

بسم الله الرحمن الرحيم

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

چکیده بحث گذشته

بحث در دلیل عکس قاعده بود، که چه دلیلی بر «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» هست؟ بعد از دلیل «اولویت»، أدله‌ی استیمان را مطرح کردیم. ملاحظه فرمودید بر کلام مرحوم شیخ(ره)، اشکالاتی وارد است، که برخی از آنها را عرض کردیم.

مرحوم آخوند(ره) نیز در حاشیه مکاسب، همان اشکال را که ما عرض کردیم، دارند. ملاحظه کردید که مرحوم شیخ(ره) فرمود در باب هبه فاسده، ما از فحوا و اولویت ادله استیمان وارد می‌شویم؛ به این بیان که در موردی که کسی دیگری را امین برای حفظ مالش قرار می‌دهد، اگر در آن مورد، مال تلف شود، ضامن نیست، در هبه‌ی فاسده که تسلیط مطلق مجانی هست، به طریق اولی نباید ضمان باشد. ما در اشکال بر شیخ(ره) عرض کردیم این اولویت درست نیست، برای اینکه فرض این است که این هبه، هبه فاسده است، و اگر هبه فاسده شد، تسلیط مطلق واقع نشده است.

اشکال مرحوم آخوند(ره) بر کلام مرحوم شیخ(ره)

عین همین اشکال، در کلام مرحوم آخوند(ره) هم آمده است. ایشان هم می‌فرمایند «أنّ عدم الضمان فی مورد الاستیمان لمكان الملائمة بينهما بالوجدان، و ليس كذلك فی الهبة الفاسدة، إذ ليس التملیک الغير المؤثر بالإضافة إلی عدم الضمان كذلك، فلا مساواة فضلا عن الفحوى» □

عدم ضمان در جایی که استیمان وجود دارد، در جایی که کسی دیگری را امین برای مالش قرار داده، این برای این است که بین این دو نفر ملائمت و توافق وجود دارد. معنایش هم این است که اگر حالا خود به خود هم تلف شد، ضمانی هم نباشد. اما در هبه فاسده اینطور نیست، هبه چون فاسده است این تملیک، غیر مؤثر است، لذا مثل استیمان نیست.

پس أصلاً مساواتی بین هبه‌ی فاسده و بین استیمان نیست، تا چه رسد به فحوا و اولویت. وقتی به حاشیه محقق اصفهانی(ره) مراجعه می‌کنیم، انصاف این است که ایشان از ابتدا کلام مرحوم شیخ(ره) را به نحو دیگری تفسیر می‌کند و بعد از آن تفسیری که برای کلام مرحوم شیخ(ره) کرده، این اشکالات آخوند(رض) را هم ذکر می‌کند و می‌فرماید بر اساس آن تفسیری که ما برای کلام شیخ(ره) کردیم، این اشکال مرحوم آخوند(ره) هم اشکال واردی نیست. لذا برای اینکه این کلام محقق اصفهانی(ره) هم کلام دقیقی است، ما مجدداً عبارات شیخ(ره) را با بیان محقق اصفهانی(ره) بیان کنیم ببینیم آیا این بیان محقق اصفهانی(ره) برای کلام شیخ(ره) صحیح است یا خیر؟ پس ترتیب بحث این شد که مجدداً برمی‌گردیم به همان اولویت که عرض کردم این

دلیل دوم که ادله استیمان است، این مرتبط به همان دلیل اول است و با **إِنْ قُلْتَ وَ قُلْتَ**، مرحوم شیخ (ره) وارد ادله استیمان می‌شود.

قبل از ذکر کلام محقق اصفهانی (ره) این نکته را عرض کنیم، دیروز عرض کردیم شیخ (ره) می‌فرماید **«ما خرج به العقود الصحيحة»** آنچه که عقود صحیح، به وسیله آن از **«علی الید»** خارج می‌شود. منتها کدام عقود صحیح؛ عقود صحیح‌ای که در آن عوض وجود ندارد، تضمین وجود ندارد. شیخ (ره) می‌فرماید همان دلیلی که مخرج عقود صحیح‌ای این چنینی است، همان دلیل هم عقود فاسده‌ای این چنینی را از **«علی الید»** خارج می‌کند.

آن وقت نکته‌ای اینجا این است که در صدر عبارت، شیخ (ره) می‌فرماید **«عموم ما دل علی من لم یضمنه المالك»**؛ عموم آن ادله‌ای که دلالت دارد بر اینکه جایی که مالک مالی را به انسان بدهد و آن غیر را ضامن نکند، آن وقت برای **«ما لم یضمنه المالك»** چهار پنج مصداق ذکر کرده است؛ هبه، عاریه، وکالت، ودیعه، اینها از مواردی است که **«لم یضمنه المالك»**، منتها در وکالت، مراد وکالت بالاجرة است. به کسی می‌گوید تو وکیل من شو، این کار را بدون اجرت برای من انجام بده. اما وقتی مرحوم شیخ (ره) وارد می‌شود و تفسیر مسأله را بیان می‌کند، در آخر می‌فرماید **«فاحاصل ما دل علی عدم ضمان المستأمن»**؛ این معنایش این است آن جمله‌ای هم که شیخ (ره) ابتدا مطرح کرده **«ما لم یضمنه المالك»** مراد همین ادله استیمان است، و إلا ما در فقه یک دلیلی عامی که دلالت کند بر **«ما لم یضمنه المالك فلیس بضامن»** نداریم.

ما در فقه ادله استیمان را داریم، از ادله‌ای استیمان این مطلب در می‌آید که **«الامین لا یضمن»**، اما اینکه بگوییم دلیلی داریم به این عنوان **«ما لم یضمنه المالك فهو غیر ضامن»**، چنین دلیلی نداریم. لذا به قرینه ذیل عبارت، آن عبارت اول هم که دارد **«ما لم یضمنه المالك»**؛ مراد ادله استیمان است. عجیب این است که محقق اصفهانی (ره) وقتی می‌خواهد این عبارت را توضیح دهد **«عموم ما دل علی من لم یضمنه المالك»**، بجای آن عبارت، می‌فرماید **«عموم ما دل علی أن من استأمنه المالك»**. حالا چه این باشد و چه نباشد، مراد شیخ (ره) ادله استیمان است. یعنی ما یک دلیلی که بنحو عام بگوید اگر مالک، مالش را در اختیار دیگری قرار داد و دیگری را ضامن نکرد، اینجا لیس بضامن. ما چنین دلیل عامی در روایات و ادله نداریم، آنچه که وجود دارد؛ ادله استیمان است. حالا با توجه به این نکته می‌خواهیم یک اشاره‌ای کنیم به آنچه که محقق اصفهانی (ره) از کلام شیخ (ره) فهمیده است.

بیان محقق اصفهانی (ره) نسبت به کلام شیخ (ره)

محقق اصفهانی (ره) از همان دلیل **«اولویت»** شروع می‌کند. شیخ طوسی (ره) فرمود اگر عقد صحیح، اقتضای ضمان نکند، فکیف بفاسده؟ پس بطریق اولی عقد فاسد نباید اقتضای ضمان کند. ایشان از کلام شیخ انصاری (ره) استفاده می‌کند که شیخ انصاری (ره) می‌خواهد بفرماید سبب ضمان؛ یا اقدام است یا امضاء است. منشأ اقدام؛ مالک است، اقدامی که مالک انجام می‌دهد، یا امضایی که شارع انجام می‌دهد. اقدام به مالک بر می‌گردد و امضا به شارع. در اقدام بر بیع، می‌گویید خود مالک اقدام می‌کند، می‌گوید من جنسم را می‌فروشم به شرطی که برای آن عوض قرار دهی. این می‌شود ضمان معاملی.

در باب إتلاف، شارع ضمان را امضا کرده، لذا سبب ضمان؛ یا اقدام من ناحیه المالك است، یا امضاء من ناحیه الشارع است. بعد می‌گوید عقد صحیحی که در آن اقدام مضمّن نباشد، امضای مضمّن هم نیست. یعنی اگر در یک عقد صحیحی، اقدام بر ضمان نبود، مثل هبه، انسان مالش را هبه می‌کند بلا عوض، در هبه، اقدام مضمّن نیست. می‌گوید هر جا اقدام مضمّن نباشد، امضای مضمّن هم نیست، یعنی شارع نمی‌آید بگوید من این عقد را امضا می‌کنم بشرط اینکه ضمان باشد. تا اینجا در عقد صحیح بود، پس در عقد صحیح که مثل هبه، اقدام مضمّن نیست، امضای مضمّن هم نیست. بعد می‌فرماید عقد فاسد، در آن طبیعت با عقد صحیح اتحاد دارد. در عقد فاسد می‌گویید هبه فاسده، در صحیح می‌گویید هبه صحیح، هر دو در آن کلی و

در آن طبیعی اتحاد دارند. اگر در کلی و طبیعی اتحاد داشتند، نتیجه این می‌شود همانطور که در عقد صحیح، اقدام مضمن نیست، امضا مضمن نیست.

پس در فاسد هم نه اقدام مضمن است، نه امضای مضمن است. منتها در فاسد که می‌گوییم امضا مضمن نیست، از باب سالبه به انتفاء موضوع است، یعنی شارع اصلاً امضا نکرده است، اما می‌گوییم امضای مضمن وجود ندارد. همانطور که در عقد صحیح اقدام مضمن نیست، امضای مضمن نیست، در عقد فاسد هم نه اقدام مضمن است، برای اینکه فرض این است که عوض وجود ندارد، نه امضای مضمن است، بنحو سالبه به انتفاء موضوع است.

لذا محقق اصفهانی(ره) می‌گوید اینکه می‌گوییم «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» برای این است؛ همان علتی که علت برای عدم ضمان است، این علت هم در عقد صحیح وجود دارد و هم در عقد فاسد؛ و اگر عقد صحیح و فاسد در علت مشترک شدند، در معلول هم باید مشترک باشند. سپس به کلام شیخ طوسی(ره) می‌پردازد. اولین نکته‌ای که محقق اصفهانی(ره) می‌فرماید این است که شیخ طوسی(ره) اصلاً نمی‌خواهد اولویت را بگوید. شیخ طوسی(ره) که می‌گوید اگر در عقد صحیح، ضمان نیست، در فاسد هم ضمان نیست، فکیف بفاسده؛ این «کیف»، «کیف تعجب» است، نه «کیف اولویت».

یعنی اگر کسی بخواهد بگوید در فاسد ضمان هست، جای تعجب دارد، برای اینکه فاسد و صحیح در علت با یکدیگر مشترک هستند، دو چیز که در علت مشترک بودند، باید در معلول هم با یکدیگر مشترک باشند. اگر بخواهیم بگوییم در معلول اشتراک ندارند، این جای تعجب دارد. محقق اصفهانی(ره) می‌فرماید ظاهر عبارت شیخ طوسی(ره) که می‌گوید اگر در صحیح ضمان نباشد فکیف بفاسده؛ مرادش فاسد از همان عقد صحیح است، یعنی اگر در هبه صحیح ضمان نبود، در هبه فاسده هم ضمان نیست، اما می‌فرمایند توضیحی که شیخ انصاری(ره) برای اولویت داده، یک توضیح دیگری است.

شیخ انصاری(ره) نمی‌آید بگوید هبه‌ی فاسده در عدم ضمان، اولی از هبه صحیح است، بلکه می‌گوید اگر در عقود صحیح‌های که یضمن بصحیحه، ضمان در آنجا باشد، اما در فاسدش نباشد، در فاسد از این عقد صحیحی که در صحیحش ضمان نیست، بطریق اولی است. یعنی شیخ انصاری(ره) مقایسه می‌کند بین فاسد از عقد صحیحی که در آن صحیح، ضمان نیست، اما نمی‌آید فاسد را با خود این صحیح مقایسه کند، بلکه این فاسد را با فاسد عقد صحیحی که در آن صحیح ضمان هست، مقایسه می‌کند و می‌گوید اگر در فاسد عقد صحیحی که یضمن، اگر در آن فاسد ضمان نباشد، بطریق اولی در فاسد از صحیحی که ضمان نیست، نباید ضمان باشد. بین این دو فاسدها مقایسه کرده است.

عبارت محقق اصفهانی(ره) این است: «فإذا كان فاسد ما یضمن بصحیحه مع ترقّب الضمان منه لكونه علی طبع صحیحه لا یقتضی الضمان، ففاسد ما لا یضمن بصحیحه الذی لا یترقّب منه الضمان بوجه لعدم الاقدام و عدم الإمضاء أولى»؛ ایشان می‌فرماید شیخ انصاری(ره) آمده بین این دو فاسدها نسبت سنجی کرده، می‌گوید اگر فاسد عقد صحیحی که در آن ضمان هست، اگر کسی بگوید در فاسد آن ضمان نیست، در فاسد این عقدی که در صحیحش ضمان نیست بطریق اولی نباید ضمان باشد. برای اینکه در این فاسد نه اقدام وجود دارد و نه امضا وجود دارد. بعد محقق اصفهانی(ره) می‌فرماید این توجیه شیخ(ره) با ظاهر عبارت شیخ طوسی(ره) سازگاری ندارد. ظاهر عبارت شیخ طوسی(ره) این است که می‌خواهد هبه‌ی فاسده را با هبه صحیح مقایسه کند، می‌گوید اگر در هبه‌ی صحیح، ضمان نیست، در فاسدش بطریق اولی نیست.

توضیح مرحوم شیخ انصاری(ره) بین هبه فاسده است و مثلاً بین بیع فاسد، اولویت را اینطوری بیان می‌کند. لذا محقق اصفهانی(ره) بعداً می‌گوید ما باید طوری عبارت شیخ انصاری(ره) را توجیه کنیم تا بین این توضیح ایشان و اصل کلام شیخ طوسی(ره) یک ارتباط روشنی باشد. توجیهش هم این است که می‌گوید مسأله را ببریم روی طبیعی صحیح و طبیعی فاسد، یعنی بگوییم شیخ انصاری(ره) (اعلی الله مقامه الشریف) می‌خواهد بفرماید اگر طبیعی عقد صحیح، اقتضای ضمان نداشته باشد، طبیعی عقد فاسد بطریق اولی اقتضای ضمان ندارد. این توجیه را برای کلام شیخ انصاری(ره) بیان می‌کند.

تا می‌رسد به مسأله این قلت که تقریباً اول بحث دیروز ما بود و ما توضیح دادیم و بیانی که ایشان برای این قلت دارد، همین است. بعد از اینکه آن بیان گذشته را می‌کند، می‌گوید مستشکل می‌گوید جناب شیخ انصاری(ره)! شما گفتید سبب ضمان منحصر است در اقدام و امضا؛ ولی یک سبب سومی هم برای ضمان وجود دارد، و آن «علی الید» است، «علی الید»، نه اقدام است و نه امضا است. از این «علی الید»، عقود صحیحی که در آنها عوض وجود ندارد، مثل هبه‌ی صحیح، عاریه، ودیعه و امانت، خارج شده است، اما بقیه داخل در «علی الید» است. از جمله عقود فاسده‌ی از همین نوع از عقود، یعنی هبه فاسده، امانت فاسده، ودیعه فاسده، وکالت فاسده، اینها باید داخل در «علی الید» باشد و شیخ(ره) در جواب از این قلت می‌فرماید همان أدله‌ای که مخرج هبه صحیح، وکالت صحیح و عاریه صحیح است، همان أدله؛ مخرج هبه فاسده، وکالت فاسده و عاریه فاسده است.

ایشان اسم آنرا می‌گذارند «ادله‌ی استیمان». آنگاه اینجا محقق اصفهانی(ره) شاهکار خودش را می‌خواهد نشان دهد و آن این است می‌فرماید این استیمانی که شیخ انصاری(ره) می‌گوید، با آن استیمان اصطلاحی در فقه ما فرق دارد. این استیمان؛ یعنی استیمان مالکی، استیمان مالکی یعنی «تسلیط الغیر علی المال عن الرضا من دون عوض»؛ یعنی اگر کسی غیر را بر مال خودش مسلط کرد با رضایت خودش، بدون عوض، این استیمان مالکی است. اما استیمان فقهی و امانت فقهی جایی است که من مالم را به دیگری می‌دهم و می‌گویم حفظش کن و نگهدار، امانت پیش تو باشد، و یک روزی هم می‌آیم می‌گیرم.

اما این استیمان مالکی، یک معنای عامی دارد، شامل هبه، عاریه، وکالت و ودیعه می‌شود. می‌فرماید مراد شیخ(ره) از استیمان؛ «أنَّ المراد من الاستیمان المالکی لیس هو الاستنابة فی الحفظ، فإنَّه لا شیء من العقود کذلک إلَّا الودیعة، بل المراد منه هو التسلیط عن الرضا و عدم کون التسلیط بلا إذن منه حتی تکنون یده عادیة، و ما ذکره رحمه الله من التسلیطات المجانیة کلها کذلک» □

استیمان در حفظ، فقط در مورد ودیعه است. این چهار تسلیط را که شیخ(ره) ذکر کرد، تملیک بلا عوض، انتفاع از مال، وکالت و اجرت بلا عوض، عمل بلا عوض، عمل بلا اجرت و یکی هم همین حفظ مال، تمام اینها از این قبیل است. حالا اینها را برای چه ذکر کردیم؟ اینها را برای این ذکر کردیم که محقق اصفهانی(ره) می‌گوید جناب استاد ما؛ مرحوم آخوند خراسانی(ره) که آمد بر اولویت شیخ(ره) اشکال کرد که اولویتی نیست، و أصلاً مساواتی هم وجود ندارد، محقق اصفهانی(ره) می‌فرماید این اشکال شما زمانی وارد است که مراد از این استیمان در کلام شیخ(ره)، همین امانت باشد، اما اگر مرادش استیمان بمعنای عام باشد، یعنی تسلیط غیر بر مال عن الرضا بلا عوض، اینجا اولویت در جای خودش ثابت است.

این خلاصه کلام محقق اصفهانی(ره) است. فقط در اینجا اشکالی که وجود دارد، آن «علی من لم یضمنه المالك» است که اول عبارت شیخ(ره) است، آخرش دارد «ادله عدم ضمان مستأمن». اگر ما بخواهیم معنای عامی را که محقق اصفهانی(ره) فرموده در اینجا قرار دهیم، ما هیچ دلیلی که دال بر این عام باشد نداریم. یعنی این استیمان عامی که ایشان بیان می‌کند، یک روایتی که بگوید اگر یک تسلیط باشد از روی رضا مطلقاً، حالا تملیک بلا عوض باشد، انتفاع باشد، همه اقسامی که گفتید، اینجا ضمان وجود ندارد، در اینجا چنین دلیل عامی نداریم. حالا در عبارات شیخ(ره) دقت کنید ببینید آیا این بیانی که محقق اصفهانی(ره) کرده، مرحوم آخوند(ره) هم شاگرد بلا واسطه شیخ بوده، آخوند(ره) از عبارت شیخ چنین استظهاری نکرده که مراد از استیمان، معنای عامی است، اما محقق اصفهانی(ره) اینطور بیان کرده است. ببینید این بیان درست است یا نه؟

و صلی الله علی سیدنا محمد و آله اجمعین.