

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

«لأجل ما عرفت من معنى الضمان، و أنّ التدارك بالمسمى في الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئاً على عوضيته».

مراد از ضمان در قاعده

مرحوم شیخ در مراد از دو کلمه «یضمن» در قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، فرموده اند که ضمان یک معنا بیشتر ندارد که هم قابل تطبیق بر عقد صحیح است و هم قابل تطبیق بر ضمان عقد فاسد.

در مقابل این نظر بعضی ها گفته اند: مراد ضمان المسمی است، در عقد صحیح «یضمن»، یعنی همان عوضی است که در خود عقد معین شده است و به قرینه «یضمن بصحیحه» که حمل بر «ضمان المسمی» شد، «یضمن بفاسده» را هم باید حمل بر «ضمان المسمی» شود. نتیجه این می شود که در عقد فاسد آن ضمانی که وجود دارد همان ضمان المسمی است، لذا اگر کتابی را در مقابل یک کیلو گندم فروخت چه به عقد صحیح، چه فاسد و کتاب در دست مشتری تلف شد، مشتری ضامن گندم است، ولی ضامن عوض واقعی کتاب، یعنی قیمت واقعی آن نیست.

مرحوم شیخ فرمودند که این حرف، باطل است و برای بطلان آن دو دلیل اقامه شده است که یک دلیل آن دیروز بیان شد و مورد مناقشه قرار گرفت.

ردّ دوم بر اراده «ضمان المسمی» در قاعده

مرحوم شیخ می فرماید: یک قاعده کلی ارائه دادیم که کلمه ضمان به صورت مطلق در روایات یا در کلمات، ظهور در ضمان واقعی دارد و ضمان المسمی نیاز به یک بیان اضافه دارد، لذا در اینجا هم باید حمل بر واقعی کنیم، ولیکن در این قاعده دو حرف داریم، یک حرف این است که در عقد فاسد و عقد صحیح دو گونه ضمان نداریم، یعنی ضمان دو معنا ندارد، بلکه یک معنا دارد و آن عبارت است از: «درک المضمون علی الضامن فی ماله الاصلی». و ثانیاً کلمه ضمان هر جا استعمال شود، ظهور در ضمان واقعی دارد.

احتمالات در عموم مستفاد از «کل» در قاعده

مطلب دیگری که مرحوم شیخ پیرامون آن بحث می کند، عمومی است که در «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است. در این عموم سه احتمال وجود دارد؛ اول: عموم انوعی، دوم: عموم اصنافی، سوم: عموم افرادی و اشخاصی.

بنابر احتمال اول، معنای قاعده این می شود که هر عقدی که در صحیحش، بر حسب نوع، مفید ضمان است، در فاسد آن هم ضمان است. و بنابر احتمال دوم، هر عقدی که در صنف صحیحش، ضمان است، در فاسد از همان صنف هم ضمان وجود دارد.

شیخ می فرماید: نمی توانیم اراده عموم انواعی را داشته باشیم، زیرا؛ مواردی داریم که بر حسب نوع، در آن ضمان وجود ندارد، اما در فاسد آن ضمان وجود دارد، مثل عقد صلح، عقد صلح بر حسب طبعش و بر حسب نوع آن ضمان نیست، اما صنفی از این صلح، به نام صلح معاوضی، بخاطر مسأله وجود عوض، در آن ضمان وجود دارد. نتیجه صلح معاوضی همان نتیجه بیع معمولی است، منتهی در بیع شرایطی معتبر است، مثل معلومیت و عدم جهالت و عدم غرر که در صلح معاوضی معتبر نیست.

در نوع مصالحه اینگونه است که هنگام وقوع صلح، فایده آن ابراء است، محور مصالحه اسقاط دین از ذمه شخص بدهکار است و عوضی در کار نیست. پس نمی توانیم بگوییم: مراد از این کل، عموم نوعی است، هرچند نوع ضمان آور نباشد، زیرا بعضی از اصناف در آن ضمان وجود دارد. لذا شیخ می فرماید: به نظر باید «کل» را حمل بر عموم اصنافی کنیم، بگوییم: هر عقدی که در صحیح از صنف آن عقد ضمان باشد، در فاسد از همان صنف ضمان وجود دارد. در صلح یک صنفش صلح معاوضی است، در هبه یک صنفش هبه معوضه است که اگر صحیحاً واقع شوند، ضمان آورند و اگر همین صنف فاسداً هم واقع شود در آن ضمان محقق است.

اما بنابر احتمال سوم می گوییم: هر عقدی که شخص معین آن، در عالم خارج اگر صحیحاً واقع شود و ضمان داشته باشد، در فاسد از همان شخص، ضمان است، اما اگر در صحیح از آن شخص ضمان نباشد، در فاسد از آن شخص هم ضمان نیست، مثل اجاره بلااجرت و بیع بلاثمن، اگر کسی اجاره بدهد به شرط عدم اجرت یا بیع کند به شرط عدم ثمن، همه فقها می گویند: باطل است.

بایع می گوید: این کتاب را می فروشم به شرطی که ثمنی در کار نباشد و مشتری می گوید: خریدم. این عقد فاسد است، لذا طبق احتمال سوم، اگر فرض کنیم که بیع بلا ثمن، عقد صحیحی بود، در فرض صحت ضمان نداشت، پس در فرض فساد هم ضمانی نیست.

شیخ احتمال سوم را مردود می داند و در رد آن می فرماید: یک طرف احتمال سوم، همیشه عنوان فرضی است، یعنی اگر بخواهیم «کل» را بر شخص حمل کنیم، باید بگوییم: اگر فرض کنیم این صحیح است حال که فاسد است چگونه است؟ در حالی که مقتضای قاعده این است که «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، یعنی عقدی که بالفعل دو مصداق خارجی صحیح و فاسد دارد. لذا این احتمال هم باطل است.

اعتبار تحقق ضمان از ناحیه عقد

مطلب دیگری که شیخ بیان می کنند، این است که ظاهر قاعده تحقق ضمان «من قبل العقد» است. «کل عقد یضمن بصحیحه»، یعنی ضمانی که از ناحیه عقد آورده می شود. بنابراین اگر ضمان از راه شرطی که خارج از ماهیت عقد است، محقق شود، از قاعده خارج است، مثلاً در باب اجاره، اگر کسی خانه اش را اجاره داد، همه فقها گفته اند: عین مستأجره در ید مستأجر، عنوان امانت را دارد، لذا اگر در دست او خود به خود تلف شد، ضامن نیست.

حال اگر مؤجر بگوید: خانه ام را به تو اجاره می دهم به شرط ضمان، یعنی به شرط اینکه اگر عین این خانه در ید تو تلف شود، ضامن باشی و بر فرض، شرط مخالف با شرع نباشد، در صحیح این اجاره ضمان وجود دارد، اما نه ضمانی که خود عقد

موجب آن باشد؛ بلکه از ناحیه شرط خارج از ماهیت عقد به دست آمده است. از این رو اگر این عقد به علتی فاسد باشد، مثلاً اجرت مجهول بوده باشد و خانه در ید مستأجر تلف شد، ضمان نمی آید، زیرا قاعده می گوید: ملازمه بین ضمان در عقد صحیح و فاسد در جایی است که در عقد صحیح ضمان از ناحیه خود عقد محقق شود.

تطبیق

«بل لأجل ما عرفت»، این مطلب دنبال این است که بعضی گفته اند: در قاعده «یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، باید ضمان را حمل بر ضمان المسمی کنیم، یعنی به قرینه اینکه در «یضمن بصحیحه»، ضمان حمل بر ضمان المسمی شد، در «یضمن بفاسده» هم حمل بر ضمان المسمی کنیم. یک دلیل را دیروز خواندیم و شیخ رد کردند. در اینجا شیخ ردی دیگر بر این نظریه بیان می کنند.

«لأجل ما عرفت من معنى الضمان»، دانستیم معنای ضمان را «و أن التدارك بالمسمى في الصحيح»، و اینکه در عقد صحیح، تدارک به عوض المسمی است، «لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته»، شارع آنچه که اینها توافق بر عوضیت آن یافته اند را امضاء کرده است، «لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد»، نه اینکه بگوییم: ضمان در عقد صحیح یک معنای مغایری با ضمان در عقد فاسد دارد، «حتى يوجب ذلك»، یعنی تغایر معنای ضمان در عقد صحیح با معنای ضمان در عقد فاسد، «يوجب ذلك تفكيك في العبارة»، موجب تفکیک در عبارت است.

«فافهم»، اشاره دارد به علت اول که دیروز شیخ بیان کردند. در علت اول بعضی گفتند که «یضمن بفاسده» را نمی توانیم حمل بر ضمان المسمی کنیم، چون ضمان المسمی با فاسد بودن جمع نمی شود. شیخ در ردّ این حرف فرمود: مواردی داریم که انتقال به ضمان المسمی می شود، در حالی که ملکیت محقق نبوده است. به عبارت دیگر: مواردی داریم با اینکه نقل و انتقال واقع نشده است، اما عوض المسمی موجود است، مثل باب معاطات. در معاطات بنا بر قول به اباحه، نقل و انتقال صورت نگرفته است، در حالی که اگر احد العوضین تلف شد، عوض دیگر به عنوان عوض المسمی تعیین می یابد.

«فافهم» اشاره دارد به اینکه قیاس ما نحن فیه به معاطات، یک قیاس باطل است. در معاطات گرچه نقل و انتقال واقع نشده است، اما خود معاطات «من الاسباب الصحيحة»، اما در «ما نحن فیه»، فرض این است که عقد فاسد واقع شده است.

مطلب دیگر مربوط به کلمه «کل» است، «ثم العموم في العقود»، اینکه می گوییم: «کل عقد»، «لیس بإعتبار خصوص الانواع»، عقد از جهت نوع مراد نیست. اگر عقد از جهت نوع مراد باشد، نتیجه آن می شود که «لیکون أفراده مثل البيع و الصلح و الإجارة و نحوها»، اگر گفتیم عموم نوعی مراد است، هر عقدی مثل بیع، صلح و اجاره نمی تواند باشد، زیرا: «لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان»، ممکن است نوعی از جهت نوع، اقتضای ضمان نداشته باشد، «و أنّما المقتضى له بعض اصنافه»، بلکه بعضی از اصنافش، اقتضای ضمان داشته باشد.

«فالفرد الفاسد من ذلك الصنف یضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف»، از اینجا وارد احتمال دوم می شوند و آن را می پذیرند. «کل عقد»، یعنی هر صنفی از بیع و صلح که در صحیح آن ضمان است، همان صنف، اگر فاسد واقع شود، در آن ضمان است. در صنفی که در صحیح آن ضمان نیست، اگر همان صنف فاسد واقع شود، در فاسدش هم، ضمان نیست.

شیخ مثال می زند: «مثلاً الصلح بنفسه لا یوجب الضمان»، یعنی به نوعه موجب ضمان نیست، «لأنّه قد لا یفید إلا فائدة الهبة الغير المعوّضة أو الإبراء»، صلح مفید تملیک مجانی است، تملیک مجانی همان هبه غیر معوضه است، گاهی هم مفید ابراء دین است، لذا عوضی وجود ندارد که بگوییم در صحیح آن ضمان است. ضمان در عقد صحیح متقوم به این است که طرف عوض

داشته باشد.

«فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة»، آن که موجب است، باید مشتمل بر معاوضه باشد، یعنی صلح معاوضی باشد. صلح، عنوان کلی را دارد، یک صنف آن مفید هبه است، یک صنف دیگرش مفید ابراء و یک صنف آن مفید بیع است. صنفی که مفید بیع است، صلح معاوضی است و با بیع متعارف هیچ تفاوتی ندارد، الا در شرایط.

گفته نشود که چون صلح در نوعش ضمان نیست، در صلح معاوضی هم نباشد، هر صنفی را باید جداگانه بررسی کنیم. در صلح مفید هبه، چون صحیحش ضمان ندارد، فاسدش هم ضمان آور نیست. در صلح مفید ابراء هم چون در صحیحش ضمان نیست، در فاسد آن هم نیست، «فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً»، اما در صلح معاوضی، چون در صحیحش ضمان است، در فاسد از همین صلح معاوضی، ضمان هست. «و لا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح»، التفات نمی شود به اینکه نوع صلح صحیح، «من حیث هو»، از حیث اینکه صلح است، «لا یوجب ضماناً»، ضمان آور نیست، «فلا یضمن بفاسده»، لذا فاسدش هم ضمان آور نیست.

«و كذا الكلام في الهبة المعوّضة»، در هبه هم همینطور است، هبه معوضه و غیر معوضه داریم. اگر یک فرد صحیح هبه غیر معوضه واقع شود، در آن ضمان نیست، پس اگر فرد فاسد هم واقع شود، ضمان ندارد و اگر فرد صحیحی از هبه معوضه واقع شود، ضمان آور است، پس فاسد آن هم ضمان آور است. «و كذا عارية الذهب و الفضة»، همچنین عاریه ذهب و فضّه، در عاریه اگر آن عینی که متعلق عاریه واقع می شود، ذهب و فضّه باشد، ضمان آور است، پس در فاسد آن هم، ضمان است، ولی اگر عاریه غیر ذهب و فضّه باشد، در صحیح آن ضمان نیست، لذا در فاسد آن هم ضمان نیست.

مرحوم شیخ «کل» را به معنای «کل اصنافی» معنا کردند، از این رو مستشکلین می گویند: «نعم، ذکروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم»، مواردی داریم که فقها تعبیر را برده اند روی نوع، کجا؟ جایی که اگر محرم، صیدی را در حال احرام از شخص دیگری عاریه بگیرد. در اینجا فقها گفته اند: محرم باید این صید را رها کند و ضامن نیست، «أنّ صحیح العارية لا یوجب الضمان»، صحیح آن موجب ضمان نیست، تعلیل را برده اند روی نوع.

مرحوم شیخ می فرماید: «و لعلّ المراد عارية غیر الذهب و الفضة، و غیر المشروط ضمانها»، مراد این است که کل بر حسب اصناف را اراده کرده اند و اینکه گفتند: صحیح عاریه موجب ضمان نیست، یعنی صحیح از یک صنفش که عبارت از صنف عاریه غیر ذهب و فضّه است، موجب ضمان نیست و همچنین عاریه ای که در آن شرط ضمان نشده باشد.

قبل از بیان احتمال سوم که عموم بر حسب افراد و اشخاص است، مرحوم شیخ فرموده: «ثم المتبادر من اقتضاء الصحیح للضمان اقتضاؤه له بنفسه»، یعنی خود عقد اقتضا کند، «فلو اقتضاه الشرط المتحقّق في ضمن العقد الصحیح»، یعنی اگر ضمان را، شرطی که در ضمن عقد صحیح متحقق است، اقتضا کند، «ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان»، اگر همین فرد مشروط، فاسد واقع شود، بگوییم: موجب ضمان است، «تمسکاً بهذه القاعدة، اشکال»، اختلاف شده است، زیرا؛ آنچه که متبادر از قاعده است، اثبات ضمان در عقدی است که صحیح خود عقد، اقتضا ضمان را داشته باشد.

مرحوم سید یزدی در حاشیه فرموده است: قاعده که می گوید: «کل ما یضمن بصحیحه...»، یعنی چه خود عقد صحیح اقتضا کند و چه به سبب عقد صحیح، شیخ این حرف را قبول ندارد، مثال می زند: «کما لو استأجر اجارة فاسدة»، اگر اجاره ای فاسد محقق شود، «و اشترط فیها ضمان العین»، و در آن ضمان عین را شرط کنند، مثلاً مؤجر بگوید: خانه را به تو اجاره می دهم به شرط اینکه سیل آمد و خود به خود تلف شد، تو ضامن باشی، در صحیح این اجاره به سبب این شرط، ضمان آمده است.

اگر همین اجاره از جهتی فاسداً واقعی شود «و قلنا بصحة هذا الشرط»، بعضی گفته اند که این شرط مخالف شرع است، چون شارع می گوید: ید مستأجر أمانی است و ضمان آور نیست، «فهل یضمن بهذا الفاسد»، آیا با این عقد اجاره اگر فاسداً واقع شود، ضمان می آید؟ «لأنّ صحیحة یضمن به و لو لأجل الشرط، أم لا» یا نمی آید؟

«و كذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة»، عاریه مضمونه یعنی عاریه ای که شرط ضمان در آن شده باشد. دو گونه عاریه مضمونه داریم؛ عاریه ذهب و فضه که خود به خود مضمون است و عاریه ای که ضمان در آن از ناحیه شرط می آید. مراد از عاریه مضمونه در اینجا، دومی است.

«و يظهر من الرياض اختیار الضمان بفاسدها مطلقاً»، صاحب ریاض گفته است که عاریه فاسده ضمان آور است مطلقاً، چه شرط ضمان شده باشد یا نشده باشد، «تبعاً لظاهر المسالك و يمكن جعل الهبة المعوّضة من هذا القبيل»، هبه معوضه هم از این قبیل عاریه مضمونه مشروطه است، «بناءً على أنّها هبة مشروطة لا معاوضة»، در هبه معاوضی اختلاف است که آیا عوض عنوان رکنیت را دارد یا شرطیت را؟

من کتابم را هبه می کنم به زید به عوض اینکه زید کتابش را به من هبه کند، در هبه معوضه مشهور از محققین می گویند: عوض عنوان رکنیت ندارد. اگر رکن نشد، یعنی عنوان جزئیت ندارد و شرط است که در صورت تخلف، خیار شرط ثابت می شود. اما در مقابل بعضی می گویند: عنوان رکنیت دارد، ولی ما می گوئیم: هبه معوضه مثل عاریه است که در آن شرط ضمان شده است.

اما احتمال سوم که عموم بر حسب اشخاص اراده شده است، «و ربما یحتمل فی العبارة أن یكون معناه: أن كلّ شخصٍ من العقود یضمن به»، اگر به سبب آن شخص عقد صحیح ضمان آمد، در فاسد همان شخص از عقد هم ضمان می آید. «یترتب علیه عدم الضمان فیما لو استأجر بشرط أن لا أجره»، اگر اجاره بدهد به شرطی که اجرتی نباشد و یا شخصی را اجیر کند به شرطی که اجرتی نباشد، ضمان نیست، لذا اگر فرض کنیم که اجاره بلا اجرت صحیح است، چطور در صورت صحیح بودنش، در آن ضمان نیست، فاسد هم واقع شود، در آن ضمان نیست.

«كما اختاره الشهيدان» عدم ضمان را، «او باع بلا ثمن»، جنس را به شرط اینکه ثمن در کار نباشد، بفروشد، «كما هو»، یعنی این عدم ضمان، «أحد وجهي العلامة فی القواعد»، علامه دو احتمال داده است؛ یک وجهش، عدم ضمان است. شیخ می فرماید: این احتمال که بگوئیم: مراد از «كل»، عموم به حسب اشخاص است، درست نیست و «یضعّف» این احتمال به این بیان که «بأنّ الموضوع هو العقد التی بالفعل صحیح و فاسد»، عقدی که بالفعل دو مصداق صحیح و فاسد دارد، موضوع ضمان است، «لا ما یفرض تارةً صحیحاً و اخرى فاسداً»، نه اینکه مصداق های فرضی داشته باشد.

«فالمتمعّن بمقتضى هذه القاعدة: الضمان فی مسألة البیع»، به مقتضی این قاعده، متعین، ضمان در مسئله بیع است، یعنی در بیع بلا ثمن ضمان ثابت است، زیرا؛ در صحیح بیع، ضمان است، پس در فاسد آن هم باید ضمان باشد.

«نعم، ما ذكره بعضهم من التعلیل لهذه القاعدة»، شیخ می فرماید: در مدرک این قاعده، بعضی ها دلیل را قاعده اقدام قرار داده اند. در جواب اینکه چرا اگر در عقد صحیح ضمان باشد، در فاسد همان ضمان است؟ می گویند: «بانه اقدم علی العین مضمونة علیه»، چون خود مشتری اقدام بر ضمان کرده است. اگر قاعده اقدام را قرار دادیم، «لا یجری فی هذا الفرع»، در بیع بلا ثمن، قاعده جریان ندارد، چون مشتری خود اقدام کرده است بر اینکه مبیع را بخرد در صورتی که عوضی در کار نباشد.

«لكنّ الكلام»، بحث ما در معنای قاعده است، نه در مدرک آن، لذا از حیث معنا، همانی است که گفتیم و کاری به قاعده اقدام

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين