

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

تبیین جواب از اشکال بر کبری

عرض کردیم که گر چه اصل کبری، مورد خدشه شیخ(ره) و بسیاری از بزرگان قرار گرفته، اما به نظر می‌رسد کبری تمام است و خود «اقدام بر ضمان» يك سبب عقلایی است و شارع مقدس هم از سببیت اقدام برای ضمان، ردع نفرموده است.

اکنون برای تنقیح بیشتر، مقداری بیشتر راجع به کبری توضیح دهیم. کسی که مالی را به دیگری می‌دهد(دافع)، مالش را به دیگری می‌دهد و قابض، قبض می‌کند. ادعا این است که می‌گوییم «الدافع يملك عوض ما اقبضه»؛ این دافع، عوض(مثل یا قیمت) آنچه را که به قابض اقباض کرده، مالک می‌شود. - این بیانی که الان برای کبری می‌گوییم، بعداً در ما نحن فيه که بحث بیع فاسد است، مفید خواهد بود. - يك وقت کسی مالش را به دیگری بلا عوض و مجانی می‌دهد، مثلاً به او هبه می‌کند، هیچ اتفاق نمی‌افتد، مثل تمام موارد اباحه. اما گاهی کسی اقدام می‌کند بر اینکه در مقابل مالش، يك عوضی باشد، که ما از این تعبیر به «اقدام بر ضمان» می‌کنیم. این نکته را هم عرض کنم ممکن است وقتی به کلمات مراجعه کنید، گاهی اوقات بجای «قاعده اقدام»، به «قاعده تعویض» تعبیر کرده باشند؛ یعنی این که انسان مالش را در مقابل يك عوضی به دیگری می‌دهد. گاهی اوقات از «قاعده اقدام» به «قاعده تضمین» تعبیر کرده‌اند؛ یعنی این که مالش را بعنوان تضمین رد و بدل می‌کند، یعنی اینجا بحث مجانیت و بلا عوض بودن نیست.

اگر کسی مالش را بعنوان اینکه مالک عوض مالش شود، به دیگری داد، یعنی مالش را به دیگری می‌دهد، اما نه مجاناً، نه هبه و نه صدقه، بلکه مالش را به دیگری می‌دهد به قصد اینکه مالک عوض مالش شود، این مفاد «قاعده اقدام» است. وقتی می‌گوییم کسی اقدام بر ضمان می‌کند، تحلیلش به این بر می‌گردد که انسان مالش را به دیگری بدهد به قصد اینکه مالک عوض این مال شود. باز هم این را روشنتر بیان کنیم؛ معنای قاعده اقدام این است که مالک، ضمان مالش را اسقاط نکرده است، در باب اباحه و در باب هدیه، وقتی مالک مالش را برای دیگری مباح می‌کند، اباحه در حقیقت به این بر می‌گردد که مالک، ضمان این مال را اسقاط کرده است. وقتی کسی در منزلش، جلوی ما میوه گذاشت، ما این میوه را برداشتیم يك مقدارش را خوردیم و بقیه‌اش را نخوردیم، فرض کنیم بقیه‌اش را دیگری هم استفاده نمی‌کند، اینجا صاحبخانه نمی‌تواند بگوید تو نسبت به بقیه ضامن هستی، برای اینکه ضمان مال را اسقاط کرده است. حالا لفظ «أسقط ضمان المال» در کار نیست، اما روح اباحه به این بر می‌گردد. در مقابل اباحه؛ «اقدام» است، «اقدام» یعنی مالک، مالش را به دیگری می‌دهد به قصد اینکه مالک عوض شود، به قصد اینکه دیگری را ضامن این مالش کند.

لذا از «قاعده اقدام»، گاهی تعبیر به «قاعده تضمین» یا «قاعده تعویض» می‌شود. می‌خواستم این را عرض کنم که اگر ما برای اقدام بر ضمان این تحلیل و تقریر را بیان کنیم، بگوییم معنای «اقدام بر ضمان» این است که مالک، ضمان مالش را مالک شده

است، مالك نمي‌خواهد ضمان مالش را اسقاط كند و أساساً اصل اولي در اقدام هم همینطور است، اصل اولي در اقدام، در مقابل عوض است، در مقابل این است كه قابض، ضامن عوضش باشد، اصل اولي این است كه مسأله مجاني بودن هدیه، يك عنوان دیگری است. لذا این فرع فقهی مطرح است كه اگر کسی پولی را به انسان داده، انسان هم گرفته است؛ بعد اختلافشان می‌شود، آن گیرنده می‌گوید تو این را به من هبه کردی، دهنده می‌گوید من این را به تو قرض دادم و باید عوضش را به من بپردازي. این بحث یکی از مبانی این فرع می‌شود.

یعنی ما وقتی می‌گوییم اصل اولي این است كه انسان مالی را كه به دیگری دفع می‌كند، به قصد این است كه مالك عوض مال شود، اصل اولي این است كه انسان مالش را همینطوری به دیگری نمی‌دهد، مالی را كه به دیگری می‌دهد به قصد این است كه مالك عوضش شود. برای این كه ضمان را اسقاط كند، يك مؤونه‌ی اضافه می‌خواهد. من از قدیم این فرع را یادم هست، اما نمی‌دانم صاحب عروه در آن جا نظر شریفشان چیست، ولی به حسب صناعت فقهی باید همین حرف را زد كه اگر دو نفر نزاع کردند، یکی گفت من پول را قرض داده‌ام، دیگری گفت تو به عنوان هبه به من دادی، قول این کسی كه می‌گوید من قرض داده‌ام مقدم است؛ چون این مطابق با اصل است. اصل این است كه انسان مالش را كه به دیگری می‌دهد، در مقابل این است كه مالك عوض این مالش شود، كه می‌شود «قاعده اقدام» و «قاعده تضمین».

بررسی اشكال صفروی

و اما در صفري؛ اگر کسی کبری را منكر شد كه أصلاً دیگر جایی برای بحث صفروي نمی‌ماند. مرحوم شیخ انصاری(قده) اشكال صفروي هم کرده است و می‌فرماید چون در بیع چون تمام بحث این است كه ببینیم در بیع فاسد، آیا قاعده اقدام می‌تواند دلیل بر ضمان باشد، كه مالی كه به بیع فاسد گرفته شد، اگر در ید قابض بتلف سماوی تلف شد، آن ضامن است. دقت كنید؛ بحث اتلاف نیست؛ يك بیع فاسدی واقع شده، مقبوض در ید مشتری خود به خود تلف شد، زلزله آمد و این را از بین برد، این مشتری هم تقصیری ندارد، می‌خواهیم ببینیم آیا اینجا قاعده اقدام می‌تواند دلیل بر ضمان باشد یا نه؟

مرحوم شیخ(ره) می‌فرماید در عقد فاسد، اقدام بر ضمان خاص بوده است. یعنی بایع گفته من جنسی را می‌دهم، در مقابل هزار تومان، حالا كه جنس تلف شد، شما می‌گویید باید مثل یا قیمتش را بدهد كه ضمان واقعی است. بایع و مشتری كه اقدام بر ضمان واقعی كه عبارت از مثل و یا قیمت باشد، نکرده‌اند، بلکه اقدام بر ضمان خاص کرده‌اند. ضمان خاص را هم كه شارع ابطال کرده است، شارع گفته این ضمان خاص، یعنی این عوض المسمی، باطل است. پس این کنار می‌رود.

ضمان واقعی كه ضمان مثل یا قیمت است، طرفین برای آن اقدامی نکرده‌اند، لذا چطور بگوییم در اینجا در بیع فاسد، ضمان وجود دارد؟ امام(رض) در كتاب البیع، ج 1، ص 404 می‌فرماید: «فما هو أقدم علیه ضمان المسمی، لا مطلقاً، بل ضمانه في مقابل ملكية العين، و هو لا يقتضي أن يكون مقدماً على ضمان المسمی مع فساد المعاملة، فضلاً عن ضمان المثل أو القيمة»؛

اگر بفهمد كه این معامله فاسد است، حتی بر ضمان المسمی هم دیگر اقدام نکرده است. در تفصیل الشریعة، كتاب الاجارة، ص 331 والد ما(رض) در اشكال صفروي اینطور فرموده‌اند: «فلان الواضح أن الإقدام المتحقق في الخارج ليس إلا فرداً من الإقدام متعلقاً بالضمان الخاص ولا نظر للمتعاقدین إلى غیره أصلاً»؛ این ضمان در خارج، يك ضمان خاصی بوده است، يك فردی از ضمان بوده است، و متعاقدین نظری هم به غیر این ندارند. لذا مرحوم شیخ(ره) در اینجا این اشكال صفروي را هم دارند. ببینیم آیا این اشكال صفروي وارد است یا نه؟

کلام مرحوم آخوند(ره)

إن قلت و اشکالي که در بعضي از کلمات وجود دارد این است که در معامله دو اقدام وجود دارد، چه معامله‌ی صحیح و چه معامله‌ی فاسد. اقدام اول؛ اقدام بر اصل ضمان است، یعنی طرفین که کنار هم نشستند و می‌خواهند یک معامله‌ای کنند، هر دو می‌گویند ما مالمان را می‌دهیم، در مقابلش می‌خواهیم عوض بگیریم. اقدام بر اصل اینکه در اینجا یک ضمان و عوضی باشد. اقدام دوم؛ این که می‌گویند حالا این عوض را معین کنید. در عقد فاسد، این عوض فاسد است، وقتی این عوض، فاسد است، باقی می‌ماند اصل اقدام بر ضمان. یعنی اگر از این دو نفر سؤال کنیم که شما مالتان را همینطوری دادید؟ می‌گویند نه، ما مالمان را دادیم در مقابل عوض. دوم: این عوض را هم آمدم معین کردیم، حالا این معین بودنش و این عوض المسمی، چون عقد فاسد است، این عوض هم در اینجا فاسد است. اما چرا اصل اقدام بر ضمان از بین برود؟!

اشکال بر مرحوم آخوند(ره)

والد ما(رض) می‌فرمایند: «فدعوى ثبوت إقدام آخر على أصل الضمان في ضمن الإقدام على الضمان الخاص لا شاهد لها أصلاً»؛ ایشان فرموده‌اند اینکه ما بخواهیم بگوییم بر اصل ضمان اقدام شده است، شاهی ندارد. حالا این ادعا را چه کسی کرده است؟ محقق خراسانی(ره) این ادعا را کرده است. مرحوم آخوند(ره) در حاشیه مکاسب عبارتشان این است: «إنهما أقدما على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص و الشارع إنما لم يمتض الضمان الخاص لا أصله»؛ یعنی شارع ضمان خاص را امضاء نکرده است، اما اصل اقدام بر ضمان در اینجا باقی است.

اشکال والد ما(رض) این است که شاهی بر این معنا وجود ندارد که بگوییم در این معامله دو اقدام است: یکی اقدام بر اصل ضمان و یکی هم اقدام بر ضمان خاص. یک اشکال هم محقق اصفهانی(قده) بر آخوند(ره) کرده است، در حاشیه مکاسب، ج 1، ص 312: «المراد من الإقدام هو الإقدام العقدي، و الإقدام العقدي تسبیب قصدي لا قهري، و ليس المقدم عليه حينئذ إلا مصب العقد و مورد القصدي و هو التملك بالمسمى و أما انتزاع طبيعي الإقدام من اقدامه الخاص، و طبيعي التعويض من تعوضه الخاص، و طبيعي المعوض و العوض من العوضين المخصوصين، فطبیعیات انتزاعية بوجود مناشئ انتزاعها، لا أنها مورد العقد و مصبه القصدي»؛ محقق اصفهانی(ره) در مقابل این ادعای مرحوم آخوند(ره) که می‌فرمایند اقدام بر اصل ضمان وجود دارد، می‌گوید مراد از اقدام؛ اقدام عقدي است. اقدام عقدي هم یک امر تسبیبی و قصدي است و مقدم علیه مورد عقد است.

مورد عقد هم تملیک در مقابل عوض المسمی است. به آخوند(ره) می‌فرماید این که می‌گویید به نحو کلی، اقدام بر کلی ضمان، عنوان انتزاعی است، این مورد عقد نیست، مورد عقد همین ضمان در مقابل عوض المسمی است، تملیک در مقابل عوض المسمی است. پس در حقیقت تا این جا دو جواب از مرحوم آخوند(ره) داده شد: یک جواب، از محقق اصفهانی(ره) است که می‌فرماید مراد؛ اقدام معاملی و اقدام عقدي است، اقدام عقدي هم یک امر تسبیبی و قصدي است. امر تسبیبی و قصدي یعنی مورد اقدام همان مورد عقد است، مورد عقد، همان تملیک در مقابل مسمی است. اما ضمان کلی، یک عنوان کلی انتزاعی است که این کلی انتزاعی ربطی به مورد عقد ندارد. جواب دوم هم جواب والد ما(ره) است که ایشان یک جواب عرفی داده‌اند که می‌فرمایند شاهی بر این معنا وجود ندارد که بگوییم یک اقدام دومی به نام اقدام بر اصل ضمان وجود دارد.

جواب استاد از اشکال بر آخوند(ره)

آن تحلیلی که اول بحث امروز عرض کردیم، هم برای جواب از محقق اصفهانی(ره) و هم جواب از مرحوم والد ما(رض) مفید

است. ما اقدام را چه معنا می‌کنیم؟ چه کسی گفته ما اقدام را به اقدام معاملی معنا کنیم؟! نه، اقدام يك معنای وسیع‌تر از معامله دارد. أصلاً قاعده اقدام؛ یعنی این که انسان مالش را بدهد، در مقابلش مالك عوض مال شود. أصلاً از اول می‌گوییم اقدام معنایش این است. حالا این اقدام كلي آمده در ضمن اقدام معاملی واقع شده است، اما اقدام كلي معنایش این است که این اقدام کرده بر این که دیگری ضامن این مالش باشد، خودش هم ضامن مالی باشد که دیگری به این می‌دهد و اگر مسأله عوض المسمی در کار نبود، همین را می‌گوییم، می‌گوییم عرفاً این جنسی که داده، می‌خواهد يك عوضی داشته باشد. در باب اجاره فاسد، اگر به کسی گفتیم که شما بیا اینجا از صبح تا مغرب کار کن، حالا بعد معلوم شده که این اجاره، اجاره فاسد بوده است، معنای اجاره فاسد این است که این اجرت المثل ندارد، اما حالا که اجرت المثل ندارد، معنایش این است که بگوییم این اقدام کرد بر این که کارش بلا عوض باشد و یا از اول این اجیر اقدام کرده که يك عوضی در مقابل کارش بگیرد؟

می‌خواهم این را عرض کنم که ما با تحلیلی که از اقدام می‌کنیم، می‌گوییم اینکه خیلی‌ها قاعده اقدام را کبرویاً و صغرویاً منکر شده‌اند برای این است که این تحلیل را در اینجا نکرده‌اند. ما می‌گوییم اقدام بر ضمان به این بر می‌گردد که انسان مالش را می‌دهد در مقابل این که مالك عوض این مال شود. به حسب اصل اولی می‌خواهد مالك عوض واقعی هم بشود، فکر می‌کند این عوض واقعی هم در همین ضمن عوض المسمی است و إلا جنسی که ده هزار تومان ارزش دارد، اگر بخواهد به هزار تومان بفروشد و به او بگویند این ده هزار تومان ارزش دارد، هیچ وقت هزار تومان نمی‌فروشد. غالباً عوض المسمی به عنوان این که جای عوض واقعی نشسته، قرار داده می‌شود. پس ما اگر گفتیم عوض المسمی باطل است چون عقد باطل است، اصل ضمان در اینجا باقی است. به نظر ما فرمایش مرحوم آخوند(ره) که ایشان می‌فرماید با باطل شدن ضمان المسمی و عوض المسمی، اقدام بر اصل ضمان باقی است، فرمایش تامی است و اشکال محقق اصفهانی(ره) و مرحوم والد ما(رض) بر ایشان وارد نیست.

و صلى الله على سيدنا محمد و آله اجمعين.