

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

عرض کردیم در حقیقت ضمان (یا ضمان) تعابیر مختلفی در کلمات فقها و بزرگان وارد شده است؛ و چند مورد را روز گذشته عرض کردیم؛ اما قبل از ذکر مابقی تعابیر، به دو نکته باید توجه داشت.

آیا اختلاف آثار موجب اختلاف حقیقت ضمان می شود؟

یک نکته این است که فقها مسأله ضمان را در فقه در موارد مختلفی مطرح می کنند؛ در ضمان اموال، ضمان اشخاص و ضمان عقود و ضمان معاوضه و... که هر کدام نتیجه خاص خودش را دارد.

حال، آیا اختلاف ضمان به حسب موارد و آثار (یعنی آن اثری که برای ضمان در باب اموال است با اثری که برای ضمان در ضمان معاوضه است و یا با اثری که در ضمان کفالت وجود دارد، مختلف است) موجب اختلاف حقیقت ضمان می شود؟ آیا اگر مثلاً از حدیث علی الید استفاده ضمان کردیم، ضمانی که مسبب از ید است با ضمانی که مسبب از تلف و اتلاف است، فرق دارد؟ بگوییم ضمان در «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» یک معنا دارد و ضمان در «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» معنای دیگری دارد، و ضمان معاوضی که مرحوم شیخ در مکاسب دارند و از آن به عوض المسمی و یا ضمان المسمی تعبیر می کنند، معنای دیگری دارد.

به نظر می رسد نمی توان گفت که ضمان دارای حقیقت های مختلف است؛ بلکه باید برای ضمان یک حقیقت واحد ای را تصویر کنیم، و بگوییم که این حقیقت واحد در همه جا وجود دارد؛ هرچند که از نظر آثار، بین آنها اختلاف باشد. این یک نکته که برخی از بزرگان مثل مرحوم اصفهانی و مرحوم محقق نائینی به آن تصریح کرده اند که اختلاف آثار موجب اختلاف حقیقت ضمان نمی شود.

آیا ضمان دارای یک معنای شرعی جدید است؟

نکته دوم این است که ممکن است سؤال بفرمایید شما که می خواهید از حقیقت ضمان بحث کنید، مگر ضمان یک معنای شرعی جدیدی دارد؟ که اگر چنین ادعا کنید، فقیه باید دنبال این باشد که معنای شرعی ضمان چیست؟ آیا می خواهید ادعا کنید که برای ضمان در شریعت یک معنای شرعی غیر از معنای عرفی و عقلی آن داریم؟ جواب این است که خیر، نمی خواهیم بگوییم ضمان یک حقیقت شرعیه و یا یک معنای شرعی یا متشرعه ای دارد؛ بلکه ما روایاتی داریم در باب ید، اتلاف، ضمان عقدی و... و به دنبال این مطلب هستیم که ببینیم عقلاً آیا بین این موارد فرق می گذارند؟ یا آن که موارد وارده در شریعت را بر معهود در نزد عقلا حمل کنیم؛ بگوییم عقلاً بین ضمان حاصل از ید، ضمان حاصل از اتلاف و ضمان حاصل از عقد هیچ فرقی

قائل نمی شوند.

ما به دنبال کشف آن معنای عقلایی هستیم؛ نظیر آنچه که در مورد بیع است که فقها در اول کتاب البیع تعاریف مختلفی از بیع بیان می‌کنند و در ضمن تصریح می‌کنند که بیع نه حقیقت شرعیه دارد و نه حقیقت متشرعه. این کار برای آن است که می‌دانیم مراد از «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» همان بیع عند العقل و العرف است و فقها به دنبال این مطلب هستند که بیع عند العقل چیست؟ و الا نمی‌خواهند یک معنای شرعی جدیدی را برای بیع ارائه دهند.

پس، این هم نکته دوم که ما اگر می‌خواهیم ضمان را معنا کنیم، ضمان یک معنای شرعی جدیدی ندارد؛ بلکه دنبال این هستیم که ببینیم معنای عقلایی ضمان چیست؟ و آیا می‌توانیم تعابیر و روایاتی را که در باب ضمان وارد شده است بر معنای عقلایی آن حمل کنیم یا نه؟

تفسیر و بیان سوم از ضمان

بیان سوم، بیانی است که در کلمات مرحوم محقق نائینی (اعلی الله مقامه الشریف) در جلد 1، منیة الطالب، صفحه 265 آمده است؛ البته ایشان این بحث را در دو جا مطرح کرده اند، یکی صفحه 142 و یکی هم صفحه 265.

ایشان اول می‌فرمایند: ضمان یک معنای مصدری و اسم مصدری دارد؛ معنای مصدری ضمان همان عهده و تعهد است؛ معنای مصدری یعنی **التعهد المعاملى الذى امضاه الشارع** - البته معاملی در بعضی از فروضش است - فرموده‌اند: روایت معروف «**الخراج بالضمان**» که مرحوم شیخ و دیگران یک بحث مهمی در تفسیر آن دارند، در این روایت، ضمان به معنای مصدری است؛ یعنی منفعت در مقابل آن تعهد معاملی است. اما معنای اسم مصدری، معنای اسم مصدری آن تعهد نیست؛ بلکه یعنی **من كان ضامناً لشيء فممنفعته له**، کسی که ضامن یک چیزی است، منفعت آن هم برای اوست.

ایشان فرمودند: در قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، یضمن به معنای اسم مصدری است که ما در صدد بحث آن نیستیم؛ و در ادامه فرموده است: «و بالجمله معنى الضمان كون المال في الذمه» ضمان یعنی این که مال در ذمه قرار بگیرد، «و من آثار ثبوت المال في الذمه الغرامة و الخسارة - از آثار ثبوت مال در ذمه غرامت و خسارت است - لا ان الغرامة معناه الحقيقي - نه این که بگوییم غرامت معنای حقیقی ضمان است؛

این قسمت در حقیقت تعریض به مرحوم شیخ است که فرمود: ضمان یعنی **درك الشي على الضامن** یا **تلف الشي على الضامن** - بلکه ایشان می‌گوید غرامت از آثار ضمان است؛ ضمان یعنی این که مال به ذمه شخص می‌آید؛ و یکی از آثارش مسأله غرامت است. نتیجه‌ای که از کلام مرحوم نائینی گرفته می‌شود، این است که نائینی اولاً غرامت را معنای مطابقی ضمان نمی‌گیرد و ثانیاً تصریح نکرده است به این که آیا حکم تکلیفی مثل وجوب رد، می‌تواند از آثار ضمان باشد یا نه؟

تفسیر چهارم

در بیان چهارم باید تعبیر سه نفر از بزرگان فقها را ذکر کنیم؛ چرا که مشترکاتی باهم دارند. ابتدا باید تعبیر آخوند را ذکر کنیم؛ سپس تعبیر مرحوم اصفهانی را ذکر کنیم؛ و بعد تعبیر مرحوم محقق بروجردی (اعلی الله مقامه الشریف) را باید عنوان کنیم.

تعبیر این سه بزرگوار با این که مقداری تفاوت دارد، اما جوهرش یکی است و هر سه تصریح می‌کنند که حکم تکلیفی از آثار ضمان است. **کلام مرحوم آخوند:** مرحوم آخوند در حاشیه مکاسب صفحه 30 فرموده اند: **الضمان هو اعتبار خاص ضمان** یک اعتبار مخصوصی است؛ یعنی یا یک اعتبار عقلایی است و یا یک اعتبار شرعی است؛ **یترتب علیه آثار تکلیفی و وضعاً بر** این اعتبار، هم آثار تکلیفی بار می‌شود و هم آثار وضعی؛ سپس بیان کردند که اعتبار خاص یعنی کون المال علی العهده، اعتبار خاص یعنی این که مال بر عهده ضامن است؛ وقتی مال در عهده ضامن قرار گرفت، یک آثار تکلیفی و وضعی دارد.

بعد فرمودند: آثار تکلیفی اش این است که ضامن باید مضمون را به مضمون له (مالک) ادا کند؛ اگر عینی که بر عهده اوست، خودش موجود است، باید آن را به مالکش برگرداند؛ و اگر عینش موجود نیست، مثل یا قیمتش را به مضمون له برگرداند. فرموده اند: **یترتب علیه آثار تکلیفی و وضعاً، منها لزوم اداء المضمون الى المضمون له لو تمكن منه واداء بدله من قيمته او مثله لو لم يتمكن من اداء التلف او نحوه** و بعد فرموده‌اند: **و هو بهذا المعنى لا يكاد يكون في مال نفس الضامن ضمان به این** معنا که بیان می‌کنیم که یک اعتبار خاصی است، در مال خود ضامن نیست؛ این قسمت تعریض بر شیخ است که فرمود **وكون درک الشی و خسارته علیه فاذا تلف يقع نقصان في ماله الاصلی**، فرمود: در باب ضمان، نقصانی در مال ضامن به وجود می‌آید و ضامن باید از مال خودش آن را جبران کند.

در مقابل شیخ، آخوند می‌فرماید: این معنایی که ما برای ضمان بیان می‌کنیم، ربطی به مال و اموال ضامن ندارد؛ بلکه بر ضامن لازم است که مال خود مضمون له را برگرداند و به او بپردازد. این یک مطلب. مطلب دوم مرحوم نائینی در عبارتی که از ایشان خواندیم، از عبارتشان استفاده می‌شود که آن تفسیری را که برای ضمان بیان فرمودند، هم در باب ید جاری است، هم در باب اتلاف جاری است و هم در ضمان معاوضی جاری است.

مرحوم آخوند اینجا تصریح کرده‌اند که: **فلا يكون في العقد الصحيح ضمان بمعناه الحقيقي**، اختلاف دوم مرحوم آخوند با شیخ و نائینی این است که شیخ ضمان در باب معاوضه را قائل است؛ یعنی اگر بایع جنسی را به مشتری فروخت، بایع تعهد می‌کند در مقابل ثمن، عوض ثمن را به او بدهد که مبیع است، مشتری هم تعهد می‌کند در مقابل مبیع، عوض مبیع که عبارت از ثمن است را به بایع بدهد؛ و شیخ اسم این عوض المسمی را ضمان معاوضی گذاشتند.

آخوند می‌فرماید: وقتی ضمان را اینطور معنا کردیم، دیگر این اعتبار خاص در باب معاوضه و در باب ضمان معاوضی جریان ندارد. این کلام مرحوم آخوند. **کلام مرحوم محقق اصفهانی:** ایشان در جلد اول حاشیه مکاسب صفحه 307، فرموده‌اند: **والتحقيق في معنى الضمان كون الشيء في ضمن العهده** معنای ضمان این است که یک شیء می‌آید در ضمن عهده قرار می‌گیرد؛ ضمان از همان ماده ضَمِن است و اشاره می‌کند: **ان ليس معنا هذه المادة الا ما يفيد التضمن و المضمون** معنای ماده ضمان غیر از تضمن و مضمون نیست، **ويطلق الضمان على كون الشيء في العهده به اعتبار كونه في ضمن العهده به** اعتبار این که می‌آید در ضمن عهده قرار می‌گیرد، بر آن اطلاق ضمان می‌شود.

تا می‌رسند به این مطلب که: **و هذا المعنا قد يكون بتسبيب الشخص** این معنا یعنی کون الشیء في ضمن العهده گاه از راه تسبیب خود شخص است؛ یعنی یک شخصی می‌آید یک چیزی را در ضمن عهده خودش قرار می‌دهد **كما في عقد الضمان** مانند عقد ضمان که خود ضامن به داین می‌گوید من ضامن مدیون هستم؛ **و كما في مطلق المعاوضات** در تمام معاوضات، **كون الشيء في ضمن العهده وجود دارد؛ لتعهد كل منهما و التزامه باخذ المال ببذله بايع ملتزم است مال (یعنی ثمن) را بگیرد و** بدش را بدهد، مشتری هم هكذا؛ **و لذا عبر عنه بضمان المعاوضه**. مرحوم اصفهانی هم اینجا تصریح کرده است که ضمان معاوضی را قبول داریم. **و قد يكون بجعل من الشارع او العرف**، گاه این که مال می‌آید در ضمن عهده، از راه جعل شرعی و یا جعل عرفی است، **كما في التفريمات الشرعيه**، تفریم از غرامت است، در تفریمات شرعی یعنی کفارات که غرامت شرعی است و غرامت های عرفیه چنین است.

در ادامه می‌فرمایند: و العهدة في كل مقام لها آثار تكليفية و وضعيه عهده در هر جائی هم آثار تکلیفی دارد و هم آثار وضعی؛ لا یختلف معنى العهدة باختلافها به اختلاف آثار تکلیفی و وضعی معنای عهده فرق نمی‌کند. خلاصه کلام اصفهانی این شد که اولاً ضمان یعنی کون الشیء في ضمن عهدة الضامن، وثانیاً این معنا هم در ضمان عقدی و هم در ضمان معاوضی و هم در سایر ضماناتی که عنوان غرامت شرعی یا عرفی دارند، جریان دارد؛ و ثالثاً این عهده هم آثار تکلیفیه دارد و هم آثار وضعیه. اینجا بین کلام مرحوم اصفهانی و کلام مرحوم آخوند در اشتراک آثار فرقی نیست؛ هر دو می‌گویند: ضمان هم آثار تکلیفی دارد و هم آثار وضعی.

درست مقابل آنچه که تاکنون در ذهن‌ها بود که می‌گفتند ضمان یعنی حکم وضعی؛ اما طبق این تفسیر، برای ضمان یک معنای اعمی می‌کنیم و می‌گوییم معنای ضمان حکم وضعی نیست؛ بلکه ضمان یعنی «کون الشیء في العهدة»؛ که آن را به دو صورت می‌توانیم بیان کنیم: یکی این که بگوییم این عنوان قدر جامع بین احکام تکلیفیه و احکام وضعیه است؛ به این صورت که قدر جامع هر دو این است که «علي عهدة المكلف» هستند؛ منتهی در تکلیفی به یک صورت و در وضعی به نحو دیگر است. بیان دیگر این است که بگوییم ما نمی‌خواهیم قدر جامع بگیریم؛ بلکه می‌گوییم «کون الشیء في العهدة» آثاری دارد: یک اثرش اثر تکلیفی است و اثر دیگرش اثر وضعی است؛ و لازم نیست که بین این دو قدر جامع باشد و یا این معنا قدر جامع آن باشد.

طرح یک سؤال

نکته‌ای که در اینجا وجود دارد، این است که آخوند فرمود ضمان یعنی «اعتبار» و بعد فرمود «و له آثار تکلیفیه و وضعیه»؛ اصفهانی هم فرمود ضمان یعنی «کون المال في العهدة» که این هم می‌شود اعتبار و دارای آثار تکلیفی و وضعی است. اما سؤال این است که چرا مرحوم آخوند فرمود ضمان به این معنا در ضمان معاوضی جریان ندارد، اما مرحوم اصفهانی فرمود که این معنای حقیقی در ضمان معاوضی جریان دارد؟

به نظر ما، حق با مرحوم اصفهانی است؛ و این معنا در ضمان معاوضی هم جریان دارد و عقلاً اعتبار می‌کنند که کون المبيع علي ذمة البائع و بالعکس. نفر سومی که در این معنا با مرحوم آخوند و مرحوم اصفهانی مشترک است، مرحوم آقای بروجردی است.

در مورد ایشان مکرر گفته‌ام که حق مرحوم آقای بروجردی (قدس سره) خیلی در حوزه ما ادا نمی‌شود؛ و از نظر مبانی، هم در فقه و هم در اصول صاحب مبنا بوده‌اند و نمی‌توانیم بگوییم کمتر از بزرگانی مثل نائینی بوده‌اند. ایشان از شاگردهای طراز اول مرحوم آخوند و مورد توجه ایشان بوده است و این قضیه هم از آقای بروجردی معروف است که فرموده بود من وقتی از اصفهان رفتم به نجف، در تمام اصول صاحب مبنا بودم و مرحوم آخوند فقط در یکی دو مورد مبنای من را عوض کرد.

ایشان یکی از مباحثی که در اواخر عمر شریفشان داشتند، بحث کتاب الغصب بوده که تقریر آن نوشته و چاپ شده است؛ منتها آن چیزی که چاپ شده با آن چیزی که ما نقل می‌کنیم مقداری اختلاف دارد که فردا إن شاء الله آن را توضیح می‌دهم؛ علی‌ای حال کتاب الغصب مرحوم آقای بروجردی را ببینید.