

قاعده ما یضمن

و

عمن آن

حمیدرضا پرهام مهر

ایمان ضیاء جلدی

عبدالرضا محمد حسین زاده

سرنشانه	: پرهام مهر، حمید رضا، ۱۳۶۴ -
عنوان و نام پدیدآور	: قاعده ما لا یضمن و عکس آن
مشخصات نشر	: کرمان: انتشارات پیام مصطفی، ۱۳۹۴.
مشخصات ظاهری	: ۸۳ ص: ۵/۱۴ × ۵/۲۱ س.م.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۷۸۸۶-۰۶-۹
وضعیت فهرست نویسی	: فبیای مختصر
یادداشت	: فهرست نویسی کامل این اثر در نشانی: http://opac.nlai.ir قابل دسترسی است
شماره افزوده	: ضیاء جلدی، ایمان، ۱۳۵۷-
شناسه افزوده	: محمد حسین زاده، عبدالرضا، ۱۳۴۰ -
شماره ثبت شناسه ملی	: ۳۸۴۵۵۱۶



همه حقوق محفوظ است

- عنوان: قاعده ما لا یضمن و عکس آن

- مؤلفین: حمیدرضا پرهام مهر، عضو هیئت علمی دانشگاه زابل، ایمان ضیاءجلدی (عضو هیئت علمی دانشگاه زابل)، عبدالرضا محمدحسین زاده (دانشیار دانشگاه شهید باهنر کرمان)

- ناشر: انتشارات پیام مصطفی

- نوبت چاپ: اول / ۱۳۹۳

- شمارگان: ۱۰۰۰ جلد

- لیتوگرافی و چاپ: چاپ پیشگام

- قیمت: ۹۰۰۰۰ ریال

- شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۷۸۸۶-۰۶-۹

- آدرس الکترونیکی مؤلف: a_hosseinzadeh@yahoo.com

ISBN 978-600-7886-06-9



9 786007 886069

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
پیشگفتار	۷
فصل اول: تبیین قاعده	۲۳
گفتار اول: پیشینه	۲۵
گفتار دوم: شرح اصطلاحات	۲۶
بند اول: توضیح «مای» ماصوله	۲۶
بند دوم: توضیح معنای «ب»	۲۶
بند سوم: توضیح «تقد»	۲۷
بند چهارم: توضیح ضامن	۲۸
گفتار سوم: تعریف	۳۵
توضیح عکس قاعده	۳۶
فصل دوم: شمولیت قاعده	۳۹
مجارى اصل و عکس قاعده	۴۱
بند اول: اجرای قاعده	۴۱
بند دوم: منافع	۴۲
فصل سوم: دلایل و مستندات قاعده	۴۶
قاعده اقدام	۴۷

صفحه	عنوان
۴۹	قاعده ید
۵۰	قاعده ید و قاعده اقدام
۵۱	احترام به مال دیگران
۵۲	قاعده لا ضرر
۵۳	اجماع فقها
۵۴	بناء عقود
۵۷	فصل چهارم: تسرو و کاربرد قاعده
۵۹	گفتار اول: کاربرد قاعده در فقه
۶۰	گفتار دوم: کاربرد قاعده در قانون
۶۲	بند اول: ضمان درک
۶۳	بند دوم: کاربرد قاعده در عقد اجاره
۶۵	گفتار سوم: بررسی چند فرض (استثنائات قاعده)
۷۹	کتابنامه

پیشگفتار

www.ketab.ir

از ویژگیهای مکتب تشیع بهره وری از عنصر اجتهاد در گستره نصوص دینی است. این ویژگی سبب ماندگاری، پویایی و توانمندی این مکتب در پاسخگویی به موضوعات و مسائل روز در هر عصر بوده و هست. در عصر حاضر، ظهور تحولات چشمگیر علمی و صنعتی و گسترش ارتباطات و نگاه نقادانه به دین، مسئولیت رهبران دینی سنگین تر شده و فقها باید چالش های نوین را در برابر پاسخ های درخور را با زبان روز و قابل فهم برای جویندگان و پویندگان آن عرصه کنند. همواره در زنده و بالنده نگهداشتن این دین در عرصه زندگی اجتماعی جوامع بشری کوشا باشند. بنابراین آشنایی با شیوه های استنباط و شناسایی و تحت دایره قواعدهای که در مسیر به دست آوردن احکام شرعی قرار می گیرند، ضروری است.

فقه نیز مانند دیگر علوم قاعده مند است. اما برای تبیین و تعریف آن میان دانشمندان این دانش، اختلاف عقیده وجود دارد؛ هر چند که تفاوت چندانی در محتوای تعبیرهایشان به چشم نمی خورد. با توجه به معنی تریفهای بیان شده در مورد معنی قاعده در فقه، می توان این واژه را در فقه این گونه تعریف کرد.

قاعده فقهی، فرمولی بسیار کلی است که منشأ استنباط احکام محدود تر واقع می شود و اختصاص به یک مورد خاص ندارد، بلکه مبنای احکام مختلف و متعدد قرار می گیرد.^۱

قاعده ی فقهی و ضابط فقهی

قاعده عمومی وسیعتر و اعم از ضابط فقهی است. قاعده ی فقهی به مسائل خاصی از ابواب فقه اختصاص ندارد، در حالی که ضابط فقهی محدود به مسائل مطرح در یکی از ابواب فقه است. در این باره البانی می گوید: «و القاعده لا تختص بباب، بخلاف الضابط».^۲

البته باید اعتراف کرد که آنچه در علم فقه به عنوان قاعده شناخته می شود، به طور دقیق نمی تواند در آنچه اصطلاح فلسفی «مبادی تصدیقیه» نام دارد، داخل شود؛ زیرا در مبحث «رای علوم» دانشمندان گفته اند که مبادی علوم «منها البرهان» است و مسائل علوم «الها البرهان»^۳ در حالی که در

^۱ - ر.ک: قواعد فقه، تألیف سید مصطفی محقق داماد، بخش مدنی، ج ۱، ص ۶. برای ملاحظه ی نظریات دیگر رجوع کنید به: خموی، احمد ابن محد، غمز عیون الباعث فی مأسن الاشیا و النظائر، دار الطباعة العمره، قاهره ۱۳۵۷ هـ ج ۱، ص ۲۲ و کوزل حصار ی مصطفی ابن محمد، منافع النقائ فی شرح مجامع الحقائق، ص ۳۰۵ و زرقاء، مصطفی، المدخل الفقهی العام، ج ۷، جامعه دمشق ۱۹۶۳، ج ۲، ص ۹۴۱

^۲ البانی، عبدالرحمن ابن جار الله، حاشیه بر شرح الجلال المحلی علی جمع لاجوامع، ج ۲، ص ۲۹

^۳ شیرازی صدر الدین محمد (ملا صدرا)، تعلیقه شفاء، ص ۴

فقه بسیاری از قواعد هر دو ویژگی را دارند و به این سبب، از یک سو در زمره ی مبادی و از سوی دیگر در جرگه مسائل محسوب می شوند. وجود این گونه قواعد در وجهی به علم فقه مختص نیست، بلکه در سایر علوم به ویژه فلسفه نیز نیز آنها را می توان یافت.^۱

به عقیده ی ابن نجیم نیز فرق بین ضابط فقهی و قاعده ی فقهی آن است که «قاعده شامل فروع، از ابواب گوناگون می شود، اما ضابط فقهی، جامع فروع مختص به یک باب واحد است. البته این [مقتضای] اصل است».^۲ سیوطی^۳ و ابوالبقاء^۴ هم همین تفاوت را ذکر کرده اند. بر پایه ی این تفاوت، برای نمونه بحث «علی الید» که مختص به باب خاصی - یعنی غضب - است، ضابط محسوب می شود و قاعده ی لا ضرر و لا ضرر ویالا حرج قاعده شمرده می شوند.

بسیاری از فقیهان خود را چندان مقید به رعایت تفاوت مذکور نکرده اند و هر یک از این دو اصطلاح را به جای دیگری به کار برده اند. برای مثال، نابلسی در شرح اشباه و نظائر ابن نجیم گفته است که «استعدا، هی فی

^۱ ابراهیمی دینانی، غلامحسین، قواعد کلی فلسفی در فلسفه ی اسلامی، ج ۱، مقدمه، ص ۱۰.

^۲ ابن نجیم، زین الدین ابن ابراهیم، الاشباه و النظائر، ص ۱۹۲.

^۳ سیوطی، جلال الدنئی عبدالرحمن ابن ابی یکر، الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۷.

^۴ ابوالبقاء الحسینی، ایوب ابن موسی، کلیات، فصل قاف، بخش ۴، ص ۴۸.

الاصطلاح بمعنى الضابط و هی الامر الکلی المنطبق علی جمیع جزئیاته» یعنی قاعده در اصطلاح به معنی ضابط است و عبارت است از امر کلی که بر جمیع جزئیاتش منطبق می شود.^۱

حاجب آنکه فردی همچون ابن نجیم که خود از جمله افرادی است که بین تفاوتی را میان قواعد و ضوابط تبیین کرده اند، کتابی به نام الفوائد الزیئیه فی فقه السیفیه تألیف کرده که در آن پانصد ضابط فقهی را مورد بحث قرار داده است. در حالی که موارد زیادی از آنها از مصادیق قواعد فقهی هستند.

شهید اول، نخستین مؤلف سیم قواعد فقه، نیز در اثر نفیس خود، مواردی را تحت عنوان ضابط بیان می کند مانند ضابط نذر، ضابط وکالت به حسب متعلق، ضابط قرب و بعد در سیرت، ضابط نماز جماعت و شرایط امام جماعت و ضابط زندان. او درباره ی ضابط زندان می نویسد: «ضابط الحبس: توقف استخراج الحق علیه» یعنی ضابط زندان آن است که گرفتن حق به آن بستگی داشته باشد. ملاحظه می شود که شهید اول ظاهراً خود را تا حد امکان مقید به فرق مذکور می دانسته و به این دلیل، اگر چه به

۱ - نابلسی، عبدالغنی ابن اسماعیل، کشف الخطائر عن الاشباه و النظائر، نسخه ی خطی، ص ۱۰

سبب غلبه کتاب خود را القواعد و الفوائد نامیده است، در این گونه موارد، عنوان را ضابط فرض کرده و جز در موارد اندک، یکی را به جای دیگری به کار نبرده است؛ اما بیشتر فقهای متأخر خود را از قید آزاد ساخته و هر یک از این دو اصطلاح را به جای دیگری به کار برده اند که به ویژه به کار بردن «قاعده» به جای «ضابط» بسیار دیده می شود. برای نمونه، ابن رجب حنبلی تحت عنوان «القاعده» این عنوان را آورده است: «شعر الحيوان في حكم المنفصل عنه في لحمه لا متصل»^۱ البته، بعضی فقیهان نیز به ضوابط، عنوان «قواعد خاصه» داده اند.^۲

در بیان نگارندگان متأخر قواعد فقهیه نیز تفاوت مذکور به هیچ وجه مراعات نشده است و بیشتر آنچه به آن قاعده یا فقهی اطلاق شده است باید ضابط فقهی نامیده می شد، هر چند که از سوی دیگر، هیچ یک از قواعد فقهی، ضابط نامیده نشده است.^۳

^۱ ابن رجب حنبلی، عبد الرحمن بن شهاب، تقریب القواعد و تحریر القواعد (قواعد ابن رجب) قاعده ۲، ص ۴.

^۲ سیکی، تاج الدین، الشباه و النظائر، نسخه ی خطی، ص ۴.

^۳ ر. ک: موسوی بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، قواعد ید، استیمان، احسان، طهارت و...

قاعده ی فقهی و نظریه فقهی

برخی نویسندگان، به ویژه عرب زبانان اخیر، قواعد فقهی را به صورت مترادفی برای «نظریه ی عام فقهی» به کار برده اند،^۱ اما به نظر می رسد با اندکی تأمل تفاوت میان این دو اصطلاح روشن خواهد شد.

اصطلاح نظریه عام فقهی کاملاً جدید است و ظاهراً توسط حقوقدانان مسلمان که علاقه به آشنایی فقه، متأثر از حقوق غربی بوده اند، در آثار فقهی اسلامی معاصر نفوذ کرده و تأثر شده اند.

مرتب کردن مباحث فقهی بر اساس روشهای جدید

در اینجا لازم است ضمن قدردانی از تقابل از کوششهای این گروه از فقهای آگاه به زمان، توجه آنان را به تمایز دقیقی که میان قواعد فقه و نظریات عام فقهی وجود دارد، جلب کنیم. نظریه ی عام فقهی در واقع مجموعه ای از ارکان، شروط و احکامی است که وحدت موضوع حاکم بر همه آن عناصر، میان آنها رابطه فقهی برقرار ساخته است. برای مثال، نظریه عقد که با

^۱ ر.ک: ابو زهره، محمد، اصول الفقه، ص ۱۰ / نشریسی، احمد بن یحیی، ایضاح المسالک الی قواعد الامام مالک، ص ۱۱۱

«Thoery of contract» در حقوق غرب مطابقت دارد، در حقیقت «فقه عقد» است و با «law of contrac» تطبیق می کند و عبارت است از مجموع مباحث ارکان، شروط و احکام عقد.^۱

در این باره سنهوری می گوید: «در فقه اسلامی قدیم، نظریه ی عام در مورد عقد وجود ندارد. فقه سنتی فقط عقود معینی را به طور جداگانه مورد بحث قرار می دهد و هر یک سگرا ن باید برای نظریه عام در مورد عقد، از میان احکام مختلف این عقود، احکام مشترکی را که به طور غالب بر تمام عقود حاکم است به دست آورند.^۲ بنابراین، قواعد فقهی قضایایی هستند که زیربنای مسائل فقه قرار می گیرند و همان طور که در تعریف آنها گفته شد، منشأ استنباط فروع واقعی می شوند؛ در حالی که نظریه ی عام را فقیه با اتخاذ وجه مشترک میان احکام مختلف به دست می آورد.

با توجه به آنچه گفته شد، باید تصدیق کرد بر این امر که قواعد فقهی را که محتوای آنها فقط آن چیزی است که فقیهان با ملاحظه موارد مدد به عنوان وجه مشترک استنباط کرده اند - و به این دلیل، زیربنای مسائل و منشأ

^۱ ر.ک: عاطف نقیب، نظریه العقد، موسسه عویدات، بیروت، ۱۹۸۸ / معروف الحمینی، هاشم، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، مکتبه هاشم، بیروت، بی تا.

^۲ سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج ۶، ص ۲۰-۱۹.

استنباط فروع و احکام نیستند - می توان جزء نظریات عام محسوب کرد. به علاوه، به نظر می رسد آنچه به نام «اشباه و نظائر» توسط فقیهان شیعه و سنی نگارش یافته، بیشتر با اصطلاح نظریه عام فقهی منطبق است تا با قواعد فقهی.

مسائل و قاعده ی فقهی

برگردد به حکام واقعی و ظاهری موضوع حکم، امری خاص و معین باشد، مانند وجوب نماز، روزه، و یا صحت رهن و بیع، آن حکم را مسأله ی فقهی می نامند و چنانچه موضوع حکم، عام و کلی و منطبق بر موارد متعدد باشد، به نحوی که حکم همه ی آن موارد در قضیه یکجا بیان شود، مانند «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» از قواعد فقهی می گویند.

اقسام قاعده ی فقهی

قاعده ی فقهی دو قسم است:

الف) آنکه حکم شارع به عنوان واقعی شیء عام، کلاً علق گرفته باشد، بدون اینکه جهل به واقع، در موضوع ملحوظ شده باشد. این دسته قواعد فقهی واقعی هستند و دلیل اثبات کننده آنها، دلیل اجتهاد است. مثل ضمان ید،

اتلاف و تسبیب که در آنها، حکم ضامن به عنوانهای کلی وضع ید بر مال غیر، اتلاف و تسبیب تعلق گرفته است.

ب) آنکه حکم شارع به شیء عام و کلی تعلق یافته، ولی آن شیء نه به عنوان واقعی، بلکه به عنوان شیء مجهول الحکم موضوع و متعلق حکم شارع قرار گرفته است.

این دسته از قواعد فقهی را اصول عملیه می گویند؛ مانند اصل طهارت و اصل برائت که در اولی، حکم طهارت نسبت به موضوعی که پاکی و نجسی آن مشخص نیست جاری است و در دومی، حکم برائت یا اباحه بر هر موضوعی که حکم آن مجهول است، تعلق می گیرد. می بینیم که موضوع حکم شرعی در تمام این موارد، شیء کلی است، ولی نه به عنوان واقعی خود شیء، بلکه به این عنوان که حکم شرعی آن شیء مجرب است.

بنابراین، اصول عملیه آن دسته از قواعد فقهی است که مناد آن حکم ظاهری و موضوع آن، اشیاء به عنوان مجهول الحکم است.

اصول عملیه

اصول عملیه دو قسم است:

۱. اصولی که دلیل حجّیت آنها، اثبات حکم ظاهری در موارد جهل به حکم واقعی است: مانند اصل برائت. مطابق این اصل که در متون اصلی به شکل «كُلُّ شَيْءٍ مُّطْلَقٌ، حَتَّى يَرَدَّ فِيهِ النَّهْيُ» بیان می شود هر چیزی که تکلیفش مجهول یا مشکوک باشد، حکم ظاهری آن اباحه یا برائت است. به عبارت دیگر، مفاد دلیل، جعل حکم ظاهری در موضوع مجهول الحکم است. به اصل برائت دیگر اصولی که مفاد دلیل آنها به قرار مذکور باشد، اصل محض گفته می شود.

۲. اصولی که دلیل حجّیت آنها بر نادیده گرفتن و اعتنا نکردن به احتمال عدم وجود حکم واقعی در زمان شک، دلالت می کنند؛ مانند قاعده ی استصحاب که مطابق آن، هنگام شک در بقای امر متیقن سابق، نباید به شک لاحق اعتنا کرده، یقین سابق را نقض کرد بلکه باید چنین فرض شود که امر متیقن سابق در زمان شک هنوز باقی است.

نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به ویژه با تشخیصی که به رغم بهره گیری از تجارب حقوقی برخی کشورهای اروپایی، از آماز بر پایه ی مستحکم فقه اسلامی و به خصوص مکتب فقیهان جامع، غنی و متعالی امامیه و اندیشه های والا و دقیق فقهای گرانقدر آن بنا شده است، پس از پیروزی

شکوه‌مند انقلاب اسلامی نیز طبق اصل چهارم قانون اساسی که مقرر می‌سازد: «کلیه ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...»^۱

در همین راستا باید گفت؛ اهمیت قواعد و جایگاه آنها در تاریخ فقه به خوبی روشن است. وجود قاعده عام و اصول کلی که فقیه از طریق تفریع آنها به فروع برنمی‌تابد، نقششان با موارد و مصادیق خاص، درباره ی وقایع و رویدادهای جاری منتهی تکلیف می‌کند، نشانه ی پویایی نظام حقوقی اسلام است.

از جمله این قواعد که کاربرد فراوانی در فقه و حقوق دارد، قاعده ی «ما یُضَمَّن بِصَحیحِهِ یُضَمَّن بِفَسَادِهِ» و عکس آن یعنی «ما لا یُضَمَّن بِصَحیحِهِ لا یُضَمَّن بِفَسَادِهِ» می‌باشد.

بسیاری از فقها به آن استناد نموده‌اند در حالیکه دایمی قرآنی و روایی نیست؛ یعنی عبارت قاعده (ما یضمن...) عبارتی نیست که در قرآن و روایات به آن استناد نموده باشند؛ اما به طور قطع و یقین مورد استناد اکثر فقها و حقوقدانان قرار گرفته است. این قاعده با دو عنوان (ما یضمن... و کل عقد ما

^۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۲۳، چاپ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

یضمن ... ذکر شده است که مورد اختلاف می باشد و بر طبق اینکه کدام عبارت برگزیده شود معنا و موارد استناد آنها فرق می کند؛ بدین معنی که اگر عبارت اول انتخاب شود قاعده، همه‌ی عقود و ایقاعات را شامل می شود ولی اگر عبارت دوم پذیرفته شود تنها مورد استناد آن، عقود می باشد از اولین کسی که به این قاعده استناد نموده می توانیم علامه حلی^۱ و ابن ادریس حلی^۲ را نام ببریم اما به تری شیخ انصاری قبل از این افراد اولین شخصی که این قاعده را بیان نمود شیخ طوسی (در المبسوط^۳) می باشد و در هر صورت این قاعده مورد قبول علماء شیعه^۴ و اهل سنت^۵ قرار گرفته و آنها در کتاب‌های خود به این قاعده استناد نموده اند. از جمله‌ی قواعد دیگری که در فقه و حقوق بیان شده قاعده (مقبوض به عقد فاسد)^۶ است اما شیخ انصاری این قاعده را جزء قاعده ما یضمن دانسته و آن را تحت این قاعده مطرح کرده است که ما هم بر طبق سخن شیخ این قاعده را ضمن قاعده یضمن دانسته و از توضیح در مورد آن صرف نظر می کنیم.

^۱ تذکره الفقهاء؛ ج ۲، ص ۳۲

^۲ سرائر، کتاب البیع، ص ۲۸۵ و ۳۲۶

^۳ المبسوط، ج ۲، ص ۱۵۰ و ۲۰۴ و ج ۳ ص ۸۵ و ۲۴۳.

^۴ سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن ابی بکر، الاشباه والنظائر، ص ۲۳۱

^۵ مکاسب، شیخ انصاری، ج ۱، ص ۱۷۰ و جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۲۳۳ و طباطبایی، علی

بن محمد، ریاض المسائل، ج ۱، ص ۵۱۷

این نوشتار در پی تشریح این قاعده و مواضع مورد اختلاف دانشمندان است. در مقام «تطبیق» بر موارد و مصادیق، با دقت بیشتر مورد استفاده قرار گیرد.

بحث در خصوص این قاعده در چهار فصل با شرح ذیل ارائه خواهد شد؛ فصل اول: تبیین قاء ه، فصل دوم: شمولیت قاعده، فصل سوم: دلائل و مستندات قاعده، فصل چهارم: قلمرو کاربرد قاعده.

حمیدرضا پرهام مهر

ایمان ضیاء جلدی

عبدالعزیز محمد حسین زاده