

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

«و الحاصل: أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بدّ من ملاحظة أن الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل، أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة؟».

أصل مرجع هنگام شك در مثلي بودن مورد ضمان

مرحوم شیخ فرمود که در میان اشیاء، برخی مثلی بودن آنها اجماعی است، اما برخی از نظر مثلی و قیمی بودن محل خلاف هستند که امثله فراوانی را در بحث گذشته مطرح کردند. بحث این جلسه پیرامون این است که هنگام شک در مثلی و قیمی بودن، چه باید کرد؟ مرحوم شیخ در ابتدا فرمودند که در موارد شک، چهار احتمال وجود دارد: 1. ضامن باید مثل را بدهد. 2. ضامن باید قیمت بدهد. 3. مالک که مالش تلف شده است، مخیر است بین این که قیمت را از ضامن بگیرد یا مثل را. 4. ضامن مخیر است.

ادله فقهاتی در مقام

دلیل تخيير ضامن

حال که احتمالات مسئله روشن شد، ببینیم برای کدام یک می توان دلیل اقامه کرد، مرحوم شیخ ابتدا بحث را از نظر ادله فقهاتی مطرح می کند و بعد سراغ ادله اجتهادی می رود. از نظر ادله فقهاتی، بعید نیست که بگوییم: ضامن مخیر است، یعنی احتمال چهارم را ترجیح دهیم، زیرا؛ بعد از آنکه ضامن هر کدام از مثل یا قیمت را اختیار کرد، شک می کنیم که زاید بر آنچه اختیار کرده است، بر او واجب است یا خیر؟ اصل برائت ذمه جاری می کنیم.

بنابراین طبق دلیل فقهاتی ضامن مخیر است، منتهی تخيير ضامن، مقید است به اینکه اجماع بر خلافش نباشد، در حالی که اجماع داریم بر اینکه ضامن مخیر نیست و اگر بنای بر تخيير باشد مالک مخیر است. پس بعد از این اجماع باید بگوییم: مالک مخیر است.

تخيير مالک به این است که اگر ضامن هر کدام از مثل یا قیمت را آورد و به مالک داد، اصل این است که ذمه ضامن بری نمی شود، مگر اینکه مالک به آن راضی باشد. اگر مالک به مثل راضی شد، ضامن باید مثل را بدهد و اگر به قیمت، ضامن باید قیمت را بپردازد.

دلیل تخییر مالک عموم «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» است، روایت می گوید: اگر کسی مال کسی را اخذ کرد، باید عین همان مال را به مالک بازگرداند، حال در مواردی که غاصب یا اخذ کننده، عین مال را به مالک باز نگرداند، آنچه که یقیناً کفایت می کند، این است که مالک به غیر آن راضی شود. لذا شیخ می فرماید که اقوی مخیر بودن مالک است.

بنابراین تا اینجا بحث این بود که شیخ در ابتدا فرمودند: بگوییم ضامن مخیر است، ولی با این قید که اجماع بر خلافش نباشد، حال می فرمایند: کاری به اجماع نداریم، از اول می گوییم که مالک مخیر است. چرا از اول این حرف را بزنیم؟

چون این از موارد شک در مکلف به است، لذا ضامن یقیناً ذمه اش مشمول است، نمی دانیم مشغول به مثل است یا قیمت؟ اصالة الاشتغال جاری می شود، یعنی آنچه را که مالک اختیار می کند، ضامن همان را باید به مالک بپردازد.

تصحیح تخییر ضامن

در دنباله مطلب مرحوم شیخ دوباره سراغ تخییر ضامن می رود و می فرماید: روی دو فرض می توانیم تخییر ضامن را درست کنیم؛ فرض اول این است که این احتمالات چهارگانه که در مسئله دادیم، هیچ کدام بر دیگری ترجیحی نداشته باشد، یعنی اگر ضامن به مثل یا ضمان به قیمت یا تخییر مالک یا تخییر ضامن ترجیح داشته باشد، همان که مرجح دارد را اخذ می کنیم. فرض دوم این است که بر عدم تخییر مالک اجماع داشته باشیم.

اگر این دو فرض ثابت باشد، نتیجه می گیریم که ضامن مخیر است، زیرا؛ دوران امر بین محذورین می شود، چرا که نمی دانیم بر ضامن مثل تعیین دارد یا قیمت؟ اگر گفتیم که مثل بر ضامن تعیین دارد، مالک حق مطالبه قیمت را ندارد و اگر گفتیم که تعیین دارد، مالک حق مطالبه مثل را ندارد، لذا همانطور که در سائر موارد دوران بین محذورین، تخییر وجود دارد اینجا هم حکم به تخییر کنیم. اگر مجتهدی در موضوعی دو روایت پیدا کرد، یک روایت می گوید: نماز جمعه در روز جمعه واجب است و روایت دیگر می گوید: نماز جمعه در زمان غیبت حرام است، چطور در دروان بین محذورین مخیر است؟ در اینجا هم ضامن مخیر است بین ادا مثل و قیمت.

ادله اجتهادی در مقام

از این قسمت بحث، مرحوم شیخ مسئله را روی ادله اجتهادی مورد بررسی قرار می دهند. دو دلیل اجتهادی می آورند که هر دو دلالت بر ضمان به مثل دارد، یعنی احتمال اول از این احتمالات اربعه را معین می کند.

دلیل اجتهادی اول: اطلاق «ضمان» و تکیه بر فهم عرف

ادله ضمان، در ابواب مختلف، مثل باب غصب، باب اتلاف، کلمه «ضمان» را به صورت مطلق بیان کرده است؛ «من اتلف مال الغير فهو له ضامن». شارع در این مطلق گویی بر فهم عرف اعتماد کرده است که فهم عرف ابتداءً در موارد اتلاف، جبران آن به مثل است، نه قیمت.

خود مرحوم شیخ این مطلب را توضیح می دهد، می فرماید: اگر چیزی تلف شد و از بین رفت، باید چیزی را جانشین آن کنیم که هم در مالیت مثل او باشد و هم در صفات و حقیقت، مثلاً اگر انسان یک کیلو گندم دیگری را از بین ببرد، یک کیلو گندم صد تومان ارزش دارد، چیزی می تواند جای این را بگیرد که هم مالیت این یک کیلو گندم را داشته باشد، یعنی چیزی باشد که صد تومان ارزش داشته باشد و هم در صفات و در حقیقت مانند این یک کیلو گندم باشد.

بنابراین اینکه شارع به طور کلی می فرماید: «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» و ضامن به مثل و قیمت را مشخص نکرده است، بر فهم عرف اعتماد کرده است. پس شیخ دلیل اول ضامن مثل را این می داند. بعد دلیل دومی برای ضامن به مثل می آورند که مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط بیان کرده است که بعد از تطبیق، توضیح می دهیم.

تطبیق

«و الحاصل أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة»، مواردی که در آنها اجماع بر مثلیت نداریم، زیاد است، «فلا بد من ملاحظه ان الاصل الذي يرجع إليه»، باید ملاحظه کنیم آن اصلی که به آن رجوع می شود، «عند الشك هو الضمان بالمثل»، آیا ضامن به مثل است، «أو بالقيمة»، احتمال دوم: ضامن به قیمت است، «أو تخيير المالك»، احتمال سوم: تخيير المالك، «أو الضامن بين المثل و القيمة»، و احتمال چهارم: تخيير بين مثل و قیمت ضامن است. مرحوم شیخ اول مسأله را از نظر ادله فقهاتی مثل اصالة البراءة و الإشتغال بررسی می کند که چه چیزی اقتضا می کند، بعد می رود سراغ ادله اجتهادی.

«ولا يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن»، بعيد نیست که بگوییم: اصل تخيير ضامن است، «لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره»، شک می کنیم که آیا زاید بر آن چیزی که اختیار کرده است، ذمه اش مشغول است یا خیر؟ اصل برائت از ذمه جاری می کند. «فإن فرض إجماع على خلافه»، اگر اجماعی بر خلاف تخيير ضامن باشد، «فالاصل تخيير المالك»، در مرحله بعد نوبت می رسد به تخيير مالک. حال چرا مالک مخیر است؟ «لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضي به المالك»، چون ذمه ضامن به دفع آنچه که به آن مالک راضی نیست، بری نمی شود، یعنی اگر ضامن به مالک مثل را داد و مالک راضی نبود، شک می کنیم که ذمه ضامن با دادن مثل بری می شود یا خیر؟ اصل عدم برائت است.

«مضافاً إلى عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى»، شیخ می خواهد از این عموم تخيير مالک را استفاده کند، «فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين»، مقتضای این عموم عدم ارتفاع ضامن به غیر از ادا عین است، چون می گوید: «على اليد ما اخذت حتى تؤدى»، همان چیزی که اخذ کرده است را باید بدهد. در مرحله اول همان را که گرفته است، باید بدهد و اگر تلف شد، تنها چیزی می تواند جانشین آن شود که مالک به آن راضی باشد. «خرج ما اذا رضى المالك بشيء آخر و الاقوي تخيير المالك من اول الأمر»، اقوی این است که مالک از اول مخیر است.

تا قبل از این عبارت، مرحوم شیخ تخيير مالک، در صورتی که اجماعی بر عدم تخيير ضامن نباشد را درست کرده بود، اما اگر اجماع بر عدم تخيير ضامن باشد، تخيير مالک را درست کرد. حال می فرماید: کاری نداریم که اجماع بر عدم تخيير ضامن باشد یا نباشد، از اول می گوییم: مالک مخیر است، چون مسئله از باب شک در مکلف به است، یعنی یقین داریم که ذمه ضامن مشغول است، ولی نمی دانیم که به مثل مشغول است یا قیمت.

«لأصالة الإشتغال»، ذمه ضامن مشغول است و این اشتغال در صورتی برطرف می شود که ضامن هر چه را که مالک اختیار کند، به او بدهد. ممکن است بگویید که اصالة البراءة را چه می کنید؟ قبلاً گفتید که اگر ضامن مثل را اختیار کرد، شک می

کنیم زاید بر مثل، قیمت را ضامن است یا خیر؟ مجرای اصل برائت است، «و التمسک بأصالة البراءة لا يخلو من منع»، این خالی از اشکال نیست، چون مورد از موارد علم اجمالی است. مالی در دست ضامن تلف شده است، لذا یقین داریم که ضامن است، یا به مثل یا قیمت و در موارد علم اجمالی نوبت به اصالت البرائة نمی رسد.

«نعم يمكن أن يقال»، «نعم»، استدراک از «و الأقوى» است، شیخ با استدراک می خواهد تخییر ضامن را درست کند، «و يمكن أن يقال: بعد عدم الدليل لترجيح عدم الأقوال»، مرجحی برای یکی از این اقوال اربعه نداشته باشیم و «الاجماع على عدم تخییر المالك»، اجماع نداشته باشیم که مالک مخیر است. «و الاجماع»، عطف به «عدم الدليل» است. بعد از این دو فرض، «يمكن أن يقال: التخییر فی الاداء»، ضامن مخیر در اداست، «من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني تعین المثل»، مثل متعین است، «بحیث لا يكون للمالك مطالبة القيمة»، مالک حق مطالبه قیمت را ندارد، «ولا للضامن على الامتناع»، ضامن هم نمی تواند از دادن مثل امتناع کند.

«و بین تعیین القيمة كذلك»، «كذلك» یعنی اگر قیمت متعین باشد، مالک حق مطالبه مثل را ندارد، ضامن هم حق امتناع از قیمت را نمی تواند داشته باشد. «فلا متیقن فی البین»، در بین امر متیقنی نیست که بخواهیم زاید بر آن برائت جاری کنیم. «و لا يمكن البراءة یقینیة عند التشاح»، هنگام تشاح، برائت یقینیة امکان ندارد، یعنی این مالک و ضامن در دو نقطه‌ی مقابل هم قرار می گیرند. مالک می گوید: من فقط مثل را می خواهم و ضامن می گوید: من فقط قیمت را به تو می دهم. وقتی بین مالک و ضامن، تشاح، یعنی نزاع به وجود می آید، هر کدام را که ضامن داد، نمی توانیم بگوییم: از زاید برائت جای می کنیم، فصل مخاصمه به این است که توافق کنند، مالک بگوید: هر کدام را دادی قبول دارم و ضامن هم هر کدام را خواست بدهد.

«فهو»، این تخییر، «من باب تخییر المجتهد فی الفتوی» است، همانطور که اگر مجتهدی دو روایت یافت که یکی می گوید: حرام و دیگری: واجب، مخیر است که به هر کدام اخذ کند. «فتأمل»، در حواشی تفسیرهای مختلفی برای آن شده است. اولین تفسیر این است که اشاره به بطلان فرض اول است. گفتیم که تخییر ضامن روی دو فرض است و فرض اول این بود که مرجحی برای أحد الأقوال نداشته باشیم، در حالی که مرجح داریم.

احتمال دوم که بهتر و دقیق تر است، این است که تخییر مجتهد در فتوا از باب دوران بین محذورین نیست، زیرا؛ اگر حجیت امارات را از باب سببیت بدانیم، بین دو روایت واجب و حرام، تراحم بوجود می آید و در باب تراحم عقل حکم به تخییر می کند و ربطی به دوران محذورین ندارد و اگر حجیت امارات را از باب طریقیت بدانیم، این تخییر، تخییری است که از باب روایات و اخبار علاجیه استفاده می شود.

آیا بین تخییر ضامنی که مرحوم شیخ در مرحله دوم درست کردند با تخییر ضامنی که در مرحله اول درست کردند، تفاوتی است؟ بله، تخییر اول شرعی بود و تخییر دوم که از باب دوران بین محذورین است، عقلی است.

«هذا»، تا اینجا ادله فقهاتی تمام شد، «ولكن يمكن أن يقال»، می آیم سراغ ادله اجتهادی از اطلاقات ضمان در باب مغصوبات گرفته تا اطلاقات ضمان در باب اماناتی که «المفرط فیها» که افتراط و تفریط در آنها شده است و غیر این ابواب، «هو الضمان بالمثل لانه اقرب الى التالف»، از حیث مالیت و صفات به تالف اقرب است. «ثم بعده»، یعنی بعد از فقدان مثل، «قيمة التالف»، باید قیمت تالف را بدهد، «من النقدین و شبههما». شیخ در اینجا می خواهد نظر عرف را بیان کند، عرف می گوید: یک کیلو گندم در مرحله اول مثلش یک کیلو گندم است و در مرحله دوم پول و در مرحله بعدی، جنس دیگری که هم قیمت با یک کیلو گندم باشد، اینچنین نیست که از همان ابتدا، اگر گندم منتفی شد، یک کیلو یا دو کیلو جو که به اندازه صد تومان باشد، ثابت شود، «النقدین و شبههما»، ضمیر به نقدین بر می گردد، چرا می رویم سراغ نقدین؟

چون به تالف «اقرّب» هستند از «حيث المالية، لأن ما عداهما»، غير نقدين مثل جو، «يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه إليهما»، برای اینکه ببینند با گندم مساوی است یا نه، با نقدين می سنجند، «و لأجل الإتكال على هذا الظهور»، چون این اطلاعات ظاهر در مثلی است، «لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذا الموارد»، موردی نمی یابی از موارد ضمانات، «على كثرتها»، با کثرتی که دارد، «قد نصّ الشارع فيه على ذكر مضمون به»، شارع بگوید: مضمون به مثل یا قیمت است، «بل كلها»، تمام این موارد، «الآ شدّ و ندر قد اطلق فيها الضمان»، ضمان به صورت مطلق آورده شده است، «فلولا الإعتماد»، اگر اعتماد شارع، «على ما هو المتعارف»، بر آنچه متعارف بین مردم است، نباشد، «لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان»، نیکو نیست که شارع در مواردی که نیاز به بیان است، مهمل بگذارد. شارع تا می فرماید: ضمان، همه در ذهنشان ضمان به مثل می آید، اگر چنین ظهوری در نظر شارع نبود، تأخیر از وقت حاجت لازم می آید.

دلیل اجتهادی دوم: آیه اعتداء

دلیل اجتهادی دوم بر «ضمان به مثل»، آیه شریفه «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» است، هر کسی که اعتدا و ظمی بر شما می کند، شما هم به مثل آن اعتدا، بر او روا دارید. بنابراین آیه دلالت دارد بر اعتداء به مثل.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط فرموده است: اعتداء به مثل در مثلیات این است که ضمان به مثل باشد و در قیمیات، ضمان به قیمت. یعنی مثل در مثلی، مثل است، مثل در قیمی، قیمت است. این بیان استدلال به این آیه است.

مناقشه در استدلال به آیه اعتداء و جواب آن

دو اشکال بر این آیه شده است:

اشکال اول: آیه ارتباطی به مقام ندارد و در مورد اعتدا است، اعتدا یعنی ظلم کردن که همان باب اتلاف است، در حالی که مورد نزاع در مقام ما، مسئله تلف است.

پاسخ اشکال: در کیفیت ضمان، بین باب اتلاف و تلف فرقی نیست، فقیهی نداریم که بین اینها فرق بگذارد و بگوید اگر شیء را اتلاف کرد، ضمانش به مثل است و اگر تلف شد، ضمانش به قیمت است، در هر دو مضمون البه یکی است.

اشکال دوم: آیه دلالت بر مقدار اعتدا دارد، اما دلالت بر کیفیت اعتدا ندارد، در نتیجه در مقام ما فایده ای بر آن مترتب نیست. در مقام، دنبال این هستیم که اگر مال کسی در ید دیگری تلف شد، به چه کیفیتی باید از او گرفت؟ مثل آن را یا قیمت آن را؟ در حالی که آیه در مقام بیان مقدار و کمیت اعتداست، یعنی اگر کسی یک مرتبه زد، شما هم یک مرتبه بیشتر حق ندارید بزنید، نه اینکه کیفیت اعتدا را هم بخواهد بگوید.

تطبیق

«وفقد استدل»، در مبسوط و خلاف بر ضمان مثلی به مثل و قیمی به قیمت، «بقوله تعالى: فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»، بیان استدلال این است که؛ «أن مماثل ما اعتدي هو المثل في المثلي و القيمة في غيره»، قیمت در غیر مثلی. این بیان استدلال بود، به آن اشکال شده که آیه مربوط به اتلاف است و بحث ما در ضمان، در مورد تلف است، «و الاختصاص الحكم بالمتلف عدواناً»، اینکه حکم ضمان در آیه، اختصاص دارد به جایی که عدواناً تلف شده است، «لا يقدح»، این ضرر نمی

رساند به آنچه که ما در صدد آن هستیم، «بعد عدم القول بالفصل»، چرا که قول به فصل نداریم بین باب اتلاف و باب تلف در کیفیت ضمان.

کسی در باب اتلاف نگفته که ضمان به مثل است و در تلف به قیمت یا بالعکس، «و ربما يناقش في الآية بأن مدلولها إعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء»، مدلول آیه اعتبار مماثلت در کمیت است، نه در کیفیت معتدی به. می گوید یک بار زد، یک بار بزن. «و فيه نظر»، چرا که آیه هم در کمیت ظهور دارد و هم در کیفیت، شاهد بر اینکه آیه دلالت بر مماثلت در کیفیت دارد، این است که در ادامه دارد؛ «انّ النفس بالنفس و الاذن بالاذن».

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين