

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

«نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه بالقول المشهور».

مروری بر جلسه گذشته

بیان شد که دو دلیل بر ضمان به مثل وجود دارد: یک دلیل فهم عرفی از اتصالات باب ضمان، ضمان به مثل است. دلیل دوم: آیه شریفه «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» است.

نظریه مرحوم شیخ

ایشان معتقدند این دو روایت دال بر ضمان به مثل نیست و نسبت بین این دو دلیل و فتوای مشهور عموم خصوص من وجه است؛ چراکه مواردی داریم که به مقتضای این دو دلیل باید قائل به ضمان به مثل شد، در حالی که مشهور قائل به ضمان به قیمت شده اند. از طرفی در برخی موارد باید قائل به ضمان به قیمت شد در حالی که مشهور نظر به ضمان مثلی داده اند.

مورد اول در جایی است که کسی که یک ذراع از پارچه ای را تلف کند، بنابر ادله بیان شده باید مثل آن را تحویل دهد، در حالی که مشهور فتوا به ضمان قیمت آن داده اند. مورد دوم؛ اگر زید عبدی را تلف کند که مالکش عمرو است، در حالی که زید قبلاً در ضمن معامله سلم عبدی با اوصاف کلی که منطبق با آن عبد بوده را از عمرو طلب دارد. در اینجا کسی فتوا به تهاتر و تساقط دو عبد نمی دهد؛ بلکه زید ضامن قیمت عبد است و عمرو ضامن مثل آن عبد با همان اوصاف بیان شده است همه اینها در حالی است که در این مورد به مقتضای آیه و دلیل عرف ما باید حکم به تهاتر کنیم چون آیه دلالت بر ضمان به مثل دارد دلیل عرف دلالت بر ضمانت به مثل دارد.

در این دو مورد از نظر آیه و دلیل عرف ما باید حکم به ضمان به مثل کنیم، در حالی که مشهور فتوای به ضمان قیمت داده اند.

اما موردی نیز وجود دارد که طبق آیه و عرف باید قیمت پرداخت شود، اما مشهور قائل به ضمان مثل شده اند؛ مثلاً اگر غاصب فرشی را از کسی غصب کند و مدت یک سال نگه دارد، در این مدت قیمت فرش کمتر شود، مشهور قائل شده اند باید عین مال را پس بدهد، این درحالی است که به مقتضای دو دلیل باید اقرب به عین تلف شده را بپردازد که با توجه به نقصان فاحشی که پیش آمده است باید قیمت را بپردازد. فقط در آنجایی که فرش از مالیت به طور کلی ساقط شده باشد، مشهور می گوید: انتقال به قیمت می یابد؛ اما صورت تنزل قیمت و لو یک تنزل و نقصان فاحش باشد، مشهور قائل به انتقال به قیمت نیستند.

مرحوم شیخ انصاری استفاده ای که از آیه شریفه می کنند این است که در همه جا باید ضمان به مثل باشد چه قیمیات باشد، چه مثلیات باشد. این عموم به اجماعاتی که ضمان را قطعا به قیمت می داند تخصیص می خورد مثل گوسفند یا لباس، از تحت عموم خارج می شود. بحثی که وجود دارد این است که در موارد مشکوک به عموم عام می توان تمسک کرد؟

برخی معتقدند اگر بخواهیم به عموم عام تمسک کنیم و ضمان را مثلی بدانیم تمسک به علم در شبهه مصداقیه است. نمی دانیم ضمانش مثلی است یا قیمی است، اگر بگوییم تحت عام داخل است تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود و چنین تمسکی صحیح نخواهد بود.

مرحوم شیخ این مطلب را صحیح ندانسته و شبهه را مفهومی می داند نه مصداقیه. در مفهوم قیمی شک داریم نمی دانیم چه مواردی قیمی است و چه مواردی مثلی است. ما مواردی داریم که قطعا مثلی است و مواردی است که مشکوک است، پس دوران بین اقل و اکثر است و موارد قطعی که از عموم عام خارج شده اند را تمسک می کنیم و حکم به ضمان قیمی آن می کنیم و مواردی که مشکوک است را به عموم عام مراجعه می کنیم، همان طور که در باب اقل و اکثر چنین می کنیم.

#### توضیح عبارت

«نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه بالقول المشهور» آیه مانند دلیل سابق بر آیه وفا به قول مشهور ندارد. ما یک کاری می خواهیم بکنیم که فتوایی که دادند درست باشد آیه و دلیل سابق که عرف است، یعنی همان اطلاقات به ضمیمه عرفی که دلالت بر قول مشهور ندارد. «لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية»، مقتضای آیه و دلیل سابق مماثلت عرفیه است هم در حقیقت و هم در مالیت است.

«و هذا يقتضى اعتبار المثل» این وجوب مماثله اعتبار مثل را اقتضا دارد، «حتى في القيمات»، در قیمیات هم بر طبق این دلیل شخص ضامن به مثل است؛ نه ضامن به قیمت، حال «سواء وجد المثل فيها» اعم از اینکه در قیمیات مثل باشد «ام لا» یا نباشد.

هر دو صورت را مرحوم شیخ مثال می زند. می فرماید: «اما مع وجود مثل فيها» در صورتی که در این قیمیات مثلی باشد «كما لو اتلف ذراعاً من كرباس» اگر یک ذراع از کرباسی را اتلاف کند که «طوله عشرون ذراع» که طول این کرباس بیست ذراع است، «متساوية من جميع الجهات» تمام این ذراع هم از هر جهت مساوی است، «فإن مقتضى العرف والآية و مقتضى» این دو دلیل مراد اطلاقات است، «الزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ضامن» باید یک ذراع دیگر از همین ذراعی که خصوصیاتش مثل این باشد تحصیل کند، «ولو باضعاف قيمته» ولو اینکه چند برابر قیمت آن باشد.

«و دفعه الى مالك الذراع المتلف» باید دفع کند به مالک ذراعی که تلف شده است. «مع» در حالی که «أن القائل بقيمة الثوب لا يقول» به آنی که می گوید: لباس امور قیمیه است، نمی گوید باید ذراع را بدهد؛ بلکه باید قیمت ذراع را بپردازد. در اینجا بر طبق دلیلاً ضمان به مثل است در حالی که مشهور فتوا به ضمان قیمت می دهند.

«و كذا لو اتلف عليه» اگر متلف اتلاف کند علیه یعنی «على المالك عبداً» یک عبدی را، «و له في ذمة المالك بسبب القرض او السلم عبد موصوف بصفات التالف»، «له» یعنی للمتلف، متلف در ذمه مالک به سبب قرض که قبلاً متلف عبدی را به مالک داده بود و الان از آن طلب دارد یا به سبب عبد سلم مطلب را عبدی را از همین مالک خریده بوده «له» للمتلف «فی ذمته» مالک عبد «موصوف بصفات التالف» بصفات عبد تلف شده چنین عبدی را تلف دارد.

برویم سراغ مشهور «فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهري» مشهور حکم تهاتر نمی کند و نمی گوید یک عبد تلف داشته‌ای و یکی هم تلف کرده‌ای، این در مقابل آن باشد. خیر؛ بلکه می گوید: باید قیمت عبدی را که تلف کردی به مالک بدهی و مالک همان عبدی را که فروخته است به شما تحویل دهد.

«فإنهم لا يحكمون بالتهاتر» و بر طبق آیه و عرف نتیجه باید تهاتر شود و طبق این آیه این آقای که عبد را تلف کرده است، ضامن مثل این عبد است و مثل این عبد را تلف دارد، باید تهاتر شود و مشهور قائل نیستند. «کما یشهد به» یعنی عدم به حکم بتهاتر شهادت می دهد به عدم حکم تهاتر «ملاحظة کلماتهم فی بیع عبد من عبدین» این بیع عبدین من عبدین در فقیه به چند صورت مطرح شده است، آنی که اینجا مراد است این است که بایع یک عبد کلی موصوف به صفات معینه را به مشتری می فروشد، عبد را که فروخت، دو مصداق از آن کلی در اختیار مشتری قرار می دهد.

می گوید: این و عبد را بگیر و هر کدام را که خواستی اختیار کن. اینجا بعد از اینکه مشتری دو عبد را می گیرد، اگر یکی از دو عبد از دست مشتری فرار کند، اینجا فتوای مختلف وجود دارد. یک فتوا این است که آن عبدی که از دست مشتری فرار کرد، نصف آن عبد را مشتری ضامن است و نصف آن را بایع ضامن است.

این عبدی که موجود است، هذا الموجود مشترک بینهما نصف برای مشتری و نصف دیگر برای بایع است. فتوای دوم این است که عبدی که فرار کرد، مشتری ضامن است تمام قیمت آن را به مالک پرداخت کند. این عبدی هم که دست خودش موجود است، می تواند به عنوان عبدی که از مالک خریده بردارد؛ اما هر دو فتوا در عدم حکم به تهاتر مشترک است، تهاتر معنایش این است که بگوییم عبدی که فرار کرده است آن عبد به جای همین عبدی که مشتری از بایع خریده است.

این عبد دومی که دست مشتری است، باید آن را به بایع باز پس دهد. تهاتر معنایش این است که عبدی که فرار کرد کلاً او را پای حساب مشتری قرار دهیم، نسبت به آن عبدی که خریده بود، بگوییم آن در مقابل این و بایع چیزی در ذمه‌اش نیست و عبد دوم را از مشتری بگیرد.

ما در مسئله بیع عبدین آنجا زمانی که فتوای فقها را ملاحظه می کنیم، فقها هیچ کدام حکم به تهاتر نکرده‌اند؛ که این را شیخ توضیح نداده‌اند و توضیحی همینی بود که عرض کردیم. بعد می فرماید: «نعم ذهب جماعة منهم الشهدان فی الدروس و المسالك» ما گفتیم که مقتضای دلیل مثل است؛ اما در بعضی موارد مشهور فتوای به قیمت داده‌اند؛ اما شهدان و شهید اول و شهید دوم در این موردی که اگر کسی یک عینی را قرض بگیرد؛ مثلاً فرشی را قرض کند و همین فرش موجود است و لو قیمی باشد، نیامده‌اند فتوا دهند که باید قیمت آن را به مالک دهد، گفته‌اند: اگر عین مال مقترضه موجود است عین مال را بازگرداند.

فتوا داده‌اند: «بجواز رد المال مقترضة اذا كانت قیمیة، لكن لعلّه من جهة صدق اداء القرض» شیخ می فرماید: نه از باب این است که ضمان قیمی به مثل باشد، اینجا اگر می گفتیم که این قرضی که کرده است از ابتدا ضامن به مثل است، این به درد می خورد و این نظریه با دلیلین سازگار بود؛ اما نیامده‌اند بگویند ضمان قیمی به مثل است، بلکه ادا قیمی به این است که همانی که داده است آن را بگیرد و از باب صدق ادا قرض است.

«لعلّه من جهة صدق اداء القرض بأداء العین لا من جهة ضمان قیمی بالمثل» نه از باب اینکه از باب قیمی به مثل باشد تا موید به دلیلین باشد. «و لذا» چون از جهت صدق اداست «یتفقوا علی عدم وجوب قبول غیرها»، قبول غیر این عین واجب نیست «و ان كان مماثلاً لها» مماثل با عین مقترضه از «من جمیع الجهات» است.

تمام این حرفها با وجود مثل بود، گفتیم بر طبق دلیلین بر قیمیات با وجود مثل باید مثل را پرداخت کند، «و اما مع عدم الوجوب مثل للقيمي التالف» در صورتی که در قیمی طالب مثلی نباشد، «فمقتضى الدليلين» عرف آیه مقتضای آن «عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر» مثل از ذمه به سبب تعذر ساقط نمی شود و این مطلب را دقت کنید که در باب مثلیات مثل گندم اگر کسی زد یک کیلو گندم کسی را تلف کرد، اینجا می گویند: آنچه که ابتدائاً بر ذمه می آید، مثل است.

لکن اگر خواست این مثل را ادا کند «عند الاداء» اگر متحضر شد آن روز ادا انتقال به قیمت می یابد و لذا باید قیمت روز ادا را هم پرداخت کند. الان ضامن می خواهد یک کیلو گندم را بدهد به مالک و هر چه می گردد در بازار یک کیلو گندم نمی یابد. امروز یک کیلو گندم صد تومان است و چند روز می گردد و گندم نمی یابد و گندم در این چند روز می شود 150 تومان و زمانی که تعزل یافت مثل انتقال به قیمت می یابد، اما قیمت یوم ادا را باید پرداخت کند.

در قیمیاتی که بر طبق دلیلین باید مثل را بپردازد مسئله همین است. «فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل» از «الذمة بسبب التعذر كما» همانطور که «لو تعذر المثل في المثلي» در ما نحن فيه «لو تعذر في المثلي» است، «فیضمن بقیمته يوم الدفع»، قیمت «يوم الدفع» که همان یوم الاداست که همان را باید بپردازد «كالمثلي» و واو حالیه است «ولا يقولون به» و فقها نمی گویند باید قیمت یوم الدفع را بدهد.

در قیمیات مثل گوسفند فقها می گویند قیمت را شاخص ضامن است، قیمت روز یوم تلف را باید بپردازد. «و ايضاً فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة» اگر مثل از آنچه تلف شده است نقصان قیمت یافت، «نقصاناً فاحشاً فمقتضى ذلك عدم وجوب إلزام مالك بالمثل» مقتضی دلیلین این است که مالک را نمی توانیم الزام کنیم به مثل در بعضی از نسخه ها به جای عدم وجوب دارد «عدم جواز»، مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده است: عدم جواز باشد. اینجایی که مال انسان را غصب کرده است یک سال نگه داشته است و در اثر مدت زمان تنزل و نقصان یافته است.

مقتضی آیه و عرف این است که خود عین را رد نکند و مقتضای آیه و عرف این است که اقرب بالتالف را رد کند که قیمت است نه مثل و «مقتضى ذلك» مقتضی دلیلین «عدم جواز إلزام مالك بالمثل» است. «لاقتضائهما» چون آیه و عرف اقتضا دارد، اعتبار مماثلت در حقیقت و مالکیت را مع در حالی که «أن المشهور كما يظهر من بعض مشهوره إلزام مالك بالمثل وإن قوياً خلاف بعض» بعضی در نقصان قیمت گفته اند که به قیمت انتقال می یابد و اگر تقویت کرده است خلاف مشهور را بعضی از فقها.

«بل ربّما إحتمل» بعضی احتمال داده اند مثل را دفع کند، «ولو سقط من القيمة بالكلیة» مگه به نحو تام و تمام از قیمت ساقط شود، «و ان كان الحقّ خلافه» مرحوم شیخ می فرماید: این حرف را قبول نداریم. آنجایی که این قیمت و جنس و مال ساقط شود این حرف را قبول نداریم و آنجا انتقال به قیمت می یابد. نظر مرحوم شیخ تفسیر بین این دو است.

مالی را که غصب کرده است، اگر به طور کلی از قیمت بیفتد اینجا همین مال را نمی تواند رد کند، باید قیمت آن را پرداخت کند. اگر نقصان یابد و لو فاحش باشد، باید همین نقصان را به صاحب آن رد کند. «فتبین أنّ النسبة بين مذهب المشهور» نسبت بین مذهب و فتوای مشهور و بین مقتضای عرف و «الآیه عموم من وجه، فقد یضمن بالمثل به مقتضى الدلیل» گاهی ضمان به مثل است به مقتضای آیه و عرف و «لا یضمن به» ضمان به مثل نیست، «عند المشهور كما في المثال المتقدمين»، منظور کرباس و مثال عبدین من عبدین است.

«وقد ینعکس الحكم» یعنی به مقتضی دلیل ضمان به قیمت است، اما مشهور گفته اند ضمان به مثل «كما في المثال كما في المثال ثالث فقد یجتمعان» گاهی این دو دلیل و فتوای مشهور ماده اجتماع دارد «في المضمونه به» در آنجایی که ضمان است،

«كما في اكثر الامثلة». «ثم إنَّ الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة» اینی که اجماع داریم که ضمان به قیمت است «علی تقدیر تحقیقه» بر فرضی که چنین اجماعی باشد. «لا یددی بالنسبة الی ما لم یجمعوا علی کونه قیمیاً» این اجماع نسبت به آنی که اجماع بر قیمیه آن نیست به درد نمی خورد.

دو تا اجماع داریم: یکی اجماع بر کبری است، کبری این است که «الضمان فی القیمی بالقیمه» است و در بعضی از صغریات است، مثلاً در این پنج مورد اجماع داریم که عنوان قیمی دارد این صغری و کبری را با هم ضمیمه می کنیم و در این پنج مورد ضمان به قیمت است.

اما در غیر از این پنج مورد که در ضمانی که اجماع به قیمت نیست و مشکوک نیست و آن کبری کلی به درد نمی خورد. اجماع بر کبری یعنی ضمان قیمی بر قیمت «لا یددی» در موارد صغریات «مشکوکة بالنسبة الی ما لم یجمعوا علی کونه قیمیاً» در موارد شک چه کنیم؟ «و فی موارد شک یجب الرجوع الی المثل» باید به مثل رجوع کنیم «بمقتضى الدلیل السابق و عموم آیه شریفه».

اینجا یک اشکالی را شیخ پاسخ می دهند: به عنوان اشکال مقدر که اگر بخواهیم به عموم آیه تمسک کنیم در موارد مشکوک، تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص می شود، یک عام داریم به اکرم العلما و خاص داریم به نام فساد و اگر نمی دانیم این شخص فاسق است یا خیر و اگر بخواهیم در این شخص تمسک به عام کنیم می شود مصداقیه مخصص و این را مشهور نمی پذیرند.

مرحوم شیخ پاسخ می دهد که این شبهه، شبهه مصداقیه نیست و مفهومیه است. «بناءً ان علی ما هو الحقّ المحقّق»، حق مرحوم محقق دوم عنوان تأکید را دارد، حق مسلم است که «من أن العام المخصّص» عامی که تخصیص خورده است «بالمجمل مفهوماً» به مخصصی که اجمال مفهومی دارد «المتردّد بین الاقلّ و الاکثر» این مفهومش مردد بین اقل و اکثر است «لا یخرج» این عام از «حجیت بالنسبة الی موارد الشک» نسبت به موارد شک خارج از حجیت نمی شود.

توضیح دادیم که در چنین موردی عام نسبت به آن اقل از حجیت ساقط می شود؛ اما نسبت به اکثر از حجیت ساقط نمی شود. مثالش را در جاهای دیگر اینطور مطرح می کنند، اگر داریم «اکرم العلما لا تکرّم فاسقا من العلما» در مفهوم فساد اگر شک کنیم، اگر بگوییم مرحوم فساد خصوص مرتکب کبیره است و اعم از مرتکب کبیره و صغیره است و اینجا می گویند: خاص نسبت به مرتکب کبیره یقینی است، زمانی که یقینی شد عام نسبت به این مورد یقینی از حجیت خارج می شود و نسبت به مورد شک یعنی نسبت به اکثر عام بر حجیت خودش باقی است.

«فحاصل الکلام» مرحوم شیخ یک خلاصه گیری می کند، چهار قسمت می کند می فرماید: «أنّ ما أجمع علی کونه مثلیاً» آنی که اجماع بر آن است که مثلی است «یضمن بالمثل» مثل را ضامن است «مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات» هر رغبات با مراعات صفاتی که رقبت ها به آن صفات مختلف است. «و ان فرض نقصان قیمته فی ضمان الدفع» و لو اینکه مثل در ضمان دفع او مکان یا مکان دفع این مثل قیمتش از قیمت تالف کمتر شود، اینجا به مرحوم شیخ می گوییم آنجایی که نقصان قیمت است، شما به چه دلیل می گویید: باید مثل پرداخت شود؟ می فرماید: به این دلیل که اجماع داریم که این ما به تفاوت اعتنایی نشود.

«بناءً علی تحقیق الإجماع علی اهمال هذا التفاوت» تفاوت بین تالف و مثلی که می دهد، تالف زمانی که تلف شد، ده هزار تومان بوده است، مثل آن را که پرداخت می کند پنج هزار تومان است و اجماع داریم که مثل موجود است، ولی نقصان قیمت است تفاوت را نباید اعتنا کنیم. دلیل دوم روایتی است در زمان امام معصوم علیه السلام زمانی که حاکمی عوض شد حاکم سکه و

دراهم زمان سابق را از رواج ساقط کرد، از امام سوال کردند کسی از کسی ده درهم سابق را طلب دارد حال که حاکم جدید آمده است و سکه جدید آورده است آیا دراهم اولی را ضامن است یا جدید را پرداخت کند.

فرض سوال این است که درهم جدید سبب نشده است که درهم قدیم از مالیت به طور کلی ساقط شود؛ بلکه ارزش آن کم شده است، امام فرمودند: دراهم اولی را باید بپردازد. مضافاً خبر واحد «فی ان لازم علی من علیه دراهم» کسی که بر ذمه او دراهمی است «واسقطها السلطان» و سلطان دراهم را اسقاط کرده است و غیر آن را ترویج کرده است لازم «هی دراهم الأولى» همان دراهم اولی را باید مدیون به داین بپردازد.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين