

بسم الله الرحمن الرحيم

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

بررسی ضمان ما لم يجب

عرض کردیم از این آیه شریفه هم مشروعیت جعاله و هم مشروعیت مجهول بودن مقدار جعل، بنا بر اینکه حمل بعیر معلوم نباشد، هم مشروعیت اصل ضمان و هم ضمان ما لم يجب استفاده می‌شود، که بگوئیم ضمان ما لم يجب صحیح است.

در مورد ضمان ما لم يجب وقتی ما کلمات فقها را می‌بینیم از ابن جنید گرفته إلى زماننا هذا، تقریباً این یک امر مسلم اجماعی بین فقهاست که ضمان ما لم يجد صحیح نیست. علاوه بر اجماع در برخی از کلمات به دلیل عقل هم اشاره شده و استدلال هم شده، در برخی از کلمات اشاره‌ی مختصری به اینکه این از نظر عقلی هم درست نیست وجود دارد.

دیدگاه مرحوم آشتیانی

مرحوم آشتیانی در کتاب القضاء می‌فرماید: «ضمان ما لم يجب الذي الدعي حكم العقل باستحالة» یعنی همین مطلبی که دیروز عرض کردیم دنبالش بودم ببینم کسی از فقها این را دارد یا نه؟ مرحوم آشتیانی این را اشاره می‌کند که ضمان ما لم يجب، این يجب به معنای وجوب شرعی و حکم نیست بلکه به معنای لغوی است یعنی ما لم يثبت، می‌گویند ذمه‌ای که هنوز مشغول نشده، شما می‌خواهید ضمان چه چیزی را در اینجا به عهده بگیرید و محقق کنید. ضمان در جایی معنا دارد که یک اشتغال ذمه‌ای باشد بگوئیم یک دائنی هست و یک مدیونی هست، ذمه‌ی این مدیون مشغول است. حالا یک کسی هم می‌آید ضامن می‌شود، اما جایی که اشتغال ذمه وجود ندارد این ضمان غلط است.

پس هم به اجماع تمسک شده و هم به دلیل عقلی تمسک شده، جایی که چیزی وجود ندارد، شما چه چیزی را می‌خواهید متعلق ضمان قرار بدهید؟ ضمان در جایی است که اصلاً اشتغال ضمنی وجود داشته باشد. در بعضی از کلمات «نهی النبی عن الغرر» استدلال شده است. فقط علمای عامه هم غالباً همین نظریه را دارند الا ابو حنیفه و مالک. این دو نفر قائل‌اند به اینکه ضمان ما لم يجب درست است.

این ضمان ما لم يجب در عرف امثله‌ی زیادی دارد مثلاً اگر به کسی بگوئیم اگر تو یک جنایتی را مرتکب شده و دیه‌ای بر ذمه‌ی تو آمد من ضامنم. اگر تو مالی را غصب کردی و آن مال تلف شد من ضامنم. اگر تو مال غیر را اتلاف کردی من ضامن هستم. اینها تمام از مصادیق ضمان ما لم يجب است. یا به مشتری می‌گوئیم ما ضامن هستیم آن بنایی که در این مبیع احداث می‌کنی

به طوری که اگر بعد از معامله معلوم شد که این زمین و این مبیع ملک برای غیر است و مال بایع نبوده تو هم آمدی بنایی را احداث کردی من ضامن هستم. تا می‌رسد به همین قضیه‌ی مال الجعالة و عَوْض در سبق و رمایه که در مال الجعالة عبارت مرحوم سید را ملاحظه فرمودید و بعضی از حواشی را هم در بحث دیروز عرض کردیم.

فقط آنچه که همه‌ی فقها قبول دارند و ظاهراً روایتی دارد این است که اگر در کشتی تلاطمی به وجود بیاید یک کسی به رفیقش بگوید «ألق متاعک فی البحر و علیّ ضمانه» اینجا فقها همه قبول کردند صحیح است. بعضی می‌خواهند بگویند این به وسیله‌ی یک روایت خاصه استثنای شده یعنی قاعده‌ی اولیه بطلان ضمان ما لم یجب است در این مورد «ألق متاعک فی البحر» ما روایت داریم، حالا آیا از آیه شریفه هم می‌شود این را استفاده کرد نسبت به ضمان مال الجعالة یعنی جُعِل بگوئیم این هم چون دلیل خاص داریم، در اینجا هم استثنا شده یا نه؟

عرض کردیم مرحوم سید به خود این آیه شریفه تمسک می‌کند و باز سید همانطوری که دیروز خواندیم یک نکته‌ای را بیان کرد که آن نکته عمومیت دارد و فرمود هر جا مقتضی ضمان ثابت باشد، اینجا دیگر ضمان ما لم یجب اشکالی ندارد، هر جا مقتضی ضمان وجود دارد. در نتیجه بطلان ضمان ما لم یجب در جایی است که هنوز مقتضی برای ضمان هم حاصل نشده به یک کسی می‌گوئیم اگر تو جنایتی انجام دادی من ضامنم، هنوز مقتضی‌اش هم نیامده است. اما در جایی که مقتضی آمده، مقتضی همین است که الآن جاعل یک عقدی خوانده، «من ردّ علیّ ظالمتی فله کذا» این مقتضی برای ضمان است ولو هنوز ذمه‌ی این جاعل مشغول نشده مگر بعد تمامیه العمل مشغول می‌شود. اما چون مقتضی که خود این عقد است، این عقد مقتضی برای ضمان است، اینجا مرحوم سید می‌گوید درست است و موارد زیادی را من در عروه دیدم که بر اساس همین کفایة المقتضی مرحوم سید قائل به جواز است.

بعبارةً آخری این قاعده‌ی ضمان ما لم یجب را مرحوم سید قائل است به اینکه در جایی است که حتّی مقتضی‌اش هم وجود ندارد اما جایی که مقتضی مثل عقد وجود دارد، اینجا قائل است به اینکه ضمان ما لم یجب اشکالی ندارد.

بعد می‌گوید «و إنما یصحّ ضمان الحقّ الثابت فی الذمه»، آنچه ثابت در ذمه است این معنا را دارد و عرض کردم مثال‌های فراوانی دارد، مثلاً پدری به بچه‌اش بگوید «طلق زوجتک و علیّ ضمانها»، آیا این درست است یا درست نیست؟

سؤال:....؟

پاسخ استاد: خود بحث ضمان ما لم یجب هم یکی از بحث‌های خیلی خوب است و محتاج به یک رساله‌ای است، اصلاً خود بحث ضمان، احکام ضمان، اقسام ضمان، که ما داریم و این ضمان ما لم یجب ملاحظه فرمودید فروعاً بسیار زیادی در فقه دارد.

یک بحث این است که از آیه شریفه آیا مشروعیت جعالة فهمیده می‌شود یا نه؟ به نظر ما بله. مشروعیت اصل ضمان فهمیده می‌شود یا نه؟ مسلّم فهمیده می‌شود.

کلام شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری (اعلی الله مقامه الشریف) می‌فرمایند^[1] چون این جُعالة و ضمان در این آیه صوری است ما نمی‌توانیم از آیه شرعیت ضمان و جعالة را استفاده کنیم، یکی از فرمایشات شیخ در ذیل این آیه در رسائل همین است که اینها برای اینکه به مقصودشان برسند، برای اینکه یکی از این برادران را نگه دارند یک راهی را طی کردند صواع ملک را گذاشتند در خورجین او تا

اینکه او را نگه دارند در نتیجه اینجا واقعاً جعاله‌ای که جاعل دنبال یک عمل واقعی باشد نبوده، جعاله صوری بوده و ضمان هم صوری بوده، لذا شیخ می‌فرماید چون اینها صوری بوده ما نمی‌توانیم از آن مشروعیت جعاله و ضمان را استفاده کنیم.

به نظر ما این فرمایش درست نیست، جواب فرمایش شیخ و اشکالی که به شیخ می‌شود وارد کرد این است که درست است در مصداق صوری است ولی اصل اینکه چنین عقدی بین آنها رایج بوده هم جعاله و هم ضمانش جاری بوده و شایع هم بوده، در این که تردیدی وجود ندارد. صوری بودن مربوط به آن مصداق است، مربوط به آن مورد است. مثل این است که بگوئیم در گذشته آمدند در یک جا بیع صوری واقع کردند، در آن مورد دیگر اثر ندارد ولی ما می‌توانیم از آن استفاده کنیم اصل جعاله در قوم حضرت یوسف یا در ملت حضرت یوسف بوده و مورد تأیید هم بوده است.

فرمایش دیگر شیخ این است که اینجا اصلاً جعاله نیست، این مجرد یک وعد است، یعنی این مؤذن یوسف نمی‌خواهد اینجا عقد جعاله‌ای کند، یک وعده‌ای می‌دهد و وعد هم مثل این جایزه‌هایی است که امروز اعلام می‌کنند که این جایزه‌ها هم یکی از این مصادیق وعد است و آن کسی که می‌گوید من جایزه می‌دهم می‌تواند بدهد یا ندهد، در حالی که در جعاله اگر عامل عمل کرد این جاعل بعد تمامیه العمل ذمه‌اش مشغول به این جُعَل می‌شود. مرحوم شیخ می‌فرماید ما احتمال می‌دهیم که این یک مجرد وعده باشد و جعاله نباشد.

این هم جوابش این است که اگر مجرد وعد بود «أَنَا بِهِ زَعِيمٌ» لازم نداشت. این «أَنَا بِهِ زَعِيمٌ» به این معناست که یک عقدی شد و این هم تضمین برای این عقد است، «أَنَا بِهِ زَعِيمٌ» احتمال وعد بودن را بسیار ضعیف می‌کند.

اشکال سوم این است که اینجا «لم يثبت الشرع بمجرد فعل المؤذن» این مؤذن حضرت یوسف بوده و منادی او بوده، به مجرد فعل او ما نمی‌توانیم بگوئیم این درست است یا نه؟ جوابش هم این است که این با نظر حضرت یوسف این کار را انجام دادند، بدون اطلاع حضرت که این کار را نکردند، شاید راه را هم حضرت برایشان ذکر کرد، عملاً اینها آمدند اجرا کردند، مؤذن و منادی در اینجا به عنوان یک مجری بوده، این هم مطلب سوم.

مطلب چهارم هم که دیروز اشاره کردیم که همه‌ی این بحث‌ها و ضمان در صورتی است که این حمل بعیر را این مؤذن بگوید من ضامنم که از مال ملک به شما بدهم و بگوید ذمه‌ی من مشغول به این باشد، اما اگر گفتیم این اصلاً بحث اشتغال ذمه نسبت به مال ملک نیست، می‌گوید من از مال خودم اینقدر می‌دهم، این التزام پیدا کند که این حمل از مال خودش است، در نتیجه اصلاً ضمان اصطلاحی نمی‌شود بلکه التزام نسبت به ذمه‌ی غیر است. بگوید هر کسی این صواع را پیدا کرد ذمه‌ی ملک مشغول به حمل بعیر است و من نسبت به این اشتغال ذمه التزام دارم. اگر این باشد می‌شود ضمان اصطلاحی، اما اگر بگوید من از مال خودم به شما می‌دهم این عنوان ضمان اصطلاحی را ندارد.

این عبارت شیخ را دیروز گفتیم مرحوم سید در حاشیه می‌گوید این خودش یک التزامی است و ما بگوئیم ادله‌ی «أَنَا بِهِ زَعِيمٌ» و «المؤمنون عند شروطهم» التزام‌های ابتدایی را شامل می‌شود.

دیدگاه بحر العلوم

یک بیانی را صاحب بلغة الفقیه^[2] دارد. ببینید آیا این را می‌توانیم برگردانیم به همین کلام شیخ یا نه؟ صاحب بلغه بعد از اینکه این آیه را در جلد دوم صفحه 342 ذکر می‌کند می‌گوید «حيث أن المورد من الجعل الذي لا يثبت في الذمة إلا بعد العمل، فالضمان عنه ضمان لما لم يجب»، این ضمان ما لم يجب است.

بعد می‌گوید اینطور بگوئیم «و ليس إلا لثبوت عهدة الجُعل في ذمة الملك فيكون الضمان عنه من ضمان العهدة» صاحب بلغة مقصودش این است که بگوئیم اینجا بحث اشتغال ذمه در کار نیست. بلکه از اول ملک متعهد دادن حمل بعیر است و این ضمان، ضمان نسبت به عهده است.

ما دو جور ضمان داریم: یک ضمان در رابطه‌ی با ذمه داریم، ذمه حکم وضعی است، جایی که ذمه مشغول است و ضامن هم در مقابل این اشتغال ذمه می‌گوید ذمه‌ی من مشغول شود و در نتیجه نقل ذمه‌ی من به ذمه‌ی من می‌شود. می‌گوئیم تا حالا مضمون عنه ذمه‌اش مشغول بود و حالا که ضامن آمد گفت من ضامنم ذمه‌ی او مشغول است که می‌شود یک حکم وضعی، اما اینجا ضمان ضمان ذمه نیست، ضمان عهده است. در عهده معنای اشتغال ذمه نیست بلکه معنای لزوم رد خارجی است، این مؤذن متعهد شده که خارجاً آنچه که بر عهده‌ی ملک بوده که همین حمل بعیر باشد این را بردارد خارجاً رد کند.

بعبارة آخری عهده را معمولاً در مورد وجوب رد می‌آورند، یعنی خارجاً باید رد کند مثل اینکه شما در بیع می‌گوئید «يجب على البائع رد المبيع» آنجایی که مبیع یک عین معین خارجی است اصلاً ذمه‌ی بایع اشتغالی پیدا نکرده اما هم عرف می‌گوید و هم شرع این را قبول دارد بر عهده‌ی بایع است که مبیع را رد کند، از این تعبیر به ضمان عهده می‌کنند که در ضمان عهده دیگر بحث اشتغال ذمه و ... وجود ندارد، بگوئیم اصل این را خود شیخ احتمال داده، حالا این یا بر عهده‌ی خود این مؤذن باشد یا عهده‌ی ملک اما این مؤذن مجری است بحث اشتغال ذمه و اینها را بگوئیم اینجا نباشد، این احتمال به نظر می‌رسد یک احتمال قوی‌ای در اینجا است.

یعنی ما روی این حساب اصل ضمان اصطلاحی را از آیه شریفه استفاده نمی‌کنیم، ضمان عهده را استفاده می‌کنیم. هم صاحب بلغة الفقیه این را دارد و هم مرحوم نائینی آن حاشیه‌ای که دیروز خواندیم ایشان می‌فرماید «و انطباق مفاد الآیه المبارکة علی کون الزعیم هو المتعهد بالجعل» نه اینکه ذمه‌اش مشغول است، این جعل بر عهده‌اش هست، فرق بین عهده و ذمه را هم عرض کردیم چیست.

مرحوم محقق اصفهانی^[3] در حاشیه‌ی مکاسب جلد 2 صفحه 314 می‌فرمایند این احتمال وجود دارد که «بمعنی العهدة التي أثرها وجوب ردّها مادامت موجودة» در خود غاصب کسی که مال دیگری را غصب کرده، هنوز تلف نشده، اینجا شما می‌گوئید بر این غاصب رد واجب است، اینجا حکم تکلیفی بر عهده‌ی غاصب آمده، از این تعبیر به عهده می‌کنند چون تا مادامی که تلف نشده هنوز ذمه‌ی غاصب به مثل یا قیمت مشغول نمی‌شود.

به نظر می‌رسد که ظاهر آیه شریفه هم این «وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» ضمان عهده است نه ضمان مصطلح.

جمع بندی بحث

پس اصل جعالة استفاده شد، اصل ضمان استفاده شد، اما این ضمان ضمان عهده است، وقتی ضمان عهده شد دیگر ضمان ما لم يجب از آیه استفاده نمی‌شود، چون خیلی مشکل است که ما بخواهیم بگوئیم، یعنی فرمایشی که سید در ضمان مال جعالة دارد، یعنی استدلال سید به این آیه شریفه ناتمام است ما نمی‌توانیم به این آیه شریفه بگوئیم مال الجعالة ضمان اصطلاحی دارد. آن دلیل دیگر سید که مسئله‌ی مقتضی بود را قبول داریم ولی از آیه استفاده‌ی ضمان ما لم يجب در مال الجعالة نمی‌شود، چون عرض کردیم ظهور بیشتری در ضمان عهده دارد نه در ضمان ذمه، بنابراین این آن چیزی است که ما می‌توانیم از آیه به دست بیاوریم. اما حالا اینکه نکات اصلی آیه چیست، این عند الله تبارک و تعالی است.

باید هر وقتی راجع به آیات قرآن بحث می‌کنیم، روایت یک مقداری مجال برای اینکه انسان ذهن خودش را و احتمالات خودش را به میدان بیاورد، ولی آیه را خیلی باید با دقت و حوصله و بدون عجله و بدون اینکه تحمیلی بر آیه کند، آن هم آخرش بگوید واقعاً در درون و بین خودش و خدا هم انسان باید اعتراف کند که ما نمی‌فهمیم اما آنچه که با تأمل به آن رسیدیم این است که آیه ضمان عهده را دلالت دارد.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] □ و منها قوله تعالى حكاية عن مؤذن يوسف عليه السلام **وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** فدل على جواز الجهالة في مال الجعالة و على جواز ضمان ما لم يجب. و فيه أن حمل البعير لعله كان معلوم المقدار عندهم مع احتمال كونه مجرد وعد لا جعالة مع أنه لم يثبت الشرع بمجرد فعل المؤذن لأنه غير حجة و لم يثبت إذن يوسف عليه السلام في ذلك و لا تقريره و منه يظهر عدم ثبوت شرعية الضمان المذكور خصوصا مع كون كل من الجعالة و الضمان سوريا قصد بهما تلبيس الأمر على إخوة يوسف و لا بأس بذكر معاملة فاسدة يحصل به الغرض مع احتمال إرادة أن الحمل في ماله و أنه ملتزم به فإن الزعيم هو الكفيل و الضامن و هما لغة مطلق الالتزام و لم يثبت كونهما في ذلك الزمان حقيقة في الالتزام عن الغير فيكون الفقرة الثانية تأكيدا لظاهر الأولى و دفعا لتوهم كونه من الملك فيصعب تحصيله. (فرائد الاصول، ج2، ص: 658)

[2] □ قوله تعالى **«وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»** حيث أن المورد من الجعل الذي لا يثبت في الذمة إلا بعد العمل، فالضمان عنه ضمان لما لم يجب، و ليس إلا لثبوت عهدة الجعل في ذمة الملك فيكون الضمان عنه من ضمان العهدة فافهم و اغتنم. (بلغة الفقيه، ج2، ص: 342)

[3] □ قوله (قدّس سرّه): (و ضمان الأعيان المضمونة .. إلخ). بناء على عدم اختصاص الضمان العقدي بما ثبت في الذمة فعلا، بل يكفي فيه الضمان بالقوة، و هو الحاصل بمجرد وضع اليد، أو التعدي في الأمانة، أو اتخاذ العارية مضمونة، فإن الضمان فيها هو الضمان بالقوة. أي بحيث إذا تلفت العين لزمه مثلها أو قيمتها. أو القول بأن الضمان فيها بالفعل. بمعنى العهدة التي أثرها وجوب ردها ما دامت موجودة، و وجوب بدلها إذا تلفت. ليخرج بذلك عن ضمان ما لم يجب، و عدم الحاجة إلى ثبوت مال في الذمة فعلا، إلا أن الاستشهاد به لما نحن فيه مبني على ثبوت ضمانين بالقوة للمالك، أو ثبوت عهديتين عقديّة و غير عقديّة للمالك، حتى يكون الضمانان لعين واحدة على البدل. و أمّا لو قلنا بانتقال الضمان بماله من المعنى من المضمون عنه إلى الضامن فلا شهادة له، لتصور ضمانين على البدل، و ظاهر التذكرة هو الشق الأول حيث قال قدّس سرّه (و في ضمان الأعيان و العهدة إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن و المضمون عنه) انتهى. إلا أنك قد عرفت أن الضمان إن كان بمعنى عهديتين فتعدده بالإضافة إلى العين لا إشكال فيه، إنّما الإشكال في تصوّر ذمتين فعليتين مشتغلتين بمال واحد. (حاشية كتاب المكاسب للأصفهاني، ط - الحديث)، ج2، ص: 314)