



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۱۴۰۱-۰۲

جلسه هفتاد و چهارم؛ سه شنبه ۱۴۰۱/۱۲/۹ (جلسه نوزدهم خلق پول)

نقد اجماع مورد ادعای سید یزدی رحمته

ابتدا باید بررسی کنیم آیا این مسئله همان طور که سید یزدی رحمته ادعا فرمودند اجماعی است و یا اینکه در حد اجماع نیست. می گوئیم:

در اینجا هر چند به یک معنایی ممکن است اجماع باشد، اما با مراجعه به کلام بعضی از اعلام روشن می شود ظاهراً آن اجماع مورد نظر وجود ندارد. از جمله شیخ طوسی رحمته اعلی الله مقامه در المبسوط عبارتی دارند که از آن استفاده می شود هر ضامنی - از جمله بانک در بحث ما - قبل از پرداخت و حتی قبل از مطالبه مضمون^۱، می تواند به مضمون^۲ عنه مراجعه کرده و مطالبه تخلیصش از ضمان کند. عبارت ایشان چنین است:

کلام شیخ طوسی رحمته در المبسوط

إذا ضمن رجل عن رجل مالا ثم سأله خلاصه من هذا الضمان فإنه لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قد ضمن عنه بإذنه أو بغير إذنه. فإن كان قد ضمن بغير إذنه لم يمكن له أخذه بتخليصه سواء طالبه المضمون له أو لم يطالبه لأنه لو غرم لما كان له الرجوع عليه به لأنه متبرع بضمانه.^۱

هرگاه فردی مالی را از طرف دیگری ضامن شد (مثلاً کسی به شرکت یا فرد دیگری بدهکار بود و بانک بگوید من ضامنش هستم و می پردازم) و سپس از مضمون^۲ عنه درخواست کرد او را از این ضمان خلاص کند، چنین قضیه ای خالی از دو امر نیست:

۱. المبسوط في فقه الإمامية، ج ۲، ص ۳۲۸.

یا **ضممانی** که آن فرد کرده - یا بانک در مثال ما - با **إذن مضمونّ عنه** بوده و یا بدون **إذن** او بوده است. اگر **ضمان** بدون **إذن مضمونّ عنه** باشد، حق مطالبه از **مضمونّ عنه** به تخلیص از **ضمان** را ندارد؛ فرقی هم نمی‌کند **مضمونّ له** از او مطالبه کرده یا نکرده باشد؛ چراکه **ضمان** او **تبرّعی** بوده است.

فإن كان قد ضمن عنه بأمره لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون قد طالبه المضمون له بالحق أو لم يطالبه. فإن كان قد طالبه به كان له أخذه بتخليصه لأنه ضمن عنه بأمره و قد حصلت المطالبة عليه من جهة المضمون له.

اما اگر **ضامن** به درخواست **مضمونّ عنه** **ضامن** او شده باشد، این فرض از دو صورت خارج نیست؛ صورت **اول** اینکه **مضمونّ له** از او مطالبه حقی را کرده باشد که در این صورت **ضامن** حق دارد از **مضمونّ عنه** درخواست کند او را از **ضمان** خلاص کند؛ چراکه به امر و درخواست او **ضامنش** شده و **مضمونّ له** هم از او مطالبه کرده است.

و إن كان المضمون له لم يطالبه بالحق فهل له أن يأخذه بتخليصه أم لا؟ قيل فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك و الآخر ليس له ذلك و الأول أقرب.

اما اگر **مضمونّ له** از **ضامن** مطالبه حق نکرده باشد، در اینکه آیا **ضامن** حق درخواست خلاص از **ضمان** را داشته باشد دو وجه وجود دارد؛ وجه **اول** اینکه حق درخواست تخلیص از **ضمان** را دارد و وجه دوم اینکه چنین حقی ندارد و آنچه **أقرب** به نظر می‌رسد وجه **اول** است.

طبق کلام شیخ طوسی رحمته الله در ما نحن می‌توان گفت وقتی بانک **ضامن** کسی می‌شود، چون این **ضمان** **تبرّعی** نیست و به امر **مضمونّ عنه** می‌باشد، لذا نمی‌توان گفت **ضامن** حق رجوع به **مضمونّ عنه** را ندارد؛ مثلاً کسی به دیگری یا به شرکتی بدهکار است و از بانک درخواست می‌کند که **ضمانت**ش کند. در این صورت شیخ طوسی رحمته الله فرمودند دو حالت وجود دارد؛ گاهی **مضمونّ له** به بانک مراجعه کرده و مطالبه پول می‌کند - که ظاهر عبارت ایشان این است که کل پول را مطالبه می‌کند نه بخشی از آن - در این فرض **ضامن** می‌تواند به **مضمونّ عنه** مراجعه کند و **مضمونّ عنه** باید او را از عهده **ضمان** خلاص کند.

به این نکته هم باید توجه داشت که شیخ طوسی رحمته الله در اینجا نمی‌فرمایند که **مضمونّ عنه** باید پول را بپردازد بلکه تعبیر به «**تخلیص**» می‌کنند؛ یعنی **مضمونّ عنه** باید **ضامن** را از عهده **ضمان** خلاص کند که این خلاص شدن هم ممکن است به دو نحو باشد؛ گاهی **مضمونّ عنه** پول را به **ضامن** می‌پردازد تا به **مضمونّ له**

بدهد و گاهی هم مضمون‌عنه کاری می‌کند که مضمون‌له از ضامن یا بانک مطالبه نکند؛ فرضاً نزد مضمون‌له برود و از او درخواست کند که ضامن را بریء الذمه کند یا هر کار دیگری که همین نتیجه را داشته باشد.

اما در صورتی که مضمون‌له به ضامن مراجعه نکرده باشد، شیخ فرمودند دو وجه وجود دارد و أقرب این است که ضامن یعنی بانک به صرف عقد ضمان می‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کرده و از او مطالبه تخلیص از ضمان کند.

این عبارت شیخ طوسی رحمته الله صریحاً مخالف حرف سید یزدی رحمته الله که در مسئله ادعای اجماع کردند نیست؛ زیرا شیخ طوسی رحمته الله فرمود که ضامن مالک پول در ذمه مضمون‌عنه می‌شود، بلکه فرمود مالک تخلیص خود می‌شود. و ممکن است این تخلیص به این باشد که مضمون‌عنه به مضمون‌له رجوع کرده و با خواهش و التماس کاری کند که مضمون‌له ذمه ضامن را بریء کند.

کلام مرحوم علامه رحمته الله در تحریر

علامه حلی رحمته الله در تحریر می‌فرماید:

الثانی عشر: إذا ضمن بإذنه، لم یکن للضامن مطالبه المضمون عنه إلا إذا طوب، و قوی

الشیخ جواز المطالبة و إن لم یطالب الضامن و ما قلناه أولى.^۱

هرگاه ضامنی به إذن مضمون‌عنه ضمانت او را کرد، ضامن نمی‌تواند از او مطالبه حق کند مگر زمانی که مضمون‌له از او طلب کند. و شیخ طوسی رحمته الله قول به جواز مطالبه را تقویت کردند هرچند ضامن مورد طلب واقع نشده باشد، و آنچه ما گفتیم (یعنی عدم جواز مطالبه) أولى است.

بنابراین علامه حلی رحمته الله در تحریر، می‌فرماید به صرف اینکه ضامن مورد طلب واقع شود، حق مطالبه از مضمون‌عنه را دارد، هرچند ضامن پول را پرداخت نکرده باشد. منتها در بعض کتب دیگرشان مطلب به نحو دیگری است. البته باید توجه داشت که ایشان هم مطالبه تخلیص را جایز دانسته‌اند؛ نه مطالبه عین پول را. و شاید به خاطر همین کلمات بوده که محشّین عروه نوعاً حرف سید یزدی رحمته الله را تأیید کردند؛ یعنی به همان

۱. تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية (ط - الحديث)، ج ۲، ص ۵۶۲:

الثانی عشر: إذا ضمن بإذنه، لم یکن للضامن مطالبه المضمون عنه إلا إذا طوب، و قوی الشیخ جواز المطالبة و إن لم یطالب الضامن و ما قلناه أولى.

و لو ضمن بغير إذنه، لم تکن له مطالبته مطلقاً، و لیس للمأذون فی الضمان مطالبه المضمون عنه بتسليم المال إليه قبل أدائه، و لا مطالبه المضمون عنه بقبض المال منه لیتولّى المضمون عنه الدفع.

روایت و اجماع تمسک کرده‌اند و حتی برخی از آنها گفته‌اند قاعده نیز همین مطلب را اقتضاء می‌کند. و تنها کسی که دیدیم در اینجا با کلام سید علیه السلام مخالفت کرده، مرحوم سید بروجردی علیه السلام اعلی الله مقامه است.

مخالفت سید بروجردی با کلام سید یزدی علیه السلام

سید بروجردی علیه السلام در مدلول روایت و نیز در اجماع مناقشه کرده و فرموده ضامن قبل از أداء می‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کند و این قول را اقوی شمرده‌اند. کلام ایشان چنین است:

هذا هو الأقوی و لا إجماع و لا خبر علی خلافة و هو مختار الشيخ و جماعة نعم خالفه العلامة و

اشتهر بعده...^۱

این قول (یعنی جواز مطالبه) اقوی است و اجماع و روایتی هم برخلاف آن وجود ندارد و این قول، مختار شیخ طوسی علیه السلام و جماعتی از علماء است. بله علامه با این سخن مخالفت کرده و بعد از ایشان مشهور شده است.

بنابراین ایشان می‌فرماید چون شیخ طوسی علیه السلام و جماعتی از علماء مخالفت کرده‌اند، معلوم می‌شود اجماعی در مسئله وجود ندارد.

این حرف سید بروجردی از جهتی درست بوده و از جهتی دارای اشکال است. اینکه فرمودند شیخ طوسی علیه السلام با این اجماع مخالفت کرده، از ما سبق معلوم شد شیخ طوسی علیه السلام این حرف را نفرمودند که ضامن می‌تواند مطالبه نفس پول کند، بلکه فرمودند می‌تواند مطالبه تخلیص از ضامن کند. اما اینکه فرمودند جماعتی از علماء نیز با این حرف و اجماع مخالفت کرده‌اند، ما کسی لأقل از قدما پیدا نکردیم که با این حرف مخالفت کرده باشد. همچنین اینکه فرمودند علامه علیه السلام با این حرف مخالفت کرده، ظاهراً ایشان به بعضی کتب علامه مراجعه کردند یا بعضی مطالب ایشان را دیدند، ولی همان‌طور که اشاره شد آنچه در تحریر علامه علیه السلام آمده، ایشان فی‌الجمله با حرف شیخ طوسی علیه السلام موافقت کرده که ضامن وقتی مورد مطالبه مضمون‌له قرار گرفت، می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند و مطالبه تخلیص خود از ضامن کند.

سید بروجردی علیه السلام در ادامه، توجیهی برای مورد اجماع و روایت ذکر کرده و می‌فرماید:

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۱۸۴:

هذا هو الأقوی و لا إجماع و لا خبر علی خلافة و هو مختار الشيخ و جماعة نعم خالفه العلامة و اشتهر بعده و إنما مورد الإجماع و الخبر هو أنه إذا صولح الضامن عما ضمنه بأقل منه لم يستحق علی الأصل إلا ما صولح علیه و لا منافاة بينهما غاية الأمر أنه يجب علیه رد الزائد إن صولح علیه بعد أخذ مال الضامن. (البروجردی).

و إنما مورد الإجماع و الخبر هو أنه إذا صولح الضامن عمّا ضمنه بأقلّ منه لم يستحقّ على الأصيل إلّا ما صولح عليه و لا منافاة بينهما غاية الأمر أنه يجب عليه ردّ الزائد إن صولح عليه بعد أخذ مال الضمان.

حاصل حرف ایشان چنین است که روایت نفرموده ضامن قبل از مطالبه نمی‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند، بلکه می‌فرماید ضامن فقط به اندازه‌ای که مصالحه می‌کند حق مطالبه از مضمون‌عنه دارد، و این منافاتی ندارد با اینکه قبل از أداء حق رجوع به او داشته باشد. در این صورت اگر قبل از أداء معلوم باشد که بناست به فلان مقدار مصالحه کند، به مضمون‌عنه رجوع کرده و همان مقدار را مطالبه می‌کند و حق مطالبه زائد بر آن ندارد. و اگر مقدار مورد مصالحه معلوم نباشد و مقداری از مضمون‌عنه مطالبه کرد ولی بعداً به کمتر از آن با مضمون‌له مصالحه کرد، در این صورت باید مقدار اضافی را به مضمون‌عنه برگرداند. بنابراین مورد اجماع و روایت، منافاتی با جواز مطالبه از مضمون‌عنه قبل از پرداخت ندارد و نهایت مطلبی که از روایت [و اجماع] استفاده می‌شود آن است که ضامن بیش از آنچه عملاً پرداخته یا خواهد پرداخت، استحقاق ندارد.

بررسی کلام سید بروجردی رحمته الله

این کلام سید بروجردی رحمته الله که در بحث حواله هم بر آن ترتیب اثر داده‌اند، متفرع بر آن است که قاعده اقتضا کند ضامن قبل از أداء، حق رجوع به مضمون‌عنه را داشته باشد و الا اگر قاعده چنین اقتضایی نداشته باشد، وجهی برای این کلام وجود ندارد؛ زیرا نهایت دلالت روایت این است که ضامن به اندازه‌ای که مصالحه کرده مستحق رجوع به مضمون‌عنه است، اما اینکه آیا قبل از آدا هم می‌تواند رجوع به مضمون‌عنه کند، چیزی از روایت استفاده نمی‌شود و باید به قاعده رجوع کرد.

و اگر کسی بگوید در مسئله اجماع وجود دارد می‌گوییم: به نظر نمی‌آید این اجماع کاشف از قول معصوم علیه السلام باشد و بعید نیست اجماع به این معنا باشد که در بحث ضمان نمی‌توان عین همان پول را از مضمون‌عنه گرفت. به هر حال معلوم است که این اجماع مقتضای استنباط فقهاء در حکم به عدم جواز رجوع ضامن قبل از مطالبه به مضمون‌عنه بوده است؛ نه اینکه حکم مذکور یثلاً بیداً از معصوم علیه السلام رسیده و اطمینان داشته باشیم که قول معصوم علیه السلام است. بنابراین باید بینیم مقتضای قاعده در مسئله چیست؟

بررسی مقتضای قاعده در مسئله رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از مطالبه

همان‌طور که اشاره شد سید یزدی رحمته الله فرمود مقتضای قاعده این است که ضامن به صرف عقد ضمان،

حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد هرچند مضمون‌له از او مطالبه نکرده نباشد. اما کثیری از فقها گفته‌اند قاعده اقتضاء می‌کند ضامن مادامی که مورد مطالبه مضمون‌له قرار نگرفته، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد و برخی^۱ چنین تعبیر کرده‌اند که ضامن مضمون‌عنه نیاز به دلیل دارد و باید عقد ضمان یا یکی از اسباب ضمان وجود داشته باشد، در حالی که در فرض مسئله دلیلی وجود ندارد. و حتی بعضی^۲ تصریح کرده‌اند که از عقد ضمان بیش از این استفاده نمی‌شود که ذمه مضمون‌عنه در مقابل مضمون‌له بریء شده و ذمه ضامن مشغول می‌شود. بنابراین اصل این است که ذمه مضمون‌عنه در مقابل ضامن و نیز مضمون‌له بریء باشد [و در نتیجه ضامن قبل از پرداخت، حق رجوع به مضمون‌عنه را نداشته باشد].

اما اینکه ذمه مضمون‌عنه بعد از اینکه ضامن آداء کرد مشغول می‌شود، هم می‌تواند مستند به روایتی باشد که سائل می‌پرسد آیا ضامن غارم است؟ و حضرت در جواب می‌فرمایند: «الْغَرْمُ عَلَيَّ مَنْ أَكَلَ الْمَالَ»؛^۳ یعنی آن فردی که پول را گرفته و خورده ضامن می‌باشد که همان مضمون‌عنه است. و هم از خبر صلح هرچند فی‌الجمله استفاده می‌شود. و هم این اشتغال ذمه مستند به سیره عقلائییه است؛ زیرا سیره عقلاء بر این است که وقتی کسی به إذن یا تقاضای دیگری ضامن او می‌شود و ضمان هم تبرعی نیست، وقتی ضامن خسارتی را پرداخت کرد، به همان مقدار باید مضمون‌عنه جبران کند. و چون شارع مقدس این سیره عقلائییه را ردع نکرده، لذا کشف می‌شود که آن را امضاء کرده است. بله، مادامی که ضامن خسارتی ندیده، در نظر عقلاء

۱. العروة الوثقى مع تعالیق الإمام الخميني، ص ۹۴۰.

کون مقتضى القاعدة ما ذكره ممنوع، بل الظاهر أن مجرد إذنه بالضمان وضمانه واشتغال ذمته لا يوجب اشتغال ذمة المضمون عنه، ولو للأصل وعدم الدليل عليه، نعم بعد الأداء لا إشكال نضاً وفتوئ في جواز الرجوع واشتغال ذمته، و يمكن الاستفادة ما ذكر من الرواية المشار إليها أيضاً.

✓ مباني العروة الوثقى، ج ۲، ص ۱۴۵.

بل مقتضى القاعدة هو الأول، إذ لا بد في اشتغال ذمة الغير من سبب له من عقد أو إتلاف أو تلف في بعض الموارد- وإلا فالضمان من غير سبب و موجب لا يمكن تصحيحه بوجه.

۲. العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۴۱۸؛

بل الأوفق بالقواعد هو الأول لأن إنشاء الضمان إنشاء لاشتغال ذمة الضامن بما في ذمة المضمون عنه للمضمون له و يعبر عنه بانتقال ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن و ليس فيه من اشتغال ذمة المضمون عنه عين و لا أثر و لكن حيث إن أداء الضامن دينه من مال نفسه بإذنه يكون بمنزلة أداء المضمون عنه و إتلافه ذلك المال و استيفائه فيشتغل ذمته به له و أما اشتغال ذمته بمجرد اشتغال ذمة الضامن فلا دليل له ما لم ينجر إلى إتلاف المال. (الكلبيگانی).

۳. وسائل الشريعة، ج ۱۸، كتاب الضمان، باب ۱، ح ۱، ص ۴۲۱ و تهذيب الاحكام، ج ۶، ص ۲۰۹؛

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَخْبُوبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ يَقُطِيبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ جُعِلْتُ فِدَاكَ قَوْلَ النَّاسِ الضَّامِنُ غَارِمٌ؟ قَالَ فَقَالَ: لَيْسَ عَلَى الضَّامِنِ غُرْمُ الْغُرْمِ عَلَى مَنْ أَكَلَ الْمَالَ.

و رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ خَالِدٍ وَ رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ يَقُطِيبٍ.

حق رجوع به مضمون^{عنه} را ندارد.

بنابراین مادامی که ضامن وجه ضمان را پرداخت نکرده، حق رجوع به مضمون^{عنه} را ندارد؛ زیرا نه سیره عقلائیة شاملش می شود و نه دو روایت مذکور.

والحمد لله رب العالمین

تقریر و تنظیم: جواد احمدی