

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

«ثُمَّ إِنَّ لَفْظَةَ «الْبَاءِ» فِي «بَصِحِيحِهِ» وَ «بِفَاسَدِهِ»، إِمَّا بِمَعْنَى «فِي»، بِأَنْ يَرَادَ: كُلُّ مَا تَحَقَّقَ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ تَحَقَّقَ فِي فَاسَدِهِ، وَ إِمَّا لِمَطْلُوقِ السَّبَبِيَّةِ»

احتمالات در معنای «باء» در «بصحیح و بفاسد»

یکی از نکاتی که در مورد معنای قاعده «ما یضمن» مطرح است، دانستن معنای لفظ «باء» در «بصحیح و بفاسد» است. مرحوم شیخ دو احتمال در آن داده است:

احتمال اول: به معنای ظرفیت باشد، «کل عقد یضمن بصحیح»، یعنی «یضمن فی صحیح» و «یضمن بفاسد»، یعنی «فی فاسد»، اگر به معنای ظرفیت بگیریم، بین عقد فاسد و عقد صحیح از نظر اینکه هر دو ظرف برای ضمان هستند، فرقی نمی کند، هم عقد صحیح ظرف برای ضمان است و هم عقد فاسد.

احتمال دوم: به معنای سببیت باشد. «کل عقد یضمن بصحیح»، یعنی عقد صحیح سبب برای ضمان واقع شود. و «یضمن بفاسد»، معنایش این می شود که عقد فاسد هم سبب ضمان می شود.

هنگام شک در اینکه لفظ «باء»، ظهور در سببیت دارد یا ظرفیت؟ ظاهر اولی این است که سببیت باشد، ولو اینکه در مواردی در ظرفیت استعمال شده است. روی احتمال دوم بین سببیت عقد صحیح و سببیت عقد فاسد تفاوت است.

سببیت تامه و ناقصه عقود برای ضمان

مرحوم شیخ ابتداءً می فرمایند: بعضی از مصادیق عقد صحیح سبب تام است، مثل عقودی که بعد از عقد، شرط دیگری در کار نیست، مثل بیع، اجاره که عقد صحیح در آنها، خودش سبب برای ضمان است، اما در بعضی از عقود صحیح، علاوه بر عقد، باید قبض هم محقق شود، مثل بیع نقدین و بیع سلم که اگر قبض محقق نشود، ملکیت محقق نمی شود و اگر ملکیت محقق نشود، ضمان معنا ندارد، لذا عقد در این موارد، سبب ناقصه دارد.

مرحوم شیخ در خصوص «بیع»، اضراب یا ترقی می کنند که احتمال هر دو هست، می فرمایند: در بیع قاعده‌ای داریم که «تلف المبیع قبل قبضه من کیس البایع»، طبق این قاعده باید در جمیع عقود صحیح، بگوییم: تا قبض محقق نشده است، ضمان در کار نیست. بایع زمانی که جنسی را به مشتری می فروشد، با انشاء «بعث» و «اشتریت»، عقد تمام می شود، ولو هنوز مشتری

مبیع را نگرفته باشد. اگر مشتری مبیع را گرفت، در مقابل مبیع ضامن است، به این معنا که اگر مبیع تلف شود، باید ثمن را به بایع دهد، اما اگر مشتری مبیع را نگرفته باشد و درید بایع تلف شود، مشتری ضامن نیست.

مرحوم شیخ می‌فرماید: روی این قاعده می‌توانیم بگوییم: در هر بیعی ولو صحیح، قبل قبض، ضمانی در کار نیست، البته مراد از ضمان، ضمان مسمی است. یک «فتأمل» هم دارد که در تطبیق توضیح می‌دهیم.

تمام کلام در سببیت تامه عقد برای ضمان، مربوط به عقد صحیح بود، اما در عقد فاسد، شیخ می‌فرماید هیچ تردیدی وجود ندارد که عقد فاسد، سببیت تامه برای ضمان ندارد. در عقد فاسد تا زمانی که قبض محقق نشود، ضمان مطرح نیست. اگر عقد فاسدی بین بایع و مشتری برقرار شد و بعد از عقد بایع جنس را به مشتری تحویل داد و مشتری قبض کرد، اگر در ید مشتری تلف شود، مشتری ضامن است و مادامی که قبض نباشد، ضمان در کار نیست.

دو توهّم و پاسخ آنها

این مطالبی که مرحوم شیخ راجع به سببیت گفت، برای این است که از دو توهّم پاسخ دهد.

توهّم اول: در عقد فاسد آنکه سببیت دارد، قبض است، نه عقد و در این قاعده عقد فاسد را سبب قرار داده است، پس قاعده اشکال دارد. به عبارت دیگر: متوهم می‌گوید: چرا در این قاعده ملازمه بین عقد صحیح و عقد فاسد در ضمان قرار داده شده است و بین این دو قیاس شده است؟ آنچه که در عقد فاسد، سبب ضمان است، قبض است، نه عقد.

دفع توهّم: درست است که قبض سبب ضمان است، ولی عقد، سبب قبض است، لذا عقد سبب ضمان است، چون «سبب السبب سبب».

توهّم دوم: قاعده ظاهرش این است که عقد فاسد، خودش سببیت دارد و چیز دیگری سببیت ندارد، اما خارجاً علم داریم که در عقد فاسد تا قبض محقق نشود، ضمان نمی‌آید، پس در نتیجه باید این قاعده را با علمی که در خارج داریم، تخصیص بزنیم و بگوییم: عقد فاسد سبب است الا در جایی که قبض محقق نشده باشد، اما جایی که قبض محقق شده باشد، قبض سببیت دارد.

دفع توهّم: این توهّم هم باطل است، زیرا؛ اگر کلمه «باء»، ظهور در سببیت تامه داشت، این توهّم درست بود، ولی گفتیم که کلمه «باء»، ظهور در مطلق سببیت دارد، اعم از سببیت تامه و ناقصه. معنای قاعده در اینجا تمام می‌شود و وارد دلیل قاعده می‌شویم.

تطبیق

«ثُمَّ إِنَّ لَفْظَةَ «الْبَاءِ» فِي «بَصْحِيحِهِ» وَ «بِفَاسَدِهِ»، كَلِمَةُ «بَاءٍ» فِي «بَصْحِيحِهِ وَ بِفَاسَدِهِ»، دُو اَحْتِمَالٍ دَارِدُ؛ «إِمَّا بِمَعْنَى «فِي»، يَعْنِي دَلَالَتِ بَرِ ظَرْفِيَّتِ دَارِدُ، «بَأَن يَرَادَ: كُلُّ مَا تَحَقَّقَ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ تَحَقَّقَ فِي فَاسَدِهِ»، هَرِ عَقْدِي كِهْ فِي صَحِيحِ آن ضَمَانِ تَحَقَّقَ دَارِدُ، فِي فَاسَدِ از آن عَقْدِ هَمِ تَحَقَّقَ دَارِدُ. ظَرْفِيَّتِ كِهْ شُدْ بِرِ خِلَافِ سَبَبِيَّتِ، بَيْنِ عَقْدِ صَحِيحِ وَ فَاسَدِ فَرْقِي نَمِي كُنْدُ، هَمَانطَوْرِ كِهْ عَقْدِ صَحِيحِ ظَرْفِ ضَمَانِ اسْتِ، عَقْدِ فَاسَدِ هَمِ ظَرْفِ ضَمَانِ اسْتِ.

«و إِمَّا»، بَيَانِ اَحْتِمَالِ دَوَمِ اسْتِ، «لِمَطْلُقِ السَّبَبِيَّةِ»، مَطْلُقِ يَعْنِي «الشَّامِلِ لِلنَّاقِصَةِ»، اَعْمُ از عَلَتِ تَامِهْ وَ نَاقِصِهْ، «لَا الْعِلَّةُ التَّامَّةُ»، مَرَادِ از سَبَبِيَّتِ عَلَتِ تَامِهْ نِيسْتِ. حَالِ كِهْ مَطْلُقِ سَبَبِيَّتِ شُدْ، مِي فَرْمَايَنْدُ: بَيْنِ سَبَبِيَّتِ عَقْدِ صَحِيحِ وَ سَبَبِيَّتِ عَقْدِ فَاسَدِ

تفاوت است. «فإنَّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض»، عقد صحیح دو گونه است: بعضی از آن، به مجرد عقد ضمان می آید و بعضی از آن، بعد از قبض ضمان می آید.

«كما في السلم و الصرف»، در بیع سلم تا قبض محقق نشود، ملکیت نمی آید، در بیع نقدین هم تا قبض محقق نشود، ملکیت نمی آید. و اگر ملکیت نیاید، ضمان وجود ندارد. ضمان فرع ملکیت است. شیخ ترقی می کند؛ «بل مطلق البیع»، یعنی نه خصوص سلم؛ بلکه در هر بیعی، مادامی که قبض محقق نشود، ضمان المسمی محقق نمی شود. «حيث أنَّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع»، مبیع قبل از قبض به عهده بایع است، «بمعني أنَّ دَرَكَه»، خسارتش بر بایع است و «یتدارکه برد الثمن»، بایع آن مبیع را به رد ثمن تدارک می بیند. بایع مبیع را تحویل مشتری نداده است، ولی ثمن را گرفته است، اگر مبیع در ید بایع تلف شود، بایع ضامن است و باید ثمن را به مشتری رد کند.

«فتأمل»، حرف‌های زیادی در اینجا زده شده است. مرحوم شهیدی در حاشیه مکاسب سه احتمال داده اند، اما یک بیانی را مرحوم ایروانی دارد که خود مرحوم شیخ انصاری در 7، 8 صفحه قبل به این بیان اشاره کردند که همان را در اینجا عرض می کنیم. مرحوم شیخ در «تلف المبيع قبل القبض»، تحلیلی را ارائه داده اند؛ اینکه مبیع قبل از قبض، ضمانش بر عهده بایع است به این جهت است که مبیع قبل از تلف شدن، آن‌ا ما داخل در ملک بایع می شود.

این میبئی که به سبب عقد داخل در ملک مشتری شد، در حالی که تحویل مشتری داده نشده است و در ید بایع تلف شده، قبل از تلف آن‌ا ما به ملک بایع باز می گردد و به عنوان مال بایع تلف می شود. اگر به این عنوان تلف شد و به ملک بایع بازگشت، عقد خود به خود منفسخ می شود و از محل کلام خارج می شود. باید موردی بیاورید که عقد صحیحی باشد و آن عقد در غیر صرف و سلم سببیت برای ضمان نداشته باشد، چنین موردی نداریم.

«و كذا الاجارة»، در اجاره، اگر مال الاجاره را مؤجر نگرفته باشد و قبل از گرفتن، در ید دیگری تلف شود. «و النكاح»، قبل از آنکه زن مهریه را از مرد بگیرد، اگر در ید زن باشد و تلف شود، مرد ضامن است نه اینکه زن ضامن باشد. هکذا در طلاق «الخلع» که قبل از بذل مال، در ید زن تلف شد، آن زن ضامن است.

اینها را شیخ با قطع نظر از فتاوی‌ل شاهد می آورند که در هر معامله ای حتی در نکاح و طلاق، اگر مالی به عنوان عوض المسمی باشد، قبل از آنکه دیگری قبض کند، اگر تلف شد، به عهده دیگری است و ضمان المسمی در کار نیست. «فان المال في ذلك كله»، در تمام این موارد؛ نکاح، اجاره، بیع و خلع «مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه» تا اینکه کسی که مال به او منتقل شده است، قبض کند.

«و أمّا العقد الفاسد، فلا يكون علّة تامّة ابدأً»، عقد فاسد هیچ وقت علت تامه نیست، «بل يفتقر في ثبوت الضمان به الى القبض»، برای ثبوت ضمان نیاز به قبض دارد. «فقبله»، قبل از قبض، «لا ضمانه»، می گوییم: اگر قبل از قبض، در عقد فاسد ضمان نیست، چرا در این قاعده، فاسد را سبب ضمان قرار داده است؟ «فجعل الفاسد»، اینکه عقد فاسد در این قاعده، سبب قرار داده شده است، «اما لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضمان»، آنچه منشأ قبض شده، «الذی هو سبب للضمان»، قبض «على وجه الضمان» سبب ضمان است.

ما قبض دو گونه داریم؛ 1. «على وجه غير الضمان»، مالی را انسان به عنوان امانت قبض کند و خود به خود تلف شود، ضامن نیست. 2. «على وجه الضمان»، مثل بیع، مشتری مبیع را می گیرد و ضامن ثمن است، بایع ثمن را می گیرد و ضامن این است که در مقابلش مبیع را بدهد، این قبضی که الان مورد بحث است. منشأ آن عقد است، پس قبض خودش سبب ضمان است و عقد سبب برای این قبض. و «سبب السبب سبب».

«و إما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض»، فرض قبلی به اصطلاح، تعلیل موضوعی بود، می گفتیم که قبض سبب است، عقد هم سبب قبض است، و «سبب السبب سبب»، اما در تعلیل دوم، تعلیل حکمی است، آنچه سبب شده با قبض، حکم به ضمان شود، عقد است.

«و إما لأنه سبب الحكم بالضمان» که شارع حکم به ضمان کند، «بشرط القبض»، یعنی به خاطر اینکه عقد دخالتي جزئي ولو به نحو علت ناقصه در ضمان دارد، «و لذا علل الضمان الشيخ و غيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه»، لذا تعلیل کرده اند به اینکه مشتری اقدام کرده است، ضمیر «دخوله»، به مشتری باز می‌گردد، مشتری اقدام کرده است «على أن تكون العين مضمونة عليه»، اقدامش این است که مبیع را بگیرد و ضامن مبیع باشد.

«ولا ريب أن دخوله على الضمان»، اقدام مشتری بر ضمان، «إنما هو بإنشاء العقد الفاسد»، این عقد فاسد «فهو سبب لضمان ما يقبضه»، سبب ضمان چیزی است که قبض می‌کند، «والغرض من ذلك كله»، غرض از این بیانات که «باء» را به معنای مطلق سببیت گرفتیم و گفتیم عقد از باب سبب السبب در ضمان دخالت دارد، فساد دو توهّم روشن می‌شود؛

1. «دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض»، بعضی توهّم کردند که این قاعده اشکال دارد، چون عقد فاسد، هیچ گاه سبب ضمان نیست. آنکه سبب است، قبض است، «لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان»، چرا عقد فاسد را به صحیح در سببیت ضمان قیاس کرده اند و «و يقال كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟»، گفته اند عقد فاسد هم مانند صحیح موجب ضمان است؟ این بیان توهّم است که پاسخ روشن شد که گرچه قبض سبب است، ولكن آنچه سبب قبض است، عقد است. و «سبب السبب سبب».

2. «وقد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم»، از بیاناتی که داشتیم، فساد این توهّم هم روشن می‌شود که «أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض»، ظاهر قاعده می‌گوید: آنچه سببیت در ضمان دارد، خصوص عقد فاسد است و قبض دخالت ندارد، اما در خارج، از راه اجماع می‌دانیم که قبض دخالت دارد. «فلا بدّ من تخصيص القاعدة بإجماع و نحوه»، پس به ناچار باید قاعده را با اجماع تخصیص بزنیم.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این توهّم هم باطل است، زیرا؛ این توهّم زمانی جا دارد که کلمه «باء» را به معنای «سببیت تامه» بگیریم، در حالی که آن را برای مطلق سببیت اعم از تامه و ناقصه گرفتیم.

انشائی یا اخباری بودن قاعده «كل عقد يضمن بصحيحه و يضمن بفاسده»

مرحوم شیخ بعد از این مطالب وارد مدرک قاعده «كل ما يضمن بصحيحه، يضمن بفاسده»، می‌شود، ولی لازم است قبل از ورود به اختلافی که در این قاعده وجود دارد و شیخ بیان نکرده است، اشاره ای شود. اختلاف این است که آیا این قاعده، قاعده انشائی است یا اخباری؟

احتمال اول این است که قاعده انشائی باشد، معنایش این است که در عقد فاسد، ضمان وجود دارد، به دلیل اینکه در عقد صحیح ضمان وجود دارد. شارع انشاء می‌کند که دلیل ضمان در عقد فاسد، همین است که در عقد صحیح ضمان وجود دارد.

احتمال دوم این است که قاعده اخباری باشد، یعنی از این خبر می‌دهد که همه مواردی که در عقد صحیح، ضمان بوده است، در فاسد آنها هم ضمان بوده است و در مواردی که صحیح آنها ضمان آور نبوده است، فاسد آنها هم ضمان آور نبوده است.

بنابراین که انشائی باشد، برای ضمان در عقد فاسد، دلیل نمی خواهیم، چون دلیل ضمان در عقد فاسد، وجود ضمان در صحیح آن است، اما بنابر اینکه این قاعده، اخباری باشد، ابتدا باید دید در عقد فاسد ضمان وجود دارد یا خیر؟ بعد ببینیم آیا ملازمه اصلاً و عکساً با صحیحش دارد یا خیر؟ از کلام شیخ استفاده می شود که این قاعده اخباری است، نه انشائی، پس در عقد فاسد ضمان است، لذا باید دنبال این باشیم که چرا در عقد فاسد ضمان است؟ الان دو نفر، بیع فاسدی بینشان برقرار شد و مشتری جنس را از بایع گرفت و خود به خود در دستش تلف شد، چرا فقها حکم به ضمان می کنند؟

مدرك قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحة و يضمن بفاسده»

مرحوم شیخ شروع به بیان مدرک قاعده می کند؛ می فرمایند: مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالک، در باب رهن، دو دلیل برای ضمان آورده است؛ در فرعی که شهید بیان کرده است، فرموده: اگر کسی مالی را به عنوان رهن قبول کند، به شرط اینکه بعد از انقضای أجل، در مقابل رهن، دینی را به رهن بدهد و رهن می گوید: اگر دین را نیاوردی، عین مرهونه به عنوان مبیع برای من می شود، شهید فرموده: این شرط فاسد است و دو علت برای آن بیان شده است:

علت اول: بیع در حقیقت معلق شده است، می گوید: من این جنس را به تو می فروشم به شرط اینکه بعد از انقضای أجل، نتوانم دین را به تو بدهم. پس بیع، بیع معلق است و بیع معلق فاسد است.

علت دوم: دو شرط داریم، شرط فعل و نتیجه، شرط فعل این است که من این خانه را به تو اجاره می دهم به شرط اینکه بعد از اینکه زمان اجاره تمام شد، خانه را از من بخری و آن زمان «بعث و اشتريت» را بگوییم. اما شرط شرط نتیجه این است که بگوییم: به شرط اینکه بعد از انقضای اجاره، این خانه مال تو باشد. شرط نتیجه را خیلی از فقها می گویند: باطل است. در این فرع، به نحو شرط نتیجه، شرط شده است. مرتهن می گوید: عین مرهونه را به عنوان رهن می پذیرم به شرطی که اگر زمان دین رسید و دین مرا ندادی، عین مرهونه در نزد من مبیع باشد، یعنی برای من باشد و نیازی به «اشتريت و بعث» نباشد.

روی این فرض شهید گفته است اگر چنین رهنی شد و اگر قبل از انقضای أجل، مبیع و مرهونه تلف شود، این به عهده رهن است، ولی اگر بعد از انقضای أجل، مبیع در ید مرتهن تلف شد، مرتهن ضامن است. بعد از انقضای أجل یک بیع فاسدی بین رهن و مرتهن شده است، لذا مبیع در ید مرتهن به عنوان بیع فاسد وجود دارد و اگر تلف شد، مرتهن ضامن است، اولاً به دلیل قاعده اقدام و ثانیاً به دلیل قاعده علی الید.

تطبیق

«ثم إنَّ المدرك لهذه الكلّية على ما ذكره في المسالك»، در مسئله رهنی که شرط شده است به اینکه مرهون مبیع باشد بعد از انقضای أجل دین، «هو: إقدام الآخذ على الضمان»، دلیل این است که اگر این مبیع در ید مرتهن تلف شد مرتهن ضامن است، به دو دلیل: 1. اقدام آخذ و 2. «ثم أضاف الى ذلك قوله (صلى الله عليه وآله) على الید ما اخذت حتى تؤدى»، قاعده ید، «و الظاهر أنّه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط»، ظاهر شهید در استدلال به قاعده اقدام، تبعیت از شیخ در مبسوط است، چرا که «حيث علّل الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين»، در در موارد كثيرة ای از بیع و اجاره فاسد، علت ضمان را اینگونه بیان کرده: «بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى»، یعنی آخذ بر عقد فاسد اقدام کرده است، بر اینکه ضامن آن مال باشد در مقابل عوض المسمّى.

بیع فاسد است و مشتری مبیع را گرفته است به عنوان اینکه در مقابلش ثمن داده است و خودش را ضامن کرده به عوض المسمّى، «فإذا لم يسلم له المسمّى»، حالا که عوض المسمّى سالم نمانده، به دلیل فساد عقد، «رجع إلى المثل أو القيمة»، به مثل

یا قیمت باید مراجعه شود.

مناقشه شیخ در قاعده اقدام و «علی الید»

شیخ به هر دو دلیل؛ اقدام و علی الید اشکال می کند. به قاعده اقدام سه اشکال می کند؛

اشکال اول: در بیع فاسدی که مشتری کتابی را در ازای 100 تومان می خرد و در دستش تلف می شود، شما می گوئید: به 100 تومان ضامن است، درحالی که ما می گوئیم: به ضامن واقعی ضامن است، نه آن 100 تومانی که در معامله بوده است، لذا اگر این جنس مثلی بوده است، باید مثلش را بدهد و اگر قیمی بوده است، باید قیمت آن را بدهد که قیمت ممکن است از آن صد تومان بیشتر باشد و یا کمتر باشد.

«و هذا الوجه»، یعنی تمسک به قاعده اقدام، «لا یخلو عن تأمل»، چرا؟ «لأنهما إنما أقدما و تراضیا و تواطئا بالعقد الفاسد علی ضمانٍ خاصّ»، بایع و مشتری بر ضمانی که در معامله قرار داده بودند، تراضی کردند، «لا الضمان بالمثل أو القيمة»، نه در مقابل مثل و قیمت، «و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصّ»، مفروض این است که شارع این ضمان خاص، یعنی ضمان جعلی و مسمی را امضاء نکرده است.

«ان قلت:»، اگر بگوئید: یک ضمان کلی است و در ضمن آن، هر چند ضمان مسمی محقق نشود، ولی در ضمان واقعی محقق می شود. شیخ در جواب می فرماید: «و مطلق الضمان لا یبقى بعد انتفاء الخصوصية حتی یتقوّم بخصوصیّة اخرى»، مطلق ضمان بعد از انتفاء خصوصیت باقی نمی ماند تا بگوئیم: در ضمن خصوصیت دیگر محقق می شود. پس نتیجه این است که «فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت، فحكم شرعی تابع لدلیلہ و لیس ممّا أقدم علیه المتعاقدان»، ضمان مثل و ضمان قیمه که ضمان واقعی است، به دلیل دیگری ثابت می شود، نه بخاطر قاعده اقدام. این اشکال اول بر قاعده اقدام بود.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين