



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه چهل و هشتم؛ شنبه ۱۳۹۶/۱۰/۱۶

إن قلت: همان طور که سید خویی رحمته الله علیه فرمودند، ضمان به معنای اشتغال ذمه است و اشتغال ذمه هم سببش یا تجارت است یا استیلاء یا اتلاف و یا شرط در ضمن عقد، در حالی که هیچ کدام از این اسباب در ما نحن فیه وجود ندارد.

قلت: اینکه سید خویی رحمته الله علیه فرمودند اشتغال ذمه متوقف بر اسباب خاصه است و منحصر در «تجارت، استیلاء، اتلاف و شرط در ضمن عقد» می باشد، خدمت ایشان عرض می کنیم: مرادتان از «تجارت» چیست؟ اگر بگویید فقط عقد یا ایقاع تجاری مراد است، می گوئیم دلیلی بر این تخصیص وجود ندارد؛ زیرا اینکه عقود تجاریه مثل بیع، اجاره و ... مفید اشتغال ذمه است، به خاطر آن است که تحت عمومات امضای معاملات - یا احیاناً ادله خاصه ای که در بعض موارد وجود دارد - قرار می گیرند و این عمومات، اختصاص به عقود تجاریه ندارد، بلکه شامل هر چیزی می شود که عقد بر آن صادق باشد و چون بیان کردیم ضمان به معنای «ضم ذمه الی ذمه» در نظر عرف و عقلاء «عقد» است و علی الفرض مانع دیگری هم وجود ندارد، لذا طبق «اوفوا بالعقود» حکم به صحّت آن می شود.

خود سید خویی رحمته الله علیه هم باید قائل به این مطلب باشند و شاهدش هم آن است که ایشان در ادامه مطلب و نیز در شرط هفتم ضمان، به حسب تحلیلی که دارند، فرموده اند: گرچه «اوفوا بالعقود» نمی تواند شامل ضمان به نحو «ضم ذمه الی ذمه» شود؛ چراکه «اوفوا بالعقود» اختصاص به عقود تجاریه دارد، اما مانعی از تصحیح این نحوه ضمان از طریق تعهد ضامن به پرداخت دین به مضمون له وجود ندارد؛ یعنی ضامن بدون اینکه ذمه خود را مشغول کند، تعهد می کند دین مضمون عنه را در صورتی که اداء نکرد، به دائن بپردازد، و

این غیر از ضمان مصطلح در فقه است. و در نهایت هم می‌فرمایند: چنین ضمانی در نزد عقلاء امری متعارف است که **عقد** بر آن صادق بوده و در نتیجه مشمول **عمومات و اطلاقات** می‌باشد.^۱

بنابراین سید خویی رحمته الله صحت ضمان غیر مصطلح در نزد شیعه را از طریق تعهد تکلیفی درست کردند و فرمودند «**عقد**» بر آن صادق بوده و واجب الوفاء است. خدمت ایشان عرض می‌کنیم: صرف اینکه مفاد ضمان این باشد که ذمه ضامن مشغول باشد، آیا موجب می‌شود ضمان مذکور از حیطة عقد بودن خارج شود و دیگر مفهوم عقد بر آن صادق نباشد؟! دلیلی بر این حرف وجود ندارد که اگر ضامن فقط تعهد عملی به پرداخت دین داشته باشد، عقد صادق باشد اما اگر اشتغال ذمه داشته باشد و به مقتضای آن، دین را پرداخت کند عقد صادق نباشد.

بنابراین نتیجه این شد: کلام سید یزدی رحمته الله که فرمودند ضمان به نحو «**ضمّ ذمه الی ذمه**» در صورتی که چنین انشاء شده باشد، مشمول عمومات از جمله «**اوفوا بالعقود**» است، تمام است هرچند این نظر مخالف نظر اکثریت فقهای شیعه است.

۱. مبانی العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۷:

نعم لا بأس بتصحيح هذا الضمان بالمعنى الذي سبق منا بيانه في الشرط السابع، اعني التعهد بالوفاء به على تقدير عدم وفاء المديون نظير التعهد بالأعيان الخارجية، فإنه لا بأس به حيث لم يكن بمعنى اشتغال الذمة.

✓ همان، ص ۱۱۴:

و لعل مراده - قده - من كلامه هذا يرجع الى إرادة معنى آخر غير المعنى المصطلح من الضمان - اعني نقل ما في ذمة إلى أخرى. و قد يكون هذا المعنى هو التعهد بالمال و كون مسؤوليته عليه من دون انتقاله - بالفعل - إلى ذمته، كما هو الحال في موارد ضمان العارية مع الشرط أو كون العين المستعارة ذهباً أو فضة، فإن ضمانها ليس بالمعنى المصطلح جزماً، إذ لا ينتقل شيء بالعارية إلى ذمة المستعير، فان العين لا تقبل الانتقال إلى الذمة و هو غير مشغول الذمة ببدلها قبل تلفها، فليس ضمانها الا بمعنى كون مسؤوليتها في عهده بحيث يكون هو المتعهد بردها و لو مثلاً أو قيمة عند تلفها.

و نتيجة ذلك إزام المستعير بردها عينا أو مثلاً أو قيمة.

و بهذا المعنى يستعمل الضمان في موارد كثيرة كقولهم: على اليد ما أخذت حتى تؤدي، و ان الغاصب ضامن، فإنه لا يراد به إلا التعهد و كونه هو المسؤول عن المال، و إلا فهو غير مشغول الذمة ببدله فعلاً.

و كيف كان، فإذا صح مثل هذا الضمان في الأعيان الخارجية كموارد اليد و العارية، فليكن ثابتاً في الأمور الثابتة في الذمة أيضاً، فإنه لا يبعد دعوى كونه متعارفاً كثيراً في الخارج، فإن أصحاب الجاه و الشأن يضمون المجاهيل من الناس من دون أن يقصد بذلك انتقال المال بالفعل إلى ذمهم، و إنما يراد به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أداءه.

و الحاصل: ان الضمان في المقام غير مستعمل في معناه المصطلح، و عليه فلا مجال للإيراد عليه بأنه يتضمن التعليق الباطل أو انه من ضم ذمة إلى أخرى لا من نقل ما في ذمة إلى ذمة أخرى.

و انما هو مستعمل في التعهد و المسؤولية عن المال، و هو أمر متعارف عند العقلاء، فتشمله العمومات و الإطلاقات، فإنه عقد يجب الوفاء به.

۲. تمسک به «المؤمنون عند شروطهم» در تصحیح ضمان به نحو «ضمّ ذمة الى ذمة»

یکی دیگر از عمومات اولیه که سید یزدی رحمته الله تصریح فرمودند شامل ضمان به نحو «ضمّ ذمة» می‌شود، «المؤمنون عند شروطهم» است. البته طبق مبنای ما که شمول «اوفوا بالعقود» را پذیرفتیم، دیگر عدم تمامیت تمسک به «المؤمنون عند شروطهم» مهم نیست و یک بحث مبنایی دارد که إن شاء الله در جای خود بررسی خواهیم کرد. منتها اجمالاً - هرچند سید حکیم رحمته الله نسبتاً مفصل وارد بررسی آن شده‌اند - عرض می‌کنیم: ظاهر شرط آن است که باید در ضمن عقد باشد؛ یعنی التزامی است که در ضمن التزام دیگر است (التزام فی التزام) یا چیزی شبیه به آن - که قبلاً ذکر کردیم - لامحاله مثل ما نحن فيه را شامل نمی‌شود. مضافاً به بعضی شبهات دیگری که وجود دارد و فعلاً لزومی ندارد وارد بحث آن شویم.

بررسی امکان تصحیح ضمان تعلیقی

سید یزدی رحمته الله در شرط هفتم ضمان فرمودند: شرط دیگری که مشهور برای صحّت عقد ضمان بیان کرده‌اند، تنجیز است، لذا اگر ضمان معلق بر شرطی باشد - مثلاً ضامن بگوید: من ضامن آنچه هستم که بر عهده فلانی است در صورتی که پدرم اجازه بدهد، یا در صورتی که مدیون تا فلان زمان و یا اصلاً وفا نکند - طبق نظر مشهور شیعه، چنین ضمانی باطل می‌باشد. سپس سید یزدی رحمته الله با این حرف مخالفت کرده و فرمودند: چنین ضمانی صحیح است. ما هم فی الجملة کلام ایشان را توضیح دادیم، اما از آنجا که این مسئله مهم است، مناسب است بیشتر به آن پردازیم و قبل از ورود در بحث می‌گوییم: نسبت به تنجیز یا تعلیق در ضمان و نیز اشتغال ذمة مضمون‌عنه و عدم آن، شقوقی متصور است:

گاهی ضمان - چه به نحو «نقل ذمة» و چه به نحو «ضمّ ذمة» - تنجیزی است و تعلیقی در آن وجود ندارد؛ مثلاً دینی را که محقق شده، ضامن منجزاً بر عهده می‌گیرد که در این صورت ذمة مضمون‌عنه منتقل به ذمة ضامن می‌شود و یا اینکه ذمة ضامن در عرض ذمة او مشغول می‌شود، که این مسئله را بررسی کردیم.

گاهی ضمان، معلق بر شرطی است اما دین بر ذمة مضمون‌عنه ثابت است، مانند همان مثال‌هایی که سید رحمته الله فرمودند «أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا أو إن لم يف أصلاً» که ذمة مدیون در این مثال‌ها مشغول است اما ضمان معلق بر شرطی شده است.

صورت دیگر اینکه هم ضمان معلق است و هم دینی بر ذمة مضمون‌عنه ثابت نیست؛ مثلاً فردی به

شرکت یا فردی بگوید اگر به فلان شخص دین دادید و نپرداخت، من ضامن هستم و می‌پردازم. در اینجا از دو جهت مشکل وجود دارد؛ یکی اینکه ضمان معلق بر شرطی شده است (اگر مدیون نپرداخت). دوم اینکه هنوز دینی بر عهده مضمون‌عنه ثابت نیست.

ضمان در اوراق مشارکت معمولاً از این قسم اخیر است؛ مثلاً قانون - به عنوان طرح یا لایحه - به مجلس می‌آید که بیان می‌کند اگر مؤسسه‌ای اوراق مشارکت عرضه کرد و کسانی شریک شدند، در صورتی که مالشان ضایع شود، دولت یا بانک مرکزی ضامن است و گاهی از آن تعبیر می‌شود که دولت یا بانک مرکزی، این اوراق را تضمین کرده است. یا اینکه سایر بانک‌ها به متقاضیان قرض می‌دهند تا در سرمایه‌گذاری از آن استفاده کنند و بانک مرکزی [از قبل] تضمین می‌کند در صورتی که قرض‌گیرنده نتوانست قرض خود را برگرداند، اصل قرض را به آن بانک برگرداند. همچنین سید حکیم رحمته‌الله در اینجا گریزی به بعض قرارداد‌های بیمه^۲ زده و گفته آنها هم چنین است؛ مثلاً شرکت‌های بیمه برای کسی که پولی به آنها پرداخت کند - ضمان پولی نه تبرعی - ضمانت می‌کنند که اگر قرض‌شان را نپرداختند یا اینکه خسارتی زدند و یا ... آنها ضامن باشند.

و این مباحث هرچند یک انحرافی از سیر مطالب مکاسب است، اما همان‌طور که خود شیخ رحمته‌الله فرمودند «بسیاری از مباحثی که در اینجا ذکر شده، جایش در کتاب الغصب است، اما به خاطر اهتمام به مطلب در اینجا رسیدگی کردیم»^۳ ما هم از ایشان تبعیت کرده و بعض فروع دیگری که مربوط به باب ضمان یا بعض ابواب دیگر است، به خاطر اهمیت آن فروع یا ابتلاء روزمره مردم به آن، در اینجا رسیدگی می‌کنیم؛ فروعی

۲. در لغت‌نامه دهخدا آمده است که بیمه، لغت هندی است که در فارسی رایج شده است.

لفظ نامه دهخدا:

بیمه . [م / م] (از هندی ،) ضمانت مخصوصی است از جان یا مال که در تمدن جدید رواج یافته است، به این طور که برای شخص یا مال ماهانه مبلغی به شرکت بیمه می‌دهند و در صورت اصابت خطر به جان و یا مال، شرکت مبلغ معینی می‌دهد. (از فرهنگ نظام). اطمینان. مقابل مخاطره ای که محتمل الوقوع باشد. (ناظم الاطباء). بیمه (بانک) عملی است که اشخاص با پرداخت پولی مسؤولیت کالا یا سرمایه یا جان خود را بعهدہ دیگری می‌گذارند و بیمه کننده در هنگام زیان باید مقدار زیان را بپردازد. (فرهنگستان ایران). در اصطلاح حقوقی، عقدی است که بموجب آن یک طرف تعهد می‌کند در ازاء پرداخت وجه و یا وجوهی از طرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه خسارت وارده بر او را جبران نموده و یا وجه معینی بپردازد.

متعهد را بیمه گر، طرف تعهد را بیمه گذار و وجهی که از طرف بیمه گذار پرداخته میشود حق بیمه و آنچه بیمه میشود موضوع بیمه نامند.

۳. کتاب/المکاسب، ج ۳، ص ۵۱۱:

هذا کله مع عدم تغیر العین، و أما إذا تغیرت فیجیء صور کثیرة لا یناسب المقام التعرض لها و إن کان کثیر ممّا ذکرنا أيضاً ممّا لا یناسب ذکره إلا فی باب الغصب، إلا أنّ الاهتمام بها دعائی إلى ذکرها فی هذا المقام بأدنی مناسبة؛ اغتناماً للفرصة.

که در رابطه افراد با مؤسسات، رابطه مؤسسات با دولت، رابطه افراد با دولت یا رابطه افراد با افراد کاربرد دارد. بعض این فروع بسیار مهم است مانند فروعی که مربوط به بیمه‌ها است و در سطح خرد و کلان مورد ابتلاست، مضافاً اینکه این فروع برای تدریب مناسب است و ان شاء الله به آنها رسیدگی خواهیم کرد.^۴

فروع اول: آیا تعلیق، مضرّ به عقد ضمان است؟

سید یزدی رحمته الله علیه فرمودند: تعلیق در نظر مشهور، مضرّ به حال ضمان است و دو دلیل از جانب مشهور برای بطلان ضمان معلق ذکر فرمودند. **دلیل اول** اینکه تعلیق، منافات با انشاء دارد و عقلاً محال است؛ چون موجب تفکیک بین مصدر و اسم مصدر یا انشاء و منشأ می‌شود. **دلیل دوم** اینکه در نزد عرف و عقلاء، اثر باید بلافاصله بعد از انشاء مترتب شود؛ مثلاً بعد از انشاء بیع، بلافاصله نقل و انتقال محقق می‌شود یا بعد از انشاء نکاح، زوجیت محقق می‌شود و نمی‌توان گفت الان انشاء زوجیت کنند ولی اثر مثلاً بعد از شش ماه مترتب شود و زن در این مدت خلیه باشد و حق ازدواج داشته باشد.

اشکال اول را مفصّل در بحث شروط عقد بیع بررسی کرده و به آن پاسخ دادیم^۵ و آن اینکه اولاً: همان‌طور که حضرت امام رحمته الله علیه فرموده بودند، تعلیق در عقود مانع عقلی ندارد. بلکه در ایجاد تکوینی، تعلیق معنا ندارد؛ چراکه امرش دایر بین وجود و عدم است و اگر ایجاد شد، باید موجود هم باشد و اگر موجود نباشد، در حقیقت ایجاد نشده است. اما اینکه تعلیق در انشاء محال باشد، چنین نیست و حتی در مثل نکاح می‌توانیم بگوییم کسی که می‌داند شش ماه دیگر فرصت ندارد که عقد بخواند، اگر الان تلفظ به الفاظ نکاح کند و طرف مقابل هم قبول کند که انشاء شش ماه دیگر محقق شود، چنین اعتباری محذور عقلی ندارد؛ به این معنا که موجب مثل اجتماع نقیضین و یا ارتفاع نقیضین نمی‌شود. بلکه، چنین انشائی عقلائیت و عرفیت ندارد، اما اینکه عقلایی و عرفی نباشد، حرف دیگری غیر از امتناع عقلی است.

ثانیاً: ما نحن فیه چنین نیست که منشأ متأخر از انشاء باشد و بعداً حاصل شود، بلکه چنانکه قبلاً توضیح دادیم، هم انشاء و هم منشأش موجود است، الا اینکه مفاد منشأ، امری استقبالی است، مانند وصیت که می‌گوید بعد از مرگم، فلان کتاب از ثلث مالم برای فلانی باشد یا اینکه کسی به عبدش بگوید «انت حرّ دبر وفاتی» که در این دو مثال، انشاء و منشأ موجود است، منتها مفاد منشأ ملکیت موصی له بعد از موت موصی

۴. شهید صدر رحمته الله علیه به بعض مطالبی که عرض کردیم، در ملاحق «البنک الاربوی فی الاسلام» رسیدگی استدلالی کرده و مطالب مفید و جامعی

بیان کرده است.

۵. البیع، ج ۲، ادله لزوم تنجیز در عقد، ص ۱۶۵.

یا عتق رقبه بعد از موت مولاست. این دو مثال مربوط به جایی است که معلقٌ علیه (موت) حتماً واقع می‌شود، هرچند ممکن است موضوع وصیت یا تدبیر - یعنی موصی له یا عبد - قبل از موت انشاء کننده نابود شده باشند، اما اگر موضوع باقی بود اثر مترتب می‌شود.

گاهی هم اصلاً معلوم نیست معلقٌ علیه حاصل شود؛ مثلاً کسی نذر می‌کند یا قسم می‌خورد در صورت شفای ولدش، عبدی را آزاد کند که در اینجا انشاء و مُنشأ موجود است متنها مُنشأ امری استقبالی است (شفای مریض) که اصلاً معلوم التحقق نیست و احتمال دارد مریض خوب نشود و بمیرد، با این حال همه قبول دارند که چنین نذر یا قسمی صحیح می‌باشد.

پس اینکه گفته شد تعلیق در عقود عقلاً محال است چون تفکیک بین انشاء و مُنشأ است، می‌گوییم اصلاً محالیتی لازم نمی‌آید و حتی تفکیک بین انشاء و مُنشأ هم لازم نمی‌آید بلکه فقط مفاد منشأ امری استقبالی است.

اما در مورد اشکال دوم که گفته شد بعد از انشاء باید بلافاصله اثر مترتب شود، می‌گوییم: این حرف ادعایی بدون دلیل است و در همین مثال‌هایی که ذکر کردیم (یعنی نذر یا قسم بر عتق عبد در صورت شفای مریض)، اثر بلافاصله مترتب نیست. بلکه بعضی موارد چنین است که باید اثر بلافاصله مترتب شود و بعید نیست بیع در نزد عرف چنین باشد که اثرش (نقل و انتقال) باید بلافاصله مترتب شود. عقد نکاح هم عرفاً چنین است که بعد از انشاء، زوجیت محقق شده و ذات اثر است، اما دلیلی وجود ندارد که در تمام عقود و ایقاعات، باید اثر بلافاصله مترتب شود.

بنابراین هر جایی که عقد صادق باشد، مشمول عموم «اوفوا بالعقود» است، هرچند مفاد مُنشأ، امری استقبالی باشد. و اینکه فقط یک طرف التزام علی النفس داشته باشد و طرف دیگر التزام علیه نداشته باشد بلکه التزام له داشته باشد به این معنا که التزام دیگری را به نفع خودش بپذیرد، این هم ضربه‌ای به صدق عقد نمی‌زند.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی