

بسم الله الرحمن الرحيم

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

چکیده بحث گذشته

بحث در معنای «ضمان» در قاعده «ما یضمن» بود. در این قاعده که دو بار لفظ «یضمن» به کار رفته، آیا ضمان در عقد صحیح با ضمان در عقد فاسد دارای دو معناست یا اینکه یک معنا دارد؟ عرض کردیم که مرحوم شیخ(ره) ضمان در عقد صحیح و ضمان در عقد فاسد را به همان معنای «درک المضمون» می‌گیرند و به نظر شریف خودشان این معنا قدر جامع بین عقد صحیح و عقد فاسد است. و لو اینکه قبول دارند که ضمان در عقد صحیح؛ به «عوض المسمی» است، و در عقد فاسد؛ به «عوض واقعی» است، اما می‌فرمایند این اختلاف در خصوصیات، سبب اختلاف در معنا نمی‌شود. اشکالات امام(رض) را بیان کردیم و عرض کردیم که عمده‌ی فرمایش امام(رض) این است که کلام شیخ(ره) اجمال دارد، سه احتمال در کلام ایشان دادند و بر هر سه احتمال اشکال کردند و در آخر هم فرمودند که کلام شیخ(ره) در کدام یک از این احتمالات ثلاثه ظهور دارد.

نظر استاد در مراد مرحوم شیخ(ره)

نکته‌ای که می‌خواهیم عرض کنیم این است که در احتمال اول که ما بگوئیم مرحوم شیخ(ره) می‌خواهند بگویند خود «اطلاق»، مقتضی حمل لفظ ضمان بر عوض واقعی است، این احتمال مسلماً در کلام شیخ(ره) مراد نیست، بلکه آنچه که مجموعاً از عبارات شیخ(ره) استفاده می‌شود این است که ما وقتی موارد استعمال را ملاحظه کنیم، وقتی کلمه ضمان در باب غصب یا در ابواب دیگر مثل باب متلفات در باب غرامات استعمال شده، حمل بر عوض واقعی می‌شود. اینجا هم وقتی می‌گوئیم ضمان، باید همین معنا باشد، چون عوض جعلی نیاز به قرینه دارد. پس از راه اطلاق نمی‌خواهند استفاده کنند. بلکه بیشتر همان احتمال دوم مد نظر ایشان است؛ که مسأله‌ی «انصراف» است و امام(رض) فرمودند که این از کلام شیخ(ره) بعید است، اما شاید بتوان گفت که اتفاقاً کلام شیخ(ره) ظهور در همین دارد که لفظ ضمان؛ «انصراف» به عوض واقعی دارد، چون در مواردی مثل غصب یا غرامات وقتی گفتند «هو ضامن» یا «أنت ضامن»، ظهور در عوض واقعی دارد.

دفاع استاد از کلام شیخ(ره)

نکته‌ای که می‌خواهیم عرض کنیم این است که چرا این مطلب شیخ(ره) با آن مطلب اول شیخ(ره) متصل به هم کنیم، که از مجموع فرمایش امام(رض) برمی‌آید که این دو کلام را متصل به هم قرار دادند. معنایی که شیخ(رض) برای ضمان کرده اجمال ندارد. مسأله‌ی عوض واقعی و عوض جعلی، ربطی به معنای ضمان ندارد. حالا شما می‌فرمایید کلام شیخ(ره) از نظر اینکه

چگونه لفظ ضمان ظهور در عوض واقعی دارد، اجمال دارد، خوب اجمال داشته باشد. ولی این معنایی که شیخ(ره) برای ضمان کرده را بهم نمی‌زند. شیخ(ره) می‌فرماید ضمان؛ یعنی «درک المضمون علی الضامن»، و این معنا را با آن بیانی که ما دیروز توضیح دادیم می‌خواهند در عقد صحیح جاری کنند، که در عقد صحیح، بایع مبیع را به مشتری فروخته، اگر مبیع در دست بایع تلف شود، درکش به عهده بایع است، این هم می‌شود «درک المضمون علی البایع». این معنا هم در عقد صحیح می‌آید و هم در عقد فاسد، در عقد فاسد هم اگر مشتری مبیع را فاسداً از بایع گرفته، اگر در دست مشتری تلف شد، این مبیع در دست مشتری(که هنوز مشتری مالک نشده) به عهده مشتری است.

توضیح کلام شیخ(ره)

مطلب اول شیخ(ره) این است که ضمان چه در عقد صحیح و چه در عقد فاسد؛ یعنی «درک المضمون علی الضامن». مطلب دوم اینکه؛ ضمان در عقد صحیح؛ به عوض المسمی است، و ضمان در عقد فاسد؛ به عوض واقعی است. در این مطلب دوم، شیخ(ره) یک ادعایی فرموده‌اند که هر جا لفظ ضمان به صورت مطلق بدون قرینه استعمال شود ما حمل بر ضمان به عوض واقعی می‌کنیم نه عوض جعلی و عوض مسمی. ما عرض کردیم بین این دو مطلب، اگر شما در مطلب دوم خدشه وارد کردید، اینطور نیست که در اصل مدعای شیخ(ره) خدشه وارد شود.

مطلب سوم شیخ(ره) این است که ایشان در اثنای کلامشان فرمودند اگر کسی این احتمال را بدهد که ضمان در عقد فاسد، همانند ضمان در عقد صحیح، همان عوض المسمی است، ایشان می‌فرمایند این احتمال بسیار ضعیف است. در ادامه می‌فرماید دلیل این مطلب این نیست که بین فساد و بین عوض المسمی، جمع امکان‌پذیر نیست. بعبارة آخری؛ اگر عقدی فاسد است و مبیع در دست مشتری تلف شد، چه اشکالی دارد که بگوئیم همین عوضی را که متبایعین قرار دادند ضامن است؟ شیخ(ره) و دیگران فرموده‌اند اگر عقد فاسد است، دیگر اسمش عوض المسمی نیست، بین فساد و بین اینکه این عوض، عوض المسمی باشد، جمع امکان‌پذیر نیست. مرحوم شیخ(ره) این را رد می‌کند و می‌فرماید ما می‌توانیم فرض فساد را بکنیم و بگوئیم عقد فاسد است، وقتی عقد فاسد است هر یک از این مالها بر ملک مالکش باقی مانده، یعنی مبیع هنوز ملک بایع است و ثمن هم هنوز ملک مشتری است، اما مع ذلک و در عین حال می‌توانیم بگوئیم برای عوضیت، همین متعین است.

شیخ(ره) می‌فرماید این امکان دارد که از یک طرف بگوئیم عقد فاسد است و نتیجه‌ی فساد عقد این است که هر یک از اینها بر ملک مالکش باقی مانده. از طرف دیگر بگوئیم همین که بر ملک مالکش باقی مانده، متعین در عوضیت است. می‌گوئیم دلیل شما چیست؟ چطور می‌شود این هم بر ملک مالکش باقی مانده باشد و هم حالا که مبیع در عقد فاسد در دست مشتری تلف شد، بگوئیم بتعین العوضیة، در آن پولی که در دست بایع است؟ مرحوم شیخ(ره) برای جواب از این مطلب یک تنظیر می‌آورند و می‌فرمایند در بحث معاطات، بنا بر این که بگوئیم معاطات مفید ملکیت نیست و مفید اباحه است، آنجا شما چه می‌گوئید؟

دو مال به وسیله معامله معاطاتی به یکدیگر داده می‌شود، من کتاب می‌دهم و شما هم قلم به من می‌دهید. فرض این است که معاطات، مفید اباحه است، یعنی من کتاب را به شما دادم، اما کتاب هنوز ملک من است و شما می‌توانی تصرف کنی، شما قلم را به من دادی، اما قلم ملک شماست و من می‌توانم تصرف کنم. اما آنجا همه فقها گفته‌اند اگر «أحد المالین» تلف شد، آن مالی که در ید دیگری است عوض قرار می‌گیرد، اگر کتاب در ید آن شخص تلف شد، این قلمی که آن شخص به من داده، بعد التلّف يتعیّن بعنوان العوضیة .

پس مرحوم شیخ(ره) می‌گوید ما در فقه جایی را داریم که مالی که در دست دیگری هست، هنوز ملک مالکش است، اما چون مالی از او در دست این تلف شد، او خود به خود بعنوان العوضیة واقع می‌شود. شیخ(ره) می‌فرماید پس شما نگوئید جمع بین این دو نمی‌شود، بگوئید اگر عقد فاسد است، این بعنوان العوضیة و بعنوان ضمان نمی‌تواند واقع شود، بعنوان عوض مسمی

نمی‌تواند واقع شود، بلکه شیخ(ره) می‌فرماید اگر از ما بپرسید که چرا در عقد فاسد، ضمان در عوض واقعی متعین است، نمی‌گوئیم چون بین عقد فاسد و ضمان المسمی، جمع نمی‌شود، بلکه امکان جمع هست و نظیرش هم در معاطات است، بلکه می‌گوئیم ضمان به عوض مسمی، قرینه لازم دارم. در عقد صحیح، قرینه‌اش امضای شارع است، وقتی شارع امضا کرده، این عوض عوض المسمی می‌شود، اما در جایی که چنین قرینه‌ای نباشد و امضای شارع نباشد، ما باید ضمان را به نحو مطلق بر عوض واقعی حمل کنیم. این فرمایش مرحوم شیخ(ره) است.

نقد محشّین بر کلام شیخ(ره)

اشکالی که اینجا هست و غالب محشّین مکاسب هم گفته‌اند و محقق نائینی(ره) هم در منیة الطالب بیان فرموده، این است که اساس فرمایش شیخ(ره) را یک قیاس تشکیل داده، و آن اینکه ایشان ما نحن فیه را به معاطات قیاس کرده است، در حالی که بین ما نحن فیه و معاطات فرق وجود دارد و آن این است که در معاطات می‌گویند ما می‌گوئیم معاطات، مفید اباحه است، اما اگر أحد المتعاطیین یک تصرف متوقف بر ملک کردند، اینجا منتقل به ملکیت می‌شود، مثلاً أحد المتعاطیین هبه کرد، وقف کرد، یک مصداق تصرف ملکی هم تلف است. اما در عقد فاسد اینطور نیست، اگر یک معامله فاسدی واقع شود، یعنی مشتری مبیع را وقف کند، ببخود وقف کرده، وقفش باطل است، اما در معاطات وقفش صحیح است، هبه‌اش صحیح است، تمام تصرفاتش صحیح است. لذا این تنظیر و این قیاس، قیاس درستی نیست و نتیجه همین است که جمع بین این دو تا؛ جمع بین متناقضین است، از یک طرف بفرمایید فاسد، این فاسد یعنی شارع این را به عنوان عوض المسمی قبول ندارد، از یک طرف هم بگوئید این عوض المسمی است. کلام شیخ(ره) را اینجا تمام می‌کنیم.

کلام محقق نائینی(ره) در مراد از قاعده «ما یضمن»

عرض کردیم در «یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» چهار نظریه وجود دارد. تا اینجا نظریه شیخ(ره) را عرض کردیم. نظر دوم؛ نظر محقق نائینی(ره) است، که در کتاب منیة الطالب، ج 1، ص 265 تا 267 بیان فرموده است. ایشان چند مطلب دارند. مطلب اول اینکه بین معنای ضمان در «الخراج بالضمن» و ضمان در قاعده «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» فرق وجود دارد. در «الخراج بالضمن» می‌فرمایند آنجا معنای مصدری اراده شده، یعنی همان متعهد شدن ضامن، پذیرفتن ضمان، قبول کردن ضمان، که معنای مصدری دارد. اما در «یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» معنای اسم مصدری دارد، که معنای اسم مصدری یعنی همان «اشتغال ذمه»، اینکه ذمه در عقد صحیح، مشغول است، در عقد فاسد هم مشغول است. پس معنای مصدری؛ پذیرفتن ضمان، تعهد، قبول کردن ضمان، اما معنای اسم مصدری؛ اشتغال ذمه است. مطلب دومی که فرموده‌اند این است که در عقد فاسد؛ أصلاً نمی‌تواند معنای مصدری داشته باشد، چون وقتی می‌گوئیم عقد، فاسد است، اگر بگوئیم ضامن است، خودش را می‌گوید من دارم متعهد به ضمان می‌شوم، و این کالعدم است. نمی‌توانیم معنای مصدری را در عقد فاسد بیاوریم، و حتماً باید معنای اسم مصدری را بیاوریم. آن وقت نتیجه می‌گیرند قدر جامع بین ضمان در عقد صحیح و ضمان در عقد فاسد، همین معنای اسم مصدری است؛ یعنی «اشتغال ذمه». دیگر نمی‌گوئیم این شخص تعهد داده و قبول ضمان کرده تا بگوئید عقد، فاسد است.

معنای اسم مصدری، قدر جامع است بین عقد صحیح و عقد فاسد، می‌فرماید در غصب هم همینطور است، تا کسی مال دیگری را غصب کرد، اینجا معنای مصدری ندارد که بگوید «إِنِّي تَعَهَّدْتُ بِالضَّمان» یا «أَقْبَلُ الضَّمان»، تا دستش را روی مال غصبی گذاشت، اشتغال ذمه می‌آید. در مقبوض به صوم همینطور است، نیازی به تعهد ضامن نیست، یعنی اینگونه نیست که خود ضامن، التزام به ضمان پیدا کند. پس تا اینجا می‌فرمایند قدر جامع بین عقد صحیح و فاسد؛ همین معنای اسم مصدری است.

در مطلب سوم، همان مطلب شیخ(ره) را بیان می‌کنند و می‌گویند بین اشتغال ذمه و تفریغ ذمه فرق است. تفریغ ذمه؛ یا به عوض المسمی و یا به عوض واقعی و یا به أقل الأمرین است، یعنی أقل الأمرین از عوض واقعی و عوض المسمی است، که عرض کردیم در جایی که عین موهوبه در هبه‌ی معوضه، قبل القبض تلف شود، یعنی اگر قبل دفع العوض تلف شد، اختلاف وجود دارد، شهید ثانی(ره) در مسالك فرموده أقل الأمرین از عوض واقعی و عوض المسمی باید داده شود. دیگران مثل مرحوم صاحب جواهر(ره) می‌گویند خیر، همان عوض المسمی را باید بدهد. همان که به عنوان هبه معوضه عوض قرار داده شده، همان باید قرار داده شود. حالا می‌فرمایند تفریغ ذمه به یکی از این سه تاست. تا اینجا مطلب مهمی نیست. آنچه که مهم است این است که ایشان با «يمكن أن يقال» یک قدر جامع دیگری را درست می‌کند که أصلاً یک مطلب جدیدی است که قبل از ایشان هم نگفته‌اند. تا اینجا اگر از محقق نائینی(ره) بپرسی ضمان یعنی چه؟

می‌گوید یعنی «اشتغال ذمه»، همان معنای اسم مصدری را دارد. ایشان می‌فرماید «يمكن أن يقال بأن الضمان في الصحيح و الفاسد كليهما المثل أو القيمة فإن الضمان بالمسمى في الصحيح هو قبل القبض و هو خارج عن القاعدة فإنها أسست لموارد ضمان اليد و هو يتحقق بالقبض و يقال إن بالقبض ينتقل الضمان و معنى انتقاله أن المسمى يصير بعد القبض هو المثل أو القيمة و معنى ضمان القابض بعد قبضه مع أن المقبوض ملكه أنه لو تلف و طرأ عليه فسخ أو انفساخ يجب عليه رد المثل أو القيمة فالمثل أو القيمة هو المضمون في الصحيح و الفاسد» □

أصلاً ادعا می‌کنند که ضمان؛ هم در عقد صحیح و هم در عقد فاسد، به مثل یا قیمت است. در عقد صحیح، ضمان مسمی قبل القبض است، یعنی معامله‌ای شده، مبیع هنوز دست بایع است، ثمن هم دست مشتری است، ضمان المسمی یعنی اینها مکلفند به اینکه این را به دیگری دفع کنند، هر کدام عوض را به دیگری بدهند، ضمان المسمی جایش قبل القبض است، اما بعد القبض، ضمان یا به مثل است یا به قیمت است، چه عقد صحیح باشد چه فاسد. حرف محقق نائینی(ره) این است که قبل القبض؛ ضمان، متعین در ضمان المسمی است، بعد القبض؛ ضمان، متعین در ضمان واقعی است، مثل یا قیمت، چه در عقد صحیح و چه در عقد فاسد. حالا دلیلی که ایشان بر این مدعا دارد چیست؟

محقق نائینی(ره) می‌فرماید ما ابتدا یک چیزی را برای شما بگوئیم و آن این که این قاعده‌ی «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» برای مواردی است که سبب ضمان؛ «ید» است. بعد می‌فرماید تا قبض نشود که ید، تحقق پیدا نمی‌کند. ید بعد از این است که بایع مبیع را به مشتری بدهد و مشتری هم ثمن را به بایع بدهد. لذا می‌فرماید أصلاً مورد قبل القبض، از این قاعده به طور کلی خارج است. برای اینکه محقق نائینی(ره) ادعا می‌کند این قاعده برای موارد ضمان ید است. ضمان ید یعنی آنجایی که ید، سبب ضمان است، و آن جایی است که قبض باشد. پس مورد قاعده، جایی است که قبض و اقباض محقق شده باشد. پس ما باید این ضمان را هم در صحیح و هم در فاسد در جایی معنا کنیم که قبض و اقباض محقق شده باشد، در چنین جایی، ضمان متعین در مثل یا قیمت است، اینجا ما ضمان المسمی نداریم. این کلام محقق نائینی(ره) را هنوز تکمیل نکردیم. آن را مطالعه کنید؛ اشکالی که امام(رض) به محقق نائینی(ره) دارد و تعبیر تندى هم نسبت به ایشان دارند، در همان کتاب البيع، ج 1، ص 391. ببینیم آیا درست است یا نه؟

و صلى الله على سيدنا محمد و آله اجمعين.