

بسم الله الرحمن الرحيم

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

خلاصه بحث گذشته

بحث به اینجا رسید که اگر ما شك كنيم يك شيئي عنوان مثلي دارد يا قيمتي؟ و يا شك كنيم آنچه که بر ذمه آمده مثل است يا قيمت؟ سه صورت براي شك وجود دارد به نحو شبهه‌ي مفهوميه يا به نحو شبهه‌ي مصداقيه يا به آن نحو شق سوم، که قدر مشترك بين اين موارد ثلاثه اين است که ببينيم آنچه که بر ذمه آمده مثل است يا قيمت؟ آیا يك اصل عملي که مشخص کند چه چيزي بر ذمه آمده (مثل يا قيمت) وجود دارد يا خير؟ عرض کردیم که هيچ فقيهي در صدد برنيامده که با يك اصل عملي بگويد «هذا مثلي» يا «هذا قيمتي» اصلي که ما در موارد شك بگويد آیا اين شيء مشکوک مثلي است يا قيمتي، نداريم و هيچ فقيهي به دنبال اين مطلب نبوده است آنچه که هست اين است که در موارد شك ببينيم ذمه‌ي ما به چه چيزي اشتغال پيدا مي‌کند؟ آیا به مثل آن مال تالف اشتغال پيدا مي‌کند يا به قيمت آن؟ اینجا مرحوم شيخ انصاري (اعلي الله مقامه الشريف) چهار نظريه را بيان فرموده است: نخست، که در موارد شك مثل بر ذمه مي‌آيد. دوم، که بگوئيم قيمت بر ذمه مي‌آيد. سوم، مالک مخير است، چهارم، ضامن مخير است. ضامن مخير است مثل را پردازد يا قيمت را؟ در کلمات ديگران غير از اين چهار قول، دو قول ديگر هم مطرح است: نخست تصالح قهري يعني بايد اجبار بر مصالحه‌شان کرد، حاکم شرع اينها را مجبور کند که خودشان مصالحه کنند و دوم قرعه است، که در چنين موردی ببايند از راه قرعه استفاده کنند. لذا مجموعاً شش قول در اینجا وجود دارد.

ادامه بحث؛ دیدگاه شيخ انصاري در شك در مثلي و قيمتي

مرحوم شيخ در ابتدا مي‌فرمايند «لا يبعد» که ما بگوئيم ضامن مخير است اگر ضامن قيمت آن شيء تلف شده را داد، شك مي‌کنيم که آیا زائد بر آنچه که داده، بر ذمه‌ي او هست يا نه؟ اینجا نسبت به آن زائد برائت جاري مي‌کنيم، که در نتيجه مسئله‌ي تخيير ضامن مسئله‌ي اقل و اکثر مي‌شود و بيان اجمالي اقل و اکثر اين است که اگر بخواهد قيمت را بدهد اقل مي‌شود و اگر قيمت بعلاوه‌ي خصوصيات صنفيه و نوعيه را بدهد يعني همان مثل را پردازد اکثر مي‌شود. حالا اگر ضامن قيمت را داد و ما شك كنيم زائد بر اين ماليت و قيمت آیا بر ذمه‌ي ضامن هست يا نه؟ اینجا مسئله از باب اقل و اکثر بوده و در اکثر برائت جاري مي‌کنيم. مرحوم شيخ مي‌فرمايد اگر کسي بگويد در «ما نحن فيه» اجماع داريم بر اينکه ضامن تخيير ندارد، ما مي‌گوئيم مالک مخير است مثل يا قيمت را بگيرد. دو دليل اقامه مي‌کنند بر تخيير مالک، چرا مالک مخير است؟ دليل اول اين است که اگر ضامن آمد «أحد الامرین» از مثل يا قيمت را داد، اما چيزي را داد که مالک راضي نيست، شك مي‌کنيم ذمه‌ي اين ضامن بري شده يا نه؟ اگر ضامن چيزي را پردازد که «لا يرضي به المالك» مالک راضي به آن نيست، شك مي‌کند ذمه‌ي ضامن بري شده يا نه؟ اصل، عدم برائت ذمه است. دليل دوم اين است که وقتي دليل ضمان را - که علي اليد است - ملاحظه کنيم، علي اليد مي‌گويد بايد خود عين را بدهد و ضمان برطرف نمي‌شود مگر اينکه عين را بدهد، از اين عموم علي اليد يك مورد استثناء شده که

اگر مالک راضی شود به جای عین، مثل را بدهد و یا به جای مثل، قیمت را بدهد، که در این صورت اشکالی ندارد. حتی در آنجایی که مال موجود است اگر مالک گفت اگر می‌خواهی این مال پیشت باشد و پولش را به من بدهی اشکالی ندارد، تو بخواهی این مال پیش تو باشد و مثلش را به من بدهی اشکالی ندارد.

در مرحله‌ی سوم شیخ می‌فرماید از اول می‌گوییم مالک مخیر است، چون در مرحله‌ی دوم تخیر مالک را مبتنی کردند بر اینکه اجماع باشد بر عدم تخیر ضامن، فرمود اگر اجماع باشد بر اینکه ضامن مخیر نیست، ما بگوئیم نوبت به تخیر مالک برسد، در این مرحله‌ی سوم می‌فرمایند ما کاری نداریم که بخواهد اجماعی هم باشد یا نباشد! از اول قاعده مسئله‌ی تخیر مالک را مطرح می‌کند، زیرا اینجا شک در مکلف به است، این شخص مال دیگری را غصب کرده و این مال از بین رفته، اینجا ذمه‌ی ضامن مشغول است، هر چه را که ضامن بدهد اگر مالک به آن راضی نباشد هنوز اشتغال ذمه وجود دارد. اشتغال ذمه اقتضاء می‌کند بگوئیم مالک به آنچه که راضی می‌شود ذمه‌ی ضامن بری می‌شود. مرحوم شیخ دو مطلب دیگر دارند؛ یکی با «نعم، ممکن آن یقال» و یکی هم با «لا یمکن أن یقال». با «نعم یمکن أن یقال» می‌فرمایند اگر یک کسی بگوید ما برای اینکه بگوئیم ضامن مخیر است یا مالک مخیر است، اولاً دلیلی بر ترجیح أحد القولین نداریم. و ثانیاً اجماع داریم بر اینکه خود مالک مخیر نیست، می‌فرمایند روی این دو پایه: (1) بگوئیم برای تخیر مالک یا ضمن دلیل هیچ یک تخیر بر دیگری ندارد، یک دلیل می‌گوید ضامن مخیر است و دلیلی می‌گوید مالک مخیر است، اگر مسئله را بر روی اقل و اکثر، ضامن مخیر است و اگر روی اشتغال ببریم مالک مخیر است. می‌فرماید این دو تا را کنار بگذاریم. (2) بگوئیم اجماعی در مسئله وجود دارد بر اینکه مالک مخیر نیست. این دو مسئله را اینجا لحاظ کنیم می‌فرمایند ما باید از باب دوران بین المحذورین مسئله‌ی تخیر را مطرح کنیم، اینجا دوران بین المحذورین است. محذورین کدامند؟ یک: «تعیین المثل بحیث لا یكون للمالك مطالبة القيمة» بیائیم از یک طرف بگوئیم مثل متعین است.

یعنی اینکه مالک حق مطالبه‌ی قیمت را ندارد، ضامن هم حق امتناع از مثل ندارد. دو: «تعیین القيمة كذلك» یعنی به طوری که بگوئیم مالک حق مطالبه‌ی مثل ندارد و ضامن هم حق امتناع از قیمت ندارد، لذا دوران بین المحذورین است و اینکه دوران بین المحذورین است، امکان برائت وجود ندارد، «عند التشاح» ضامن می‌گوید آنچه بر ذمه‌ام آمده می‌خواهم بدهم، مالک می‌گوید آنچه حقم هست می‌خواهم بگیرم، هیچ یک هم حاضر به تراضی و مصالحه نیستند، پس برائت امکان ندارد، برائت که در دوران بین المحذورین امکان نداشت نوبت به تخیر می‌رسد، اینجا باید مسئله‌ی تخیر در اداء را مطرح کنیم، منتهی می‌فرمایند «فهر من باب تخیر المجتهد فی الفتوی» این از باب تخیر مجتهد در فتواست، اگر در یک جا دو خبر متعارض باشند و هیچ یک ترجیحی بر دیگری نداشته باشند و مجتهد بخواهد به أحد الخبرین عمل کند، از باب تخیر در عمل به أحد الخبرین است، یعنی تخیر واقعی در اینجا نیست، آن قول اول که ما می‌گوئیم ضامن مخیر است، تخیر واقعی بود. آن قول دوم که می‌گفتیم مالک مخیر است تخیر واقعی بود، اما این تخیری که مرحوم شیخ در آخر به آن می‌رسد یک تخیر ظاهری است، تخیر در مقام اداست. اینکه دوران بین المحذورین است و ضامن باید یکی از این دو را بدهد، با آن قول اول فرق دارد؛ در قول اول می‌گفتیم ضامن مخیر است بنا به تخیر واقعی. اما در اینجا تخیر ظاهری مطرح بوده و از باب دوران بین المحذورین است، البته در پایان مرحوم شیخ می‌فرماید: «فتأمل [1]» که در توضیح آن محشین مکاسب فرمودند بین ما نحن فیه و بین مسئله‌ی تخیر مجتهد در خبر متعارضین فرق وجود دارد؛ در باب اخبار دو مسلک است: نخست اینکه حجیت خبر از باب سببیت باشد، دوم اینکه حجیتش از باب طریقت باشد، اگر قائل شدیم حجیت خبر از باب سببیت است، مسئله از باب تراحم می‌شود، مجتهد از باب تراحم باید احد الخبرین را أخذ کند، اما اگر از باب طریقت شد مجتهد بر طبق دلیل خاصی که وجود دارد فتوی می‌دهد.

شارع دو خبر را حجت قرار داده و پذیرفته‌ایم که حجیت خبر واحد به جهت طریقت است، در این صورت اخبار علاجیه اینجا که با هم تعارض دارند یکی را اختیار کن یعنی خاص وجود دارد در باب خبرین متعارضین، اما آن دلیل خاص که مربوط به خبرین متعارضین است، شاهد ما نحن فیه نمی‌شود. لذا نمی‌شود تخیر مجتهد در خبرین متعارضین را در ما نحن فیه آورد. به عبارت دیگر در آنجایی که خبرین متعارضین است، مسئله‌ی دوران بین محذورین مطرح نیست که مجتهد مخیر باشد بلکه یا از

باب موضوعیت و سببیت و یا از باب طریقت وارد می‌شویم، پس مرحوم شیخ با «نعم، ممکن أن یقال» به این نتیجه رسید که بالأخره ضامن در مقام اداء از باب دوران بین محذورین مخیر است. ایشان در ادامه با «لا ممکن أن یقال» می‌فرماید «القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات و الامانات المفرط فيها الضمان بالمثل» آن قاعده‌ای که از اطلاقات ضمان در باب مغصوبات و امانات استفاده می‌شود ضمان به مثل است، قاعده از این ادله‌ی ضمانات این است که باید عین را بدهد، اگر عین را نداد، آنچه اقرب به تالف است بدهد و اقرب به تالف هم مثل است. بعد نوبت به قیمت می‌رسد. [2] پس محصل نظریه‌ی مرحوم شیخ انصاری این است که با قطع نظر از اطلاقات ادله‌ی ضمان ضامن مخیر است و تخییر ضامن از باب دوران بین المحذورین است، اما در آخر شیخ می‌فرماید چون ما اطلاقات ادله‌ی ضمان را داریم، از این اطلاقات استفاده می‌کنیم اقرب به تالف باید داده شود، لذا شیخ می‌فرماید اصلاً نیاز نداریم به اینکه ما اصل عملی را مطرح کنیم، در موارد شک به همین اطلاقات و ادله تمسک می‌کنیم.

اشکالات مرحوم اصفهانی به کلام شیخ انصاری

مرحوم محقق اصفهانی در حاشیه‌ی مکاسب اول نظریه‌ی خود را بیان کرده و بعد روی قسمت قسمت های کلام مرحوم شیخ اشکالاتی را ذکر کرده است؛ آنجایی که شیخ فرموده ضامن مخیر است، دلیلی که آورده را رد کرده و آنجایی که گفته مالک مخیر است نیز دلیلی که آورده رد کرده است. ما قبل از اینکه تحقیق مرحوم اصفهانی را ببینیم، اشکالاتی که ایشان بر کلام شیخ دارد را بیان و بررسی می‌کنیم. محقق اصفهانی می‌فرماید اینکه شیخ مسئله‌ی تخییر ضامن را مطرح کرد «یتوقف علی دعوی اجماع علی عدم وجوب دفعهما معاً» ما باید یک اجماعی داشته باشیم بر اینکه دفع - نه تملیک - هر دو (مثل و قیمت) با هم به مالک، برای اینکه مالک خودش یکی را اختیار کند واجب نباشد، «و عدم وجوب رفع المالك يده عنهم» باید بگوئیم اجماع داریم بر اینکه اینطور نیست که بر مالک رفع ید از هر دو واجب باشد، اگر ما اجماع داشتیم بر اینکه بر ضامن دفع هر دو واجب نیست و بر مالک رفع ید از هر دو واجب نیست، می‌فرماید «فیکون دليلاً علی عدم وجوب تحصیل البراءة الیقینیه التي لا تحصل إلا بدفعهما معاً» آن وقت نتیجه این می‌شود که در «ما نحن فيه» برائت یقینیه لازم نیست. راه برائت یقینیه منحصر به این است که هم مثل و هم قیمت را در اختیار مالک قرار بدهد و مالک خودش یکی از اینها را اختیار کند. پس مرحوم اصفهانی می‌فرماید این مطلب مرحوم شیخ که مسئله‌ی تخییر ضامن باشد (البته دیگر اشاره‌ای نمی‌کنند این تخییر ضامن است که در اول شیخ مطرح کرد یا تخییر ضامن است که در آخر شیخ قائل شد، اما این بیان مربوط به هر دوی اینهاست) متوقف بر این مطلب است که ما بگوئیم اجماع داریم بر اینکه بر ضامن دفع هر دو واجب نیست و اجماع داریم بر اینکه رفع ید مالک از هر دو واجب نیست. اگر چنین اجماعی باشد نتیجه‌اش این است که تحصیل برائت یقینیه واجب نیست، اگر تحصیل برائت یقینیه واجب نشد این نتیجه می‌شود که ضامن مخیر است.

اما بعد مرحوم اصفهانی می‌فرماید ما قبول داریم اجماع مسلم است بر عدم وجوب دفعهما و اینکه بگوئیم هر دوی اینها را باید به مالک عرضه کنی تا او یکی را اختیار کند، چون آن مالی که تلف شده یک مال است و مال واحد وقتی تلف می‌شود یک بدل هم بیشتر لازم ندارد، یک مال از مالک در دست این ضامن تلف شده، پس یک بدل می‌خواهد اگر یک مال تلف بشود حتی در مقام دفع - نه تملیک - اینکه بگوئیم دو مال به مالک بدهد، وجهی ندارد، بعد مرحوم اصفهانی می‌فرماید ما این را قبول داریم، می‌فرمایند در اینکه اجماع وجود دارد علی عدم وجوب دفعهما معاً این روشن است و بحثی نیست. اما می‌فرمایند این اجماع علی الواقعیات، یعنی یک امر حقیقی واقعی است، چون در واقع یک مال تلف شده باید یک مال بدهد، دو مال تلف نشده که بخواهد دو مال بدهد، می‌فرماید آنچه در اینجا نافع است این است که شما یک اجماعی بیاورید بر عدم وجوب احتیاط، در اینجا که ضامن نمی‌داند باید مثل را بدهد یا قیمت؟ اگر شما بخواهید تخییر ضامن را اثبات کنید، باید یک اجماعی بر عدم وجوب احتیاط داشته باشید، اگر چنین اجماعی بود کشف از این می‌کند که برائت یقینی لازم نیست و می‌فرمایند ما چنین اجماعی را در مسئله نداریم. پس خلاصه؛ مرحوم اصفهانی اول کلام شیخ را روشن کرد که تخییر ضامن روی این اجماع است، روی این اجماع درست است که

ضامن مخير است ولي مي فرمايد اين اجماع بر واقعييت است وفايده ندارد. مفيد اين است كه فقها در چنين موردي اجماع بر عدم وجوب احتياط داشته باشند و حال آن كه چنين اجماعي در كار نيست، لذا قول به تخيير ضامن وجهي ندارد [3]. راجع به تخيير مالك هم مرحوم اصفهاني ابتدا تقريب مي كنند كه چرا شيخ مسئله ي تخيير مالك را بيان کرده و بعد همين را هم مورد اشكال قرار مي دهند كه در نتيجه هم تخيير ضامن و هم تخيير مالك مورد اشكال واقع مي شود.

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين

[1] ر. ك: السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، حاشية المكاسب، ج1، ص 97.

[2] . «ولا يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته عما زاد علي ما يختاره فان فرض اجماع علي خلافه فالأصل تخيير المالك لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضي به المالك مضافاً إلي عموم «علي اليد ما أخذت حتي تؤدي» فإن مقتضاه عدم إرتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر والأقوي تخيير المالك من أول الأمر لإصالة الاشتغال والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع. نعم يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الاقوال والى اجماع علي عدم تخيير المالك التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين أعني تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع وتعيين القيمة كذلك فلا متيقن في البين ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوي، فتأمل هذا ولكن يمكن أن يقال إن القاعدة المتسفاة من اطلاقات الضمان في المصوبات والأمانات المفرط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل لأنه أقرب إلي التالف من حيث المالية والصفات ثم بعده قيمة التاليف من النقدين وشبههما لأنهما أقرب من حيث المالية لأن ما عداهما يلاحظ مساواته للتألف بعد إرجاعه إليهما» الشيخ مرتضي الأنصاري، كتاب المكاسب، ج3، صص 216 و 217.

[3] . محمد حسين الإصفهاني، حاشية كتاب المكاسب، ج1، صص 359 و 360.