

# قاعده مایضمن در حقوق مدنی ایران؛ بارویکردی تطبیقی

حمزه اسفندیاری بیات<sup>۱</sup>

مهسا مدنی<sup>۲</sup>

## چکیده

قاعده «مایضمن» از قواعد بسیار مشهور فقهی است که هر چند مبنای روایی خاصی در ارتباط با آن وجود ندارد، اما به عنوان یک قاعده‌ی اصطیادی در کتب فقهی و حقوقی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. این قاعده از دو جزء اصل و عکس تشکیل شده است؛ قاعده بدین معنا است که هر عقدی که صحیح آن ضمان آور باشد، باطل آن نیز ضمان آور است؛ و هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد، باطل آن نیز ضمان آور نخواهد بود. در حقوق مدنی ایران نیز می‌توان ردپای استفاده از مفاد این قاعده را یافت. اگرچه نظرات مخالفی نیز وجود دارد و برخی از حقوقدانان از اساس این قاعده را باطل می‌پندارند؛ با این حال، در نوشتار حاضر می‌کوشیم کاربرد قاعده‌ی مذکور در حقوق مدنی را بررسی نموده، و در بیان مباحث علاوه بر تطبیق مطالب در فقه امامیه و عامه، از ارائه موضوعاتی در حقوق فرانسه نیز بهره خواهیم برد.

**واژگان کلیدی:** مایضمن، قاعده اصل، قاعده عکس، فقه، حقوق مدنی



۱ - استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز (نویسنده مسؤول).

رایانامه: hamzehesfandiari45@gmail.com

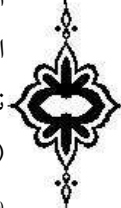
۲ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز.



#### مقدمه

گاهی بعد از انعقاد یک عقد معلوم می‌گردد که قرارداد منعقد شده که در آن ثمن و مثنم رد و بدل شده است، باطل بوده و بایستی تکلیف عوض و معوض روشن شود. اصل در معاملات معاوضی این است که هیچ‌کسی مال خود را مجانی به دیگری نمی‌دهد، مثلاً در بیع، ثمن در مقابل مثنم قرار می‌گیرد. قصد طرفین در این گونه معاملات و اقدامات متقابل، همواره بر اساس ضمان می‌باشد. حال اگر به هر دلیلی معامله باطل باشد، اصل اقدام متقابل طرفین، مبنی بر اعطای مال در مقابل تملک عوض دیگر یا به اصطلاح استرداد عوضین به قوت خود باقی است.

در قانون مدنی، ماده (۳۶۶) کسی را که به بیع فاسد مالی را قبض کند، ضامن عین و منافع آن در برابر مالک معرفی کرده است. لیکن باید دید که آیا ماده مزبور مطابق با قاعده است و می‌توان از آن ملاکی کلی برای سایر عقود مشابه استخراج کرد؟ منظور از عقود مشابه، عقود معاوضی است که هر یک از دو طرف در برابر مال یا تعهدی که به دست می‌آورد، مالی را به طرف دیگر تملیک می‌کند یا تعهدی را نسبت به او بر ذمه می‌گیرد، مانند عقد معاوضه و صلح معوض. همچنین هرگاه به مناسبت عقد امانی فاسد، مانند عقد عاریه، مالی از یک طرف به طرف دیگر تسلیم شود، آیا گیرنده‌ی مال در صورت تلف یا نقص آن در برابر مالک مسؤول است یا خیر؟ در قانون مدنی در خصوص این مسأله، قاعده‌ی کلی مقرر نشده است و برای بیان حکم آن باید به فقه رجوع نمود. در فقه برای بیان روابط طرفین در عقود فاسد مزبور به قاعده «مایضمن... مالایضمن...» استناد شده است (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۱۸۱؛ آخوند خراسانی، بی تا: ۳۰؛ یزدی، ۱۴۱۰: ۹۴). مطابق این قاعده، که به نظر می‌رسد نخستین بار توسط مرحوم علامه حلی مورد استناد قرار گرفته است (تولیت، ۱۳۷۵: ۶۶)، هر عقد که صحیح آن ضمان آور باشد، فاسد آن نیز ضمان آور است؛ و هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد، فاسد آن نیز ضمان آور نیست (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۱۷؛ شهیدی، ۱۳۸۸: ۸۲). البته در فقه و حقوق قاعده‌ی دیگری به نام «قاعده مقبوض به عقد فاسد» داریم، که به تعبیر مرحوم شیخ انصاری، از جزییات قاعده





«کل مایضمن... لایضمن...» می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۱۸۱)، و بحث از این قاعده آن را نیز در بر می‌گیرد و دیگر لزومی ندارد که جداگانه از آن بحث نمائیم (محمدی، ۱۳۹۱: ۲۷۷).

هرچند این قاعده توسط بسیاری مورد استناد قرار گرفته، اما برخی آن را تهی و بی‌اساس می‌دانند (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۶۹-۷۳، به نقل از داراب‌پور، ۱۳۸۷: ۳۰۷)، زیرا به عقیده‌ی ایشان منشأ ضمان در معاملات معوض، در فرضی که عقد فاسد بوده، ملغی شدن تسلیم مبتنی بر آن است و در این حالت همه چیز باید به حالت اول برگردد؛ یعنی اگر مال تسلیم شده، مانند منافع عین مستأجره، به جهت استیفاء تلف شده باشد، باید بدل آن به موجر داده شود و این بدل همان اجرت المثل است. در خصوص قاعده‌ی عکس نیز ایشان به حق و با توجه به عدم امکان تصور اولویت،<sup>۱</sup> آن را بی‌اساس تلقی می‌کند، زیرا همان‌طور که می‌دانیم، در عقد هبه‌ی صحیح ضمان معاوضی نیست، زیرا هبه معاوضه نیست و متهب تعهدی به جبران آنچه واهب از دست می‌دهد، ندارد. پس اگر هبه‌ای فاسد باشد، متهب که عین موهوبه را به عقد فاسد قبض کرده، بر اساس قاعده عکس، نباید ضامن باشد. حال آنکه چنین چیزی صحیح به نظر نمی‌رسد. عده‌ای نیز با استناد به قسمت اخیر ماده (۶۱۰) قانون مدنی، نظر فوق را حداقل در مورد مالک و صاحب حق معتبر می‌دانند. مطابق این نظر، اگر شخصی اموال دیگری را هبه نماید و مالک آن را تنفیذ نکند، نمی‌توان بر بی‌حقی مالک رأی داد. به موجب ماده (۶۱۰) قانون مدنی «در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند و اگر کسی مالی را از کس دیگر، که برای معامله اهلیت ندارد به عنوان ودیعه قبول کند، باید آن را به ولی او رد نماید و اگر در ید او ناقص یا تلف شود ضامن است». قسمت اخیر این ماده نشان می‌دهد که قانونگذار مدنی حداقل در این مورد خاص، قاعده عکس را نپذیرفته است (داراب‌پور، ۱۳۸۷: ۳۰۷). این نویسنده، در مقابل، نظر دکتر لنگرودی در فرضی که مالک مال خود را شخصاً از طریق عقد فاسد هبه کند، قابل تأمل می‌داند و آن را نمی‌پذیرد؛ چرا که معتقد است در این فرض هبه‌ی فاسد ملکیتی برای متهب ایجاد نمی‌کند، اما مال در ید او به صورت امانت عرفی باقی می‌ماند و لذا ضامن آن نیست (داراب‌پور، ۱۳۸۷: ۳۰۷). در حقیقت به اعتقاد ایشان، عدم ضمان متهب در این حالت مستند به قاعده عکس است. اما به عقیده ما، در این حالت نیز عدم ضمان مستند به

۱. مقصود اولویت وجود ضمان در عقد فاسد به نسبت عقد صحیح است.





قاعده عکس نیست، بلکه این مسأله ناشی از امین بودن متهم است که مأذون در تصرف بوده، نه آنکه مبتنی بر منطوق قاعده‌ی عکس باشد. دکتر لنگرودی نیز همین استدلال را البته در خصوص عدم ضمان مستأجر در اجاره‌ی فاسد، و در مقابل کسانی که آن را مستند به قاعده‌ی عکس دانسته‌اند، مطرح نموده است (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۷۱).

در مقاله حاضر به بررسی این قاعده در حقوق مدنی ایران پرداخته و ضمن آن به مطالعه تطبیقی در فقه اسلام و حقوق فرانسه نیز نظر خواهیم داشت. در مورد بررسی تطبیقی با مذاهب چهارگانه فقه عامه، تذکر این مطلب ضروری است که اصولاً فقهای اهل سنت در مورد عقود فاسد و احکام آن به بحث‌های مشروح و کافی، آن چنان که در برخی از منابع شیعه متداول است پرداخته‌اند، و در برخی مراجع اهل سنت، اگرچه فصلی تحت عنوان بیع فاسد می‌توان دید، لیکن در این زمینه و در خصوص قاعده‌ی مذکور بسیار اندک و مختصر سخن گفته شده است و بیشتر به ذکر مصادیق عقود باطل و فاسد پرداخته‌اند (گرگی، ۱۳۷۸: ۲۲۵).

## ۱. تعریف اصل و عکس قاعده

در این قسمت به ارائه تعریف اصل و عکس قاعده می‌پردازیم.

### ۱-۱. اصل قاعده

زمانی می‌توان از اصل قاعده تعریف درستی ارائه کرد، که مفاهیم مندرج در این قاعده به تفصیل بیان شود. ذیلاً به بررسی هر یک از مفاهیم مندرج در این قاعده خواهیم پرداخت.

#### ۱-۱-۱. عقد

در کلام فقها متن این قاعده به دو شکل متفاوت نقل شده است. برخی عبارت «کل ما یضمن...» را به کار برده‌اند، که مطابق این عبارت ایقاعات، مانند جعاله بنا بر نظر ایقاع بودن آن‌ها، نیز بدون شک مشمول این قاعده می‌شوند (آخوند خراسانی، ۱۴۱۹: ۴۶۶؛ محقق ایروانی، ۱۳۷۹: ۹۴). فرض کنید عقد جعاله‌ای به جهتی باطل باشد و عامل، مورد جعاله را انجام دهد، او مستحق عین مال الجعاله و در صورت تلف شدن آن، مستحق بدل آن، یعنی مثل یا قیمت آن، می‌باشد. همین حکم در جعاله‌ی صحیح نیز جاری است. در مقابل برخی دیگر از فقها برای بیان این قاعده عبارت «کل عقد یضمن بصحیحه...» را به کار برده‌اند،





که در نظر ایشان این قاعده شامل ایقاعات نیست، و لذا جعله را در بر نمی‌گیرد. زیرا به عقیده ایشان ممکن نیست که لفظ عقد هم شامل خود و هم شامل غیر خودش شود؛ یعنی هرچند، عقد شامل عقد لازم و جایز است، اما نمی‌تواند شامل ایقاعات نیز شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۲۲۴-۲۲۲). با این وجود برخی از نویسندگان مجرای قاعده را شامل اقدامات حقوقی مانند خلع، که به ایقاع نزدیک‌تر است، نیز می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۱۸۲؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۹).

در حقوق ایران با توجه به اینکه ماده (۳۶۶) قانون مدنی ید مقبوض به عقد بیع را که یکی از عقود معاوضی است، ید ضمانی بیان می‌کند، شاید نتوان گفت که این قاعده شامل ایقاعات نیز می‌شود، اما با توجه به نظری که قائل به اصطیادی بودن قاعده است، که بنا بر آن باید در هر مورد به مدارک قاعده و نه متن آن رجوع کرد، بعید نیست بتوانیم آن را شامل ایقاعات نیز بدانیم.

بر همین اساس برخی بیان نموده‌اند که حکم به ضمان قابض در مواد (۳۹۱)، (۳۶۶)، (۳۲۷)، (۳۲۳)، (۲۶۱) و (۲۵۹) ق. م. از موارد ضمان مقبوض به «عقد» فاسد، و حکم به ضمان مشتری در صدر ماده (۸۱۷) ق. م. از مصادیق ضمان مقبوض به ایقاع فاسد است (تولیت، ۱۳۷۵: ۸۱)؛ بنابراین از دیدگاه ایشان نیز قاعده شامل عقود و ایقاعات می‌گردد. در حقوق فرانسه یکی از تعهدات اصلی فروشنده «تضمین» است. به این معنا که وی به موجب ماده (۱۱۲۵) قانون مدنی این کشور، تصرفات بلا معارض و نیز عدم وجود عیوب مخفی و پنهان را در مقابل خریدار تضمین می‌کند (ابوعطا، ۱۳۸۵: ۱۱). به موجب ماده (۱۶۲۶) قانون مدنی این کشور نیز که مشابه موضع حقوقی کشور ما است، با بیع در صورت خلع ید خریدار نسبت به مبیع یا جزء آن و نیز هزینه‌ی انجام‌شده، ضامن است (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۸-۴۷).

با توجه به مفهوم مشابه ضمان درک در حقوق ایران و فرانسه، مبنای مشترکی نیز می‌توان در حقوق این دو کشور برای آن قائل گشت. چرا که بر اساس مواد قانون مدنی فرانسه، تضمین خلع ید، از تعهدات قراردادی فروشنده است و اگر به آن وفا نکند، تعهد قراردادی خویش را نقض کرده و ضامن درک ثمن است. پذیرش شرط کاهش یا عدم مسئولیت در فرض حدوث ضمان درک به موجب ماده (۱۶۲۷) قانون مدنی فرانسه نیز





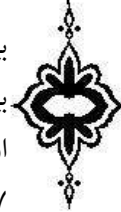
می تواند صحت ادعای فوق را به اثبات رساند. در حقوق ایران هم با عنایت به اینکه ضمان درک از آثار بیع صحیح ذکر شده، همین نظر قابل تأیید است (ابوعطا، ۱۳۸۵: ۲۱-۱۳).

### ۱-۱-۲. معنای عقد صحیح و فاسد

فقه‌های امامیه عقد فاسد را عقدی می دانند که یکی از شروط صحت عقد در آن مختل باشد؛ مثلاً طرفین یا یکی از آن‌ها صغیر یا مجنون بوده، مورد معامله از قبیل خوک و شراب باشد، معامله ربوی یا غرری بوده و یا احد طرفین فاقد قصد باشد. به هر حال خلل در شرایط صحت عقد موجب فساد یا بطلان معامله است و بالعکس عقدی که تمام شرایط صحت معاملات را داشته باشد و موانع مذکور در آن وجود نداشته باشد، عقد صحیح تلقی می شود (گرچی، ۱۳۷۸: ۲۲۴).

در فقه عامه، فقهای شافعی و حنبلی معتقدند هنگامی بیع صحیح است که موافق شرع انجام گرفته و همه‌ی ارکان و شروط، خواه مربوط به متعاملین و خواه مربوط به عوضین و یا نفس عقد در آن کامل باشد، و عقد فاسد عقدی است که اسلام آن را تشریح نکرده و به همین جهت به رغم انعقاد، افاده حکم شرعی ننموده و ملکیت بر آن مترتب نمی شود، اگرچه به قبض مشتری درآید، زیرا حرام نمی تواند طریقی برای ملک باشد (سید السابِق، ج ۳: ۱۰۳، به نقل از گرچی، ۱۳۷۸: ۲۲۴).

فقه‌های حنفی بر خلاف سایر فقه‌های عامه و البته فقه‌های امامیه، عقد را به صحیح و غیر صحیح تقسیم می کنند. و عقد غیر صحیح را به دو قسم باطل و فاسد تقسیم می کنند؛ به نظر ایشان عقدی که فاقد ارکان لازم باشد، باطل و عقدی که دارای ارکان کامل بوده ولی مثلاً تصرف در ثمن آن مانع قانونی داشته باشد، فاسد است (جزیری، ج ۲: ۲۲۴ به نقل گرچی، ۱۳۷۸: ۲۲۶). از نظر ایشان، عقد باطل عقدی است که ارکان آن فراهم نیامده و نامشروع به اصل است، مانند قمار و عقد مجنون؛ ولی عقد فاسد، عقدی است که ارکان لازم را دارد و از اصل مشروع است، لکن خللی در یکی از ارکان آن به وجود آمده که شرایط لازم را ندارد، در چنین حالتی است که می گویند «مشروع باصله لا بوصفه»، مانند بیعی که ثمن در آن مجهول است (عبدالناصر، ج ۱: ۱۹۲، به نقل از فهیمی، ۱۳۸۲: ۵۳). به بیان دیگر هرگاه نهی شارع به اصل عقد تعلق گیرد، عقد باطل و اگر نهی به یکی از اوصاف عقد تعلق گیرد، عقد بیع را باید فاسد و قابل جبران دانست (زحیلی، ۱۴۰۴: ج ۳: ۴۲۷-۴۲۳).





قانون مدنی ایران از عقد فاسد تعریفی نمی‌کند و صرفاً در ماده (۳۶۵) به بیع فاسد اشاره کرده و در ماده (۳۶۶) حکم مالی را که به بیع فاسد به دست آمده را به این صورت مقرر می‌کند: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد نماید؛ و اگر تلف یا ناقص شود، ضامن عین و منافع آن خواهد بود». همان‌طور که مشهود است در ماده اخیر به ضمان پس از قبض اشاره شده است، بنابراین قبض شرط اصلی تحقق ضمان و مجرای قاعده «مایضمن...» می‌باشد و تا قبل از قبض ضمان متنفی خواهد بود (گرجی، ۱۳۷۸: ۲۳۱). در حقوق فرانسه نیز تا قبل از قبض هیچ مسؤولیتی متصور نیست (شاملی و دیگران، ۱۳۹۱: ۶۱)؛ دلیل این مسأله ناگفته پیداست، زیرا تا وقتی چیزی به دیگری تسلیم نشده، الزام او به رد یا جبران خسارت آن در فرض تلف، بی‌معنا است.

موضع قانون مدنی ایران پیرامون ترادف یا تغایر عقد فاسد با عقد باطل مشخص نیست. در پاسخ به این سؤال برخی معتقدند از آنجایی که قسمت اعظم قانون مدنی از فقه امامیه اقتباس شده، مقصود از بیع فاسد همان باطل است و باطل و فاسد دو واژه مترادف هستند، به‌ویژه آنکه در بسیاری موارد، تنها اصطلاح باطل در قانون مدنی به کار رفته است (گرجی، ۱۳۷۸: ۲۳۲).

برخی پس از ذکر ماده (۳۶۶) قانون مدنی می‌گویند این قاعده در تمام موارد بطلان عقد جاری است (امامی، ۱۳۹۱، ج ۱: ۳۸۰). بنابراین مشخص می‌شود که از نظر نویسندگان حقوقی، باطل و فاسد به یک معنا است. حقوقدانان عقد را وقتی باطل دانسته‌اند که فاقد یکی از شروط اساسی صحت معاملات باشد. شروط اساسی صحت معاملات در ماده (۱۹۰) قانون مدنی ذکر شده است. لذا اگر عقدی شرایط مندرج در این ماده را داشته باشد، صحیح و در صورتی که فاقد یکی از این موارد باشد، مانند معامله در حال جنون یا مستی، باطل خواهد بود (امامی، ۱۳۹۱، ج ۱: ۱۷۰).

اما عده‌ای دیگر معتقدند که عقد در صورتی باطل است که فاقد یکی از شرایط اساسی (اختصاصی) عقد، به غیر از رضای معتبر باشد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۳)؛ که به نظر می‌رسد این تعریف دقیق‌تر است. چرا که می‌دانیم فقدان رضای معتبر عقد را باطل نکرده و موجب عدم نفوذ آن می‌شود. عقد غیرنافذ نیز از اقسام عقد صحیح است (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۴۴۳ و ۳۵۱؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۸: ۱۴۰، به نقل از فهیمی، ۱۳۸۲: ۵۳) مانند عقد مکره که از سوی شخص اکراه‌شده قابل تنفیذ و رد می‌باشد. تفاوتی که در این زمینه میان فقه امامیه و عامه





وجود دارد، این است که برخی از فقهای اهل سنت برخلاف علمای امامیه، عقد مکره را فاسد یا باطل می‌دانند و مالکیه نیز به مانند فقهای امامیه، آن را صحیح و غیر لازم می‌دانند (گرچی، ۱۳۷۸: ۲۲۵).

در فقه عامه، حنا بله معتقدند اکراه عقد را باطل می‌کند، مگر در صورتی که اکراه بر حاضر کردن مالی شده و مکره برای این کار ملکش را بفروشد (اکراه بر سبب بیع)، که در این حالت عقد صحیح است. حنفیه نظر بر این دارند که عقد مکره منعقد می‌شود، لیکن در برخی اعمال حقوقی حق فسخ دارد، مانند بیع و اجاره، و در بعضی از اعمال حق فسخ ندارد، مانند طلاق، عتاق، نکاح و نذر. گروهی از حنفیه نیز بیع اکراهی را فاسد می‌دانند و همانند فقه امامیه، معتقدند مکره می‌بایست پس از زوال اکراه، اجازه کند. مالکی‌ها، اکراه مانع نفوذ بیع را دو چیز می‌دانند: نخست، اکراه بر نفس بیع، که در این حالت بیع، غیر لازم خواهد بود؛ و دوم اکراه بر سبب بیع، یعنی اکراه بر چیزی که او را مجبور به انعقاد بیع می‌کند، که در این حالت اختلاف نظر وجود دارد، برخی بیع را لازم و گروهی غیر لازم دانسته‌اند. فقهای شافعی نیز معتقدند بیع مکره اصلاً منعقد نمی‌شود؛ مگر در صورتی که حین اکراه، قصد ایجاد عقد را داشته و آن را نیت کند که در این حالت مکره نیست. ایشان اعتقاد دارند که اکراه بر دو قسم است، اول اکراه بدون حق که با آن عقد منعقد نمی‌شود، چه بر تسلّم و قبض ثمن نیز اکراه شده باشد یا خیر، چرا که با وجود بطلان صیغه، این بیع معتبر نیست. دوم، اکراه به حق، که ناظر بر اکراهی است که از سوی حاکم صورت می‌گیرد، معامله در این حالت صحیح می‌باشد (خورسندیان و ذاکری نیا، ۱۳۸۸: ۹۴).

در حقوق فرانسه نیز از آنجا که اکراه عیب اراده دانسته می‌شود، معامله‌ی اکراهی، به موجب ماده (۱۱۱۱) قانون مدنی این کشور باطل است (مینا، ۱۳۹۲: ۲۱۴). در حقوق این کشور، عقد صحیح و معتبر، مانند حقوق ایران عقدی است که تمام شرایط قانونی خود را داراست و چنین عقدی آثار قانونی خود را ایجاد می‌کند. اما عقد باطل، اعم از باطل مطلق و نسبی در تقسیمات حقوق فرانسه،<sup>۱</sup> فاقد چنین آثاری است.

۱. در حقوق فرانسه، عقد باطل مطلق عقدی است که به علت تضاد با مصالح اجتماعی کان لم یکن و غیر قابل تأیید است، اما عقد باطل نسبی عقد موجودی است که قابل تأیید بوده و این قابلیت تأیید سبب سقوط حق ابطال عقد و غیر قابل انحلال شدن آن خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۵۶).





### ۱-۱-۳. معنای ضمان در مایضمن و مالایضمن

برخی از فقهای امامیه در هر دو قاعده «مایضمن» و «مالایضمن» ضمان را به معنی ورود درک و خسارت در مال ضامن معرفی کرده‌اند، اما افزوده‌اند که ورود خسارت در مال ضامن، به دلیل وجوب تدارک مال تلف شده از اموال ضامن است. ایشان همچنین اضافه کرده‌اند که این تدارک از مال ضامن، گاهی به ادای عوض قراردادی مال مضمون است که شارع آن قرارداد را تأیید کرده، که این وضعیت در عقد صحیح محقق می‌شود؛ و گاه به تسلیم عوض واقعی، یعنی مثل و قیمت مال مورد معامله است، که این فرض به مورد فساد عقد مربوط می‌شود (ر.ک. تولیت، ۱۳۷۵: ۶۷-۶۶) به این ترتیب ملاحظه می‌شود که ایشان در ابتدا ضمان را به معنی ورود خسارت به اموال ضامن دانسته‌اند و سپس آن را لزوم تدارک یعنی جبران مال از اموال ضامن توصیف نموده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۱).

در مقابل، برخی فقها با این استدلال که انسان نمی‌تواند ضامن اموال خویش باشد، این نظر را رد کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۸۲؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۸، به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۱). برخی از حقوقدانان نیز این نظر را نپذیرفته و به درستی معتقدند که چون در معامله‌ی فاسد، قابض مانند غاصب است لذا ملکیتی برای او حاصل نمی‌شود تا ضامن مال مضمون شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۱).

در فقه شافعی، علت ضمان در عقود صحیح و فاسد بدین نحو توجیه شده است که اگر عقد صحیح موجب ضمان باشد، عقد فاسد به طریق اولی ضمان می‌آورد؛ لیکن در مورد عقدی که صحیحش موجب ضمان نیست، عدم ضمان در فاسد به این جهت است که از سویی به اذن مالک اثبات ید بر مال صورت گرفته، و از سوی دیگر خود او ایجاب ضمان نمی‌کند. از آنجا که در فقه شافعی، حکم مقبوض به عقد فاسد، همانند حکم مال مغضوب است، لذا ضمان را در مفهوم، بودن تدارک مال برعهده‌ی شخص در نظر گرفته‌اند (گرچی، ۱۳۷۸: ۲۳۷). در فقه حنبلی نیز همانند فقه شافعی اعتقاد بر این است که در مقبوض به عقد فاسد، مشتری مالک میباید نمی‌شود و بر او لازم است که مبیع را به همراه نماء منفصل و نیز اجرت‌المثل مدتی که مال نزد وی بوده، به بایع رد کند (ابن قدامه، ۱۴۰۳: ۵۶). لذا آن‌ها نیز «ضمانت» را در مفهوم اعم، بودن تدارک مال برعهده‌ی شخص، در نظر می‌گیرند.

در فقه مالکی اعتقاد بر آن است که در بیع فاسد، مالکیت برای مشتری جز با فراهم آوردن دو شرط ممکن نیست؛ یکی قبض مال دیگری و دیگری فوات آن مال. این مطلب





با عقاید حنفیه که پس از قبض مشتری را مالک می‌دانند، تفاوت دارد؛ و ضمناً با مواضع فقه شافعی و حنبلی نیز متفاوت است، زیرا در فقه مالکی به محض حدوث عیب یا ترقی و تنزل قیمت، فوات صدق می‌کند و مالکیت مشتری بر مال تحقق می‌یابد، در صورتی که هیچ‌یک از دو مذهب مورد بحث، قابض را در چنین مواردی مالک نمی‌دانند (گرجی، ۱۳۷۸: ۲۵۸).

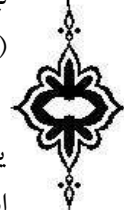
در فقه حنفی اعتقاد بر آن است که قابض با قبض نمودن، مال را در ملک خود در می‌آورد، و لذا اگر خسارتی پدید آید، این خسارت در ملک او حاصل شده است؛ به عبارت دیگر ضمان به معنای بودن خسارت و تلف مال در ملک شخص است (ابن عابدین، ۱۴۱۲: ۱۲۵). دیدگاهی که شیخ انصاری آن را صریحاً رد فرموده و معتقدند که این که گفته شود هر شخصی ضامن مال خود است، یعنی خسارت تلف و نقض مال خویش را تحمل می‌کند و این خسارت به اموال او وارد می‌گردد، صحیح نیست (شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۱-۹۰).

برخی از حقوقدانان در تقابل با نظریه شیخ انصاری، در خصوص معنای ضمان در دو قاعده‌ی اصل و عکس، اظهار داشته‌اند که ضمان مذکور در دو قاعده باید به معنی تحمل خسارت و قرار گرفتن مال بر عهده حمل شود، که این معنی رایج و مورد انس ذهنی است، و حمل ضمان به معنی لزوم تدارک، مانع تجانس و تناسب جنبه مثبت و منفی دو قاعده خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۶).

به طور خلاصه می‌توان در خصوص معنای «ضمان» در دو قاعده اصل و عکس سه نظریه را تفکیک نمود:

۱. منظور از ضمان در اصل و عکس قاعده این است که جبران خسارت و تلف مال بر شخص است، یعنی هر عقدی که در صحیح آن، جبران خسارت و تلف مال مأخوذ بر آخذ وارد می‌شود، در فاسد آن نیز چنین خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۰۱)، عده‌ای نیز این نظر را نپذیرفته و با توجه به عدم ضمان متهم در هبه فاسد، آن را موجه نمی‌دانند (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۲۰).

۲. مقصود از ضمان در اصل و عکس قاعده، تدارک و جبران مال و رد عینی است. یعنی هر نوع عقدی که در صحیح آن تدارک، بازپس دادن مال مأخوذ بر عهده‌ی آخذ است، در حالت فاسد آن نیز تدارک مال مأخوذ بر عهده آخذ خواهد بود (یزدی، ۱۴۱۰:





۹۴). البته به نظر می‌رسد این تعبیر از ضمان منحصر به موردی است که مال موجود است، وگرنه در فرض تلف مال، بحث از رد عین مال موضوعیت نمی‌یابد و علی القاعده شخص، ضامن بدل آن خواهد بود.

۳. مراد از ضمان در اصل و عکس قاعده، تحمل خسارت و قرار گرفتن مال برعهده است. یعنی هر عقدی که در حالت صحیح آن خسارت تلف و نقص مورد معامله به شخص متصرف تحمیل می‌شود، در صورت فساد آن نیز خسارت مزبور بر اموال شخص متصرف وارد می‌گردد؛ و هر عقدی که در صحیح آن متصرف، خسارت تلف و نقض مال مورد تصرف را تحمل نکند، در حالت فساد آن نیز، متصرف خسارت تلف و نقض مال مزبور را تحمل نمی‌کند. این معنا از ضمان، اعم از موردی است که ضامن باید خسارت و تلف مال مضمون را جبران کند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۲).

مطابق نظر اخیر، باید عقد هبه را از عقود دانست که صحیح آن ضمان آور است، چرا که مالکیت عین موهوب در اثر عقد از واهب به متهب منتقل می‌شود؛ پس اگر بعد از قبض، تلف یا ناقص شود خسارت آن به متهب وارد می‌گردد، از آن روی که خسارت بر اموال و دارایی او وارد است. درحالی که اگر عقد هبه فاسد باشد، خسارت تلف یا نقص مورد هبه‌ی فاسد به واهب وارد می‌شود نه متهب، زیرا در این صورت مالکیت واهب بر مورد عقد هبه کماکان باقی است و به متهب منتقل نشده است. این مورد استثنائی بر قاعده اصل معرفی شده است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۱۷)، زیرا در حالتی که عقد هبه‌ی صحیح ضمان آور است، اما در حالت فساد چنین نیست. نظر مذکور محل نقد است، زیرا اگرچه حمل ضمان بر معنای تحمل و ورود خسارت در مال ضامن دارای سابقه‌ی فقهی و حقوقی است، و در خود قانون مدنی هم در راستای بحث از انتقال ضمان معاوضی، همین معنا قابل استنباط است؛ اما در خصوص قاعده «مایضمن» آنچه در بدو امر به ذهن متبادر می‌گردد، لزوم تدارک مال توسط شخص دیگر است. علاوه بر این، استناد به انتقال ضمان معاوضی و بحث‌های راجع به آن نیز نمی‌تواند مستمسکی برای اثبات صحت معنای حمل در معنای ضمان به تحمل خسارت در مال ضامن باشد، زیرا ماهیت انتقال ضمان معاوضی چیزی غیر از همین معنا نیست. این انتقال یعنی انتقال ریسک ناشی از خسارت یا تلف مال مورد معامله به طرف دیگر (سلطانی نژاد، ۱۳۷۸: ۷۵). لذا مسلم است که ضمان در اینجا یعنی تحمل





خسارت از طرف ضامن در مال خود. در حقیقت ترکیب ضمان به علاوه‌ی معاوضی موجب افاده‌ی چنین معنایی است و نمی‌توان این معنای خاص را به سایر موارد تعمیم داد. بر همین اساس قانون مدنی در ماده (۳۶۶) اشعار داشته «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد نماید؛ و اگر تلف یا ناقص شود، ضامن عین و منافع آن خواهد بود»، که مقصود از ضمان، این است که جبران خسارت و تلف مال بر عهده‌ی شخص می‌باشد.

بنابراین، به نظر می‌رسد که دست کم بر اساس این ماده نمی‌توان قائل به صحت نظریه مورد بحث شد و ضمان را به معنای لزوم تحمل خسارت تلف و نقص از اموال آخذ حمل کرد؛ بلکه باید قائل به صحت نظری گشت که اصل قاعده را این گونه تبیین نموده که هر عقدی که صحیح آن، گیرنده را ملزم به رد عوض به طرف مقابل کند، چنانچه به صورت فاسد واقع شود، گیرنده‌ی شیء ضامن مقبوض است، به این صورت که در فرض وجود، عین را رد کند و در فرض تلف، مثل یا قیمت آن را تسلیم کند؛ در نظریه مختار عکس قاعده نیز حاکی از آن است که هر عقدی که صحیح آن موجب لزوم تدارک مال به بدل المسمی نیست، خواه از آن رو که عقد اذنی بوده و تملیکی نیست، و یا به این علت که تملیک مجانی است، فاسد آن نیز گیرنده را ضامن ادای بدل نمی‌کند.

در حقوق فرانسه نیز همانند حقوق ما مقصود از ضمان، جبران خسارت تلف و نقص مال است؛ با این تفاوت که در حقوق ایران اصل بر ضمانی بودن ید شخص متصرف بر مال دیگری است، اما در حقوق فرانسه حسب ماده (۱۳۸۲) قانون مدنی این کشور ید شخص در صورتی ضمانتی خواهد بود که وی مرتکب تقصیر شده باشد. هرچند که با توجه به ماده (۱۱۴۷) قانون مدنی فرانسه، بر خلاف حقوق ایران برای متعهد در تمامی عقود، اعم از ضمانتی مانند بیع یا امانی مانند ودیعه و عاریه، فرض تقصیر شده است؛ چرا که در حقوق ایران در عقود امانی فرض تقصیر مندرج در ماده (۲۲۷) قانون مدنی، با توجه به موازین فقه امامیه، تخصیص می‌خورد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۴۹-۲۵۰).

در حقوق فرانسه، در فرض بطلان و فساد عقد، هرگاه مورد عقد، عین، به طرف دیگر تسلیم نشده باشد، همانند حقوق ایران، طرفین نسبت به یکدیگر مسؤولیتی پیدا نمی‌کنند، اما اگر تسلیم صورت گرفته باشد، مطابق اصل، در عقود معاوضی باطل، مورد تسلیم شده باید به مالک اولیه‌ی آن مسترد شود. بطلان در حقوق این کشور مثل حقوق ایران، اثر





قهقرایی دارد و لازمه‌ی آن این است که طرفین به حالت قبل از انعقاد قرارداد برگردانده شوند، و این امر مستلزم آن است که هریک از طرفین به حالت قبل از انعقاد قرارداد برگردانده شوند، یعنی هریک از طرفین آنچه را که از طرف مقابل دریافت داشته است، به او بازگرداند. اما گاه مال دریافت شده، نزد شخص تلف شده است، که در این حالت میان آرای قضایی اختلاف نظر وجود دارد؛ در برخی از آرای قضایی، دعوی ابطال قرارداد به طور استثنایی پذیرفته شده است، در حالی که در بعضی دیگر، دعوی بطلان را پذیرفته‌اند، و دیوان کشور فرانسه حکم داده که قیمت شیء تلف شده باید پرداخت شود. بنابراین، همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در حقوق فرانسه نیز نظیر حقوق ایران، مسئولیت تلف یا نقص دست کم به نظر عدله‌ای برعهده‌ی قابض است (شاملی و دیگران، ۱۳۹۱: ۶۲-۶۱).  
رویه‌ی موجود در فرانسه موجب می‌شود تا گفته شود نظر کسانی که این قاعده را از اساس تهی می‌دانند خالی از قوت نیست؛ زیرا همان‌گونه که می‌بینیم، در حقوق فرانسه نیز بدون تمسک به این چنین قاعده‌ای، همان راه‌حل‌های موجود در فقه و حقوق ایران را به کار می‌بندند.

#### ۱-۴. «مای» موصول

فقها در خصوص مفهوم «مای» موصول در مفاد قاعده نظرات مختلفی را بیان نموده‌اند. برخی معتقدند که این موصول شامل عقود و ایقاعات است (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۹، به نقل از محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۱۹)، و از نظر حقوقی نیز در تأیید آن به صدر ماده (۸۱۷) ق.م. در خصوص شفعه‌ی فاسد استناد شده است (تولیت، ۱۳۷۵: ۸۱).  
عده‌ای بر این باورند که مراد از «مای» موصول عقود است نه ایقاعات، زیرا اگر بخواهیم آن را اعم از عقود و ایقاعات بگیریم، مفهوم آن با معنای صحیح ضمان در این قاعده، که همانا جبران خسارت و تلف مال است، منطبق نخواهد شد، چرا که ایقاعات ضمان آور نیستند. به علاوه موصول همواره با صله‌ی خود انطباق دارد. بنابراین نمی‌توانیم «مای» موصول را به گونه‌ای تفسیر کنیم که بعضی موارد آن با صله تطبیق نکند. پس مراد از «مای» موصول، فقط عقود است و ایقاعات را شامل نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۱۹-۲۱۸). هر چند که فلسفه‌ی جعل قاعده مقتضی شمول بر ایقاعات می‌باشد. شاید به همین دلیل است که تعدادی دیگر همین نظر را با استدلال متفاوتی پذیرفته‌اند به عقیده‌ی ایشان، عبارات فقها در این زمینه منحصر در بیان روابط طرفین در عقود فاسد و نه ایقاعات است.





اگر چه آن را نسبت به عقودی که احتمال ایقاع بودن شان وجود دارد مانند جعاله و خلع، جاری دانسته‌اند. ایشان در ادامه افزوده‌اند که در این میان پاره‌ای از ایقاعات را می‌توان نام برد که صحیح و فاسد آن موجب ضمان است، مانند اخذ به شفعه، که هر گاه صحیح باشد، ضمان موضوع آن یعنی مبیع، بر عهده‌ی شفیع است و اگر فاسد هم باشد پس از اخذ آن، شفیع به استناد قاعده علی الید عهده دار ضمان آن خواهد بود. در هر حال اگر در شمول دو قاعده نسبت به موردی تردید شود، اصل بر عدم شمول است که نتیجه‌ی آن بازگشت به قواعد و اصول دیگر در استنباط حکم مربوط خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۸۵).

به عقیده ما نظریه حصر در عقود رجحان دارد، چرا که علاوه بر تأیید استدلالات پیش گفته در خصوص عدم شمول این قاعده نسبت به ایقاعات، باید اضافه کنیم که این قاعده نص روایی ندارد و لذا باید متن آن را به صورت مضیق تفسیر نمود. به این معنا که در حالت تردید نسبت به شمول این قاعده در ارتباط با ایقاعات، قائل به انصراف از آن‌ها شویم.

#### ۱-۱-۵. مفهوم «باء» در بصحیحه

برخی از محققین معتقدند که در ابتدای امر آنچه از حرف «باء» متبادر به ذهن می‌شود، حالت سببیت است؛ یعنی معنای جمله‌ی «یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» این می‌شود که هر عقدی که صحیح آن سبب ضمان می‌شود، فاسدش نیز موجب ضمان خواهد بود. در توجیه سببیت عقد برای ضمان، بنا بر برخی نظرات، هر چند قبض شرط تحقق ضمان است و تا قبل از آن ضمانی متصور نیست، اما آنچه که موافق این نظریه در عقد صحیح و فاسد سبب ضمان است، عقد معرفی شده و قبض را شرط تأثیر آن می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۸۴؛ موسوی بجنوردی، قواعد الفقهی، ج ۲: ۹۴۰، به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۶). برخی نیز به این دلیل که عقد سبب تسلیم مال به گیرنده می‌شود و با تسلیم مال نیز ضمان محقق می‌گردد، آن را سبب غیر مستقیم ضمان تلقی نموده‌اند (به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۶).

بر همین اساس، عده‌ای می‌گویند که باید مفاد قاعده را چنین معنی کرد که در فرض فساد عقد، در صورت بقای مال موضوع آن، متصرف ضامن رد همان عین است؛ و در صورت تلف، ضامن عوض واقعی شیء، مثل یا قیمت آن، و نه عوض المسمی، ثمن، خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۲۲؛ تولیت، ۱۳۷۵: ۶۷-۶۶). دلیل این مسأله نیز واضح است،





چرا که عقد فاسد نمی‌تواند منشا هیچ‌گونه اثری باشد، و چون قراردادی پدید نیامده لذا سخن گفتن از عوض قراردادی، فاقد موضوعیت خواهد بود.

قائلین به نظر فوق در پاسخ به این انتقاد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۷) که هر چند عقد صحیح می‌تواند سبب ضمان گردد اما عقد فاسد چگونه چنین نقشی را ایفا می‌کند، همان سخن برخی از فقها (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۸۴) را تکرار نموده و عقد فاسد منشأ قبض را سبب ضمان معرفی می‌کنند، و بر همین اساس ماده (۳۶۶) ق.م. را که ضمان درک را از آثار عقد تلقی نموده، موجه و منطبق با موازین فقهی می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۱۹۶).

در مقابل، برخی دیگر از فقها حرف «باء» را در مفهوم ظرف یا «فی» حمل کرده‌اند، که طبق آن معنای قاعده چنین می‌شود «هر عقدی که در صحیح آن ضمان ایجاد می‌شود، در فاسد آن نیز ضمان ایجاد می‌شود» (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۸۴؛ موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۲: ۹۴۰، به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۶).

در این میان عده‌ای نیز حمل «باء» به هر یک از دو معنی سببیت یا ظرفیت را صحیح دانسته‌اند (موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۲: ۹۴۰، به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۶). ایشان همان کسانی هستند که در توجیه سببیت عقد فاسد برای ضمان، به سببیت آن در قبض استناد کرده‌اند.

به اعتقاد برخی نویسندگان حقوقی با لحاظ مفاد دو قاعده و سایر قواعد مانند قاعده علی الید، حمل حرف «باء» به معنی «فی»، یعنی معنای ظرفی، اقوی و ارجح است؛ چرا که وقتی قاعده علی الید به عنوان یک اصل اعتبار می‌شود، استناد ضمان به قصد طرفین که در یک عقد فاسد انعکاس یافته، عاری از وجه است. در حقیقت به عقیده‌ی ایشان، مستند ضمان در فرض وقوع عقد فاسد و قبض مال، قاعده علی الید است نه عقد فاسد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۹۷).

به نظر ما نیز دیدگاه اخیر موجه‌تر است، زیرا نه تنها به درستی هیچ اثری بر عقد فاسد مترتب نمی‌گردد، بلکه با تبادل ذهنی معنایی نیز مطابقت دارد، زیرا هر چند آنچه از منطوق و الفاظ این قاعده در بادی امر متبادر به ذهن می‌گردد، حمل حرف «باء» به سببیت است، که مورد اشاره برخی نیز قرار گرفته است، اما این صرفاً یک تبادل لفظی است و به لحاظ مفهومی، معنای ظرفیت حرف «باء» در ابتدا به ذهن متبادر می‌گردد.





## ۲-۱. عکس قاعده

عکس قاعده این است که «کل عقد لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده»، یعنی هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد، در حالت فساد نیز ضمان آور نخواهد بود. مطابق معنای مرجح ضمان و حرف «باء»، تعریف قاعده عکس این گونه می شود که هر عقدی که در صحیح آن، گیرنده مسئول تدارک و جبران مال اخذ شده نیست؛ در فاسد آن نیز تدارک تلف و نقص مال مزبور منتفی است.

بنابراین عقد وکالت (دراموال)، عقد رهن، عقد مضاربه و عاریه و مانند این ها که مبتنی بر معاوضه نیستند و عوض مسمی ندارند، اگر فاسد باشند نیز، موجب ضمان نمی شوند. برای مثال، اعتقاد این است که اگر کسی مقداری کالا از دیگری عاریه بگیرد و تمام یا قسمتی از آن ها تلف گردد، مستعیر ضامن نخواهد بود؛ چه عقد عاریه صحیح، و چه فاسد باشد؛ زیرا در صورت صحت، مستعیر امین است و در صورت فساد، مشمول عکس قاعده خواهد بود (محمدی، ۱۳۹۱: ۲۵۸).

نحوه‌ی استعمال قاعده‌ی اصل و عکس در فقه نشان می دهد که مجرای قاعده‌ی اصل، عقود تملیکی معوض مانند بیع و اجاره، و مجرای عکس قاعده، عقود اذنی و تملیکی غیر معوض می باشد. به عبارت دیگر مجرای قاعده‌ی اصل عقود ضمانی، و مجرای قاعده‌ی عکس، عقود امانی است.

برخی فقها در حجیت عکس قاعده نیز مطالبی را مطرح نموده اند. شیخ طوسی در مقام حکم به عدم ضمان در رهن فاسد، استدلال نموده که اگر رهن صحیح موجب ضمان نیست، چگونه می توان به ضمان آور رهن فاسد رأی داد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۲۰۴ و ۱۵۰، و ج ۳: ۲۴۳ و ۸۳، به نقل از تولیت، ۱۳۷۵: ۷۷). این تحلیل دلالت بر آن دارد که ایشان حجیت عکس قاعده را با استناد به قیاس اولویت پذیرفته اند (تولیت، ۱۳۷۵: ۷۷). با این تقریر که وقتی در حالت صحت، عقدی مانند هبه که اثر آن مورد تأیید شارع قرار گرفته، موثر در ضمان نباشد، فاسد آن که کالعدم است و به طریق اولی نمی تواند منشأ ضمان باشد. این نوع بیان مورد انتقاد برخی از فقهای دیگر قرار گرفته، و به درستی اولویت مستند این نظر را مورد مناقشه قرار داده اند، با این بیان که دلیل عدم ضمان در هبه‌ی صحیح، انتقال ملکیت به متهب است، و دلیلی ندارد که شخص ضامن مال خویش باشد؛ لیکن در هبه‌ی فاسد، ملکیت به دلیل عدم امضای شارع منتقل نمی شود و از این رو دلیلی







برای عدم ضمان وجود ندارد (خویی، ۱۳۷۸: ۱۱۳، به نقل از تولیت، ۱۳۷۵: ۷۸). در حقیقت به عقیده‌ی ایشان اصولاً ید گیرنده در هبه‌ی فاسد، به واسطه‌ی شمول علی‌البدل ضمانی است که تخصیص می‌خورد. موافق آنچه سابقاً در خصوص منشأیت اذن در امانت بیان شد، در این مورد نیز به نظر ما چون مال با اذن و اراده‌ی واهب به قبض متهب در می‌آید، این مورد تخصصاً از شمول قاعده ید خارج است، و مستند به عکس قاعده نیست. موضع قانونگذار در ماده (۶۱۰) قانون مدنی نیز مؤید همین موضع است.

## ۲. کاربرد قاعده اصل و عکس در حقوق ایران

### ۲-۱. کاربرد قاعده اصل

مبنای مسؤولیت طرف عقد فاسد به رد عین دریافت شده به موجب عقد این است که وی به دلیل فساد عقد اختیاری نسبت به مال مزبور کسب نکرده، و آن مال همچنان در مالکیت مالک قبل از عقد باقی می‌ماند. در نتیجه طبق قاعده‌ی باید آن را به صاحبش برگرداند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۸۱).

در حقوق فرانسه هم اگر در عقود معوض باطل تسلیم صورت گرفته باشد، مورد تسلیم شده باید به طرفی که مالک آن است مسترد شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۵۲).

موضوع قابل بحث در اینجا روابط بین طرفین عقد فاسد در عقود معاوضی است و اینکه آیا قاعده‌ی اصل، یعنی «ما یضمن...»، در قانون مدنی ایران کاربرد دارد یا خیر؟ می‌توان این گونه پاسخ داد که هر چند صراحتاً این قاعده در قانون مدنی نیامده، اما در ماده (۳۶۶) به مفاد این قاعده اشاره شده است. با مطالعه در کتب شرح قانون مدنی نیز نکاتی حاصل می‌شود: اولاً اگرچه ماده (۳۶۶) مربوط به بیع فاسد است، ولی بیع خصوصیتی ندارد و این مسأله در هر عقد معاوضی فاسدی جاری می‌شود، لذا مطابق با قاعده اصل است. در نتیجه این قاعده در مورد تمام عقود معاوضی صادق است. ثانیاً در ماده تعبیر به «کسی... مالی» شده است که اطلاق دارد، بنابراین خریدار و فروشنده، هر دو را در بر می‌گیرد، در نتیجه خریدار ضامن میباید، و فروشنده ضامن ثمن است. ثالثاً در هر حال، و همانند حقوق فرانسه، قبض شرط تحقق ضمان است.

ماده (۳۶۶) به ضمان عین و منفعت تصریح دارد، اطلاق منفعت، منافع مستوفات و غیرمستوفات هر دو را شامل می‌شود (محمدی، ۱۳۹۱: ۲۸۹-۲۸۸). تعبیری که منطبق با نظر





مشهور فقها، که قائل به ضمان متصرف نسبت به منافع مستوفات و غیر مستوفات هستند، می‌باشد (شاملی و دیگران، ۱۳۹۱: ۶۷-۶۵). اما در حقوق فرانسه برخی با استناد به مواد (۵۴۹) و (۵۵۰) قانون مدنی معتقدند در صورتی که متصرف در عقد فاسد حسن نیت داشته باشد، از رد منافع مستوفات معاف است و در فرض داشتن سوء نیت باید از عهده‌ی قیمت منافع مستوفات برآید (شاملی و دیگران، ۱۳۹۱: ۶۷). به موجب ماده (۵۴۹) قانون مدنی این کشور «متصرف ساده‌ی شیء نمی‌تواند منافع آن را متعلق به خود بداند، مگر اینکه با حسن نیت تصرف کرده باشد. در غیر این صورت مؤظف است که منافع را همراه عین مال به مالک آن مسترد دارد؛ اگر منافع مذکور عیناً موجود نباشد، متصرف باید ارزش آن را به قیمت روز تأدیه تسلیم کند». همان‌طور که برخی اساتید گفته‌اند این یکی از مصادیق نقش حسن نیت در روابط حقوقی در فرانسه است که با مقررات کشور ما که به تبعیت از فقه امامیه برای مالکیت استحکام و احترام خاصی قائل بوده و نقشی برای حسن نیت در راستای سلب مالکیت قائل نیست، متفاوت است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۵۳).

در حقوق مدنی ایران، به اعتقاد برخی اصل، ضمان متصرف در مال غیر است، هر چند که مأذون در تصرف باشد، است مگر تصرفات ناشی از عقدی باشد که قانون ید متصرف را امانی اعلام کرده است، مانند تصرف مستأجر ماده (۴۹۳)، مستودع ماده (۶۱۴)، معیر ماده (۶۴۰) و مرتهن در ماده (۷۸۹) ق.م.؛ یا در زمره‌ی تصرفاتی باشد که به مناسبت وظیفه‌ی قانونی نظیر ولایت، قیمومت یا وصایت برعهده‌ی متصرف قرار گرفته است، زیرا مطابق مفهوم مخالف ماده (۶۳۱) ق.م. که مقرر می‌دارد «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع، متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرارداده باشد، مثل مستودع است...»، بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن‌ها، جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نمی‌باشند. در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه و امتناع متصرف متمکن از رد، متصرف مسؤول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد». اما در مواردی که قانون متصرف را امین قرارداده باشد، مانند مستودع، وی ضامن است، و چون در قانون مدنی، تصرف مأذون جز در قالب یکی از عقود و نهادهای یادشده فوق، امانی تلقی نگشته، لذا تصرفات ناشی از صرف اذن، ضمانی خواهد بود (امامی، ۱۳۹۱، ج ۲: ۱۷۰ به بعد، به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۸).





تفسیر یاد شده از آن رو محل اشکال است که به موجب ماده، آنچه که واجد موضوعیت است، همانا اذن موجود در عقود احصایی در ماده است و عقد معینی مدنظر قانونگذار نبوده است. امری که باعث می‌شود ید متصرف، امانی یا شبه‌امانی تلقی گردد، در هر حال حتی زمانی که تصرف ناشی از عقود امانی است، اذن مالک سبب امانی شدن است، و تعلق اراده‌ی متصرف به تصرف در مال دیگری، اثری ندارد. به بیان دیگر ما زمانی می‌گوییم متصرف امین است که، مال با اذن یا اجازه‌ی مالک تصرف شده باشد. بر همین اساس باید با این نظر موافق بود که اذن در شیء، به شرط عدم اقدام به تعدی و تفریط، امانت است (داراب پور، ۱۳۸۷: ۳۰۹). شاید به همین دلیل است که در حقوق فرانسه، وفق ماده (۱۳۸۲) ق.م. ید متصرف صرفاً در صورت تعدی و تفریط، تقصیر، ضمانتی می‌گردد، البته با تذکر این نکته که به موجب ماده (۱۱۴۷) برای متصرف امانی، فرض تقصیر وجود دارد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۵۰-۲۴۹).

در هر صورت، بنا بر آنچه گفته شد، امانی تلقی نمودن ید مستأجر توسط قانونگذار ایرانی در ماده (۴۹۴) ق.م. باورپذیرتر است، چرا که به موجب این ماده مستأجری که پس از انقضای مدت اجاره، عین مستأجره را با اجازه‌ی مالک در تصرف دارد، در صورت استیفای منفعت مؤظف به پرداخت اجرت‌المثل است. این در حالی است که اگر نظر مقنن بر ضمانتی بودن ید او می‌بود، باید به طور مطلق به پرداخت اجرت‌المثل ملزم می‌گردید. بنابراین ما نیز رأی قائلین به امانی بودن ید را می‌پذیریم، نه نظر کسانی که تصرفات ناشی از صرف اذن را امانی ندانسته و معتقدند که منشأ امانت بودن اذن اثبات نشده است، موضعی که بدون در نظر گرفتن استثناء، برای اثبات خود نیز نیازی به اقامه دلیل نمی‌بیند. در تأیید این نظر می‌توان به فرضی که در آن عقد وکالت به علتی باطل است اما اذن ناشی از آن به قوت خود باقی می‌ماند اشاره نمود (رک. لنگرودی، ۱۳۸۰: ۵۲-۵۴)، به علت بقای اذن، وکیل می‌تواند بر اساس آن مورد وکالت را به نفع موکل به انجام رساند. آیا انصاف است که چنین وکیلی را مانند غاصب، ضامن دانست؟ آیا شایسته نیست که وکیلی را که با حسن نیت در پی انجام امور موکل خود است، امین تلقی کرد. به اعتقاد برخی اساتید (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۹) در قانون مدنی در مواد (۵۷۷)، (۵۸۲) و (۵۸۴) به همین نحو ید شریک مأذون در تصرف مال مشترک امانی اعلام شده است. شاید بتوان گفت که در همه‌ی این موارد شریک به شریک دیگر وکالت می‌دهد و ید وکیل نیز که قطعاً امانی





است، و لذا این مواد دلالتی بر نظریه ما ندارند. در پاسخ باید گفت اگر چه روابط شریک مأذون با سایر شرکا تابع احکام وکالت معرفی شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۴۰۹)؛ اما با توجه به اینکه قانونگذار در ماده (۵۷۷) از مأذون شدن شریک صحبت می‌کند، و در ماده (۵۷۸) نیز از واژه ی رجوع از اذن، که بر خلاف واژه فسخ مختص ایقاعاتی مانند اذن است، بهره می‌گیرد؛ به نظر نمی‌رسد که ماهیت اذن اعطایی به شریک مأذون، عقد وکالت باشد. هر چند برای تنظیم مناسب روابط میان شرکا با مأذونین، ناگزیر از تسری احکام وکالت در بین آنان هستیم. در مورد عقود فاسد ضمانتی مربوط به عمل نیز اعتقاد بر این است که اساساً می‌توان به ماده (۳۳۶) ق.م. که مقرر می‌دارد «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید، که عرفاً برای آن اجرتی بوده و یا آن شخص مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود قصد تبرع داشته است» استناد کرد. بر اساس این ماده، دستور دهنده مسؤول پرداخت اجرت عمل مورد تقاضا می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۹). قائل به این نظر، قاعده احترام را مبنای ماده فوق می‌داند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۱۰). اما جالب است که در جای دیگر برای عمل منتسب به شخص مالیت قائل نیست و آن را از مقوله عرض می‌شناسد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۸۸)، در حالی که می‌دانیم قاعده احترام در خصوص اموال است و فقط زمانی می‌توان مبنای این ماده را قاعده احترام دانست که عمل شخص را نیز که منفعت وی است، مال تلقی کنیم، هر چند ایشان برای منفعت انسان مالیت قائلند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۸۶).

با توجه به مطالب پیش گفته، می‌توان بر آن بود که در حقوق مدنی ایران، در صورتی که فساد عقد کشف شود، هرگاه مورد عقد از طرفی به طرف دیگر تسلیم نشده باشد، روشن است که نباید تسلیم گردد. اما هرگاه مورد عقد تسلیم شده باشد، باید به طرفی که آن را تسلیم کرده مسترد شود، زیرا مطابق ماده (۳۶۵) و ملاک آن «عقد فاسد اثری در تملیک یا ایجاد تعهد و رابطه‌ی حقوقی ندارد»، و برای هیچ تملیک یا تعهدی جز در حدود قانون اعتباری نیست.

در صورت اتلاف یا تنقیص یا معیوب شدن مال موضوع معامله‌ی فاسد نزد گیرنده، وی در عقود ضمانتی، مسؤول رد بدل مال تلف شده، مثل در اموال مثلی<sup>۱</sup> و قیمت در اموال

۱. در خصوص مال مثلی، در درجه نخست مثل، و در صورت یافت نشدن قیمت روز نایاب شدن مثل به مالک داده می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۷-۲۶).



قیمی و یا اجرت عمل انجام شده، و جبران خسارت ناشی از عیب و نقص است. مفاد ماده (۳۶۶) در خصوص بیع، و (۴۶۶) به بعد قانون مدنی پیرامون عقد اجاره در این زمینه قابل توجه است. ماده (۳۳۶) ق.م. نیز در خصوص پرداخت اجرت عمل انجام شده تصریح بر مسؤلیت دارد، مسؤلیتی که در عقود امانی منتفی است مگر اینکه متصرف مرتکب تعدی یا تفریط در مال مزبور شده باشد.

قاعده با ضامن در حقوق مدنی ایران؛ بارکردن طبیعتی

در مورد روابط طرفین عقد فاسد نسبت به منافع مورد عقد نیز گفته اند که در حقوق ایران، اگر منافع مستقیماً موضوع عقد ضمانی باشد، مانند مورد عقد اجاره، بی تردید گیرنده‌ی مال ضامن خواهد بود، هر چند که آن منافع را استیفا نکرده باشد، زیرا منافع نیز مانند عین، مال محسوب می‌شود و قاعده علی‌الید شامل آن نیز خواهد بود؛ اما اگر مورد عقد ضمانی، عین باشد مانند عقد بیع، در مواردی که ضامن برعهده‌ی گیرنده‌ی مال ثابت می‌شود، در عقد فاسد گیرنده همچنان که ضامن عین است، در صورت تلف آن یا ورود خسارت، باید بدل آن را به طرف دیگر عقد برگرداند یا خسارت وارده را جبران کند، همچنین عوض منافع آن را نیز، بر خلاف موضع حقوق فرانسه، اعم از مستوفات و غیرمستوفات باید به مالک تسلیم کند، خواه بر فساد عقد آگاه باشد یا خیر؛<sup>۱</sup> زیرا منافع مال نیز مانند عین مشمول قاعده علی‌الید و سایر ادله‌ی ناظر بر ضمان می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۸).

برخی محققین نظر داده اند که در قانون مدنی ایران، در مورد ضمان منافع در عقود معاوضی می‌توان به ماده (۳۰۳) اشاره کرد، که به موجب آن کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است، ضامن عین و منافع آن است، اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل؛ در مورد عقود مجانی می‌توان به قسمت اخیر ماده (۳۳۷) اشاره کرد که بر اساس آن هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی، از مال غیر استیفاء منفعت کند، مالک مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است (شاملی و دیگران، ۱۳۹۱: ۶۷). هر چند که استناد به ماده (۳۰۳) صحیح است، اما به نظر می‌رسد که ابتناء وجود ضمان منافع در عقود مجانی بر ماده (۳۳۷)، که در خصوص شبه‌عقد استیفاء از مال غیر است، توجیه منطقی ندارد.

۱. ر.ک. ماده (۲۶۱) با لحاظ ماده (۲۶۳) و نیز ماده (۳۰۳) ق.م.

۲. ر.ک. ماده (۳۰۳) و اطلاق ماده (۳۶۶) ق.م.





با وجود اینکه در فرانسه نیز به موجب اصل کلی در عقود معوض باطل، متصرف ضامن استرداد مال است، اما در برخی منابع بیان شده که در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق ایران، در برخی موارد استثنایی دعوی بطلان و استرداد مورد عقد پذیرفته نمی شود. دلیل این امر در عقود مستمر مانند اجاره، عدم امکان استرداد منافع به جهت استیفای آن‌ها تا پیش از فسخ و بطلان؛ و در عقود غیر مستمر، عدم امکان استرداد عین به جهاتی از قبیل انعقاد عقد با محجور، تلف عین مورد معامله یا انتقال آن و غیره معرفی شده است (جهت مطالعه تفصیلی در این زمینه ر.ک. همان، شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۵۳-۱۵۲).

در خصوص ضمان منافع عقد فاسد، همان‌طور که مذکور افتاد، در حقوق فرانسه با توجه به مواد (۵۴۹) و (۵۰)، به جهت پذیرش قاعده حسن نیت، متصرف صرفاً زمانی ضامن است که فاقد حسن نیت باشد؛ و بر خلاف حقوق ایران، در فرض ثبوت ضمان نیز آن را منحصر در منافع مستوفات می نمایند.

در فقه عامه، حنا بله مانند فقهای شافعی و مالکی، و برخلاف حنفیه که معتقد به انتقال منافع به تبع عین حتی در عقد فاسد (ابن نعیم، ج ۶: ۱۰۲، به نقل از گرجی، ۱۳۷۸: ۲۴۲)، و عدم ضمان مقبوض به عقد باطل، مانند غاصب، نسبت به منافع اعم از مستوفات و غیرمستوفات هستند (گرجی، ۱۳۷۸: ۲۴۳)، بر این نظرند که در مقبوض به عقد فاسد مشتری مالک میباید شود، لذا ضامن عین و منافع، اعم از مستوفات و غیرمستوفات خواهد بود (گرجی، ۱۳۷۸: ۲۴۴؛ و ابن قدامه، ۱۴۰۳: ۵۶، به نقل از گرجی، ۱۳۷۸: ۲۴۰). با این حال، همانند فرانسویان و بر خلاف موضع حقوق ایران و فقه امامیه، برخی قائل بر این هستند که در فرض اجاره‌ی فاسد، در خصوص منافع غیرمستوفات ضمانی وجود ندارد (گرجی، ۱۳۷۸: ۲۴۱).

در حقیقت حنفی‌ها در این زمینه دقیقاً در نقطه مقابل فقه امامیه و حقوق ایران و حتی حقوق فرانسه که قابض را فقط نسبت به منافع مستوفات مسؤول می دانند، قرار می گیرند، زیرا در حالی که به موجب فقه امامیه، شافعی، مالکی و حنبلی مقررات غصب در خصوص عین و منافع مقبوض به عقد فاسد اعمال می گردد، مقررات غصب یا به جهت انتقال ملکیت اعمال نمی شود، و یا اینکه به رغم اعمال قواعد غصب، ضمانی نسبت به منافع وجود ندارد. حاصل آنکه بر اساس مباحث طرح شده، می توان گفت که در قانون مدنی ایران، قاعده‌ی اصل به کار رفته است.



## ۲-۲. کاربرد قاعده عکس

عقیده بر این است که مفاد قاعده «ما لا یضمن» در قانون مدنی ایران انعکاس ندارد و حکم تصرف در مال اخذ شده در عقود فاسد امانی، مورد تصریح قرار نگرفته است. فقط ماده (۶۱۰) مقرر داشته «در ودیعه، طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند، و اگر کسی مالی را از طرف دیگر که برای معامله اهلیت ندارد، به عنوان ودیعه قبول کند، باید آن را به ولی او رد نماید و اگر در ید او ناقص یا تلف شود ضامن است». مطابق این ماده شخصی که مالی از محجور به عنوان ودیعه گرفته، ضامن معرفی شده است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۲۵). در حقیقت همان طور که گفتیم، حکم این ماده مخالف قاعده عکس است. بر همین اساس عده ای معتقدند که اگر اصل ضامن متصرف در مال غیر، مستفاد از مفهوم مخالف ماده (۶۳۱) ق.م. را در نظر آوریم، باید همواره شخصی را که به مناسبت معامله‌ی امانی فاسد، در مال طرف تصرف کرده، ضامن بدانیم؛ زیرا آنچه در قانون، به عنوان استثناء بر اصل ضمانی بودن تصرف بیان گردیده، تصرف طرف عقد امانی صحیح در مال طرف دیگر که موضوع عقد بوده می‌باشد،<sup>۱</sup> و در مورد وضعیت تصرف در مال مورد عقد امانی فاسد، استثنائی بر اصل ضمانی بودن تصرف مقرر نشده و قانون در این زمینه ساکت است. البته همان طور که گفتیم، به عقیده‌ی ما غیر از مواردی که تصرف امانی ناشی از عقود صحیح امانی است، اذن نیز می‌تواند حالت امانت ایجاد کند. این نظریه در فقه هم طرفدارانی دارد و حتی برخی نسبت به آن ادعای اجماع کرده‌اند (طباطبایی، ۱۳۰۸، ج ۲: ۲۰۸، به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۵). در کنار این مورد، برخی نیز به صورت ضمنی تصرفات ناشی از اذن را غیر مضمونه اعلام کرده (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۹: ۶۱۸، به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۵)؛ و عده ای هم این تصرفات را تخصیصاً یا تخصصاً از شمول قاعده ید خارج دانسته‌اند (موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۴: ۵۲ و ۵۴ و نیز ج ۲: ۹۳، به نقل از شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۵). در فقه عامه هم به همین ترتیب از اذن به عنوان منشأ امانت یاد شده است، به گونه ای که برخی ما منشأیت اذن برای ایجاد امانت را به فقهای عامه یا به تعبیر ایشان فقهای جمهور نسبت داده‌اند (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۶۸). ایشان در ادامه‌ی تحلیل خود می‌افزایند که با در نظر گرفتن اینکه از یک طرف عدم ضمان در قاعده عکس، دست کم نسبت به برخی مصادیق، مورد قبول اکثریت فقها قرار گرفته و از منابع معتبر



۱. برای مثال ر.ک. ماده (۶۱۴) و (۶۳۰) ق.م.



اسلامی استنباط می‌شود و این منابع در حقوق ایران، عرف و عادت مسلم محسوب می‌گردد، و از طرف دیگر مطابق اصل (۱۶۷) قانون اساسی و ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت، نقص یا اجمال یا تعارض قوانین، دادگاه باید مطابق روح قانون و عرف و عادت مسلم که از منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر استخراج می‌شود، حکم صادر نماید. آنچه را که با تکیه بر تحلیل قواعد و اصول فقهی استنباط می‌شود، می‌توان در حقوق ایران نیز صادق دانست؛ بنابراین ید متصرف در عقود ودیعه، وکالت، جعاله و عاریه فاسد جز در موارد نقض، باید امانی؛ و در سایر عقود نظیر اجاره، مزارعه و مساقات فاسد باید ضمانتی دانست. به نظر می‌رسد این عقیده صحیح نیست، زیرا همان‌طور که گفتیم اذن نیز می‌تواند منشأ رابطه‌ی امانی گردد و در تمام این موارد چون مالک با اذن خویش مال را در اختیار متصرف قرار می‌دهد، جز در فرض وقوع تعدی یا تفریط از سوی وی، ید او امانی خواهد بود.

این نویسنده در خصوص روابط طرفین عقد فاسد امانی نسبت به منافع مورد عقد نیز بر این عقیده است که در عقود امانی نظیر ودیعه و عاریه، مستودع و مستعیر، مسؤولیتی نسبت به منافع مورد عقد ندارند، همچنان که نسبت به تلف عین و نقص آن اصولاً مسؤولیت گیرنده منتفی است، مگر اینکه مرتکب تعدی یا تفریط شده و یا مسؤولیت او شرط شده باشد و شرط مزبور معتبر تلقی گردد<sup>۱</sup> (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۸-۲۷). البته با توجه به نظر ما در خصوص اثر اذن، می‌توان گفت که در تصرفات ناشی از اذن نیز اگر تعدی و تفریطی رخ ندهد، ید قابض امانی است، و لذا همان‌طور که نسبت به عین ضامن نیست، در خصوص منافع نیز مسؤولیتی نخواهد داشت.

### نتیجه گیری

مهم‌ترین نتایج برگرفته از تحقیق حاضر عبارتند از:

۱. اولین فقیهی که به طور کامل قاعده «ما یضمن» را به کار بسته و تنظیم نموده است، مشخص نیست، اگرچه به اعتقاد شیخ انصاری، علامه حلی نخستین کسی است که مستندات این قاعده را گردآوری نموده است.







۲. قاعده فقط عقود را شامل می‌شود، زیرا علاوه بر اینکه فقها آن را در روابط طرفین در عقد فاسد بیان کرده‌اند، تفسیر مضیق قاعده نیز ما را به همین نتیجه رهنمون می‌شود.

۳. در تأثیر قاعده، علم و جهل طرف مدخلیت ندارد؛ زیرا در فقه امامیه، ضمان مقبوض به عقد فاسد ملحق به غصب و توابع آن است.

۴. از آن جایی که این قاعده به صورت حدیث یا روایت نقل نشده و جنبه اصطیادی دارد، نمی‌تواند به عنوان یک دلیل فقهی و منبع مطمئن برای استنباط احکام قرار گیرد و در برخورد با هر مسأله، حکم ضمان یا عدم ضمان را باید از ادله مبنایی فقهی استنباط کرد.

۵. با عنایت به تبادر ذهنی مفهومی، و نیز وجود قاعده علی‌الید، حرف «باء» در این قاعده، به معنای ظرفیت موجه‌تر است؛ چراکه نه تنها تبادر ذهنی معنایی چنین اقتضایی دارد، بلکه در عقد فاسد و بعد از قبض، منشأ ضمان قاعده‌ی علی‌الید، و نه عقد فاسد است.

۶. به موجب رویکرد فقه امامیه و برخی از مذاهب عامه، ضمان در این قاعده شامل ضمان عین و منفعت، و منفعت نیز اعم از مستوفات و غیرمستوفات است. هر چند در خصوص منافع در حقوق فرانسه، ضمان محدود به منافع مستوفات است.

۷. مجرای قاعده‌ی اصل، عقود ضمانتی؛ و مجرای قاعده‌ی عکس، عقود امانی و عقود تملیکی غیرمعوّض و نیز تصرفات مأذون است.

۸. با توجه به معنای مرجح ضمان در قاعده‌ی اصل و عکس، معنای اصل قاعده چنین است: «هر عقدی که در حالت صحت صحت، گیرنده را ملزم به رد عوض به طرف مقابل می‌کند، چنانچه به صورت فاسد واقع شود، گیرنده‌ی شیء نسبت به مقبوض ضامن است؛ به این صورت که در فرض وجود عین باید آن را مسترد کند و در فرض تلف، مثل یا قیمت آن را تسلیم کند». معنای عکس قاعده نیز این است: «هر عقدی که صحیح آن موجب لزوم تدارک مال به بدل‌المسمی نیست، خواه از آن رو که عقد اذنی و نه تملیکی است، و یا به این علت که تملیک مجانی است، در حالت فساد آن نیز گیرنده را ضامن ادای بدل نمی‌کند».

۹. در حقوق ایران، برخلاف حقوق فرانسه، اصل بر ضمانتی بودن ید متصرف در مال غیراست، با این تفاوت که در حقوق فرانسه برای طرف عقد امانی، فرض تقصیر شده است.





۱۰. محتوا و مضمون قاعده ی اصل در برخی مواد قانون مدنی انعکاس یافته، اما مضمون قاعده ی عکس در قانون مدنی جایگاهی ندارد؛ اگرچه شاید برخی مواد به صورت تلویحی اشاره ای ناقص به قاعده ی عکس داشته باشند.

۱۱. به موجب ماده (۳۶۶) قانون مدنی می توان گفت که قاعده اصل مورد پذیرش قرار گرفته، و در مقابل بر اساس ماده (۶۱۰) باید بر عدم تأیید قاعده عکس در این قانون رأی داد. البته با عنایت به اینکه اصل و عکس قاعده ی مورد مطالعه، نص روایی ندارد و تقریباً آثار مترتب بر آن به عنوان اصول کلی حقوقی و حتی عقلی در نظام های حقوقی دیگر نظیر فرانسه نیز وجود دارد، می توان گفت نظر کسانی که اصل و عکس این قاعده اصطیادی را تهی و بی اساس می دانند، خالی از قوت نیست.

#### منابع

۱. ابن عابدین، محمد امین، ۱۴۱۲ق، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت، دارالفکر، ج ۴.
۲. ابن قدامه، موفق الدین عبدالله، ۱۴۰۳ق، المغنی، بیروت، دارالکتب العربی، ج ۴.
۳. ابن محمود موصلی، عبدالله، بی تا، الاختیار لتعلیل المختار، بیروت، دارالکتب العلمیه، ج ۲.
۴. ابن نجیم مصری، زین الدین، ۱۹۶۸م، اشباه و نظائر، قاهره، بی تا، بی جا.
۵. ———، بی تا، البحر الرائق، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ج ۶.
۶. ابوعطا، محمد، ۱۳۸۵ش، تحلیل مفهوم و مبنای ضمان درک مبیع در حقوق ایران و فرانسه، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، ش ۱۴.
۷. امامی، سیدحسین، ۱۳۹۰ش، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ج ۲-۱.
۸. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۸ق، مکاسب، قم، موسسه نشر اسلامی، ج ۳ و ۱.
۹. ایروانی، علی بن عبدالحسین، ۱۳۷۹ش، حاشیه بر مکاسب، تهران، چاپخانه رشدی، ج ۱.
۱۰. تولیت، عباس، ۱۳۷۵ش، تحقیق و بررسی درباره قاعده مایضمن بصحیحہ یضمن بفاسده و قاعده عکس آن، مجله دیدگاه های حقوقی، ش ۳.





۱۱. جعفری لنگروری، محمد جعفر، ۱۳۸۰ش، فلسفه حقوق مدنی، قم، نشر گنج دانش، ج ۲.
۱۲. خراسانی، ملا محمد کاظم، بی تا، حاشیه بر مکاسب، بی جا، نشر حاج شیخ احمد شیرازی، بی جا.
۱۳. \_\_\_\_\_، ۱۴۱۹ق، محصل المطالب فی تعلیقات علی مکاسب، بی جا، بی تا، ج ۱.
۱۴. خورسندیان، محمد علی و ذاکری نیا، حایه، ۱۳۸۵ش، واکاوی اراده، قصد و رضا در فقه اسلامی و حقوق ایران، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱.
۱۵. خوبی، سید ابوالقاسم، ۱۳۷۸ش، مصباح الفقاهه، قم، موسسه نشر اسلامی، ج ۳.
۱۶. داراب پور، مهرباب، ۱۳۸۷ش، مسؤولیت های خارج از قرارداد، تهران، مجد، بی جا.
۱۷. سلطانی نژاد، هدایت الله، ۱۳۷۸ش، ضمان معاوضی، فصلنامه نامه مفید، ش ۱۸.
۱۸. شاملی، نصرالله، علی اکبری بابوکانی، احسان و شاکری، محسن، ۱۳۹۱ش، ضمان ناشی از بطلان اعمال حقوقی معاوضی: در حقوق ایران، مصر، فرانسه و فقه امامیه، فصلنامه پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۸.
۱۹. شهیدی، سید مهدی، ۱۳۹۱ش (الف)، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، بی جا.
۲۰. \_\_\_\_\_، ۱۳۸۸ش، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، بی جا.
۲۱. \_\_\_\_\_، ۱۳۹۱ش (ب)، حقوق مدنی ۶: عقود معین ۱، تهران، مجد، بی جا.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷ق، المبسوط، تهران، الکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ج ۳، ج ۳-۲.
۲۳. فهیمی، عزیزالله، ۱۳۸۲ش، فساد بیع و آثار آن، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، ش ۲.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۴ش، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران، میزان، بی جا.
۲۵. \_\_\_\_\_، ۱۳۹۰ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۲.
۲۶. گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۷۸ش، مقالات حقوقی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱.





۲۷. مجلس الاعلیٰ للشئون الاسلامیه، ۱۳۹۴ق، موسوعه جمال عبد الناصر فی الفقه الاسلامی، قاهره، المجلس الاعلیٰ للشئون الاسلامیه.
۲۸. محقق داماد، مصطفیٰ، ۱۳۷۴ ش، قواعد فقه مدنی ۲، تهران، سمت.
۲۹. محمدی، ابوالحسن، ۱۳۷۳ ش، قواعد فقه، تهران، دادگستر.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۰ ش، القواعد الفقهیه، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ج ۱.
۳۱. مینا، محبوبه، ۱۳۹۲ ش، مفهوم اکراه و تأثیر آن بر اراده با نگاهی به حقوق فرانسه و مصر، فصلنامه مطالعات حقوقی، ش ۲.
۳۲. نجفی خوانساری، شیخ موسیٰ، ۱۳۷۳ ش، منیه الطالب فی شرح المکاسب، تهران، بی نا، ج ۱.
۳۳. یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۰ق، حاشیه بر مکاسب، قم، موسسه اسماعیلیان، ج ۱.

