



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The 13 rd.
Year/NO: 4 Winter 2021

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۰/۰۲

تاریخ پذیرش: ۹۹/۱۱/۰۸

نقش علم و جهل در ضمان مقبوض به عقد بیع فاسد

محمد صادق بابایی علویق^۱ دکتر رحیم وکیل زاده^۲

چکیده

عقد بیعی که به جهت فقدان یکی از شرائط صحت، صحیح واقع نشود فاسد و باطل بوده آثار و نتایج دارد و اهم این نتایج این است که هر قابضی موظف به استرداد همان چیزی است که قبض نموده است، در نتیجه در صورت قبض و اقباض، فروشنده ضامن تلف ثمن و خریدار ضامن تلف مبیع می باشد. این ضمان در بیان فقها و قانون مدنی ایران بدون لحاظ و مداخلت علم و جهل طرفین به فساد، مطلق انگاشته شده است. این مقاله در صدد تبیین صور علم و جهل طرفین بر فساد و تاثیر آن است. از نتایج بحث اینکه با بررسی فروض مسئله نقش علم و جهل طرفین مشخص می شود که قائل شدن به ضمان اگر چه در برخی صور مثل علم طرفین به فساد بیع طبق قاعده علی الید و وجود اکل مال به باطل موجه بوده ولی به صورت علی الاطلاق و در همه فروض چندان توجیهی ندارد؛ چرا که در صورتی مثل علم فروشنده بر فساد و جهل خریدار طبق قاعده اقدام و اصل عدم و مواردی همچون اعراض از مالکیت می توان قائل شد که خریدار مسئولیتی در قبال مبیع ماخوذه و همچنین در صورت جهل فروشنده بر فساد، وی نسبت به ثمن دریافتی و تلف آن به صورت مطلق ضامن نیست.

واژگان کلیدی: عقد، بیع، فاسد، جهل، علم

۱- دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی و اندیشه امام خمینی (ره)، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد

اسلامی، تبریز، ایران. (نویسنده مسؤول) sadegbabayi@gmail.com

۲- استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه حقوق و علوم سیاسی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

مقدمه

اگر عقدی صرف نظر از ماهیت آن به جهت فقدان رکنی از ارکان یا شرطی از شروط صحت، صحیحاً واقع نشود فاسد خواهد بود و قابض (در بحث ما، خریدار نسبت به مبیع و فروشنده نسبت به ثمن دریافتی) ضامن خواهد بود. مشهور فقها (به نقل از روحانی، ۱۳۷۳، ۱۵، ۳۲۸) و به تبع آن قانون مدنی ایران این ضمان را مطلق دانسته اند؛ فلذا در هر حال، چه تعدی و تفریط صورت گرفته باشد و چه نگرفته باشد و هکذا چه طرفین عالم به موضوع باشند یا جاهل به آن، ضمان وجود دارد. مبنای این نظر (نجفی، ۱۴۲۱، ۲۲ و ۳۷، ۲۶۰ و ۳۷) را قاعده اصطیادی^۱ یا یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و قاعده علی الید ما اخذت حتی تودیه ذکر کرده اند.

در نتیجه در فرض فاسد بودن بیع، در حکم به ضمان، فرقی بین علم و جهل گذاشته نشده است. در این مقاله درصدد تبیین این امر هستیم که آیا ضمان به صورت مطلق بوده یا بین علم و جهل طرفین به فساد یا علم یکی از طرفین و جهل دیگری تفاوت وجود دارد.

۱- واژگان:

۱-۱- عقد

عقد در لغت به معنای گره زدن و در مقابل حل است (ابن مکرّم، ۱۴۱۴ه.ق، ۳، ۲۹۶) و در اصطلاح فقها عبارتست از دو انشا متلازم ابتدایی و مطاوعی که یکی به دیگری در ظرف اعتبار گره خورده و هیچ یک جز با دیگری تاثیر ندارد. (مسجدسرایبی، ۱۳۹۳، ۱، ۴۲۸)

قانونگذار نیز در ماده ۱۸۳ قانون مدنی مقرر داشته است: عقد عبارتست از اینکه دو یا چند نفر در مقابل دو یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد. این تعریف از این جهت که مانع اغیار و جامع افراد نیست مورد انتقاد قرار گرفته است. زیرا اولاً شامل اشخاص حقوقی نمی شود و ثانیاً فقط شامل عقود عهدی می گردد و لاغیر. به نظر مناسب ترین تعریف برای عقد عبارت است از (توافق و تطابق دو یا چند اراده و انشاء جهت ایجاد اثر حقوقی). زیرا این تعریف نسبت به بقیه تعریفهای صورت گرفته جامعیت بیشتری داشته و مانع نیز می باشد.

۱-۲- بیع:

واژه بیع به فتح یا و سکون عین از حیث واژه شناسی ادبی جزء لغات اضداد است. یعنی واژه ای که بر دو معنی ضد هم وضع شده است. این واژه به معنی خریدن و فروختن (هر دو) آمده است. (فیومی، ۲، ۶۹) از نظر فقهی و حقوقی نیز تعاریف زیادی وجود دارد. امام آن را تملیک عین به عین یا تبدیل مال به مال دانسته و آن را از افعال بایع می داند نه تعریف خود بیع (موسوی خمینی، ۱۳۸۰، ۱، ۷) فلذا از نظر ایشان بیع از مقوله معنی است نه از سنخ لفظ.

مرحوم کوه کمری تعریف متمایزی از بیع نسبت به سایر فقها دارد، وی معتقد است، بیع از امور اعتباری است و امور اعتباری حقیقتی ندارد، فلذا تعریف بیع با تعریف حقیقی ممکن نیست بلکه تعریف با آثار و لوازم آن ممکن است. (کوه کمری، ۱۴۰۹، ۷)

^۱ - قانون مدنی م ۳۶۶، هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص کند ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

^۲ - قواعد اصطیادی قاعده هایی هستند که فقها آن ها را از مجموعه هایی از روایات و یا احکام برگرفته اند.

۱-۳- فاسد:

یفسد فساداً به معنی تباه شدن، هدر رفتن، مترادف باطل که متضاد حق است و پوچ و بی اثر می‌باشد. (طریحی، ۱۴۱۶، ۳، ۳۹۰) در اصطلاح فقهی نیز فقهای مذاهب شیعه (غروی جزیری ۱۴۲۱، ۲، ۲۷۵) شافعی (انصاری سنیکی، بی تا، ۲، ۸) حنبلی (کلودانی، ۲۰۰۴، ۱، ۲۳۵) مالکی (ثعلبی بغدادی، ۲۰۰۴، ۲، ۱۴۱) معتقدند که فاسد مترادف با باطل می‌باشد و در مقابل حنفیه (غیتابی، بی تا، ۸، ۱۳۹) معتقد هستند که این دو واژه متفاوت از هم هستند. در هر حال تعریف آن غریب از معنای لغوی نیست. در فقه این گونه تعریف شده است که (ماکان مشروعاً باصله غیر مشروع بوصفه و ما اختل فیہ احد الشروط) یعنی چیزی که در اصل مشروع ولی از نظر وصف غیر مشروع بوده و یکی از شروط آن مختل شده است. (سعدی ۱۴۰۸، ۲۸۵)

۱-۴- جهل:

جهل در لغت به معنای ندانستن است. (ابن احمد، ۱۴۱۰، ۳، ۳۹۰) جهل به چند صورت قابل تحلیل است: خالی بودن نفس از علم و آگاهی، که معنای اصلی واژه است؛ اعتقاد به چیزی برخلاف آنچه در واقع هست؛ انجام دادن کاری برخلاف آنچه باید انجام شود، چه آن را صحیح بدانند چه ندانند. جهالت نیز به معنای انجام دادن ناآگاهانه یک عمل است. در نتیجه جهل، مقابل علم بوده و به معنای نبود آگاهی و علم در کسی است که استعداد دانستن را دارد.

۱-۵- علم:

علم به معنی یقین می‌باشد و به معنای معرفت نیز آمده است. هر دو معنی نیز به یک چیز بر می‌گردد، زیرا هر دو در اینکه مسبوق به جهل بوده اند مشترکند. (فیومی، ۲، ۴۲۷). برخی نیز گفته اند: علم لغه و عرفاً بر چند معنا اطلاق می‌گردد: ۱- اطلاق حقیقی بر چیزی که نقیض ندارد. ۲- اطلاق بر مجرد ادراک (یعنی چه ادراک جزمی باشد و چه راجح و مرجوح و یا مساوی) ۳- مراد از علم تصدیق است چه تصدیق قطعی و چه ظنی ۴- مراد از آن معرفت است. (عبدالرحمان، ۲، ۵۳۴)

۲- اثر عقد بیع فاسد

طبق نظر مشهور فقها و قانون مدنی ایران بیع فاسد اثری در تملک ندارد و هر کس مالی را به عقد فاسد قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود. اثر بیع فاسد این است که فروشنده موظف به استرداد ثمن و خریدار موظف به استرداد مبیع مقبوضه خواهد بود و با تلف مبیع و ثمن، طرفین ضامن مثل؛ در صورت مثلی بودن و ضامن قیمت در صورت قیمی بودن می‌باشند. آنچه که به نظر می‌رسد اینکه چند فرض اساسی و مهم وجود دارد که نمی‌توان در همه این فرض ضامن را مطلقاً یا برجا دانست. زیرا با احتساب علم و جهل طرفین چهار صورت به وجود خواهد آمد که ممکن است در هر فرض پاسخ متفاوت تر از فروض دیگر باشد، که با بررسی این فروض حکم هر شق مشخص خواهد شد.

۳- فروض علم و جهل طرفین به فساد بیع**۳-۱- علم فروشنده و خریدار بر فساد بیع**

در این فرض فقها (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴، ۲، ۶۲۳) معتقدند که ضمان پا برجاست. دلیل این امر این است که اقدام عالمانه به قبض و اقباض مالی که تحت هیچ یک از عناوین صحیح شرعی نیست اقدام به عملی فاسد و کالعدم است که تنها اثرش استقرار ضمانت است و صرف رضایت باعث عدم ضمانت نمی شود. زیرا این عقد از نظر شرع صحیح نیست پس دارای اثر - که همان مالکیت و به تبع آن جواز تصرف - نمی باشد، چنانچه سیره مسلمانان نیز چنین بوده است. (امام خمینی، بی تا، ۱، ۴۲۴). معروف است که قبل از شهید ثانی هیچ فقیهی خلاف ضمان احتمالی مطرح نکرده است و همه قائل به ضمان بوده اند. وی در کتاب مسالک (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳، ۱۵۴) احتمال عدم ضمان در صورتی که دافع علم داشته باشد را مطرح، سپس از این احتمال عدول کرده است. وی آورده است: با جهل خریدار فرقی نیست که فروشنده عالم به فساد باشد یا جاهل، اگر فروشنده بداند با دادن مالش به خریدار او را مسلط بر اتلاف مالش می کند احتمال عدم ضمان وجود دارد. و همچنین احتمال عدم ضمان وجود دارد در صورتی که هر دو عالم به فساد بیع باشند. (همان، ۱۵۴) در ادامه شهید از نظر مذکور عدول نموده و گفته اقوی ثبوت ضمان در همه فروض است. ولی اینکه دلیل این عدول چیست را مطرح ننموده است. همچنین گفته شده ظاهر اتفاق فقها بر این است که متباین چه جاهل برفساد باشند و چه عالم بر آن، در هر حال ضمان پا برجاست. (مراغی، ۱۴۱۷، ۲، ۴۵۸)

با این همه به نظر می رسد اگر طرفین با علم به فساد بیع نسبت به قبض و اقباض اقدام نمایند می توان ضمان را منتفی دانست. زیرا اقدام به بیع فاسد با وجود علم به فساد آن کاشف از رضایت طرفین به تصرف طرف دیگر در مال وی بوده و با رضایت طرفین ضمان منتفی است. در اینجا اشکالی مطرح می شود و آن اینکه با فساد عقد بیع، شارع حکم به ضمان کرده و این ضمان مطلق است فلذا شامل موضوع بحث نیز شده و در هر حال خریدار نسبت به مبیع مقبوضه و فروشنده نسبت به ثمن دریافتی ضامن می باشد.

در جواب این اشکال می توان گفت، اگر با فرض فساد، قصد دافع نقل ملکیت نبوده در حقیقت این عمل تضييع مال خود می باشد و قاعده احترام مال مسلمان نیز شامل این مورد نمی شود، مضافاً بر اینکه چون در فرض مذکور و فساد عقد، قبض و اقباض از روی عناد و بدعت و اختراع در مقابل شارع و تجری بوده ضمانتی وجود نخواهد داشت.

در پاسخ به این سوال که حکم شارع به فساد معامله حکم شرعی تبعیدی است یا غیر آن؛ به نظر می رسد چون به نظر اغلب فقها ضمان از آثار بیع فاسد بوده و بیع نیز از امور غیر تبعیدی است در نتیجه آثار آن نیز خارج از تعبد خواهد بود. جعل حکم ضمان برای حمایت از شخصی است که ضرری متحمل شده است ولی در صورتی که شخص، با علم به فساد؛ دیگری را بر مالش مسلط نماید حمایت کردن از این شخص چه معنا و مفهومی دارد، مگر اینکه در قالب خاصی چون حمایت از محجور باشد. مضافاً بر اینکه - با فرض فساد عقد - اگر قابض علم داشته باشد که مالک به تصرف در عین راضی است، در این صورت تصرف قابض مشکلی ندارد و موجب ضمان نیست. زیرا این رضایت ابتدایی است و سوای رضایت متصل به عقد است. (بحرانی، ۱۴۲۸، ۳۵۵) و با این رضای ابتدایی متاخر از رضای متصل به عقد، حکم به ضمان صحیح به نظر نمی رسد.

سوالی دیگری که در مطرح می شود اینکه، آیا قبض و اقباض از روی اذن و رضایت و قصد طرفین در ضمان نقش

دارد یا خیر؟

۱ - لایحل مال امری مسلم الا بطیب نفس منه.

در این مورد باید دو فرض مطرح کرد:

فرض اول: حکم تکلیفی (جواز یا عدم جواز تصرف)

فرض دوم: حکم وضعی (ضمان یا عدم ضمان)

فرض اول: حکم تکلیفی

در این فرض اگر مالک، خریدار را بر مالش مسلط کرده و راضی به تصرف او حتی با فرض فساد عقد و علم به فساد است؛ اشکالی در جواز تصرف نیست اگر چه به رضای تقدیری باشد. (روحانی، ۱۴۲۹، ۳، ۲۵۳) البته برخی معتقدند اذن در تصرف مترتب بر صحت معامله است و در فرضی که صحت نباشد تصرف به غیر اذن و اکل مال به باطل می‌باشد. زیرا وجه حلیت منحصر به موردی است که معامله بیع یا تجارت عن تراض یا هبه یا امثال آن - مثل اباحه تصرف - باشد که مالک راضی به اکل مال خود بدون عوض است و بیع و تجارت به فرض (معوذ بودن) منتفی است و باقی احتمالات از قبیل هبه و ... نیز منتفی است، زیرا خریدار و فروشنده اذن در تصرف داده اند و اگر طرفین بعد از علم به فساد راضی به عوضین شدند و رضایتشان نیز استمرار داشته باشد کلامی در صحت تصرف نیست. (عاملی، ۱۴۱۹، ۱۲، ۵۳۹).

فرض دوم: حکم وضعی

منظور از حکم وضعی ضمان است. اکثراً فقها بر این عقیده هستند که اذن بنفسه رفع ضمان نمی‌کند. زیرا در موارد بسیاری با اینکه اذن وجود دارد ضمان نیز برقرار است. بنابراین اگر اذن مقید به عدم ضمان باشد این صراحت در تقیید مفید رفع ضمان است و اگر مقید به ضمان باشد تنها مفید رفع حکم تکلیفی است. گفته شده است؛ در صورتی که اذن قید رفع یا وجود ضمان را نداشته باشد رافع ضمان نیست، زیرا ادله ضمان عمومیت داشته و اینجا را شامل می‌شود. از طرفی دلیلی بر تخصیص عموم نیز وجود ندارد. البته اگر اذن به صورت مطلق باشد به گونه ای که از سیاق آن عدم ضمان فهمیده شود بدون شک موجب سقوط ضمان است. (جمعی از مولفان، ۱۴، ۱۶۶). برخی معتقدند: اگر علم به رضایت طرفین در فرض فساد باشد هر چند که شارع مقدس ملکیت را امضاء نکرده باشد ضمانی در کار نیست. (شیرازی زنجانی <http://www.zanjani.ir>) مضافاً بر اینکه رضایت هر دو طرف اباحه‌ی تصرف برای طرف مقابل بوده است. (عاملی، ۱۴۱۹، ۱۲، ۵۳۹) البته مشهور بین اصحاب ضمان است و دعوی اجماع نیز شده است و شیخ انصاری در مکاسب دلیل آن را علی الید ما اخذت حتی تودیه ذکر کرده است. (به نقل از روحانی، پیشین، ۲۵۳). گفته شده است، بعد از قبض دو حالت متصور است؛ یا ید قبض امانی است یا ضمانی، ید امانی هم یا امانت مالکانه است که طی عقد ودیعه منعقد شده باشد و در ما نحن فیه چون قبض به عقد فاسد بوده فلذا اساساً عقد ودیعه ای وجود نداشته است و یا ید امانت شرعیه است که شارع شخص را امین قرار داده باشد، مثل اینکه کسی مالی را پیدا می‌کند و تا برگرداندن آن مال به مالک شارع او را امین قرار می‌دهد، که این نوع امانت بدون اطلاع مالک و یا اذن شارع انجام می‌گیرد و در موضوع معنون این امر نیز مفقود است، زیرا دافع خود علم و اطلاع دارد که مالش را طی عقد فاسد به دیگری می‌دهد در نتیجه چون ید امانی در هر دو قسم منتفی است؛ ید ضمانی خواهد بود. (کوه کمری، پیشین، ۱۴۴)

به نظر می‌رسد در صورتی می‌توان ید قابض را ضمانتی تصور نمود که دافع علم به فساد نداشته باشد و الا با علم به فساد و رضایت و قصد خود دافع چه لزومی دارد که قابض را با اقدام دافع بر علیه خود ضامن تلقی نماییم.

۲-۳) جهل فروشنده و خریدار بر فساد بیع

چنانچه نقل شد ظاهر اتفاق فقها بر این است که متعاقدین چه جاهل بر فساد باشند و چه عالم بر آن، ضمان از جمله آثار قبض به عقد بیع فاسد است. (مراغی، پیشین، ۴۵۸)

چنانچه می‌دانیم جهل فرد به احکام شرعی یا حاصل تقصیر و کوتاهی وی در تعلم احکام بوده است و یا حاصل قصور. و البته این دو گرچه در اصل جهل مشترک هستند ولی محکوم به حکم واحد نیستند، بلکه فقهاء جاهل مقصر را شبیه علم دانسته اند چرا که در جهلش شخصاً مقصر است.

به نظر می‌رسد در اینجا نیز باید قصوری یا تقصیری بودن جهل فرد به فساد بیع، در حکم شرعی (ضمانت یا عدم ضمانت) دخالت داشته باشد. جاهل قاصر که کوتاهی در آموختن احکام شرعی مبتلی به خودش نکرده است، جهلش - طبق فرمایش پیامبر اکرم (ص): رفع عن أمتی تسعة: الخطأ، و النسیان، و ما أكرهوا عليه، و ما لا يعلمون، و ..- (عاملی حر، ۱۴۰۹، ۱۵، ۳۶۹) معذور است؛ معنای معذوریت جهل فقط برداشته شدن عقاب اخروی نیست، بلکه آثار دنیوی نیز دارد. لازمه ی معذور یا مرفوع القلم بودن جاهل قاصر این است که احکام عالم را بر ذمه وی نگذاریم. چنانچه معنای رفع قلم از «خطاکار» و کسی که عمل حرامی را سهواً انجام میدهد این است که حکم عالم به حرمت را بر او بار نکنیم. مثل کسی که مرتکب قتل خطا می‌شود که شرعاً محکوم به حکم قصاص که برای «قتل عمد» است نمی‌شود و معنای رفع قلم از وی صرفاً برداشته شدن عذاب موعود برای قاتلین نیست. در مسأله بیع فاسد و ضمانت مقبوض نیز امر بر همین منوال است و کسی که جاهل به فساد و بطلان شرعی عمل خود بوده و به خیال صحت مرتکب آن شده است را، نباید محکوم و ملتزم به احکامی بکنیم که برای عالم به فساد گفته شده است. اما اگر بیعی فاسد بود و طرفین معامله جاهل به فساد بودند و جهلشان جهل تقصیری بود و نه جهل قصوری، حکماً ملحق به «عالم به فساد» خواهند بود، چرا که جاهل مقصر مثل عالم است.

به نظر نمی‌رسد بحث معذوریت صرفاً اثر اخروی رفع عقاب را داشته باشد چرا که ثبوت چنین چیزی عقلی است و نیاز به بیان توسط پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نبود. چرا که خداوند حکیم و عادل، جاهل قاصر را بابت جهلی که داشته و به سبب آن مرتکب حرام یا ممنوعی شده است، عذاب نخواهد کرد و این مسأله مختص مسلمین و موهبتی برای آنها نیست چرا که عقاب و مجازات جاهل امری نکوهیده است و از خدای حکیم صادر نمی‌شود و فرقی بین امت پیامبر اسلام و امم سابقه نیست. لذا وقتی ایشان میفرمایند قلم از جاهلین امت من برداشته شده است، لابد یک اثر دنیوی باید داشته باشد و گرنه قلم تکلیف رفع نشده است و جاهل را مکلف به تکلیف عالم دانسته ایم.

۳-۳) جهل خریدار و علم فروشنده به فساد بیع

در این فرض دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول مبین اصل عدم ضمان است و این اصل با جهل گیرنده به فساد قوی و با علم دیگری اقوی است. (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۸، ۴۶۶) مضافاً بر اینکه می‌توان گفت؛ در صورت علم فروشنده و جهل خریدار و قبض مبیع این امر شبیه اعراض از مالکیت می‌باشد و در اعراض از مالکیت؛ مالک با علم به اینکه مالش توسط دیگری مورد تصرف قرار می‌گیرد از مال خود اعراض می‌کند. در پاسخ به این استدلال گفته شده است که شخص عالم

قصد معاوضه داشته است نه قصد اعراض (مراغی، پیشین، ۴۵۸). بدین بیان که طبق قاعده (العقود تابعه للقصد) ملاک قصد طرفین می‌باشد و قصد مالک، معاوضه یا بیع و عقدی از عقود بوده است نه اعراض از مالکیت، مضافاً بر اینکه قیاس این فرض با اعراض قیاس مع الفارق است زیرا اعراض ایقاع بوده و پس از اعراض مالک دیگر تسلطی بر مال ندارد در صورتیکه در ما نحن فیه قصد طرفین عقد بوده و مالک همچنان بر مال خود مسلط است.

در مقابل دیدگاه اول (که عدم ضمان بود)، دیدگاه دوم اصل را بر ضمان بنا نهاده است. زیرا در صورتی که بین علم و جهل تفصیل قائل شویم لازمه‌ی این سخن این است که در مأخوذ به قمار نیز به جواز تصرف حکم نمایم. زیرا در این صورت نیز مال باخته مالش را با علم در اختیار دیگری قرار می‌دهد در حالی که چون عمل باطل بوده آخذ حق تصرف ندارد. مضافاً بر اینکه قابض بدون مجوز شرعی بر مالی وضع ید نموده است. (قمی طباطبائی، ۱۴۱۳، ۲، ۱۶۰). به نظر می‌رسد دافع در مقبوض به عقد فاسد با قطع نظر از عقد و علم به فساد راضی به تصرف گیرنده‌ی جاهل می‌باشد و این امر خروج موضوعی از صورتی دارد که آخذ حق تصرف نداشته است. مضافاً بر اینکه تصرف آخذ جاهل با اذن مالک عالم به فساد بوده و خود شخص با داشتن شرایط عامه‌ی تکلیف دیگری را بر مال خود مسلط کرده است.

نتیجه اینکه به نظر می‌رسد در این فرض قاعده اقدام و قاعده غرور جاری می‌باشد. زیرا دافع عالم به فساد بیع بوده و با این حال قابض را که اطلاعی از فساد نداشته مغرور نموده و بر مال خود مسلط کرده است و با وصف موجود توجیه عقلایی و عرفی و شرعی وجود ندارد که قابض را ضامن تصرف در مال مقبوضه بدانیم. به عبارت دیگر دافع با علم به اینکه عقد فاسد می‌باشد مال خود را در اختیار قابضی قرار داده است که از فساد عقد بی اطلاع است و قبلاً نیز در بحث جهل طرفین به فساد گفتیم که حدیث رفع که مبین رفع قلم از جاهل است علاوه بر اثر اخروی باید یک اثر دنیوی را بردارد و گرنه قلم تکلیف رفع نشده است و اثر دنیوی در اینجا ضمان است که مرتفع شده است. مضافاً بر اینکه قیاس مقبوض به عقد فاسد به غصب و آن را در حکم غصب قرار دادن نیز دور از حقیقت و قیاس مع الفارق است، زیرا غاصب مال را از مغضوب منه به صورت قهر و غلبه می‌گیرد و با جمیع این خصوصیات ضامن است ولی در مقبوض به بیع فاسد مالک به اختیار و قصد و رضا مالش را در اختیار قابض قرار می‌دهد و فرض این است که قابض مالک را از تصرف در مالش ممنوع نکرده است تا موجبات ضمان را فراهم آورد در نتیجه وجهی برای قیاس در این خصوص وجود ندارد.

در پاسخ به این جواب گفته شده است که دفع مالک اثر شرعی نداشته فلذا قابض نباید در مال مقبوضه تصرف می‌کرده و چون تصرف کرده ضامن است.

در پاسخ می‌توان گفت قابضی که جاهل به فساد بوده و مالک با علم به فساد مالش را در اختیار وی قرار داده در صورت توجه مسئولیت به هر یک مبنای شرع چیست؟ آیا شرع کسی را که جاهل بوده مسئول می‌شناسد و با این وجود به کسی که عالم بوده حق مراجعه به جاهل در تصرف را می‌دهد؟ به نظر چنین برداشتی از شرع مقدس ناصواب است زیرا دافع احترام مال خود را نگه نداشته و آن را در اختیار جاهل قرار داده است، مضافاً بر اینکه -بر خلاف استدلال فقهای که قاعده علی‌الید^۱ را با اطلاقش شامل هر دو صورت علم و جهل می‌دانند- این قاعده شامل موردی است که تصرف ناشی از قهر و غلبه باشد و با این وصف شامل موضوع ما نمی‌شود. چون قابض جاهل بوده و قهر و

^۱ - علی‌الید ما اخذت حتی تودی

غلبه ای صورت نگرفته است. دلیل بر اینکه این قاعده شامل مورد قهر و غلبه است این که؛ در موارد زیادی لفظ اخذ در قهر و غلبه استعمال شده است، مثل آیه شریفه " وَ كَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَا أَخَذَ الْقُرَىٰ وَ هِيَ ظَالِمَةٌ إِنَّ أَخْذَهُ أَلِيمٌ شَدِيدٌ " (هود، ۱۰۲) "لَأَخْذُنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ" (الحاقه، ۴۶) و آیه شریفه " وَ لَقَدْ جَاءَ آلَ فِرْعَوْنَ النَّذْرُ كَذَّبُوا بِآيَاتِنَا كُلِّهَا فَأَخَذْنَاهُمْ أَخْذَ عَزِيزٍ مُّقْتَدِرٍ " (قمر، ۴۱-۴۲) که همگی نشانگر استفاده لفظ اخذ در قهر و غلبه است. علاوه بر اینکه چنانچه برخی از فقها (حایری، ۱۴۲۳، ۲، ۴۱۵) گفته اند؛ رضایت شرع بر تصرف قابض در معاملات لازم نیست و رضایت مالک کافی است، زیرا منع شارع در حقیقت جهت حفظ حقوق مالک و جلوگیری از ورود ضرر به وی بوده است و با وصف قبول مالک و اقدام بر علیه خود رضایت شرع لزومی ندارد و در این فرض رضایت دافع به تصرف قابض در مالش بنا بر (مالکیت) خریدار نبوده بلکه (رضایت به تصرف در مال) بوده است و حیثیت تعلیلی در این مورد رضایت است و آنهم موجود است.

۳-۴- جهل فروشنده و علم خریدار بر فساد بیع

در این فرض ظاهراً قاعده غرور^۱ حاکم است. طبق این قاعده فریب خورده به کسی که فریب داده مراجعه می کند. در این فرض نیز چون فروشنده به عنوان دافع جهل به فساد داشته و با این فرض که بیع صحیح واقع شده اقدام به اقباض نموده ولی خریدار عالم به فساد بوده و با این حال قبض نموده است، و در حقیقت خریدار با علم به فساد و قبض مبیع، غار بوده و غار نیز سبب است، در نتیجه سبب (خریدار) اقوی از مباشر (فروشنده) می باشد. همچنین چون غار سبب ضرر به مغرور شده طبق مقتضای قاعده لاضرر باید جبران خسارت کند. (بجنوردی، پیشین، ۱۵۱) در خصوص قاعده غرور گرچه این قاعده روایتی از پیامبر اکرم (ص) بوده و مرسله است، لکن نظر به اینکه فقهای عظام بر طبق این روایت عمل کرده و فتوی داده اند ضعف سند روایت جبران می شود و به تعبیر دیگر شهرت عملی سبب معتبر شدن روایتی می شود که از حیث سند ضعیف است. (همان، ۱۴۲). در این مورد که آیا می توان به قاعده غرور و سبب اقوی از مباشر بودن استناد کرد یا نه؛ برخی بر این باور هستند که اقوی بودن سبب از مباشر به این است که بین فعل مباشر و سبب یک اراده و اختیار متوسط نباشد، اگر فعل مستند به یک فاعل مختار باشد بحث سبب و مباشر مطرح نمی شود. در سبب، مباشر مانند آلت فعل است ولی در غرور چنین نیست، غار ایجاد داعی می کند و معد را به وجود می آورد ولی مغرور با اختیار و اراده خود فعل را انجام می دهد. (همان ۱۵۲) در این جا هم فروشنده ی مغرور با اراده خود مبیع را تسلیم خریدار نموده است. به نظر می رسد؛ اگرچه فروشنده با اراده ی خود مبیع را تسلیم خریدار کرده است ولی با وجود جهل به فساد بیع حتی نمی توان رضایت فروشنده جهت تصرف در مال توسط خریدار را، احراز کرد، و با این وصف هنوز قاعده غرور حاکم است، زیرا اذن فروشنده مترتب بر صحت معامله بوده و در فرضی که معامله صحیح نبوده و خریدار نیز عالم به این امر بوده و فروشنده را مطلع نکرده، در حقیقت او را فریفته است و علاوه بر این، اکل مال به باطل و تصرف به غیر اذن در مال دیگری می باشد. (عاملی، پیشین، ۵۳۹).

^۱ - المغرور یرجع الی من غره

۴- نتیجه:

هر عقد فاسدی آثاری دارد که بیع نیز مستثنی از این قاعده نیست. یکی از آثار بیع فاسد ضمان خریدار نسبت به مبیع و ضمان فروشنده نسبت به ثمن دریافتی است. مشهور فقها و به تبع آن قانون مدنی ایران بر این عقیده است که ضمان در فرض فساد بیع مطلق است و علم و جهل فروشنده و خریدار نقشی ندارد. آنچه که از مجموع مباحث بدست می آید این است که قطعاً علم و جهل خریدار در موضوع دخیل است. و می توان در برخی فروض بر خلاف نظر مشهور با دخیل دانستن علم و جهل حکم متفاوتی نسبت به نظر مشهور قایل و معتقد به عدم ضمان فروشنده و خریدار شد. به نظر می رسد بر خلاف نظر حقوقدانان، از ماده ۳۶۶ قانون مدنی نیز می توان استنباط نمود که قانون بین علم و جهل طرفین فرق گذاشته است. در ماده مذکور آمده است: "هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد کند." می توان گفت؛ چون قانونگذار بیع را مقید به فاسد بودن آورده و بیع فاسد را نیز به قبض گره زده پس علم قابض را مفروض دانسته در نتیجه قابض باید علم به فساد نیز داشته باشد تا حکم ضمان مستقر شود. مضافاً بر اینکه حتی اگر ماده را بدون توجه به علم و جهل، مطلق بدانیم، می توان گفت که مطلق در حال اطلاق منصرف به فرد اکمل است و فرد اکمل نیز علم فروشنده و خریدار به فساد بیع است.

منابع و مأخذ

- قرآن کریم

- انصاری سنیکی، زکریا بن محمد، بی تا، *الغرر البهیة*، نشر مکتبه میمنیه
- بجنوردی سید محمد، ۱۴۰۱ ه. ق، *قواعد فقهیه*، ج ۱، چاپ سوم، ایران - تهران، نشر موسسه عروج.
- بحرانی آل عصفور یوسف بن احمد، ۱۴۰۵ ه. ق، *الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*، محقق / مصحح: محمد تقی ایروانی - سید عبد الرزاق مقرم، ج ۱۸، چاپ اول، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بحرانی محمد سند، ۱۴۲۸ ه. ق، *فقه المصارف و النقود*، تک جلدی، چاپ اول، قم - ایران، مکتبه فدک. حسینی حایری سید کاظم، ۱۴۲۳ ه. ق، *فقه العقود*، ج ۲، چاپ دوم، قم - ایران، مجمع اندیشه اسلامی.
- ثعلبی بغدادی، ابو محمد عبدالوهاب، ۲۰۰۴ م، *التلخیص فی الفقه المالکی*، چ اول، دارالکتب العلمیه
- روحانی سید صادق، ۱۳۷۳ ه. ق، *فقه الصادق علیه السلام*، ج ۱۵، چاپ اول، قم - ایران، دارالحکمه.
- روحانی سید صادق، ۱۴۲۹ ه. ق، *منهاج الفقاهه*، ج ۳، چاپ پنجم، قم - ایران، انوار الهدی.
- سعدی ابو حبیب، ۱۴۰۸ ه. ق، *القاموس الفقہ لغه و اصطلاحاً*، تک جلدی، چاپ دوم، دمشق - سوریه، نشر دارالفکر.
- طباطبائی سید تقی، ۱۴۱۳ ه. ق، *عمده الطالب فی التعلیق علی المکاسب*، ج ۲، چاپ اول، قم - ایران، کتابفروشی محلاتی.
- طریحی فخر الدین، ۱۴۱۶ ه. ق، *مجمع البحرین*، ج ۳، چاپ سوم، تهران - ایران، نشر کتابفروشی مرتضوی.
- عاملی سید جواد، ۱۴۱۹ ه. ق، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۲، چاپ اول، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی.
- عاملی، حرّ، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ ه. ق، *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، چ اول، قم - ایران، نشر مؤسسه آل البيت علیهم السلام، گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ ه. ق، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، چاپ اول، قم - ایران، نشر مؤسسه المعارف الإسلامیه، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی
- غروی جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۱۹ ه. ق، *الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت (ع)*، چ اول، بیروت - لبنان، نشر دارالتقلین

- غیتابی حنفی، ۱۴۲۰ ه.ق، ابو محمد ابن احمد بن موسی، *البدایه فی شرح الهدایه*، چ اول، بیروت - لبنان، دارالکتب العلمیه

- قزوینی، سید علی موسوی، ۱۴۲۴ ه.ق، *ینابیع الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، محقق / مصحح: سید علی علوی قزوینی - سید عبد الرحیم جزمی قزوینی، ج ۱، چ اول، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- کلودانی، ابوالخطاب محفوظ بن احمد، ۲۰۰۴ م، *الهدایه علی مذهب الامام حنبل*، چ اول، نشر موسسه غراس للنشر

- کوه کمری، سید محمد بن علی حجت، ۱۴۰۹ ه.ق، *البیع*، تک جلدی، چاپ دوم، قم - ایران، نشر دفتر انتشارات اسلامی.

- محمود عبد الرحمان، فاقد، *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه*، ج ۲، فاقد، فاقد

- مراغی سید میر عبدالفتاح، ۱۴۱۷ ه. ق، *العناوین الفقهیه*، ج ۲، چاپ اول، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی.

- مقری فیومی احمد بن محمد، فاقد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، ج ۲، چاپ اول، قم - ایران، منشورات دارالرضی.

- موسوی خمینی سید روح اله، ۱۳۸۰ ه.ش، *البیع*، ج ۱، چاپ اول، تهران - ایران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

- نجفی محمد حسن، ۱۴۲۱ ه.ق، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۲۲ و ۳۷، چاپ هفتم، بیروت - لبنان، نشر داراحیاء تراث العربی.

- جمعی از مولفان، فاقد، *مجله فقه اهل بیت*، ج ۱۴، چاپ اول، قم - ایران، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی.

- حمید مسجد سرابی، ۱۳۹۳ ه.ش، *ترمینولوژی فقه*، تک جلدی، چ دوم، تهران - ایران، نشر روایت نو.

- زنجانی سید موسی شبیری، درس خارج فقه، ۲۰-۵-۹۵، پایگاه اطلاع رسانی دفتر شبیری زنجانی،

<http://www.zanjani.ir>

- قانون مدنی

