌هایش بحث می‌کند.<sup>۳</sup> (نضد القواعد الفقهیه، ۳۵۷)

۱- «انّ البیع الفاسد عند المحصلین یجری مجرى الغصب و الضمان.»

۲- «و اذا ارهنه رهناً الى اجل و شرط أن یكون مبیعاً منه بالدين إن لم یقبضه فالرهن فاسد و لا یضمن كالصحيح و یضمن بعد الاجل لانه بیع فاسد یضمن كالصحيح.»

۳- «فكلما یضمن بصحيحه، یضمن بفساده و مالا فلا، لان المالك دخل علی ذلك»

فقیه دیگر، محقق دوم- شیخ علی کرکی (۹۴۰ق)- در جای جای کتاب خود به این قاعده تمسک جسته است. (جامع المقاصد، ۶۱/۴ و ۱۳۲/۵ و ۳۲۴/۶ و ۲۵۸/۷) شهید ثانی (۹۶۲-۹۱۱ق) نیز با همان مضمون کلام شیخ طوسی، در کتب خود به این قاعده استناد کرده است.<sup>۱</sup> (مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ۱۸۰/۱؛ همو، مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ۱۵۴/۳ و ۱۷۴/۱۲)

بنا به تفحص شیخ انصاری، شهید ثانی اولین فقیه‌ی است که در مبحث عقد سبق فاسد، در مفاد قاعده و قلمرو آن تدقیق و تأمل کرده است. (شهید ثانی، مسالك الافهام، ۱۰۹/۶؛ انصاری، مکاسب، ۲۸۱/۱)

هم‌چنین مقدس اردبیلی در اصل و عکس قاعده، تردید کرده است. (مجمع الفائدة و البرهان، ۱۹۲/۸ و ۴۹۹/۱۰)

از تتبع در کلمات صاحب ریاض (۱۳۳۷-۱۲۴۷) به دست می‌آید که اصل قاعده را پذیرفته و در کلیت عکس آن خدشه کرده است. (طباطبائی، ریاض المسائل، ۵۱۷/۱)

هم‌چنین فقیه نامداری همچون عاملی (۱۲۲۶-۱۱۶۰) به قاعده استناد کرده است. (مفتاح الکرامه، ۵۲۷/۱۲) پس از وی، مراغی (م ۱۲۵۰ق) در کتاب مشهور خود به بحث و بررسی قاعده پرداخته است. (العناوین، ۴۶۰/۲)

صاحب کتاب گرانقدر «جواهر الکلام»- شیخ محمد حسن نجفی (۱۲۶۶-۱۲۰۰ق)- اگر چه اصل قاعده را پذیرفته و در ابواب مختلف فقه از جمله تجارت، عاریه، اجاره، شرکت، سبق ورمایه و... به آن استناد کرده درباره‌ی پذیرش عکس قاعده به دو نظر متفاوت قائل شده است. (۲۶۰/۲۲-۲۵۸ و ۲۷۷/۲۵، ۳۰۳/۲۶، ۱۶۶/۲۷، ۲۳۳، ۲۴۶، ۲۵۲ و ۲۳۸/۲۸ و ۷۱۰، ۷۲/۳۷) وی در کتاب تجارت می‌نویسد: «اگر مشتری آنچه را که با عقد فاسد خریده، قبض نماید، مالک آن نمی‌شود و ضامن است.» سپس می‌نویسد: «و از همه این‌ها برایت آشکار می‌شود که استدلالی که بر حکم مزبور، ذکر کرده‌اند «قاعده مایضن بصحیحه،

۱- فلو قبضه المرتهن علی هذا الوجه ضمنه بعد الاجل لاقبله لآنه فی مده الاجل رهن فاسد و بعده بیع فاسد و فاسد کل عقد یتبع صحیحه فی الضمان و عدمه فحیث کان صحیح الرهن غیر مضمون کان فاسده کذلک و حیث کان صحیح البیع مضموناً علی المشتري ففاسده کذلک و السر فی ذلک و السر فی ذلک انها تراضیا علی لوازم العقد فحیث کان مضموناً فقد دخل القابض علی الضمان.

یضمن بفاسده» است که بعضی فقها بر آن اجماع کرده‌اند.<sup>۱</sup> (نجفی، جواهر الکلام، ۲۲/۲۵۹، ۲۵۸ و ۲۶/۳۰۳)

اما در دوران زندگی علمی شیخ اعظم انصاری (۱۲۸۱-۱۲۱۴ ق)، قواعد فقهی وارد مرحله پیچیدگی و پختگی خود شد و با وجه‌های معتبر به عنوان یک عنصر استنباطی مورد توجه فقها قرار گرفت. ایشان در کتاب معروف خود در مبحث بیع، این قاعده را مد نظر قرار داده و در مورد آن به گفتگو پرداخته است. (مکاسب، ۲۸۱/۱ به بعد)

پس از آن شرح‌ها و حاشیه‌های زیادی بر کتاب مکاسب شیخ انصاری نوشته شد که به بحث‌های سنگین علمی، فقهی، فلسفی در مورد قاعده‌ی مذکور پرداختند. مانند حاشیه مرحوم کمپانی (اصفهانی) بر مکاسب، حاشیه سید یزدی، حاشیه آخوند خراسانی، حاشیه ایروانی، منیه الطالب، مصباح الفقاهه، ..... (اصفهانی (کمپانی)، حاشیه کتاب مکاسب، ۱/۳۰ به بعد؛ یزدی، حاشیه مکاسب، ۱/۴۵۴ به بعد؛ آخوند خراسانی، حاشیه مکاسب، ۳۰ به بعد؛ ایروانی، حاشیه مکاسب، ۹۳ به بعد؛ خوانساری، منیه الطالب (تقریرات درس نائینی)، ۱/۲۶۴ به بعد؛ خوئی، مصباح الفقاهه، ۳/۸۵ به بعد)

کتاب‌های معتبر قواعد فقهی هم‌چون بلغه الفقیه آل بحر العلوم، قواعد فقه حسن و محمد بجنوردی و مکارم شیرازی و محمد تقی الفقیه، موسوی قزوینی، امام خمینی و..... نوشته شده که به بحث تفصیلی از قاعده پرداختند. (آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۱/۶۶ به بعد؛ بجنوردی، حسن، القواعد الفقیهیه، ۱/۸۴ به بعد؛ بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، ۱/۲۸۱ به بعد؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲/۲۱۳ به بعد؛ الفقیه، قواعد الفقه، ۱۰۰ به بعد؛ موسوی قزوینی، رساله فی العداله ...، ۱۸۱ به بعد؛ امام خمینی، البیع، ۱/۲۶۰)

نوشته‌های بسیار متأخران در ارتباط با قاعده، اهمیت آن را از نظر فقه‌های متأخر امامیه نمایان می‌سازد و نشان می‌دهد که آنان بر این قاعده اعتماد کرده و آن را مسلم دانسته‌اند. چنان‌که بجنوردی آن را از قواعد «معروف و مشهور» توصیف کرده (القواعد الفقهیه، ۲/۸۴) و آل بحر العلوم آورده است که این قاعده میان فقها، به‌ویژه متأخران شهرت پیدا کرده، وی حتی آن را به صورت قاعده‌ی کلی تأسیس کرده و آن را از مسلمات دانسته است. (آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۱/۶۷)

۱- «لوقبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه..... و من ذلك كله ظهر لك الوجه فيما ذكره هنا في الاستدلال على الحكم المزبور من قاعده كل ما يضمن بصحيحه، يضمن بفاسده التي قد يظهر من بعضهم الاجماع عليها و المراد بها انه كما يضمن المشتري مثلا بصحيحه... كذلك يضمن بفاسده.»



البته بعضی از فقها، شهرت این قاعده را در میان متأخران، سبب موجه بودن این قاعده ندانسته‌اند. چنان‌که امام خمینی نوشته است: «در مورد این قاعده و عکس آن، نصی وارد نشده یا اجماعی بر آن منعقد نگردیده است. بر این اساس اگر فرض شود که مضمون قاعده و عکس آن با قواعد و ادله‌ی عمومی فقه مطابق نیست یا فرض شود که برای قاعده و عکس آن معنای صحیحی نباشد، آن را مردود می‌دانیم.» (البیع، ۱/۲۶۰)

آنچه از مطالب گذشته آشکار می‌گردد، این است که قاعده‌ی مذکور در بعضی از ادوار فقه، اصلاً مطرح نبوده و در بعضی ادوار به عنوان قاعده مطرح نبوده و در بعضی ادوار مسلم دانسته شده و در بعضی دیگر محل تردید و تامل واقع گردیده است.

درباره‌ی عبارت‌های این قاعده در زبان فقهای شیعه باید دانست که در زمان‌های متفاوت، تعبیرهای مختلفی در کلام فقهای امامیه در رابطه با آن وجود داشته است<sup>۱</sup>.

ثمره‌ی فقهی این اختلاف آن است که اگر قاعده را با لفظ کل عقد در نظر بگیریم، ظاهراً قاعده ویژه عقود خواهد بود چه لازم باشد و چه جایز و ایقاعات را در بر نخواهد گرفت. چرا که عقد نمی‌تواند شامل خودش و دیگری باشد. مگر این‌که قائل شویم که کلمه‌ی «عقد» قید احترازی نیست مفهوم ندارد و ملاک قاعده، ایقاع را نیز فرا می‌گیرد. ولی اگر عبارت قاعده را با «ما» بپذیریم، افزون بر عقود، ایقاعات نیز مشمول قاعده خواهد بود چرا که «ما» اعم از عقود و ایقاع است. (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲/۲۱۳؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۲/۹۱)

البته این تفاوت ممکن است صرفاً در زبان متشرعه وجود داشته باشد و گرنه در زبان شرع، لفظ عقد به صورت مطلق و کلی شامل ایقاعات نیز می‌گردد<sup>۲</sup> که ضمان آورند. صاحب بلغه الفقیه ادعا دارد که معنا و مقصود در هر یک از عبارت‌ها یکی است و در عبارت دوم، عمومیت قاعده و اشتغال آن بر ایقاعات تعهدی و ضمان آور اثبات می‌شود. (آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۱/۶۷، ۶۸)

۱- ۱) کل عقد یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده و کل عقد لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده. (انصاری، مکاسب، ۲/۲۸۲؛ حسین مراغی، العناوین، ۲/۳۲۹)

۲) ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده. (حلی، ایضاح الفوائد، ۴/۳۴۷)

۳) کل ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده و کل ما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده. (محقق اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، ۹/۶۲ و ۱۶۹؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۲/۸۴؛ آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۱/۶۷ و ۶۸)

۲- چنان‌که از آیه‌ی «وفوا بالعقود» (مائده/۱) ایقاعات خارج نیستند.

هر چند که مرحوم یزدی، آخوند خراسانی و ایروانی، در بحث از الفاظ و معنای این قاعده ثمره‌ای نمی‌بینند چرا که این عبارت نه عیناً در اخبار آمده و نه مورد اجماع و اتفاق علماست و معیار دلالت را ادله‌ی قاعده بر می‌شمرند، لیکن بعضی همچون شیخ اعظم انصاری و آل بحرالعلوم و... به بحث کامل در این رابطه می‌پردازند. (طباطبائی یزدی، حاشیه مکاسب، ۴۵۴/۱؛ آخوند خراسانی، حاشیه مکاسب، ۳۰؛ ایروانی، حاشیه مکاسب، ۹۳؛ انصاری، مکاسب، ۲۸۱/۱ به بعد؛ آل بحرالعلوم، بلغه الفقیه، ۶۵/۱ به بعد)

## ۱-۲- عبارت و پیشینه قاعده در متون فقهی مذاهب اربعه

از نظر اهل سنت نیز، این قاعده، قاعده‌ی مهمی است که شامل حکم به ضمان یا عدم ضمان عقدهای مالی، هنگام فساد عقد می‌شود.

مراد این است که در این باب، عقد فاسد بر عقد صحیح مقایسه می‌شود و هر گاه عقد صحیح و خوب مطالبه ضمان داشت، عقد فاسد هم مطالبه ضمان دارد و هرگاه عقد صحیح موجب ضمان نباشد، عقد فاسد هم موجب ضمانت نیست.

فقه‌های مذاهب معمولاً در ابواب بیع‌ها به آن اشاره کرده‌اند و نصوصی وجود دارد که اعمال و اجرای این اصل در آن نمود بیشتری دارد. (ندوی، موسوعه القواعد و الضوابط الفقهیه، ۳۲۶/۱)

با تتبع و تفحص در متون فقهی اهل سنت، این نتیجه حاصل می‌شود که این قاعده، تقریباً همزمان با فقه امامیه، اول بار در قرن چهارم هجری توسط شمس الائمه، امام سرخسی (م ۴۸۳ ق)، در کتاب المبسوط بیان شده است.

سرخسی در توضیح قاعده بیان می‌دارد: عقد فاسد در جایز معتبر است.<sup>۱</sup> زیرا فاسد نمی‌تواند در معرفت حکم اصل قرار بگیرد و شرع با فاسد وارد نشده است. (سرخسی، المبسوط، ۷۵/۱) و چه بسا سرخسی این تعبیرها را نیز به کار برده است: فاسد در حکم به جایز ملحق می‌شود.<sup>۲</sup> (همو، همان، ۱۷۶/۴، ۱۸۳ و ۱۲/۷) و فاسد به صحیح معتبر است.<sup>۳</sup> (همان، ۵۶/۲۴)

۱- «العقد الفاسد معتبر فی الجائز»

۲- «الفاسد فی الحکم ملحق بالجائز»

۳- «الفاسد معتبر بالصحیح»

سرخسی در جلد‌های گوناگون کتاب «المبسوط» خود آن را به گونه‌های متفاوت تعبیر کرده است<sup>۱</sup>: فاسد در حکم ضمان به جایز معتبر است. (همان، ۶۵/۲۱) و عقد فاسد در حکم به صحیح و جایز معتبر است. (همان، ۴۶/۲۲ و ۱۲۳/۱۵ و ۱۱۷/۲۳)

تقریباً همزمان با امام سرخسی، ابراهیم بن علی شیرازی (۳۹۳-۴۷۶ ق) در کتاب خود به گونه‌ای دیگر به این قاعده اشاره کرده و تنها در باب بیع، آن را پیاده کرده و نوشته است: بیع فاسد در ضمان حکم صحیح را دارد.<sup>۲</sup> (شیرازی، المجموع المذهب، ۹۰)

هر چند که بعدها، ابتدا ابن وکیل (متوفی ۷۱۶ ق) در اشباه و نظایر خود در ابواب رهن، هبه، نکاح (ابن وکیل، الاشباه والنظایر، ۱۴۰) و سپس حموی فیومی معروف به ابن خطیب دهش (۸۳۴-۷۵۰ ق) در کتاب خود در باب‌های شرکت، هبه فاسد و مسابقه، (مختصر قواعد العالئی، ۳۱۵/۱) و پس از او خطیب شربینی (۹۷۷ ق) در باب بیع فاسد، نکاح و تیمم با همین عبارت قاعده را بیان کرده‌اند. (مغنی المحتاج، ۳۵۸/۲)

به گواهی تاریخ بعد از امام سرخسی و شیرازی، ابن طوق (۴۲۲-۳۶۲ ق) در اثر خود، قاعده را این‌گونه بیان می‌کند: هر عقد فاسدی به صحیحش رد می‌شود.<sup>۳</sup> (الاشراف، ۵۶/۲)

گذر زمان، کلام ابن تیمیه (۶۵۲-۵۹۰ ق) صاحب منتقی الاخبار را در ضمن مباحث باب جعله به این قاعده سوق داده، اما وی با این عبارت از قاعده تعبیر کرده است: هر عقد فاسدی فقط به مقتضای صحیحش وارد می‌شود.<sup>۴</sup> (۱۸۳/۴)

قاعده همچنان در متون فقهی اهل سنت، روز به روز جای خود را گسترده‌تر می‌کرد تا جایی که «ابن قدامه» (۶۲۰-۵۴۱ ق) در کتاب «المغنی» خود بیشتر با الفاظ بازی کرده و آن را با تنوع بیشتری در صفحه‌ها و جلد‌های اثرش «المغنی» بیان کرده و در باب‌های مختلف فقهی همچون نکاح، مضاربه، سبق، وکالت، رهن فاسد و... به آن اشاره می‌کند: هر عقدی که صحیحش غیر مضمون باشد یا مضمون باشد، فاسدش هم همین گونه است.<sup>۵</sup> (المغنی، ۴۲۵/۴) استدلال دیگر ابن قدامه این گونه است: آنچه که قبض در

۱- «الفاسد معتبر بالجائز فی حکم الضمان» و «الفاسد من العقد معتبر بالصحیح و الجائز فی الحکم»

۲- «البیع الفاسد له حکم الصحیح فی الضمان»

۳- «کل عقد فاسد مردوده الی صحیحه»

۴- «کل عقد انما یرد فاسده الا مقتضی صحیحه.»

۵- «کل عقد کان صحیحه غیر مضمون أو مضموناً ففاسده کذلک»

عقد صحیحش مضمون است، در فاسد هم مضمون است و آنچه در صحیح مضمون نیست، در فاسد هم مضمون نیست.<sup>۱</sup> (همان، ۷۳، ۱۱۲/۵) البته بعدها بهوتی (۱۰۵۱-۱۰۰۰ق) در کتابش، در باب امان و غضب با همین عبارت به قاعده اشاره کرده است. (کشاف القناع، ۵۱۲/۳)

ابن قدامه به این عبارات بسنده نکرده و باز هم در «المغنی» کلمه‌ها را جابه‌جا می‌کند و متن جدیدی را برای قاعده بیان می‌کند: حکم عقود فاسد در ضمانت، حکم عقد صحیح است.<sup>۲</sup> (۴۲۵/۴)

نووی (۶۷۶-۶۳۱ ق) بعدها در کتاب خود، در باب عاریه به پیروی از ابن قدامه از این عبارت استفاده کرده است. (روضه الطالبین، ۴۲۷/۴)

جا به جایی الفاظ در کلام ابن قدامه وی را به تعبیر جدید دیگری گرایش داده است: هر عقدی که در صحیحش ضمانت واجب است در فاسدش هم ضمانت واجب است و هر چه در صحیحش ضمانت واجب نیست، در فاسدش هم واجب نیست.<sup>۳</sup> (المغنی، ۴۲۵/۴)

ابن سبکی (۷۵۶-۶۸۳ ق) در کتاب خود، (الا شباه والنظائر، ۳۰۷/۱) سپس ابن خطیب دهه (۸۳۴-۷۵۰ ق) در مختصر قواعد العلائی (۳۱۵/۱) و ابن مفلح حنبلی (۸۸۴-۸۱۵ ق) در المبدع (۱۷/۵) و سپس سیوطی (۹۱۱-۸۴۹ ق) در الا شباه والنظائر (۲۸۳/۱) قاعده را با عبارت اخیر ابن قدامه آورده‌اند.

پس از تحقیق و تفحص در کتاب المغنی، مشاهده می‌شود که باز هم ابن قدامه، الفاظ قاعده را پس و پیش کرده و این بار می‌نویسد: مقبوض در عقد فاسد در ضمان و عدم ضمان به مقبوض در عقد صحیح باز می‌گردد.<sup>۴</sup> (ابن قدامه، المغنی، ۵۴/۴) ابن مفلح حنبلی در المبدع باب شرکت دوباره به پیروی از ابن قدامه همین عبارت را در استدلال‌های خود به کار برده است. (المبدع، ۱۵۷/۴)

۱- «ما كان القبض من صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده، و ما كان غير مضمون (و ما لم يكن مضموناً) في صحيحه، كان غير مضمون في فاسده (لم يضمن في فاسده)»  
۲- «حكم الفاسد من العقود، حكم الصحيح في الضمان.»  
۳- «كل عقد يجب الضمان في صحيحه، يجب الضمان في فاسده، و ما لا فلا»  
۴- «المقبوض في عقد الفاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع الى الضمان و عدمه»

سرانجام، آخرین تعبیر ابن قدامه در اثر دیگرش در کتاب السلم باب رهن آمده است: هر چه در عقد صحیح ضمانت دارد، در عقد فاسد هم ضمانت دارد و هر چه در عقد صحیح ضمانت ندارد، در عقد فاسد هم ضمانت ندارد.<sup>۱</sup> (الکافی فی الفقه، ۵۱۵/۱) پس از ابن قدامه، رافعی (۶۲۳ق) در «فتح العزیز» با دو بیان قاعده را ذکر کرده است: حکم فاسد در ضمانت و عدم ضمانت، حکم صحیح است.<sup>۲</sup> (۲۱۱/۱) و تعبیر دیگر وی: فاسد هر عقدی در ضمان و عدم ضمان همانند صحیحش است.<sup>۳</sup> (رافعی، فتح العزیز، ۱۳۸/۱۰)

شاید بتوان گفت که این عبارت، تبدیل به شایع‌ترین شکل برای قاعده ما یضمن در فقه سنت گردیده است و فقهای پس از رافعی در کتاب‌های خود، بسیار از آن استفاده کرده‌اند. از جمله: نووی (۶۷۶-۶۳۱ق) (روضه الطالبین، ۹۶/۴)، بکری (الإعتناء، ۵۰۹/۱)، سپس ابن سبکی (۷۵۶-۶۸۳ق) و ابن وکیل (۷۱۶ق) (ابن سبکی، الأشباه و النظائر، ۳۰۷/۱؛ ابن وکیل، الأشباه و النظائر، ۲۰)، امام زرکشی (۷۹۴-۷۴۵ق) (المنثور، ۱۳۸/۱)، ابن خطیب دهشده (مختصر من قواعد العلانی، ۳۱۵/۱) و فقیه نامدار، معروف به حصنی در «القواعد» خود آن را آورده‌اند. (۲۲۵/۲) هم‌چنین سیوطی در کتاب خود (الأشباه و النظائر، ۲۸۳/۱ و ۲۸۴)، و شربینی خطیب (۹۷۷ق) در باب صلاه و نکاح «مغنی المحتاج» از این عبارت استفاده کرده‌اند. (۹۲/۱) و ۴۰/۲ و ۶۳ و ۲۶۸)

همان گونه که ملاحظه می‌شود، بیشتر فقها و علما اهل سنت به این متن استناد کرده‌اند. پس شاید بتوان گفت پایه و اصل قاعده در مذاهب اربعه همین عبارت باشد. با وجود این که عبارت رافعی در فتح العزیز، تقریباً برای تمام علمای سنی پذیرفته شده بود، اما اندیشمندان پس از وی نیز تغییراتی در آن دادند. برای نمونه؛ نووی قاعده را با این بیان می‌آورد: فاسد در ضمان، حکم صحیح را دارد.<sup>۴</sup> (روضه الطالبین، ۴۲۷/۴) وی در باب دیگری از همین کتاب، به اعتقاد خود خواسته تا با تازگی خاصی قاعده را بیان کند و آورده است: هر عقدی که صحیحش اقتضای ضمانت می‌کند، فاسدش هم اقتضای

۱- «ما ضمن فی الصحیح، ضمن فی الفاسد، و ما لا یضمن فی الصحیح لا یضمن فی الفاسد»

۲- «حکم الفاسد، حکم الصحیح فی الضمان و عدمه» که بعدها حصنی (متوفی ۸۲۹ق) نیز در کتاب خود

همین عبارت را به کار برده است. (القواعد، ۲۱۹/۲)

۳- «فاسد کل عقد کصحیحه فی الضمان و عدمه»

۴- «للفاسد حکم الصحیح فی الضمان»

ضمانت می‌کند و هرچه صحیحش اقتضای ضمانت نکند، فاسدش هم همین گونه است.<sup>۱</sup> (همان، ۹۶/۴)

ولی حق این است که نوآوری در کلام وی محسوس نیست، بلکه پس و پیش کردن عبارتهای پیشینیان است.

سیوطی نیز به پیروی از وی، همین عبارت را در باب‌های مختلف فقهی هم‌چون؛ قرض، مسابقه، بیع، مساقات، اجاره فاسد، ... از قول اصحاب نقل می‌کند. (الاشباه و النظائر، ۱۰۵/۲)

صنهاجی مشهور به «قرافی» اولین فردی است که به متن قاعده مطابق با آنچه که در بین امامیه مرسوم است، استناد کرده و صد و یازدهمین فرق کتاب خود را به تفاوت بین «قاعده ما یضمن و قاعده ما لا یضمن» اختصاص می‌دهد. یعنی دقیقاً با همان عبارتی که در مذهب تشیع آمده است و در ذیل این فرق به معرفی اسباب ضمان و... می‌پردازد. (الفروق، ۱۹۸/۲ و ۱۹۷) به دنبال وی بکری در کتاب «الاعتنا» به گذشته رجوع می‌کند و مانند پیشینیان به بازی الفاظ ادامه می‌دهد: حکم عقود فاسد در ضمان حکم عقود صحیح است.<sup>۲</sup> (۶۶۸/۲) ابن نجیم حنفی (۹۲۶-۹۷۰ ق) کلمه‌های بکری را جا به جا می‌کند<sup>۳</sup> (الاشباه و النظائر، ۴۲۱ و ۴۲۲) بهوتی نیز در کتابش در باب‌های رهن، مساقات، غصب، و ... به پیروی از پیشینیان عمل می‌کند.<sup>۴</sup> (کشاف القناع، ۱۱۰/۳، ۲۶۸ و ۲۵۱)

درست است که علمای سنی هر یک از دل خود سخن گفته‌اند و در عبارتهایشان اتحاد و انسجام و اجماع مشاهده نمی‌شود ولی با اندک تامل روشن می‌شود مراد همه آنها یکی است و تنها اختلاف در تعبیرات و ظاهر قضیه است.

همان گونه که مشاهده می‌شود، عبارت قاعده، در متون فقهی اهل سنت بسیار متنوع آمده که ذکر تمام نمونه‌های آنها لازم نیست ولی نتیجه‌ای که به دست می‌آید این است که مهم‌ترین و مشهورترین آنها اعتقاد رافعی است.<sup>۵</sup> و از لحاظ نزدیکی به تعبیر

۱- «کل عقد اقتضی صحیحہ الضمان فکذلک فاسده؛ و ما یقتضی صحیحہ الضمان فکذلک فاسده.»

۲- «حکم فاسد العقود، حکم صحیحها فی الضمان.»

۳- وی در باب وقف کتاب می‌نویسد: «فاسد العقود فی الضمان کصحیحها»

۴- وی می‌نویسد: «فاسد العقود کصحیحها فی الضمان و عدمه»

۵- «فاسد کل عقد کصحیحها فی الضمان و عدمه.» (رافعی، فتح العزیز، ۱۳۸/۱۰)

امامیه، عبارت قرافی در کتاب «الفروق» شبیه ترین است و الفاظ قاعده را همانند شیعه آورده است.<sup>۱</sup>

همچنین از لحاظ قدمت، امام سرخسی اولین فردی است که به مضمون قاعده اشاره کرده است. (المبسوط، ۱۷۶/۱۱۴، ۱۸۳ و ۱۲/۷ و ۷۵/۱۱ و ۵۶/۲۴ و ...)

## ۲- مفهوم و مراد از اصل و عکس قاعده

### ۱-۲ مفهوم و مراد از اصل و عکس قاعده در نگاه امامیه

در دیدگاه امامیه، مفهوم اجمالی اصل قاعده این است که در عقودی که معاوضی است و به نوعی طرفین متعهد می‌شوند چیزی را پرداخت و یا عملی را انجام دهند، یعنی عقودی که مال در مقابل مال پرداخت می‌شود، در صورتیکه آن معامله و عقد باطل هم باشد، مجانی نخواهد بود. شخصی که متعهد و مسؤولیت یافته با استناد به بطلان معامله و عقد، نمی‌تواند خودش را مبرای از ضمان بداند. عقد باطل در این‌گونه موارد، موجب ضمان است همانند آن‌که صحیح این عقود ضمان آور است. (انصاری، مکاسب، ۱/ ۲۸۳؛ آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۶۸، ۶۶/۱؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۱۶/۲؛ مصطفوی، القواعد (مائه قواعد...)، ۲۰۶)

فقه‌های امامیه قاعده را شامل عقود لازم، جایز، معاوضی محض و عقود در حکم معاوضه می‌دانند. هم‌چنین اقدام‌های حقوقی که در آنها شائبه ایقاع وجود دارد مانند جعاله و یا حتی نزدیک‌تر به ایقاع است مانند خلع را مشمول قاعده می‌دانند. (مکاسب، انصاری، ۲۸۳/۱؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۱۷۷/۲) آنان معتقدند که قاعده عمومیت دارد و قریب به اتفاقشان عمومیت آن را به اصناف عقد می‌دانند.<sup>۲</sup> (انصاری، مکاسب، ۲۸۳/۱؛ آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۷۸/۱) در نظر علمایی همچون شیخ اعظم که بدون در نظر گرفتن مبنا و ادله‌ی قاعده، صرفاً با استناد به الفاظ و مفردات به تحلیل مفاد قاعده پرداخته‌اند، قاعده محدود به مواردی می‌شود که نفس عقد مقتضی ضمان است نه به کمک شرط ضمن آن. (انصاری، مکاسب، ۲۸۳/۱) اما از نظر برخی از جمله سید یزدی در شمول قاعده هیچ تفاوتی میان عقدی که صحیح آن بنفسه مقتضی ضمان باشد یا این‌که به شرط ضمن عقد،

۱- «قاعده ما یضمن و ما لا یضمن.» (الفروق، ۱۹۸/۲ و ۱۹۷)

۲- نظر مخالف عموم را افرادی می‌دانند: بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۹۵/۲.

مقتضی ضمان باشد نه به نفس عقد، وجود ندارد. (سید طباطبائی یزدی، حاشیه بر مکاسب، ۴۵۵/۱؛ همو، العروه الوثقی، ۱۸۱/۲)

محل جریان قاعده صورت تلف عین مقبوض به عقد فاسد است نه اتلاف چه مسند به فعل قابض باشد یا نباشد. (انصاری، مکاسب، ۲۸۳/۱)

فقها در میان انبوهی از ادله‌ی قاعده، مهم‌ترین دلیل حجیت آن را اقدام با قبول ضمان شخص قابض بر شمرده‌اند. بنابراین قاعده به تمامی مواردی که شخص به نحو ضامنانه اقدام کرده، تعمیم می‌یابد. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴۱/۵؛ همو، الروضه البهیة، ۲۶۷/۴؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۶۲۵/۱؛ محدث بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴۹۱/۲ و ۵۰۲) مجرای قاعده اصل، عقود تملیکی معوض و مجرای عکس آن عقود اذنی و تملیکی غیر معوض است.

مفاد قاعده مایضمن آن است که هر صنفی از عقد که صحیح آن موجب ضمان است (ضمان جعلی و قراردادی) و طرفین متعهد شده‌اند که در مقابل آنچه می‌پردازند، چیزی دریافت نکنند، فاسدش هم موجب ضمان واقعی خواهد بود. یعنی در صورت بقاء شی، خود آن شی و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را ادا می‌کنند. (شهید اول، القواعد والفوائد، ۲۹۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۷۴/۱۲؛ بجنوردی، القواعد الفقیهیه، ۱۰۳/۲؛ مراغه‌ای، العناوین، ۴۸۵/۲؛ آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۷۲/۲)

هم‌چنین در عکس قاعده، مفهوم این است که عقدی که بر مجانی بودن بنا گردیده است، در صورت بطلان ممکن نیست بتوان با استناد به قاعده ید، ادعای ضمان بر قابض و گیرنده مال نمود. (مکارم شیرازی، القواعد الفقیهیه، ۲۲۶/۲؛ آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۶۶/۱؛ مصطفوی، القواعد، ۲۰۴) مفاد قاعده مالایضمن این است که هر صنفی از عقد که در صحیح آن، تعهدی در مقابل دریافت عین نشده، در فاسدش هم ضمان نیست و نمی‌توان از قابض در صورت تلف عین، چیزی مطالبه کرد مانند هبه یا عاریه فاسد. (شهید اول، القواعد والفوائد، ۲۹۵؛ بجنوردی، القواعد الفقیهیه، ۱۰۳/۲؛ مراغه‌ای، العناوین، ۴۸۵/۲؛ آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۷۲/۱)

میر عبدالفتاح مراغه‌ای با تفصیل و دقت بیشتری احتمال‌ها در معنای اصل و عکس قاعده را بررسی کرده است و هشت احتمال را در کتاب خود بیان می‌کند. (العناوین، ۴۶۳/۲-۴۶۵)



## ۲-۲- معنا و مدلول قاعده در نگاه عامه

فقه‌های اهل سنت بسیار کوتاه و مختصر در معنا و مراد از قاعده‌ی مذکور سخن گفته‌اند. در این میان زرکشی در کتاب «المنثور» خود با وضوح بیشتری به مراد از قاعده در ضمن تمیز و تشخیص چگونگی ضمان بین دو حالت صحت و فساد پرداخته است. وی در المنثور می‌نویسد: «هر عقد فاسدی در ضمانت و عدم ضمانت مثل عقد صحیح است، یعنی هر عقدی که صحیحش پس از تسلیم، اقتضای ضمان دارد، فاسدش هم اقتضای ضمان دارد، زیرا عقد فاسد به ضمانت سزاوارتر است. و هر عقدی که صحیحش پس از تسلیم، اقتضای ضمانت ندارد مانند رهن، هبه و ... فاسدش هم اقتضای ضمانت ندارد.» (۱۴۴/۲ و ۸/۳، ۹) وی ادامه می‌دهد که مراد از قاعده این نیست که هر حالی که عقد صحیح در آن ضمانت دارد، فاسد هم در مثل آن حالت ضمانت دارد. برای نمونه، در بیع صحیح، ضمانت منفعت واجب نیست و فقط عین در برابر ثمن واجب است. اما در مال مقبوض با بیع فاسد، ضمان اجرت المثل مقداری که در دست او بوده واجب است و فرقی نمی‌کند که از آن منفعت استفاده کرده یا منفعت در دست او تلف شده است. (بکری، الإعتنا، ۵۰۹/۱؛ زرکشی، المنثور، ۸/۳، ۹؛ ابن سبکی، الاشباه و النظائر، ۳۰۷/۱؛ سیوطی، همان، ۴۷۴/۲ و ۴۷۵)

این قاعده در مصادر مذهب حنبلی، تفریح‌های فراوانی دارد. ابن قیم جوزیه به بیان قاعده و تطبیق آن در مناسبت‌هایی که به معاوضات تعلق گرفته، پرداخته است و بر این رای و عقیده است که در حالت‌های فساد، نصیب المثل واجب است نه اجرت المثل. (ابن قیم جوزیه، الطرق الحکمیة، ۲۱۱) عقد فاسد، سبب استحقاق ثمن المسمی و اجرت المسمی نمی‌گردد، بلکه فقط موجب ثمن المثل و اجرت المثل می‌شود و بیع فاسد نزد غیر حنفیه یعنی باطل. و مقصود این است که به خاطر نبود شرطی از شرایط صحتش، ثمربخش نیست. بیع صحیح موجب ضمان المسمی است و اگر بیع فاسد باشد، مشتری ضامن قیمت یا مثل کالا است، نه مسمی. برای همین گفته اند مبیع فاسد هنگام تلف، اگر قیمی باشد، قیمت آن را در روز قبض مضمون است و اگر مثلی باشد، مانند آن مضمون است چون با قبض، مورد ضمان است مثل مغصوب. (بوزنو، موسوعه القواعد الفقهیه، ۱۰۳/۳ و ۴۲۳/۶، ۱۸۶)

نتیجه آن که عقد صحیح و فاسد، در اصل ضمان مساوی هستند نه در مقدار، که از این لحاظ برابر نیستند. برای نمونه؛ در عقد بیع صحیح، ضمان مبیع در برابر ثمن است و در فاسد در برابر مثل یا قیمت. (سیوطی، الاشباه و النظائر، ۲۳۲)

فقه‌های مذاهب اربعه مهم‌ترین علت ضمان در صحیح و فاسد را این گونه توجیه کرده‌اند که اگر صحیح عقد، بعد از تسلیم موجب و مقتضی ضمان باشد، فاسد به طریق اولی ضمان می‌آورد. لکن در مورد عقدی که صحیحش بعد از تسلیم، موجب ضمان نیست، عدم ضمان در فاسد بدین جهت است که از سویی اثبات ید بر مال به اذن مالک صورت گرفته و از سویی خود عقد، ایجاب ضمان نمی‌کند. (همان، ۱۰۵/۲؛ زرکشی، المنثور، ۱۴۴/۲؛ نووی، روضه، ۹۶/۴)

### نتیجه‌گیری

نتیجه‌ی آنچه در این نوشتار آمد، این است که در متون فقهی امامیه و اهل سنت، قدمت قاعده به قرن چهارم هجری باز می‌گردد که شیخ طوسی فقیه شیعه، مضمون آن را در کتاب المبسوط و سرخسی نیز در کتابش با همین عنوان، آن را بیان کرد.

در متون فقهی شیعه، نهاد این گزاره با سه تعبیر «کل عقد، کل ماوما» آمده است. در حالی که علمای مذاهب اربعه بسیار متنوع و گوناگون از آن یاد کرده‌اند و هر کدام تعبیر جدیدی را در بیان قاعده عنوان کرده‌اند. اما مشهورترین تعبیرهای آنان از این قاعده «فاسد کل عقد کصحیحها فی الضمان و عدمه» است که اولین بار توسط رافعی در فتح العزیز بیان شد.

از لحاظ نزدیکی عبارت‌های اهل سنت به تعبیرهای امامیه، تنها قرافی در الفروق خود الفاظ قاعده را همانند امامیه آورده است: قاعده‌ی «ما یضمن و ما لایضمن» هر دو گروه (امامیه و اهل سنت) این قاعده را مصطیده می‌دانند و در باب‌های مختلف و گسترده فقهی از آن بهره می‌گیرند.

در خصوص مضمون و مفاد این قاعده نیز فقه‌های مذاهب خمس اتفاق نظر دارند که در قاعده ما یضمن چنانچه عقد صحیح باشد، موجب ضمان جعلی و عوض المسمی می‌گردد و اگر فاسد باشد فقط ثمن المثل یا اجرت المثل را موجب شده و در حقیقت

سبب ضمان واقعی می‌گردد و به تعبیر علمای اهل سنت، صحیح و فاسد در اصل ضمان مساوی هستند نه در مقدار که از این لحاظ برابر نیستند. هم‌چنین آنان نیز در این مساله با امامیه هم نظرند که مجرای قاعده اصل، عقود تملیکی معوض و مجرای عکس آن، عقود اذنی و تملیکی غیرمعوض است.

### فهرست منابع و مآخذ:

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، تصحیح مهدی شمس الدین، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶.
۲. آل بحر العلوم، محمد، بلغه الفقیه، شرح: محمدتقی آل بحر العلوم، نجف، مکتبه القلمین العامه، ۱۳۶۲ ه. ش - ۱۹۸۴ م - ۱۴۰۳ ه. ق.
۳. ابراهیم بن محمد، زین الدین (مشهور به ابن نجیم حنفی)، الاشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان، تحقیق زکریا عمیرات، بیروت - لبنان، دارالکتب العلمیه - علی بیضون، بی تا.
۴. ابن ادريس بهوتی، منصور بن یونس (فقیه حنابله)، کشف القناع من الافناع، تعلیق هلال مصیلحی و مصطفی هلال، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۰ ق - ۲۰۰۰ م.
۵. ابن ادريس حلی، محمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ه. ق.
۶. ابن برآج، عبدالعزیز بن تحریر، المهدب، قم، بی تا، ۱۴۰۵ ه. ق.
۷. ابن تیمیه، عبدالسلام بن عبدالله، المنتقی الاخبار فی الاحکام، بی تا، بی تا، بی تا.
۸. ابن طوق، عبدالوهاب بن علی، الاشراف علی نکت مسائل الخلاف، اخراج احادیث: حبیب بن طاهر، بیروت، دار ابن حزم، ۱۹۹۹ م - ۱۴۲۰ ق.
۹. ابن قدامه، موفق الدین ابی محمد عبدالله بن احمد، المغنی، بیروت، دارالکتب العربیه، ۱۴۰۲ ق.
۱۰. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، الکافی فی الفقه علی مذهب الامام احمد بن حنبل الشیبانی، تحقیق محمد بن ریاض الاحمد، صیدا - بیروت، المکتبه العصریه، شرکه انباء شریف الانصاری، ۲۰۰۶ م - ۱۴۲۷.
۱۱. ابن قیم الجوزیه، شمس الدین ابی عبدالله، الطرق الحکمیة فی السیاسه الشرعیة، قاهره، الموسسه العربیه، ۱۳۸۰ ه - ۱۹۶۱ م.
۱۲. ابن مفلح حنبلی، ابواسحاق ابراهیم بن محمد، المبدع، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۰۰.

۱۳. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، تحقیق عباس محمد آل سباع القطیفی، بی جا، آل سباع و دارالمصطفی لاحیاء، التراث، ۱۴۱۸ ه. ق.
۱۴. الصنهاجی (مشهور به قرافی)، شهاب الدین ابی العباس احمد بن ادريس بن عبدالرحمن، الفروق قرافی و بهامشه القواعد السنیة فی الاسرار الفقهیة لابن الشاط، تحقیق عبدالحمید هندوای، صیدا- بیروت، المكتبة العصرية - دار النموذ جیه - شرکه انباء شریف الانصاری، ۱۴۲۳ ه- ۲۰۰۲ م.
۱۵. الفقیه، محمدتقی، قواعد الفقه، بیروت - لبنان، دار الاضواء، چاپ دوم، بی تا.
۱۶. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، بیروت، موسسه النعمان، ۱۴۱۰ ه- ۱۹۹۰ م.
۱۷. ایروانی غروی، علی، حاشیه کتاب المکاسب، تحقیق باقر فخار اصفهانی، تهران، دار ذوی القربی، ۱۴۲۱ ق- ۱۳۷۹ ش.
۱۸. بکری، محمدبن سلیمان، الاعتناء فی الفروق و الاستثناء، تحقیق سعود بن مسعد بن مساعد البیتی، مکه، جامعهام القری، ۱۹۸۸ م- ۱۴۰۸ ق.
۱۹. بوزنو، محمدصدقی بن احمد و غزی، ابوالحارث، موسوعه القواعد الفقهیة، بیروت - لبنان، موسسه الرساله ناشرون، ۱۴۲۴ ه- ۲۰۰۳ م.
۲۰. توحیدی (خوئی)، محمدعلی (ابوالقاسم)، مصباح الفقاهة فی المعاملات، قم، موسسه انصاریان، ۱۹۹۶ م- ۱۴۱۷.
۲۱. حسینی عاملی، محمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، تحقیق محمدباقر خالصی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۴ ه. ق.
۲۲. حسینی مراغی، عبدالفتاح، العناوین، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه. ق.
۲۳. حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۴. حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، قم، بی نا، ۱۴۰۵ ه. ق.
۲۵. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، بی جا، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۹.
۲۶. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، تذکرة الفقهاء، تهران، مکتب مرتضویه، چاپ سنگی، بی تا.
۲۷. حموی فیومی، ابی الثناء نورالدین محمود بن احمد (معروف به ابن خطیب دهشه)، مختصر من قواعد العلائی و کلام الاسنوی، تحقیق مصطفی محمود النجوینی، عراق، بی نا، بی تا.
۲۸. خمینی، روح الله، البیع، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ه. ق- ۱۳۶۸ ه. ش.
۲۹. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، چاپ دوم، بی تا.
۳۰. رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، فتح العزیز، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۷-۱۹۹۷ م.
۳۱. سبکی، تاج الدین، الاشباه و النظائر، قاهره، مکتبه الازهریه، بی تا.
۳۲. سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۹ ق.

۳۳. سیوری حلی، فاضل مقداد بن عبدالله، **نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه**، تحقیق: عبداللطیف کوه کمری، بی‌جا، مکتبه مرعشی، بی‌تا.
۳۴. سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن بن ابی بکر، **الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه**، تحقیق محمدحسن اسماعیل الشافعی، بیروت - لبنان، محمدعلی بیضون - دارالکتب العلمیه، بی‌تا.
۳۵. شافعی، محمدبن بهادر بن عبدالله (معروف به زرکشی)، **المنثور فی القواعد الفقه الشافعی**، تحقیق محمدحسن اسماعیل، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۱ ق - ۲۰۰۰ م.
۳۶. شربینی خطیب، محمد، **مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ منهاج**، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۷۸ ق - ۱۹۵۸ م.
۳۷. شیرازی، ابراهیم بن علی، **المجموع شرح المهذب**، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
۳۸. طباطبائی، علی، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، بیروت - لبنان، دارالهادی، ۱۴۱۲ هـ - ۹۹۲ م.
۳۹. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، **حاشیه کتاب المکاسب**، تحقیق شیخ عباس محمد آل سباع القطیفی، بی‌جا، دارالمصطفی لاحیاء التراث، ۱۴۲۳ - ۲۰۰۲ م.
۴۰. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، **العروه الوثقی**، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳ هـ ق.
۴۱. طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن بن علی، **المبسوط فی فقه الامامیه**، تصحیح محمدتقی کشفی، بی‌جا، مکتبه المرتضویه، بی‌تا.
۴۲. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، **الخلاف**، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷.
۴۳. عاملی، زین‌الدین بن علی (معروف به شهید ثانی)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام**، بی‌جا، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۷ هـ ق.
۴۴. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، **مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام**، قم، دار الهدی للطباعه و النشر ۹۶۶ هـ - ۹۱۱ م.
۴۵. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، **الروضه البهبه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، قم، دارالهادی، ۱۴۰۳.
۴۶. عبدالمومن، ابی بکر بن محمد (معروف به تقی‌الدین حصنی)، **القواعد**، ریاض، شرکه ریاض - مکتبه الرشد - مکتبه الملك فهد، ۱۴۱۵.
۴۷. محدث بحرانی، یوسف، **حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، قم، موسسه نشر اسلامی، بی‌تا.
۴۸. محقق اردبیلی، احمد (معروف به مقدس اردبیلی)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان**، تحقیق اشتهااردی، مجتبی عراقی و حسین یزدی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ هـ ق.

۴۹. محقق ثانی (کرکی)، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم، موسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۰.
۵۰. محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه**، تهران، سمت (انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها)، ۱۳۷۴.
۵۱. مَرّحَل، ابی عبدالله محمدبن مکی بن عبدالصمد (معروف به صدر الدین ابن وکیل)، **الاشباه و النظائر فی فقه الشافعیه**، تحقیق محمدحسن اسماعیل، بیروت - لبنان، محمدعلی بیضون- دارالکتب العلمیه، بی تا.
۵۲. مصطفوی، محمدکاظم، **القواعد** (مائه قاعده فقیهه معنی و مدرکاً و مورداً)، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۱ ه. ق.
۵۳. مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقهیه**، قم، مدرسه امام امیرالمومنین (ع)، ۱۴۱۱ ه. ق.
۵۴. مکی، ابی عبدالله محمد بن محمد (معروف به شهید اول)، **القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه**، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه المفید، بی تا.
۵۵. موسوی بجنوردی، حسن، **القواعد الفقهیه**، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۱ ه. ش - ۱۴۱۳ ه. ق.
۵۶. \_\_\_\_\_، محمد، **قواعد فقیهیه**، تهران، مجد، ۱۳۸۵.
۵۷. موسوی قزوینی، سیدعلی، **رساله فی العداله بضمیمه «قاعده ما یضمن بصحیحه»**، یضمن بفاسده» و قاعده «وجوب حمل فعل المسلم علی الصحه»، قم، موسسه نشراسلامی، ۱۴۱۹ ه. ق.
۵۸. نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، تحقیق علی آخوندی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
۵۹. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، **منیه الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات نائینی)**، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸.
۶۰. ندوی، علی احمد، **موسوعه قواعد و ضوابط فقیهیه الحاکمه للمعاملات المالیه فی الفقه الاسلامی**، بی جا، دار عالم المعرفه، ۲۰۰۵ م - ۱۴۲۶ ق.
۶۱. نووی، یحیی بن شرف، **روضه الطالبین و عمدہ المفتین**، بیروت، مکتب اسلامی، ۱۹۹۱ م - ۱۴۱۲ ق.