

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

چکیده

تعهدات قراردادی ممکن است با تأخیر در اجرا یا عدم اجرا مواجه شوند، و زیان طرف مقابل را پی 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. در مورد این رابطه، برخی قائل به تعدد این مسئولیت‌اند و برخی نظریه وحدت مسئولیت را برگزیده‌اند. هدف اصلی این مقاله، 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 عدم النفع ناشی از نقض قرارداد از دیدگاه فقهی نیز بررسی می‌گردد. به نظر می‌رسد که عمده‌ترین دلیل این عدم پذیرش، اندیشه ضمان و مفهوم مال است. اندیشه ضمان به عنوان یک حکم وضعی، بر سراسر حوزه‌های فقه از جمله قراردادهای سایه افکنده است. بر اساس نظریه مشهور، نقض تعهد قراردادی هرچند از لحاظ تکلیفی حرام است، اما ضمان ناقض تا جایی قابل پذیرش است که قواعد ضمان قهری قابل اجرا باشد. در نتیجه، اگر اسباب و شرائط ضمان قهری فراهم نباشد، نقض قرارداد فی نفسه موجب ضمان ناقض نیست.

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

(۱) مقدمه

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

این که مسئولیت ناشی از قرارداد از لحاظ اموری مانند مبنای قلمرو و بار اثبات با مسئولیت غیرقراردادی یکسان است یا نه، و به طور کلی، رابطه مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری مورد بحث و گفتگو است. تبیین رابطه این دو نوع مسئولیت از سابقه‌های طولانی در کشورهای غربی برخوردار است (See: Tunc, 1983, 20-29). در تأیید این سخن، کافی است به سخن پروفیسور آندره تنک در دائره المعارف حقوق تطبیقی بسنده شود که می‌گوید: حجم کتب و مقالاتی که در باره تفکیک مسئولیت قهری از قراردادی نوشته شده آن قدر زیاد است که شخص ممکن است تردید کند که آیا اختصاص دادن مطلبی مفصل به این بحث عاقلانه است یا نه؟ (bide, 20, n34).

ادبیات مربوط به این در بحث حقوق کشورمان نوپا است اما با این حال، تحقیقات نسبتاً عمیقی در این باره صورت گرفته است (از جمله، کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۰۶-۱۲۷؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ۱۱۱). بر اساس نظریه سنتی در حقوق کشورهای اروپایی و خصوصاً فرانسه، اصل تفکیک بین مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری امری مسلم و بدیهی بود. اما از اواخر قرن نوزدهم، نظریه تفکیک مورد انتقاد واقع شد و نظریه وحدت مسئولیت قراردادی و قهری مورد پذیرش بسیاری از حقوقدانان قرار گرفت (هاشمی، ۱۳۸۷، ۳۶؛ وحدتی شبیری، همان، 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 (نک: وحدتی شبیری، همان، ۲۳۸).

۲) نظریات راجع به رابطه ضمان قهری و قراردادی

نظریات راجع به مبنای مسئولیت مدنی متخلف از اجرای تعهد را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸، ۱۷۷):

الف) اختلاف مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری. در بین طرفداران این نظر دو رویکرد مختلف به چشم می‌خورد:

- برخی از نظام‌های حقوقی مانند فرانسه، مسئولیت قراردادی را اصل تلقی می‌کنند. براساس نظریه اصل بودن مسئولیت قراردادی، اراده طرفین تأثیری در پیدایش مسئولیت ندارد، به این معنا که حتی اگر ثابت شود که دو طرف هیچ تصمیمی در باره مسئولیت و میزان نداشته‌اند باز هم متخلف از اجرای تعهد ضامن خسارات و منافع خواهد بود. البته قلمرو مسولیت تا حدی است که وضعیت زیان‌دیده به حالت قبل از انعقاد قرارداد بازگردد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸، ۱۸۲-۱۸۵).

- بالعکس، برخی از نظام‌ها مانند نظام حقوقی ایران مسئولیت قراردادی را استثناء می‌دانند. طبق این نظریه، تعهد قراردادی در صورتی موجب مسئولیت است که شرط صریح یا ضمنی (عرفی یا قانونی) در مورد 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 بین رفتن مال است؛ در حالی که خسارت ناشی از تخلف قراردادی معمولاً مصداق عدم النفع است و نمی‌توان با استناد به قواعد ضمان قهری آن را مطالبه کرد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸، ۱۸۵-۱۸۶).

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 (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸، ۱۸۹ و ۱۸۶).

برخی 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 قانون‌گزار است (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸، 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 که نظریه مشهور فقهای امامیه را در قالب دسته‌بندی بالا بیان کرد، باید آنان را طرفدار نظریه وحدت مسئولیت دانست. اما مدعای این تحقیق این است که با توجه به مباحث ضمان قهری و نیز اصول و قواعد مختلف 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 مختلف اعم از قراردادی و غیرقراردادی حکومت دارد. از لحاظ فقه امامیه^۱ در روابط اشخاص با یکدیگر، اصل بر ضمان قهری است و از این اصل تنها در صورت وجود قرارداد صحیح می‌توان خارج شد.

باید افزود که این تحقیق بیشتر جنبه تبیینی دارد. جنبه تبیینی این نظریه در مباحثی مانند چرایی عدم پذیرش خسارت ناشی از نقض قرارداد آشکار می‌شود. اما در عین حال، نظریه اصالت ضمان قهری می‌تواند ثمرات کاربردی نیز داشته باشد. یکی از فوائد کاربردی آن به بحث زیان‌های وارد به اشخاص ثالث در نتیجه استفاده از کالا مربوط می‌شود. در این گونه 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.

۳) مفهوم و قلمرو ضمان از دیدگاه فقهی

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

الف) مفهوم ضمان. به نظر برخی از 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

^۱ تقیید نظریه اصالت ضمان قهری به فقه شیعه به این معنا نیست که در فقه اهل سنت وضعیت متفاوتی حاکم است بلکه صرفاً برای تعدد قلمرو موضوع مقاله حاضر است.

ضمان‌های شرعی و عرفی که در این موارد شرع یا عرف مال تصرف یا تلف شده را در عهده شخص می‌دانند. (اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱، ۳۰۷-۳۰۸)

از سخن فقهای دیگر نیز استفاده می‌شود که ضمان در واقع به معنای جبران خسارت است، و جبران خسارت گاه با پرداخت بدل قراردادی انجام می‌شود و گاه با پرداخت بدل واقعی یعنی مثل یا قیمت.^۲ به تعبیر دیگر، اصل لزوم جبران خسارت در خود مفهوم ضمان نهفته است و نقش معامله در تعیین میزان خسارت ظاهر می‌شود؛ به این 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.^۳ برخی از فقها از این هم پیشتر رفته و گفته‌اند: ضمان در همه موارد به معنای پرداخت بدل واقعی است، جز این که در عقود صحیح شارع دامنۀ آن را توسعه داده تا بدل تعیین شده توسط متعاقدين را دربرگیرد.^۴

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 (مراغی، ۱۴۱۸، ۲، ۴۱۵-۴۶۶)، سه سبب دیگر برای ضمان به شرح زیر برمی‌شمارد:

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

۲) ضمان ناشی از یکی از اسباب معاوضی مانند بیع و صلح و اجاره و امثال 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 عهده گرفتن مالی که در ذمه شخصی دیگر قرار دارد [ضمن عقدی مصطلح]، ب) تعهد به مال به واسطه تعهد به نفس (کفالت)، ج) تعهد به امری غیر از دو مورد فوق، که به آن «ضمن ما لم یجب» گفته می‌شود، و خود صورت‌های و اقسام گوناگونی دارد (مراغی، ۱۴۱۸، ۲، ۴۶۸-۴۷۲).

انصاری، ۱۴۱۵، ۳، ۱۸۲-۱۸۵: و المراد بالضمان فی الجملة: هو کون درک المضمون علیه، بمعنی کون خسارته و درک فی ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه ... ثم تداركه من ماله، تارة بكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضی هو و المالك علی كونه عوضاً و أمضاه الشارع، كما فی المضمون بسبب العقد الصحيح، وأخرى بأداء عوضه الواقعي و هو المثل أو القبضة و إن لم يراضها عليه ...

جزائری، ۱۴۱۶، ۳، ۷۲: للضمان فی جمیع موارد ههنا وحدانیا، و هو التدارك بجال الضامن، إلا أن الاختلاف بكون فيما يندرك به، إذ هو تارة بدل واقعي، و أخرى بدل جعلي ... همان، ۱۷: و الوجه فی جامعیه الضمان بمبدأ المعنى هو: أن خسارته تلف أحوال تكون علی عمدة الضامن، سواء أ كانت الخسارة بدفع البديل المسمي كما فی العقد الصحيح، أم بدفع البديل الواقعي كما فی غيره.

جزائری، همان، ۲، ۲۰۷: فقد ظهر هنا ذكرنا أن الضمان فی كلا الموضوعين قد استعمل فی معنى واحد و هو لزوم أداء المقابل، و إنما الاختلاف فی المصداق لأن البديل المسمي فی العقد الصحيح إنما هو المقابل للمال المأخوذ و المساوي له أيضا بواسطة إحصاء الشارع بناء المتعاقدين علی بدلته و تنزله منزلة البديل الواقعي؛ و إن شئت قلت إن الضمان إنما استعمل فی لزوم أداء البديل الواقعي و قد وسع الشارع بأدلة الصحة و الإحصاء دائرة البديل الواقعي.

مفهوم و اسباب ضمان در سخن مرحوم مراغی^۵ یادآور مفهوم و اسباب تعهد در علم حقوق است، و با توجه به سخن ایشان، اگر گفته شود که 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 زیر خلاصه کرد:

(۱) ضمان جعلی یا ضمان مسمّی. در این نوع ضمان، ضامن تعهد به پرداخت مال معینی به طور مستقیم یا غیرمستقیم 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 عقود مانند بیع و اجاره صورت می‌گیرد.^۶

تحقق ضمان جعلی منوط به احراز دو شرط است: 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 تعهد به پرداخت مقدار معینی نمی‌کند. از این رو، این نوع ضمان سه صورت دارد:

(الف) ضامن اصلاً تعهد به پرداخت نکرده (موارد ضمان قهری)،

(ب) ضامن تعهد کرده اما تعهد باطل بوده (مانند مقبوض به عقد فاسد)،

(ج) ضامن تعهد صحیحی کرده اما مقدار مورد تعهد مشخص نشده (مانند عاریه به شرط ضمان یا عاریه طلا و نقره). (گرجی، ۱۳۷۸، ۱، ۳۵-۳۷). بدیهی است که مقصود از تعهد در تقسیم‌بندی فوق، تعهد و التزام ارادی است.

۴) موارد تأثیر ضمان قهری در حوزه قرارداد

در فقه امامیه، ضمان قهری نسبت به ضمان قراردادی اصالت دارد. حتی از این بالاتر، می‌توان ادعا کرد که تنظیم روابط مالی الزامی^۷ در فقه امامیه تا حد زیادی مبتنی بر مفهوم ضمان است. اصالت ضمان قهری و تأثیر آن در حوزه قراردادها را می‌توان در چندین موضع مختلف مشاهده کرد:

^۵ یکی از دانشمندان مصری نیز تعریف گسترده‌ای از مفهوم فقهی ضمان به دست داده است. به نظر وی، ضمان عبارت است از اشغال ذمه به حال یا عملی که به سبب از اسباب واجب الیه است. ضمان بدین معنا شامل موارد زیر است: ۱- آنچه در نتیجه اراده بکطرفه شخص در ذمه او واجب شده است؛ ۲- آنچه به سبب یکی از عقود مانند بیع و اجاره و کفالت و حواله و رهن واجب شده است؛ ۳- آنچه در نتیجه فعل یا ترک فعل ناهشروعی که موجب ورود زیان به دیگری شده و جبران آن شرعاً لازم است، واجب شده است؛ ۴- آنچه در نتیجه فعلی که برای دیگری سودمند است واجب شده مانند هزینه کردن به سود حال دیگری. (الخفيف، الضمان فی الفقه الاسلامی، به نقل از: محمد احمد السراج، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، ص ۵۸-۵۹)

^۶ 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 هم باید در این قسم داخل دانست، چون کفیل تعهد مستقیم به پرداخت نمی‌کند.

^۷ قید الزامی را به این دلیل افزودیم که روابط ناشی از عقود اهالی را از این مطلب خارج کنیم، هرچند این عقود نیز ممکن است اثری داشته باشند که مشمول عنوان ضمان باشد مانند مسئولیت اهلی در صورت تعدی و تعریض.

۴-۱- ماهیت عقد

عقد را می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که خود آن فی نفسه متضمن ضمان قهری باشد. قبلاً اشاره شد که عقد نیز از اسباب ضمان به شمار آمده است، به این معنا که با تحقق عقد، هر یک از طرفین ضامن مال دیگری می‌شود و آن را در مقابل مال خود به عهده می‌گیرد.^۸ یکی از فقهای معاصر برای اثبات ضمان طرف ناقض قرارداد، به قاعده‌ای با عنوان «ضمان معاوضه» تمسک کرده و آن را در کنار سایر اسباب ضمان (مانند 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، ۱۳، 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:

الف) قاعده دستور معاملی

به نظر برخی از فقهای معاصر، تمام قواعد و اسباب ضمان مانند ید، اتلاف، امر (دستور به اتلاف مال) و امثال آن به قاعده حرمت مال مسلمان باز می‌گردد، و لذا 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 راجع به 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 که از مال خود در مقابل عوض رفع ید کند، ضامن آن است مانند آن که به دیگری بگوید: «مال خود را به دریا بیانداز یا صدقه بده یا از آن إعراض کن، و من ضامن آن هستم». در این صورت، هرچند معاوضه یا اتلاف یا تصرف در مال غیر صورت نگرفته اما امر ضامن است، و تنها دلیل ضمان، حرمت مال مسلمان و هدر رفتن آن است. (شاهرودی، ۱۴۲۶، ۱۲۸-۱۲۹).

صاحب این نظریه احتمال می‌دهد که مقصود مرحوم حکیم از «قاعده ضمان معاوضه» همین معنایی باشد که وی از قاعده دستور معاملی اراده کرده است.^۹

ب) استیفاء از مال غیر

ممکن است نظریه فوق را در این قالب توضیح داد که منشأ الزام آور بودن قرارداد در واقع به ایراد ضرر توسط طرفین به یکدیگر باز می‌گردد و نقش قرارداد به تعیین مقدار خسارت محدود می‌شود. توضیح بیشتر این که در اثر قرارداد معاوضی، مال هر یک از طرفین به ملکیت طرف مقابل وارد می‌شود و بنابراین، هر یک از طرفین باید مال متعلق به طرف دیگر را به وی مسترد کند. به عنوان نمونه، با انعقاد بیع، مبیع به ملکیت مشتری و ثمن به

^۸ ... و لیس ذلك هراد الفقهاء و انما ارادوا ان معنى الضمان بالعقد الصّحیح هو ان کلاً من المتعاقدين بمجرد التعاقد بضمن حال الآخر و بلترجم بعمده بحاله الاصلی (ماحقانی، ۱۴۱۶، ۲، ۲۷۸).

^۹ "و لعل قاعده ضمان المعاوضه التي أشار إليها بعض الأعلام كان مرجعها إلى ما أفدناه" (شاهرودی، پیشین، ۱۲۸).

ملکیت بایع درمی آید و بایع ملزم به تسلیم مبیع و مشتری ملزم به تسلیم ثمن 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 قرارداد این بدل است.

زیان ناشی از معامله را می‌توان نوعی استیفاء از مال غیر به واسطه یک عمل حقوقی دانست. با این توضیح که همان طور که استیفاء از عمل مادی غیر جائز و موجب ضمان است، استیفاء از عمل حقوقی غیر نیز جائز و موجب ضمان است با این تفاوت که چون در مورد اول، طرفین نسبت به بدل توافق نکرده‌اند، به بدل متعارف رجوع می‌شود اما در مورد دوم، بدل با توافق طرفین تعیین می‌شود.

ج) قاعده اقدام

به نظر برخی از فقها، «اقدام» متعاملین سبب مستقل برای ضمان است (نائینی، ۱۴۱۳، ۱، ۳۰۶). با این توضیح رکن اصلی ضمان، مالیت است،^{۱۰} و قصد متعاملین در ابتدا به حفظ مقدار مالیت مالشان که همان مثل یا قیمت است، تعلق گرفته است، و ذکر مقدار معین (ثمن و مضمن)، 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، ۱، ۲۲۵).

د) ضمان ید

به نظر برخی امام خمینی (ره)، عقد موضوع ضمان ید را ایجاد می‌کند به این معنا که تا قبل از وقوع عقد، مال به مالک اول آن تعلق داشت و در ید او بود اما به سبب عقد، مال شخصی دیگر شد. به عنوان مثال، مبیع قبل از عقد مال بایع بود و همانند سایر 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 لذا ید وی بر مال [سابق] خود، تبدیل به ید بر مال دیگری می‌شود و به این 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.^{۱۱}

^{۱۰} نائینی، ۱۴۱۳، ۱، ۳۳۶: از الرکن فی باب الضمان و حقوقه هو الاطایه و اما بقیه الخصوصیات من اوصاف المقبوض أو خصوصیه العینیه فلیست حقوقها للضمان؛ همان، ص ۳۳۹: قد عرفت ان الرکن فی الضمان هو الاطایه، و ان سایر الاوصاف و الخصوصیات انما بضمن اذا امکن ادانها.

^{۱۱} خبیبی، ۱۴۲۸، ۳۶۲-۳۶۴: ... فالعقد سبب لتحقق موضوع ضمان ید؛ إذ به ینقلب من حاله الی ملک الغیر، و ینقلب بده علی حال نفسه بدأ علی حال غیره، و هو موضوع الضمان، فکل منهما ضامن كما فی بده من حال الغیر ضمان الید... فإن العقد سبب لتبدیل بد الاصل الی بد الضمان و انقلابهما الیهما، فیدخل فی موضوع «علی الید ...» فالعقد علت تأیة لانقلاب بد الاصل من الید الی الاصل علی حاله الی بد الضمان علی حال الغیر، فادال كان تحت استیلائه - الی زمان العقد - استیلاء علی حال نفسه، و به ینقلب الی الاستیلاء علی حال الغیر. و بالجملة: قبل العقد لم یکن هذا الاستیلاء و الید من موضوع «علی الید ما أخذت ...» و لم یشمله إطلاق «الید» لأن مورده هو الید علی حال الغیر، و العقد أخرجه من حالیه و ملکیته، و أدخله فی موضوع «علی الید ...» همچنین نک: خبیبی، ۱۴۲۱، ۱، ۳۹۳، که در اینجا ایشان عقد را تمام سبب برای تبدیل بد مالکی به غیرمالکی و جزء سبب برای ضمان می‌دانند.

نظریات بالا را می‌توان در قالب مفهوم معاوضی نیز تبیین کرد. توضیح این که: بر اساس مفهوم ضمان معاوضی، با تسلیم مبیع، ضمان مبیع به خریدار منتقل می‌شود.^{۱۲} بنابراین، قبل از تسلیم، فروشنده ضامن مبیع بوده است. از این رو می‌توان پرسید ضمانی که فروشنده قبل از تسلیم مبیع داشته، چه نوع ضمانی است. ممکن است گفته شود که ضمان مذکور، یک حکم تکلیفی و مترتب بر ملکیت مبیع است؛ با این توضیح که چون در اثر عقد بیع، خریدار مالک مبیع شده است، فروشنده مکلف به تسلیم مبیع به مالک آن است. اما با توجه به نظریات فوق الذکر می‌توان ضمان را به مرحله‌ای پیش‌تر یعنی به مرحله انقضاء و ماهیت عقد برگرداند و معتقد شد که ضمان مذکور یک حکم وضعی است که سبب ایجاد آن خود عقد است؛ به این معنا که عقد سبب دخول مال هر یک از طرفین به ملکیت طرف مقابل و ثبوت بدل آن در عهده آن طرف می‌گردد.

۴-۲- بطلان قرارداد

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 إعادة (Restitution) به وضع سابق معروف است. این حکم اختصاص به عقود تملیکی ندارد؛ در عقود راجع به عمل نیز جریان می‌یابد. به عنوان نمونه، در صورت بطلان جعاله یا اجاره شخص، طرفی که از عمل دیگری منتفع شده است باید اجرت المثل پرداخت کند.

تکلیف استرداد عین مال و جبران منافع، تابع احکام ضمان قهری است به این معنا که به دلیل بطلان قرارداد، ید 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، اما 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 این که مقصود از ضمان در قاعده «ما یُضَمَّن بصحیحه یُضَمَّن بفاسده» چیست، اختلاف است (انصاری، ۱۴۲۰، ۳، ۱۸۲):

۱- اختلاف معنای ضمان. احتمال می‌رود که از واژه «ضمان» (یُضَمَّن) در عقد صحیح و فاسد معنایی متفاوت اراده شده باشد:

الف) 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.^{۱۳}

^{۱۲} انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۲۷۰: هن لکاکر القبض انتقال الضمان من نقله إلى القابض، فقبله بكون مضموناً علیه بعوضه ... و بسمی ضمان المعاوضة.

^{۱۳} انصاری، ۱۴۱۵، ۳، ۱۸۴: فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «بضمين بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمى نظير الضمان في العقد الصحيح، ضعيف في الغاية.

ب) 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 موجب ضمان معاوضی باشد، فاسد آن موجب ضمان قهری است. با توجه به وحدت سیاق، این دو احتمال قابل پذیرش نیست.^{۱۴}

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

الف) ممکن است گفته شود که ضمان در صورتی که به طور مطلق و بدون قرینه به کار رود، به معنای جبران خسارت واقعی یعنی پرداخت مثل یا قیمت است، و جبران خسارت به طریقی دیگر مانند پرداخت عوض قراردادی نیازمند قرینه و دلیل است مانند آن که طرفین با انعقاد قرارداد صحیح و مشروع، توافق بر بدل قراردادی کنند. این نظر را شیخ انصاری مطرح کرده است.^{۱۵}

ب) همان‌طور که در بحث از مفهوم ضمان دیده شد، ممکن است گفته شود که ضمان در تمام موارد به یک معنا است و آن ثبوت مال غیر در عهده ضامن و در نتیجه، لزوم جبران خسارت است؛ نهایت این که موضوع ضمان و جبران خسارت بر حسب این که ضمان جعلی باشد یا قراردادی، مختلف 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، به عهده گرفتن مالیت شیء است، نهایت این که مالیت شیء در موارد ضمان قهری، در عوض واقعی متبلور می‌شود و در ضمان ناشی از عقد صحیح، در عوض قراردادی (عوض المسمی). چنان‌که قبلاً در بحث از قاعده اقدام ملاحظه شد، این نظر را می‌توان در کلمات برخی از فقها مانند محقق نائینی مشاهده کرد (نائینی، ۱۴۱۳، ۱، ۳۳۶ و ص ۳۳۹).^{۱۶}

نتیجه فرع 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 بفاسده و ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده). ۲- در هر موردی که قرارداد باطل باشد، روابط طرفین از قراردادی به قهری باز می‌گردد و لذا در صورت تلف مال، شخصی که مال در دست او تلف شده، ضامن عوض واقعی خواهد بود.

۴-۳- 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 تنها در صورتی موجب ضمان

انصاری، ۱۴۱۵، ۳، ۱۸۴-۱۸۵: لا لَزَّ معنی الضمان فی الصحیح مغایر لمعناه فی الفاسد حتی بوجوب ذلك تفکیکاً فی العبارة.
انصاری ۱۴۱۵، ۳، ۱۸۴: فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تدارک بعوضه الواقعی؛ لَزَّ هذا هو التدارک حقیقة... و أنا تدارک بعینه فلا یَدَّ من ثبوته من طریق آخر، مثل توأما لهما علیه بعقد صحیح بضمیه الشارع.
همچنین، نک: سزواری، ۱۴۱۶، ۱۶، ۲۵۳: و المراد بالضمان معناه العموم فی جمیع موارد استعماله و هشقانه، و هو: کون الشیء فی ضمن العمدة سواء کان بتسبیب من الشخص، أو یجعل الشارع، أو العرف كما فی العراصات الشرعیة أو العرفیة. و العمدة لها آثار تکلیفیة و وضعیة، و لکن لا یختلف أصل المعنی باختلافها، ففی ضمان المعاوضة و ضمان التکفل و ضمان التغریم جامع ضمن العمدة موجود، و الاختلاف فی بعض الخصوصیات. فمعنی القاعدة ان کل مورد کانت عمدة مورد العقد علی المتعلقین فی الصحیح فعمدته علیها فی الفاسد ایضاً.

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 تعبیر دیگر، طرف ناقض را تنها در صورتی می‌توان از لحاظ قراردادی ضامن دانست که از لحاظ غیرقراردادی و قهری ضامن باشد. توضیح بیشتر این که: در صورت نقض قرارداد، مسئولیت طرف ناقض تا جایی است که قواعد ضمان قهری قابل اجرا باشد به این معنا که ناقض قرارداد اگر مالی را تلف کرده یا سبب تلف آن شده باشد مسئول است. از این رو، نقض قرارداد هرچند از لحاظ تکلیفی حرام است، اما 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 این که در صورتی که عقد به صورت لفظی یا کتبی منعقد شود و معاطاتی صورت نگیرد، صرف تملیک و تملک اعتباری و بدون تصرف مادی یک طرف در مال متعلق به طرف دیگر موجب نمی‌شود که اگر یکی از طرفین، قرارداد را نقض کرد، ضامن و مسئول شمرده شود. حتی در مواردی هم که می‌توان مسئولیت ناقض قرارداد را مسئولیتی قراردادی تلقی کرد، اندیشه اصالت ضمان قهری مانع از این کار شده است. در این زمینه به دو نمونه اشاره می‌شود:

مورد اول: 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 قانون مدنی). تکلیف پرداخت دین را می‌توان «خسارت ناشی از احضار مکفول» دانست؛ به این 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، ۴، ۴۷۶-۴۷۷). اما برخی از فقها تعهد کفیل در این مورد را ناشی از قاعده اتلاف دانسته و تصریح کرده‌اند که کفیل در نتیجه پذیرش کفالت مکفول و فراهم کردن وسیله آزادی وی، مال مکفول له را اتلاف کرده است.^{۱۷}

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

۴-۴- 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 اعمال

^{۱۷} هراعی، ۱۴۱۸، ۲، ۴۶۹؛ واز شت قلت: رجوع المكفول له علی الكفيل بالمال داخل في ضمان الإلتاف، نظراً إلى أن الكفيل بكفالتة وتخليته سبيل المكفول قد ألتف حال المكفول له، فإن سلم المكفول فبأنذ حاله عنه، وإن لم يسلم يرجع على الملتف، فبصير تحت قاعدة الإلتاف.

می‌شود. در نظام‌های عرفی که نقض قرارداد سبب مستقلاً برای مسئولیت تلقی می‌شود، دو نوع خسارت عمده باید جبران شود: خسارت ناشی از قرار گرفتن مال طرفین در دست دیگری و لزوم رد آن (restitution)، و خسارت وارده در نتیجه از دست دادن توقعات و انتظارات (expectation interest). (McKendrick, 2000, 395, 402, 447). زیان‌های نوع اول در واقع به بحث ضمان قهری مربوط است و از لحاظ فقهی تنها 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^{۱۸} و موضوع آن دین است، و دین به معنای مال کلی است^{۱۹} که در ذمه مدیون قرار دارد.

۲- اسباب ضمان منحصر به اموری مانند تسلط بر مال غیر (ید)، اتلاف مال غیر و تسبیب در تلف شدن 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 اما به خودی خود موجب تحقق دین در ذمه متعهد نیست.

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

از بررسی کلام فقها به دست می‌آید که مسئله ضامن نبودن شخص در مقابل عدم النفع بیش از آن که یک مسئله حکمی باشد، مسئله‌ای موضوع و ناشی از ضرر ندانستن عدم النفع است. شاهد سخن این که بسیاری از فقها دلیل عدم شمول لا ضرر نسبت به عدم النفع را این نکته دانسته‌اند که از لحاظ عرفی، عدم النفع ضرر تلقی نمی‌شود. در واقع، بخش عمده‌ای از اختلاف فقها مربوط به تفسیر آنان از معنای عرفی ضرر است. بنابراین، در صورت تحوّل عرفی موضوع باید قائل به شمول حکم نسبت به موضوع جدید شد، و به نظر می‌رسد که امروزه چنین تحوّل 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 شرائط 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)،

^{۱۸} ثانیه، ۱۴۱۳، ۲، ۲۸۴. از الضمان حکم وضعی هيجول مستقل بالجعل.
^{۱۹} خبثی، ۱۳۹۰، ۱، ۶۴۷: الدین حال کلی ثابت فی ذمه شخص لآخر بسبب من الأسباب.

اتلاف، تسبیب، غرور، تعدی و تفریط محدود می‌شود (مراغی، پیشین، ۴۱۵ به بعد) و نقض تعهد قراردادی از زمره آنها نیست. در مقابل، مسئولیت قراردادی یک حکم تکلیفی است و آن هم محدود به اجرای تعهد 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 تنها در مورد اموال موجود صادق است نه در مورد اموالی که هنوز به وجود نیامده و در آینده به وجود خواهد آمد. مرحوم آیت الله خوئی^{۲۰} 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 که طرف ناقض از باب تفویت و به این لحاظ که سبب زیان رسیدن به مالک می‌شود، ضامن است. زیرا مالک در اینجا زبانی متحمل نمی‌شود بلکه به سود مورد نظر نمی‌رسد مانند آن که بازداشت انسان آزاد و محروم کردن وی موجب ضمان نیست (سبزواری، ۱۴۱۶، ۲۰، ۸۸).

۵) نمونه‌هایی از مصادیق بحث

استقرای مصادیق مسئله مورد در آثار فقهی به هیچ وجه کار آسانی نیست اما برای اثبات فرضیه این مقاله ناچار باید شواهدی را ذکر کرد. در ادامه، به تطبیق مسئله بر چند مصداق اشاره می‌شود.

۵-۱- عقد مزارعه

در صورت ترک زراعت توسط عامل، نظریات متعددی در بین فقها دیده می‌شود، که می‌توان آنها را به سه دسته تقسیم کرد: عدم ضمان، ضمان قراردادی، و ضمان قهری: الف) اندکی از فقها وی را ضامن ندانسته‌اند با این استدلال که قاعده «ما یضمن» و هیچ یک از اسباب ضمان قهری مانند علی الید و اتلاف جاری نیست (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۷، ۲۰؛ گلپایگانی در: یزدی، ۱۴۱۹، ۵، ۳۰۳).

ب) یکی دو تن از فقها عامل، ضامن معادل حصه تعیین شده است زیرا حصه مذکور در نتیجه عقد متعلق حق مالک واقع شده و عامل آن را تفویت کرده لذا ضامن است اما چون تعیین دقیق آن ممکن نیست، معادل آن بر اساس تخمین در آن سال تعیین می‌شود. (شیرازی و فیروزآبادی در: یزدی، ۱۴۱۹، ۵، ۳۰۸). نظر این عده با ضمان قراردادی یعنی فوت منفعت سازگار است.

^{۲۰} خوئی، ۱۴۰۹، ۱، ۳۲۸؛ و أوضح من ذلك في الفساد، القول بضمانه للحمصة من الحاصل تخميناً فإنما ليست بمملوكة للعامل بالفعل، كي بضمانها لمالك له، نعم انه كان سببها على تقدير ظمورها، و قد منع اطلاقه من تحققها برفع موضوعها، إلا انه غير موجب للضمان جزها. همان، ۳۲۹: ... فإنه لا معنى لضمان الغاصب ما لم يكن بمملوك بالفعل، فان الضمان انما يختص بما بعد هالاً بالفعل، و اما ما سبقون كذلك في الاستقلال فلاثبت الضمان برفع موضوعه و المنع من تحققه كما هو واضح.

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

- مشهور نظریه ضمان نسبت اجرت‌المثل زمین را برگزیده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹، ۲۰، ۵۸؛ نجفی، ۱۳۹۴، ۲۷، ۱۹؛ طباطبائی، ۱۴۱۹، ۹، ۱۰۷؛ و در مورد انتساب به مشهور، نک: حکیم، ۱۴۱۶، ۱۳، ۸۱).

- عامل به مقدار حصه تعیین شده، ضامن منفعت زمین و قیمت عمل است (یزدی، ۱۴۱۹، ۵، ۳۰۶).

- عامل ضامن قیمت عمل، یعنی زراعت است. (حکیم، ۱۴۱۶، ۱۳، ۸۱-۸۲).

- اگر زمین در تصرف زارع قرار گرفته باشد ضامن است و اگر در تصرف وی قرار نگرفته، در صورتی که مالک از ترک زراعت خبر داشته، عامل ضامن نیست و در غیر این صورت ضامن است (خویی، ۱۴۰۹، ۱، ۳۲۶-۳۲۷، و نیز امام خمینی و گلپایگانی در: یزدی، ۱۴۱۹، ۵، ۳۰۷). در این نظریه به قواعد ید و غرور توجه شده است.

۵-۲- 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 اما نسبت به ترک مضاربه، ضمانی در برابر مالک ندارد و فقط مرتکب گناه شده است (یزدی، ۱۴۱۹، ۵، ۲۶۷). هیچ یک از فقهای بزرگی که بر عروه الوثقی حاشیه نوشته‌اند مانند مرحوم فیروزآبادی، شیرازی، آقا ضیاء، بروجردی، نائینی، اصفهانی، کاشف الغطاء، امام خمینی، خوئی، 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، ۱۲، ۴۵۵)؛ سود وجود خارجی ندارد تا عامل در اثر مهمل گذاردن 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 (خوئی، ۱۴۰۹، ۱، ۲۲۰)؛ عامل مالی را تلف نکرده بلکه فقط موجب شده که به مالک سودی نرسد، و مقتضای اصل، عدم ضمان اوست (سبزواری، ۱۴۱۶، ۱۹، ۳۷۰)؛ از لحاظ شرعی، سود و منفعتی برای وجه نقد در نظر گرفته نمی‌شود بلکه سود مورد نظر ربا است و گرفتن چیزی بیش از سرمایه ظلم محسوب می‌شود (اشتهدادی، ۱۴۲۷، ۲۸، 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 اما ترک زراعت توسط زارع یا مالک را موجب ضمان دانسته‌اند. علت تفاوت در این است که زمین از لحاظ فقهی دارای منفعت است و متعهد با عدم زراعت، منفعت آن را تفویض کرده است، اما وجه نقد، شرعاً منفعتی ندارد تا استیلائی عدوانی یا شبه‌عدوانی بر آن موجب ضمان گردد، و گرفتن منفعت تلف شده آن چیزی جز ربا نیست.

۵-۳- عقد اجاره

با آن که موضوع عقد اجاره، عمل مادی دارای ارزش مالی است، فقهای امامیه صرف ترک عمل را موجب ضمان اجیر و استحقاق مستأجر نسبت به اجرت المسمی ندانسته‌اند.^{۲۱} البته، در اثر عقد اجاره، منفعت اجیر به ملکیت مستأجر درمی‌آید و ترک عمل توسط اجیر ممکن است موجب ضمان وی نسبت به اجرت المثل عمل گردد. با این توضیح که اگر شخصی تمام منافع خود را برای مدت معینی اجاره داده باشد و سپس در تمام یا مقداری از مدت برای خودش یا به طور مجانی یا در قالب عقد جعاله یا اجاره برای دیگری کار کند، نظرات و احتمالات مختلفی مطرح گردیده است و بر اساس یک نظر، مستأجر اول می‌تواند اجاره خود را ابقا کند و عوض منفعت فوت شده را مطالبه کند (در مورد صورتهای مختلف این مسئله و نظرات راجع به آن، نک: یزدی، ۱۴۱۹، ۵، ۸۱-۸۶).

همچنین، اگر پس از تحقق عقد اجاره اشخاص یا اعیان، انتفاع مستأجر به دلیل مداخله شخص ثالث با مانع مواجه شود، شخص مداخله‌کننده ضامن است. ضمان در این گونه 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 این که موجب تملیک مال موضوع آن می‌شود یا صرفاً موجب پیدایش تعهد به تسلیم آن است، اختلاف نظر است. به نظر برخی از فقهای شرط فعل را نمی‌توان در ردیف عقود مانند بیع و هبه، از اسباب تملیک به شمار آورد (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۷، ۶۹). اما برخی دیگر ضمان ناشی از ترک فعل مادی را پذیرفته‌اند (حلی، تذکره، ۱۴۲۰، ۱۰، ۲۵۶. همچنین، نک: نجفی، همان، ۲۳، ۲۲۰؛ انصاری، پیشین، ۶، ۷۴).

۵-۴- عقد کفالت

از لحاظ فقهی، در صورتی که کفیل از تعهد احضار مکفول خودداری کند، مکفول له می‌تواند از حاکم حبس وی را درخواست کند^{۲۲} تا یا مکفول را احضار کند یا دینی را که بر عهده مکفول است ادا کند (عاملی، ۱۴۱۹، ۱۶، ۵۹۰-۵۹۱).

در مورد ادای دین مکفول این سؤال مطرح می‌شود که آیا تکلیف مذکور، جنبه خسارت دارد یا نه؟ برخی از فقهای گفته‌اند که مقصود طرفین از عقد کفالت، دریافت حقی است که مکفول له بر مکفول دارد، و تعهد کفیل به احضار مکفول راهی برای رسیدن به این هدف

^{۲۱} حکم، ۱۴۱۶، ۱۳، ۱۷۷؛ الأعمال الذمیه لانتون مضمونه علی العامل إذا فانت عمدا أو لعذر، ولذا ذکرها فی کتاب الإجارة أنه إذا لم یأت الأجر بالعمل المستأجر علیه لم یستحق الأجرة، ولیردع أحد أنه یستحق الأجرة ولكن المستأجر یستحق علیه قبضه العمل المستأجر علیه، فمن استؤجر علی صور یوم لجمعة فلیردع لم یستحق الأجرة لا أنه یستحقها وعلیه قبضه صور یوم لجمعة، وكذلك کلامهم فی خیار الاشراف خال عن التعرض لذلك، و ظاهر أنه مع فوات الشرط یتخیر هن له الشرط بین فسخ العقد وإحضائه هن دون استحقاق شیء.

^{۲۲} قانون مدنی حبس کفیل را نپذیرفته است؛ ماده ۷۴۰: کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید و الاً باید از عمده حقی که بر عمده مکفول ثابت می‌شود بر آید.

است (سبزواری، پیشین، ۲۰، ۳۲۶). با این تعبیر ممکن است ادای دین توسط کفیل را نوعی خسارت قراردادی تلقی کرد.

اما چنان که برخی از 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 که از لحاظ ارتباط سبب آن با عقد کفالت، می‌توان آن را از تعهدات تبعی کفیل دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۴، ۴۶۲-۴۶۳). بنابراین، تعهد به پرداخت دین مکفول، استمرار تعهد به احضار است جز این که 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 این است که در اینجا قبل از انعقاد عقد کفالت، حق یا دین مکفول له در ذمه مکفول تحقق یافته است؛ بنابراین، دین مذکور ناشی از تخلف کفیل نیست.

به هر حال، هر کدام از این دو نظریه، به طریقی برای بحث ما سودمند است: اگر تعهد به پرداخت دین، نتیجه قصد طرفین دانسته شود، می‌توان نتیجه گرفت که پس طرفین عقد، توانایی تعیین خسارت در قالب دین را دارند. و اگر تعهد به پرداخت ناشی از نقض عقد در نظر گرفته شود، پس معلوم می‌شود که نقض عهد می‌تواند به دین منجر شود.

بنابراین، با توجه به نکات فوق، در مورد قراردادهایی که موضوع آنها تعهد به انجام کار است، با احراز سه شرط می‌توان قائل به تفصیل شد: اگر (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 آورده باشد، و (۳) در نظر گرفتن منفعت برای آن مال با مانع شرعی مواجه نباشد، متعهد باید دست کم، زیان مالک در محروم ماندن از منافع آن مال را جبران کند. اما در صورت فقد یکی از این سه شرط یعنی عدم ارتباط قرارداد با اموال طرف یک طرف، یا عدم استیلاء بر مال طرف دیگر یا وجود مانع شرعی برای در نظر گرفتن منفعت برای آن مال، ترک عمل موجب ضمان نیست.

۶ نتیجه

۱- از لحاظ فقهی، در روابط مالی بین 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: (۱) 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 تعبیر دیگر، اثر قرارداد تعیین مأخذ و میزان عوض است. (۲) بر اساس قواعد ضمان قهری، ضمان هنگامی حاصل می‌شود که یک عمل مادی مانند اتلاف مال غیر یا استیفاء از مال یا عمل دیگری صورت گیرد. اما در روابط قراردادی ضمان با خود عمل اعتباری (قرارداد) حاصل نمی‌شود. قرارداد هرچند ممکن است فی نفسه موجب تملیک

مال یا عمل گردد اما تحقق ضمان ناشی از نقض قرارداد در نهایت منوط به تصرف مال غیر یا تلف (مال یا عمل) است.

۲- از لحاظ فقهی، درست است که تعهد قراردادی ریشه در ارادهٔ افراد دارد (العقود تابعه للقصود) و در مقابل، منشأ تعهدات غیرقراردادی را باید در حکم شرع و قانون جستجو کرد، اما این تفاوت موجب اختلاف در مبنای جبران خسارت نمی‌شود و در هر دو مورد، ضمان و مسئولیت مالی متخلف (اعم از متخلف قراردادی و متخلف غیرقراردادی) از مبنای واحدی پیروی می‌کند که در سه قاعدهٔ اتلاف، تسبیب، و تصرف (علی الید) خلاصه می‌شود.

۳- نقض قرارداد عملی نامشروع است اما فی نفسه موجب ضمان و ثبوت دین در ذمهٔ ناقض نمی‌شود مگر آن که 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 اما از دیدگاه فقهی مرسوم، سود مورد انتظار از قرارداد، «عدم النفع» است و حاصل نشدن چنین نفعی، ضمان آور و قابل جبران نیست. به تعبیر دیگر، تخلف از قرارداد به تنهایی موجب ضمان مالی متعهد نیست.

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

۶- به طور خلاصه، اولاً ضمان قراردادی مبتنی بر ضمان قهری است، و ثانیاً موضوع ضمان قهری، «مال موجود» است. فقد هر یک از دو عنصر مالیت و موجود بودن به معنای عدم تحقق ضمان است. تعهدات قراردادی معمولاً فاقد یکی از این دو عنصر یا هر دوی آنها است، و از این رو، نقض آنها موجب ضمان نیست.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۹، *عقود معین*، ج ۴، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار
۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۶، *الزامهای خارج از قرارداد*، چاپ هفتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
۳. گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۷۸، *مقالات حقوقی*، چاپ سوم، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
۴. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶ ق، *قواعد فقه*، ج ۱، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی

۵. وحدتی شبیری، سید حسن، ۱۳۸۵، *مبانی مسئولیت مدنی قراردادی*، چاپ اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
۶. وحدتی شبیری، سید حسن، ۱۳۸۸، *مبانی مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از اجرای تعهد*، فقه و اصول، ش ۸۲
۷. هاشمی، احمد علی، ۱۳۸۷، *سیر تحولات نظری در مسئله ی وحدت یا تعدد مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد در حقوق فرانسه*، رهنمون، شماره ۲۵ و ۲۶، زمستان ۱۳۸۷ و بهار ۱۳۸۸

(ب) منابع عربی

۸. اشتهازدی، علی پناه، *مدارک العروءة*، ۱۴۲۷ ق، چاپ اول، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر
۹. اصفهانی، محمدحسین، ۱۴۱۹ ق، *حاشیة المکاسب*، ج ۱، چاپ اول، قم، ذوی القربی
۱۰. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۵ ق، *کتاب المکاسب*، ج ۳، چاپ دوم، قم، کنگره شیخ انصاری
۱۱. جزائری، سید محمد جعفر مروج، ۱۴۱۶ ق، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، ج ۲ و ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه دارالکتاب
۱۲. حکیم، سید محسن طباطبایی، ۱۴۱۶ ق، *مستمک العروءة الوثقی*، ج ۱۳، قم، مؤسسه دارالتفسیر
۱۳. حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، ۱۴۲۰ ق، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث
۱۴. خمینی، سید روح الله موسوی، ۱۳۹۰، *تحریر الوسیلة*، ج ۱، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان
۱۵. خمینی، سید روح الله موسوی، ۱۴۲۱ ق، *کتاب البیع*، ج ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
۱۶. خمینی، سید روح الله موسوی، ۱۴۲۸ ق، *کتاب البیع*، تقریر سید حسن طاهری خرمآبادی، چاپ اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۰۹ ق، *مبانی العروءة الوثقی*، ج ۱، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه دارالعلم
۱۸. سبزواری، سید عبدالاعلی موسوی، ۱۴۱۶ ق، *مهذب الاحکام*، چاپ چهارم، ج ۱۶ و ۱۹ و ۲۰، قم، مؤسسه المنار
۱۹. شاهرودی، سید محمود هاشمی، ۱۴۲۶ ق، *بحوث فی الفقه الزراعی*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)
۲۰. طباطبائی، سیدعلی، ۱۴۱۹، *ریاض المسائل*، ج ۹، قم، دفتر انتشارات اسلامی

۲۱. عاملی، سید جواد حسینی، ۱۴۱۹، *مفتاح الكرامة*، ج ۱۶ و ۲۰، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی
۲۲. عاملی، زین الدین جبعی (شهید ثانی)، ۱۴۱۴ ق، *مسالك الأفهام*، ج ۵، چاپ اول، قم، مؤسسه معارف اسلامی
۲۳. مامقانی، محمد حسن، ۱۳۱۶ ق، *غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب*، ج ۲، چاپ اول، قم، مجمع الذخائر الإسلامية
۲۴. مراغی، سید میرعبدالفتاح حسینی، ۱۴۱۸ ق، *العناوین الفقہیہ*، ج ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی
۲۵. نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۴۱۳ ق، *المکاسب و البیع*، تقریر میرزا محمد تقی آملی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی
۲۶. نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۴۱۳ ق، *المکاسب و البیع*، ج ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی
۲۷. نجفی، محمد حسن، ۱۳۹۴ ق، *جواهر الکلام*، ج ۲۶ و ۲۷، چاپ ششم، تهران، دار الکتب الإسلامية
۲۸. یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۹ ق، *العروۃ الوثقی*، ج ۵، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین

(ج) منابع انگلیسی

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