

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

مناقشه در کلام امام خمینی (ره)

فرمایش امام (رضوان الله تعالی علیه) را ملاحظه فرمودید، به نظر می‌رسد نسبت به این فرمایش مناقشاتی وجود دارد. **اولین مناقشه** نسبت به اساس فرمایش ایشان است که فرمودند ما ضمان را نسبت به خود عین موجود خارجی نمی‌توانیم تصویر کنیم، و این که مشهور گفته‌اند در صورت بقای عین، خود آن عین خارجی بر عهده است، یک امری است که نه مقبول است و نه معقول؛ برای اثبات این مطلب نیز چهار احتمال بیان کردند و فرمودند هر چهار احتمال دچار خدشه و اشکال است.

در مناقشه بر این فرمایش، عرض می‌کنیم: از میان آن چهار احتمال، باید احتمال چهارم اخذ کنیم. احتمال اول این بود که بگوییم عین خارجی به قید «وجودها خارجی» بر عهده می‌آید؛ احتمال دوم این بود که بگوییم به شرط لای از وجود و بدون تقید به وجود است؛ احتمال سوم این بود که بگوییم واقع این موجود خارجی خود وجودش نه ماهیتش، اما لا بقید الوجود خارجی است؛ این سه احتمال همان اشکالاتی را دارد که ایشان عنوان فرمودند و هیچکدام قابل التزام نیست؛ اما ما عرض می‌کنیم احتمال چهارم چه اشکالی دارد؟ و در کلمات مشهور این احتمال چهارم وجود دارد؛ بگوییم کسی که بر مال دیگری ید پیدا می‌کند، عقلاً و یا شارع آن مال را علی العهده اعتبار می‌کنند؛ نمی‌گویند که خود موجود خارجی بر عهده می‌آید؛ برای این که عهده یک امر اعتباری است و در مورد آن، وجود خارجی به قید خارجیت معنا ندارد.

ایشان بر احتمال چهارم دو اشکال کردند؛ اشکال اولشان این بود که آنچه بر آن ید پیدا شده، موجود خارجی حقیقی است؛ ولی آنچه که می‌گویید به عهده می‌آید، موجود خارجی اعتباری است؛ بین اینها مغایرت است. جواب ما از این اشکال آن است که بین این دو تنافی نیست؛ چه اشکالی دارد که عقلاً بگویند ید بر امر خارجی حقیقی که محقق شد، آن وجود خارجی را بر عهده اعتبار می‌کنیم؟! در سایر موارد نیز گاه یک امر خارجی منشأ برای دهها حکم اعتباری است؛ موضوع باید یک امر خارجی باشد تا احکام اعتباری بر آن مترتب و اعتبار شود.

بنابراین، مانعی ندارد بگوییم ید بر موجود خارجی است و هنگامی که ید بر آن موجود خارجی پیدا شد، عقلاً آن را بر عهده اعتبار می‌کنند. این جوابی است که از اشکال اول ایشان می‌توانیم بدهیم و در کلمات مشهور نیز وجود دارد.

مرحوم محقق بجنوردی در صفحه ۵۹ از جلد ۴ کتاب «القواعد الفقهیه» این مطلب را دارند و می‌فرمایند: **فمعني كون المأخوذ في ذمة الاخذ و في عهده هو ان الماهية الموجودة في الخارج ان وقع تحت اليد غصباً او بدون اذن المالك او الشارع يعتبرها الشارع او العقلا او كلاهما في عهدة الآخذ**؛ هنگامی که ید بر مال مغضوب یا بدون اذن مالک یا اذن شارع پیدا شد، عقلاً یا شارع آن مال را بر ذمه آخذ اعتبار می‌کنند. مؤید خیلی خوبی که برای این جواب داریم، آن است که مگر خود عهده یک امر اعتباری نیست؟

عقلا خود عهده را چه زماني اعتبار مي‌کنند؟ عقلا تا زماني که در دست شخص قرار نگیرد، اعتبار عهده نمی‌کنند. پس، می‌توان گفت یک وجود خارجی منشأ برای یک امر اعتباری می‌شود. این نکته در بین عقلا هم زیاد وجود دارد؛ مثلاً این مثال که گفته شود: من هر وقت شما را دیدم بر عهده شماست که صد تومان پول به فقیر بدهید. چه اشکالی دارد که یک چیزی که وجود خارجی دارد، موضوع یا منشأ یک امر اعتباری - یا شرعی و یا عقلایی - شود؟

ادامه کلام مرحوم بجنوردي را خودتان ملاحظه کنید. اشکال دوم این بود که فرمودند: **إن ذلك خلاف الحديث فان الظاهر منه ان المضمون ما هو الموجود خارجاً**، این حرف بر خلاف ظاهر حدیث است؛ ظاهر حدیث این است که مضمون همان وجود خارجی است. جواب این فرمایش هم این است که ما چاره ای نداریم جز این که در اینجا یک خلاف ظاهری مرتکب شویم؛ هنگامی که امکان ندارد خود موجود خارجی به وصف خارجیت، بر عهده قرار بگیرد، مرتکب خلاف ظاهر می‌شویم؛ همانند سایر مواردی که یک قرینه عقلی بر ارتکاب خلاف ظاهر داریم.

مناقشه دوم: پس، هر دو اشکالی که ایشان بر احتمال چهارم ذکر کردند، قابل جواب است؛ از اینجا یک فرمایش دیگر ایشان که در کلماتشان وجود دارد مبني بر آن که می‌فرمایند: اساساً عقلا یک معنای معقولی را برای ضمان خود عین تا هنگامی که باقی است، قایل نیستند، جواب داده می‌شود به این صورت که چرا چنین مطلبي را قایل نیستند؟ در صورتی که شخصی بر مال غیر يد پیدا کند در حالی که هنوز تلف نشده باشد، اگر از عقلا سؤال کنیم که آیا ذمه یا عهده این شخص مشغول است؟ خواهند گفت بله؛ می‌گویند تا قبل از يد، عهده شخص اشتغالی نداشت، اما اکنون که يد پیدا کرده، به مجرد الید می‌گوییم عهده و ذمه‌اش مشغول شد؛ به این معنا که مال را بر عهده او اعتبار می‌کنیم.

مناقشه سوم این است که بالاخره ایشان اختیار فرمودند ضمان یک امر تعلیقی است؛ و فرمودند ضمان مربوط به صورت بقا نیست؛ بلکه عهده الخسارة لو تلفت العین است. ایشان برای حقیقت ضمان یک امر تعلیقی آوردند مبني بر آن که اگر مال تلف شد، عهده الخسارة بر شخص متلف است؛ بنابراین، تا زمانی که عین موجود است، به نظر شریف ایشان چیزی به نام ضمان معنا ندارد. لذا، استشهاد فرمودند به این که در عرف، اگر گفتند **«ألق مالك في البحر و علی ضمانه»** یعنی «علي خسارته» بدین معنا که منظورش آن است که اگر تلف شد، خسارتش بر عهده من است.

در جواب ایشان عرض می‌کنیم: درست است در بعضی از موارد اصلاً فرض ضمان در فرض تلف مطرح می‌شود، مثل قاعده اتلاف - **«من اتلف مال الغير فهو له ضامن»** - که اگر کسی مال غیر را اتلاف کرد، ضامن است؛ هرچند که بر آن مال يد هم پیدا نکند؛ به عنوان مثال: آتشی را بر روی گندم دیگری می‌اندازد؛ و یا آتشی را از وری دیوار به خانه دیگری می‌اندازد و آن را می‌سوزاند و...؛ در تمام این موارد، ضامن است.

در این مورد هم که می‌گویند **«ألق مالك في البحر و علی ضمانه»** نیز همینطور است؛ و به طور کلی در موردی که اتلاف است، این مطلب وجود دارد که لا معني للضمان مگر آن که باید خسارتش را بدهد و فرض تلف در آن معنا دارد؛ اما آیا همه جا در ضمان همینطور است؛ بالاخره یکی از اسباب ضمان يد است که ربطی به اتلاف ندارد؛ و اگر قرار باشد که ضمان را به معنای **«عهده الخسارة لو تلفت»** بگیریم، لازمه‌اش این است که فقط تلف سبب برای ضمان است و «يد» اصلاً از سببیت برای ضمان خارج شود؛ در حالی که این بر خلاف مفاد علی الید است که می‌گوید يد سبب ضمان است.

مناقشه چهارم: اشکال چهارم که با اشکال سوم ارتباط دارد، این است که اگر ما باشیم و حدیث علی الید، باید یک ضمان فعلی و منجز در اینجا داشته باشیم؛ علی الید می‌گوید: از هنگامی که بر مال مردم يد پیدا کردی تا زمان ادا، ضامن آن مال هستی و آن مال بر عهده توست.

طبق آن معنایی که ما ذکر کردیم و ملاحظه فرمودید که این معنا، نه نیاز به تقدیر دارد و نه نیاز به مجازیت دارد؛ گفتیم «علی»

دالّ علی العهده، یعنی «علی عهده ذی الید ما اخذت»، اعتباراً ما اخذت می‌آید بر عهده ذی الید. حدیث در اینجا نمی‌آید یک معنای تعلیقی برای ما بیان کند، بگوییم از وقتی ید پیدا کردی ضامن هستی؛ لو تلفت العین ضامن هست؛ بلکه یک معنای فعلی را بیان می‌کند.

مناقشه پنجم این است که ایشان بالاخره در کلامشان ضمان را یک حکم وضعی گرفتند؛ طبق این تعریفی که ما برای ضمان کردیم و گفتیم ضمان یعنی استقرار در عهده، بر استقرار در عهده هم حکم وضعی مترتب می‌شود و هم حکم تکلیفی؛ یعنی ضمان یک معنای عامی دارد؛ اما طبق کلام ایشان فقط حکم وضعی استفاده می‌شود.

کلام حضرت آیت الله العظمی فاضل (دام ظلّه)

در صفحه 106 کتاب «القواعد الفقهیه» والد بزرگوار ما (دام ظلّه) نیز مجموعاً سه اشکال بر فرمایش امام آورده‌اند؛ یک اشکال عمده شان این است که در فرمایش امام بین عهده و ذمه فرقی گذاشته نشده است؛ در حالی که طبق تحقیقی که مرحوم بروجردی ارائه داده‌اند و ایشان - والد بزرگوار - قبول کرده‌اند، باید بین اینها فرق باشد. ملاحظه فرمودید که این اشکال به نظر ما وارد نیست؛ ما گفتیم بین عهده و ذمه از نظر عقلاً فرقی نیست کما این که از نظر لغت هم بین اینها خیلی فرقی وجود ندارد.

تعریف برگزیده ضمان از نظر استاد

تا اینجا مبانی و تعاریفی که برای ضمان شد را ملاحظه فرمودید؛ به نظر می‌آید بهترین این تعاریف، تعریفی است که مرحوم محقق اصفهانی در حاشیه مکاسبشان فرموده‌اند، مبني بر آن که ضمان کون الشيء في ضمن العهده است؛ و آثار وضعی و تکلیفی برایش بار می‌شود؛ ایشان ضمان را در عقود معاوضی جاری دانسته و ما نیز عرض کردیم عقلاً هم به مناسبت این که عقد به معنای عهد است، در عقود معاوضی نیز ضمانی را قائل هستند. طبق تعریفی که ایشان فرمودند، ضمان شامل ضمان المال، ضمان النفس - که فقها از آن به کفالت تعبیر می‌کنند - و ضمان عقود معاوضیه می‌شود و هیچ یک از اشکالاتی که بر تعاریف دیگران ذکر کردیم، بر این تعریف وارد نیست.

کلمات اهل سنت در مورد ضمان

مناسب است که اشاره‌ای هم به کلمات اهل سنت در مورد ضمان داشته باشیم؛ البته به این تعبیر و تعاریف فقط اشاره‌ای می‌کنم و رد می‌شویم. یک مطلب این است که غالب علما و فقهای اهل سنت حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی، اصلاً لفظ ضمان و کفالت را مترادف با یکدیگر می‌دانند؛ در فقه، ما ضمان را معمولاً در ضمان مال و کفالت را در مورد ضمان اشخاص استعمال می‌کنیم، اما در غالب مذاهب اهل سنت، ضمان و کفالت به صورت مترادف استعمال شده است.

در حنفیه چنین است که الحنفیه يطلقون كفالة علی ما كان فيه الضمان بموجب العقد، آنها کفالت را در ضمانی که به سبب عقد است، استعمال می‌کنند و تشمل كفالة المال و كفالة النفس و...؛ و يطلقون الضمان علی ما هو اعمّ ضمان را برای اعمّ استعمال می‌کنند، فیشمل الضمان بالعقد و غیر العقد؛ این هم اصطلاحی است که حنفی‌ها دارند مبني بر آن که ضمان را چه در مواردی که به سبب عقد است و چه در مواردی که به سبب غیر عقد است، استعمال می‌کنند؛ اما کفالت را فقط در زمانی استعمال می‌کنند که به موجب عقد باشد.

اما تعاریفی که برای ضمان کرده‌اند:

- 1) اولین تعریف، تعریفی است که حموی در شرح الاشباه و النظائر با نام «غمض عیون البصائر فی شرح الاشباه و النظائر» در جلد دوم صفحه 211، بیان می‌کند که **الضمان عبارة عن رد مثل مال هالك او قيمته ضمان عبارتست از رد مثل یا قیمت مالی که تلف شده است؛ پس، حموی هم بحث ضمان در صورت بقا را اصلاً مطرح نکرده است.**
 - 2) شوکانی در صفحه 299 از جلد 5 کتاب «نیل الاوتار» می‌گوید **الضمان عبارة عن غرامة التالف**، شبیه فرمایش امام(ره) که فرمودند ضمان یعنی عهده الخسارة لو تلفت؛ اینها هم از اول ضمان را بر روی غرامت تالف برده‌اند.
 - 3) غزالی در کتاب «الوجیز فی الفقه الامام الشافعی» جلد 1 صفحه 208، مقداری توسعه داده و گفته: **ضمان هو واجب رد الشاوبدله بالمثل او القيمة**، برای ضمان یک معنایی کرده است که حکم تکلیفی هم هست؛ مبنی بر آن که خود شیء را باید رد کند و اگر تلف شد، مثل یا قیمتش را.
 - 4) تعریف دیگر در کتابی است که همین اواخر به نام «الضمان فی الفقه الاسلامی» چاپ شده است؛ هر چند که تحقیقات فقهی اهل سنت عمق تحقیقات فقهی فقهای ما را ندارد، اما یکی از کارهای خوبی که دارند، کارهای شکلی است؛ یعنی فقه را در شکل عناوین برده اند، مثل همین کتاب؛ در صفحه 5 از جلد 1 این کتاب آمده است: **الضمان بمعناه الاعم فی لسان الفقهاء هو شغل لذمه بما يجب الوفاء به اشتغال ذمه به آنچه که وفای به آن واجب است، من مال او عمل و المراد ثبوته فیها مطلوباً دأته شرعاً عند تحقق الشرط تا آخر مطلب که می‌گوید اگر از بین رفت، باید مثل یا قیمتش را بدهد.**
- این عبارت، نزدیکترین عبارت به همین تعریفی است که ما اختیار کردیم، مبنی بر آن که ذمه مشغول می‌شود؛ و در این صورت، «مطلوب ادائه شرعاً» شارع طلب می‌کند که آن را به مالکش برگرداند و اگر از بین رفت، مثل یا قیمتش را باید بپردازد. هذا تمام الکلام در فقه ترکیبی این حدیث؛ إن شاء الله از روز شنبه روی مفردات حدیث بحث خواهیم کرد و اولین بحث آن است که ما هو المراد بالید؟