

تعدی و تفریط و تلف قبل از قبض

میر عبدالفتاح مراغی

ترجمه دکتر محمدجواد شریعت باقری

مقدمه:

میر عبدالفتاح مراغی از شاگردان شیخ جعفر کاشف الغطا و از افاضل ارباب فقه و اصول در اواسط قرن سیزدهم هجری است. وی در مراغه به دنیا آمده و در نجف اشرف مسکن گزیده و در سال ۱۲۵۰ هجری قمری از سرای فانی به دار باقی شتافته است. کتاب «عناوین الاصول» که مشتمل بر ۹۳ عنوان در قواعد عامه فقهیه است و در نزد خواص مشهور و محل رجوع و استناد است، تألیف مهم اوست که در سال ۱۲۴۶ هجری قمری به پایان رسیده است.

کتاب عناوین دوبار در سالهای ۱۲۷۴ و ۱۲۹۷ هجری قمری به چاپ رسیده است. آنچه که در پی می آید ترجمه و تحقیقی است از مباحث «تعدی و تفریط» و «تلف قبل از قبض» که به ترتیب عنوانهای ۶۰ و ۶۱ کتاب عناوین را تشکیل می دهد. با تطبیق نسخه های فوق الذکر سعی فراوان به عمل آمده است تا ضمن

حفظ امانت و رعایت نکات تحقیق و تتبع ترجمه‌ای روان و دقیق به خوانندگان عرضه شود و عندالاقضاء توضیحاتی در پاورقی آورده شود.

۱- تعدی و تفریط

یکی دیگر از اسباب ضمان «تعدی و تفریط» است. فقها در بحث از امانات - چه امانات مالکی و چه امانات شرعی -^(۱) از تعدی و تفریط سخن گفته‌اند و از آنجا که چیزی که بدان اطلاق امانت شود (چنانچه تلف گردد) موجب ضمان امانت گیرنده نیست - به شرحی که بعداً خواهیم گفت که استیمان از مسقطات ضمان است - صرف وضع ید بر امانت، همچون سایر مواردی که به حکم قاعده ید، ذوالید ضامن مال است، موجب ضمان نمی‌گردد مگر امین در مال مورد امانت مرتکب تعدی و تفریط شود. بنابراین، تعدی و تفریط به این اعتبار از اسباب ضمان به شمار می‌آیند. به عبارت دیگر قاعده اولیه این است که ذوالید همان‌گونه که گفته‌ایم مطلقاً ضامن مالی است که بر آن استیلا دارد اما «باب امانات» به شرحی که تفصیل آن خواهد آمد از حکم مزبور خارج گردیده است و قدر متقین از خروج باب امانات از ضمان صورتی است که امین بر وصف امانت خود باقی مانده و در مورد امانت آنچه را که باید انجام بدهد انجام داده و آنچه را که باید ترک کرده باشد، ترک کرده است.

اما در صورتی که امین از وصف امانت خارج شود، از حکم عدم ضمان نیز خارج می‌گردد و مطابق «قاعده ید» ضامن مالی است که در اختیار اوست و به عبارت دیگر خروج امانت «از قاعده ید» تخصیص در احوال است نه در افراد^(۲) زیرا امانت مادام که

۱- مراد از امانات مالکی یا امانات مالکیه امانتی است که از سوی مالک به دیگری داده می‌شود و مراد از امانات شرعی یا

شرعیه این است که در مواضع و مقاماتی شارع مقدس کسی را امین تلقی کرده مثل مستأجر که امین است. [مترجم]

۲- تخصیص در افراد یعنی اینکه فردی از افرادی که مشمول حکم عام است به دلیل تخصیص از حکم عام خارج شود و تخصیص در احوال این است که به علت عرض و طروه حالتی، یکی از مصادیق از حکم عام خارج شود، مصنف می‌گوید:

(ادامه پاورقی در صفحه بعد)

این چنین است ضمان آور نیست و هرگاه با تعدی و تفریط^(۱) از این حال خارج گردد، داخل در عموم دلیل ید می شود به این معنا که این حالت یا این مصداق بخصوص داخل در عموم دلیل ید است و از آن خارج نمی شود.

به طور خلاصه، منشاء اینکه تعدی و تفریط امانت را از دلیل اسقاط ضمان خارج می کند یا از جهت نصوصی است که دلالت بر عدم ثبوت مسؤلیتی بر ذمه امین دارد و یا از جهت قاعده اذن از مالک و قائم مقام او یا اذن از خداوند سبحان در امانات شرعیه است - بر این مبنا که اذن در شیئی ضمان را در پی ندارد و در این باره در جای خود از این مبنا سخن خواهیم گفت -^(۲) و یا از جهت اجماع فقها بر عدم ضمان امین و یا به حکم قاعده نفی ضرر^(۳) و یا به لحاظ لزوم عسر و حرج و سدباب معاملات و ودیعه ها در صورت قول به ضمان امین است.

به هر حال با تعدی و تفریط امین عرفاً از وصف امانت خارج می گردد و عدم ضمان از هر کدام از این جهات باشد منتفی می گردد، زیرا «امانت» در مقابل «خیانت»، است و تردیدی نیست که تعدی و تفریط خیانت است پس هرگاه امین فاقد وصف امانت باشد داخل در عموم دلیل ضمان است.

اما در مورد اذن نیز باید گفت که تردیدی نیست که بقای وصف امانت مقید به قید عدم تعدی و تفریط است چه اذن دهنده مالک باشد و یا قائم مقام او یا شارع مقدس. حتی اذن مطلق نیز شامل تعدی و تفریط نمی شود مگر اینکه اذن دهنده در صورت تعدی

(ادامه پاورقی از صفحه قبل) تعدی یا تفریط موجب می گردد که امین از وصف امانت خارج شود، بنابراین ضامن می گردد و این تخصیص در احوال است زیرا آنچه موجب عدم ضمان بود وصف امانات بود که از بین رفته است. [مترجم]

۱ - خاطر نشان می گردد که مصنف در مواضع مختلف بحث از قاعده، تعدی و تفریط را به او عطف نموده ولی مراد این نیست

که ارتکاب تعدی و تفریط به نحو اجتماع موجب ضمان است بلکه ارتکاب هر یک برای تحقق ضمان کافی است. [مترجم]

۲ - مصنف در عنوان ۶۷ کتاب از اذن به عنوان یکی از مسقطات ضمان بحث کرده است البته این نکته دقیق است که آیا اذن مانع

استقرار ضمان است یا رافع آن است ظاهر عبارت در اینجا که «ان الاذن لا یسقط الضمان» احتمال اول است. [مترجم]

۳ - حکم به ضمان امین مستلزم ضرر بر اوست و ضرر به حکم قاعده نفی ضرر منفی است شرح آن بعداً در بحث «قاعده

استیمان» خواهد آمد. [مترجم]

نیز تصریح به عدم ضمان نماید که این در واقع به معنی رخصت در اتلاف مال و از فرض استیمان خارج است. اما اجماع در صورت تعدی و تفریط محقق نیست.^(۱) بلکه محقق نزد متدبر - این است که با تعدی یا تفریط، امین ضامن است همان گونه که فقها در مسأله ودیعه و عاریه و مضاربه و اجاره و وکالت و وصایت و لقطه و عامل جماله و مساقات و مزارعه و شرکت و غیر اینها فرموده اند.

اما مسأله نفی ضرر اصولاً در موضوع بحث وارد نمی شود زیرا امین با تعدی و تفریط باب ضرر را بر خود گشوده است به اضافه اینکه ضرری که امین با پرداخت غرامت تحمل می نماید با ضرر مالک که مالش تلف گردیده تعارض می کند و عموم قاعده «علی الید» سالم از معارض به قوت خود باقی می ماند عین همین استدلال را در مسأله عسر و حرج نیز می آوریم. بنابراین امین ضامن نیست مگر از وصف امانت خارج شود و این قول ابدأ به معنای آن نیست که باب استیمان مسدود شود.

خلاصه سخن این که ضامن امین به لحاظ تعدی یا تفریط به حکم اجماع و قاعده «علی الید» و خروج موضوع از باب امانات محقق می گردد.

همچنین نصوص ویژه ای مثل صحیحہ ابی ولاد^(۲) و غیر آن نیز دلالت بر این دارند که

۱- یعنی اینکه بگوییم حتی در فرض تعدی و تفریط این به حکم اجماع ضامن نیست، چنین اجماعی محقق نیست. [مترجم]
 ۲- صحیحہ ابی ولاد روایتی است که فقها در کتب فقهی پیرامون آن بحث و گفت و گو پرداخته اند. صاحب وسائل الشیعه با حذف قسمت هایی از روایت مزبور چنین آورده است که ابی ولاد می گوید که من استری را به مبلغی نا قدرینی هبیره کرایه کردم تا به دنبال شخصی که به من بدهکار بود بروم. وقتی که نزدیک پل کوفه رسیدم خبر شدم که آن شخص به نیل رفته است من هم به سمت نیل حرکت کردم و چون به نیل رسیدم شنیدم که به بغداد رفته است به دنبالش رفتم و وی را در بغداد یافتم و پس از فراغت از کار به کوفه بازگشتم تا آنجا که می گوید: قصه را به امام صادق عرض کردم. امام فرمود: تو می بایست کرایه استر را از کوفه به نیل و از نیل به بغداد و از بغداد به کوفه به صاحبش بدهی. عرض کردم: من درهمی چند خرج حیوان کرده ام. آیا نمی توانم آنها را از صاحب استر بگیرم؟ فرمود: نه. زیرا تو غاصب بوده ای. عرض کردم: اگر استر هلاک می شد آیا چیزی بر من لازم می شد که به صاحبش بدهم؟ فرمود: آری قیمت استر را از روزی که مخالفت نموده ای باید بدهی. گفتم: اگر استر شکستگی یا جراحت و زخمی برمی داشت چه می شد؟ فرمود: باید تفاوت قیمت استر صحیح و استر معیوب را در روز ردّ به او بدهی. گفتم چطور: این تفاوت قیمت تعیین می شود؟ فرمود: یا او بر قیمت قسم می خورد که در این صورت بر تو لازم می آید که قیمت را بدهی و یا قسم را رد می کند که در این صورت هرگاه تو قسم خوردی آن قیمت را می دهی و یا اینکه صاحب استر شهودی می آورد که قیمت استر روزی که تو کرایه نموده ای فلان مبلغ بوده است در این صورت تو باید آن مبلغ را بدهی. (وسائل الشیعه - کتاب الفصیح - جلد (ادامه پاورقی در صفحه بعد)

تعدی و تفریط موجب ضمان است.

(تا اینجا از ضمان آور بودن تعدی و تفریط و ادله آن سخن گفتیم) اما اکنون باید از موضوع تعدی و تفریط بحث کنیم زیرا کلام منقح و منظمی در این باب از فقها دیده نمی‌شود.

موضوع تعدی و تفریط

ظاهراً تعدی عبارت از انجام عملی است که ترک آن ضرورت دارد مثل سوار بر چهارپا شدن بیش از مسافتی که مورد اجاره است و یا رفتن با آن از راههای غیر معمول و یا حمل کردن باری بر حیوان که در اجاره آن شرط نشده است، یا زدن آن و امثال اینها. و تفریط عبارت است از ترک عملی که انجام آن ضرورت داشته باشد مثل آب و علف ندادن به حیوان یا عدم نگهداری آن در جای مناسب و نظیر اینها که در هر موردی برحسب آن مورد رعایت می‌شود.

گاه دیده می‌شود که فقها تعدی را به معنایی اعم از تفریط استعمال کرده‌اند و در این صورت مراد تجاوز از حدودی است که باید رعایت شود چه فعلی باشد که باید انجام شود و چه ترکی که نباید انجام گردد و گاه نیز دیده می‌شود که تفریط را به معنایی که شامل تعدی نیز می‌گردد اطلاق کرده‌اند و مراد این است که در حق مالک تقصیر شود چه ترک عمل لازم باشد یا انجام عمل لازم‌الترک و به هر حال موضوع روشن است (و اختلاف در استعمال و تعابیر موجب اختلاف معانی نیست).

آری در بحث تعدی و تفریط مطالبی مطرح است که باید بدانها دقت کرد:

۱- عنصر قصد در تعدی و تفریط

(ادامه باورقی از صفحه قبل) سوم - صفحه ۲۲۵. چاپ (۱۳۲۴)

شیخ انصاری در کتاب مکاسب در بحث مقبوض به عقد فاسد به تفصیل روایت فوق را به نقل از شیخ طوسی ذکر نموده و از آن بحث کرده است (مکاسب صفحه ۱۱۰) [مترجم]

آیا در تحقق تعدی و تفریط (که موجب ضمان امین است) قصد تعدی و تفریط نیز شرط است یا اگر از روی فراموشی یا سهو یا در حالت خواب یا مستی و امثال اینها نیز واقع شود امین ضامن است یا قصد امین مدخلیتی در آن ندارد و هرگاه عملی که نباید انجام شود انجام گردد یا ترکی که باید انجام شود عمداً یا سهواً انجام گردد امین ضامن است؟

ظاهر لفظ تعدی و تفریط مشعر به اعتبار قصد است و از طرفی غیرقاصد معذور است و بنابراین ضمان بر ذمه او بار شود.

اما باید گفت که ظاهر کلام فقها در اثبات ضمان بر تعدی و تفریط کننده مطلق است و الفاظ مزبور (تعدی و تفریط) خصوصیتی ندارند زیرا دلیلی به عنوان مذکور دلالت ندارد. تنها تعدی و تفریط مورد اجماعات است و به هر حال عمده مطلب این است که عموم دلیل ضمان از استحکام کافی برخوردار است نهایت اینکه ضرورت بقای امین بر امانت از عموم دلیل خارج است، اما بعد از وقوع تصرفی که مورد رضایت مالک نیست معلوم نیست که ادله امانت شامل آن شود. در این صورت قاعده این است که امین ضامن باشد. به علاوه یکی از صور مسأله صورت استناد تلف به تعدی یا تفریط است که در این صورت «دلیل اتلاف» شامل آن می‌گردد و می‌دانیم در اتلاف، قصد اتلاف کننده، مدخلیتی ندارد و مُتَلَف اگرچه در خواب یا از روی فراموشی و امثال اینها مرتکب تلف شود ضامن است حال که در صورت اتلاف، قصد را شرط نمی‌دانیم در باقی صور نیز چون کسی قایل به تفصیل نیست باید بگوییم قصد شرط نیست.^(۱) در سطور آتی مفصلاً در این باره سخن خواهیم گفت. ممکن است اشکال شود که: قبل از وقوع فعلی که ظاهراً تعدی و تفریط است ولی فاعل فاقد قصد است، امین (فاعل) ضامن نیست و بعد از وقوع

۱- گروهی از اصولیون «قول به فصل» را جایز نمی‌دانند و قول به فصل (با تفصیل) این است که هرگاه در دو مسأله گروهی از علما یک حکم و گروه دیگر حکم دیگر داده باشند، قایل به فصل در یکی از آن دو مسأله از یک گروه و در مسأله دیگر از گروه دیگر تبعیت نمایند، برای توضیح بیشتر به کتاب معالم الاصول مراجعه شود.

شک در عروض ضمان ضامن می‌شود و اصل بقای حکم سابق است و هنگامی که در این صورت حکم مسأله چنین است در صورت اتلاف نیز، به دلیل عدم قول به فصل همین‌طور خواهد بود.

در جواب می‌گوییم: اولاً همان‌گونه که در بحث تبعیت احکام از اسماء^(۱) گفته‌ایم استصحاب در صورتی جریان دارد که «موضوع» باقی باشد زیرا این «موضوع» است که حکم بر روی آن رفته است و در اینجا حکم عدم ضمان به امین و امانت تعلق گرفته و بعد از وقوع فعلی که ظاهراً تعدی و تفریط است در این که این شخص امین است یا نه شک می‌کنیم بنابراین استصحاب حکم عدم ضمان صحیح نیست.

ثانیاً: فرضاً این استصحاب را صحیح بدانیم در این صورت استصحاب با اطلاقات و عموماً ضمان معارضه نمی‌کند و مسأله مثل تعارض استصحاب خیار و عموم لزوم عقود نیست که اکثر علما اطلاق را مقدم داشته و قایل به فوریت حق خیار شده‌اند و ما قبلاً در این باب سخن گفته‌ایم. در اینجا ادله امانت است که با دلیل ضمان معارضه دارد نه استصحاب با دلیل ضمان.

ثالثاً: اگر معارضه استصحاب با دلیل ضمان را هم قبول کنیم، نمی‌توان صورتی را که تلف مستند به تعدی شده که در حقیقت از مصادیق اتلاف به شمار می‌آید به تعدی ملحق کرد. زیرا تحقق ضمان در این صورت که اتلاف است اجماعی است تا اینکه بتوان قایل به اشتراط قصد در آن گردید پس هرچه به دلیل اجتهادی و اجماع برای فرض مورد بحث ثابت شود باقی صور نیز بدان ملحق می‌شود، با اینکه ما معتقدیم که با فرض امکان

۱- عنوان هشتم کتاب عناوین بحث تبعیت احکام از اسماء است و در آنجا در این خصوص بحث شده است که حکم تابع موضوع است یعنی حکم به موضوع تعلق می‌گیرد و چون هر موضوعی اسمی دارد بنابراین حکم تابع اطلاق اسم بر موضوع است. مثلاً شارع فرموده است «سگ نجس است» و سگ اسم است برای موضوع و موجود خاص. پس حکم نجاست راجع به سگ است اما اگر سگ استحاله و تبدیل به نمک شود در این صورت باک است زیرا موضوع عوض شده و نمک حکم خاص خودش را دارد که طهارت است، پس به این اعتبار حکم تابع اسم است اگر اسم چیزی سگ بود نجس است و اگر نمک بود پاک است. [مترجم]

الحاق نیز جانب ضمان ترجیح دارد زیرا ضمان قویتر است و مستند دلیل اجتهادی است.

۲- علم به تعدی و تفریط

آیا در تحقق تعدی و تفریط شرط است که مرتکب بداند که این عمل تعدی یا تفریط است؟ یا حکم اعم از این است که وی عالم به موضوع باشد یا جاهل بدان؟ بلکه در صورت اعتقاد خلاف نیز چنین است. مثلاً اگر فعلی را به اعتقاد اینکه انجام آن لازم است مرتکب شود و سپس معلوم گردد که ترک آن لازم بوده است یا ترک عملی را به اعتقاد اینکه لازم‌الترک است ترک نماید، سپس معلوم گردد که انجام آن لازم بوده است.

ظاهراً «علم به موضوع» شرط نیست و دلیل آن همان جوهری است که سابقاً ذکر کردیم زیرا سببیت از احکام وضعی است که علم و جهل در حکم آن دخالتی ندارد بلکه ما که معتقد به عدم اعتبار قصد شدید و جهلی نداریم که علم به موضوع را معتبر بدانیم. اما «علم به حکم» به این معنا که مرتکب بداند که این تعدی و تفریط مثلاً موجب ضمان است، تردیدی نیست که چنین شرطی معتبر نیست زیرا علم و جهل به احکامی که به موضوعات تعلق دارند در صدق الفاظ موضوعات بر احکام تأثیری ندارد و هرگاه حکم بر لفظی معلق گردید به مجرد صدق لفظ، حکم مترتب می‌گردد چه علم به حکم وجود داشته باشد و چه وجود نداشته باشد به علاوه در موضوع بحث براساس آنچه گفتیم معیار ید است که مشروط به علم و جهل نیست.

(در تحقق تعدی و تفریط که موجب ضمان است) علم به اینکه مال مورد تعدی متعلق به دیگری است شرط نیست پس اگر گمان کند که مال متعلق به خود اوست یا به هر نحو ماذون در تصرف است و بعد خطایش معلوم گردد، تعدی و تفریط واقع شده است و ضمان بر عهده اوست و بنابراین معنای سخن فقها که فرموده‌اند «انجام آنچه نباید انجام شود و ترک آنچه که باید انجام گردد»^(۱) (تعدی و تفریط است)، این است که واقعاً

۱- عبارت این است: فعل مایجب ترک و ترک ما یجب فعله.

این‌گونه عمل شود یعنی اگر سهو یا نسیان یا جهل یا خطا و سایر عذرها نباشد فعل و ترک مزبور واجب است اما نه وجوب فعلی زیرا در این صورت لازم می‌آید که ضمان را منحصر به فعلی که شرعاً حرام است نماییم و به صورت وجوب شرعی اکتفا شود در حالی که وجوب شرعی با اجتماع شروط تکلیف و ارتفاع کلیه عذرهای شرعی تحقق می‌یابد.

۳- تعدی و تفریط از سوی ذوالید یا دیگری

بعد از تحقق تعدی و تفریط، تلف ممکن است به دلیل خود تعدی واقع شود یا به آفت آسمانی یا با عمل دیگری یا عمل شخص متعدی یا عمل مالک. اما در صورت اخیر همان‌گونه که بعداً خواهیم گفت در حکم این است که مال به مالک تادیه گردیده ولی در چهار صورت دیگر ظاهر این است که در تمام آنها «ذوالید» ضامن است اگرچه ممکن است تلف به دست ذوالید واقع نشده باشد و او در یک صورت از صوراربعه نیز می‌تواند به متلف رجوع نماید به شرط آنکه متلف مغرور از سوی او نشده باشد و دلیل آن همان است که گفتیم که دلیل ید عام است و متعدی از باب امانت نیز خارج گردیده و بنابراین تلف به هر نحوی که باشد وی ضامن است. النهایه اگر متلف همان ذوالید باشد به دو وجه ضمان به عهده اوست ید و اتلاف و در باقی صور فقط از باب اینکه ذوالید است ضامن است و این مسأله نیازی به توضیح بیشتر ندارد.

و اگر گفته شود که دلیل ید با دلیل امانات مالکی تخصیص خورده می‌گوییم با فرض وقوع عملی که مورد رضایت مالک نیست دلیل امانت شامل آن نیست و دلیل ضمان عام است و شبهه‌ای در آن راه ندارد و اذن مالک تنها در صورت بقای امین بر صفت امانت کارساز است.

۲- تلف قبل از قبض

یکی دیگر از اسباب ضمان «تلف قبل از قبض» است. این قاعده اساساً در بیع آمده

است زیرا روایت مشهوری است بدین مضمون که «اگر مبیع قبل از قبض تلف شود، تلف در ملک بایع واقع گردیده است»^(۱) و البته همان‌گونه که فقها تصریح کرده‌اند این حکم اجماعی نیز هست اما چون در روایت مزبور به لفظ مبیع تصریح گردیده عده‌ای در تسری حکم به ثمن - بدین معنا که مشتری نیز قبل از اقباض، ضامن تلف ثمن باشد - توقف کرده‌اند و از همین جا است که در تسری حکم به سایر معاوضات نیز اشکال می‌شود مثل صلح و اجاره و هبه معوضه و عمل مزارعه و مساقات و اجرت مسابقه و رمایه و مهر نکاح و مال کتابت و عوض خلع یا طلاق به عوض که بعضی آن را صحیح دانسته‌اند که ظاهراً نیز باید صحیح باشد.

به عبارت دیگر در کلیه معاوضات هر عوضی قبل از قبض تلف شود از مال صاحب ید تلف گردیده و جبران خسارت آن به عهده اوست نه مالک مال.

و این قاعده با این کلیت دلیلی جز نص و اجماع در باب بیع و در خصوص مبیع ندارد. باید دانست که بحث در این نیست که تلف به «اتلاف» صاحب ید واقع شده باشد، زیرا در این صورت قطعاً ذوالید به حکم قاعده اتلاف ضامن است.

همچنین این نیست که تلف در اثر عمل مالک و اتلاف وی واقع شده اگرچه هنوز مال را قبض نکرده باشد. زیرا همان‌گونه که به خواست خدا در باب تادیه خواهیم گفت این فرض در حکم قبض است.

همین‌طور قاعده مورد بحث مربوط به این نیست که ذوالید معاند و غاصب باشد و مبیع را به صاحب آن تحویل ندهد با اینکه تادیه مال بر او واجب است زیرا در این صورت وی قطعاً به حکم ادله غضب و عدوان ضامن است. بلکه بحث در این است که اگر لزومی در به قبض دادن مبیع از سوی بایع نباشد مثل اینکه مالک اذن به بقای مبیع در دست بایع یا تاخیر تسلیم داده باشد به شرط اینکه بایع را وکیل در قبض ننموده باشد یا

۱- مرحوم بجنوردی در قواعد الفقهیه به نقل مستدرک از غوالی اللالی روایت را ذکر نمود که رسول اکرم (ص) فرمودند: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه. (القواعد الفقهیه، جلد ۲، صفحه ۶۲). [مترجم]

بایع به خاطر «حق حبس» مبیع را به قبض مشتری نداده باشد به شرحی که در باب قبض به تفصیل در قبض عین و منفعت و تفاوت آنها سخن گفتیم و گفتیم که در مواردی که قبض و اقباض ممکن است هر یک از طرفین می تواند از تحویل عوض خودداری، نماید، در این صورتها (که بایع عذر قانونی در تحویل مبیع دارد) اگر مبیع به علت آفت آسمانی یا توسط فرد بیگانه‌ای تلف شود به حکم قاعده تلف مبیع قبل از قبض، تلف از کیسه بایع است و الا هیچ‌کدام از قواعد راجع به ضمان که قبلاً آوردیم اقتضای ضمان بایع را ندارد و از آنجا که حکم مزبور مخالف قواعد است عده‌ای از علما تنها به حکم نص و اجماع آن را منحصر به مبیع دانسته‌اند و حکم را به غیر مبیع سرایت نداده‌اند و در غیر مبیع - حتی در ثمن معامله - تلف را از مال مالک (مشتری) دانسته‌اند. پس اگر تلف به آفت آسمانی واقع شده باشد از مال مالک است مثل آنکه مبیع در ید وی بوده است و اگر تلف به واسطه اتلاف فرد بیگانه‌ای واقع گردیده مالک می تواند به متلف رجوع نماید و صاحب ید مسؤولیتی ندارد. اما مخفی نماند که فقها در منفعت اجاره بلکه مطلق اجرت قبل از قبض صاحب ید را ضامن دانسته‌اند چه رسد به ثمن اعم از اینکه تمام مال یا بعض آن یا بعض اوصاف آن تلف شده یا معیوب شده باشد و امثال اینها.

با دقت در گفتار فقها روشن می شود که در سایر معاوضات نیز چنین گفته‌اند. اما به نظر می رسد که صحیح این است که صاحب ید در کلیه معاوضات ضامن شناخته شود اگرچه فقها - به استثنای پاره‌ای موارد - بدان تصریح نکرده‌اند. و راز آن این است که بعد از وقوع عقد و تحقق تملیک، معاوضه در مقابل عوض بر هر کدام از متعاقدین به شرحی که در باب قبض گفتیم واجب است بدین معنی که تحویل دادن یکی از عوضین با تحویل گرفتن دیگری واجب می گردد.^(۱) حال که چنین است اگر یکی از طرفین مال را رد نماید و دیگری رد نکند سپس مالی را که رد نشده تلف شود و اقباض ممکن نباشد واجب

۱ - در نسخه چاپ دارالسلطنه تبریز این عبارت اضافه شده است «در این جا اشکالاتی است که ما در باب قبض بدانها پاسخ

است آنچه را که در قبض دارد، به مالک اول آن ردّ نماید. برای اینکه حق معاوضه ادا شده باشد، بنابراین صحیح نیست که در آنچه که قبض کرده با وجود تعذر اقباض تصرف نماید.

اگر خواننده در اینجا ایرادی می‌یابد می‌تواند به مطالبی که در باب قبض گفتیم مراجعه نماید و استفاده فراوان ببرد و به طور کلی، معنای ضمان در اینجا تلف مال از کیسه صاحب ید - نه مالک - است و از آنجا که معامله معاوضی است واحد عوضین تلف گردیده معوض به ملاک اولی آن برمی‌گردد و معنای ضامن بودن «ذوالید» همین است و در این سخن تردیدی نیست.

البته مباحث و مطالب فراوانی که متفرع بر بحث است می‌توان عنوان کرد که ما با توجه به تحقیق و اتقان قضیه کلیه از بحث آنها صرف نظر می‌کنیم. خواننده خود می‌تواند در اطراف مسأله تحقیق و جست‌وجو نماید.