

بسم الله الرحمن الرحيم

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

خلاصه بحث گذشته

بحث در بیان صاحب جواهر (اعلی الله مقامه الشریف) بود، عرض کردیم مجموعاً در کلمات صاحب جواهر سه فرض در ما نحن فيه مطرح می‌شود؛ فرض اول را دیروز بحث کردیم و روشن شد و تقریباً عرض کردیم این مخالف هم ندارد که اگر صفت متجدده عین آن صفت حادثه‌ای اولیه باشد اینجا ضمانی در کار نیست، اگر عیدی را که گرفته این عبد کاتب بوده، بعد کتابت زائل شده و بعد مجدداً کتابت حادث شده، این صفت متجدده عین آن صفت اول است. اینجا وجهی برای ضمان نیست و از آن چهار دلیلی که صاحب جواهر مطرح کردند غیر از دلیل اول که به اصل تمسک کرده بودند عرض کردیم سه دلیل دیگر درست است.

نکته مهمی که در بحث دیروز بود «الظالم لا یظلم» است که عرض کردم در کلام صاحب جواهر است و در جای دیگر سراغ ندارم و این به عنوان یک قاعده فقهی مستقل است که فروعاً زیادی بر آن مترتب می‌شود.

ادامه بحث: فرض دوم [1]

فرض دوم در جایی است که این صفت متجدده‌ای عائده عین صفت اول نیست اما مثل آن است. حیوانی را غصب کرده و این حیوان چاق شده، مثلاً گوسفند آن زمانی که غصب کرده 30 کیلو بوده و بعد شده 35 کیلو، بعد دوباره پنج کیلو لاغر شده و 30 کیلو شده، باز مجدداً این چاقی زیاد شده و شده 35 کیلو، الآن با همان 35 کیلو به مالک رد می‌کند، آیا اینجا همین مقدار کافی است بگوئیم این همان است و مثل آن است، و چون مثل آن هست کافی است، یا اینکه اینجا ضمان وجود دارد. شهید در مسالك بیان می‌کند که در اینجا دو قول وجود دارد و اظهر قولین را ضمان قرار می‌دهد و دلیل افرادی مثل شهید ثانی برای ضمان چیست؟ دلیل این است که این يك صفت جدیده‌ای است که هبة من الله و حادثه فی ملك المالك، این ربطی به آن صفت قبلی ندارد، آن صفت قبلی در دست این غاصب زائل شده، همان زمانی که زائل شده ضمان آمده، ما دلیلی برای رفع این ضمان نداریم اولاً، این صفتی هم که حادث شده هبة من الله تجدّد فی ملك المالك ولو مثل قبلی است اما مجرد در مماثلت، سبب نمی‌شود که آن ضمان نسبت به قبل از بین برود، این فرمایش شهید ثانی است.

اشکالی که صاحب جواهر در اینجا اولاً به مرحوم شهید دارد و بعد از این اشکال يك قاعده‌ای کلی را در باب ضمانات ابداع می‌کند، اشکال این است: الآن که مجدداً چاق شده آن قیمت فائده دوباره برگشت، به اندازه پنج کیلو قیمتش کم شده بود و دو مرتبه پنج کیلو چاق شد و شد همان قیمت زمان چاق بودنش، چون قیمت همان قیمت است و از نظر قیمت تغییری نکرده، لذا وجهی ندارد که ما بیائیم مسئله ضمان را مطرح کنیم. يك استدراکی می‌کنند و از این استدراك کم‌کم وارد ذکر این قاعده

می‌شوند، می‌فرمایند اگر ما فرض کنیم آن صفت تالفه الآن اگر موجود بود موجب ازدیاد قیمت می‌شد، اگر فرض کنیم آن صفت تالفه با این صفت عائده، الآن اگر موجود بود، موجب ازدیاد قیمت می‌شد اینجا ضمان در کار است. می‌فرمایند «لو فرض زیادة القيمة بملاحظة التالف مع الموجود» یعنی الآن فرض کنیم آن تالف با این صفتی که الآن موجود است اینجا موجب ازدیاد قیمت شود و بعد شروع می‌کنند به ابداع این قاعده، که قبل از اینکه این را عرض کنم، فقیه در سیر فقه‌ای خودش و وقتی که قوت فقه‌ای پیدا می‌کند، می‌تواند قاعده‌ای را کشف کند، این قواعد فقهی که ما داریم از اول اینطور به صورت کلی و مدون و مستقل در کتب نیامده بوده، کم‌کم خود فقها کاشف این قواعد بودند که ما در خیلی از این قواعد گفتیم، مثلاً قاعده‌ی «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» شما به کتب قدما که مراجعه کنید به عنوان يك قاعده‌ی فقهی به آن تمسك نکردند، مواردی بوده تمسك شده بعداً فقها گفتند که این خودش يك ضابطه است، حالا صاحب جواهر می‌فرماید «فكل صفة ذاهبة» در مال مغضوب اگر يك صفتی ذاهبه شد، «يمكن تقديرها مع المتجددة» می‌توانیم وجود او را با متجدده فرض کنیم «وتزداد القيمة بذلك» اگر فرض کنیم آن تالف با این موجود الآن موجود بود، موجب ازدیاد قیمت بشود، «فهي لا تنجر بالمتجددة» آن صفت تالفه با این صفت متجدده جبران نمی‌شود، یعنی ضامن است. عکس آن «وكل صفة لا يمكن تقديرها مع المتجددة» یعنی عرف دیگر نمی‌آید این صفت را فرض وجودش کند با وجود این صفت متجدده، «أو أمكن ولكن لا تزيد به القيمة» یا اینکه اگر امکان هم داشته باشد موجب ازدیاد قیمت نمی‌شود «بل هي هي أو تنقص» یا آن قیمتش از این قیمت متجدده کمتر است «لا تضمن» این صفت موجب ضمان نیست «وتنجر بالثانية» با ثانیه جبران می‌شود، پس ببینید يك معیاری صاحب جواهر در اولش هم می‌فرمایند مدار در انجبار و عدم انجبار در هم‌هی صفات این است، اگر شما يك مالی را غصب کرده باشید خدایی نکرده، بعد در دست شما صفتی حادث بشود و از بین برود، دوباره حادث شود و از بین برود، بعد آن روزی که دارید این عین مال را به مالک برمی‌گردانید همان صفت اولیه‌ای که موجب ازدیاد قیمت شده دوباره مثل همان حادث شده، اینجا دیگر ما نمی‌توانیم بگوئیم که آن صفت اولیه هم ضامن است، عرف الآن همین کار را می‌کند، ببینید اگر يك گوسفندی چاق بشود و لاغر شود، بعد از لاغری غاصب آن را تحویل مالک بدهد، مالک می‌گوید این گوسفند من چاق بوده و الآن لاغر تحویل من می‌دهی، اینجا ضامن است. اما اگر موقع رد دومرتبه آن پنج کیلو حادث شده باشد دیگر نمی‌آیند آن چاقی قبل را هم با فرض وجود این پنج کیلوی جدید محاسبه کنند، عرف نمی‌آید این کار را بکنند!

از آن طرف مثلاً اگر يك عیدی غصب کرده و حالا این عبد چاق شد، فرض کنید برای عبد چاق پول بیشتر می‌دهند تا عبد لاغر، گاهی اوقات در بعضی جاها برعکس است و برای عبد لاغر شاید پول بیشتری بدهند، حالا اگر به عبد چاق پول بیشتری دادند، در بازار. این عبد چاق شد و بعد لاغر شد، این صفت از بین رفت، يك صفت دیگری آمد مثل کتابت، الآن اینجا عرف می‌گوید کتابت خودش يك صفتی است، آن چاقی هم که تالف است و از بین رفته، ما می‌توانیم الآن فرض وجودش کنیم، این هم به اعتبار این کتابت ضامن است و هم به اعتبار آن چاقی. و شاهد بر این مطلب این است که اگر این عبد چاق بشود و لاغر شود، بعد کتابت یاد بگیرد و بعد نصیان برایش حاصل بشود، اینجا عرف می‌گوید هم به اعتبار آن چاقی باید خسارتش را بدهد که از بین رفته، هم به اعتبار این کتابت که از بین رفته باید خسارتش را بپردازد. اگر وقتی این را رد می‌کند کتابت باشد فقط خسارت آن چاقی را از او می‌گیرند، لذا صاحب جواهر می‌گوید ما باید ببینیم الآن که رد می‌کند این صفت متجدده آیا عرفاً فرض وجود آن صفت اولی در اینجا موجب ازدیاد قیمتش می‌شود یا نه؟ اگر موجب ازدیاد قیمت شد ضمان هست، اگر فرض وجود آن صفت اولی در حین این صفت متجدده موجب ازدیاد قیمت نشد، اینجا ضمانی در کار نیست و صاحب جواهر می‌گوید در ما نحن فيه از همین شق دوم است، چاق بوده و لاغر شده، دوباره همان چاقی حادث شده، اینجا نمی‌آیند با وجود این چاقی دوم فرض کنند وجوب آن چاقی اول را و برایش قیمت قرار بدهند بلکه ولو این عقل هم غیر آن است ولی این همان است و به وسیله آن جبران می‌شود آن قیمت تالف.

از اینجا صاحب جواهر اولین مطلبی که می‌گوید می‌فرماید برخی از فقها به صورت مطلق گفتند ضمان نیست، مثل شیخ در مبسوط، علامه در ارشاد، محقق در شرایع، اینها به صورت مطلق آمدند گفتند وقتی که دوباره چاق شد این انجبار حاصل می‌شود و ضمانی در کار نیست. بعضی هم عکس این؛ مثل علامه در تذکره، محقق ثانی در جامع المقاصد، شهید اول در دروس، اینها به صورت مطلق گفتند ضمان در کار است، یعنی این سه بزرگوار، علامه و محقق ثانی و شهید اول، اینها فتوا

دادند که این چاقی دوم که حادث می‌شود جبران آن چاقی اول را نمی‌کند و غاصب نسبت به آن چاقی اول ضامن است، صاحب جواهر می‌فرماید این قاعده‌ای که ما دادیم با این قاعده، هر دو اطلاق از بین می‌رود، هم اطلاق کلام شیخ طوسی و ... که به صورت مطلق گفتند ضمان نیست و هم اطلاق شهید اول و محقق ثانی که به صورت مطلق گفتند ضمان هست، ملاک در ضمان این است که در حین رد، اگر فرض کنیم آن صفت را که الآن هم موجود باشد، اگر موجب ازدیاد قیمت شود، اینجا ضمانی نیست. این پنج کیلو اضافه شده و کم شده و دوباره پنج کیلو اضافه شده، الآن اگر آن پنج کیلو را بگوئیم الآن هست، همین پنج کیلو می‌شود، موجب ازدیاد قیمت نمی‌شود، این کلامی است که صاحب جواهر فرموده. البته يك نکته‌ای هم عرض کنیم؛ می‌فرمایند هم شیخ طوسی و هم شهید اول - یعنی دو تا اطلاقی‌ها - هر دو به اصل تمسک کردند، شیخ طوسی فرموده اصل عدم ضمان است، از این طرف شهید اول و ... به استصحاب بقاء ضمان تمسک کردند، بالأخره آن موقعی که این چاق بود و لاغر شد و ضمان آمد، الآن که مجدداً چاق شد شك می‌کنیم آن ضمان قبلی باقی است یا باقی نیست، استصحاب می‌کنند بقاء ضمان را.

صاحب جواهر می‌فرماید هر دو تا اصل باطل است، ما به هیچ يك از این دو اصل نمی‌توانیم تمسک کنیم، مخصوصاً استصحاب بقاء ضمان را. آنچه که اینجا يك مقداری ذهن انسان را مشغول می‌کند این استصحاب بقاء ضمان است، یعنی اگر فقیه بخواهد فتوا بدهد به عدم ضمان تنها چیزی که يك مقداری ذهن فقیه را مشغول می‌کند این است که با این استصحاب بقاء ضمان ما چکار کنیم؟ چاق بوده، لاغر شده و دو مرتبه چاق شده، نسبت به آن ضمان سابق شك می‌کنیم آن ضمان از بین رفت یا نه؟ استصحاب بقاء ضمان است، صاحب جواهر يك جوابی داده، ببینیم درست است یا نه؟ صاحب جواهر می‌فرماید این ضمان اولی يك ضمان مراعا بوده، يك ضمان معلق است، بگوئیم مگر ما در فقه ضمان مراعی و معلق داریم؟ می‌فرمایند بله مثل ضمان در بدل حیلوله، يك کسی مال دیگری را غصب کرده، این مال به دریا افتاده، عین مال از بین نرفته و موجود است، فعلاً این ضامن بدل حیلوله است تا مادامی که آن عین را تمکّن پیدا کند و به مالک برگرداند، اما ضمان نسبت به بدل حیلوله يك ضمان مراعا است، وقتی غاصب عین مال را آورد، مالک نمی‌تواند بگوید من نمی‌خواهم بدل را می‌خواهم، نسبت به بدل حیلوله ضمان مراعا است.

در ما نحن فيه هم صاحب جواهر می‌فرماید قرار ضمان ممنوع است، قرار ضمان یعنی استقرار ضمان. در اینجا بخواهیم بگوئیم ضمان استقرار دارد ممنوع است، «بل هو متزلزلٌ مراعا كضمان الحيلولة كضمان الصفة الذاهبة المحتمل عودها بعينها»، مثال دوم برای ضمان مراعا کجاست؟ اگر يك عیدی کاتب بوده، بعد کتابت را فراموش کرد، می‌گوئیم تا کتابت را یادش رفت، می‌گوئیم تا کتابت را در دست این غاصب فراموش کرد غاصب ضامن است، اما ضمانش مراعاست یعنی مراعی بعدم العود است، اگر این عبد را آمد تحویل مالک دارد، پول و خسارت این کتابت را داد، اما دو روز بعد در دست مالک کتابت دوباره عود کرد، مالک باید این پول را به این غاصب برگرداند، ضمان ضمان مراعاست، لذا صاحب جواهر می‌گوید اینجا مجالی برای استصحاب ضمان نیست، استصحاب ضمان در آنجایی است که خود این ضمان مراعا نباشد، حالا بعید نیست، همان مطلبی که شیخ در باب شك در مقتضی و رافع دارد که در باب استصحاب شیخ استصحاب را در شك در مقتضی جاری نمی‌داند، بگوئیم ضمان در اینجا از باب شك در مقتضی است، البته صاحب جواهر تصریح به این نکرده، نمی‌توانیم به صورت قاطع بگوئیم این از این باب است، ولی يك چیزی شبیه او بشود، بالأخره اگر بگوئیم شبیه آن هم نیست، می‌فرماید از اول این ضمان مراعاست، وقتی مراعاست و استقرار ندارد ما نمی‌توانیم در اینجا استصحاب کنیم حالا این جواب درست است یا نه؟

اشکال مهم‌تر شاید این باشد؛ سلمنا که مراعا باشد اما مراعا به چه چیزی است؟ این را باید دلیل ذکر کند، الآن اول الدعوی و اول النزاع است که آیا این مراعی به حدوث صفت، مثل این صفت قبلی هست یا نه؟ شما می‌گوئید اگر صفتی بیاید مثل آن صفت، اینجا ضمان تمام می‌شود، طرف مقابل شما می‌گوید اگر مراعا هم باشد مراعی به این نیست. لذا از کجا می‌گوئید که این مراعی به این است، در بدل حیلوله مراعاست به اینکه آن عین را تحویل بدهد، در آنجایی که عین آن صفت می‌خواهد عود کند مراعاست به عدم العود، تا مادامی که عود نکرده ضمان هست ولی در اینجا به چه دلیل ما بگوئیم، اگر هم بر فرض قبول کنیم اصل کلی مراعا بودنش را، اما معلق علی‌هش این باشد این اول الدعواست.

در كتاب الغصب تحرير الوسيله مسئله 50 و 51 را ببينيد با آنچه كه امام در كتاب البيع در همين مسئله فرمودند، آيا بين شان يك اختلافي وجود دارد يا نه؟

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين

[1]. «نعم لو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت لعدم الجابر حينئذ للنقص الفأنت، 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 الفأنت الذي هو على هذا التقدير ليس بفأنت. لكن في المسالك «فيه قولان: أحدهما أنه ينجر أيضا و يسقط الغرم كما لو أبق العبد فعاد أو جنى على عينه فابيضت ثم زال ذلك البياض، و الثاني عدم، لأن السمن الثاني غير الأول، و الأول وقع مضمونا، و الثاني تجدد هبة من الله تعالى شأنه كأول لو كان متجددا، فلا يحصل للغاصب بسببه شيء، و هذا أظهر». و فيه ما عرفت، نعم هو متجه لو فرش زيادة القيمة بملاحظة التالف مع الموجود، و لا يبعد أن يكون على ذلك المدار في الانجبار و عدمه في سائر الصفات، فكل صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجددة و تزداد القيمة بذلك هي لا تنجر بالمتجددة، و كل صفة لا يمكن تقديرها مع المتجددة أو أمكن و لكن لا تزيد بها القيمة عن المتجددة بل هي أو تنقص لا تضمن و تنجر بالثانية. و حينئذ فكل من المحكي عن صريح المبسوط و الإرشاد من إطلاق الانجبار في مثل السمن، كظاهر المصنف، لأصالة عدم الضمان، و صريح محكي التذكرة و جامع المقاصد و ظاهر الدروس من إطلاق عدم الانجبار، لأن الثاني مال متجدد للمالك و الأول مال ذاهب، و لثبوت الضمان بالهزال الأول، و لا دليل على البراءة منه، فالأصل يقتضي بقاءه، لا يخلو من نظر، لما عرفت من التفصيل المزبور الذي لا يخفى عليك ما في الأصلين المزبورين معه خصوصا الأخير الممنوع قرار الضمان فيه، بل هو متزلزل مراعى، كضمان الحيلولة و كضمان الصفة الذاهبة المحتمل عودها بعينها، كالتذكر بعد النسيان الذي لا إشكال في الانجبار فيه. بل لا يبعد أن يقال بكون التفاوت لو دفعه إليه متزلزلا مراعى بعدم العود كالحيلولة، فلو رد العبد الذي نسي الصنعة و دفع معه الأرض ثم تذكرها و هو في يد المالك رد إلى الغاصب ما أخذ منه، فان المدار في ذلك على قاعدة نفي الضرر و الضرر التي مقتضاها ما عرفت. (و احتمال) أن يقال: إن التالف مال قد ذهب في يد الغاصب و هو مضمون عليه، و ما تجدد نماء مال المالك هبة من الله تعالى شأنه، فلا وجه لجبره الأول، بل يأخذ الأرض منه و إن رد العبد إليه بالقيمة السابقة (يدفعه) أنه ضرر على الغاصب منفي بالقاعدة المزبورة التي لا ينافيها غصبه، فان الظالم لا يظلم، بل ليس الفرض إلا كغصب دابة هزلت و كانت قيمتها هزلة و سميئة واحدة، فإنه لا شيء على الغاصب بلا خلاف أجده، كما تسمعه من المصنف، و قد قدمنا الكلام فيه سابقا، ضرورة كون الذاهب حينئذ لا قيمة له، فتأمل جيدا، فاني لم أجد ما ذكرناه من الضابط محررا في كلام الأصحاب. بل لا يخلو كلام بعضهم من تشويش، كالفاضل في التذكرة الذي قد سمعت صريح المحكي عنه من عدم الانجبار في مسألة السمن، قال في العبد: «إذا مرض عند الغاصب ثم بريء رده من غير شيء» و هو مناف لذلك، و الله العالم.» جواهر الكلام، ج37، صص 170-172.