

ابراء (۲)

بحث نهم: لزوم ابراء و عدم خيار در آن

۱. لزوم ابراء

بر لزوم ابراء به چند دليل استدلال شده است:

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

دليل اول: اصل لزوم

توضیح آن که جایز بودن، یا حقی است که از جعل خيار و مانند آن پدید می آید و یا حکمی است که از دستور شارع به خيار نشأت می گیرد؛ در حالی که هیچ یک از این دو در مورد ابراء وجود ندارد. علت نبود جواز حقی در بحث های بعدی روشن می شود، اما جواز حکمی نیز هیچ دلیل شرعی برای اثبات آن وجود ندارد. ادله صحّت و نفوذ ابراء اقتضاء می کند هر حقی با ابراء ساقط می شود و بازگشت حق ساقط شده به دلیل جدیدی نیاز دارد و ما نه تنها چنین دلیلی نداریم، بلکه مقتضای اصل لفظی (اطلاق ادله ابراء) و نیز مقتضای اصل عملی (استصحاب) این است که ابراء لازم بوده و حق ساقط شده بر نمی گردد.

دلیل دوم: منافات جواز با حقیقت ابراء

بنابر آنچه گذشت حقیقت ابراء عبارت است از رفع ید و اسقاط حقی که بر ذمه دیگران است و اسقاط یعنی از بین بردن موضوع حق و رابطه وضعی صاحب حق با حقش. بنابراین وقتی ابراء صحیح باشد آن حق و ارتباط از بین می رود و بازگشت حق حتماً حق جدیدی خواهد بود که به سبب جدیدی احتیاج دارد؛ پس ابراء و اسقاط و ایقاعاتی مانند آن ذاتاً در درون خودشان لزوم را در بردارند به گونه ای که جواز با مضمون آن ها مغایرت دارد.

دلیل سوم: سیره و ارتکاز عقلایی

بدون شک عقلاء ابراء را لازم می دانند و شارع مقدس نیز قطعاً آن را امضاء نموده است؛ زیرا آن را منع نکرده و دلیل شرعی هم برخلاف آن وجود ندارد. دلیل چهارم: اجماع به ادعای برخی از فقیهان که بحث آن خواهد آمد.

۲. صحیح نبودن قرار خیار در ابراء

برای صحیح نبودن قرار خیار در ابراء چندین دلیل وجود دارد: دلیل اول: همان گونه که گذشت قرار خیار به اشتراط حق فسخ و رجوع برمی گردد و چنین چیزی بر خلاف مقتضای ابراء و مخالف با آن است؛ پس چنین قراری علاوه بر باطل بودن، ابراء را نیز باطل می کند.

دلیل دوم: اجماع بر عدم صحت جعل خیار در ایقاعات

دلیل سوم: شرط خیار فقط در عقودی ممکن است که به دو طرف عقد وابسته باشد، ولی در ایقاعات که فقط به یک طرف قائم است خیار شرط معقول نیست، حتی گاهی گفته می شود که هیچ نوع شرطی در ایقاعات راه ندارد.^۱

جریان خیار در عقودی که متضمن ایقاع هستند یا اثر ابراء را دارند (مانند صلحی که بر ابراء دلالت می کند) مورد اختلاف فقها است.

۲۰۹
بیت

برخی از فقها مانند شیخ طوسی^۲، قاضی ابن برّاج^۳، علامه حلی^۴ در یکی از دو نظریه اش، محقق کمرکی^۵ و شیخ انصاری^۶ معتقدند که در چنین عقودی خیار جریان ندارد. برخی دیگر مانند محقق حلی^۷ و محقق نجفی^۸ قایل اند در هر عقدی - به جز موارد استثنا شده - خیار وجود دارد. بنابراین در صلحی که متضمن ابراء است یا اثر آن را دارد خیار صحیح است؛ زیرا دلیلی بر استثنای آن وجود ندارد. برخی نیز بین عقدی که متضمن ایقاع و مشتمل بر آن باشد و عقدی که فقط اثر ابراء را دارد فرق گذاشته اند. امام خمینی (ره) در این باره می نویسد:

در عقد متضمن ایقاع اگر مصالح بر ابراء باشد، مانند جایی که یکی به دیگری بگوید با تو بر ابرای ذمه ات در مقابل فلان چیز صلح نمودم و یا مانند صلح متضمن اسقاط در جایی که بگوید با تو بر اسقاط ادعای خودم در برابر فلان چیز صلح نمودم، در این موارد که خود ابراء و اسقاط مورد مصالح است [شرط خیار درست نیست]... اما در عقدی که فقط اثر ابراء و اسقاط دارد مانند صلح بر چیزی در ذمه که باعث ابرای ذمه می شود، ظاهراً شرط خیار صحیح است؛ زیرا این عقد مانند سایر عقود و دیگر موارد صلح و بیع دین به خود بدهکار است.^۹

بحث دهم: فساد ابراء پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱. بی اثر بودن ابرای فاسد

هرگاه یکی از ارکان ابراء به سبب فقدان یکی از شروط قبلی دچار اختلال گردد، مانند آن

۲. مبسوط، ج ۲، ص ۸۰.
۳. مهذب، ج ۱، ص ۳۵۴.
۴. تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۳.
۵. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۰۴.
۶. تراث الشیخ الاعظم (کتاب المکاسب)، ج ۵، ص ۱۴۸.
۷. شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۲۳.
۸. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۶۲.
۹. بیع (امام خمینی (ره))، ج ۲، ص ۲۶۰ و ۲۶۱.

که ابراء کننده اهل ابراء نباشد یا بر عهده کسی که او را ابراء می کند دین یا حقی نداشته باشد و یا آن که مورد ابراء عین باشد نه دین، ابراء در چنین مواردی باطل است و هیچ اثری ندارد و همه چیز بر همان حالت قبل از ابراء باقی می ماند.

۴. ابرای فاسد، مدلول ضمنی اش را نیز فاسد می کند.

اگر ابراء فاسد بوده و در عین حال متضمن اسقاط حق ثابتی از ابراء کننده نیز باشد، آیا با بطلان ابراء مدلول ضمنی آن نیز - که اسقاط حق باشد - باطل می گردد و در نتیجه حق ابراء کننده همچنان باقی است یا این که فساد ابراء باعث فساد مدلول ضمنی آن نمی شود و حق ابراء کننده ساقط گردد؟

مثال: اگر کسی چیزی را به عنوان وثیقه دینش به دیگری رهن دهد، سپس فرد دیگری خسارتی به آن وارد کند که باعث ارزش شود، این ارزش گرچه مانند خود شیء، ملک راهن است ولی متعلق حق رهنانی است که برای مرتهن ثابت می باشد. در این صورت اگر مرتهن عامل خسارت را از پرداخت ارزش ابراء کند این ابراء اگر چه فاسد است و اثری ندارد ولی باعث فراغ ذمه عامل خسارت از پرداخت ارزش نمی شود؛ زیرا ارزش برای مرتهن نبوده است تا بتواند آن را از عهده او ساقط کند، اما این ابرای مرتهن متضمن اسقاط حق رهنانه مرتهن می باشد. حال آیا فساد ابراء، این مدلول ضمنی را نیز فاسد می کند؟ در این جا دو احتمال و به گفته شیخ طوسی (ره) دو قول وجود دارد:

در صورتی که ابرای مرتهن باطل باشد آیا حق مرتهن نسبت به وثیقه نیز باطل می شود؟ برخی گفته اند که حق او ساقط می شود؛ زیرا ابرای او از مال - به طور ضمنی - بر اسقاط حقش نسبت به وثیقه نیز دلالت می کند. برخی دیگر گفته اند که حق مرتهن نسبت به وثیقه بودن ارزش ساقط نمی شود؛ چون ابراء و عفو وی نسبت به ارزش باطل بوده و وجود و عدم آن یکسان است.

پس ارزش بر همان وضعیتی که داشت باقی می ماند [متعلق رهن خواهد بود].^{۱۰}

علامه حلی (ره) می گوید:

ابرای مرتهن صحیح نیست و حق او باقی است؛ زیرا ابرای فاسد، مدلول ضمنی خود را هم فاسد می کند. این مسئله مانند آن است که مرتهن، رهن را به دیگری ببخشد.^{۱۱}

فخر المحققین در توضیح کلام علامه می نویسد:

علت بقای حق مرتهن نسبت به ارش این است که سقوط حق او یا به تصریح مرتهن به سقوط حق است، یا به اثبات علت آن، یا از راه اثبات ملزوم آن. در حالی که همه این موارد متنفی هستند، چون مرتهن اسقاط حقش را به صراحت بیان نکرد، علت سقوط حق او نیز ثابت نشد؛ زیرا علت آن همان ابرای عامل خسارت از ارش بود که نافذ نیست؛ چرا که تصرف در ملک دیگری است، پس علت سقوط حق ثابت نشده تا حق مرتهن ساقط شود. همچنین عدم سقوط حق از طریق اثبات ملزوم روشن است؛ زیرا در اینجا ملزومی وجود ندارد تا کشف کنیم که لازمه آن سقوط حق است.

... احتمال دیگری در مسئله وجود دارد و آن سقوط حق رهانه است چون وقتی که مرتهن جانی را نسبت به ارش جنایت ابرا کند دلالت این ابراء بر سقوط حق رهن رساتر از تصریح به اسقاط آن است؛ زیرا مدلول چنین ابرایی حکم به انتفای علتی است که باعث تعلق حق رهن به ارش بود و آن علت، همان ثبوت ارش در ذمه جانی است و بی تردید دلالت حکم به انتفای علت، بر انتفای معلول از خود حکم به انتفای معلول رساتر است؛ زیرا این دلالت لمی است.^{۱۲}

محقق کرکی نیز در توضیح کلام علامه (ره) می نویسد:

این ابراء به طور ضمنی سقوط حق مرتهن را در بردارد، زیرا ممکن نیست ابرای ارش صحیح باشد در حالی که حق رهن نسبت به آن باقی است و از آن جا که

۱۱. قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۱۲۶.

۱۲. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۴۰.

اصل ابراء باطل است مدلول ضمنی آن نیز باطل خواهد بود، چون ممکن نیست تابع - به عنوان تابع - ثابت باشد، ولی متبوع آن منتفی گردد.

... به احتمال ضعیف حق رهن نسبت به ارزش ساقط می‌گردد؛ زیرا ابرای جنایت مقتضی دو چیز است: سقوط ارزش و سقوط حق رهن، و صحت یکی از این دو فقط به سبب مانع - که همان مالک نبودن ابراء کننده نسبت به ارزش باشد - ممتنع است، ولی دیگری - یعنی سقوط حق رهن - صحیح است؛ چون در حکم به بطلان باید بر مورد یقینی بطلان بسنده کرد.^{۱۳}

۳. شرط ابراء در عقد فاسد

هرگاه ابراء در ضمن عقدی مانند بیع شرط شود و بعد از ابراء معلوم گردد که آن ابراء فاسد بوده است، مانند آن که شخصی از دیگری طلبی داشته و بدهکار در ضمن بیعی با طلبکار شرط کند که او را از این دین ابراء نماید و طلبکار هم این کار را بکند، سپس معلوم شود که آن بیع به دلیلی باطل بوده است، از کلام محقق نجفی (ره) بر می‌آید که آن ابراء صحیح است به این دلیل که گمان صحیح بودن بیع فقط انگیزه‌ای است که او را به ابراء وادار کند و تخلف از انگیزه باعث بطلان بیع نمی‌شود؛ بنابراین اطلاق ادله صحت ابراء، چنین ابرایی را در بر می‌گیرد.^{۱۴}

البته این بیان قابل مناقشه است؛ چون اگر شرط برائت ذمه بدهکار به صورت شرط نتیجه در ضمن بیع باشد فساد بیع حتماً باعث فساد شرط نتیجه هم می‌گردد؛ زیرا دلیل نفوذ و صحت شرط نتیجه، ادله ابراء نیست بلکه دلیل آن همان دلیل صحت بیع و وجوب وفا به آن و یا دلیل «المسلمون عند شروطهم» می‌باشد و از آن جا که دلیل وجوب وفا شامل بیع فاسد نمی‌شود، شرط ابراء شرط ابتدایی خواهد بود که لزومی ندارد. همچنین اگر شرط

۱۳. جامع المقاصد، ج ۵، ص ۱۴۶.

۱۴. جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۲۲۳.

ابراء به صورت شرط فعل باشد و طلبکار هم بعد از بیع به گمان صحت آن وی را ابراء کند باز هم می توان گفت که ابراء باطل است چون ابراء کننده فقط در صورت صحت بیع به ابراء راضی می گردد؛ مانند جایی که طلبی را به خیال این که کم است ابراء کند و بعد معلوم شود که آن طلب زیاد بوده است .

۴. ابرای مهریه به گمان صحت طلاق

گاهی مردی همسرش را طلاق می دهد و زن نیز ذمه او را از مهریه ابراء می کند به گمان این که طلاق صحیح بوده ولی بعد معلوم می شود که آن طلاق به دلیلی فاسد بوده است . از کلام محقق نجفی (ره) بر می آید که ابراء در اینجا نیز - به همان دلیلی که در مسئله قبلی مطرح شد - صحیح است چون گمان صحت طلاق فقط انگیزه ای بوده که زن را برای ابراء تحریک می کند و تخلف از انگیزه باعث بطلان ابراء نمی شود، پس اطلاق صحت طلاق شامل آن نیز می شود. ۱۵

البته در برابر این قول نظریه احتمال بطلان ابراء نیز وجود دارد؛ چون از نظر عرف صحت معامله در این موارد به عنوان قید ابراء است نه این که فقط انگیزه باشد، بنابراین، زن فقط بعد از صحت طلاق ذمه شوهرش را ابراء کرده نه مطلقاً.

بحث یازدهم: ابراء و دعاوی

۱. شفاعت حاکم در ابراء

از کلمات گروهی از فقها بر می آید که حاکم - بعد از ثابت شدن حق نزد او - نمی تواند نسبت به حق طلبکار درخواست اسقاط حق و ابراء، یا درخواست مهلت در پرداخت دین کند؛ بنابراین برای حاکم جایز نیست که در این باره شفاعت کند . مرحوم نراقی این نظریه را با توجه به کلمات برخی از فقیهان مانند شیخ مفید، شیخ طوسی، سلار، و

ابن ادریس^{۱۶} بیان کرده^{۱۷} و برای آن دو دلیل مطرح می کند:

دلیل اول: روایت سکونی:

ولا تشفع في حق امری مسلم ولا غيره إلا بإذنه؛^{۱۸}

در باره حق مسلمان و غیر آن شفاعت نکن مگر با اجازه او.

دلیل دوم: در روایتی اسامه برای یک طرف در باره اختلافی که پیش پیامبر بردند حاجتی درخواست کرد. آن حضرت در پاسخ او فرمودند:

يا أسامة لا تسألني حاجة إذا جلست مجلس القضاء؛ فإن الحقوق ليس فيها شفاعة؛^{۱۹}

ای اسامه! وقتی در جایگاه قضاوت نشستم از من چیزی نخواه؛ همانا در حقوق نمی توان شفاعت کرد.

مرحوم نراقی در باره روایت اول می گوید دلالت آن قاصر است و در باره روایت دوم می گوید: حجیت آن ثابت نشده است.^{۲۰}

فقیهان متأخر تصریح کرده اند که شفاعت حاکم در باره اسقاط حق بعد از ثبوت آن مکروه است.^{۲۱}

۱۶. شیخ مفید (ره) می فرماید: «اگر مدعی علیه به خواسته مدعی اقرار کند و بگوید می خواهم به من مهلت دهد تا پولش را به دست آورم، حاکم به مدعی می گوید: آیا سخن او را شنیدی... نظرت چیست؟... اگر گفت: مهلت می دهم که پسندیده خواهد بود و اگر سرباز زد حاکم نمی تواند در این زمینه شفاعت کند و در باره مهلت دادن یا چیز دیگری به او اشاره ای کنده مقنعه، ص ۷۲۴؛ و ر. ك: کافی فی الفقه، ص ۴۴۷؛ نهایی، ص ۳۴۱؛ مراسم العلویه، ص ۲۳۲؛ غنیه، ص ۴۴۵؛ سرائر، ج ۲، ص ۱۶۰؛ جامع للشرائع، ص ۵۲۳.

۱۷. مستند الشیعه، ج ۱۷، ص ۱۲۹.

۱۸. وسائل الشیعه، ج ۹۷، ص ۳۰۴؛ باب ۳۵ از ابواب کیفیت الحکم، ح ۱.

۱۹. مستدرک الوسائل، ج ۱۷، ص ۳۵۸؛ باب ۱۱ از ابواب آداب القاضی، ح ۲.

۲۰. مستند الشیعه، ج ۱۷، ص ۱۳۰.

۲۱. ر. ك. الشرائع، ج ۴، ص ۸۱؛ قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۴۳۰؛ لمعه، ص ۹۰؛ الروضة البهیة،

ج ۳، ص ۷۵؛ مجمع الفائده والبرهان؛ ج ۱۲، ص ۴۷؛ كشف اللثام، ج ۲، ص ۳۲۹ (حجری)؛

ریاض المسائل، ج ۹، ص ۲۵۵ و ۲۵۶؛ مستند الشیعه، ج ۱۷، ص ۱۳۰؛ جواهر الکلام، ج ۴۰،

ص ۱۴۸ و ۱۴۹؛ تراث الشیخ الانصاری (ره)، کتاب القضاء، ص ۸۵.

در برابر حکم حرمت یا کراهت شفاعت حاکم در باره اسقاط یا ابرای حق، بسیاری از فقها گفته‌اند مستحب است که حاکم دو طرف دعوا را به مصالحه راهنمایی و تشویق کند^{۲۲}. مستند آنها ادله‌ای است که به طور عموم یا به نحو خاص بر رجحان صلح دلالت دارد.

محقق اردبیلی در این زمینه می‌نویسد:

بعد از آشکار شدن حق مستحب است که حاکم دو طرف را به صلح ترغیب کند،

زیرا صلح خیر است و تشویق به آن، معروف و پسندیده است.^{۲۳}

سید علی طباطبایی (مؤلف کتاب ریاض المسائل) بعد از بیان کراهت شفاعت برای

اسقاط حق می‌گوید:

این در صورتی است که حق اثبات شده باشد و گرنه، نه تنها مکروه نیست بلکه

ترغیب به صلح مستحب است.^{۲۴}

همچنین مرحوم نراقی مطلبی را با این مضمون بیان می‌کند:

بدون شک قبل از آن که حق در پیش حاکم از راه بیّنه یا قسم یا اقرار ثابت شود و یا

با سوگند منکر ساقط گردد، مستحب است که حاکم آنها را به صلح ترغیب کند.

اما بعد از اثبات حق یا سقوط آن پیش حاکم، تنها در صورتی تشویق به صلح

مستحب است که حاکم ثبوت حق را به مدّعی و یا سقوط حق را به منکر اعلام

نکرده باشد و از حاکم درخواست نشده باشد که حکم را قطعی کند و یا این که

حاکم نداند اگر حکم کند فردی که به نفع او حکم شده به صلح رضایت

نمی‌دهد. اما بعد از صدور حکم از طرف حاکم معلوم نیست که ترغیب به صلح

از طرف حاکم مستحب باشد؛ زیرا این در حقیقت ترغیب به صلح نیست؛ چرا

۲۲. ر. ک. مبسوط، ج ۸، ص ۱۷۰؛ غنیه، ص ۴۴۵؛ سرائر، ج ۲، ص ۱۶۰؛ شرایع الاسلام، ج ۴،

ص ۸۱؛ العجامع للشرایع، ص ۵۲۳؛ قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۴۳۰؛ الدرر المنشریه، ج ۲،

ص ۷۳.

۲۳. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۲، ص ۵۶.

۲۴. ریاض المسائل، ج ۹، ص ۲۵۶.

که منظور از صلح چیزی است که مربوط به قبل از ثبوت حق باشد ولی بعد از ثبوت حق، ترغیب حاکم ترغیب یک طرف به اسقاط حق یا بذل مال به فردی است که استحقاق آن را ندارد. ظاهر کلمات فقیهان که می‌گویند ترغیب هر دو طرف مستحب است این است که استحباب ترغیب فرض اخیر را شامل نمی‌شود... ۲۵.

البته از عبارات ابن ادریس حلی^{۲۶} چنین بر می‌آید که برخی از فقها معتقدند ترغیب به صلح به هیچ وجه برای حاکم جایز نیست.

وقتی حرمت یا کراهت شفاعت در ابراء و اسقاط، با جواز یا استحباب ترغیب در صلح سنجیده شود به نظر می‌رسد که بین این دو منافات وجود دارد؛ چون در بیشتر اوقات صلح اقتضاء می‌کند بخشی از حق اسقاط شود، پس جواز یا استحباب ترغیب در صلح معمولاً مساوی با آن است که واسطه شدن حاکم در ابراء و اسقاط حق و ترغیب به آن جایز و بلکه مستحب باشد و این حکم با حکم به حرمت یا کراهت شفاعت در ابراء و اسقاط منافات دارد.

فقها برای رفع این تنافی چندین وجه را مطرح نموده‌اند:

وجه اول - که شهید ثانی و فاضل هندی^{۲۷} آن را بیان کرده‌اند - این است که صلح گرچه در برگیرنده مضمونی نزدیک به اسقاط است اما اسقاط نیست، بلکه حد وسط بین اسقاط و عدم اسقاط است؛ بنابراین بین استحباب ترغیب به صلح و حرمت یا کراهت شفاعت در باره اسقاط هیچ منافاتی وجود ندارد.

وجه دوم - که شهید ثانی^{۲۸} آن را مطرح کرده و شاید بتوان گفت که منظور بیشتر فقیهان هم باشد - این است که صلح علی‌رغم این که غالباً اقتضای اسقاط بخشی از حق را دارد باز

۲۵. مستند الشیعه، ج ۱۷، ص ۱۲۶-۱۲۸.

۲۶. سرائر، ج ۲، ص ۱۶۰.

۲۷. مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۴۳۵؛ کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۲۹ (طبع حجری).

۲۸. مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۴۳۵.

هم ترغیب به آن استثناً مستحب است؛ چون صلح کار خیر و معروف بوده و ترغیب به آن نوعی امر به معروف است. از این رو جواز ترغیب به صلح یک تخصیص و استثنا از عموم حرمت یا کراهت شفاعت حاکم در باره اسقاط خواهد بود.

وجه سوم: مقصود از ترغیب در صلح این است که قاضی فرد دیگری را منصوب کند تا وی طرفین دعوا را به صلح تشویق کند؛ ولی مقصود از شفاعت در اسقاط این است که خود قاضی واسطه و شفیع در اسقاط باشد. شهید ثانی این وجه را بهتر از دو وجه قبلی دانسته و آن را به ابوالصلاح حلبی نسبت داده است.^{۲۹}

وجه چهارم: صلح مربوط به قبل از ثبوت حق نزد حاکم است و غرض از آن اسقاط سوگند از منکر یا رفع اثبات ادعا از عهده مدعی است در حالی که اسقاط و ابراء به بعد از ثبوت حق مربوط است؛ پس استحباب ترغیب در صورت اول با کراهت شفاعت در صورت دوم هیچ منافاتی ندارد.^{۳۰}

وجه پنجم: استحباب صلح مربوط به زمانی است که هنوز حاکم به ثبوت حق یا سقوط آن حکم نکرده باشد. در این صورت برای حاکم مستحب است با استناد به ادله صلح آنها را به صلح ترغیب کند؛ زیرا هنوز اختلاف در دو طرف متخاصم وجود دارد و ثبوت یا سقوط حق برای هیچ کس آشکار نشده است، ولی بعد از حکم حاکم به ثبوت حق یا سقوط آن ترغیب آن دو به صلح معنایی ندارد؛ چون با صدور حکم خصومت پایان می پذیرد و این کار قاضی در حقیقت ترغیب به صلح نیست، بلکه یا ترغیب مدعی به اسقاط حقیقتش می باشد در صورتی که حکم به نفع او صادر شود و یا ترغیب منکر به بذل

۲۹. همان، به نظر می رسد سخن ابوالصلاح حلبی چندان با تفسیر شهید سازگار نباشد، بلکه برداشت مرحوم نراقی از کلام حلبی به واقع نزدیک تر است. ایشان می نویسند: «ظاهر کلام ابوالصلاح حلبی این است که برای قاضی مستحب است به اصل انجام صلح ترغیب کند اما بهتر است واسطه گری در آن را به فرد دیگری واگذار کند؛ زیرا ممکن است هر دو یا یکی از آن دو از قاضی شرم کند، آن گاه صلح بدون رضایت انجام گیرد»، مستند الشیعه، ج ۱۷، ص ۱۲۷-۱۲۸.

۳۰. کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۲۹؛ ریاض المسائل، ج ۹، ص ۲۵۶؛ جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

مال به غیر مستحق آن است اگر قاضی به سقوط ادعای مدعی حکم کرده باشد.

محقق نراقی به این وجه تصریح کرده و می گوید:

در سخن فقها کلمه ترغیب به ضمیر تثنیه (هما) اضافه شده است و معلوم است که ترغیب هر دو به صلح به قبل از صدور حکم اختصاص دارد و گرنه ترغیب هر دو معنایی ندارد. کلام محقق در شرایط و علامه در قواعد را مبنی بر کراهت شفاعت حاکم در اسقاط حق را باید بر این معنا حمل کرد.^{۳۱}

این توجیه را نیز می توان از کلام برخی از فقیهان قبل از محقق نراقی از جمله شهید ثانی به دست آورد که می گوید:

مستحب است قبل از صدور حکم آن دو را به صلح ترغیب نمود.^{۳۲}

شاید منظور محقق نجفی نیز همین توجیه باشد، آن جا که می نویسد:

شاید بین رجحان صلح قبل از حکم، با کراهت شفاعت در اسقاط حق بعد از ثبوت آن هیچ تنافی نباشد.^{۳۳}

می توان گفت مقصود کسانی که توجیه قبلی (وجه چهارم) را مطرح کرده اند،^{۳۴} بلکه مقصود همه کسانی که کراهت شفاعت را به بعد از ثبوت حق مقید کرده اند^{۳۵} همین وجه باشد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۲. ادعای ابراء از طرف منکر مال جامع علوم انسانی

الف - اگر شخصی ادعای طلب از فرد دیگری را داشته باشد ولی نفر دوم بگوید مدعی ذمه مرا ابراء کرده است، ظاهراً همه فقها معتقدند که در این صورت نفر دوم مدعی می شود و مدعی اول هم به منکر تبدیل می شود. اگر نفر دوم نتواند بینه ای بیاورد نفر اول

۳۱. مستند الشیعه، ج ۱۷، ص ۱۲۹.

۳۲. الروضة البهیة، ج ۳، ص ۷۵.

۳۳. جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

۳۴. ر. ک. کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۲۹؛ ریاض المسائل، ج ۹، ص ۲۵۶.

۳۵. مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۲، ص ۴۷؛ تراث الشيخ الاعظم (کتاب القضاء)، ص ۸۵.

باید برای اثبات حقیقت سوگند یاد کند؛ در این صورت حاکم به ثبوت بدهی یا ثبوت حق در ذمه دومی حکم می‌کند. ۳۶

ب- وقتی کار منتهی به سوگند مدعی اول شود او هم می‌تواند بر عدم ابراء سوگند یاد کند و هم می‌تواند بر عدم براءت ذمه طرفش و بقای دین یا حق بر ذمه او قسم یاد کند. گرچه براءت اعم از ابراء است ولی نفی براءت مستلزم نفی ابراء می‌باشد؛ چون نفی اعم مستلزم نفی اخص است و اصل عملی و اطلاق ادله نیز اقتضا می‌کند که سوگند بر نفی ابراء لازم نیست اگر چه چنین سوگندی دارای تأکید بیشتری است و مقتضای احتیاط نیز می‌باشد. ۳۷

ج- ظاهراً اختلافی میان فقها نیست در این که ادعای منکر در ابراء شدن از بدهی یا حق، اقرار به اصل بدهی و یا حق می‌باشد. ۳۸ محقق کرکی در این باره چنین استدلال می‌کند:

ابراء فرع بر ثبوت بدهی یا استحقاق حق و لازمه آن دو است؛ پس ادعای ابراء اقتضا می‌کند که ملزوم [بدهی یا استحقاق] ثابت باشد و اصل هم بقای آن است. ۳۹

د- اگر منکر بگوید که مدعی مرا از دعوا ابراء کرده است سخن وی پذیرفته نمی‌شود. علامه حلی (ره) بر این مطلب چنین استدلال می‌کند که ابراء از دعوا معنایی ندارد^{۴۰}. فاضل هندی نیز در شرح این کلام علامه می‌گوید:

۳۶. مبسوط، ج ۸، ص ۲۰۶؛ الشرایع، ج ۴، ص ۸۹؛ الجامع للشرایع، ص ۵۲۶؛ قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۴۴۷؛ ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۳۴۳. الدروس الشرعیه، ج ۲، ص ۹۱؛ مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۴۸۵؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۲، ص ۲۰۲؛ کفایة الاحکام، ص ۲۷۱؛ کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۴۲؛ ریاض المسائل، ج ۹، ص ۳۳۵؛ جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۲۴۸؛ عروة الوثقی، ج ۳، ص ۱۱۰.

۳۷. به کتابهای قبلی مراجعه شود.

۳۸. ر. ک. جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۷۹.

۳۹. جامع المقاصد، ج ۹، ص ۱۹۳.

۴۰. قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۴۸۵.

طرح دعوی حقی است که در هر زمان تجدید می شود و ابرای چیزی که ثابت

نیست معنا ندارد. ۴۱

شاید نکته اصلی در این باشد که ابراء مربوط به چیزی است که در ذمه ثابت شده

باشد، ولی دعوی در ذمه ثابت نیست.

۳. ابراء بعد از سوگند منکر

اگر حاکم منکر را سوگند دهد و او نیز بر نفی حق یا دین سوگند یاد کند و حاکم هم با استناد به سوگند منکر به عدم ثبوت حق یا دین حکم بکند ولی مدعی همچنان به ثبوت حقش در ذمه منکر عقیده داشته باشد، آیا در این صورت مدعی می تواند منکر را از حق یا دین ابراء کند؟ در این مسئله دو وجه وجود دارد:

وجه اول: چنین ابرایی صحیح نیست به دلیل برخی از نصوص مانند «ابطلت کلّ ما ادعاه قبله؛ سوگند همه چیزهایی را که مدعی پیش از آن ادعا کرده بود باطل می کند». ۴۲

بنابراین سوگند منکر ادعای مدعی را ساقط می کند و مدعی در دنیا بر منکر حقی ندارد و تا هنگامی که منکر با اقرار، خودش را تکذیب نکند مدعی نمی تواند در آن مال تصرف کند، چه آن تصرف با بقای مال در دست منکر منافات داشته باشد مانند پوشیدن لباس و مانند آن، و یا با بقای مال در دست منکر منافاتی نداشته باشد؛ مانند ابرای دین.

وجه دوم: ابراء صحیح است؛ زیرا عتق و ابراء و مانند آن تصرفی نیست که به عنوان حق مدعی بر منکر باشد تا گفته شود روایات می گویند که مدعی بعد از سوگند منکر حقی بر او ندارد، بلکه چنین تصرفاتی تابع اصل ملکیت می باشد و شکی نیست که اصل ملکیت مدعی نسبت به مورد ادعا حتی بعد از سوگند منکر نیز باقی است.

محقق نجفی بعد از نقل این دو وجه می گوید:

اگر اجماع یا شهرتی وجود نداشته باشد که بتواند دلالت روایات بر وجه اول را

۴۱. کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۶۳.

۴۲. وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۴۵، باب ۹ از ابواب کیفیة الحکم، ح ۱.

تمام کند، صحت وجه اول نسبت به تصرفاتی مانند عتق و ابراء خالی از اشکال

نیست. ۴۳.

بعضی از فقیهان متأخر مانند آقای حکیم^{۴۴} عقیده دارند که چنین تصرفاتی صحیح است حتی اگر با بقای مال در دست منکر منافات داشته باشد؛ زیرا حکم حاکم در این گونه موارد حکم ظاهری است و با وجود علم به خلاف آن به آن عمل نمی شود، و در این علم بین دو طرف دعوی و دیگران فرقی نیست. بنابراین اگر محکوم علیه بداند که حکم حاکم خلاف واقع است می تواند مطابق علمش عمل کند، البته مقاصه (تقاص) از این امر خارج می شود؛ وقتی مدرك حکم حاکم سوگند باشد محکوم علیه نمی تواند تقاص کند. براین اساس در مسئله مورد بحث مدعی می تواند در آن مال هر نوع تصرفی را غیر از تقاص انجام دهد، خواه آن تصرف خارجی باشد؛ مانند پوشیدن لباس و خواه اعتباری باشد مانند ابراء و وقف.

۴. رجوع شاهدان بعد از ابراء

فقها متفقند که اگر دو شاهد در نزد حاکم به بدهکاری فردی شهادت دهند و حاکم به بدهکار بودن او حکم کند و مدعی (طلبکار) آن فرد را ابراء کند، سپس آن دو شاهد شهادتشان را پس بگیرند، چیزی به مشهود علیه بدهکار نخواهند بود و او نمی تواند از آن دو چیزی را مطالبه کند. ۴۵.

فاضل هندی در توجیه این مسئله می گوید:

آنچه در فرض پس گرفتن شهادت باعث بدهکاری دو شاهد می گردد همانا زیان دیدن و بدهکار شدن مشهود علیه به مدعی است، در حالی که در اینجا مدعی،

۴۳. جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۷۵.

۴۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۱۸۹.

۴۵. ر. ک. قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۸۶؛ دروس الشرعیه، ج ۲، ص ۱۴۳؛ روضة البهیة، ج ۵، ص ۳۶۰؛ ریاض المسائل، ج ۷، ص ۱۶۸.

مشهود علیه را بدهکار نکرده، بلکه او را ابراء کرده و ابراء هم ساقط نمودن و ابطال بدهکاری است. پس با سقوط بدهکاری از مشهود علیه، شاهدان نیز بدهکار نخواهند بود.^{۴۶}

دوازدهم: وکالت در ابراء

۱. صحت وکالت در ابراء

ظاهراً در این مسئله اختلافی نیست که ابراء از امور نیابت پذیر است و وکالت در آن در صورت وجود شرایط وکالت، صحیح است.^{۴۷} دلیل آن همان ادله ی صحت وکالت و نیابت در عقود و ایقاعات بلکه در هر تصرف انشایی است که با وکالت و نیابت، قابلیت انتساب به شخص را دارد. ابراء و اسقاط نیز از این نوع تصرفات می باشد و دلیل خاصی وجود ندارد که از وکالت در ابراء جلوگیری کند. همچنین هیچ دلیل خاصی وجود ندارد که طلبکار باید به طور مستقیم و بی واسطه بدهکار خود را ابراء کند.^{۴۸}

وکالت در موارد زیر به معنای وکالت در ابراء نیست:

الف. وکالت در خصومت (طرح دعوا)

وکیل کردن در خصومت وکالت در ابراء یا اذن به ابراء نیست. بنابراین اگر طلبکار فردی را وکیل کند تا به طرح شکایت علیه بدهکار بپردازد وکیل حق ندارد بدهکار را از آن بدهی ابراء کند و چنین ابرایی بیهوده و باطل است.

علامه حلی در این باره می نویسد:

۴۶. کشف اللثام، ج ۲، ص ۹۱، چاپ حجرى .

۴۷. مبسوط، ج ۲، ص ۳۶۹؛ شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۱۹۶؛ قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۵۴؛ جامع المقاصد، ج ۸، ص ۲۱۱؛ جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۸۲؛ تکملة العروة الوثقى، ج ۲، ص ۱۲۱، م ۱۱۱؛ تحرير الوسيلة، ج ۲، ص ۳۶.

۴۸. ر. ک. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۷۷-۳۸۴.

۲۲۳

وکیل در خصومت، نمی تواند صلح یا ابراء کند و در این مسئله مخالفی ندیدم؛ زیرا اذن در خصومت اقتضای صلح یا ابراء را ندارد.^{۴۹}

ب. وکالت در بیع

وکالت در فروش کالا، وکالت دادن او در ابراء از ثمن یا اذن در آن نیست و شخص وکیل حق ندارد مشتری را از پرداخت بهای کالا ابراء کند؛^{۵۰} چون وکالت در فروش مفهومی مستقل از ابراء از ثمن است و با هیچ یک از انواع دلالت بر آن دلالت نمی کند.^{۵۱}

۲. عدم اشتراط علم به مقدار بدهی، در وکالت در ابراء

آیا در وکالت در ابرای دین علم موکل به مقدار مورد ابراء لازم است؟ آیا علم وکیل نسبت به آن لازم است؟ آیا علم کسی که ابراء می شود نیز شرط است؟ علم موکل: علامه حلی در کتاب قواعد می گوید:

وکالت در ابراء مستلزم آن است که موکل به مقدار مورد ابراء علم داشته باشد.^{۵۲} ولی ایشان در برخی دیگر از کتاب هایش به عدم اشتراط علم تصریح کرده است؛ حتی از سخن او در کتاب تذکره چنین بر می آید که این مسأله جماعی است:

اگر موکل [به وکیل] بگوید: تو را وکیل کردم تا فلانی را از بدهی اش به من ابراء کنی، در حالی که نه موکل مقدار آن را بدانند و نه وکیل، این نوع وکالت نزد ما صحیح است.^{۵۳} منظور از «عندنا» اجماع فقهای شیعه است.

۴۹. تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۱۲۹ (حجری).

۵۰. مبسوط، ج ۲، ص ۳۹۵؛ سرائر، ج ۲، ص ۹۸؛ جامع للشرایع، ص ۲۷۰؛ قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۵۷.

۵۱. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۲۳۰.

۵۲. قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۵۶.

۵۳. تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۱۲۰.

محقق کرکی، محقق نجفی و سید محمد کاظم یزدی نیز به عدم اشتراط علم موکل تصریح کرده اند.^{۵۴}

محقق کرکی سخن اول علامه را بر موردی حمل کرده است که وکالت در ابراء نسبت به بعضی از بدهی باشد که در این صورت موکل باید به آن مقدار علم داشته باشد. اما اگر وکالت در ابراء نسبت به همه بدهی باشد علم وکیل شرط نیست؛ زیرا چنین وکالتی در ابراء مانند تصریح موکل به این مطلب است که او را وکیل در ابراء همه چیز - چه کم و چه زیاد - کرده است.^{۵۵}

علم وکیل: در مورد اشتراط علم وکیل سخنی از فقها یافت نشده است، بلکه بسیاری از ایشان به عدم اشتراط آن تصریح کرده اند و از کلام علامه حلی^{۵۶} چنین بر می آید که این مسئله اجماعی است.

دلیل صحت چنین توکیلی اطلاعات و عمومات ادله صحت وکالت است به ضمیمه این که دلیل خاصی بر اشتراط علم وکیل و مانع بودن جهل او نداریم؛ چون از جهالت او هیچ غرری لازم نمی آید. علاوه بر این که ادله غرر و معلوم بودن مقدار عین، مخصوص باب بیع و معاوضه ها می باشد و در مسئله وکالت جاری نیست.

علم کسی که ابراء می شود: علامه حلی (ره) در برخی از کتاب هایش^{۵۷} به عدم اشتراط علم مدیون تصریح کرده اند و در برخی دیگر از کتاب های خود^{۵۸} اشتراط و عدم آن را بر این مسئله مبتنی کرده اند که آیا ابراء، اسقاط محض است یا نوعی تملیک می باشد؟ بنا بر این که ابراء فقط اسقاط باشد علم بدهکار به مقدار بدهی لازم نیست، ولی بنا بر این که تملیک باشد علم بدهکار لازم است همان طور که در باب هبه علم کسی که می خواهد هبه

۵۴. ر. ک. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۲۲۵؛ جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۵۵ و ۳۵۶؛ تکملة العروة

الوئقی، ج ۲، ص ۱۲۱، ۱۱۱.

۵۵. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۲۲۵.

۵۶. تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۱۲۰.

۵۷. قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۵۶.

۵۸. تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۱۲۰.

را دریافت کند لازم است. از سخن محقق کرکی چنین بر می آید که حتی در صورتی که ابراء تملیک باشد نیز علم ابراء شونده به مبلغ دین شرط نیست.^{۵۹} نظر محقق کرکی صحیح است؛ زیرا جهل مدیون به مقدار دین هیچ گونه غرری را در پی ندارد و عنوان هبه بر چنین ابرایی صدق نمی کند تا گفته شود علم گیرنده هبه به مقدار آن لازم است.

۳. وکالت به بدهکار در ابرای خودش

طلبکار می تواند به بدهکار وکالت دهد که خودش را از بدهی ابراء کند. شیخ طوسی (ره) می فرماید:

اگر مضمون که ضامن را در ابرای خودش وکیل کند ... قول اقوی این است که چنین وکالتی صحیح است؛ چون این نیابت در اسقاط از خودش به شمار می رود.^{۶۰}

علامه حلی (ره) هم می نویسد:

اگر فردی حقی بر دیگری داشته باشد و صاحب حق، فرد بدهکار را در ابرای خودش وکیل کند این وکالت صحیح است؛ زیرا او را در اسقاط حق از خودش وکیل کرده پس باید صحیح باشد. همانند آن که زنی را در طلاق دادن خودش وکیل کند. مشهور فقهای شافعی نیز این نظریه را قبول دارند، اما برخی از ایشان گفته اند که چنین وکالتی درست نیست؛ چون انسان خودش نمی تواند حقی را از گردن خود ساقط کند؛ مانند آن که در دست انسان عین مضمونی باشد در این صورت نمی توان او را در اسقاط ضمان از خودش وکیل کرد. این سخن ضعیف است؛ زیرا مخالف اسقاط حق از ذمه است. حق ساقط نمی گردد مگر بعد از آن که قبض شود در حالی که انسان نمی تواند چیزی را از خودش قبض کند؛ در اینجا مجرد اسقاط کفایت می کند.^{۶۱}

۵۹. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۲۲۶.

۶۰. مبسوط، ج ۲، ص ۴۰۲.

۶۱. تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۱۲۰.

شهید اول انجام ابراء توسط خود ابراء شونده به وکالت از ابراء کننده را بنابر این که ابراء اسقاط باشد ممکن می داند اما بنابر قولی که ابراء تملیک باشد، صحت چنین ابرایی را بر این مسئله مبتنی می کند که آیا یک نفر می تواند عهده دار انجام دو طرف عقد باشد؟^{۶۲} در صحت وکالت در ابراء فرقی نیست میان آن که طلبکار به بدهکار معینی چنین وکالتی بدهد یا به مطلق بدهکاران وکالت بدهد.

۴. آیا وکالت مطلق در ابراء شامل بدهی خود وکیل هم می شود؟

در این مسئله دو احتمال و بلکه دو قول وجود دارد:

قول اول: شیخ طوسی معتقد است که وکالت مطلق در ابراء بدهکاران شامل بدهی خود وکیل نمی شود. ایشان چنین دلیل می آورد:

مطابق نظریه صحیح، در امری که موضوعش دیگران باشند مخاطب در آن امر داخل نمی شود. مثلاً وقتی خداوند به پیامبر فرمان دهد تا به امتش دستور فلان کار را دهد خود پیامبر در آن امر داخل نمی شود.^{۶۳}

علامه حلی در برخی از کتاب هایش^{۶۴} با این نظریه موافقت کرده است و محقق کرکی نیز این قول را تقویت کرده و دلیل آن را تبادر عرفی دانسته است؛ یعنی از نظر عرف آنچه به ذهن تبادر می کند این است که یک نفر نمی تواند هم ابراء کننده و هم ابراء شونده باشد. به همین دلیل وقتی کسی وکیل در فروش خانه موکل شد نمی تواند بدون اذن به خودش بفروشد. در صورت شک، اصل بقای آن مال به حالت اولیه است.^{۶۵}

قول دوم: وکالت در ابراء مطلق شامل بدهی وکیل نیز می شود.

این نظریه علامه حلی در برخی دیگر از کتاب هایش مانند قواعد و تذکره^{۶۶} است و

۶۲. القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۲۹۱.

۶۳. مبسوط، ج ۲، ص ۴۰۳.

۶۴. مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۵۴.

۶۵. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۲۵۰.

۶۶. قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۶۰؛ تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۱۲۲.

فخر المحققین نیز این نظریه را برگزیده است. ۶۷.

علامه حلی در جواب استدلال شیخ طوسی چنین می گوید که عدم ورود مخاطب در امری که راجع به دیگران به او خطاب شده، صحیح نیست؛ وقتی خداوند به پیامبر (ص) فرمان می دهد که در باره چیزی به امت خود امر کند خود او نیز در آن امر داخل می شود. ۶۸. فخر المحققین هم برای شمول ابراء چنین استدلال می کند که مقتضی برای شمول (عموم صیغه) وجود دارد و به جز اتحاد ابراء کننده و ابراء شونده مانعی در میان نیست و این هم مانع حساب نمی شود؛ زیرا تغایر اعتباری کفایت می کند. ۶۹.

۵. وکالت به مضمون عنه در ابرای ضامن

اگر طلبکاری به مضمون عنه که به او بدهکار است وکالت دهد تا ضامن را ابرا کند این وکالت صحیح است چون ضمان باعث انتقال دین از ذمه بدهکار به ذمه ضامن می شود و وقتی ضامن بدهکار شد او را می توان با وکالت ابراء کرد. ولی اگر طلبکار به ضامن وکالت دهد که مضمون عنه را ابراء کند این وکالت صحیح نیست؛ زیرا این نوع از وکالت، وکالت در ابرای کسی است که هیچ بدهی ندارد، به دلیل این که ضمان باعث ابرای ذمه مضمون عنه و انتقال بدهی از ذمه او به ذمه ضامن شده بود. ۷۰ البته اگر ضمان به معنای ضمیمه کردن یک ذمه به ذمه دیگر باشد به گونه ای که ذمه اولی نیز مدیون باشد، در این صورت می توان به ضامن وکالت داد تا مضمون عنه را ابراء کند و در این صورت بدهی از ذمه هر دو ساقط می شود. ذمه مضمون عنه به واسطه وکالت در ابراء از طرف طلبکار ساقط می شود و دلیل سقوط بدهی از ذمه ضامن این است که اصل دین از ذمه مضمون عنه ساقط شده بود، پس فرع آن نیز - که اشتغال ذمه ضامن به دلیل ضمانت باشد - ساقط می شود.

۶۷. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۴۶.

۶۸. مختلف الشیعه، ج ۳، ص ۱۱۲.

۶۹. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۴۶.

۷۰. مبسوط، ج ۲، ص ۴۰۲ و ۴۰۳.

سیزدهم: ابراء در مورد اجتماع بدهی و ضمان

گاهی یک بدهی باضمان بدهی دیگر جمع می‌شود، در این حالت صور متعددی از ابراء با احکام متفاوتی واقع می‌شود:

۱. ابرای طلبکار نسبت به یکی از دو بدهکاری که هریک بدهی دیگری را ضمانت کرده باشند.

الف. اگر شخصی از دو نفر به مقدار معینی طلب داشته باشد، مثلاً هر کدام هزار تومان به او بدهکار باشند و هریک از این دو نفر بدهی دیگری را ضمانت کنند، سپس طلبکار یکی از آن دو را ابراء کند، در این صورت آن فرد از ضمانت بدهی دیگری ابراء می‌شود ولی فرد دوم از آنچه ضمانت کرده - که همان بدهی فرد اوکی باشد - ابراء نمی‌شود.^{۷۱} البته این حکم مبتنی بر نظر فقهای شیعه در عقد ضمان است که ضمان را نقل بدهی از یک ذمه به ذمه دیگر می‌دانند، اما بنا بر این که ضمان، ضمیمه کردن یک ذمه به ذمه دیگر باشد در این صورت در هر ذمه ای دو بدهی وجود دارد: یکی بدهی اصلی هر فرد و دیگری بدهی که به سبب ضمانت بر ذمه او آمده است. بنابراین طلبکار باید تعیین کند که کدام بدهی را ابراء می‌کند.

ب. در همین مسئله اگر نفر دوم چیزی را که ضمانت کرده به طلبکار بدهد، در این صورت آیا او می‌تواند آن را از اوکی بگیرد؟ در اینجا دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: فرد دوم حق رجوع به نفر اول را ندارد؛ چون به مجرد ضمانت دو نفر برای یکدیگر تهاتر قهری بین دو بدهی صورت می‌گیرد و ذمه هر کدام - از بدهی - در برابر دیگری فارغ می‌شود؛ از این رو دلیلی برای رجوع دومی به اوکی وجود ندارد. محقق نجفی این احتمال را مطرح کرده و سپس به دلیل آن که از مذاق فقه دور است آن را مورد اشکال قرار داده است.^{۷۲}

۷۱. مبسوط، ج ۲، ص ۳۳۰؛ شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۱۱۱؛ حدائق الناضره، ج ۲۱، ص ۴۴ و ۴۵؛

جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۱ و ۱۵۲.

۷۲. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۲.

احتمال دوم: نفر دوم می تواند برای گرفتن آنچه به طلبکار پرداخته به بدهکار اولی مراجعه کند، زیرا به مجرد ضمانت تهاتر قهری صورت نمی گیرد؛ چون که تهاتر فرع بر آن است که هر کدام به دیگری بدهکار باشند و ضمانت هریک اگر چه باعث اشتغال و بدهکاری مضمون^۱ عنه به ضامن می گردد ولی این اشتغال مشروط بر آن است که هریک از آنها مورد ضمانت را به طلبکار بدهد. در این صورت است که کشف می شود هر کدام از آنها به دیگری بدهکارند و در این هنگام تهاتر قهری شکل می گیرد. ولی اگر هر دو یا یکی از آنها بر اثر ابرای طلبکار یا به دلیل دیگر مورد ضمانت را به طلبکار نپردازد در این صورت معلوم می شود که هر دو به یکدیگر بدهکار نیستند و در نتیجه تهاتر صورت نمی گیرد. در مسئله مورد بحث چون بدهکار اول بر اثر ابرای طلبکار، بدهی فرد دوم را که ضمانت کرده نپرداخته است این امر کشف می کند که نفر دوم چیزی به نفر اولی بدهکار نیست که آن را ضمانت کرده بود. بنابراین وقتی که نفر دوم بدهی نفر اول را که ضمانت کرده بود بپردازد، لازمه اش این است که نفر اول به نفر دومی بدهکار شود و دومی می تواند آنچه را پرداخته از او بگیرد. همچنین اگر بگوییم که ضمانت به تنهایی سبب اشتغال ذمه مضمون^۱ عنه برای ضامن نیست بلکه مجموع عقد ضمان و پرداخت بدهی به طلبکار در آن مؤثر است، باز نتیجه آن، جواز رجوع به نفر اول خواهد بود؛ چون به همان بیانی که گذشت تهاتر قهری در اینجا روی نمی دهد.

اما بنا بر این که ذمه مضمون^۱ عنه به مجرد ضمان مشغول بدهی برای ضامن شود و ابرای ذمه ضامن توسط طلبکار باعث سقوط بدهکاری مضمون^۱ عنه به ضامن گردد، قبل از ابراء و پرداخت بدهی، بین ضامن و مضمون^۱ عنه تهاتر قهری روی می دهد؛ زیرا هریک از آن دو، بدهی یکدیگر را ضمانت کرده اند؛ پس ذمه هر کدام به مبلغ بدهی به دیگری مشغول می شود. بنابراین تهاتر قهری فقط بین دو بدهکار پدید می آید و اشتغال ذمه آنها برای طلبکار به حال خود باقی است و فرض بر این است که طلبکار فقط یک نفر را ابراء کرده و پولش را از دیگری گرفته است. این احتمال به قول صاحب جواهر دور از مذاق فقه است، اما در واقع نه تنها خلاف ذوق فقهی است، بلکه اساساً از نظر مبنا و بنا بر هر دو

نادرست است. اشکال مبنایی این است که ذمه مضمون عه فقط بعد از پرداخت مبلغ ضمان توسط ضامن به او بدهکار می شود نه به مجرد ضمان. اما اشکال بنایی این است که حتی اگر فرض کنیم ذمه مضمون عه به مجرد ضمان ضامن بدهکار شود باز هم آنچه گفته شد صحیح نیست؛ زیرا تهاتری در اینجا وجود ندارد؛ چرا که ذمه مضمون عه به صورت مطلق مشغول بدهی ضامن نمی گردد، بلکه به این عنوان که او آن مبلغ را برای طلبکار ضمانت کرده مشغول است. پس مادامی که ضمانت برای طلبکار باقی است ذمه مضمون عه نیز نسبت به مبلغ ضمان، بدهکار به ضامن است، بنابراین ممکن نیست که تهاتر روی دهد حتی اگر مبلغ هر دو ضمان یکی باشد. از این رو بین این سه مبنا فرقی در نتیجه وجود ندارد که همان رجوع به ضامنی باشد که بدهی اش را به بدهکار دیگری پرداخته که مالک او را ابراء کرده بود.

۲. ابرای کسی که هم بدهکار است و هم ضامن

گاهی ممکن است بر ذمه یک نفر دو نوع بدهی باشد یکی اصیل باشد و دیگری به عنوان ضمانت، مثلاً هرگاه دو نفر به یک نفر بدهکار باشند و آن دو بدهی یک دیگر را ضمانت کنند ولی طلبکار فقط ضمانت یکی را بپذیرد، در اینجا دو بدهی بر ذمه کسی می آید که طلبکار به ضمانت او راضی شده است یا مانند جایی که دو نفر بدهکار باشند و نفر اول بدهی نفر دوم را ضمانت کند ولی نفر دوم بدهی نفر اول را ضمانت نکند، در اینجا دو بدهی بر ذمه اولی است. حال اگر طلبکار این شخص را ابراء کند، چند فرض وجود دارد:

فرض اول: طلبکار او را از هر دو بدهی ابراء کند؛ در این صورت بی تردید ذمه او از هر دو بدهی ابراء می شود و حق ندارد به بدهکاری که او را ضمانت کرده مراجعه کند.

فرض دوم: طلبکار او را نسبت به بخش معینی از بدهی مثلاً تمام بدهی اصلی او یا بخشی از آن و یا تمام بدهی فرد دیگر یا بخشی از آن و یا بخشی از هر دو بدهی را ابراء کند. در این صورت هر گونه که طلبکار ابراء کرده باشد او ابراء می شود. اگر او را از بدهی

اصلی خودش یا بعضی از آن ابراء کند بقیه بدهی دیگر بر ذمه او باقی می ماند و می تواند برای گرفتن آن به بدهکار دیگر (مضمون عنه) مراجعه کند. اما اگر طلبکار، آن بخش از بدهی را که بر اثر عقد ضمان به عهده ضامن آمده ابراء کند، ضامن حق مراجعه به مضمون عنه را ندارد.^{۷۳}

فرض سوم: طلبکار بخش غیر معینی از بدهی را ابراء کند؛ در اینجا چند قول وجود دارد:

قول اول: مقدار ابراء شده به میزان نسبت هر یک به مجموع دو بدهی، بر هر دو بدهی توزیع می گردد. برخی مانند علامه حلی^{۷۴}، فخر المحققین^{۷۵}، محقق کرکی^{۷۶}، محقق نجفی^{۷۷} سید محمد کاظم طباطبایی یزدی^{۷۸} و بسیاری از فقیهان متأخر این نظریه را پذیرفته اند. دلیل آن ممکن است یکی از این دو وجه باشد:

وجه اول: قاعده عدل و انصاف که ادعا می شود در امثال این مورد عرفی و عقلایی است و شارع هم در پاره ای از موارد آن را امضاء کرده است؛ مانند درهم امانتی که مالک آن بین دو نفر مردد باشد. ولی می توان بر این وجه اشکال کرد که دلیلی بر کلیت این قاعده نداریم و بر فرض این که دلیلی بر آن وجود داشته باشد موضوع آن، مال خارجی است که مالک آن بین دو نفر مردد باشد (شبهه موضوعیه) نه در مانند این مورد که شبهه در آن حکمی است.

وجه دوم: چون احتمال های دیگر ممتنع می باشد، پس به ناچار تقسیط متعین می گردد، اما احتمال هایی که در مسئله وجود دارد:

احتمال اول: ابرای غیر معین شامل هر دو بدهی می شود؛ بنابراین آن ابراء، ابراء از

۷۳. قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۶۱؛ جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۱.

۷۴. قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۶۱.

۷۵. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۹۰.

۷۶. جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۴۵.

۷۷. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۱.

۷۸. عروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۷۲ و ۷۷۳، مسئله ۲۷.

کل می باشد. این احتمال محال است؛ چون فرض بر این است که طلبکار فقط بخشی از بدهی را ابراء کرده است.

احتمال دوم: اصلاً ابرای غیر معین شامل هیچ یک از دو بدهی نمی شود. این فرض هم محال است؛ زیرا فرض بر این است که طلبکار برخی از بدهی را ابراء کرده است.

احتمال سوم: ابراء فقط یکی از دو بدهی معین را شامل می شود. اشکال این احتمال این است که، ترجیح بدون مرجح می باشد؛ چون هیچ کدام از دو بدهی اولویت بر دیگری ندارد؛ چرا که نسبت ابراء به هر دو بدهی به یک اندازه است.

احتمال چهارم: ابراء شامل بدهی می شود که طلبکار آن را بعد از ابراء تعیین می کند؛ زیرا محال است که ابراء بدون قصد محقق گردد و چون در زمان ابراء قصدی نبوده پس به ناچار باید بعد از ابراء محقق شود. این احتمال هم درست نیست؛ چون ابراء به معنای اسقاط است، بنابراین هنگامی که ابراء محقق شد باید مقدار ابراء شده از ذمه بدهکار ساقط شود؛ از این رو چنین فرضی معنا ندارد که ابراء صورت گرفته باشد ولی چیزی از ذمه بدهکار ساقط نشود تا بعدها مالک آن را تعیین کند.

احتمال پنجم: مورد ابراء بر هر دو بدهی توزیع می شود. این احتمال بعد از نادرستی احتمال های قبلی متعین می گردد. ۷۹

آقای حکیم اشکال می کند که احتمال پنجم نیز متعین نیست و به مرجح احتیاج دارد؛ زیرا هر یک از دو بدهی - اصلی و ضمانی - جداگانه متعین هستند، از این رو ابرای هر کدام نیازمند تعیین و قصد آن است؛ زیرا ابراء یک کار قصدی است و همان گونه که انصراف ابراء به ابرای بدهی اصلی یا ابرای مال ضمان، بر قصد هر کدام به طور جداگانه توقف دارد، انصراف ابراء نیز به هر دو بدهی به صورت تقسیط و توزیع بین آن دو بدهی نیز بر قصد و تعیین این گونه ابراء توقف دارد و با عدم قصد توزیع، ابراء محقق نمی شود. این مسئله مانند آن است که بر عهده یک مکلف دو روزه واجب باشد که هر یک معلوم هستند؛ یکی روزه کفار و دیگری روزه قضا و اگر این شخص یک روز روزه بگیرد و معین نکند که

۲۳۳
۳۰

کدام روزه را قصد کرده است در اینجا این روزه نه به عنوان قضا محسوب می شود و نه به عنوان کفاره.^{۸۰}

به سبب همین اشکال برخی از فقیهان معاصر مانند آقای خویی و امام خمینی^{۸۱} قول تقسیط را در مورد ابراء مطلق نپذیرفته اند.

قول دوم: در ابرای مطلق به وسیله قرعه معین می شود که کدام بدهی مورد ابراء قرار گرفته است. محقق نجفی^{۸۲} و سید محمد کاظم طباطبایی یزدی^{۸۳} این وجه را به صورت احتمال بیان کرده اند و امام خمینی هم احتمال قرعه را قوی تر از احتمال تقسیط دانسته اند.^{۸۴}

دلیل محقق نجفی برای رجوع به قرعه، مرجع بودن قرعه برای هر کار مشتبهی می باشد البته بر این مبنا که قرعه شامل موارد مشتبه واقعی نیز بشود^{۸۵} و آقای حکیم در رجوع به قرعه در چنین موردی اشکال می کند که احتمال قرعه در این مسئله مانند احتمال قرعه در مورد فردی است که دو یا چند زن داشته باشد و بگوید زنم مطلقه است و هیچ کدام را هم به صورت معین قصد نکند و زن مطلقه از طریق قرعه تعیین شود. احتمال تعیین با قرعه در این مسئله و مسئله ابراء بسیار ضعیف است؛ زیرا در هر دو مسئله دلیلی بر قرعه نداریم. چون موضوع قرعه عنوان مشکل یا مشتبه است و هیچ اشکال و یا شبهه ای در این دو مسئله وجود ندارد، چون بر بطلان این گونه طلاق و ابراء دلیل داریم.^{۸۶}

برخی دیگر از فقهای که بر کتاب عروه تعلیقه زده اند احتمال رجوع به قرعه را ضعیف دانسته اند، به دلیل انتزاعی موضوع آن یا از آن جهت که بر اساس قواعد یکی از احتمال های

۸۰. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ۳۲۱-۳۲۲.

۸۱. ر. ک. عروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۷۳ م ۲۷. حاشیه امام خمینی و آقای خویی (ره).

۸۲. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۱.

۸۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۷۳ م ۲۷.

۸۴. همان، حاشیه امام خمینی.

۸۵. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۱.

۸۶. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۲۲.

دیگر متعین می‌شود و دیگر شبهه‌ای در میان نمی‌ماند، و یا از آن جهت که موضوع قرعه مشتبه و مردّد خارجی است، نه مشتبه حکمی.

قول سوم: به طلبکاری که ابراء کرده مراجعه می‌شود تا تعیین کند چه چیزی را ابراء کرده است، بدهی اصلی یا مال ضمان و یا قسمتی از هر دو را؟ این قول را محقق کرکی^{۸۷} به صورت احتمال مطرح کرده و مورد اشکال قرار داده است و سید محمد کاظم طباطبایی یزدی^{۸۸} هم آن را به صورت احتمال بیان کرده است. اما آقای حکیم^{۸۹} این نظریه را پذیرفته و آن را مقتضای ادله می‌داند؛ زیرا ابراء، امری قصدی است و از آن جا که هریک از دو بدهی فی نفسه معین هستند پس برای تعیین هر کدام در ابراء، به قصد ابراء کننده نیاز داریم.

قول چهارم: ابراء به بدهی اصلی انصراف دارد و قهراً بر آن نیز منطبق می‌شود؛ بنابراین، آن بدهی که بر اثر ضمانت به ذمه او آمده است همچنان بر ذمه اش باقی می‌ماند و هر گاه آن را به طلبکار بدهد می‌تواند برای گرفتن آن به مضمون^{۹۰} عنه مراجعه کند.

بسیاری از کسانی که بر کتاب عروه تعلیقه زده‌اند این نظریه را پذیرفته‌اند. مهم‌ترین دلیل آنها این است که چون ابراء طلبکار یا پرداخت بخشی از بدهی توسط ضامن، به عنوان جامع بدون لحاظ خصوصیت تعلق می‌گیرد، پس قهراً فقط به آن بخش از بدهی تعلق می‌گیرد که هیچ خصوصیتی نداشته باشد و این ویژگی بدهی اصلی است و برای سقوط آن و ابراء مطلق کفایت می‌کند. اما بدهی که به عنوان ضمان یا رهن باشد، بدهی دارای خصوصیت است و سقوط آن نیازمند تعیین است. تعیین آن یا باید از طرف مالک در زمان ابراء صورت گیرد، یا از طرف بدهکار هنگام پرداخت بدهی.

بنابراین هنگامی که نه تعیینی باشد و نه تعیینی، قهراً ابراء و اداء بر چیزی منطبق می‌شود که هیچ خصوصیتی نداشته باشد. از این رو طبق قاعده، بدهی اصلی که هیچ

۸۷. جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۴۴-۳۴۵.

۸۸. عروة الوثقی، ج ۳، ص ۷۷۳، مسئله ۲۷.

۸۹. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۲۱ و ۳۲۲.

۲۳۵
بنا

خصوصیتی ندارد ساقط می شود اما بدهی که دارای خصوصیت است همچنان بر حالت قبلی خود باقی می ماند. در این بخش به برخی از سخنان فقها در این مسئله و اختلاف نظر آنان در کیفیت استدلالها اشاره می کنیم:

آقا ضیاء الدین عراقی در این باره می گوید:

توزیع اشکال دارد؛ چون عقلاً یکی از دو بدهی را بدون عنوان ساقط می دانند. البته اثر آن یعنی رهن ساقط نمی شود؛ چرا که رهن تابع آن بدهی است که برایش رهن پرداخت شده است و به حکم استصحاب، آن بدهی باقی است؛ زیرا انتفای بدون عنوان یکی از دو بدهی به ناچار باید در ضمن انتفای یکی از دو خصوصیت باشد و چون آن معلوم نیست باید به استصحاب عمل کرد.^{۹۰}

آقای خوبی می گوید:

ظاهراً پرداخت بدهی - به صورت مطلق - توسط ضامن به عنوان وفای بدهی اصلی در ذمه او به حساب می آید. از این رو ضامن حق رجوع به مضمون عنه را ندارد، مگر آن که پرداخت چیزی را قصد کرده باشد که از طرف مضمون عنه به ذمه او آمده بود؛ زیرا حق رجوع از آثار پرداخت چیزی است که از طرف مضمون عنه به ذمه او آمده است و تا هنگامی که پرداخت آن را به طور معین قصد نکند اثر آن حاصل نمی شود.^{۹۱}

آقای بروجردی در این باره می نویسد:

به احتمال قوی این ابراء قهراً به آن بدهی منصرف است که پرداخت آن هیچ اثری غیر از براءة ذمه بدهکار از دین - با فک رهن یا سقوط خیار یا رجوع به غیر با عوض - ندارد.^{۹۲}

امام خمینی در این مسئله می گوید:

۹۰. عروة الوثقی، ج ۵، ص ۴۲۸، مسئله ۲۷، حاشیه آقا ضیاء (چاپ جامعه مدرسین).

۹۱. همان، حاشیه آقای خوبی.

۹۲. همان، ج ۵، ص ۴۲۹.

این قول محل تأمل است، بلکه احتمال قرعه قوی تر است و قوی تر از آن عدم جواز رجوع به مضمون عنه است مگر با علم به پرداخت آنچه به عنوان ضمان به ذمه او بوده است ...^{۹۳}

نکته دیگری که توجه به آن لازم است این که بحث مزبور به ضمان حاصل از عقد اختصاص ندارد، بلکه در ضمان ید هم - آن گاه که با بدهی دیگر جمع شود - قابل تصور است؛ مانند جایی که بدهکار بر اساس ضمان ید، ضامن مال دیگری شده باشد به گونه ای که در صورت رجوع طلبکار او نیز حق رجوع به ذوالید قبل از خود را داشته باشد. حال اگر طلبکار یکی از دو بدهی را به صورت غیر معین ابراء کند این بحث پیش می آید که این ابراء بر کدام یک از دو بدهی تطبیق می شود.

چهاردهم: عدم رجوع ضامن به مضمون عنه در صورت ابراء

اگر طلبکار ضامن را از همه بدهی ابراء کند ضامن نمی تواند به مضمون عنه مراجعه کرده و از او چیزی مطالبه کند؛ اما اگر طلبکار ضامن را فقط نسبت به بخشی از بدهی ابراء کند در این صورت ضامن فقط می تواند مبلغی را که به طلبکار پرداخته از مضمون عنه بگیرد. به همین دلیل بسیاری از فقها گفته اند که ضامن بعد از پرداخت بدهی به مضمون له فقط می تواند کمترین مبلغ از مقدار ضمان یا مبلغی را که به طلبکار پرداخته از مضمون عنه دریافت کند.^{۹۴} علامه حلی این نظریه را به مشهور نسبت می دهد.^{۹۵}

البته این حکم، به ضمان حاصل از عقد اختصاص ندارد، بلکه در همه اقسام ضمان مانند ضمان ید یا ضمان حاصل از تغریر (فریب دادن) که اگر ذوالحق ضامن را ابراء کند او نمی تواند

۹۳. همان، ص ۴۲۸.

۹۴. شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۱۱۱؛ الجامع للشرایع، ص ۳۰۲؛ قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۱۵۹؛ جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۳۰؛ اللمعه، ص ۱۳۵؛ مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۰۶؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ۹، ص ۲۹۲؛ کفایة الاحکام، ص ۱۱۴؛ ریاض المسائل، ج ۵، ص ۴۰۶؛ جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۲ و ۱۵۳؛ عروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۶۸، مسئله ۱۳.

۹۵. مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۴۸۹.

از مضمون^{۹۵} عنه یا کسی که باعث ضمان او شده، چیزی مطالبه کند؛ چون حق رجوع فرع بر ضرر و زیان دیدن است و با ابراء ذوالحق هیچ خسارتی متوجه ضامن نشده است.

پانزدهم: ابراء قبل از ضمان و اشتغال ذمه (ابراء بدون موجب)

در بسیاری از مسائل فقهی از این مسئله بحث می شود که آیا صاحب حق می تواند قبل از تحقق تلف یا پدید آمدن سبب ضمان کسی را ابراء کند؟ فقها در هر یک از این مسائل به طور جداگانه بحث کرده اند با آنکه همه این مسائل در این نقطه اشتراك دارند که از نوع ابراء قبل از تلف و یا قبل از پدید آمدن سبب ضمان می باشند.

از آن جا که نوع ضمان در این موارد مختلف است، گاهی ضمان نفس است و گاهی ضمان مال و ضمان مال گاهی به صورت ضمان معاوضه ای است و گاهی به صورت ضمان غرامت (ضمان مثل و قیمت)، پس شایسته است که ابراء در هر یک از این اقسام به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرد:

۱. ابرای ضمان معاوضه قبل از تلف شدن مال

ضمان معاوضه یعنی ردّ عوض کالایی که در عقد معین شده است. تلف کالای معین فروخته شده قبل از قبض باعث انفساخ بیع می شود. حال این سؤال پیش می آید که آیا مشتری می تواند فروشنده را نسبت به چنین ضمانی ابراء کند؛ به این معنا که عقد بر اثر تلف مبیع قبل از قبض منفسخ نشود، یا آن که چنین ابرایی ممکن نیست؟

نظریه مشهور بین فقیهان این است که چنین ابرایی صحیح نیست؛ بنابراین ضمان معاوضه همچنان ثابت است.^{۹۶}

محقق نراقی (ره) در حکم به عدم صحت چنین ابرایی به اصل تمسک کرده؛^{۹۷} ولسی مقصود از اصل را توضیح نداده است. اگر مقصود وی از اصل، استصحاب باشد حتماً

۹۶. تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۷۳ (حجری)؛ دروس الشرعیه، ج ۳، ص ۲۱۲.

۹۷. مستند الشیعه، ج ۱۴، ص ۴۲۸.

استصحاب تعلیقی است؛ با این بیان که اگر این مبیع قبل از ابراء تلف می شد بیع هم منفسخ می شد، حال نیز که بعد از ابراء تلف شده است چنین حکمی دارد اما مطابق استصحاب تنجیزی، عقد باقی است و منفسخ نمی شود. شاید منظور ایشان از اصل، اصل لفظی باشد یعنی اطلاق ادله ای که می گویند در صورت تلف شدن مبیع قبل از قبض، بیع منفسخ می شود. این ادله اطلاق دارد و فرض ابرای مشتری را نیز شامل می شود.

شیخ انصاری (ره) بر عدم صحت این ابراء دلیل دیگری آورده است:

از آنچه گفتیم معلوم می شود که ضمان در اینجا حکم شرعی است نه حق مالی؛ پس قابل اسقاط نیست و به همین دلیل اگر مشتری او را از ضمان ابراء کند ساقط نمی شود. دلیل عدم سقوط در این جا از باب بطلان اسقاط چیزی قبل از ثبوت آن نیست چنانکه برخی پنداشته اند.^{۹۸}

بنابراین، دلیل عدم تأثیر این ابراء طبق نظر شیخ انصاری این است که ضمان معاوضه، حق نیست، بلکه فقط حکم شرعی به انفساخ عقد در صورت تلف مبیع قبل از قبض است و هیچ اشتغال ذمه یا عهده ای قبل از تلف یا بعد از آن وجود ندارد تا ابراء و اسقاط معنا داشته باشد. با این بیان روشن می شود که بر عدم صحت ابراء در این مورد نمی توان به دلیل «اسقاط مالم یجب» استدلال کرد چون در اینجا حق قابل اسقاطی - نه بالفعل و نه بعد از تلف - وجود ندارد تا بتوان گفت از قبیل اسقاط چیزی است که هنوز ثابت نشده است.

۲. ابرای ضمان غرامت قبل از تلف عین

می توان برای این مسئله تطبیق های فراوانی یافت؛ مانند ابرای غاصب از ضمان عین غصب شده قبل از آن که تلف شود، یا مانند امینی که بر اثر تخلف از امین بودن خارج شده و ضامن عین گردد. در صحت ابراء در این موارد دو قول وجود دارد:

قول اول: ابراء قبل از تلف صحیح نیست و ضمان عین ساقط نمی شود. ابن سعید حلی، علامه حلی در یکی از دو نظریه اش، فخرالمحققین و محقق کرکی این نظریه را پذیرفته اند.

قول دوم: چنین ابرایی صحیح است و ضمان با آن مرتفع می‌گردد. این نظریه بین فقیهان متأخر مشهور است، شیخ طوسی، محقق حلّی، علامه حلّی در نظریه دیگرش و شهید ثانی نیز آن را گفته‌اند.

مستند قول اول یکی از این دو دلیل است:

وجه اول: ابراء در این موارد اسقاط چیزی است که هنوز ثابت نشده است؛ زیرا اشتغال ذمه به خسارت بعد از تلف شدن عین پدید می‌آید نه قبل از آن.

وجه دوم: ابراء و اسقاط در اینجا - که سبب ضمان (غصب) در هر لحظه نو می‌شود و استمرار دارد - فایده‌ای ندارد. ابراء و اسقاط فقط در مورد سبب قبلی و سبب مقارن برای ضمان اثر دارد اما ضمان بر اثر سببی که بعد از ابراء نیز استمرار دارد همچنان باقی است.

برخی از فقها به این دو دلیل، اشکال‌هایی وارد کرده‌اند که به ذکر برخی از عبارات ایشان که متضمن استدلال‌هایی برای هر یک از دو قول است، می‌پردازیم:

علامه حلّی (ره) می‌گوید:

اگر غاصب از ضمان غصب ابراء شود در حالی که مال در اختیار اوست، پذیرش و عدم پذیرش چنین ابرایی مشکل است، زیرا از سویی چنین ابرایی، ابرای ضمانتی است که هنوز ثابت نشده است (ابراء مالیم یجب) و از سوی دیگر سبب ثبوت ضمان در اینجا وجود دارد؛ زیرا غصب، علت ثبوت قیمت هنگام تلف است، ولی قول اقرب آن است که ذمه غاصب، ابراء نمی‌شود و ید او ید امانی نمی‌گردد.^{۹۹}

محقق کرکی در توضیح کلام علامه می‌گوید:

علت آن که چنین ابرایی، ابراء از چیزی غیر ثابت است، این می‌باشد که ضمان فقط در صورت تلف عین، واجب می‌شود؛ زیرا تا هنگامی که عین وجود دارد تنها چیزی که به ذمه تعلق می‌گیرد وجوب رد عین است و معلوم است که چنین چیزی مورد ابراء نیست، بلکه ابراء از مقتضای غصب است که همان ضمان در

صورت تلف عین می باشد.

اگر اشکال شود، که وقتی عین موجود است دو حکم وجود دارد: اول، وجوب ردّ فوری عین؛ زیرا ید غاصب، ید عدوانی است. دوم، ضمان عین در صورت تلف که اثر وجوب رد است، پس وقتی که مالک، غاصب را ابراء می کند. ابراء به وجوب ردّ تعلق می گیرد و در نتیجه، ضمان که اثر همان وجود ردّ است ساقط می شود.

در جواب اشکال می گوئیم که ضمان، اثر عدوانی بودن ید است نه اثر وجوب رد فوری عین و به واسطه ابراء حقی که در ذمه ثابت است ساقط می گردد نه عدوانی بودن ید و مانند آن، و همانا عدوانی بودن ید با تبدیل آن به ید امانی از بین می رود و ابراء هیچ تاثیری در آن ندارد و مادامی که وصف عدوانی بودن ثابت است ضمان نیز به حال خودش باقی می باشد.

اما آن چه علامه در توجیه وجه دوم اشکال گفته است، مردود است؛ زیرا وجود سبب ثبوت چیزی سبب نمی شود که تعلق ابراء به چیزی که هنوز پدید نیامده صحیح باشد و به همین دلیل قول اقرب آن است که غاصب ابراء نمی شود و ید او ید امامی نمی گردد و فقط در صورت ردّ عین یا نایب شدن غاصب از طرف مالک در حفظ عین، ابراء تحقق می یابد.^{۱۰۰}

گویا محقق نجفی در عبارات ذیل، نظر به همین کلام محقق کرکی داشته است:

«ممکن است اشکال این گونه دفع شود که اسقاط به چیزی تعلق دارد که وجود فعلی دارد و آن آمادگی ذمه غاصب برای ضمان در صورت تلف است و این اسقاط چیز غیر ثابتی نیست، بلکه اسقاط چیزی است که محقق شده است و این ادعا که اسقاط چنین حقی صحیح نیست، این گونه پاسخ داده می شود که عموم قاعده تسلط انسان ها بر حقوق و اموالشان شامل چنین موردی می گردد. همچنین این ادعا صحیح نیست که اسقاط ضمان در صورت استمرار سبب

آن (قبض همراه با غضب) و نو شدن آن در هر لحظه معقول نیست زیرا اسقاط به اثری تعلق می‌گیرد که سبب آن مقارن یا سابق باشد و سببی که پیوسته تجدید می‌شود اسقاط اثر آن ممکن نیست، پس ضمان با توجه به چنین سببی پیوسته ثابت است؛ زیرا در اینجا چندین سبب برای ضمان وجود ندارد بلکه همه آنها از نظر عرف و شرع - با توجه به وحدت اثر که همان ضمان است و این که اخذ بر تمامی آن اسباب صدق می‌کند - یک سبب است. پس چنین اسقاطی صحیح است، فتأمل جيداً. البته ممکن است گفته شود که چنین چیزی از حقوق نیست که اسقاط به آن تعلق می‌گیرد، بلکه به دلیل اصل و غیر آن از احکام است، و الله اعلم.^{۱۰۱}

شیخ انصاری (ره) می‌گوید:

تحقق سبب ضمان (غضب) برای صحت ابراء از مسبب - که همان ضمان و اشتغال ذمه است - قبل از تحقق شرط یعنی تلف عین کافی می‌باشد و این مانند اسقاط خیار عیب یا خیار غبن قبل از ظهور عیب و غبن است که شرط خیار می‌باشدیم^{۱۰۲}

در جای دیگر می‌گوید: گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

در اینجا مانعی برای صحت چنین ابراء و اسقاطی وجود ندارد مگر اشکال تعلیقی بودن ابراء و جزمی نبودن آن، در حالی که تعلیقی بودن و عدم جزم هنگامی مانع صحت عقد و ایقاع می‌شوند که عقد یا ایقاع بر شرطی معلق گردند که ذات خود عقد یا ایقاع بر آن معلق نباشد، مانند تعلیق بر ورود مسافر؛ ولی در جایی که عقد و ایقاع فی نفسه بر آن شرط معلق باشند، تعلیق بر آن شرط اشکالی ندارد؛ زیرا در انشای این عقد و ایقاع تعلیقی افزون بر آنچه ذات عقد و ایقاع فی نفسه و در همه حالات بر آن معلق است، وجود ندارد؛ مانند آن که فردی

۱۰۱. جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۲۲۸ و ۲۲۹.

۱۰۲. تراث الشيخ الاعظم (المکاسب)، ج ۵، ص ۱۸۲.

همسرش را با این شرط طلاق دهد که پیشتر مطلقه نباشد یا آن که بنده اش را با این شرط آزاد کند که مملوکش بوده باشد یا بدهی شخصی را ابراء کند به شرط این که به او بدهکار باشد. ۱۰۳

از همین موارد است ابراء از ضمان به شرط تلف، زیرا ضمان در واقع معلق بر تلف است.

گاهی بر این سخن اشکال می شود که ابرای معلق بر فعلیت دین و اشتغال ذمه به آن است نه آن که معلق بر تلف عین باشد، اگر چه تلف عین سبب اشتغال ذمه و تحقق دین است، بنابراین فرق است بین آن که گفته شود: اگر من بدهکاری تو را ابراء کردم و بین این جمله که اگر عین، تلف شود تو را از ضمان آن ابراء کردم. در جمله اول هیچ قید زایدی در انشای ابراء وجود ندارد؛ زیرا ابراء فی ذاته مقید به وجود بدهی است، ولی در جمله دوم قیدی بیش از آن چه در موضوع ابراء اخذ شده وجود دارد و آن تلخیص بر یک چیز احتمالی است که در آینده محقق می شود و آن تلف عین است، زیرا آنچه ابراء بر آن معلق است فعلیت وجود موضوع آن است نه یک واقعیت مربوط به آینده؛ هر چند آن واقعیت سبب تحقق موضوع ابراء باشد، زیرا تلف بالفعل موجود نیست، بلکه در آینده محقق می شود، پس به هر صورت ابراء بر چیزی که در آینده محقق خواهد شد معلق شده است و این از اقسام تلخیص باطل است.

برخی از فقهای متأخر مانند آیه الله حکیم^{۱۰۴} و آیه الله خویی^{۱۰۵} و شهید صدر^{۱۰۶}، معتقدند که معنای ظاهر و عرفی ضمان در اعیانی که مورد ضمان هستند عبارت از یک قضیه فعلی است نه تعلیقی؛ بدین معنا که خود عین در عهده ضامن وجود دارد و وجود در عهده، گونه ای از وجود برای عین است که عرف آن را در قبال وجود خارجی عین و به

۱۰۳. همان، ص ۱۸۲.

۱۰۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۶۱.

۱۰۵. مبانی العروة الوثقی (کتاب الضمان)، ص ۱۱۴ و ۱۱۵.

۱۰۶. منهاج الصالحین (الحکیم)، ج ۲، ص ۱۹۶. تعلیقه شهید صدر.

صورت بدلی برای آن اعتبار می‌کند و این نوع وجود اعتباری در عهده وجودی فعلی است و ضمان عین نیز به همین معنا است. اما وجوب ردّ مثل یا قیمت در فرض تلف از قبیل حکم برای ضمان عین در عهده است نه این که به معنای آن باشد.

با توجه به این عباراتی که نقل شد اشکال‌های دو وجه قول اوّل روشن می‌شود که مهمترین آن‌ها سه اشکال است:

۱. در اینجا، ابراء مالیم بجنب اشکالی ندارد؛ زیرا از نوع تعلیق بر چیزی است که خود انشاء ابراء فی نفسه بر آن معلق است.

۲. ابراء در اینجا، اسقاط فعلی است ولی آنچه که اسقاط می‌شود ضمان عهده می‌باشد نه ذمه و ضمان عهده حق فعلی است که در مورد اعیان مورد ضمان، قبل از تلف آن‌ها وجود دارد و همانا اثر و حکم آن - که اشتغال ذمه به مثل یا قیمت می‌باشد - هنگام تلف عین آشکار می‌گردد؛ بنابراین این می‌تواند حق فعلی را اسقاط کرد و در پی آن، موضوع اشتغال ذمه از بین می‌رود.

۳. ابراء از ضمان عین قبل از تلف، به اذن و رضایت به تلف عین نزد ضامن باز می‌گردد و همین کافی است برای آن که ید غیر امانی به ید امانی تبدیل شود و از موضوع ضمان غرامت خارج شود. فاضل هندی در مورد ابرای زوج در قبال ضمان زوجه نسبت به نصف مهریه بعد از طلاق می‌گوید:

این ابراء در حکم قبض و دفع مال به عنوان امانت است و صحیح می‌باشدیم^{۱۰۷}

جوابی هم که به وجه دوم داده شده این است که در اینجا سبب ضمان در هر لحظه متجدد نمی‌شود و این مطلب که ابراء فقط در مورد سبب قبلی و سبب مقارن مؤثر است نه سببی که بعدها پدید می‌آید، سخن درستی نیست؛ زیرا چند سبب ضمان در اینجا وجود ندارد، بلکه سبب سابق و مقارن و لاحق همگی از نظر عرف و شرع یک سبب هستند، چون اثر آنها یکی است و یک عنوان اخذ و بر همه آنها صدق می‌کند. پس وقتی یک سبب ضمان در میان باشد و اسقاط به آن تعلق گیرد همه آن سبب از بین می‌رود.

محقق نجفی با این جواب از اشکال استمراری بودن سبب ضمان جواب می دهد،^{۱۰۸} اگر چه همان طور که پیش تر گفته شد محقق نجفی در این که ضمان پذیری ذمه غاصب آیا می تواند از نوع حقوق قابل اسقاط باشد، اشکال کرده بود.

۳. ابرای غاصب از ضمان خسارت های وارده بر دیگران بر اثر تصرف در عین معضوبه. گاهی تصرف عدوانی غاصب در عین معضوبه - مانند حفر چاه در ملک غصبی - باعث وارد آمدن خسارت و نقص به دیگران می شود، اگر غاصب در ایجاد نقص و خسارت، عامل اقوی باشد ضامن خواهد بود. حال این سؤال پیش می آید که آیا مالک می تواند قبل از آن که خسارتی به دیگران وارد شود غاصب را از این ضمان ابرا کند؟ این مسئله دو صورت دارد:

صورت اول: مالک به ابراء تصریح کند؛ مانند آن که بگوید تو را از ضمان خساراتی که از حفر چاه پدید می آید ابراء کردم، با این که حفر چاه عدوانی بوده و مالک نیز به باقی ماندن چاه رضایت ندارد و غاصب را از پر کردن چاه نهی نکرده است.

صورت دوم: مالک به ابراء تصریح نمی کند، ولی به باقی بودن چاه در ملکش رضایت می دهد یا غاصب را از پر کردن چاه نهی می کند.

این دو صورت از نظر حکم تلازمی ندارند؛ چون هریک از دو فرض ویژگی های خاصی دارد که در بحث های بعدی روشن می شود.

در باره صورت اول دو قول وجود دارد: قول اول: برخی از فقیهان مانند شیخ طوسی^{۱۰۹} و قاضی ابن براج^{۱۱۰} و ابن حمزه^{۱۱۱} به صحت ابراء و سقوط ضمان قایل شده اند. شیخ طوسی در این باره می گوید:

اگر مالک غاصب را از ضمان آنچه به این چاه تعلق می گیرد ابرا کند آیا او ابراء

۱۰۸. جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۲۲۸ و ۲۲۹.

۱۰۹. مبسوط، ج ۳، ص ۷۳ و ۷۴.

۱۱۰. مهذب، ج ۲، ص ۵۰۷.

۱۱۱. الوسیله، ص ۴۲۵ و ۴۲۶.

می شود؟ در این خصوص دو وجه وجود دارد:

وجه اول: غاصب ابراء نمی شود؛ زیرا این ابراء چیزی است که هنوز ثابت نشده است، همچنین از مواردی می باشد که متعلق حق دیگری است.

وجه دوم: ابراء صحیح است و همین نظریه هم درست است؛ زیرا غاصب با حفر چاه جنایت کرده است و حفر چاه نقص بر مالک محسوب می شود و وقتی مالک او را از ضمان خسارات ناشی از حفر ابراء کند، در پی آن، ضمان کسی هم که در آن چاه می افتد از او ساقط می گردد. این مسئله مانند آن است که غاصب از ابتدا با دستور مالک چاه را حفر کرده باشد، در این صورت ضمان خسارت از غاصب به تبع ضمان اصل حفر چاه ساقط می شود. ۱۱۲

از ظاهر کلام برخی از فقیهان مانند ابن ادریس و علامه در بعضی از کتابهایش و شهید اول نیز چنین برمی آید که در اینجا ابراء صحیح است و ضمان نیز ساقط می شود. علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه بعد از نقل کلام شیخ طوسی چنین می گوید:

ابن ادریس می گوید:

اگر غاصب چاه بکند او را اجبار می کنند که آن را پر کند، خود غاصب نیز می تواند چنین کاری بکند اگر چه مالک زمین راضی نباشد، چون رها کردن آن به حال خود باعث می شود که او ضامن کسی یا چیزی شود که در آن سقوط می کند. این نظر برخی از فقهاست، ولی به نظر من درست تر آن است که اگر صاحب زمین بعد از حفر چاه به آن رضایت دهد می تواند غاصب را از پر کردن آن باز دارد و غاصبی که چاه را حفر کرد ضامن سقوط در چاه نیست؛ زیرا صاحب زمین پیش تر رضایت داده بود و این مانند آن است که از ابتدا به کندن چاه دستور داده باشد. ۱۱۳

علامه حلی بعد از نقل این عبارت ابن ادریس می گوید: نظر ابن ادریس بسیار خوب

۱۱۲. مبسوط، ج ۳، ص ۷۳ و ۷۴.

۱۱۳. سرائر، ج ۲، ص ۴۸۵.

سؤال ۱۲
شماره ۴۶

است. هرگاه مالک، غاصب را از پرکردن چاه باز دارد ضمان ساقط می‌گردد حتی اگر او را ابراء نکند. ۱۱۴

از کلام علامه و نیز ابن ادریس چنین بر می‌آید که سقوط ضمان از غاصب متوقف بر ابراء نیست و راه زوال ضمان منحصر به ابراء نمی‌باشد، بلکه با جلوگیری مالک از پر کردن چاه نیز ضمان مرتفع می‌گردد. از این مسئله فهمیده می‌شود که ابراء نیز ضمان را از بین می‌برد.

شهید اوّل در این باره می‌گوید:

اگر غاصب چاهی در زمین حفر کند می‌تواند آن را پر کند تا بر اثر سقوط ضامن نشود و اگر مالک او را نهی کند پر نمی‌کند و ضمانی هم بر او نیست؛ ولی شیخ گفته است که او ضامن است، مگر آن که مالک او را ابراء کند. ۱۱۵

از ظاهر عبارت شهید فهمیده می‌شود که اختلاف او با شیخ در انحصار راه سقوط ضمان در ابراء است، اما اصل سقوط ضمان با ابراء مطلبی مسلم و مفروغ عنه نزد شهید می‌باشد. بلکه شاید بتوان گفت مقصود فقهای - مانند محقق حلی و شهید ثانی - که به سقوط ضمان با ابراء تصریح نکرده و فقط از رضایت مالک یا منع از پرکردن چاه بحث کرده‌اند این بوده که سقوط ضمان با ابراء مسلم و مفروغ عنه بوده و نیازی به بحث از آن نیست.

قول دوم: ابرای مالک صحیح نیست و ضمان سقوط در چاه از غاصب ساقط نمی‌شود.

علامه حلی در کتاب تحریر الاحکام در این باره می‌گوید:

اگر غاصب در ملک کسی چاه بکند یا چیزی در آن قرار دهد که باعث ضمان شود و مالک نیز او را از ضمان آنچه با این کار تلف شود ابراء کند، صحت ابراء مشکل است. این اشکال از آنجا ناشی می‌شود که اولاً: اگر مالک از ابتدا به او اجازه می‌داد وی ضامن نبود، ثانیاً: ضمان با تعدی او در حفر چاه ایجاد شده که

۱۱۴. مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۸۶.

۱۱۵. دروس الشرعیه، ج ۳، ص ۱۱۱ و ۱۱۲.

ابراء نمی‌تواند آن را از بین ببرد؛ زیرا صفت کار گذشته را نمی‌توان از آنچه که بود تغییر داد، ثالثاً: ضمان حق مالک نیست تا بتواند آن را ابراء کند، رابعاً: این ابراء، ابرای چیزی است که هنوز پدید نیامده است، پس صحیح نیست. ۱۱۶

به طور کلی می‌توان سه دلیل بر عدم صحت ابرای مالک بیان کرد:

دلیل اول: ابرای مالک در این موارد ابرای چیزی است که هنوز ثابت نشده است؛ زیرا فرض بر این است که هنوز سقوطی در چاه اتفاق نیفتاده است.

دلیل دوم: ابرای مالک در اینجا ابراء از چیزی است که مستحق آن نیست؛ چون ضمان در اینجا حق مالک نیست تا بتواند غاصب را از آن ابراء کند، بلکه حق فردی است که در چاه سقوط می‌کند. پس در اینجا ابرای غاصب توسط مالک معنایی ندارد حتی اگر از اشکال اوگ هم دست بکشیم و بگوییم که ابرای چیز غیر ثابت نیز صحیح است.

دلیل سوم: ضمان سقوط اگر چه تابع و فرع بر حفر عدوانی است که غاصب انجام داده است، ولی این حفر عنوانی کاری است که در گذشته واقع شده است و واقع را نمی‌توان از آنچه بود تغییر داد، بنابراین ابرای فعلی مالک نمی‌تواند گذشته را تغییر دهد و تعدی سابق را زایل کند، بلکه تعدی گذشته همچنان هست و حفر عدوانی سابق همچنان حفر عدوانی است، به تبع آن ضمان نیز همچنان باقی است و از غاصب ساقط نشده است.

این سه دلیل در صورتی صحیح است که مقصود از ابراء معنای حقیقی آن - یعنی اسقاط حق ثابت در ذمه - باشد ولی اگر منظور از ابراء، بیان رضایت مالک از کار غاصب باشد این حکم صورت بعدی را دارد که مالک هیچ ابرایی نمی‌کند و فقط در ادامه به حفر چاه رضایت می‌دهد و در پی آن، بقای چاه به مالک مستند می‌شود. در این صورت مالک ضامن سقوط دیگران است و هیچ یک از آن سه دلیل بر عدم صحت ابراء در اینجا نمی‌آید چون در این فرض مقصود از ابرای غاصب اسقاط حق از ذمه دیگری نیست تا گفته شود که چنین حقی هنوز ثابت نشده است یا آن که این حق برای نفر سوم ثابت است نه برای مالک.

صورت دوم: مالک فقط به بقای چاه رضایت دهد یا آن که غاصب را از پرکردن چاه

باز دارد علی رغم این که در ابتداء به حفر چاه راضی نبود. در این جا این سؤال پیش می آید که آیا رضایت مالک به بقای چاه یا نهی او از پر کردن آن باعث ابرای غاصب از ضمان سقوط می شود؟ در این فرض دو قول وجود دارد:

قول اول: رضایت مالک مقتضی ابرای غاصب و اسقاط ضمان از او نیست. شیخ طوسی و سید ابن زهره و محقق نجفی این نظریه را پذیرفته اند.

شیخ طوسی می گوید:

اگر شخصی زمینی را غصب کرده و چاهی در آن حفر کند... هرگاه غاصب بخواهد چاه را پر کند حق چنین کاری را دارد، خواه مالک راضی باشد، خواه راضی نباشد؛ زیرا غاصب در ملک دیگری چاه حفر کرده و ممکن است انسان یا حیوانی در آن بیفتد و ضامن شود. البته این در صورتی است که مالک او را ابراء نکرده باشد. ^{۱۱۷}

ابن زهره نیز شبیه این مطلب را بیان کرده است. ^{۱۱۸} محقق نجفی بر اثبات این قول سه دلیل ذکر می کند:

دلیل اول: رضایت مالک به بقای چاه یا نهی او از پر کردن آن، اعم از اسقاط ضمان غاصب از سقوط کسی که در چاه است و بین این دو هیچ ملازمه ای وجود ندارد؛ چون ممکن است مالک به بقای چاه راضی باشد و یا از پر کردن چاه جلوگیری کند، ولی نخواهد غاصب را از ضمان سقوط ابراء کند.

دلیل دوم: حفر چاه از ابتدا تصرف عدوانی غاصب و بدون اجازه مالک بوده است و این تصرف عدوانی از نظر شرعی سبب ضمان است. رضایت بعدی مالک نسبت به بقای چاه نمی تواند این سببیت تصرف عدوانی را برای ضمان از بین ببرد؛ زیرا ممکن نیست کار گذشته را از صفتی که داشت در آینده تغییر داد.

دلیل سوم: رضایت بعدی مالک حتی اگر بتواند صفت عدوانی بودن را از تصرف غاصب

۱۱۷. مبسوط، ج ۳، ص ۷۱.

۱۱۸. غنیة النزوع، ص ۲۸۱.

بردارد، نمی تواند سببیت شرعی آن را برای ضمان از بین ببرد؛ چون ضمانی که از تصرف ایجاد می شود مشروط به عدوانی بودن تصرف نیست، به دلیل این که ادله ضمان اطلاق دارد. ۱۱۹

قول دوم: رضایت مالک به بقای چاه یا نهی از پرکردن آن مقتضی ابرای غاصب و سقوط ضمان او است. ابن ادریس، محقق حلّی، علامه حلّی، شهید اول، شهید ثانی، فاضل هندی، محقق رشتی و امام خمینی (ره) ۱۲۰ این نظریه را پذیرفته اند.
ابن ادریس در این باره می گوید:

به نظر من، اولی این است که اگر صاحب زمین بعد از حفر چاه به آن رضایت دهد می تواند از پرکردن آن جلوگیری کند. در این صورت چاه کن ضامن چیزی که در آن می افتد نیست؛ زیرا مالک زمین رضایت داده بود و این مثل آن است که از آغاز با دستور مالک چاه را کنده باشد. ۱۲۱

شهید ثانی می گوید:

ضمان سقوط با نهی مالک از پرکردن چاه از بین می رود؛ چون عدوان غاصب با نهی مالک از بین می رود. ۱۲۲

ادله سقوط ضمان از غاصب به سبب رضایت مالک به بقای چاه:

دلیل اول: رضایت بعدی به بقای چاه مانند دستور ابتدایی نسبت به حفر آن است و به تعبیر دیگر ابقاء مانند احداث ابتدایی است و همان گونه که در صورت احداث و حفر ابتدایی چاه توسط مالک یا به دستور او بر دیگران هیچ ضمانتی نیست، در صورت ابقای چاه توسط مالک نیز کس دیگری ضامن نخواهد بود.

۱۱۹. جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۲۰۶.

۱۲۰. سرائر، ج ۲، ص ۴۸۵؛ شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۳، ص ۲۴۸؛ تحریر الاحکام، ج ۵، ص ۵۴۰؛ قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۶۵۳؛ مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۸۶؛ دروس الشرعیه، ج ۳، ص ۱۱۱ و ۱۱۲؛ مسالک الافهام، ج ۱۲، ص ۲۴۱؛ کشف اللثام، ج ۲، ص ۴۸۵ (حجری)؛ کتاب الغصب (محقق رشتی)، ص ۱۳۵ و ۱۳۶؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۰۸؛ ۱م.

۱۲۱. سرائر، ج ۲، ص ۴۸۵.

۱۲۲. مسالک الافهام، ج ۱۲، ص ۲۴۱.

دلیل دوم: سبب ضمان، عدوانی غاصب بود که با رضایت مالک نسبت به بقای چاه یا با نهی از پرکردن آن از بین می رود.

دلیل سوم: این دلیل را محقق رشتی بیان کرده و در حقیقت توضیح و تبیین دقیق و علمی ادله قبلی است. حاصل این دلیل آن است که استمرار وجود چاه تا لحظه سقوط کسی در آن، سبب ضمان سقوط و تلف ناشی از آن می گردد و عدوان حقیقی در حق کسی که در چاه سقوط کرده همین بقای چاه و پر نشدن آن است و گرنه اصل وجود چاه هیچ عدوان عرفی یا شرعی بر آن فرد محسوب نمی شود. هرگاه مالک از پر کردن چاه جلوگیری کرده باشد بقای چاه مستند به اوست نه به غاصب؛ زیرا تاثیر علت مبقیه در آثاری که مترتب بر بقای شیء است بیش از تاثیر علت محدثه بر آن آثار است. برای چاه در اینجا چندین وجود بر حسب مراحل زمانی متصور است، تلف شدن کسی یا چیزی که در چاه افتاده است، سبب از وجود چاه در زمان سقوط است، نه وجود آن قبل از سقوط. بنابراین اگر این وجود مقارن با سقوط مستند به همان کسی باشد که وجود قبل از سقوط مستند به او بود، نسبت دادن سقوط و تلف به او صحیح است، مانند آن که غاصب بدون رضایت مالک به بقای چاه آن را تا زمان سقوط باقی گذاشته باشد، که در این صورت نسبت دادن تلف به غاصب درست است. اما اگر وجود چاه مقارن با سقوط، مستند به شخص دیگری باشد، سقوط و تلف مستند به آن شخص است... رضایت مالک به بقای چاه یا جلوگیری او از پر کردن آن، مانند اذن به حفر چاه است و در هر دو صورت اثر حفر به مالک برمی گردد. پس رضایت مالک به بقای چاه یا جلوگیری او از پر کردن آن تا لحظه سقوط کسی در آن، موجب سقوط ضمان از غاصب می شود.^{۱۲۳}

۴. ابرای مضمون عنه توسط ضامن قبل از پرداخت بدهی به مالک

اگر ضامن مضمون عنه (بدهکار) را قبل از آن که بدهی اش را به مالک بپردازد ابراء

کند، آیا این ابراء صحیح است؟ آیا چنین ابرایی ابرای چیز غیر ثابت نیست؟

این مسئله بر مسئله دیگر مبتنی است و آن این که ذمه مضمون عه چه زمانی به ضامن بدهکار می گردد؟ آیا از زمان وقوع عقد ضمان بدهکار می شود یا از زمانی که ضامن بدهی را به طلبکار پرداخت می کند؟ در اینجا دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول: عقد ضمان به خودی خود موجب بدهکاری مضمون عه به ضامن نمی گردد، پس ذمه مضمون عه از زمان عقد ضمان به ضامن بدهکار نمی شود، بلکه از زمان پرداخت بدهی توسط ضامن اشتغال ذمه بدهکار پدید می آید. طبق این نظریه اگر ضامن قبل از پرداخت بدهی مضمون عه را ابراء کند، ابرای چیزی است که ثابت نیست، بنابراین صحت ابراء در آن مسئله، ابرای ضامن در اینجا صحیح است که بحث تفصیلی این مسئله پیش تر گذشت.

نظریه دوم: ضمان به خودی خود موجب اشتغال ذمه مضمون عه برای ضامن می شود. برای این نظریه سه صورت محتمل است:

صورت اول: ضمان موجب اشتغال ذمه مضمون عه به صورت مستقر و مطلق است، یعنی متزلزل و مشروط به پرداخت نیست. بنابراین به محض انجام عقد ضمان، مضمون عه به ضامن بدهکار می شود حتی اگر ضامن چیزی از بدهی او را به طلبکار پرداخت نکرده باشد.

مطابق این احتمال، ضامن می تواند مضمون عه را ابراء کند و این ابرای بدهی غیر ثابت محسوب نمی شود؛ زیرا در اینجا بدهی ثابت مضمون عه به ضامن وجود دارد. البته این احتمال باطل است و هیچ یک از فقهای ما به آن قایل نیست، مگر عبارتی از ابن جنید در باب صلح و نه باب ابراء به آن اشاره دارد که بحث آن گذشت.

صورت دوم: ضمان موجب اشتغال ذمه مضمون عه به صورت متزلزل و متوقف بر پرداخت ضامن به طلبکار است و اگر بدهی توسط ضامن پرداخت گردد اشتغال ذمه مستقر می شود و گرنه، اشتغال ذمه باطل می شود.

بنابراین احتمال، ابرای مضمون عه توسط ضامن قبل از پرداخت بدهی صحیح است؛ زیرا در اینجا حق ثابت - هر چند به صورت متزلزل - وجود دارد، پس ابراء نیز به صورت

متزلزل واقع می‌شود. هرگاه ضامن بدهی را به طلبکار پرداخت کند این ابراء ثابت و مستقر می‌گردد و گرنه، ابراء باطل خواهد بود؛ همان‌طور که اصل حق و اشتغال نیز منفسخ می‌شود.

صورت سوم: ضمان موجب اشتغال ذمه مضمون عنه می‌گردد، مشروط به پرداخت بدهی توسط ضامن. این شرط به صورت شرط متأخر است؛ به این معنا که پرداخت بدهی توسط ضامن کشف می‌کند که ذمه مضمون عنه از زمان عقد به ضامن بدهکار بوده است.

طبق این احتمال، ضامن می‌تواند بدهکار (مضمون عنه) را قبل از پرداخت بدهی به طلبکار ابراء کند؛ چون این ابراء از حق ثابتی است که او بر عهده مضمون عنه دارد، ولی از آن‌جا که این حق مشروط به پرداخت بدهی بود ابراء از آن حق نیز مشروط به پرداخت بدهی به صورت شرط متأخر است. اگر بدهی پرداخت شد کشف می‌شود که ابراء صحیح بوده است و اگر بدهی پرداخت نشد معلوم می‌شود که ابراء از ابتدا باطل بوده است.^{۱۲۴}

۵. ابرای پزشک و دامپزشک قبل از درمان

مشهور است که پزشک و دامپزشک ضامن فساد و عیبی هستند که از کارشان پدید می‌آید هر چند در آن کوتاهی نکرده باشند. البته این ضمان در صورتی است که خودشان یا به صورت مستقیم کار طبابت را بر عهده داشته باشند یا به دستور آنان انجام گیرد به گونه‌ای که فساد و عیب به آنان نسبت داده شود. در این صورت آنها ضامن دیه - در انسان - و ضامن قیمت - در حیوان - خواهند بود.

همچنین این نظریه بین فقیهان مشهور است که پزشک یا دامپزشک قبل از درمان می‌توانند از مریض و صاحب حیوان برائت بگیرند که در این صورت ضامن نخواهند بود. البته به برخی از فقها مانند ابن ادریس و شهید ثانی نسبت داده شده که آنان در درستی این

۱۲۴. ر. ک: مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۰۷ و ۲۰۸؛ جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۳ و ۱۵۴؛ العروة الوثقی همراه با تعلیق، ج ۲، ص ۷۶۷، مسئله ۱۳؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۹۴ - ۲۹۶؛ مبانی العروة الوثقی (الضمان)، ص ۱۴۵ و ۱۴۶.

ابراء تشکیک کرده اند؛ زیرا از آن جایی که ضمان دیه یا ضمان قیمت حیوان بعد از تلف پدید می آید ابرای قبل از تلف ابرای چیز غیر ثابت و اسقاط چیزی است که هنوز وجود ندارد. بنابراین ابراء و اسقاط تنجیزی و فعلی آن معقول نیست و اسقاط و ابرای آن مشروط و معلق بر فرض تلف نیز تعلیق است و تعلیق، عقود و ایقاعات را باطل می کند.

این اشکال به چند دلیل مردود است:

دلیل اول: نصّ خاص در این مسئله دلالت می کند که ضمان پزشک و دامپزشک با گرفتن براءت از مریض یا ولی او یا مالک حیوان قبل از معالجه ساقط می شود. در روایت سکونی از امام صادق (ع) آمده:

قال امیرالمؤمنین (ع): من تطب او تبیطر فلیأخذ البراءة من ولیه و إلا فهو له
ضامن؛ ۱۲۵

امیرالمؤمنین علی (ع) فرمودند: هرکس که طبابت یا دامپزشکی می کند باید از ولی او براءت بگیرد و گرنه، ضامن است.

بر سند و دلالت این حدیث چند اشکال شده است:

اشکال سندی: در سند این حدیث آمده است که نوفلی از سکونی و او نیز از امام (ع) روایت می کند، در حالی که این دو شخص معتبر نیستند.

از این اشکال جواب داده اند که شیخ طوسی در کتاب عده سکونی را توثیق کرده است و با قرآینی نیز می توان به ثقه بودن نوفلی اطمینان یافت؛ مانند این که نوفلی در اسناد کامل الزیارات وجود دارد. علاوه بر این می توان گفت که این روایت نزد فقهای ما مشهور بوده و به آن عمل کرده اند و اکثر فقها این مقدار را برای عمل به یک روایت کافی می دانند.

اشکال دلالت: در این روایت دو قرینه وجود دارد که براساس آنها می توان گفت احتمال دارد مراد از اخذ براءت گرفتن براءت بعد از درمان و تحقق نقص و فساد باشد:

قرینه اول: براءت به معنای حقیقی فقط بعد از این که حقی در ذمه پزشک و دامپزشک ثابت شود صدق می کند و حق در این مورد بعد از تلف و نقص، در ذمه او ثابت می گردد نه

قبل از آن. از این رو استعمال برائت پیش از تلف و نقص استعمال مجازی است که خلاف ظاهر روایت می باشد.

قرینه دوم: در حدیث، برائت گرفتن به ولیّ مریض نسبت داده شده است نه به خود مریض، در حالی که ولیّ قبل از حدوث جنایت هیچ حقی بر مریض ندارد. پس اگر مدلول روایت، برائت گرفتن قبل از درمان و حدوث جنایت باشد باید گفته می شد که از خود مریض برائت گرفته شود.

در جواب این اشکال دلالتی گفته اند: ظاهر روایت این است که در زمان شروع معالجه و قبل از این که اشتباه و تلفی رخ دهد برائت گرفته شود؛ چون در روایت آمده است «من تطبّب او تیطر فلیأخذ ...» و این جمله دلالت می کند که از ابتدا و قبل از پایان معالجه برائت گرفته شود تا ضمانی پدید نیاید.

آن دو قرینه ای که ذکر شد هیچ کدام صحیح نیست.

از قرینه اول می توان چنین جواب داد: اطلاق برائت فقط به لحاظ زمانی است که ضمان در آن پدید می آید و آن بعد از تباهی و تلف است. در حدیث نیامده است که آن برائتی که اخذ می شود برائت مربوط به همان زمان اخذ برائت است، بلکه برائت از ضمانی است که در زمان خودش بر اثر سبب ضمان رخ می دهد. پس همان گونه که در آغاز درمان و قبل از تلف، ضمان فعلی نیست برائت نیز فعلی نخواهد بود. از این رو اطلاق و استعمال برائت به لحاظ زمان ضمان است مانند استعمال دیگر مشتقات، و در این استعمال هیچ نوع مجازی وجود ندارد.

جواب از قرینه دوم این است که منظور از ولیّ کسی است که متولی کار درمان است خواه آن شخص خود مریض باشد که در افراد بزرگسال این گونه است یا ولیّ مریض در افراد خرد سال و ناتوان، یا مالک در مورد درمان حیوانات^{۱۲۶}. پس منظور از ولیّ فقط ولیّ دم نیست تا قرینه باشد بر این که برائت بعد از درمان و تلف گرفته شود. حتی می توان گفت که دلالت روایت بر اخذ برائت قبل از تلف و نقص، غیر قابل تشکیک است؛ زیرا بعد از

تلف و نقص، براثت گرفتن معنایی ندارد، جز مصالحه و به دست آوردن رضایت طلبکار و ولی، همان گونه که در همه موارد ضمان و دیون وجود دارد.

دلیل دوم: ابرای پزشک یا دامپزشک قبل از درمان به اذن در اتلاف و تصرف باز می‌گردد و این مقتضی آن است که ضمانی ثابت نگردد؛ همچنان که اگر مالک به دیگری اجازه دهد که مال او را بخورد یا در آن تصرفی کند که باعث تلف آن شود، در این صورت آن فرد ضامن تلف نخواهد بود. همچنین ابرای پزشک از ضمان نیز به معنای آن است که مریض به او اجازه داده در بدن او تصرف کند حتی اگر به تلف شدن او بینجامد. به مقتضای ادله لفظی و نیز سیره عقلایی که شرع آن را امضاء کرده انسان بر جان و مالش مسلط است، بنابراین معنای ابرای پزشک قبل از درمان از موارد ابراء و اسقاط قبل از ثبوت حق نیست، بلکه از باب اجازه در اتلاف است و با این اذن موضوع ضمان از بین می‌رود.^{۱۲۷}

برخی از فقیهان مانند این سخن را در مسئله دیگری نیز مطرح کرده‌اند که اگر قربانی جنایت، خودش به انجام جنایت اجازه داده باشد، ضمان جنایت ساقط می‌شود.^{۱۲۸} برای سقوط این ضمان چنین دلیل آورده‌اند که مجنی‌علیه با اذن در اتلاف، حق خودش را ساقط کرده است؛ بنابراین وارث - که حق او فرع بر حق مقتول است - هیچ سلطه‌ای بر آن ندارد.^{۱۲۹} پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

براین استدلال اشکال شده است که انسان بر از بین بردن و کشتن خود تسلطی ندارد تا بتواند در این باره به دیگری اجازه دهد و اذن او در اتلاف موجب سقوط ضمان شود؛ بنابراین همچنان ادله قصاص و ضمان در اینجا جاری است.^{۱۳۰}

این اشکال اگر چه ممکن است در مسئله قصاص و مانند آن درست باشد اما در مسئله

۱۲۷. ر. ک. جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۸.

۱۲۸. ر. ک. مبسوط، ج ۷، ص ۴۱؛ سرائر، ج ۴، ص ۲۰۰؛ تلخیص المرام، ص ۳۳۶؛ ارشاد الاذهان، ج ۲، ص ۱۹۶؛ مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۸۹.

۱۲۹. جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۵۳.

۱۳۰. ر. ک. مبانی تکملة منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۶.

مورد بحث یعنی اذن مریض به درمان خودش حتی اگر منجر به تلف شود، درست نیست. این اذن از نظر تکلیفی جایز است و از نظر وضعی نیز حق شرعی و عقلایی اوست. بنابراین به مقتضای سیره عقلایی و ادله لفظی انسان در چنین مواردی سلطه بر جسم و جان خود دارد. ادله لفظی بر این دلالت می‌کند که مال و جان مسلمان بر دیگران حلال نیست مگر با رضایت خود او. با وجود این ادله از عمل به اطلاق ادله دیه در جنایت‌ها دست می‌کشیم.

البته باید توجه داشت که دلیل دوم بر صحت برائت بر این متوقف است که اذن مریض به درمان با قید «حتی اگر به تلف بینجامد» باشد، اما مجرد اذن در درمان موجب برائت پزشک نمی‌شود؛ زیرا چنین اجازه‌ای اجازه در اتلاف نیست.

بر این اساس، اخذ برائت در این مورد از نوع ابرای اصطلاحی نیست، بلکه از باب اخذ اذن در اتلاف است و حدیث قبلی را نیز می‌توان بر این وجه حمل کرد؛ چون در روایت به ابراء تصریح نشده و فقط تعبیر اخذ برائت آمده که به معنای اخذ عدم ضمان و مشغول نشدن ذمه است. این تعبیر با اخذ اذن و رضایت مریض نسبت به اتلافی که ممکن است از درمانش پدید آید نیز سازگار است.

دلیل سوم: مردم به درمان نیازمندند و چاره‌ای جز مراجعه به پزشک ندارند؛ پس حکمت اقتضا می‌کند که ابرای پزشک و سقوط ضمان از او صحیح باشد و اگر شارع در این مورد به ضمان حکم کند باعث ضرر و عسر و حرج مریض می‌گردد؛ زیرا در این صورت پزشکان به سبب ترس از ضمان از معالجه بیماران خودداری می‌کنند.^{۱۳۱}

براین استدلال دو اشکال - کبروی و صفروی - وارد شده است:

اشکال کبروی: مجرد احتیاج و ضرورت برای اثبات حکمی که مخالف قواعد و ادله

۱۳۱. ر. ک: شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۲۴۸؛ کشف الرموز، ج ۲، ص ۶۳۷؛ قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۶۵۰ و ۶۵۱؛ ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۲۷۸؛ التقیح الرائع، ج ۴، ص ۴۷۰؛ مهذب البارع، ج ۵، ص ۲۶۲؛ جامع المقاصد، ج ۷، ص ۲۸۱؛ مساک الافهام، ج ۱۵، ص ۳۲۷؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۰، ص ۷۸؛ جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۲۹۳.

عام است، کافی نیست.

اشکال صغروی: احتیاج و ضرورت را می توان از راه دیگری برطرف کرد؛ مانند شرط در ضمن عقد لازم. بنابراین پزشک در ضمن عقد اجاره بر در مان می تواند به صورت شرط نتیجه، سقوط ضمان در فرض تلف را شرط کند و یا به صورت شرط فعل، اسقاط ضمان را شرط کند؛ و تعلیق بر امر استقبالی در شروط مانند شرط سقوط خیار هیچ اشکالی ندارد.

حدیث پیشین را می توان بر برائت به همین معنا حمل کرد که اخذ برائت در این حدیث به معنای شرط برائت برای پزشک در عمل طبابت اوست.

با این معنا برای برائت معلوم می شود که استدلال به این حدیث برای صحت ابراء قبل از ثبوت حق در این مورد درست نیست، چنانکه برخی از فقها مانند محقق خوئی حدیث را همین گونه تفسیر کرده اند.^{۱۳۲} این حدیث در بهترین فرض فقط بر معنای اعمی دلالت می کند که قابل انطباق بر اخذ برائت به معنای اذن در اتلاف یا بر شرط برائت در ضمن عقد اجاره و یا بر یک راه شرعی دیگر است.

گاهی ادعا می شود که عنوان اخذ برائت در حدیث اطلاق دارد و شامل اخذ برائت به صورت ابرای قبل از تلف نیز می شود، بنابراین به مقتضای اطلاق حدیث، اخذ برائت به صورت ابراء نیز صحیح است.

در جواب این ادعا می توان گفت که حدیث چنین اطلاقی ندارد؛ چون ناظر به تصحیح سبب های اخذ برائت و اقسام و ویژگی های آنها نیست و فقط بر این مطلب دلالت می کند که اگر پزشک برائت نگیرد یا با ولی شرط نکند، ضامن خواهد بود و در صورت اخذ برائت ضامن نخواهد بود. حدیث بر این دلالت نمی کند که اخذ برائت از باب ابراء و اسقاط قبل از ثبوت است یا اذن در اتلاف یا شرط ابتدایی و یا چیز دیگری. پس با این حدیث نمی توان یکی از این اقسام را تعیین کرد و نیز نمی توان به صحت همه آنها قایل شد؛ زیرا حدیث از این جهت در مقام بیان نیست. بنابراین وقتی فرض کردیم که برخی از

۱۳۲. ر. ک: مبانی تکملة منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۲۲؛ مستند العروة الوثقی (الاجاره) ص ۲۵۰.

۲۵۸
سال ۱۳
شماره ۴۶

این اقسام به مقتضای قاعده باطل است با این حدیث نمی توان آن را تصحیح نمود بلکه حدیث را باید بر یکی از معانی که طبق قاعده درست است حمل کرد.

البته اگر همه آن اقسام برخلاف قاعده باشد می توان از حدیث این مطلب را استفاده کرد که بعضی از آنها اجمالاً صحیح هستند و شاید در این صورت اطلاق حدیث - با ملاک دیگری - نسبت به همه آنها تمام باشد. از آنجا که پیش تر مطرح شد بعضی از این اقسام از نظر قواعد درست است، پس حدیث نمی تواند چنین اطلاقی داشته باشد.

اگر دلالت حدیث بر صحت ابراء قبل از درمان تمام باشد لازمه اش این است که اگر درمان باعث مرگ بیمار شود پزشک باید از ولی (وارث) براثت بگیرد نه از خود مریض؛ چون در این صورت ولی دیه، وارث است نه خود مریض و به همین دلیل برخی از فقها بنا بر احتیاط، براثت گرفتن از وارث را لازم می دانند. امام خمینی در این باره می نویسد:

ظاهراً برای پزشک و دامپزشک و مانند آنها با ابرای قبل از درمان براثت حاصل می گردد، و اگر خود مریض بالغ و عاقل باشد و درمان او به کشتن نینجامد ابرای خود آن مریض لازم است و اگر به قتل او بینجامد ابرای ولی او لازم است؛ همچنین در مورد افراد قاصر مانند کودک و مجنون ابرای ولی لازم است. شاید ابرای مریضی که کامل و بالغ باشد حتی در جایی که معالجه اش باعث مرگ او شود کافی باشد اگر چه احوط آن است که هم از مریض براثت بگیرد و هم از ولی او. ۱۳۳

این تفریع اگر از جهت ذکر عنوان «ولی» در حدیث باشد، پیش تر گفتیم، که مراد از ولی در حدیث کسی است که متولی امر معالجه است و آن خود مریض است اگر بالغ و عاقل باشد. و اگر از آن جهت باشد که مورد براثت، دیه است و آن حق ورثه است نه مقتول، این سخن سخنی درست است اما بعد از مرگ مریض نه قبل از آن؛ چون دیه در ابتدا مال میت بوده و به همین دلیل از ترکه میت به شمار می آید و بدهی های میت از آن پرداخت می شود. بنا بر این در صورت زنده بودن مریض و قبل از مرگش خود وی ولی

است و نسبت به دیه اش حق تصرف و اسقاط دارد. پس اگر اسقاط چیز غیر ثابت در اینجا صحیح باشد از طرف ولیّ اوّل (خود مریض) هم صحیح خواهد بود.

۶. ابرای معلم قبل از تعلیم

اگر معلم شنا قبل از شروع آموزش نسبت به حوادثی که برای کارآموزان ممکن است رخ دهد مانند غرق شدن، برائت بگیرد، می توان گفت که در اینجا نیز بر مبنای بحث گذشته - پزشک و دامپزشک - ضمان از او ساقط می شود. این بحث در موارد مشابه دیگر هم مطرح است، مانند آموزش دیگر رشته های ورزشی یا رانندگی و

نکته ای که در پایان باید به آن توجه نمود این است که اگر دلیل سقوط ضمان و حکم به برائت در طبیب و دامپزشک حدیث مذکور باشد، نمی توان به طور یقینی در موارد دیگر به برائت حکم داد؛ زیرا ملاک حکم برائت در صورت ابرای پزشک و دامپزشک روشن نیست و شاید به سبب اهمیت و احتیاج ضروری به این دو شغل، به صحت ابراء - قبل از درمان و حدوث علت ضمان - حکم شده است. روشن است که این دلیل در موارد دیگر نمی آید، اما دلیل دوم و سوم که برای صحت ابرای پزشک قبل از درمان مطرح شد به بحث ابرای پزشک و دامپزشک اختصاص ندارد و در موارد مشابه نیز کاربرد دارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی