

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

«و يمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير: من كونه مضموناً على المشتري».

دو مورد نقض دیگر بر عکس قاعده «کل ما یضمن...»

مرحوم شیخ دو مورد نقض دیگر بر عکس قاعده «کل ما یضمن...»، بیان می کند که با بقیه مواردی که قبلاً نام برد، مجموعاً پنج مورد می شود.

نقض چهارم: اگر کسی حیوانی که دارای حملی باشد را به مشتری بفروشد، فتوا این است که مشتری مالک گوسفند می شود و بعد از اینکه حمل متولد شد، حمل عنوان امانت را دارد و باید به بایع بازگرداند. حالا اگر چنین معامله ای فاسداً واقع شد و گوسفند با حملش در ید مشتری تلف شد، فقها فتوا داده اند که مشتری هم ضامن گوسفند و هم ضامن حمل است، در حالی که در صحیح این معامله نسبت به حمل، ضمانی در کار نیست.

اگر همین معامله صحیحاً واقع می شد، ثمن در مقابل گوسفند بود و در مقابل حمل، چیزی قرار نمی گرفت و اگر عوض المسمی نداشته باشد، معنایش این است که حمل در معامله صحیح، مضمون بر مشتری نیست، لذا مضمون بودن حمل در بیع فاسد، نقض عکس قاعده به شمار می رود؛ البته این در فرضی است که بایع هنگام بیع، ثمن را فقط در مقابل گوسفند قرار دهد، اما اگر مبیع را مرکب از دو جزء قرار دهد، یعنی گوسفند به ضمیمه حمل، به طوری که جزئی از ثمن در مقابل گوسفند قرار گیرد و جز دیگر در مقابل حمل، از محل کلام خارج است، زیرا در معامله صحیح، این حمل عوض المسمی دارد و مضمون است.

در ما نحن فیه اگر عکس قاعده بخواهد نقض شود، در فردی است که تمام ثمن در مقابل گوسفند قرار گیرد و جزئی از ثمن در عقد صحیح در مقابل حمل قرار نگیرد.

نقض پنجم: آخرین نقض در شرکت فاسده است. اگر دو نفر بین شان، به نحو فاسد عقد مشارکت برقرار شود، گفته اند: اگر مال مشترک در ید هر کدام تلف شد، آن شخص ضامن است، در حالی که شرکت اگر به نحو صحیح واقع شود، ضمانی در کار نیست.

«و يمكن نقض القاعدة ايضاً بحمل المبيع فاسداً»، «فاسداً»، قيد مبيع است، اگر مبيعی که داراي حمل بود، در يد مشتری فاسداً قرار گرفت، «على ما صرح به في المبسوط والشرائع و التذكرة و التحرير»، تصريح کرده اند که «من كونه»، یعنی «كون الحمل مضموناً على المشتري»، اگر گوسفند با حملش در يد مشتری تلف شد، مشتری ضامن هر دوی آنهاست.

در حالی که اگر معامله صحيح واقع می شد، مشتری فقط ضامن گوسفند بود، «خلافاً للشَّهيدین»، شهید اول و دوم مخالفت کرده اند که مشتری ضامن حمل نیست و همچنین محقق ثانی و بعضی دیگر، «تبعاً للعلامة في القواعد». علامه دو قول دارد یک قول در تذکره و تحریر که مشتری ضامن حمل است و یک قول در قواعد که فرموده: ضامن نیست.

بیان نقض این است که «مع انّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح»، حمل در بيع صحيح مضمون نیست، چون چیزی از ثمن، در مقابل حمل قرار نگرفته است. «بناءً على أنّه للبائع»، بنابر اینکه بگوئیم: حمل برای بايع است و روی این فرض که آنچه که مبيع واقع شده است، عبارت از گوسفند است، لذا مشتری بعد از اینکه فرزند متولد شود، باید آن را تحویل بايع دهد.

اگر بگوئیم که حمل برای مشتری است، از محل بحث خارج می شود، «و عن الدروس توجيه كلام العلامة»، شهید اول در دروس، کلام علامه در تذکره و تحریر را توجيه کرده است به اینکه فرض علامه مربوط «بما إذا اشترط في الدخول في البيع»، به جایی است که بايع دخول حمل در مبيع را شرط کند، یعنی بايع بگوید گوسفند به ضمیمه حملش را به این ثمن می فروشم، به طوری که جزئی از ثمن در مقابل گوسفند و جزئی دیگر در مقابل حمل قرار گیرد.

«و حينئذٍ»، اگر حمل داخل در مبيع باشد، «لا نقض على القاعدة»، چون در این صورت، در صحيح آن ضمان است، و در فاسد آن هم ضمان است.

آخرین نقض که نقض پنجم است؛ «و يمكن النقص ايضاً بالشركة الفاسدة»، نقض کنیم به شرکت فاسده، «بناءً على أنّه لا يجوز التصرف بها»، در شرکت فساد، از نظر تصرف در مال مشترک، دو فتوا وجود دارد؛ 1. شرکت با اینکه فاسد است، اما متضمن یک اذن کلی است، پس در نتیجه هر کدام از شریکها با قطع نظر از شرکت به صرف وجود آن اذن کلی، می توانند تصرف کنند، لذا یدشان ید امانی و ید مأذون می شود.

محل بحث روی فتوای دوم است که اگر شرکت فاسده شد، آن اذن کلی هم به درد نمی خورد، چون اذن کلی هر کدام از شریکها به اینکه دیگری تصرف کند، مقید به صحت شرکت بوده است، در حالی که شرکت صحیحاً واقع نشده است، لذا آن اذن کلی منتفی می شود و تصرف هر کدام غیر مشروع می شود و ید آنان ید عدوانی می شود، در نتیجه «فأخذ المال المشترك حينئذٍ»، یعنی «حين فساد الشركة»، «عدواناً موجب للضمان»، ید هر کدام ید عدوانی می شود و ید عدوانی ضمان آور است.

دلیل و مدرک عکس قاعده

مرحوم شیخ همانطور که در اصل قاعده، دلیل و مدرک را بیان کردند، در عکس قاعده هم درصدد بیان دلیل مدرک هستند، می فرمایند: مدرک عکس قاعده دو دلیل است:

اولویت از کلام شیخ طوسی استفاده می کنند. اگر در عقد صحیح ضمان نباشد، به طریق اولی در عقد فاسد ضمان نباید باشد. مرحوم شیخ ابتدا این اولویت را توضیح می دهند و بعد آن را مورد خدشه و مناقشه قرار می دهند.

در توضیح اولویت می فرمایند: در عقد صحیح آنچه که مقتضی برای ضمان است، یا قاعده اقدام است، یعنی چون گیرنده مال، اقدام بر ضمان کرده است، این اقدام ضمان آور است، یا حکم شارع به صحت معامله موجب ضمان است، حکم به صحت، معنایش این است که مشتری در مقابل ثمن ضامن است و بایع هم در مقابل مبیع ضامن است.

در عقد فاسد، هیچ کدام از این دو جهت وجود ندارد، در عقد فاسد نه اقدام بر ضمان وجود دارد، نه حکم شارع به صحت. در نتیجه اگر ما گفتیم در عقد صحیح ضمان وجود ندارد، به طریق اولی باید در فاسد ضمان نداشته باشد.

عبارت شیخ مقداری اضطراب دارد و محشین مکاسب گفته اند که دو احتمال در عبارت شیخ که می فرماید: عدم ضمان در عقد فاسد، اولی است، وجود دارد؛ احتمال اول که با ظاهر شیخ کلام طوسی سازگاری دارد این است که شیخ طوسی می گوید: اگر در صحیح عقدی ضمان نباشد، در فاسد از آن عقد به طریق اولی ضمان نیست. مثلاً عقد رهن اگر در صحیحش، مرتبه نسبت به عین مرهونه ضامن نباشد، در فاسدش به طریق اولی ضامن نیست.

احتمال دوم این است که در برخی عقود که در صحیح آن ضمان بود، در فاسد آن ضمان نبود، پس به طریق اولی در آن عقود که در صحیح آن ضمان نیست، در فاسدشان هم ضمان نیست. به این بیان می خواهند بگویند که در بیع به جنگ شیخ طوسی و شهید ثانی رفتیم و گفتیم: در بیع فاسد ضمان المسمی که مردود است، اقدام بر ضمان کلی هم وجود ندارد، لذا اگر در بیع فاسد، قاعده عدم ضمان را اقتضاء کند با وجود اینکه در صحیح آن قاعده، اقتضای ضمان دارد، به طریق اولی در رهن فاسد، باید بگوییم: ضمان نیست.

مناقشه در اولویت

عبارات شیخ با هر دو نحو سازگاری دارد، در هر صورت شیخ اولویت را ابتدا با بیانی که عرض شد توضیح می دهند و در اولویت خدشه می کنند. می فرمایند: ما نمی توانیم بگوییم اگر در صحیح ضمان نبود، در فاسد هم نباشد. برای اینکه در صحیح، چون شارع حکم به صحت کرده است، یدگیرنده ید شرعی می شود و اگر ید، شرعی شد، ضمان نیست، اما در عقد فاسد، حکم به صحت نداریم، لذا ید، ید شرعی نیست. بنابراین اولویت شیخ رد می شود.

اشکال به خدشه و جواب آن

بعد از رد اولویت، یک «إن قلت» دارند که مربوط به خدشه در اولویت نیست؛ بلکه مربوط به اصل مسئله است. مستشکل می گوید: در عقد فاسد، گیرنده اقدام بر ضمان نکرده است، اما دلیل بر ضمان در عقد فاسد را عموم «علی الید» قرار دادید. «علی الید» بر حسب ظاهر دلیل عامی است، می گوید: اگر شخصی مال غیر را گرفت، ضامن است، چه به عقد صحیح باشد، چه به عقد غیر صحیح و چه امانت باشد، چه غیر امانت. حال دلیلی می آید که مال مقبوض به عقود صحیح را از «علی الید» خارج می کند، اما بقیه موارد در تحت عموم «علی الید» باقی می ماند، یکی از آن موارد، مقبوض به عقد فاسد است. بنابراین مستشکل می گوید: درست است که در عقد فاسد اقدام بر ضمان وجود ندارد، اما عقد فاسد داخل در عموم «علی الید» است و «علی الید» اقتضا می کند که مقبوض به عقد فاسد ضمان آور باشد.

شیخ در پاسخ می فرماید: همان دلیلی که مقبوض به عقود صحیحه از عموم «علی الید» خارج می کند، مقبوض به عقود فاسده را هم خارج می کند. آن دلیل، دلیل عدم ضمان امین است. «الامین لا یضمن»، همانطور که مقبوض به عقود صحیحه را خارج می کند، مقبوض به عقود فاسده را هم خارج می کند، نتیجه این می شود که خدشه شیخ به اولویت مشکلی ندارد.

البته ادله عدم ضمان امین در همه عقود فاسده، غیر از هبه فاسده جاری است، در هبه فاسده، رفع ملک است، نه اینکه عین موهوبه را به عنوان امانت، در اختیاری قرار داده باشد، لذا شیخ در هبه فاسده، طریق اولویت را می پذیرند.

تطبیق

«ثم إن مبني هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولوية»، این «ما تقدم»، همانی بود که مرحوم شیخ انصاری نقل کردند که شیخ فرمود: اگر در عقد صحیح ضمان نباشد، «وکیف فی الفاسد» و در صفحه 101 از پایین صفحه، سطر سوم، «و ذکر ایضاً فی مسألة عدم الضمان فی رهن الفاسد انّ الصحيح لا یوجب الضمان»، صحیح رهن موجب ضمان نیست، «فکیف یضمن بفاسده»، شیخ انصاری از این «فکیف...» که در کلام شیخ طوسی آمده است، اولویت را استفاده کرده اند.

«و حاصله»، حاصل اولویت، «أن الرهن لا یضمن بصحیحه»، در صحیح رهن ضمان نیست، «فکیف بفاسده؟»، چگونه بگویم که در فاسد آن ضمان است. کلام این است که: «أن الصحيح من العقد»، صحیح از عقد، «إذا لم یقتض الضمان»، اگر اقتضای ضمان نکند، «مع امضاء الشارع له»، در حالی که شارع آن را امضاء کرده است، «فالفاسد الذی هو بمنزلة العدم، لا یؤثر فی الضمان»، آن فاسدی که کالعدم است، مؤثر در ضمان نیست، «لأن أثر الضمان إمّا من الإقدام علی الضمان»، چون یا اثر ضمان از راه اقدام است، «والمفروض عدمه»، فرض این است که اقدام بر ضمان واقعی نکرده است، «والآ»، اگر اقدام بر ضمان واقعی کرده بود، باید در صحیح آن هم ضامن باشد.

«و إما من حکم الشارع بالضمان»، یا این است که شارع حکم به ضمان کرده است، «بواسطة هذه المعاملة فاسدة، و المفروض أنها لا تؤثر شيئاً»، فرض این است که معامله فاسده اثر ندارد تا موضوع برای حکم واقع شود. «و وجه الاولیة»، وجه اولویت این است که «انّ الصحيح إذا کان مفید للضمان»، عقد صحیح اگر مفید ضمان باشد، «امکن أن یقال إنّ الضمان من مقتضیات الصحيح»، می توانیم بگویم: ضمان از خواص عقد صحیح است، «فلا یجری فی الفاسد، لکونه لغواً غیر مؤثر علی ما سبق تقریبه»، فاسد لغو است و مؤثر نیست، بنابر آنچه گذشت که «من أنه أقدم علی ضمان خاص»، در عقد فاسد بر این ضمان خاص که ضمان المسمی است، اقدام کرده است، «و الشارع لم یمنه»، و شارع آن را امضاء نکرده است. و بر ضمان واقعی هم اقدامی نکرده است، «و یرتفع أصل الضمان»، اصل ضمان به طور کلی مرتفع می شود.

«لکن یخدشها»، مخدوش می کند این اولویت را، «أنه یجوز أن یكون صحة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر علی العین»، در رهن باید مرتهن مسلط بر عین مرهونه باشد و در اجاره، مستأجر باید مسلط بر خانه باشد، این صحت «شرعاً مؤثرة فی رفع الضمان»، شرعاً در رفع ضمان مؤثر است، یعنی زمانی که شارع می گوید: عقد صحیح است، شارع می گوید: یدی که مرتهن و مستأجر بر این عین می یابند، ید شرعی است و به منزله ید امین است.

«بخلاف الفاسد الذی لا یوجب تسلطاً لهما»، به خلاف فاسد که موجب تسلط مرتهن و مستأجر، «علی العین»، بر عین نیست، «فلا اولویة»، اولویت را ما قبول نداریم. این «فإن قلت:»، ارتباطی به بیان خدشه ندارد؛ بلکه مربوط به «و توضیحه» است، عقد فاسد «و ان لم یکن له دخل فی الضمان»، ولو اینکه در آن اقدام بر ضمان وجود ندارد، «الأن مقتضی عموم علی الید هو الضمان»، اما ما باشیم و قاعده «علی الید»، می گوید: مال هر کسی را گرفتی، ضامن هستی، چه به عقد صحیح و چه به عقد

«خرج منه»، از این عموم خارج شده، «المقبوض بصحاح العقود»، آنچه به عقد صحیح گرفته می شود، «التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض»، آن عقودی که مواردش، مضمون بر قابض نیست و در مقابل آن عهده دار چیزی نمی شود، مثل رهن. در رهن صحیح، مرتهن در مقابل رهن، پولی را قرض می دهد و راهن باید این قرض را به مرتهن بازگرداند و در مقابل عین مرهونه چیزی داده نمی شود.

یا در اجاره صحیح در مقابل عین مستأجره، مستأجر پولی را به موجر نمی دهد، «و بقي الباقي»، یعنی رهن و اجاره فاسد، عاریه فاسد باقی می ماند. «قلت:»، شیخ می فرماید: «ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود»، آنچه که مقبوض به عقود صحیح، به وسیله آن خارج شد، «یخرج به المقبوض بفاسدها»، مقبوض به عقود فاسدشان هم با همین خارج می شود، «و هي»، یعنی آن دلیلی که در رهن و اجاره صحیح، عدم ضمان را نسبت به رهن و عین مستأجره اثبات می کرد، همان دلیل در اجاره فاسده و در رهن فاسد هم، ضمان نسبت به رهن و عین مستأجره را از عموم «على اليد خارج می کند. آن دلیل عدم ضمان امین است.

«و هي عموم ما دلّ علي أنّ من لم يضمنه»، آن کسی را که مالک ضامن قرار نداده است، «سواء ملكه آياه بغير عوض»، خواه مال را به غیر عوض تملیک کند، مثل هبه غیر معوضه، «او سلّطه على الانتفاع به»، یا بر انتفاع به آن مال مسلط کند، مثل عاریه، «أو إستأمنه عليه لحفظه»، استئمان کند و امین قرار دهد او را برای حفظ آن مال، مثل ودیعه، می گوید: مال من را بگیر و آن را حفظ کن، «أو دفعه إليه لاستيفاء حقه»، یا مال را به دیگری دفع کند برای اینکه دیگری استیفاء حق کند، مثل اجاره که مؤجر باید خانه را تحویل مستأجر بدهد تا مستأجر حق خودش را که استفاده از منفعت است، از این خانه ببرد.

«أو العمل فيه بلا اجرة»، مال خود را به دیگری دفع می کند تا بدون اجرت، در مال عملی انجام دهد، مثلاً می گوید: لباس من را بدوز بدون اینکه اجرتی در مقابل آن عمل باشد، «أو معها»، یا لباس را می دهد که خیاطی کند با اجرت، در این دو مورد هم همینطور است، اگر لباس در ید خیاط تلف شد، ضامن نیست، حتی اگر با اجرت باشد. «أو غير ذلك فهو»، یعنی آن شخص ضامن نیست.

«اما في غير التملك بلا عوض»، اما در غیر تملیک بلا عوض، «اعنى الهبة»، تملیک بلا عوض، مثل هبه، «فدليل المخصص»، شیخ می فرماید: کسی که مالش را به نحو فاسد، به دیگری می دهد، دو گونه است؛ در غیر هبه فاسده و در هبه فاسده. غیر هبه فاسده، مثل اجاره فاسد، رهن فاسد، عاریه فاسد، دلیل عدم ضمان در اینها این است که «الامین لا یضمن»، «فالدلیل المخصص لقاعده الضمان»، یعنی «على اليد»، «عموم ما دلّ علي أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك ان تتهمه»، تو نمی توانی او را متهم کنی. در روایات داریم اگر شخصی، شخصی را امین قرار داد و به او اعتماد کرد، حق ندارد به او سوء ظنی ببرد و حق ندارد او را متهم سازد، این در غیر هبه فاسده است.

اما در هبه، مسئله امانت نیست، «و اما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد»، استدلال بر خروج هبه فاسده از «على اليد» «بفحوي ما دلّ على خروج صور الاستئمان»، به بیان طریق اولویت، یعنی بگوییم: اگر در غیر هبه فاسده، ادله استئمان می گوید که گیرنده ضامن نیست، در هبه فاسده به طریق اولی ضامن نیست.

در هبه فاسد، تسلیم مطلق است و می گوید: من می خواهم مال خود را هبه کنم و تو مطلق تسلط بر انتفاعات را داری، اما در غیر هبه فاسده، مثل اجاره و رهن، تسلط مطلق نیست، پس اگر در آنجایی که تسلط مطلق نیست، بگوییم: ضمان وجود ندارد، در اینجایی که خود مالک، دیگری را تسلط مطلق کند به طریق اولی است.

«فإنَّ»، بیان اولویت «و فهو» است، «فإنَّ استیئمان المالك لغيره على ملكه»، اگر مالک دیگری را امین قرار داد، «إذا اقتضي عدم ضمانه له اقتضي التسليط المطلق مجاناً»، تسلیط مطلق مجانی که در هبه غیر معوضه است، اقتضا دارد «عدم الضمان بطريق الاولى». چرا قید مجانیت را آورده است؟ «و التقييد بالمجانية لخروج التسليط المطلق بالعوض»، برای خروج مواردی است که تسلیط مطلق در مقابل عوض می باشد، «كما في المعاوضات فإنه عين التضمين فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن»، خلاصه اینکه ادله عدم ضمان امین، عبارت است از:

«أنَّ من دفع المالك إليه ملكه»، کسی که مالک، ملک خودش را به او دفع می کند، «على وجه لا يضمنه»، به طوری که آن شخص ضامن نباشد، «بعوض واقعي، أعني المثل أو القيمة»، در مقابل جایبیه می گوید: این را به صورت امانت به تو می دهم و تو ضامن مثل یا قیمتش در زمان تلف باش. «و لا يضمن بعوض جعلی»، عوض جعلی همانی است که در معامله قرار داده می شود. «فليس عليه ضمان»، ضمانی بر مستأمن و امین نیست.

تا اینجا حکم اول از احکام مقبوض به عقد فاسد بیان شد.

وَصَلَّى اللّٰهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ