

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

«إلا أن يفسر بما أبطناه سابقاً: من أن كلَّ عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساد، و لا ريب أن العقد فيما نحن فيه و في مثل المبيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه ضمان ...»

سه احتمال در قاعده «كل عقد يضمن بصحيحه بفاسده»

مرحوم شيخ(ره) فرموده‌اند: در صورتی که مشتری علم دارد که بایع عنوان غاصب را دارد و ثمن را به بایع تسلیم می‌کند، چنانچه ثمن در يد بایع تلف شود، وجهی برای ضمان وجود ندارد و مشتری حق رجوع به بایع را ندارد، لکن کلمات فقهاء در بیان این قاعده که «كل عقد يضمن بصحيحه بفاسده» اطلاق دارد.

شيخ(ره) فرموده: در این قاعده سه احتمال وجود دارد، که بر طبق یک احتمال ضمان را استفاده می‌کنیم و بر طبق دو احتمال دیگر عدم ضمان را استفاده می‌کنیم.

در کلمه «عقد» در قاعده «كل عقد يضمن بصحيحه بفاسده»، سه احتمال وجود دارد؛ یک احتمال این که مراد از عقد، «شخص العقد» باشد، احتمال دوم این که مراد از عقد، «نوع العقد» باشد و احتمال سوم این که مراد از عقد، مطلق معامله مالی باشد.

احتمال اول: «شخص العقد»

«شخص العقد»، یعنی همان عقد مشخص و معین، که دارای دو فرد و مصداق خارجی نیست، بلکه یک مصداق دارد، مثل بیع بلاثمن، که یک جنس داریم به عنوان معامله، یک نوع داریم به عنوان بیع و یک شخص یا صنف هم داریم، بیع بلاثمن در عالم خارج یک فرد است و یک عنوان کلی که دارای دو فرد باشد، که یک فردش اتصاف به صحت و فرد دیگرش اتصاف به فساد پیدا کند، ندارد، بلکه بیع بلاثمن، یا صحیح است و یا فاسد.

حال اگر در این قاعده، عقد را به منزله «شخص العقد» گرفتیم، که «شخص العقد» هم دو فرد این چنینی ندارد، باید از راه فرض و تقدیر وارد شویم، به این معنا که شخص العقدي که اگر بر فرض صحت، در آن ضمان باشد، بر فرض بطلان هم در آن ضمان است و اگر در فرض صحت در آن ضمان نباشد، بر فرض بطلان هم در آن ضمان نیست.

مثلاً در بیع بلاثمن اگر فرض کنیم خود این بیع در شریعت ما بیع صحیحی است، آیا در آن ضمان وجود دارد یا نه؟ که روشن

است که در بیع بلائمن اگر فرض کنیم که در شریعت صحیح است، اصلاً در خود مدلول این بیع عدم ضمان وجود دارد، بیع بلائمن یعنی در مقابل مبیع چیزی تضمین نمی‌شود.

لذا می‌گوییم: بیع بلائمن اگر در شریعت صحیح بود، ضمان در آن نبود. حالا هم که فاسد واقع شده، ضمان در آن وجود ندارد.

البته این اشتباه با مصداق نشود، ممکن است که زید بیع بلائمنی واقع کند، عمرو هم بیع بلائمن دیگری واقع کند، که به تعداد مصداق متعدد می‌شود منتها حقیقت بیع بلائمن یکی است و لذا باید به صورت فرض مساله را مطرح کنیم، منتها در بحث قاعده «ما یضمن» هم گفتیم که: این معنا، یک معنای باطلی است.

این یک معنا که طبق آن در ما نحن فیه حکم به عدم ضمان می‌کنیم، چون در ما نحن فیه مشتری ثمن را به بایع داده و می‌داند که بایع مالک نیست و غاصب است، شبیه بیع بلائمن است و چون در صحیحش ضمان وجود ندارد، پس در فاسدش هم ضمان وجود ندارد.

احتمال دوم: «نوع العقد»

معنای دوم برای عقد «نوع العقد» است، یعنی نوع عقد متعارف، که مراد از نوع متعارف، یعنی نوعی که مسمای به یک اسم خاصی است. «کل عقد» یعنی «کل بیع»، «کل اجاره»، «کل صلح» و ... که بیع، صلح، اجاره و ... همه نوع العقدی هستند، که در فقه ما مسمای به یک اسم خاصند.

حال اگر در صحیح آن ضمان باشد، باید در فاسدش هم ضمان باشد، در بیع صحیح می‌گوییم: مشتری پول را می‌دهد و بایع هم جنس را و این بیع صحیح می‌شود. وقتی در نوعش، یکی از افراد، صحیح و در آن ضمان باشد، در فرد فاسدش هم ضمان است، مثلاً در بیع، در فرد صحیحش ضمان است، پس در فاسدش هم باید ضمان باشد.

لذا بنا بر این معنای دوم، صحیح بیع مع الثمن است و فاسد هم بیع بلائمن و می‌گوییم: چون در بیع مع الثمن ضمان وجود دارد، پس در بیع بلائمن هم باید ضمان وجود داشته باشد و لذا طبق این معنا باید در ما نحن فیه هم بگوییم: ضمان وجود دارد، چون در بیع صحیح ضمان وجود دارد، پس باید در این بیع هم ضمان وجود داشته باشد، پس اگر ثمن را به بایع داد و در یدش تلف شد، بایع ضامن است.

احتمال سوم: مطلق معامله مالیه

معنای سوم این است که مراد از عقد، مطلق معامله مالیه باشد، یعنی اعم از نوع متعارف و غیر متعارف، که نوع متعارف را معنا کردیم به عقدی که دارای اسم معینی هست و مطلق معامله مالیه معنایش این است که حتی جنس را هم شامل می‌شود، ولو این که آن جنس یک معامله متعارف و دارای اسم معین است نباشد، مثل عنوان معامله تملیک بلاعوض، یک عنوان معامله مالی هست، اما عنوان متعارفی نیست و در فقه چنین عنوانی نداریم.

حال در تملیک بلاعوض که به عنوان تملیک است، اگر گفتیم که: فرد صحیح آن در شریعت، هبه غیر معوض است، نه این که خودش تملیک بلاعوض باشد، فرد صحیحش هم هست و ما نحن فیه یعنی بیع بلائمن هم فرد فاسدش است، چون در فرد صحیحش، یعنی هبه غیر معوض ضمان معاملی و معاوضی وجود ندارد، پس در افراد فاسده تملیک بلاعوض هم ضمان

نباشد، یعنی در بیع بلائمن نباید ضمان باشد.

پس روشن شد که طبق این سه معنا، بر طبق معنای اول که کل عقد یعنی شخص العقد، نتیجه عدم ضمان شد، طبق معنای دوم که نوع متعارف بود، نتیجه ضمان شد و طبق معنای سوم هم نتیجه عدم ضمان شد. پس از میان این سه احتمال، طبق دو احتمال نتیجه عدم الضمان است و طبق یک احتمال نتیجه عبارت از ضمان است.

نظریه شیخ(ره) بر ضمان

بعد مرحوم شیخ(ره) فرموده: و بالجمله مستند مشهور لایخلو عن غموض، چون در ما نحن فیه گفته‌اند: اگر مشتری ثمن را به بایع تحویل داد و در ید بایع تلف شد، بایع ضامن نیست.

مرحوم شیخ(ره) فرموده: با توجه به این که در میان این سه احتمال در قاعده «ما یضمن»، در محل خودش احتمال دوم را تقویت کردیم، که مراد از کل عقد یعنی «نوع العقد» و روی این احتمال نتیجه بر ضمان می‌شود، نمی‌فهمیم که چرا مشهور فقهاء در ما نحن فیه حکم به عدم ضمان کرده‌اند و مستند مشهور خالی از غموض نیست.

بعد فرموده: احدی از فقهاء در بیع بلائمن تصریح به عدم ضمان نکرده، اما در ما نحن فیه تصریح به عدم ضمان کرده‌اند و اجماع بر عدم ضمان دارند.

همچنین برخی از فقهاء در باب رشوه تصریح کرده‌اند که اگر مرتشی و رشوه گیرنده، رشوه‌ای را که رشوه دهنده گرفته و در ید مرتشی تلف شود مرتشی ضامن است و رشوه هم از قبیل همین ثمن در بیع بلائمن یا ثمن در ما نحن فیه هست، که مشتری به بایع تحویل می‌دهد.

بعد هم مویدی برای ضمان آورده و فرموده: روایاتی داریم که دلالت دارد بر این که ثمن کلب، خمر سحت است، یعنی تصرف در آن حرام است و اگر در ید انسان تلف شد، موجب ضمان است، مگر این که مراد از سحت، تشبیه در اصل تحریم باشد و نه در حکم وضعی، که مساله ضمان است، یعنی شاید یک حکم تکلیفی به نام حرمت باشد و از آن طرف هم مساله ضمان در کار نباشد.

پس این بحث تمام شد و نهایتاً مرحوم شیخ(ره) به مساله ضمان تمایل پیدا کرده‌اند، ولی باز هم به ضرر قاطع هیچ کدام از این دو را به صورت متعین اختیار نکرده‌اند.

سه مورد استثناء از حکم به ضمان

بعد از این مطلب فرموده‌اند که: این که می‌گوییم: اگر ثمن در ید بایع تلف شود، بنا بر قول مشهور ضمانی در کار نیست، در سه مورد استثناء می‌شود، که این سه مورد، در حقیقت سه قید برای مساله است، منتها با نبود هر قیدی، یک استثناء درست می‌شود.

استثناء اول

اولین استثناء این است که این که اگر ثمن در ید بایع تلف شود، بایع ضامن است، در جایی است که بایع لنفسه معامله کند، اما

اگر للمالك معامله کرد و مشتري ثمن را به بايع داد تا به مالک برساند و بايع را وسيله براي رساندن ثمن به مالک قرار داد، در این صورت اگر ثمن در يد بايع تلف شد، بايع ضامن است و حکم به عدم ضمان در اینجا وجود ندارد، چون ملاک عدم ضمان تسليط مجاني بود و در اینجا که بايع معامله را للمالك واقع مي‌کند و مشتري ثمن را به بايع مي‌دهد که به مالک اصلي برساند، ديگر تسليط وجود ندارد.

پس اولين قيد مساله بنا بر مبناي مشهور این است که بايع در موردی که معامله را لنفسه واقع کند ضامن نیست، اما اگر للمالك واقع کند ضامن است.

استثناء دوم

مورد دوم استثناء این است که اگر مشتري و بايع فضولي عقد لفظي بيع را بخوانند، بايع بگوید: «بعتك» و مشتري هم بگوید: «اشتریت»، لکن بايع بدون اجازه و به استناد به این معامله عقدي که واقع کرده، ثمن را از خانه مشتري بردارد، در این صورت اگر ثمن در يد بايع تلف شود، بايع ضامن است، چون بدون اذن مشتري برداشته و در اینجا هم تسليط وجود ندارد.

به عبارت ديگر مشهور که گفته‌اند: بايع ضامن نیست، بخاطر تسليطی است که مشتري کرده، در اینجا مراد از تسليط، تسليط خارجي است و نه تسليط عقدي، بلکه مراد تسليطی است که منشاء فقط آن عقد نباشد، يعني مشتري در عالم خارج پول را در اختيار بايع قرار دهد.

استثناء سوم

استثناء سوم در جايي است که مشتري بر بايع شرط کند که این ثمن را به تو مي‌دهم، به شرطي که مالک امضاء کند، اما اگر امضا نکرد، ثمن را از تو مي‌گیرم، که در اینجا هم باید به مقتضاي شرط عمل شود و در نتیجه اگر مالک امضاء نکرد و ثمن در يد بايع تلف شد، بايع ضامن است.

البته در اینجا محشين اشکالي دارند که مثلاً در همان قيد اول اگر مشتري بايع را امين بداند، که ثمن را به مالک برساند و در يدش تلف شود، چرا بگوئيم ضامن است؟ و در قيد سوم هم که شرط کرده، مثل این است که در باب عاریه که ضمان نیست، کسي شرط ضمان کند، که قيد سوم در حقیقت شرط ضمان است.

تطبيق عبارت

شيخ(ره) فرموده: اطلاق قول فقهاء در «كل عقد» اقتضاء دارد که در ما نحن فيه ضمان باشد، «إلا أن يفسر بما أبطلناه سابقاً: من أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساد»، مگر این که عقد در قاعده به آنچه که در سابق ابطال کردیم، تفسیر کنیم که مراد از «كل عقد» شخص العقد باشد، که در این صورت باید مساله را روی فرض آورده بگوئیم: بر فرض صحت آیا در آن ضمان است؟ اگر هست، پس در فرض فسادش هم همین طور است. «و لا ريب أن العقد فيما نحن فيه و في مثل المبيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه ضمان، فكذاك مع الحكم بالفساد»، عقد در ما نحن فيه که مشتري علم به فضولي بودن بايع دارد و ثمن را به او مي‌دهد و در مثل بيع بلا ثمن و اجاره بلا اجرت، بر فرض صحت، ضمانی در آن نیست، پس با حکم به فساد هم این چنین است.

بعد فرموده: «لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً في توضيح هذه القضية»، سابقاً مرحوم شيخ(ره) شواهدی آورده‌اند بر این که موضوع در قضیه «کل عقد»، نمی‌تواند شخص العقد باشد، بلکه موضوع عقد است. در توضیح این قضیه فرموده: «فإن معناه: أن كلَّ عقد تحقّق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه»، هر عقدي که در عقد صحیح از آن عقد، ضمان ثابت باشد، در فرد فاسد از آن عقد هم ضمان ثابت است، «فيختصّ موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليّان»، پس مورد این قضیه اختصاص پیدا می‌کند به جایی که دو فرد، بالفعل یکی صحیح و دیگری فاسد باشد، «لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحاً و أخرى فاسداً»، نه یک فردی که گاهی فرض صحت و گاهی فرض فسادش می‌شود، که این همان معنای دوم است، که مراد نوع متعارف آن باشد، که عقد یعنی نوع العقد و عرض کردیم که طبق معنای دوم باید در ما نحن فيه ضمان باشد.

«نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه»، امکان تطبیق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه، در ما نحن فيه و شبهه آن تطبیق کنیم، «بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع و الصلح»، به این که آن معنایی را که در تطبیق این قضیه اختیار شد، که نوع باشد، تحت یک معنای کلی تر آورده، که مراد از «کل عقد» خصوص نوع متعارف از انواع عقود مثل عنوان بیع، صلح، اجاره نباشد «بل يراد مطلق المعاملة الماليّة التي يوجد لها فردان صحيح و فاسد»، بلکه مطلق معامله مالیّه اراده شود، که دو فرد صحیح و فاسد دارد، «فيقال: إنّ ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة، تمليك بلا عوض من مال الآخر»، در تمام اینها تملیک بلا عوض از مال دیگری وجود دارد، که بگوییم «کل عقد» یعنی مطلق معامله، ولو اسم معین هم نداشته باشد، که ما نحن فيه و اینها تحت یک عنوان کلی تملیک بلا عوض می‌رود، که دو فرد دارد؛ «و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هي الهبة الغير المعوّضة لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك»، که فرد صحیح آن هبه غیر معوض است، که ضمان در آن وجود ندارد، پس فسادش هم که بیع بلا ثمن است، باید این چنین باشد و در آن ضمانی وجود نداشته باشد. این «هي» یعنی همان فرد، منتها تانیث ضمیر به اعتبار خبر است.

«فتأمل»، اشاره دارد به این که خصوص نوع را نمی‌توانیم از این کل عقد اراده کنیم، به خاطر این که این در مواردی، مثل صلح معاوضی و یا مساله عاریه که در صحیحش ضمان نیست، در حالی که در عاریه‌ی ذهب و فضه ضمان هست نقض می‌شود.

در یک فرد از نوع عاریه که لباسی را به کسی عاریه دهد، ضمان وجود ندارد، در حالی که در عاریه ذهب و فضه ضمان وجود دارد، پس اگر خصوص نوع متعارف بخواهد اراده شود، به یک چنین مواردی نقض می‌شود، که در فرد صحیحش ضمان نیست، در حالی که در فرد دیگرش ضمان هست. همچنین در باب صلح هم از موارد نقض است.

«و بالجملة، فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض»، یعنی حال ما هستیم و قاعده «ما يضمن»، بالاخره اگر بنا بر این که به معنای نوع بگیریم، یا به معنای خصوص نوع متعارف، اقتضا دارد که در ما نحن فيه مساله ضمان باشد، پس مستند مشهور که در ما نحن فيه قائل به عدم ضمان‌اند، خالی از غموض نیست، «و لذا لم يصرّح أحد بعدم الضمان في «بعثك بلا ثمن» مع اتّفاقهم عليه هنا»، و لذا در بیع بلا ثمن هیچ فقهی تصریح به عدم ضمان نکرده، در حالی که در ما نحن فيه اتفاق بر عدم ضمان دارند، «و صرّح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه»، و بعضی در صورتی که رشوه‌ای که مرتشی گرفته، که من قبیل ثمن در ما نحن فيه هست، در یدش تلف شود، تصریح بر عدم ضمان کرده‌اند. «نعم، ذكر الشهيد(رحمه الله) و غيره عدم الضمان في الإجارة بلا اجرة»، بلکه شهید و غیر شهید در اجاره بلا اجرت، قائل به عدم ضمان شده‌اند. این نعم استدارک از آن «و لذا لم يصرّح» است.

بعد فرموده: «و يؤيد ما ذكرنا: ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً»، ما ذکرنا مساله ضمان است، که گفتیم: طبق «ما يضمن» باید در ما نحن فيه هم ضمان باشد، حالا برای ضمان مویدی آورده‌اند که اخباری که دلالت دارد بر این که ثمن کلب یا خمر سحت است، یعنی تصرف در آن ثمن هم حرام است، یعنی اگر آن ثمن در ید انسان تلف شود، ضامن است.

بعد فرموده: «وإن أمكن الذبّ عنه بأنّ المراد التشبيه في التحريم»، اگرچه امکان دارد از این موید جواب دهیم که مراد فقط تشبیه در تحریم هست، یعنی در حکم تکلیفی به تحریم، «فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت»، لذا منافات با عدم ضمان در صورت تلف ندارد، مانند اصل سحت، یعنی اصل کلب و خنزیر، یعنی خود کلب و خنزیر، که اگر کسی خنزیری را اتلاف کرد و از بین برد، ممکن است که کار حرامی انجام داده باشد و یک حرمت تکلیفیه باشد، اما این متلف را فقهاء ضامن نمی‌دانند.

«ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن»، مقتضای این که گفتیم: مشتری رجوع به ثمن نمی‌کند، «ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه»، ثبوت رجوع است، اگر برای خودش نفروشد، «بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك فتلف في يده»، بلکه برای بایع بفروشد و مشتری هم ثمن را به بایع دفع کند، تا واسطه در ایصال به مالک باشد و در ید بایع تلف شود، که در اینجا ضامن است، «إذ لم يسلطه عليه و لا أذن له في التصرف فيه، فضلاً عن إتلافه»، این «اذ» تعلیل برای «ثبوت الرجوع» است، چون مشتری بایع را بر این ثمن مسلط نکرده و اذن در تصرف هم نداده، تا چه رسد به اتلاف، «و لعلّ كلماتهم و معاهد اتّفاقيهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه»، البته شاید کلمات فقها و معاهد اجماعشان، اختصاص به غاصب بایع لنفسه دارد، «و إن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليّة»، اگر چه ظاهر بعضی از کلمات، ثبوت حکم، یعنی عدم ضمان در مطلق فضولی با علم مشتری به فضولیت است.

«و كذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما»، همچنین رجوع مشتری به بایع، اگر بایع بدون اذن مشتری و بنا بر عقدهای که بینشان واقع شده، ثمن را اخذ کند قوی است، «فإنّه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد»، در اینجا که بایع ثمن را بر می‌دارد، تنها از طرف مشتری، تسلیط به سبب عقد حاصل شده، «و التسليط العقدي مع فساد غير مؤثر في دفع الضمان»، و تسلیط عقدهای هم، در صورت فساد عقد، در دفع ضمان موثر نیست، «و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف البائع الغاصب فيه»، و کشف می‌کند از این مطلب که اگر بایع بر دارد و در یدش تلف شود، ضامن هست، این تعبیر غیر واحدی از فقهاء که به اباحه تصرف تصریح کرده‌اند، «مع اتّفاقيهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة»، در حالی که اتفاق دارند که عقد فاسد اباحه نمی‌آورد، پس معلوم می‌شود که آنچه اباحه می‌آورد همین است که مشتری در اختیار بایع قرار دهد،

«و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها»، اگر مالک عین را گرفت و مشتری هم بگوید که: اگر مالک عین را بگیرد، من هم ثمن را از تو می‌گیرم و اگر هم تلف شود ضامنی، که باید به مقتضای شرطشان عمل کنند.

«و لو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفراد»، آخرین فرد این است که اگر ثمن در معامله کلی باشد، -تمام این حرفها در صورتی بود که ثمن معین باشد- و مشتری هم بعضی از افراد را به او داد، «فالظاهر عدم الرجوع»، ظاهر این است که باز هم مشتری نمی‌تواند رجوع کند، «لأنّ كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً»، چون مساله تسلیط در ثمن معین، در تسلیط در ثمن کلی هم هست، چون مانند ثمن معین است، در این که بایع را بر این ثمن مجانا مسلط کرده است.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين