



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه چهل و هفتم؛ سه شنبه ۱۳۹۶/۱۰/۱۲

۱. بررسی امکان تمسک به «اوفوا بالعقود» در تصحیح ضمان به نحو «ضمّ ذمه»

در ابتدای مکاسب محرّمه که آیات مفید قواعد کلیه در باب معاملات را بررسی کردیم، توضیح دادیم که «اوفوا بالعقود» بالمطابقه افاده حکم تکلیفی یعنی وجوب التزام به عقود می‌کند و بالملازمه دالّ بر صحّت وضعی عقد است؛ نظیر معنای کنایی. بنابراین از حیث اینکه «اوفوا بالعقود» افاده حکم وضعی کند، مانعی وجود ندارد و مهم آن است که آیا لفظ «عقد» شامل چنین ضمانی می‌شود یا نه؟ اگر بتوان اثبات کرد ما نحن فیه مشمول «اوفوا بالعقود» است، در این صورت می‌توان ضمان به نحو عامه را تصحیح کرد و قائل شد ذمه ضامن دوم، در عرض ذمه ضامن اول مشغول می‌شود.

[به این نکته هم باید توجه داشت که این بحث، فقط طبق مبنای کسانی مفید است که قائل هستند انشاء و ایجاب ضمان، نیاز به قبول مضمون له دارد، آن هم طبق این فرض که مضمون له قبول کند؛ نه اینکه ضمان را نپذیرد. توضیح بیشتر اینکه:

بحث ما در قسم خاصی از ضمان است که] کسی چنین ایجاب کند: «آنچه را که ذمه مضمون عنه به آن مشغول است، مشابهش بر ذمه من باشد». در این صورت اگر مانند کثیری از عامه قائل شویم قبول مضمون له در این ضمان شرط نیست - کما اینکه قبول مضمون عنه هم شرط نیست - و به صرف اینکه کسی ابتدائاً بگوید «انا ضامن لهذا المديون»، ذمه اش مشغول شده و مضمون له می‌تواند در عرض مدیون به او هم رجوع کند، چنین ضمانی قطعاً مشمول «اوفوا بالعقود» نیست؛ چراکه اصلاً عقد صادق نیست؛ زیرا «عقد» باید دو طرف داشته باشد، در حالی که در فرض مذکور، یک طرف بیشتر وجود ندارد. و این در حقیقت

ایقاع است مانند آنکه کسی به زوجه‌اش بگوید: «أنتِ طالق» یا مولایی به عبدش بگوید: «انت حر لوجه الله» که صرف انشاء یک طرف است و قبول طرف مقابل شرط نیست. بله، ممکن است «عهد» صادق باشد به این معنا که ضامن، تعهد یک طرفه کرده که دین دیگری را بپردازد، اما دیگر عقد صادق نیست و اجماعاً اثر الزامی بر این تعهد ابتدایی بار نیست.

اما در صورتی که بگوییم در نزد عرف و عقلاء، ضامن مذکور احتیاج به قبول مضمون‌له دارد. در این صورت اگر مضمون‌له چنین ضمانی را قبول نکند، واضح است که مانند صورت قبل بوده و اصلاً عقد صادق نیست؛ مثلاً ضامن خطاب به مضمون‌له بگوید: «من ذمه‌ام را به همان چیزی مشغول می‌کنم که ذمه‌مدیون به آن مشغول بود و در عرض او به من هم می‌توانی رجوع کنی»، ولی مضمون‌له قبول نکند، اصلاً عقد ضامن صادق نیست.

ولی اگر مضمون‌له قبول کند که ذمه ضامن به همان چیزی مشغول شود که ذمه مضمون‌عنه به آن مشغول بود، این صورت احتیاج به بحث دارد که آیا عقد صادق بوده و چنین ضمانی مشمول «اوفوا بالعقود» می‌باشد یا خیر؟ و بلکه همین اندازه که عرف و عقلاء انشاء ضامن را شایسته قبول بدانند و مضمون‌له قبول کند، بحث جاری است.

نظیر این بحث، آن است که گاهی انسان از مالی اعراض می‌کند در حالی که می‌داند دیگری آن را برمی‌دارد و یا اینکه مالش را برای دیگری اباحه می‌کند که در این دو صورت، عقد صدق نمی‌کند. اما گاهی مالش را به دیگری هبه می‌کند و او هم قبول می‌کند و یا اینکه دیگری را وکیل می‌کند و او هم قبول می‌کند که در اینجا «عقد» صادق است.

مناقشه سید خوئی^{ره} در شمول «اوفوا بالعقود» نسبت به ضامن مذکور

همان‌طور که گفتیم سید یزدی^{ره} فرمودند چنین ضمانی مشمول «اوفوا بالعقود» می‌شود، اما سید خوئی^{ره} در شرح بر عروه، با این حرف مخالفت کرده و می‌فرمایند: عمومات شامل چنین ضمانی

۱. مبانی العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۶:

و العمومات العامة غير شاملة له أيضا، فإن اشتغال ذمة شخص - الضامن - بالنسبة إلى غيره مجاناً و بلا عوض غير داخل في عنوان التجارة و لا يشمل الأمر بالوفاء بالعقود، إذ العقد ربط لالتزام الطرفين المتعاقدين فلا يصدق على ما يكون الالتزام فيه من طرف واحد خاصة، و لو صح ذلك للزم القول بصحته في غير موارد الدين كموارد الالتزام الابتدائي، و الحال انه باطل و لم يقل بصحته أحد على الإطلاق، فإن اشتغال الذمة ليس أمراً اختيارياً للمكلف بحيث يكون له ذلك كيفما شاء و انما هو متوقف على أسبابه الخاصة من تجارة أو استيلاء أو إتلاف أو الشرط في ضمن العقد - بناء

نمی‌شود؛ زیرا چنین ضمانی نه داخل در عنوان تجارت است و نه مشمول «اوفوا بالعقود» است؛ زیرا «عقد» به معنای «ربط لالتزام الطرفين المتعاقدين» است، و در ما نحن فيه دو التزام وجود ندارد تا ربط بین آنها محقق شود و عقد صادق باشد، بلکه فقط التزام از طرف واحد وجود دارد که ضامن ملتزم می‌شود ذمه‌اش مشغول به مضمون^۱ شود، اما مضمون^۲ دیگر التزامی ندارد، لذا اصلاً در ما نحن فيه عقد صادق نیست تا بگوییم مشمول «اوفوا بالعقود» است. و اگر گفته شود عقد در ما نحن فيه صادق است، باید ملتزم به صدق عقد در غیر موارد دین مانند موارد التزام ابتدایی به اشتغال ذمه و امثال آن هم شد، در حالی که ظاهراً کسی قائل به لزوم وفاء به التزام ابتدایی نشده است.

ایشان در ادامه می‌فرماید: اشتغال ذمه یک امر اختیاری برای مکلف نیست که در هر جا و هر شرایطی بتواند ذمه‌اش را مشغول کند، بلکه اشتغال ذمه احتیاج به اسباب خاصه دارد که عبارتند از تجارت - بیع و نحو آن - استیلاء، اتلاف و یا شرط در ضمن عقد بنابر اینکه موجب ملکیت باشد. اما اگر هیچ کدام از این اسباب خاصه نباشد، ابتدائاً کسی نمی‌تواند ذمه‌اش را مشغول به دیگری کند. در حقیقت سید خویی رحمته الله در اینجا دو بیان ارائه فرمودند، هرچند این دو بیان را در هم دمج کرده‌اند؛ بیان اول اینکه در ما نحن فيه اصلاً عقد صادق نیست؛ چون عقد ربط التزام طرفین است و در ما نحن فيه التزام از طرف واحد است. بیان دوم اینکه اشتغال ذمه، امری اختیاری نیست بلکه احتیاج به اسباب خاصه - یعنی تجارت، استیلاء، اتلاف و یا شرط در ضمن عقد - دارد. گویا می‌خواهند بفرمایند حتی اگر عقد هم صادق باشد، نسبت به اشتغال ذمه توسط عقد، مخصّص داریم که باید عقد تجاری باشد؛ نه هر عقدی.

خلاصه کلام سید خویی این شد که اصلاً در ما نحن فيه عقد صادق نیست و اگر هم عقد صادق باشد، کافی نیست چون تنها عقدی که بر آن تجارت صادق باشد، موجب اشتغال ذمه می‌شود، در نتیجه ضمان به نحو «ضمّ ذمه» قابل تصحیح نیست.

نظر مختار در شمول «اوفوا بالعقود» نسبت به ضمان مذکور

برای اینکه بتوان در ما نحن فيه تصمیم‌گیری کرد، باید ابتدا معنای «عقد» را بررسی کنیم. همان‌طور که در ابتدای مکاسب محرّمه توضیح دادیم، «عقد» در زبان عربی به معنای بستن است و بعید نیست ابتدا در

علی انه یوجب الملكية - فلا یحصل من دونها.

و الحاصل: ان إثبات اشتغال الذمة یحتاج الی الدلیل و هو مفقود فی غیر الدین حیث اقتضت أدلة الضمان الصحة فیها.

بستن فیزیکی استعمال می‌شده و بعداً توسعه داده شده و در بستن اعتباری هم استعمال شده است.

در کتاب *العین* خلیل بن احمد فراهیدی آمده است: «أَعْقَدْتُ العسل فأنَعَقَدْتُ»^۱؛ عسل را بستم؛ یعنی سفت و غلیظش کردم. و از این واضح‌تر در *الصحاح* آمده است: «عَقَدَ الرُّبُّ و غيره، أَى غَلَطٌ»^۲؛ رب بسته شد؛ یعنی غلیظ شد.

باز در کتاب *العین* آمده است: «عَقَدْتُ الحبل عقداً و نحوه فأنَعَقَدْتُ»؛ ریسمان را گره زد. و در *لسان العرب* آمده است: العقد نقيض الحل^۳؛ عقد، نقيض باز کردن است.

همچنین در اشعار عرب جاهلی که عربی خالص است، عقد به معنای بستن استعمال شده است؛ چه بستن فیزیکی و چه بستن اعتباری؛ مثلاً خنساء (خواهر زهیر بن ابی سلمی) در شعری می‌گوید:

«و لا يُعْنَى تَوَقَّى الموت شيئاً و لا عَقْدُ التَّمِيمِ و لا العَصَارِ»^۴؛

تحفظ و دور نگه‌داشتن خود از مرگ، هیچ اثری ندارد و نیز بستن حرزها، چشم زخم‌ها و سفال‌های سبز، اثری ندارد.

پس «عقد التمیم» به معنای بستن حرز به دست یا پای کسی است. در شعر دیگری آمده است:

۲. کتاب *العین*، ج ۱، ص ۱۴۰:

عَقَدْتُ الحبل عقداً، و نحوه فأنَعَقَدْتُ و العُقْدَةُ: موضع العَقْد من النظام و نحوه. و تَعَقَّدَ السحاب: إذا صار كأنه عَقْدٌ مضروب مبیني. و أَعْقَدْتُ العسل فأنَعَقَدْتُ.

۳. *الصحاح* - تاج اللغة و صحاح العربية، ج ۲، ص ۵۱۰:

عَقَدْتُ الحبل و البيع و العهد، فأنَعَقَدْتُ. و عَقَدَ الرُّبُّ و غيره، أَى غَلَطٌ، فهو عَقِيدٌ. و أَعْقَدْتُه أنا و عَقَدْتُه تَعْقِيداً. قال الكسائي: يقال للقطرانِ و الرُّبِّ و نحوه: أَعْقَدْتُه حَتَّى تَعَقَّدَ. و العُقْدَةُ بالضم: موضع العَقْدِ، و هو ما عَقِدَ عليه، يقال: جُبِرَتْ يَدُهُ على عُقْدَةٍ، أَى على عَظْمٍ.

۴. *لسان العرب*، ج ۳، ص ۲۹۶:

العقد: نقيض الحل؛ عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْداً و تَعَقَّدَا و عَقَدَهُ: أنشد ثعلب:

الحَيْرِ، تَعَقَّدُ التَّمَامِ

لا يَمْنَعُكَ، مِنْ بَعَاءِ

و اعتَقَدَهُ كَعَقَدَهُ؛ قال جرير:

و رِيّاً حَيْثُ تَعَقَّدُ الحِقَابَا

أَسْبِيلُهُ مَعْقِدِ السَّمْطَيْنِ مِنْهَا،

و قد انعقد و تعقد. و المعاقِدُ: مواضع العَقْد. و العَقِيدُ: المُعَاقِدُ. قال سيبويه: و قالوا هو مني مُعَقِدُ الإزار أَى بتلك المنزلة في القرب، فحذف و أوصل، و هو من الحروف المختصة التي أُجريت مُجْرَى غير المختصة لأنه كالمكان و إن لم يكن مكاناً، و إنما هو كالمثل، و قالوا للرجل إذا لم يكن عنده غناء: فلان لا يَعْقِدُ الحَبْلُ أَى أنه يَعْجِزُ عن هذا على هوائِهِ و خَفْتِهِ؛ قال:

تَعْلُقُ و تَعْقِدُ حَبْلَهَا المُتَحَلّاً

فإن تَقُلْ يا ظَنِي حَلّاً حَلّاً،

أَى تَجِدُ و تَشْتَمِرُ لِإِغْضَابِهِ و إِزْغَامِهِ حَتَّى كَأَنَّهَا تَعْقِدُ على نفسه الحبل. و العُقْدَةُ: حَجْمُ العَقْدِ، و الجمع عُقْدٌ. و خيوط معقّدة: شَدَدٌ للكثرة. و يقال: عقدت الحبل، فهو معقود، و كذلك العهد؛ و منه عُقْدَةُ النكاح؛ و انعقد عُقْدُ الحبل انعقاداً. و موضع العقد من الحبل: مُعَقِّدٌ، و جمعه معاقِد.

۵. شرح معلمات سبع، ج ۱، ص ۱۲۹.

«ترکنا من نساء بنی عقیل
ایامی تبتغی عُقدَ النکاح»؛

در بنی عقیل زن‌های بی‌شوهر وجود دارد که منتظر عقد نکاح هستند.

در شعر دیگر آمده است:

«کما امتنعت أولاد یقدم منکم
و کان لها وکثٌ من العقد محکم»؛

اولاد «یقدم» از شما امتناع کردند از کاری که باید انجام می‌دادند، در حالی که برای آنها پیمانی از جنس عقد بود که محکم بود.

اشعار دیگری هم قبلاً ذکر کردیم که می‌توان به همان مبحث رجوع کرد. به هر حال معلوم می‌شود عقد به معنای بستن است. گاهی این بستن فیزیکی است مانند اینکه دو ریسمان را به هم گره بزیم و گاهی بستن معنوی و غیر محسوس است، مانند عقد بیع، عقد نکاح و ...

عقد فیزیکی هم ممکن است یک طرف داشته باشد و ممکن است دو طرف داشته باشد. گاهی دو ریسمان جدا را به هم گره می‌زنیم که این عقد دو طرف دارد. اما گاهی یک طرف بیشتر ندارد مانند تمانمی که به دست یا پای بچه می‌بندند که عرفاً بستن یک طرفه است. عقد غیر محسوس هم چنین است؛ گاهی دو طرف دارد، به این معنا که التزام طرفین شبیه هم است، مانند عقد نکاح، عقد بیع و ... که یک التزام زوج دارد و زوجه هم التزامی شبیه به آن دارد. اما گاهی فقط یک طرف دارد، به این معنا که التزام طرفین شبیه هم و علیه ملتزم نیست - و الا اگر فقط یک طرف باشد، اصلاً عقد صادق نیست - مانند هبه که یک طرف ملتزم می‌شود چیزی را از ملکش خارج کند اما طرف دیگر فقط قبول می‌کند یا به تعبیر دیگر ملتزم می‌شود آن شیء داخل در ملکش شود، پس التزامی علیه او وجود ندارد بلکه «له» اوست.

ضمان در ما نحن فیه نیز چنین است؛ یعنی فقط التزام یک طرف علیه اوست و التزام طرف دیگر له او می‌باشد؛ چراکه علی الفرض ضامن، انشاء یا ایجاب کرده که ذمه‌اش مشغول به مضمون‌له باشد و مضمون‌له هم قبول کرده و ملتزم شده که التزام طرف دیگر را مالک باشد و حق استفاده از آن را داشته باشد، و همین اندازه کافی است که در ما نحن فیه «عقد» صادق باشد - نظیر تمانمی که به دست یا پا بسته می‌شود - . بنابراین در صدق عقد حتماً لازم نیست التزام از دو طرف وجود داشته باشد به این معنا که هر دو چیزی را علی النفس ملتزم شوند و مستقل به التزام باشند، بلکه اگر یک طرف التزامی داشته باشد که به نوعی مربوط به طرف دیگر است و طرف مقابل هم التزام او را ولو به نفع خودش بپذیرید، همین مقدار در صدق عقد کافی است، در نتیجه مانعی از شمول «اوفوا بالعقود» نسبت به چنین ضمانی وجود ندارد.

إن قلت: همان‌طور که سید خویی رحمته الله 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.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی