

بسم الله الرحمن الرحيم

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

دیگاه مرحوم صاحب جواهر

بحث رسید به کلام مرحوم صاحب جواهر (اعلی الله مقامه الشریف) و باید کلام ایشان را هم در این بحث ملاحظه کنیم و تحقیق در مطلب را ان شاء الله روشن کنیم. باید ببینیم نظر صاحب جواهر در این سه فرض چیست؟ چون مجموعاً در ما نحن فيه سه فرض وجود دارد، فرض اول آنجایی است که اگر کسی مالی را غصب کند و بعد در او يك صفتی حادث شود و سپس زائل شود و بعد از آن همان صفت مجدداً حادث شود که صفت متجدده عین همان صفت حادثه‌ای اول باشد، مثلاً عیدی را غصب کرده، این عبد بعداً کتابت را یاد گرفته و یا در پیش مالکش هم کتابت را بلد بوده، در نزد این غاصب این کتابت از عبد زائل شد اما بعد از زوال مجدداً این کتابت محقق شد. قبلاً کتابت داشت کاتب بود، «ثم زال ثم تذکر» که در این فرض اول می‌گوئیم این صفت متجدده عین همان اولی است.

فرض دوم در جایی است که این صفت متجدده عین اولی نیست و مثل اولی است، این عیدی که از این مالک غصب کرده چاق بوده و در ید این غاصب لاغر شد، قبل از اینکه این را دوباره به مالک رد کند چاق شد، که این سمین بودن (این صفت عائده و متجدده) مثل اولی است، بالآخره این چاقی عین اولی نیست. در مثال فرض قبلی می‌گفتیم دو مرتبه کتابت را یاد گرفت و همان است و غیر از آن نیست، اما در این فرض دوم مثل آن است. آن وقت محلّ کلام این است که هم در فرض اول و هم در فرض دوم، اختلافی از نظر قیمت به وجود نمی‌آید، این عبد کاتب بوده هزار تومان پولش بوده و کتابت را یادش رفته و شده پانصد تومان و مجدداً کتابت را یاد گرفته و باز قیمتش هزار تومان است. در اینجا هم چاق بوده هزار تومان، لاغر شده پانصد تومان، مجدداً چاق شده دوباره هزار تومان شده است. و **فرض سوم** آنجایی است که این صفت عائده غیر از او باشد، يك عیدی هزار تومان بوده به خاطر چاقی‌اش، بعد در دست این غاصب لاغر می‌شود و پانصد تومان می‌شود و بعد مثلاً يك حرفه‌ای را یاد می‌گیرد، به خاطر اینکه این حرفه را یاد می‌گیرد، الآن قیمتش می‌شود هزار تومان، که این صفت عائده غیر از آن صفت حادثه است. صفت حادثه سمین بودن است که زائل شده و صفت دیگری غیر از آن صفت حادثه در او به وجود آمده است. بحث در اینجا در این سه فرض باید یکی یکی بررسی کنیم:

فرض اول [1]

در فرض اول صاحب جواهر می‌فرماید ضمانی وجود ندارد، وقتی کلمات دیگران را هم ملاحظه می‌کنیم ظاهراً در این فرض اول يك اتفاقی در کار باشد، اگر يك عیدی کاتب بود یا در ید غاصب کاتب شد، بعد کتابت زائل شد، بعد مجدداً کاتب شد، یعنی اینجایی که صفت متجدده عین همان صفت اولی است ضمانی در کار نیست. یعنی کسی نمی‌تواند بگوید وقتی کاتب بود هزار تومان ارزش داشت، این وقتی ناصی شد پانصد تومانش از بین رفت، اینجا پانصد تومان بر عهده‌ی غاصب می‌آید، دوباره کاتب

شده ولو قیمتش الآن هزار تومان شده، ولي وقتي مي‌خواهد اين عبد را به مالکش رد کند، علاوه بر اینکه عبد کاتب را رد مي‌کند، بايد پانصد تومان هم رد کند، آنهایی که مسئله‌ي ضمان را مي‌گویند اينطور تصوير مي‌کنند، مي‌گویند اینجا علاوه بر اینکه بايد عبد کاتب را رد کند، مابه التفاوت کاتب و نسیان که در يك زمانی واقع شد، وقتي که کاتب بود و بعد شد ناصي، همان موقع پانصد تومان بر ذمه‌ي اين غاصب آمد و الآن بايد اين را رد کند.

اینجا صاحب جواهر مي‌فرماید لا ضمان، چهار دليل هم برایش مي‌آورد؛

(1) دليل اول اصل است، اصل عدم ضمان است، اصلاً خود ضمان يك مطلبي است که اگر شك کنیم، شما وقتي مي‌گوئيد برائت، در کتاب برائت و اصاله البرائة بحث برائت را مي‌خوانيد، بحث برائت منحصر به حکم تکليفي نيست، اگر نسبت به يك حکم وضعي هم شك کردید، مثل ضمان؛ شك مي‌کنيد آیا ضمان در اینجا هست يا نه؟ اصل برائت از ضمان است، يا برائت بگوئيم يا عدم اشتغال ذمه، بگوئيم قبلاً که ذمه‌اش مشغول نبود و حالا هم ذمه‌اش مشغول نباشد.

اگر ما مسئله را به استصحاب برگردانيم، در استصحاب تغيير موضوع ايجاد شده، آن زمانی که اين کاتب بود و بعد از کتابت ناصي شد، فرض اين است که يقين داريم ضمان آمده، ضمان الآن آمد، يك نقصاني در اين عبد حادث شد که اين نقصان مضمون علي الغاصب، منتهي بحث در اين است که اينکه مجدداً کاتب شده، اين کتابت بعدي آیا جبران او را مي‌کند يا نه؟ بحث ما بحث در حدوث ضمان نيست که ببائيم به اصل تمسك کنیم بگوئيم اصل عدم ضمان است براي اینکه ضمان مسلم است، نقصاني واقع شد، مي‌خواهيم ببينيم آیا به وسيله‌ي اين حدوث کتابت مجدداً جبران مي‌شود يا نه؟ پس اینجا ما نمي‌توانيم به اصل تمسك کنیم.

(2) دليل دوم که صاحب جواهر آورده، که اين دليل خيلي خوبي است مي‌فرمايد صدق الاداء لما أخذ، غايت حديث علي اليد، علي اليد ما أخذت حتي تؤديه اینجا وجود دارد، غايت در اینجا هست. غايت که وجود دارد ديگر ضماني وجود ندارد چون مي‌گويد اداء رافع ضمان است، اینجا الآن وقتي عبد را رد کرده، عبد کاتب را رد کرده، پس صدق الاداء مي‌کند، که اين تعبير در کلمات امام (رضوان الله عليه) هم آمده. قبلاً عرض کرديم امام مي‌فرمايد وقتي اين عين مغبوبه را رد مي‌کند زوال عيب عوداً للحالة السابقة باشد، عرفاً بگویند اگر اين اولاً کاتب بود حالا هم کاتب است، اگر عرفاً عوداً للحالة السابقة باشد ضماني در کار نيست، در همان کتاب البيع جلد 1 صفحه 609، وقتي اين تفصيل را قبول مي‌کنند، دليلي که برایش مي‌آورند همين است، مي‌فرمايد براي اینکه در اینجا غايت قاعده‌ي علي اليد حاصل است.

(3) دليل سومي که صاحب جواهر مي‌آورد، قاعده‌ي لاضرر است، ما اگر در اینجا بخواهيم بگوئيم اين آدم غاصب عين عبد را رد مي‌کند، آن کتابت اولي هم در آن حادث شده، زائد بر اين بايد يك بولي هم بدهد به عنوان ضمان اینکه يك زمانی که کتابت را يادش رفته اين ضرر بر غاصب است، قاعده‌ي لاضرر در اینجا جريان پيدا مي‌کند و اين وجوب العرش را برمي‌دارد.

(4) دليل چهارمي هم صاحب جواهر اشاره کرده که شايد يك مقدار براي آقايمان تازگي داشته باشد و آن اینکه مي‌فرمايد «الظالم لا يظلم» نبايد به ظالم ظلم شود، يعني اگر يك کسي ظالم شد، الغاصب ظالمٌ حالا که ظالم است، ديگران هم بايد به او ظلم کنند؟ لا يظلم، يعني به مقدار ظلمي که کرده بايد مجازات شود، اما زائد بر مقدار ظلم نبايد باشد. يك کسي سيلي زد به گوش ديگري، اين ظالم به همين مقدار است، حالا او بخواهد دو سيلي به گوش اين بزند ظلم بر اين است.

تطبيقش بر ما نحن فيه اين است که بگوئيم کسي که يك عبد کاتب را غضب کرده، الآن آنچه که بر او واجب است اینکه يك عبد کاتب را برگرداند، حالا بگوئيم عبد کاتب را بياورد و يك مابه التفاوت هم بياورد، اين ما به التفاوت ظلم است، ما به التفاوت زائد بر اینکه خود عبد را کاتباً رد کند هذا ظلمٌ، بگوئيد اين شبهه اصلاً شبهه‌ي مصداقيه است و از کجا اين ظلم است؟ مي‌خواهند بگویند اين عرفي است، عرف اين را ظلم مي‌داند و مي‌گويد يك عبدي اين آدم از تو دزديده بود که کاتب بود، حالا ولو يك مدتي

کتابت را یادش رفت و قیمتش پائین آمد ولی دو مرتبه این کتابتش برگشته و الآن شما بیشتر از این حق نداری. البته این مطلب را صاحب جواهر در چند سطر بعد دارد که می‌فرماید حتی آنجایی که عیدی کاتب است و غاصب او را غصب می‌کند، بعد این کتابت زائل می‌شود، وقتی او را به مالک رد می‌کند، عبد ناصی را رد می‌کند، مالک می‌گوید این ناصی است پس عرش هم به من بده، عرش هم از او می‌گیرد، صاحب جواهر می‌گوید اگر عند المالک دو مرتبه کتابتش برگشت، مالک باید این عرشی که گرفته به این غاصب برگرداند، آنجا هم به همین قاعده‌ی «الظالم لا یظلم» تمسک می‌کند.

عبارتی که در آنجا دارد، حالا می‌خواستیم اینجا به عنوان احتمال دوم بگوئیم، می‌گوید «إنه ضرر علی الغاصب منفي بالقاعدة فإن الظالم لا یظلم» یعنی الظالم لا یظلم را یکی از فروع لا ضرر می‌گیرد، به عنوان تقریباً تفریع بر لا ضرر مطرح می‌کند، اما در اینجا نه، این الظالم لا یظلم را به عنوان تفریع بر لا ضرر نمی‌گیرد، به عنوان یک دلیل جدا می‌گیرد، حالا اینجا دقت کنیم ببینیم می‌توانیم دلیل جدا قرار بدهیم یا نه؟ بگوئیم فرض کنیم ما چیزی به نام لا ضرر نداریم، با وجود اختلافات فراوانی هم که در قاعده لا ضرر وجود دارد که پنج مبنا در تفسیر قاعده‌ی لا ضرر وجود دارد که ما یک وقتی در همین بحث کتاب البیع هم دو سه بار تکرار کردیم و به این مبانی اشاره کردیم.

بگوئیم خود همین، یک قاعده‌ای است، خود اینکه بگوئیم در ارتکاز نوع مردم این است که ظالم من جهة أنه ظالم پس باید خودش هم مورد ظلم واقع شود، کما اینکه در باب قطع می‌گویند «القاتل مقتول» قاتل بالأخره کشته خواهد شد، بگوئیم در مورد ظالم هم ممکن است در ذهن مردم این باشد که اگر یک کسی ظالم است شما هم به او ظلم کنید، یعنی اگر کسی حق مردم را می‌خورد شما هم حقوقش را چند برابر بخورید و به او ظلم کنید. بحث ضرر نیست که ما بیائیم بگوئیم قاعده‌ی لا ضرر در اینجا می‌آید او را برمی‌دارد، خود این یک قاعده‌ای بشود که الظالم لا یظلم، بگوئیم در شریعت ما به دست آوردیم که مذاق شارع این است که اگر یک کسی هم ظالم است من حیث إنه ظالم، فقط به اندازه‌ی ظلمی که کرده باید مجازات بشود، اما زائد بر او نباید مجازات بشود.

به نظر ما این مطلب خوبی است، ما این را یک قاعده‌ی جدایی بگیریم از فروع لا ضرر قرار ندهیم، نگوئیم لا ضرر می‌گوید به هیچ کس نباید ضرر برسد نه ظالم و نه غیر ظالم.

نکته: یک نکته ای را سال گذشته گفتیم و آن این است که ما در فقه قاعده اصطیادی را قبول نداریم، مستند قاعده باید آیه یا روایت و یا سیره عقلایی باشد، بگوئیم از چند مورد اصلاً چیزی به نام قاعده اصطیادی که امروز در السنه‌ی فقها خیلی رایج است که می‌گویند هذه قاعدة اصطیادی، این را قبول نداریم. روی مبنای مشهور، می‌گویند ما تمام مواردی که شارع مجازات معین کرده، همه را که بررسی کنیم این را از دلش در می‌آوریم که الظالم لا یظلم، ظالم باید به اندازه‌ی ظلمش مجازات شود و زائد بر آن نباید به او ظلم شود، لذا در اینجا هم همینطور است، روی مبنای مشهور درست است.

علی‌ای حال نتیجه این می‌شود که این الظالم لا یظلم ارتباطی به لا ضرر ندارد، این خودش یک دلیل مستقلاً می‌تواند باشد در کنار لا ضرر.

اگر مستندش اینها را قرار دادیم قاعده‌ی اصطیادیه نیست، ولی ما عرض کردیم با قطع نظر از اینها از مذاق شرع هم می‌شود استفاده کرد، مذاق شرع همه جا بر این است که افراد به مقدار ظلمی که کردند مجازات بشوند و زائد بر آن مجازات نشوند. از اینها می‌شود استفاده کرد که شارع در جایی که مجازاتی را در دنیا وضع کرده، این باید به مقدار ظلمی که کرده باشد.

ما خواستیم بگوئیم الظالم لا یظلم را هم به عنوان یک قاعده‌ی فقهی داشته باشید. ولو دو جور عبارت در جواهر آمده اما می‌شود از صاحب جواهر هم استفاده کرد که این به عنوان یک قاعده‌ی فقهی است، حالا یک بررسی بفرمایید در کلمات دیگر صاحب جواهر ببینید در جای دیگر روی این الظالم لا یظلم را استدلال کرده یا نه؟

فرض دوم را که فردا می‌خواهیم بحث کنیم مسئله‌ی چاقی است، عیدی چاق بوده، یا چاق شده، بعد چاقی‌اش زائل شده و مجدداً

چاق شده، از کلمات امام(رضوان الله عليه) و بعض دیگر از فقها استفاده مي شود اينجا ضمان هست ولي باز صاحب جواهر در اينجا قائل به اين است که ضمان نيست، شهيد ثاني در مسالك قائل به اين است که ضمان هست، باز اينجا صاحب جواهر خودش يك قاعده فقهي جديدي دو مرتبه ارائه مي دهد که فردا عرض مي کنيم.

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين

[1] لو زادت القيمة لزيادة صفة كانت في يد المالك أو تجددت عند الغاصب ثم زالت تلك الصفة ثم عادت الصفة بعينها كما لو كانت كاتباً فنسي ثم تذكر، أو ذا صنعة كذلك و عادت القيمة بعودها لم يضمن قيمة الزيادة التالفة، لأنها انجبرت بالثانية فكأنها لم تزل، على أن ملاحظتها مع الموجودة حال التلف غير معقولة، ضرورة كونه بمنزلة ملاحظتها مرتين، إذ ليست هي إلا صفة واحدة، و المتجددة ليس غيرها على وجه تضم معها. اللهم إلا أن يراد ضم مقدار النقص السابق مع القيمة حال التلف، كما أنه يدفعه مع العين لو ردها. و على كل حال فلا ضمان، للأصل و صدق الأداء لما أخذ حتى على المعنى الذي ذكرناه سابقاً، و قاعدة نفي الضرر و أن الظالم لا يظلم و غير ذلك نعم لو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت لعدم الجابر حينئذ للنقص الفائت، بل لعل الأمر كذلك فيما إذا لم يكن العائد عين الأول، كالسمن الذي تعقبه هزال ثم السمن على وجه عادت القيمة بالسمن الأول، بحيث لو لوحظ الأول و الحادث لم يبلغ (لم يتجاوز خ ل) القيمة المزبورة و إن كان السمن المتجدد من الله تعالى شأنه و ليس هو السمن الأول، إلا أنه لما كان فرض ملاحظته مع الأول لا يزيد في قيمة العين - بل إما القيمة واحدة أو ينقصها - لم يكن وجه لضمان الفائت الذي هو على هذا التقدير ليس بفائت» جواهر الكلام، ج 37، صص 170 و 171.