



## تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه سی‌ام؛ دوشنبه ۱۳۹۶/۹/۱۳

شیخ رحمته در ما نحن فیه سه تشبیه دیگر به بعض موارد ذکر می‌فرمایند که مشهور شیعه یا لا اقل عدّه قابل اعتنایی قائل هستند و در بعض موارد آن چه بسا بتوان گفت لاخلاف است که ضمان به معنای «ضم ذمه الی ذمه» است؛ نه به معنای «نقل ذمه».

تشبیه دوم شیخ رحمته آن است که ما نحن فیه در نزد شیعه مانند ضمان عهده عوضین برای هر یک از بایع یا مشتری است، کما اینکه فخر المحققین رحمته در *ایضاح الفوائد*<sup>۲</sup> ذکر کرده است. توضیح بیشتر اینکه: اگر مشتری شک داشته باشد که بایع، فضولی است و مبیع غیر را به او می‌فروشد و چه بسا بعداً مالک اجازه نکند و مبیع را از او بگیرد و بایع فضولی ثمن را به او بازنگرداند و یا اینکه مشتری احتمال بدهد بایع ظالم است و بعد از اینکه ثمن را تحویل گرفت، مبیع را تحویل ندهد و امثال این احتمالات، مشتری می‌تواند در چنین مواردی از بایع درخواست کند که مبیع را توسط شخص ثالث برای او ضمانت کند و یا خود فرد ثالث ابتدائاً و یا به درخواست مشتری ضمانت کند که اگر بایع ظالم بود، مبیع را از او بگیرد و تحویل دهد و یا در صورتی که مبیع مستحق للغیر بود، ثمن یا بدلش را به مشتری بدهد؛ چه از بایع بگیرد و به مشتری بدهد و چه خودش بدل را بدهد.

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۵۰۷:

و يمكن أن يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقة الجمهور؛ حيث إنه ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى، و ضمان عهدة العوضين لكلّ من البائع و المشتري عندنا كما في الإيضاح و ضمان الأعيان المضمونة على ما استقره في التذكرة و قوّاه في الإيضاح و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة.

این مسئله از جانب بایع هم قابل تصویر است؛ یعنی اگر بایع احتمال بدهد که مشتری فضولی است و ثمن غیر را تحویل او می‌دهد و یا احتمال دهد مشتری ظالم باشد و بعد از دریافت مبیع، ثمن را نپردازد، بایع می‌تواند درخواست کند که فرد ثالث، ثمن یا بدل آن را برای او ضمانت کند و یا اینکه شخص ثالث، مبیع را برای بایع ضمانت کند که اگر ثمن مستحق للغير بود، مبیع یا بدل آن را به بایع بپردازد.

در این موارد ضمانت به معنای «ضمّ ذمّة الی ذمّة» است؛ چراکه مثلاً با ضمانت مبیع توسط فرد ثالث، ضمانت مبیع از عهده بایع ساقط نمی‌شود، بلکه همچنان بایع وظیفه دارد که مبیع یا بدلش را - البته اگر معامله از باب «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» منفسخ نشود - به مشتری تحویل دهد. پس هم بایع ضامن است و هم فرد ثالث، و این دو ضمانت در عرض هم است منتها علی سبیل البدل؛ یعنی اگر یکی از این دو نفر، عین و یا بدل را به مشتری تحویل داد، حق مشتری ساقط می‌شود. همچنین اگر فرد ثالث ثمن را برای بایع ضمانت کرد، عهده مشتری از ضمانت ثمن بری نمی‌شود بلکه هر دو در عرض هم و علی سبیل البدل ضامن هستند. بنابراین ضمانت در این موارد به معنای «ضمّ ذمّة الی ذمّة» است؛ نه به معنای «نقل ذمّة الی ذمّة».

تشبیه دیگر اینکه ما نحن فیه مانند ضمانت اعیان مضمونه است. در بعض موارد، عینی که در دست شخصی است مضمون می‌باشد؛ یعنی اگر تلف شد باید بدلش را بدهد و اگر باقی باشد باید همان عین را برگرداند، مانند «مقبوض به عقد فاسد» - که در بحث «ما یضمن بصحیححه یضمن بفاسده» موارد آن را ذکر کردیم - و یا مانند عاریه‌ای که بالذات مضمونه است، مانند عاریه «ذهب و فضه» علی احتمال، و یا عاریه‌ای که به سبب شرط مضمونه شود، مانند اینکه کسی لباسی را عاریه بدهد و بر او شرط ضمانت کند، حال اگر در این موارد مالک یا معیر از مشتری یا مستعیر در خواست کند که شخص ثالثی متاع را برای او ضمانت کند، به این موارد اصطلاحاً ضمانت اعیان مضمونه می‌گویند که ضمانت در مورد آن به معنای «ضمّ ذمّة الی ذمّة» است؛ زیرا ضمانت عین هم بر عهده کسی است که عین در دستش است و هم با عقد خاصی بر عهده شخص ثالث است و ذمه هر دو در عرض هم، به مالک یا معیر مشغول است، البته علی سبیل البدل.

تشبیه چهارم اینکه ما نحن فیه نظیر ضمانت دو نفر از شخص واحد است، کما اینکه ابن حمزه در باب ضمانت فرموده است<sup>۳</sup> دو [یا چند] نفر می‌توانند ضامن یک نفر شوند؛ یعنی در باب ضمانت که به معنای «نقل

۳. الوسیلة الی نیل الفضیلة، ص ۲۸۱:

ذمّة الی ذمّة» است دو نفر مثلاً به زید بگویند آنچه را که در ذمّه عمرو طلبکار هستی، به ذمّه ما منتقل کن، یا به تعبیر دیگر ما ضامن او می‌شویم. در این صورت اگر طلبکار قبول کند، ذمّه بدهکار منتقل به ضامنین می‌شود. انتقال ذمه هم به دو نحو متصور است:

یا به نحو اشتراکی است؛ یعنی هر یک از دو ضامن، نصف دین را به ذمه می‌گیرند که این صورت مشکلی ندارد و شاهد برای ما نحن فیه نیست. صورت دوم اینکه هر کدام علی وجه الإستقلال، دین را به ذمه می‌گیرند؛ یعنی ضامن الف می‌گوید من تمام بدهی آن شخص را به ذمه می‌گیرم و ضامن ب هم می‌گوید من تمام بدهی او را به ذمه می‌گیرم، که در اینجا هم ضمان به معنای «ضم ذمّة الی ذمّة» است.

و اگر کسی شبهه کند که ضمان در اینجا به نحو اشتراک است نه به نحو استقلال، شیخ رحمته الله در جواب می‌فرماید: مرحوم فخرالمحققین و جناب شهید رحمته الله، از علامه رحمته الله نقل کرده‌اند که ایشان در درسشان، نفی منع از ضمان دو نفر علی وجه الاستقلال کرده‌اند.<sup>۴</sup>

بنابراین ضمان دو نفر برای شخص واحد، به معنای «ضمّ ذمّة الی ذمّة» است. بله، در اینجا «نقل ذمّة» هم وجود دارد، منتها نقل ذمه به دو نفر علی وجه الإستقلال است، لذا آن دو نفر در عرض هم ضامن هستند و هیچ فرقی با هم ندارند، البته همان‌طور که گفتیم، نقل علی سبیل البدل مراد است به این معنا که ذمه بدهکار بریء شده و ضامنین علی سبیل البدل متعهد به پرداخت بدهی او هستند. بدین جهت می‌توان گفت هرچند ضمان در این موارد به معنای «ضمّ ذمّة» است، اما با ضمان عامه فرق دارد؛ چراکه در نظر عامه، ذمه مضمون‌عنه بریء نمی‌شود اما در نزد شیعه، ذمه مضمون‌عنه بریء شده و آن دو ضامن هر یک علی وجه

---

و ینقسم قسمین آخرین ضمان انفراد و ضمان اشتراک. فضمن الانفراد ضمان جماعة عن واحد و يكون للمضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء علی الانفراد و علی الاجتماع. و ضمان اشتراک بالعکس من ذلك.

۴. *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، ج ۲، ص ۸۹:

أقول: قال ابن حمزة له مطالبة من شاء منهما علی الاجتماع و الانفراد، و قال ابن الجنید يرجع علی کل واحد بحصته علی عدد رؤسهم، و المصنف استشكل هذه المسئلة (فیحتمل) عنده البطلان لان عند معظم الأصحاب یمتنع انتقال کل المال الواحد الی کل واحد واحد من ذمم متعددة علی سبیل البدل دفعة بالضمان فیبطل هنا لاستحالة الترجیح من غیر مرجح (و یحتمل) ثبوت النصف فی ذمة کل واحد لارتفاع التصادم به کاختیار ابن الجنید و قال المصنف فی درسه فی امتناع الأول نظر لانه واقع فی العبادات کالواجب علی الکفاية و فی الأموال کالغاصب من الغاصب فلا ینافی الضمان و قد ضمن کل واحد فیثبت فی ذمته و یتخیر المضمون له (قالوا) یلزم اجتماع العلل علی معلول واحد إذا لعلة فی براءة ذمة المضمون عنه ضمان کل واحد (و أوجب) بأنها معرفات و بان براءة ذمته معلولة لعدم علة الثبوت و هی الأداء به مع عدم ضمان غیره و انتفاء عدم الكلی بوجود جزئیات کثیرة جائز.

الإستقلال ضامن هستند.<sup>٥</sup>

سپس شیخ رحمته الله از از بعض بزرگان نقل می کنند که نظیر این معنا (ضمّ ذمّة الى ذمّة) در عبادات، واجب کفایی است و در اموال، ضمان غاصبی است که مالی را از غاصب دیگری غصب می کند. مثلاً «تدفین میت مسلم» که واجب کفایی است، نظیر اشتغال ذمم متعدد به واحد است؛ چراکه بر همه مکلفین واجب است و اگر کسی متصدی تدفین نشود همه مکلفین عقاب می شوند، ولی اگر یک نفر به نحو صحیح از عهده آن برآید، از سایرین ساقط می شود. همچنین است دفاع از مرزهای مسلمین، تعلیم احکام، امر به معروف و نهی از منکر و.... . همچنین اگر غاصبی مالی را از غاصب دیگری غصب کند، در اینجا هم ضمان آن مال بر عهده هر دو است و به معنای «ضمّ ذمّة الى ذمّة» است نه «نقل ذمّة».<sup>٦</sup>

### بررسی رابطه ایادی متعاقبه با یکدیگر

شیخ رحمته الله می فرماید آنچه تا کنون بیان کردیم، مربوط به رابطه مالک با هر یک از ایادی عادیه بود. اما در

٥. این مطلب را تذکر دهیم که سید یزدی، سید خوبی و برخی دیگر قائل هستند که اصل «عقد ضمان» در فقه به معنای «نقل ذمّة الى ذمّة» است، منتها اگر قصد کنند که «ضمّ ذمّة الى ذمّة» باشد مانعی ندارد، هر چند برخی دیگر از جمله حضرت امام رحمته الله این را قبول ندارند.

✓ العروة الوثقى (للسید الیزدی)، ج ٢، ص ٧٧٦.

مسألة اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين ذهب إلى كل منهما جماعة والأقوى الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عينا ومثلها أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت. وذلك لعموم قوله ص: الزعيم غارم والعمومات العامة مثل قوله تعالى أوفوا بالعقود.

و دعوی آنه علی التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى و أيضا لا إشكال في أن الغاصب أيضا مكلف بالرد فيكون من ضم ذمة إلى أخرى و ليس من مذهبنا و علی الثاني يكون من ضمان ما لم يجب كما أنه علی الأول أيضا كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف مدفوعة بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح و كونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضي و لا دليل علی عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع و إن اشتهر في الألسن بل في جملة من الموارد حكموا بصحته و في جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع و أما ضمان الأعيان الغير المضمونة كمال المضاربة و الرهن و الوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفریط فلا خلاف بينهم في عدم صحته و الأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضا.

٦. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٠٧.

و قد حكى فخر الدين و الشهيد عن العلامة رحمه الله في درسه: أنه نفى المنع عن ضمان الاتنين على وجه الاستقلال، قال: و نظيره في العبادات: الواجب الكفائي، و في الأموال: الغاصب من الغاصب.

هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي.

٧. همان، ص ٥٠٨.

و أما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب في أن اللاحق إذا رجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أن السابق إذا رجع عليه و كان غازا للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له؛ فالمقصود

مورد رابطه سلسله ایادی عادیه با یکدیگر می‌گوییم: همان‌طور که قبلاً بیان کردیم، از ادله غرور و چه بسا از ادله دیگر استفاده می‌شود که در بعض موارد، سابق می‌تواند به لاحق که مبیع در نزد او تلف شده رجوع کند و در بعض موارد هم لاحق می‌تواند به سابقی که مبیع در دستش تلف شده و قرار ضمان بر عهده او بوده رجوع کند.

به تعبیر دیگر دو صورت در اینجا وجود دارد؛ گاهی بایع فضولی غار نیست مانند جایی که مشتری عالم به فضولیت باشد، در این صورت اگر مالک به سابق یعنی بایع فضولی رجوع کند، بایع باید غرامت را بپردازد اما می‌تواند به لاحق یعنی مشتری که مبیع در دست او تلف شده رجوع کند.

اما در صورتی که عنوان غار بر بایع صادق باشد، اگر مالک به مشتری رجوع کند که لاحق است، مشتری باید غرامت را بپردازد و می‌تواند به سابق که بایع فضولی است رجوع کند. اما در صورتی که مالک غرامت را از بایع گرفته باشد، دیگر بایع حق رجوع به مشتری را ندارد.

صورتی را که بایع غار باشد بررسی کردیم، اما اگر بایع غار نباشد و تلف در نزد لاحق اتفاق افتاده باشد، در این صورت باید بررسی کرد چرا قرار ضمان بر عهده لاحق است؛ به این معنا که اگر سابق بدل را پرداخت کرده باشد، حق رجوع به لاحق را دارد، اما اگر لاحق بدل را پرداخت کرده باشد، حق رجوع به سابق را ندارد، با اینکه در فرض مذکور، ید سابق و لاحق مساوی است<sup>۸</sup> و تلف آن شیء هم مستند به عمل لاحق نبوده بلکه سماوی بوده است.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی

---

بالکلام ما إذا لم یکن غاراً له.

فتقول: إن الوجه في رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدلاً، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل... .

۸. یعنی دلیل ضمان آنها بنا بر نظر مشهور مساوی است؛ چراکه بنا بر نظر مشهور، سابق و لاحق هر دو طبق قاعده «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ضامن هستند.