

بسم الله الرحمن الرحيم

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

مراد از ضمان در قاعده «ما يضمن»

بحث در این است که در قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» یا «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ، مراد از «ضمان» چیست؟ شاید بتوان گفت که غیر از آنچه که امام (رض) بیان کرده‌اند - که بعد از بیان احتمالات دیگر، به آن خواهیم پرداخت -، مجموعاً چهار تفسیر برای «ضمان» در این قاعده‌ی فقهی شده است. تفسیری از شیخ (ره)، تفسیر دومی از محقق نائینی (ره)، تفسیر سوم از محقق اصفهانی (ره) و تفسیر چهارم را محقق ایروانی (ره) ارائه کرده است.

مراد از «ضمان» در بیان مرحوم شیخ (ره)

مرحوم شیخ (ره) می‌فرماید این دو «يضمن» در «يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، یک معنا بیشتر ندارد، یعنی ضمان در عقد صحیح، با ضمان در عقد فاسد یک معنا دارد، اما اختلاف در خصوصیات است. معنای واحد که قدر جامع بین عقد صحیح و عقد فاسد است، و آن «كون درك المضمون على الضامن» است. ضمان؛ یعنی تدارک مضمون بر عهده‌ی ضامن است. در ادامه، این تدارک را معنا کرده‌اند که «بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الاصلى»؛ خسارت این مال مضمون، در مال اصلی خود ضامن است. باز این را هم معنا کرده‌اند «فإذا تلف وقع نقصان فيه»؛ وقتی این مال مضمون، تلف می‌شود، یک نقصانی در مال ضامن بوجود می‌آید. مرحوم شیخ (ره) این را به عنوان قدر جامع ضمان در عقد صحیح و عقد فاسد مطرح می‌کنند و از همین عبارت ایشان استفاده می‌شود که بالأخره ضمان را فقط باید در فرض تلف معنا کرد، چون می‌فرماید «فإذا تلف وقع نقصان فيه»، شیخ (ره) ضمان را طوری معنا کرده که فقط در فرض تلف معنا پیدا می‌کند. به این معنا که وقتی می‌گوییم در عقد صحیح (چون الآن می‌گوئیم هم در عقد صحیح ضمان وجود دارد و هم در عقد فاسد ضمان وجود دارد) ضمان وجود دارد، به چه نحوی است؟ الآن یک معامله‌ای شده، بایع ضامن است که مبیع را به مشتری بدهد، مشتری ضامن این است که ثمن را به بایع بدهد، اگر بگوئیم هنوز که تلف واقع نشده، آیا ضمان معنا دارد؟ باید بگوئیم که ردّ مبیع از بایع به مشتری، معنای ضمان است، در حالی که هیچ کس نمی‌گوید این ضمان است.

یا بگوئیم ردّ ثمن از مشتری به بایع، این معنای ضمان است، در حالی که هیچ فقهی نمی‌گوید این ضمان است. معامله‌ای واقع شده که بایع، جنس را به مشتری بدهد و مشتری هم باید ثمن را به بایع بدهد، کیست که بگوید که ردّ مبیع به مشتری، یا ردّ ثمن از مشتری به بایع، ضمان است؟! شیخ (ره) به این نکته توجه فرموده و می‌فرماید بمعنی «كون خسارته و دركه فى ماله الاصلى»؛ یعنی اگر معامله‌ای شد، قبل از آنکه مبیع را بایع به مشتری بدهد، مبیع در دست بایع تلف شد، الآن ضمان وجود دارد. عقد، صحیح بوده و فاسد نیست، اما نسبت به این مبیع تلف شده، ضمان وجود دارد. یعنی باید از مال خود بایع کم شود، از

مال مشتری کم نمی‌شود، تدارکش در مال خود بایع است.

در عقد فاسد هم همینطور؛ یعنی اگر این مال تلف شده، باید تدارک شود. پس شیخ(ره) می‌فرماید هم در عقد صحیح و هم در عقد فاسد، «ضمان» به معنای «تدارک» است، «تدارک مضمون». منتهی در تدارک در عقد صحیح؛ ضمان به «عوض جعلی» است و در عقد فاسد؛ ضمان به «عوض واقعی» است.

عوض بر دو قسم است؛ «عوض جعلی» و «عوض واقعی»: «عوض جعلی» آن است که در عقد به عنوان عوض المسمی، عوض معین مطرح است. می‌گوئیم این کتاب در مقابل این یک کیلو گندم، این می‌شود «عوض جعلی»، «عوض مسمی». یعنی عوضی که بایع و مشتری، متعاملین، خودشان معین کرده‌اند. حالا ممکن است این کتاب به اندازه‌ی ده کیلو گندم ارزش داشته باشد، و ممکن است به اندازه نیم کیلو گندم ارزش داشته باشد، اما اینها خودشان عوض را معین کردند. لذا در عقد صحیح، عوض معین است. یعنی الآن این کتاب را بایع فروخته در مقابل یک کیلو گندم، شیخ(ره) می‌فرماید: این مشتری یک کیلو گندم را ضامن است، یعنی این «عوض مسمی را ضامن است. در «عوض مسمی» هم الآن گفتیم معنا ندارد که خودش ضامن است، یعنی باید رد کند به بایع، هیچ کسی ردّ ثمن به بایع و ردّ مبیع به مشتری را ضمان نمی‌گوید.

شیخ(ره) می‌فرماید «بمعنی کون خسارته علیه»، یعنی اگر این یک کیلو گندم از بین رفت، باز هم باید یک کیلو گندم به این بدهد، این عوض می‌شود «عوض جعلی». در عقد صحیح؛ ضمان؛ تدارک مضمون بعوض جعلی است.

اما در عقد فاسد؛ ضمان، تدارک مضمون، «بعوض واقعی» است. یعنی در همین مثال، بایع یک کتاب به مشتری فروخته در مقابل یک کیلو گندم. حال این یک کیلو گندم تلف شده است. فرض می‌کنیم که عقد فاسد است و صحیح نیست. می‌گوئیم ارزش واقعی یک کیلو گندم چقدر است؛ ارزش واقعی آن ممکن است به اندازه یک کتاب باشد و یا ده کتاب باشد. در ضمان در عقد فاسد؛ «ارزش واقعی» ملاحظه می‌شود، اما در ضمان در عقد صحیح؛ «عوض جعلی و عوض المسمی» لحاظ می‌شود.

بعد شیخ(ره) می‌فرماید در بعضی از موارد، ضمان به أقلّ امرین است، یعنی أقلّ از میان عوض جعلی و عوض واقعی است. می‌فرماید اگر یک هبه‌ای معوضه باشد؛ من کتابی را به شما هبه کردم به شرط اینکه شما هم یک خودکار به من هبه کنی، اما قبل از آنکه شما عوض را به من دفع کنی، این عین موهوبه در ید شما تلف شد، اینجا فقها گفته‌اند أقلّ امرین از عوض واقعی و عوض المسمی را ضامن است. پس شیخ(ره) می‌گوید «ضمانم یک معنا بیشتر ندارد، و آن «تدارک مضمون» است. «تدارک مضمون» گاهی به «عوض واقعی» است و گاهی به «عوض جعلی» است و گاهی به «أقلّ الامرین» از عوض واقعی و عوض جعلی است. اما معنای ضمان، به اختیار عقد صحیح و عقد فاسد مختلف نمی‌شود. گاهی عوض واقعی و جعلی، به یک اندازه است، اما خیلی اوقات هم بین آنها فرق است.

پس مرحوم شیخ(ره) تا الان دو مطلب بیان کرد؛ یکی اینکه ضمان در عقد صحیح و فاسد یک معنا دارد، مطلب دوم اینکه اختلاف در خصوصیات است، یعنی در عقد صحیح، ضمان بعوض جعلی است، در عقد فاسد بعوض واقعی است. مطلب سومی که شیخ(ره) بیان می‌کند این است که وقتی کلمه‌ی «ضمان» استعمال می‌شود، ظهور در «عوض واقعی» دارد و برای عوض جعلی نیاز به قرینه داریم. اما اگر هیچ قرینه‌ای نباشد و گفتند «الامین ضامن»، یا گفتند «الطیب ضامن»، در تمام موارد استعمال ضمان، چه در باب غصب و چه غیر غصب، اگر مطلق استعمال شود، بر ضمان «بعوض واقعی» حمل می‌شود. شیخ(ره) می‌فرماید در باب عقد صحیح، قرینه‌اش این است که شارع این عقد را صحیح قرار داده است. قرینه داریم بر اینکه چون شارع اینجا این عقد را صحیح قرار داده، ضمان همان ضمان به «عوض جعلی» است. پس جایی که قرینه داشته باشیم، این را بر همان عوض جعلی حمل می‌کنیم.

نقد امام(رض) بر کلام شیخ انصاری(ره)

امام(رض) بر شیخ(ره) اشکال کرده‌اند و آن این که خود شیخ(ره) یک نکته‌ای را متوجه بوده اما مع نلک چرا باز فرموده که بین عقد صحیح و عقد فاسد، «قدر جامع» است؟ امام(رض) می‌فرماید آنچه را که شما به عنوان قدر جامع بین عقد صحیح و فاسد قرار دادید، به نظر ما قابل قبول نیست. بیان اشکال را از همین جا شروع می‌کنند و می‌فرمایند در عقد صحیح، معامله‌ای واقع شده، پول در دست من است و جنس هم در دست بایع است، عقد صحیحاً واقع شده، می‌فرمایند معنا ندارد که بگوئیم ردّ پول به بایع، ردّ جنس به مشتری، معنایش ضمان است و أصلاً غلط است و هیچ کس از این، تعبیر به ضمان نمی‌کند.

حتی می‌فرماید خود شما که ضمان را به تدارک معنا می‌کنید، آیا اینجا کسی می‌گوید مشتری که به بایع پول می‌دهد، بگوئیم تو داری تدارک می‌بینی، چه چیزی را تدارک می‌بیند؟ پس خود شیخ(ره) هم متوجه این نکته بوده که ضمان را نباید به نفس ثمن و مثنی در عقد صحیح تفسیر کنیم، لذا می‌گوید باید در باب تلف بحث کنیم.

مرحوم شیخ(ره) هم تعبیر مسأله تلف را در اینجا آورده است. در ادامه امام(ره) می‌فرمایند شمای شیخ(رض) مسأله‌ی تلف و فرض تلف را مطرح کردید و فرمودید «فإذا تلف وقع نقصان فيه»، همه اشکال امام این است که این تلف اینجا نمی‌تواند محور برای معنای ضمان باشد. شما این را محور برای ضمان قرار دادی.

عبارت امام(رض) در کتاب البیع، ج 1، ص 391 این است: «و لا شبهة فی أن دفع الثمن إلى البائع بعد تلف المبيع فی ید المشتري، لیس إلا کدفعه فی حال وجوده، سواء کان فی ید البائع أو المشتري»؛ می‌فرماید اگر بایع، مبیع را به مشتری داد و در ید مشتری تلف شد، شمای شیخ(ره) می‌خواهید بگوئید حالا که مبیع تلف شده، دفع ثمن به بایع، تدارک آن است و این ضمان است. می‌فرماید به نظر ما در دفع ثمن به بایع چه مبیع تلف شود و چه مبیع تلف نشود، فرقی نمی‌کند، دفع ثمن به بایع، قبل از تلف مبیع یا بعد از تلف مبیع، یک حال بیشتر ندارد.

از کلام شمای شیخ(ره) استفاده می‌شود که بعد از تلف، این دفع ثمن یک نقصانی در مال مشتری می‌شود، در حالی که تلف مبیع یا عدم تلف مبیع در این دفع ثمن به بایع هیچ تأثیری نمی‌گذارد. سپس می‌فرماید: «و بالجملة: تلف المبيع لا دخالة له فی الضمان بوجه، و لا دخالة له فی کیفیة ردّ مال الغير بوجه، فتلف المبيع لا یعقل أن یكون مضموناً علی صاحبه؛ لعدم تعقل ضمان الشخص ماله، كما أن ردّ مال الغير لیس من قبیل الدرک» □

ما نمی‌توانیم بگوئیم تلف المبیع بر صاحبش مضمون است، چون معقول نیست کسی نسبت به مال خودش ضامن باشد، اگر انسان مال غیر را رد کند، این از قبیل تدارک نیست. آن وقت در آخر می‌فرمایند: «فما جعله جامعاً بین العقد الصحيح و الفاسد، غیر مرضی».

پس خلاصه اشکال امام(رض) این شد که می‌فرمایند عقد صحیح واقع شده، اگر هنوز تلفی نباشد، هیچ تلفی در کار نیست، مشتری ثمن را بدهد و بایع مبیع را بدهد، کسی نمی‌گوید که این دو نفر دارند تدارک می‌بینند، هیچ کس نمی‌گوید «درک المضمون». أصلاً اینجا معنا ندارد، و خود شمای شیخ(ره) هم قبول دارید. شما می‌گوئید ضمان را باید در فرض تلف معنا کنیم، در فرض تلف یعنی اگر مشتری مبیع را گرفت، حالا که دارد ثمن را می‌دهد فرض کنید مبیع در ید مشتری تلف شد، پس این ثمن می‌شود درک این مبیع تلف شده. اشکال ما این است که تلف، نقشی در این ضمان ندارد، چون اگر تلف هم نشده بود، باید این ثمن را می‌داد، پس بین وجود تلف و عدم وجود تلف، فرقی نیست، پس چرا شما ضمان را به «درک المضمون» معنا می‌کنید؟!

جواب استاد از اشکال امام(ره)

اشکال ما بر فرمایش امام(رض) این است که وقتی کلام شیخ(ره) را معنا کردیم - که واقعاً دقت در عبارات ایشان همیشه ضروری است - گفتیم شیخ(ره) که می‌گوید «کون درک المضمون علیه»؛ یعنی بایع باید مبیع را به مشتری بدهد. شیخ(ره) می‌گوید اگر خود مبیع را رد می‌کند؛ اینجا درک معنا ندارد، اگر مبیع در ید بایع تلف شد، اینجا باید بایع آنچه را به عنوان عوض جعلی بوده را بدهد. مثلاً فرض کنید که مبیع، کتاب است و ثمن، یک خودکار است، نباید بگوید که عوض واقعی‌اش چقدر بوده، بلکه باید عوض جعلی‌اش را حساب کند. شیخ(ره) می‌خواهد این را بگوید و إلا اینکه ما بگوئیم مشتری مبیع را گرفته، بعد که مشتری مبیع را گرفت، تلف شد، بعد بگوئیم حالا اگر ثمن را رد کرد می‌شود تدارک. اصلاً از عبارت شیخ(ره) این استفاده نمی‌شود. پس این اشکال اول امام(رض) وارد نیست.

اشکال دوم امام(رض) بر مرحوم شیخ(ره)

بعد امام(ره) می‌فرمایند این عبارت شیخ(رض) که می‌فرماید لفظ ضمان وقتی استعمال می‌شود، ظهور در «عوض واقعی» دارد و عوض جعلی نیاز به قرینه دارد، می‌فرمایند در این عبارت سه احتمال است و هر سه احتمال مواجه با اشکال است. اگر عبارت امام(رض) را دقت می‌کنید، آن اشکال اول را در صفحه 391 فرموده‌اند و این سه احتمال در صفحه 394 است. احتمال اول این است که بگوئیم شیخ(ره) می‌خواهد بگوید اطلاق لفظ «ضمان»، مقتضی حمل بر عوض واقعی است. وقتی لفظ ضمان، مطلق استعمال می‌شود، اطلاقی است می‌کند که ما حمل بر این فرد واقعی و عوض واقعی کنیم. می‌فرمایند اشکال این احتمال روشن است. در هر مطلقاً اگر ما بخواهیم حمل بر هر فردی کنیم، نیاز به قرینه دارد. همانطور که حمل بر فرد جعلی و عوض جعلی نیاز به قرینه دارد، حمل بر عوض واقعی هم نیاز به قرینه دارد. احتمال دوم می‌فرمایند شاید شیخ(ره) بخواهد بگوید که لفظ ضمان؛ «انصراف» به عوض واقعی دارد. می‌فرمایند این احتمال خیلی از کلام شیخ(ره) بعید است. شیخ(ره) دنبال این است که بین ضمان در عقد صحیح و عقد فاسد، تفکیک نباشد، و حال آنکه اگر انصراف را گفتیم، سبب تفکیک می‌شود، سبب می‌شود بین ضمان در عقد صحیح و ضمان در عقد فاسد فرق باشد. یعنی آنچه که شیخ(ره) از آن فرار می‌کند، در همان قرار می‌گیرد. شیخ(ره) دنبال این است که بین ضمان در عقد صحیح و ضمان در عقد فاسد تفکیک نباشد. اگر گفتید لفظ ضمان، انصراف به عوض واقعی دارد، پس این تفکیک شد.

احتمال سوم این است که بگوئید معنای حقیقی ضمان؛ «عوض واقعی» است، یعنی موضوعاً له ضمان؛ عوض واقعی است، «عوض جعلی» معنای مجازی آن است. که می‌فرمایند این هم با مقصودتان منافات دارد، شما دنبال این هستید که بین عقد صحیح و فاسد، جامع درست کنید. و حال آنکه بین معنای مجازی و حقیقی که قدر جامع درست نمی‌شود، بلکه تفکیک درست می‌شود. شما دنبال این هستید که تفکیک در کار نباشد. لذا می‌فرمایند در عبارت مرحوم شیخ(ره) این سه احتمال وجود دارد، یکی «اطلاق»، یکی «انصراف» و یکی «مسأله‌ی معنای حقیقی و معنای مجازی بودن». لذا امام(رض) اصلاً کل مطلب شیخ(ره) را تقریباً با این بیان می‌خواهند بهم بریزند و بفرمایند که اصلاً این معنایی که شیخ(ره) برای عقد صحیح و فاسد کرده، این معنای قدر جامع عقد صحیح و فاسد نیست. می‌گویند از خود عبارت شیخ(ره) تفکیک استفاده می‌شود، از خود احتمالاتی که در عبارت شیخ(ره) هست تفکیک استفاده می‌شود.

و صلی الله علی سیدنا محمد و آله اجمعین.