

بررسی تطبیقی مفهوم فساد عقد و مستندات حکم ضمان نسبت به متعاقدين در فقه امامیه و اهل سنت

علی آقاجانی سپهری^۱

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۸/۲۶ تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۰/۲۵

چکیده

همان‌طور که می‌دانیم برای عقد باطل یا فاسد در هیچ زمان نمی‌توان وجود و تحقق در عالم اعتبار شناخت. در صورتی که معلوم شود عقدی فاسد است، هرگاه مورد معامله بین طرفین رد و بدل نشده باشد واضح است که با روشن شدن فساد عقد نیاز به این کار نیست اما هرگاه مورد عقد رد و بدل شده باشد، باید به مالک اصلی بازگردانده شود، زیرا عقد فاسد اثری در تملک یا ایجاد تعهد و رابطه حقوقی ندارد (ماده ۳۶۵ ق.م) و هیچ تملیک و تعهدی جز در حدود قانون اعتبار ندارد.

منظور از عقد فاسدی که روابط طرفین نسبت به ضمان مورد بررسی قرار خواهد گرفت، عقد معوضی است که مبادله مال در برابر مال یا عمل در مقابل مال، رکن سازنده آن است. در این مقاله به بررسی روابط متعاقدين در عقود معوض در صورت فساد عقد و بررسی مفهوم فساد و مستندات حکم ضمان در فقه امامیه و فقه اهل سنت می‌پردازیم.

کلیدواژه‌ها: عقد، فساد، ضمان، فقه امامیه، فقه اهل سنت

مقدمه

کلیه معاملات فاسد جدای از علم و جهل طرفین از دید حقوقی و به اعتبار اثری که مورد انتظار طرفین است در حکم هیچ است؛ پدیده‌ای است که به ظاهر صورت عقد را دارد؛ ولی در واقع هیچ تغییری در حقوق و تکالیف دو طرف به وجود نمی‌آورد؛ هم‌چنان که در مواد ۳۶۵ و ۳۶۶ قانون مدنی هم ذکر شده است. با این وجود، در پاره‌ای موارد، آثاری برای عقد فاسد شمرده شده که یکی از آن‌ها ضمان درک است که در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م.بیان شده است و نیز طبق ماده ۳۶۶ ق.م. در صورتی که بر اثر بیع فاسد خسارتی به مبیع وارد شود، بنابر قاعده ضمان قهری و نه مسؤولیت قراردادی، مشتری ضامن جبران خسارت خواهد بود و نیز طبق مواد ۸۲ و ۱۰۰ ق.ت.نمی‌توان به بطلان عقد شرکت، در مقابل اشخاص ثالث استناد کرد؛ یعنی، شرکت باطل در حکم شرکت واقعی تلقی شده است. ماده ۱۱۵۷ ق.م. در مقام بیان نکاح فاسد، اثرات نکاح صحیح را بر آن بار می‌نماید و لذا با این که نکاح فاسد بوده، نگهداری عدّه که حکم عقد نکاح صحیح است بر آن مترتب شده است.

عقد فاسد عقدی است که به دلیل فقدان شرایط اساسی صحّت معاملات مانند قصد و رضا و اهلیت و ... فاقد اثر حقوقی است. البته در بین فقه شیعه و سنی همگی اتفاق نظر دارند که با کشف فساد عقد، در صورتی که مورد معامله تسلیم شده باشد گیرنده مال اولاً؛ ضامن است و احکام آن مانند غضب است و ثانیاً؛ مورد معامله به تملیک گیرنده مال در نمی‌آید، به جز حنفیان که بین آثار عقد فاسد و باطل تفاوت قائل شده‌اند. در حقوق ایران نیز، عقد فاسد فاقد آثار حقوقی مورد انتظار طرفین است که بر عقد صحیح مترتب می‌شود. در عین حال، فساد عقد ممکن است به تناسب آن چه در روابط متعاقدين اتفاق افتاده منشأ آثاری نظیر ضمان مقبوض به عقد معاوضی فاسد باشد.

با مطالعه دقیق و بررسی آراء فقهای امامیه در باب عقود فاسد و باطل به نظر می‌رسد مشهور فقهای امامیه در مورد عقود معوض فاسد در صورتی که موضوع عقد عین یا منفعت باشد به چند قاعده فقهی همچون قاعده علی الیید، لاضرر، احترام، اقدام و ... استناد کرده‌اند. هم‌چنین با بررسی آراء فقهای اهل سنت و مطالعه تطبیقی نظرات فقهای چهار مذهب اهل سنت به دست می‌آید که دلایل و مستندات حکم ضمان را به دو دسته دلایل نقلی و عقلی تقسیم‌بندی کرده‌اند که به تفصیل بیان خواهیم کرد.

۱. بررسی مفهوم فساد در فقه امامیه و اهل سنت

از آن جا که فقهای اهل سنت دو اصطلاح فساد و بطلان را به یک معنا نمی‌دانند و احکام جاری بر این دو مفهوم را جدای از هم می‌دانند لذا قبل از ورود به بحث اصلی لازم است تا ابتدا معنای لغوی و سپس معنای اصطلاحی فساد را که مورد نظر فقهای امامیه و اهل سنت است بیان کنیم.

۱-۱ معنای لغوی فساد

واژه «فساد» در لغت عرب نقیض صلاح، صلح و حق است و به معنای «بطلان»، «اضمحلال»، «تغییر»، «هلاک کردن»، «به ستم گرفتن مال کسی»، «تباه کردن»، «قحطی»، «قطع ارحام»، «ضد استصلاح» و «کراهت» نیز استعمال شده است (جمال‌الدین، ۱۴۱۴، ج ۳/۳۳۵؛ حسینی محب‌الدین، سید محمد مرتضی، ۱۴۱۴، ج ۵/۱۶۴). در لغت نامه‌های فارسی هم این واژه شبیه به همین مضامین تعریف شده است و به معنای «ظلم و ستم»، «شرارت و بدکاری»، «تباهی»، «فسق و فجور» و «فتنه و آشوب» به کار رفته است و «فساد کردن» به معنی «فتنه بر پا کردن»، «یاغی شدن»، «لواط کردن»، «زنا کردن» و «نافرمانی و گناه کردن» به کار می‌رود (عمید، ۱۳۸۴، ج ۱/۲۳۹).

۲-۱ معنای اصطلاحی فساد

مفهوم اصطلاحی «فساد» هم از معنی لغوی آن دور نشده و به عقدی که آثار حقوقی آن تباه و فانی شده است، فاسد یا باطل می‌گویند. هر عمل حقوقی که مخالف مقررات قانونی بوده و قانون آن را فاقد هر گونه اثر حقوقی شناخته باشد؛ مانند، بیع صغیر. صفت این عمل حقوقی را بطلان گویند که در مقابل صحت به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۷، ش ۱۰۳/۸۰۵). ذیل این بند به توضیح معنای فساد در فقه امامیه و فقه اهل سنت می‌پردازیم.

۲-۱-۱ معنای فساد در فقه امامیه

فساد یا بطلان وضعیت قراردادی است که در عالم حقوق وجود و اثری ندارد؛ عقد در صورتی فاسد یا باطل است که فاقد یکی از شرایط اساسی صحت عقود و یا فاقد شرایط اختصاصی صحت عقد باشد و یا ممکن است با ضمیمه شدن شرط مفسد، بطلان یا فساد عقد کشف شود.

لازم به ذکر است در مواردی که یک عقد به طور صحیح واقع می‌شود و سپس به دلیل حادث شدن یکی از اسباب قانونی انحلال می‌یابد و آثار حقوقی اش زایل می‌شود، بطلان مصداق نمی‌یابد؛ زیرا

انحلال مزبور یا به واسطه توافق اراده انشائی طرفین عقد ایجاد می‌شود که مصداق بارز آن اقاله است و یا با اعمال اراده یک جانبه یکی از متعاقدين مبني بر انحلال عقد، که این حق را به موجب اختیارات قانونی به دست آورده است و یا آن که انحلال عقد بدون توافق و بدون دخالت اراده متعاقدين و در اثر تحقق یکی از سبب‌های قانونی صورت می‌گیرد که انفساخ نامیده می‌شود.

انفساخ عقد مانند اقاله اثر قهقرایی ندارد و اثرش از زمان وقوع است نه پیش از آن، به این دلیل آثاری که پیش از انفساخ ایجاد شده است، بی‌ثمر نمی‌شود و از این نظر انفساخ به بطلان - که باعث عدم تأثیر عقد از زمان انعقاد می‌شود - شبیه نیست (محقق داماد، ۱۳۷۰، ج ۱۳۹/۲).

فقه‌های امامیه عقد فاسد و باطل را از آن جهت که هیچ اثر حقوقی بر آنها مترتب نیست و هیچ ملکیتی برای طرفین ایجاد نمی‌شود، از جهت معنا و بار حقوقی یکسان گرفته‌اند و در نهایت عقد فاسد و باطل را هم معنی دانسته‌اند و این چنین تعریف کرده‌اند: «الباطلُ و الفاسدُ سواءٌ إذا المدارِ علی تأثیر و عدمه و هما سواءٌ فی عدم التأثیر» (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۱۲۳/۱)، «و هو (أی باطل) و الفاسد سواء» (ابو جیب، ۱۴۰۸، ۳۸)، «کل فعل وجوده کعدمه فی أنه لا یفید حکماً شرعياً» (علم الهدی، ۱۴۰۵، ج ۲۶۴/۲)، «و یرادفه الفاسد عندنا» (عبدالرحمان، محمود، ج ۳۵۳/۱)، «عدم ترتب اثر بر معامله» (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۱۲۹/۳)، «عدم صدق عنوان تمامیت برعملی» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۱۸۲)، «نقصان و عدم تمامیت عمل از آن جهتی که مورد رغبت است» (عراقی، ضیاء الدین، ۱۴۱۷، ج ۹۷/۳)، «فساد امری انتزاعی است که در صورت عدم انطباق مجعول شارع بر فرد خارجی انتزاع می‌شود» (خویی، ۱۴۱۷، ج ۸۶/۲)، بنابراین هیچ گونه تفاوتی بین دو اصطلاح بطلان و فساد در فقه امامیه وجود ندارد بلکه در بسیاری از مواقع، فقه‌های امامیه این دو را به جای هم استفاده کرده‌اند مثلاً آنجا که فقها از «مقبوض به عقد فاسد» بحث می‌کنند منظور همان مالی است که در اثر عقد باطل تحویل گرفته شده است یا آنجا که در مقام بحث از قاعده «مأیضمن بصحیحه یضمن بفاسده» هستند منظور ایشان همان باطل است که تفاوتی از لحاظ معنایی با فساد ندارد.

۲-۲-۲ معنای فساد در فقه اهل سنت

فقه‌های اهل سنت به جز حنفیه فاسد و باطل را به یک معنا دانسته‌اند (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲۲۴/۲): فقه‌های حنفیه، هم از لحاظ لغوی و هم اصطلاحی میان فاسد و باطل تفاوت قائل هستند و می‌گویند: «فساد چیزی است که وصفش دگرگون شده است لیکن قابلیت انتفاع از آن سلب نگردیده است اما

باطل به چیزی اطلاق می‌گردد که از حکم افتاده است.» (الحنفی، بی‌تا، ج ۷۵/۶) حنفیان احکام عقود فاسد و باطل را از هم جدا می‌دانند و می‌گویند بیع وقتی باطل است که اختلال در رکن یا موضوع معامله باشد و مراد از رکن عقد اهلیت و ایجاب و قبول است مثلاً هرگاه ایجاب از سوی مجنون یا کودک صادر شود بیع باطل است لیکن در بیع فاسد اختلال در غیر رکن و موضوع معامله است یعنی عقد با این‌که واجد شرایط اساسی است به صفتی مقترن است که با وجود آن اثری بر معامله مترتب نیست از قبیل خلل در ثمن معامله که اگر مثلاً شراب باشد بیع فاسد است نه باطل (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲۲۴/۲).

بنابراین به عقیده ایشان بیع فاسد به موجب قبض افاده ملکیت می‌کند و مال مورد معامله به ملکیت مشتری در می‌آید ولی هر یک از طرفیت حق فسخ خواهد داشت، برخلاف بیع باطل که تأثیری در ملکیت ندارد. حنفیه در مورد معامله باطل تعبیر خاصی دارند و می‌گویند معامله‌ای باطل است که نه به اصل مشروع باشد و نه به وصف. مقصودشان از اصل رکن و محل (موضوع) معامله است این‌که می‌گویند رکن باید مشروع باشد یعنی خللی بدان عارض نشود و این‌که محل مشروع باشد یعنی مورد و موضوع معامله دارای ارزش باشد لیکن فساد معامله هنگامی است که به اصل مشروع باشد اما از حیث وصف مشروع نباشد. مقصود از وصف امور خارج از رکن و موضوع عقد است مانند شرط خلاف مقتضای عقد. (الحنفی، بی‌تا، ج ۷۵/۶ و ۷۶)

در فقه مالکی هرگاه معامله فاسد باشد بر قابض واجب است که مال مقبوض را به بایع رد کند. در این فقه عقد فاسد ولو با قبض همراه باشد افاده ملکیت نمی‌کند. لیکن در صورت فوات مال پس از قبض، ملکیت به قابض یا مشتری انتقال می‌یابد. مقصود از فوات تنها تلف مورد معامله نیست بلکه اموری چون تغییر قیمت شیء در بازار و حدوث عیب یا نقص در مورد معامله و یا تصرفاتی چون بیع و هبه و رهن در آن است. (الصاوی، ۱۴۱۵، ج ۳۵/۲ و ۳۶).

فقیهان شافعی و حنبلی گفته‌اند در صورت فساد عقد، ملکیت حاصل نمی‌شود خواه قبض انجام گرفته باشد یا خیر و مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفاتی چون بیع و هبه و امثال آن انجام دهد، (ابن قدامه، ۱۴۰۵، ج ۵۶/۴؛ همان، ج ۲۵/۶). ایشان معتقدند هر امری که شارع از اقدام به آن نهی کرده فاسد است خواه از عبادات باشد خواه از عقود، به شرطی که نهی مربوط به ذات شیء یا وصف یا امر خارج لازم آن باشد لیکن اگر نهی به امر خارج غیر لازم آن متوجه باشد در این صورت عمل هرچند

حرام است اما فاسد نیست.

۲. مستندات حکم ضمان نسبت به متعاقدين در فقه اماميه

اگر عقدی فاسد واقع شود، مثل این که عقد بیع به علت فقدان رکنی از ارکان یا شرطی از شروط صحّت، صحیحاً واقع نشده باشد، مشتری نسبت به مبیع و بایع نسبت به ثمن ضامن خواهد بود؛ هر چند در آن تعدی و تفریط نکرده باشد. در نظر برخی از فقها ضمان مقبوض به عقد فاسد از جزئیات قاعده معروف «كُلُّ عَقْدٍ يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ وَ مَا لَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» است و مبنای بحث را پیرامون اصل و عکس قاعده می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۱۸۰/۳).

باید توجه کرد در بحث ضمان مقبوض به عقد فاسد لازم نیست به جزئیات قاعده اصل و عکس بپردازیم چرا که این قاعده با همین الفاظ نه در آیه‌ای آمده است و نه در روایتی و نه در معقد اجماعی، در لسان فقهای متقدم هم نیامده است تا به بحث در مقدار دلالت الفاظ آن بپردازیم و تنها در سخنان فقهای معاصر بیان شده است. لیکن آن چه مهم می‌باشد ادله ضمان مقبوض به عقد فاسد است و مدارک و مستندات فقهی این ادله را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۲ قاعده علی‌الید

بر پایه این قاعده، اگر کسی مال دیگری را به نا حق در تصرف خویش گرفته باید آن را به صاحبش رد کند و به علت عموم «علی‌الید ما اخذت حتی تؤدیه» (ابن جنید، ۱۴۱۶، ص ۲۱۱؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۳۲۱/۵؛ حنبلی، ۱۳۹۱، ص ۶۷). در صورت تلف، ضامن مثل یا قیمت مال است؛ شهید در مسالک می‌نویسد: «و ما کونه مضموناً لعموم علی‌الید ما أخذت حتی تؤدی». (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۲۲/۱۲). البته اشکالاتی به این حدیث وارد شده است که برای اثبات ضمان قابض در مقبوض به عقد فاسد ابتدا باید این اشکالات را پاسخ دهیم.

این روایت به پیامبر اکرم (ص) نسبت داده شده ولی توسط سمره ابن جندب و به طور مرسل^۱ نقل شده، از این جهت سندش ضعیف و غیر قابل استناد است. (گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۷۲، ج ۱۲۷/۱) از طرفی این روایت در کتب روایی شیعه به چشم نمی‌خورد و این احتمال مطرح شده که از کتب اهل سنت اخذ شده باشد. عمل مشهور هم سبب جبران ضعف سند نیست چرا که شهرت حجّت نیست و

۱- ارسال یعنی مفقود بودن بعضی از حلقه‌های سلسله راویان.

بر فرض که قبول کنیم حجت است ولی عمل مشهور مورد تردید است. (خویی، ۱۴۱۷، ج ۲۵۰/۳) با این حال استاد غالب فقها به این روایت دلیل بر آن است که مضمون آن را امری مسلم می‌دانند و چنین شهرت دلیل بر موثق الصدور بودن و در نتیجه حجیت آن می‌گردد. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۸۷/۲) اما به نظر می‌رسد به دلیل دیگری فقها به چنین نتیجه‌ای رسیده‌اند؛ یکی آنکه مفاد روایت تأسیس نیست. یعنی شارع مقدس آن را ابداع و تأسیس نکرده است. مضمون و مدلول آن قبل از هر چیز مطابق بنای عقلاء است و به جهت تأیید این بنا، صادر شده است. (محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۷۰، ج ۷۷/۱) دلیل دیگر آن که فصاحت و بلاغت و شیوایی این روایت احتمال صدور آن را از رسول اکرم (ص) بسیار قوی می‌سازد و فقیه را به اطمینان خاطر می‌رساند. (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱۳۵/۱) بدین ترتیب ضعف سند حدیث جبران شده است.

و اما مفهوم روایت نیز محل اشکال است زیرا در صورتی که حدیث بر احکام تکلیفی دلالت داشته باشد برای اثبات ضمان گیرنده مال مورد عقد فاسد نمی‌توان به آن استناد کرد. کلمه «علی» افاده وجوب می‌کند بدین جهت این توهم ممکن است پیش آید که مراد از حدیث، حکمی است تکلیفی، لیکن افاده حکم تکلیفی زمانی است که متعلق لفظ «علی» فعلی اختیاری باشد مانند «عَلَيْكَ بِالْعَمَلِ الصَّالِحِ» اما اگر متعلق، مال و دین و نظایر اینها باشد مانند «عَلَيْهِ دِينَ» و «عَلَيْكَ مَا أَخَذْتَ» دلالت بر ضمان که حکمی وضعی است، دارد. (گرچی، ۱۳۷۲، ج ۱۲۷/۱)

این دلیل قابل پذیرش نیست، زیرا قاعده ید به تنهایی نمی‌تواند ضمان عقد فاسد را اثبات کند. طبق قاعده علی‌الید، اگر متصرف با اذن مالک در مال تصرف کند، به خاطر اذن، ضمان او منتفی است و در مقبوض به عقد فاسد نیز قابض و آخذ با اذن مالک در مال تصرف کرده‌اند. بنابراین، مورد از مصادیقید مأذون است نه غیر مأذون و چون از مستثنیات قاعده ید محسوب می‌شود، از شمول آن خارج است (خویی، ۱۴۱۷، ج ۲۵۰/۳).

نقصی که قاعده علی‌الید در اثبات ضمان مقبوض به عقد داشت، نویسندگان را بر آن داشت تا این قاعده را منضم به قاعده اقدام کنند تا اشکال استناد به قاعده «ید» بر طرف گردد. بر این اساس اذن مالک در تصرف گیرنده مال (قابض) مقید به گرفتن عوض بوده است نه یک اذن محض.^۱ روشن است که چنین اذنی مانع ثبوت ضمان «ید» و در واقع علی‌الید نیست. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۱۲۶/۲)

۱- اذن به تصرف رایگان.

بنابراین در مقبوض به عقد فاسد، قاعده ید «مقتضی» ثبوت ضمان است و اذن مالک «مانع» آن و اقدام قابض رافع مانع یعنی از بین برنده تأثیر آن است. (محقق داماد، ۱۳۷۰، ج ۱/۱۹۹)

۲-۲ قاعده لا ضرر

در مقبوض به عقد فاسد، عدم ضمان، حکمی ضرری است و مالک به طور مطلق به قابض و متصرف اذن نداده، بلکه اذنش مقید به دریافت عوض بوده است. بنابراین اگر بگوییم در صورت تلف، متصرف ضامن نیست، این حکم یک حکم ضرری است و چون قاعده لا ضرر احکام ضرری را نفی می‌کند، شخص قابض ضامن است. به علاوه در عقود اذنی و همچنین عقود تملیکی مجانی علتی که در عقود غیرمجانای وجود داشت و موجب ضمان می‌شد وجود ندارد؛ زیرا در این عقود، مالک مال خود را در قبال چیزی تحویل طرف مقابل نداده، بلکه آن را بلاعوض تحویل داده است؛ پس موجبی برای ضمان وجود نخواهد داشت. (فیروز کوهی، بی تا، ص ۲۲۸)

لیکن این قاعده هم به ضمان مقبوض به عقد فاسد دلالت نمی‌کند، زیرا قاعده لا ضرر بر نفی حکم ضرری دلالت دارد، نه بر اثبات حکم غیر ضرری. در صورتی که از عدم جعل حکم، ضرری ناشی شود مانند ضمان در ما نحن فیه، چه اگر قابض ضامن نباشد مالک متضرر می‌گردد. بسیاری از فقها، معتقد هستند که قاعده لا ضرر تنها رافع احکام ضرری است و در خلاً حکمی مورد استفاده نیست. باید پذیرفت که روایت لا ضرر هم رافع حکم است و هم جاعل حکم (یعنی اصل مثبت است) و علاوه بر آن که احکام ضرری را بر می‌دارد، در مواردی هم که نبودن حکم موجب ورود ضرر است، جعل حکم می‌کند. (محقق داماد، ۱۳۷۰، ج ۲/۲۰۰). از جمله در مسأله مقبوض به عقد فاسد که عدم حکم موجب ضرر مالک است. عده‌ای از فقها تا آنجا پیشرفته‌اند که می‌گویند:

«لا ضرر هر آن چه در شریعت مقدسه ضرری است نفی می‌کند از جمله احکام و اضرار به دیگران و عدم اشتغال ذمه عامل زیان، نسبت به ضرری که وارد کرده، این ضررها باید جبران شود و این به معنی ضمان فرد است.» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱/۱۴۳). از طرفی هم استناد به روایت لا ضرر برای اثبات ضمان، امری، جدید نیست و بسیاری از فقهای گذشته نیز در این مورد به روایت مذکور استناد نموده‌اند (همان، ج ۱/۱۴۳) و این بیانگر آنست که ایشان روایت را مثبت و جاعل حکم نیز می‌دانستند.

۳-۲ قاعده اقدام

طبق این دلیل، شخصی که از طریق معاوضه فاسد مالی را اخذ می‌کند در ضمن معامله و معاوضه، التزام به تسلیم عوض داشته است و این التزام، در حقیقت اقدام به تعهد ضمنی است و به اصطلاح فقهی «اقدام به ضمان»، عوض مال مقبوض است و این اقدام، موجب ثبوت مسؤلیت است. به عبارت دیگر، قابض با ورود به معامله، می‌پذیرد که مالی را بگیرد و عوض آن را بدهد و قصد اخذ مالی را به طور مجانی نداشته باشد. بنابراین، حال که معامله فاسد و عوض قرارداد باطل شده است، چنانچه عین درید وی باشد موظف به رد آن و چنانچه درید او تلف شود، ضامن قیمت واقعی آن خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۷۰، ج ۲/۲۲۴).

اشکالی که به این استدلال وارد می‌باشد اینست که اولاً؛ آن‌چه طرفین بدان اقدام کرده‌اند عوض مسمی است که شارع مقدس آن را امضا نکرده است (فساد عقد کشف شده است) و آن‌چه ما در صدد اثبات آن هستیم عوض واقعی است یعنی مثل یا قیمت مقبوض که طرفین بدان اقدام نکرده‌اند و به اصطلاح «ما قُصِدَ لَمْ یَقَعْ و ما وَقَعَ لَمْ یَقْصُدْ». ثانیاً؛ این قاعده جامع و مانع نیست، زیرا گاهی اقدام بر ضمان هست ولی ضمان‌آور نیست مانند مورد تلف مبیع قبل از قبض که مشتری بر ضمان اقدام کرده است ولی برعکس بایع ضامن آن است، و گاهی اقدام بر ضمان نیست و در عین حال ضمان وجود دارد مانند صورتی که مشتری شرط کند حتی در صورت تلف مبیع در دست او بایع ضامن باشد، چه در این حالت با این‌که مشتری سلب ضمان از خود کرده با وجود این خود ضامن است نه بایع، مشابه این حالتی است که بایع متاع خود را بدون ثمن بفروشد یا موجر خانه‌اش را بدون عوض اجاره دهد (انصاری ۱۴۱۰، ج ۷/۱۴۴). در رد این ایرادات پاسخ‌های مختلفی داده شده است. (انصاری، همان، ۱۴۱۰، ج ۷/۱۴۵؛ خویی، بی‌تا، ج ۳/۹۶).

از جمله این‌که قابض اقدام به عوض المسمی کرده و این اقدام در واقع متضمن دو مطلب است: یکی اقدام به اصل عوض و دیگری اقدام به عوض معین. به عبارت دیگر قابض در اینجا نخست، به این اقدام کرده که مال را به طور مجانی تصرف نکند، بلکه به طور معوض تصرف کند و دیگر آن‌که عوض را در گفتگوهای ضمن عقد مشخص کرده است. اکنون با معلوم شدن فساد معامله، ضمان قابض فقط نسبت به عوض المسمی ساقط شده، و این امر مستلزم مرتفع شدن اصل ضمان نیست. به تعبیر دیگر، به علت فساد معامله، فقط معین و مشخص بودن عوض از عهده قابض ساقط

می‌شود، اما اصل ضمان و به عبارت دیگر عوض کلی، یعنی تأدیه عین در فرض بقا و در فرض تلف مثل یا پرداخت قیمت واقعی که عوض واقعی عین مقبوض است، هم‌چنان بر عهده قابض باقی است.

در مورد تلف مبیع قبل از قبض هم باید گفت که جزء دوم علت ضمان که استیلاء و قبض عین است وجود ندارد و در مورد شرط ضمان مبیع بر بایع در صورت تلف پس از قبض، چون نفس بیع اقدام بر ضمان است بنابراین شرط مزبور با قصد بیع سازگار نیست.

در مورد بیع بلائمن و اجاره بدون اجرت هم باید گفت که: ظاهراً این قبیل بیع و اجاره در حقیقت بیع و اجاره واقعی نیستند هر چند که به لفظ بیع و اجاره انشا شده باشند بلکه نخستین هبه و دومی عاریه است پس این‌ها نمی‌توانند نقض بر قاعده به شمار آیند. (گرچی، ۱۳۷۲، ج ۱/۱۳۰).

۴-۲ قاعده احترام

در مقبوض به معاوضه فاسد چون معاوضه به قید دادن عوض بوده و به واسطه فساد عقد، عوض المسمی به عهده قابض قرار نگرفته است، اگر مال در دست قابض تلف شود، احترام مال دیگران و بی‌عوض نبودن مال مردم، اقتضا دارد که شخص قابض از عهده قیمت و خسارات آن برآید؛ زیرا مال مردم محترم است و مالک به طور مجانی مال خود را به دیگری نداده است تا احترام آن را زایل کرده باشد، بلکه مال خود را در قبال عوض تحویل داده است. بنابراین، اگر مال درید قابض تلف شود، ضامن بدل آن است. مستند فقهی احترام به مال دیگران روایاتی مختلف از پیشوایان دینی است، مبنی بر این که مال مسلمان محترم است که از جمله آن‌ها دو روایت «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» و نیز «لا یحلّ مال امرئ الا عن طیب نفسه» (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۰/۳۶۴؛ شاه مرتضی، ۱۴۰۶، ج ۱۰/۴۵۶) است.

در ایراد به این نظریه گفته شده است که حکم مستفاد از این روایات، حرمت تصرف در اموال دیگران است که حکمی تکلیفی است نه ضمان و مسؤولیت که یک حکم وضعی است؛ مضافاً این که عبارات دیگری که در ادامه حدیث دوم آمده، به طور کامل مبین این مدعاست. چنان که در حدیث مزبور آمده است: «سباب المؤمن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه معصیة» یعنی ناسزاگویی به مؤمن گناه، و کشتن او کفر، و خوردن گوشت او معصیت است.

ملاحظه می‌شود که حدیث حاوی ذکر اعمال حرام و گناهانی است که ممکن است فردی در رابطه با

دیگری انجام دهد. بنابراین، نمی‌توان برای اثبات مسؤولیت مدنی و به اصطلاح فقهی «ضمان»، که حکمی وضعی است، به این گونه احادیث استناد کرد (محقق داماد، ۱۳۷۰، ج ۲/۲۲۷). با این‌که عدّه‌ای از فقها قاعده احترام را بهترین دلیل بر اثبات ضمان مقبوض به عقد فاسد دانسته‌اند، سایر دلایلی که برای اثبات این ضمان ارائه شده به قاعده احترام باز می‌گردانند، آیت‌الله مکارم شیرازی در این مورد می‌نویسد: «و اما «قاعده لا ضرر» فقهی تعود الی ما عرفت فان الضرر ینشأ من أخذ مال المالك و قطع سلطته بغير اذن منه.» وی در مورد قاعده علی‌الید نیز می‌نویسد: «و کذا «علی‌الید» فان الضمان الحاصل عن تلف مال إنسان فی ید آخر انما هو من ناحیه احترام ماله و مقتضی ملکیت.» (شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲/۲۱۸) اما اشکالاتی که بر آن وارد شده بدون پاسخ مانده است.

۵-۲ قاعده مایضمن

قاعده «كُلُّ مَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ و ما لا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» در حقیقت مرکب از دو قاعده است قسمت اول جنبه اثباتی دارد و قسمت دوم جنبه نفی دارد قسمت اثباتی قاعده یعنی عبارت یضمن بفاسده و قسمت منفی آن یعنی عبارت ما لا یضمن بصیحه لایضمن بفاسده می‌باشد ترجمه قاعده این است که هر عقد صحیح آن ضمان آور باشد باطل آن نیز ضمان آور است و هر عقدی صحیح آن ضمان آور نباشد باطل آن نیز ضمان آور نخواهد بود. مفاد قاعده اصل یعنی «كُلُّ عَقْدٍ يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» آنست که هر عقدی که صحیح آن موجب ضمان است (ضمان جعلی و قراردادی) و طرفین متعهد شده‌اند که در مقابل چیزی که می‌پردازند چیزی دریافت کنند فاسدش نیز موجب ضمان (ضمان واقعی) است. به عبارت دیگر هر عقدی که صحیح آن برای گیرنده مورد معامله موجب ضمان است در صورت فساد هم گیرنده مال ضامن عین و منافع مال است. مثلاً در عقد بیع که مشتری متعهد شده که در مقابل مبیع، ثمن را پرداخت کند، هرگاه بیع صحیح باشد همان ثمن را می‌پردازد (پرداخت ثمن به موجب ضمان جعلی و قراردادی است) لیکن در صورت فساد معامله اگر عین باقی باشد خود عین و در صورت تلف، مثل یا قیمت را به بایع می‌پردازد (ادای مثل یا قیمت در صورت تلف به موجب ضمان واقعی یا قهری است).

و اما مفاد قاعده عکس یعنی «ما لا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» اینست که هر عقدی 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 مگر در موارد خاص که تعهد گیرنده مال شرط شده باشد (البته

در صورت قبول چنین شرطی). مثلاً در هبه و عاریه چون متهب و مستعیر در صورت صحّت عقد چیزی به واهب و عاریه دهنده نمی‌دهند، در صورت فساد هم حتّی اگر عین تلف شود متهب و مستعیر لازم نیست غرامتی پرداخت کنند.

در تاریخ فقه امامیه، این قاعده ابتدا در قرن چهارم هجری توسط شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲/۱۵۰ و ۲۰۴؛ همان، ج ۳/۸۵ و ۲۴۳) و ابن ادریس حلی (حلی، محمد بن منصور، ۱۲۷۰، ج ۲/۲۸۵ و ۳۲۶) طرح شده است.

شیخ طوسی به طور کلی در کلیه موارد مقبوض به عقود فاسد و از جمله در باب رهن، به اصل قاعده و در عقود تملیکی مجانی، به عکس آن استناد کرده است.

علامه حلی نیز هم به اصل قاعده و هم به عکس آن تمسک جسته است (حلی، ۱۴۱۴، ج ۲/۳۲). در کلام صاحب شرایع نیز هر چند در مبحث مقبوض به عقد فاسد نظریه وجود دارد که می‌تواند مستند به این قاعده باشد، تصریحی به این که آیا مستند نظریه ایشان قاعده ما یضمن بوده است یا خیر دیده نمی‌شود. (نجم‌الدین، ۱۴۰۸، ج ۳/۲۴۵) بعد از علامه حلی در قرن‌های هشتم و نهم، شهید اول و شهید ثانی در کتب خود به این قاعده استناد کرده‌اند. (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۴/۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۴/۱۶۹) همچنین در کتب فقهی متأخر نظیر جواهر الکلام نیز استناد به این قاعده ملاحظه می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱/۱۷۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷/۳۳۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، جلد ۱/۱۷۱/۵).

۶-۲ استیفاء

علامه حلی (ره) درباره ضمان منافع عبارت مذکور را به کار برده است. به اعتقاد وی منافع انسان آزاد، به واسطه تفویت مضمونه است. اگر فردی را به انجام کاری وادارند باید اجرت‌المثل عملی که انجام داده به او پرداخت شود. زیرا منافع او استیفاء شده و منافع نیز مال محسوب شده، دارای قیمت است. (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱/۱۱۸).

بر این اساس، اگر عقد اجاره اشخاص باطل باشد و اجیر اعمالی را انجام داده باشد، مستأجر ضامن آن بوده، باید اجرت آن را بپردازد.

۷-۲ اجماع

شیخ طوسی (ره) در المبسوط می‌فرماید: «البيع الصحيح و الفاسد مضمون علیه إجماعاً» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲/۲۰۴).

یعنی به اجماع فقها بیع صحیح و فاسد هر دو ضمان آور هستند. نویسندگان دیگری نیز به اجماع استناد کرده‌اند. مؤلف بلغه الفقیه اجماع را برای قاعده ذکر و از آن به عنوان اجماعی مستفیض^۱ یاد می‌کند. (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۷۸/۱).

شیخ انصاری (ره) نیز از محقق کرکی در این مورد نقل اجماع کرده است. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱۸۱/۱).

اجماع به طور کلی می‌تواند یکی از ادله حکم شرعی باشد. اما در فقه امامیه اجماع دلیل مستقل بر یک حکم محسوب نمی‌شود. اعتبار اجماع تنها به این دلیل است که کاشف از قول معصوم (ع) است. در واقع قول معصوم (ع) حجت است و اجماع کاشف از آن مرحوم مظفر این گونه بیان می‌کند: «ان الاجماع بما هو الاجماع لاقیمه علمیه له عند الامامیه ما لم یکشف عن قول الامعصوم.» (مظفر، ۱۴۳۰، ج ۹۹/۲ و ۹۳)

کاشفیت اجماع از قول معصوم (ع) به این صورت است که فقها در مورد مسأله خاصی اتفاق نظر دارند یا اکثریت فقها نظر واحدی را در مورد مسأله ابراز کرده‌اند بدون آن که مستند حکم آنان معلوم باشد.

در مورد ضمان مقبوض به عقد فاسد گفته‌اند به اجماع ذکر شده نمی‌تواند استناد کرد زیرا نمی‌توان از آن قول معصوم را حدس زد و اصلاً تحقق چنین اجماعی مورد تردید است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱۶۷/۱).

از طرفی حتی اگر بپذیریم فقها بر ضمان مقبوض به عقد فاسد اتفاق نظر دارند، به دلیل آن که مستند هر یک دلیل خاصی است اتفاق نظر آن‌ها معتبر نیست. مثلاً عدّه‌ای از آنان به قاعده اقدام استناد کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶۵/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱۶۸/۱) و عدّه‌ای دیگر حدیث علی‌البد را مستند خود قرار داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱۸۱/۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۹۰/۲ و ۹۱) بنابراین باید به دلایلی که این فقها ذکر کرده‌اند رجوع کرد و اعتبار آن‌ها را مورد ارزیابی قرار داد.

۱- اجماع منقول که به خبر متواتر نقل شده باشد یعنی تعداد زیادی از فقها اجماع را تحصیل نموده و آن را برای فقیهان دیگر نقل کرده باشند، حجیت و اعتبار آن همچون اجماع محصل است، ولی اگر به خبر واحد نقل شده باشد که یک یا تعداد کمی از فقها اجماع را تحصیل نموده و آن را برای دیگران نقل کرده باشند (اجماع مستفیض)، در حجیت و اعتبار آن اختلاف است. در کلمات فقها، اگر اجماع منقول بدون قیدی ذکر شود، منظور، اجماع منقول به خبر واحد است.

۸-۲ سیره عقلاء

سیره عقلاء و بنای آن‌ها به این شیوه است که اگر معامله صحیحی ضمان‌آور باشد مثل بیع و اجاره، در صورت فساد نیز آن را ضمان‌آور می‌دانند. این سیره به حدی معمول و رایج است که کسی نمی‌تواند منکر آن گردد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۲/۲۱۷).

یعنی هرگاه یکی از طرفین مالی را به طرف مقابل پرداخت تا در قبال آن، عوض معینی را دریافت کند اما به دلایلی دریافت آن متعذر شده کسی که مال را اخذ نموده ضامن آن مال است و در صورت تلف باید بدل آن را بپردازد؛ از جمله در موردی که معامله باطل باشد. در این موارد، ذمه فرد نسبت به پرداخت عوض تعیین شده مشغول نیست اما اصل اشتغال ذمه او امری مسلم است. شارع مقدس این بنا را ردع نکرده و این امر می‌تواند کاشف از امضای این بنا باشد. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲/۸۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۲/۲۱۷).

عده‌ای از نویسندگان، مهم‌ترین دلیل بر ضمان مقبوض به عقد فاسد را بنای عقلاء دانسته‌اند. (گرچی، ۱۳۷۲، ج ۱/۱۳۰).

بعضی دیگر نیز قاعده اقدام را حمل بر همین مطلب کرده، گفته‌اند: «شاید منظور شیخ از قاعده اقدام همین امر است.» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱/۱۸۱)

۳. مستندات حکم ضمان نسبت به متعاقدين در فقه اهل سنت

فقه‌های اهل سنت دلایل نقلی و عقلی متعددی برای اثبات قاعده ضمان عقد فاسد ذکر کرده‌اند. ابتدا دلایل نقلی و سپس دلایل عقلی را بررسی می‌کنیم.

۱-۳ دلایل نقلی

ابتدا مجموعه‌ای از دلایل نقلی که شامل آیات، روایات و قواعد فقهی است را مورد بررسی قرار می‌دهیم

۱-۱-۳ آیه شریفه «...لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...»

در بعضی از کتب اهل سنت یکی از دلایل ضمان در عقود فاسد، آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...» (سوره نساء، آیه ۲۹) ذکر شده و تصرّف در مالی که در اثر عقد فاسد به دست آمده به عنوان یکی از مصادیق اکل مال به باطل به شمار آمده که موجب ضمان متصرّف است. (عبدالنصر و جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۷، ج ۲/۳۱۴).

در حقوق ایران هم برخی آیه شریفه فوق را به عنوان یکی از دلایل اثبات ضمان مقبوض به عقد فاسد مطرح کرده و گفته‌اند منظور از اکل، هر گونه تصرف در مال است که بر اساس آیه شریفه منع شده است. اما منع از تصرف در یک مال، حکمی تکلیفی است و استفاده ضمان از آیه باید به اثبات برسد.

۲-۱-۳ روایت علی‌الید

در کتب اهل سنت از پیامبر اکرم (ص) نقل شده: «علی‌الید ما أخذت حتی تردّه» (به نقل از فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۳۶۷/۱). یعنی گیرنده مال غیر، ضامن آن است تا آن را به مالک بازگرداند. بر اساس همین روایت، ابن رجب، فقیه بزرگ مذهب حنبلی در کتاب قواعد فقه خود علت ضمان گیرنده مال در عقد فاسد را، استیلاء وی بر مال و تلف آن تحتید او می‌داند (حنبلی، ۱۳۹۱، ص ۶۵). البته گرچه گیرنده مال در عقد فاسد، آن را به اذن مالک قبض کند، اما هرگاه قبض در پی وقوع عقدی فاسد انجام گیرد، موجب ضمان گیرنده مال می‌شود.

در این حالت مشتری همانند مالک عین را در اختیار دارد و همان‌طور که اگر عین درید مالک تلف می‌شد خود او ضامن بود در اینجا نیز اگر درید مشتری تلف شود، مشتری ضامن است زیرا مال را به عنوان مالک در اختیار گرفته، به عبارتی تسلیم مال و اذن در تصرف مبتنی بر معامله بوده. (سنهوری، بی‌تا، ج ۱۱۶/۴)

تصرف گیرنده مال در عقد فاسد، به غصب تشبیه شده، (سیوطی، ۱۴۱۱، ص ۴۸۰ و ۵۵۷؛ سنهوری، بی‌تا، ج ۱۱۶/۴). با این تفاوت که در اینجا گیرنده مال از نظر تکلیفی مسؤولیتی ندارد (سیوطی، ۱۴۱۱، ص ۴۸۰ و ۵۵۷) و دیگر این‌که در غصب هیچ‌گونه اذنی هر چند مبتنی بر صحت معامله، از طرف مالک صادر نشده است. (سنهوری، بی‌تا، ج ۴۷۴/۴).

ید و به عبارت دیگر استیلاء بر یک چیزی ممکن است مادی باشد یا معنوی، منظور از ید معنوی آنست که فرد مالی را در اختیار بگیرد هر چند عملاً در آن تصرف نکند (زرکشی، ۱۴۰۵، ج ۳۷۰/۳).

۳-۱-۳ قاعده لا یجوز لاحد اخذ مال احد بلاسبب شرعی

این قاعده در مجموعه مقررات المجله ذکر شده (جمعی از فقها و علمای خلافت عثمانی، بی‌تا، ماده ۸۷) و مبتنی بر روایت «علی‌الید ما أخذت حتی تُؤدّیه» است. بر اساس قاعده «لا یجوز لاحد...» اخذ اموال غیر، بدون سبب شرعی (از قبیل عقد، اذن مالک و ...) باطل و ممنوع است مثل سرقت و غصب اموال و ... (سیوطی، ۱۴۱۱، ج ۲۴۶/۲۸).

گرچه این قاعده در کتاب الموسوعه الفقهيه به عنوان دليل ضمان مقبوض به عقد فاسد ذکر شده اما نمی‌توان آن را دلیلی مستقل به حساب آورد. مقررات المجله از کتب فقهی مذهب حنفیه جمع‌آوری شده است و نویسندگان الموسوعه الفقهيه خود تصریح کرده‌اند قاعده مذکور مبتنی بر روایت علی‌البد است. از طرفی عبارت «لا یجوز» و «لا یحل» و امثال آن نهی هستند و نهی یک حکم تکلیفی است، حال آن که ضمان حکمی وضعی است.

۴-۱-۳ روایت «لا یحلّ لامرئ مال أخیه إلّا عن طیب نفس منه»

این روایت نیز در کتب اهل سنت به نقل از پیامبر اکرم (ص) ذکر شده و به عنوان یکی از دلایل ضمان مقبوض به عقد فاسد به شمار آمده.

بر اساس این روایت هیچ فردی نمی‌تواند بدون رضایت برادر دینی خود بر مال او استیلاء یابد و آن را اخذ کند. در عقد فاسد اذن مالک معتبر نیست و تصرف گیرنده مال مجوزی ندارد.

استناد به این روایت برای اثبات قاعده مورد بحث نشان می‌دهد فقهای اهل سنت از این روایت علاوه بر حکم تکلیفی، یک حکم وضعی (ضمان) نیز استنباط کرده‌اند. در حالی که «لا یحل» نهی است و دلالت بر حکم تکلیفی دارد همانند دلیل سابق.

۵-۱-۳ روایت «إن دماءکم و اموالکم علیکم حرام کحرمة یومکم هذا فی شهرکم هذا فی بلدکم هذا»

معنای این روایت که به رسول اکرم (ص) منتسب شده آنست که جان و مال شما مسلمانان بر یکدیگر حرام است همان‌طور که این روز و ماه و شهر (مکه) حرام است. از جمله این موارد جایی است که مالی در اثر عقد فاسد قبض می‌شود. چنانچه فیروز آبادی برای اثبات قاعده برای اثبات ضمان مقبوض به عقد فاسد به آن استناد کرده است. (فیروز آبادی، بی‌تا، ج ۳۶۷/۱).

با این حال همان اشکال سابق وارد است زیرا حرمت تکلیفی است و کلمه «حرام» نشانه اراده حکم تکلیفی در روایت است.

۲-۳ دلایل عقلی

دو دلیل عقلی در کتب اهل سنت برای اثبات ضمان عقد فاسد ذکر شده است: قیاس اولویت و قاعده اقدام. سیوطی در کتاب خود می‌نویسد دلیل قاعده «کل عقد اقتضی صحیحه الضمان، فکذلک فاسده» آنست که وقتی در عقد صحیح گیرنده مال ضامن آنست، در عقد فاسد به طریق اولی ضامن

آن خواهد بود. هم‌چنین در اثبات عدم ضمان در عقود فاسدی که در صحیح آن‌ها ضمان نیست سیوطی می‌گوید: «دلیل عدم ضمان آنست که طرفین ملتزم به ضمان نشده‌اند یعنی اقدام بر ضمان نکرده‌اند و از این سخن می‌توان نتیجه گرفت در عقد معاوضی فاسد به علت آن که طرفین بر ضمان اقدام کرده‌اند لذا ضامن مال اخذ شده هستند.» (سیوطی، ۱۴۱۱، ص ۴۸۰ و ۵۵۷).

هم‌چنین فقهای مالکی یکی از دلایل ضمان مقبوض به عقد فاسد را اقدام گیرنده مال ذکر کرده‌اند. گیرنده مال به عنوان امانت مال را قبض نکرده بلکه به عنوان این که مالک آن است قبض کرده (گرچه بر خلاف تصور مالک آن نشده است) بنابراین به جهت اقدام بر تملک (در برابر پرداخت عوض) ضامن است (عبدالنصر و جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۷، ج ۲۴۰/۲۸ و ۲۴۱).

نتیجه‌گیری:

از آنچه گذشت به این نتیجه می‌رسیم که مبنای حکم ضمان در عقد فاسد قواعد و دلایلی است که در فقه امامیه و اهل سنت بیان شد که می‌توان موارد مشابه و افتراقی در آنها یافت از جمله قواعد هم‌سان می‌توان به قاعده علی‌الید در فقه امامیه و روایت علی‌الید در فقه اهل سنت اشاره کرد که این دو یک مبنا دارند و آن روایت «علی‌الید ما اخذت حتی تؤدیه» است و یا قاعده احترام و روایت «لا یحلّ لامرئ مال أخیه إلّا عن طیب نفس منه» است.

از جمله موارد افتراقی هم می‌توان به آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منکم...» (سوره نساء، آیه ۲۹) و روایت «إن دماءکم و اموالکم علیکم حرام کحرمة یومکم هذا فی شهرکم هذا فی بلدکم هذا» معنای این روایت که به رسول اکرم (ص) منتسب شده آنست که جان و مال شما مسلمانان بر یکدیگر حرام است همان‌طور که این روز و ماه و شهر (مکه) حرام است، که در فقه اهل سنت آمده است و یا قاعده لاضرر و اقدام و استیفاء و اجماع که در فقه امامیه بیان شده است و در مستندات فقهی اهل سنت بیان نشده است.

با بررسی دلایل و مستندات این‌گونه به نظر می‌رسد که قواعدی که بیان شده است هر کدام دارای نقاط ضعف و قوتی هستند که نمی‌توان به صورت محکم و استوار حکم به ضمان را از آنها استنباط کرد و مسامحاً قابل پذیرش هستند؛ مثلاً قاعده علی‌الید که به تنهایی نمی‌توان حکم ضمان را از آن استنباط کرد بلکه به کمک بنای عقلاء و یا قاعده اقدام حکم ضمان مستفاد می‌شود که تفصیل بحث‌های پیرامون قواعد مذکور آمده است و اینجا مجال بیان آن نیست.

النهاییه در امامیه برخی قاعده احترام را بهترین دلیل برای ضمان عقد فاسد دانسته‌اند و سایر دلایلی که برای اثبات ضمان ارائه شده به قاعده احترام باز می‌گردانند. البته اشکالاتی هم بر آن وارد شده که بی‌پاسخ مانده است. ولی آنچه وجدان را قانع می‌کند سیره عقلاء و بنای عقلاء است که عده‌ای از نویسندگان، مهم‌ترین دلیل بر ضمان عقد فاسد را سیره و بنای عقلاء دانسته‌اند و برخی دیگر نیز استناد شیخ انصاری (ره) به قاعده اقدام را حمل بر همین مطلب کرده‌اند، ایشان گفته‌اند: «شاید منظور شیخ از قاعده اقدام همین امر (یعنی سیره عقلاء) است.»

دلایل نقلی که از اهل سنت بیان شده است هم از ضعف استدلال برخوردار هستند و غالباً حکم تکلیفی ضمان یعنی حرمت و نهی اخذ مال مقبوض به عقد فاسد را بیان می‌کنند و حکم وضعی را بیان نمی‌کنند. دلایل عقلی آنها هم به قاعده ما یضمن و قاعده اقدام باز می‌گردد که با بررسی این دو و مبانی روایی آنها و استدلال‌هایشان پی خواهیم برد که این دو قاعده هم از سیره عقلاء و بنای عقلاء پیروی می‌کنند. لذا می‌توانیم بهترین دلیل برای ضمان مال مقبوض به عقد فاسد را سیره و بنای عقلاء دانست و سایر قواعد در هر دو مذهب امامیه و اهل سنت هم به این دلیل باز می‌گردند.

فهرست منابع

قرآن کریم

- آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقيه، ایران - تهران: منشورات مكتبة الصادق، ۱۴۰۳ ه.ق
- ابن ادریس، محمد بن منصور حلّی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ایران - تهران: بی جا، ۱۲۷۰ ه.ق
- ابن تیمیّه، احمد بن عبد الحمید، المنتقى الاخبار فی الاحکام، بی نا: بی جا، بی تا
- ابن جنید، محمد بن احمد، مجموعه فتاوی ابن جنید، ایران - قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ه.ق
- ابن قدامه، احمد، المغنی، لبنان - بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۵ ه.ق
- انصاری، مرتضی، مکاسب، ایران - قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق
- انصاری، مرتضی، مکاسب (المحشّی)، ایران - قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب، ۱۴۱۰ ه.ق
- بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقیه، ایران - قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق
- جمعی از نویسندگان، الموسوعه الفقیهیه (موسوعه جمال عبدالناصر)، کویت: وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۷ ه.ق
- جمعی از فقها و علمای خلافت عثمانی و نجیب هواوینی، مجله الاحکام العدلیه، کراتشی، کارخانه تجارت کتب، بی تا
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، ایران - قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ه.ق
- حلّی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ایران - قم: مؤسسه آل بیت، ۱۴۱۴ ه.ق
- — —، مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ، ایران - قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ه.ق
- حنبلی، ابن رجب، القواعد فی الفقه الاسلامی، لبنان - بیروت: مکتبه الکلیات الأزهریة، ۱۳۹۱ ه.ق
- خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ایران - قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ه.ق
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهه، ایران - قم: مؤسسه انصاریان، بی تا
- زرکشی، بدرالدین محمد بن بهادر، المنثور فی القواعد، کویت: وزارت اوقاف کویت، ۱۴۰۵ ه.ق
- سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، لبنان - بیروت: دارالمعرفه، ۱۴۱۴ ه.ق
- سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، لبنان - بیروت: دار الحیاء التراث العربی، بی تا
- سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن، الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه، مصر - قاهره: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ه.ق
- شاه مرتضی، محمد محسن، الوافی، ایران - اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (علیه السلام)، ۱۴۰۶ ه.ق

طباطبایی، سیدعلی بن محمد، ریاض المسایل، ایران - قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤١٨ ه.ق
طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، ایران - تهران: المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ١٣٨٧ ه.ق

عاملی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ایران - قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ١٤١٣ ه.ق

فیروزآبادی، ابواسحق، المهذب، لبنان - بیروت: دارالفکر، بی تا

کلبینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ایران - قم: دار الحدیث، ١٤٢٩ ه.ق

گرگی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ایران - تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ١٣٧٢ ه.ش

محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ایران - تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ١٣٧٠ ه.ش

مظفر، محمدرضا، أصول الفقه، ایران - قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤٣٠ ه.ق

مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ایران - قم: مدرسه امام امیر المؤمنین (علیه السلام)، ١٤١١ ه.ق

—، —، أنوار الفقاهة، ایران - قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام)، ١٤٢٥ ه.ق

نائینی، میرزا محمدحسین غروی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ایران - تهران: المكتبه المحمديه، ١٣٧٣ ه.ق

نبلی، ابن رجب، القواعد فی الفقه الاسلامی، لبنان - بیروت: مكتبة الأزهريّة، ١٣٩١ ه.ق

نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، لبنان - بیروت: دار إحياء التراث العربی، ١٤٠٤ ه.ق

نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ایران - قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ ه.ق