

# اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۷

تاریخ تأیید: ۹۵/۷/۱۲

اسماعیل نعمت‌الهی\*

## چکیده

تعهدات قراردادی ممکن است با تأخیر در اجرا یا عدم اجرا روبه‌رو شوند و زیان طرف مقابل را به دنبال داشته باشند. نقض تعهدات قراردادی مسائل فراوانی را به همراه دارد که یکی از آنها رابطه مسئولیت ناشی از نقض قرارداد با مسئولیت غیرقراردادی است. درباره این رابطه، برخی به تعدد این مسئولیت قائل‌اند و برخی نظریه وحدت مسئولیت را برگزیده‌اند.

هدف اصلی مقاله حاضر، بررسی رابطه ضمان قهری و قراردادی در نظریه فقهی مرسوم و اثبات اصالت ضمان قهری است. به عنوان یکی از نتایج این بحث، دلیل عدم پذیرش خسارت عدم‌النفع ناشی از نقض قرارداد از دیدگاه فقهی نیز بررسی می‌گردد. به نظر می‌رسد عمده‌ترین دلیل این عدم پذیرش، اندیشه ضمان و مفهوم مال است. اندیشه ضمان به عنوان یک حکم وضعی، بر سراسر حوزه‌های فقه از جمله قراردادها سایه افکننده است. بر اساس نظریه مشهور، نقض تعهد قراردادی هرچند از لحاظ تکلیفی حرام است، ولی ضمان ناقض تا جایی قابل پذیرش است که قواعد ضمان قهری قابل اجرا باشد؛ در نتیجه اگر اسباب و شرایط ضمان قهری فراهم نباشد، نقض قرارداد فی‌نفسه سبب ضمان ناقض نیست.

**واژگان کلیدی:** ضمان، خسارت، مسئولیت مدنی، مسئولیت قراردادی، فقه.

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم (Esmail\_nematollahi@Yahoo.com).

## مقدمه

عقود عهدی به طور معمول متضمن یک یا چند تکلیف مستقیم برای طرفین عقد یا یکی از آنهاست؛ مثلاً عقد کفالت، کفیل را به احضار مکفول ملزم می‌سازد. عقود تملیکی نیز تعهدات باواسطه‌ای بر یک یا دو طرف قرارداد وضع می‌کنند؛ برای مثال در اثر عقد بیع، بایع به تسلیم مبیع و مشتری به پرداخت ثمن مکلف‌اند، اما در عمل بسیاری از قراردادها به مرحله اجرا نمی‌رسند یا با تأخیر روبه‌رو می‌شوند و بدین ترتیب مسئولیت ناشی از نقض تعهدات قراردادی مطرح می‌گردد.

این مسئله که مسئولیت ناشی از قرارداد از لحاظ اموری مانند مبنا، قلمرو و بار اثبات با مسئولیت غیرقراردادی یکسان است یا خیر و به‌طور کلی رابطه مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری، بحث و بررسی می‌گردد. تبیین رابطه این دو مسئولیت از سابقه‌ای طولانی در کشورهای غربی برخوردار است (See: Tunc, 1983, p.20-29). در تأیید این مطلب کافی است به سخن پروفیسور آندره تنک در دایرةالمعارف حقوق تطبیقی بسنده شود که می‌گوید:

حجم کتب و مقالاتی که درباره تفکیک مسئولیت قهری از قراردادی نوشته شده، آنقدر زیاد است که شخص ممکن است تردید کند که آیا اختصاص دادن مطلبی مفصل به این بحث عاقلانه است یا خیر (bide, 20, n34).

ادبیات مربوط به این بحث در حقوق کشورمان نوپاست، با این حال، تحقیقات نسبتاً عمیقی در این باره صورت گرفته است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۰۶-۱۲۷/ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص ۱۱۱). بر اساس نظریه سنتی در حقوق کشورهای اروپایی و به‌خصوص فرانسه، اصل تفکیک میان مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری، امری مسلم و روشن است، ولی از اواخر قرن نوزدهم، نظریه تفکیک مورد انتقاد واقع شد و نظریه وحدت مسئولیت قراردادی و قهری توسط بسیاری از حقوقدانان پذیرفته شد (هاشمی، ۱۳۸۷، ص ۳۶/ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص ۱۴۲). بر هر یک از این دو نظریه آثار متعددی مترتب می‌شود که از مهم‌ترین آنها تأثیر هر یک از آن دو در قلمرو مسئولیت است (ر.ک: وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص ۲۳۸).

## ۱. نظریه‌های مربوط به رابطه ضمان قهری و قراردادی

نظریه‌های مربوط به مبنای مسئولیت مدنی متخلف از اجرای تعهد را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: «اختلاف مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری» و «وحدت مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری» (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸، ص ۱۷۷).

الف) اختلاف مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری: در میان طرفداران این نظر دو رویکرد گوناگون به چشم می‌خورد:

- بعضی از نظام‌های حقوقی مانند فرانسه، مسئولیت قراردادی را اصل تلقی می‌کنند. براساس نظریه اصل بودن مسئولیت قراردادی، اراده طرفین تأثیری در پیدایش مسئولیت ندارد؛ بدین معنا که حتی اگر ثابت شود دو طرف هیچ تصمیمی درباره مسئولیت و میزان نداشته‌اند، باز هم متخلف از اجرای تعهد ضامن خسارات و منافع خواهد بود؛ البته قلمرو مسئولیت تا اندازه‌ای است که وضعیت زیان‌دیده به حالت پیش از انعقاد قرارداد بازگردد.

- بعضی از نظام‌ها مانند نظام حقوقی ایران، مسئولیت قراردادی را استثنا می‌دانند. طبق این نظریه، تعهد قراردادی در صورتی موجب مسئولیت است که شرط صریح یا ضمنی (عرفی یا قانونی) درباره جبران خسارت وجود داشته باشد. در صورت عدم وجود چنین شرطی، متخلف از اجرای قرارداد را نمی‌توان ضامن خسارات طرف دیگر دانست. طرفین نه تنها می‌توانند در مورد کاهش یا افزایش مسئولیت تصمیم بگیرند، بلکه می‌توانند با شرط صریح، ضمان متخلف را نادیده بگیرند. قواعد مربوط به ضمان قهری را نمی‌توان در مورد خسارت ناشی از تخلف از اجرای قرارداد به کار بست؛ زیرا ضمان قهری در قانون مدنی ایران منحصر به از میان رفتن مال است، در حالی که خسارت ناشی از تخلف قراردادی معمولاً مصداق عدم‌المنفع است و نمی‌توان با استناد به قواعد ضمان قهری آن را مطالبه کرد.

ب) وحدت مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری: بر اساس این نظریه، نظام مسئولیت قراردادی تفاوت ماهوی با نظام مسئولیت قهری ندارد؛ هر دو نوع مسئولیت از مبنای واحدی برخوردارند و از این رو می‌توان قواعد هر یک از این دو نوع مسئولیت را به دیگری سرایت داد.

بعضی از محققان نظریه تعدد مبنای مسئولیت را با مبانی فقهی سازگارتر دانسته‌اند، با این توضیح که مسئولیت قراردادی مبتنی بر اراده طرفین و مسئولیت قهری مبتنی بر حکم قانونگذار است (همان، ص ۲۰۱). این نظریه در واقع مسئولیت قراردادی را با یک حکم ثانوی یعنی شرط ضمن عقد، توجیه می‌کند و در مقام عمل می‌تواند کارآمد باشد، اما بحث در این است که حکم اولی مسئولیت قراردادی در فقه چیست.

به نظر می‌رسد اگر قرار باشد نظریه مشهور فقهای امامیه را در قالب دسته‌بندی پیش‌گفته بیان کرد، باید آنان را طرفدار نظریه وحدت مسئولیت دانست، ولی مدعای این تحقیق این است که با توجه به مباحث ضمان قهری و نیز اصول و قواعد گوناگون حاکم بر قراردادها باید از اصالت و تقدم ضمان قهری در فقه امامیه سخن گفت. اندیشه ضمان در فقه امامیه اندیشه مسلطی است که در حوزه‌های گوناگون اعم از قراردادی و غیرقراردادی حکومت دارد. از لحاظ فقه امامیه\* در روابط اشخاص با یکدیگر، اصل بر ضمان قهری است و از این اصل فقط در صورت وجود قرارداد صحیح می‌توان خارج شد.

گفتنی است اولاً، این تحقیق بیشتر جنبه تبیینی دارد. جنبه تبیینی این نظریه در مباحثی مانند چرایی عدم پذیرش خسارت ناشی از نقض قرارداد آشکار می‌شود، در عین حال، نظریه اصالت ضمان قهری می‌تواند ثمرات کاربردی نیز داشته باشد. یکی از فواید کاربردی آن به بحث زیان‌های وارد به اشخاص ثالث در نتیجه استفاده از کالا مربوط می‌شود. در این‌گونه موارد، ثالث می‌تواند صرف نظر از وجود یا عدم وجود رابطه قراردادی و با استناد به قواعد ضمان قهری، زیان وارد به خود را از فروشنده یا تولیدکننده مطالبه کند؛ ثانیاً، با توجه به اینکه بحث فقهی مستقل و منسجمی درباره موضوع این مقاله نمی‌توان یافت، به ناچار باید با بررسی و تحلیل موضوعات پراکنده سعی کرد به دیدگاه فقهی درباره رابطه ضمان قهری و قراردادی دست یافت.

\* تقیید نظریه اصالت ضمان قهری به فقه شیعه بدین معنا نیست که در فقه اهل سنت وضعیت متفاوتی حاکم است، بلکه فقط برای تحدید قلمرو موضوع مقاله حاضر است.

## ۲. مفهوم و قلمرو ضمان از دیدگاه فقهی

در فقه امامیه، ضمان مفهوم بسیار گسترده‌ای دارد که نه تنها بر روابط مالی-اجتماعی، بلکه حتی بر تکالیف مالی - عبادی انسان نیز سایه افکنده است؛ به عنوان شاهد این مدعا نخست به مفهوم ضمان و سپس قلمرو آن در فقه اشاره می‌شود:

الف) مفهوم ضمان: به نظر برخی فقها، ضمان به معنای بودن چیزی در ضمن چیز دیگری است و هرگاه به شخص نسبت داده شود، به معنای داخل بودن چیزی در عهده شخص است. این معنا به دو صورت تحقق می‌یابد: ۱. توسط خود شخص و در قالب اقسام عقد ضمان - از جمله ضمان نفس یا کفالت که در آن ضامن، متعهد به احضار می‌شود - و نیز در مطلق معاوضات که در آنها طرفین قرارداد متعهد به گرفتن مال در برابر بدل می‌شوند. از این صورت به ضمان معاوضی تعبیر می‌شود؛ ۲. توسط شرع یا عرف مانند ضمان‌های شرعی و عرفی که در این موارد شرع یا عرف مال تصرف یا تلف شده را در عهده شخص می‌دانند (اصفهانى، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۳۰۷-۳۰۸).

از سخن فقهای دیگر نیز استفاده می‌شود که ضمان در واقع به معنای جبران خسارت است و جبران خسارت، گاهی با پرداخت بدل قراردادی و گاه با پرداخت بدل واقعی یعنی مثل یا قیمت انجام می‌شود. \* به عبارت دیگر، اصل لزوم جبران خسارت در خود مفهوم ضمان نهفته است و نقش معامله در تعیین میزان خسارت ظاهر می‌شود؛ بدین معنا که در صورت وجود قرارداد صحیح، میزان خسارت را خود طرفین تعیین می‌کنند و در صورت عدم وجود قرارداد صحیح، میزان خسارت، بدل واقعی است. \*\*

برخی فقها از این هم پیش‌تر رفته‌اند و معتقدند: ضمان در همه موارد به معنای پرداخت

\* «والمراد بالضمان في الجملتين: هو كون درك المضمون، عليه، بمعنى كون خسارته و دركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه ... ثم تداركه من ماله، تارة يكون بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو والمالك على كونه عوضا و أمضاء الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح. و أخرى بأداء عوضه الواقعى و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه ...» (انصارى، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۸۲-۱۸۵).

\*\* «للضمان في جميع موارد مفهومها وحدانها و هو التدارك بمال الضامن، إلا أن الاختلاف يكون فيما يتدارك به، إذ هو تارة بدل واقعى و أخرى بدل جعلى ...» (جزایری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۷۲).

«والوجه في جامعية الضمان بهذا المعنى هو: أن خسارة تلف المال تكون على عهدة الضامن، سواء أكانت الخسارة بدفع البدل المسمى كما في العقد الصحيح، أم بدفع البدل الواقعى كما في غيره» (همان، ص ۶۷).

بدل واقعی است، جز اینکه در عقود صحیح شارع دامنه آن را توسعه داده تا بدل تعیین شده توسط متعاقدان را دربرگیرد.\*

ب) قلمرو ضمان: مرحوم میرفتاح پس از شمارش اسباب متداول ضمان - یعنی ید، اتلاف، غرور، تعدی و تفریط، تلف قبل از قبض و مقبوض به عقد فاسد (ر.ک: مراعی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۱۵-۴۶۶) - سه سبب دیگر برای ضمان به شرح ذیل برمی شمارد:

۱. ضمان ناشی از خود شرع؛ یعنی تکالیف مالی همچون زکات (بدن و مال)، خمس، التزامات ارادی ناشی از نذر، عهد و قسم، غرامت‌های ناشی از کفاره‌های مالی همچون کفاره حج، روزه، آمیزش، قتل، ظهار، ایلاء و نیز نفقه همسر و خویشاوندان، ضمان عاقله نسبت به دیه و مانند آن.

۲. ضمان ناشی از یکی از اسباب معاوضی مانند بیع، صلح، اجاره و مانند آن، در صورتی که [عوضین یا یکی از آنها] در ذمه قرار داده شود.

۳. ضمان ناشی از عقد ضمان - یعنی تعهد - که خود سه قسم دارد: الف) ضمان یا به عهده‌گرفتن مالی که در ذمه شخصی دیگر قرار دارد [ضمان عقدی مصطلح]؛ ب) تعهد به مال به واسطه تعهد به نفس (کفالت)؛ ج) تعهد به امری غیر از دو مورد مذکور که به آن «ضمان ما لم یجب» گفته می‌شود و خود صورت‌ها و اقسام گوناگونی دارد (مراعی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۶۸-۴۷۲).

مفهوم و اسباب ضمان در سخن مرحوم مراعی یادآور مفهوم و اسباب تعهد در علم حقوق است و با توجه به سخن ایشان، اگر گفته شود تنظیم روابط مالی در فقه امامیه مبتنی بر مفهوم ضمان است، سخنی دور از واقعیت نیست.

با توجه به سخن یکی از محققان، اقسام ضمان در فقه را می‌توان به صورت ذیل خلاصه کرد:

۱. ضمان جعلی یا ضمان مسمی: در این نوع ضمان، ضامن به پرداخت مال معینی

\* «فقد ظهر ممّا ذکرنا أنّ الضّمان فی کلا الموضوعین قد استعمل فی معنی واحد و هو لزوم أداء المقابل و إنّما الاختلاف فی المصداق لأنّ البدل المسمی فی العقد الصحیح أنّما هو المقابل للمال المأخوذ والمساوی له أيضا بواسطة إمضاء الشّارع بناء المتعاقدين علی بدلیته و تنزیله منزلة البدل الواقعی؛ و إنّ شئت قلت إنّ الضّمان إنّما استعمل فی لزوم أداء البدل الواقعی و قد وسّع الشّارع بأدلة الصّحّة و الإمضاء دائرة البدل الواقعی» (جزایری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۰۷).

به طور مستقیم یا غیرمستقیم تعهد می‌کند؛ بنابراین ضمان جعلی بر دو قسم است:

- الف) تعهد به پرداخت مال به طور مستقیم که عقد ضمان است؛  
 ب) تعهد به پرداخت مال به طور غیرمستقیم که در عقودی مانند بیع و اجاره صورت می‌گیرد.\*

تحقق ضمان جعلی منوط به احراز دو شرط می‌باشد: «وجود قرارداد صحیح» و «تعیین مضمون به». اگر یکی از این دو شرط وجود نداشته باشد، ضمان جعلی به ضمان واقعی تبدیل می‌شود.

۲. ضمان واقعی (ضمان بدل یا ضمان مثل و قیمت): در ضمان واقعی، ضامن - در برابر تصرف مال دیگری - به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به پرداخت مقدار معینی تعهد نمی‌کند؛ از این رو این نوع ضمان سه صورت دارد:

- الف) ضامن اصلاً تعهد به پرداخت نکرده است؛ مانند موارد ضمان قهری.  
 ب) ضامن تعهد کرده، ولی تعهد باطل بوده است؛ مانند مقبوض به عقد فاسد.  
 ج) ضامن تعهد صحیحی کرده، ولی مقدار مورد تعهد مشخص نشده است؛ مانند عاریه به شرط ضمان یا عاریه طلا و نقره (گرجی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۵-۳۷).  
 روشن است که مقصود از تعهد در تقسیم‌بندی مذکور، تعهد و التزام ارادی است.

### ۳. موارد تأثیر ضمان قهری در حوزه قرارداد

در فقه امامیه، ضمان قهری نسبت به ضمان قراردادی اصالت دارد. افزون بر این می‌توان ادعا کرد تنظیم روابط مالی الزامی\*\*\* در فقه امامیه تا اندازه زیادی بر مفهوم ضمان مبتنی است. اصالت ضمان قهری و تأثیر آن در حوزه قراردادها را می‌توان در چندین موضع گوناگون مشاهده کرد.

\* ذکر بیع و اجاره در این قسم بدین دلیل است که از لحاظ فقهی، اثر اصلی این دو عقد تملیک است و تعهد به تسلیم مورد آن، اثر فرعی عقد است. عقد کفالت را نیز باید در این قسم داخل دانست؛ چون کفیل تعهد مستقیم به پرداخت نمی‌کند.

\*\* قید الزامی را به این دلیل افزودیم که روابط ناشی از عقود امانی را از این مطلب خارج کنیم؛ هرچند این عقود نیز ممکن است آثاری داشته باشند که مشمول عنوان ضمان باشد؛ مانند مسئولیت امین در صورت تعدی و تفریط.

### ۳-۱. ماهیت عقد

عقد را می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که فی‌نفسه متضمن ضمان قهری باشد. پیش‌تر اشاره شد که عقد نیز از اسباب ضمان به شمار آمده است؛ بدین معنا که با تحقق عقد، هر یک از طرفین ضامن مال دیگری می‌شود و آن را در مقابل مال خود به عهده می‌گیرد.<sup>\*</sup> یکی از فقهای معاصر برای اثبات ضمان طرف ناقض قرارداد، به قاعده‌ای با عنوان «ضمان معاوضه» تمسک کرده است و آن را در کنار دیگر اسباب ضمان همچون ید و اتلاف، سبب مستقلی برای ضمان به شمار آورده است. ایشان تصریح می‌کند که اسباب ضمان منحصر به ید و اتلاف نیست، بلکه معاوضه نیز می‌تواند سبب ضمان باشد (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۸۳-۸۴).

اکنون باید متذکر شد که در مورد مبنای ضمان ناشی از عقد صحیح، چند نظر یا احتمال در فقه دیده می‌شود و در همه آنها به یکی از قواعد ضمان قهری استناد شده است.

#### ۳-۱-۱. قاعده دستور معاملی

به نظر برخی فقهای معاصر، همه قواعد و اسباب ضمان مانند ید، اتلاف، امر (دستور به اتلاف مال) و مانند آن، به قاعده حرمت مال مسلمان بازمی‌گردد و به همین دلیل این قاعده در موردی که شخص به دستور دیگری مال خود را تلف کند نیز جاری می‌شود. یکی از موارد امر و دستور، عقد است؛ زیرا از لحاظ حقوقی بازگشت عقد به دستوری درباره تملیک مال یا رفع ید از مال در برابر عوض است؛ از این رو اگر شخصی در قالبی غیر از معاوضه و تملیک نیز به دیگری دستور دهد از مال خود در مقابل عوض رفع ید کند، ضامن آن است مانند آنکه به دیگری بگوید: «مال خود را به دریا بینداز یا صدقه بده یا از آن اعراض کن و من ضامن آن هستم». در این صورت هرچند معاوضه، اتلاف یا تصرف در مال غیر صورت نگرفته است، ولی آمر ضامن می‌باشد و تنها دلیل ضمان، حرمت مال مسلمان و هدرنرفتن آن است (شاهرودی، ۱۴۲۶، ص ۱۲۸-۱۲۹).

\* «... و لیس ذلک مراد الفقهاء و انما أرادوا ان معنی الضمان بالعقد الصّحیح هو ان کلاً من المتعاقدين بمجرد التعاقد یضمن مال الآخر و یلتزم بعهدته بماله الاصلی» (مامقانی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۷۸).



صاحب این نظریه احتمال می‌دهد مقصود مرحوم حکیم از «قاعده ضمان معاوضه»، همین معنایی باشد که وی از قاعده دستور معاملی اراده کرده است.\*

### ۳-۱-۲. استیفا از مال غیر

می‌توان نظریه مذکور را در این قالب توضیح داد که منشأ الزام‌آور بودن قرارداد در واقع به ایراد ضرر به وسیله طرفین به یکدیگر بازمی‌گردد و نقش قرارداد به تعیین مقدار خسارت محدود می‌شود. توضیح بیشتر اینکه در اثر قرارداد معاوضی، مال هر یک از طرفین به ملکیت طرف مقابل وارد می‌شود و به همین دلیل هر یک از طرفین باید مال متعلق به طرف دیگر را به وی مسترد کند؛ برای مثال با انعقاد بیع، مبیع به ملکیت مشتری و ثمن به ملکیت بایع درمی‌آید و بایع به تسلیم مبیع و مشتری به تسلیم ثمن ملزم است؛ بنابراین هر یک از طرفین با تملک مال دیگری به وی زیان وارد کرده است و باید آن را جبران کند و جبران زیان بدین صورت است که هر یک باید بدل مال دیگری را به وی بدهد. نقش معاملات در واقع تعیین قراردادی این بدل است.

زیان ناشی از معامله را می‌توان نوعی استیفا از مال غیر به واسطه یک عمل حقوقی دانست؛ یعنی همان‌گونه که استیفا از عمل مادی غیرجایز و سبب ضمان است، استیفا از عمل حقوقی غیر نیز جایز و موجب ضمان است، با این تفاوت که چون در مورد نخست، طرفین نسبت به بدل توافق نکرده‌اند، به بدل متعارف رجوع می‌شود، ولی در مورد دوم، بدل با توافق طرفین تعیین می‌شود.

### ۳-۱-۳. قاعده اقدام

به نظر برخی فقها «اقدام» متعاملین سبب مستقل برای ضمان است (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۰۶). با این توضیح، رکن اصلی ضمان، مالیت است\*\* و قصد متعاملین در ابتدا به

\* «و لعل قاعده ضمان المعاوضة التي أشار إليها بعض الأعلام كان مرجعها إلى ما أفدناه» (شاهرودی، ۱۴۲۶، ص ۱۲۸).

\*\* «أن الركن في باب الضمان و مقومه هو المالية و أما بقية الخصوصيات من أوصاف المقبوض أو خصوصية العينية فليست مقوما للضمان» (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۳۶).

«قد عرفت أن الركن في الضمان هو المالية و أن سائر الأوصاف والخصوصيات انما يضمن إذا أمكن أدائها» (همان، ص ۳۳۹).

حفظ مقدار مالیت مالشان که همان مثل یا قیمت می‌باشد، تعلق گرفته است و ذکر مقدار معین (ثمن و مثنی) از باب طریقت و وصول به مقدار واقعی است؛ بنابراین در عقد صحیح، اقدام بر تدارک عوض واقعی صورت می‌گیرد و عوض المسمی راه دستیابی به آن است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۲۲۵).

#### ۴-۱-۳. ضمان ید

به نظر برخی همچون امام خمینی<sup>ع</sup>، عقد، موضوع ضمان ید را ایجاد می‌کند؛ بدین معنا که تا پیش از وقوع عقد، مال به مالک اول آن تعلق داشت و در ید او بود، ولی به سبب عقد، مال شخصی دیگر شد؛ برای مثال مبیع پیش از عقد، مال بایع بود و همانند دیگر اموال در ید او بود، ولی با تحقق عقد، مبیع، ملک مشتری شد که در ید بایع قرار دارد. در مورد ثمن نیز همین مطالب صادق است؛ بنابراین در اثر عقد، مال شخص به مال غیر تبدیل می‌شود و به همین دلیل ید وی بر مال [سابق] خود، تبدیل به ید بر مال دیگری می‌شود و بدین ترتیب موضوع ضمان ید محقق می‌شود؛ بنابراین عقد علت تامه تبدیل ید مالک از ید مالکی بر مال خود، به ید ضمانی بر مال غیر است.\*

نظریه‌های مذکور را می‌توان در قالب مفهوم معاوضی نیز تبیین کرد؛ یعنی بر اساس مفهوم ضمان معاوضی، با تسلیم مبیع، ضمان مبیع به خریدار منتقل می‌شود.\* بر این اساس پیش از تسلیم، فروشنده ضامن مبیع بوده است؛ از این رو می‌توان پرسید ضمانی که فروشنده پیش از تسلیم مبیع داشته، چه نوع ضمانی است. ممکن است گفته شود

\* ... فالعقد سبب لتحقق موضوع ضمان الید؛ إذ به ینقلب من ماله إلى ملک الغیر و ینقلب یده علی مال نفسه یداً علی مال غیره و هو موضوع الضمان، فکلّ منهما ضامن لما فی یده من مال الغیر ضمان الید ... فإنّ العقد سبب لتبدیل ید المالك إلى ید الضمان و انقلابها إليها، فیدخل فی موضوع «علی الید ...» ... فالعقد علّة تامّة لانقلاب ید المالك من الید المالکیة علی ماله إلى ید الضمان علی مال الغیر، فالمال کان تحت استیلاءه - إلى زمان العقد - استیلاء علی مال نفسه و به ینقلب إلى الاستیلاء علی مال الغیر. و بالجملة: قبل العقد لم یکن هذا الاستیلاء والید من موضوع «علی الید ما أخذت ...» و لم یشمه إطلاقاً «الید» لأنّ مورد هو الید علی مال الغیر والعقد أخرج من مالیتة و ملکیتة و أدخله فی موضوع «علی الید ...» (خمینی، ۱۴۲۸، ص ۳۶۲-۳۶۴). همچنین امام خمینی عقد را تمام سبب برای تبدیل ید مالکی به غیرمالکی و جزء سبب برای ضمان می‌داند (ر.ک: خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۹۳).  
\* «من أحكام القبض انتقال الضمان من نقله إلى القابض، فقبله یكون مضموناً علیه بعوضه ... و یسمی ضمان المعاوضة» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۲۷۰).

ضمان مذکور حکمی تکلیفی و مترتب بر ملکیت مبیع است، با این توضیح که چون در اثر عقد بیع، خریدار مالک مبیع شده است، فروشنده به تسلیم مبیع به مالک آن مکلف می‌باشد، ولی با توجه به نظریه‌های پیش‌گفته می‌توان ضمان را به مرحله‌ای پیش‌تر یعنی به مرحله انعقاد و ماهیت عقد برگرداند و معتقد شد ضمان مذکور حکمی وضعی است که سبب ایجاد آن خود عقد است؛ بدین معنا که عقد سبب دخول مال هر یک از طرفین به ملکیت طرف مقابل و ثبوت بدل آن در عهده آن طرف می‌گردد.

### ۲-۳. بطلان قرارداد

صورت بطلان قرارداد، خارج از موضوع این مقاله به نظر می‌رسد، ولی دارای نکاتی است که می‌تواند برای بحث ما سودمند باشد.

در صورت بطلان قرارداد، طرفین در صورتی مسئول‌اند که قواعد ضمان قهری قابل اجرا باشد؛ از این رو اگر طرفین به گمان وجود و صحت قرارداد، مالی را رد و بدل کرده باشند، باید عین مال و منافع آن یا بدل آنها را به طرف مقابل پرداخت کنند. این نوع مسئولیت در حقوق امروزی به اعاده به وضع سابق (Restitution) معروف است. این حکم به عقود تملیکی اختصاص ندارد؛ در عقود مربوط به عمل نیز جریان می‌یابد؛ برای مثال، در صورت بطلان جعاله یا اجاره شخص، طرفی که از عمل دیگری منتفع شده است، باید اجرت‌المثل پرداخت کند.

تکلیف استرداد عین مال و جبران منافع، تابع احکام ضمان قهری است؛ بدین معنا که به دلیل بطلان قرارداد، بد هر یک از طرفین بر مالی که در نتیجه قرارداد به دست او رسیده، همچون ید عدوانی موجب ضمان است. درست است که هر یک از طرفین با رضای خود مال خود را به دیگری تسلیم کرده، ولی اذن وی مقید به صحت عقد بوده و با کشف بطلان عقد، معلوم می‌شود که اذن هم منتفی است.

یکی از قواعد فقهی بسیار مهم در این بحث، قاعده معروف به «ما یُضَمَّن» است. در اینکه مقصود از ضمان در قاعده «ما یُضَمَّن بصحیحه یُضَمَّن بفاسده» چیست، اختلاف است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۸۲):

۱. اختلاف معنای ضمان: احتمال می‌رود از واژه «ضمان» (یُضَمَّن) در عقد صحیح و

فاسد معنایی متفاوت اراده شده باشد:

- ممکن است مقصود از ضمان هم در عقد صحیح و هم در عقد فاسد، ضمان معاوضی (ضمان مسمی) باشد. شیخ انصاری این احتمال را بسیار ضعیف می‌داند.\*

- ممکن است مقصود از ضمان در عقد صحیح، ضمان معاوضی (ضمان مسمی) و در عقد فاسد ضمان قهری (ضمان واقعی) باشد؛ بنابراین عقدی که صحیح آن سبب ضمان معاوضی باشد، فاسد آن موجب ضمان قهری است. با توجه به وحدت سیاق، این دو احتمال قابل پذیرش نیست.\*\*

۲. اتحاد معنای ضمان: در این باره دو نظر دیده می‌شود:

الف) ممکن است گفته شود ضمان در صورتی که به‌طور مطلق و بدون قرینه به کار رود، به معنای جبران خسارت واقعی یعنی پرداخت مثل یا قیمت است و جبران خسارت از راه دیگری همچون پرداخت عوض قراردادی نیازمند قرینه و دلیل است؛ مانند آنکه طرفین با انعقاد قرارداد صحیح و مشروع، توافق بر بدل قراردادی کنند. این نظر را شیخ انصاری مطرح کرده است.\*\*

ب) همان‌گونه که در بحث از مفهوم ضمان دیده شد، ممکن است گفته شود ضمان در همه موارد به یک معناست و آن ثبوت مال غیر در عهده ضامن و در نتیجه لزوم جبران خسارت است. نهایت اینکه موضوع ضمان و جبران خسارت بر حسب اینکه ضمان جعلی باشد یا قراردادی، متفاوت است؛ در ضمان قراردادی، جبران خسارت با عوض قراردادی و در ضمان قهری با عوض واقعی (مثل یا قیمت) صورت می‌گیرد. حتی ممکن است از این هم پیش‌تر رفت و گفت موضوع ضمان، به‌عهده‌گرفتن مالیت شیء است، نهایت اینکه مالیت شیء در موارد ضمان قهری در عوض واقعی متبلور می‌شود و در ضمان ناشی از عقد صحیح، در عوض قراردادی (عوض المسمی).

\* «فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمي نظير الضمان في العقد الصحيح، ضعيف في الغاية» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۸۴).

\*\* «لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً في العبارة» (همان، ص ۱۸۴-۱۸۵).

\*\*\* «فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأن هذا هو التدارك حقيقة، ... و أما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر، مثل توأطئهما عليه بعقد صحيح بمضيه الشارع» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۸۴).

چنان‌که پیش‌تر در بحث قاعده اقدام ملاحظه شد، این نظر را می‌توان در کلمات برخی فقها مانند محقق نایینی مشاهده کرد (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۱، صص ۳۳۶ و ۳۳۹).\*

نتیجه فریب بودن ضمان قراردادی بر ضمان معاوضی بر اساس این قاعده، در دو جا ظاهر می‌شود: ۱. در هر مورد که قرارداد صحیح ضمان آور باشد، قرارداد باطل هم ضمان آور است: «ما یضمن بصحیحه یضمن بفساده و ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفساده»؛ ۲. در هر موردی که قرارداد باطل باشد، روابط طرفین از قراردادی به قهری بازمی‌گردد و به همین دلیل، در صورت تلف مال، شخصی که مال در دست او تلف شده است، ضامن عوض واقعی خواهد بود.

### ۳-۳. نقض قرارداد

یکی از شواهد مهم اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر ضمان قراردادی از لحاظ فقه امامیه را می‌توان در این نکته ملاحظه کرد که نقض تعهد قراردادی فقط در صورتی سبب ضمان ناقض است که متعهدله در نتیجه نقض تعهد، متحمل ضرری شده باشد که جبران آن از لحاظ قواعد ضمان قهری مانند اتلاف ضروری باشد. به عبارت دیگر، طرف ناقض را فقط در صورتی می‌توان از لحاظ قراردادی ضامن دانست که از لحاظ غیرقراردادی و قهری ضامن باشد؛ یعنی در صورت نقض قرارداد، مسئولیت طرف ناقض تا آنجاست که قواعد ضمان قهری قابل اجرا باشد، بدین معنا که ناقض قرارداد اگر مالی را تلف کرده یا سبب تلف آن شده باشد، مسئول است؛ از این رو نقض قرارداد هر چند از لحاظ تکلیفی حرام است، ولی از لحاظ وضعی، ضمان طرف ناقض در صورتی است که قواعد ضمان قهری مانند اتلاف مال دیگری یا تسبیب در تلف شدن آن قابل اجرا باشد. توضیح بیشتر اینکه در صورتی که عقد به صورت لفظی یا کتبی منعقد شود و معاطاتی صورت نگیرد، صرف تملیک و تملک اعتباری و بدون تصرف

\* «والمراد بالضمن معناه المعهود فی جمیع موارد استعمالاته و مشتقاته و هو: کون الشیء فی ضمن العهدة سواء کان بتسبیب من الشخص، أو بجعل الشارع، أو العرف كما فی الغرامات الشرعية أو العرفیة. و العهدة لها آثار تکلیفیة و وضعیة ولكن لا یختلف أصل المعنی باختلافها، ففي ضمان المعاوضة و ضمان التكفل و ضمان التفریم جامع ضمن العهدة موجود و الاختلاف فی بعض الخصوصیات. فمعنی القاعدة ان کل مورد كانت عهدة مورد العقد علی المتعاقدين فی الصحیح فعهدة علیها فی الفاسد أيضا» (ر.ک: سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۱۶، ص ۲۵۳).

مادی یک طرف در مال متعلق به طرف دیگر باعث نمی‌شود که اگر یکی از طرفین قرارداد را نقض کرد، ضامن و مسئول شمرده شود.

حتی در مواردی که می‌توان مسئولیت ناقض قرارداد را مسئولیتی قراردادی تلقی کرد، اندیشه اصالت ضمان قهری مانع از این کار شده است. در این باره به دو نمونه اشاره می‌شود:

مورد نخست، چنان که می‌دانیم: «کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است، حاضر نماید، و الاً باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می‌شود، برآید» (ماده ۷۴۰ ق.م.ا). تکلیف پرداخت دین را می‌توان «خسارت ناشی از احضار مکفول» دانست؛ بدین معنا که «تعهد کفیل به ادای دین، بدل قانونی تعهد احضار نیست، [بلکه] تعهد جدیدی است که در نتیجه تقصیر بر او تحمیل می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۴۷۶-۴۷۷)، ولی برخی فقها تعهد کفیل در این باره را ناشی از قاعده اتلاف دانسته‌اند و تصریح کرده‌اند که کفیل در نتیجه پذیرش کفالت مکفول و فراهم کردن وسیله آزادی وی، مال مکفول‌له را اتلاف کرده است.\*

مورد دوم، اگر زارع پس از عقد مزارعه و تسلط بر زمین، بدون هیچ عذری اقدام به زراعت نکند تا اینکه مدت منقضی شود، به نظر بسیاری از فقها ضامن اجرت‌المثل زمین است (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۰، ص ۵۸) و این نظر را می‌توان به مشهور نسبت داد (ر.ک: حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۸۱). زارع با ترک زراعت، منافع زمین را تفویض کرده؛ به همین دلیل ضامن اجرت است (عاملی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۱۸)؛ بنابراین طبق نظر مشهور، مسئولیت زارع مبتنی بر قاعده ید و اتلاف است.

### ۳-۴. خسارت ناشی از نقض قرارداد

یکی دیگر از شواهد - و نیز آثار - تقدم مسئولیت قهری بر مسئولیت قراردادی این است که در مورد میزان خسارت ناشی از بطلان یا نقض قرارداد نیز قواعد ضمان قهری

\* «و إن شئت قلت: رجوع المكفول له على الكفيل بالمال داخل في ضمان الإلتلاف، نظراً إلى أن الكفيل بكفالتة و تخليته سبيل المكفول قد ألتف مال المكفول له، فإن سلم المكفول فيأخذ ماله منه، و إن لم يسلم يرجع على المتلف، فيصير تحت قاعدة الإلتلاف» (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۶۹).

اعمال می‌شود. در نظام‌های عرفی که نقض قرارداد سبب مستقلى برای مسئولیت تلقی می‌شود، دو نوع خسارت عمده باید جبران شود؛ خسارت ناشی از قرارگرفتن مال طرفین در دست دیگری و لزوم رد آن (Restitution) و خسارت وارده در نتیجه از دست‌دادن توقعات و انتظارات (Expectation Interest) (McKendrick, 2000, pp.395, 402 & 447). زیان‌های نوع اول در واقع به بحث ضمان قهری مربوط می‌باشد و از لحاظ فقهی فقط همین نوع خسارت قابل جبران است.

فقه امامیه به نوع اخیر مسئولیت قراردادی یعنی جبران زیان ناشی از منفعت انتظار، روی خوشی نشان نمی‌دهد. نپذیرفتن مسئولیت و خسارت قراردادی به معنای حقوقی، مبتنی بر چند مقدمه است:

۱. ضمان یک حکم وضعی\* و موضوع آن دین است و دین به معنای مال کلی است\*\* که در ذمه مدیون قرار دارد.

۲. اسباب ضمان منحصر به اموری مانند تسلط بر مال غیر (ید)، اتلاف مال غیر و تسبیب در تلف‌شدن مال غیر است و نقض قرارداد در زمره این اسباب نیست. از لحاظ فقهی، وفای به عقد و اجرای تعهدات قراردادی واجب است. وجوب اجرای تعهد، یک حکم تکلیفی است که عدم رعایت آن حرام و گناه محسوب می‌شود، ولی به خودی خود سبب تحقق دین در ذمه متعهد نیست.

۳. عدم اجرای قرارداد اگر فقط موجب عدم تحقق سود مورد انتظار باشد، ضمانی به دنبال ندارد؛ چون مال فعلی شخص تلف نشده است. سودی که طرف زیان‌دیده ممکن بود از اجرای قرارداد تحصیل کند، اصطلاحاً «عدم‌النفع» نامیده می‌شود و بر اساس نظر مشهور، عدم‌النفع ضرر محسوب نمی‌شود و طرف ناقض، مکلف به جبران آن نیست.

از بررسی کلام فقها به دست می‌آید که مسئله ضامن‌نبودن شخص در مقابل عدم‌النفع بیش از آنکه یک مسئله حکمی باشد، مسئله‌ای موضوع و ناشی از ضرر ندانستن عدم‌النفع است. شاهد سخن اینکه بسیاری از فقها دلیل عدم شمول لاضرر

\* «ان الضمان حکم وضعی مجعول مستقل بالجعل» (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۸۴).

\*\* «الدین مال کلی ثابت فی ذمه شخص لآخر بسبب من الأسباب» (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۴۷).

نسبت به عدم‌النفع را این نکته دانسته‌اند که از لحاظ عرف، عدم‌النفع ضرر تلقی نمی‌شود. در واقع بخش عمده‌ای از اختلاف فقها به تفسیر آنان از معنای عرفی ضرر مربوط است؛ بنابراین در صورت تحول عرفی موضوع باید قائل به شمول حکم نسبت به موضوع جدید شد و به نظر می‌رسد امروزه چنین تحولی را شاهدیم.

با توجه به نظریات مشهور فقهی می‌توان نتیجه گرفت که بخش عمده‌ای از اشکالات ناشی از عدم شناسایی ضمان برای تخلف از اجرای قرارداد را می‌توان به مفهوم و شرایط ضمان بازگرداند؛ اولاً، از لحاظ فقهی ضمان امری وضعی است و به معنای ثبوت دین در ذمه مدیون می‌باشد. اسباب این نوع ضمان به اموری مانند ید (استیلاء بدون مجوز بر مال غیر)، اتلاف، تسبیب، غرور، تعدی و تفریط محدود می‌شود (مراغی، ۱۴۱۸، ص ۴۱۵ به بعد) و نقض تعهد قراردادی از زمره آنها نیست. در مقابل، مسئولیت قراردادی یک حکم تکلیفی است و آن هم به اجرای تعهد محدود است، نه حق دریافت خسارت؛ ثانیاً، از جمله شرایط ضمان، استقرار دین در ذمه مدیون است و ضمان نسبت به دینی که هنوز تحقق نیافته، باطل است (ضمان ما لم یجب). سودی که ممکن است برای طرفین قرارداد حاصل شود، از قبیل مال آینده است و اشکالی که در مورد ضمان مال آینده وجود دارد این است که ضمان فقط در مورد اموال موجود صادق است، نه در مورد اموالی که هنوز به وجود نیامده‌اند و در آینده به وجود خواهند آمد. مرحوم آیت‌الله خوئی\* در بحث عقد مزارعه و در ردّ نظریه ضمان عامل نسبت به حصه‌ای از محصول تصریح می‌کند که حصه‌ای از محصول، مالی است که در آینده محقق می‌شود؛ بنابراین اتلاف یا تسبیب در اتلاف چنین مالی نیز ممکن نیست. همچنین نمی‌توان گفت طرف ناقض از باب تفویت و به این لحاظ که سبب زیان‌رسیدن به مالک می‌شود، ضامن است؛ زیرا مالک در اینجا زبانی متحمل نمی‌شود، بلکه به سود مورد نظر

\* «و أوضح من ذلك في الفساد، القول بضمانه للحصة من الحاصل تخمیناً فإنها ليست مملوكة للعامل بالفعل، کی یضمنها المالك له، نعم انه كان سیملکها علی تقدیر ظهورها و قد منع المالك من تحقیقها برفع موضوعها، إلا انه غیر موجب للضمان جزماً» (خوئی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۳۲۸).

«... فإنه لا معنى لضمان الغاصب ما لم یکن بمملوک بالفعل، فان الضمان انما یختص بما یعدّ مالاً بالفعل و أما ما سیکون كذلك فی المستقبل فلا یثبت الضمان برفع موضوعه و المنع من تحقیقه كما هو واضح» (همان، ص ۳۲۹).



نمی‌رسد؛ مانند آنکه بازداشت انسان آزاد و محروم کردن وی سبب ضمان نیست (سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۲۰، ص ۸۸).

#### ۴. نمونه‌هایی از مصادیق بحث

دستیابی به تمام مصادیق مسئله مورد بحث در آثار فقهی به هیچ عنوان کار آسانی نیست، ولی برای اثبات فرضیه این مقاله ناچار باید شواهدی را ذکر کرد. در ادامه به تطبیق مسئله به چند مصداق اشاره می‌شود.

##### ۴-۱. عقد مزارعه

در صورت ترک زراعت به وسیله عامل، نظریات متعددی در میان فقها دیده می‌شود که می‌توان آنها را به سه دسته تقسیم کرد: «عدم ضمان»، «ضمان قراردادی» و «ضمان قهری». الف) تعداد کمی از فقها وی را ضامن ندانسته‌اند، با این استدلال که قاعده «ما یضمن» و هیچ یک از اسباب ضمان قهری مانند علی‌البد و اتلاف جاری نیست (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۷، ص ۲۰/ نیز ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۰۳). ب) برخی از فقها، عامل ضامن معادل حصه تعیین شده است؛ زیرا حصه مذکور در نتیجه عقد متعلق حق مالک واقع شده، عامل آن را تفویض کرده است؛ بنابراین ضامن می‌باشد، ولی چون تعیین دقیق آن ممکن نیست، معادل آن بر اساس تخمین در آن سال تعیین می‌شود (ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۰۸). نظر این عده با ضمان قراردادی یعنی فوت منفعت سازگار است.

ج) اکثر فقها نظریه ضمان قهری را پذیرفته‌اند؛ هرچند در مورد ارزیابی ضمان ملاک‌های گوناگونی در نظر گرفته‌اند:

- مشهور نظریه ضمان نسبت اجرت‌المثل زمین را برگزیده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۰،

ص ۵۸/ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۷، ص ۱۹/ طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۹، ص ۱۰۷/ نیز در مورد

انتساب به مشهور، ر.ک: حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۸۱).

- عامل به مقدار حصه تعیین‌شده، ضامن منفعت زمین و قیمت عمل است (یزدی،

۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۰۶).

- عامل ضامن قیمت عمل یعنی زراعت است (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۸۱-۸۲).  
 - اگر زمین در تصرف زارع قرار گرفته باشد، ضامن است و اگر در تصرف وی قرار نگرفته باشد، در صورتی که مالک از ترک زراعت خیر داشته باشد، عامل ضامن نیست و در غیر این صورت ضامن است (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۳۲۶-۳۲۷/ نیز ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۰۷). در این نظریه به قواعد ید و غرور توجه شده است.

## ۲-۴. عقد مضاربه

به نظر محقق یزدی، در صورتی که عامل در مضاربه از گرفتن مال مورد مضاربه در مدتی مثلاً یک سال از تجارت خودداری کند، ضامن تلف مال است، ولی نسبت به ترک مضاربه، ضمانی در برابر مالک ندارد و فقط مرتکب گناه شده است (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۶۷). هیچ یک از فقهای بزرگی که بر *عروة الوثقی* حاشیه نوشته‌اند، مانند مرحوم فیروزآبادی، شیرازی، آقاضیاء، بروجردی، نایینی، اصفهانی، کاشف‌الغطاء، امام خمینی، خویی و گلپایگانی با این نظر مخالفت نکرده‌اند.

عدم ضمان عامل نسبت به سود را با تعابیر نسبتاً مشابهی توجیه کرده‌اند؛ سببی برای ضمان وجود ندارد و اصل، عدم آن است (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۴۵۵). سود وجود خارجی ندارد تا عامل در اثر مهمل گذاشتن مال، آن را تلف کرده و ضامن آن باشد. حد اکثر این است که عامل با ترک تجارت مانع از رسیدن مالک به سود گردیده و این کار موجب ضمان نیست (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۲۲۰). عامل مالی را تلف نکرده، بلکه فقط سبب شده است که به مالک سودی نرسد و مقتضای اصل، عدم ضمان اوست (سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۱۹، ص ۳۷۰). از لحاظ شرعی، سود و منفعتی برای وجه نقد در نظر گرفته نمی‌شود، بلکه سود مورد نظر رباست و گرفتن چیزی بیش از سرمایه، ظلم محسوب می‌شود (اشتهدادی، ۱۴۲۷، ج ۲۸، ص ۱۷۰).

چنان‌که ملاحظه شد، در مورد ضمان ترک تجارت در عقد مضاربه، اکثر فقها با توجه به فقد اسباب ضمان قهری، رأی به عدم ضمان داده‌اند، ولی ترک زراعت به وسیله زارع یا مالک را سبب ضمان دانسته‌اند. علت تفاوت در این است که زمین از لحاظ فقهی دارای منفعت است و متعهد با عدم زراعت، منفعت آن را تقویت کرده

است، اما وجه نقد، شرعاً منفعتی ندارد تا استیلائی عدوانی یا شبه‌عدوانی بر آن سبب ضمان گردد و گرفتن منفعت تلف‌شده آن چیزی جز ربا نیست.

### ۳-۴. عقد اجاره

به رغم آنکه موضوع عقد اجاره، عمل مادی دارای ارزش مالی است، فقهای امامیه صرف ترک عمل را سبب ضمان اجیر و استحقاق مستأجر نسبت به اجرت‌المسمی ندانسته‌اند؛\* البته در اثر عقد اجاره، منفعت اجیر به ملکیت مستأجر درمی‌آید و ترک عمل به وسیله اجیر ممکن است سبب ضمان وی نسبت به اجرت‌المثل عمل گردد؛ با این توضیح که اگر شخصی همه منافع خود را برای مدت معینی اجاره داده باشد و سپس در تمام یا مقداری از مدت برای خودش یا به‌طور رایگان یا در قالب عقد جعله یا اجاره برای دیگری کار کند، نظرات و احتمالات گوناگونی مطرح شده است و بر اساس یک نظر، مستأجر اول می‌تواند اجاره خود را ابقا کند و عوض منفعت فوت‌شده را مطالبه کند (در مورد صورت‌های گوناگون این مسئله و نظرات مربوط به آن، ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۸۱-۸۶).

همچنین اگر پس از تحقق عقد اجاره اشخاص یا اعیان، انتفاع مستأجر به دلیل مداخله شخص ثالث با مانع روبه‌رو شود، شخص مداخله‌کننده ضامن است. ضمان در این‌گونه موارد ناشی از تلف مال و نوعی ضمان قهری است.

تذکر این نکته مناسب است که وضعیت اجاره را می‌توان با شرط فعلی که موضوع آن انجام عمل مادی است، مقایسه کرد. در مورد اثر شرط فعل و اینکه موجب تملیک مال موضوع آن می‌شود یا فقط سبب پیدایش تعهد به تسلیم آن است، اختلاف نظر است. به نظر برخی فقها شرط فعل را نمی‌توان در ردیف عقود مانند بیع و هبه، از اسباب تملیک به شمار آورد (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۷، ص ۶۹)، ولی برخی دیگر ضمان

\* «الأعمال الذمّية لا تكون مضمونة على العامل إذا فانت عمدا أو لعذر، ولذا ذكروا في كتاب الإجارة أنه إذا لم يأت الأجير بالعمل المستأجر عليه لم يستحق الأجرة، و لم يدع أحد أنه يستحق الأجرة ولكن المستأجر يستحق عليه قيمة العمل المستأجر عليه، فمن استؤجر على صوم يوم الجمعة فلم يصم لم يستحق الأجرة لا أنه يستحقها و عليه قيمة صوم يوم الجمعة، و كذلك كلامهم في خيار الإشرط خال عن التعرض لذلك و ظاهر أنه مع فوات الشرط يتخير من له الشرط بين فسخ العقد و إمضائه من دون استحقاق شيء» (حكيم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۱۷۷).

ناشی از ترک فعل مادی را پذیرفته‌اند (حلی، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۲۵۶/ نیز ر.ک: نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۲۰/ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۷۴).

#### ۴-۴. عقد کفالت

از لحاظ فقهی در صورتی که کفیل از تعهد احضار مکفول خودداری کند، مکفول‌له می‌تواند از حاکم حبس وی را درخواست کند\* تا یا مکفول را احضار کند یا دینی را که بر عهده مکفول است، ادا کند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۵۹۰-۵۹۱).

در مورد ادای دین مکفول این پرسش مطرح می‌شود که آیا تکلیف مذکور جنبه خسارت دارد یا خیر؟ برخی فقها گفته‌اند مقصود طرفین از عقد کفالت، دریافت حقی است که مکفول‌له بر مکفول دارد و تعهد کفیل به احضار مکفول راهی برای رسیدن به این هدف است (سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۲۰، ص ۳۲۶). با این تعبیر ممکن است ادای دین به وسیله کفیل را نوعی خسارت قراردادی تلقی کرد.

اما چنان‌که برخی حقوقدانان متذکر شده‌اند، الزام به پرداخت دین مکفول، اثر مستقیم عقد نیست و تعهد به پرداخت دین موضوع قصد طرفین قرار نمی‌گیرد. سبب این تعهد، نقض عهد است و قانون آن را تحمیل می‌کند؛ هرچند از لحاظ ارتباط سبب آن با عقد کفالت، می‌توان آن را از تعهدات تبعی کفیل دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۴۶۲-۴۶۳)؛ بنابراین تعهد به پرداخت دین مکفول، استمرار تعهد به احضار است، جز اینکه قانونگذار خسارت نقض این تعهد را برابر با دینی که مکفول بر عهده داشته، مفروض گرفته است.

نکته مهمی که نظریه جبران خسارت را تضعیف می‌کند اینکه اکنون پیش از انعقاد عقد کفالت، حق یا دین مکفول‌له در ذمه مکفول تحقق یافته است؛ بنابراین دین مذکور ناشی از تخلف کفیل نیست.

به هر حال، هر یک از این دو نظریه، به نوعی برای بحث ما سودمند است؛ اگر تعهد به پرداخت دین، نتیجه قصد طرفین دانسته شود، می‌توان نتیجه گرفت که طرفین

\* قانون مدنی حبس کفیل را نپذیرفته است: «ماده ۷۴۰: کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است، حاضر نماید، والا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می‌شود، برآید».

عقد توانایی تعیین خسارت در قالب دین را دارند و اگر تعهد به پرداخت ناشی از نقض عقد در نظر گرفته شود، معلوم می‌شود نقض عهد می‌تواند به دین منجر شود. بر این اساس با توجه به نکات پیش‌گفته، در مورد قراردادهایی که موضوع آنها تعهد به انجام کار است، با احراز سه شرط می‌توان قائل به تفصیل شد: ۱. موضوع تعهد انجام کاری در اموال طرف دیگر باشد؛ مانند تعهد به ساختن خانه یا زراعت در زمین طرف دیگر؛ ۲. متعهد آن مال را به تصرف خود درآورده باشد؛ ۳. اگر در نظرگرفتن منفعت برای آن مال با مانع شرعی روبه‌رو نباشد، متعهد باید دست‌کم زیان مالک در محروم‌ماندن از منافع آن مال را جبران کند، ولی در صورت فقد یکی از این سه شرط یعنی عدم ارتباط قرارداد با اموال یک طرف یا عدم استیلاء بر مال طرف دیگر یا وجود مانع شرعی برای در نظرگرفتن منفعت برای آن مال، ترک عمل موجب ضمان نیست.

## نتیجه

برخی از نتایجی که می‌توان از این تحقیق گرفت به طور خلاصه عبارت‌اند از:

۱. از لحاظ فقهی در روابط مالی میان اشخاص، اصل بر ضمان قهری است و خروج از قواعد ضمان قهری فقط با قرارداد صحیح و مشروع امکان‌پذیر است. روابط قراردادی از دو جهت فرع بر روابط ضمان قهری است: الف) در ضمان قهری اصل بر پرداخت عوض واقعی است (ضمان واقعی)، ولی در روابط قراردادی اصل بر پرداخت عوض جعلی است (ضمان قراردادی یا معاوضی). به عبارت دیگر، اثر قرارداد تعیین مأخذ و میزان عوض است؛ ب) بر اساس قواعد ضمان قهری، ضمان هنگامی حاصل می‌شود که یک عمل مادی مانند اتلاف مال غیر یا استیفا از مال یا عمل دیگری صورت گیرد، ولی در روابط قراردادی، ضمان با خود عمل اعتباری (قرارداد) حاصل نمی‌شود. قرارداد هرچند ممکن است فی‌نفسه سبب تملیک مال یا عمل گردد، ولی تحقق ضمان ناشی از نقض قرارداد در نهایت منوط به تصرف مال غیر یا تلف - مال یا عمل - است.
۲. به لحاظ فقهی درست است که تعهد قراردادی در اراده افراد ریشه دارد: «العقود تابعة للقصد» و در مقابل، منشأ تعهدات غیرقراردادی را باید در حکم شرع و قانون کاوید، ولی این تفاوت سبب اختلاف در مبنای جبران خسارت نمی‌شود و در هر دو،

ضمان و مسئولیت مالی گوناگون - اعم از متخلف قراردادی و متخلف غیرقراردادی - از مبنای واحدی پیروی می‌کند که در سه قاعده «اتلاف»، «تسبیب» و «تصرف (علی‌البد)» خلاصه می‌شود.

۳. نقض قرارداد، عملی نامشروع است، ولی فی‌نفسه سبب ضمان و ثبوت دین در ذمه ناقض نمی‌شود، مگر آنکه یکی از اسباب مسئولیت قهری مانند اتلاف، تسبیب یا ضمان ید وجود داشته باشد که در این صورت ضمان ناقض در واقع به دلیل سبب مذکور است، نه به دلیل نقض قرارداد.

۴. از لحاظ فقهی، در مورد پذیرش خسارت ناشی از تلف مال - اعم از عین و منفعت - اشکال چندانی وجود ندارد، ولی از دیدگاه فقهی مرسوم، سود مورد انتظار از قرارداد، «عدم‌النفع» است و حاصل‌نشدن چنین نفعی، ضمان‌آور و قابل جبران نیست. به عبارت دیگر، تخلف از قرارداد به‌تنهایی موجب ضمان مالی متعهد نیست.

۵. به لحاظ حقوقی، در هر نوع مسئولیت اعم از قراردادی و قهری، مفهوم نقض تعهد نهفته است، با این تفاوت که منبع تعهدی که نقض شده است، در مسئولیت قراردادی، اراده طرفین و مسئولیت قهری، حکم قانون می‌باشد. برعکس، مسئولیت و ضمان مالی در فقه مبتنی بر وجود دین است، نه نقض تعهد؛ اعم از اینکه منشأ دین، امر مشروعی مانند قرارداد یا امر نامشروعی همچون اتلاف مال غیر باشد.

۶. در مجموع باید گفت؛ اولاً، ضمان قراردادی مبتنی بر ضمان قهری است؛ ثانیاً موضوع ضمان قهری، «مال موجود» است. نبودن هر یک از دو عنصر مالیت و موجودبودن به معنای عدم تحقق ضمان است. تعهدات قراردادی معمولاً فاقد یکی از این دو عنصر یا هر دو آنهاست؛ از این رو نقض آنها سبب ضمان نیست.

## منابع

۱. اشتهااردی، علی پناه؛ مدارک العروة؛ ج ۱، تهران: دارالأسوة للطباعة والنشر، ۱۴۲۷ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱، ج ۱، قم: ذوی القربی، ۱۴۱۹ق.
۳. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳، ج ۲، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
۴. جزایری، سیدمحمدجعفر مروج؛ هدی الطالب فی شرح المکاسب؛ ج ۲ و ۳، ج ۱، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ق.
۵. حکیم، سیدمحسن طباطبایی؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۳، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
۶. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۰، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت ﷺ لإحياء التراث، ۱۴۲۰ق.
۷. خمینی، سیدروح الله؛ تحرير الوسيلة؛ ج ۱، ج ۲، قم: اسماعیلان، ۱۳۹۰.
۸. —؛ کتاب البیع، تقرير سيدحسن طاهري خرم آبادی؛ ج ۱، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۸ق.
۹. —؛ کتاب البیع؛ ج ۱، ج ۱، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۱۰. خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی العروة الوثقی؛ ج ۱، ج ۱، قم: انتشارات مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۹ق.
۱۱. سبزواری، سیدعبدالأعلى؛ مهذب الأحكام؛ ج ۱۶، ۱۹ و ۲۰، ج ۴، قم: مؤسسة المنار، ۱۴۱۶ق.
۱۲. شاهرودی، سید محمود؛ بحوث فی الفقه الزراعی؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت ﷺ، ۱۴۲۶ق.
۱۳. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل؛ ج ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.

۱۴. عاملی، سیدجواد؛ *مفتاح‌الکرامه*؛ ج ۱۶ و ۲۰، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۱۵. عاملی (شهید ثانی)، *زین‌الدین؛ مسالک‌الافهام*؛ ج ۵، چ ۱، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۱۶. کاتوزیان، ناصر؛ *الزام‌های خارج از قرارداد*؛ چ ۷، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
۱۷. —؛ *عقود معین*؛ ج ۴، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
۱۸. گرجی، ابوالقاسم؛ *مقالات حقوقی*؛ ج ۱، چ ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۱۹. مامقانی، محمدحسن؛ *غایة‌الآمال فی شرح کتاب‌المکاسب*؛ ج ۲، چ ۱، قم: مجمع‌الذخائر الإسلامية، ۱۳۱۶ق.
۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی؛ *قواعد فقه*؛ ج ۱، چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲۱. مراغی، سیدمیرعبدالفتاح؛ *العناوین الفقهیة*؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۲۲. نائینی، میرزا محمدحسین؛ *المکاسب والبیع*، تقریر میرزا محمدتقی آملی؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۲۳. نجفی، محمدحسن؛ *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶ و ۲۷، چ ۶، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۳۹۴ق.
۲۴. هاشمی، احمدعلی؛ «سیر تحولات نظری در مسئله وحدت یا تعدد مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد در حقوق فرانسه»، *ره‌نمون*؛ ش ۲۵ و ۲۶، زمستان ۱۳۸۷ و بهار ۱۳۸۸.
۲۵. وحدتی شبیری، سیدحسن؛ «مبانی مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از اجرای تعهد»، *فقه و اصول*؛ ش ۸۲، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
۲۶. —؛ *مبانی مسئولیت مدنی قراردادی*؛ چ ۱، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.



۲۷. یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۵، ج ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ق.

28. McKendrick, Ewan; **Contract Law**; 4th Edition, London: Palgrave, 2000.
29. Tunc, Andre; **International Encyclopedia of Comparative Law**; vol.XI, Part.1, J. Tubingen, C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983.