

بسم الله الرحمن الرحيم

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

کلام محقق بجنوردی

بعد از مرحوم نائینی برخی از تلامیذه بزرگ ایشان مثل مرحوم محقق بجنوردی در کتاب قواعد فقهیه، نظریه استادشان را پذیرفته و قائل به ضمان طولی شده‌اند.

ایشان در جلد چهارم کتاب بعد از ذکر کلمات استاد خود، نتیجه‌گیری می‌کنند و می‌فرمایند: در تعاقب ایدی مجموعاً به چهار مطلب می‌رسیم؛

- (1) «جواز رجوع المالك إلى أيّ واحد من الغاصبين»، مالک به هر کدام از غاصبین که بخواهد می‌تواند رجوع کند.
- (2) «لو رجع إلى أحدهم و استوفاه حقه منه فليس له الرجوع إلى الآخرين لعدم بقاء حق له» اگر مالک به یکی رجوع کرد و حق خودش را اخذ کرد، دیگر حق ندارد که به دیگران مجدداً مراجعه کند.
- (3) «يجوز رجوع كل سابق إلى اللاحق إن لم يكن غاراً و أيضاً لم يتلف المغصوب عنه»، در تعاقب ایدی هر سابقی می‌تواند با دو شرط به لاحق رجوع کند؛ شرط اول این است که سابق نسبت به لاحق غار و فریب دهنده نباشد؛ و شرط دوم این است که مال در نزد سابق تلف نشده باشد.
- (4) «جواز الرجوع السابق إلى اللاحق لا بدّ أن يكون بعد أدائه ما في ذمّته من المثل أو القيمة»، این که سابق می‌تواند به لاحق رجوع کند بعد از آن است که مالک به سابق رجوع کرده باشد و سابق ما فی الذمه خودش را مثلاً یا قیمتاً به مالک ادا کرده باشد.

ایشان سپس می‌فرمایند: «و ذلك من جهة ما قلناه من أنّ الضمان طولی گفتیم ضمان طولی است و أنّ اللاحق ضامن للخسارة و البديل الذي يعطيه السابق ويدفعه إلى المالك، ضمان لاحق طولی است؛ یعنی لاحق زمانی ضامن می‌شود که سابق مال را به مالک ادا کند؛ و هذا معني ضمانه لضمانه»، هنگامی که کلام مرحوم نائینی را بیان می‌کردیم، اگر در ذهن شریفان باشد، گفتیم کلام نائینی به ضمان الضمان بر می‌گردد، مرحوم بجنوردی در اینجا تصریح می‌کند که و هذا معني ضمانه یعنی ضمان لاحق لضمان السابق است؛ پس، مرحوم بجنوردی نیز ضمان طولی را پذیرفته‌اند.

کلام امام خمینی

در بین بزرگان و اعاظم، امام (رضوان الله تعالی علیه) نیز در جلد دوم کتاب البیع، صفحه 502 همین نظریه را پذیرفته‌اند. ایشان اول فرموده‌اند شخص دوم که مال را از شخص اول می‌گیرد، مالی را می‌گیرد که در عهده اولی آمده است و همان بیان نائینی را دارند، یعنی شخص دوم ضامن وصف مضمونیت این مال است؛ تعبیرشان این است: «ان وصف كونه مضموناً امر قابل لوقوع الید علیه كسائر الاوصاف تبعاً للعین»، وصف مضمونیت قابلیت تعلق ضمان و تعلق ید را دارد.

اگر از ایشان سؤال کنیم شما که می‌فرمایید دومی هم بر مال و هم بر وصف مضمونیت ید پیدا کرده، چه اثری بر این وصف مضمونیت مترتب است؟

می‌فرمایند: اثرش این است که اگر اولی آمد مضمونیت را ادا کرد، دومی باید خسارت او را بدهد؛ «و عهده وصف المضمون علی الضامن الثاني للضامن الاول ترجیح عرفاً الی زمان الخسارة الواقع علیه من قبل ضمانه»، نکته اضافی که در کلام امام به آن تصریح شده است و نه در کلام مرحوم نائینی وجود دارد و نه در کلام مرحوم بجنوردی، این است که ضامن دوم نسبت به چه کسی ضامن است؟

آیا مضمون له ضامن اول است یا مالک؟ امام که ضمان طولی و اصل نظریه نائینی را پذیرفته‌اند، می‌فرمایند: نمی‌توان گفت که ضامن دوم نسبت به مالک ضامن است؛ یعنی مضمون له مالک نیست و بلکه ضامن اول است؛ منتها در عهده ضامن اول آمده است که ضامن للمالك؛ «و ليس معنى ذلك ان مضمون له هو المالك بل هو الضامن لما ضمنه للمالك» یعنی ضامن دوم، مستقیماً نسبت به مالک ضامن نیست و بلکه نسبت به ضامن اول که ضامن مالک است، ضامن است.

بعد در ادامه فرمایششان می‌فرمایند: آنچه را که ما از حدیث علی الید می‌فهمیم، این است که در هر موردی که ید محقق شود، ضمان وجود دارد؛ یعنی از حدیث علی الید، اصل ضمان فهمیده می‌شود، اما این که مضمون له کیست؟ حدیث علی الید دیگر آن را بیان نمی‌کند؛ و بلکه موکول به فهم عرف و عقلاست؛ «اطلاق علی الید يقتضی شموله لكل ما يصدق فيه انها عليه بوجه و المضمون له غير مذکور و محول الی فهم العرف و العقلاء».

و در دنباله اثبات می‌کنند - (که این نکته در کلمات مرحوم نائینی نیز بود) - که ضمان ضامن اول موضوع برای ضمان ضامن دوم است؛ یعنی موضوع حکم ضمان در ضامن دوم، ضمان ضامن اول است؛ و هنگامی که ضامن اول بالاداء و بالخسارة آن را پرداخت، موضوع محقق می‌شود؛ و در این زمان، ضمان ضامن ثانی هم درست می‌شود. در آخر هم يك تعبیری دارند که: و لعل آنچه را که شیخ اعظم انصاری فرموده است، به این کلام ما بر گردد و ان كان بعيداً من ظاهره.

يك تعبیری هم مرحوم نائینی دارد و هم مرحوم بجنوردی و هم مرحوم امام که مراد از بدل، آن است که اگر ضامن اول به مالک ادا کرد، ضامن دوم ضامن است؛ يك کلمه بدل در کلام شیخ انصاری وجود دارد که می‌فرمایند: مرادشان از بدل همین ادا است. این خلاصه کلام بزرگانی که قائل به ضمان طولی هستند. حال می‌خواهیم ببینیم که آیا می‌توانیم ضمان طولی را بپذیریم یا نه؟

اشکالات وارد بر ضمان طولی

اینجا اشکالات متعددی، هم به نظر می‌رسد و هم در برخی از کلمات مثل کلمات والد بزرگوار ما در کتاب قواعد فقهیه وارد شده است.

اولین اشکال این است که ضمان طولی را از این راه اثبات کردند که عهده ضامن دوم فقط بر نفس مال نیست، بلکه بر مالی است که قبلاً در عهده ضامن اول آمده است و الآن ضامن دوم ضامن للمال و ضامن لوصف مضمونیت؛ و اصلاً فرمودند فرق بین ضامن اول و دوم این است که ضامن اول، ضامن لنفس المال؛ اما ضامن دوم، ضامن للمال بعلاوه وصف مضمونیت.

اشکال این است که اگر به عقلا مراجعه، و از آنها سؤال کنیم که آیا وصف مضمونیت را داخل در متعلق ضمان می‌دانید یا نه؟ خواهند گفت که در یکجا داخل می‌دانیم و آن مورد مسأله عقد الضمان است؛ در عقد الضمان، ذمه مدیون مشغول شده و ضامن است، دیگری هم می‌آید همین مضمونیت را تضمین می‌کند؛ بنابراین، عقلاً فقط در باب عقد الضمان، این وصف را

می‌گویند که متعلق برای مضمونیت است، اما در باب غصب و تعاقب ایدی هیچ فرقی بین این مال در ید اول و ید دومی و ید سومی از نظر این که ضمان در همه آنها نسبت به خود مال تحقق پیدا می‌کند، نمی‌بینند.

عقلا در چنین موردی وصف مضمونیت را متعلق ضمان نمی‌دانند. به عبارت دیگر، زمانی که به عقلا مراجعه می‌کنیم، عقلا می‌گویند به همان نحوی که ضامن اول نسبت به مال و در مقابل مالک ضامن است، به همان نحو هم غاصب دوم ضامن است نسبت به همین مال و در مقابل مالک.

اشکال دوم همان اشکالی که مرحوم نائینی به مرحوم آخوند کردند، متوجه خودشان هم می‌شود. مرحوم نائینی در جواب از راه حل مرحوم آخوند فرمود: شما این ضمانی که درست کردید، ضمان فعلی نیست و ما نیاز به ضمان فعلی داریم؛ حال، ضمانی که خود ایشان نیز درست کرده، فعلی نیست؛ معنای طولی همان‌گونه که خودشان تصریح دارند، این است که **ضمان لاحق لا یكون فعليا الا بعد اداء ضامن الاول**، تا قبل از آن که ضامن سابق ادا کند، ضمان بالفعلی نسبت به ضمان لاحق وجود ندارد.

اشکال سومی که ما در اینجا داریم، این است که شما می‌فرمایید ضمان لاحق نسبت به سابق بعد از ادای سابق است؛ و لازمه این حرف آن است که قبل از ادای سابق ضمان بالفعل نسبت به لاحق نیست و مالک ابتدائاً نمی‌تواند به او رجوع کند؛ به عبارت دیگر، می‌گوییم ضمان لاحق و این که می‌گوییم لاحق ضامن است، آیا لاحق فقط نسبت به سابق ضامن است؟ اگر لاحق فقط نسبت به سابق ضامن است، مالک نباید سراغ لاحق برود؛ و اگر بگویید لاحق نسبت به مالک فقط ضامن است، پس چرا گفتید وصف مضمونیت در عهده‌اش می‌آید؟ و این وصف نباید در عهده‌اش بیاید.

و اگر بگویید لاحق هم نسبت به سابق و هم نسبت به مالک ضامن است، معنایش این است که سابق قبل از آن که مالک به سراغش برود و از او طلب خسارت کند، باید بتواند به لاحق مراجعه کند و از او طلب خسارت کند. مضمون‌له در مورد لاحق از این سه احتمال خارج نیست؛ یا می‌گویید مضمون‌له فقط سابق است که اشکالش این است که مالک نمی‌تواند سراغ لاحق برود؛ یا می‌گویید مضمون‌له فقط مالک است که در این صورت وصف مضمونیت بر عهده لاحق نیامده است؛ و یا می‌گویید مضمون‌له هم مالک است و هم سابق که در این صورت سابق قبل از رجوع مالک باید بتواند به لاحق رجوع کند و مثل یا قیمت مال را مطالبه کند.

اشکال چهارم این است که شما که ضمان طولی را درست کردید و گفتید که کل سابق يرجع الی لاحق، مسأله‌ای نیست و مشکل ما این نیست؛ بلکه مشکل ما این است که چرا مالک در زمان واحد نسبت به همه اینها حق پیدا می‌کند؟

چرا ذمه همه غاصبین در زمان واحد نسبت به مالک مشغول می‌شود؟ مرحوم نائینی فرمود که ضمان لاحق نسبت به سابق طولی است، می‌گوییم آقا شما چرا این را فرمودید؟ لاحق نسبت به سابق ضمانش طولی است یا عرضی؟ اگر بگویید عرضی است، پس اشکال باقی می‌ماند و حل اشکال نکردید؛ اگر هم بگویید طولی است، می‌گوئیم یعنی چه؟ بگوییم نسبت به مالک طولی است، در این صورت، یعنی مالک تا می‌تواند به سابق رجوع کند، حق رجوع به لاحق را ندارد.

اشکال پنجم شما فرمودید ضمان طولی ثبوتاً امکان دارد، ما هم اشکال ثبوتی نداریم؛ ولی نتوانستید در مقام اثبات، برای ما اثبات کنید؛ در مقام اثبات، ما هستیم و علی الید، علی الید می‌گوید ید موضوع است برای ضمان که در این صورت، فقط ظهور در ضمان عرضی دارد؛ اگر در عرض هم و در زمان واحد، صد ید بر مال پیدا شود، همه‌شان در زمان واحد نسبت به مالک ضامن هستند.

اگر بگویید که این ید سبب ضمان است نسبت به ضامن قبلی، پس دیگر مالک باید از مرحله خارج شود. مرحوم نائینی فرمودند: علی الید به عمومش شامل افراد می‌شود، ولی این که ضمان طولی است یا عرضی، از خصوصیات فردیه است و لطمه‌ای به عموم علی الید نمی‌زند، که شبیه همین مطلب را امام فرموده‌اند؛ ایشان فرموده‌اند: عموم علی الید شامل همه می‌شود،

اما این که مضمون له کیست؟ را باید از عرف و عقلا بدست آوریم.

سؤال می‌کنیم مگر امکان دارد حدیث علی الید ضامن و عین مضمونه را معین کند، اما مضمون له مشخص نباشد؟ این که نمی‌شود، علی الید باید تمام اطراف را معین کند و مضمون له را نیز بگوید که کیست؛ وقتی ضامن و عین مضمونه مشخص شد، عین مال از برای هر کسی که باشد، همو می‌شود مضمون له. پس، اولاً اصل این کبری درست نیست که بگوییم از حدیث اصل ضمان و ضامن را بدست می‌آوریم، اما در مورد مضمون له باید سراغ عرف برویم؛ بلکه خود حدیث مضمون له را معین کرده است؛ و ثانیاً بر فرض این که مضمون له را هم عرف معین کند، عرف هیچ وقت قبلی را به عنوان مضمون له نمی‌داند، بلکه ادامه می‌دهد تا آن که به مالک می‌رسد و مالک مال را مضمون له می‌داند.

اشکال ششم، - (من حدود ده اشکال نوشته‌ام که لازم نیست همه را بیان کنیم) - اشکال آخری که در این جلسه عرض می‌کنیم، این است که می‌گوییم شخص دوم می‌فرماید ضامن مال است به علاوه قید مضمونیت؛ در مورد شخص سوم چه می‌گویید؟ بالاخره باید بگویید شخص سوم ضامن مال است به علاوه دو قید مضمونیت، و همینطور باید پیش رویم و مثلاً شخص دهم باید ضامن مال باشد به علاوه ده قید مضمونیت؛ آیا این مطلب با عرف مساعد است و این مسأله را قبول دارد؟ بالاخره این اشکالات در ضمان طولی وارد است.

راه حل بعدی (بعد از بیان مرحوم آخوند و مرحوم نائینی که مرحوم بجنوردی و مرحوم امام نیز از مرحوم نائینی تبعیت کرده بودند) کلام مرحوم صاحب جواهر است که فردا إن شاء الله عرض می‌کنم.