



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شیخ أعظم انصاری (ره) فرمودند: «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضموناً عليه» و بعد ایشان أدله ضمان را بیان کردند تا رسیدند به دلیل سوم که قاعده کلی: «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بود، ایشان فرمودند که مانحن فيه از جزئیات این قاعده می باشد و بعد فرمودند که این قاعده در اقوال فقهاء نیز ذکر شده است.

شیخ در ادامه کلمات موجود در قاعده را یک به یک معنی می کند و می فرماید: «فنقول و من الله الاستعانة: إن المراد ب «العقد» أعم من الجائز (مثل هبة) و اللازم (مثل بیع و اجاره و...)، بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة و الخلع».

مطلب اول: در جعاله (مثل: من ردّ عبدی فله كذا) بحث است که آیا از عقود است یا از ایقاعات می باشد؟ زیرا در واقع یک نوع معاوضه ای در آن وجود دارد یعنی اگر کسی آن عمل را انجام بدهد در مقابلش استحقاق آن جعاله ای که قرار داده شده را دارد، و طلاق خلع نیز همین طور است یعنی طلاق ذاتاً از ایقاعات است ولی طلاق خلع در جایی است که زوجة از زوج کراهت دارد لذا چیزی به زوج می دهد تا اینکه

طلاقش بدهد که خوب در اینجا نیز زوجة برای ایجاد داعی و انگیزه در زوج برای طلاق عوضی به او می دهد، خلاصه اینکه شیخ می فرماید که مراد از «كل عقد» شامل تمام مواردی که معاوضه ای در آن باشد می شود. مطلب دوم: شیخ در مورد معنای کلمه ضمان می فرماید: «و المراد بالضمان فی الجملتين (أی یضمن بصحيحه و لا یضمن بصحيحه): هو كون درك المضمون عليه، بمعنى كون خسارته و دركه (المضمون) فی ماله الأصلي (یعنی مال ضامن)، فإذا تلف (المضمون) وقع نقصان فيه (أی فی ماله الأصلي)؛ لوجوب تداركه (المضمون له) منه (من ماله الأصلي)».

فقهای ما بحثهای بسیاری درباره معنای ضمان انجام داده اند و حضرت امام (ره) نیز ۲ إلى ۳ صفحه در معنای کلمه ضمان بحث کرده ولی ما لازم نمی دانیم که وارد این جزئیات بشویم منتهی باید توجه داشته باشیم که معنی کردن و تحلیل دقیق الفاظ کار ساده و آسانی نمی باشد مثلاً در سوره قیامة گفته شده: «أیحسب الإنسان أن یترک سدی» که خوب باید معادل کلمه «سدی» را در فارسی پیدا کنیم و معنای دقیق آن را بیان کنیم، علی ای حال در مورد معنای کلمه ضمان باید عرض کنیم که همه وقتی در معنای ضمان بحث کرده اند به سراغ ضامن رفته اند اما به نظر بنده اگر ما به سراغ مضمون له برویم مطلب زودتر روشن می شود، بنابراین ضمان یک معنای عرفی دارد که عبارت است از آن

و ثالثة بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي ، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات مثل تلف الموهوب ( در دست موهب له ) بشرط التعويض قبل دفع العوض .

شیخ در ادامه حرف دیگری می زند و می فرماید : « فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقول مطلق ( یعنی بدون قرینه ) ، هو : لزوم تدارك بعوضه الواقعي ( وهو المثل أو القيمة ) ؛ لأنّ هذا هو التدارك حقيقة ، و لذا لو اشترط ضمان العارية لزوم غرامة مثلها أو قيمتها .

و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات ( مثل : مَنْ أتلّف مال الغير فهو ضامنٌ ) من المغصوبات و غيرها عدا لفظ «الضمان» بقول مطلق ( یعنی همان ضمان واقعی که در مثلی مثل و در قیمی قیمت می باشد ) .

و أمّا تدارك ( مضمون ) بغيره ( عوض واقعی ) فلا بدّ من ثبوته من طریق آخر ، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يُمضيه الشارع ( و إلاّ اگر این نبود همان عوض واقعی میزان بود ) .

ما در قاعده کلی مذکور دو جمله داریم ؛ یکی اصل ( یضمن بصحيحه یضمن بفاسده ) و دیگری عکس ( لا یضمن بصحيحه لا یضمن بفاسده ) لذا شیخ با توجه به این دو جمله از اشکال و احتمال مقدرّ جواب داده و فرموده : « فاحتمال : أن يكون المراد بالضمان في

جبران خسارتی که به مضمون له وارد می شود از آن جهت که مالش را شخصی بغير وجه شرعی أخذ کرده ، و در صورتی که اصل مالش از بین رفته باشد عرفاً در مثلی مثل و در قیمی قیمتش را باید بپردازد البته گاهی اعلی القیم و گاهی قیمت یوم التلف و گاهی قیمت یوم الأداء و گاهی قیمت یوم الغصب را باید بپردازد .

بعضی ها ( شیخ علی پسر صاحب معالم ) گفته اند که مضمون علیه قبل از تلف آنما داخل ملک ضامن می شود یعنی در ملک ضامن از بین رفته منتهی چونکه عقد فاسد بوده باید قیمتش را به صاحبش بدهد تا اینکه جبران خسارت مالش را بکند ، اما شیخ در جواب این توهم فرموده : « و أمّا مجرد كون تلفه ( مال ) فی ملكه ( ضامن ) بحيث يتلف مملوكاً له ( ضامن ) كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان أصلاً ، فلا يقال : إنّ الإنسان ضامنٌ لأمواله » .

شیخ در ادامه در مورد کیفیت تدارك و جبران خسارت توسط ضامن می فرماید : « ثمّ تدارك ( مضمون ) من ماله ( ضامن ) ، تارةً : ( در جایی که عقد صحیح بوده ) يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضی هو و المالك علی كونه ( مسمی ) عوضاً و أمضاه ( تراضی ) الشارع ، كما فی المضمون بسبب العقد الصحيح .

و أخرى : ( در جایی که عقد فاسد بوده ) بأداء عوضه الواقعي و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه .

نگاه کنیم مثلاً اگر عقد صحیح بود و بعد بواسطه خصوصیتی فاسد شد فقط باید به همان عقد نگاه کنیم .  
بقیه بحث بماند برای جلسه بعد إن شاء الله ... .

والحمد لله رب العالمین و صلّی الله علی  
محمد و آله الطاهیرین

قولهم : «یضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّی ، نظیر الضمان فی العقد الصحیح - ضعیف فی الغایة ( زیرا عوض واقعی در عقد صحیح ثابت است در حالی که در اینجا عقد فاسد می باشد ) ، لا لأنّ ضمانه بالمسمّی یخرجه من فرض الفساد ؛ إذ یکفی فی تحقّق فرض الفساد بقاء کلّ من العوضین علی ملک مالکة و إن کان عند تلف أحدهما یتعیّن الآخر للعوضیّة ، نظیر المعاطاة علی القول بالإباحة ، بل لأجل ما عرفت من معنی الضمان ، و أنّ التدارک بالمسمّی فی الصحیح لإمضاء الشارع ما تواطئا علی عوضیّته ، لا لأنّ معنی الضمان فی الصحیح مغایر لمعناه فی الفاسد حتی یوجب ذلك تفکیکاً فی العبارة ، فافهم . « ، و بالآخره اینکه شیخ می خواهد بفرماید که در عبارت تفکیک نیست و در همه جا ضمان بعوض واقعی می باشد یعنی در واقع شیخ می خواهد بگوید که معنای ضمان یک معنای عام و مشترک معنوی است و معانی دیگر افراد آن می باشند .

مطلب سوم : خوب و اما مسئله مهمی که در اینجا وجود دارد این است که آیا مراد از عام در « کلّ عقد » انواع ( عام استغراقی ) است و یا اصناف است و یا اینکه مراد افراد ( یعنی کلّ فرء وقع العقد علیه ) می باشد ؟ انواع عقود مثل بیع و اجاره و صلح و ... و اصناف مثل بیع صرف و بیع سلم و بیع حیوان و اجاره به اعیان و اجاره به منفعت و ... ، و افراد یعنی اینکه به افراد باید