

## نوآوری‌های سید طباطبایی یزدی در مورد ضمان عقدی (۲)

سیدمصطفی محقق داماد\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۶/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۱/۲۲

### چکیده

این مقاله بخش دوم از نظرات بدیع و نوآوری‌های سید طباطبایی یزدی در مباحث فقهی ضمان عقدی است. در بخش نخست ۵ مسئله مورد تحلیل قرار گرفت و پژوهشگران ارجمند در مقایسه با نظرات مشهور فقیهان به ابداعی بودن آنها دست یافتند. اینک چند مسئله دیگر از نظرتان می‌گذرد. این مسائل ممکن است در بدو نظر چندان مورد ابتلا به نظر نرسد ولی با امعان نظر تصدیق خواهید فرمود که استدلال‌های ایشان در هر مورد می‌تواند راهگشای حل مشکلات در نظریه‌پردازی‌های جدید فقهی برای ما باشند.

### کلید واژگان

صلح دین، صلح ذمه، فک رهن، تعاقب ضمان، نفعه همسر، نفعه اقارب، استقرار نفعه.

---

\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

## رجوع ضامن در فرض صلح یا فروش مالی با ارزش کمتر یا بیشتر از دین، به مضمون له

در مسئله ۱۵ کتاب ضمان عروة الوثقی، سید طباطبایی یزدی فرضی را مطرح کرده، که ضامن در مقام ادای دین مبادرت به فروش یا صلح مالی به مضمون له می‌کند، که ارزش آن کمتر از دین باشد یا با مالی وفای به عهد کند، که بهای آن کمتر از دین مورد ضمانت باشد. وی در این خصوص به نظر جمعی از فقها<sup>۱</sup> اشاره می‌کند که معتقدند در چنین فرضی ضامن جزء به میزان ارزش آن مال، حق رجوع به مضمون عنه نخواهد داشت. مستند آنان روایت موثقه عمر بن یزید است: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ ضَمَانًا - ثُمَّ صَالَحَ عَلَيْهِ قَالَ لَيْسَ لَهُ إِلَّا الَّذِي صَالَحَ عَلَيْهِ.»<sup>۲</sup> یعنی در پاسخ این سؤال که مردی از دیگری ضمانت کرده ولی بعدا ضامن با طلبکار مصالحه کرده چه قدر می‌تواند از مضمون له مطالبه کند؟ امام فرمود همان اندازه که به طلبکار پرداخت کرده است. و نظیر آن موثقه ابن بکیر است.<sup>۳</sup> اما ایشان این نظر را دارای اشکال می‌دانند. به عقیده وی حکم به رجوع به میزان کمتر، حکمی استثنایی و خلاف قاعده می‌باشد، که باید در مورد آن به قدر مسلم و متیقن اکتفا شود. و قدر مسلم در اینجا غیر از فرض‌های مذکور است. سید یزدی معتقد است که ظاهر خبر مستند حکم، فرضی را در بر می‌گیرد که دین به کمتر از میزان آن مورد صلح واقع شود، نه فرضی که دین با چیزی مصالحه شود که ارزش آن چیز، کمتر از میزان دین باشد. فقیهانی چون میرزای نایینی، ابوالحسن اصفهانی و بروجردی چنین تمایزی میان حکم دو فرض فوق را مردود دانسته‌اند. میرزای نایینی چنین استظهاری از خبر مورد نظر را حتی ضعیف‌تر از خلاف قاعده دانستن حکم می‌داند.<sup>۴</sup>

۱. میان قائلان به این نظر از جمله می‌توان به نویسندگان «تذکره الفقهاء»، «شرائع الاسلام»، «القواعد و المسالك» اشاره نمود. (نگاه کنید به: حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۹۹).

۲. حر عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۹ق. ج ۱۸، ص ۴۲۷. همان.

۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۲۰.

اختلاف میان میرزای نایینی و سید طباطبایی یزدی را می‌توان چنین توضیح داد که وقتی ضامن مالی را در قبال بدهی خود به مضمون‌له می‌دهد که قیمت آن کمتر است و مضمون‌له آن را به صورت صلح می‌پذیرد، به نظر سید یزدی در چنین فرضی در واقع مضمون‌له مال او را به مقدار مورد ضمانت پذیرفته است؛ بنابراین ضامن حق دارد که تمام مورد ضمانت را مطالبه نماید. نایینی می‌گوید با توجه به اینکه مال تحویل داده شده از ارزش کمتری برخوردار است، در واقع مضمون‌له مقدار طلب خود را به مقدار کمتر مصالحه کرده و مابه‌التفاوت را ابرا کرده که طبعاً ذمه مدیون اصلی یعنی مضمون‌عنه هم در مقابل ضامن به همان نسبت تقلیل یافته است.

واقعیت این است که اگر نظریه نقل را بپذیریم، ابراء دائن تأثیری در ذمه مضمون‌عنه نخواهد داشت، زیرا، به محض نقل، ذمه وی بری بوده است، و ابراء هیچ‌گونه تأثیری بر آن نخواهد داشت. تأثیر ابراء وقتی متصور است که ضمان، صرف التزام بوده و اداء موجب اشتغال ذمه ضامن و برائت مضمون‌عنه گردد، که در این صورت در فرض ابراء می‌توان گفت که ابراء در تقلیل ذمه مضمون‌عنه مؤثر است.

سید طباطبایی یزدی در پایان این مسئله به فرضی می‌پردازد، که ضامن مالی را به مضمون‌له بفروشد، و یا صلح کند و یا با مالی ایفای دین کند، که ارزش آن بیش از دین باشد. او در اینجا با سایر فقیهان هم‌صدا می‌شود و رجوع به بیش از میزان دین را جایز نمی‌داند.

ناگفته نماند که مسئله اخیر بنا بر همه نظرهای پیشین، همین است و اختلافی وجود ندارد، زیرا، فرقی ندارد که لحظه اشتغال ذمه را، حین عقد ضمان دانسته و یا لحظه اشتغال ذمه را زمان اداء بدانیم؛ به هر حال وجهی برای حق مطالبه بیشتر وجود ندارد.

### عدم فک رهن با ضمان

سید محمد کاظم یزدی، در مسئله ۲۳ کتاب ضمان «عروه» این پرسش را مطرح می‌کند که آیا با تحقق ضمان، رهن متعلق به دین نیز آزاد می‌شود یا خیر؟ در خصوص این پرسش، وی ابتدا نظر صاحب مسالک<sup>۱</sup> و صاحب جواهر<sup>۱</sup> را مبنی بر آزاد شدن رهن بیان می‌کند. مبنای نظر مذکور

۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۰۵.

آن است که ضمان به منزله ادای دین و وفای به عهد است.<sup>۲۰</sup> زیرا، در مذهب امامیه با تحقق ضمان، ذمه مضمون عنه بری می‌شود. اما سید، این نظر را نمی‌پسندد و آن را خالی از اشکال نمی‌داند، بدون آنکه وجه اشکال را بیان نماید. البته این در فرضی است که ضمان، مطلق بوده و طرفین در این خصوص شرطی نکرده باشند. در صورت اشتراط بقای رهن یا فک رهن، مفاد شرط، معتبر، متبع و لازم‌الوفاء خواهد بود.

توجه نظر سید در خصوص فرض اشتراط، کاملاً روشن است. مستند ایشان در فرض مزبور، حاکمیت ادله شروط است. همان‌طور که گفته شد، سید یزدی درباره اشکالی که بر نظر مسالک و جواهر در فرض اطلاق دارند، توضیحی ارائه نکرده است. برخی شارحان، نظر سید را بر این پایه استوار می‌دانند که ضمان نه وفای به عهد است و نه ادای دین؛ بلکه حتی بنا بر نظریه نقل، مفاد ضمان، اشتغال ذمه ضامن و فراغ ذمه مدیون است، و رهن مادام که ادای دین نشود پابرجا خواهد بود و با صرف فراغ ذمه شخص مدیون بدون آنکه فراغ ذمه او ناشی از ایفای دین باشد، رهن آزاد نمی‌شود.<sup>۲۱</sup>

برخی شارحان دیگر برخلاف سید طباطبایی معتقدند که اقوی فک رهن است، به دلیل اینکه آنچه هم اکنون در ذمه ضامن وجود دارد آن دینی نیست که قبل از تحقق ضمان در ذمه مضمون عنه وجود داشته، زیرا این اشخاص دو فرد جداگانه می‌باشند؛ در نهایت یکی از آنان قائم مقام دیگری شده است؛ و این به معنای سقوط دین از ذمه مضمون عنه و انعدام آن به ازاء حدوث دین جدید در ذمه ضامن است، و تعبیر به نقل ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن، تعبیری مسامحی است؛ زیرا آنچه در ذمه ضامن بعد از ضمان محقق می‌شود، دین نخستین نمی‌باشد، و آنچه در ذمه مضمون عنه ثابت بوده، مانند انتقال مالی از جایی به جای دیگر منتقل نشده؛ چیزی که رخ داده، در واقع فرد جدیدی از دین بعد از انعدام فرد سابق دین است.<sup>۲۲</sup> بنابراین چون رهن در مقابل دین سابق بوده بایستی فک گردد.

۱. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۱۲۸.

۲. نگاه کنید به: حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۰۸.

۳. همان.

۴. موسوی خویی، سید ابو القاسم؛ التنیح فی شرح العروة الوثقی، با تقریر میرزا علی غروی، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۸ هـ ق، ص ۴۳۶.

به نظر می‌رسد آنچه سید طباطبایی یزدی معتقد شده‌اند بیشتر مورد پذیرش عرف است. شاهد آن، رویه‌ای است که هم اکنون در میان وثیقه‌های بانکی رواج دارد. چنانچه ملک شخص الف در قبال دینی، در وثیقه بانک باشد، شخص الف که مالک آن بوده آن را به شخص ب بفروشد، فروش ملک موجب انفکاک رهن نمی‌گردد، حتی اگر این فروش، با اجازه بانک انجام شده باشد. زیرا، برای بانک جابه‌جایی بدهکار مطرح نیست. آنچه برای آن مهم است، وجود وثیقه می‌باشد و موافقت بانک به هیچ وجه به معنای فک رهن نیست، زیرا، فک رهن منوط به پرداخت دین است، نه برائت ذمه مدیون اولیه.

## ۸. تعدد ضمان

در مسئله ۲۶ کتاب ضمان عروه الوثقی، سید طباطبائی به بیان مسئله تعدد ضمان می‌پردازد؛ به این صورت که ممکن است دو یا چند نفر به‌طور مستقل، ضامن دینی شوند. مرحوم سید در این خصوص دو فرض را مطرح می‌کند:

### اول: انشای ایجاب ضمان‌ها به نحو تعاقب انجام شود

به این صورت که ابتدا «الف»، سپس «ب» و آن‌گاه «ج» و... ایجاب ضمان را انشا کرده و ضامن می‌شوند. در این صورت، ضامن کسی خواهد بود که مضمون‌له، ضمان او را قبول کند. اما اگر مضمون‌له، قبول را به‌طور مطلق انشا کند، و تصریح نکند که ایجاب کدام ضامن را پذیرفته، شخص سابق (اولین کسی که انشای ضمان کرده) ضامن خواهد بود. سید پس از بیان این فرض و پاسخ آن، به این نکته مهم انگشت می‌گذارد که با توجه به اعتبار قبول برای تحقق ضمان، و اینکه قبول، ناقل ذمه است، نه کاشف از نقل آن، می‌گوید محتمل است که فرض تعاقب ضمان‌ها تفاوتی با فرض بعد که هم‌زمانی ضمان‌ها است، وجود نداشته و حکم هر دو یکی باشد. به این توضیح که سید در آغاز کتاب در مبحث «نقش قبول در عقد ضمان»، نظرات مختلفی مطرح کرده است. بنا بر یک نظر، ضمان همانند سایر عقود لازم نیست، که ایجاب و قبول در آن معتبر باشد. در باب ضمان برای تحقق ضمان، صرفاً ایجاب ضامن و رضایت مضمون‌له - سابقاً یا لاحقاً- کفایت می‌کند، گویی ضمان، ایقاعی مشروط به رضای مضمون‌له است. ولی نظر دیگر این است که تحقق ضمان نیز، مانند سایر عقود لازم، منوط به اعلام قبول از ناحیه مضمون‌له

می‌باشد، و انتقال ذمه از لحظه قبول صورت می‌گیرد. بنا بر نظر اخیر، سید درباره اینکه ضامن چه زمانی عقد ضمان را ایجاب کرده باشد، فرقی قائل نشده و معیار را زمان قبول می‌داند.

### نقد حاشیه‌پردازان

سید از بیان نکته مهم‌تری غفلت ورزیده و به آن اشاره نکرده است. و آن این است که، معیار تعاقب یا تقارن ضمان‌ها، زمان قبول است. در واقع آنچه سید نخست در باب ضمان‌های متعاقب می‌گوید، درست است و حکم آن با ضمان‌های مقارن فرق می‌کند. اما آنچه متعاقب یا مقارن بودن ضمان‌ها را مشخص می‌کند، تعاقب یا تقارن قبول آنها است نه ایجاب آنها. این نکته مورد توجه حاشیه‌نویسانی چون مرحومان نائینی و بروجردی قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

### دوم: انشا ایجاب ضمان‌ها هم‌زمان انجام شود

در این صورت چنانچه مضمون‌له فقط ضمانت یکی از ایشان را قبول کند، ضمانت او صحیح است و ضمان دیگری یا دیگران باطل خواهد بود. در این باره نیز نظر سید با بقیه فقیهان تفاوت نمی‌کند. اما در فرضی که ایجاب چند ضمان هم‌زمان انشا گردد، و مضمون‌له نیز همه آنها را هم‌زمان قبول کند (یعنی تنها فرض صحیح ضمان‌های مقارن)، در این خصوص چند نظر قابل طرح است: یکی بطلان آنها، که نظر مشهور همین است و در کتاب‌هایی از جمله «المختلف»، «جامع‌المقاصد» و «جواهرالکلام» اختیار شده که مبنای آن مسئله امتناع استقرار یک دین در چند ذمه می‌باشد. نظر دیگر، صحت ضمان می‌باشد که بر نظریه تقسیم دین در میان ضامنان متعدد به نحو تساوی مبتنی است. اما نظر سوم؛ صحت ضمان به صورت ضمان هر کدام از ضامنان در قبال همه دین می‌باشد که در این صورت امکان رجوع مضمون‌له به هر یک از ایشان وجود دارد؛ البته به طوری که فقط یک دین وجود دارد. بنابراین اگر مضمون‌له دین خود را به طور کلی از یکی از ضامنان و یا از چند ضامن در قسط‌های متفاوت بگیرد، حق رجوع به دیگر ضامنان را نخواهد داشت. مرحوم سید راه خود را در اینجا نیز از مشهور جدا کرده و نظر اخیر را

۱. نگاه کنید به: طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۲۶. حواشی نائینی و بروجردی.

قوی‌تر می‌یابد. این در حالی است که اکثر حاشیه‌نویسان «عروه‌الوثقی»، بر این نظر تاخته، آن را ضعیف‌ترین نظرات دانسته و با مذهب مختار امامیه که قائل به نقل ذمه و ممتنع بودن تعدد ذمه‌ها است، ناسازگار دانسته‌اند. با این حال از عبارات آقا ضیاء عراقی چنین بر می‌آید که وی با نظر سید در این خصوص موافق است. وی در حاشیه نظر سید، بدون ابراز مخالفتی با آن می‌نویسد: «اگر هریک از ضامنان قصد ضمان همه مال را کرده باشند، [ضمان به همین صورت واقع می‌شود.] وگرنه اگر هر یک از آنان سهم ویژه‌ای را ضمانت کرده باشند، مضمون له فقط به همان میزان می‌تواند به آنان رجوع نماید.»<sup>۱</sup> سید یکی از احکام مترتب بر نظر مورد قبول خویش را آن می‌داند که در صورت ابراء یکی از ضامنان متعدد توسط مضمون له، تنها همان ضامن بری می‌شود و ذمه ضامن یا ضامنان دیگر مشغول باقی می‌ماند، مگر آنکه معلوم شود که قصد او ابراء اصل دین بوده، نه فقط ذمه ضامن مزبور.

#### • موضع قانون مدنی

قانون مدنی در ماده ۶۸۹ مقرر می‌دارد: «هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند، ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است.» این ماده حکم روشنی در مورد فرض مناقشه‌انگیز قبول همه ضامنان ندارد. اما تاب آن را دارد که جواز قبول چند ضامن به‌طور هم‌زمان و در نتیجه اعتبار همه آنها به‌طور مستقل و امکان رجوع مضمون له به هریک از ضامنان از آن استنباط شود.

#### ضمان نفقه گذشته و حال همسر

سید یزدی در مسئله ۳۵ کتاب ضمان، به جواز ضمان نفقه گذشته زوجه نظر می‌دهد. دلیل ایشان در این مورد این است که نفقه زوجه دین است. همچنین نفقه روز جاری زوجه چنانچه هنگام صبح ناشزه نبوده و تمکین کرده باشد، به نظر سید بر شوهر واجب می‌شود. هر چند که به لحاظ اینکه در طول روز امکان نشوز زوجه و ساقط شدن وجوب نفقه به دلیل نشوز وجود دارد، نفقه

۱. «لو كان قصد كل منهما ضمان تمام المال، و الا فان كان قصد كل منهما ضمان حصته من المال فيرجع الى كل بحسب ما قصد.» (عراقی، آقاضیاء الدین، تعلیقه استدلالیه علی العروه الوثقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ق، ج دوم، ص ۲۹۵-۲۹۴).

به‌عنوان دین هنوز در ذمه زوج استقرار نیافته است.

در تحلیل نظر سید گفته شده است که ما می‌توانیم برای نفقه زوجه سه گونه تصویر داشته باشیم:

### اول: استقرار مطلق نفقه با تمکین صبح بدون امکان سقوط با نشوز

نخستین تصویر این است که نفقه زوجه همه روزه در هنگام صبح در صورت تمکین، واجب گردد و در ذمه زوج قرار گیرد و نشوز در اثناء روز در حق مزبور اثری نداشته باشد.

#### • آثار قضایی مترتب بر این تصویر

**الف)** زوجه در آغاز روز حق مطالبه دارد.

**ب)** بر فرض نشوز در اثناء روز چنانچه نفقه تحویل داده شده باشد، مبلغ پرداخت شده قابل استرداد نیست. و در فرض عدم تحویل و بقاء دین، نشوز موجب سقوط نخواهد شد، زیرا نفقه در هنگام صبح با فرض تمکین در ذمه زوج قرار گرفته و به ملکیت مطلق زوجه در آمده است. و برای اخراج آن از ملکیت زوجه، وجود دلیل مستقل ضروری است.

**ج)** با توجه به استقرار دین، ضمان در اول صبح صحیح است.

**د)** چنانچه نفقه به‌صورت عین پرداخت شده و دارای منافع منفصله باشد، منافع نیز به تبع عین، به زوجه تعلق خواهد داشت.

### دوم: استقرار مطلق نفقه با تمکین صبح همراه با امکان سقوط با نشوز

تصویر دوم این است که نفقه در آغاز روز در ذمه زوج ثابت گردد و نشوز بعد از ثبوت، موجب سقوط نفقه گردد.

#### • آثار قضایی مترتب بر این تصویر

**الف)** زوجه در آغاز روز، حق مطالبه نفقه را دارد.

**ب)** ضمان در ابتدای روز با توجه به استقرار دین در آغاز روز صحیح است.

**ج)** در فرض نشوز، چنانچه نفقه، هنوز به صورت دین بوده و ادا نشده باشد، ساقط می‌شود.

**د)** چنانچه نفقه تحویل داده شده باشد، مبلغ پرداخت شده قابل استرداد نخواهد بود. زیرا مسقط بودن نشوز نسبت به دین نفقه که مقتضای ادله بوده است، ملازمه با برگشت نمودن مالی



که به ملکیت زوجه وارد شده نمی‌باشد و این امر نیازمند دلیل خاص است.

### سوم: استقرار نفقه با تمکین صبح به صورت مراعی

تصویر سوم به این شکل است که نفقه در آغاز روز به شکل «مراعی به عدم نشوز» در ذمه زوج ثابت گردد و چنانچه نشوزی روی دهد، مکشوف شود که زوجه هنگام صبح نسبت به نفقه، ملکیتی نداشته است.

### • آثار قضایی مترتب بر این تصویر

**الف)** زوجه در آغاز روز حق مطالبه دارد.

**ب)** در صورت نشوز، در فرض عدم تحویل، ذمه زوج نسبت به پرداخت نفقه بری شده و در فرض پرداخت نفقه، کل مبلغ پرداخت شده، قابل استرداد است.

**ج)** با توجه به قرار گرفتن دین در ذمه زوج هر چند به نحو مراعی باشد، ضمان نفقه در همان آغاز روز صحیح و دارای توجیه منطقی است، به‌ویژه آنکه در مباحث گذشته بیان گردید که به نظر سید، وجود مقتضی دین، برای تحقق ضمان کافی است.

### نظر سید طباطبایی

آنچه از ظاهر متن سید محمدکاظم طباطبایی بر می‌آید، تصویر سوم است؛ سید می‌نویسد: «زیرا نفقه به خاطر تمکین صبح بر او واجب است، هر چند [نفقه در ذمه زوج] استقرار نیافته است، زیرا احتمال اینکه در اثنای روز نشوز صورت گرفته و به این وسیله نفقه ساقط گردد، وجود دارد.»<sup>۱</sup> از عبارت سید چنین استفاده می‌شود که ایشان معتقد است: الف) دین نفقه در آغاز صبح با وجود تمکین در آن لحظه مستقر نیست، ب) برای استقرار دین، تمکین تا آخر روز به نحو شرط متأخر لازم است.

### آثار مترتب بر نظر سید طباطبایی

**الف)** در آغاز صبح برای زوجه حق مطالبه وجود دارد، زیرا دین به نحو غیر مستقر و به‌صورت

۱. «لوجوبها علیه حينئذ وان لم تكن مستقره لاحتمال نشوزها فی اثناء النهار بنائاً علی سقوطها بذلک.» (طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم: العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۳۳).

مراعی بر ذمه زوج آمده است. وجود دین هر چند به نحو غیر مستقر باشد، موجب حق مطالبه برای دائن است.

**ب)** اگر زوج نفقه را پرداخت کرده باشد، پس از پرداخت، در فرض نشوز زوجه، می‌تواند مبلغ پرداخت شده را بازپس گیرد.

**ج)** اگر فراغ ذمه از طریق تسلیم عین حاصل شده باشد، منافع منفصله همراه عین قابل استرداد است.

**د)** بر فرض اینکه مالکیت بر نفقه به‌طور مراعی و غیر مستقر با تمکین در آغاز روز ثابت شده باشد، دین نفقه که هنوز ثابت نشده است، از نظر سید قابلیت ضمان را دارد.

البته سید طباطبایی این برداشت را مبتنی بر دلایلی می‌داند که بر سقوط نفقه به خاطر نشوز دلالت می‌کند؛ یعنی چنانچه دلایل مزبور چنین دلالتی داشته باشند، ما می‌توانیم نحوه مالکیت زوجه نسبت به نفقه و طرز قرار گرفتن نفقه در ذمه زوج را غیر مستقر تصویر نماییم، تا از این رهگذر بتوانیم این آثار را بر آن مترتب سازیم. لازمه این سخن آن است که اگر دلایل محکم و مستندی برای سقوط نفقه به علت نشوز در طی روز پس از تحویل آن نداشته باشیم، بایستی به صحت تصویر نخستین نظر دهیم. چون اصل وجود رابطه حق نفقه زوجه با تمکین و نشوز مسلم است، پس برای استقرار دین نسبت به نفقه در ذمه زوج، تمکین در همان لحظات آغازین روز کافی است. بنابراین زوجه با تمکین در لحظات ابتدایی روز می‌تواند نفقه را مطالبه کند و با نشوز لحظات بعد ساقط نمی‌شود و در فرض تحویل هم قابل استرداد نمی‌باشد. بنابراین در فرض یاد شده، دین نفقه در ذمه زوج استقرار یافته و از نظر مشهور امامیه نیز قابلیت ضمان را دارد.

### ضمان نفقه روزهای آینده همسر

پس از بررسی ضمان از نفقه روز گذشته و حال، سید طباطبایی موضوع ضمان از نفقه آینده زوجه را مطرح می‌کند. در این خصوص مشهور قائل به عدم ضمان هستند، زیرا آن را «ضمان ما لم یجب» می‌دانند. اما سید یزدی با عنایت به مبنای خویش در صحت ضمان از دینی که مقتضی آن موجود است، صحت چنین ضمانی را بعید نمی‌داند. پیش از این گفتیم که مرحوم سید بر خلاف نظر مشهور، وجود مقتضی دین را برای صحت ضمان کافی می‌داند و ثبوت دین در ذمه را لازم نمی‌شمرد. اما حاشیه‌نویسان کتاب «العروة الوثقی» بر نظر مشهور تأکید نموده‌اند. از

جمله این افراد می‌توان به مرحومان نایینی، شیرازی و خمینی<sup>۹</sup> اشاره نمود. آقا ضیاء الدین عراقی در حاشیه استدلالی خود بر عروءه می‌نویسد: صحت ضمان مبتنی بر وجود مقتضی فاقد وجاهت فقهی است، به دلیل اینکه عرف در صدق حقیقت ضمان، به صرف وجود مقتضی تردید می‌کند؛ مگر آنکه بگوییم منشأ مقتضی، وجود اعتبار عرفی از قبیل کفایت وجود مقتضی حق خیار برای اسقاط آن است. بنابراین ممکن است اینجا هم از همان باب بوده و فروع آیه هم که در کلمات مصنف آمده، بر همین مبنی باشد.<sup>۱</sup>

### نقد و بررسی

به نظر می‌رسد حاشیه‌پردازان و حتی محقق عراقی از نکته سید این را برداشت کرده‌اند که ضمان با وجود مقتضی و بدون وجود دین سابق از قبیل ضمان اصطلاحی نبوده و مفاد آن صرفاً تعهد و التزام است. ناگفته پیداست که برای التزام و تعهد، نه وجود سابق دین لازم است و نه مقتضای آن. در ضمان مصطلح یعنی ضمان ملکی که نتیجه آن انتقال ذمه می‌باشد، بی‌گمان وجود دین سابق ضروری است، و حتی وجود مقتضای آن نیز برای توجیه منطقی کفایت نمی‌کند، زیرا وقتی که هنوز دینی وجود ندارد و ذمه کسی به چیزی مشغول نشده است، هیچ توجیه منطقی وجود ندارد که بگوییم ضمان دیگری موجب انتقال ذمه مضمون‌عنه به ضامن شده است، زیرا هنوز دین و ذمه‌ای به وجود نیامده است تا کسی بخواهد آن را منتقل کند. و چنین ضمانی اساساً فاقد موضوع می‌باشد و چیزی که فاقد موضوع باشد یعنی نیست و وجود ندارد، و انتقال چیزی که وجود ندارد، بی‌معنی است.

### نقشه اقارب

در ادامه این مسئله، سید به بحث ضمان از نقشه اقارب پرداخته و عدم صحت آن را نسبت به نقشه گذشته و آینده، یادآور می‌شود:

ضمان نسبت به نقشه گذشته صحیح نیست، چون دین شخص محسوب نمی‌شود. هر چند به نظر سید یزدی اگر شخص منفق (نقشه دهنده) و یا حاکم به خویشاوند واجب‌النفعه خویش اذن دهد

۱. عراقی، آقا ضیاء الدین، تعلیقه استدلالیه علی العروءه الوثقی، ص ۴۲۶.

که بابت نفقه خود قرض گرفته و خرج خویش کند، در اینجا مصداق دین بوده، ضمان از آن نیز صحیح خواهد بود.

در مورد نفقه آینده خویشاوندان به دو جهت ضمان صحیح نیست: یکی اینکه «ضمان مال م یجب» است، و دیگر اینکه وجوب نفقه اقارب حکمی تکلیفی است، نه وضعی. بنابراین نفقه اقارب در ذمه فرد قرار نمی‌گیرد، پس امکان ضمان نسبت به آن نیز وجود نخواهد داشت.

### نظر سید طباطبایی

سید در پایان نسبت به چنین حکمی که نظر مشهور است، ابراز تردید کرده و آن را خالی از اشکال نمی‌یابد، بدون آنکه مبنای اشکال خود را توضیح دهد. به نظر می‌رسد سید برخی از احکامی را که مشهور در مورد نفقه اقارب برمی‌شمرند، مانند امکان رجوع خویشاوند به حاکم یا صحت ضمان نفقه روز جاری اقارب (چنان‌که علامه حلی در کتاب‌های «قواعد» و «تذکره» بیان داشته)، با تکلیفی محض بودن آن سازگار نمی‌داند، زیرا ضمان از تکلیف محض صحیح نیست. بنابراین چاره‌ای نداریم جز آنکه نفقه اقارب را نیز برای آنان، حقی مالی و قابل مطالبه بدانیم.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد در توجیه نظر سید می‌توان بیان دیگری ارائه داد؛ در الزاماتی که نتیجه آن تعهد شخص برای انجام کاری به نفع شخص یا اشخاص دیگر است، و شخص یا اشخاص ذی‌نفع از این رهگذر حق مطالبه دارند، چنین تعهدی قابل ضمانت است. هرچند الزام نه ارادی، بلکه از ناحیه قانون باشد. به تعبیر دیگر کلیه الزامات خارج از قرارداد که مطالبه‌کننده دارد، قابل ضمانت است. ضمان اعیان مضمونه نیز با همین بیان، قابل توجیه است. ولی بایستی توجه داشت که نتیجه این ضمانت، ضمان عهده‌ای است نه ملکی؛ یعنی چنین ضمانتی، برای ضامن دینی ایجاد نمی‌کند و نقلی انجام نمی‌گیرد، و نباید نتیجه این ضمانت را انتقال ذمه دانسته و چنین پنداشت که همانند ضمان‌های مصطلح، موجب برائت ذمه متعهد اولیه خواهد بود. این بیان، تقریر نظریه‌ای است که موجب توجیه ضمانت در تعهدات می‌گردد که در جای خود بحث خواهیم کرد.

### ضمان اعیان غیر مضمونه

مسئله ۳۸ کتاب ضمان به موضوع ضمان اعیان مضمونه‌ای همچون مال مغضوب یا مقبوض به

۱. نگاه کنید به: حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۲۷.

عقد فاسد اختصاص دارد. می‌دانیم که در مورد ضمان اعیان مضمونه در میان فقها دو نظر مخالف وجود دارد: برخی معتقد به بطلان و برخی قائل به صحت ضمان هستند. سید جانب آن نظری را می‌گیرد، که بر اساس آن، ضمان اعیان مضمونه را درست می‌شمارند. دلیل او روایت نبوی «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»<sup>۱</sup> و شمول عموماتی همچون: «...أَوْ قَوْلًا بِالْعُقُودِ...» (مانده، ۱) می‌باشد. سید معتقد است که در تحلیل حقوقی ضمان اعیان مضمونه دو تفسیر وجود دارد: یکی اینکه معنای ضمان در این‌گونه موارد به معنای التزام به رد عین در فرض وجود، و التزام به رد مثل یا قیمت در فرض تلف است. تحلیل دیگر اینکه ضمان به معنای التزام به رد مثل یا قیمت، در فرض تلف است. بنا بر هر دو تحلیل، ضمان از شخص غاصب به دلیل عمومات و حدیث «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»<sup>۲</sup> صحیح است.

سید طباطبایی اظهار می‌دارد که ممکن است در مقام نقد تحلیل نخستین، گفته شود که این‌گونه ضمان با نظریه نقل ذمه مطابقت ندارد، زیرا دینی تحقق نداشته تا بر عهده ضامن منتقل گردد و ضمان عین در اینجا صرفاً به معنای التزام به رد است، در حالی که ضمان شرعی بنا بر نظر امامیه، نقل ذمه به ذمه است. به علاوه اینکه بی‌تردید غاصب در غصب، ملزم به رد عین است و به هیچ‌وجه با ضمانت وی، مسئولیت از عهده او ساقط نمی‌گردد. بنابراین ضمانت در اینجا اگر هم صحیح باشد، از قبیل ضم ذمه خواهد بود نه نقل ذمه. نقد تحلیل دوم به این است که ضمانت به رد مثل و یا قیمت، در فرض تلف از مصادیق ضمان ما لم یجب می‌باشد، زیرا هنوز ذمه غاصب به پرداخت مثل و یا قیمت مدیون نشده است. ضمناً این ایراد به تحلیل نخستین در خصوص پرداخت مثل و قیمت در فرض تلف نیز وارد است.

طباطبایی یزدی در رد انتقاد اظهار می‌دارد این ایرادات مدفوع است زیرا اولاً: با توجه به وجود عمومات مانعی ندارد که بگوییم چنین ضمانتی صحیح است، هر چند که با ضمان مصطلح تطبیق نکند. ثانیاً: در خصوص ضمان ما لم یجب با وجود پیدا شدن مقتضای ضمان اشکالی به نظر نمی‌رسد. وانگهی دلیلی بر بطلان ضمان ما لم یجب وجود ندارد و فقها در بسیاری موارد این امر را پذیرفته‌اند و در برخی موارد میان خود نسبت به مسئله اختلاف نظر دارند؛ بنابراین اجماعی هم

۱. محدث نوری، میرزا حسین؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳، ص ۴۳۵.

۲. همان.

بر این امر وجود ندارد.<sup>۱</sup>

در پایان مسئله ۳۸، سید به بررسی ضمان اعیان غیر مضمونه مانند مال مورد رهن، مضاربه و ودیعه می‌پردازد. نظر مشهور در باره چنین ضمانی این است که پیش از تحقق سبب ضمان یعنی تعدی و تفریط چنین ضمانی صحیح نیست.<sup>۲</sup> از نظر مشهور چنین مالی همان‌طور که برای ذی‌الید غیر مضمونه است، برای ضامن او نیز چنین است.<sup>۳</sup> اما سید یزدی نظر مشهور را در این مورد نمی‌پذیرد و حکم به صحت چنین ضمانی را به اقتضای عمومات قوی‌تر می‌داند.

از کلام سید یزدی در اینجا نیز کاملاً می‌توان دریافت که اولاً؛ ضمان به معنای ضم ذمه یعنی تعهد و التزام به پرداخت، در فرض عدم پرداخت از سوی متعهد، کاملاً صحیح و الزام‌آور است. ثانیاً؛ ضمانت در تعهدات نیز با موازین شرعی منطبق می‌باشد.

در ضمن، نظر سید در مسئله اخیر می‌تواند توجیه‌گر شرعی عقد بیمه باشد. به این معنا که شخص ثالث، ضامن پرداخت خسارات وارده بر سرمایه از سوی عامل باشد و این قرار داد می‌تواند در فرض تعدی و تفریط و یا عدم تعدی و تفریط باشد؛ و مستند آن نظریه عمومی عقود و شروط است.

### ضمان استرداد ثمن و مطالبه ارش در بیع صحیح

مشهور فقیهان ضمان استرداد ثمن را در هنگامی که مبیع مستحق‌الغیر درآید و یا هنگامی که بطلان بیع آشکار شود، در صورتی که قبض ثمن صورت گرفته باشد، صحیح می‌دانند. برخی دیگر آن را مطلقاً صحیح می‌دانند.

سید نیز در مسئله ۳۹ نظر اخیر را اقوی می‌داند. به هر حال گفته شده که این نظر فقیهان، نسبت به عدم جواز ضمان اعیان، از استثنائات است.

اما در جایی که بیع صحیح باشد، ولی به علت اعمال حق فسخ و یا اقاله و یا تلف مبیع، قبل از

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۳۱-۴۲۹.

۲. نگاه کنید به: حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۴۸.

۳. «لأنها غیر مضمونه العین و لا مضمونه الرد، و إنما الذی یجب علی الأئمن مجرد التخلیه، و إذا لم تکن مضمونه علی ذی الید فكذا علی ضامنہ.» (حلی، حسن بن یوسف؛ تذکره الفقهاء، ج ۱۴، ص ۳۲۰).

قبض بیع فسخ گردد، مشهور، ضمان را صحیح نمی‌داند. مبنای نظر مشهور آن است که در چنین فرضی هنگام وقوع ضمان، حقی ثابت نبوده و مورد، از موارد ضمان ما لم یجب است. حتی در جایی که در هنگام حصول فسخ به ضمان تصریح شود نیز، بنا به دلیل بطلان ضمان ما لم یجب، ضمان باطل است. اما مشهور در جایی که موجب فسخ، عیب سابق یا لاحق باشد، اختلاف عقیده دارند که آیا داخل در عهده و ذمه شخص می‌شود؟ و بنا بر این آیا ضمان صحیح است یا نه؟ مشهور عموماً اعتقاد به عدم دخول در ذمه و بنابراین عدم صحت ضمان دارند. برخی از ایشان نیز قائل به دخول در عهده و صحت ضمان هستند. لازمه چنین نظری این است که در صورت تصریح به ضمان در هنگام فسخ، ضمان به طریق اولی است. سید یزدی در این میان معتقد است که در کلیه موارد چه اینکه چنین تصریحی شده باشد یا نه، داخل در عهده می‌شود، ولی صحت ضمان منوط به تصریح، به نحو مذکور است. او این ادعا را که مورد مزبور از موارد ضمان ما لم یجب است با یک چنین استدلال رد می‌کند که در اینجا برای ضمان عهده ثمن در هنگام فسخ، وجود سبب کفایت می‌کند.<sup>۱</sup>

اما در مورد مطالبه ارش چنان که سید می‌گوید، برخی از فقها قائل به جواز آن شده‌اند، زیرا به نظر ایشان استحقاق مطالبه ارش برای مشتری، از زمان انعقاد عقد وجود دارد. و به همین جهت این مورد از موارد ضمان ما لم یجب نیست. سید یزدی ضمن تأیید نتیجه این نظر، تحقق سبب در حین عقد را کافی دانسته و می‌گوید که ممکن است این ایراد بر نظر اخیر وارد شود که ارش نیز جزء با اختیار و مطالبه آن از سوی مشتری بر عهده بایع ثابت نمی‌شود. بنابراین بهتر است که در نظریه صحت ضمان ارش، بر برهان کفایت تحقق سبب نیز تکیه شود. سید در پایان مسئله ۳۹ حکم ضمان، استرداد مبیع به بایع را همانند آنچه در خصوص استرداد ثمن گفته شد، می‌داند.

### ضمان خسارت قلع بنا و درخت مشتری از بایع توسط شخص ثالث

ممکن است مشتری در زمین خریداری شده، ساختمانی ساخته و یا درختی بکارد، سپس این زمین مستحق‌الغیر درآید. و در نتیجه، فروشنده مسئول پرداخت خسارت خریدار شود. پرسش این

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی (المنحشی)، ج ۵، صص ۴۳۸-۴۳۷.

است که آیا ضمان از فروشنده در قبال چنین خسارتی صحیح است یا نه؟ مشهور فقیهان چنین ضمانی را از موارد ضمان ما لم یجب دانسته و صحیح نمی‌دانند. اما سید یزدی در مسئله ۴۱ هم عقیده با شهیدین، به صحت چنین ضمانی حکم می‌دهد و بر نظر خویش همانند موارد مشابه دیگر چنین استدلال می‌کند که وجود سبب دین برای صحت ضمان کافی است. توجیه نظر مشهور این است که ماهیت ضمان فوق بر بایع، ضمان قهری است، زیرا مبنای آن قاعده غرور است. لذا به نظر مشهور ضمانت از بایع نسبت به خسارات توسط شخص ثالث صحیح نیست. چون ضمان بایع مبتنی بر غرور است و ضمان غار و فریب کار پس از ورود خسارت محقق می‌شود. در نتیجه در زمان عقد به دلیل عدم وجود خسارت، ضمانی بر بایع نخواهد بود، تا بر اساس آن، شخص ثالث ضامن خسارت شود. اما سید این نوع ضمانت را صحیح می‌داند. استدلال وی این است که در حقیقت عقد، سبب غرور است و وجود سبب برای ضمانت شخص ثالث از سوی بایع کافی می‌باشد.<sup>۱</sup>

### ضمان خسارت قلع بنا و درخت به ضمان عقدی توسط خود بایع

سید در ذیل مسئله پیشین، صورتی را تصور کرده که از نظر تحلیل حقوقی بسیار جالب است. آن صورت این است که اگر بایع این امر را خود ضمانت نماید، آیا ضمان صحیح است یا خیر؟ مرحوم سید در پاسخ به سؤال فوق دو نظر را مطرح می‌کند که نخستین نظر متعلق به مشهور است که ضمانت مزبور را باطل می‌دانند.

### ضمان به دریا انداختن کالاها

مسئله ۴۲ کتاب ضمان به بحث «ضمان به دریا انداختن کالاها» اختصاص دارد. مشهور فقها چنین ضمانی را در صورت بیم غرق کشتی صحیح می‌دانند. سید یزدی، مبنای مشهور را اجماع می‌داند، اما برخی از فقیهان حاشیه‌نویس، مطابقت این حکم با قواعد را نیز ممکن می‌دانند. مرحوم گلپایگانی در تلاش برای مطابقت این حکم با قواعد چنین استدلال می‌کند که مالک کالای خود را به دستور دیگری به دریا انداخته و احترام مال، اقتضای ضمان امر را دارد، اگرچه

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، صص ۴۴۱-۴۴۰.



دستور مزبور باید با انگیزه‌ای عقلایی باشد. از این‌رو، اگر این دستور مبنایی عقلایی همچون حفظ کشتی از غرق نداشته باشد و مثلاً فقط برای سبک‌تر شدن آن باشد، حکم به صحت چنین ضمانی صحیح نیست. مشهور نیز بدون در نظر گرفتن چنین مبنایی، در غیر مورد بیم غرق کشتی چنین ضمانی را صحیح نمی‌داند. اما سید در اینجا نیز با استناد به عمومات، به صحت چنین ضمانی، چه در مورد بیم غرق کشتی و چه در موارد دیگری همچون سبک‌تر شدن کشتی حکم کرده است.<sup>۱</sup>

---

۱. همان، ج ۵، صص ۴۴۲-۴۴۱.

## فهرست منابع

۱. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی، بی تا، ج ۲.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دوره حقوق مدنی: عقد ضمان، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، ۱۳۵۲ ش.
۳. حر عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۸.
۴. حسینی عاملی، سید جواد؛ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۶.
۵. حلی، حسن بن یوسف؛ تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۴.
۶. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، با حاشیه کلانتر، سیدمحمد، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق، ج ۴.
۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، قم، ۱۴۱۳ ق، ج ۴.
۸. طباطبایی حائری، سید علی؛ ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق، ج ۹.
۹. طباطبایی حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۳.
۱۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی، دوم، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق، ج ۲.
۱۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ سؤال و جواب، با تحقیق محقق داماد، سید مصطفی و همکاران، تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی (المحشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق، ج ۵.

۱۳. طوسی، محمد بن حسن؛ **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**، تهران: دار الکتب  
الإسلامیة، ۱۳۹۰ق، ج ۳.
۱۴. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، **الوسيلة إلى نیل الفضيلة**، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله  
مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۸ق.
۱۵. عراقی، آقاضیاء الدین، **تعلیقة استدلالیة علی العروة الوثقی**، دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی  
وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ق.
۱۶. قاضی ابن براج، عبد العزیز؛ **المهذب**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین  
حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ق، ج ۲.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین (عقود معین، ع)**، دوم،  
بی‌جا: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا - انتشارات مدرس، ج ۴.
۱۸. محدث نوری، حسین؛ **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، مؤسسه آل البيت علیهم  
السلام، بیروت، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی؛ **قواعد فقه**، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی،  
۱۴۰۶ق، ج ۲.
۲۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ **التنقیح فی شرح العروة الوثقی**، با تقریر: غروی، میرزا علی،  
قم، ۱۴۱۸ق.
۲۱. نجفی، محمد حسن؛ **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء  
التراث العربی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶.

