

بسم الله الرحمن الرحيم

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

چکیده بحث گذشته

بحث در این بود که مراد از کلمه «یضمن» که در این قاعده دو بار هم ذکر شده، چیست؟ آیا دو معنا از آنها مراد است یا یک معنا دارد؟ آیا ضمان در عقد صحیح با ضمان در عقد فاسد یک معنا دارد، اما اختلافشان، اختلاف به خصوصیات است، یا اینکه دارای دو معنا هست؟ نظریه مرحوم شیخ(ره) و محقق نائینی(اعلی الله مقامه الشریف) را هم بیان کردیم. اما نظریه محقق اصفهانی(ره) و محقق ایروانی(ره) و مرحوم امام(رض) باقی ماند. این بحث، بحث مفید و جالبی است که بالأخره فقهای شیعه، هم در عقد فاسد قائل به ضمان هستند و هم در عقد صحیح ضمان را جاری می دانند. باید ببینیم که آیا بین اینها اختلاف در معنا هست یا خیر؟

نقد محقق اصفهانی(ره) بر مرحوم شیخ(ره)

محقق اصفهانی(اعلی الله مقامه الشریف) ابتداءً نظریه شیخ(ره) را مورد مناقشه قرار می دهد. مرحوم شیخ(ره) می فرمودند ضمان؛ یعنی «تدارک مضمون بر ضامن فی ماله الاصلی و فی فرض التلف». محقق اصفهانی(ره) دو اشکال بر مرحوم شیخ(ره) دارد.

اشکال اول این است که در عقد صحیح، ضمان ربطی به تلف ندارد، ما در عقد صحیح نمی توانیم ضمان را دایر مدار تلف قرار دهیم، بلکه ضمان در عقد صحیح، قبل از تلف و بنفس العقد است. یعنی آنچه که فقها بیان می کنند این است که در عقد صحیح، به نفس عقد، ضمان می آید. یعنی چیز دیگری دخالت ندارد. عبارتشان این است که «أَنَّ الضمان فِي الصَّحِيحِ مَتَقَوِّمٌ بِحَيْثِيَّةِ تَدَارِكِهِ بِالْعَوَضِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، مِنْ دُونِ دَخْلِ لَتَعَقُّبِ التَّلَفِ فِي كَوْنِهِ مَتَدَارِكًا بِالْعَوَضِ، مَعَ أَنَّ الضَّامَانَ مَتَقَوِّمٌ بِالتَّلَفِ»، أصلاً مسأله تلف در آن نقشی ندارد.

اشکال دوم محقق اصفهانی(ره) این است که در عقد صحیح، ضمان به همان عوض جعلی و عوض مسمی است و ما نمی توانیم عوض المسمی را تدارک بنامیم. به شیخ(ره) اشکال می کنند که اگر ما معنای ضمان در عقد صحیح را «تدارک» ذکر کنیم، أصلاً شما باید تعریف بیع را عوض کنید، به جای اینکه بگوئید «البيع هو التملك بالعوض»، باید بگوئید «البيع هو التدارك بالعوض»، شما اگر بخواهید بگوئید این تدارک با عوض المسمی است - عوض المسمی که همان عوض جعلی است، همان ثمن و مثنی در معامله صحیح است -، پس اصلاً باید بگوئید حقیقت بیع عبارت است از «التدارك بالعوض»؛ و حال آنکه هیچکس این حرف را نزده است، بلکه بیع؛ تملیک بعوض است.

پس در عوض مسمی و عوض جعلی نمی‌توانیم بگوئیم ثمن، تدارک مضمن است و مضمن، تدارک ثمن است. پس دو اشکال را محقق اصفهانی(ره) بر مرحوم شیخ(ره) وارد می‌کند؛ اشکال اول اینکه ضمان در عقد صحیح، ربطی به تلف ندارد، بلکه متقوم به خود عقد است، نه به عقدی که بعد از آن تلف واقع می‌شود. اشکال دوم اینکه در عقد صحیح، درک و تدارک نداریم، در عقد صحیح این، عوض برای اوست و آن هم عوض برای این است، اما أحد العوضین تدارک برای عوض دیگر نیست، نمی‌توانیم بگوئیم این عوض، آن دیگری را جبران می‌کند. مثلاً بگوئیم که وقتی مبیع از مال بایع خارج می‌شود، یک نقصانی در مال بایع پیش می‌آید، که ثمن آن را جبران می‌کند.

ثمن، جبران آن نیست، عرف نمی‌گوید ثمن عنوان درک و تدارک را دارد و بالعکس؛ اینکه بگوئیم ثمن از مال مشتری خارج می‌شود، مبیع آن را جبران می‌کند. بعد از اینکه این دو اشکال را ذکر می‌کنند می‌فرمایند ما ابتدا شما را متوجه معنای لغوی «ضمان» کنیم، بعد به ما نحن فیه پردازیم. می‌فرمایند «ضمان» از مادهی «ضمن» است، «کون شیئی فی ضمن شیئی»؛ أصلاً اگر یک چیزی در ضمن چیز دیگر بود، اینجا عرب تعبیر به ضمان می‌کند. آن وقت اگر این «ضمان» به انسان نسبت داده شود، بگویند این زید ضامن است، یعنی این مال در ضمن عهده او آمده است؛ «کون الشیء فی ضمن عهدة الانسان»، این مال در ضمن عهدهی او آمده است.

آنگاه می‌گویند گاهی اوقات سبب ضمان، خود انسان است و گاهی اوقات سببش شارع است، که کاری به این جهت نداریم. ایشان بر دو مثال تکیه می‌کنند؛ در لسان العرب آمده «نخلة ضامنة»، و یکی در نماز جماعت می‌گویند «الامام ضامن».

می‌فرماید معنای این دو «ضمان» چیست؟ معنای «نخلة ضامنة» این است «أی ما تضمنتها أمصارهم و کان داخلا فی العمارة و أطاف به سور المدينة»؛ آن نخله‌ای که شهر آن را در بردارد و داخل در یک عمارتی است و دیوار شهر دور آن را گرفته است. بعضی این «نخلة ضامنة» را معنا کرده‌اند «بأن أهلها ضمنوا عمارتها و تكفلوا حفظها»؛ یعنی صاحب این نخل متعهد شده است عمارت و آبادی و حفظ این نخل را.

محقق اصفهانی(ره) می‌فرماید این اجتهاد در لغت است و درست نیست. «نخلة ضامنة» یعنی این درخت نخل، در ضمن این شهر است. بعد می‌فرمایند در حدیث آمده است «الامام ضامن»؛ امام جماعت در نماز، ضامن است. دیگران این ضمان را معنا می‌کنند «الامام يحفظ على القوم صلاتهم»؛ امام حافظ نماز مأمومین است، یعنی اگر نماز امام درست باشد نماز آنها هم درست است، اگر نمازش باطل باشد نماز آنها هم باطل است. البته همین معنا را در لسان العرب هم از بعضی نقل کرده است. در حالی که محقق اصفهانی(ره) می‌فرماید معنای «الامام ضامن» این نیست بلکه یعنی «قراءة المأموم فی ضمن عهدة الامام» □

یعنی اینکه امام قرائت را بخواند، گویا مأموم خوانده و قرائت مأموم در ضمن قرائت امام را خداوند قبول می‌کند. پس می‌فرمایند در عرف و لغت؛ ضمان یعنی «کون الشیء فی ضمن شیء آخر» □ «کون الشیء فی ضمن العهدة»، بعد که این معنای لغوی و عرفی را بیان می‌کنند، سراغ ما نحن فیه می‌آیند. می‌فرماید اینکه ما داریم «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»؛ مفادش این است که «کل مورد کان عهدة مورد العقد على المتعاقدين فی الصحیح، عهدة علیهما فی الفاسد»؛ یعنی هر چیزی که در عقد صحیح بر عهده متعاقدين است، در عقد فاسد هم بر عهدهی متعاقدين هست.

یعنی اگر در عقد صحیح، بایع باید مبیع را به مشتری بدهد و مشتری هم ثمن را بدهد، در عقد فاسد هم بر عهدهی متعاقدين یک چیزی می‌آید، حالا یا آن قیمت می‌آید یا مثل. این معنایی است که محقق اصفهانی(ره) برای قاعده بیان می‌کنند. پس خلاصه این شد که «ضمان» را به «عهده» معنا می‌کنیم، «کون الشیء فی ضمن العهدة»، دقت کنید؛ در اینجا معنای تلف ندارد، یعنی أصلاً محقق اصفهانی(ره) ضمان را چیزی معنا می‌کند که کاری به تلف ندارد، «کون الشیء فی العهدة»، در عقد فاسد این جنسی که مشتری گرفته در عهده مشتری است، پولی که بایع گرفته در عهده بایع است، مثل موارد دیگری که کسی غصب

می‌کند می‌گوئیم بر عهده‌اش می‌آید، اینجا هم همینطور است.

نقد امام(رض) بر محقق اصفهانی(ره)

مرحوم امام(رض) دو اشکال بر محقق اصفهانی(ره) دارند. اشکال اول؛ می‌فرمایند این معنایی که ایشان کردند، نه معنای عرفی است و نه با لغت مناسبت دارد؛ «مخالفٌ للعرف و اللغة و الاول ظاهر و يعلم الثاني بالمراجعة إلى كتب اللغة»؛ می‌فرمایند اگر کسی به کتب لغت مراجعه کند، این روشن می‌شود. اینکه بگوئیم یک مالی در ضمن عهده است، این ربطی به ضمان ندارد. شاید مراد امام(رض) این است که اگر موارد عهد را بررسی کنید، یا «أوفوا بالعقود» را بررسی کنیم، أصلاً «عهد» و «عهده» چه ربطی به «ضمان» دارد؟ اگر در عرف می‌گویند من با خدا عهد بستم، این به معنای ضمان نیست، ضمان در باب معاملات با مسأله‌ی عهد خیلی فرق دارد.

عهدی که خدا با انبیاء بسته، «ألم أعهد إليكم»، این عهد چه رابطه‌ای با ضمان دارد؟ گویا می‌خواهند بفرمایند ما اگر موارد استعمال «عهد» را در عرف و لغت بررسی کنیم، هیچ کدام به معنای ضمان نیامده است. امام(رض) در اشکال دوم یک مطلبی را ذکر می‌کنند که اصل این مطلب در کلمات محقق بروجردی(اعلی الله مقامه الشریف) است. مرحوم آقای بروجردی(ره) در کتاب الغصب که از ایشان چاپ شده، که تقریراتی است که تلامذه‌ی ایشان نوشته‌اند، این مطلب را دارند. حال امام(رض) یا از ایشان گرفته‌اند یا اینکه خودشان بیان می‌کنند؛ می‌فرمایند: هر اشتغال عهده‌ای که ضمان نیست. در باب دین کسی به دیگری قرض می‌دهد، الآن ذمه‌ی مقترض مشغول می‌شود، آیا می‌توانیم بگوئیم این مقترض، ضامن است؟

عرف نمی‌گوید مقترض، ضامن است. تا به او قرض دادیم، نمی‌گوئیم تو الآن ضامن شدی. در مقترض ضمان را استعمال نمی‌کنند، مدیون را ضامن نمی‌دانند. در عاریه هم همینطور. مرحوم امام(رض) می‌فرمایند درست است در معاملات، بنای عقلا بر این است که در باب بیع، عوضین باید تسلیم شود، بایع باید مبیع را به مشتری بدهد و مشتری هم ثمن را به بایع بدهد، اما این تسلیم عوضین، غیر از مسأله ضمان است، «فلا يقال بعد تحقق البيع: "أَنَّ كَذَا مِنَ الْمَتَابِعِينَ ضَامِنٌ لِلْأَدَاءِ أَوْ لِلْمَالِ"؛ بعد از معامله نمی‌گویند هر کدام از متبایعین، ضامن ادا هستند. محقق اصفهانی(ره) ضمان را به «كُونَ الشَّيْءُ فِي ضَمَنِ الْعَهْدَةِ» معنا کرد، در عقد صحیح فرمود متبایعین هر کدام عهده‌دار این می‌شوند که جنس را به دیگری تحویل دهند. امام(رض) می‌فرمایند ما قبول داریم، بنای عقلا در معاملات این است که متبایعین هر کدام عوض را به دیگری تحویل دهد و تسلیم کند، اما اسم این تسلیم عوضین، ضمان نیست، نمی‌شود گفت بایع، ضامن مبیع است.

نقد و بررسی اشکالات امام(رض) بر محقق اصفهانی(ره)

راجع به اشکال اول؛ ما قبلاً هم عرض کردیم این معنایی که محقق اصفهانی(ره) بیان می‌کند، از معنای لغوی دور هم نیست، «كُونَ الشَّيْءُ فِي ضَمَنِ شَيْءٍ» [«ضَمِّنَ»، «تَضَمَّنَ»، «تَضَمَّنَ»، همه اینها نزدیک به کلام محقق اصفهانی(ره) است و وقتی به لسان العرب مراجعه کنیم، مؤید کلام محقق اصفهانی(ره) است. اما قسمت اول کلام امام(رض) که این معنا عرفی نیست، حرف درستی است. پس از نظر عرفی، حق با امام(رض) است، یعنی ما در استعمالات عرفی هر جا کلمه «عهد» و «عهده» را دنبال کنیم، در خیلی موارد ربطی به ضمان ندارد. «ألم أعهد إليكم» یا «عهدنا» تعابیری است که در مورد «عهد» آمده. و اما اشکال دوم؛ آیا واقعاً بین «عهد» و «ضمان» فرق وجود دارد یا اینجا هم می‌شود گفت که بین اینها هم فرقی نیست؟ ما در آن کتاب «ضمان ید» و حدیث «علی الید» در قاعده‌ی «علی الید»، نظریه‌ی مرحوم آقای بروجردی(ره) را آوردیم و به گمانم چهار پنج مناقشه بر آن فرمایش وارد کردیم. حالا با قطع نظر از آن مناقشات، درست است در عرف، به مدیون، ضامن نمی‌گویند، اگر شما به کسی پولی قرض دادی، شما دائن و مُقرض، وقتی مقترض پول را گرفت، نمی‌گویند که این مقترض ضامن است، اما

وقتی که أجل و مدت دین فرا برسد، اگر تأخیر بیندازد آنجا می‌گویند ضمان وجود دارد. قبل حلول الأجل نمی‌گویند ضامن، اما بعد حلول الأجل یعنی روزی که باید دین را بدهد و نداد، آنجا تعبیر به ضمان می‌کنند. عرف یک عنوان ضمان هم برای او می‌آورد.

درست است به مجرد القرض نمی‌گویند که آن مدیون، ضامن است، اما بعد حلول الاجل، وقتی نمی‌آید بدهد و تأخیر بیندازد، تعبیر به ضمان می‌کنند. اینکه امام(رض) اینجا می‌فرمایند هر عهده‌ای ضمان نیست، چه اشکالی دارد ما بگوئیم هر عهده‌ای مقتضی ضمان در آن وجود دارد، درست است خیلی از عهده‌ها بالفعل ضمان است، در عقد فاسد، بلافاصله این عهده در اینجا مشغول می‌شود و ضمان هم هست، هر عهده‌ای بالفعل ضمان نیست، اما مقتضی ضمان در آن وجود دارد و همین مقدار کافیست. محقق اصفهانی(ره) هم می‌گوید همین مقدار که ما در اینجا بگوئیم ضمان، یعنی «**كون الشيء في العهدة**»، در عقد صحیح متبایعین عهده‌دار این می‌شوند، پس هر عهده‌ای اقتضای ضمان دارد و همین مقدار برای محقق اصفهانی(ره) کافیست. اما نکته مهمتری که می‌خواهیم عرض کنیم این است که آیا در عقد صحیح، بنای عقلا می‌گوید شما باید مبیع را تسلیم کنی یا خود عقد، اقتضای این را دارد؟ در عقد صحیح، یک معامله‌ای را دو نفر انجام دادند، آیا خود مقتضای عقد این است که بایع بعد العقد این مبیع را به مشتری تحویل دهد و مشتری هم پول را تحویل دهد، یا بنای عقلا آنها را وادار به این کار می‌کند؟ این مقتضای خود عقد است. اگر خود عقد است، پس این عهده را خود عقد آورده نه بنای عقلا. اینکه امام(رض) می‌فرمایند که «**التزام المتبايعين بتسليم العين**» مربوط به بنای عقلاست، اینگونه نیست، بلکه مربوط به خود عقد است، عقد، این تعهد را برای طرفین می‌آورد، هم برای بایع و هم برای مشتری می‌آورد.

و صلى الله على سيدنا محمد و آله اجمعين.