

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

«و كيف كان، فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً و عكساً، ثم بيان المدرك فيها فنقول و من الله الاستعانة»

مفاد قاعده «كل عقد يضمن بصحيحة، يضمن بفاسده»

مرحوم شيخ دليل چهارم برای اثبات ضمان در مقبوض به عقد فاسد را قاعده «كل عقد يضمن بصحيحة، يضمن بفاسده» بیان کردند. در هر عقدی که در صحیحش ضمان است، در فاسد آن نیز ضمان است و «ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده»، در هر عقدی که در صحیحش ضمان نیست، در فاسدش هم ضمان نیست.

تطبیق این قاعده در ما نحن فيه این چنین است که بیع، در صحیحش ضمان است، بنابراین در فاسدش هم ضمان است، لذا مقبوض به عقد فاسد مضمون است. شیخ ابتدا درباره مفاد این قاعده بحث می کنند و بعد به دلیل آن می پردازند که آیا دلیل شرعی و حجت شرعی بر آن داریم یا خیر؟

مراد از عقد در قاعده

در بیان مفاد قاعده، پیرامون چند خصوصیت بحث می کنند؛ اولین خصوصیت مربوط به کلمه «عقد» مذکور در قاعده می باشد، آیا مراد از این عقد فقط عقود لازمه است یا توسعه دارد؟ شیخ می فرماید: این عقد اختصاص به عقود لازمه ندارد و در عقود جایزه، مثل هبه هم جاری است، حتی بالاتر، می فرمایند: شامل عقودی که شائبه ایقاع را دارند، مثل عقد وصیت یا عقودی که أقرب به ایقاع است، هم می شود. عقود أقرب به ایقاع، مثل جعالة و خلع که در آنها هم شائبه ایقاع است و هم «أقرب إلى الإيقاع» هستند.

جعالة عقدی است که فقها در آن اختلاف دارند، عده ای، مثل ابن ادریس، علامه و جمعی از فقها گفته اند که جعالة عقد جایز است و عده ای دیگر، مثل مرحوم صاحب جواهر، جعالة را ایقاع می دانند. اختلاف ناشی از این است که بسیاری از خصوصیات معتبر در عقد، در جعالة معتبر نیست، مثلاً در جعالة جهالت راه دارد، حتی نیاز نیست عامل، از مقدار جعالة و ایجاب جاعل اطلاع آن کسی که در جعالة می آید آن عمل را نداشته باشد.

اگر کسی بدون اطلاع از این ایجاب جاعل، عملی که بر آن جعل قرار داده شده است را انجام بدهد، استحقاق جعل را دارد، در حالی که در باب عقد طرفین باید نسبت به مفاد عقد اطلاع کامل داشته باشند. بنابراین؛ چون خصوصیات که در سائر عقود معتبر است، در جعالة معتبر نیست، برخی فقها فتوا داده اند که جعالة ایقاع است.

در طلاق خلع، هم برخی خصوصیات عقد معتبر نیست، در طلاق خلع زن پولی را به مرد می دهد در مقابل اینکه او را طلاق دهد، در حالی که این پول عنوان عوضیت ندارد، بلکه از باب این است که در زوج ایجاد داعی کند برای طلاق، شبیه جایی که به مولا بگویند: هزار تومان به تو می دهیم، عبد را آزاد کن، در اینجا گفته نمی شود که عقدی بین این دو طرف واقع شده است، دادن هزار تومان برای ایجاد داعی و انگیزه است که مولا عبد خود را آزاد کند.

بعضی در مورد طلاق خلع گفته اند: عوضی که زن می دهد، عنوان عوضیت ندارد، بلکه از آن به عنوان فداء تعبیر می کنند. بنابراین در «خلع» اختلاف است که آیا عنوان عقد را دارد یا عنوان ایقاع را دارد؟ شیخ می فرماید: در این هم شائبه ایقاع یا اقربیت الی الایقاع مطرح است.

مراد از ضمان در قاعده

در قاعده مذکور یک «یضمن» داریم که در مورد عقد صحیح است و یک «یضمن» که در مورد عقد فاسد است، آیا ضمان در عقد صحیح یک معنا دارد و ضمان در عقد فاسد معنای دیگری؟ یا به طور کلی ضمان یک معنا و مفهوم کلی دارد که آن معنا هم در عقد صحیح پیاده می شود و هم در عقد فاسد؟ از نظر فقهی چه تعریفی می توان برای ضمان ارائه داد؟ برای اینکه مطلب شیخ روشن شود، باید آنچه که در ذهنتان از معنای ضمان، تداعی می شود را کنار بگذارید.

مرحوم شیخ می فرماید: بین ضمان در عقد صحیح و عقد فاسد از نظر معنا تفاوتی نیست، معنای ضمان عبارت است از «درک المضمون علی الضامن»، مالی که ضمان به آن تعلق می یابد، تدارکش در مال اصلی ضامن است، یعنی زمانی که به شخصی، می گویند ضامن، باید این مال مضمون را از مال اصلی خودش جبران کند، به طوری که خسارتی به مال اصلی خود وارد می کند.

این معنا هم در عقد صحیح و هم در عقد فاسد وجود دارد. در عقد صحیح، زید کتابش را در مقابل یک کیلو گندم می فروشد. زید کتاب را می دهد و عمرو گندم را. قبل از اینکه معامله ای بین آنها محقق شود، کتاب مال اصلی زید است و گندم هم مال اصلی عمرو، حال که کتاب را در مقابل گندم معامله کردند، هر کدام یک مال حادث و مال جدید یافتند. زیدی که کتاب را داده است، به عنوان مال حادث، گندم داخل ملکش می شود و عمرو که گندم داده، کتاب به عنوان مال حادث نصیبش می شود.

با توجه به این توضیحات، اگر گفتیم زید یا عمرو ضامن است، معنایش این است که باید مال مضمون را در مال خودشان تدارک ببینند و خسارت مال مضمون به مال اصلی ضامن وارد شود. در عقد صحیح مال اصلی زید کتاب بوده است، لذا اگر گندمی که گرفته، تلف شود، به مال اصلی زید، خسارتی وارد می شود، یعنی باید کتاب که مال اصلی زید بود، در اختیار عمرو قرار بگیرد و بالعکس.

پس در عقد صحیح این معنا کاملاً قابل پیاده شدن است. در عقد فاسد هم اینگونه است، اگر عقد فاسدی واقع شود، مثلاً کتاب در مقابل گندم قرار گیرد و کتاب در دست مشتری تلف شود، می گوییم مشتری ضامن است، یعنی باید خسارت کتاب را از مال اصلی خودش بدهد.

شیخ می فرماید: از تعریفات برخی مثل مرحوم صاحب ریاض، معنای دیگری برای ضمان استفاده می شود. ایشان می گوید: ضمان معنایش این است که مال مضمون در ملک ضامن تلف شود. مالی که سبب برای ضمان است، می گوییم: «یتلف فی ملک الضامن». صاحب ریاض می فرماید: زمانی که می گوییم: عقد صحیح ضمان آور است، یعنی این کتاب را که داده است به مشتری، اگر در دست مشتری تلف شد، این کتاب که برای مضمون است، «یتلف فی ملک الضامن»، کتابی که برای مشتری

شد، هنگام تلف، به عنوان ملک مشتری تلف می شود.

همین معنا را در عقد فاسد هم پیاده کرده اند به این بیان که وقتی بایع کتاب را به عقد فاسد به مشتری می دهد، با وجود اینکه این عقد، برای مشتری ملکیت نیاورده است، اما اگر بخواهیم بگوییم: مشتری ضامن است، باید بگوییم: مشتری مالک کتاب می شود و کتاب به عنوان ملک خود مشتری تلف می شود، ولی مشتری باید بدل کتاب را به بایع بدهد، یعنی مثل یا قیمت آن را.

مرحوم شیخ این تعریف را قبول ندارد، زیرا؛ لازمه تعریف این است که اگر هیچ معامله ای بین دو نفر واقع نشده باشد و مال از بین برود، بگوییم: «یتلف فی ملک الانسان»، لذا هر انسانی ضامن مال خودش است. شاید این حرف در عرف مسامحی، بین مردم زده شود، اما از روی تأمل و توجه، حرف اشتباهی است.

انواع متدارک در ضمان و اصل در آن

بعد از عریف ضمان، دو مطلب باید روشن شود، اولاً انواع متدارک و ثانیاً اصل در ضمان. متدارک در باب ضمان، دارای سه مصداق است؛ اول: تدارک «بالعوض الواقعی»، دوم: تدارک «بالعوض المسمی» است، سوم: تدارک به اقل عوض واقعی و مسمی. مثال اینها را در تطبیق عرض می کنیم.

اما مطلب دوم: مرحوم شیخ می فرمایند: ضمان هر جا به صورت مطلق استعمال شود، ظهور در ضمان واقعی دارد. یعنی آنکه در واقع به عنوان بدل آن مال، مضمون است. بدل واقعی در مقابل عوض جعلی است. این کتاب قیمتش صد تومان است، اگر به پنجاه تومان فروختید، به این پنجاه تومان می گویند: عوض جعلی، عوضی است که طرفین عقد بر آن توافق کرده اند و شارع آن را امضاء کرده است.

بنابراین چنانچه «ضمان» در روایات مطلق آمد، ظهور در عوض واقعی دارد و عوض جعلی را از راه قرینه باید استفاده کنیم، از این رو «ضمان» در قاعده «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» را نمی توانیم بر ضمان المسمی حمل کنیم، چنانچه بعضی از فقها حمل کرده اند.

تطبیق

«و کیف کان»، کسی از قبل از مرحوم علامه متعرض این قاعده شده باشد یا نشده باشد، مهم بیان معنای قاعده است، «اصلاً و عکساً، ثم بیان المدارک فیها»، مهم بیان مفاد و مدرک آن است، «فنقول من الله الاستعانة إن المراد بالعقد» در «کل عقد یضمن...» چیست؟ «أعمّ من الجائر واللازم»، خصوص عقد لازم نیست؛ بلکه بالاتر «بل ممّا کان فیہ شائبة الإیقاع أو کان أقرب إلیه»، حتی آنکه شائبه ایقاع دارد هم شامل است، شائبه ایقاع، یعنی عقد خالص نیست، مقداری بوی ایقاع در آن است. اما «اقرّب إلیه»، یعنی احتمال عقد بودنش ضعیف است و احتمال ایقاع بودنش قوی.

«فیشمل الجعالة و الخلع»، جعالة و خلع را شامل می شود. ابن ادریس، علامه، شهید و محقق ثانی تصریح کرده اند که جعالة عنوان عقد جایز را دارد، اما صاحب جواهر از عبارت مرحوم محقق در شرایع، ایقاع بودن را استظهار کرده است و صاحب جواهر هم فتوایش این است که جعالة عنوان ایقاع را دارد. بیان شد خصوصیات که در عقد معتبر است، در جعالة معتبر نیست، مثلاً در جعالة اگر صبی ممیز، مال شخص جاعل را که گم شده بود، بیابد و تحویل دهد، استحقاق جعل را دارد، در جعالة اگر عامل از ایجاب جاعل هم بی اطلاع باشد، جعالة صحیح است.

در خلع هم اختلاف است که آنچه زوجه به زوج می دهد تا زوج او را طلاق دهد، آیا عنوان فداء را دارد یا عنوان معاوضه را؟ همچنین اختلاف دیگری در خلع وجود دارد که خلع طلاق است یا فسخ؟ این اختلافات سبب شده است که در ماهیت خلع اختلاف شود که آیا ایقاع است یا عقد؟

«و المراد بالضمان في الجملتين»، مراد از ضمان در دو جمله «يضمن بصحيحه و يضمن بفاسده» چیست؟ «هو كون دَرَك المضمون، عليه»، «درك»، مبتدا و «عليه»، خبر است. مراد تدارك مال مضمون، بر ضمان است، «بمعنى كون خسارته و دَرَكه في ماله الأصلي»، خسارت مال مضمون در مال اصلی ضمان است، عرض شد که این در مقابل مال حادث است. معامله ای که می خواهد انجام شود و بايع كتاب را بفروشد و مشتری گندم را به عنوان ثمن بدهد، قبل از معامله این كتاب مال اصلی بايع است و بعد از معامله گندم مال بايع می شود، ولی به عنوان مال حادث است، همینطور در مشتری.

«فإذا تلف وقع نقصان فيه»، لذا ضمان این است که ضامن از مال اصلی اش باید کم شود. «فإذا تلف» زمانی که مضمون تلف شد، «وقع النقصان فيه»، نقصانی در مال اصلی واقع می شود، «لوجوب تداركه منه»، تدارك ببیند مضمون را از مال اصلی، این تعريف شيخ است. و اما تعريف دیگران: «و اما مجرد كونه تلف في ملكه»، ضمان تلف در ملك ضامن است، «بحيث يتلف مملوكاً له»، به طوری که به عنوان ملك برای ضامن تلف شود، «كما يتوهم»، توهم است، متوهم را دو نفر گفته اند؛ یکی مرحوم شيخ علی در حاشیه لمعه و یکی هم مرحوم صاحب ریاض.

«فليس هذا معنى للضمان أصلاً»، اصلاً این معنای ضمان نیست. چرا بعضی فقها اینگونه معنا کرده اند؟ چون می گویند: در ضمان باید کاری کنیم که از مال ضامن کم شود، نه مال صاحب مال، لذا اگر از مال ضامن بخواهد کم شود، باید طوری باشد که مال به عنوان ملك ضامن تلف شود. شيخ می فرماید: «فلا يقال: إن الإنسان ضامنٌ لأمواله»، اشکالش این است که به هر انسانی که مالش تلف شود بتوانیم بگوییم: ضامن.

«ثم تداركه من ماله»، تدارك سه مصداق دارد: «تارةً يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو و المالك»، ادا عوض جعلی که ضامن و مالك تراضی کرده اند «علی كونه عوضاً و أمضاه الشارع»، بر اینکه عوض باشد و شارع این عوض جعلی را امضاء کرده است، «كما في المضمون بسبب العقد الصحيح»، همانطور که در عقد صحيح اینگونه است.

وقتی بايع در عقد صحيح كتابی را در مقابل گندم می فروشد، می گوییم: ضمان است، یعنی این كتاب برای مشتری است و اگر كتاب تلف شد و كتاب را بايع به مشتری داد، مشتری ضامن است که در مقابل این كتاب گندم را بدهد، وقتی مشتری گندم را به بايع داد، بايع ضامن است که در مقابل گندم، كتاب را به مشتری بدهد. این را ضمان به عوض جعلی می گویند.

«و أخرى بأداء عوضه الواقعي و هو المثل أو القيمة»، تدارك به عوض واقعی است، یعنی مقدار قراردادی نیست، آن مقداری که مثل و قیمت واقعیه است را باید تدارك کند، «و ان لم يتراضيا عليه»، ولو طرفین بر این قیمت واقعی تراضی نداشته باشند، مثلاً در عقد فاسد، چنانچه مبيع در دست مشتری تلف شد، مشتری باید مثل یا قیمت آن را بدهد، چه راضی باشد و چه نباشد.

فرض سوم تدارك: «بأداء أقل الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي كما ذكره بعضهم»، مراد از بعض شهید ثانی در بعضی از مقامات است، «مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض»، مانند مثالی که در باب هبه می زنند؛ اگر در هبه معوضه، واهب عین موهوبه را به متهدب داد و هنوز متهدب عوض را به او نداده، عین موهوبه در دست متهدب تلف شد، فتوای شهید این است که متهدب مختار است اقل الامرین از عوض مشروط و واقعی را بدهد.

«فإذا ثبت هذا»، حالا که روشن شد تدارك سه مصداق دارد، نه اینکه ضمان سه معنا داشته باشد و در عوض واقعی و عوض

جعلی و اقل الامرین، یک معنا بیشتر ندارد، «فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي»، مراد از ضمان به قول مطلق، لزوم تدارك به عوض واقعی است، یعنی هر جا کلمه ضمان مطلق آمد، ظهور در عوض واقعی دارد، «و لذا لو اشترط ضمان العارية»، اگر عاریه دهنده گفت: مالم را عاریه می دهم به شرطی که تو ضامن باشی، «لزم غرامة مثلها» یا «قیمتها، ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غيرها عدا لفظ «الضمان» بقول مطلق»، در اخبار ضمان مضمونات از مغصوبات و غیر مغصوبات، آن مواردی که به انسان مالی را به امانت می دهند، فقط لفظ ضمان به قول مطلق آمده است، پس باید آنها را حمل بر عوض واقعی کنیم.

«اما تداركه بغيره»، یعنی تدارك مضمون به غیر عوض واقعی، «فلا بد من ثبوته من طريق آخر»، طریق دیگری «مثل تواطئهما عليه»، علی غیر عوض واقعی، «بعقد صحيح يُمضيه الشارع»، به عقد صحیحی که شارع امضاء کرده باشد. تا اینجا مرحوم شیخ تکلیف مسئله را روشن کردند که مراد از ضمان در «يضمن بفاسده و يضمن بصحيحه»، ظهور در عوض واقعی دارد.

در مقابل برخی گفته اند: مراد عوض المسمی است، یعنی اگر عقد فاسدی واقع شد مثلاً کتاب در مقابل گندم و کتاب تلف شد، همان گندمی که مشتری تعیین کرده بود به عنوان ضمان باید به بايع بدهد. شیخ این احتمال را قبول نمی کند، «فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمي»، عوض مسمی داده شود نظیر ضمان در عقد صحیح، «ضعيف في الغاية»، چرا ضعیف است؟

وجه عدم اراده ضمان المسمی از «يضمن» در قاعده

دو دلیل برای بطلان اینکه مراد از ضمان در قاعده، ضمان المسمی است، گفته شده است که شیخ یک دلیل را رد و دیگری را قبول می کند.

اما دلیل اول: در عقد فاسد عوض المسمی موضوع ندارد، چون عوض جعلی آن عوضی است که طرفین بر آن توافق کنند و شارع آن را امضاء کند، لذا اگر گفتیم: عقدی عقد فاسد است، معنایش این است که شارع امضاء نکرده است و آن عوض، عوض المسمی نیست.

شیخ می فرماید این را قبول نمی کنیم که اگر عقدی فاسد شد، عوض المسمی در آن معنا نداشته باشد. جایی برای شما مثال می زنیم که از یک عوض واقعی انقلاب می یابد به عوض المسمی. در باب معاطات روی قول به اینکه معاطات مفید اباحه است، هیچ کدام مالک نمی شوند، اما اگر أحد العوضین تلف شد، آن عوض قبل از تلف در ملک آن شخص بوده است، مال دیگری می شود، در حالیکه اگر قبل از ملکیت، تلف می شد، مسئله عوض المسمی نبود و عوض واقعی بود، اما بعد از تلف انتقال یافت به عوض المسمی.

بنابراین در باب فساد، همین مقدار که هر عوضی باقی بر ملک دیگری باشد، کفایت می کند.

تطبیق

«ضعيف في الغاية» این وجه ضعف همان مطلبی است که بعضی خیال کرده اند؛ بین عوض المسمی و فساد جمع نمی شود. «لا لأنَّ ضمانه بالمسمي يخرجه من فرض الفساد؛ إذ يكفي في تحقق فرض الفساد»، فساد عقد یعنی اینکه شارع می گوید: اینکه شما قرار داده اید، عوض واقع نمی شود. شیخ می گوید: فساد عقد آن است که نقل و انتقال نیاید، «يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة و إن كان عند تلف أحدهما» ولو اینکه بر ملک مالک باقی مانده است، ولی اگر احدهما

تلف شود، «یتعیّن الاخر» دیگری تعین می یابد.

فساد معنایش این نیست که شارع خط بطلانی بر گندم بکشد که اصلاً نمی تواند عوض واقع شود، بعد از اینکه هر دو توافق کردند بر اینکه گندم، به عنوان عوض باشد، هنگام تلف کتاب، متعین شود، چه اشکالی دارد؟ نظیر معاطات بنابر قول به اباحه که توضیحش گذشت. «بل لاجل ما عرفت»، دلیل دوم است که توضیحش فردا عرض می شود.

وَصَلَّى اللّٰهُ عَلٰى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ